

日 本 法 學

第八十一卷 第二号 2015年10月

論 説

英国金融法制と Senior Management Regime

——コーポレート・ガバナンス・コードの交錯、裁判例を通じたソフトローの変容、……藤川 信夫
上級管理者機能 (SMFs) および域外適用——

刑事司法における検察官の役割 (二) ……………加藤 康 榮

住民訴訟と議会による権利放棄議決 ……………西原 雄 二

道路周辺映像サービスの問題点 ……………水野 正
——住居画像の提供を中心として——

翻 訳

所有物返還請求権は消滅時効にかかり得るか ……………クリスチャンアルムブリュスター
——同時に消滅時効の持つ目的に寄与するものとして—— ……………益井 公 司 訳

判 例 研 究

入浴中の溺死について疾病免責が認められた事例

東京高裁平成二十四年七月二日判決 (平成二十三年 (ネ) 第六九〇七号、保険金請求控訴事件) 自動車保険ジャーナル1914号4頁

原審・東京地裁平成二十三年九月一三日判決 (平成二十二年 (ワ) 第二七六八号、保険金請求事件 (第一事件)、平成二十二年 (ワ) 第一四八二五号、保険金請求事件 (第二事件)) 自動車保険ジャーナル1914号13頁

……梅 村 悠

資 料

『商法 (運送・海商関係) 等の改正に関する……日本大学法学部商事法研究会
中間試案』に対する意見募集」に対する意見 ……………

日本法学 第八十卷第四号 目次

論 説

行政警察活動と犯罪の事前捜査（上）……………加藤 康 榮
わが国における法益関係的錯誤説に対する疑問…野 村 和 彦

翻 訳

『タナクイルの伝承』序説抄……………J・J・バオート
吉原達也 訳 著

ドイツ私法・オーストリア私法及びヨーロッパ私法に
おいて予防目的が重要であることに對する例としての…マルティン・ホイプライン
消費者契約及び普通取引約款における濫用条項の無効 永田誠 翻訳監修
永田洋平 翻訳

英米法におけるダイシー理論とその周辺……………A・V・ダイシー 著
——「ハーヴァード大学におけるモン・ロー教育に学ぶ」——…加藤絃捷 訳
菊池肇哉 訳

研究ノート

解釈か、改憲か？ドイツでは誰が基本法（憲法）を支配するか…小林 宏 晨
社会を変えた最高裁判所……………甲 斐 素 直
——ウォーレン第一四代長官の時代——……………

大韓民国国税基本法第七章の二納税者の権利の概要…阿 部 徳 幸
インターネットの紛争に関するアメリカ合衆国の二国際私法理論…中 村 進

判例研究

柔道指導における過失責任……………船 山 泰 範

雑 報

日本法学 第八十卷 索引

日本法学 第八十一卷第一号 目次

論 説

古代ローマにおける incestum について……………吉原達也
集団的自衛権と憲法の変遷論……………小林 宏 晨

行政警察活動と犯罪の事前捜査（下）……………加藤 康 榮

翻 訳

人的結合体が意思形成をする場合の法的安全性という視点……………マルティン・ホイプライン
——聖職ある法議の公表を例として議論の抑圧と法律見論の要請との間の繋関係について——…益井公司 訳

研究ノート

財政改革と連邦最高裁判所……………甲 斐 素 直
——バーガー第一五代長官の時代——……………

判例研究

経営破綻した大手スーパーの社債の購入者らによる、
社債販売会社（証券会社）、社債管理者（銀行）に
對する損害賠償請求に関する事件……………松 嶋 隆 弘
（マイカル投資家訴訟名古屋事件：名古屋高判平成二年五月二八日
判時二〇七三号四二頁 判タ一二三三六号一九一頁（変更・確定）

論 説

ボティエ『法準則論』中の「一般的法準則」における方法論分析…
ボティエ「新序列」とドマ「自然的序列」の相克と統合……………菊 池 肇 哉

英国金融法制と Senior Management Regime

——コーポレート・ガバナンス・コードの交錯、裁判例を通じたソフトローの変容、
上級管理者機能（SMFs）および域外適用——

藤 川 信 夫

I. 英国 Senior Management Regime とコーポレート・ガバナンス・コード

1. 問題意識——非業務執行取締役の機能から上級管理者機能（SMFs）の重視へ——

英国 FRC によりスチュワードシップ・コードが策定され、コーポレート・ガバナンス・コードの改訂も重ねられる。我が国のガバナンス改革では二〇一四年六月改正会社法（二〇一五年五月施行）、二〇一四年二月日本版スチュワードシップ・コードに続き、成長戦略の一環としてコーポレート・ガバナンス・コードが策定され、二〇一五年六

月一日東証上場規則の内容として適用される。英国金融監督に係る Approved Persons Regime (APR 役職員承認制度) について別稿で纏めたが、二〇一六年以降導入に向けて銀行業界の上級管理者向けに Senior Management Regime (SMR) 施行が検討され、大きな議論を呼んでいる。拡大適用とエンフォースメント強化によるガバナンスの実効性確保を企図するものである。従来はとかく監視機能に係る非業務執行(社外)取締役の独立性、多様性や役割などにガバナンスの焦点があつたが、企業価値創造を実際に担い運営する上級管理者機能(SMFs)に考察対象を拡大する点がポイントである。本稿はSMRに焦点を絞り金融機関のガバナンス、SMFsと域外適用(exterritorial application)等の研究を進める。英国APR、SMRについて最新の政策動向を踏まえた先行研究は見当たらない。直近の協議文書(consultation)等を基礎資料とし、日本版コードの接点も踏まえて包括的考察を深め、独自性と意義が存在すると思じる。国際金融法制の大きな枠組みの下でガバナンスに係る包括・統一的な俯瞰を試みたい。

2. Approved Persons Regime と Senior Management Regime への転換

Approved Persons Regime は、金融危機後の二〇〇九年ウォーカー報告書(Walker Review)に基づき、英国金融サービス法(Financial Services & Market Act 2000 FSMA2000)のsection59が根拠となる、FCA/PRA Handbookに詳細に規定される。金融サービス法において Approved Persons Regime (APR) につき、当該個人が Approved Persons として保有する二つの制御される機能(controlled functions)が示される。①重要な影響を与える機能(significant-influence function)、②顧客取扱い機能(customer-dealing function)であり、①は権限を与えられた企業内の事務に関し特定個人が重要な影響力を発揮できる機能、②は銀行顧客あるいは顧客資産について、継続的に規制された

活動を特定個人が遂行する上で包含される機能である。APRの登録事項について section347、禁止された行動に関して section56に規定される。ウォーカー報告書は協議文書こそ発出されたが法的強制力はなく、行為規制により CEO（最高業務執行責任者）、Chairman など key person は FCA の個別承認を受ける必要があるとされた (Approved Persons)。形式面ではなく個人的資質など実質的な内容を求められる。

APRに関して、本邦の大手金融機関の英国現地法人を含む行政審決事例が既に生じている。リスク・コントロールに関する第二の防衛線として、リスク許容度については Mitsui Sumitomo Insurance Company (Europe) (8 May 2012) 事件、コンプライアンス・金融犯罪については Standard Bank (22 January 2014) 事件が注目される。民事制裁金の課徴、我が国独特の論功行賞的な人事ローテーションの否定、経営判断原則で本来は免責される領域である経営戦略面での齟齬を追求した側面等大きな影響を及ぼしつつある⁽¹⁾。APRは二〇一五年以降英国銀行業界を対象に Senior Management Regime (SMR) の転換が図られる予定で、非業務執行取締役 (Non Executive Director NED) のみならず上級管理者機能 (Senior Management Functions SMFs) の役割等と合わせて検討が進められている。一般法としての英国会社法、コーポレート・ガバナンス・コード (CGC) とスチュワードシップ・コード (SWC) に加え、コード規律の内容として銀行のみならず保険業界 (Solvency II firms) など金融機関を対象に SMR の規制が及ぶことになる⁽²⁾。

3. Senior Management Regime の提示と FCA、PRA

二〇一六年導入の準備が進められる SMR に関して、現在 Approved Persons として FCA・PRA の管理下にある銀行員は全体の 一〇% 程度であるが、新制度では裾野を更に広げて直接 FCA・PRA が管理できる人員数を増や

することが趣旨となっている(二〇一六年三月七日施行予定)。二〇一二年金融サービス法により英国金融監督体制の改革が図られ、二〇一三年四月FSA(金融サービス機構 Financial Services Authority)を解体してFCA(Financial Conduct Authority)とPRA(Prudential Regulation Authority)に分割し、PRAは個別会社の監視・監督を担当する健全性(ブルーデンス)監督機構、FCAは消費者保護および上場規則や投資家等市場参加者の行為規制を担当する金融行動監督機構として機能する(ツインピークス体制⁽³⁾)。PRAはイングランド銀行(BOE)の傘下に置かれる。

4. 英国議会銀行委員会の最終報告書の主旨と論点

二〇一三年七月英国議会の銀行基準に関する委員会(The Parliamentary Commission on Banking Standards PCBS)の最終報告書(Changing banking for good)の提言(recommendations)を基に議会提案がなされている。銀行委員会は二〇一二年金利操作不正によるLIBOR事件(the LIBOR scandal)を契機とし、英国金融セクターにおける専門的な標準・企業倫理の調査を行い、立法面などの提案を図ることを目的に二〇一二年七月設立された⁽⁴⁾。報告書は個人責任の欠如、長期利益とインセンティブ設定の誤り等を指摘し、銀行業全体における基準の改善を要求する急進的な改革(the radical reform)といえる。銀行委員会議長であるAndrew Tyrie議員のコメントの趣旨は以下の通りで、銀行業務に関連した不正に対する危機感の大きさを示している。

LIBORレートの不正操作の問題は広範囲で納税者、顧客の損失は大きく、就中銀行の信用は失墜している。信用を回復する単一の解決策は存在しない。個人責任の欠如は銀行業界全体を通じてみられる現象でSenior Managementの数の多さ、集団的意思決定(groupthink)のスキームは個人責任追及を避けるファイアウォールの役割を果たした。銀行業務のリスクと報酬の関係において標準設定に関わるインセンティブは機能しないまま誤った形で

常態化し、業務のミスもなく多くの下級スタッフは Senior Management が引き起こす行動により非難されてきた。こうしたことに終止符を打つ必要がある。成功の報酬は銀行と顧客のために長期利益 (long-term benefits) を生み出すことに集中させることが求められる。個人、特に Senior Management の役割に関する標準に欠陥があり、明確な責任のラインとエンフォース可能な制裁が必要などころ、共にこれまで不足していた。変革が必要なのは銀行家側でなく、規制機関・政府共に基準の低下に対する一因であった。政府は改革実行に取り組み、監督機関は厳格にエンフォースを図ることが必要となる。規制の増加ではなく、よりよい規制・機能が求められ、銀行業界の競争力向上にとりかかる必要がある。高い基準作りにより英国は世界的な金融センターの機能を担うこととなるが、各国間の協力によって改革の進展が遅れてはならない。英国にとって適切な改革を進めることが望まれる。銀行業務におけるインセンティブ設定の誤りが問題の根源であり、最終報告は一連の基準策定を提示する。主要領域にかかる提案は、Senior Bankers の個人責任の追及を可能とすること、銀行のガバナンス改革、機能的で多様な市場の創設、規制機関が業務を果たす上での権限の強化などである。

私見であるが、SMRは行き過ぎたリスクテイクの是正に一義的な主眼はあるが、インセンティブ設定の誤りの修正、銀行と顧客の長期利益追及、競争力向上と高い基準作りにより金融センターの機能を担うこと、英国独自の改革の進展等、中長期的な競争政策の視点に立つことが窺える。二〇一〇年CGCから分離したSWCの意義付けとも平仄が合う内容である。濃淡や時系列の差こそあれ、日本版コードと共通の問題意識を担うものであろう。

5. Senior Management Regime ヲ二〇一四年一〇月LCCBS第七報告書

(1) Senior Management Regime の導入と主旨 APRは実効性確保など問題点が指摘され、企業価値創造を

実際に担う Senior Management 層への対象拡大と登録制度導入、エンフォースメント強化を骨子とする新制度に変わりが予定される。取締役会等集団的意思決定において個人責任が免責されがちであったことに鑑み、個人の説明責任、更に経営破綻を引き起こしかねない判断ミスを不正として扱い責任追求を図ることに主旨がある。経営面の積極的妥当性と消極的妥当性、コンプライアンスと著しい不正など境界領域の議論ともなる。

(2) Senior Management Regime の概要—三つの柱と二層制— 英国議会 (Parliament) の委任を受け、FCA と PRA は銀行における個人責任を規律する体制作りを行っている⁽⁵⁾。説明責任の基準を高め、銀行、住宅金融共済組合、信用組合と PRA 指定投資会社の規制強化のため協議文書 (the Joint Paper) 「銀行の説明責任の強化・銀行の役員個人に関する規制の枠組み」(二〇一四年七月三〇日)⁽⁶⁾を公開した。PCBS は、①取締役と他の上級経営陣のため「Senior Managers' Regime」②下級従業員のための認定制度 (Certification Regime) の二層制 (two-tier system)、③ Reforming the Register (登録制度の変更) の三つの柱からなる SMR を提言しており、これに伴い個人の行動を管理する FCA と PRA から新しい行動規則 (new conduct rules) が発出される。現状の APR、APR のための原則とコード (statements of principle and code of practice) に置き換わる。APR の下では個人の責任追及の範囲が狭く、効果的なエンフォースメントも十分なしえないことが PCBS に述べられ、二〇一三年金融サービス(銀行改革)法 (the Financial Services (Banking Reform) Act 2013) において新体制のフレームワークが包摂されたものである。SMR は上級管理者機能 (SMFs) を実行する個人に適用され、金融機関の規制活動に関連し、深刻な結果をもたらしかねないリスクを内包した業務の管理責任があることを内容とする。

(3) Senior Management Regime の要諦—二〇一四年一〇月 PCBS 第七報告書 更に二〇一四年一〇月議会議委

員会（PCBS）の第七報告書（Treasury-Seventh Report）において、SMRとNEDの機能・責任等について詳細に述べられている。⁽⁷⁾ APRは規制当局が銀行経営を担う経営層の個人責任追及を図ることが可能なはずの制度であったが、実際には複雑かつ困惑させる秩序に欠けたものであり（complex and confused mess）、必要な機能を発揮すべき基準としては、個人の行う経営面の執行が実効を挙げなかった（poor behavior）場合に制裁を課するメカニズムとしては適用範囲があまりに狭く、規制当局の強制措置をとる能力も制限され、個人の責任も定義付けが十分になされていなかった。

Senior Managers` Regime は、APRの中で重要な影響を与える機能の要素に代替し、次に Certification Regime では、より広範なスタッフが銀行基準のルール（Banking Standard Rules）に対して契約上の義務を負う（contractually obliged）⁽⁸⁾ が、カバーされる対象、義務が不明確すぎる（too vague）ことがPCBSメンバーから指摘されている。エンフォースメントの面では強力な制裁により銀行におけるアンバランスなインセンティブの修正を図り、①新しい刑事罰規定（a new criminal offence）（禁固・罰金）、②民事制裁における証明責任の転換（Reversal of the burden of proof in cases of civil misconduct）を内容とする。①は銀行経営における無謀な判断ミス（reckless misconduct）に対して適用される。PCBSは、例として銀行経営の破綻によって納税者の膨大なコストを投入することとなった場合、金融システムに継続的な影響を及ぼす場合、顧客に重大な害を与える場合を挙げている。②は広範な個人責任の追及がFCA、PRAのプロセスに組み込まれることとなる。

（イ） Senior Managers` Regime 第一に、SMRのうち Senior Managers` Regime について、協議文書によればその行動と決定が金融セクターと顧客に重要な影響を及ぼす上級マネージャー（Senior Managers）を対象とする。銀行

の取締役会、Executive Committee メンバーおよび同等の者、特定の基準 (certain criteria) を満たす重要な事業の長、銀行内の重要なビジネス、コントロールまたは行動に焦点を置いた機能に対して責任を有する個人、銀行の意思決定に重要な影響力を及ぼすグループあるいは親会社より雇用される個人を含む。

(ロ) Certification Regime (C R) 第二に、協議文書では認定制度 (Certification Regime CR) が創設される。Senior Managers Regime の規律には服さないが、規制活動に関連する認定機能 (Certification Functions) を担い、銀行・顧客に重要な危害 (significant harm) を引き起こす可能性がある従業員に適用される。P R Aでは重大なリスクを引き受ける者 (material risk takers) に適用され、F C Aでは顧客に直面する役割、Senior Managers Regime でカバーされないベンチマーク提示者等の役割を担う者、認定を求められる従業員 (certified persons) を監督する個人が全て該当する。Senior Managers は関連する下級従業員の認定と評価 (the assessment and certification) の責任を担い、毎年適合性と適切性 (their fitness and propriety)⁽⁹⁾ を評価することが要求される。銀行において重要なデュー・デリジェンスを行うべきプロセスとなる。(イ)、(ロ)を含む広義のS M Rの対象はA P Rよりも拡大するが、(イ)の狭義のSenior Managers Regime 自体の対象はA P Rより狭い。A P Rの対象からSenior Managers Regime の対象を差し引き、重要なリスクテイクを行う下級従業員 (Material risk takers who are not Senior Managers) を加えたものがC Rの対象となる⁽¹⁰⁾。

6. エンフォースメントと海外銀行の英国支店に係る域外適用の懸念

エンフォースメント (enforcement) に関して、規則違反が生じた領域に関して責任を有するSenior Managersは、民事責任における証明責任の転換により、違反防止に向け合理的な措置をとったことにつきF C A、P R Aに対する

説明責任を負担する。金融サービス法によりAPRのスキーム以上に幅広い範囲の銀行の従業員に対し処分を科すことができ、国内外のいかなる場所でもFCA、PRAは責任追及が可能となる。更に英国法人の銀行、住宅金融共済組合とPRA指定投資会社に勤務するSenior Managersは、金融機関を破綻に追い込む原因になった戦略面の決定に關して、潜在的な刑事責任追及にも晒される。現時点で、財務省は海外銀行の英国支店のSenior Managersにはかかる処罰規定を適用しない旨を定めている。該当行為の域外的な適用はなされても、現地法人のSenior Managersには刑事責任追及はされないと現状では理解されるが、課徴金など民事責任は追及されるものと思料され、規制動向には未確定な要素がある。①二〇一五年三月一六日協議文書(FCA15/10, PRA9/15)では、行為規制を担うFCAはEEA（欧州経済圏 European Economic Area）域外金融機関の在英支店に係る認定制度（CR）を提案する。業務ライン（Overseas Branch Senior Manager OBSM SMF20）、マネーロンダリング（Money Laundering Reporting Officer MLRO SMF17）、コンプライアンス（Compliance Oversight SMF16）の各担当を必須機能とする。英国の監督方針では以前から大規模支店を準子会社とみなし、支店内の業務管理に完全な責任を負うことを要求しており、在英支店内の全管理職をSMFsとして登録する必要はないこと、外銀子会社・支店が現地マネジメントにより適切に統治されている場合は法域を超えた親会社個人に対する規制適用（域外適用）は必要最低限に抑えられるべき旨を全銀協が要望している（二〇一五年五月）^⑪。②PRAは、SMRの支店に対する適用の拡張として、新たな non-EEA 支店では全体を統括する海外支店の長（Head of Overseas Branch）はCEOに近似した（akin to）SMFsの担い手（SMF19）として個別承認を必須とする^⑫。その他、Chief Finance function（SMF2）、Chief Risk function（SMF4）、内部監査部門長（Head of Internal Audit SMF5）、グループ企業のSenior Manager（Group Entity Senior Manager SMF7）も任意の重要な機能とし

て承認を求められる。内部監査部門長については、監督アプローチが第三の防衛線 (three line of defence) である金融機関自身が行う内部監査の重視に変容しつつあることの証左ともなろう。グループ企業の Senior Manager は、英国の金融規制に関するマネジメントあるいは行動について直接の決定を行っている場合には承認を求められる (欧州、中近東およびアフリカ担当長など)。最終規則は二〇一五年発刊、二〇一六年第一四半期発効予定である。

II. 110111年UBS事件 (John Pottage v. FSA) など関連事例を通じた Senior Management Regime 改正の意義・目的の考察——間接統制的規制への転換——

1. 規制強化と Senior Management の責任追及、規制コスト増加と我が国の敷衍

英国 FSA から、金融業界における Senior Management など経営陣の個人責任の追求と透明性の規律付けについて制裁金が課された四六事例⁽¹³⁾が示される。制裁金の平均金額は一〇万ポンドで、ホールセール、リテール、利益の衝突 (Conflicts of Interest)、開示面の不正 (Failure to Disclose to the Regulator)、上場規則違反などを内容とする。ホールセールとリテール業務間で銀行が顧客に負う責任に関する利益の衝突について協議文書と FCA ガイダンス⁽¹⁴⁾が発出され、開示義務に関する訴訟⁽¹⁵⁾が相次いで提起されている。二〇一三年罰金 (Fine) 総額は二〇一二年に比して一五〇%と増大し、規制コストがかかり FCA 財政を圧迫する状況となった。(i) 規制に係るコスト面の課題の解決も今回改正の重要事項であると思料される。APR も規制として一定の成果を上げ、それなりの成功を収めたといえるが、財政面からは莫大なコストがかかり、失敗だったと評される。(ii) 企業の中核である Senior Managers 等を規制・統制することで本質的にスタンスや企業文化・慣習を FCA の予期する方向に変化させることができるという思惑が

見受けられる。社内において本質的に優秀なガバナンスを行う企業文化が育てば、規制当局の手間、コストは減少する。③全体としてS M R移行は、従来のような外部から機関（企業）に規制をかけるのではなく、個人である Senior Managers 等を規制することで内部から企業をF C A仕様に変えていくことを意図している印象を受ける。一種の間接統制的規制といえよう。

私見であるが、企業の統制環境（control environment）を整備して戦略的リスクマネジメント（Enterprise Risk Management ERM）体制構築を促し、実効性向上を図ることがコストベネフィットのみならず、事前防止の観点からも合理性があることはいうを待たない。我が国も金融監査など規制コストの問題は存在し、不良債権の検査はともかく、金融庁に日常監査権限までも一元化するには人員不足とみられ、日銀が資金コントロールを通じてかかる機能の一部を担っている面が強い。現状の日銀では金融庁同等の監督権限を全面的に担うには無理もある。我が国もS M R制度を検討する素地はあろう。

2. John Pottage v. FSA 事件の考察—マネジメントリスクにおける Senior Management の役割の拡大とF S Aの対応—

（1）John Pottage v. FSA 事件の概要と意義 A P RからS M Rの制度転換を図る契機となった二〇一二年U B S 事件（John Pottage v. FSA (FS/2010/0033)）⁽¹⁶⁾を考察する⁽¹⁷⁾。検討対象でもあるApproved Persons⁽¹⁸⁾ Senior Managersなど銀行経営に重要な影響を与える経営層の機能は、A P RにおいてはS I F s（Significant Influence Functions）と称されている。

John Pottage は二〇〇六年当時スイスに本拠を置く世界最大規模のユニバーサル・バンクU B Sの英国における富裕層ビジネス部門の前最高業務執行責任者（the former chief executive）であり、Senior Managementに該当する。サ

ブプライム金融危機に絡み John Pottage は UBS に多額の損失をもたらし、自己の担当チームの管理責任の不十分さを追求された案件である。FSA が改正前の APR の規制をかけ個人の責任を追及、罰金 (一〇万ポンド、一六万 一〇〇〇ドル) を徴収せんとしたが、審判所判断により FSA は敗訴した。¹⁹⁾

私見であるが、訴訟後、FSA は判決に従う旨を公表し、現行の APR でかかる個人の責任追及を行うことは事実上不可能となった。SMR は個人を確実に責任追及の対象とし得るように改正したものといえる。個人の責任追及が甘い場合、企業にペナルティーを課そうとも現場の社員に大きな苦痛はなく、規制の形骸化が進んで骨抜きとなり、結果として事件の再発に繋がりがかねない。本件は APR において FSA が初めて個人に責任追及をした訴訟であり、これまで機関・企業に対する規制をもつてある程度成功していた APR において、FSA からみれば挑戦的な new stage であつたとも考えられる。結果的に審判所判断が出され、APR の個人に対する責任追及は認められず、いきなり頓挫することになった。

しかし個人への責任追及は必要不可欠のもので、FCA は個人の適用を可能とするため、適用対象を絞り込み適用要件も整え、新制度に移行せんとしている。審判所判断を介さない明確な個人追及制度の創設を試みたものともいうことができよう。これにより個人は、監督や判断のミスが事実上重過失とみられる場合、その責任追及を免れないため規制に対する姿勢を強烈に意識せざるを得ない。対象となる人材は厳選され、より能力が高い人間が少数のポストを占めることとなる。規制当局の恣意性も一定程度は確保される。

審判所判断 (the Tribunal's decision) では、FSA のルールは個人にも適用可能だが、明確な証拠 (evidence) がないと認めることができないとの見解を示し、John Pottage に適切な役割の遂行を期待することの合理的な証拠を求める。

しかし、FSAが個人相手の場合までも責任追及のために明確な証拠を示すことは多大な時間、コストがかかり現実的でなく、こうした手間を必要としないプリンスブルベース的な内容が審判所判断においても十分認められる形の改正をする必要があった。FSAがプリンスブルベース的に適用し制裁金を徴したが、審判所判断では個人の適用ではルールベース的な見解を示し、当局はかかる対応を取ることが不可能なため今次改正せざるを得なかったものである。

特に制裁金額が一〇〇、〇〇〇ポンド（日本円で一八〇〇万程度）と額が小さすぎることも審判所判断に影響を与えた可能性があるのではないか。規制当局がこの程度の金額をもって規制をかけて反応することが審判所判断としても好まれなかったのではないかとも思料する。しかし規制当局としては、企業のリスクの根源にある個人の責任問題を看過できないため、引き続き摘発の意思を示すためにもSMRの導入は必要であったと考える。

John Pottage は、FSAの規制下にあるUBSのChief Executive（業務執行役員）であると共に Compliance Officerであり、FSAの規制に従う義務があるにもかかわらず、遵守できなかったとして制裁金がかけられた。しかしながら審判所判断基準においてはJohn Pottageの影響力がどの程度かということが重要であった。FSAは規制対象として訴えたものの、審判所はたかが個人、一社員でありそのようなものではないとして当局の訴えを退けている。当局は個人責任を規制の明確な適用対象としないと司法の場では通用しないと理解したことがSMR導入理由の一つとして考えられる。逆に適用対象さえ明確にすれば、構成要件はプリンスブルベースで規定し、当局の自由・裁量が利くことにもなる。コストベネフィットの問題と共に、やはり個人責任に対する対処・適応がポイントのように考えられる。SMRには一部、刑事罰規定も含む内容であるため、コードでなくルールに基づくとはいえ、プリンスブル

ベースをもって規定することには構成要件などの面で議論もあろう。

(2) John Pottage v. FSA 事件にかかるマネジメントリスクの考察 事案の検討として、CEOにおける前任者が引き起こした業績悪化の引継ぎ後のリスクマネジメント体制に関する評価・見直しの責任に視点を置きたい。FSAによれば、John Pottage は、APRに関するコード原則の要求事項である APER Principle (the Statements of Principle and Code of Practice for Approved Persons) 七の下で SIFs の機能を担う個人として、規制を遵守すべき個人責任を負っている⁽²⁰⁾。かかる義務の内容に関して、CEOとして当該企業ならびに業務領域に関する六つの面から正確かつ徹底的な理解を得るべく早い段階での評価を行うべきであった。(i) ガバナンスとリスクマネジメントのフレームワークの設計、オペレーショナルな効率性、強味と弱点の状況把握。(ii) 業務、日常の統制システムのオペレーショナル・リスク。(iii) 上記のフレームワークの効率的運営に関する評価に役立つ入手可能なマネジメント情報の質。(iv) 前任者の在職期間 (tenure) 内に既に引き起こされていた重要なリスクとコンプライアンスに関する事項。(v) グローバルでマトリックスな経営構造 (the global matrix management structure) の実際の影響。(vi) John Pottage に報告を上げた各個人の強味と弱点。

FSAによれば、(i) John Pottage はガバナンスとリスクマネジメントのフレームワークの設計、オペレーショナルな効率性について詳細を議論しておらず、基本的な欠陥がないという確信を安易に受け入れていた。もっと精神的にこうしたフレームワークが企業の目的に適合し (fit)、適切に (properly) 実践に移されていたことに疑問を呈するべきであった。結果としてFSAはJohn Pottage が最初の評価を運営する際に合理的に行動しなかったと主張した。fit and proper 原則の観点からの主張であらう。(ii) 上記フレームワークに関しては警告シグナルが出ていたが、

より広い意味合いを十分に考慮することができなかったと非難している。(iii) John Pottage がこうした措置をとっていれば上記フレームワークに関する設計と運営における重大な欠陥を認識し得たはずであり、もっと早期の段階でシステマティックな点検 (a systematic overhaul) に着手していたはずである。私見であるが、オペレーショナルリスクに関するリスクマネジメントについて全社的かつシステマティックに早期に対処し得たはずであるとして個人責任を追求している内容となろう。

これに対して上級審判所 (The Upper Tribunal) は、APER原則七に関するFSAの幅広い解釈自体は受け入れている。SIFsに該当する個人はその任に就く際に継続的なモニタリングを行う義務と共に、詳細な初期の評価を行う必要性がある。コード (Code of Practice) はAPER原則に関するコンプライアンスの実際的なガイダンスを提供するが、初期の評価を行うべき義務 (duty to conduct an Initial Assessment) について言及はない。しかしながらJohn Pottage自身もかかる義務の存在は受け入れ、審判所判断によって確認されたといえる。私見であるが、前任者などの行った業務内容を引き継ぐに際して、単に継続的に監視・監督義務を果たせばよいということではなく、改めてその評価を行うことが求められ、引継者において最初の評価を行うべき義務の存在を認めた判断である。実際にJohn Pottageは行ったAssessmentは行っており、必要性の認識にも欠けるところはない。

審判所判断によれば、John Pottage はかかる役割について合理的な段階を踏んでおり、リスクマネジメントに関する実際的なアプローチ (hands-on approach) も採っていること、細部に亘りフレームワークも理解し、組織内においてリスクマネジメントの権限が委譲されている社員と適切な関わりも持っていることは証拠によって明白であるとし、Chief Executiveにおける規制上の義務として五つの内容を示している。(i) 業務において統制面の失敗が明らかと

なった場合、CEOは独自の監視・監督の地位に就いており、失敗が広範囲に拡大する意味合いを持っていないかについて評価を行うことは期待し得る。(ii) Approved PersonsとしてのCEOは、個人的に非難に値する場合、原則の違反として懲戒処分の対象 (subject of disciplinary action) とはなるが、それ以外ではない (not otherwise)。(iii) CEOの役割は監視・監督 (oversight) であるが、統制面の設計、構築ならびに運営を個人として行うことは要求されていない。(iv) 適切に任命された代表者としての業務を行う上でCEOに義務はない。(v) Approved Personsはコンプライアンスを保った内部統制を当該業務が備えていることを確実なものとすることは要求されていない。要求されているのは確実なものとするために合理的な注意をとる (take reasonable care to ensure) ことである。合理的な段階を踏んで行うために必要なことは、全ての種々の状況に依存する。

特に (v) の内容が Approved Persons が SIFs を果たす上で担っている注意義務の水準 (standard of care) の決定に当たり重要となる。当該金融機関はリスクマネジメント・システムにおけるオペレーショナルな効率性に関して確かに重大な欠陥を有していたが、審判所判断は John Pottage のとった段階は適切で、最初の評価段階において自分のチームに対して更に深く調査を行うべきであったという十分な入手可能な証拠は存在しないとする。

結果として FSA は、John Pottage が規制上の義務に違反したことを証明できず、審判所判断としては、二〇〇七年七月以前のオペレーショナルならびにコンプライアンスな事項に関して John Pottage がとった行動は合理的なものであったと結論づける。

ここで FSA が、敢えて新しいベンチマークを求めて当該事件の個人責任を追及したのか、疑問がある。FSA は事後的に発見されたりスクマネジメントのフレームワークの問題に力点を当て過ぎ、John Pottage が当時入手可能

な情報に基づいて行動をとったことに十分な焦点を当てていなかったとみられる。ガイドンス規定とは別に、John Pottage は金融機関内において後日暴かれた欠陥に対して、前任者に代わって責任を負うとの考え方をとった。審判所判断においてFSAの考え方は徹底的に否定され、SIFsの地位にある者は合理的な段階さえ踏めばよいことが明らかにされた。John Pottage の信用を高めるものとしてUBSは企業として支援し、審判所判断の場において防御ができるように努めている。

他方FSAは金融業界に対し、Senior Management が業務上直面するリスクについて効率的にマネジメントするべきとのメッセージを発している。FSAのChief ExecutiveであるHector Santsは二〇〇九年五月にリーマン金融危機を回顧して、後知恵(hindsight)にはなるが、マネジメントの決定における不適格さ(incompetence)が曝き立てられ、リスクマネジメントに関するかなり軽率なアプローチ(cavalier approach)が多くみられたことを述べる。FSAはSenior Managementを対象としたエンフォースメント確立に注力し、当該職に就いた場合あるいは継続的に、事前対策としてのリスクマネジメントの評価・見直しを行うべく検討してきた。Approved Persons に関するコードの見直しによって上級(Senior)のApproved Persons は日常的にかかる義務の履行を図ることができるようになる。

FSAは敗訴したものの、John Pottage 判決はSenior Management が職を引き受けた場合、就中ガバナンスとリスクマネジメントのフレームワークに関してとるべき行動に関する先例の意義を有する。統制機能を担う部署に関連したSIFsの担い手にも適用される内容となる。ロンドンのCity地区のSenior Managementの中にはガバナンスとリスクマネジメントに関する設計、オペレーショナルな効率性に関する評価についてJohn Pottage がとった手続

き・段階よりも十分でないものも多いとされる。FSA認可を受けた金融機関としてはリスクマネジメントのアプローチを見直し、Senior Managementが規制上の責任を充足するべく適切な素養などを備えていることを確認する格好の機会 (a catalyst) とするべきで、審判所判断を受け、実務上の五つの留意点が求められる。(i) Senior Managementを任命する手順書作り (appointment protocol)、(ii) SIFsの役割の説明と責任、(iii) ガバナンスとリスクマネジメントに関する文書化、(iv) SIFsの機能を担うの人員が規制当局の新しいアプローチに関して訓練を受けること、(v) 定期的再評価 (Periodic reassessments)。

Ⅲ．上級管理者機能 (SMFs) とFCA、PRAのアプローチ

SMRは上級管理者機能 (SMFs) を実行する個人に適用される点が大きな特徴である。広範なマネジメント層を対象とする規制であり、NE、NEDに限らずSMFsの機能・役割に係る検討が新たに必要となる。FCA、PRAの各アプローチを通して考察を深める。⁽²¹⁾

1. PRAのアプローチ—SMFsに対するアプローチと責任分野リストの考察—

協議文書においてPRAは、SMFsの法定定義を充足し、金融機関の安全性と健全性 (safety and soundness) に影響を与える可能性がある機能についての認識を示している。PRAはSenior Managementにおける責任の割当てに關して、責任に關する規定 (Prescribed Responsibilities) を限定列举の形で提案する (責任分野リスト)。PRAのSMFsの各定義に關する従前の責任に加重され、PRAのハンドブックであるSYSC (Senior Management Arrangements, Systems and Controls (Handbook)) に詳細に規定がされる。注目される規定として、①金融機関が内部監

査機能 (internal audit function) を外注している場合、外部監査を担う人員からの独立を確認する合理的な段階を踏むことが求められる。外注された内部監査人の業務の監視とマネジメントおよび外部監査と内部監査の間の潜在的な利害衝突のマネジメント (management of potential conflicts of interest) ²²⁾ が含まれる。監査におけるインセンティブのねじれに繋がる。②金融機関に上級独立取締役の機能 (the Senior Independent Director function SID) を行う者がいない場合、取締役会議長の機能を行う者を監督すること、当該金融機関内で役割を充足するために利用可能な経営資源の十分さと品質面の監督を行うことが規定される。SIDの機能を代わって担う人員が十分な経営資源を利用して機能発揮できることが目的で、米国の筆頭独立社外取締役 (Lead Independent Director) を意識している感もある (日本版コード補充原則四—八②参照)。

2. FCAのアプローチ—Senior Management Functionsの結合リスト—

FCAは追加的なSMFsの策定を提案している。(i) PRAでは指定されない業務執行役員、非業務執行役員など全ての取締役会のメンバーを包含する。(ii) APER原則において必要な機能として分類されていたマネーロンダリングの報告 (money laundering reporting) とコンプライアンス監視機能を加える。(iii) 指名委員会委員長について規定する。現状の規制においても指名委員会の構成などは求められている。(iv) FCAまたはPRAからSMFsとして指定されていない役割を担う個人についても、FCAの規則に重要な全般的な機能としてリストに載っている内容のものがあれば追加規定する。PRAと同様にFCAの複数のSMFsを実行する個人は別々に承認を求めることが必要となるが、例外として重要な責任あるSMFsを担い、鍵となる機能を任される個人がFCAまたはPRAに承認されていない場合はまとめてFCAから承認されることも可能である。FCAで特定されたSMFsを

実行する個人はFCAのみによる事前承認で足りるが、PRAで指定されたSMFsを実行する個人はPRAの事前承認に際してFCAの同意が必要となる。SMFsと管理するPRA、FCAの関係(結合リスト)を整理すると、最高経営責任機能 (Chief Executive function) (SMF1) PRA、最高財務責任機能 (Chief Finance function) (SMF2) PRA、業務執行取締役 (Executive Director ED) (SMF3) FCA、最高リスク管理責任 (Chief Risk function) (SMF4) PRA、内部監査部長 (Head of Internal Audit) (SMF5) PRA、主要ビジネス領域の担当長 (Head of key business area) (SMF6) PRA、グループ全体の上級管理者 (Group Entity Senior Manager) (SMF7) PRA、信用組合のSMF (小規模信用金庫のみ) (Credit Union SMF (small credit union only)) (SMF8) PRA、取締役会会長 (Chairman) (SMF9) PRA、リスク委員会委員長 (Chair of the Risk Committee) (SMF10) PRA、監査委員会委員長 (Chair of the Audit Committee) (SMF11) PRA、報酬委員会委員長 (Chair of Remuneration Committee) (SMF12) PRA、指名委員会委員長 (Chair of the Nomination Committee) (SMF13) FCA、上級独立取締役 (Senior Independent Director) (SMF14) PRA、非業務執行取締役 (Non Executive Director NED) (SMF15) FCA、コンプライアンス監督 (Compliance Oversight) (SMF16) FCA、マネーロンダリング報告 (Money Laundering Reporting) (SMF17) FCA、重要な責任機能 (Significant Responsibility SMF) (SMF18) FCAとなっている。概して、PRAは健全性の監督官庁として財務、リスク、監査、報酬などの機能をNEDを含めて対象とし、FCAは行動規制の監督を担うべく指名、EDなどの機能を対象とする。FCAはコンプライアンス、マネーロンダリングを含め、指名委員会委員長 (NED) の他、委員会委員長などではない一般的NED (Generic NED)、更に包括的な内容の重要な責任機能 (SMF18) も広く対象としていることが窺える。

3. Certification Regime と重要なリスクテイカー

PRA は、報酬規則ルールの観点から重要なリスクテイカー (Material risk takers) として分類される個人の必ずしも全員が認定制度の範疇に入るものではなく、非対象の例として SMR の対象となる Senior Management あるいは当該金融機関のコントロール機能を実行している者、規制を受ける活動に関連しておらず認定機能にかかる法定テストの対象とならない個人を挙げる。信用組合は認定制度等の対象でなく、異なる定義を提案している。

4. 行動規則の二層制度と三つの義務

(1) 新しい行動規則の意味するところ——二層制度——PRA と FCA は、対象金融機関の従業員のために新たな行動規則 (new conduct rules) を提案し、PRA と FCA による Senior Management、PRA による Certification Regime 双方に適用される。PRA は FCA が指定する SMFs を担う人員に対しても適用する予定である。FCA は行動規則の対象とならない従業員は非金融サービス企業で働く場合と基本的に同じ旨を述べる。

行動規則は PRA と FCA の双方に共通する。PRA は共有ルール以上に規則を導入する提案はしていない。新規規則は二層に分割される。第一層のルールは、対象となる個人が従うべき行動規則の全ての役割に関連する。第二層のルールは、Senior Management にのみ適用され、対象金融機関全体の効果的な運営 (effective running) に対する責任と共に、担当している特定の役割に関するマネジメントの責任を反映したものである。

(イ) 第一層——個人の行動規則——第一層 (the first tier) では、ルール 1: 誠実に行動 (act with integrity) しなければならない。ルール 2: 十分な技能、注意、勤勉さを持って (with due skill, care and diligence) 行動しなければならない。ルール 3: FCA、PRA およびその他の規制当局とオープンで協力的でなければならない。ルール 1 は米国の

法では忠実義務あるいは誠実義務として認識される内容である。ルール2は企業価値向上に係る二〇〇六年英国会社法の一般的義務 (general duties) を観念できるが、*diligence* の用語も含め注意義務 (*duty of care*) も包含する感がある。ルール3は金融当局との対話 (*dialog*) 能力を求め、APRの内容を引き継いでいる。

(ロ) 第二層—Senior Managementの行動規則— 第二層 (*the second tier*) は、Senior Managementの行動規則である。SM1…担当している金融機関の事業が効果的にコントロールされていることを保証するために合理的な措置をとる必要がある。SM2…担当している金融機関の事業が関連規制の要件や基準に準拠したものであることを保証するために合理的な措置をとる必要がある。SM3…責任を委譲する場合、適切な人物に委譲され、また委任された責任が効果的な履行されている状況を監視することを保証するために合理的な措置をとる必要がある。SM4…FCAまたはPRAが通知を期待することが合理的な情報を開示しなければならない。

5. 行動規則の三つの義務

二〇一三年金融サービス法は、行動規則に関連する二つの義務 (*three obligations*) を規定する。(i) 当該対象金融機関がルールに従うべき個人に対してルールの該当事例であることを認識させ、ルールがいかに関個人に適用されるかについて訓練を行う。(ii) 金融機関は個人が行動ルールに違反したことを認識あるいは疑いを抱く場合は規制当局に通知する。(iii) 金融機関は規制当局により指定された理由に基づき、個人に対する正式な懲戒処分をとった場合は規制当局に通知する。

監督当局への通知を求める懲戒処分の対象となる個人の行動には不作為あるいは行動規則違反に準じる状況も含まれ、対象金融機関は規制当局に以下の内容を通知することが求められる。(i) 個人が行動規則に違反もしくは違反

する疑いを抱いた場合。(ii)(i)について既に監督当局に通知していた時に、その後続いて行う決定あるいは異なる内容の決定に至る場合。(iii)当該従業員に正式文書で警告を発している場合、停職または解雇した場合、行動規則違反の行為の結果として従業員の報酬を減額あるいは回復した場合。

行動規則違反または違反が疑わしい場合、Senior Management による場合は金融機関は問題の認識後七営業日以内、他の個人は四半期毎に規制当局に報告することが求められる。

IV. Senior Management Regime におけるエンフォースメント強化

1. アカウンタビリティの強化—証明責任の転換—

二〇一三年金融サービス法において、規制当局におけるSMFsの機能の識別、Senior Managementの責任の明確な配分と説明責任強化のために設計された条項が導入された。Senior Managementの承認のための適用要件であり、(i) Senior Managementの責任に重大な変化があれば再度当局の承認が求められる。(ii) 規制当局に対して、最初の承認段階ならびにその後の承認を通じて条件や期限などを附する新たな法的権限が付与される。(iii) Senior Managementが責任を負う事業領域内で、対象企業が規制要件の違反を犯す場合にはSenior Managementが潜在的な説明責任を負担する。Senior Managementが違反行為を防止すべき合理的な手続き(reasonable steps)を踏んでいたことを監督当局に理解させることができない場合、Senior Managementに説明責任が生じかねない(責任の推定(Presumption of Responsibility))。証明責任の転換(Reversal of the burden of proof)、反証を許す推定(rebuttable presumption)を示すものと理解される。(iv) 当該金融機関の破綻を招く無謀な意思決定の失敗(a reckless decision

causing a financial institution to fail) に関しては潜在的な刑事責任を負うことになる。

2. 刑事罰導入

二〇一三年金融サービス法では銀行や住宅組合の Senior Management が当該金融機関を破綻に追い込む決定を起した場合、PRA または FCA により訴追され得ると規定されている。Senior Management の意思決定において行為の履行が金融機関に破綻を引き起こすリスクがあることを認識したはずであり、意思決定に関連した行為は自分のポジションに合理的に期待されるものを下回っていることが要件となる。もともと協議文書によれば金融危機以降、金融規制の構造に変更が加えられた結果、従前に比し銀行等の破綻が生じる可能性は低下し、かかる訴追の実際の件数は少ないとも予想されている。

V. Senior Management Regime と英国金融規制の最新の動向および展望

SMR に関して、FCA、PRA 別に最新の規制当局の動向と展望を考察していきたい。

1. Senior Management Regime と FCA 規制の最新の動向と展望

(1) 成長と規制バランス、取引所の国際競争力向上、三層の監督構造と防衛線 企業文化・行動や金融証券市場の成長とのバランス (balancing regulation with the growth agenda) を念頭に、FCA 規制と SMR の問題がロンドン銀行業界で議論されている (二〇一五年三月一九日 Association of Foreign Banks) (注)。示唆に富んだ内容であり、単なる不正防止に留まらない世界的レベルでの問題意識の共通さを示している。我が国 CGC の攻めのガバナンスでは社外取締役の役割は企業価値向上に向けたリスクテイクを経営陣に促すことが強調されるが、英国もサブプライム金融危

機に端を発した金融規制改革ではあるが、成長と規制のバランス、コストベネフィット等も踏まえてS M Rの改革が検討されている。

F C Aの銀行監督部門責任者 (Head of Department, Investment Banks Supervision) Julia HoggettによればF C Aは発足後二年を経過し、一貫して上級管理職のリーダーシップ向上に意を用いている。リスク・コントロールに関する三つの防衛線 (3 lines of defence)⁽²³⁾のうち、第一の防衛線 (the first line) である銀行自身の業務管理 (operational management)⁽²⁴⁾に基礎を置き、企業行動における根底からの改革に注力し、二〇一四年F C Aは金融業界に対し合計一・五百万ポンドの金融制裁を課した。Morgan Stanleyの報告では二〇〇九年以降欧米で上位二五銀行が合計二三〇百万ドルに上る訴訟費用 (litigation costs) を払っている。リテール顧客、ホールセール取引先に対して業務改善を図るには長い道のりを要し、監督アプローチも銀行が行う内部監査 (第三の防衛線) 重視に変容しつつある。事前予防として金融当局の通常監督が重要で、自主的な社内コントロール向上の観点からもS M Rの重要性が増加しよう。

大局的観点から証券取引所の国際競争力向上を念頭に置き、コストベネフィットからも第一の防衛線の金融機関の自助努力による向上を促す規制改革を最優先事項としている。F C Aの最重要目標 (overarching objective) として金融サービス市場の機能向上が挙げられ、適切な程度による消費者保護の確立、金融システムの誠実性の保護と強化、消費者の利害における効果的な競争 (effective competition) の促進の三点を掲げる。かかる目的達成に向け、規制目標の変化は規制監督モデルの変化に繋がる。将来を展望して判断を行い結果に焦点を当てていかなければならない (Forward looking, judgement based, outcome focused)。業務の統制 (control) よりも運営 (how the business is run) に、第一義的なリスク回避もさることながら、中長期的な成長の展望とリスクテイクに重点を置いている。

John Pottage 事件敗訴が直接の原因とはいえ、FCAの深淵には適用範囲を狭め狭義のSMRの承認対象とした上で厳罰をかけ、それ以外の経営陣にも規制対象を拡大し (Certification Regime)、自主的な社内承認制度等により規制当局が人員をかけないで済むような実効性の高い合理的規制とする考え方があつた。企業価値創造の相当部分を実際に担うのは下層経営層であり、APRよりも適用範囲は拡大させるが、上級経営陣を厳格に規制すれば下層経営陣は追従するとみていると思料される。コンプライアンスあるいは消極的妥当性重視から、成長を目指した積極的妥当性確保に向けた規制戦略の転換といえよう。

(2) 三層の監督構造 FCAは三層の監督構造 (the 3 Pillars of Supervision) を視座に掲げ、市場 (Markets)、業界 (Sectors)、当該金融機関 (Firms) の三段階に分け、金融機関の各業務のトップとの密接な関係作りを重要と考える。第一段階は、金融機関の強固なシステムティックなフレームワーク (Firm Systematic Framework) であり、取引先に対して公正な取扱いを念頭に置き適切に運営していることを見極めつつ、垂直的 (vertical)、即ち関連会社を含めて前向き (forward looking) かつ予防的 (preventative) に業務を行うこと、構造的な評価・見直しを行うこと、定期的エンゲージメントを図ることを取り上げる。第二段階は、リスクが具体化 (crystallises) して消費者あるいは市場が衝撃を受け、回復・修正を図らんとする場合 (event driven)、潜在あるいは現実の損害の処理に取り組むことである。第三段階は、特定課題あるいは市場に焦点を当てた水平的 (horizontal)、即ち業界全体にみて前向きかつテーマ別に業務を行うことで、一貫性、透明性のあるアプローチを可能とする。

(3) 企業文化の与える行動に対する役割の重要性 金融機関における行動面の規制の実効性を高める上で企業文化の果たす機能が大きく、Senior Management の役割が重要である旨が述べられる。ERMにおける統制環境の領域

の重要性を物語っている。①企業文化は Senior Management によって推進される。②業界の誠実性を増進するような文化を定着させる (embed)。③顧客に対する公正な取り扱いこそ業務の根幹に当たる。④企業は最終消費者を念頭に置き行動することが求められる⁽²⁵⁾。

(4) 銀行における個人の説明責任に関する新制度と行動リスク

(イ) 金融機関における上級管理職のリーダーシップに期待するもの FCAによれば、上級管理職のリーダー (senior leaders) が金融機関における行動に関わるリスクを管理する (managing conduct risks) 場合、要求される内容は次の通り。(イ) リーダー達の行動リスクの認識。(ロ) 部下が自身の業務に係る行動を管理する場合、部下達に自身の責任を実感させること。(ハ) 金融機関における部下達が行動面の管理を行う場合のサポート体制。(ニ) 取締役会、業務執行委員会 (Executive Committee EXCO) の業務の行動面の管理について、行動の影響 (conduct implications) が企業戦略に与える内容を監視すること。(ホ) 行動の改善を図る努力を蝕むことがないように金融機関として体制確保すること。リスクに関しても企業戦略を念頭に据えて積極的な企業行動を図る意味合いで述べ、成長戦略あるいは ERMと問題意識を共有し、符合する内容といえよう。

(ロ) 責任マップ (Responsibilities maps 責任分担の図解) 責任マップとして、次の六つの要素が包含される必要がある。(i) マネジメントとガバナンスの調整 (Management and Governance arrangements)。(ii) (i) の調整がいかにグループ内で適合しているか。(iii) 責任、リスク、役割の割当て、(iv) レポーティングライン、(v) Senior Management とその責任の表明 (Statements of Responsibilities)。(vi) (i) – (v) が相互に適合していること。それほど複雑でないビジネスモデルとガバナンスのアレンジメントを持つ小規模金融機関については単純化されたマップの

提出で足りる。最終ポリシー・ステートメントにおいて定型書式により示される見通しである。

(c) Accountability Regime Timetable Accountability Regime (説明責任制度) に関する予定表 (timetable) は以下の通り。①英国国内銀行は、関連の政策立案・発表の期限について二〇一五年二月一六日 (Publish Feedback Statement (フィードバック声明の発刊))、二〇一五年春／夏 (Publish Final Policy Statement & Rules (最終の政策声明とルールの発刊、必要があればトレーダー (自己勘定で証券売買を行う業者) に対する拡張された Certification Regime に関する協議も含まれる)) (段階的实施期間 (Grandfathering period) が開始)、二〇一五年夏 (Final Guidance on 'Presumption of Responsibility' (責任の推定に関する最終ガイダンス)、Final Guidance on NEDs' duties (NEDの義務に関する最終ガイダンス)) の各段階が予定されている。②海外銀行の支店 (Foreign Branches) については、PRA・FCA協議文書「銀行の説明責任の強化：銀行の役員個人に関する規制の枠組み」(二〇一四年七月三〇日)、同「銀行の説明責任の強化：英国外銀支店に係る規制」(二〇一五年三月一六日) が出され、二〇一五年夏に Policy Statement & Rules を公表、段階的实施期間 (Grandfathering period) 開始の予定であり、時期は英国財務省 (Her Majesty's Treasury (HMT)) の指令次第である。

2. Senior Management Regime と PRA の最新の政策——管轄権の戦略など——

PRA の海外金融機関部門 (Overseas Banks Division) において、優先すべき事項として四つの事項が掲げられる。(i) 管轄権の戦略 (Jurisdictional Strategy)、支店へのアプローチ (branch approach、SYSC attestation)、(ii) Governance Senior Managers' Regime と non EEA 支店への拡大、(iii) 再生と破綻処理 (Recovery and Resolution)、再生プランの運用、EU の銀行再生・破綻処理指令 (BRRD) の実行、破綻処理に関する母国監督当局との連携、(iv) 流動性 (Liquidity)、流動性カバレッジ比率への変化 (LCR transition)。

管轄権の戦略について、PRAは監督に関する声明 (Supervisory Statement SS10/14) を発出し、国際的銀行の英国内支店の監督に関してPRAのアプローチを記している。⁽²⁶⁾ EEA支店の場合には母国の監督が及ぶが、non-EEA支店については及ばないためPRAが監督することになる。PRAは、non-EEA国の新たな支店について最低一名はOverseas Branch Senior Executive Manager として承認されることを提案している。支店開設を認可する場合、金融機関が企業全体として英国内の所要の条件 (Threshold Conditions) を充足していることを判断することになる。法的な単体としては扱わない。母国の監督機関との監督機能の分割を図ること、金融機関の有するリスク選好度 (risk appetite) の状況に対応することが重視される。PRAは、コンプライアンスよりも企業価値向上の視点からリスクマネジメントに力点があるといえる。管轄権の優先事項を定める観点からも、政策の実施 (rolling out the policy) に向けたアプローチの調整が必要となる。

VI. Senior Management Regime における非業務執行取締役 (NED) の具体的機能とサンクション 想定例 ― 二〇一五年二月PRA協議文書を中心に ―

1. Senior Management Regime における非業務執行取締役の機能 (PRA)

SMRにおけるNEDに関するFCAとPRAの最新の協議文書であるConsultation Paper FCA CP15/5 PRA CP7/15²⁷ (二〇一五年二月) をみていきたい。SMRにおけるNEDの機能と行動規則に関してサンクション (制裁) の科されるべき具体的想定例等が示される。

SMRの視点から、PRAは以下のSenior Managementの各機能 (Senior Management Functions SMFs) 毎にNED

の関わる責任を定める。(i) 取締役会会長 (SMF9)、(ii) リスク委員会委員長 (SMF10)、(iii) 監査委員会委員長 (SMF11)、(iv) 報酬委員会委員長 (SMF12)、(v) 報酬委員会委員長 (SMF12)、(vi) 独立上級取締役 (SMF13)。(vii) S M R の視点から全ての N E D に共通する機能。

(iii) について、P R A ハンドブックの SYSC6.2 (Internal audit) に従い内部監査機能の誠実さと独立性を確保かつ監視することが挙げられる。私見であるが、内部監査機能が C E O などの執行側に属して報告する体制となっていることが前提にあり、このため業務や人事面における C E O からの独立性などを求めていると思料される。内部監査部は C E O ライン、監査委員会と連携あるいは補助職となること、C E O や監査委員会からも独立した体制とするなどが想定できるが、誠実性や独立性自体はどの連携体制においても重要となろう。(iv) については、金融危機以降議論が継続し、直近では E U の プルーデンス (健全性) 規制である C R D 4 指令 (Capital Requirements Directive IV) の改訂版 (二〇一五年三月)⁽²⁷⁾ と F R C (財務報告評議会 Financial Reporting Council) による The UK Corporate Governance Code (September 2014) の間で運用面の意見が相違したこともあり、改めて関心が深まっている。(v) は上級独立取締役として個人の業績評価を率先し、経営陣との連絡・調整や監査委員会との連携に係る体制整備を図ることが記載される。(vi) は SYSC6.1. (Compliance) に従ってコンプライアンス機能の誠実さと独立性を確保かつ監視する。内部告発 (whistleblowing) および告発したスタッフを有害な取扱い (detrimental treatment) から守る点について、企業の方針と手続きの独立性および有効性を確保かつ監視する。

2. Senior Management Regime における銀行の融資管理等のサンクション想定例

S M R において、潜在的に制裁 (sanction) の科される想定例が示される。(イ) 非業務執行取締役 (N E D) に第一

義的に制裁が科される場合。(i) SYSC7.1.18R (2) の違反例として、リスク委員会が業務執行マネジメントの行うリスク戦略の履行を監視する場合、リスク選好 (risk appetite) に関して取締役会にアドバイスも支援も行わなかったことが専門家による検証 (Skilled Persons Review) で曝かれたとき、PRAはリスク委員会委員長に対する制裁を科す理由があるか、第一義的に検討を行う。(ii) SYSC19A.3.12R (4) の違反例として、取締役会の効率性評価を行う場合、報酬委員会が報酬に関して何ら決定を行わなかったことをPRAが発見した場合、PRAは報酬委員会の委員長に対する制裁を科す理由があるか、第一義的に検討を行う。近年欧米で議論されている取締役会評価 (Board Effectiveness Review) の観点から、報酬委員会委員長の責任を問題としている。(iii) 議長 (Chairman) とNEDは、SMRの観点から、極端に支配力を強めたCEOに対して重大な関心が有するが、PRA、FCAの監督当局からこの問題は扱われず、議論もされていない。

私見であるが、一般にガバナンスの趣旨の一つは、健全性・違法性および効率性の面から経営陣の独走を許さないことにあるが、SMRの議論は戦略面の監視にも視点があり、消極面の規制にのみ焦点を当てているものではないことを示しているよう。

(ロ) 業務執行上級役員 (Executive Senior Managers) に第一義的に制裁が科される場合。(i) 当該金融機関が主要業務において、繰り返しリスクの限界を超えた運営を行い、大きな損失が生じ、資本充実要件を充足できなくなった場合、リスクの限界についてはリスク委員会と取締役会が定めたものであるが、PRAは第一義的に業務執行上級役員に制裁を科すだけの理由があるか、検討することになる。業務執行上級役員としては主要業務部門の経営トップ、チーフ・リスクオフィサーが含まれる。かかる面の違反がある場合、取締役会とリスク委員会に報告され、PRAは

取締役会とリスク委員会がこの問題を従前に議論し、しかるべき助言を行っていたかを調査する。非業務執行取締役 (NED) と異なり、業務執行取締役 (ED) のみならず、業務執行を担うオフィサーなどマネジャー層が広く該当し、適切なリスクテイク戦略を担う責任者であるチーフ・リスク・オフィサーも業務執行側に属する。他方リスク委員会 はリスク部門の監視を担い、取締役として非業務執行側 (NED) に属する図式といえよう。

(ii) 新しい、リスクの大きい融資案件を上程して取締役会の承認を得んとする場合、業務執行上級役員が不完全でミスリードさせるような経営管理面の情報を取締役会へ報告し、戦略面のリスクを過小評価 (downplay) させてしまふことが想定される。CEO がこの問題に対して融資に否定的あるいは疑問を挟む質問を遮り (suppress)、結果として融資戦略は承認されたが、六ヶ月後に早くも当局の多くの規制に違反するようになった場合である。融資局面においてリスクの存在を見抜けず、融資金額が巨額であるため、償還不可能あるいは延滞、延滞回避のための融資期限延長などの条件変更により、当該銀行自体の基盤を揺るがしかねない債権管理上の問題を生じる場合が想定されているよう。(iii) 外部委託 (outsource) の合意の下、経営陣が第三者の行うサービス条項のモニターを怠り、オペレーショナルリスクの具現化 (crystallising) を招いてしまったこと。

UBS 事件は (イ) (i) あるいは (ロ) (ii) の想定例に類似するが、CEO において前任者が引き起こした業績悪化の引継ぎ後のリスクマネジメント体制に関する評価・見直しの責任を問題とする点で特徴的といえよう。個人が行ったマネジメントの是非を問題とする点で CEO における経営面の妥当性に関わる事例と思料される。敗訴を受け PRA、FCA が SMR を策定したとすれば、将来の同種事案の再発の場合にて、(ロ) (ii) の想定例をもつて責任追及を図り対処せんとするのか、引き続き研究対象としたい。

3. 二〇一五年二月FCAガイダンスにおける非業務執行取締役（NED）の役割と責任

NEDの役割と責任に関して、更にFCAから二〇一五年二月Code of Conduct（行動規範）に関する最新のガイダンス（FCA CP15/5）が示されている。SMRの行動規則はルールと称しつつ九項目と少なく、他方Code of Conductのガイダンス規定は、ガイダンスとしては当然でもあろうが、コードと称しつつも詳細に定められている。プリンシプルベース、Comply or Explainのアプローチなどのソフトローの変容する可能性を示唆している。

（1）非業務執行取締役の一般的役割とコーポレート・ガバナンス・コード二〇一四（FRC）FCAガイダンスのIntroductionでは、特に指名委員会委員長、取締役会会長の役割を担うNED等に焦点が当てられる。FCAのNEDに関する見解は英国会社法（二〇〇六年改正）、統合コード（Combined Code）とも整合性を有する旨が規定されている。上場規則等の策定を担うFCAにおいて、会社法上の取締役の義務、FRC策定のThe UK Corporate Governance Code（September 2014）⁽²⁸⁾との一体性が意識されていることを示している。英国CGC（二〇一四）におけるNEDの内容に関しては別稿において考察してきた。⁽²⁹⁾

NEDの一般的役割（the general role）として実効性ある監視を行い、異議を唱え挑戦するように促すこと、戦略面の提案を進展させる上で手助けをすることが規定される。NEDの責任に含まれる内容として、取締役会や委員会との会合と議論に参加して貢献すること。全体としての取締役会等の意思決定に加わり、投票や情報提供、異議を挟むことも含まれる。また意思決定などを行う上で十分且つ適切な情報を事前に受けていること。

NEDの他の役割として、合意をみた目標等の達成に関してマネジメントの業績を吟味し、業績報告をモニターすること。財務上の情報の信頼性（integrity）について納得すること。リスクマネジメントにかかる財務面の内部統制

が強固で（robust）防衛的であること。報酬に関する方針の設計と実行を吟味すること。企業行動の基準、任命、資源に関して客観的な見解を提供すること。経営者の承継計画（succession planning）に関与すること。

私見であるが、戦略提案等の面での助力となること、取締役会や委員会の意思決定や議論に加わることが述べられており、我が国の攻めのガバナンス（日本版コーポレート・ガバナンス・コード（原案）の目的七）と軌を一にしている。後継者のプランニングについても補充原則四―③に記述がある。

（2）指名委員会の委員長としての非業務執行取締役の役割 行動面の規制官庁であるFCAにおいて、指名委員会委員長として以下の責任が加わることが規定されている。十分な回数を持つて頻繁に指名委員会の会合を開催すること。適切な場所で業務の促進を促す（challenge）、オープンで包括的な（inclusive）議論を育む（foster）こと。指名委員会が時間と注意を権限内の事項に集中するように図ること。指名委員会と委員が必要な情報を持つことが出来るように手助けすること。委員会の行動を取締役に報告すること。業務執行役員を監視する上で指名委員会の独立性を確保すること。

指名委員会委員長は、指名委員会に関するSYSC4.3.A（Financial Conduct Authority Handbook）、委員会に関連する人物に向けたSYSC4.3.A.8R、SYSC4.3.A.9Rの要件事項の遵守を確保するため合理的な手順を踏まなければならない³⁰。この中には、リスク戦略、戦略目標などの承認と監視、財務およびオペレーショナルなコントロールを含む会計・財務の報告体制の信頼性確保、Senior Managementの効率性の監視、開示と対話、ガバナンスの調整をモニターして定期的に評価すること等も含まれる（SYSC4.3A.1R）。

（3）非業務執行取締役（NED）の役割に関する全般的なアプローチ（FCA） FCAによれば、NEDはED

と同じ方法で企業の運営を担うものではなく、より狭い視野で説明責任を担っていることを認識しており、EDの担う責任を要求も期待もされない。SMFsを有する上級管理職者としてSMRの規律に従うNED、あるいはSolvency II金融機関として重要な役割を担うApproved Personsは各制度における責任を別途担っており、FCAによれば各制度と適用は会議体としての意思決定原則のあり方とも整合性を有する。

FCAがNEDに期待する注意、技能、勤勉さ (care, skill and diligence) の基準は、能力を備えた合理的で勤勉な個人 (a reasonably diligent person) に期待される水準と同じものとなろう。具体的には全般的な (general) 知識、技能、経験の保有が機能を果たす上で合理的に期待しうる内容となる。FCA Handbookの基準 (特にCOCON (the Code of Conduct sourcebook)、DEPD (Decision Procedure and Penalties Manual (Handbook))) を充足していること、当該NEDが現実に有する全般的な知識、技能、経験も挙げられる。

こうした前提で合理的な個人が能力を発揮する場合に期待される水準が、NEDが当然備えておくべき、注意義務の分水嶺となる注意、技能、勤勉さの基準となろうか。主観的内容も含み、実際にはFCA Handbook (the Code of Conduct) の基準に準拠するものとみられ、コードであり、FCAの恣意性も入り込みやすく、また内容の追加も容易であろう。

VII. Senior Management Regime にみるケースローによるソフトローの法規範化

1. 問題意識—ソフトローのあり方—

SMRへの転換においては許容される推定、刑罰規定が導入され、行動規則としてルールの文言が用いられるなど、

これまでの英国のコード規範、プリンスプルベースとの整合性・一貫性が論点として残る。コードを会社法改正と合わせてガバナンス改革の柱と据える我が国改革の方向性にも関連する。ソフトローのあり方⁽³¹⁾、発展形態も踏まえて考察を深めたい。

2. Comply or Explainの法規範化とEUの取り組み

Comply or Explainの法規範化に関して、EU指令（2006/46/EC）はEU規制市場の上場会社につき適用するCGCの開示、Comply or Explainの法的義務化を図る。我が国も取引所上場規則としてComply or Explainの義務を規範化し、違反には取引所の制裁などエンフォースメントを科すとし、Comply or Explain一般の考え方と相違もある。英国・EUでは意味のある説明（meaningful explanation）に向けた取り組みが改善努力として指摘される。当該会社が採択した解決策を説得力をもって説明し、解決策により生じ得るリスク解消の緩和措置、コード規定の遵守レベル向上措置についても企業の分析が求められる。

3. Senior Management Regimeにおけるケースローによるソフトロー形成——社外取締役を置くことの不当性に係るComply or Explainのアナロジー——

英国においては、Jyon Pottage事件の司法判断がソフトローであるAPRの枠組みに影響を及ぼし、SMR策定へ変容する中で、行動規則というルール化の内容が示される。プリンスプルベース主体のコードのソフトローとしての性格との整合性が今後議論となろう。

ケースローを経て、ソフトローからハードローへの流れを示している。通常はハードローを補完する内容として柔軟な対応が可能なソフトローが策定され、司法判断としてケースローが積み上がるところ、英国の動きは逆ともいえ

る。ケースローの果たす役割がソフトローのハードロー化、法制化の動きに繋がりがつつある（松嶋隆弘教授・弁護士⁽³²⁾）。S M R への変革はケースローによるソフトロー形成モデルを実証する事象とも思料される。

我が国のC G CならびにS W Cにおいて、プリンシプルベースの一つにComply or Explain原則が示される。ハードローである二〇一四年改正会社法にも社外取締役を置くことの不当性に係るComply or Explainが規定される（会社法三二七条の二、会社法施行規則一二四条二項、会社法施行規則七四四条の二第一項・二項）。他方、日本版コードでは上場会社は独立社外取締役を二名以上選任すべきであること、自主的に三分の一以上の独立社外取締役の選任が必要であると考え上場会社は取組み方針を開示すべきことを内容とするコード原則四―八が提示される。社外取締役が存在しない会社の説明義務について、Comply or Explain原則の不遵守については直接のエンフォースメントの規定は現時点で存在しないが、事実上の強制として東証が修正を迫るリスクがあり、将来的には法制度化する可能性があることが東証役員から繰り返し指摘されている⁽³³⁾。英国同様にソフトローからハードローへの現実の動きといえる。鍵を握るのはコードに関するケースローとしての今後の司法判断にも依拠しよう。ソフトローであるため現時点では英国と異なりコード規定にサンクションは織り込まれず、直ちに司法判断を求める局面は考え難いものの、不遵守状態が継続してハードロー化するとなれば、その過程で司法判断が求められることも想定できる。

4. Senior Management Regime と二〇〇六年英国会社法一七二条の一般的義務の符合

二〇〇六年英国会社法（UK Companies Act）第二章では信認義務と注意義務を含め、会社の成功を促すべき義務（Section172）として取締役の一般的義務（general duties）を規定する。取締役に期待される注意、技能および勤勉の程度は、合理的に期待してよい一般的な知識と当該取締役が有する一般的な知識、能力および経験を合わせる。合理的

な注意、能力、努力を行使する義務は Approved Persons に対する Principles and Code、SMR に関する行動規則と符合する。SMR の要求水準も主観的・客観的の両面から構築されている。

英国 APR に関する Principles and Code ならびに SMR に関する Conduct Rules は英国進出現地法人も規制対象となり、金融機関等におけるローテーション、論功行賞人事の見直しも余儀なくされる。グローバル企業は全社的コーポレート・ガバナンスあるいは内部統制体制を敷いており、子会社を巡る動向を通じて本社の人事制度改革に向けた域外適用的な影響を及ぼすこともなろう。SMR の制度展開は監査委員会等設置会社における NED 中心の改革にも通じる。社外取締役の社外要件など法文に書き込まれる形式面の厳格化と合わせて、NED 主体にガバナンス改革を進める上で実質面からの必要条件にもなり得る。

5. Senior Management Regime と非業務執行取締役の異質性、注意義務の二重の基準

APR および SMR は、英国のコード展開において形成された NED の概念形成の系譜にあるといえ、親和性・共通性を有するが、NED に止まらず、FCA、PRA 監督下にある金融機関の適用対象を中下層経営層、従業員層に拡大せんとする点で、NED に関わる議論とは異なる。上場企業の中の金融機関向けの上乗せ基準といえる。内容面でも不定形さを増すなど裁量の余地が増えて変質化しつつあり、規制当局の適用面の恣意性は増大する。

SMR は APR の特質を基本的には引き継ぎ、対象を拡大する。エンフォースメントを強化した形態といえ、ソフトローの発展におけるルール化が進展した段階といえるが、その実、コードの柔軟性も残し、恣意的適用余地の拡大の可能性などを包含している。英国会社法の注意義務の二重の基準ルールとの関係では、ルール化が進むと再度、客観的基準の機能が強まる方向性も考えられる。従前は主観的基準の補完のため客観的基準が有用とされたが、取締役³⁴

の専門性、能力の内容が具体的に示され、取締役の認識を基準に判断することで主観的基準により判断基準の実質的引き上げが図られる可能性がある。

改正金融サービス法においては Senior Managers の不注意な経営の誤り (reckless misconduct) に対する刑事罰則規定(三六条)が創設される。以下の内容により、Senior Managers が金融機関を破綻させる決定に関与したことが要件となる。(a) かかる決定を行い、あるいは同意したこと。(i) グループの事業の遂行がこれによって決まる意思決定であること。(ii) かかる決定を防ぐことができたのに防がなかったこと。(b) 意思決定時において、決定が遂行されればグループ企業の破綻が生じるリスクがあることに気付いていたこと。(c) 全ての状況を考慮して、Senior Managers の行動が決定に関して当然 Senior Manager に合理的に期待される水準を下回ったこと。(d) 意思決定がグループ企業の破綻を引き起こしたこと。(c) は、主観的基準というよりも合理的に Senior Manager に期待される客観的基準といえよう。(d) 結果的に損害が生じたことを重視しており、結果責任を問われかねないことにもなる。両罰規定が存在する場合も、実際には集団的意思決定の壁、経営判断原則による免責、あるいは軽いサンクションに留まるなどのこれまでの個人責任追及の弱さを克服するものといえるが、客観的基準と称しても reasonably の内実を誰が判断するか、正しく今後のケースローの積み重ねによってソフトローである SMR の自発的な(当局による修正でもある)、発展・変容に繋がるものとなろう。ソフトローのハードロー化の段階に入った場合におけるケースローの有用性を示すものといえる。

VIII. Senior Management Regime と日本版コーポレート・ガバナンス・コードの突合

1. Senior Management Regime の行動規則と日本版コーポレート・ガバナンス・コード

S M Rと日本版コードについて、S M Rでは主として行動規則、二〇一五年二月P R A協議文書 (FCA CP15/5 PRA CP7/15)⁽³⁵⁾ を念頭に置き、内容面の突合を図りたい。

S M Rの行動規則では、First Tier の 4. において顧客の利害 (interest of customers) の重視が規定される。日本版コード基本原則二と共通する。Second Tier の 6. では Senior Managers に対して効率的なコントロール (controlled effectively) が規定され、基本原則二と共通する。Second Tier の 9. で、F C A、P R Aに対する開示が述べられ、基本原則三と共通する。他方、First Tier の 3. においてF C A、P R Aに対する協力が規定されるが、日本版コードには見当たらず、代わって基本原則五があり、対株主の対話促進が規定される。英国では二〇〇八年金融危機後の不正が問題となった経緯があり、強調されたものと思料される。

行動規則における一・誠実性 (integrity)、二・注意 (care)、勤勉さ (diligence)、五・市場行動 (market conduct)、七・コンプライ (complies) の用語も直接には見当たらないが、二・スキル (skill) は日本版コード原則四—一四 (取締役・監査役のトレーニング) に窺える。八・委託 (delegation) は原則四—一二に該当しよう。ソフトロー乍らルール化を強める中で作られ、不正防止の色彩も残す英国行動規則とリスクテイクを促す日本版コードの相違ともいえる。

2. 金融機関の行動規範 (F C A) と日本版コーポレート・ガバナンス・コード

二〇一五年二月 Code of Conduct (F C A) のガイダンスに規定されるN E Dの役割と責任は、銀行等に係るもの

であるが、上場企業に概ね妥当しよう。業務執行の効率性に係る内容が少なくなく、日本版コードと軌を一にする部分もある。日本版コードは英国C G Cを参考とし共通項目が増加するのは当然ともいえる。N E Dの一般的役割として戦略面の提案を促進させる (develop proposals on strategy) 役割、効率的な監視と異議を述べる (effective oversight and challenge) 役割、取締役会、委員会の意思決定に参画する義務も規定される。企業価値最大化を念頭に置く一般的義務の現れであり、攻めのガバナンスを彷彿させる。

経営陣の業績評価については、合意された目標と比較して行うものとされ、日本版コード原則四―二に該当する。報酬政策の面の役割も記載され、原則四―二で共通する。

N E Dが適切な報告を受けることが記載され、いかに独立社外取締役を中心とする監査委員会などに情報を集中するか、企業内の報告体制が意識されるところで、レポート・ライニング・ライン自体の適切な監視についても記載されている。日本版コード原則四―三と共通する部分である。改めて財務情報の誠実性が規定されている。後継者育成計画 (succession planning) は日本版コード四―一③と共通する。金融機関の対象者がA P RにおけるS I F s、S M RにおけるS M F sの個人責任を担う旨の規定は日本版コードにはない。

IX. Senior Management Regime の展望―S M F s (上級管理者機能) とコード展開の試論―

1. Senior Management Regime と英国コードの展開―N E DからS M F sへ―

英国金融業界におけるA P R創設、更にS M Rの変革は英国のコード発展の中でもエポック・メイキングな制度改革であり、N E DのみならずS M F sに拡大した考察が重要となる。ガバナンス改革のジレンマの危惧、規制当局の

恣意性と調査力等が課題となる。改正金融サービス法は managing とは当該金融機関における決定あるいは決定に参画することとし、NEDのみならずグループ内の他の金融機関 (other group entities) の取締役も当該決定に参画した場合はSMFsの範疇に該当して個人責任を担うことになる。

2. Senior Management Regime とコーポレート・ガバナンス改革のジレンマ

SMRに関して、FCAの行政処分などを踏まえて展望を示したい。⁽³⁶⁾

(I) 主要な三つの論点とガバナンス改革のジレンマの危惧 SMRについて、APRから改正が図られた三つの主な論点として、(i) 対象となるSMFs (上級管理者機能) 自体は拡大する一方、狭義のSMRの対象は絞り込んでいる。(ii) Certification Regime では、説明責任として事前に自社が行ったCertification (認定) の当局への提出が求められる。(iii) 行動規則はより厳格なルール化が図られ、広い適用が特徴である。

広義のSMR全体でみれば、APRよりもJuniorな経営陣にも方向を拡大してコードを柔軟に適用しやすくし、規制当局の恣意性も増す一方で、規制側は監視対象が広がることで全体の把握に時間がかかるなどデメリットも発生するのではないか。

狭義のSMRの責任を刑罰適用等により特に厳しく問うことになり、Senior Managementの能力に本来は値する人間であってもSenior Managementとしないという企業側の対応も予想される。有能な人材が出世できないデメリットと人件費抑制のメリットが並存する。

Senior Management になるべき人材が多いほど権力が分散し、特定のCEOなどの権限集中化を防止できる機能もあり、バランスの良いガバナンスが実現する。ガバナンスの面から必ずしもプラスとはいえない難しい方向性も生じ得よう。

一種のジレンマとなる。

また経営上層部の人材が詰まるため、コスト面では健全な経営、財務面改善が期待できる一方、社員の士気が下がり、内部が腐敗する可能性も潜むところである。Senior Managementに当局が規制をかけることで悪事・不正は起りにくい、反面で大胆な経営もしにくくなる。急速な企業の発展は望めず、成長は持続的ではあるが、発展スピードは遅くなる懸念もある。これまたジレンマ、パラドックスとなりかねない。

(2) 規制当局の恣意性と調査力 SMRでは、PCBSが比較的对象が広い集団・組織的な責任から、個人にピンポイントで説明責任を追及することに軸足を移して金融規制を強める。

これまでの規制改革が効果的な面もあり、一層の改善を図っているとも考えられる。その上で、個人責任を問う手法が不十分で結局は当局の追及から逃げられることがあり、規制を強化した。SMRにより責任転嫁や責任逃れはしにくくなり、当局の調査力をアップさせるものであろう。緩やかなソフトローから強硬法規に近いものになり、個人に対する刑罰規定導入などほぼ刑法的色彩を強めているといつてよい感もある。

プリンシプルベースからルールベースへの揺り戻しと合わせ、米国FCPA（連邦海外腐敗行為防止法 The Foreign Corrupt Practices Act of 1977）、³⁷⁾ 英国BA（賄賂防止法 UK Bribery Act 2010）の国際不正行為防止法に係る内部統制およびコンプライアンス・プログラムの摘発スキームへの接近が窺われる。金融サービス法を根拠法令とし、また民事罰から踏み込み刑事罰を導入する限りは構成要件などの明確化も必要となる。従前のSWCなどにおけるComply or Explainのアプローチの枠を超えるものと思料されよう。

3. Comply or Explain と説明責任、SMFs の FCA、PRA による区分整理の試み

三つの主要論点のうち、(i) SMFs の対象について、APR の場合は当該役員を選出した会社における責任について当局の追及のウェイトがあったのではないか。(ii) 下層経営陣を広範囲に対象とする Certification Regime では、金融機関における規制対象の行動に関するあらゆる役割について適合性と適切性が求められる。概念的に必ずしも明確といえず、役職、業務に関する細かい事項が今後文字で把握されるのではないかと思料される。Comply or Explain よりはるかに説明責任が厳しいものとなりかねない。(iii) 行動規則も APR のコード原則 (APER) に比して原則ステートメントやコードの実行に関して適用範囲が広範で、ルールと銘打っており厳しい内容となる。

(1) SMFs の FCA、PRA 別の区分整理ならびにエンフォースメントの比較考察 SMR では金融機関が SMFs に関する広範な責任を個人に割当て、定期的に適合性と適切性について審査する。第一義的には、企業が個人の責任追及を行うように要求している。

銀行における一八の SMFs が事前承認を受ける必要がある⁽³⁸⁾。主要ビジネス領域の長に加えてグループ企業の上級管理者、重要な責任を担う上級管理者については Approved Persons の拡張と位置付けられる⁽³⁹⁾。取締役会メンバー以外の非取締役である業務執行役員も広く対象とし、SMFs は NED を含み、取締役以外の上級管理者にも拡大される。

業務執行機能 (Executive Function)、非業務執行機能 (Non-executive Function) に区分し、FCA、PRA 毎に整理を図る。ED、NED など全体として FCA が広範に規定し、他方で CEO、最高財務責任者、最高リスク責任者、最高内部監査責任者など執行役員のトップ、リスク・報酬・監査委員会の各委員長等の監督側の取締役のトップは

P R Aが規定するという役割分担が構築されている感がある。指名委員会委員長のみはF C Aがコントロールするが、行動規則を担うF C Aがコンプライアンス、マネーロンダリング等と共に監督下に置くものと思料される。

S M F sの拡大対象には、主要業務や特定分野の長として意思決定に重要な影響を及ぼすグループや親会社経営陣の個人が含まれる。企業はかかる責任ある各個人にかかるガバナンスについて相互に関連付け、全体構造を責任マップ (Responsibilities Map) に落とし込むことに関する報告を要求され、毎年責任の割当てに欠落がないかを確認しなければならぬ。英国銀行以外の支店への適用は確定しておらず、英国財務省の協議にかかっている。

(2) Certification Regime の間接統治形態 P C B Sの提案ではF S M AにCertification Regime (C R) も盛り込まれる。C Rの適用は、S M F sではないが、当該金融機関や顧客に重要な害を及ぼしかねないリスクがあり、重要なリスクテイクーとして規制活動に関連した役割を担う全社員が対象である。かかる個人に対する適合性と適切性について、企業は最低年に一度再評価を行い、実績をみて認定を更新することが求められる。規制当局はSenior Managersのように事前承認は行わず、社内において内部評価と認定手続き (internal assessment and certification process) を行うことを求める。A P Rとの相違点であり、これも間接統治形態の一種といえる。

適合性と適切性に関するF C Aの評価の要求はP R Aより広い。内容はF I T (The Fit and Proper test for Approved Persons) ハンドブックに準拠する。P R Aも広範囲の内容に切り替える計画である。刑事罰記録、規制当局による照会など現在課している要求は継続する。

(3) 行動規則と上乗せルール 個人に対して自身の行動につき一層の個人責任を担わせるため、A P Rのコード原則の要求事項 (APER Principle) はより広い行動原則 (conduct rules) の適用に置き換えられる。F C Aは、純粋な

副次的な（ancillary）機能に従事する者以外の全従業員にかかる行動規則を適用せんとする。FCAの目的は企業の一定以上の重要な役割をなす全ての社員に規制を課し、コントロールすることにあるとみられる。

企業は社員がルールを自発的に遵守するべく研修等を図る必要があり、違反の怖れがある場合（事前）、懲戒処分を受けた場合（事後）は規制当局に報告義務がある。重要な機能（SMFs）の違反は七日以内の報告、それ以外は四半期毎に集計資料の提出を行う。

単純業務や非金融業界の従事者は副次的機能の範疇に入り、行動規則の対象外となる。金融業界に向けた上乗せルールと考える。銀行取締役の善管注意義務違反に関しては米国でも責任の加重について議論されるが、⁴⁰行動規則をみる限りは加重要件となろう。

4. 英国会社法・コード・規則・ガイダンスなど内容面の重複・錯綜と恣意的適用リスク

NEDなどに関して、二〇一六年三月施行に向け、直近にPRA、FCAからSMRに係る何重もの詳細な上乗せガイダンス等が相次いで示され、精力的な調整がなおも続けられている。従前FRCがCGCなどコードによる規律付けを行っており、SMRの行動規則等との整合性、一体性が議論となると思料する。SMRはソフトローからルール色彩を織り込む変化の過程にあるといえ、多重に類似規制が存在することも制度移行期の過渡的形態として想定はできるが、政権交代後のFSA解体、ツインピークス移行後の縄張り争いも背景にあり、プリンシプルベースの限界を示してもいようか。

FCAが上級管理者機能（SMFs）としてSMRに規定するNED等の内容は、Code of Conduct（FCA）に記載されるNED等の役割・責任の部分に符合していることが窺えた。コードにおいて詳細に内容が規定されていること

になる。S M Rは金融機関対象のスキームであるが、鳥瞰すると上場企業全般に影響を及ぼす大きな枠組みの中にある。細部に亘り、重複部分も少なくなく、未整理で追加されつつある感もあり、分かりにくさが残るだけに規制当局の恣意的適用も懸念される。F S M Aに組み込まれるS M Rと異なり、Code of Conductの内容に係る部分はエンフォースメントの弱さもあるう。

P R A提示のS M F sに関して、英国会社法二五一条で規定されるShadow director position (影の取締役) の判定基準をGroup Entity Senior Manager (SME7) の判定基準として明確化すること、P R Aの責任分野リストにはビジネスモデルの発展・維持など取締役会・傘下委員会の責任として既に規定されているものもあり、これを特定の取締役に割り当てることはガバナンス構造、英国C G Cの取締役会権限規定に照らして不適切となる怖れがあること、外国銀行支店の上級管理者は刑事罰不適用の記載があるが銀行破綻時に限定されるかなど規定抵触時の量刑に不明確さがあること、P R Aの責任の割当方法について、定義が抽象化し結果責任を問うことにならないように明確化が必要であること、特に企業の文化や基準のリードなど上級管理者の役割として期待される内容ならびに検証方法と基準の明確化、繰延報酬の減額、報酬クローバックの実効性確保、恣意的運用の忌避のため懲罰的措置が発動される抵触要件を明示すべきこと等が指摘されている⁴¹⁾。

また全般的にN E DとS M F sの包含状況あるいは区分境界等が明確さを欠いている感があり、銀行の役職員に関する最新のF C A・P R Aの協議文書においてもその旨が示されている⁴²⁾。

私見であるが、F S M Aに授權の根拠を得ていても会社法と規則のような法制度内の一体性ある関係でなく、あくまでS M R自体はコード規律としての内実を有し、ソフトローとハードローの性格の併存形態で、プリンシプルベ-

スの内容といえよう。詳細部分は一般的なソフトローである Code of Conduct に規定されている形となるが、この部分はエンフォースメントの実効性が課題となる。行動面に限っても S M R の行動規則、F C A の Code of Conduct、ガイドランスが内容面で重なる。全体として不明確で整理を図る必要もあるうが、逆に規定の実施のためには S M F s の更なる細分化と正確な責任の割り当てを望む実務界の要望が出されつつあり、ルールのベースへの転換に向けた局面のジレンマとなろう。日本版コードも会社法の上乗せ規制となるが、改正会社法にはコードの記載はない。日本版コードのエンフォースメントの弱さを示すが、他方、東証上場規則として適用され、事実上の強制力がある点では英国 C G C に共通する。F S M A と S M R の関係との相違点と思考する。

5. コード展開と我が国の敷衍——新たな利害相反関係——

日本版コードでは独立社外取締役（N E D）にリスクテイクを促す戦略的役割が求められ、意思決定の参画も一定程度期待される。欧米ではリスクを短期的視点から過剰に取り込んだ反省が基本にあり、ステージを異にしよう。S M R のスキームを直ちに導入することは疑問があるが、将来リスクテイクに向かう体制が整い、その抑止を図ることもウエイトが置かれる段階では理念が生きてこよう。リスクテイクの監視役と促進役を同一人が兼任できるかなど新たな利害相反関係が独立社外取締役において生じ得る。我が国ではリーマン金融危機でも大きな不正、業績悪化の役員の個人責任追及の問題は発覚していない。当面、金融機関に係るコード適用の実際として抑止機能の点は C R のスキームを導入し、自発的な内部承認と監視機能充実に委ねることで足りる。刑事罰規定等を備える狭義の S M R までも導入しアクセラとブレーキを同時に踏み込むことには疑問があり、先ずは成長戦略に資することが現実的となる。英国の改革の背景には、新たな金融不正発覚が加わる中、金融検査などコスト・ベネフィットの面から自主的コン

トロールに依拠せざるを得なくなったこと、個人責任追及を強化しないと実効性が上がりにくい中で規制側の敗訴の判断が出され早急な対応が必要となったこと、一方で経済停滞の打破を図るべく、企業価値最大化、取引所の国際競争力向上を含めた政策も急務となっていることがある。ソフトローの展開からみればコードの法制・ルール化という相矛盾する内実を含んだ、類のない画期的な局面に進む内容といえる。

我が国ガバナンス改革は米国モデル重視の一边倒ともいえる状況であったが、英国を範とする日本版コードが導入され、タイムラグ、コンプライアンスの軽重、従来の法律・会計の専門家がそのまま社外役員として残ることで趣旨が達成できるか、業界に精通した人材確保とモラルハザード（競合他社EDを採用する場合）等独自の問題点も浮かんでくる。

公開会社法を持たない我が国において、上乗せ規律として上場会社に対するガバナンス規律がコードの形で溢れてくる。コードと会社法制の一体化が進めば、ソフトローのハードロー化に繋がる。形式的遵守に企業側が留まればルール化の進展が予想され、その場合にプリンスプルの良さを失いかねない。本来は公開会社法の規律すべき局面だとすると、英国コードとは異なる発展形態を示す可能性もある。

ルール化についてはSMRにその傾向が顕著に発現する。背景としての個人責任追及の困難さなどは我が国では直ちに解決すべき急務となっているわけでもない。企業側の焦眉の急の課題は、複数の独立社外取締役確保、持合株式解消を念頭に置いた政策投資の扱い、Comply or Explainの説明責任の履践などである。我が国金融業界がリスクテイクをどの程度進めるか、抑止の検討を含め英国ソフトローのハードロー化の展開は参考になろうが、局面が異なることも認識しておく必要がある。リスクテイク後の先取りした発展モデルといえるか、あるいは我が国は全く独自の

展開を遂げるのか、更なる注視が求められる。

X. 戦略的リスク管理ならびに吟味の基準と Senior Management Regime の接点

ERM、内部統制の議論に関して、米国の経営判断原則に係る吟味の基準が参考となる⁽⁴³⁾。内部統制システム構築義務自体に一律に経営判断原則を及ぼすことは妥当ではない。経営判断原則の適用があるのは主として戦略等に関する部分であり、戦略面の策定・遂行などの取締役の行為に関する吟味の基準に該当するといえよう⁽⁴⁴⁾。

戦略面の意思決定において、積極的なリスクテイクを図ったが判断ミスから結果として破綻に繋がりがねない損失が発生した場合の責任追及のメルクマールが問題となる。経営判断原則適用による免責の境界設定であり、リスクテイクを促進する場合、コード等において何らかの定性的な明示が求められる。SMRのスキームはかかる領域に対して証明責任転換、刑事罰適用の可能性などを織り込まんとするものといえようか。

吟味の基準と行為の基準の適用領域は会社法と実務のズレの部分に相当する。内部統制につき、①規律の効果が上げるほど経営者独裁が強まる（内部統制の罨）。②会社法上は取締役の善管注意義務に関して内部統制構築、経営判断原則適用により重過失以外は事実上免責される。実務では戦略面のミスも経営責任を問われるが、内部統制自体ではコントロールが困難であり、内部統制を含む広義のコーポレート・ガバナンスにより規律すべき領域といえる。③会社法の内部統制では損失の管理として赤字計上しない限りは取締役の消極的妥当性の責任は問い難い。④まして積極的妥当性に関してもっと収益計上、企業価値向上を図ることができたはずという面の責任追及は困難である。リスクテイク促進と平仄を合わせ日本版コードの規律を及ぼすべき部分となる。米国型モニタリングモデル、監査役（会）設

置会社のマネジメントモデルの単純な二分的考察で対処しきれない部分と思料する。

かかる領域の規律の実際的设计としてCR活用などSMRの枠組みが参考となる。我が国において規制の積極的誘導策強化も考えられ、日本版コードもルールベースの色彩を強めることが視野に入る。米国には競争ルールの確立、クラスアクションなど規制緩和措置を外枠から支える制度が存在し、英国には欧州市民社会ルールがある。我が国は長期雇用慣行、社内昇格制度等により企業モラル維持、過剰なリスクテイクの抑制が図られ、不祥事も比較的少なかったが、雇用の流動化、攻めのガバナンス進展を考え合わせると一定の歯止めの役割をソフトローあるいは日本証券業協会のような自主規制機関が担うことが考えられる。One size fits allでない柔軟な日本版コードに依拠しつつエンフォースメントを強める組み合わせとなろう。SMRはSenior Managementの能力向上と事後的エンフォースメントを前提とする。前者は事前予防的な要素を有し、NEDによる差止請求にも繋がる。社内事情を熟知した内部NEDと外部NED（独立社外取締役）の協働化により、戦略・経営計画立案にまで関与するかはともかく、少なくとも計画実行段階で修正要求、差止めを行う社内権限を付与することは考えられてよい。リスクテイクを積極的に取締役が行ったことあるいは機会を逃したこと等の評価、報酬体系へ反映させる役割の担い手も然りである。内部チェック装置としてバランスを保つ視点から一定の規律付けが検討されよう。

XI. バーゼル国際金融規制、リスクカルチャーと国際的相互作用の相克

英国SMRならびにSMFsに係る考察は、攻めのガバナンスにおけるアクセセルとブレーキの役割の明確化の観点からも、我が国のガバナンスのあり方の検討に重要な示唆となる。そもそもガバナンスの柱は執行と監視の分離の徹

底、違法性の監視と経営の妥当性のチェックにある。攻めのガバナンス自体が我が国CGC独特の概念でもあり、やや分かり難さもなしとしないが、積極的妥当性の領域に踏み込むもので、実効性確保には戦略的リスクマネジメント(ERM)の装備が不可欠となろう。SMR自体は上級経営陣の機能(SMFs)と責任、エンフォースメントなど主に執行面に広範に焦点を当てる。FCA・PRAの協議文書などではSMFsには一定のNEDの機能も包含する旨が記されるが、取締役会会長、監査委員会など各委員会委員長職のNED(PRA承認)と一般的NED(Generic NEDs FCA承認)の取り扱いに差異を設けるなど、SMFsとNEDの概念の整理は規制当局も調整を模索中の不明確な問題である。SMFsとNEDの役割・機能、実際の企業における配置などは、我が国の攻めのガバナンスの実践段階において肝要となる議論として意義深い。

また国際金融規制の方向性として、バーゼル国際金融規制⁽⁴⁵⁾とプルーデンス規制、FRCのコポーレート・ガバナンス・アレンジメント⁽⁴⁶⁾、取締役会評価ならびにリスクカルチャーと報酬制度改革、国際的相互作用の相克などがSMRと絡めて重視される。

金融業界向けのSMRの内容は、相次いで発出される詳細なガイドランスの他、上場企業全般向けのコードとも補完関係にあり、重複部分も多く、未整理、分かり難さの感が残る。文字による記載が増加し、プリンシプルベースと称しつつ、ソフトローのハードロー化に向けた渦中にあるといえよう。特に金融機関向けには、事実上の遵守規定が多層的・複合的に連結している状況にあると思料される。

国際協力、国際礼讓(international comity)の中で米国司法省が提唱するICN(International Competition Network)が注目される。関係規制機関・法曹等のネットワーク形成を通じ競争法の調和・実施の協力を目指す枠組みであり、⁽⁴⁷⁾

二〇〇〇年 ICPAC (The International Competition Policy Advisory Committee) 報告書に基づき二〇〇一年フォーダム国際競争政策会議で実現に至っている。WTO等と異なり非拘束的協定、ソフトローである。

もともと立法事実とソフトロー形成において、ICNのような国際的協調・ハーモナイゼーションの枠組みからのエンフォースメント形成を優先するか、国内事情を背景とした独自の制度変革あるいはケースローとして実務面からの蓄積の汲み上げを図るかに関して相克もある。英国SMRの変革は後者の例といえる。英国は条約の自動執行性あるいは直接適用可能性⁽⁴⁸⁾ (direct applicability) を受け入れず、条約が議会の法律を通じて国内法化する変型方式を採用していることも背景にあらう⁽⁴⁹⁾。攻めのガバナンスのコンセプトも、我が国の独自性の顕れとしてOECD (経済協力開発機構) 原則の一步先を行くという評価もありSMR改革とは視座を異にする面があるが、企業価値向上に向けた改革としてハーモナイズする内容ともいえる。ソフトローの発展について示唆を得る考察となろう。

英国では①FCAは行動規制に関連してリスクカルチャーの向上・浸透を目指し、ERMの統制環境整備に通じる。企業価値最大化を企図しつつ、過剰なリスクテイク抑制にも依然として力点を残す。SMRも同様の側面が強く、我が国ガバナンス改革とは進展段階のズレがある。②PRAの健全性規制については内部格付け手法から標準的手法重視への移行、TLAC (Total Loss Absorbing Capacity) ならびにレバレッジ規制強化の三面から大規模銀行への自己資本積増し要求が強まりつつある。③報酬政策ではNEDによる自主規制を主としつつ、クローバック (claw back 回収) や繰延報酬 (deferred compensation) 等の政策が打ち出され、SMF's の主要機能にも関連する。大規模銀行は資本増加、貸出し抑制に向かうことが予想され、景気循環増幅効果 (procyclicality) をもたらしかねないジレンマとなる。攻めのガバナンスが強調されるが、金融規制面では世界的に寧ろ全般的引締め傾向にあり、SMR、リスクカル

チャーター整備はプルーデンス規制強化に沿ったものと考えられる。

2. 二重処分リスクと規律の多面性

APR、SMRを通じて本来的公法領域にガバナンス、リスクマネジメントなど私法的規律が導入され、ソフトローのハード化同様、多面性を備えつつある。多重適用に関して、現地法人において進出国コードと母国規制機関による二重処分リスクが懸念される。国際連携と独自性発揮の同時進行によるジレンマともなる。規制導入の根幹には証券市場の競争力向上があるが、逆に国際競争力喪失に繋がりがかねない。国際連携により情報が入手しやすくなり、母国でも規制庁処分が同一内容に関して下される怖れがある。ガバナンスのコンバージェンス化の反面、各国規制庁の独自性発揮の色彩が強まり、規定の不明確さによる恣意的適用と合わせ、こうした傾向に拍車がかかる。企業側がこうした不利益を甘受する根拠が明確に示される必要があるとはいえないか。

3. コーポレート・ガバナンスのフレームワークとソフトローミックス

私見であるが、SMRの議論はガバナンスのフレームワークに関わり、FCA、PRAを含めた英国の監督・規制とソフトロー形成のあり方にかかる根本的問題である。キャドベリー報告書など民間主導で形成されてきたソフトローのCGCが、ハードローである英国会社法あるいはソフトローといっても強制力の強い上場規則などと合体(combination)して実効性とエンフォースメントを強化しつつあるといつてよい。

SMRも金融サービス法というハードローと一体化した金融業界向けのソフトローミックスといえよう。FCA・PRAが所管する狭義のSenior Managers' Regime⁽⁵⁰⁾では許容される推定規定、刑事罰などが定められるが、PRA所管のCRにおいては自主規制による実効性確保を第一に設定し、純然たるソフトローたる内容も有する。日

本版コードも事実上改正会社法と一体的に導入され、東証上場規則に転化される。内容面は *Comply or Explain* なご柔軟な措置が多いものの、上場企業においては実際には強制適用の意味合いも強く、やはりソフトローミックスの性格が強い。日本版コードは英国を始め、ドイツ、フランスなど先進諸国の C G C を参照して策定され内容面は当然近接していようが、コードの性格では一步先を行き、刑事罰規定こそないが事実上の強制力を強めた新たな段階にあるといえる。ハードローとの一体的な運用という点でも日本版コードは上場企業全般に急な対応を迫っている。英国 C G C よりも寧ろ S M R に類似するソフトローミックスの共通性と共に、攻めのガバナンスも含め、ソフトロー展開の先んじた内容を有するものと評せよう。

英国では C G C、S W C のコード運用は F R C が行い、S M R は上場規則などを所管する F C A と P R A が担う。S M R に上場規則と同等以上のエンフォースメントが付与される所以でもある。監督体制の相違はあるが、我が国は金融庁・東証の連名でコード原案を策定し、実際には東証規則として発布される。 *Comply or Explain* につき、ひな型的記載などによる形式的 *Explain* が流布すれば社外取締役導入などもいずれば強制性の付与が予想され、英国コードと根本的性格を異にする可能性もある。コードの法規範形成についてはケースローによる蓄積・法秩序形成が鍵を握る。敵対的買収防衛策に関して、米国に約三〇年遅れて我が国に導入されたが、ポイズンピル（毒薬条項）の発動実績がないとされる米国に比して、我が国が独自の展開、裁判蓄積を行いつつあることとパラレルに考えられる。

S M R については、二〇一二年 U B S 事件を契機に A P R から抜本的な変容を遂げることとなり、エンフォースメントを強化したハードローとの渾然一体化の性格を強めつつあることに鑑みれば、ケースローによるソフトローの法規範形成の一つの道筋が窺えよう。

- (1) 拙稿①「英国スチュワードシップ・コードとApproved Persons 制度―域外適用と金融機関のリスクガバナンスならびに監査等委員会制度などの接点―」日本法学『日本大学法学部創設一二五周年記念号』第八〇巻二号 (二〇一四年九月) 四一五―四六七頁、②「忠実義務と非業務執行取締役の考察―米国の忠実義務の規範化概念と英国会社法の一般的義務、英国スチュワードシップ・コードとApproved Persons 制度等の接点―」日本法学『山川一陽教授古希記念』第八〇巻三号 (二〇一五年一月) 四三九―四九二頁、③「英国スチュワードシップコード、コーポレート・ガバナンス・コードの理論と実践―英国における新たなガバナンス規範と非業務執行取締役ならびに我が国の導入に向けて―」法学紀要 (二〇一五年三月) 第五六卷三五一―四〇頁。
- (2) Prudential Regulation Authority, Bank of England, Consultation Paper FCA CP15/5 PRA CP7/15 “Approach to non-executive directors in banking and Solvency II firms & Application of the presumption of responsibility to Senior Managers in banking firms” February 2015.
- (3) 小立敬「英国の新たな金融監督体制―マクロプルードেনスに重点を置いた体制づくり」月刊資本市場No.323 (二〇一二年七月) 二八―三四頁。
- (4) <http://www.parliament.uk/business/committees/committees-a-z/joint-select/professional-standards-in-the-banking-industry/news/changing-banking-for-good-report/>
- (5) UK Financial Institutions: Proposals for New Senior Managers and Certification Regimes, by William Yonge, Financial Services Practice, Morgan Lewis.
- (6) PRA CP14/14 and FCA CP14/13 - Strengthening accountability in banking: a new regulatory framework for individuals, July 2014.
- (7) Treasury - Seventh Report, Implementing the recommendations of the Parliamentary Commission on Banking Standards, 28 October 2014.
- (8) 前FCBSのメンバーであるLord Turnbull 卿発言。

- (9) 英国の金融監督手法 (ARROW) につき、注(1)拙稿・前掲②六八―七一頁。
- (10) The FCA and PRA Senior Managers and Certification Regime - The new landscape, Allen & Overy LLP 2014.
- (11) FCA15/10, PRA9/15をめぐり、Head of Overseas Branch (CEP) の下で業務ラインメン長 (OBSSM) のコンプライアンス役員 (MLRO' Compliance Officer) が就くイメージである。
- (12) ①「英健全性監督機構 (PRA) および英金融行動監視機構 (FCA) による市中協議文書「銀行の説明責任の強化：英国外銀支店に係る規制」に対するコメント」全国銀行協会 (二〇一五年五月二五日)、『②「同：銀行の役職員個人に対する規制の枠組み」に対するコメント」(二〇一四年一月二一日)』。③ Consultation Paper FCA15/10, PRA9/15 Strengthening accountability in banking: UK branches of foreign banks - March 2015.
- (13) Regulatory Enforcement in the UK gets tough on firms and senior individuals, alert, brownrudnick, February 2014.
- (14) FCA consultation on the use of dealing commissions CP13/7 25 November 2013, FCA Finalised Guidance 14/1: Supervising retail investment advice: inducements and conflicts of interest 16 January 2014.
- (15) FCA Final Notices Michael Conway, Andrew Powell, Martin Gwynn and Daniel Conway 17 December 2013, Mark Bentley Leek Final Notice 18 October 2013, Stephen Herbert Danner Final Notice dated 4 March 2013.
- (16) “The buck stops where? Regulatory Action against senior managers post FSA v John Pottage” [2012] 8 JIBFL 490.
- (17) Upper Tribunal Overturns UK Financial Services Authority Fine and Findings Against a CEO and Compliance Officer, John Pottage v. FSA (FS/2010/0033), May 4, 2012.

FSA v UBS: will big fines change banks' attitudes to risk management?, Hannah Laming and Nicholas Queree, Butterworths Journal of International Banking and Financial Law January 2013.
- (18) Trouble at the Top Personal consequences for holders of Significant Influence Functions (SIFs) from FSA investigation and enforcement actions, Sara George, 28 June 2012.
- (19) UBS banker John Pottage wins appeal against FSA fine, By Jamie Dunkley, Financial Services Correspondent, 23 Apr

2012.

- (20) The expanding role of senior management in managing risk - FSA misses its target but succeeds in establishing wide responsibilities, Posted by Nathan Willmott on 24.04.2012.
- (21) The new accountability regime, Key things you should know, December 2014, Norton Rose Fulbright.
- (22) 「より良いコーポレート・ガバナンスをめざして【主要論点の中間整理】」日本経済団体連合会 (二〇〇九年四月一四日) 一一五頁。
- (23) 二つの防衛線モデルについて、第一の防衛線は業務管理、第二の防衛線はリスクマネジメントとコンプライアンス、第三の防衛線は内部監査とオペレーショナル・リスクとなる。コンプライアンスに関してリスク・マトリックスによるリスク許容度 (risk tolerance) が問題となる。銀行経営・監督の現場でリスク管理とコンプライアンスが融合化し、経営判断原則適用の境界線が不明確になりつつある。伝統的なERM重視も背景にある。リスクマネジメントではリスク選好度 (risk appetite) が重視される。バーゼル銀行監督委員会の二〇一一年二月市中協議文書「銀行の内部監査機能」原則一三説明文のパラグラフ五五参照。
- (24) AFB Senior Management Regulatory Update Registration: 19 March 2015, Association of Foreign Banks. Opening Remarks: Kirsti Niinisto - Snowden Chair, AFB Legal & Regulatory Committee Head of Legal & Compliance, Nordea Bank (London Branch). Bovill, Senior Managers Regime - On the hook and nowhere to hide, 3 March 2015. 日本政策投資銀行 London 現地法人 (欧州・中近東・アフリカ地区投融資担当) DBJ Europe Limited (Level 20, 125 Old Broad Street London EC2N 1AR, UK) の Hideyuki Nagahiro Chief Operating Officer (Member of the Board) にヒヤリング調査を行った (二〇一五年四月二三日於東京)。もともと内容も含め全て筆者の個人的見解であり、文責は筆者にある。
- (25) Consultative Document, Sound Practices for the Management and Supervision of Operational Risk, Basel Committee on Banking Supervision, Issued for comment by 25 February 2011, December 2010, Company Culture Is Part of Your Business Model by Jim Dougherty, The Harvard Business Review, February 13, 2014. 企業文化は金融機関のオペレーショナル・リスク

管理を決定するビジネスモデルに不可欠な要素で、事前の検討が重要なステップとなる。

- (26) Supervising international banks: the Prudential Regulation Authority's approach to branch supervision, September 2014.
- (27) EU prudential rules for banks, building societies and investment firms – Capital Requirements Directive IV (CRD IV) December 2013. CRD IV: updates for credit risk mitigation, credit risk, governance and market risk – CP12/14 March 2015. Basel Committee on Banking Supervision Consultative document Guidelines, Corporate governance principles for banks, October 2014.
- (28) Financial Reporting Council, The UK Corporate Governance Code (September 2014). Preface に *groupthink* (集団的思考) から生じる問題点を述べている。
- (29) 注(1)拙稿・前掲③三五―一四〇頁。
- (30) Financial Conduct Authority Handbook SYSC 4.3A CRR firms.
- (31) 神作裕之「コーポレートガバナンス・コードの法制的検討―比較法制の観点から―」『第四八回比較法政シンポジウム「稼ぐ力を高めるためのコーポレートガバナンス(攻めの経営判断を後押しする仕組み)―コーポレートガバナンス・コードを中心」』東京大学(二〇一五年三月二〇日)。Seidl, D., Sanderson, P., & Roberts, J. (2009). Applying “comply-or-explain”. Performance with codes of corporate governance in the UK and Germany, Centre for Business Research, University of Cambridge Working Paper 389/2009.
- (32) 松嶋隆弘「原子力災害に関する法制についての一考察―「原子力災害」に関するハード・ロー、ソフト・ロー、ケース・ローの交錯を中心に―」日本法学『山川一陽教授古希記念』第八〇巻二号(二〇一五年一月)三六一―四〇一頁。
- (33) 静正樹発言「変革の時を迎えたコーポレート・ガバナンスへの対応 第三回コーポレートガバナンス・コードへの対応」森・濱田松本法律事務所会社法セミナー(二〇一五年三月二十四日)。油布志行・金融庁総務企画局企業開示課長「コーポレートガバナンス・コードについて」日本コーポレート・ガバナンス・ネットワーク(二〇一五年四月八日)。
- (34) 川島いづみ「イギリス会社法における取締役の注意義務」比較法学四一卷一号(二〇〇七年)三四頁(注34)。Andrew

Hicks, directors' liability for management errors, (1994) 110 Law Quarterly Review, at p.392.

- (35) FCA CP15/5 PRA CP7/15, February 2015, Appendices 2. Appendices 3.
- (36) PWC (PricewaterhouseCoopers) "Senior Manager Regime - Strengthening accountability in banking and what this will mean for you 30 November 2014".
- (37) 梅田徹『外国公務員贈賄防止体制の研究』麗澤大学出版会 (二〇一一年) 一一四—一七〇頁。
- (38) The FCA and PRA Senior Managers and Certification Regime - The new landscape, Allen & Overly LLP 2014. Senior Persons Regime implications for Senior Decision - Makers, Grant Thornton March 2014. New regulatory framework for financial services individuals, Ashurst London August 2014.
- (39) A practical guide to the Senior Managers and Certification Regime - October 2014, Clifford Chance.
- (40) 拙稿「銀行取締役の追加融資責任に関する考察—東和銀行損害賠償請求等訴訟事件と関連事案の検討ならびに米国の比較法的研究を通じて—」法学紀要第五四号 (二〇一三年三月) 五五—一六二頁。
- (41) 前掲(12)②。
- (42) Strengthening accountability in banking: a new regulatory framework for individuals – Feedback on FCA CP14/13/ PRA CP14/14 and consultation on additional guidance, March 2015. The joint PRA and FCA consultation on strengthening accountability in banking: a new regulatory framework for individuals - overhauling personal responsibility in the banking sector, August 2014.
- (43) 拙稿「金融危機後の国際金融法制の展望と新たな統合的リスク管理ならびにガバナンス体制構築に向けて」奥島孝康先生古希記念『現代企業法学の理論と動態』成文堂 (二〇一一年一〇月) 六九三—七六〇頁。
- (44) Hansen. The Duty of Care, the Business Judgment Rule, and the American Law Institute Corporate Governance Project, 48 Bus Law, 1355, 1375 (1993). American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, vol.1, at 145 (1994). 経営判断法則には大胆な経営を行わせる必要性と裁判所の能力の問題が背景にある。Schaeftler, The

Liabilities of office: Indemnification and Insurance of Corporate Officers and Directors 95 (1994). 経営判断法則は取締役の行為についての吟味の基準とされる。アイゼンバーグ教授は行為者がいかに行動すべきかという行為基準と裁判所が損害賠償責任や差止命令を認めるべきかの判断時の行為者の吟味基準とは通常一纏めにされるが、会社法の世界では異なるものと論じる。吟味基準にのみ依拠して行動する取締役は、吟味基準が不適用となり行為基準下で責任を課せられるリスクに曝される。Eisenberg, The Divergence of Standards of Conduct and Standards of Reviews In Corporate Law, 62 Fordham L. Rev. 437, 438, 464 (1993). 近藤光男『経営判断と取締役の責任——「経営判断の法則」適用の検討』中央経済社（一九九四年一二月）一六—二二頁、同「取締役の責任とその救済(2)」法協第九九巻第七号（一九八二年）一〇六五頁。

(45) 「バーゼル銀行監督委員会による市中協議文書「資本フロア：標準的手法に基づく枠組みのデザイン」の概要」金融庁／日本銀行（二〇一五年一月）。

(46) Stephen Haddrill [Financial Reporting Council Chief Executive Officer], Melanie McLaren [FRC Executive Director] “Developments in UK Corporate Governance Arrangement under the UK Corporate Stewardship Code 2012.” 早稲田大学産業経営研究所（二〇一五年五月一日）。FRCの優先的課題 (priorities) 、国際的相互作用 (international interaction) 等を掲げる。

(47) 松下満雄・渡邊泰秀編『アメリカ独占禁止法「第二版」』東京大学出版会（二〇一二年三月）二六二頁。

(48) 杉山茂樹「条約の自動執行性と権力分立論」熊本学園大学経済論集二〇巻一—四合併号（二〇一四年三月）四一—五八頁。

(49) 日本大学商事法研究会「『商法（運送・海商関係）等の改正に関する中間試案』に関する意見募集」に対する意見」（二〇一五年四月二七日）における議論。

(50) 英国ではハードローとソフトローの協働ともいべき現象が生じている。松嶋隆弘「コモンウェルス諸国における内部統制」根田正樹・菅原喜与志・松嶋隆弘編『内部統制の理論と実践』財経詳報社（二〇〇七年二月）五二—五九頁。

「本稿は、財団法人民事紛争処理研究基金の研究助成金を利用した研究成果の一部である」

刑事司法における検察官の役割（一）

加藤 康 榮

I はじめに

II 本稿の課題

III 刑事法制発展の歴史から学ぶべきこと

1 英米法系と大陸法系の刑事法制の比較

2 我が国の刑事法制の歴史的発展

3 刑事法制史から学ぶべきこと

4 小 括

IV 検察官の地位・役割

1 予審制度の廃止と検察官の公訴権行使の制御・チェック機能

刑事司法における検察官の役割（一）（加藤）

（以上、（二）―本号）

六三（三四三）

2 当事者主義と検察官の地位・役割

（以上、（二）―次号）

3 検察再生とその在るべき将来像

4 近時の新たな重要法制度の導入

5 小括

（以上、（三）―次々号）

V 管見の整序

1 刑事司法の理念―その究極に在るもの

2 管見のまとめ

VI 総括

（以上、（四）―次々々号）

I はじめに

我が国の刑事司法は、特にこの十数年間司法制度の重要な法改正が相次いで行われている。平成一六年五月の法改正では国民の司法参加としての画期的な裁判員制度や検察審査会法の「起訴議決」（起訴強制）制度が導入され、その五年後からこれら法が施行されたが、一部改善点を示しながらも既に定着化しつつある。また、平成一八年一〇月の法改正では被疑者国選弁護制度も導入されてこれが緒に就き、その後、同制度も勾留中の全被疑者に拡大されることや、更には一定の被疑者取調べの録音・録画制度の導入、一部司法取引（捜査・公判協力型協議・合意制度及び刑事免責）

制度の導入等々の法改正案が平成二七年通常国会に提出され（衆議院で一部修正のうえ可決されたが、参議院で継続審議となっている）、刑事司法制度の改革は飛躍的に推進されようとしている。

刑事司法（手続）とは、国家における適正な刑罰権行使のための制度である。その遂行の結果、治安の回復と維持に寄与することとなる。それは、警察等や検察官の捜査活動によつて事件が処理され、検察官が公訴を提起した場合は、公判・判決（裁判）を経て有罪無罪が確定される。そして、確定した有罪判決の刑の執行は検察官が担任する。弁護人は、この刑事手続上の一方当事者である被疑者・被告人の補助者として、一定の真実解明に対する協力義務を負いながら刑事訴訟の遂行に協力する。また、刑事手続に関わる司法警察職員は、治安の回復維持に任じ、検察官はそれとともに、弾劾（訴追）機関として公訴権を有する。裁判所は、公訴事実の「判断」のみに任じ、治安の回復維持という行政目的の達成は、裁判の反射効にとどまる。

この刑事手続の過程は、狭義には、訴訟関係者による刑事の実体法、訴訟法の規律下でなされる一連の刑事手続として捉えられる。しかし、広義には刑の執行に密接に繋がる矯正や更生・保護法等の行刑法等の規律下でなされる矯正・保護の各過程がある。それぞれの過程に担任機関が配されて、専門の担い手が当該時代の要請に従つてその役割・担任意務を果たしながら、その手続の工夫・改善を重ねてきた歩みがある。ところが、刑事司法には更にその周辺において密接にかかわる被害者参加、非行少年の保護・処遇などの諸制度もある。また、これら刑事司法にかかわる諸機関、担い手の存在は相互にその役割・機能が依存し合い、また影響し合う関係性を有することから、これらを広く「刑事司法システム」(criminal justice system) という有機的全体像の概念として俯瞰する必要がある。狭義の刑事司法を見ても、戦後のアメリカ法に倣う新憲法制定とこれに従つての刑事司法の大改革後、最近では裁判員制度の導入も

あつて、公判中心主義への指向徹底が図られるなどパラダイムシフトとなる司法制度改革がなされた。

日本の刑事司法は、従来から検察が主導する「精密司法」と言われ、取調べを核にする綿密な捜査に基づき、刑事政策をも考慮した慎重な公訴権の行使によつて、諸外国に比しても例がないような無罪が極めて少ない高有罪率を保つて治安の維持に貢献してきた。ところが、その刑事手続の中核を担うべき検察官にあつて、制度運用上の突沸現象なのか、それとも制度疲労（system fatigue）がもたらしたことによる深刻な現象なのか、証拠改ざんとその隠ぺいという、およそあつてはならない不祥事に直面し（その不祥事の真の問題点は、検察官が事件の見立てに沿つた不実の供述調書の作成を呼び込んでいったという事実にある。）、識者による「検察の在り方検討会議」が設置され、「検察の再生に向けて」の提言を法務大臣に提出する局面に至つた。このため、このような新しい裁判、検察再生を模索する時勢にあつては、四半世紀先も見越した新しい時代に対応する未来志向の改革を按ずる必要がある。そこで、長く捜査・公判に従事した元検察官の立場から、まずは刑事手続全体の在るべき姿を求めた上で、その刑事司法にあつて重要な地位を占めている検察官の役割、在り方について、その原点に立ち返り、これを分析し、その改革の方向性を探つてみることは、些かなりとも意義があるうかと考えた。

その検討の視点としては、近時、国民の司法参加になる裁判員制度を初め、取調べの可視化や一部司法取引制度の導入等の抜本的法改正が見込まれていることから、その方向性を追求することが重要であることはもちろんである。しかし、検察官の公訴権行使の在り方、すなわち刑事訴訟論は刑事手続全体に関わる構造論であるというべきであるから、むしろこれを機会にここで思考をリチャップルして、まずは迂遠ではあつても刑事司法の歴史の積み重ねを辿つてその生成発展の過程から学ぶべきものと考ええる。そして、その到達点としての現在の法制度とその重要な法改

正の経緯を検討し、更にはその運用実態を法社会学的手法で確認するという三位一体的把握法を採ることとする。また、もとより比較法的検討も加えて日本の刑事司法の特色を浮き彫りにすることも重要である。こうして、そのシステム上における検察官の立ち位置を再検討してこれをポジショニングし、その上で近時の新しい法制度の導入を踏まえてその将来像を追及するとの姿勢で本稿を整理することとした。

なお、「国民の司法参加」と言えば、それは「司法の主体者」になるが、その対象（客体）になる者も国民の一部であるから、従来検察官が担ってきた「刑事訴追の抑制的運用」も、国民の司法参加の中で留意すべき視点となろう。

Ⅱ 本稿の課題

一国の刑事司法の実体を観察しようとするとき、その歴史の過程で生成発展してきた法制度、すなわち、弾劾（訴追）と裁判のシステム、国民参加の形態など静的な面からのアプローチが必要と思われる。また、比較法的に同様の法制度があっても、実は国民の国家（司法）に対する信頼を前提にしての制度か、それともむしろ不信感を根底に抱いての制度設計に成るのかの、その背景分析も等閑視できない。そしてその上で、その制度の運用が実際にどのような形で成っているかという動的な面からのアプローチが重要である。しかし、制度も運用の過程で改革されて生成発展するものである。その静的に見える制度も、動的なその運用の日々の積み重ねから必然的に改革が求められてくる。その静的な面と動的な面とは、時に交錯しながら当時代の刑事司法の実体を表す。まさに「不易流行」なのである。

我が国の刑事手続は国家が主体であり、国民はその客体に置かれていたが、主権在民となつてからも依然として国家を信頼してその制度設計を支持しその運用を委ねてきた。それは、後発建国で発展を遂げたアメリカでの司法制度

が国民の政府に対する不信を前提にしてのものとわれのとは対照的であり、この制度のバックグラウンドの違いは大きい。このため、これまで我が国の刑事手続の各担い手や刑事司法を研究対象とする者にも、制度が国家と国民の共通のメンタリティーに立つてのものであり、国民を制度主体との観点から変動する刑事手続の活動状態を、全体としてシステムの捉え、これを巨視的に分析して改革に供するというような動きは、必ずしも機敏ではなかったとの批判もある。本稿では、まず本格的な国民参加の時代を迎えてのこれが分析の前に、これまでの刑事司法の歴史を辿り、この一連の手続を一つのシステム、有機的統一体として捉え、先達の研究結果に学びながら、それを基に更には刑事司法の将来を見据えて、その改革されるべき在るべき姿を検討しようとするものである。

そこで、刑事訴訟の要諦は何なのか。この点、新刑事訴訟法の立法にも関与された團藤重光博士は、「人権の尊重、当事者主義の強化が新法の根本的な特色」と述べられ（もつとも、そこでの当事者主義のそれは「技術的当事者構成であり、職権主義の内容を当事者の形式に盛ったものだ」とされる。）、また、平野龍一博士も、「刑事訴訟で最も重要なのは、どうすれば、被告人の人権を護りながら、真実を発見することができるか、である」と指摘される⁽¹⁾。この真相解明、すなわち、実体的真実主義と人権尊重・適正手続との関係は、実務においては前者を目的として捉え、後者はその手段ないし必要な手続要件として捉えるが、学説の多くは実態的に対立的併存関係として捉え、かつ人権尊重・適正手続の優位性を主張する⁽²⁾。確かに、先に触れたように、近時一部の検察官とはいえ、その真相解明という職責の遂行過程において、「正義追及者」としての自負心が昂じての驕りからか、証拠改ざんや内容の真正が疑われる捜査報告書作成など、これまで孜孜^し営々として築きあげてきた検察の信頼を根底から覆すことになる、由々^ししき驚愕の事件を出来させた。このため、検察に対しては、その「不都合な真実」の個別的検証のほか、検察の信頼回復のため、従来の捜

査・公判の手法に対し、折からの裁判員制度の導入と相まって、議論されていた取調べの可視化（録音・録画）など根源的な組織的改革論に拍車が掛けられた。この捜査・公判の刑事手続は、法と証拠に基づく真相解明による厳正な刑罰権行使の過程である。この過程において、検察官は、国家の訴追・独占主義と起訴便宜（裁量）主義の下、刑法一条の標榜する実体的真実主義の目的を実現するために、適正手続を履践しながら、被疑者を誤りなく特定し、その証拠を収集した上で起訴・不起訴の処分を決定し、その後の公判を進行する。検察官は、この「前捌き裁判」とも言い得る重要な職責を誠実に行使することによって、従来からそのレーゾン・デートルを示してきた。

その検察官と検察組織に対しては、次のような理念・目標、職務遂行姿勢についての再構築と実現状況を確認してみたいところである。すなわち、①裁判員制度や検察審査会法の「起訴議決」（起訴強制）制度の導入、取調べの可視化（録音・録画）制度や一部司法取引制度の導入など大きな制度改革の動きに対して、検察官が外部からのチェックを待つまでもなく、自己規律的な組織的対応と今後の検察官の在り方をどのように捉えているのか。②前記の制度改革に伴って、検察官の従来からの座標軸である真相解明の理念の下で、「綿密な捜査と慎重な起訴」と「確実な公判での緻密な立証」といういわゆる「精密司法」の実態に変容を生じさせるのかどうか。また、従来からの「起訴基準」に変更はあるのか。③公益の代表者である検察官の起訴裁量権の行使が、適正な起訴・不起訴処分（率）、略式手続・即決裁判手続による事件のセレクトと「核心司法」への結びつきをどうつかせていくのか。また、アメリカの刑事手続に倣って、一定の犯罪を刑事手続から外すというディヴァージョン（diversion）のセレクト手続も維持し適正に行われていくのかどうかなどの基本的な視点の確認がある。そして、司法取引などによって事件処理が公平に誤りなく実施していく柱をどう樹立していくのかなどである。そのほか、具体的な職務遂行の姿勢として、④全国検察

庁の各種情報や事件処分例、あるいは法的分析例（例えば、贈収賄罪における職務権限等）がデータベース化されていて、これが必要に応じてワンストップ的に検索され、捜査・公判に適切に活用されているのかどうか。⑤刑事司法のシステム思考からの刑事統計等による犯罪情勢の分析結果、そして刑事司法・刑事政策を俯瞰してその結果を実務の指針・運用の資料に活用することなどはなされているのかどうか。⑥検察官・検察事務官に対しては、充実した体系的研修や日常的指導が実施され、当時代の「検察の意識」が十分に共有され、人事も硬直化せず適材適所で組織発展のために闊達に実施されているのかどうか。⑦最高検察庁では、常々四半世紀先を見越した各種関連法規の改正を含めた「検察の在るべき像」の検討がなされ、これが全国の検察官に浸透されているのかどうか、などである。そして、そのいくつかは今や抜本的変革の対象になっているであろうが、例えば、前記基本的①②③の柱に関連して、事件処理を「あっさりした捜査によるおおらかな起訴」などとのアメリカ法方式への大変革を企図することはないにしても、制度改革のなかで理念と座標軸の拠り所をどこに置き、具体的にどう対応していくのか。検察は今、正念場に立たされていると言えよう。そして、他の理念等についてもそれが国民の期待にとどまり既に神話化ないし、そもそも期待に基づく虚像でしかなかったりしているものがないのか、などを整理して検察再生の方途を考えるとと思われる。

検察官の公訴権行使は、戦前は予審制度で予審判事と検事とが役割分担をして相互チェックし、戦後は予審制度が廃止されたが、それが検察官の起訴処分においては自己チェックに委ねられ、不起訴処分に対しては、国民参加による検察審査会によるチェックが行われるようになっていた。ところが、近時は裁判員制度の実施と検察審査会法改正による不起訴処分に対する「起訴議決」（起訴強制）などの国民の司法参加になる司法制度改革があり、更には、平成

二七年通常国会には特定犯罪の取調べ可視化（録音・録画）や一部司法取引等の画期的な刑事訴訟法の一部改正等の法案が提出された。この刑事司法制度の大きな転換に際して、檢察再生の道筋は見えてきていると言える。

そこで本稿では、根源的な思考法をとって、第一に、我が国の刑事法制発展の歴史を、英米法系や大陸法系を比較しながら先達の研究成果、特に旧刑訴法の母法になるフランス刑訴法が現在も維持している予審制度の改廃過程を辿って見ることとした。それは、予審制度に代わる檢察官の公訴権行使のチェック機能を誰が担うべきか。それは檢察官の役割に吸収させるべきか、などを考察する縁^{よすが}とすることにある。続いて、第二に、刑事司法全体をシステム的に捉えるべく若干の検討を行う。その上で、第三に、そこでの檢察官の役割と檢察運営の現状、そして最近の檢察不祥事や裁判員制度、取調べ可視化制度、檢察審査会法の「起訴議決」（起訴強制）制度、あるいは一部司法取引制度等の導入になる大改革の動きを契機としての、更なる四半世紀先を見越した檢察の在るべき姿を検討整理し、そのことによって、パラダイムシフトとなる司法制度改革を見極めたい。最後に、元檢察官の立場から、管を以て天を窺うばかりの管見ではあるうとも、あえて一顧の提言にとどまることを恐れずに、果敢に提言を試みることにした。

團藤重光博士は「近代的刑事手続は、被告人の利益を擁護するために当事者訴訟の構造をとり、したがって刑事『訴訟』とよばれる。しかし、それは一つの歴史的所産であつて、その本質を知るためには、われわれは、まず、この歴史的発展をあとづけてみる必要がある」とされる。^③そこで以下、まず、主として同博士や田宮裕博士らが叙述される歴史を核に辿りながら、刑事法制の発展の歴史を通史的に祖述概観することから始めたい。

Ⅲ 刑事法制発展の歴史から学ぶべきこと⁽⁴⁾

1 英米法系と大陸法系の刑事法制の比較

イギリスの近世後の刑事法制は、それまでの神判の裁判を禁止し、起訴陪審（大陪審）により訴追がなければ刑事手続が開始されず、更に訴追後の手続は審理陪審（小陪審）で審理されるという訴訟構造を整え、当事者主義的であり、証拠による事実認定も厳格であつて、人身保護令状（Habeas Corpus）の機能が既に徹底していた。

これに対し、フランス等欧州大陸法系は、一四世紀以降、民事・刑事責任の分化、神判の廃止等を経て糺問手続が整い、その手続法はそれなりに時代的意義を失わない発展経過であつた。ところが、フランス革命（一七八九年）が勃発し、国民会議から人権宣言が宣言されたことにより、イギリスの法制に倣つて陪審制の採用など一時改革が進められた。それもナポレオンのクー・デター（一七九九年）により、訴追官としての検察官制と予審制度が生まれ、一八〇八年には刑事訴訟法典が發布された。そして、その基本形が現代へと継承されてきた。つまり、大陸法系の刑事法制には、英米法系のような「無罪の推定」が、形式的にはともかく実質的には無いに等しく、糺問主義が継受されてきたと指摘される。それでも、国家訴追主義による陪審制下の形を変えた「当事者訴訟主義」になり、公開による口頭弁論・自由心証主義が行われ、革命の成果は確実に示されたものとされる。

これは、一八七七年、ドイツ刑事訴訟法にも継受されて欧州主要国における刑事手続の基本形となつて根を下ろして行き、後述するようにこれが明治以降我が国にも継受されるところとなつた。

2 我が国の刑事法制的歴史的発展

(1) 明治以前の刑事法制概観

ア 律令による刑事法制時代

我が国では、中国の隋、唐の律令を継受することから刑事法制が始まったとされる。その継受法は、大宝律令（七〇一年）や養老律令（七五七年）であり、裁判は被害者や公衆の訴えのほか官吏の糾弾によつて職権主義的に刑事手続が行われた。その事実の認定法は、罪人の白状を得るか証人の証言によることとされ、拷問も一定の範囲では許されるものであった。裁判に対する不服申立ても認められ、その法制は、その後生まれた大陸法系のカロリナ刑事法典（一五三二年）にも匹敵する相当に整つたものと評されている。しかし、この律令は当時代の我が国の民衆土壤（国民性）には合わず、継受法はあまり生成発展することもなく、京内の犯罪者の糾弾、官吏の綱紀肅正を掌る弾正台の職制が設けられるに至つた。しかし、これも平安朝時代を迎えると、新たに「檢非違使庁」が置かれて、刑事法制は一変していった。それは、民衆の犯罪を捜査し、証拠を収集して犯人を弾劾後、訴訟から行刑まで行うという今の警察・検察そして裁判官等の全ての役割を担う強大な権限を有する令外官（律令制下における規定外の官職）の官署であつた。しかし、その職制の内容は、必ずしも分明ではなく、職権主義、糺問主義による刑事手続であつて、拷問も広く行われるようになり、これが中世・近世へと引き継がれていった。

イ 独自の発展を遂げた江戸時代の刑事法制

その後時代は下つて、江戸時代では刑事訴訟が「吟味筋」と称されて、独自の発展を遂げた。幕府の直轄地では奉行（寺社・町・勘定の三奉行）を置いて、各所管の訴訟を担当させ（諸大名はその領地内で裁判権を有していたが、全国的に

統一はされていなかった。）、町奉行にあつては行政・司法・警察等を掌った。支配下の与力をして、警察事務を行う部下の町同心やその手下の岡引きを指揮して事件の捜査、罪人の探索に当たらせたと、罪人を追捕・召喚し、これを糾問（取調べ）審理の上で裁判するという我が国独自の刑事手続を生み出していった。

（2）明治以降、終戦までの刑事法制概観

ア 近代的刑事法制の黎明期―治罪法及び明治刑事訴訟法初頭の時代

我が国は、明治維新を迎えて中央集権体制を整え、四民平等化され裁判権も統一されて近代的な司法制度が生まれるところとなった。明治元年（一八六八年）三月に明治天皇が明治新政における基本政策五カ条（有名な「一、広く會議を興し、万機公論に決すべし」の条等の五カ条）のいわゆる五箇条御誓文を宣布し、それが翌月に政体書（組織法）として具体化され、「天下ノ権力総テコレヲ太政官ニ歸ス。則チ政令ニ途ニ出ルノ患無カラシム。太政官ノ権力ヲ分ツテ立法・行政・司法ノ三權トス。則偏重ノ患無カラシムナリ」として、司法権も三権の一つとして独立することを目標としつつも（官吏公選制導入も謳う。）、明治二年には律令系法制の弾正台や行部省（中央司法機関）の復活がなされた。しかし、これも明治四年に廃止され、これらに代わって司法省が設けられ、裁判所、検事局、明法寮の三省務を管掌することとなった。そして、明治八年（一八七五年）に司法権独立の礎となる大審院を頂点とし、下級裁判所としては上級裁判所・府県裁判所を置く系統的ピラミッド型の三審制になる裁判組織を制定した。また、その翌年には改定律令第三一八条の「凡罪ヲ断ズルハ口供結案ニ依ル」との規定を、太政官布告により、「凡ソ罪ヲ断ズルハ証ニ依ル」と改定して証拠裁判主義を掲げ、また法定証拠主義から自由心証主義への改革が示された。更には、明治一二年（一八七九年）の太政官布告において、拷問が明文を以て廃止された。この明治期の法制度は、招聘したフランスはパ

リ大学教授ボアソナードの指導により、民事法・刑事法とも並んで精力的に立法作業が進められた。その過程で前述の通り一時、検事制度に類するものとして律令制の弾正台を復活したこともあったが、明治五年（一八七二年）八月、司法職務定制を以て検事の職制を定めた。その第三一条が「検事ハ裁判ヲ求ムルノ權アリテ裁判ヲ為スノ權ナシ」として、検事の公訴官としての位置づけを示した。ただ、翌年の断獄則例では「判事専ラ推問ニ任ジ、解部口供ヲ登記シ、検事傍ニ在リテ查核ス」と規定していて、検事の公訴官としての職制の内容が必ずしも分明ではなかった。ところが、明治七年の太政官達になる検事職制章程司法警察規則では、その第二章前文で「検事ハ犯人ヲ検探シ良ヲ扶ケ悪ヲ除クノ職トス」とした上、第七条で「検事ハ原告人ト為テ刑ヲ求ムルノ權アリテ裁判ヲ為スノ權ナシ」と明記して、検事の公訴官としての位置づけをはっきりさせた。しかし、これはなお徹底せず、裁判所が検事の公訴を待たないで職権で審判を開始する例も出てきたため、明治十一年（一八七八年）六月の司法省達により、裁判は検事の公訴がなければ開始してはならないことを徹底させ、以後これが定着した。

こうして、明治十三年（一八八〇年）七月、フランス刑事法制の継受法である治罪法が太政官布告で制定された。

同法により、検事による国家訴追主義、不告不理の原則、証拠法の制定が体系的に規定された。ただ、フランス法の影響を受けて、公訴に関して、検事が行う場合のほか、重罪軽罪の被害者が公訴に付帯して私訴（民事原告）をなしたときは、公訴・私訴を併せて受理するものとされた（第一一〇条）。また、現行犯事件、付帯事件及び公判廷内の事件については、不告不理の原則の例外が認められた（第一一三条、第二七六条）。治罪法の特徴点は、第一に予審制度を導入したことである（第一一三条以下）。この制度は、フランス革命の反動期における糺問手続の一部復活の例とされている。予審制度は、明治九年の司法省達になる糺問判事職務仮規則において、既に各府県裁判所に判事又は

判事補の中から糺問掛判事を置いて、一種の起訴前予審を実施していたところを、治罪法第一一三条では、検事の起訴後における公判準備手続としたものであった。同条では、「現行ノ重罪軽罪ヲ除ク」とするが、現行犯については検事の起訴手続を待つことなく、予審判事の検証調書の作成を以て公訴を受理したものと見做すものであって、予審が起訴後における手続であることは明らかであった。以後、この起訴後の予審制度は戦後の刑訴応急措置法で廃止されるまで続いたのであった。第二の特徴点は、弁護制度にある。まず明治五年八月、民事事件の弁護制度を司法職務定制において認め、明治九年司法省布達になる代言人規則が制定されたが、刑事弁護制度は治罪法でようやく起訴後の被告人に対する弁護制度が制定された（第二六六条、第三七八条）。第三に、上訴制度の整備がある。そして、治罪法は、明治二十三年（一八九〇年）の改正の刑事訴訟法（明治刑事訴訟法、旧々刑事訴訟法とも指称される。）となったが、治罪法の上訴制度での不合理部分等は改正されたものの、治罪法の根本的な修正はなかった。

イ 明治刑事訴訟法の中期以降、大正刑事訴訟法時代

治罪法や明治刑事訴訟法の制定・運用は、外国の近代法典（フランス法系）を導入し、これを咀嚼・注解する時代であったといわれる。その後、裁判所構成法の制定などでドイツ法系の影響を受けるようになり、そして、大正一年公布（一九二二年―法七五号）、同一三年一月一日施行のいわゆる大正刑事訴訟法（旧刑事訴訟法とも指称される。）は、まさにドイツ法学の影響を受けたものとなった。この明治二、三〇年代以降は、やがて大正デモクラシーといわれる自由主義的風潮の昂揚期前夜、宿因となる諸々の制度や思潮の改革が大正年間に試みられた時代でもあった。刑訴法に關しても、学問として体系的、理論的に研究されるようになった。当時、実体的眞実発見の指導原理の追求は「犯人必罰」となって、しばしば官憲の人権蹂躪行為が問題視され、当時の日本弁護士協会も、明治四二年に既にこれを

批判して被告人の人権擁護の声を上げた。そして、大正三年には「犯罪捜査に関する法律案」を作成して、捜査官の取調べに弁護人の立会いを求め、捜査書類の証拠能力を否定することなど革新的な主張をしたりした。

ウ 訴訟の基本原則―職権主義と直接主義・口頭弁論主義^⑤

戦前の刑訴法の基本原則は、大陸法に由来する職権主義であり、直接主義・口頭弁論主義であつた。職権主義とは、戦後の当事者主義の対立概念になるものである。刑事手続の公判審理においては、裁判所が主宰者となり、証拠収集、証人尋問など、証拠調べ等の権限を集中的に主導して、真相究明を追求するのが訴訟原則であるところ、これは職権審理主義とも称される。当時のドイツ刑訴法の影響を受けたもので、具体的な審理追行として直接主義・口頭弁論主義の考え方も導入された。直接主義（直接審理主義）とは、「公判廷で直接に取り調べられた証拠に限りて裁判の基礎とすることができる」ものとする訴訟原則である。糾問訴訟では書面に基づく判決という性格が顕著であるところ、この弊害を克服するため、フランスでは審理の公開と口頭主義の採用が、そしてドイツでは書面審理が間接的であることから直接主義の原則が示されたという経緯があつて、我が国もこれに影響を受けたとされる。旧刑訴法第三四三条は、「被告人其ノ他ノ者ノ供述ヲ録取シタル書類ニシテ法令ニ依リ作成シタル訊問調書ニ非サルモノハ左ノ場合ニ限り之ヲ證據と為スコトヲ得」との原則を規定する（同条での「左ノ場合」の例外的場合とは、①供述者の死亡と疾病等で供述者の訊問ができないときのほか、②訴訟関係人に異議がないときである）。このように、法令による訊問調書に証拠能力が認められ、その他の例外規定も置くことから、必ずしも直接主義が徹底されていたわけではなかったものである。また、裁判所は直接審理において口頭によつて提出された訴訟資料により、かつ当事者の弁論（主張・立証・意見陳述）によつて、審理を追行すべきとする口頭・弁論主義と結びついていた。このため、当初直接主義も口頭主義も一

体のものとして扱われていたとされる。しかし、直接主義は裁判所と証拠との関係を重視してこれを規律するものであるのに対し、口頭主義は公判廷における関係人のコミュニケーションの問題であるので、両者の違いは正確に認識しておく必要がある。

戦後の現行刑訴法への改正では、アメリカ法に倣って当事者主義が導入された。しかし、この戦前までの訴訟原則であった直接主義は必ずしも消え去ったものではない。大きくその意義を変容させながらも、なおそれと重なる形で、あるいは後見に残っているものと解されている。

（3）戦前の刑事法制の特徴点―予審制度と検事の公訴権

ア 予審制度の導入とその改革案⁶⁾

（ア） 予審制度については、先に治罪法の特徴点の一つとして概観したが、予審判事と検事の役割分担制度（相互チェック）の歴史的事実として重要なので、ここで更に詳しく見ることにする。

予審制度は、近世初頭からの大陸法系のアンシャン・レジュームの糺問制度下における法制であり、当時は被疑者・証人の取調べ結果だけで直ちに判決に至り、公判手続はなかった（職業裁判官だけによる非対審構造の秘密・書面主義）。しかし、フランス革命後は近代的な弾劾手続に変革したが、革命期の混乱で起訴陪審が機能せず、一八〇八年、フランス治罪法が制定された。そこでは、イギリスの刑事手続における公開主義と弁論主義を取り入れたが、予審と公判との二段階方式を採り、予審では従来通り職権主義になる糺問手続を残した。予審判事は検事より公平であり、また衆人環視の公判での取調べよりはむしろ被告人に有利との視点と、公判における証拠保全の役割を実際上果たさせるとの趣旨から制定されたものとされる。そして、予審後の手続として自由主義・当事者主義になる公判手続を設

け、このシステムが他の大陸諸国へ継受されて拡がり、我が国でも明治時代に入って、司法省達を経て当時のフランス法に倣う治罪法として採用されたのであった。そして、数次の改正を経て定着していき、戦後の現行刑法によって廃止されるまで続いた（正確には、その直前の刑訴応急措置法で廃止が明示される。）。

この予審制度は、ドイツでは一九七五年まで続いた末に廃止された。しかし、フランスの予審制度は、一八九七年の大幅改正（弁護人の選任権が認められて予審判事の取調べにも立合うことが認められたことや記録閲覧権が認められる等相当大幅に弾劾化がなされたものであった。）を経て現在もなおこれが維持されている⁽⁷⁾。

我が国の治罪法では、検事又は民事原告人の請求がなければ予審が開始されないと規定していたが（治罪法第一一二条。ただし、現行犯等の要急事件では検事の請求を待たずに予審を開始できる―第二〇一条・第二〇二条）、これは明治二三年（一八九〇年）のいわゆる明治刑法では、既にドイツ法の影響を受けて民事原告人の請求による場合の予審開始が廃止され、「重罪軽罪の現行犯の場合を除くほか、検事の請求がなければ予審は開始されない」旨改正された（明治刑法第六七条）。その後も、大正十一年（一九二二年）のいわゆる大正刑法では、前記例外の「現行犯の重罪軽罪事件は予審判事が検事の公訴の提起を待たずに起訴と見做して予審を開始できる」旨の明治刑法第一四二条等の規定を削除したほか、予審制度のいくつかも改正がなされて戦後まで続いた。

予審制度下の捜査は、裁判所検事局所属の司法官である検事（又は内務省所属の司法警察官）が内務省所属の司法警察吏を指揮して行うこととなっていて、実際の捜査主宰者は検事であった。しかし、形式上の捜査主宰者は予審判事であった。すなわち、規定上は現行犯等要急事件以外の強制処分は予審判事が行うこととなっており、この強制処分は、予審判事が直接又は検事の請求を受けて実施することとなっていた（大正刑法第二五五条。以下、引用条文は同法

による。なお、捜査機関による被疑者の取調べの明文の規定はなく、実際の活動として任意の取調べがなされ、その聴取書の証拠能力も認められるようになった。）。検事の請求でなした強制処分の場合は、予審判事はその結果得られた書類・証拠物を検事に速やかに送付しなければならない（第二五六条）。予審は、検事が公訴を提起した被告人に対する被告事件を、予審判事が公判に付すべきか否かを決定するために、必要事項を取り調べることを以てその目的とし、公判においては取調べが困難と思料する事項についてまた取調べをすべきものとする（第二九五条）。予審判事は、公判に付するに足る犯罪の嫌疑があるときは決定を以て事実・法令の適用を摘示して被告事件を公判に付する言渡しを行い、それに足る犯罪の嫌疑がないときは決定を以て免訴の言渡しをする（第三二二条・第三二三条）。そして、弁護人の選任も従来の明治刑法までは予審を経た公判以後の段階で付することが認められていたが、これを被告人が公訴提起後はいつでも、すなわち予審段階から弁護人が選任できるようになった（第三九条一項）。また、検事、被告人又は弁護人は予審中いつでも必要とする処分を予審判事に請求できるとの規定を置き、予審自体の弁論主義化を図った（第三〇三条）。更には、予審判事は公訴提起の被告事件について取調べを終えたときは、書類及び証拠物を検事に送付して意見を求め、検事は予審判事の取調べが不十分と認めるときは事項を指示して取調べを請求することができる（第三〇六条・第三〇七条）。ただ、このような公判前の実質的にはいわば捜査の二重構造になる制度は、被告人に対して取調べの煩を及ぼすことや、警察が行政執行法や違警罪即決例の行政処分の名においてこれを濫用し、検束（身柄拘束）に走る捜査上の強制処分潜脱の弊をもたらす問題が生じていた。

予審制度の他の問題点としては、予審の目的について治罪法から旧々刑法（いわゆる明治刑法）へ改正するため法案改正理由書では、「事実発見のため必要なりとする証拠徴憑を収集すること」とされていたところ、それを旧

刑訴法（いわゆる大正刑訴法）へ改正する際の理由書では、予審の目的を「判決裁判所に於ける直接審理の遂行を現実にするべきことを期して」、「被告事件を公判に付すべきか否かを決定するため捜査遂行の必要な事項を取り調べる」とにあるとしてその目的の原則型を変更したことであった。すなわち、公訴官の検事ではなく、裁判官である予審判事が有罪・無罪の確信を得ないまま公判に付するに足る犯罪の嫌疑が一応あるかないかとの、いわば中途半端な判断程度で決定することが問題であった。それは公判に付するか、または否（予審免訴）かを決するというのは、実体的真実主義を我が国刑事司法の基本柱とする以上、実務上不可解な変更と指摘されるものであった。このことは、予審が実質、検事捜査の延長であり重複であるということを示すものであった。また、予審と公判の関係も、公判を直接審理重視の「公判中心主義」の建前に従って、旧刑訴法第三四三条では被告人その他の者の供述を録取した訊問調書の証拠能力を制限していたのに、予審判事の訊問調書はこの制約を受けないことから、それが不可欠の証拠となり（公判では被告人や証人が容易には真実を語らない実態も背景にしていると思われるが）、その後の公判審理は、予審における審問調書裁判の実体を招いて、公判中心主義はすでに形骸化していたことであった。その結果、予審の証拠収集の重要性、ひいては捜査機関の捜査活動の徹底を促し、屋上屋を架すような中途半端な予審制度は、捜査機関に強制捜査権を付与し、予審を廃止する流れを呼んだものであった。予審制度が存続する間も、それは起訴前における検事の綿密な捜査と取調べの励行が前提であった^⑧。

そこで、昭和九年には、時の司法大臣（小原直）が「司法制度改善」を指示し、刑事に関して、①司法警察を分離して検事に直属させること、②予審を廃止すること、③検事と警察に強制捜査権限を付与すること、④捜査機関の供述調書に証拠力を認めることの四点が司法省において検討されるようになっていた^⑨。また、小野清一郎博士も当時

「司法制度革新論」を掲げた。それは、捜査について検事と予審判事の二重性を排し、むしろ捜査権限は検事に一本化して、統一的な責任を持たせた上（検事は、司法警察吏を補助役として指揮して捜査を従来以上に主体的に適正なものとして徹底する）、任意捜査の権限はもとより強制捜査の権限をも付与することである。そのことによって、捜査、取調べは集中的になつて徹底し、より事件の真相解明にも資するほか、被疑者（被告人）にとつても未決勾留が短縮されて有利である。こうして、従来の予審制度は廃止しても、その後の公判手続は既存条項を活用することを以て予審的效果を上げるものとする。すなわち、従来予審判事は、規定上は公判に付した事件には除外されて関与できず、むしろ取調べの結果について証人として喚問できるかが議論されていたくらいで問題点が多く、また捜査の位置づけはともかく現実には当時「予審判事は検事の手助け（補助）をしているかの如し」の観を呈していた現状にもかんがみ、大正刑訴法第三二三条以下の「公判の準備手続」の規定を利用することを提言する。同条の第一項は「裁判所ハ第一回ノ公判期日ニ於ケル取調準備ノ為公判期日前被告人ノ訊問ヲ為シ又ハ部員ヲシテ之ヲ為サシムルコトヲ得」、第二項は「検事及弁護士ハ前項ノ訊問ニ立会フコトヲ得」と規定されていた。従来、この「公判準備」の手続規定は、予審制度があるために無用の長物となっていたが、これを活用し、公判手続も直接審理主義の原則を徹底して、公判中心主義を実現すべきものとする。こうして、従来の予審判事による予審の制度はこれを廃止すべきとするが、同時に裁判所にはその部員（受命判事）の準備的取調べを認めようとする特色ある予審改革論になる。ただ、証拠書類利用の例外は認めるべきであり、その範囲は陪審法の証拠取調べに関する第七一条ないし第七五条の規定に倣うものとする。例えば、検事の訊問調書は陪審法第七三条の規定に倣い、供述者が死亡し又は召喚し難い事情があるとき、供述者が公判において供述の重要な部分を変更したときなどにおいて証拠力を認める。¹⁰⁾

この司法省の「司法制度改善」や小野博士の予審制度の分析と提案に接するとき、まさに刑事司法をシステマ的に捉える真髓が看取できるように思われる。いかに検察官と裁判官の役割を客観化して、最も事案の真相解明と被疑者・被告人の基本的人權の尊重に配慮した適正な刑罰権実現の手續を設計できるかである。戦前の刑事司法を専ら古色蒼然のものと見るだけではなく、温故知新で虚心に学ぼうとすれば、予審制度の当時の「捜査の司法化」になる各担い手の制度的長所は残しつつ、あまりに制度改革の振り子の振れが大きくなり過ぎないよう、極大値にも走らずあくまでも当時代の國民の理解・容認度の最大公約数の範囲を見極めながら改革案を考えると、現代においてもこの小野博士の改革案は検討の余地があるのではないかとの視点もここでは残しておきたい。

(イ) こうして、予審制度は戦後の司法権の独立、裁判官と検事の分離という大きな制度機構改革に伴って廃止されたが、検察官の地位・役割を検討する上では、この予審制度の母法であるフランス刑訴法が今でも予審制度を一部の改革を経ながらも維持しているところから、なおこれを更に詳しく見てみることにする。

フランスの予審制度は、公訴権行使の前提としての捜査であり、重罪は必要的、軽罪は任意的に行われる。その予審の開始は、検事正の予審開始請求のほか被害者（私訴原告）の私訴申立てを伴う請求も認められている。予審判事は、予審被告人の取調べや対質等は自ら行い、その他の捜査は司法警察官等に共助囑託をして行う。その捜査を遂げた結果、犯罪が成立すると判断したときは、罪種に従い重罪院、軽罪裁判所ないし違警罪裁判所等への送致決定を行い、犯罪不成立と判断すれば免訴の決定を行う。この送致決定に対して、検察官は全決定について、私訴原告は不利益決定について、そして予審被告人は重罪院送致決定について、いずれも控訴院予審弾劾部への上訴が認められる。検察官は、捜査に直接的には関与せず、予審を監視する役割を担任し、随時予審記録を閲覧し、証拠調べの請求、予

審終結前の論告などを行う。弁護人は、予審判事が行う予審被告人の取調べに立会い（明確な権利放棄の意思表示がない限り必要的立会いである）、予審被告人の尋問や対質の際に自ら質問ができるほか予審記録の閲覧ができる。予審における被疑者の勾留措置としては、重罪事件が一年間、軽罪事件が四カ月間であるが、いずれもその勾留延長が認められ、その期間延長は重罪事件が六カ月ごとで罪種により最長二年ないし三年間、軽罪事件が原則一年間である。従来、勾留決定は予審判事が行っていたが、二〇〇〇年の法改正で釈放勾留裁判官が行うこととなった¹¹。

しかし、最近この伝統的予審制度の根幹を揺るがすような大きな事件（ウトロー事件と称される。）が発生し問題となった。それは、二〇〇〇年一二月、フランスの地方都市ウトロー市で発生した被告人一八名による子供に対する性的虐待等事件である。その予審における長期間にわたる被告人一七名に対する捜査方法や未決勾留の妥当性等が問われた。この事件では、予審の問題点が議論となり、二〇〇五年一二月、下院にウトロー事件に関する調査委員会が設置され、司法の機能不全の原因探索と再発防止策の調査活動を続け、二〇〇六年六月、その最終調査報告書が採択された。同報告書によると、問題点として、未決勾留期間の長期化については、勾留最長期間の短縮が必要であることが指摘した。また、予審判事の問題としては、国立司法学院（我が国の司法研修所に相当する。）を修了したばかりの裁判官が単独で捜査に当たったこと、その対質や取調べに不当な点があったことなど当該事件対応の固有の問題を挙げるとした上、これは「合議制」で改善できるとした。そして、予審制度自体の存廃については、予審終結決定の免訴率が二〇パーセントに達していて予審が常に予審被告人に不利とは言えないこと、本件では予審判事や釈放勾留裁判官の孤立という固有の問題があること、予審制度を廃止して捜査官を予審判事から検察や警察に替えても本件のような問題を回避できるものではないこと、現在の予審制度も弾劾的要素はあり、また弾劾主義的手続においては経済

的に恵まれた被疑者ほどその弁護活動が手厚く有利となるという弊害があること、弾劾主義への移行では検察官を行
政権力から完全に独立させなければならないことなどの諸点を挙げて、「予審制度の廃止」とまでの提言はしなかつ
た。その結論を導く根底の理念には、真実発見のためには公平な裁判官が捜査することこそ最善の方法であるとする
根強い思想があることや、予審制度の糾問主義的手続性をかえって諒とするフランスの誇り高い歴史と国民性をバツ
クとする確固たる法文化があることなどによるものと思われる^⑫。

イ 検事（検察官）の公訴権―起訴便宜（裁量）主義

この検事（検察官）が有する公訴権については、治罪法時代から起訴法定主義と解されていた。ところが、実際の
には起訴便宜主義が取り入れられてこれが慣行化し、やがて明文化され定着していったという歴史的経緯がある。し
かもこれが戦後の改正期にも変わらずに今日に至っているということである。

我が国でも治罪法以来、当初検察官の公訴権は現在のドイツ刑法法と同じく起訴法定主義（改正前当時は「合法主
義」と称していた。）になると解されていた。ところが、明治一八年には既に刑務所の定員過剰から予算不足となった
ため、微罪不検挙として起訴の例外を設け始め、それが拡大されていつて明治四一年一二月には司法大臣訓令で「起
訴猶予裁量」として発展させ（刑事統計年報に「起訴猶予」との欄が設けられたのは明治四二年からである。）、以後これが起
訴便宜主義（改正前当時は「任意主義」と称されていた。）の権限として慣行化していった。そして、大正刑法法でこの
起訴便宜主義が明文化されたものである（大正刑法法第二七九条。現行刑法法第二四八条もほぼ同じ規定）。しかしその改
正案は、なかなか成立せず数次にわたる法案提出の末に成立した。その大正の初めの改正案の第二八九条では、「検
事ハ犯罪ノ情状ニ因リ訴追ヲ必要トセサルトキハ公訴ヲ提起セサルコトヲ得」と規定し、これに先立って第二八五条

一項として「検事犯罪ノ情状ニ因リ被告人ニ対シ不起訴処分ヲ為シタル場合ニ於テ其処分時ヨリ二年ヲ経過シタルトキハ同一事件ニ付キ之ヲ予審ノ被告人ト為シ又ハ之ニ対シ公訴ヲ提起スルコトヲ得ス」との規定も置いた。これに對しては、当時大審院検事局は、これは公訴提起について合法主義を採用するものではなく、他の規定の趣旨、殊に右改正案第二八五条で既に明らかなだから特に本条（第二八九条案）を設けてこれを宣示する必要はないとの意見を表明した。また、大審院（裁判所）は、本改正案の如く絶大な権限を検事に認めるのは世界無類であること、被害者の告訴権の効力の減殺甚だしいこと、訴追権の行使不行使の当否に關し政治上の責任問題を喚起すること、のみならず刑罰権の運用に對する人心の信服を害する虞があることなどの理由を挙げてその明文化に異議を唱えた。また、弁護士会（神戸）も、訴追必要の有無を独り検事の判断に委ねるとするならば、国家の刑罰権は検事の左右する所となり、生殺与奪の権は全く掌中に歸するという不合理が生ずること、したがって犯罪があれば必ず起訴して裁判所が科刑上執行猶予の手段によりあるいは免訴の規定を設けることがよいなどとして改正案に反対していた。そして学者側からも、法定主義を採った上で予審を経た重大事件では裁判所が起訴不起訴を決する主義とするとか、法文で絶対に起訴すべき犯罪と起訴不起訴の判断を検事の任意とする犯罪とに区分すべきとか、あるいは現行法の準起訴手續によるべきとの案などが提言されていた。こうして、結局大正一〇年の準備草案が基になって帝国議會で成案（第二七九条「犯人ノ性格、年齢及境遇並犯罪ノ情状及犯罪後ノ情況ニ因リ訴追ヲ必要トセサルトキハ公訴ヲ提起セサルコトヲ得」）として成立したという明文化の経緯も確認しておくべきであろう。¹³ この起訴便宜主義の明文化直前には、大隈重信内閣の大浦兼武農商務大臣が法案成立のために代議士を買収した事件の処理を巡って、檢察が司法大臣の指揮指導によつてその起訴を断念したことから、大方の批判を受けたという時代背景もあつたことである。¹⁴ したがって、この起訴便宜主義

を敢えて明文化すれば、檢察がその処分の責任を一身に背負うこととなるとの懸念が大審院の検事局にあり、また裁判所の反対意見の含意でもあったと解され、しかしそれでも当時の明文化の提案理由にもあったが、この起訴便宜主義は慣行化して定着しており、明治後期以降の長い実務の積み重ねで基準も固まって妥当な運用がなされていたものである。

このように、我が国の公訴権行使の歴史は、起訴便宜主義を長年にわたって適切に行使してきたものであった。

(4) 戦後の刑事法制とその運用概観

ア 予審制度廃止後の改正現行刑事訴訟法の骨子

予審制度はフランスでは紆余曲折を経ながらもなお現代に生きているが、我が国では昭和二〇年（一九四五年）八月の終戦から僅か三年後には、旧刑事訴訟法（大正刑事訴訟法）を廃止しないまま、その全面改正法（現行刑事訴訟法）を制定する過程で廃止された。

昭和二二年五月には改正刑事訴訟法の施行までの間の繋ぎ法として、刑事訴訟法（日本国憲法の施行に伴う刑事訴訟法の応急的措置に関する法律。法七六号―憲法第三一条から第四〇条までの刑事手続に関する規定に対応する時限立法）が制定され、現行の刑事訴訟法は、昭和二三年法一三一号により公布され、翌年一月一日施行されるに至った。同法の骨格は、「大陸法系の法制を継受する旧法に、英米法の重要な理念を接ぎ木したもの」と一般的に評されるものであった。その顕著な点として、①公判における当事者主義の強化、②令状主義（捜査機関の強制処分に対する裁判官の令状審査）、③勾留に対する理由開示の規定、④証拠法の厳格化（伝聞法則、自白法則・補強法則等）、⑤上訴制度の改革、⑥略式手続の制限、⑦私訴の廃止、などである。また、刑事訴訟法で既に予審制度や不利益再審制度（旧法の再審制度は、被告人に利

益な再審ばかりでなく、不利益な再審も認める制度であった。）が廃止されて、これが新刑訴法で制定された。なお、陪審制度は大正一二年に制定され（一九二三年法五〇号の陪審法）、五年間の周知期間を経て一五年間施行されたが、戦時中から停止されている（昭和一八年―一九四三年法八八号。陪審法ノ停止ニ関スル法律）。他方、同制度とは別に裁判員制度（平成一六年―二〇〇四年法六三号。裁判員の参加する刑事裁判に関する法律）が、平成二二年五月から実施されている。英米法の証拠法等は陪審制度を前提としていているところ、我が国も裁判員制度が導入されたことにより、アメリカ法の当事者主義等の実現がより実際的になったと言えるよう。

イ 現行刑事訴訟法へと改正されるまでには、GHQとの間で厳しいせめぎ合いもあった。

戦後の刑訴法の改正過程を見ると、GHQ担当部の「刑事訴訟法手続の改正について」のステイトメントでは、「人民を警察官、検察官及び裁判官の恣意的な行為から護り、又人民に法と迅速な司法の運営との保護を与える」という東洋文明の後進性の観念を背景とする指示であった。ここで意外な歴史的事実として、我が国の準備した刑訴法改正第九次案の交互尋問制度（第二六七条案）と有罪答弁制度（第二六一条・第二六二条案）がGHQ側から拒否されていたということであった。前者は、我が国が当事者主義を主張し、GHQ側が職権主義を主張したこととなるが、それは当時すでにGHQ側自身がアメリカ的当事者主義への不信を抱いていて、日本への移植に危惧感を持ったからの見方がある（交互尋問は、現行法第三〇四条一項でGHQ側の指示に従った規定として、三項でその例外変更を許す規定とした上、その後規則第一九九条の二以下の追加で交互尋問を原則として実質的に当事者主義化した経緯がある。）、また、有罪答弁制度については、日本案の第二六一条では「検察官は、まず、被告事件の要旨を陳述しなければならない。裁判長は前項の陳述が終った後、被告人に対し、その事件についての答弁を求めなければならない」、第二六二条では「被

告人が有罪の答弁をした場合において、裁判所は、その答弁が被告事件を理解した上自由な意見に基いてされたものと認め、且つ他の資料をも考察してその答弁が真実に合するものと認めるときは、被告事件について犯罪の証明があった旨の決定をすることができる。但し、死刑にあたる事件についてはこの限りでない——第一項。(第二項の記載省略)と英米法で定着していたアレイメント制度の導入であったが、被告人の人権保障を理由にGHQ側からその採用を拒否され、別に訴因制度を提示されてこれが導入されるに至った経緯があった。結局、日本側が職権主義的な大陸法の伝統を盾に拒否したわけではなかったことや、当事者主義化も「英米法の当事者主義化」ではないとの見方もある。¹⁵⁾

このような法改正の攻防の中、GHQ側は、我が国に対し公判前手続に関してのアメリカ流の提案もしており、その中には予備審問も含まれていた。その内容は、被逮捕者はこれを釈放しない限り、逮捕時から二四時間以内に判事又は予審判事の面前に連れて行き、その場で検察官は公訴を行い、判事又は予審判事は、被告人に公訴事実、及び弁護人選任権を告げた上、逮捕の適法性と被告人が有罪判決を受けることがプロバブル(蓋然性)であるとするに十分な理由があるかを吟味し、この点が確認されれば検察官の請求により裁判官は公判に付し被告人を勾留するとするものであった。この予備審問は、とくに警察官が捜査、公訴を行うような行政型公判前手続においての「司法的チェック」ないし「司法的フィルター」であり、証拠を保全し証人を国家の支配の中に保っておく機能を有するが、糾問的証拠収集から警察の発達によって治安判事と警察とが分化した経過を辿る制度とされ、採用している英米では必ずしも評判がよくないとされていた。この予備審問の導入は、起訴ないし公判に対する嫌疑の程度の基本的考え方を巡って綱引きがあり、我が国では予審制度を採っていても、その実質は「検事が十分な捜査を遂げて実体的真実を解明し、

有罪の確信を得た上で起訴する」との手続を重ねていたことから、この予備審問制度の導入には至らなかった。こうして我が国の刑事手続は、検察官の起訴便宜主義を旧刑訴法から既に採用し、かつ戦後になって予審制度も廃止したことで、大陸法からやや遠ざかり、戦後の刑訴法の改正時に交互尋問や有罪答弁の制度を目指してGHQから拒否される一方で、訴因制度の提言は受け入れつつ予備審問は拒否することで英米法からも一定の距離を置いた。¹⁶

ウ 戦後の改正（現行）刑事訴訟法における予審制度の廃止と検察官

（ア）予審制度の廃止に伴う予備審問案

ここで、予審制度の内容を整理すれば、同制度は検事が当時から実際は強制処分を自由に活用して糺問的捜査手続を主宰していたこと、したがって、予審が捜査の代替的機能を果たし、検事が予審調書を通じて予審後の公判をも事実上間接的に支配していたという「検事（検察官）司法」の実体にあったと位置づける訴訟構造観がある。そして、形式的真実主義を基調とするアメリカ法の当事者主義の導入になる現行刑訴法の誕生は、それまでの職権主義の旧刑訴法から、鮮やかな純正の弾劾主義訴訟構造へとの変革を目指したものであったと評することとなる。青柳文雄教授も、旧刑訴法の下における予審が被告人を公判に付する嫌疑があるかどうかを迅速に決定する制度として制定されながら、その運用において、「検察官の手足として証拠を集取するようなことに帰着し、そのために迅速な訴訟の要請に矛盾し、また公判中心主義が軽視されることになった」と分析された。その原因としては、①旧刑訴法発足当時の自由主義思潮が昭和の初頭から急速に国家主義思潮へと転換し、それが本来刑罰を以て臨むべきでない思想統制にまで及んだこと、②裁判官が司法大臣の監督下にあり、また検察官による控制の手段も認められていたこと、③訴訟の遅延、長期間にわたる勾留、公判における口頭弁論主義の軽視の傾向等、予審制度に内在する欠陥も軽視すること

ができなかったことなどを指摘された。そして、刑訴応急措置法で予審制度が廃止された後、GHQ側から一種のプリ・トリアル制度―予備審問（裁判官に対して、勾留中の被告人の事件を公判に付する嫌疑があるかどうかの決定を求める権利を与える。）制度が示唆されたが、裁判所側が旧予審制度の記憶が新しい際にそれと同じ運用になる虞れがあると¹⁷して反対したため、この案が撤回されたとの歴史的経緯も明らかにされている。

（イ）予審判事の役割の検察官への移行論

こうして、予審制度が廃止された後は、一見するとその役割が「検察官」（現行刑訴法から従来の検事のほか副検事制度が創設され、両者を「検察官」と称する。）へ移行したようにも評される。例えば、検察官調書は証拠能力の点で予審判事の作成する予審調書の代替になる制度（刑訴法三二一条一項二号書面）も挙げられよう。

しかし、新しい組織は、従来の判事と検事が同じ司法官として司法省に属していたのが両者分離され、「裁判所」は最高裁判所を頂点にしてその司法権の独立が名実ともに実現した。また、検事はそのまま司法省所属で新しくその特別の機関として裁判所組織に対応する独立性の強い最高検察庁を頂点とする「検察庁」組織を創設した（検察庁法―昭和三年四月一六日法六一号で公布し、日本国憲法施行の同年五月三日から合わせて施行）。ただ、検察官については当初GHQから任期制や公選制の導入が提案されたが、余りに我が国の歴史と国民性にそぐわないことから、代わりに検察官の活動を制御する制度として検察審査会法が制定された。そして、検事の補助役にとどまっていた警察官吏は、第一次捜査機関としていわばこれも独立した（警察のほか各内務行政を管轄していた巨大中央官庁の内務省は解体されて、その所管事務に従って各省に分かれた。）。この警察組織は、その固有の行政警察事務を所管し、司法警察事務も兼ねるところの組織としたが、一時は地方分権を重視するアメリカに倣い自治体警察と国家警察の併存警察組織とされた。し

かし、その実施後これが我が国の土壤には馴染まず弊害が多かったことから、昭和二九年法一六二号制定の警察法により、各都道府県公安委員会管理下の都道府県単位の各警察本部と、これを指揮・監督する国家公安委員会管理下の「警察庁」を頂点とする全国組織としてリニューアルした。

検察官は、第一次捜査機関の警察等とともに第二次捜査機関として捜査権限を有し（法第一九一条第一項）、逮捕された被疑者の勾留請求権を有し（法第二〇四条、第二〇五条、第二〇八条等）、公訴権を原則独占して起訴裁量権を有することから（これを従来から「起訴便宜主義」という―法第二四七条、第二四八条等）、捜査の主宰者として重要な権限を有する。その捜査権限の行使は、任意捜査が原則であり、強制捜査は「強制処分法定主義」に従い、具体的には「令状主義」による（憲法第二一・第三三条・第三五条、法第一九七条一項、第一九九条・第二二八条等）。戦前の大正刑法では、強制捜査権限は現行犯等要急事件を除き予審判事が有していた。検事が強制処分を必要とする場合は、予審判事に請求して予審判事がこれを実施するものであったことは先に見たとおりである。予審判事が捜査を主宰するのは、糾問的手続であるから、この廃止は弾劾主義・当事者主義を徹底させることであった。ただ、検察官が司法官でなくなつた以上、令状発付の権限を付与できないことから、逮捕等強制処分の種別の指定は立法機関が行い、その具体的な実施に関しては裁判官の令状審査を要するとの方式が採用された¹⁸。

3 刑事法制史から学ぶべきこと

(1) 我が国の刑事手続の変遷・発展史に学ぶべきこと

我が国の刑事法制史は律令制の導入に始まるが、この刑事手続の歴史的な変遷・発展状況を見ると、我が国で共通する各時代の法制の運用は、いずれも他国の継受法を受容しながら、当該時代の国民がこれを使いこなしてきた。例

えば、弾正台から検非違使庁制を設けて独自の法制を生み出したり、明治以降も近代化、欧化主義の文明開化思潮の中で大陸法系の制度を輸入しながら起訴法定主義は、当初国費削減の必要性から明治一八年の司法大臣訓示により微罪処分としての不検挙とし、その後は特別予防によって社会防衛を図るという新派刑法学の影響を受けて、刑事政策的処分の役割を発揮すべく、起訴便宜主義の慣行へと舵を切り、その後法改正をもつてそれを確立させたりするなど独自の受容ぶりを示してきた。そして、現行刑事訴訟法の運用においても、当事者主義などの実践において、捜査段階における詳細な供述の調書を活用するなど、いわゆる「精密司法」の手法によって、法制度を換骨奪胎して受容していることなどは、注目すべきことである。まさに「凡そ法律制度は其の成立する時代の社会的地盤をはなれて之を考へることは出来ない。一国の法律はその国民的乃至民族的精神形態とその時代的要求とを表現するものであらねばならない。特に刑法と刑事司法とは正に一国の倫理的・政治的要求の具現である」(小野清一郎博士)¹⁹と言える。

こうして、これまで先達が見出した刑事手続の歴史から学び得るのは、それが時代を重ねて徐々に洗練され各国の当時代の国民性の違いの中で揉まれ、一部独自性を発揮しながら融合し根づいていくという歴史的過程の事実である。事件の真相解明に急なあまりの拷問が横行し、冤罪も生まれるべくして生まれるような「目的のためには手段を選ばず」というような荒っぽい時代も続いた。しかし、世界では文明・文化の発展と民主化から、やがてこのような前時代的な手続の様相は、革命を経るなどして当時代の国民の願望を結集し、人権尊重と適正手続が重視される時代へと入って行くという息の長い歴史の流れでもあった。

(2) 刑事法制的歴史の分析―その連続性と非連続性

ア 現行法の旧法との連続性と非連続性

松尾浩也教授は、旧刑訴法は①裁判手続の二元性公判手続のほか略式手続も単独法で制定（大正二年制定の刑事略式手続法）して、裁判所の負担軽減を図っていたこと、②捜査の司法化とその後退―予審制度は、「多分に捜査の代行であったから、その意味で捜査は『司法化』されていた」こと、しかし、現行犯や要急事件の強制処分権が検察官に認められ、「予審判事の権限が實際上縮小される方向にあった」こと、③捜査の優越的地位―捜査段階では被疑者は取調べの対象という色彩が強く、その身柄拘束を行政法規（行政執行法による検束、違警罪即決例による拘留）の濫用で運用するなど捜査の優位性が顕著であったこと、④公訴提起の裁量制―起訴便宜主義が慣行から明文化となり、「ドイツ刑事訴訟法に対する意識的な造反という意味（その証人の捜査段階での供述調書は刑訴法三二六条の同意書面となっている。）でも、注目すべき発展であった」こと、⑤公判手続の職権主義と書面の許容―公判手続は、ドイツ法と同じく職権主義、書面審理が緩やかである点で間接審理的であり、直接審理主義の採否は結局実現しなかったことなどを挙げる。そして、現行法への過程では、司法制度改善策として（i）訴訟の迅速化、（ii）人権蹂躪の根絶の二点に集約しつつ、更にその達成方策として、（iii）予審の廃止及び検察権強化、（iv）裁判所と検事局との分離及び裁判所の独立性の強化、（v）司法警察と行政警察の分離及び前者の検察直属化の改革案があったことを指摘する。こうして、予審の廃止や公判準備の拡充強化、検事及び司法警察官に広汎な強制捜査権限を認めたことや令状主義、起訴状一本主義及び訴因制度の採用など大きな改革の歴史を整理しながら、そこには新旧の「法の連続と非連続性」があり、その範型となるアメリカの制度とは「似ても似つかぬ」ものとなっている、とされる。²⁰⁾

また、田宮裕博士は、明治維新後の刑事法制は大陸法系の継受になる法制が続いたが、治罪法、そして同法のいわば第一次的改正になる、いわゆる明治刑訴法（旧々刑訴法）を経て、いわば第二次的改正になるいわゆる大正刑訴法（旧刑訴法）からはドイツ法を継受して新旧法の「連続」と「不連続」の改正の連続の歴史であったことを指摘される。そしてそれが、戦後のアメリカ法の基本的理念を従来の旧刑訴法の原型に接ぎ木をする法制になる現行刑訴法へと変遷する過程を概観して、その戦後の現行刑訴法も「改正法」の形をとるが、それは既に西欧法の思想・法原理がそれなりに定着していたことからできたものと評されるのである。²¹そして、我が国の大陸法型に倣う明治時代からの治罪法以後の近代的刑訴法の特徴について、最大公約数的に言えば、国对被告人の二面構造による職権主義の訴訟であるとされる。それは、①裁判所と検察官の関係は、訴追者たる検察官は「当事者」（被告人と並ぶ原告）ではなく、裁判の監視役たるを本質とするので、訴追と裁判の分離は形式にとどまり、実質は未分化であったこと、②職権（審理）主義として、証拠の収集・取調べは裁判所の職権によって施行されていたこと、③被告人の地位は、被告人の人格的主体性の承認は弱く、したがって訴訟法上の権利保障も十分とはいえなかったことなどを指摘される。そして、旧法から戦後の現行法への移行は、モデル論的には、まさに大陸法型の職権主義訴訟から英米法型の当事者主義訴訟への転換を意味し、これを前記旧法の特色に対応させて見れば、前記①の裁判所と検察官の関係は、その機能が分離したこと、つまり訴因制度により、訴訟物の範囲は当事者たる検察官の決定するところとなり、他方で、起訴状一本主義の採用により、裁判所の判断者たる地位が純化したので、訴追と裁判の機能が分離され、弾劾方式が実質化した。前記②の職権主義は、それが当事者追行主義に変わったこと、すなわち、旧刑訴法では証拠調べの客体として供述が強制されるのが実体とされていた被告人訊問の廃止、伝聞法則の採用等により、当事者による証拠提出等が原則とされ

た。前記③の被告人の地位は、その人格的主体性が承認されたこと、すなわち黙秘権、弁護権をはじめ、被告人の訴訟法上の権利保障が前進したことなどとされる。²²⁾

イ 多様な歴史的分析の方法論

刑訴法の歴史的分析の方法論として、小田中聰樹教授は、刑事手続の法現象、とりわけ刑訴法は、歴史をみると国家権力の歴史的性格の変化に極めて敏感に反応ないし対応して変化し発展してきたとした上、このことは「刑事訴訟法が刑事手続における国家と市民との関係を律する法規範であり、『国家権力の端的な発現』（團藤重光）を保障する法規範であることからみて当然といつていいであろうが、問題は、このような両者の対応関係がいかに歴史的必然的に成立し発展するかを分析し把握することであり、これこそ歴史的分析の重要な課題であるといえよう。」²³⁾「この両者の対応関係は、国家権力側の『刑事手続政策』と、これに対抗して展開される『刑事手続における人権保護要求運動』、すなわち刑事手続の自由主義的改革運動とを媒介項として設定し、両者の運動面および理論面における対抗と交錯の諸様相を分析することによって、より精密に分析し把握されえよう」とされる。²³⁾

また、川崎英明教授は、戦前の刑事手続理論の流れを、次の三つに分析される。すなわち、①予審廃止論などを展開された小野清一郎博士の理論を「糺問主義的検察官司法を理論化した権力主義的刑事手続理論」と位置づけた。これに対し、②これを批判する弁護士らを「国民」法曹の担い手として、その主張を人権主義的改革論とし、これを理論的に昇華しようとする自由主義的刑事手続法理論だとする。また、③これらと一線を画して職権主義的刑事手続理論を追求したのが團藤重光博士であるとした。その上で、前記①は敗戦とともにその基盤を失い、前記②も形成に至つておらず、こうして、前記③の團藤理論が必然的に戦後の刑事訴訟法学の出発点となつたと評する。²⁴⁾

このように、刑事法制度の歴史からは多くのことを学び、立場により様々に分析評価を加え得るが、その刑事手続の分析と改革のためには、分断的でなく、連綿として続いてきた一国の制度の歴史と当時代を背景として行われてきた制度全体をシステムの・統一的に観察し、その連続性と非連続性にある実態を鋭く分析することが肝要であると言える。

そこで、次にはそのような視点から、鳥瞰図を描くように刑事司法をその「システム観」の手法を以て検討する。

(3) 刑事司法のシステムの考察の有用性⁽²⁵⁾

ア 刑事司法のシステムの把握の思考

刑事司法システム観とは、刑事手続には、司法警察職員の第一次捜査機関と捜査・公訴機関であり、裁判の一方当事者である検察官、これと対立する当事者の被疑者・被告人の弁護士、そして裁判官・裁判員、あるいは参加被害者や検察審査員ら多くの訴訟関係者らが関与する。これら関係者が適正な刑罰権の実現という共通の目的に向けて協働する関係図は、その手続の表裏・相互作用を分断することなく全体的統一体としてシステムの的に把握する。そのことが制度の本質、在り方や改善点を客観的に見極めるための効果的、かつ相当な方法と言えよう。このシステムの把握は、企業でも鉄道・航空事業等々巨大システムは多いが、安全性や定時運行等いかにそのシステム全体が役割分担し、しかもその連携を確実に遂げながら求められる目的・結果を生んでいるか、その見るべき共通課題は多い。

刑事司法におけるシステムの思考は、もともと犯罪統計も不備な状態であったアメリカにおいて、一九六七年、大統領委員会報告書が刊行されたことを契機として着眼され始めた手法と言われている。それは、刑事司法システムの全体を調査対象として、警察・裁判所それに矯正への事件の流れの全体像を把握しようとするものであった。もつ

とも、アメリカは五〇の州による連邦制を採っており、二重の統治機構になる合衆国であるから、各州には刑事司法の法文化や制度運用の違いがあつて、これをシステムの的に把握することは刑罰権実現の統一を図る上でも必然のことであつたと言えよう。²⁶ 一九六一年のアメリカ連邦最高裁判決のマップ事件（不合理な搜索押収を禁止するアメリカ連邦憲法修正第四条に違反する違法収集証拠の排除判決で、この判決が同憲法修正第一四条の適正手続条項をもつて各州事件にも適用するとした判決になる。）や、一九六六年のミランダ事件（被疑者に対する黙秘権と弁護人依頼権の十分な告知を命じる判決）等が、アメリカ連邦憲法による各州手続に対する規制というアメリカの刑事手続の構造をシステムの的に把握することにおいて大きな貢献をなし、我が国への影響も大きかったと言える。

イ 我が国の刑事司法システム観

（ア）事件統計からの分析法

刑事司法をシステムの的に捉えるという思考は、我が国では明治以降に事件統計を行うことで既にその一部は顕れていた。明治八年（一八七五年）、司法省は「刑事綜計表」（その三年後からは「刑事統計年報」と改め）を始めて、事件統計によつて犯罪情勢や刑務所の収容人員を把握し、それが軽微事件の不検挙や刑事略式手続法（大正二年―一九一三年）、あるいは検事の起訴便宜主義制度の導入に繋がり（大正二年―一九二三年旧刑法第二七九条で明文化）、戦後に至っている。ただ、これは自覚的なシステム思考ではなく、法社会学的観点からの追究も意識的にはなされていなかったと見られている。戦後の昭和二〇年（一九四五年）以降は、刑事司法改革が始まり、その後も新しい刑事訴訟法の下で刑事統計は継続し、昭和三五年（一九六〇年）にはその前年に生まれた法務省法務総合研究所から『犯罪白書』が創刊され、当時の増加・凶悪化傾向にある犯罪情勢を統計的に分析し、以後同白書の刊行は毎年特集を設けて今に続き、

システムの思考の深化に寄与している。

(イ) 『犯罪白書』における分析

そこで、刑事手続のシステムの考察の具体的推進状況として、最近の『犯罪白書』（平成二六年―二〇一四年版）によつてその内容を見るに、そこでは、犯罪統計の分析のほか、窃盗事犯者の再犯について特集がなされている。そして、犯罪の動向、犯罪者の処遇（検察、裁判の結果から矯正・更生保護の現状等）、少年非行の動向と非行少年の処遇、各種犯罪者の動向と処遇、犯罪被害者、窃盗事犯者と再犯等について、これら刑事手続を事件統計によつてシステムの思考で分析している。『犯罪白書』から刑事司法の推移を概観するに、昭和四〇年代に入ると、犯罪情勢は落ち着きながら裁判の遅延は続き、かえつて深刻化する傾向にあったことから、手続の改革として、交通事件では、昭和二八年（一九五三年）の刑訴法一部改正による在庁略式方式、翌年制定の交通事件即決裁判手続法、昭和三八年（一九六三年）の交通切符制と、これに続く昭和四二年（一九六七年）の道路交通法一部改正による交通反則通告制度等の導入へと、システム思考の結果によると目される法改正が続いた。一般事件では、規則や法改正を伴わずして、裁判所の期日指定等を核として各担い手によるシステム対応で迅速裁判が効果を示した。公安事件では、吹田事件、高田事件等裁判の長期化への対応が困難を極め、昭和五〇年代には公判開廷の暫定的な特例法案も国会に提出されたが、廃案に終わっている。しかし、その後必要的弁護事件の公安事件等で法廷闘争としての弁護人の正当の理由のない不出頭や、裁判長から退廷命令を受ける行動から審理が長時間遅延する状態の公判審理に対して、判例もこのような場合は弁護人不出頭のまま審理ができることを認め、これは平成一六年、刑事訴訟法第二八九条の二項の改正と、三項の追加がなされるところとなつて、訴訟促進の成果を上げている。²⁷⁾

これらシステマ的思考方法について、『犯罪白書』を題材にして見てきたが、松尾教授は、システマ的思考は各担い手が共通の目的に向かつての協働関係で改善を行うことが前提であって、当事者対立関係であってはでき得ないこと、真実発見の追及、人権擁護に対する姿勢でも、関与者の職業倫理で敵対することは非システマ的であることを指摘される。そして、『犯罪白書』から、刑事司法システムの現状、特にその日本の特色として明らかだと思われる点として、松尾教授は後に詳しく検討するが、まず無罪数が著しく低いことを挙げる。これは、検察官が確実な嫌疑のある被告人だけを起訴するという綿密な振るい分けをしていることを指摘する。また自白事件が多く、証人が少ないという特徴があるが、自白事件の高率は精密な捜査の反映であり、証人が少ないのは自白以外でも公判で取り調べられる証拠の比重が証拠に傾いていること、換言すれば、捜査の過程で作成された調書等が多く利用されていることを物語るものとする。そして、システム各部分の相互作用は、弁護人ら関係者が起訴を免れ得るよう活動し、検察官も一層起訴・不起訴の判断を慎重にするため捜査をますます精密にするなどの作用を指摘される。

ウ 刑事司法における各担い手の一連の人間関係と「主体性」

團藤重光博士は、「刑事訴訟法における主体性の理論」を唱道される⁽²⁸⁾。同博士は、刑法において人格責任理論を説いておられ、これを刑法法においても主体性理論として構成しようとするものであり、「人格の主体性を認めることは人間の尊厳をみとめることである。犯人でさえも人間としての尊厳をみとめられなければならないのはもちろんであるが（だからこそ真の意味での刑罰もありうるのである）、まして刑事訴訟では被告人はもともと犯人かどうかかわらない者なのであるから、ある意味では、主体性の考えが刑法以上に当て嵌まるはずである。往時の糾問手続では被疑者は手続の客体であつたのに対して、当事者訴訟では被告人は当事者として訴訟の主体であると言われるが、私が主

体性の理論において『主体』というのは、単なる法的な主体という以上に、より人格的な、いわば実存主義的な意味での主体を意味しているのであり、そのような意味での主体であることを主体性を有するというのである。・刑事手続に關与するすべての人たちが、このような意味での主体性を有するものというべきである。つまり、刑事訴訟は、一時的ながらも、それらの主体によつて形成される一連の人間關係に外ならない」とされる。また、一連の手続システムの各担い手の相互間には「間主体性」というものが働き、これを「友好的―敵対的な協力」とするカール・ポッパーの見解を引用して「刑事訴訟における主体と主体とのいわば人格的なぶつかり合いの關係を、このような『友好的―敵対的な協力』の關係として見ることはできないかと思う」とされる。

刑事手続をシステムの捉えようとするとき、それは「担い手の人間としての働きの所産である」との視点が重要であろう。

4 小 括

如上のように、我が国の刑事司法の歴史概観とその中での予審制度の導入と戦後の廃止経緯をみることで、そこに現在の檢察官の公訴權行使を控制・チェックする機能を研究する上では学ぶべきことが多い。そして、制度はセクショナリズムに分断考察するのではなく、システムを全体的に考察し、より客觀的正義とその結果を得る方途を導くものとしてのシステム觀に従う必要があることである。各機關が連続的・協働的に担う刑事司法をシステム全体として捉えるとき、近時はシステム全体の改革はかなり高いレベルで進展している様子が見られる。ただ、平成二年五月施行の裁判員制度が、その成案の当初は法曹三者必ずしも一致してその必要性を感じてはおらず、また、国民の七割もの人がその制度化に戸惑いを隠さなかったという当時代の背景事情をどう見るかである。いわば刑事司法外の要

因をもって五年間の準備期間を経て裁判員制度は施行されたが、その結果は必然的に従来の「調書裁判」から公判中心の直接集中審理による裁判員に分かり易い迅速な裁判が求められ、当事者主義、口頭・弁論主義が展開されて今日に至っている。しかし、陪審法が停止中に、同じく司法への国民参加という「在るべき論」からの大改革であるが、長いスパンでどういう効果をもたらすのか注目すべき大いなる司法制度改革の試行過程にあるものとも言えよう。ただ、他の先進諸国のように、政策・改革の実施は果敢であるが、不都合であれば随時変更することに躊躇を示さない国民性とは違って、我が国の国民性は、その実施中に不都合な部分が出てきても、法改正という手続までは容易に実施しないで、しかし実際上は徐々に当時代の現実に合わせて運用上変更していくという独特の法文化も窺われる。それは、律令の継受法にあつて検非違使庁を創設して実施したという歴史的事実からも言えるであろう。

このように、長く大陸法系に慣れ親しんできた我が国の旧刑法から戦後の新刑法への大改正の歴史も、敗戦という特殊事情下において、法系も国情・法文化も全く異なり、基本的に刑事訴訟も民事訴訟と同列ないしその延長になる法理念の下でのアメリカ法における純粋な当事者主義という概念を導入した。それも、敗戦国の我が国が占領軍のGHQ（連合国軍総司令部）の指令で時間的余裕もなく、アレイメント制度や司法取引なども外して、ピンポイント的にかつ生硬なまま導入したというのが紛れもない事実経緯である。したがって、この当事者主義における検察官の在るべき地位・役割の意義も、やはり我が国の長い刑事司法の歴史を踏まえ、その刑事司法システムの全体像の中で鳥瞰し、これを価値中立的・客観的に見定めるべきものと言えよう。してみると、アメリカ法の純粋当事者主義は、我が国では、松尾浩也教授が指摘されるように「擬似当事者主義」に変容していると捉えるのが、そのシステム観から導かれる適正な思考かと思われる。

このようなシステム観は、検察官の地位・役割を分析する際の基本的思考、座標軸として深化させていくものと思うが、その手法としては「検察官と裁判官のシステム上での役割分担」を考える歴史的視点として、予審制度の創設と廃止の歴史を見ておくことも、検察官の役割の在り方を考える上で必要なものと言える。すなわち、予審制度の廃の歴史を見る意義は、検察官の現代的役割の本質を見極めようとする視点だけでなく、近時の国民参加の裁判員制度等の導入という、大きな司法制度改革の時代の意義を見出すためのいわば伏線にしたいということでもある。

【注】

- (1) 團藤重光「新刑事訴訟法の概観」法律タイムズ（一九四八年三号）三頁、本文の（ ）内の記述は團藤『刑事訴訟法綱要（七訂版）』（創文社一九六七年）八八頁。平野龍一『法律学全集 刑事訴訟法』（有斐閣一九五八年）はしがき。
- (2) 松尾浩也・田宮裕『刑事訴訟法の基礎知識』（有斐閣一九六六年）―田宮「刑事手続におけるデュー・プロセスとはにか」一頁以下、松尾「実体的真実主義とはにか」一一頁以下参照。
- (3) 團藤・前掲『刑事訴訟法綱要（七訂版）』一頁以下。
- (4) 本事項の概要は、主として團藤・前掲（注3）書一頁以下、團藤重光「近代的司法制度の成立」『刑法の近代的展開』（弘文堂書房一九四八年）一頁以下、田宮裕「刑事訴訟法（戦前）」ジュリスト（一九六八年四〇〇号）一六六頁以下、兼子一・竹下守夫『裁判法（新版）』（有斐閣一九七九年）四九頁以下に依拠した。検非違使庁については、細川亀市『日本刑事裁判手続の法制史的研究』（日本法理研究会一九四三年）四二頁以下に詳しい。なお、小田中聰樹『刑事訴訟法の歴史的分析』（日本評論社一九七六年）二頁以下参照。
- (5) 團藤重光『刑事訴訟法綱要』（創文社一九四三年）五五六頁、なお同書（七訂版）（團藤・前掲（注3）書）四三八頁・四三九頁参照。松尾浩也『刑事訴訟法・下（新版補正第二版）』（成文堂一九九九年）三三六頁参照。川出敏裕「刑事裁判にお

ける直接主義の意義と機能」川端博先生古稀記念論文集（下巻）（成文堂二〇一四年）六八一頁以下参照。

（6） 小野清一郎「司法制度革新論」『法学評論・上』（弘文堂書房一九三六年）二六四頁以下参照。

（7） 山崎威「フランスにおける予審制度を巡る最近の議論について」判例タイムズ一二三七号（二〇〇七年）一二九頁。

（8） 佐藤欣子「戦後刑事司法における『アメリカ法継受論』の再検討（上）」警察學論集（一九七九年）三二卷一〇号三二頁以下参照。

（9） 小野・前掲書二六四頁。

（10） 予審の実情については、小野・前掲書二六七頁参照。

（11） 山崎・前掲書一二九頁以下参照。

（12） 山崎・前掲書一三〇頁以下参照。その予審・公判経過は、予審終結前に死亡した被告人一名を除く一七名の被告人に対して、加重強姦罪等により重罪院に送致決定がなされたところ、二〇〇四年七月、重罪院が一〇名に有罪、七名に無罪判決を言い渡した。そして、有罪被告人六名が控訴し、二〇〇五年十二月、パリ重罪院（控訴審）は、六名全員に無罪判決を言い渡した（結局、被告人一七名中、一三名が無罪判決で確定）。無罪被告人の未決勾留期間は、一年一カ月から三年三カ月間にわたっていた。拙稿「第二章 取調べの有罪性と任意性立証」『適正捜査と検察官の役割』（北樹出版二〇〇八年）五三頁以下参照（初出論文は二〇〇七年三月。筆者がその前年、当時欧州において留学中にウトロー事件問題がフランス司法界で議論沸騰中であつたため、その内容を当時及び帰国後も資料を取り寄せてフォローし、これを紹介した部分である。その後、前掲山崎裁判官の詳しい論文に接したが、問題の基本的捉え方は筆者と同じと言える。）。

（13） 三井誠「検察官の起訴猶予裁量（二）」法学協会雑誌九一卷（一九七四年）七号五三頁以下。なお、小貫芳信「起訴裁量権の獲得」研修七四九号（二〇一〇年）三七頁以下参照。

（14） 大浦事件とは、大隈重信内閣が大正三年の帝国議会で提出した陸軍二個師団増設法案と海軍軍艦建造法案に反対する政友党の切り崩しを図るため、大浦兼武農商務大臣が林田衆院書記官長を介して代議士一〇名に贈賄したという議員買収事件。大浦が一切の公職を辞し反省の意を表したとして、司法大臣が検察に対し慣行の「起訴猶予」処分にするよう指揮指導し、検察

もこれに従って収賄者側らは起訴しながら贈賄側の大浦を起訴猶予という偏頗な処分が批判された（我妻栄・団藤重光ら編『日本政治裁判史録〔大正〕』（第一法規一九六九年）一〇六頁以下〔田宮裕〕参照。三井誠ほか編『刑事法辞典』（信山社二〇〇三年）三九頁・四〇頁〔吉村弘〕参照。

(15) 佐藤欣子・前掲二四頁以下参照。松尾浩也「刑事訴訟法を学ぶ〔第六回〕」法学教室（一九八一年一二号）四六頁参照。

(16) 佐藤欣子「戦後刑事司法における『アメリカ法継受論』の再検討（下）」警察學論集（一九七九年）三二卷一五〇頁以下参照。

(17) 青柳文雄「新しい予審制度の検討」ジュリスト（一九六〇年一九九号）五二頁・五三頁。

(18) 小野・前掲書二六八頁。

(19) 小野・前掲書二六四頁。なお、田宮裕『刑事手続とその運用』（有斐閣一九九〇年）六頁参照。

(20) 松尾浩也「刑事訴訟法史のなかの現行法（一九八〇年）」『刑事法学の地平』（有斐閣二〇〇六年）二二〇頁以下。なお、初出は別冊判例タイムズ（一九八〇年）七号。

(21) 田宮裕「刑事訴訟法の展開」ジュリスト（一九八九年）九三〇号三・二五―六〇頁参照。

(22) 田宮裕「刑事訴訟におけるモデル論」内藤謙先生古稀祝賀『刑事法学の現代的状況』（有斐閣一九九四年）三五七頁・三五九頁。

(23) 小田中聰樹『刑事訴訟法の歴史的分析』（日本評論社一九七六年）二頁。

(24) 川崎英明「刑事手続法理論史研究の発展」法律時報六七卷一号（一九九五年）二七頁以下。なお、同号曾根威彦ほか「〔座談会〕現代法理論史研究の現代的課題―IV刑事手続法理論史研究の展開」五二頁以下の「川崎英明発言」も参照。

(25) 刑事司法システムについては、松尾浩也「刑事手続とシステム思考」『刑事訴訟の理論』（有斐閣二〇一二年）一四三頁以下、同『刑事訴訟法・下〔新版補正第三版〕』（弘文堂一九九九年）三五五頁以下に主として依拠した。なお、巨大システムの管理運営等について、水戸祐子『定刻発車―日本の鉄道はなぜ世界で最も正確なのか？―』（新潮社二〇〇五年）一九五頁以下参照。

(26) 平野龍一「刑事司法のシステムの研究」判例タイムズ（一九八〇年）四〇〇号三三頁参照。

(27) 平成二六年版『犯罪白書』九二頁。同白書から平成二五年の犯罪の認知・検挙・処理・裁判状況等を概観して見ると、警察等から検察官への送致の新規受理人員は、一三三万二、九一八人である（刑訴法二四六条ただし書きによる微罪処分は、一般刑法犯で七万六、一五一人―全検挙人員に占める比率は二九・〇パーセント）。検察官の終局処理人員は一三四万八九七人であるが、その内、公判請求人員九万四八六人、略式請求人員三二万四、九三〇人、不起訴人員八二万九、〇九三人（内、起訴猶予七五万八、一六四人）、家庭裁判所送致一〇万六、三八八人。各処分の比率は、公判請求が六・七パーセント、略式命令請求が二・三・五パーセント、起訴猶予が五・六・五パーセント、その他の不起訴が五・三パーセント、家庭裁判所送致が七・九パーセント。全事件の起訴率は三二・八パーセント。

その他、裁判所の裁判確定人員は、有罪三六万四、八二四人、通常第一審における終局処理人員五万九三一人中、無罪は五四八人であるが、同年（平成二五年）の無罪確定者は一二二人で裁判確定人員総数の〇・〇三パーセントになる。起訴率・無罪率とも例年とほぼ同じ割合で推移している。なお、犯罪の検挙率は、五二・〇パーセント（ただし、一般刑法犯では三〇・〇パーセント―前年比一・二pt減少）である。

(28) 團藤重光「刑事訴訟法における主体性の理論」ジュリスト（一九八八年九〇五号）四四頁。

住民訴訟と議会による権利放棄議決

西 原 雄 二

- 一 はじめに
- 二 平成二四年最高裁判決
- 三 権利放棄議決の手続的要件
- 四 権利放棄議決の実体的要件
 - 1 権利放棄議決の適法性
 - 2 権利放棄議決の適法性に関する判断枠組みの問題点
- 五 立法的対応の動向とその疑問
- 六 結 語

一 はじめに

近年、地方自治法二四二条の二第一項四号の規定する住民訴訟（四号請求訴訟）をめぐる重要な問題の一つとして、住民訴訟と地方議会による権利放棄との関係の問題が挙げられる。同法九六条一項一〇号は、「権利を放棄する」には議会の議決が必要である旨を規定している。住民訴訟（四号請求訴訟）において、地方公共団体の行った公金支出が違法な財務会計行為であったとして、地方公共団体の長に対する損害賠償責任が認められた場合に、地方議会が、同法九六条一項一〇号により、長に対する損害賠償請求権等を放棄する旨の議決をすることがあり、その場合の適法性・有効性が問題となる。この点、住民訴訟が量的・質的に拡大し、その結果、首長に対して数億円を超える高額な賠償責任が裁判で認容される事例が生じる中、議会による権利（債権）放棄がなされることは、一般に、住民訴訟を骨抜きにする暴挙であるという批判がなされる一方で、行財政のあり方に関連して数億円にも及ぶ個人責任を追及する住民訴訟のあり方に疑問が生じるなどの指摘もなされている^①。

住民訴訟の対象となっている損害賠償請求権・不当利得返還請求権等について議会の議決によって権利の放棄をすることに^②関して、下級審判決や学説においても、その是非についての判断が分かれている。住民の代表たる議会での判断は最大限に尊重されるべきであり、権利放棄議決は原則として適法・有効とする立場がある一方で、住民訴訟の意義や趣旨を損なうような権利放棄議決は原則として違法・無効とする立場がある。

このような問題に対し、平成二四年四月に最高裁判所は初めてその立場を表明し、地方議会による権利放棄議決の適法性に関する一般的な判断枠組み（基準）を提示した。平成二四年四月二〇日に、神戸市が外郭団体に対する派遣

職員人件費を補助金で支給したことについて「公益法人等への一般職の地方公務員の派遣等に関する法律」（以下、「派遣法」という。）に違反するか否かをめぐって争われた神戸市債権放棄事件判決^③（以下、「神戸市事件最判」という。）、非常勤職員に給与条例に基づかず内部規定の要綱によって退職慰労金を支給したことについてその適法性が争われた大阪府大東市債権放棄事件判決^④（以下、「大東市事件最判」という。）、同年四月二三日に浄水場設置につき高額な土地購入代金が論点として争われた栃木県さくら市（旧氏家町）債権放棄事件判決^⑤（以下、「さくら市事件最判」という。）である。これらの一連の最高裁判決（以下、これらの判決をあわせて「平成二四年最判」という。）において、議会による権利放棄議決の適法性に関する共通の判断枠組みが示され、最高裁はこの問題について一定の決着を付けたものとされる^⑦。

主な争点としては、第一に、地方議会が住民訴訟に係る損害賠償請求権等を放棄した場合、権利放棄議決のほかに地方公共団体の執行機関の意思表示が必要かどうか。権利放棄議決ではなく条例形式で放棄する場合はどうなのか（「権利放棄議決の手続的要件」^⑧）。第二に、議会による権利放棄議決は有効かどうか。どのような場合に制限されるのか（「権利放棄議決の実体的要件」^⑧）の二つが挙げられる^⑨。

本稿は、平成二四年最判の全体を通じて、前記二つの争点に関する最高裁の法理を検討しようとするものである。以下では、住民訴訟と地方議会による権利放棄の問題について、権利放棄議決の手続的要件、その適法性に係る実体的要件（司法判断の枠組み）の問題点、立法的対応の動向について、判例や学説等を中心に考察してみたい。

（１）このような地方議会による権利放棄は、かねてより四号請求訴訟が、しばしば莫大な金額に上る個人責任を負わせしめ、その結果、職務遂行への萎縮効果をはじめとする深刻な被害を生じさせていたことに対する窮余の策として取られてきた経緯

がある（曾和俊文「住民訴訟制度改革論」法と政治五一巻二号二〇六頁以下、小谷真理「判例解説」判例地方自治三七八号二四頁参照）。

（2） 裁判例においては、地方議会による権利放棄議決の効力を認めるものとそれを否定するものがあり、高裁レベルにおける判断も分かれていた。

（3） 最判平成二四年四月二〇日民集六六巻六号二一七頁。

（4） 最判平成二四年四月二〇日判例時報二一六八号四五頁。

（5） 最判平成二四年四月二三日民集六六巻六号四二三頁。

（6） 事案で整理すると、①神戸市事件（外郭団体派遣職員への人件費違法支出損害賠償等請求事件等）の四件、②大東市事件（非常勤職員への退職慰労金違法支出損害賠償等請求事件）の一件、③さくら市事件（浄水場用地高額取得費違法支出損害賠償請求事件）の一件である。

（7） 平成二四年四月に判示された一連の最高裁判決については、飯島淳子「議会の議決権限からみた地方自治の現状」論究ジュリスト三号一二八頁以下、兼子仁「住民訴訟請求権の放棄議決をめぐる法制問題」自治総研四〇六号四八頁以下、友岡史仁「最新判例演習室」法学セミナー六九〇号一四一頁、吉村浩一郎「租税判例速報」ジュリスト一四四四号八頁以下、長内祐樹「行政判例研究」早稲田法学八八巻一号一四七頁以下、寺田友子「判例研究」桃山法学二〇・二一号五一五頁以下、木村琢磨「住民訴訟四号請求が提起された場合における権利放棄議決の可否」法学教室三八八号四一頁以下、斎藤誠「判例解説」法学教室三九〇号別冊付録・判例セレクト二〇二二（Ⅱ）一一頁、岡田正則「判例解説」『地方自治判例百選（第四版）』別冊ジュリスト二一五号一八八頁以下、阿部泰隆「権利放棄議決有効最高裁判決の検証と敗訴弁護士の弁明（一）」（三・完）自治研究八九巻四号三頁以下、自治研究八九巻五号三頁以下及び自治研究八九巻六号三頁以下、小川正「住民訴訟判決と地方議会の放棄議決（上）（下）」自治総研四一三号七三頁以下及び自治総研四一四号三九頁以下、村中洋介「判例研究」近畿大学法学六〇巻三・四号一〇九頁以下、木村琢磨「判例解説」『平成二四年度重要判例解説』ジュリスト臨時増刊一四五三号五五頁以下、曾和俊文「住民訴訟と債権放棄議決」民商法雑誌一四七巻四・五号一頁以下、宇都宮純一「判例研究」金沢法学五五

卷二号二四五頁以下、西田幸介「判例解説」『新・判例解説Watch（平成二五年四月）』法学セミナー増刊速報判例解説一、二五三頁以下、橋本博之「最新判例批評」判例評論六五四号七頁以下、山本寛英「公法判例研究」北大法学論集六四卷四号五一頁以下、櫻井敬子「これまでの地方分権改革について」自治総研四二三号五五頁以下、比山節男「判例解説」判例地方自治三七八号一六頁以下、小谷真理「判例解説」判例地方自治三七八号二二頁以下、大田直史「住民訴訟四号請求の諸問題」『現代行政法講座Ⅳ 自治体争訟・情報公開争訟』（日本評論社、平成二六年）八三頁以下、東原良樹「判例研究」岡山大学法学会雑誌六三卷三号四〇七頁以下、櫻井敬子「行政法講座（六九）住民訴訟の現在」自治実務セミナー五三卷二号八頁以下、甲斐素直「財政法判例研究」会計と監査六五卷一号四四頁以下、谷口誠「判例解説」行政判例研究会編『平成二四年行政関係判例解説』（ぎょうせい、平成二六年）三〇頁以下、阿部泰隆「権利放棄議決有効最高裁判決」日本弁護士連合会行政訴訟センター編『実例解説行政関係事件訴訟（三）』（青林書院、平成二六年）一二七頁以下、奥島直道「民信無くば立たず」日弁連行政訴訟センター編・前掲書一六五頁以下、飯島淳子「判例紹介」民商法雑誌一五〇卷三号一〇八頁以下、上村考由「判例解説」法曹時報六七卷八号一三五頁以下、同「判例解説」法曹時報六七卷八号一七一頁以下参照。

（８）この争点に関しては、注（７）に挙げた文献のほかにも、大橋真由美「行政判例研究」自治研究七九卷三号一二四頁以下、蟬川千代「住民訴訟制度と地方議会の権限（上）（下）」自治研究八二卷五号一三五頁以下及び自治研究八二卷七号一二七頁以下、清水幸雄・北原靖和「判例研究」清和法学研究一三卷一号八一頁以下、阿部泰隆「地方議会による賠償請求権の放棄の効力」判例時報一九五五号三頁以下、白藤博行「議会による損害賠償請求権の放棄と住民訴訟」法学セミナー六二七号六頁以下、高田倫子「判例研究」阪大法学五八卷一号二一一頁以下、阿部泰隆「地方議会による地方公共団体の賠償請求権の放棄は首長のウルトラＣか（上）（下）」自治研究八五卷八号三頁以下及び自治研究八五卷九号三頁以下、津田和之「住民訴訟と議会による債権放棄」自治研究八五卷九号九一頁以下、阿部泰隆「地方議会による地方公共団体の権利放棄議決再論」自治研究八五卷一一号三頁以下、阿部泰隆「地方議会による地方公共団体の権利放棄議決に関するその後の判例等」自治研究八六卷三号二二三頁以下、木村琢磨「財政法の基礎理論の覚書き」自治研究八六卷五号五四頁以下、田村達久「住民訴訟の展開」法律時報八二卷八号三八頁以下、伴義聖・山口雅樹「はんれい最前線」判例地方自治三三四号四頁以下、窪田之喜「住民訴訟と議会による

- 債権放棄決議」法学セミナー六七三三四頁以下、比山節男「判例解説」判例地方自治三三九号二五頁以下、阿部泰隆・白藤博行『住民訴訟と議会と首長』（地域科学研究会、平成二三年）一頁以下、阿部泰隆「地方議会による地方公共団体の権利放棄決議に関するその後の判例補遺」自治研究八七巻四号三頁以下、石崎誠也「判例解説」『平成二二年度重要判例解説』ジュリスト臨時増刊一四二〇号六九頁以下、山田隆司「住民訴訟と請求権放棄」法学セミナー六八三三四八頁以下、廣田達人「財政法判例研究」会計と監査六三巻九号四二頁以下、斎藤誠「現代地方自治の法的基層」（有斐閣、平成二四年）四六八頁以下、朝田とも子「最新判例演習室」法学セミナー七一号一三三頁、戸部真澄「判例解説」『新・判例解説 Watch』（平成二六年四月）『法学セミナー増刊速報判例解説一四号六一頁以下、久末弥生「判例解説」判例地方自治三七八号二七頁以下、田中健司「判例解説」行政判例研究会編『平成二五年行政関係判例解説』（ぎょうせい、平成二七年）五四頁以下参照。
- （9）小川正「住民訴訟判決と地方議会の放棄決議（上）」自治総研四一三三七五頁参照。

二 平成二四年最高裁判決

最高裁は、平成二四年四月二〇日、外郭団体に対する派遣職員人件費に充てるための補助金の支出をめぐる一連の神戸市事件^①及び非常勤職員への退職慰労金支給をめぐる大東市事件^②に関して、さらに、その三日後、浄水場用地の購入をめぐるさくら市事件^③に関して判断を下した。最高裁は、いずれの事件の判決（平成二四年最判）においても、地方議会による権利放棄の問題について、次のような同一の判断枠組みを判示した。

「地方自治法九六条一項一〇号が普通地方公共団体の議会の議決事項として権利の放棄を規定している趣旨は、その議会による慎重な審議を経ることにより執行機関による専断を排除することにあるものと解されるところ、普通地方公共団体による債権の放棄は、条例による場合を除いては、同法一四九条六号所定の財産の処分としてその長の担

任事務に含まれるとともに、債権者の一方的な行為のみによって債務を消滅させるという点において債務の免除の法的性質を有するものと解されるから、その議会が債権の放棄の議決をしただけでは放棄の効力は生ぜず、その効力が生ずるには、その長による執行行為としての放棄の意思表示を要するものというべきである。他方、本件改正条例のように、条例による債権の放棄の場合には、条例という法規範それ自体によって債権の処分が決定され、その消滅という効果が生ずるものであるから、その長による公布を経た当該条例の施行により放棄の効力が生ずるものというべきであり、その長による別途の意思表示を要しないものと解される。」

「地方自治法九六条一項一〇号は、普通地方公共団体の議会の議決事項として、『法律若しくはこれに基づく政令又は条例に特別の定めがある場合を除くほか、権利を放棄すること』を定め、この『特別の定め』の例としては、普通地方公共団体の長はその債権に係る債務者が無資力又はこれに近い状態等にあるときはその議会の議決を経ることなくその債権の放棄としての債務の免除をすることができる旨の同法二四〇条三項、地方自治法施行令一七一条の七の規定等がある。他方、普通地方公共団体の議会の議決を経た上でその長が債権の放棄をする場合におけるその放棄の実体的要件については、同法その他の法令においてこれを制限する規定は存しない。したがって、地方自治法においては、普通地方公共団体がその債権の放棄をするに当たって、その議会の議決及び長の執行行為（条例による場合は、その公布）という手続的要件を満たしている限り、その適否の実体的判断については、住民による直接の選挙を通じて選出された議員により構成される普通地方公共団体の議決機関である議会の裁量権に基本的に委ねられているものというべきである。もつとも、同法において、普通地方公共団体の執行機関又は職員による公金の支出等の財務会計行為又は怠る事実に係る違法事由の有無及びその是正の安否等につき住民の関与する裁判手続による審査等を目的と

して住民訴訟制度が設けられているところ、住民訴訟の対象とされている損害賠償請求権又は不当利得返還請求権を放棄する旨の議決がされた場合についてみると、このような請求権が認められる場合は様々であり、個々の事案ごとに、当該請求権の発生原因である財務会計行為等の性質、内容、原因、経緯及び影響、当該議決の趣旨及び経緯、当該請求権の放棄又は行使の影響、住民訴訟の係属の有無及び経緯、事後の状況その他の諸般の事情を総合考慮して、これを放棄することが普通地方公共団体の民主的かつ実効的な行政運営の確保を旨とする同法の趣旨等に照らして不合理であつて上記の裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たると認められるときは、その議決は違法となり、当該放棄は無効となるものと解するのが相当である。そして、当該公金の支出等の財務会計行為等の性質、内容等については、その違法事由の性格や当該職員又は当該支出等を受けた者の帰責性等が考慮の対象とされるべきものと解される。」

平成二四年最判は、まず、地方議会による権利放棄議決の手続的要件を明らかにし、権利放棄議決の実体的要件として、基本的に議会の裁量権を肯定したうえで、その逸脱・濫用を審査する際の一般的判断枠組みを提示している。平成二四年最判で示された判断枠組みは、原則として権利放棄議決は地方議会の広範な裁量に委ねられるとしつつも、その裁量審査における考慮要素を提示し、例外的に違法な議決となり得ることを承認するというものである。

そのうえで、神戸市事件最判は、一般的判断枠組みへの具体的な当てはめを行った結果、「諸般の事情を総合考慮すれば、市が本件各団体に対する上記不当利得返還請求権を放棄することが普通地方公共団体の民主的かつ実効的な行政運営の確保を旨とする地方自治法の趣旨等に照らして不合理であるとは認め難いというべきであり、その放棄を内容とする本件附則に係る市議会の議決がその裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たるとはいえず、その議決は適

法であると解するのが相当である。そして、上記不当利得返還請求権の放棄を内容とする本件附則を含む本件改正条例については、市議会による上記議決及び市長による公布を経て施行されているのであるから、本件附則に係る権利の放棄は有効であつて、本件附則の施行により当該請求権は消滅したものである」と述べて、本件権利放棄を有効とする結論を下した。⁽⁴⁾

一方、大東市事件最判及びさくら市事件最判においては、最高裁は、権利放棄議決の有効性について、原審がいずれも一般的な判断枠組みを採ることなく、「考慮されるべき事情について何ら検討をしていない」などとして、新しい総合考慮事情の判断枠組みで審理するように事件を原審に差し戻した。

以下では、地方議会による権利放棄の適法性の問題について、平成二四年最判によって示された理論構造を、手続的要件と実体的要件とに分けて検討したい。

(1) 神戸市事件の概要については、次のとおりである。神戸市（以下「市」という。）は、「公益法人等への一般職の地方公務員の派遣等に関する法律」（平成一八年改正前。以下「派遣法」という。）に基づき、市の職員（退職者を含む）を医療関係の財団法人等の外郭団体に派遣しており、それらの外郭団体に対し、派遣職員の給与相当額を含む補助金等を支出していた。これに対して、神戸市の住民X（原告・被控訴人・被上告人）は、こうした補助金等の支出が派遣法六条二項の手続によらない違法な給与の支給に当たると考え、地方自治法二四二条の二第一項四号に基づき、市の執行機関である市長Y（被告・控訴人・上告人）を相手として、平成一七年度及び同一八年度の補助金等の支出当時の市長であったAに対して当該補助金等のうち派遣職員の給与相当額につき損害賠償請求をすること、当該団体に対して不当利得返還請求をすることなどを求める訴えを提起した。第一審判決（神戸地判平成二〇年四月二四日民集六六卷六号二六五頁）は、本件の補助金・委託料の支出を違法・

無効とし、市長の過失も認定したうえで、Xの請求を一部認容した。こうした補助金等の交付については、支出年度等に応じて、複数の住民訴訟が提起されており、控訴審の口頭弁論終結後に、類似の補助金に係わる別件訴訟において、原告の請求を一部認容する判決（大阪高判平成二十一年一月二〇日裁判所HP）が下された。これを受けて、神戸市議会は、本件に係る市の損害賠償請求権等を放棄する旨を含む条例を議決した。第二審判決（大阪高判平成二十一年一月二七日民集六六卷六号三七二頁）は、当該議決が議決権の濫用に当たるとして、その効力を否定し、Xの請求を一部認容した。そこで、Yが上告した。なお、第一次から第五次に至る神戸市債権放棄事件の経緯については、小川正「住民訴訟判決と地方議会の放棄議決（上）」自治総研四一三号七六頁以下参照。

（2） 本件は、大阪府大東市（以下「市」という。）の住民で市議会議員でもあるXが、市長であるYに対し、市の非常勤職員が退職する際に要綱に基づいて退職慰労金を支給していることは、条例の根拠を欠いているから、給与条例主義を定めた地方自治法二〇四条の二等の規定に違反し、違法であると主張して、退職慰労金相当額について市長個人に対する損害賠償請求及び担当職員らに対する賠償命令の各義務付け等を求めた住民訴訟の事案である。第一審判決（大阪地判平成二〇年八月七日判例タイムズ一三〇〇号一七二頁）では、本件退職慰労金は退職手当の性格を有しており、その支給は給与条例主義に違反し違法法であるとして、市長に対する約二六九万円の損害賠償請求及び担当職員らに対する同額の賠償命令の義務付けを求めるXの請求を認容した。Yが控訴したところ、市議会が、原審口頭弁論終結前に、第一審判決が認容した請求に係る権利を放棄する旨の議案を可決した。第二審判決（大阪高判平成二十一年三月二六日）では、仮に市が市長個人らに対して本件退職慰労金相当額の損害賠償請求権を取得していたとしても、それらは右議決によって消滅したとして、実質的に右議決の存在のみを理由に、第一審判決を取り消してXの請求を棄却した。これに対し、Xが上告受理申立てをした。

（3） 栃木県さくら市事件の概要は、次のとおりである。栃木県の旧氏家町（以下「町」という。）が浄水場用地の取得を検討していたところ、Bは候補地に隣接する土地建物を約四五〇〇万円で競落し、町にその売却を申し入れた。その後Bは、町が依頼した不動産鑑定士Cによる本件土地の鑑定結果（鑑定評価額二億七三九〇万円）を知り、当時の町長Aとの間で売買契約（売却価格二億五〇〇〇万円）を締結した。町の合併後のさくら市（以下「市」という。）の住民X（原告・被控訴人・被告

人)は、浄水場用地として当該土地を購入する必要はなく、その代金額も適正価格に比べて著しく高額であるのに当該土地の売買契約を締結したことが違法であるとして、地方自治法二四二条の二第一項四号に基づき、市長Y(被告・控訴人・上告人)を相手として、Aに対して損害賠償等することを求める訴えを提起した。第一審判決(宇都宮地判平成二〇年一月二四日民集六六卷六号四八四頁)は、Xの請求を一部認容した。控訴審判決(東京高判平成二一年一月二四日民集六六卷六号五二四頁)は、Aに対する損害賠償請求権を放棄する旨の市議会決議は違法・無効なものであるとして控訴を棄却した。そこで、Yが上告した。

(4) なお、平成二四年最判には、いずれにも千葉勝美裁判官による同旨の補足意見が付されている。また、さくら市事件判決には、古田祐紀裁判官と竹内行夫裁判官の各補足意見、須藤正彦裁判官の意見が付されている。

三 権利放棄議決の手続的要件

地方議会が権利を放棄した場合、放棄議決のほかに執行機関の意思表示が必要か否か、また条例形式で放棄する場合にはどうかといった問題がある。地方自治法九六条一項一〇号は、「法律若しくはこれに基づく政令又は条例に特別の定めがある場合を除くほか、権利を放棄すること」と規定し、地方公共団体の有する権利の放棄は、地方公共団体の長ではなく議会の権限とすることを明記している。地方議会が権利放棄の議決した場合のその効力に関して、判例・学説では、議決だけで直ちに債権が消滅するという立場と、放棄が有効となるためには長による別途の執行行為(放棄の意思表示)が必要であるという立場とに分かれている^①。

例えば、東京高判平成一八年七月二〇日^②では、「地方自治法九六条一項一〇号は、議会の議決事項として、『法律若

しくはこれに基づく政令又は条例に特別の定めがある場合を除くほか、権利を放棄すること。』と規定し、地方公共団体の権利の放棄については、執行機関である地方公共団体の長ではなく、議会の議決によるべきものとしているから、議会は、法律若しくはこれに基づく政令又は条例に特別の定めがある場合でない限り、自らが本来有する権限に基づき、権利放棄の議決をすることができる。そして、本件損害賠償請求権の放棄については、法令又は条例に何ら特別の定めはないと認められるから、本件議決は、玉穂町議会が自らが本来有する権限（同法九六条一項一〇号）に基づき行ったものであつて有効であり、……本件損害賠償請求権は本件議決により消滅したものである」と判示し、権利放棄議決が効力を有するためには、長の執行行為は不要であるとしている。

これに対して、例えば、大阪高判平成二十一年一月二七日^③では、「地自法九六条一項一〇号は、一定の場合の権利の放棄を議会の議決事項と定める一方、同法一四九条一項六号は、財産を管理し、処分することを普通地方公共団体の長が担任する事務と定めている。上記は、財産の処分のうちでも権利の放棄は地方公共団体の財産を対価なく消滅させるものであるから、特に議会の議決を経た上で、これを長に担任させるのが相当との考慮に基づくものと解される。そうすると、議会が権利の放棄を決議したとしても、また、それが条例の形式でされた場合であっても、執行機関による放棄の行為を待たずに、当該決議によつて直ちにその対象となった権利について、放棄の効果が生じ、同権利が消滅するということはできない。……条例は、公布によつて条例としての効力を生ずると解される。しかし、そうであるからといって、本件改正条例が定める権利の放棄が、執行機関による特段の意思表示なく当然その効果を生ずると認めることはできない。したがつて、本件改正条例が公布されたことを考慮しても、本件権利の放棄が効力を生じ、同権利が消滅したと認めることはできない」と判示し、権利放棄議決が効力を有するためには、長の執行行為

が必要であるとしている。

この点について、学説では、地方自治法上、財産管理は長の権限であり（同法一四七条、一四八条、一四九条六号等）、条例制定、予算の決定、決算の認定は議会本来の権限であるが、同法九六条一項四号以下の行政権限についての議決は執行機関の権限行使を監視するために認められているものであるから、債権放棄が有効となるためには議会の議決と長の執行行為が必要であるとする見解^④などがある。

平成二四年最判は、同法九六条一項一〇号が権利放棄を議会の議決事項としている趣旨が「議会による慎重な審議を経ることにより執行機関による専断を排除することにある」という議会の位置付けを根拠として、単なる議決による場合と条例による場合とを区別したうえで、前者の場合には、長による別途の意思表示を要するとする一方、後者の場合には、条例という法規範それ自体によつて債権の処分が決定されるため、長による意思表示を要しないと判示した。議会による債権の放棄は、条例による場合を除いては、①同法一四九条六号所定の財産の処分としてその長の担任事務に含まれるとともに、②債権者の一方的な行為によつて債務を消滅させるという点において債務の免除の法的性質を有するものとされるため、原則として議会が議決をしただけでは放棄の効力は生じず、その長による執行行為としての放棄の意思表示を要すると解される^⑤。これは、議会が執行機関の執行に事前に関与（同意あるいは承認）することによつて放棄の適法性を担保しようとするものである。したがって、地方公共団体が債権の放棄をする場合、通常は議会の議決と長による意思表示という方法をとることになる。しかし、放棄が条例でなされたという例外的な場合については、条例という法規範それ自体によつて債権の処分が決定され、その消滅の効果が生ずるものであり、その条例が既に公布施行されている以上、その効力を否定して長による別途の意思表示まで求める根拠はないと解さ

れる。⁽⁶⁾

このように、平成二四年最判は、議会による権利放棄議決の手続的要件を整理し、権利放棄議決が効力を有するた
めには、議会の議決のほかに放棄の意思表示をなす長の執行行為が必要であるとの見解に立ちながら、条例による場
合には長による別途の意思表示は不要であることを明らかにした点に意義が認められる。⁽⁷⁾ 条例による場合になぜ長の
意思表示が不要となるのかについて、最高裁は「条例という法規範それ自体によつて債権の処分が決定され、その消
滅という効果が生ずるものであるから、その長による公布を経た当該条例の施行により放棄の効力が生ずる」と述べ
るのみで、その理由を十分には説明していないが、個別的決定を条例で定めることが認められる以上、結論的には妥
当な解釈といえる。⁽⁸⁾

(1) 小川正「住民訴訟判決と地方議会の放棄議決（上）」自治総研四一三号八八頁以下、曾和俊文「住民訴訟と債権放棄議決」
民商法雑誌一四七巻四・五号一九頁以下参照。

(2) 東京高判平成一八年七月二〇日判例タイムズ二一八号一九三頁。

(3) 大阪高判平成二一年一月二七日民集六六巻六号三七二頁。

(4) 阿部泰隆「地方議会による賠償請求権の放棄の効力」判例時報一九五五号五一六頁、同「地方議会による地方公共団体の
賠償請求権の放棄は首長のウルトラCか（上）」自治研究八五巻八号二一一三頁参照。

(5) 最判平成二四年四月二〇日判例時報二一六八号三五頁、最判平成二四年四月二〇日判例時報二一六八号四五頁参照。

(6) 最判平成二四年四月二〇日判例時報二一六八号三五頁参照。

(7) 岡田正則「判例解説」『地方自治判例百選（第四版）』別冊ジュリスト二一五号一八九頁参照。

(8) 飯島淳子「議会の議決権限からみた地方自治の現状」論究ジュリスト三号一三三頁、曾和・前掲「住民訴訟と債権放棄決

議」二一―二三頁参照。友岡史仁「最新判例演習室」法学セミナー六九〇号一四一頁は、「結論への導き方はやや不透明であるものの、論理として地方自治法の仕組みによつて解釈すべきとの学説（阿部泰隆『地方議会による賠償請求権の放棄の効力』判時一九五五号五―六頁）に沿ったものであり、一般的にも議会と長による債権放棄の判断に対するダブルチェックの仕組みを正當に評価したものとして首肯されよう」としている。また、曾和・前掲「住民訴訟と債権放棄決議」二二頁は、「条例による場合と個別的な議決による場合とで債権放棄の実質的な意味が変わる訳ではないので、後者の場合には長の執行行為が必要であり前者では不要であるという最高裁の解釈は、財務行政の統制理論としてはわかりにくいところがある」と指摘している。

四 権利放棄議決の実体的要件

1 権利放棄議決の適法性

地方議会による権利放棄議決の実体的要件については、法律上明文で定められていない。そのため、裁判例（下級審判決）^①上も、学説上も、権利放棄議決の適法性・有効性について様々な見解が出されている。大きく分けると、議会による権利放棄議決を原則として適法・有効と解する立場と、違法・無効と解する立場に分かれている。^①

裁判例の多くは、権利放棄の議決を有効とする立場をとっている。その根拠は、一般に、^②①地方自治法九六条一項一〇号は、権利放棄に対して何らの制限も規定しておらず、議会の政策的裁量が広く認められる、^③②住民訴訟は住民の参政的な意義を有するが、住民の代表により構成される議会も住民の意思を反映し地方公共団体の意思決定をする機関であるため、住民訴訟が提起されると議会の放棄議決ができなくなるということとはできない、^④③地方自治法には

長が自己にかかわる議案を提出することを禁じる規定はなく、権利放棄の議案を提出しても長の誠実執行義務(同法一三八の二)に反するとはいえないというものである。これに対して、権利放棄議決を無効とする裁判例の根拠は、一般に、権利放棄議決を行う議会の裁量を否定するわけではないが、当該事案の事実関係に照らして、放棄議決を住民訴訟制度の趣旨に反して許されず、議決権の濫用に当たるとするものである。もともと、裁判例は、原則として放棄議決は有効としながらも、議会がその裁量の範囲を逸脱・濫用したとみられるような特段の事情がある場合には、当該放棄議決が無効となることを認めている。

学説では、権利放棄議決を原則として無効と解する説が多数説となっている。学説の多くは、住民訴訟の意義を無に帰せしめるような権利放棄の議決には批判的であり、特別の理由がない限り権利放棄議決は原則として無効と解すべきであるとしている。原則無効説の根拠としては、①住民訴訟提起後の権利放棄議決を認めることは住民訴訟制度の意義を無に帰せしめることになること、②債権放棄はそれにより利益を受ける者に補助金を付与するに等しい効果を持つため、少なくとも「公益上必要」(同法二三三の二)の要件を満たす必要があり、違法な財務会計行為による損害に対する賠償請求権等の放棄は原則として公益性を欠くと解されること、③長も議会も地方公共団体の財産管理に關して善管注意義務を負っており、権利放棄は当該義務に違反することなどが主張されてきた。さらに、公務員の弁償責任制度の沿革に照らして権利放棄議決を行う議会の裁量を肯定する学説や、権利放棄議決を行う議会の裁量を尊重しながらも、一定の限定を加えようとする説もある^⑧。

これら学説については、権利放棄議決の有効・無効の判断基準は具体的とはいえない面がある。すなわち、議会に対して適切な情報提供がなされないなど「真実性の原則」に違反した場合は違法、長などに善管注意義務があること

を前提にそれに違反する議決は違法、住民訴訟制度の趣旨に反する議決は違法、公益に反する議決は違法などとしても、具体的事件においてどのような判断要素からこれらを判断するのか必ずしも明確ではないとの指摘がある。⁹⁾

このような判例・学説における有効説と無効説の対立に関していえば、両説には、特に四号請求訴訟を通して追及される首長の責任をどう考えるかという点で、決定的な違いがある。有効説は、四号請求訴訟は首長に対し過度に過酷な個人責任を追及するもので、議会による債権放棄はこの弊害を緩和するものであるとみている。これに対し、無効説は、首長は広範な法令上の権限とそれを実施できる人的・物的資源があるため、四号請求訴訟による責任追及を受けても当然であり、かえって、議会による債権放棄は住民訴訟の趣旨を没却するものであるとみている。¹⁰⁾

ただし、いずれの説に立つ判例・学説においても、議会の裁量権の逸脱・濫用が認められる場合には権利放棄議決が違法・無効となる点では、ほとんど一致している。¹¹⁾ 平成二四年最判は、このような判例・学説の展開の中で、最高裁として初めて権利放棄議決の適法性に関する判断枠組みを提示したのである。

(1) この点については、津田和之「住民訴訟と議会による債権放棄」自治研究八五卷九号九一頁以下、阿部泰隆「地方議会による地方公共団体の権利放棄議決再論」自治研究八五卷一一号二頁以下、曾和俊文「住民訴訟と債権放棄議決」民商法雑誌一四七巻四・五号二二頁以下参照。

(2) 東京高判平成二二年一月二六日判例時報一七五三三三五頁、新潟地判平成一五年七月一七日裁判所HP、東京高判平成一八年七月二〇日判例タイムズ二一八号一九三頁、東京高判平成一九年三月二八日判例タイムズ二二六四号二〇六頁、大阪高判平成二二年八月二七日判例タイムズ一三六〇号一二七頁参照。

(3) 千葉地判平成二二年八月三一日判例地方自治二二〇号三八頁、仙台高判平成三年一月一〇日判例時報一三七〇号二頁、大

阪高判平成二二年一月二七日民集六六卷六号三七二頁、東京高判平成二二年二月二四日判例地方自治三三五号一〇頁参照。

- (4) 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）一八七頁、安本典夫「住民訴訟・新四号訴訟の構造と解釈」立命館法学二九二号三九七頁以下、白藤博行「住民訴訟が危ない」住民と自治五二三号六五頁、斎藤誠『現代地方自治の法的基層』（有斐閣、平成二四年）四七一頁以下参照。

- (5) 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、平成二二年）一七三頁「山本隆司執筆」、斎藤・前掲書四七二頁、蟬川千代「住民訴訟制度と地方議会の権限（下）」自治研究八二卷七号二三〇頁以下参照。

- (6) 阿部泰隆「地方議会による賠償請求権の放棄の効力」判例時報一九五五号六頁以下、同「地方議会による地方公共団体の権利放棄議決再論」自治研究八五卷一一号一五頁以下参照。

- (7) 木村琢磨「財政の法的統制」公法研究七二号一一六頁、同「財政法の基礎理論の覚書き」自治研究八六卷五号六〇頁以下参照。

さらに、民主的に選挙された地方議会の決定は最大限尊重されるべきとするが、議会に適切な情報提供がなされず、議決の実質を伴わない場合などの議決権限の濫用にわたれば、例外的に放棄議決が効力を有しないとする（木村・前掲「財政法の基礎理論の覚書き」六五―六六頁）。

- (8) 津田・前掲「住民訴訟と議会による債権放棄」一〇八頁以下参照。

- (9) 小川正「住民訴訟判決と地方議会の放棄議決（下）」自治総研四一四号四五―四六頁参照。

- (10) 山下義昭「監査制度と住民訴訟」中川義朗編『これからの地方自治を考える』（法律文化社、平成二三年）一七六頁参照。

結局、両説の分岐点は住民訴訟制度の趣旨の理解の違いにあり、具体的には、確かに住民訴訟の制度は、地方公共団体の長・職員の違法な財務会計上の行為に対して、住民が提訴をしてその違法の防止・是正をし、もって地方公共団体の被るべき損害の防止・回復を図ることに意義があるものの、それが限界であると理解するのか、あるいは、それ以上に議会の財産処分権限を制限・剥奪するような効果を創設した制度と理解するのかの相違にあるといえる（佐久間健吉『平成一三年度主要民事判例解説』判例タイムズ臨時増刊一〇九六号二五〇頁参照）。

(11) 木村琢磨「判例解説」『平成二四年度重要判例解説』ジュリスト臨時増刊一四五三号五六頁参照。

原則有効説に立つ判例・学説も、放棄議決が議会の裁量権の範囲の逸脱・濫用とみられる場合には違法・無効となることを認めており、原則無効説に立つ学説も議会がその必要性・公益性等を十分に説明できる場合には債権放棄が適法・有効となる場合があることを認めているため、両説の違いは裁量権の逸脱・濫用の判断をいかなる基準で捉えるのかに関する違いであるといえる（曾和・前掲「住民訴訟と債権放棄議決」二三頁参照）。

2 権利放棄議決の適法性に関する判断枠組みの問題点

平成二四年最判は、議会による権利放棄議決に関し、その手続的要件を満たしている限り、基本的には、その適否の実体的判断は議会の裁量権に委ねられているとしている。これまでの判例・学説の流れに位置付けると、原則有効説にたつものといえる。しかし、一方で、住民訴訟との係わりにおいて議会の裁量権の範囲の逸脱・濫用にあたるか否かという観点から司法審査によって放棄議決が違法・無効となることを明らかにしている。平成二四年最判は、権利放棄議決の適否に関する実体的要件については、議会の裁量権を認めつつも、議会の裁量権の限界を「放棄する」とが普通地方公共団体の民主的かつ実効的な行政運営の確保を旨とする同法の趣旨等に照らして不合理である」と認められる場合とし、次のような①～⑤の事情に基づく考慮要素を示している。すなわち、①「当該請求権の発生原因である財務会計行為等の性質、内容、原因、経緯及び影響」、②「当該議決の趣旨及び経緯」、③「当該請求権の放棄又は行使の影響」、④「住民訴訟の係属の有無及び経緯」、⑤「事後の状況その他の諸般の事情」の五つである。平成二四年最判は、債権放棄議決の適法性を判断する基準として、これら諸要素の総合考慮によって議会の裁量権逸脱・濫用の有無を判定するという判断枠組みを提示している。

平成二四年最判は、権利放棄議決の可否について議会の裁量を認める根拠として、形式的には、権利放棄議決を実体的に制限する法令が存在しないことを挙げるが、実質的には、「住民による直接の選挙を通じて選出された議員により構成される普通地方公共団体の議決機関である議会」の民主的な正統性に基づく理由付けをしている。^① それゆえ、平成二四年最判は、民主的正当性に基礎を置く議会の裁量を裁判所として決定的に重視する構造を有している。^②

しかしながら、平成二四年最判では、前記①～⑤の事情が並列され、それらを「総合考慮」して結論を導くとし判決示されていないため、これらの事情（考慮要素）の軽重や関係性などが明確ではない。^③ すなわち、これらの諸般の事情が、どのような理由から取り上げられたのか、それぞれについてどのような具体的事情が考慮されるのか、どのような具体的事情が適法な判断、あるいは違法な判断を導くのか、そして、その具体的事情の比重は同じなのか比重に差があるのかなどは明らかでない。^④

平成二四年最判のいう「普通地方公共団体の民主的かつ実効的な行政運営の確保を旨とする同法の趣旨等に照らして不合理」であるか否かという判断基準は、多義的かつあまりにも一般的であり、また、この判断枠組みは、実際上は放棄議決の原則有効説とそれほど大きな違いはなく、放棄議決が違法とされる可能性は極めて低いといわなければならない。^⑤ 加えて、平成二四年最判については、司法審査密度を高める方向での判断枠組みとはなり得ておらず、理論的に不明確な点が多いとの指摘もある。^⑥ したがって、はたしてこの判断枠組みが放棄議決の適法性審査として有効に機能するのかどうかについては、大いに疑問がある。^⑦

さらにまた、前記の総合考慮要素についてみてみると、①「当該請求権の発生原因である財務会計行為等の性質、内容、原因、経緯及び影響」については、違法事由の性格・当該職員等の帰責性を考慮の対象に含めることが特記さ

れている。当該財務会計行為の違法性、長等の過失・帰責性、長等における不当な利得の有無、住民への利益還元の有無等が検討される。この帰責性については、長が私利を図ったという極めて限られた場合にしか放棄議決の違法を導かないこととなる。^⑨

②「当該議決の趣旨及び経緯」では、権利放棄議決に至る経緯や議会での議論、権利放棄の公益性等が検討され、これと関連して、④「住民訴訟の係属の有無及び経緯」では、同議決が住民訴訟制度の趣旨を没却するものでないかが検討される。平成二四年最判は、「議決の適法性に関しては……裁判所がその審査及び判断を行うのであるから……請求権の放棄を内容とする上記議決をもって、住民訴訟制度を根底から否定するものであるということとはでき……ない」とする。この論法に従えば、権利放棄議決によって、客観的な意味で住民訴訟制度が没却されることは原理的にあり得ないこととなる。^⑩したがって、裁判所の審査は、議会が同制度を没却させる意図・目的で権利放棄議決を行ったかという主観的な事情に限定されることになる。このような認定方法による限り、権利放棄議決が住民訴訟制度を没却するものと認定される事例はほとんど少ないといえる。

③「当該請求権の放棄又は行使の影響」について、損害賠償請求権等の放棄又は行使による行財政への影響や当該自治体に生じる利益・不利益が比較検討される。①「当該請求権の発生原因である財務会計行為等の性質、内容、原因、経緯及び影響」で職員等の帰責性が大きく、②「当該議決の趣旨及び経緯」についても、議決を無効とする方向での事情が認められるような事案において、そもそも四号請求訴訟の構造上賠償責任過重という問題があるから議決を有効とするという方向にのみ機能するおそれがある。

④「住民訴訟の係属の有無及び経緯」において、議決裁量の逸脱・濫用につき総合考慮により審査する際の考慮要

素として住民訴訟の経緯等が含まれているのであるから、住民訴訟の対象となる請求権の放棄議決をもって住民訴訟制度の趣旨を没却しないという論理がとられている。これによるならば、権利放棄議決について住民訴訟の中でその適否が争われる以上、住民訴訟制度との制度的抵触は生じないことになり、事実上、「住民訴訟の係属の有無及び経緯」の考慮要素が議会裁量の逸脱・濫用を導くことはほとんど想定できないこととなる。^⑪したがって、「住民訴訟の係属の有無及び経緯」を、何らの工夫もなく議会裁量逸脱・濫用審査における考慮要素の一つに組み込むことには問題がある。^⑫

⑤ 「事後の状況その他の諸般の事情」については、平成二四年最判は、広範に認められる議会議決を例外的に違法・無効と判断するための考慮要素として「事後の状況その他の諸般の事情」を挙げており、このような判断枠組みの中で、「事後の状況その他の諸般の事情」が有効に機能することは難しいといわざるを得ない。また、「事後の状況」とは、違法な財務会計行為の後の状況なのか、住民訴訟提起後の状況なのか必ずしも明らかでない。^⑬

このように、平成二四年最判は、議会による権利放棄議決の適法性に関する判断枠組みを提示したものの、この判断枠組みには多くの疑問や問題点があることがわかる。

最近の裁判例として、いわゆる国立市マンション事件訴訟についての東京地判平成二六年九月二五日を取り上げてみた。^⑭ 本件は、国立市（原告）が、同市の元市長（被告P1）に対して国家賠償法一条二項に基づく求償金を請求するよう命じる旨の住民訴訟判決が確定したところ、元市長（被告P1）が同判決の確定した日から六〇日以内にその支払がなされなかったとして、地方自治法二四二条の三第二項に基づき、求償金三二二三万九七二六円及びこれに対する遅延損害金の支払を求めた事案である。その経緯を簡単にまとめると、次のとおりである。建物の高さを規制し

た同市条例に対し、マンション業者が営業妨害であるとして市を訴え、平成二〇年三月二七日の東京高裁判決で市の敗訴が確定した。その際、市が業者に賠償金を支払った後に業者が市に同額を寄付した。その後、賠償金は条例制定時の市長個人が支払うべきとする住民訴訟が提起され、平成二二年一月二二日の東京地裁判決が市に対して元市長に支払を請求するよう命じた。当時の市長は、賠償金は業者からの寄付で「実質的に返還されており、損害はない」として控訴したが、その後に出た現市長が控訴を取り下げて同判決が確定した。同判決に基づいて元市長に支払を請求したが、元市長が拒否したため、市が本件訴訟を提起した。平成二五年一月には、市議会は「元市長個人に請求することは妥当ではない」として、元市長に対する債権を放棄する旨の議決をした。

東京地判平成二六年九月二五日は、次のように判示して、原告である国立市の本件請求を棄却した。すなわち、「本件放棄議決については、議案が議員によって提出されたものであることを理由として不適法となるものではなく、また、議会の裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たるものと認めることもできない。一方、国立市長は、本件放棄議決に異議があつたのであれば、地方自治法一七六条一項に基づき、議決の日から一〇日以内に理由を示してこれを再議に付することができたし、また、本件放棄議決が議会の権限を超え又は法令等に違反すると認めたのであれば、同条四項に基づき、理由を示してこれを再議に付し、仮にそれによる議会の議決がなおその権限を超え又は法令等に違反すると認めたときには、同条五項に基づき、東京都知事に対して審査を申し立てることができたにもかかわらず、……上記のような同条に基づく手続をとっていないのである。そうすると、国立市長が、地方自治法一七六条に基づいて本件放棄議決を再議に付する手続をとっていないにもかかわらず、被告P1に対する本件求償権の放棄の意思表示をしないことは、普通地方公共団体の長としての権限を濫用するものといわざるを得ず、原告国立市の主張するそ

の他の事実を考慮したとしても、原告国立市が被告P1に対して本件求償権を行使することは、信義則に反するものとして許されないというべきである」と判示している。

このように、本判決では、当該求償金に係る権利を放棄する旨の市議会における議決がその裁量権の範囲の逸脱・濫用に当たるとは認められないとして、現市長は、議会の本件放棄議決に異議があれば、地方自治法に基づき再議や都知事に審査の申立てができるにもかかわらず、その手続をとらず、求償権の放棄の意思表示をしないことは、権限の濫用であり、元市長への求償権行使は信義則に反し許されないとする。よって、被告の違法行為の有無や故意又は重過失等については「判断するまでもなく」、国立市の「請求には理由がない」とされる。請求を棄却する理由としては、単に「信義則に反する」ということが挙げられているに過ぎない。本判決では、議会による本件権利放棄議決の適法性についてではなく、放棄議決を無視した現市長の対応が問題となっている。

議会の権利放棄議決の適法性については、従来の平成二四年最判が示した「諸般の事情を総合的に考慮したうえで判断する」という一般的判断枠組みが確立されており、その後の裁判例では、この判断枠組みに従って当該放棄議決の適法性の有無を判断している。しかし、本判決では、こうした総合考慮的な判断をすることなく、「信義則に反する」という理由のみで本件請求を棄却している。そもそも、ここにある「信義則」とは誰と誰との信義であり、どのような趣旨なのか、また、議会による権利放棄議決の効力は長に及ぶのか否かなどについての言及はない。本判決は、本件放棄議決の効力の有無について諸事情の総合的な審査をしておらず、その意味で、最高裁の判断枠組みに基づいて判示した従来の裁判例とは異なる裁判例として位置付けられる。

加えて、これまでの一連の国立市マンション事件訴訟に関して、膨大な弁護士費用等の裁判費用が公金から支払わ

れているにもかかわらず、この点についてはほとんど問題とされていない。国立市マンション事件訴訟の問題については、今後、住民の利益の観点からのさらなる検討が必要である。

(1) 木村琢磨「判例解説」『平成二四年度重要判例解説』ジュリスト臨時増刊一四五三号五六頁、東原良樹「判例研究」岡山大学法学会雑誌六三卷三号四一〇頁以下参照。

(2) 斎藤誠『現代地方自治の法的基層』（有斐閣、平成二四年）四七七頁、橋本博之「最新判例批評」判例評論六五四号一二頁参照。

平成二四年最判によって、権利放棄議決の手続要件だけでなく実体要件も、議会の裁量権の逸脱・濫用審査という形式で、司法審査の対象になることが明確になった。住民訴訟との関係で、議会の権利放棄判断の有効性が問われる場面は、住民訴訟の係属する以前、以後の場合についても、平成二四年最判の提示する判断枠組みが及ぶか否かを検討すると、同判断枠組みにおいては、住民訴訟の係属の有無は、地方公共団体が当該債権を放棄する場合の議会の実体的判断の適否についての考慮要素の一つとして位置付けられている。また、平成二四年最判では、権利放棄の判断の形式が、条例制定の形式をとっているか、あるいは地方自治法九六条一項一〇号に基づく権利放棄議決の形式をとっているかを問わず、同判断枠組みに照らしてその適否を判断している。したがって、平成二四年最判が提示する判断枠組みの射程は、住民訴訟の係属の有無や権利放棄判断の形式を問わず、広く地方公共団体の権利放棄に関する議会の実体的判断全般に及ぶものであると考えられる（長内祐樹「行政判例研究」早稲田法学八八卷一号一五四頁参照）。

(3) 斎藤・前掲「判例解説」一二頁、曾和・前掲「住民訴訟と債権放棄議決」二六頁、戸部・前掲「判例解説」六三頁、久末弥生「判例解説」判例地方自治三七八号二八頁、小谷・前掲「判例解説」二五頁参照。

(4) 小川・前掲「住民訴訟判決と地方議会の放棄議決（下）」四八頁参照。
飯島・前掲「議会の議決権限からみた地方自治の現状」一三三—一三四頁は、最高裁の判示する「この総合考慮が、いずれ

の結論にも転びうるという点である。……裁判官の拠って立つ立場によって、結論が大きく異なることは、いかに『個々の事案ごと』の判断が必要であるとはいえ、望ましいとは言えない」と指摘している。

（5）友岡・前掲「最新判例演習室」一四一頁、小川・前掲「住民訴訟判決と地方議会の放棄議決（下）」四八頁参照。

平成二四年最判において、議会が権利を放棄することが普通地方公共団体の民主的かつ実効的な行政運営の確保を旨とする同法の趣旨等に照らして不合理であって裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たると認められるときには、当該議決は違法となるという説示については、平成二四年最判における千葉裁判官の補足意見が、これを「例外的な場合」として明示している。すなわち、「例えば、長の損害賠償責任を認める裁判所の判断自体が法的に誤りであることを議会として宣言することを議決の理由としたり、そもそも一部の住民が選挙で選ばれた長の個人責任を追及すること自体が不当であるとして議決をしたような場合が考えられる」と述べている。

この点について、実務対応で消極的に解される場合としては、①契約交渉が折衝としての実体を有しない態様のものであった場合、②契約締結に不法な利益を得て私利を図る目的があった場合、③議決が第一審判決の法的判断を否定する趣旨のものである場合、④議決が賠償責任を不当な目的で免れさせたものである場合、⑤議決が主として住民訴訟制度における当該財務会計行為等の審査を回避して制度の機能を否定する目的でなされた場合が挙げられている（羽根一成「争訟法務・最前線！（六七）」地方自治職員研修四五巻八号七二頁参照）。

（6）橋本博之「最新判例批評」判例評論六五四号一一頁参照。

橋本・前掲「最新判例批評」一二頁では、「住民訴訟との関係を裁量統制に係る考慮要素のひとつとして位置付けたとしても、結局、相当程度高いハードルをクリアしないと議会裁量につき司法審査が及び得ない構造となる。さらに、民主的正当性という組織的特質から議会裁量を肯定し、法令上の規律も不存在であることから裁量論を立てた場合、法から導かれる統制規範を導き出すのが難しく、議会自体の目的違反・動機違反による司法統制が中心となるにとどまり、法制度間の衝突という要素を司法審査に取り込むことが困難になる」としている。

（7）小川・前掲「住民訴訟判決と地方議会の放棄議決（下）」四八頁、曾和・前掲「住民訴訟と債権放棄議決」二六頁参照。

(8) この点については、橋本・前掲「最新判例批評」一二頁以下、戸部・前掲「判例解説」六三―六四頁参照。

実務においては、五つの考慮要素のうち、①「当該請求権の発生原因である財務会計行為等の性質、内容、原因、経緯及び影響」が重視されることになるといわれている（羽根一成「争訟法務・最前線！（七七）」地方自治職員研修四六巻六号七二頁参照）。

(9) 小川・前掲「住民訴訟判決と地方議会の放棄議決（下）」六三―六四頁参照。

(10) 小川・前掲「住民訴訟判決と地方議会の放棄議決（下）」五五頁参照。

(11) 同五五頁参照。

(12) 平成二四年最判は、総合考慮枠組みを提示する際に、「住民の関与する裁判手続による審査等を目的として住民訴訟制度が設けられているところ」と述べるにとどまり、それがどのように議会裁量の審査に影響するのかについては何ら判示していない。むしろ、「住民訴訟の係属の有無及び経緯」を一つの考慮要素として総合考慮枠組みを構成していることから、住民訴訟の提起や係属は、権利放棄議決の適法性判断に全く影響を与えないわけではないものの、そこにおける一考慮要素に過ぎないとの位置付けを与えている（山本寛英「公法判例研究」北大法学論集六四巻四号六九頁参照）。

(13) 小川・前掲「住民訴訟判決と地方議会の放棄議決（下）」四八頁参照。

(14) 東京地判平成二六年九月二五日最高裁判所HP (http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei.jp/914/084914_hanrei.pdf) 参照。本判決については、白藤博行「国立マンション求償金住民訴訟判決の意義と論点」住民と自治六二〇号二六頁以下、朝日新聞平成二六年九月二六日（朝刊）参照。なお、地方公共団体の首長の責任に関し、住民訴訟を通じて求償権行使という形態で追求することの法的問題点については、西埜章「住民訴訟を通じての求償権の行使」明治大学法科大学院論集一二号六九頁以下参照。

五 立法的対応の動向とその疑問

住民訴訟係属中に住民訴訟に係る損害賠償請求権又は不当利得返還請求権を議会が放棄することに対しては、総務省に設置された第二九次地方制度調査会が、平成二十二年六月に取りまとめた「今後の基礎自治体及び監査・議会制度のあり方に関する答申」^①において、住民訴訟の制度意義の観点から、議会による権利放棄議決を立法的に制限する必要性を明確に認めている。すなわち、同答申では、「四号訴訟で紛争の対象となっている損害賠償又は不当利得返還の請求権を当該訴訟の係属中に放棄することは、住民に対し裁判所への出訴を認めた住民訴訟制度の趣旨を損なうことになりかねない。このため、四号訴訟の係属中は、当該訴訟で紛争の対象となっている損害賠償又は不当利得返還の請求権の放棄を制限するような措置を講ずるべきである」と提言している。

同答申を踏まえて、平成二十二年一月以降、総務省に設置された地方行政財政検討会議において審議がなされた結果、平成二十三年一月には「地方自治法抜本改正についての考え方（平成二十三年）」^②が公表された。そこでは、複数の事案が最高裁の判断を待っていることに鑑みて、「住民訴訟の対象とされた長等に対する地方公共団体の損害賠償請求権等の放棄に関し、住民訴訟係属中のみならず判決確定後の放棄制限の要否や、放棄する場合の具体的な要件について、判例の動向を見極めながら引き続き検討していく」とし、あわせて「四号訴訟における長の責任要件や賠償額等の制限の是非についても引き続き検討していく」として、法改正は見送られている。

さらに、平成二十四年四月の一連の最高裁判決を受けて、総務省に「住民訴訟に関する検討会」^③が設置され、その検討結果が平成二五年四月に「住民訴訟に関する検討会報告書」として公表された。同検討会報告書では、平成二十四

各最高裁判決が提起した問題に対し、住民訴訟制度改正の「考えられる方策」として、次のような六つの対応案（①～⑥）を示し、各対応案には、それぞれに意義及び留意すべき点が挙げられ、制度的な解決の方向性をあえて一案に絞ることはしないで、今後の議論のために複数の可能性を提示している。^④すなわち、①「違法事由の性格等に即した注意義務違反の明確化」については、例えば、補助金の支出にどのくらい関与していたか、当時の補助金に対する他の地方公共団体の取り扱いはどうか等、特定の支出について、違法を防ぐために長等が払う注意のレベルに応じ、長等が個人として損害賠償責任を負うかを訴訟で慎重に検討されるようにする。②「軽過失免責」については、長等に故意又は重大な過失があったときのみ損害賠償責任を負い、軽微な過失のときは損害賠償をしなくてよいこととする。ことで、国家賠償法（個人責任の追及については軽過失免責）との均衡を図るようにする。③「違法確認訴訟を通じた是正措置の義務付けの追加」については、住民が公金の支出等が違法であることの確認を裁判所に求めることができるようにする。違法が確認されると、地方公共団体は再発防止体制の整備など組織としての対応を必須とする。一方、個人としての長等に対する損害賠償責任は軽過失免責とする。④「損害賠償限度額の設定」については、軽過失のときに限って、個人として長等が負う損害賠償の額を例えば年収の数倍までと限度額を設定する。⑤「損害賠償債務等を確定的に免除する手続の設定」については、裁判で確定した長等の損害賠償債務を確定的に免除するための手続を新設する。長や議会から独立した監査委員が免除する額を決めることとする（監査委員の免除決定）。議会による任意の放棄はできなくなるとする。⑥「損害賠償債務等を免除する手続要件の設定」については、議会が長等の損害賠償債務を免除する議決をする前に監査委員が意見を述べること（監査委員からの意見聴取）として、議会の議決に至る議論の公正さや適正さを高めるようにする。

同検討会報告書では、「今後、これらをたたき台としてさらに議論が深められることを期待する」とされている。しかし、同検討会報告書は、住民訴訟制度が抱える多くの問題を取り扱うものではなく、とりわけ地方公共団体の首長に対する責任の問題を取り扱い、長の負担軽減・責任軽減を意図するものである。

住民訴訟制度については、「多数の不備があるので、全面改正すべきである⁽⁵⁾」と主張されている。その改正に際しては、被告側に立つ地方公共団体側の意見や事情だけでなく、住民側の意向や事情なども十分に踏まえるべきである⁽⁶⁾。これまでの住民訴訟制度に関する法改正をみると、住民の立場からの改正ではなく、もっぱら地方公共団体の立場を配慮した改正といわざるを得ない。住民訴訟制度には多くの問題が存在しており、今後、抜本的な法改正は必要である⁽⁷⁾と考える。しかしながら、真に住民の立場を前提としない改正に対しては大いに疑問がある。

今日では、平成二四年最判によって、権利放棄議決の適法性に関する判断枠組みが確立されたため、むしろ法改正の機運はすでに失われているようにもみえる⁽⁷⁾。

(1) 第二九次地方制度調査会「今後の基礎自治体及び監査・議会制度のあり方に関する答申」（平成二二年六月一六日）総務省HP (http://www.soumu.go.jp/main_sosiki/kenkuyu/jyumin_sosyou/index.html) 参照。

(2) 地方行財政検討会議における検討資料については、阿部泰隆・白藤博行『住民訴訟と議会と首長』（地域科学研究会、平成二三年）九九頁以下参照。

(3) 住民訴訟で争われている損害賠償請求権等を放棄する議会の議決の有効性について最高裁の判断が示されたことから、今後の住民訴訟のあり方について検討を行うため、平成二四年七月に総務省において「住民訴訟に関する検討会」（座長は確井光明教授）が設置された。合計七回の会議が実施されたうえで、平成二五年三月には報告書が取りまとめられた。

(4) 住民訴訟に関する検討会『住民訴訟に関する検討会報告書』（平成二五年三月）総務省HP (http://www.soumu.go.jp/main_sosiki/kenkuyu/jyumin_sosyou/index.html)、小柳太郎『住民訴訟に関する検討報告書』について」地方自治七八七号一六頁以下参照。

立法的対応を検討・提案したものととして、蟬川千代「住民訴訟制度と地方議会の権限（上）」自治研究八二巻五号一四五頁以下、兼子仁「住民訴訟請求権の放棄議決をめぐる法制問題」自治総研四〇六号五八頁以下、曾和俊文「住民訴訟と債権放棄議決」民商法雑誌一四七巻四・五号三七頁以下、小川・前掲「住民訴訟判決と地方議会の放棄議決（下）」六五頁以下、阿部泰隆「権利放棄議決有効最高裁判決の検証と敗訴弁護士の弁明（三・完）」自治研究八九巻六号二〇頁以下、田中孝男『住民監査請求制度の危機と課題』（公人の友社、平成二五年）七一頁以下、奥島・前掲「民信無くば立たず」一七七頁以下参照。

(5) 阿部・前掲「権利放棄議決有効最高裁判決の検証と敗訴弁護士の弁明（三・完）」三二頁。

(6) 同二〇頁参照。

(7) 櫻井敬子「これまでの地方分権改革について」自治総研四二二号六二頁参照。

六 結 語

平成二四年最判は、権利放棄議決の適法性の問題に対して、その手続的要件と実体的要件とを区分し、手続的要件として、議会議決の趣旨を「執行機関による専断を排除すること」と設定したうえで、条例という法形式によるか否かによって権利放棄議決の効力発生の有無を論じ、さらに、実体的要件として、議会の民主的正当性という要素を説示しつつ、法令による行為要件の欠如をもって議会裁量を導いたうえで、五つの考慮要素による総合考慮による裁量権逸脱・濫用審査の判断枠組みを提示した。平成二四年最判のポイントは、権利放棄議決の手続的要件を満たすこと

を前提に、従来の高裁判決ないし学説とは異なる視点から、住民訴訟の対象たる権利の放棄議決の実体的要件について広範な議会裁量を肯定したうえで、議会裁量に対する司法統制の手掛かりとなる総合考慮要素を具体的に示した点にある。^① 今後は、平成二四年最判に示された一般的判断枠組みによって、議会による権利放棄等の効力が判断されることになるという点で、実務上の意義がある。^②

平成二四年最判については、議会の権利放棄議決の裁量を前提にしたうえで、可能な限り住民訴訟制度の趣旨を没却しないよう配慮した「最高裁の苦肉の判断」と評されている。^③ 平成二四年最判の意図するところは、一方の制度の存在意義を確保するために他方の制度に基づいて表明された意思を全面的に否定するのではなく、同じ法律の中の二つの制度の制度趣旨を勘案して、双方の制度の実践・貫徹を、それぞれに制限条件を付加して認めるという結論になったものと思われる。^④ 平成二四年最判での判断枠組みは、多くの考慮要素を列記し、これらを総合考慮することによって、一応議会裁量を統制しようとするものであり、これをもって、議会による権利放棄については「厳しい制限を課している」と評価する見解もある。^⑤ しかしながら、このような抽象的包括的な判断枠組みでは、今後同種の事案においてなされる議会の放棄議決にあたって、それが適法であるか否かを事前かつ確定的に知ることができないため、議会に対する統制規範としては機能しないものといえる。ただし、この点については、今後の事例の積み重ねにより、判断枠組みとしての具体化を図るという最高裁の意図を読み取ることも可能であるとされる。^⑥

地方議会の議決の性格、平成二四年最判の判断枠組みに照らすならば、違法の程度が悪質であり、職員の帰責性が高い場合や、住民訴訟制度における当該財務会計行為等の審査を回避して制度の機能を否定する目的でなされるなど、住民訴訟制度の趣旨を没却する濫用的なものである場合等、議会の裁量権の濫用・逸脱が認められるケースは極めて

限定されるものと考えられる。⁽⁷⁾ 結局のところ、平成二四年最判における判断枠組みは、放棄議決有効論とほとんど大きな違いはなく、議会による権利放棄議決が違法とされる可能性は非常に低いといわざるを得ない。⁽⁸⁾

地方議会による債権放棄も、住民訴訟も、ともに地方自治法が定める制度である。権利放棄制度の起源が戦前の市制・町村制にあり、住民訴訟制度が戦後アメリカの納税者訴訟を模範としつつ日本の変容を遂げたものであり、「要するに在来（議決による権利放棄）と外来（住民訴訟）の二つは、明確な制度的連結のないままに併存している」⁽⁹⁾と評されている。今まさに、これらの制度が地方自治法上「明確な制度的連結のないままに併存している」状態に対して正面から取り組むべき時期が来ているといえる。⁽¹⁰⁾

また、地方議会においては、放棄議決の適法性等について、総合考慮要素による判断枠組みに基づいて司法審査がなされることを意識したうえで慎重な審議や対応が求められることとなる。加えて、地方公共団体が日頃から、住民訴訟が提起されても、十分に周到な意思決定をしていれば、権利放棄議決の必要性は生じないのであり、こうしたコンプライアンス体制の確立も重要となってくる。⁽¹¹⁾

本件のような事案においては、裁判所と地方議会の関係にかかわる原理的な問題が存在している。すなわち、「住民の直接参政の手段」ないし「住民の能動的権利」としての住民訴訟制度と、間接民主制ないし代表民主制を体现する地方公共団体の議会の権限との関係が問われている。一方で、四号請求訴訟において公金支出が違法とされて首長の賠償責任が認められた場合に、議会が地方自治法九六条一項一〇号により、その損害賠償請求権を放棄する例が相次いでいることの背景として、過度の個人賠償責任の追及を可能にする住民訴訟制度自体にも問題点や矛盾があることが指摘されている。⁽¹²⁾ したがって、今後は、議会による権利放棄について、議会の裁量に対する司法統制の是非やあ

り方に関する問題にとどまらず、住民訴訟のあり方、ひいては憲法第八章の保障する地方自治のあり方に関する問題についても視野を拡げた検討が要請される。¹³ とりわけ、四号請求訴訟の仕組みに係る機能面・実体面での客観的評価を正しく踏まえつつ、普通地方公共団体の内部統制の仕組みを整備したうえで、真に住民のために監査委員制度や住民監査請求制度を含む住民訴訟制度の再構築が必要である¹⁴と考える。

（1） 橋本博之「最新判例批評」判例評論六五四号一一頁参照。

（2） 内山忠明「判例回顧」判例地方自治三七八号五頁参照。

今後の実務では、平成二四年最判における判断枠組みに一元化してゆくと考えられ、したがって、議会による権利放棄議決をめぐる論争の主戦場は、判断枠組みそれ自体から、平成二四年最判の提示する判断枠組みをいかに運用してゆくべきかという点に移行している（戸部・前掲「判例解説」六三頁参照）。また、今後は、平成二四年最判の判断枠組みに従った裁判例が定着するものと思われるが、それぞれの判断要素に関する問題、例えば、どのような事情が有効性判断要素あるいは違法性判断要素となるのかなどの問題が残されている（小川・前掲「住民訴訟判決と地方議会の放棄議決（下）」六五頁参照）。

（3） 佐藤英善「住民訴訟と議会の権利放棄議決」自治総研四〇六号コラム参照。

（4） 宇都宮純一「判例研究」金沢法学五五巻二号二七〇頁参照。

今後、最高裁が提示した基準をさらに上積みしていく方向性を取り、権利放棄が許容される基準を厳格かつ詳細精緻に設定すれば、放棄が無効と判断される可能性が高くなり、結果的に住民訴訟の判決結果を尊重することとなるが、他方、議会の裁量判断を尊重する方向性を取り、最高裁で示された基準が今後も維持され、あるいは裁量性尊重の度合いを増していく判断枠組みが採られることになれば、議会による権利放棄が増加していく傾向を示すことになる（宇都宮・前掲「判例研究」二七二頁参照）。

（5） 佐藤英善「住民訴訟と議会の権利放棄議決」自治総研四〇六号コラム参照。

- (6) 山本・前掲「判例研究」七一頁参照。
 - (7) 最判平成二四年四月二〇日判例時報二一六八号三五頁参照。
 - (8) 小川・前掲「住民訴訟判決と地方議会の放棄議決(下)」六五頁参照。
 - (9) 塩野宏『行政法Ⅲ(第四版)』(有斐閣、平成二四年)二一九―二二〇頁。
 - (10) 斎藤・「判例解説」一一頁、小谷・前掲「判例解説」二六頁参照。
 - (11) 阿部・前掲「権利放棄議決有効最高裁判決の検証と敗訴弁護士の弁明(三・完)」七頁、戸部・前掲「判例解説」六四頁参照。
 - 戸部・前掲「判例解説」六四頁では、「そもそも、住民訴訟制度を維持しつつ長の過重負担を回避するというアクロバットを、そのつど、裁判所の個別判断で解決しようとする点に根本的な無理がある」と指摘している。
 - また、平成二四年最判の提示する判断枠組みは、下級審に審査の指針を与えらるゝとともに、地方議会に対して司法審査の要点を意識させ、安易な放棄議決を抑止する効果を有するものとされる(岡田・前掲「判例解説」一八九頁参照)。
 - (12) 平成二四年最判が議会裁量を肯定する実質的根拠として「職員の賠償責任の過重負担がある」とする(木村・前掲「判例解説」五六頁)。議会による権利放棄は、このように公務員に対して過大な責任が追及されることを踏まえてとられた対処方法としての側面がある。
 - (13) 宇都宮純一「判例研究」金沢法学五五巻二号二四七頁参照。
 - (14) 橋本・前掲「最新判例批評」一四頁参照。
- 平成二四年最判における千葉勝美裁判官の補足意見では、「地方公共団体の長が自己又は職員のミスや法令解釈の誤りにより結果的に膨大な個人責任を追及されるという結果も多く生じてきており……また、個人責任を負わせることが、柔軟な職務遂行を萎縮させるといった指摘も見られる」としているが、今後は、このような指摘の実証的な検討も必要である(阿部・前掲「権利放棄議決有効最高裁判決の検証と敗訴弁護士の弁明(三・完)」七頁参照)。

道路周辺映像サービスの問題点

——住居画像の提供を中心として——

水野 正

- 1 はじめに
- 2 EU「データ保護指令」とスイス、オーストリア、ドイツの状況
 - (1) EU「データ保護指令」
 - (2) スイスにおけるストリートビューの状況
 - (3) オーストリアにおけるストリートビューの状況
 - (4) ドイツにおけるストリートビューの状況
 - (5) ドイツにおける個人情報の保護
- 3 プライバシー権
 - (1) アメリカ合衆国におけるプライバシー権論

- (i) アメリカ合衆国におけるプライバシー権の概観
- (ii) 公共空間からの私的空間の侵害
- (2) 我が国のプライバシー権論
- (i) 私法上のプライバシー権
- (ii) 情報コントロール権説
- (iii) 情報化社会のプライバシー権
- (3) 公共空間からの私有空間の侵害（住居（建物）への侵害を中心として）
- (i) 住居情報に関するわが国の判例
- (ii) 情報収集の相当性と公表方法の相当性
- 4 個人情報保護法と道路周辺映像サービス
- 5 おわりに

1 はじめに

わが国において二〇〇八年にサービスが開始されたグーグルストリートビューの画像には、何故ここまで接近して自宅や敷地内が撮影され、インターネットを通して世界中にさらされなければならないのかという不快感がある。⁽¹⁾ サービス開始時と比べ、今日では画像は鮮明なものに置き換えられ、不快感、不安感が増大していると思われる。写真は、過去の一瞬を切り取ったものに過ぎないとしても、人のばあい対象物は一時的に認識、記憶され得るだけであるが、写真は撮影されることにより、情報を記録し、第三者が客観的に認識できる状況を半永続的に作出する点で、人の記憶情報とは質を異にするのである。⁽²⁾ また、一瞬の記録であるが故に、記録された情報に対しては真実、虚実の

評価が生まれることになる。そのような情報を新聞等の既存のメディアとは異なるインターネットを通して巨大企業により地図情報のごとく第三者に提供されるのである。インターネットがこれまでのメディアと違うことは、著作権法上に「自動公衆送信」(二三条)が創設されたことから明らかである。ストリートビューに関して、日本弁護士連合会は、「多数の人物・家屋等を映し出すインターネット上の地図検索システムに関する意見書」の中で、「多数の人物・家屋等を映し出すインターネット上の地図検索システムについて、同意なく撮影した、網羅的・大量の人物を特定できるものとして公表する行為は、対象となる多数の市民のプライバシー制約を上回る公的利益が認められない場合には違法である⁽³⁾」としている。総務省「利用者視点を踏まえたICTサービスに係る諸問題に関する研究会」『第一次提言(案)』は、多くの自治体でも住民の不安を反映した意見書が採択されていることを指摘している⁽⁴⁾。さらに、ストリートビューを利用した犯罪も報道されている⁽⁵⁾。

これに対し、ストリートビューについてのグーグルの考え方は、「個人情報取得するものではなく」、「このサービスについては個人情報保護法の適用はない⁽⁶⁾」とするものと推論されている。また、グーグルはアメリカ合衆国において公道をパブリックな空間と捉え、ストリートビューの写真は公道から撮影したものであるから問題ないとしている⁽⁷⁾。さらに、顔が認識できる自宅に居る様子を撮影された画像がストリートビューに公開されているのはプライバシーの侵害であるとして、アメリカ合衆国でグーグルを訴えた「BORING VS. GOOGLE INC」事件⁽⁸⁾において、グーグルは、「衛星技術の進歩を受けて、現代では砂漠の真ん中にいたとしても完全なプライバシーなどは存在しない」と述べ、「現代社会にプライバシーなどは存在しない」と反論したとされる⁽⁹⁾。

はたして、このようなグーグルのプライバシー方針は正当、合法なのであろうか。そこで、本稿では「道路周辺画

像サービス」で提供されているが、問題点が少ないと思われるがちな「個人の住居情報」に焦点を絞り、プライバシー、プライバシーとして保護される個人情報と、その個人情報の収集・管理に関する個人情報保護法との関係から画像提供の是非について検討することにした。

そこで、まず、プライバシー情報の自己決定権を規定するEUの「データ保護指令」と、「データ保護指令」に従い整備された各国の個人情報保護法により、ストリートビューとの関係でどのようにプライバシーが守られているかを、スイス（EU非加盟国）、オーストリア、ドイツを例として示し、ドイツにおける個人情報に関する自己決定権を考察することにする。次に、プライバシー権について考察し、情報化時代にふさわしいプライバシー権を検討することにする。さらに、グーグルのわが国の個人情報保護法違反について検討する。これらの考察を通して、ストリートビューによるプライバシー侵害を明らかにし、その解決策を探ることにした。

2 EU「データ保護指令」とスイス、オーストリア、ドイツの状況

(1) EU「データ保護指令」

EU諸国のプライバシーの保護に関し、一九九五年一〇月に欧州議会および欧州理事会は、「個人データ処理に係る個人の保護及びその自由な移動に関する欧州議会及び理事会指令」^⑩を採択した。これにより、加盟国は、各国の個人情報の保護に関する法をこの「データ保護指令」に沿うよう整備することとなった。なお、「指令」は、達成すべき効果についてのみ加盟国を拘束するが、達成の為の方法については加盟国に委ねられるため、^⑫各国で整備された法が全く同一条文というわけではない。

「データ保護指令」は以下のような点を規定する。同指令は、人データ処理に関する自然人の基本的権利と自由、特にプライバシーの権利を保護することを目的として掲げる（二条一項）。同指令は、個人データとは、識別され又は識別され得る自然人に関する全てのデータを意味するとし（二条a）、個人データ処理とは、個人データに関して行われる操作をいい、コンピュータで処理されるか、手作業で処理されるかを問わず、操作とは、収集、記録、蓄積、修正、変更、利用、移転、開示、消去等の行為を意味するとしている（二条b）。

さらに、六条において、個人データの内容に関して、公正かつ適法な処理（六条a）、収集目的の特定性・明確性・適法性（六条b）、適切性、関連性、過度でないこと（六条c）、データの正確性・最新性（六条d）、目的に照らして必要な期間内のみ保存すること（六条e）、という個人データが満たすべき要件を規定する。

七条は、個人データは、七条bないしfの場合を除き、データ主体の明確な同意がある場合にのみ処理が可能であるとし、一〇条でデータ主体から直接データを収集する処理の場合には、管理者の名や住所などの身元を示す情報、処理の目的、データを取得する者、情報の提供が義務的か否か、アクセス権・修正権の存在等を告知しなければならないとしている。さらに、一条は、データ主体からデータが直接収集されなかった場合でも、個人データの記録時、又は第三者に開示されるときまでに、管理者の身元や処理の目的等の情報をデータ主体に提供しなければならないと規定する。また、人種、民族、政治的見解、宗教、思想、信条、労働組合への加盟に関する情報、もしくは健康又は性生活に関するいわゆるセンシティブ情報の処理は原則として禁止される（八条一項）。

データの主体に与えられる権利として、アクセス権（二二条）、異議申立権（二四条）、すべての者に与えられる権利として、自動処理された個人決定に従わない権利（二五条）が規定されている。

本指令は、加盟国が本指令に従って採択した規則の各加盟国領域内での、適用の監視の為の公的な独立監督機関を設けることを要請している（二八条二項）。監督機関は、処理作業の目的物となるデータにアクセスする権限、監視職務の遂行のために必要な全ての情報を収集する権限のような調査権、国内規則への違反があった場合に、訴訟を起こし、又はこのような違反を司法当局に通知する権限が与えられる（二八条三項）。

以上のような諸規定に基づいて、加盟国は、国内法の整備を行うことになったのである。

(2) スイスにおけるストリートビューの状況¹³

スイス（EU非加盟国）では、二〇〇九年三月にグーグルによる市街の撮影が開始され、二〇〇九年八月一八日からストリートビューで画像の提供が開始された。公開された画像には人の顔や車のナンバーのぼかし処理が不十分なものが多く含まれていたため、「連邦情報保護と公開に関する委員会（EDÖB）¹⁴」とグーグルとの間でそれら画像の公開に関して協議が行われたが、グーグルは、委員会が求めたプライバシーを侵害しない為の全ての改善策を、二〇〇九年一月一日に文書で拒否した。委員会は、グーグルに対し、二〇〇九年一月一日に改善策を勧告するとともに、勧告内容の履行を求める訴えを連邦行政裁判所に提起し、判決が下されるまで、撮影されたスイス国内に関する画像の公開とスイス国内での今後の撮影を禁止する仮処分を申請した。仮処分は、グーグルが、訴訟継続期間中は委員会の勧告内容に基づく撮影条件を守ることと、画像処理条件に従うことを認めた為、取り下げられた。委員会の勧告内容は以下のようなものであった。

- ① 顔と車のナンバーが十分にぼかし処理された画像だけが公開されることの保障。
- ② 機微な領域、特に女性保護施設、老人ホーム、刑務所、学校、社会事務所、後見人事務所、裁判所と病院にい

る人のぼかし処理の保障。

③ 私的領域（柵で囲われた中庭、庭等）が画像記録装置に撮影記録されないこと、私的領域の既に撮影された人の画像はストリートビューサービスから削除されることの保障。

④ 私道から同意なく撮影された画像のストリートビューからの削除の保障。

⑤ 少なくとも一週間前に、どの市町村が撮影されるかを告知すること。

⑥ 撮影画像のネットへの公開の一週間前に、どの市町村が公開されるのか告知すること。

スイス連邦行政裁判所は、二〇一一年三月三〇日判決で、④を権利請求権者（訴えの利益）との関係で棄却し、他の勧告内容については、委員会の請求通り認めたのである。

そこで、グーグルは、公法上の権利に関する重要な問題であるとして二〇一一年五月一九日に連邦裁判所（最高裁判所）に上訴した。連邦裁判所は、グーグルの訴えを一部認め、本判決により示された義務を超える義務を課しているという点で、①から③までの勧告内容は破棄されるとし、その他の点に関してはグーグルの上訴を棄却する判決を二〇一二年五月三一日に下した。

スイス連邦裁判所の判決を要約すると以下の様になる。¹⁵

グーグルとグーグルスイスが以下の基準を満たすならば、スイスではグーグルによる自動ぼかし処理の未処理部分は、わずかな誤差率（一％）となりうる。

1 全ての利用可能な技術的方法で完全なぼかし処理を目指すことと自動的ぼかし処理を常にその技術的水準に適合させることは、グーグル（グーグルとグーグルスイス）の義務である。

2 とりわけ女性避難施設、老人ホーム、刑務所、学校、裁判所、病院という機微な施設についてのストリートビューによる画像の公開の際に、顔と同時に、肌の色、服装、身体傷害の補助具などの個別化しうる特徴をものではや突き止めえないようにするために、インターネットにアップロードする前に個人に関し実施するぼかし処理を完全に保証しなければならない。

3 グーグルは、ストリートビューで画像の公開の際に、私的領域（柵などで囲った中庭、庭等）に配慮することを保障すること。二メートルを超えるカメラの高さから撮影された、そして通常の歩行者の一瞥から遮られた私的領域の画像はストリートビューで公開されてはならない。該当者の承諾がない限り、より高いカメラ位置から撮影されたすでに公開されている私的領域の画像は、ストリートビューから削除されなければならない。権利者が、個々の事例において前もって異議の申し立ての権利を行使せず、個人的領域の侵害の即時の除去を要求しない限り、削除に関しグーグルは最長三年の猶予期間を利用できる。

個人領域の侵害を可能なかぎり完全に防止するために、侵害の疑いがある場合にぼかし処理を行うことにより、公の領域における個人的領域の区別の困難さは顧慮され得る。

4 グーグルは、権利者のぼかし処理の訴えに向けて、引き続きストリートビューのぼかし処理ソフトが自動的に実行しなかった部分の手作業による十分なぼかし処理に取り組み、ふさわしい方式でぼかし処理の訴えの可能性を広告する。広告には、ストリートビューの利用者に、ストリートビューで許可できない内容の十分なぼかし処理の訴えのきつかけとなる、十分に確実なリンク―「ぼかし処理の請求」というような明確な指示のある―を提供することが本質的に含まれる。グーグルは、ぼかし処理に対する利益が証明される必要なしに、権限のあるぼかし処理の請求を

直ちにそして利用者に対し無料でばかし処理済みの画像と置き換えねばならない。訴えを文書でなす者に対し、グーグルは訴えの為にスイス内の郵便受領の住所を届けなければならない。この訴えの可能性は定期的期間（少なくとも三年ごと）に広く広告され、地域の情報手段、とりわけ報道機関で公に広告されなければならない。新たな撮影が行われる、新たな撮影物がストリートビューにアップロードされるのであれば、同じく報道機関に広告し、明示的に異議の訴の可能性の注意を喚起しなければならない。

EU諸国間とのデータの移動とデータの保護の為に、EUの「データ保護指令」に合致するよう整備されたスイスデータ保護法に基づくスイス連邦裁判所のこの判決は、ヨーロッパにおける路上画像の組織的な撮影とその撮影画像のインターネット上での提供に関する最初の上級裁判所の判断であり、EU加盟国の情報保護法の解釈に影響を与えるものと評価されている。⁽¹⁶⁾ この判決により、ばかし処理は原則として自動処理で足りることが認められたため、現在、グーグルはこの判決に沿ってストリートビューサービスを提供している。しかし、委員会の勧告は個人の建物に関するばかし処理について触れておらず、争点となっていないためスイス連邦裁判所の判断は示されていないのである。

(3) オーストリアにおけるストリートビューの状況⁽¹⁷⁾

オーストリアでは、二〇一〇年初めに、グーグルが画像撮影の際にWi-Fiラン（Wi-Fi-LAN）のデータを取得し、同時にE-Mailのデータを記録したことが発覚し、オーストリア「データ保護委員会（DSK）」⁽¹⁸⁾は「データ保護法二〇〇〇」二〇条二項、秘密保持の権利の保護義務に反する危険により、全てのストリートビューサービスを禁止した。グーグルが今後画像撮影の際にWi-Fiランのデータを取得しないこと、ストリートビューによる画像公開を広

告すること、インターネットへの公開前の段階で顔と車のナンバーのぼかし処理を実施すると表明したことにより、二〇一〇年一月三〇日にデータ保護委員会による処分は解除された。ついで、データ保護委員会は、二〇一一年四月二一日に以下の追加措置を勧告した。¹⁹⁾

① 特に機微な領域の人に関する画像は、いかなる場合でも、顔ばかりでなく人の全体像をぼかし処理すること。特に、教会、祈祷の建物、女性保護施設、刑務所の出入口は機微な領域の一部と見なされる。

② 私的な、とりわけ柵で囲われた個人の庭、中庭のような歩行者から目隠しされている不動産の撮影画像はインターネットへの公開前にぼかし処理されること。

③ 「データ保護法二〇〇〇」二八条二項により、被写体となる者にデータの取得の時点から異議申し立ての権利が当然に与えられること。建物に関する公開に対し、画像データの公開前に、当該建物に関する当事者に異議の申し立ての権利が行使できるよう、簡単に異議申し立ての権利を主張する為の相応の手段を自由に利用できるようにすること。既に公開されている画像を含め、異議申し立ての権利の存在と異議申し立ての権利行使の方法をグーグルのウェブサイトに表示すること。

さらに、①と②は、インターネット上へのデータの公開前に終了していなければならず、異議申し立ての方法並びに③による権利行使に関する情報は、少なくとも画像データのインターネット上への公開の一二週間前に広告されなければならない。

グーグルは、これらの条件の下で、ストリートビューの提供が再び開始できるようになった。しかし、二〇一四年七月、グーグル広報担当者は、既にオーストリア全土にわたる画像撮影を終了しているが、これらデータはグーグル

ストリートビュー画像として提供されないことを明らかにした。⁽²⁰⁾理由は二〇一四年四月二日の勧告の条件が厳しく達成できないからであるとされる。つまり、オーストリアデータ保護委員会の勧告内容では、公開前の段階で人の全体像や建物のぼかし処理が行われなければならない。しかし、これらの処理はスイス連邦裁判所が十分とした自動ぼかし処理だけでは不可能であり、これらは人手により処理されなければならない多大な経費がかかるからである。これにより、オーストリアはヨーロッパ諸国の中で唯一、自国のグーグルストリートビュー画像が提供されない国となっている。

(4) ドイツにおけるストリートビューの状況

(i) ドイツでは、二〇一〇年一月二日に、初めてドイツの街並みが公開された。グーグルは、撮影される都市を公開し二〇〇八年七月からドイツの街並みの撮影を開始した。ドイツ個人情報保護法制度において、民間部門に関する法の適用については各州の監督官庁がその役割を担うが、ディッユセルドルファー会同 (Düsseldorfer Kreis) と呼ばれる各州の最上級監督庁の集まりがある。ストリートビューの問題に関しては、グーグルの届け出⁽²¹⁾により、このディッユセルドルファー会同とハンブルク監督官とグーグルとの間で、グーグルストリートビューによる画像公開の際の個人情報の保護に関する協議が行われ、グーグルは、二〇〇九年四月にディッユセルドルファー会同と、二〇〇九年七月「ハンブルク情報保護と公開に関する保護機関」との間で、グーグルストリートビューによる画像公開に関する一三項目の合意書を交わした。⁽²²⁾

二〇一〇年八月一〇日、グーグルは、二〇一〇年中にドイツの二〇都市の画像が公開される予定であると公表し、合意書に基づく異議申し立て方法をインターネットで配信するとした。これらの情報は、雑誌、新聞紙、地方紙に全

面広告という形で公表された。これに対し、情報監督官、連邦情報保護官、政治家、法律家などから批判がなされた。⁽²³⁾ 異議申し立て期間が夏休み期間中の四週間であるとか、電話での異議申し立ての問い合わせができないなど問題があったからである。結局、八月一七日に開始された事前の異議申し立ては四週間延長された。さらに、不動産所有者の利益を代表する「家屋と土地」連盟は、撮影カメラの高さを批判し、刑事関係公務員同盟は、犯罪者が下見の道具として利用できると批判した。⁽²⁴⁾

二〇一〇年一〇月二一日付けのハンブルク情報保護監督官（機関）のプレスリリース⁽²⁵⁾によれば、二〇都市の三パーセントの世帯が異議を申立てている。その数値をドイツ全土（四〇〇〇万世帯）に当てはめると四分の一弱（八五〇万世帯）に該当することになる。また、二〇都市の異議の数は二四五〇〇〇件に及んだとされる。そして、二〇一一年四月一日のハンブルク情報保護監督官（機関）のプレスリリース⁽²⁶⁾によれば、この異議の件数により、グーグルはドイツにおいて現在提供している二〇都市以外の都市のストリートビューデータの提供を行わないことを表明したとされる。さらに同リリースの中で、「オプトアウト」という方式による異議申し立て方法が正しかったとしている。グーグルは、オーストリアの場合と同じく、建物についてドイツにおいても自動ぼかし処理ができないことによる経費の問題が生じ、計画の変更・中止をせざるを得なくなったと思われる。

(5) ドイツにおける個人情報保護

ドイツにおいて、グーグルストリートビューの画像に関する異議申し立ては、「情報に対する自己決定権（Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung）」⁽²⁷⁾に基づく説明されている。「情報に対する自己決定権」とプライバシー権は、ドイツ基本法一条および二条から導き出されると解されている。⁽²⁸⁾ つまり、ドイツ基本法二条一項は、ドイツ基

本法において個別的に認められている自由権ばかりではなく、人格の不可侵性を広範囲に保障するものであり、この点では、国家による人権侵害のからの保護に貢献するが、個人によるプライバシーの不可侵性の侵害に対する国家による保護にも貢献する。この「間接的第三者効力 (mittelbare Drittwirkung)」は実務上とりわけ大きな意味があると解されている。⁽²⁹⁾

普遍的な行動の自由である人格の発展の「能動的」要素から、連邦憲法裁判所は個人のプライバシーと社会的妥当性の要求権の尊重に関する権利を引き出す。この権利は民法の判例にならって「一般的人格権」として示され、⁽³⁰⁾ 一条一項と関連して二条一項から導き出されている。基本権の価値体系は、社会的共同体の内部で発展する個人の人格とそれを尊重することの中に意義があるとされ、人格は基本法一条一項と二条一項に従って尊重と保護が全ての国家権力に対して当然認められるべきものである。人が一人であることを、自らの責任で決定することができることを、様々な干渉により邪魔をされないことを望む、人の「プライベートな領域」は特にこの保護を要求することが許される領域である。そして、「一般的人格権の責務は、きわめて私的な生活領域と、伝統的な具体的自由の保障により限定されて理解され得るのではない生活領域の基本的諸条件 (事項) の維持の保障である」と解されている。⁽³¹⁾

情報に関する自己決定の権利は、連邦憲法裁判所により一条一項に関連して、二条一項から、国勢調査に関する裁判⁽³²⁾の中で、自動的なデータ処理の危険の議論を通して引き出された。人格の自由な発展は、現在の電子的データ処理の諸条件の下で、個人情報⁽³³⁾の無制限な調査、保存、利用、転用に対する個人の保護を必要とする。ドイツ基本法は、その限りにおいて、基本的に自ら自身の個人的情報の放棄と利用に関して決定することの個人の権限を保障する。保障の必要性の根拠と理由は、もっぱら電子的データ処理の可能性の中にだけ存在するのではない。それどころか、情

報に関する自己決定の権利は、一般的に国家の調査と個人に関する情報の処理の前段階を保護するのである。連邦憲法裁判所は、この権利―プライバシーの保護、反論の権利、あるいは自己負罪の権利―を一般的人格権の特別に明確な形として生み出し、この権利の具体化の流れの中で、「何時、個人的な生活状況がいかなる範囲の中で明らかにされるかを、基本的に自ら決定することという、自己決定の觀念から結果として生じる個人の権限」としてまったく普遍的に明示している⁽³³⁾。

ここから、今日、情報の自己決定権を、情報侵害のあらゆる種類に、原則的に基本権の制約の確認の為に一元的な原理が用いられるという結論をともなった、人格、とりわけ個人のプライバシーに関する人格権保護に関する情報は、関係する人格保護の全ての観点の統合として理解することができる⁽³⁴⁾。連邦憲法裁判所は、情報の自己決定の権利に、個別的価値を越えた公共の利益の関係を認める。つまり、いかなる情報がどのような立場から収集され、利用され、引き渡されるかについて不確実であるならば、個人の自己決定の重大な侵害に関して、とりわけコミュニケーションにおけるとまどいに関して、あるいは行為の順応に関して、これから先も、基本権の行使の放棄の結果をもたらすであろう。しかし、個人の自己決定は、「正当な、自由な 民主的な公共団体の市民の行為能力と寄与能力の根本的な活動条件なのである」と解されている⁽³⁵⁾。

連邦裁判所のこの自己情報決定権の考え方は、一九九〇年改正の連邦データ保護法に取り入れられているといわれている⁽³⁶⁾。

ドイツにおいては、このように、連邦データ保護法三条一項の「特定の、特定可能な人の一身的で具体的な状況に関する情報」である個人情報としての不動産の画像を開示するか否かを、自己情報決定権により決定できることにな

るのである。

3 プライバシー権

(1) アメリカ合衆国におけるプライバシー権論

(i) アメリカ合衆国におけるプライバシー権論の概観

アメリカ合衆国憲法にはプライバシーに関する権利が具体的に規定されているわけではない。多くの文献によれば、プライバシー権については、一八九〇年にウォーレンとブランドイスが発表し、「ハーバード・ロー・レビュー」に掲載された論文「プライバシーの権利」⁽³⁷⁾で、プライバシーの権利（二人で放っておいてもらう権利）が不法行為上の問題として論じられたとされる。この論文により、プライバシー権が不法行為上の権利として認識される素地が整ったとされる。⁽³⁸⁾一九六〇年にカリフォルニア・ロー・レビューにプロッサーが論文「プライバシー」を公表した。この論文は、これまでのプライバシーの権利に関する判例を精査し、プライバシーの侵害行為の態様を整理しようと試みられたものであった。プロッサーは、不法行為としてのプライバシー権について、四類型に分類した。⁽³⁹⁾このプロッサーの分類は、「不法行為上のプライバシーの権利の確固たる地位を築いた理論として評価される」が、「プライバシーの権利という一つの法的権利を承認する」というものではなかったとされる。⁽⁴⁰⁾

新保史生は、アメリカにおける六〇年代以降の憲法上のプライバシー権に関する議論の中では、「自律権としてのプライバシーの権利」と「情報コントロール権としてのプライバシーの権利」とは、それぞれ別個に発展してきたと解することができる⁽⁴¹⁾と説明する。そして、「情報コントロール権としてのプライバシーの権利」については、捜査機関

の盗聴問題を中心として、電話盗聴が修正第四条の保護を受けられないとする「オルムステッド⁽⁴²⁾・ゴールドマン⁽⁴³⁾法理」(Olmstead-Goldman doctrine)が、一九六七年のカッツ事件判決⁽⁴⁴⁾により破棄される経過で説明される。カッツ事件判決では、「修正四条は人を保護する規定であり、場所を保護する規定ではない⁽⁴⁵⁾」と修正第四条の適用を認めるのであると説く。⁽⁴⁶⁾

これに対し、山本龍彦は、一九六〇年代にアメリカでは、プライバシー権の主たる関心が個人に関する情報のコントロールへと移行し始めた⁽⁴⁷⁾と捉え、日本における「情報コントロール権」説との関係を含めて、情報コントロールとプライバシーの関係の説明される⁽⁴⁷⁾。山本によれば、リウエスティンとフリードが、著書「プライバシーと自由」で、プライバシーを「自己に関する情報を、いつ、どのように、どの範囲で他者に伝達するかを自ら決定するという個人集団または組織の要求」と定義し、フリードが、論文「プライバシー」⁽⁴⁸⁾で、プライバシーを、「秘密性や、他者が自己について知ることの制限⁽⁴⁹⁾」と捉えるだけでは不十分で、これを「自己に関する情報のコントロール⁽⁵⁰⁾」と定義したという流れを、「ウェットな情報コントロール権」と呼んで説明する⁽⁵¹⁾。さらに、一九九〇年代後半になると、高度デジタル社会への対応から、議論の重点が「事後的で個別具体的な(不法)行為 (specific wrongs)ではなく、情報システムや、データベースの構造ないしアーキテクチャそれ自体に置く「構造論的転回 (structural turn)」⁽⁵²⁾」が起こった。プライバシー権論の重点は、「システム構築を前提として、その構造やアーキテクチャをどのように設計すべきか(濫用等の危険を防ぐ強いアーキテクチャとは如何なるものか)」という問題へと移ってきている」とする見解を情報プライバシー学派(ドライな自己情報コントロール権)と説明する⁽⁵²⁾。この学派によれば、「プライバシー権はシステム構築を目的とした(又はシステム構築に供されることが予見される)個人情報⁽⁵³⁾の収集・保存によって「侵害」されうる」ものとして

いる。また、一九九〇年前後からの多くの文献を挙げ、プライバシー権が「社会公共的価値、公共的価値として強調されるようになってきている」ことを指摘されている。⁽⁵⁴⁾

(ii) 公共空間からの私的空間の侵害

公共空間におけるプライバシー権（グーグルのストリートビューに関する主張の根拠と思われる）について、ローレンス・レッシングは、アメリカの伝統的な理論（アメリカ合衆国憲法修正第四条から導き出されるプライバシー権理論）によれば、人は「公共の場にでること、その人は自分について他人が知ることを隠したりコントロールしたりする権利をすべて放棄したことになる。その人が自分自身について送信する事実は「空気のように自由に一般の利用に供されている」⁽⁵⁵⁾。法は公共的な状況で集められたデータについては、一切法的な保護を提供しない」のであると指摘する。さらにレッシングは、公共の場にいるときの各種事実は、憲法起草者たちによる明確な価値判断に基づいて守られていたのではなく「法的には保護されていなくても、そうした事実を集めたり利用したりするコストの高さによって実質的に守られて」いたのであると説く。しかし、デジタル技術は、データの収集と検索を極めて簡単に行えるようにし、「もともと監視を目的としない技術や、限られた監視しか考えていなかった技術が、いまや堂々たる監視技術になっている。こうした技術の総和は、驚くほどの検索可能なデータを作り出す。そして、もともと重要な点として、これらの技術が成熟するにつれて、通常社会に住む一般人がこの監視から逃れる方法は基本的になくなる。⁽⁵⁶⁾このような状況においては、無差別な検索がまったく邪魔にならなくても、検索されていることに気がつかなかったとしても、そもそも検索しようとする事自体が「人の尊厳に対する攻撃だ」⁽⁵⁷⁾と説くのである。つまり、プライバシー権の本質は「人の尊厳」であるとするものと思われる。そして、レッシングは、サイバー空間におけるプライバシーに対する脅威

は、政府（をはじめとする組織）が公共の場で人の活動をスパイする「デジタル捜査」と、民間（をはじめとする）組織による、増大したデータの商業目的の利用、情報源からの搾取等であると指摘する。⁵⁸

レッシングが指摘する公共空間のプライバシーに関する伝統的な理論は、まさにグーグルが無修正の道路周辺映像（画像）をストリートビューで公開することの正当性を主張する根拠であったと思われる。スイス連邦裁判所の判決（本稿2(2)参照）や各国のデータ保護委員会等のストリートビューに対する画像処理の指示（勧告）からも、後述のようにわが国の学説・判例においても公共空間におけるプライバシー権の存在が肯定されることからしても、このアメリカの理論がグローバルスタンダードではないことは明らかである。結果として、グーグルは各国の道路周辺情報を撮影することにより、無差別な検索が可能な膨大なデータを作り出したのである。レッシングは、個々のデータも集積され、検索、検索しようとすることはプライバシーの侵害となると解するのであるから、伝統的な公共空間のプライバシー理論を肯定しているのではなく、レッシングの見解によればグーグルの撮影・集積・開示行為はプライバシーの侵害ということになる。

(3) 我が国のプライバシー権論

(i) 私法上のプライバシー権

わが国では、いわゆる「宴のあと」事件を契機として私法上のプライバシー権が広くみとめられるようになる。東京地方裁判所は、本事件判決（昭和三十九年九月二八日判タ一六五頁）でプライバシー権について定義し、また、その権利侵害の成立要件も提示した。

判決は、「二人で放っておいてもらう権利」と捉えるウォーレンとブランドイスの古典的な考え方⁵⁹の延長にあるといえるプライバシー権として、「私生活をみだりに公開されないという法的保障ないし権利」と定義した。その権利侵害の成立要件については、

① 「私生活上の事実または私生活上の事実らしく受け取られるおそれのあることがらであること」
② 「一般人の感受性を基準にして当該私人の立場に立った場合公開を欲しないであろうと認められることがらであること、換言すれば一般人の感覚を基準として公開されることによって心理的な負担、不安を覚えるであろうと認められることがらであること」

③ 「一般人の人々に未だ知られていないことがらであること」

④ 「このような公開によって当該私人が実際に不快、不安の念を覚えたこと」
を挙げている。

(ii) 「情報プライバシー権」説（通説）

1. 一九六〇年代になり、主にアメリカで「情報コントロール権説」が現れ、わが国でもこのような見解が主張されるようになる。佐藤幸治は、プライバシーの権利を、「個人が道徳的自律の存在として、自ら善であると判断する目的を追求して、他者とコミュニケーションし、自己の存在にかかわる情報を開示する範囲を選択できる権利」と定義する。そして、この意味での権利は、「幸福追求権」の一部を構成するにふさわしいとする。このような理解は、「情報プライバシー権」説と呼ばれると説明する⁵⁹。そして、プライバシーは、「公権力がその人の意思に反して接触を強要し、その人の道徳的自律の存在にかかわる情報（仮にこれを「プライバシー固有情報」と呼ぶ）を取得し、あるいは

利用ないし対外的に開示することが原則的に禁止される」領域のものと、公権力が、個人の道徳的自律の存在に直接かかわらない外的事項に関する個別的情報（仮にこれを「プライバシー外延情報」と呼ぶ）を、正当な政府目的のために、正当な方法を通じて取得・保有・利用しても、直ちにはプライバシーの権利の侵害とはいえない⁶⁴」が、外延情報も、悪用されまたは集積されるとき、個人の道徳的自律の存在に影響を及ぼすものとして、プライバシーの権利の侵害の問題が生ずる⁶⁵とする。つまりプライバシーには「固有情報」と「外延情報」という二つの領域があり、その保護に違いがあるとする。

情報プライバシー権説は、プライバシーに係る情報を、固有情報と外延情報に区別している。（公共空間であつても）警察官が正当な理由なく容貌の撮影をすることは、固有情報としての情報プライバシー権の問題であるが、外延情報の場合は、情報が悪用されまたは集積されるときプライバシーの侵害の問題が生ずるが、「正当な政府目的のために、正当な方法を通じて取得・保有・利用しても、直ちにはプライバシーの権利の侵害とはいえない⁶⁶」としている。これは、固有情報と外延情報を区別することにより、保護の程度に差異を設け、自己の存在にかかわる情報プライバシーの肥大化を防ごうとしたものと思われる。しかし、いわゆる「データ・バンク社会」においては、「外延情報も個人の知らないままに集積され、オンラインで結ばれたりして様々な利用対象とされるとき、個人の道徳的自立の存在を脅かす可能性が生じ」るので、「広く「個人情報」をプライバシーの権利に関わるものとして保護のあり方を考える必要があ⁶⁷り、「プライバシーの権利保護の観点から個人情報の取り扱い方につきルール化を図る必要がある⁶⁸」とするに至っている。そのルールの一つとして、個人情報保護法（平成一五年施行）を挙げている。他方、情報プライバシー権説のいう「プライバシー固有情報⁶⁹」は、いわゆるセンシティブ情報であるとされるが、例えば「指紋」は固

有情報に含まれるのであろう。⁽⁶⁷⁾ 今日、バイオメトリクス認証技術⁽⁶⁸⁾の発達により、人の様々な身体情報を利用して個人を識別できるようになったが、例えば、「容貌等の写真」(例えば卒業アルバムの写真)をバイオメトリクス認証の識別情報に利用する場合、この写真は固有情報となるのであろうか。固有情報(厳格審査による)⁽⁶⁹⁾と外延情報(比較衡量による)により保護に違いがあるとすれば、明確に区別できなければ十分な保護はできないことになる。この区別はいわゆる「自己情報プライバシー」のインフレ化を防ぐための峻別機能であるが、情報化社会におけるプライバシーの保護の為には、柔軟性に欠けるものと思われ、急速に技術進化する情報化社会に対応しえないと思われる。

2. 情報プライバシー権説によれば、外延情報がプライバシーの権利として保障される範囲・程度は、文脈依存的に判断されると解している。しかしこの点について、ローレンス・レッシングは、憲法の規定に隠されていたあいまいさの検討を通して以下のように批判している。まずレッシングは次のような問題を提起する。閲覧許可がなければ保有することが違法なファイルを発見する為にFBIがワームを作成する。そのワームはあらゆるコンピュータに侵入し、侵入したコンピュータの処理を全く妨害することなく問題のファイルを検索し、発見した場合にのみFBIに連絡しない場合は自分自身を消去する。このワームによる捜査は、合衆国憲法修正第四条に反する汎用捜査となるのか、明らかな容疑がなくても憲法上容認されている空港の麻薬捜査犬による捜査と同じなのかという問題である。⁽⁷⁰⁾

レッシングは、これは合衆国憲法修正第四条が何を守るかという考え方次第であるとし、「一つの見方としては、修正第四条は、容疑なしに政府が侵入してくるのを防ぐ。その侵入が、邪魔だろうとそうでなかろうと関係ない。二番目の見方としては、修正第四条は負担になる侵入から市民を守るもので、罪状が明らかになるという十分な容疑のある者だけにその負担がかかるようにしている、というもの。憲法の枠組みを決めた人々は、このとてもちがった保護

のあり方を区別しない。当時の技術ではそうした区別は存在しなかったからだ」と説明する。⁽⁷¹⁾そして、「憲法の保護についての公平な見方には、二種類の方向性があり得る。ワームの侵入は、憲法修正第四条が守ろうとした尊厳に反するという見方をしてもいいし、あるいはワームの侵入は妨害性がないので十分合理的だという見方もできる。答えはどちらでもいい、ということは、このワームがもたらす変化は、もとの憲法の規定に隠されていたあいまいさを暴露した、ということだ。もとの文脈では、規定ははっきりしていた（汎用捜査はダメ）が、現在の文脈では、憲法がどの価値観を守ろうとしていたかによって、規定が変わってくる。問題はいまや（少なくとも）二つのちがった答えの間であいまいになっている。いずれの答えも価値観次第では可能なので、どっちかをわれわれが選ばなくてはならない」と説く。このようにレッシングは、プライバシーの範疇を決めるにあたり、文脈依存では結論を導きえない場合があることを指摘しているのである。つまり、「文脈依存的な判断」では、プライバシーとして保護される範囲を明確に区別できないと思われる。

3. 高橋寛は、情報コントロール権に立ちつつ、住宅画像が無断でインターネット経由で世界に公開されることについては、「住人の心の静穏を乱している」と捉え、平穏のプライバシーの侵害であるとする。そして、「現代社会において、他者から自己の欲しない刺激によって心を乱されない利益、いわば心の静穏の利益もまた、不法行為法上、被侵害利益となりうるものと認めてよい」とし、⁽⁷³⁾同様に最高裁は、「個人が他者から自己の欲しない刺戟によって心の静穏を乱されない利益を有しており、これを広い意味でのプライバシーと呼ぶことができる」としている⁽⁷⁴⁾と説く。⁽⁷⁵⁾これは、共に伊藤正巳裁判官の見解である。

伊藤裁判官は、最高裁昭和六三年十二月二〇日判決（商業宣伝放送差止等請求事件）の補足意見として以下のように

説明している。「私見によれば、他者から自己の欲しない刺戟によって心の静穏を害されない利益は、人格的利益として現代社会において重要なものであり、これを包括的な人権としての幸福追求権（憲法二三条）に含まれると解することもできないものではないけれども、これを精神的自由権の一つとして憲法上優越的地位を有するものとすることは適当ではないと考える。それは、社会に存在する他の利益との調整が図られなければならない、個人の人格にかかわる被侵害利益としての重要性を勘案しつつも、侵害行為の態様との相関関係において違法な侵害であるかどうかを判断しなければならず、プライバシーの利益の側からみるとときには、対立する利益（そこには経済的自由権も当然含まれる。）との較量にたつて、その侵害を受忍しなければならないこともありうるからである。この相関関係を判断するためには、侵害行為の具体的な態様について検討を行うことが必要となる」としている。さらに伊藤裁判官は、心の静穏の利益は公共空間においてはさらに弱い権利となり、市営地下鉄の列車内における商業宣伝放送（経済的自由権）よりも劣るとするのである。このように心の静穏の利益は極めて弱い権利であるということになる。「第一次提言（案）」は「道路周辺映像サービスは、地図情報の価値を大幅に高め得るものであり、現に有効利用されているほか、今後も様々な活動と連携していくことが予想され、高い将来性・可能性を秘めている⁽⁷⁶⁾」としており、心の静穏の利益と道路周辺映像サービスの有効利用が比較衡量された場合、心の静穏の利益が保護されるとは限らないとされる可能性もあり得よう。それゆえ、このように弱い権利である平穏のプライバシーを保護の根拠とすることは疑問である。

(3) 情報化社会のプライバシー権

芦部信喜は、コントロールとは、自己に関する情報を「いつ、どのように、どの程度まで、他者に伝達するかを自

ら決定する」ことであり、個人情報の収集、管理・利用、開示・提供のすべてにつき、本人の意思に反してはならないことが原則とされる。自己情報コントロール権としてのプライバシー権は、本来の自由権としての性格のほかに、積極的な請求権としての性格をも有する点で、いわゆる自己情報コントロール権よりも強力な権利であるとしている⁽⁷⁷⁾。この見解は、プライバシー権を積極的な請求権としての性格をも有する点で、いわゆる自己情報コントロール権よりも強力な権利として捉えている。

さらに芦部は、「自己情報コントロール権」としてのプライバシー権は「個人の人格的生存にかかわる重要な私的事項（たとえば容ぼう、前科などの自己に関する情報）は各自が自律的に決定できる自由⁽⁷⁸⁾」である。個人情報とは「実際には相互に関連するものが多く、すべての情報に一定のセンシティブ性が認められる」から、ここにいる私的事項には情報コントロール権説の説く固有情報と外延情報が区別されることなく共に含まれる。その上で、「①だれが考えてもプライバシーであると思われる情報、②一般的にプライバシーと考えられる情報、③プライバシーに該当するか否か判然としない情報、④法令の規定によって何人でも閲覧できる情報等」に分類することができる⁽⁷⁹⁾。「一般原則に欠けるセンシティブ性のみを根拠にあらかじめ二分せず、個人情報すべてを保護の対象となるものと考え、その収集、保護、利用ないし開示についてプライバシー権の侵害の有無が争われた場合」、①については「やむにやまれぬ基準」、②については「厳格な合理性」基準を用いて判断するのが妥当だとしている⁽⁸⁰⁾。この見解は、特に③の場合にも侵害に對する予防効果が優れているということができるであろう。

具体的に考察してみると、道路周辺情報サービスで提供される住居画像が、プライバシーの侵害と言えるためには、プライバシーに係る個人情報を含んでいなければならない。画像に写り込んでいる情報からその住居に関わる個人が

特定できるのであればプライバシーに係る個人情報を含んでいるということになる。この点に関し、モリッツは、ストリートビューと他の情報とを照合してそこに住む者の生活を探りだすことができ、知りえたその人の生活状況について得られる情報はドイツ連邦保護法三条一項の意味での個人に関わる情報であるとしている⁽⁸¹⁾。また、わが国では、道路周辺映像は地方自治体の固定資産税の管理に利用されているといわれる。そうであれば、その映像（画像）は、個人の資産を表している映像（画像）であるからプライバシーに係る個人情報が含まれていると解することも可能である。

また、プライバシーの保護の為に、情報の収集、収集後の安全、目的外の使用等に対する情報提供者の選択決定権を保護の対象に含まなければ不十分である。何故ならば、原則として個人情報の処分権は権利主体にあるからである。侵害の危険性に対する権利の主張が自明のことではないとすることもいえようが、憲法上の権利とみなされる多々が、「将来生じうる核心的憲法価値の侵害を未然に防ぐために設定された政策的で戦略的なルール」⁽⁸²⁾であるならば、それ自体としては小さな個人情報であっても、名寄せを可能にする検索条件となる情報の収集・提供によって起る人格権の侵害を未然に防ぐことは許されるといえるからである。例えば、ドライブレコーダー情報など日本では情報収集行為として問題とされていないが、ドイツ、オーストリアでは個人情報の収集行為とされるのである⁽⁸³⁾。それゆえ、住居画像が名寄せの為の情報を含んでいるのであれば、プライバシーに係る個人情報を含んでいると解すべきである。一旦漏えいされた情報をネットワーク社会から消し去ることが不可能であることを考えれば明らかであろう。また、EU「データ保護指令」は、情報に関する自己決定についてオプトインを規定する。このオプトイン方式も侵害危険性からの事前保護であるといえるのである。

例えば、ドイツ連邦憲法裁判所は、警察の自動記録装置による自動車登録番号の撮影に関して、それ自体としては、些細な意味しか有しない情報であつても、利用の目的、現在の処理および結合可能性により、該当者の私生活および行動の自由に基本法上重要な影響を及ぼすことがあり得る。電子情報処理技術の下においては、利用の脈絡と関係なく、全く重要でない個人情報、もはや存在しないとしている。⁽⁸⁴⁾ 情報化社会は、「千丈の堤も蟻の一穴から」という社会であり、些細と思われる情報から個人が特定されプロファイリングが可能なのである。以上のことから、道路周辺映像提供サービスの住居画像が、プライバシーに係る個人情報を含み提供されるならば、自由権としての性格と自己に関する情報の積極的なコントロール権を含んだ情報化社会のプライバシー権を侵害することになるのである。

3 公共空間からの私有空間の侵害（住居（建物）への侵害を中心として）

(i) 住居情報に関するわが国の判例

1. わが国では一般に、公共空間から撮影された住居の外観の写真が、当該個人のなどの個人を特定できる情報と共に公表される場合には当該個人の住居の外観の写真はプライバシーとして法的保護の対象になり得ると考えられている。

この件に関する判例としては、タレントの自宅等の情報の地図や建物の写真を掲載した書籍を出版・販売したという事案において、正当な理由なく「自宅又は実家の所在地を公表する」ことは、「プライバシーの利益を侵害する違法行為との評価を免れない」とする東京地裁平成一〇年一月三〇日判決がある。⁽⁸⁵⁾ この判決によれば、「一般に、他人に知られたくない私的事項をみだりに公表されない利益（以下「プライバシーの利益」という。）は、個人の人格的生

存に不可欠な人格的利益として法的保護に値するといふべきものであり」、「公表されたある事項が法的保護の対象となる「他人に知られたくない私的事項」と認められるためには、その事項がいわゆる「宴の後」判決の成立要件を充足する必要がある」。「私生活上の本拠地たる自宅等の住居は」、「極めて私事性が高い空間であり」、「その所在地に関する情報は私生活上の事柄に該当する」（成立要件①）。「自宅等の住居の所在地に関する情報は、今日の社会において、通常の一般人であれば自分がそれを知らせた相手又は知らせてもよいと思う相手以外の不特定多数の第三者に知られることを望むものではないことは明らかであり、自宅等の住居の所在地が見ず知らずの人に知られることになれば、あるいは自らの私生活の平穏が害されるのではないかとの不安を抱き一般に何らかの心理的な負担を覚える事柄である。したがって、自宅等の住居の所在地に関する情報は、一般人の感性を基準にして、公開を欲しないであろうと認められる事柄といえる」（成立要件②）。「更に、個人の自宅等の住居の所在地に関する情報は」、当該個人の周囲の人々の間等に周知されていたとしても、「一般の人々に広く知られている事柄ではない。したがって、自宅等の住居の所在地に関する情報」は成立要件③を満たす。よって、「一般に、個人の自宅等の住居の所在地に関する情報をみだりに公表されない利益は、プライバシーの利益として法的に保護されるべき利益」であると判示している。

この事件は、自宅（建物）の写真が特定の個人と結びつけられた他の情報と共に開示されているのであり、いわば特定の人物の集約された情報が開示されている場合である。それゆえ、単純な自宅（建物）の写真の公開がプライバシーの侵害となるかどうかについては明らかではない。しかし、本判決の解釈として、他の情報と容易に照合することができそれにより特定の個人を識別することができる自宅（建物）の写真であれば、公開を欲しないであろうと認められる事柄であり、プライバシーとして保護されると解することができると思われる。

2. 直接的な事案としては、グーグルストリートビューにより住居と洗濯物の画像が公開された行為を不法行為として損害賠償を求めた事案がある。⁽⁸⁶⁾ この事案の裁判所の判断に関して、原告代理人武藤糾明弁護士は、本判決は、写真ないし画像の撮影行為について、「被撮影者の承諾なく容ぼう・姿態が撮影される場合には肖像権侵害として類型的にとらえられるが、さらに、容ぼう・姿態以外の私的事項についても、その撮影行為により私生活上の平穩の利益が侵され、違法と評価されるものであれば、プライバシー侵害として不法行為を構成し、法的な救済の対象とされると解される」とし、本件については、「一般人を基準とした場合には、この画像を撮影されたことにより私生活の平穩が侵害されたとは認められない」と判示したものと説明する。また、公表行為については、「本件画像においてはベランダに掛けられたものが何であるのか判然としないのであり、本件画像に不当に注意を向けさせるような方法で公表されたものではなく、公表された本件画像からは、控訴人のプライバシーとしての権利または法的に保護すべき利益の侵害があったとは認められない。」として不法行為の成立を否定したと説明する。これらにより、原告代理人が、「宴のあと事件」のプライバシー権の定義「私生活をみだりに公開されない法的保障ないし権利」について、「公開以前の収集段階で検討すべきことを正面から認めた」ものであると説明するように、本判決が、情報収集段階でのプライバシー権の侵害の可能性を明らかにしたことの意義は大きいのである。本判決によれば、公共空間から撮影された住居の情報は、その撮影行為によりプライバシーが侵害される場合があるということであり、グーグルが主張する「アメリカの伝統的な理論」が認められる余地は全くないといえる。

原告代理人は、個人情報保護法違反については、「インターネット検索で住所検索とストリートビューの画像が関連づけられるとしても、それだけでは控訴人個人を識別することはできないので、個人情報に該当しないと解され

る」と判示したと説明している。この点に関しては後述5で検討することにする。

(ii) 情報収集の相当性と公表方法の相当性

「第一次提言（案）」は、道路周辺映像サービスの提供に関して、「インターネット上で公開されると情報の伝わる範囲はきわめて広いこと、侵害されるのは公人等の著名人ではなく一般市民のプライバシーであることを考慮すれば、その侵害により受ける被害は必ずしも小さくない⁽⁸⁷⁾」とした上で、前者の判例（東京地裁平成一〇年一月三〇日判決）に基づいて情報収集の相当性と公表方法の相当性について検討、評価をしている。但し、「第一次提言（案）」の検討・評価は、利用者（事業者）の視点に立脚し、画像のインターネットでの公開の為にプライバシーの侵害とならない基準を示す趣旨であると思われる。

「第一次提言（案）」は、本稿に関わる点の情報収集の相当性の判断について、①敷地や住居の撮影の態様によるプライバシーの侵害性については、（a）私有地へ無断侵入して撮影する場合、（b）撮影カメラの高さを挙げている。②公表方法によるプライバシーの侵害性については、（a）私物などが写り込んでいる場合、（b）表札、（c）車のナンバーを挙げている。

①―（b）については、歩行者等から敷地内が見えないようにするための塀がある場合、敢えてその塀を越えて敷地内を撮影する場合や、⁽⁸⁸⁾人が公道上からは見ることでできない部分を撮影するような場合も侵害に該当することになると思われる。

②―（a）については、「特定画像に不当に注意を向けさせるような方法で公表されたもの」や、そのような画像を集めたような場合は、プライバシーを侵害することになるであろう。

②―(b) 表札に関して、「第一次提言（案）」は、表札は、車のナンバーと異なり、形状・文字等一貫性がないので解読不能にすることが技術的に難しいとして、公表状態を認容する。これに対し、ドイツでは、各家屋は住居番号を表示しなければならないが、この住居番号も我が国の表札同様、形状・文字等一貫性がない。また、郵便受けや、集合住宅では呼び鈴に、各家ではまちまちに氏名が表示されている。これらの情報を含んだ画像の公開に関し、二〇〇八年十一月のディッユセルドルファー会同は、建築物・住居表示、住居番号が判読不能でなければならないと決定し、グーグルに決定の遵守を要求、グーグルはこれに従っている。表札がたとえ公開情報であったとしても、一般的には、ストリートビューと他の情報により自身が照合されることを認めて表札を表示している訳ではない。神戸地裁は、職業別電話帳に住居情報を掲載したからと言って、インターネット掲示板に掲載されることを承諾している訳ではないことを認めているのである。⁽⁸⁹⁾ 作業の煩雑さは公開が許される相当性の理由とはならないというべきであり、氏名が個人情報である以上、完全に判読不能にする必要があると考える。

②―(c) 敷地内にある車のナンバーも、路上の車のものと同様、判読不能にしなければならないことは当然である。車のナンバーから簡単に個人を特定できないが、その車から、その車に関係する個人の行動や人的関係（訪問先等）が特定される可能性があるからである。

その他、窓から室内の様子が写り込んでいる場合、敷地内の物品（例えば洗濯物、子供の遊具等）の写り込みの場合、「第一次提言（案）」は、東京地裁昭和三十九年九月二八日判決（「宴の後」事件）の要件に照らしてプライバシーとして⁽⁹¹⁾法的保護の対象となる可能性があるとするが、これらの情報は個人の生活が特定できるのであるから、家屋内や私物⁽⁹²⁾そのものを判読不能にすることが必要であると考えられる。

「第一次提言（案）」はこれらプライバシーに係る情報を含む画像からその情報の削除等がなされた場合には、修正された後の画像の公開は、プライバシーを侵害しないとされる。

確かに公開される画像からはプライバシーを侵害する情報が抹消されたことになるが、収集もプライバシー権の侵害であるから、情報の収集の際に収集に関するプライバシー権者の同意がない限り、修正後の画像の公開はプライバシー権の侵害となるといわなければならない。これはプライバシー権に基づく帰結であり、公開された画像自体によるプライバシーの侵害の可能性とは別の問題である。

4 個人情報保護法と道路周辺映像サービス

個人情報保護法は、個人情報に対する侵害からの具体的保護を規定する。「第一次提言（案）」は、道路周辺映像サービスと個人情報保護法の関係についても検討している。⁽⁹³⁾しかし、住所情報による検索が可能な画像が公開されているにも関わらず、簡単に名寄せができないとすることを前提として検討しており、結論には疑問がある。

個人情報保護法は、個人情報取扱事業者を「個人情報データベース等を事業の用に供している者で、三項各号（公的機関と個人の権利・利益を害するおそれが少ない者）に該当しない者」と定義し、「個人情報」、「個人データ」、「保有個人データ」の取り扱いに関して様々な義務を課している。また、個人情報保護法が、二三条で第三者提供に関する制限について「個人データ」と規定するのに対し、「電気通信事業における個人情報保護に関するガイドライン」一五条二項は、「個人情報」の第三者提供について本人の同意を得るか又はオプトアウトの要件を満たすことを規定して保護の範囲を広げている。

今日、道路周辺映像サービスを提供する「個人情報保護法にいう「個人情報取扱事業者」、ガイドラインにいう「電気通信事業者」に該当することに異論はない。

道路周辺映像サービス事業者（例えば、グーグル）は、ストリートビューで提供されている画像は、敷地や住居を除き画像内に存在する個人を識別できる情報を原則的に判読不能な状態に加工しているので、ガイドライン一五条に規定される「個人情報」に該当しないと主張する。⁹⁴ 主張が正しければ、道路周辺映像の提供は、個人情報保護法、ガイドラインに何ら抵触しないことになる。

「個人情報」とは、個人情報保護法二条一項に規定される「生存する個人に関する情報であつて、当該情報に含まれる氏名、生年月日その他の記述等により特定の個人を識別することができるもの（他の情報と容易に照合することができる、それにより特定の個人を識別することができることとなるものを含む）」である。グーグルストリートビューでは、住所による検索が可能であり、検索結果として敷地や住居が表示されるようになっていたが、それだけでは、個人が識別されるとは言えない。しかし、グーグルストリートビューの画像を見ると、画像に関して、GoogleとZENRINに著作権がある旨の表示がなされており、グーグルマップ（含むストリートビュー）の地図データの作成は株式会社ゼンリンが行っている。⁹⁵ ゼンリンの有料地図サービスである「ゼンリン住宅地図」⁹⁶では、「一軒一軒の建物名称、住居者名」までも検索できるようになっており、スマートフォンからも利用できる。さらに、「ゼンリン住宅地図配送パック」では、スマートフォンとGPS機能とを組み合わせ、表札情報を検索して地図に表示する「周辺表札検索機能」がある。⁹⁷ つまり、ストリートビューの場合は、住所検索で画像を特定できるのであるから、ゼンリンに著作権のあるストリートビューの画像と、ゼンリンの住宅地図・表札機能を使用すれば、簡単に個人の照合ができるのである。⁹⁸

⁹⁹

それゆえ、ストリートビューで提供されている画像は、名寄せの検索条件となるプライバシーに係る情報を含んでいるといえることができる。このように、グーグルストリートビューには、他の情報と照合して容易に個人を特定することが可能な情報（住所と住居）が含まれているのであり、「個人情報」といふべきである¹⁰⁰。よって、グーグルにはガイドラインの適用を俟つまでもなく個人情報保護法が適用されることになる。

さらに、ストリートビューによって提供されている情報は、住所により住居が表示されるのであるから、同法二条二項一号に規定する「特定の個人情報を電子計算機を用いて検索することができるように体系的に構成したもの」ということができ、「個人情報データベース」に該当するであろう。個人情報データベースであれば、データベースを構成する個人情報は同法同条四項に規定する「個人データ」であるから、同法同条五項にいう「保有個人データ」となり、グーグルには、ストリートビューサービスに関して、「個人データ」に関する同法一九条から二三条、保有個人データに関する同法二四条から二七条が適用されることになる。

個人情報保護法一八条は、個人情報取得の際に利用目的をあらかじめ公表するか、本人に通知しなければならないと規定する。また、同法二三条一項は、個人情報取扱事業者は、次に掲げる場合を除くほか、あらかじめ本人の同意を得ないで、個人データを第三者に提供してはならないとしている。さらに、同条二項は、本人の同意なく個人データを第三者提供する行為については、本人の求めに応じて個人データの第三者提供を停止する手続（オプト・アウト）を保障したうえで、(1)第三者提供すること、(2)第三者に提供される個人データの種類、(3)提供の手段または方法、(4)本人の求めに応じて第三者提供を停止すること、をあらかじめ本人に通知し、または本人が容易に知りうる状態に置く場合は、個人情報取扱事業者は、個人データを第三者に提供できるとしている。しかし、グーグルのプライバシー

ポリシーを見る限り、ストリートビューに関する個人情報の取得に関する利用目的の公表、及び第三者提供に関する同意に関する規定はない。画像データに関する削除依頼が可能であることが示されているが、これが利用目的の公表となるのではない。よって、グーグルは、道路周辺映像提供サービスに関して、個人情報保護法に違反していることになる。総務省は、グーグルの個人情報保護法違反に対して厳正に対処すべきである。⁽¹⁰²⁾⁽¹⁰³⁾

5 おわりに

1. 考察してきたように、プライバシー権を自己の情報に関する積極的な決定権を含むものと捉えれば、ストリートビューで公開されている個人情報（考察してきたように住居情報も含む）を含む画像は住所と結びつき名寄せが簡単に行えるのであるからプライバシーの侵害であることはもちろんである。さらに、グーグルは情報収集の際に、プライバシー権に基づく権利者の同意を得ていないのであるから、たとえ、公開画像の中の個人を名寄せする為の情報（例えば表札）が削除されていたとしても、情報収集の際のプライバシー権の侵害が解消されることにはならないのである。

具体的なプライバシーの保護の為には、現在、権利者の同意、承諾なくストリートビューで画像が公開されていることへの賠償が重要なのではなく、公開を差し止めることが重要である。この点に関し、「第一次提言（案）」は、「現時点では他の情報と容易に照合して」誰の住居であるか特定できないから、「道路周辺映像サービスにおいて公開されている」画像は、「例外的な場合を除き、原則として個人識別性がなく、「個人情報」には該当しない」とする。⁽¹⁰⁴⁾しかし、考察してきたように、提言がなされた時点とは状況が変化し、グーグルは公開画像の撮影と更新を繰り返す

ており、鮮明な画像が提供されるようになっていく。さらにグーグルはゼンリンと提携し、ストリートビューで提供する画像の処理をゼンリンが行い、両社が提供画像に著作権を有し、そのゼンリンが提供している他の情報と名寄せすれば誰の住居か特定が可能となっている。それにも関わらず、グーグルによるストリートビューに関する具体的な情報収集前の情報収集の目的、公表は行われておらず、特に第三者への情報の提供の場合には、提供の公表や承諾が必要であるにも関わらずそれがなされていないのである。この状況は、個人情報保護法一六条（利用目的による制限）、同法二三条（第三者提供の制限）に反することになる。それゆえ、個人情報保護法三四条一項以下の規定により、同法一六条、同法二三条に違反するものとして、主務大臣による違反行為の中止・是正の勧告、命令により、ストリートビューサービスを中止させることが可能であると考えられる。その後改めて、インターネットを利用できない、あるいは利用しない者のプライバシー権の保護の為に、ストリートビューサービスの内容と削除請求の方法についてマスキングを通して広く告示し、現時点では個人情報保護法に基づいたオプトアウトである削除請求の実現と機微情報を削除したうえでサービスを継続したいのであれば行えばよいのである。これによりある程度のプライバシーの保護は可能になると考えられる。

また、現在グーグルが行っている画像の削除またはぼかし処理は、情報収集に関する個人情報保護法に規定される要件を充足したうえでの処理ではない。現在の方法は、開き直った万引き犯と同じで、見つかったから商品を返せば文句ないだろうというのと同じであり、この処理をもってプライバシーの十分な保護がなされているから、中止・是正の勧告、命令は必要ないとすることはできないというべきである。

2. 利用者視点を踏まえたICTサービスに係る諸問題に関する研究会の「第一次提言（案）」にいう利用者とは、

情報を収集・利用する事業主のことであり、ストリートビューの画像を利用する者の意味ではないし、「第一次提言（案）」は、地理的空間情報の活用を積極的に推進する総務省の研究会が作成したものである。それゆえ、プライバシーや個人情報情報を積極的に保護することを大前提とするものではない。「第一次提言（案）」によれば、現在展開されている各種の道路周辺映像サービスは、個人やビジネスの分野のほか、地方自治体においても幅広く活用されているとされているが、具体的な利用状況に関する説明はない。かろうじて、観光振興、固定資産税管理、震災復興状況の確認などの利用が確認できる程度である。個人の利用方法では、目的地の状況や観光地を閲覧する程度である。国土地理院の「地理空間情報活用推進基本計画」¹⁰⁵（平成二四年）にも具体的な活用法は記されていない。そもそも、グーグルストリートビューのような実写の画像を提供する道路周辺映像サービスが個人情報・プライバシー権を優越するほどの「社会的意義」があるのであろうか。観光地や商業地が道路周辺映像サービスを行うこと（スマートフォンをあるビルに向けてとそのビルの店舗の情報等が表示される地理空間情報の提供）は、情報に関する個人（ビルの所有者、店舗経営者）の処分権の範囲で自由である。それをあえて住宅街にまで勝手に拡大する必要はないであろう。

「第一次提言（案）」は、特定個人のプライバシー侵害が問題となる場合は限定的と考えられること、公道からの撮影という問題の少ない撮影態様であり、道路周辺映像サービス提供者において、①撮影態様に配慮する、②人の顔や車両のナンバーのプライバシー保護の措置をとる限り、侵害となるおそれのあるケースは大幅に限定され、「プライバシーとの関係で、サービスを一律に停止すべき重大な問題がある」とまでは言い難い¹⁰⁶とまで言う。この点はまさに、オーストリアやスイスの情報保護機関が公開の停止や、差し止め請求を行ったことと比べ、プライバシー権の侵害の重大性を十分に認識していないことを如実に示していると思われる。

個人情報の保護についてのEUの考え方は、事前の予防・個人の利益の保護である。それゆえ、住所、氏名、家屋番号を判読不可能にすることは、ストリートビューのサービス開始前に完了していなければならなかったのである。ドイツ連邦データ保護法4条dによれば、民間が情報収集を行う場合には、情報保護と公開に関する保護機関に情報収集活動について報告する義務がある。それゆえ、ストリートビュー公開前の段階で様々な問題点が指摘されたわけである。しかし、ストリートビューの提供開始に関しては、完全なオプトインが実行されたわけではなかった。収集された後のデータに基づいて、データの不開示請求がなされたからである。ドイツの不開示請求の方式が図らずもオプトアウト⁽¹⁰⁷⁾となってしまうたのではあるが、わが国もオプトアウト方式を採用するのであるから、ストリートビューサービス開始の際に同様の方法による削除請求が可能であつたはずである。それでも、情報の収集、利用目的の本人への同意が収集者のホームページ上でなされれば足り、オプトアウトで足りるとする制度では、個人情報を十分に保護することはできないのである。わが国で未承諾広告が社会問題化した際、まずオプトアウトによる規制を行ったが、それが有効な規制方法でないことが明らかとなり、オプトインという方式に変更することで侵害危険性を排除したはずである。「情報の自己決定権を保護するために、個人情報の収集、利用に関し「オプトイン」とするよう、個人情報⁽¹⁰⁸⁾要である」という、自己情報決定権を保護するために、情報の収集、利用に関し「オプトイン」とするよう、個人情報保護法を改正する必要があるのである。

また、レッシングも言うように、プライバシーの保護の背景となる政治経済を考えると、プライバシー、つまり脅かされた利益は個人であるから組織化されていない。プライバシーの保護の反対側にある価値観（セキュリティ、対テロ戦争）は説得力もあるしよく理解されている。商業の力はプライバシーの保護など後押しはしないのである。地理

空間情報を積極的に利用しようとする総務省の向いている方向からも明らかのように、プライバシーの保護の為に、EUの「データ保護指令」に規定されるようなプライバシー保護の為の侵害される側の利益代表としての監督機関が必要である。

- (1) 武藤糾明「ストリートビュー・サービスの法的な問題点について」『地理空間情報の活用とプライバシー保護』堀部政男 宇賀克也 編 地域科学研究会 二〇〇九年 三八頁 参照。
- (2) 東京地判平成四年七月二四日 判時一四五〇号九二頁（肖像権との関係）、東京地判平成一七年九月二七日 判時一九一七号一〇一頁（令状による差押目的物以外の物件の写真撮影） 参照。
- (3) 日本弁護士連合会「多数の人物・家屋等を映し出すインターネット上の地図検索システムに関する意見書」二〇一〇年一月二二日 九頁。 http://www.nichibenren.or.jp/activity/document/opinion/year/2010/100122_4.html
- (4) 「第一次提言（案）」利用者視点を踏まえたICTサービスに係る諸問題に関する研究会編 総務省 平成二二年八月三頁以下。（以下、「第一次提言（案）」と表記する）
- (5) 「ストリートビューで下調べ」窃盗繰り返した容疑の男」朝日新聞 デジタル版 二〇一四年二月五日。 <http://digital.asahi.com/articles/ASGD53RINGD5PTIL00D.html>
- (6) 第四一回東京都情報公開・個人情報保護審議会議事録 萩原参事（都政情報担当）の発言 参照。
- (7) 高田寛「Google ストリートビューの社会的影響と法的問題について」『産業能率大学紀要』 第三二〇巻 七二頁。
- (8) AARON C. BORING; CHRISTINE BORING v. GOOGLE INC. D.C. No. 08-cv-00694., https://www.wsgr.com/attorneys/BIOS/PDFs/boring_v_google.pdf#search='AARON+C.+BORING%3B+CHRISTINE+BORING+v.+GOOGLE+INC.'
- (9) 高田 前掲注(7) 七五頁以下 参照。
- (10) 'DIRECTIVE 95/46/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 24 October 1995 on the

protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data', <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=de> 以下「データ保護指令」と表記する。

(11) なお、二〇〇二年七月二二日に、「電子分野における個人データ処理及びプライバシー保護に関する二〇〇二年七月二二日の欧州会議及び理事会指令 (DIRECTIVE 2002/58/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications))」が採択された。この指令は、電子通信分野における個人データ処理ならびにデータ及び電子通信サービスの欧州域内における自由移動に関し、基本的権利及び自由の保護、特にプライバシーの保護と通信の秘密の保護の為に、構成国の国内規定の調和を図ることを目的とし(同指令一条一項)、この目的の範囲で「データ保護指令」を補完するものであるが(同指令一条二項)、プライバシー等の保護に関しては「データ保護指令」に依るので、本稿では、具体的には取り上げないとする。なお、「DIRECTIVE 2002/58/EC」本文は、以下参照。<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002L0058&from=DE>

(12) EC条約一八九条、欧州連合運営条約二八八条 参照。

(13) Vgl.: Hans-Werner Moritz, „Datenschutzrechtliche Grenzen des im Internet angeboten Dienstes „Street View“ in der Schweiz“, JurisPR-ITR 17/2012 Anm.; Heinz Wittmann, „Google Street View – Herausforderung für den Daten- und Persönlichkeitsschutz Aktuelle rechtliche Entwicklungen in der Schweiz und Österreich“, MR-Int 2011, 47-48, MEDIEN und RECHT Verlags GmbH, Wien/Austria.

(14) Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte.

(15) Vgl.: 1C_230/2011 Urteil des Bundesgerichts vom 31. Mai 2012., http://relevancy.bger.ch/php/aza/http/index.php?lang=de&zoom=&type=show_document&highlight_docid=aza://31-05-2012-1C_230-2011

(16) Vgl.: Moritz, a.a.O., S.3.

(17) Vgl.: Wittmann, a.a.O., S.48.

- (18) Datenschutzkommission.
- (19) Vgl.: „Neue Entwicklungen betreffend Google Street View“, <https://www.dsb.gv.at/site/6733/default.aspx>
- (20) Vgl.: http://www.t-online.de/computer/internet/id_70106808/google-maps-ohne-strassenfotos-street-view-kapituliert-vor-oesterreich.html
- (21) ドイツ連邦データ保護法四条dにより、データの自動処理を行う民間企業は、開始前に監督官に届け出る義務がある。
Vgl.: BDSG §4d.
- (22) Vgl.: „Zusagen von Google zum Internetdienst Google Street View“, <https://www.datenschutz-hamburg.de/>
- (23) Vgl.: „Merkel befürwortet Einspruchsmöglichkeit“, <http://www.faz.net/>
- (24) この点については、異論あり。Vgl.: „Gegen die Wand der Privatheit“, Frankfurter Allgemeine, 2010/08/11.
- (25) Vgl.: „Widerspruchszahlen zu Google Street View veröffentlicht: Akzeptanz für Opt-Out-Verfahren in den Ballungszentren“, 21.10.2010, <https://www.datenschutz-hamburg.de/>
- (26) Vgl.: „Keine weiteren Veröffentlichungen von Bildern in Google Street View“, 11.4.2011, <https://www.datenschutz-hamburg.de/>
- (27) Vgl.: a.a.O., „Keine weiteren Veröffentlichungen von Bildern in Google Street View“.
- (28) 松井修視 「ドイツにおける表現の自由とプライバシー 連邦データ保護法とメディアの自由を手がかりに」 田島泰彦 他編『表現の自由とプライバシー——憲法・民法・訴訟実務の総合的研究』 日本評論社 2007年 参照。
- (29) Vgl.: Dietrich Murswiek, „Grundgesetz“, Hrsg. Michael Sachs, 3.Aufl., 2003, C.H.Beck, Art.2, Rdn. 59, S.131ff.
- (30) Vgl.: BVerfGE 54, 148-158.
- (31) Vgl.: Murswiek, a.a.O., Art.2, Rdn. 60, S. 132.
- (32) Vgl.: BVerfGE 65, 1 (41ff.).
- (33) Vgl.: BVerfGE 65, 1 (41f.).

- (34) Vgl.: Murswiek, a.a.O., Rdn. 73, S. 135.
- (35) Vgl.: Murswiek, a.a.O., Rdn. 73, S. 135.
- (36) 山下義昭 「ドイツにおける民間部門の個人情報保護について」『法と情報』 信山社 一九九七年 三九五頁、加藤隆之「諸外国等における個人情報保護制度の監督機関に関する検討委員会・報告書 iii ドイツ」消費者庁「諸外国等における個人情報保護制度の監督機関に関する検討委員会報告書」平成二三年 五四頁。
- (37) Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, “THE RIGHT TO PRIVACY”, 4 Harv. L. Rev., 193 (1890).
- (38) 新保史生 『プライバシーの権利の生成と展開』 弘文堂 二〇〇五年 一七頁。
- (39) William L. Prosser, “Privacy”, 48 Calif. L. Rev., 383, 389 (1960).
- (40) 新保 前掲注(38) 四一頁以下。
- (41) 新保 前掲注(38) 六五頁以下。
- (42) Olmstead v. United States, 277 U. S. 438 43 S. Ct. 394 (1928).
- (43) Goldman v. United States, 316 U. S. 129 62 S. Ct. 993 (1942).
- (44) Katz v. United States, 389 U. S. 347, 88 S. Ct. 507 (1967).
- (45) Katz, Id., at 351.
- (46) 新保 前掲注(38) 一二三頁以下 参照。
- (47) 山本龍彦 「プライバシーの権利」『日本国憲法研究』ジュリスト一四一二号 八〇頁以下。
- (48) Charles Fried, “Privacy”, 77 Yale. L. J., 475 (1968). 但し、フリードは盗聴器等に関する科学技術の発展に着目している
のゆえ (475-476)°
- (49) Fried, Id. at. 482.
- (50) Fried, Id. at. 483.
- (51) 山本 前掲注(47) 八〇頁以下。

- (52) 山本 前掲注(47) 八二頁以下。
- (53) 山本 前掲注(47) 八五頁。
- (54) 山本 前掲注(47) 八八頁。
- (55) Lawrence Lessig, 'CODE VERSION 2.0', 山形浩生 訳 翔泳社 二〇〇七年 第一章 (3) 'International News Service v. Associated Press, 248 U.S. 215, 250 (1918) (Brandeis 異見)'。注三七頁 参照。
- (56) Lessig 前掲注(55) 一九〇頁。
- (57) Lessig 前掲注(55) 一九四頁。
- (58) Lessig 前掲注(55) 三二一頁。
- (59) 佐藤幸治 『憲法〔第三版〕』 青林書院 一九九五年 四五三頁以下。
- (60) 佐藤 前掲注(59) 四五四頁以下。
- (61) 最判昭和四四年二月二四日 刑集二三卷一二号一六二五頁。
- (62) 佐藤 前掲注(59) 四五五頁。
- (63) 佐藤 前掲注(59) 四五五頁。
- (64) 佐藤幸治 『日本国憲法論』 法学叢書7 成文堂 二〇一一年 一八四頁。
- (65) 佐藤幸治は、法の内容については保護に十分なものと認めていない。佐藤 前掲注(64) 一八五頁 参照。
- (66) 佐藤 前掲注(64) 一八二頁。
- (67) 最判平七年二月一五日 刑集四九卷一〇号八二四頁、佐藤 前掲注(64) 一八三頁 参照。
- (68) バイオメトリクス認証には、顔、耳、光彩、網膜、声、指紋、汗腺、掌、掌の静脈、筆圧、歩き方等の情報を利用するものが考案されている。
- (69) 芦部信喜 『憲法学Ⅱ人権総論』 有斐閣 一九九四年 三八五頁 参照。
- (70) Lessig 前掲注(55) 三〇頁。

- (71) Lessig 前掲注(55) 三二頁。
- (72) Lessig 前掲注(55) 三二頁～三三〇頁。
- (73) 最大判昭和六三年六月一日(自衛官合祀事件) 判タ六六九号六六頁、判時一二七七号三四頁。
- (74) 最判昭和六三年二月二〇日 判タ六八七号七四頁、判時一三〇二号九四頁
- (75) 高田 前掲注(7) 七七頁以下。
- (76) 「第一次提言(案)」前掲(4) 一二二頁。
- (77) 芦部 前掲注(69) 三七八頁以下。
- (78) 芦部信喜 『憲法』六版 高橋和之 補訂 岩波書店 二〇一五年 一二三頁以下。
- (79) 芦部 前掲注(69) 三八六頁。
- (80) 芦部 前掲注(69) 三八六頁。
- (81) Vgl.: Moritz, a.a.O., S.3.
- (82) 山本 前掲注(47) 九〇頁。
- (83) ドイツ、オーストリアでは、個人が自動車にいわゆるドライブレコーダーを設置し撮影するとデータ保護法違反である。
ドイツの判例: AG München 345 C 5551/14, VG Ansbach AN4K 13.01634, オーストリアデータ保護庁HP “In Österreich ist der Betrieb von Dashcams durch Private grundsätzlich nicht zulässig.” <http://www.dsb.gv.at/site/8105/default.aspx>
- (84) Vgl.: BVerfGE 120, 378-433.
- (85) いわゆる「ジャニーズおっかけマップ・スペシャル」事件 判時一六八六号六八頁。同旨のものとして、神戸地尼崎決平成九年二月一二日 いわゆる「タカラヅカおっかけマップ」事件 判時一六〇四号一二七頁、東京地判平成九年六月二三日 いわゆる「ジャニーズゴールドマップ」事件 判時一六一八号九七頁、東京地判平成一六年七月一四日「ブブカススペシャル7」事件 判時一八七九号七一頁がある。
- (86) 福岡高判平成二四年七月一三日(刊行物未搭載)、原告代理人武藤糾明弁護士 のHP (<http://d.hatena.ne.jp/>

t-muto/20120713）参照。最判平成二六年三月六日棄却。なお、原原審については（福岡地判平成二三年三月一六日）、最高裁判所判例情報（http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/search4）参照。

(87) 「第一次提言（案）」前掲注（4）一六頁。

(88) 肖像権に関しては、「夕刻、相当程度の高さのある塀の外側から撮影者が背伸びをした姿勢で」、「原告から気付かれないままに撮影を敢行し」た撮影行為は、「原告の人格的利益を侵害する行為とみざるを得ない」とするものがある。東京地判平成一年六月二三日 判時一二一九号一二二頁。

(89) Vgl.: §126 Abs. 3 Baugesetzbuch. „Der Eigentümer hat sein Grundstück mit der von der Gemeinde festgesetzten Nummer zu versehen.“

(90) 神戸地判平成一一年六月二三日は、職業別電話帳に掲載された、ある医師の氏名、職業、開設する診療所の住所及び電話番号をパソコン通信ネットワーク上の掲示板に無断掲載した事案において、「それが右電話帳に掲載されていることを考慮しても、それをネット上の掲示板において公開されることまでは、一般的にも欲したりしないであろうと考えられる」と判示している。

(91) 「第一次提言（案）」前掲注（4）一五頁 参照。

(92) Vgl.: Hans-Werner Moritz, a.a.O., S.3.

(93) 「第一次提言（案）」前掲注（4）九頁以下 参照。

(94) 堀部正男 「インターネット地図情報サービスの法的課題と対応 〈東京都・総務省の検討内容〉」『地理空間情報の活用とプライバシー保護』堀部政男 宇賀勝也 編 地域科学研究会 二〇〇九年 五三頁以下 参照。

(95) Google ㄥ ZENRIN の著作権表示があるということは、個人情報保護法二三条四項三号の共同利用に該当する可能性があり、共同利用に関して、本人に通知又は知りうる状態にしなければならないのであり、この点でも違反があることになる。

(96) ゼンリンHP「事業紹介」には、住宅地図の解説に「一軒一軒、一戸一戸の建物名称、居住者名や番地を大縮尺の地図に詳しく表示」とある。 <http://www.zenrin.co.jp/company/business/index.html>

- (97) ゼンリンパンフレット「ZENT TOWN mobile」Pdf版 参照。 <http://www.zenrin.co.jp/product/pdf/catalogue/znettowmobile.pdf>
- (98) 照合に関して、「電気通信事業における個人情報保護に関するガイドラインの解説（平成二五年九月九日改定）」は、容易でない場合として「具体的には、他の電気通信事業者への照会を要する場合のほか、内部でも取扱部門が異なる等の事情により照会が困難な場合がこれに当たる」と解説する。四頁。
- (99) 「第一次提言（案）」（前掲注（4））では、「現在のところ、他の事業者に照会することなく、何らかのデータベース、住所録又は住宅地図を整備して住所から居住者を照合できるようにしている道路周辺映像サービス提供者は確認されていない」としている。一一頁注九 参照。
- (100) 「第一次提言（案）」（前掲注（4））は、「現時点では他の情報と照合して容易に特定可能ともいえないことから」、「個人情報」には該当しない」としている。一〇頁以下 参照。
- (101) <https://www.google.co.jp/intl/ja/maps/about/behind-the-scenes/streetview/privacy/> 参照。
- (102) 消費者庁HP上の説明によれば、ガイドラインの「規定の不遵守によって個人情報保護法で定める罰則が課されるものではない」。「なお、個人情報保護法の違反があった場合には、当該事業者に直ちに罰則が課せられるものではなく」、「法上の措置を経て、初めて罰則が適用される」。「（命令及び罰則については、現在のところ実績なし）」とある。現在EU保護指令の改正が行われており、保護違反に対し、違反企業の年間世界売り上げの最大五％の罰金を科するという案が審議されている。
<http://www.caa.go.jp/planning/kojin/gaidorainkentou.html>
- (103) なお、ドイツ連邦データ保護法に従った場合にも同様に違反となる。この点に関して、Moritz, a.a.O., S.3. 参照。
- (104) 「第一次提言（案）」前掲注（4） 一〇頁 参照。
- (105) 「地理空間情報活用推進基本計画」平成二四年三月 国土地理院 三頁参照。 <http://www.gsi.go.jp/>
- (106) 「第一次提言（案）」前掲注（4） 二〇頁。
- (107) Vgl.: a.a.O., „Widerspruchszahlen zu Google Street View veröffentlicht: Akzeptanz für Opt-Out-Verfahren in den

Ballungszentren“.

(88) Vgl.: a.a.O., „Keine weiteren Veröffentlichungen von Bildern in Google Street View“.

所有物返還請求権は消滅時効にかかり得るか

——同時に消滅時効の持つ目的に寄与するものとして——

クリスチャン アルムブリュスター

益井 公司 訳

I はじめに

ドイツ民法〔以下BGBという〕がいわゆる外国の公序と相いれないとの理由で、ドイツ連邦共和国が、自己固有の法秩序に反する外国の裁判に背を向けることは、ごくまれにしか生じません。ロンドンの高等法院 (High Court of Justice) でなされた訴訟において、ドイツ連邦共和国とゴータ市は、ある絵画の返還を求めました⁽¹⁾。この絵画は一六〇三年生まれのオランダのウテワール (Wtewael) の作品であり、第二次世界大戦までゴータ市の美術財団のも

所有物返還請求権は消滅時効にかかり得るか (益井)

のでありました。戦後、その絵画は最初はソビエト連邦の所有に帰し、最終的にはロンドンのオークションハウスの所有となりました。ドイツ連邦共和国は、旧BGB一九四条一項、一九五条という規定を適用することを望みませんでした。これらの規定は、BGB九八五条に基づく返還請求権が三〇年の消滅時効にかかることを定めています。⁽²⁾

また現在非常に話題となっている新たなケースにおいても国家官庁は三〇年の消滅時効期間に賛成していないように思われます。つまり、いわゆる「シュワービングの美術品の発見 (Schwabinger Kunstfund)」⁽³⁾において、二〇一二年の春、美術商人であったヒルデブランド グルリット (Hildebrand Gurlitt) の息子であるコルネリウス グルリット (Cornelius Gurlitt) のミュンヘンの住居を搜索した際に、一二八〇点の美術品が発見されました。一部は、一九四五年以来行方不明となっていた作品であり、一部は、これまで全く知られていない作品でした。これらの美術品のうち約九七〇点は、おそらく国家社会主義の時代に収用され、いわゆる「退廃芸術 (entartete Kunst)」として公的な美術館から取り除かれたものだったのでしよう (いわゆる「国家社会主義による略奪芸術作品 (NS-Raubkunst)」)。この場合もまた所有物の返還を求める本来の所有者の請求権は、消滅時効にかかっているのです。⁽⁴⁾ バイエルン州の目に明らかとなっているのは、このケースにおいて、もし占有者が三〇年の経過後、所有者に対して消滅時効の抗弁 (Einrede) を主張することができるとすると、受け入れがたい不公正が生じているということなのです。そう思ううちに、立法提案さえされたこのような見解は、さらに検討されなければならないのです。

今ここで話題とすべきテーマは、民法総則や物権法の問題と結びついています。つまり、消滅時効法が二〇〇二年

の債務法の現代化の過程で改正された後でも、この法的状態は変わっていません。その間にも、ドイツ連邦共和国が、最初に挙げた事例ケースであるロンドンの裁判場で、適用したくなかった規定は、現在もB G B一九七条一項二号という形をとってまったく明確な形で存在しています。つまり、「別段の定めのない限り、・・・所有権に基づく返還請求権は・・・三〇年で消滅時効にかかる」と。

以上のような法状態に対して二〇〇二年までに述べられていた疑念は、⁽⁵⁾このような明確な規定に直面し、沈黙します。とはいえ、B G B一九七条一項の規定は、立法過程において、連邦参議院によつて批判されました。両院協議会⁽⁶⁾は呼びかけられなかったにもかかわらず、連邦参議院は、決議のなかで、連邦政府は、「国家社会主義の迫害を前提として奪われた文化財や戦争を前提として得られた文化財に関し、特別な規定を必要とするか、必要とするならばどのような形でか、という問題に対し、できるだけ速やかに立場を明らかにし、場合によつてはそれにふさわしい法案を提出する」⁽⁷⁾よう促しました。

いわゆる「シュワービングの美術品発見」を契機として、このような状況がくりかえし生じているように思われます。国家社会主義の略奪芸術作品の場合の消滅時効の問題については、連邦参議院の法務委員会が、新たな形で審議しており、それに続いてバイエルン州は、いわゆる「文化財返還法 (Kulturgut-Rückgewähr-Gesetz)」の草案を提出しました。⁽⁸⁾ B G B一九七条一項二号に対する批判は、国家社会主義の時代に所有者達から奪われた文化財についての所有物返還請求権の消滅時効にのみとどまるものなのです。同時に、ここにその主要な適用領域があるのです。⁽⁹⁾ 本来ならば全く一般的な問題が重要なのですが、しかしながら、文化財との関連においてのみ特に議論を呼んでいるのです。連邦参議院の立場が示しているのは、当局による制定法上の解決が新たに再検討されなければならないということな

のです。⁽¹¹⁾

国際的比較が示しているのは、ドイツの法的状態に対する疑念が全く根拠のないものではないということです。例えば、初めに挙げたケースでは、ドイツ法はイギリスの公序に抵触するというのを高等法院は断言しています。また、フランス法⁽¹²⁾、イタリア法⁽¹³⁾、スイス法⁽¹⁴⁾においても、所有物返還請求権は消滅時効にかかりません。スイスの連邦裁判所は、ドイツの法的状態を「奇妙で、不自然な解決策」⁽¹⁵⁾であるとして批判しました。他の法秩序によると、盗人がその物を返還しなければならぬ場合、彼は時の経過を援用することはできないのです。⁽¹⁶⁾一部には、占有者が盗まれた物の返還を拒絶したということに消滅時効期間の開始をからしめています。⁽¹⁷⁾それ以外の解決策がオランダ法には存在しており、そこでは、二〇年たてば、悪意の占有者は取得時効することができるのです。⁽¹⁸⁾

以下においては、まず学説の現状が明らかにされなければなりません（Ⅱ）。それに引き続き物権法上の状態に対する時の経過が持つ効力を検討することにします。そこでは、消滅時効と取得時効を相互に比較検討します（Ⅲ）。次に立法者が消滅時効によって達成しようとした目的が問題となります（Ⅳ）。このことから生じる、所有物返還請求権が消滅時効にかかり得るということに対する帰結（Ⅴ）が、総括的結論（Ⅵ）の前に残っています。

Ⅱ 学説状況 (Meinungsstand)

所有物返還請求権が消滅時効にかかるべきかという問題は、すでに一九〇〇年のBGBの立法過程において議論が

戦わされていました。代案として、権利取得を伴う消滅時効というものが検討されました。⁽¹⁹⁾とはいえ、B G Bの起草者は、最終的に、体系性や法的安定性を理由として、所有物返還請求権は、旧B G B一九四条という形でまとめられるということから出発しました⁽²⁰⁾、物権法についての審議の際には、もはやこの問題は取り上げられませんでした。いわゆる「取得消滅時効 (erwerbende Verjährung)」という提案は、のちにケーゲル⁽²¹⁾ (Kegel) が取り上げました。しかし、彼の提案は特殊なものでした。つまり、消滅時効期間の経過によって、物は無主のものとなり、占有者はその物を無主物先占することができのです。二〇〇二年の債務法の現代化において、所有物返還請求権は、消滅時効の諸規定において明確な形では触れられていませんでした。二〇〇二年以前の旧来の法状況において、K. ミュラー (K. Müller) は、物権的返還請求権は、消滅時効にかからないという前提から出発しました。彼は、「物権的返還請求権が」消滅時効にかかり得るということは、「グロテスクな結論⁽²²⁾」というべきものを結果的にもたらすということを指摘しました。また他の著者達も旧時効法において、所有物返還請求権が消滅時効にかかり得るということに反対していました。⁽²³⁾ 法政策上、ペータース／チンマーマン (Peters/Zimmerman)⁽²⁴⁾ は、一九八一年の債務法改正の鑑定書において、所有物返還請求権が消滅時効にかかることに強く反対していました。これに反対の見解をプラムベック (Plambeck) が、自己のハンブルク大学の教授資格論文⁽²⁵⁾において主張していました。その反対意見は、とりわけは、法的平和という利益や証明の困難さから占有者を保護するということを引き合いに出します。しかし取得ということが生じる消滅時効というものをこの見解は認めません。⁽²⁶⁾

二〇〇二年の新債務法の立法者は、ペータース／チンマーマンや他の著者達のかつての批判を顧慮しませんでした。

同じことが、その立法手続き過程における批判的な意見に対しても当てはまります。⁽²⁷⁾ この批判的な見解とは逆に、立法者は、所有物返還請求権に対しても三〇年の消滅時効期間を、旧BGB一九七条一項一号、二〇一三年六月三〇日以後はBGB一九七条一項二号において明確に規定しており、したがって、立法者は、旧BGB一九四条二項、一九五条の通説的な見解に従ったのです。かつての三〇年の原則的消滅時効期間は廃止されたので、所有権に基づく返還請求権はBGB一九七条に列举される形で、明確に規定されています。消滅時効にかかるということが採用されたので、ほとんどその理由は述べられていませんが、一つの理由はこう考えられます。つまり、事実、ある人が善意で所有権を取得したのであるが、その場合にあっては、BGB九三二条、九三七条にもかかわらず、三〇年後、悪意であったという異議が彼に対して申し立てられ得るということが、彼のために配慮されなければなりません。⁽²⁸⁾ なぜ新たな三年の原則的消滅時効の代わりに、さらに、旧来の三〇年の期間を維持しなければならないのが、理由づけられるのです。それに加えて、次のようにも言われています。「その請求権（つまり、所有権や他の制限物権に基づく返還請求権）がかなり短期の消滅時効にかかることは、基本的な権利（Stammrecht）を現実化するということを疑わしいものにすることになる」⁽²⁹⁾と。コメンタール「に挙げられている」文献において、二〇〇二年の新たな規律はすでに明確な形で批判されています。⁽³⁰⁾ 極端にはしるものとしては、M. クローゼ（M. Klose）があり、彼は最近ドイツ法による所有物返還請求権が消滅時効にかかり得るということは、基本法（GG）一四条一項一文に示されている所有権の保障と相いれない、つまり、憲法に違反するものとして位置付けました。⁽³¹⁾ これに対して、以下においては、私法上の視点というものが、法政策的評価の中心となっているのです。

Ⅲ 消滅時効と取得時効

ドイツ物権法においては、単に時の経過のみで、所有権が、法律により（BGB九三七条による取得時効という形で）占有者に移転するということになり得るのです。このような取得の要件としては、一〇年の期間自主占有することが必要としています。それ以外に取得者が自主占有を取得する際に、その物が自己の物でないということを知らず、かつ、取得時効の期間自分の物でないという事実実際に気付かなかったということが、前提要件となっています。時の経過によるこの種の所有権取得は、消滅時効と非常に類似しています。このことは、例えば、フランス法の構造をみると明確となります。そこでは、取得時効は、「prescription acquisitive」⁽³²⁾（文字どおり訳すと、取得消滅時効）と呼ばれています。また他の法秩序においても、取得時効の概念と消滅時効の概念は常に明確に区別されるものとはなっていない⁽³³⁾。

取得時効と消滅時効の目的を顧慮した場合にも、類似性が存在します。つまり、取得時効は、物権法上の法的状態が「安全で、安定し、簡素化されたものであるということ」⁽³⁴⁾に役立つのです。要するに、その平穩が取得時効の場合、最終的なものでないとしても、一定の期間の経過後に、法律関係に平穩をもたらすべきものなのです。場合によつては、不当利得法上の返還請求権が存在します⁽³⁵⁾。もともと、取得時効は、BGB九三二条以下の規定により法律行為上の所有権取得がうまくいかない場合に、今日（ローマ法とは異なり）単に仮の解決をしたものにすぎないということに注意しなければいけません。法律行為上の取得がうまくいかないことに対しては多くの原因が存在し得るので

す。例えば、所有権譲渡行為が瑕疵ある形で成立しているとか、無効であるという場合を挙げることができます。その物が所有者から「自己の意思によらず」占有離脱してしまったが故に、善意の法律行為上の所有権取得がBGB九三五条によつてうまくいかない場合に、取得時効は特に重要な意義を有するのです。その場合でも、取得時効により善意の自主占有者は所有者となるのです。これは法律の力により生じるのであり、譲渡により生じるものではありません。

取得時効の諸要件（Tatbestandsvoraussetzungen）を満たしていないが三〇年を経過しているという場合、法的な状態は異なります。もちろん、その実際上の結論はほとんど一致しています。BGB一九七条一項二号による消滅時効の発生により、占有者は、BGB九八五条による返還請求権が存続しているということに対し永続的な抗弁権（Einrede）⁽³⁶⁾を有するのです。所有権は永続的に占有から分離されるのです。つまり、所有権は、空虚な権利（nudum jus）⁽³⁷⁾、実質のない所有権（dominium sine re）⁽³⁷⁾、つまり、いわゆる「実の無い殻」といふべきものとなるのです。このような状態は永久に存続しうるのです。その物が「所有者の意思によらず」占有離脱し、それ故、占有者が所有権を取得できない場合、占有者もまた善意の第三者に対して所有権を譲り渡すことができないのです。しかしながら、所有者が占有者から法の禁じた自力救済によつて占有を奪った場合、占有者がBGB八六一条による返還請求権を有するか否かについては争いがあります。⁽³⁸⁾これ「占有者は返還請求権を有するということ」を支持するのは、BGB八五八条以下の規定が狙っていること（Anliegen）なのです。自力救済によつて所有権を手に入れるということを奨励するということがあつてはならないのです。とはいえ、占有者は悪意なのです。それゆえ、もっと良い主張（Argumente）が、所

有者がB G B八六一条一項により義務付けられる返還に基づき、B G B九八五条から所有者の新たな返還請求権が発生するということを支持します。つまり、所有権者は、本権に基づく反訴により占有者の占有訴権に対して対処することができるのです。⁽³⁹⁾ 法律行為上所有権を取得することが、(例えば、法律行為に瑕疵があるとか、有効でないが故に)うまくいかないとか、さらに第三者に譲渡されている場合に、所有権と占有はまた再び永続的に統合され得るのです。

消滅時効の完成後は、占有者はその物を包括的に使用することができます。そうすると、実際に使用されることによつてはじめて使用利益の賠償(Nutzungersatz)を求める請求権が成立する場合ですら、⁽⁴⁰⁾ B G B九八七条や九九〇条に言う意味での使用もまた占有者に認められるのです(論拠はB G B二二七条)。⁽⁴¹⁾ もちろん、所有権を取り扱うこれ以外の可能性というものを占有者は持つことはできません。このことは、――占有を失った物の場合にもさらに――例えば譲渡担保の場合の担保手段としてその物を経済的に使用することにも当てはまります。

以上のような状況――つまり、所有者は、物自体のない「物自身を占有することのない」所有権を持ち、占有者は所有権の権能の一部だけを有しているという状況――は、物権法や不当利得法を顧慮すると、多くの矛盾を引き起こします。たとえば、B G B一九八条により既に経過した期間が、二、三のケースにおいてのみ、占有者から権利を承継した者の利益になるのです。さらに、所有権者は、消滅時効の発生の後にも、占有者の処分を追認し、B G B八一六条によりその利益(Erlös)をこちらへ戻すよう請求することができます。最後に、とりわけ、B G B一〇〇四条による所有者の妨害停止請求のような所有権と結びついているこれ以外の諸権利が、問題になります。以上の個別的な問

題にここで答えるつもりはありません⁽⁴²⁾。少なくとも、ある程度整合性のある結論を得るためには、所有者の立場か占有者の立場のどちらかを「ゆがめ」なければならなかったのです。消滅時効の完成によって、債務者は事実上給付義務から解放されます。それによって、所有者は占有や使用に対し介入するすべての可能性や妨害停止請求をも失うといわれています。しかしながら、そうなった場合、九三七条以下の規定「取得時効の規定」が阻止しようとしたこと、つまり、悪意の占有者が所有者となるということが、経済的に達成されるのです。立法上の評価に矛盾があるということは明らかです。このような検討結果は、なぜこの「所有物」返還請求権がそもそも消滅時効にかかり得るのかという問題に行き着くことになります。このことは、消滅時効のいくつかの目的を考察する場合にのみ解明されるのです。消滅時効の目的をどう見るかについては、事細かに言うと、争いがあります。

IV 消滅時効の目的

1 概要

消滅時効は、法的平和や法的安定性に役立つということをいろいろなところで見て取ることができます⁽⁴³⁾。とはいえ、このように言うことは、まだあまりに不正確すぎます。というのは、個人的利益が問題なのか、一般的な利益が問題なのか、あるいはその両方が問題なのかということが、認識できていないからです⁽⁴⁴⁾。いずれにせよ、債務者の保護、つまり、個人的な利益が問題であるということには争いはありません。そこでは、立証の困難を配慮するとの要請や立証の困難から債務者を保護するということが、挙げられています⁽⁴⁵⁾。

消滅時効が、それとならんで、法的平和や法的安定性という公的な利益を保護するか否かということは明らかではありません。⁽⁴⁶⁾すでにライヒ裁判所はそのことを認めていましたし、また通説と同じく連邦通常裁判所もそれを認めるということから出発しています。⁽⁴⁷⁾他の目的として司法の負担軽減ということが問題になります。訴訟を起こすということが、債権者にとってすでに長い期間の間それほど重要ではなかったという場合、裁判所はその訴訟に関して判決を下すべきではないといわれています。以下において個々の利益をかなり詳細に考察してみたい。

2 個人的な利益

a) 債務者でなくなっている者の利益

重要な出来事が過去にさかのぼればさかのぼるほど、それだけ立証には費用や時間がかかることになります。このことは、請求を基礎づける事実に関してもほとんど同じように当てはまります。それ以上に特に重要なのは、履行や履行に代わるものといった債務消滅原因であります。例えば、相当長い期間が経った後に、履行したということを証明することは、大変難しいものになります。債務者は立証責任を負っており、例えば、物の所有権を移転したことを相当長い期間が経った後に証明することは、債務者にとってしばしば容易なものではありません。⁽⁵⁰⁾

b) 債務者の利益

また（真の）債務者も、消滅時効によって、相当長い期間が経った後にある請求に対して自分の立場を防御しなければならぬということから保護されることになります。だから、例えば、ある請求を債務者が知らなかったとか、

債務者はそれが行使されるということを予期していなかったが故に、債務者は保護を必要とするのです。⁽⁵¹⁾ この場合にもまた、立証のための状況 (Beweislage) が悪化することがあり得たのです。請求権の存続に対して向けられているのではなく (そうでないとするとは彼は債務者でなくなっている者だからです)、その貫徹可能性に対して向けられている広義の抗弁権 (Einwendungen)、例えば、留置権についても、同じことが当てはまるのです。それ以外に、真の債務者のために、二つの新たな観点を持ち出すことができます。一つには、請求権の主張がないことによって、債務者の処分自由が制約されるということです。つまり、債務者は、常に履行の準備をしておくために、準備金を作っておかなければならないのです。⁽⁵²⁾ もちろんこのような利益はそれほど重要ではありません。というのは、債務者はいつでも自発的に履行することができたからです。つまり、債務者は受領遅滞の諸効果をもたらすことができ、さらには、債務として負っているものを一定のケースにおいては BGB 三七二条により供託することができ、そのためには、債務者は、その請求権をもちろん知っていなければなりません。しかしながら、もしある請求権が事実上成立していたにすぎないとする、債務者は給付の用意をしていなければなりません。

さらに重要なのは、債務者の新たな利益、つまり、第三者に対する求償なのです。⁽⁵³⁾ 債権者がその請求権を行使するのに時間が経てば経つほど、債務者にとって、求償請求権がなくなるか、もはや貫徹〔Ⅱ実行〕できなくなるという危険が、より大きくなるのです。⁽⁵⁴⁾

c) 債権者の利益

債務者の利益と債権者の利益を比較するならば、債権者を保護する必要性は時間の経過とともに減少するということが、しばしば明らかになります。つまり、債権者は、長い期間の間、その請求権を行使することができたのです。債権者がそれをしなかったということは、それを貫徹するという債権者の利益は長い期間の間に無くなってしまうていたか、少なくとも重要ではなかったということの意味するのです。連邦通常裁判所は、理由書⁽⁵⁵⁾を手本としてさらに一步を踏み出し、「何年間も行使されなかった請求権は、おそらく正当化できないものであるのか、あるいはもはや正当化できないものである⁽⁵⁶⁾」ということを断言しました。

3 一般的利益

請求権が消滅時効にかかるということに有利な材料を提供する一般的利益として、法的平和や法的安定性をあげることができます⁽⁵⁷⁾。もちろんこれはまだなおあまり正確だとはいえません。反対に、――特にシュワービング美術品発見の例が示しているように――正当な請求権を貫徹することができるというそれとは逆方向の一般的利益も当然存在します。しかも、――債権者がその請求権を事実上の諸理由からさしあたり行使することができないというリスクに直面していても――かなり長い期間が経過した後でもそうなのです。さらに、これまた同様に、国家は諸々の請求権を貫徹するために効果的な手段を自由に使えるという一般的利益が存在します。

消滅時効にかかり得るということの一般的利益は、さまざまな観点から具体化することができます。一つには、法

取引における明確な関係、つまり、請求権が遅くなって行使された場合に「法的状态が不明確になるということ」⁽⁵⁸⁾を阻止するというのが、重要になります。このことは、また一般的利益にも役立つのです。というのは、裁判官は、できるだけ明確な事実関係について判決を下すべきであり、もっぱら推定された事実関係について判決を下すべきではないからです。⁽⁵⁹⁾ もう一つには、確かに異論の余地ある見解によるのですが、一般的利益は、また、請求権を期間の制限を受けることなく貫徹することはできないということにもあるのです。つまり、これは、裁判官の負担軽減に役立つのです。⁽⁶⁰⁾ 国家は、その請求権に関する争いを解決するために、私的な訴訟当事者に正規の民法上の方法を自由に使わせているのです。時が経過するに従って証拠調べが困難になるということは、ひとり債務者にのみ生じるのではなく、裁判官の負担にもなるのです。

消滅時効における一般的な利益にマイナスの材料を提供するのは、消滅時効はBGB二一四条一項により抗弁権(Einrede)として主張されなければならないということです。一部で主張されているのは、公的な利益はあまり重要ではない。というのは、そうでないとすると、消滅時効が完成していることを債務者に指摘するということが、裁判官に許与されていなければならないからであるということなのです。⁽⁶¹⁾ 消滅時効が、実際に裁判官の負担軽減に役立つとするならば、消滅時効「にかかっているか否かということ」を職務上調べなければならないことになるというのです。⁽⁶²⁾ しかしながら、消滅時効の抗弁というものが、一般的利益は消滅時効の有する保護目的の領域内では重要でない[「意味がない」ということをもたらしわけではないわけではありません。そうではなくて、一般的利益は、債務者の個人的利益と比べるとあまりウエイトが置かれておらず、⁽⁶³⁾ 債務者が消滅時効の抗弁を持ち出さない場合には、後方に退くことに

なるということ、単に消滅時効の抗弁はもたらすにすぎないのです。同様の結果をもたらすのは（一般的利益は存在するが、副次的な意義を有する「にすぎない」のは）、消滅時効の完成は、請求権を裁判上行使することを妨げるものではないという異論や、B G B二〇四条により消滅時効の停止をかなり簡単に達成することができるという異論なのです。ただ個人的利益のみが消滅時効の可能性を基礎づけるものではないとの⁶⁴ここで主張されている見解（Sichtweise）は、B G B二〇二条二項によつて裏付けられるのです。それによると、消滅時効を法律行為によつて法定の時効開始時点から三〇年以上に延長することはできません⁶⁴。

V 所有物返還請求が消滅時効にかかり得るということに対する帰結

1 占有者や所有者の個人的利益

占有者がすでにB G B九三二条により所有権を取得するか、あるいは少なくともB G B九三七条による取得時効によつて所有権を取得してしまっている場合には、占有者に対して、所有者が有する返還請求権が消滅時効にかかってしまうかという問題は設定できません。このことが意味しているのは、占有者が初めから悪意であつたか、あるいは後に瑕疵ある所有者の地位について聞き知ったということです。このような状況の場合、所有者が占有者にもはや請求しないということに対する保護に値する信頼を占有者はもちろん有していません。もし消滅時効における占有者の個人的利益のみを考慮するならば、それによつてその物を三〇年以上の長きにわたつて所有者から隠すという励ましを不誠実な占有者のために作り出すことになりました。文化財の返還に関する実際の諸ケースは、これが完全にうまくいくことがあり得るということを裏付けています⁶⁵。善意の取得者は、もとの所有者に対する関係では、もとの所

有者が善意の取得者が悪意であつたかのように主張することから保護されなければならないという議論〔Ⅱ批判〕⁶⁶は、説得力がありません。つまり、BGB九三二条一項一文や九三七条二項により、所有物返還請求の原告は、占有者の悪意を立証しなければならぬのです。権利消滅の抗弁（Einwendungen）の場合のそれはこれとは異なるものです。つまり、権利消滅の抗弁をいうためには、債務者が立証責任を負いますし、それに加えてさらに、この立証責任は、たいていの場合、書面による証拠書類（領収書など）により果たすことができるのです。債務者はこの書面による証拠書類を相当長い期間にわたって保管しなければならないというわけではありません。ついでに言うと、不当な形で請求がなされるということを排除することはできません。つまり、訴訟と結びついている負担というものは、一般的な生活上の危険が具体化されたもののなのです。

とはいえ、「我々を」困惑させるのは、次のことです。つまり、悪意の占有者は保護に値しないという主張は、他の場所においては重要でないように思われるということです。例えば、物の瑕疵を悪意で告げなかった場合の買主が有する追履行請求権や損害賠償請求権は、BGB四三八条三項、一九九条一項、一九五条により、原則的な消滅時効期間にかかることを免れません。この消滅時効期間は、多くの場合、BGB一九七条一項一号の消滅時効期間より短いのです。というのは、三〇年の客観的最長期間は、きわめて人的な法益が侵害された場合にのみ適用されるにすぎないからです。同じようなことが、消滅時効法以外でも、「悪意である」詐欺による取消についての一〇年の除斥期間の場合にも当てはまるのです（BGB二四二条二項）。つまり、詐欺者はその点に関して正当な利益を有することなく、単なる期間の経過に基づいて保護されるのです。例えば、ある人が、「悪意である」詐欺によりある物の所有者

に自分にその物を譲渡するようにさせ、しかも詐欺にあった人が一〇年の期間が経過した後初めて「詐欺にあったという」事情を知ったとしても、彼は詐欺により取得した物を保持することができるのです。

しかしながら、不明確なのは、最後に挙げた比較事例がそもそも所有物返還請求の消滅時効と比較することができるとのことなのです。法状況が、保護に値するものでない者のために単に期間が経過したということのみで、より良くなるべきかという疑問には、同様の問題が存在しています。しかるに、「悪意である」詐欺の場合、債務法上の方法で所有権の移転を解消することのみが問題とされているにすぎないのです。これに対して、所有物返還請求権が消滅時効にかかるということがもたらすのは、所持者が法律行為上自由に処分できない所有権が、内容的に空洞化されている、つまり、空虚な権利になっているということなのです。この点において、所有物返還請求権の消滅時効は、それ以外の請求権の消滅時効と区別されますし、同様に詐欺取消 (Arglistanfechtung) の除斥期間とも区別されるのです。つまり、期間の経過が、所有者の権限を空洞化することにより、期間が経過するということが、事実上その「所有者の」法的状態を変えてしまうのです。所有者の法的地位をこのような形で侵害することは、所有者の法的地位を基本的に違った形で侵害することになるのです。それも債務法上の請求権の貫徹可能性によって生じるのよりもより強い形で所有者の法的地位を侵害することになるのです。所有権と占有が一致する形で存在し、所有者には単に「空の容器」というべきものが残っているに過ぎないという点にある所有者が有する利益は、優先的なものである、しかも占有者には保護に値する利益が存在しないのだからなおさらそうなのです。

2 一般的利益

先に述べた、法的安定性や法的平和にある一般的利益や、——少なくとも消滅時効規定の二次的な目的としてそれを認める限りにおいて——裁判官の負担軽減にある一般的利益は、所有物返還請求権を消滅時効にかけるということを正當化する可否かという問題がまだ残っています。このこととの関連において、この場合——債務法上の請求権の場合とは異なり——債務者として占有者の地位と結びついている大々的な証拠調べは通常は問題にならないということが、さらにもう一度顧慮されなければなりません。反対に、消滅時効にかかる可能性が肯定された場合であっても、証拠法上の争いを完全に排除することはできません。例えば、期間の開始時に関してだけでなく、とりわけ、占有の変更があった後にBGB一九八条によりこれまですでに経過した期間を算入できるかということに関しても争うことができません。⁶⁷ 一般的利益は、相当長い期間が経過した後は民事裁判官は、債権者にとって長い期間の間特に重要ではなかった請求権は取り扱わないという点にあるのです。しかしながら、この場合、所有者は、まず第一に、占有者をたいていの場合全く知らなかったということが重要になります。BGB一九五条の（三年の）原則的な消滅時効期間の場合、期間開始の主観的要件（一九九条一項二号）を通して以上のような事情が十分に考慮されるのです。それに相応するような形で債権者を保護するということが、ここで話題にしているBGB一九七条には、欠けているのです。たとえそれに相応する形の債権者保護が導入されたとしても、それによって、それ以外の点では、所有権と占有が継続的にばらばらになるという新たな問題は解決されず、ただ時的に先延ばしされたにすぎないのです。⁶⁸

さらにそれに加わるのは、——すでに指摘したように——、請求権が消滅時効にかかり得るということの一般的利益を

確かに基本的に承認しなければならないが、それには債務者の個人的利益に比べて副次的な意味があるにすぎないということです。かつての個人的利益が、所有物返還請求の場合の利益が問題となるように、保護するに値しない場合、公的な利益のみが消滅時効を正当化することができるわけではありません。そうでないとすると、債務者が抗弁権を主張する場合にのみ公的な利益がなぜ守られるべきなのかということを説明することができないことになりました。

そして最後に、所有権と占有が長い間はばらばらにならないということ——物が再譲渡された際の占有者による強迫の結果、例えば、BGB八一六条に基づく所有者の不当利得請求を顧慮すれば——や、不融通物 (*res extra commercium*) が生じないという点にある公的な利益を逆に指摘することができるのです。⁶⁹

VI 結論

所有物返還請求権が三〇年で消滅時効にかかるという現在の法的状態は、納得のいくものではないということが明らかとなります。このような規律は、BGB九三二条〔即時取得〕や九三七条〔取得時効〕の意味における善意の保護を享受できない占有者にのみ役立つものなのです、さらに、所有者の個人的利益は、消滅時効により、債務法上の請求権や取消期間における利益が問題となる場合よりもっと困難に遭遇することになります。所有物返還請求権の消滅時効は、所有権を空虚な権利 (*nudum ius*) へと減縮する⁷⁰ことによって、事実上 (*de facto*)、法的地位を変更するものとして働くのです。法的平和という一般的利益は、いずれにせよ消滅時効の主要な保護目的を形成するものではないのですが、法的平和という一般的利益のみでは、悪意の占有者に特権を与えるということを正当化することができ

ないのです。B G B 八五三条という不法行為法上の規定の背後に存在する保護思想に拠所を求めることができる場合には、その保護思想により、悪意で行為する者は、消滅時効が完成したことを援用することはできない。不適法な権利行使が持つこのような特別な形で表されているものは、ひとつの明確な機能を有しているのです。⁽⁷¹⁾ それ故、悪意で行為する者には、消滅時効を援用することがそれ自体として許されるべきではないという意に、この条文から立法者の基本的な決定を見て取ることができるのです。所有権と占有が継続的にばらばらとなっているということによって、この法律がまさに防ごうとした状態が創り出されることになればなるだけ、所有物返還請求権の消滅時効ということに興味を引くコンテキストにおいては、法的平和という利益が当てはまるのです。

すでに指摘しておいたように、ここで述べた法的問題は、実際上はとりわけ、文化財が問題となっているような場合の返還請求権について重要なのです。その際、ヨーロッパにおいて法を統一化するということも考慮され、ヨーロッパ共通の指令作成者は、所有物返還請求権の消滅時効を文化財から排除するという仕方です。⁽⁷²⁾ 遅くとも、この種の部分的な統一化は、ドイツの立法者がB G B 一九七条一項二号という形での立法的な決断を包括的に修正することに着手し、多くのE U構成国ですでに現在正当な理由から通用している法状態を導入するきつかけになるでしょう。

注

(1) City of Gotha and Federal Republic of Germany v. Sotheby's and Cobert Finance S.A., Queens Bench Division Case No.

- 1993, C. 3428 and Case No. 1997 G 185, abgedruckt in Originalfassung und deutscher Übersetzung in *Carl/Güttler/Siehr*, Kunstdiebstahl vor Gericht, 2001, S. 78 ff. S. dazu auch *Remien*, AcP 201 (2001), 730, 752 以下 の 理 更には *Schulze*, IPrax 2010, 290, 296 (*Sachs-Fall*) を 見よ。
- (2) 例として、ドイツ連邦裁判所による旧時効法の適用についておこなったもの。IPRspr. 1993 Nr. 52.
- (3) Pressemitteilung der Koordinierungsstelle Magdeburg (Lost Art), <http://www.lostart.de/Webbs/DE/Datenbank/KunstfundMuenchen.html>, abgerufen am 21.10.2014.
- (4) *Magnus/Wais*, NJW 2014, 1270, 1275; Birr, Verjährung und Verwirkung, 2. Aufl. 2006, Rn. 204.
- (5) 以下 *K. Müller*, Sachenrecht, 4. Aufl. 1997, Rn. 455' 及びこれに加えてさらに後の注(22)を見よ。
- (6) BR-Drucks. 819/01 (Beschluss).
- (7) BR-Drucks. 819/01, S. 2.
- (8) BR-Drucks. 2/14, S. 1.
- (9) *Baldus*, in: MünchKomm.BGB, 6. Aufl. 2013, § 937 BGB Rn. 5; また *Remien*, AcP 201 (2001), 730 ff., *Siehr*, ZRP 2001, 346 f., 及び *Magnus/Wais*, NJW 2014, 1270ff. に引用されている先例としての諸ケースを見よ。
- (10) すでに債務法の現代化以前の時代のものである。特に *Remien*, AcP 201 (2001), 730 ff., さらには新たに注(27)であげたものを見よ。
- (11) 略奪芸術作品と関連する特別な諸事例に対しては、次のような解決策が提案されている。つまり、不法な政権が続いている間は、「司法が停滞している」とを理由にBGB110六条により、消滅時効は停止しているという。そう述べるものとしては、例として *Grothe*, in: MünchKomm. BGB, 6. Aufl. 2012, § 206 BGB Rn. 7 及び *Schulze* (注一), S. 297.
- (12) Cour de cass. (Ire civ.) 2.6.1993, Bull.civ.I no. 197, D. 1993 Sommaires 306.
- (13) Art. 948 Abs. 3 CC.
- (14) BGE 48 II, 38, 45 f.

所有物返還請求権は消滅時効にかかり得るか (益井)

- (30) 簡明的確なものとして、*Baldus* (注6), § 937 BGB Rn. 43 mit Fn. 80; *Lange/Oehler*, ZRP 2014, 86, 88.
- (31) *M. Klose*, RW 2014, 228, 241 ff.
- (32) *usucapio* というロー法上の制度に由来する“*usucaption*”という言葉が同じ意味で存在している。
- (33) *Baldus* (注6), § 937 BGB Rn. 1.
- (34) *Baldus* (注6), § 937 BGB Rn. 2.
- (35) 論争状況については、*Baldus* (注6), § 937 BGB Rn. 47 ff.; *Staudinger/Wiegand*, BGB, Neubearb. 2011, § 937 Rn. 18 ff. を見よ。もっとも、この問題は、債務法の現代化の過程において消滅時効法が新たに規定されて以降、今では実務上あまり重要ではなくなっている。

- (36) *Baldus* (注6), § 937 BGB Rn. 58 und § 985, Rn. 63.
- (37) すべて *Planch/Knoke*, BGB, 4. Aufl. 1913, § 194 Anm. 3 など、こうした指摘をしている。
- (38) 論争状況についてはより詳細には、*Remien*, AcP 201 (2001), 730, 742; *Magnus/Wais*, NJW 2014, 1270
- (39) 確定判例としては、ただ、BGH NJW 1970, 707. を見よ。異論を申し立てるものとして、*Staudinger/Gursky*, BGB, Neubearb. 2013, § 985 BGB Rn. 100. されども、(占有者が悪意であった場合でも) 占有者は、所有者の所有物返還請求に対して悪意の抗弁を申し立てるべきである。*Gursky* は、ZPO 二三条を類推適用して、本権に基づく反訴を許容するべきであると、はじめから認めなす。*Westermann/Grusky/Eickmann*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 23 Rn. 7; *Gursky*, JZ 2005, 285, 286 を見よ。

- (40) *Remien*, AcP 201 (2001), 730, 744.
- (41) それ故、この問題は議論が戦わされている。ただ、*Staudinger/Gursky* (注6), § 985 Rn. 103. を見よ。
- (42) この点についてはの詳細は、*Remien*, AcP 201 (2001), 730, 740 ff.
- (43) BGHZ 59, 73, 74 = NJW1972, 1460 (債務者保護を重視して) ; BGH NJW-RR 1993, 1059, 1060; BGH NZA-RR 2014, 305, Rn. 29, Palandt/*Ellenberger*, BGB, 73. Aufl. 2014, Vor § 194 BGB Rn. 9; BT-Drucks. 14/7052, S. 179 (Rechtsausschuss; zu

所有物返還請求権は消滅時効にかかり得るか (益井)

§ 197 Abs. 1 Nr. 1 BGB a.F.).

(44) *Spiro*, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, Bd. I, 1975, S. 23 (「公的利権を占める」における観点について).

(45) BGH NJW 1993, 2054, 2055; BGHZ 153, 337 = NJW 2003, 1250, 1251 f.; *Grothe* (註11), Vor § 194 BGB Rn. 6.

(46) *Kunig/Nagata* (Hrsg.), Deutschland und Japan im rechtswissenschaftlichen Dialog, 2006, S. 267 ff. 以下を要する議論を、詳細なるところから (一) 公法的安全性のウエイトは相対的なものにもなる (二) *Oether*, Die Verjährung. Strukturen eines allgemeinen Rechtsinstituts, 1994, S. 41 ff. を参照。

(47) RGZ 120, 355, 358; 145, 239, 244.

(48) BGH NJW 1983, 388, 389 f.; NJW 1986, 1608, 1609.

(49) 以下 *Palandt/Ellenberger* (註13), Vor § 194 Rn. 9 (やはり最も重要なものとして強調されること) ; *Leenen*, § 477 BGB: Verjährung oder Risikoverlagerung?, 1997, S. 12, 22. を見よ。

(50) *Spiro* (註4), S. 9 ff.

(51) *Spiro* (註4), S. 11 ff.

(52) *Palandt/Ellenberger* (註13), Vor § 194 Rn. 8.

(53) *Staudinger/Peters/Jacoby*, BGB, Neubearb. 2009, Vor § 194 ff. Rn. 5.

(54) *Palandt/Ellenberger* (註13), Vor § 194 Rn. 8.

(55) Motive zum Entwurf des BGB, Bd. I, S. 291.

(56) BGHZ 59, 73, 74; 以下 BGHZ 122, 241, 244 = NJW 1993, 2054, 2055; BGH NJW 2003, 1250, 1251 f. を見よ。

(57) BT-Drucks. 14/6040, S. 100; BGHZ 59, 73, 74 = NJW 1972, 1460; NJW 2009, 1598; *Grothe* (註11), Vor § 194 BGB Rn. 7; *Oether* (註9), S. 38 ff.

(58) *Grothe* (註11), Vor § 194 Rn. 7, 以下を要する観点の基礎をなすところから (一) *Windscheid/Kipp*, Lehrbuch des

Pandektenrechts, Bd. I, 9. Aufl. 1906, S. 544.

- (56) この点から観点については、*Peters*, VersR 1979, 103, 105 mit Fn. 32. を見よ。
- (57) *Mansel/Budzikiewicz*, Das neue Verjährungsrecht, 2002, § 1 Rz. 43; *Peters/Zimmermann* (注24), S. 77, 193 (sub b) ; この点と同様なもの (in dieser Richtung wohl auch) *Brugner-Wolter*, Verjährung bei Schadensersatz aus Schutzpflichtverletzung, 1993, S. 34 (負担軽減という効果は、消滅時効の目的という脈絡においては「意味がなかわけではない」ところ) ; *Palandt/Ellenberger* (注33), Vor § 194 Rn. 11 (付随目的として引き合ふこと出ず) ; *Birr*, (注4), S. 30 (負担軽減という効果は「それ以外の目的を付随目的にすぎない」ところ) ; 反対説、*Grothe* (注45), Vor § 194 BGB Rn. 8 (また Rn. 6 a.E. を見よ) ; 個人的利益として立証を省く) ; *Staudinger/Peters/Jacoby* (注33), Vor § 194 ff. Rn. 7; *M. Wolf*, in: Festschrift für Elkehart Schumann zum 70. Geburtstag, 2001, S. 579, 581; また留保権者の立場について *Spiro* (注44), S. 20 ff., 22 (単に消滅時効の結果にすぎず、消滅時効法の本来の使命ではない) ; *Heinrichs*, in: Karlsruher Forum 1991, S. 3, 7.
- (58) *Häublein*, in: Künig/Nagata (Hrsg.) (注46), S. 267 (Diskussionsbeitrag) ; *Oetker* (注46), S. 62.
- (59) *Staudinger/Peters* (注33), Vor § 194 ff. Rn. 7.
- (60) *Grothe* (注11), Vor § 194 Rn. 5
- (61) *Brugner-Wolter* (注60), S. 35. 債務法の現代化以前には、それによってかなり広範囲に制限されていた。この点については、*Grothe* (注11), § 202 BGB Rn. 11 を見よ。
- (62) *Siehr*, ZRP 2001, 346 f. による証明を参照。やはり *Remien*, AcP 201 (2001), 730, 743 による批判を見よ (消滅時効が完成後においてすら、所有者がBGB八一六条による措置をとるといふ占有者に対して存在する危険を指摘して「批判する」)。
- (63) 先の注(28)を見よ。
- (64) *Remien*, AcP 201 (2001), 730, 741.
- (65) *Zutr. Remien*, AcP 201 (2001), 730, 755.
- (66) この点から観点については、*Remien*, AcP 201 (2001), 730, 743. を見よ。かかる有名な原則は、BGB一三七条に明確

所有物返還請求権は消滅時効にかかり得るか (益井)

な形で表れている。この点については、BGHZ 56, 275, 278 f. = NJW 1971, 1805; *Armbrüster*, in *MünchKomm.-BGB* (注11), § 137 Rn. 4.

(70) Larenz/Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. II /2, 13. Aufl. 1994, § 83 v. 3 (S.596).

(71) Staudinger/Vieweg, *BGB*, Neubearb. 2007, § 853 Rn. 1.

(72) この点については *Siehr* の提案を見よ。in: *Aufbruch nach Europa*. FS 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht, 2001, S. 811, 825. EU レベルでの物権法の統一化については、一般的なものについては *Röthel*, JZ 2003, 1027, 1034. を参照。

本稿は、ベルリン自由大学のクリスチャン アルムブリュスター教授が、平成二六年九月二二日に日本大学においてなした講演を翻訳したものである。翻訳を掲載することを快く承諾してくださったクリスチャン アルムブリュスター教授に心より感謝申し上げる次第である。

ドイツ民法（BGB）の個々の条文訳は、債務法現代化後の条文に関しては、岡孝編『契約法における現代化の課題』（法政大学出版局、二〇〇二年）の資料編を、債務法の現代化以前の条文については、於保不二雄 補遺高木多喜男『現代外国法典叢書 独逸民法〔Ⅲ〕物権法』（有斐閣、昭和三〇年）および東秀彦『全訳独逸民法』（有斐閣、昭和七年）を参照されたい。なお、「」の中は、文意を明らかにするなどのために訳者が補った部分である。

入浴中の溺死について疾病免責が認められた事例

東京高裁平成二四年七月一二日判決（平成二三年（ネ）第六九〇七号、保険金請求控訴事件）自動車保険ジャーナル1914号4頁
原審・東京地裁平成二三年九月一三日判決（平成二二年（ワ）第二七六八号、保険金請求事件（第一事件）、平成二二年（ワ）第一四八二五号、保険金請求事件（第二事件））自動車保険ジャーナル1914号13頁

梅 村 悠

一 問題の所在

傷害保険は、「外来性」が保険金支払の要件の1つであり、これが問題となる場面としては、大別すると以下の2つがある。すなわち、第一に、そもそも外部からの作用が存在したか（例えば、入浴中に死亡した被保険者

の死因が溺死か心臓発作か）が争われる場合、第二に、外部からの作用が存在することに争いはない（または証拠上認められる）が、その外部からの作用が生じた原因（原因の原因）が被保険者の疾病であるか（例えば、入浴中に被保険者が溺死したことは認められるが、溺死の原因が、転倒・居眠りなどの事故か、心臓発作で意識を

消失したなど疾病によるものであるか）が争われる場合である（塩崎勤ほか・保険関係訴訟633～634頁（民事法研究会、2009年））。

本件は、既往症のある75歳の男性が自宅浴槽内で溺死したところ、外来性の要件を欠くことを理由として、同男性の加入していた傷害保険契約・共済契約に基づく死亡保険金・死亡補償金請求を拒否されたため、原告らがその支払を求めた事件である。同男性の死亡の（直接の）原因は溺水吸引による窒息死であることが証拠上認められることから、上記の分類でいえば、本件は第二の類型に該当する。

従って、外部からの作用（溺水）の原因が何であるかが主たる争点となるが（争点②）、その前提として、本件事故における外来性及び内因性の立証責任の所在が問題となる（争点①）。争点①については、後述するように、近年の最高裁判決（最判平成一九年七月六日民集61巻5号1955頁〔以下「平成19年7月最判」とする〕など）との関係が問題になり得るところ、本判決は、平成19年7月最判に基づいて「保険金等請求者は、…被保険者の傷害が被保険者の疾病を原因として生じたも

のではないことまで主張、立証すべき責任を負うものではないと解するのが相当」とした原審判決を引用して、溺水の原因が疾病であることの立証責任は保険者にあるとした。そして、保険者が立証すべき溺水の原因（争点②）については、専門家による複数の鑑定意見を比較・検討したうえで、溺水の原因は基本的に疾病によるとして、免責を認めたものであり、今後、同種事案の解決において参考となろう。

二 事実の概要

X1会社（昭和47年、電気工事、家電器具販売等を目的として設立された有限会社）は、平成8年4月30日、同社の代表取締役を務めていたAほか1人を被共済者として、Y1（中小企業における災害補償共済事業等を行う財団法人）に加入した。Y1の規約には、被共済者が災害（「急激かつ偶然の外来の事故で、身体に傷害を受けたものをいう」（9条））を被り、事故発生の日から1年以内に、その災害が直接の原因となって死亡したときは、死亡補償費（2000万円）を支払う（16条1項）とともに、Y1は、被共済者の疾病等によって生

じた傷害については、補償費を支払わない（19条1項（5））旨の条項が存在する。

Aは、平成12年3月15日、Y2（組合員に対する共済事業等を行う消費生活協同組合）との間で、傷害共済契約（被共済者をA、契約タイプをシニア傷害タイプ（基本契約共済金額は500万円）、共済期間を平成12年2月1日（発効日）から1年とし、1年ごとに自動的に更新されるもの）を締結した。Y2の傷害共済事業規約には、Y2が共済金を支払うべき「不慮の事故等」とは、「急激かつ偶然な外因による事故」をいい、「溺水、窒息及び異物による不慮の事故は、外因による事故に含まれるが、疾病による呼吸障害、嚥下障害、精神神経障害の状態にある者の食物の吸入又は嚥下による気道閉塞又は窒息、その他の物体の吸入又は嚥下による気道の閉塞又は窒息は、外因による事故から除外される」（別表第2）ことが規定されている。

Aは、C保険会社の傷害保険契約（被保険者をB（Aの妻）及びA死亡保険金受取人を法定相続人、死亡・後遺障害保障額を1000万円、保障期間を平成15年1月1日から団体証券満期日までとし、以降毎年自動継続

入浴中の溺死について疾病免責が認められた事例（梅村）

するもの）に加入した。同保険契約の約款には、C保険会社は、被保険者が急激かつ偶然な外来の事故によってその身体に被った傷害に対して、保険金を支払う（1条〈1〉）が、被保険者の脳疾患、疾病または心神喪失によって生じた傷害に対しては保険金を支払わないこと（3条〈1〉）（※判旨の認定事実においては言及されていないが、筆者が確認した）、被保険者が第1条の傷害を被り、その直接の結果として、事故の日からその日を含めて180日以内に死亡したときは、保険証券記載の保険金額の全額を死亡保険金として死亡保険金受取人に支払う（5条〈1〉）ことが定められている（以上の保険契約における当事者の地位は、平成17年2月28日、C保険会社からY3（傷害保険等の損害保険の引受けを主たる業務とする外国法人）に包括移転された）。

Aは、平成14年8月ころ、簡易生命保険（災害特約、疾病傷害入院特約を付した全期間払込80歳満期養老保険であり、効力発生年月日を平成14年8月28日、保険金額を200万円、特約保険金額を災害特約200万円、疾病傷害入院特約200万円、保険契約者及び被保険者をA、満期保険金受取人をA、死亡保険金をBとす

るもの）に加入した。同保険の養老保険約款には、被保険者が基本契約の効力発生後1年6ヶ月を経過した後に不慮の事故等を直接の原因として被害の日から180日以内に死亡したときは、死亡保険金額に相当する金額を死亡保険金受取人に支払う（保険金の倍額支払）（24条1項）が、（a）疾病（法定伝染病を除く。）を直接の原因とする事故によつて死亡したとき、（b）精神障害中に又は酒に酔っている間に招いた事故によつて死亡したとき、（c）重大な過失によつて死亡したときには適用しない（24条2項）ことが定められている（簡易生命保険契約の契約当事者（保険者）としての地位は、郵政民営化法の施行などを受け、Y4が承継している）。Aは、平成19年3月18日午後3時ころ、X2宅の浴室浴槽内において座位、前屈位で顔を水面下にした状態となつていてところを発見され、その後死亡が確認された。

D外科所属のE医師は、平成19年3月18日、Aの死体検案及び解剖を実施し、死体検案書を作成した。本件検案書には、Aの直接死因は溺水と記載されており、溺水の原因については記載されておらず、また、解剖所

見欄には、「溺水による窒息死と認められるが、内因性の原因は不詳である。」と記載されていた。

その後、F大学院医学研究科教授であるG教授は、県警本部長からの鑑定嘱託を受け、Aについて再度の解剖を行い、同年9月10日付けで鑑定要旨を作成した（以下「本件鑑定書」という）。

X1は、平成19年8月6日到達の書面によつて、Y1に対して、死亡補償金を請求し、X2（Aの子であり現在X1の代表取締役を務めている）は、平成19年4月16日到達の書面によつてY2、平成19年4月19日到達の書面によつてY3、平成19年4月2日到達の書面によつてY4に対し、死亡共済金ないし死亡保険金を請求したが、支払いを拒絶された（なお、Y4につき、死亡保険金200万円及び災害特約死亡保険金200万円は支払われている）ため、訴えを提起した。

東京地裁は、まず、本件事故における外来性及び内因性の立証責任につき、

「1…本件保険契約等においては、それぞれ対応する本件各約款等に従うこととされ、本件各約款等によつて、本件保険契約等について、いずれも被保険者が急激

かつ偶然な外来の事故又は不慮の事故等によってその身体に傷害を受けたとき（以下「外来性要件」という。）

本件各約款等に従って死亡補償費、死亡共済金、死亡保険金等（以下「保険金等」という。）の保険料を支払う旨を定めている。また、本件各約款等は、この外来性要件が定められた規定とは別に、保険金等の支払の免責規定として、各被告ごとに若干規定の仕方や表現方法に差異は見られるものの、被保険者の疾病によって生じた傷害については保険金等を支払わない旨の規定を置いている。このような本件保険契約等及び本件各約款等の文言や構造に照らすと、保険金等請求者は、外部からの作用による事故と被保険者の傷害との間に相当因果関係があることを主張、立証すれば足り、被保険者の傷害が被保険者の疾病を原因として生じたものではないことまで主張、立証すべき責任を負うものではないと解するのが相当である（最高裁判所平成一九年七月六日第二小法廷判決・民集61巻5号1955頁）。

本件において、Aの死亡の直接の原因は溺死、すなわち入浴中の溺水吸引による窒息であり、本件事故はAの身体的外部からの作用による事故であること及び本件

事故と死亡との間に相当因果関係があることが認められる。そうすると、Yらは、Aの溺死の原因が内因性のものであること、すなわち、Aの疾病（身体の諸機能の障害）を原因とすることを主張立証しなければ、Xらの各被告に対する保険金等支払義務を免れることができないというべきである。」とした。

そして、本件事故の原因について、認定事実によると、「2：（2）：Aは転倒等の外力を受けずに浴槽内の湯を吸入したものと認められ、浴槽内で入浴中に何らかの原因によって、身体の防御反応を生じさせることのできない意識消失状態に至ったことを推認でき」とした。そして、意識消失に至った原因について、（ア）Aには（軽度の）心肥大が認められること、（イ）Aの心臓に小線維化が認められる（虚血性の変化が生じていたことを推認することができる）こと、（ウ）Aの右冠状動脈には30%の狭窄が認められることに加え、（エ）Aは当時75歳と高齢であったこと、高血圧症により長期（約10年）にわたって継続的に治療・投薬を受けていたことからすると、「本件事故当時、Aの心血管系への負荷は相当程度重かつたものであり、Aの心臓は、虚血性心

疾患を発症しうる虚血性病変のある心臓であったと推認できる。そして、Aが入浴することによって、体表面の温度が体温より高まり、それに伴って、体表面の皮膚及び近接組織の毛細血管等が拡張し、それらの部位における循環血液量が増すため、内臓の循環血液量が減少して、前記認定のように虚血性病変のあったAの心臓は、心筋虚血又は虚血性心不全を起こし、心筋が必要とするだけの血液が不足する心筋障害を生じて意識消失の状態となり、その結果、誤って水を吸引した場合の身体の防御反応によってその水を吐き出すことができず、溺水によって死亡したと推認することができる。」とした。

他方、入浴中の溺死の原因について、必ずしも心疾患や脳血管疾患に起因するものではないとする近年の研究を証拠として援用したXらの主張に対しては、「Xらが援用する証拠は、高温浴に対する一般的な注意を呼び掛けるものにすぎないものであったり、一般論として、入浴中の溺死について、熱中症等による意識消失が原因となる場合があることを述べるに過ぎないもので、熱中症等によって生じた可能性を具体的に示したものではない以上、これを直ちに採用することはできない。」とし、

また、飲酒による酩酊が関与しているとの主張に対しては、「Aは、本件事故当時、軽度酩酊状態であったにすぎず…、軽度酩酊の程度では、身体の防御反応によって誤って吸入した水を吐き出すことが可能であると認められるから、本件事故の原因がAの飲酒酩酊にあったと認めることはできない。」とした。

以上の検討から、東京地裁は、「Aが意識消失に至った原因は、入浴によって惹起される内臓循環血液量の減少による心筋虚血、虚血性心疾患であると認められるから、本件事故の直接の原因は溺水による窒息であったとしても、溺水は、Aの身体内部の疾病によって生じたものとして、本件保険契約等における保険金等の免責要件を満たし、Xらは、Yらに対して、本訴請求にかかる保険金等を請求できないというべきである」として、訴えを斥けたため、Xらが控訴した。

三 判旨（控訴棄却（上告））

「1 当裁判所も、Aの死因は溺水による窒息であつて、外来性の要件は充たされるものの、その原因は内因性の疾病に基づくものであると認められ、各請求権につ

いての免責の要件に該当するので、XらのYらに対する請求はいずれも理由がなく、棄却すべきものと判断する。その理由は、当審における当事者の主張にかんがみ補足説明を加えるほかは、原判決の『事実及び理由』欄の『第四 当裁判所の判断』の1及び2…のとおりであるから、これを引用する。

2 本件においては、Aが入浴中に意識障害に陥り、その結果溺水により窒息死したものであり、その原因としては、同人には、蘇生術の施行によると考えられる肋骨の骨折のほかには転倒等による外部からの作用による傷害が存しなかったこと、他方、心疾患を疑わせる胸痛、高血圧などの既往があったこと、心肥大、心筋内の小線維化、右冠動脈の約30%の狭窄等の病変があった上、その体内からエタノールが検出されて軽度の酩酊状態にあったこと、加えてAが75歳という高齢であったことから、同人の心臓は虚血性心疾患を発症し得る状態にあったところ、入浴によって内臓の循環血液量が減少し、心筋虚血又は虚血性心不全を発症したために意識を消失して溺水したものと認めるのが相当である。これに対し、Xらは、H意見書を提出し、これに沿ってAの死亡原因

について主張するので、補足的に説明する。

(1) 心肥大について

Xらは、H意見書を援用して、心胸郭比50%の前半までは許容されるので、53%は正常範囲内とされており、Aは、心肥大と診断されたこともなく、その症状もなかったから、心肥大とは認められない旨主張する。

しかしながら、Aが死亡する16日前に撮影された胸部X線写真によつて心胸郭比は53%と測定され、本件鑑定における測定によれば、心臓の重量が正常値を20%以上超えていることが認められるのであって、数値的には正常域にあるとはいい難く、虚血性心疾患を引き起こすリスクがあることは否定できない。この点に関し、I意見書においては…Aの心臓重量が同人の体重に基づく正常重量…より63グラム(20%を超えている。)も重いことが指摘され…心肥大が存在したとされている。また、J意見書においても、心胸郭比及び心臓の重量の測定結果からAに心肥大があると認め、さらに本件鑑定を行ったG教授も…軽度の心肥大が認められるとする回答をしていることからすると、これらの見解には相当の理由があるというべきである。…

(2) 心筋の小線維化について

Xらは、H意見書を援用して、本件鑑定の病理組織学的検査によって認められた心筋内に散在する小線維化は、それが右冠動脈に認められた30%の狭窄部分にあったかどうかは不明であり、顕微鏡で確認できる程度であるから、軽微であつて、これが致命的な欠陥となることはあり得ないと主張する。

しかしながら、小線維化は、心筋細胞への血液の供給が不足し、心筋細胞が壊死し、瘢痕化している状態を指すところ、G教授は、小線維化を原因にしてある程度の心虚血があつたと推察されるところの見解を示しており、I意見書では小線維化を虚血性心疾患の原因としており、J意見書においては、小線維化が散在していることは、Aの虚血性心疾患の発症を決定づけるものであるが、他の要因と複合的にその原因となつていているとしている。小線維化が散在していたということは、同人の心臓全体に病変が存したことを示しているから、これだけで決定的な要因になるかどうかはともかくとして、虚血性心疾患の原因となり得る要因とすることは合理的な見解であるということが出来る。：

(3) 右冠動脈の30%狭窄について

Xらは、H意見書を援用して、冠動脈の30%狭窄は病的なものでなく、血流低下をもたらすものでもないと主張する。：

これに対し、I意見書は、冠動脈狭窄の程度及びその病的意義については、冠動脈造影検査を行った際のAHA分類に則つて評価されるところ、解剖所見による30%の狭窄はAHA分類では26～50%と評価され、病的意識を持つものであり、Aについては回施枝の1本が極めて細いという解剖所見があり、Aの上記狭窄は通常人よりも病的意義が大きかつたとしている。また、J意見書も、30%の冠動脈狭窄は、急性冠症候群を発生させる危険性があるところの見解を示している。

上記各見解に対し、H意見書が30%の狭窄は虚血性心疾患の原因とはならないとする根拠・理由は明らかではなく、少なくとも冠動脈狭窄が心筋虚血・虚血性心不全の要因となり得ることは否定できない。

(4) 以上に検討したところによれば、Aに見られた心肥大、小線維化及び冠動脈狭窄が虚血性心疾患の原因とはならないとするH意見書を採用することはできない。

そして、I意見書及びJ意見書によれば、生前にAに存したこれらの病変は、虚血性疾患の原因となり得るものであり、そのほかAに高血圧の既往があり、血圧のコントロールが不良であったことに加え、飲酒の上で入浴したことから、これらの要因が複合することによって、入浴時におけるAの意識障害を発生させたともみることができる。

Xらは、本件鑑定が、飲酒による酩酊が関与した可能性が認められるとし、疾病など他の要因を挙げていないことから、Aの入浴時の意識障害の原因は飲酒による酩酊であると主張するが、G教授は、本件解剖の目的が直前の交通事故と死亡との因果関係の有無を明らかにすることであり、鑑定書もそのような観点から記載されているとしており、これによってAの死亡に内因性の疾病が関与したか否かを判断することはできないというべきである。

また、Xらは、現在の医学では、入浴中の死亡事故の原因として熱中症等の身体的変化により入浴中の溺死が生じることが常識となっており、H意見書を援用して、本件鑑定における直腸温から推定される死亡時のそれが

少なくとも41～42℃であることからすると、重傷の熱中症が失神・一過性の意識消失をもたらした旨主張するが、I意見書によると、熱中症になったのに入浴を継続するとは通常考えられないばかりでなく、熱中症に特徴的な肺水腫、腎の混濁腫脹、脳の浮腫、消化管粘膜の出血等の身体的所見が解剖によっても明らかとなっていないというのであり、これに照らすと、上記主張を採用することも困難である。

そうすると、Aの入浴時における意識障害は、酩酊や入浴による血流の変化等が関与していること自体は否定できないとしても、基本的には、Aの心臓に存した心肥大、小線維化及び冠動脈狭窄という病変が心筋虚血又は虚血性心不全をもたらしたため、意識消失の状態となり、その結果、水を飲み込んだ場合の身体の防御反応によって吐き出すことができず、溺死に至ったと認めることができる。」

四 本判決の検討

1 傷害保険における事故の外來性について、かねてより、学説では「原因が身体の外にあること」をいい、

原因の外來性が要求される（疾病等身体の内部に起因するものは排除される）と解する見解が多数を占めており（石田満「傷害保険契約における立証責任」保険契約法の論理と現実299頁（有斐閣、1995年）、山下友信・保険法454頁（有斐閣、2005年）、江頭憲治郎・商取引法〔第6版〕521頁（弘文堂、2010年）、傷害事故が疾病によるのではないことの立証責任は保険金請求者側が負うものと考えられて（石田・前掲書304頁。もつとも、その証明の程度については、いわゆる一応の証明で足りるから、保険金請求者側に著しく不利益を及ぼすことにはならない（同301頁）と解されて）きた（これに対して、外部からの被保険者の身体への作用の有無のみが重視されるべき（傷害事故が疾病に起因することの立証責任は保険者側が負う）と解する少数説（潘阿憲「傷害保険契約における傷害事故の外來性の要件について」都法46巻2号248頁（2006年））もあった）。

入浴中の溺死に関するこれまでの裁判例（横浜地判平成七年九月二二日判例集未登載、福岡高判平成八年四月二五日判時1575号126頁、神戸地判平成一八年一

月一八日判時2006号156頁、神戸地判平成一八年五月一〇日判例集未登載など。いずれも外來性を否定。）も、立証責任について基本的には同様の立場に立っていた（ただし、上記の石田博士の見解とは異なり、厳格な証明を要求する傾向にあった）とされる（福田弥夫「判批」判例評論604号25頁（2009年）。なお、大阪高判平成一九年四月二六日判時2006号146頁は、内的要因によるものでない旨の一応の証明があるとして外來性を肯定したものと理解されている（福田・前掲26頁）。他方、原則として保険金請求者に立証責任があるとしつつも、直接の死因が身体の外部にあることを立証すれば間接的な原因が内部に原因するものでないことまで明らかにする必要はないと（間接原因についての立証責任を事実上保険者側に転換）して、外來性を肯定した事例（大阪高判平成一七年二月一日判時1944号154頁）もあったが、少数にとどまり、判旨に対して疑問も呈されていた（石田満（編）保険判例2009・265頁（保険毎日新聞社、2009年）、佐野誠「判批」損害保険研究69巻3号238頁以下（2007年）など）。

しかし、上記の学説（多数説）や主たる裁判例の立場とは異なり、最高裁は、平成19年7月最判（パーキンソン病罹患者が餅をのどに詰まらせて重度後遺障害を負った事案）において、外来性を「身体の外部からの作用」と解して、そこには傷害が疾病等身体の内部に起因する場合も含まれるとする判断を示し（石田清彦「判批」保険法判例百選201頁（2010年）、約款の構造文言に照らせば、保険金請求者は、外部からの作用による事故と傷害との間に相当因果関係があることを主張・立証すれば足り、傷害が疾病を原因として生じたものではないことについて主張・立証責任を負わないと判示した（さらに、近年、最高裁は、嘔吐物の誤嚥による窒息死が外来性の要件を満たすか否かが争われた事案において、「誤嚥は、嚥下した物が食道ではなく気管に入ることをいうのであり、身体の外部からの作用を当然に伴っているものであって、その作用によるものというべきであるから、本件約款にいう外来の事故に該当すると解することが相当である」と判示している（最判平成二五年四月一六日判時2218号120頁））。

平成19年7月最判は入浴中の溺死の事案ではないが、

入浴中の溺死について疾病免責が認められた事例（梅村）

判例の考え方を被保険者が入浴中に溺れて傷害を負った場合にそのまま当てはめると、保険金請求者は、被保険者が入浴中に溺れたことと傷害との相当因果関係を主張・立証すれば足り（溺れた原因については主張立証責任を負わない）、保険者において、抗弁として、溺れた原因が心臓発作等の疾病（身体の内部的原因）によることを主張立証しなければならぬ（塩崎ほか・前掲638頁）ということになる。

これに對して、入浴中の溺死のケースと平成19年7月最判のケースとは、外来性の判断に関する問題点は若干異なる（溺死の場合、意識障害の発生↓溺水↓溺死というプロセスをたどるのに対して、餅をのどにつまらせる場合は、嚥下障害が直ちに窒息死をもたらすという違いがある）として、つぎのように論じる見解（福田・前掲27頁）もある。すなわち、糖尿病・高血圧症などの既往症のある高齢者の溺死に関する事案である、福岡高判平成一八年一月一六日（平成17年（ネ）第940号）では、外来性の証明に関して平成19年7月最判とは明らかに異なる内容の判断が示されている（外来性について「被保険者の身体外の要因の作用により保険事

故が発生したことをいい、身体の内部的要因に基づくものは除外される」とし、外来性の要件は「傷害保険における保険金請求権の成立要件であるから、保険金請求者において主張立証すべき責任を負うものと解するのが相当」という一般論を示したうえで、「直接の死因が溺水であつたとしても、その原因を問うことなく事故の外来性を認めることはでき」ず、「内因性の原因による溺死

であることが相当程度考えられる本件事故においては、いまだ外来性の要件を満たしているということはできない」と判示した）ところ、上告不受理の決定がなされた（最高裁第一小法廷平成一九年七月一九日上告不受理決定（平成一九年（受）第246号）のは、（当該被保険者の疾病が明確であり疾病が入浴中の溺死の原因となつたことが明らかであつたためとする見解（小林和則「判批」保険事例レポート227号7頁（2008年））もあるが）窒息に至るプロセスに対する疾病の寄与の状況が平成一九年7月最判のケースと入浴中の溺死のケースとは異なるとの判断が影響しているのではないかと考える余地があり、ゆえに、入浴中の溺死事故に関しては、最高裁は、いまだ傷害が疾病によらないことについて保

險金請求者が主張立証責任を負うという立場に立つと解することも可能ではないか（福田・前掲27頁）とする見解もあり（この見解のほかにも、上記不受理決定の位置づけについては、確定的な判断が困難であり、今後の判例動向を待つしかない（佐野・前掲17頁）との指摘もある）、平成一九年7月最判についての理解は、必ずしも一致していない状況にあるといえる。

2 本判決は、争点1について、「本件保険契約等及び本件各約款等の文言や構造に照らすと、保険金等請求者は、外部からの作用による事故と被保険者の傷害との間に相当因果関係があることを主張、立証すれば足り、被保険者の傷害が被保険者の疾病を原因として生じたものではないことまで主張、立証すべき責任を負うものではないと解するのが相当である（最高裁判所平成一九年七月六日第二小法廷判決・民集61巻5号1955頁）」とした原審判決を引用し、平成一九年7月最判の判断枠組み（保険金請求者は、傷害が疾病を原因として生じたものではないことについて主張・立証責任を負わない）が、入浴中の溺死のケースにもそのまま妥当するという立場をとることを明示している。

平成19年7月最判に対しては、「傷害が疾病を原因として生じたものでないこととすることは、なかったことの証明を強いることになり」、「外来性については偶然性に見るような強度のモラルハザードはないのであるから、困難な消極事実の証明を共済金請求者に強いるのは酷である」として判旨を支持する見解（戸出正夫「判批」損害保険研究69巻4号167～168頁（2008年））が多数である（判旨賛成の見解として、榊素寛「判批」判評604号165頁（2009年）、白井正和「判批」法協125巻11号2632頁（2008年）、竹濱修「判批」私法判例リマックス37号111頁（2008年）、山野嘉郎「判批」ジュリスト1354号120頁（2008年）などがある）。これに対して、「外来性要件の判断要素から疾病起因性のみを排除するということは、外来性という概念の構成要素を分割することであり、技巧的な概念解釈と思われる。…一連の事実関係を全体的に評価して外来の事故ではないとすることが素直な理解ではないかと思われる」として批判的な見解（佐野・前掲16頁）もある。

平成19年7月最判に批判的な後者の見解（佐野・前

入浴中の溺死について疾病免責が認められた事例（梅村）

掲16頁）からは、本判決に対しても同様の批判がなされるであろうが、平成19年最判を支持する前者の見解を前提とする場合であっても、本判決については賛否が分かれる可能性がある。すなわち、餅をのどに詰まらせたケースと入浴中の溺死のケースとで、外来性の判断に関する問題点は何ら変わらない（から平成19年7月最判を支持すべき論拠は入浴中の溺死の場合にもそのまま妥当する）と考えれば、本件判旨は正当であるという評価がなされるのに対して、窒息に至るプロセスに対する疾病の寄与の状況の違いから、平成19年7月最判の判断枠組みは入浴中の溺死のケースにはそのまま妥当せず、入浴中の溺死事故に関しては、傷害が疾病によらないことについて保険金請求者が主張立証責任を負う（福田・前掲27頁参照）と解する場合には、判旨に疑問が呈される可能性がある。

3 本件事故（溺水）の原因が何であるか（争点②）につき、原審は何らかの原因による意識消失に至ったものと推認し、意識消失に至った原因として、（ア）心肥大、（イ）心臓の小線維化、（ウ）右冠状動脈の狭窄、及び（エ）当時75歳と高齢であったこと、長期にわたる

高血圧症の治療歴があることを挙げ、結論として「Aが意識消失に至った原因は、入浴によって惹起される内臓循環血液量の減少による心筋虚血、虚血性心疾患であると認められる」とした。

控訴審において、Xらは、原審の挙げた（ア）（ウ）の認定を覆すべく、H意見書を提出したため、本判決は、専門家の意見書・鑑定書を比較・検討して、「Aに見られた心肥大、小線維化及び冠動脈狭窄が虚血性心疾患の原因とはならないとするH意見書を採用することはでき」ず、「I意見書及びJ意見書によれば、生前にAに存したこれらの病変は、虚血性疾患の原因となり得るものであり、そのほかAに高血圧の既往があり、血圧のコントロールが不良であったことに加え、飲酒の上で入浴したことから、これらの要因が複合することによって、入浴時におけるAの意識障害を発生させたとみることができ」るとし、結論として、「Aの入浴時における意識障害は、酩酊や入浴による血流の変化等が関与していること自体は否定できないとしても、基本的には、Aの心臓に存した心肥大、小線維化及び冠動脈狭窄という病変が心筋虚血又は虚血性心不全をもたらしただため、意識消

失の状態となり、その結果、水を飲み込んだ場合の身体の防御反応によって吐き出すことができず、溺死に至ったと認めることができる。」とした。

原審と本判決とを比較すると、①原審では意識消失に至った原因の一つとして「Aは当時75歳と高齢であったこと」が挙げられているが、本判決では、その点について言及がないこと、②原審では意識消失に至った原因を「心筋虚血、虚血性心疾患であると認められる」としているのに対して、本判決は、（飲酒を含む）複数の要因が複合することによって意識障害が発生したと認定したうえで、「基本的には、心肥大、小線維化及び冠動脈狭窄という病変が心筋虚血又は虚血性心不全をもたらしただため、意識消失の状態とな」ったとしていることが主な相違点として指摘できる。

①において指摘しているように、原審判決は「高齢であったこと」自体を疾病として捉えているが、それは妥当ではない（高齢である場合には何らかの既往症を有している可能性が高く、ゆえに内因による意識消失を原因とする入浴中の溺死の件数も相対的に多数にのぼるであろう。実際に、高齢者の入浴中の溺死については疾病に

よる死亡が圧倒的に多いという統計データに基づき、意識喪失を誘引する内因的な疾患の存在を推定した裁判例（前掲神戸地判平成一八年一月一八日）もある。確かに、傷害保険制度において、保険者は、疾病に起因する傷害については保険金を支払わないことを前提に（上記のような統計データに基づいて）年齢や既往歴に関わらず一定額の保険料を定めている。しかし、個別の事案から離れて、統計データに基づいて疾病免責を認めるのは適切ではなく、裁判所は、保険者に対して、然るべき事前の対処（入浴中の溺死を不担保にしたり、高齢者の保険料を引き上げるなどの商品設計）を行うためのインセンティブを与えるような解釈をすべきであろう（榊・前掲19頁、白井・前掲2632頁参照）。したがって、この点に関する言及を控えた判旨は支持できよう。

また、②について言えば、意識障害に対する既往症の関与（外因、内因の競合）をどのように捉えるかという点が問題となる。この点については、保険金請求者が外來性の主張立証責任を負うことを前提に、外因が「専ら」事故の原因である（全体のほとんどを外來的な要因が占め、疾病の割合はきわめて少ない）ことを要すると

する立場（前掲福岡高判平成八年四月二五日、前掲神戸地判平成一八年一月一八日など）と、外因が「主として」事故の原因であれば足りる（全体の大部分を外來的な要因が占めていれば、疾病の関与が割合的に多くともよい）とする立場（名古屋高判平成一四年九月五日裁判所ウェブサイト掲載、大阪地判平成一八年一月二九日判タ1237号304頁）があった（佐野・前掲14頁、福田・前掲30頁）。（本判決のように）傷害が疾病を原因として生じたことについて抗弁として保険者が立証責任を負うとした場合には、逆に、外因が「専ら」事故の原因であるかを考慮する立場によれば、保険者の側で既往症が軽微でない（疾病の割合がきわめて少ないわけではない）ことを立証すれば足りることになるのに対して、「主として」の立場によれば、既往症が「主として」事故の原因となった（全体の大部分が疾病によるものである）ことを立証する必要があることになる（福田・前掲31頁）。

一般論として判示がなされているわけではないが、原判決は、疾病以外の要因（酩酊や入浴による血流の変化等）が関与しているとの主張を排斥しており、「主とし

※上告審（最判平成二五年七月一日自保ジャーナル1914号1頁）では、実質的な審理がなされず、棄却・不受理が確定している。

て」の立場に近く、本判決は、疾病以外の要因の関与の可能性を認めつつ、「基本的には」疾病が意識消失の原因となったとしていることから、「専ら」の立場に近いものと位置付けられよう。高齢者の場合、既往症が全くないというケースは稀であろうから、何らかの既往症（例えば、重篤ではない高血圧症）を有することをもつて、安易に意識消失の原因とすることは妥当ではなく、最新の医学的知見に基づいて（前掲大阪高判平成一九年四月二六日は、新たな医学的知見に基づき、高齢者について、溺水吸引による驚愕や反射的な運動能力や身体的防御機能の低下などにより、溺水の際に本能的な自力救命作業が発動されず、溺死する可能性を認めて、意識障害が内因的な疾患によって生じたものとは認められないとしている。この点につき、福田・前掲175頁、長谷川仁彦「判批」石田満（編）保険判例2010・114頁（保険毎日新聞社、2010年）参照）、慎重な判断がなされるべきと考えるが、本件認定事実を前提とするかぎり、本判決の結論は是認できると思われる。

「『商法（運送・海商関係）等の改正に関する中間試案』に対する意見募集」に対する意見

日本大学法学部商事法研究会

法務省民事局参事官室は、「『商法（運送・海商関係）等の改正に関する中間試案』に対する意見募集」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（『商法（運送・海商関係）等の改正に関する中間試案』については、別冊NBL一五二号（平成二十七年）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、これに応えるべく平成二十七年四月二十七日および五月九日に商法の研究者等により構成される商事法研究

会を開催して、当該意見を検討した（当研究会の参加者は、次のとおりである。四月二十七日が大久保拓也（教授）、清水恵介（教授）、長谷川貞之（教授）、松嶋隆弘（教授）、梅村悠（准教授）、野中貴弘（助教）、金澤大祐（大学院法務研究科助教）、鬼頭俊泰（商学部准教授）、および大学院生。五月九日が大久保拓也（教授）、工藤聡一（教授）、清水恵介（教授）、藤川信夫（教授）、松嶋隆弘（教授）、梅村悠（准教授）、田中夏樹（助教）、野中貴弘（助教）、金澤大祐（大学院法務研究科助教）、

鬼頭俊泰(商学部准教授)、山川一陽(名誉教授)、および大学院生)。その際、運送法分野では、荷受人の権利、航空運送に、海商法分野では、船舶衝突、海難救助、船舶担保にそれぞれ重点を置いて検討を行った。その結果、これらの部分に関する意見が、他の部分に比して詳しいものとなっていることを付言する。

そして、本研究会の意見を取りまとめ、これを意見書として同年五月二二日に法務省民事局参事官室に提出した。以降に掲載するのが、『商法(運送・海商関係)等の改正に関する中間試案』に対する意見募集」に対する意見である。

なお、本意見書の取りまとめは、大久保拓也、清水恵介、長谷川貞之、松嶋隆弘、梅村悠が担当した。

第一部 運送法制全般について

第一 総則

商法において、次に掲げる用語の意義は、それぞれ次に定めるところによるものとする。

一 運送人 陸上運送、海上運送又は航空運送の引受けをすることを業とする者をいう。

二 陸上運送及び海上運送

【甲案】

- (1) 陸上運送 陸上又は湖、川、港湾その他の平水区域における物品又は旅客の運送をいう。
- (2) 海上運送 商法第六八四条に規定する船舶による物品又は旅客の運送(陸上運送に該当するものを除く。)をいう。

【乙案】

- (1) 陸上運送 陸上における物品又は旅客の運送をいう。
- (2) 海上運送 商法第六八四条に規定する船舶による物品又は旅客の運送(湖、川、港湾その他の平水区域におけるこれに相当する運送を含む。)をいう。

三 航空運送 航空法第二条第一項に規定する航空機による物品又は旅客の運送をいう。

一・運送人の定義については、賛成する。なお、第二の二を参照されたい。

二・陸上運送及び海上運送の定義については、本研究会においてはどちらかというと乙案を支持する者の方が

多かった。

三・航空運送の定義については、賛成する。

第二 物品運送についての総則的規律

一 総論

商法第二編第八章第二節（物品運送）の規律について、二から一一までのような見直しをした上で、別段の定めがある場合を除き、これらを陸上運送、海上運送及び航空運送のいずれにも適用するものとする。

この点に関し、本研究会においては、特段の異論はみられなかった（もともと無人航空機（いわゆるドローン）の商用利用を念頭に、新しい規制がかえって、新たな実務の進展を阻むことがないように注意が必要であるとの懸念も示された。ここに付記する。）。

二 物品運送契約

物品運送契約は、運送人が荷送人からある物品を受け取りこれを運送して荷受人に引き渡すことを約し、荷送人がこれに対してその運送賃を支払うことを約することによって、その効力を生ずるものとする。

この点に関し、本研究会においては、運送契約について定義を置くにあたっては、運送契約における荷受人の地位について、明らかにする必要があるとの意見が強くみられた一方（第三者のためにする契約であると構成して、荷受人を第三者にあたるとする理解に立つ）、運送人概念を中核に置き、規定を整備すれば足りるとして、中間試案に賛成する立場もみられた。

三 荷送人の義務

(1) 契約に関する事項を記載した書面の交付義務

商法第五七〇条の規律を次のように改めるものとする。
ア 荷送人は、運送人の請求があつたときは、次に掲げる事項を記載した書面を交付しなければならない。

- (ア) 運送品の種類
- (イ) 運送品の容積若しくは重量又は包若しくは個品の数及び運送品の記号
- (ウ) 荷造りの種類
- (エ) 荷送人及び荷受人の氏名又は名称
- (オ) 発送地及び到達地
- イ 荷送人は、アの書面の交付に代えて、運送人の承諾

を得て、アの書面に記載すべき事項を電磁的方法により提供することができる。

この点に関し、本研究会においては、現代化（モダナイゼーション）にかかる妥当な改正であるとの声が多く、特段の異論はみられなかった。

(2) 危険物に関する通知義務

危険物に関する通知義務について、次のような規律を設けるものとする。

ア 荷送人は、運送品が引火性、爆発性その他の危険性を有する物品（以下「危険物」という。）であるときは、運送品の引渡しの前に、運送人に対し、その旨及び当該危険物の品名、性質その他の当該危険物の安全な運送に必要な情報を通知しなければならない。

イ 荷送人は、アに違反したときは、運送人に対し、これによって生じた損害を賠償する責任を負う。

【甲案】 ただし、アに規定する事項を通知しなかったことにつき過失がなかったときは、この限りでない。

【乙案】 甲案のような例外を設けない。

一・アに関し、本研究会においては、現代化（モダナイゼーション）にかかる妥当な改正であるとの声が多く、特段の異論はみられなかった。

二・イに関し、本研究会においては、両論がみられたが、旅客運送でなく物品運送に関する規律ということで、どちらかという【甲案】が有力であった。ただ、仮に甲案を採用する場合においても、少なくとも航空運送については【乙案】を採用すべきとの意見があったことを付記する。

四 運送賃及び留置権

(1) 運送人は、到達地における運送品の引渡しと同時に、運送賃を請求することができるものとする。

(2) 運送人の留置権に関する規律（商法第五八九条、第五六二条）を次のように改めるものとする。

運送人は、運送品に関して受け取るべき運送賃、付随の費用及び立替金についてのみ、その弁済を受けるまで、その運送品を留置することができる。

この点に関し、本研究会においては、現代化（モダナイゼーション）にかかる妥当な改正であるとの声が多く、

特段の異論はみられなかった。

五 運送人の損害賠償責任

(1) 運送人の責任原則

商法第五七七条の規律を次のように改めるものとする。
運送人は、運送品の受取から引渡しまでの間に当該運送品が滅失し若しくは損傷し、若しくはその滅失若しくは損傷の原因が生じ、又はその引渡しがされるべき時までにその引渡しをしないときは、これによって生じた損害を賠償する責任を負う。ただし、運送人が運送品の受取、運送、保管及び引渡しについて注意を怠らなかったことを証明したときは、この限りでない。

この点について、本研究会としては、商法第五七七条の規律を改める必要はないと考える。履行補助者の故意過失についても、民法（債権関係）改正において、明文の規定が置かれないのであれば、せっかくある規定をここで外すのは妥当でないということ意見の一致をみた。

(2) 高価品に関する特則の適用除外

明告されない高価品について運送人が免責される旨の

規律（商法第五七八条）は、次に掲げる場合には適用がないものとする。

ア 運送契約の締結の当時、運送品が高価品であることを運送人が知っていたとき。

イ 【甲案】 運送人の故意又は重大な過失によって運送品の滅失、損傷又は延着（以下「滅失等」という。）が生じたとき。

【乙案】 運送人の故意又は損害の発生のおそれがあることを認識しながらした無謀な行為によって運送品の滅失等が生じたとき。

（注） 商法第五八一条及び九の【乙案】の(2)の規律についても、「重大な過失」の要件を改めるかどうかを検討するものとする。

一・アに関し、本研究会においては、現代化（モダンイゼーション）にかかる妥当な改正であるとの声が多く、特段の異論はみられなかった。

二・イに関し、本研究会においては、両論がみられた。

【甲案】 支持者は、大陸法をベースとする商法典において「無謀な行為」という要件設定はなじみにくいと
する理由を、【乙案】 支持者は、国際海上物品運送、

航空運送に関する各法規制との調和をそれぞれ根拠としてあげていた。参考までにここに付記する。

(3) 運送品の延着

運送品の延着（運送品の損傷又は一部の滅失を伴うものを除く。）の場合における損害賠償の額について、次のいずれかの案によるものとする。

【甲案】 商法には特段の規定を設けないものとする。

【乙案】 当該場合における損害賠償の額は、その引渡し
がされるべき地及び時における運送品の価額を超
えることができないものとする。

本研究会においては、特段の議論はみられなかった。

【乙案】に対する反対意見がなかったことにつき、ここに付記する。

(4) 相次運送

陸上運送の相次運送人に関する規律（商法第五七九条、第五八九条、第五六三条）は、海上運送及び航空運送について準用するものとする。

本研究会においては、現代化（モダナイゼーション）

にかかる妥当な改正であるとの声が多く、特段の異論はみられなかった。

六 荷受人の権利

荷受人の権利に関する規律（商法第五八二条第二項、第五八三条第一項）について、次のいずれかの案によるものとする。

【甲案】 現行法の規律を維持するものとする。

【乙案】 これらの規律を次のように改めるものとする。

(1) 荷受人は、運送品が到達地に到着し、又は運送品の全部が滅失したときは、運送契約によって生じた荷受人の権利と同一の権利を取得する。

(2) (1)の場合において、運送品が到達地に到着した後に荷受人がその引渡し若しくは損害賠償の請求をし、又は運送品の全部が滅失した後に荷受人がその損害賠償の請求をしたときは、荷送人は、その権利を行使することができない。

本研究会においては、【甲案】、【乙案】以前に、前述のとおり、そもそも運送契約における荷受人の地位について、明らかにする必要があるとの意見が強くみられた

(第三者のためにする契約であると構成して、荷受人を第三者にあたるとする理解に立つ)。そのうえで、次の三点を指摘しておきたい。

一・現行法を維持すると、荷送人は、運送品が到着地に達し、荷受人がその引渡しを請求するまでの間は、運送の中止、運送品の返還、その他の処分をする権利(運送品処分権)を有し(商法五八二条)、他方、荷受人は、運送品が到達地に達した後、荷送人と同一の権利を有する(商法五八三条)。このような規律によると、運送品が到達地に達した後、荷受人が引渡しを請求するまでの間は、荷送人の権利と荷受人の権利が競合することになるが、荷送人の権利が優先するものと解されている。これらの規律は、陸上運送に関するものであり、陸上運送については明文では存在しないが、立法の過誤との指摘もあり、国際海上運送については明文で定められている(国際海上物品運送法二〇条二項)。国際航空運送については、荷送人の運送品処分権は原則として運送品が到達地に達したときに消滅するものとされており(モントリオール条約一二条四項)、荷送人の権利と荷受人の権利が競合することは

ないとの前提に立っているが、実際上は荷受人に引渡すまで荷送人の指図などに応じている(国内航空運送約款。ロッテルダム・ルールズ五〇条二項では、荷送人の運送品処分権は荷受人への運送品の引渡し時に消滅するとされている)。そうであれば、運送品処分権および荷受人の権利取得に関しては、現行法を維持し、これを国内海上運送および国内航空運送にも及ぼすことが相当であると考えられる。その限りでは、中間試案の立場に基本的に賛成である。

二・運送品が到達地に達しない場合、運送品の一部滅失については、荷受人は運送品の到着後、運送契約上の損害賠償請求権を行使しようと解されているが(商法五八三条一項)、運送品の全部滅失における荷受人の損害賠償請求権に関しては、荷受人が運送契約上の権利を取得する明文の規定はない。現行法の理解としては、運送品の滅失による損害賠償請求権は運送品処分権に関わる権利であることから、かかる権利の帰属は運送品処分権の帰属と一致させるのが妥当と考えられる。

運送契約においては、荷送人・運送人が契約の当事

者であり、荷受人は受益者の立場にある（いわゆる第三者のためにする契約の性質を有する）との考え方に立つならば、荷送人が運送契約上の権利（荷受人を変更する権利や損害賠償請求権を含む。）を有するが、實際上損害を負担することが多い荷受人については、荷送人の有する運送契約上の損害賠償請求権を荷受人にも認めて、荷受人による運送契約上の損害賠償請求権を可能とするとともに、運送契約上の条件に服せしめることで、運送人の利益にも配慮したものとなるといえる。一般に、国際売買契約では、運送品の船積み時などに、その滅失の危険が買主である荷受人に移転するとの契約条件（インターコムズのC類型など）が付される場合も多く、売主である荷送人は運送品の滅失について運送人の責任を追及するインセンティブを有していない。その意味では、運送契約によって生じた荷送人の権利と同一の権利の取得を直接に定める【乙案】の考え方が妥当といえる。

なお、考え方としては、中間試案では示されていないが、「荷送人の有する運送契約上の損害賠償請求権と、荷受人の取得した運送契約上の損害賠償請求権と

は、運送品の滅失・損傷・延着を問わず、連帯債権とする。」といった規定の仕方（【丙案】）も考えられないわけではない。しかし、連帯債権という制度・概念は現行民法上認められておらず、實際上の例も少ないこと、このような考え方に立つときは、運送人は荷送人および荷受人の双方を相手方とせざるを得ず、解決にも多大の時間を要することのほか、荷受人は何を固有の損害として損害賠償請求権を行使しうるのかなど、解決すべき問題点が多いように思われる。

三、以上のほか、荷受人の権利ないし地位に関わる問題として、船荷証券が発行されていない場合における運送品処分権の譲渡をめぐる問題がある。この点につき、中間試案は触れるところがないが、わが国の実務では、運送品処分権の譲渡および行使の具体的なあり方を定める海上運送状に関するCMI統一規則六条に則った運用が行われており、立法する必要性がないのかどうか、さらに検討を要するように思われる。

また、中間試案には、荷受人の権利ないし地位に関して、荷受人の受散義務に触れるところがない。受取義務が発生する具体的時期を想定することが困難であ

るなどの理由から、荷受人の受取義務に関する規律を設けることに消極的意見があるように感じられるが、さらに検討してもよいのではないのか。規律の仕方としては、「荷受人は、運送品の到着後、運送契約に基づき引渡しを請求したときは、一定の時または期間内に引渡しを受ける義務を負う。」といった規定が考えられる（ロッテルダム・ルールズ四三条参照）。

七 運送品の供託及び競売

商法第五八五条から第五八七条までの規律を次のように改めるものとする。

- (1) 次に掲げる場合には、運送人は、運送品を供託することができる。
 - ア 運送人が荷受人を確知することができないとき。
 - イ 荷受人が運送品の受取を拒み、又はこれを受け取らないとき。
- (2) (1)の場合において、運送人が荷送人に対し相当の期間を定めて運送品の処分につき指図をすべき旨を催告したにもかかわらず、荷送人がその指図をしないときは、運送人は、運送品を競売に付することができる。

ただし、(1)イの場合にあつては、運送人が荷受人に対し相当の期間を定めて運送品の受取を催告し、かつ、その期間の経過後に上記の荷送人に対する催告をしたときに限る。

- (3) 損傷その他の事由による価格の低落のおそれがある運送品は、(2)の催告をしないで競売に付することができる。

- (4) (2)及び(3)により運送品を競売に付したときは、運送人は、その代価を供託しなければならない。ただし、その代価の全部又は一部を運送賃、付随の費用又は立替金に充当することを妨げない。

- (5) 運送人は、(1)から(3)までに従って運送品を供託し、又は競売に付したときは、遅滞なく、荷送人(1)イの場合にあつては、荷送人及び荷受人)に対してその旨の通知を発しなければならない。

(注) この改正に伴い、商法第七五四条を削除するものとする。

本研究会は、中間試案の提案に賛成する。

八 運送人の損害賠償責任の消滅

(1) 運送品の受取による責任の消滅

ア 商法第五八八条第一項本文の規律に關し、運送賃その他の費用の支払という要件を削り、次のように改めるものとする。

運送品の損傷又は一部の滅失（直ちに発見することができるものに限る。）についての運送人の責任は、荷受人が異議をとどめないうで運送品を受け取ったときは、消滅するものとする。

イ 下請運送人の責任に係る商法第五八八条第一項ただし書の適用に關して、次のような規律を設けるものとする。

(2) 運送人が更に下請運送人に対して運送を委託した場合における運送品の損傷又は一部の滅失（直ちに発見することができないものに限る。）についての

下請運送人の責任は、荷受人が所定の通知期間内に運送人に対して通知を発したときは、下請運送人の責任に係る通知期間が満了した後であっても、運送人が当該通知を受けた日から二週間を経過する日までは、消滅しない。

消滅時効に關する規律（商法第五八九条、第五六六条）を次のように改めるものとする。

ア 運送品の滅失等についての運送人の責任は、運送品の引渡しされた日（運送品の全部の滅失の場合にあつては、その引渡しされるべき日）から一年以内に裁判上の請求がされないときは、消滅する。

イ アの期間は、運送品の滅失等による損害が発生した後に限り、合意により、延長することができる。

ウ ア及びイのほか、国際海上物品運送法第一四条第三項と同様の規律を設ける。

本研究会は、中間試案の提案に賛成する。

九 不法行為責任との關係

運送契約に基づく責任と不法行為に基づく責任との關係について、次のいずれかの案によるものとする。

【甲案】 商法には特段の規定を設けないものとする。

【乙案】 次のような規律を設けるものとする。

(1) 運送契約上の運送人の責任を減免する旨の商法の規定は、運送品の滅失等についての運送人の荷受人又は荷受人（当該運送契約による運送を容認した者

に限る。(2)において同じ。) に対する不法行為による損害賠償の責任について準用する。

(2) (1)により運送人の責任が減免される場合には、その責任が減免される限度において、当該運送品の滅失等についての運送人の被用者の荷送人又は荷受人に対する不法行為による損害賠償の責任も減免される。ただし、運送人の被用者の故意又は重大な過失によつて運送品の滅失等が生じたときは、この限りでない。

本研究会は、【乙案】に賛成する。

一〇 複合運送

複合運送契約に関し、物品運送についての総則的規律の適用があることを前提に、次のような規律を設けるものとする。

次に掲げる運送のうち二以上の運送を一の契約で引き受けた場合における運送品の滅失等については、運送人は、当該二以上の運送のうち当該滅失等の原因が生じたもののみを荷送人から引き受けたとしたならばその運送契約について適用されることとなる我が国の法令又は我

が国が締結した条約の規定に従い、損害賠償の責任を負う。

- (1) 陸上運送 (2)及び(3)を除く。)
- (2) 鉄道運送
- (3) 軌道又は無軌条電車による運送
- (4) 海上運送 (5)を除く。)
- (5) 船舶による運送で船積港又は陸揚港が本邦外にあるもの

(6) 航空運送 (7)から(10)までを除く。)

(7) モントリオール条約に規定する国際運送

(8) 一九二九年ワルソー条約に規定する国際運送

(9) 一九五五年ヘーグ議定書改正ワルソー条約に規定する国際運送

る国際運送

(10) 一九七五年モントリオール第四議定書改正ワルソー条約に規定する国際運送

本研究会は、中間試案の提案に賛成する。

一一 貨物引換証

商法第五七一条から第五七五条まで及び第五八四条を削除するものとする。

本研究会は、中間試案の提案に賛成する。

第三 旅客運送についての総則的規律

一 総論

商法第二編第八章第三節（旅客運送）の規律について、二から五までのような見直しをした上で、これらを陸上運送、海上運送及び航空運送のいずれにも適用するものとする。

本研究会は、中間試案の提案に賛成する。とりわけこれまで法規制の存在していなかった国内航空運送において規制が設けられることは、歓迎すべきことである（もつとも宇宙の商用利用を念頭に、新しい規制がかえって、新たな実務の進展を阻むことがないように注意が必要であるとの懸念も示された。ここに付記する。）。

二 旅客運送契約

旅客運送契約は、運送人が旅客を運送することを約し、相手方がこれに対してその運送賃を支払うことを約することによって、その効力を生ずるものとする。

本研究会は、中間試案の提案に賛成する。

三 旅客に関する運送人の責任

(1) 商法第五九〇条第一項の規律に関し、次のいずれかの案によるものとする。

【甲案】 現行法の規律を維持するものとする。

【乙案】 商法第五九〇条第一項の規律を維持した上で、

次のような規律を設けるものとする。

商法第五九〇条第一項の規定に反する特約（旅客の生命又は身体の侵害に係る運送人の責任に関するものに限る。）で旅客に不利なものは、無効とする。

(2) 商法第七八六条第一項（同法第七三九条のうち、船舶所有者の過失又は船員その他の使用人の悪意重過失により生じた損害の賠償責任に係る免責特約を無効とする部分を準用する部分に限る。）は、いずれの案による場合でも、削除するものとする。商法第五九〇条第二項を削除するものとする。

一・本研究会は、(1)については、【乙案】を支持する。

ただし、消費者契約法、民法（債権関係）改正で導入される約款規制の実効を阻害しないよう、立案にあたっては注意が必要である。

二・本研究会は、(2)については、中間試案の提案に反対

する。現行の規制は、特に弊害がない以上、これを存置すべきであると考える。

四 旅客の携帯手荷物に関する運送人の責任

商法第五九二条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 運送人は、旅客から引渡しを受けない手荷物（旅客の身回り品を含む。）の滅失又は損傷については、故意又は過失がある場合を除き、損害賠償の責任を負わない。

- (2) 損害賠償額の定額化（商法第五八〇条）、責任の特別消滅事由（同法第五八八条）その他の物品運送人の責任の減免に関する規定（同法第五七八条を除く。）は、(1)の運送人の責任について準用する。

本研究会においては、現代化（モダンイゼーション）にかかる妥当な改正であるとの声が多く、特段の異論はみられなかった。

五 運送人の旅客運送契約に基づく債権の消滅時効

運送人の旅客運送契約に基づく債権は、一年を経過したときは、時効によって消滅するものとする。

民法の短期消滅時効に関する規定を運送法に移す際に、時効対象の権利の範囲が拡大するのは不当な短期消滅時効の拡大であり、本研究会は、中間試案の提案に強く反対する。

第二部 海商法制について

第一 船舶

一 船舶の所有

(1) 総則

ア 発航の準備を終えた船舶に対する差押え等の許容
商法第六八九条の規律を次のように改めるものとする。

差押え及び仮差押えの執行（仮差押えの登記をする方法によるものを除く。）は、航海中の船舶（停泊中のものを除く。）に対してはすることができない。

イ 船舶の国籍を喪失しないための業務執行社員の持分の売渡しの請求商法第七〇二条第二項の規律を次のように改めるものとする。

持分会社の業務執行社員の持分の移転又は国籍の喪失により当該持分会社の所有する船舶が日本の国籍を

喪失することとなるときは、他の業務執行社員は、その持分を相当な代価で売り渡すことを請求することができる。

本研究会においては、現代化（モダナイゼーション）にかかる妥当な改正であるとの声が多く、特段の異論はみられなかった。

(2) 船舶の共有

ア 損益の分配は毎航海の終わりに行う旨の規律（商法第六九七条）を削除するものとする。

イ 船舶管理人である船舶共有者の持分の譲渡に関する規律（商法第六九八条ただし書）を次のように改めるものとする。

船舶管理人である船舶共有者は、他の船舶共有者の承諾を得なければ、その持分の全部又は一部を他人に譲渡することができない。

ウ 商法第九条（登記の効力）の規定は、同法第六九九条第三項の船舶管理人の登記について準用するものとする。

エ 毎航海の終わりに船舶管理人が航海に関する計算を

行う旨の規律（商法第七〇一条第二項）を次のように改めるものとする。

船舶管理人は、契約で定める期間ごとに、船舶の利用に係る損益の計算をして各船舶共有者の承認を求めなければならない。

本研究会においては、現代化（モダナイゼーション）にかかる妥当な改正であるとの声が多く、特段の異論はみられなかった。

二 船舶賃貸借

船舶賃借人は、商行為をする目的で船舶を航海の用に供するときは、その船舶の利用に必要な修繕をする義務を負うものとする。

本研究会は、中間試案の提案に賛成する。

三 定期傭船

定期傭船契約について、船舶の利用に関する契約の一つとして、次のような規律を設けるものとする。

(1) 定期傭船契約は、当事者の一方が一定の期間艀装した船舶に船員を乗り組ませてこれを相手方の利用に供

することを約し、相手方がこれに対してその備船料を支払うことを約することによって、その効力を生ずる。

(2) 定期備船者は、船長に対し、船舶の利用に関する必要な指示（航路の決定に関するものを含む。）をすることができ、ただし、船長の職務に属する事項については、この限りでない。

(3) 定期備船者は、船舶の燃料、水先料、入港料その他船舶の利用のために支出した通常の費用を負担する。

(4) 次の規律は、定期備船契約に係る船舶により物品を運送する場合について準用する。

ア 危険物に関する通知義務（第一部第二の三(2)参照）

イ 船長の違法船積品等の処分権（商法第七四〇条）

ウ 堪航能力担保義務（商法第七三八条、第七三九条、第三の二(2)参照）

（注）上記のほか、安全港担保義務に関する規定等を設けるか否かについては、引き続き検討するものとする。

本研究会は、中間試案の提案に賛成する。

第二 船長

一 船長の責任

船長はその職務を行うについて注意を怠らなかったことを証明しない限り利害関係人に対して損害賠償の責任を負う旨の規律（商法第七〇五条）を削除するものとする。

本研究会においては、現代化（モダンイゼーション）にかかる妥当な改正であるとの声が多く、特段の異論はみられなかった。

二 船長の職務

(1) 商法第七〇九条第一項のうち、船長は運送契約に関する書類を船内に備え置かなければならない旨の規律を削除するものとする。

(2) 船長は毎航海の終わりに航海に関する計算をして船舶所有者の承認を求めなければならない等の規律（商法第七二〇条第二項）を削除するものとする。

本研究会においては、現代化（モダンイゼーション）にかかる妥当な改正であるとの声が多く、特段の異論はみられなかった。

三 船長の権限

- (1) 船籍港において船長は海員の雇入れ及び雇止めをする権限を有する旨の規律（商法第七一三条第二項）を削除するものとする。
- (2) 船籍港外で船舶が修繕不能に至った場合に船長がこれを競売することができ旨の規律（商法第七一七条）を削除するものとする。

本研究会においては、現代化（モダナイゼーション）にかかる妥当な改正であるとの声が多く、特段の異論はみられなかった。

第三 海上物品運送に関する特則

一 海上物品運送契約の当事者

海上物品運送契約の一方当事者を示す用語について、商法第三編第三章第一節の規定中「船舶所有者」とあるのを「運送人」に改めるものとする。

本研究会は、中間試案の提案に賛成する。

二 航海傭船

(1) 運送契約書の交付義務

各当事者は相手方の請求により運送契約書を交付しなければならぬ旨の規律（商法第七三七条）を削除するものとする。

本研究会においては、現代化（モダナイゼーション）にかかる妥当な改正であるとの声が多く、特段の異論はみられなかった。

(2) 堪航能力担保義務

商法第七三八条の堪航能力担保義務違反による責任を過失責任に改めるとともに、その義務の内容として、国際海上物品運送法第五条第一項各号に掲げる事由を明示するものとする。

本研究会は、中間試案の提案に賛成する。

(3) 免責特約の禁止

商法第七三九条のうち、船舶所有者の過失又は船員その他の使用人の悪意重過失により生じた損害の賠償責任に係る免責特約を無効とする旨の規律を削除するものとする。

本研究会は、ハーモナイゼーションにかかる妥当な改

正であるとして、中間試案の提案に賛成する。

(4) 船積み及び陸揚げ

ア 船積期間

(ア) 船積みの準備が完了した場合の備船者に対する通知（商法第七四一条第一項）の主体を船長に改めるものとする。

(イ) 船積期間の起算点及びこれに算入しない期間（商法第七四一条第二項、第三項）について、日ではなく、時を基準とするものとする。

イ 陸揚期間

陸揚期間の起算点及びこれに算入しない期間（商法第七五二条第二項、第三項）について、日ではなく、時を基準とするものとする。

本研究会においては、現代化（モダナイゼーション）にかかる妥当な改正であるとの声が多く、特段の異論はみられなかった。

(5) 運送賃等

ア 運送賃

運送賃の定め方に関する規律（商法第七五五条、第七五六条）を削除するものとする。

イ 運送品の競売権

(ア) 商法第七五七条第一項及び第二項の規律に関し、裁判所の許可という要件を削り、次のように改めるものとする。

運送人は、商法第七五三条第一項に定める金額の支払を受けるため、運送品を競売に付することができ。

(イ) 商法第七五七条第三項ただし書のうち、運送品の引渡しの日から二週間を経過したときは競売権を行使することができない旨の規律を削除するものとする。

(ウ) 運送人が(ア)の競売権を行使しないときは運送賃等の請求権を失う旨の規律（商法第七五八条）を削除するものとする。

本研究会においては、現代化（モダナイゼーション）にかかる妥当な改正であるとの声が多く、特段の異論はみられなかった。

(6) 再運送契約における船舶所有者の責任

傭船者が更に第三者と再運送契約を締結した場合に船長の職務に属する範囲内では船舶所有者だけが再運送契約における債務を履行する責任を負う旨の規律（商法第七五九条）を削除するものとする。

本研究会においては、現代化（モダナイゼーション）にかかる妥当な改正であるとの声が多く、特段の異論はみられなかった。

(7) 発航前の任意解除権

ア 商法第七四五条第一項を次のように改めるものとする。

発航前においては、全部航海傭船契約に係る傭船者は、運送賃及び停泊料を支払って契約の解除をすることができる。ただし、契約の解除によって運送人に生ずる損害の額がこれを下回るときは、その損害を賠償すれば足りる。

イ 往復航海等の場合の任意解除に関する規律（商法第七四五条第二項、第七四六条第二項）を削除するものとする。

ウ 商法第七四五条第四項を次のように改めるものとする。

全部航海傭船契約に係る傭船者が船積期間内に運送品の船積みをしなかったときは、運送人は、当該傭船者が契約の解除をしたものとみなすことができる。

（注）一部航海傭船契約についても、所要の規定を整備するものとする。

本研究会においては、現代化（モダナイゼーション）にかかる妥当な改正であるとの声が多く、特段の異論はみられなかった。

(8) 航海傭船契約の法定終了及び法定解除権

ア 全部航海傭船契約の法定終了事由及びその場合の割合運送賃に関する規律（商法第七六〇条）を削除するものとする。

イ 不可抗力による契約目的不達成等の場合における法定解除権及びその場合の割合運送賃に関する規律（商法第七六一条）を削除するものとする。

ウ 全部航海傭船契約に係る運送品の一部について運送の法令違反等の事由が生じた場合に一定の範囲で他の

運送品の船積みをすることができ旨の規律（商法第七六二条）を削除するものとする。

エ 一部航海備船契約について一定の事由が生じた場合の法定終了及び法定解除権に関する規律（商法第七六三条）を削除するものとする。

本研究会においては、現代化（モダナイゼーション）にかかる妥当な改正であるとの声が多く、特段の異論はみられなかった。

三 個品運送

(1) 堪航能力担保義務及び免責特約の禁止

個品運送についても、二(2)及び(3)の改正を行うものとする。

本研究会においては、現代化（モダナイゼーション）にかかる妥当な改正であるとの声が多く、特段の異論はみられなかった。

(2) 船積み及び陸揚げ

ア 商法第七四九条第一項を次のように改めるものとする。

運送人は、荷送人から運送品を受け取ったときは、その船積み及び積付けをしなければならない。

イ 荷受人が運送品を陸揚げしなければならない旨の規律（商法第七五二条第四項）を削除するものとする。

本研究会においては、現代化（モダナイゼーション）にかかる妥当な改正であるとの声が多く、特段の異論はみられなかった。

(3) 運送賃等

ア 運送賃等支払義務に関する商法第七五三条第一項の規定を個品運送契約に適用するに当たっては、停泊料に係る部分を適用しないものとする。

イ 個品運送についても、二(5)の改正を行うものとする。

本研究会においては、現代化（モダナイゼーション）にかかる妥当な改正であるとの声が多く、特段の異論はみられなかった。

(4) 発航前の任意解除権

個品運送における発航前の任意解除に関する規律（商法第七五〇条、第七四八条、第七四五条第一項）を次の

ように改めるものとする。

ア 発航前においては、荷送人は、他の荷送人及び傭船者の同意を得たときは、運送賃を支払って契約の解除をすることができる。ただし、契約の解除によって運送人に生ずる損害の額がこれを下回るときは、その損害を賠償すれば足りる。

イ 発航前において、他の荷送人及び傭船者の同意がない場合であっても、運送品の船積みをしていないときは、荷送人は、運送賃(運送人がその運送品に代わる他の運送品について運送賃を得た場合にあっては、当該運送賃の額を控除した額)を支払って契約の解除をすることができる。ただし、契約の解除によって運送人に生ずる損害の額がこれを下回るときは、その損害を賠償すれば足りる。

本研究会においては、現代化(モダナイゼーション)にかかる妥当な改正であるとの声が多く、特段の異論はみられなかった。

(5) 個品運送契約の法定終了及び法定解除権
個品運送契約について一定の事由が生じた場合の法定

終了及び法定解除権に関する規律(商法第七六三条)を削除するものとする。

本研究会においては、現代化(モダナイゼーション)にかかる妥当な改正であるとの声が多く、特段の異論はみられなかった。

四 船荷証券等

(1) 船荷証券の交付義務

商法第七六七条及び第七六八条の規律を次のように改めるものとする。

ア 運送人又は船長は、荷送人又は傭船者の請求により、運送品の船積み後遅滞なく、船積みがあった旨を記載した船荷証券(以下「船積船荷証券」という。)の一通又は数通を交付しなければならない。運送品の船積み前においても、その受取後は、荷送人又は傭船者の請求により、受取があった旨を記載した船荷証券(以下「受取船荷証券」という。)の一通又は数通を交付しなければならない。

イ 受取船荷証券が交付された場合には、受取船荷証券の全部と引換えでなければ、船積船荷証券の交付を請

求することができない。

(注) (1)から(6)までの改正に伴い、国際海上物品運送法

第六条から第一〇条までを削除し、同法第一条の物品運送に係る船荷証券についても商法中の船荷証券に関する規定を適用するものとする。

本研究会においては、現代化（モダナイゼーション）にかかる妥当な改正であるとの声が多く、特段の異論はみられなかった。

(2) 船荷証券の作成

商法第七六九条の規律を次のように改めるものとする。

ア 船荷証券には、次に掲げる事項（受取船荷証券にあつては、(キ)及び(ク)の事項を除く。）を記載し、運送人又は船長がこれに署名し、又は記名押印しなければならない。

(ア) 運送品の種類

(イ) 運送品の容積若しくは重量又は包若しくは個品の数及び運送品の記号

(ウ) 外部から認められる運送品の状態

(エ) 荷送人又は備船者の氏名又は名称

(オ) 荷受人の氏名又は名称

(カ) 運送人の氏名又は名称

(キ) 船舶の名称

(ク) 船積港及び船積みの年月日

(ケ) 陸揚港

(コ) 運送賃

(サ) 数通の船荷証券を作成したときは、その数

(シ) 作成地及び作成の年月日

イ 受取船荷証券と引換えに船積船荷証券の交付の請求があつたときは、その受取船荷証券に船積みがあつた旨を記載し、かつ、署名し、又は記名押印して、船積船荷証券の作成に代えることができる。この場合には、ア(キ)及び(ク)の事項をも記載しなければならない。

本研究会においては、現代化（モダナイゼーション）にかかる妥当な改正であるとの声が多く、特段の異論はみられなかった。

(3) 船荷証券の謄本の交付義務

商法第七七〇条を削除するものとする。

本研究会は、中間試案の提案に賛成する。

(4) 船荷証券を発行する場合の荷送人の通告等

船荷証券を発行する場合の荷送人の通告等に関し、次のような規律を設けるものとする。

ア (2)ア(ア)及びイの事項は、その事項につき荷送人又は備船者の書面又は電磁的方法による通知があったときは、その通知に従って記載しなければならない。

イ アのほか、国際海上物品運送法第八条第二項及び第三項と同様の規律を設ける。

本研究会は、中間試案の提案に賛成する。

(5) 船荷証券の文言証券性

船荷証券の文言証券性に関する規律（商法第七七六条、第五七二条）を次のように改めるものとする。

運送人は、船荷証券の記載が事実と異なることをもって善意の船荷証券所持人に対抗することができない。

本研究会は、中間試案の提案に賛成する。但し、貨物引換証・船荷証券の債権的効力に関する解釈上の問題を立法的に解決しようとする試みであるので、他への波及がないか否かにつき慎重に検討されたい。なお、貨物引換証・船荷証券の物権的効力に関する議論について、立

法論的対応が必要ではないのかとの指摘もなされた。ここに付記する次第である。

(6) 船荷証券を数通発行した場合の取扱い

二人以上の船荷証券所持人が運送品の引渡しを請求した場合等における運送品の義務供託に関する規律（商法第七七三条）を権利供託に関する規律に改めるものとする。

本研究会は、中間試案の提案に賛成する。

(7) 複合運送証券

複合運送証券について、次のような規律を設けるものとする。

ア 運送人は、陸上運送及び海上運送を一の契約で引き受けたときは、荷送人の請求により、運送品の受取後遅滞なく、複合運送証券の一通又は数通を交付しなければならない。

イ 船荷証券に関する規定は、複合運送証券について準用する。この場合において、(2)アの規定中「次に掲げる事項」とあるのは、「発送地及び到達地並びに次に

掲げる事項」と読み替えるものとする。

本研究会は、中間試案の提案に賛成する。時代の要請であろう。

五 海上運送状

海上運送状について、次のような規律を設けるものとする。

- (1) 運送人又は船長は、荷送人又は傭船者の請求があるときは、運送品の受取後又は船積み後遅滞なく、受取又は船積みがあった旨を記載した海上運送状を交付しなければならぬ。ただし、当該運送品について既に船荷証券を交付しているときは、この限りでない。
- (2) 海上運送状には、船荷証券の記載事項（四(2)ア参照）と同様の事項を記載しなければならない。
- (3) 運送人又は船長は、海上運送状の交付に代えて、荷送人又は傭船者の承諾を得て、海上運送状に記載すべき事項を電磁的方法により提供することができる。

本研究会は、中間試案の提案に賛成する。時代の要請であろう。

第四 海上旅客運送

商法第七七七条から第七八七条までを削除するものとする。

（注）過失責任として、自動車、船舶、航空機等について安全性担保義務に関する規律を設けるという考え方があ

本研究会は、現代化（モダンイゼーション）にかかる妥当な改正であるとして、中間試案の提案に賛成する。なお、（注）に関しては、旅客の安全確保の要請上、安全性担保義務の規律が必要との声が多かったので、ここに付記する。

第五 共同海損

一 共同海損の成立等

- (1) 共同海損の成立及び共同海損となるべき損害又は費用商法第七八八条第一項及び第七九四条第一項の規律を次のように改めるものとする。

ア 船舶及び積荷その他の船舶上の財産（以下「積荷等」という。）に対する共同の危険を避けるために船舶又は積荷等の処分がされた場合において、当該

処分後に船舶又は積荷等が残存するときは、共同海損の分担をしなければならない。

イ アの処分（以下「共同危険回避処分」という。）により生じた損害及び費用は、共同海損とする。

ウ イに規定する損害の額は、次に掲げる区分に応じ、それぞれに定める価額によって算定するものとする。ただし、積荷及び運送賃については、これらの規定により算定される額から積荷の滅失又は損傷のために支払うことを要しなくなった一切の費用を控除しなければならない。

(ア) 船舶 到達の地及び時における船舶の価額

(イ) 積荷 陸揚げの地及び時における積荷の価額

(ウ) 積荷以外の船舶上の財産 到達の地及び時における当該財産の価額

(エ) 運送賃 共同危険回避処分により請求することのできなくなった運送賃の額

(注) (エ)の規律の新設に伴い、商法第七六四条第三号を削除するものとする。

(2) 特別な場合の取扱い

ア 商法第七九五条第一項及び第三項の規律を次のよ

うに改めるものとする。

(1)にかかわらず、船舶証券その他積荷の価額を評定するに足りる書類（以下「価額評定書類」という。）に積荷の実価より低い価額を記載したときは、その積荷に加えた損害の額は、価額評定書類に記載された価額によって定める。積荷の価額に影響を及ぼす事項につき価額評定書類に虚偽の記載をした場合（これにより積荷の実価より低い価額を評定すべき場合に限る。）も、同様とする。

イ 商法第七九三条第一項及び第二項並びに第七九四条第二項の規律を次のように改めるものとする。

(1)にかかわらず、次に掲げる損害及び費用は、利害関係人が分担することを要しない。

(ア) 次に掲げる物に加えた損害

a 船舶所有者に無断で船積みがされた積荷

b 船積みの際して故意に虚偽の申告がされた積荷

荷

c 高価品である積荷（荷送人又は傭船者が運送を委託するに当たりその種類及び価額を通知していないものに限る。）

d 甲板積みの積荷。ただし、商慣習に従って甲板積みがされた場合を除く。

e 属具目録に記載がない属具

(イ) 第七の五(1)から(3)までにより船舶所有者が負担する特別補償に係る費用

ウ 商法第七九二条ただし書を削除するものとする。

本研究会は、ハーモナイゼーションにかかる妥当な改正であるとして、中間試案の提案に賛成する。

二 共同海損の分担

(1) 共同海損の分担額

商法第七八九条及び第七九〇条の規律を次のように改めるものとする。

ア 共同海損は、次に掲げる者がそれぞれに定める額の割合に応じて分担する。

(ア) 船舶の利害関係人 到達の地及び時における船舶の価額

(イ) 積荷の利害関係人 a に掲げる額からbに掲げる額を控除した額

a 陸揚げの地及び時における積荷の価額

b 共同危険回避処分の際に積荷の全部が滅失したした場合に当該積荷の利害関係人が支払う

ことを要しないこととなる運送賃その他の費用

(ウ) 積荷以外の船舶上の財産（船舶に備え付けた武器を除く。）の利害関係人 到達の地及び時における当該財産の価額

(エ) 運送人 a に掲げる額からbに掲げる額を控除した額

a (イ)bに規定する運送賃のうち、陸揚げの地及び時において現に存する債権の額

b 航海の費用その他の費用（一(1)イに規定する費用に該当するものを除く。）のうち、共同危険回避処分の際に船舶及び積荷の全部が滅失したとした場合に運送人が支払うことを要しないこととなる額

イ ア(ア)から(ウ)までに定める財産の額については、共同危険回避処分の後、到達又は陸揚げ前に当該財産について修繕費その他の費用を支出した場合にあつては、当該費用（一(1)イに規定する費用に該当するものを除く。）を控除しなければならない。

ウ アに掲げる者が共同危険回避処分により損害を受けたときは、アに定める額は、その損害の額を加算した額とする。

(2) 特別な場合の取扱い

ア 商法第七九五条第二項及び第三項の規律を次のように改めるものとする。

(1)にかかわらず、価額評定書類に積荷の実価を超える価額を記載したときは、その積荷の利害関係人は、当該価額評定書類に記載された価額に应じて共同海損を分担する。積荷の価額に影響を及ぼす事項につき価額評定書類に虚偽の記載をした場合（これにより積荷の実価を超える価額を評定すべき場合に限る。）も、同様とする。

イ 商法第七九二条本文の規律を次のように改めるものとする。

(1)にかかわらず、旅客及び船員は、共同海損を分担しない。

ウ 商法第七九三条第三項を削除するものとする。

本研究会は、ハーモナイゼーションにかかる妥当な改正であるとして、中間試案の提案に賛成する。

三 その他

(1) 共同危険回避処分に係る船舶等が回復した場合に関する規律（商法第七九六条）を削除するものとする。

(2) 準共同海損に関する規律（商法第七九九条）を削除するものとする。

本研究会は、中間試案の提案に賛成する。

第六 船舶の衝突

一 船舶所有者間の責任の分担

商法第七九七条を次のように改めるものとする。

二以上の船舶が衝突した場合において、当該二以上の船舶につきその船舶所有者又は船員に過失があるときは、裁判所は、これらの過失の軽重を考慮して、その衝突により生じた損害についての責任及びその額を定める。

この場合において、当該二以上の船舶につき過失の軽重を定めることができないときは、各船舶所有者が等しい割合でこれを負担する。

本研究会は、ハーモナイゼーションにかかる妥当な改正であるとして、中間試案の提案（衝突条約四条一項と同様の規定を商法に設けること）に賛成する。

二 一定の財産の損害賠償責任

二以上の船舶が過失により衝突した場合における一定の財産の損害賠償

責任に関し、次のいずれかの案によるものとする。

【甲案】 商法には特段の規定を設けないものとする。

【乙案】 一の前段に規定する場合において、船舶、積荷又は船舶内に在る者の財産に損害が生じたときは、民法第七一九条第一項の規定にかかわらず、各船舶所有者は、その負担部分についてのみ当該損害を賠償する責任を負うものとする。

本来、免責約款により運送船主に請求ができない荷主が、非運送船主に対して全額の請求をすることが可能になるのは不合理であり、衝突条約四条二項に沿ったハーモナイゼーションが妥当であるから、本研究会は、乙案に賛成する。

三 消滅時効

商法第七九八条第一項のうち、船舶の衝突によって生じた債権の消滅時効に関する規律を次のように改めるものとする。

船舶の衝突を原因とする不法行為による損害賠償の請求権（財産権の侵害によるものに限る。）は、事故発生の日から二年間行使しないときは、時効によって消滅する。

本研究会は、ハーモナイゼーションにかかる妥当な改正である（消滅時効につき、衝突条約（七条一項）との間で齟齬が生じるのは不合理であり、条約に沿った規定を設けるのが合理的である）として、中間試案の提案に賛成する。

四 規律の適用範囲

船舶の衝突に関する規定は、次に掲げる場合について準用するものとする。

(1) 船舶の準衝突の場合（船舶の衝突が発生しなかった場合において、航行若しくは船舶の取扱いに関する行為又は船舶に関する法令に違反する行為により他の船舶又はその船舶内に在る者若しくは財産に損害を加えたとき）

(2) 商法第六八四条に規定する船舶と湖、川、港湾その他の平水区域を航行区域とする船舶（商行為をする目

的で航行の用に供する船舶に限り、端舟その他ろかいのみをもつて運転し、又は主としてろかいをもつて運転する舟を除く。）とが衝突し、又は準衝突を生じさせた場合

本研究会は、ハーモナイゼーションにかかる妥当な改正である（1）従来より、解釈論としてこれを含めるべきとする説も唱えられてきたところでもあり、衝突条約一三条の規定に合わせるのが合理的である。（2）航海船に商法、内水航行船に民法が適用されるのは妥当ではなく、条約一条及び一三条の規定に合わせるのが合理的である。）として、中間試案の提案に賛成する。

第七 海難救助

一 任意救助及び契約救助

商法第八〇〇条の規律を次のように改めるものとする。

（1）船舶の衝突、乗揚げ、機関の故障その他の海難により船舶又は積荷等の全部又は一部が損傷し、又は損傷するおそれが生じた場合において、その救助により有益な結果が生じたときは、救助をした者は、次に掲げる区分に応じ、その結果に対してそれぞれに定める救助料を請求することができる。

助料を請求することができる。

ア 義務なく救助をした場合（任意救助） 相当の救助料

イ 契約に基づき救助をした場合（契約救助） 当該契約に定める救助料

（2）船舶所有者及び船長は、積荷等の所有者に代わって（1）イの契約を締結する権限を有する。

現行法で曖昧な部分（「義務ナクシテ」（商法八〇〇条）の意義など）は明確化すべきであり、衝突条約とのハーモナイゼーションの観点からも、中間試案の提案に賛成する。

二 救助料の額

（1）商法第八〇三条第一項の規律を次のように改めるものとする。

救助料の額は、特約がないときは、救助された物の価額（救助された積荷の運送賃の額を含む。）の総額を超えることができない。

（2）救助料の額は救助された財産の価額から先順位の先取特権者の債権額を控除した額を超えることができない。

い旨の規律（商法第八〇三条第二項）を削除するものとする。

- (3) 商法第八〇九条のうち、過失によって海難を発生させた場合及び救助した物品を隠匿し又はみだりに処分した場合に係る規律を削除するものとする。

本研究会は、ハーモナイゼーションにかかる妥当な改正であるとして、中間試案の提案に賛成する。

三 債権者間における救助料の割合

商法第八〇五条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 救助に従事した船舶に係る救助料については、その三分の二を船舶所有者に支払い、その三分の一を船員に支払わなければならない。
- (2) (1)の救助料の割合が著しく不相当であるときは、船舶所有者又は船員の一方は、他の一方に対し、その増減を請求することができる。この場合においては、商法第八〇一条の規定を準用する。
- (3) (1)に反する特約で、船員に不利なものは、無効とする。
- (4) 各船員に支払うべき救助料の割合の決定は、船舶所

有者が行う。この場合においては、商法第八〇四条の規定を準用する。

- (5) (1)から(4)までの規定は、救助を行うことを業とする者については、適用しない。

(注) (4)の改正に伴い、商法第八〇六条から第八〇八条までの規定中「船長」を「船舶所有者」に、「海員」を「船員」に改めるものとする。

本研究会は、現代化（モダナイゼーション）にかかる妥当な改正であるとして、中間試案の提案に賛成する。

四 船長の法定代理権及び法定訴訟担当

- (1) 商法第八一条第一項及び第二項本文の規律を次のように改めるものとする。
- ア 任意救助の場合には、救助された船舶の船長は、救助料の債務者に代わって、その支払に関する一切の裁判上又は裁判外の行為をする権限を有する。
- イ 任意救助の場合には、救助された船舶の船長は、救助料に関し、救助料の債務者のために、原告又は被告となることができる。
- ウ ア及びイの規定は、救助に従事した船舶の船長に

ついて準用する。

この場合において、これらの規定中「債務者」とあるのは、「債権者（当該船舶の船舶所有者及び海員に限る。）」と読み替えるものとする。

- (2) 商法第八十一条第二項ただし書を削除するものとする。

八十一条の趣旨は船長が救助料債権者を代理して請求する場合にも妥当するものと解されることから、本研究会は、中間試案の提案に賛成する。

五 海洋環境の保全に係る特別補償の請求権等

救助者が海洋汚染をもたらす船舶の救助をした場合について、次に掲げる規律を設けるものとする。

- (1) 船舶の衝突、乗揚げ、機関の故障その他の海難により船舶又は積荷等の全部又は一部が損傷し、又は損傷するおそれが生じ、かつ、本邦又は外国の沿岸海域において、当該船舶からの物の排出により、又はその沈没若しくは乗揚げに起因して海洋が汚染され、又は汚染されるおそれがあり、当該汚染が人の健康を害し、若しくは海洋環境の保全に著しい障害を及ぼし、又は

これらの障害を及ぼすおそれがある場合において、当該船舶の救助をしたときは、その者は、特約があるときを除き、船舶所有者に対し、アに掲げる額からイに掲げる額を控除して得た額の支払を請求することができる。

ア 当該船舶又は積荷等の救助（救助に際して行った当該障害の防止又は軽減のための措置を含む。）に要した費用（合理的に必要と認められるものに限る。）に相当する額

イ 救助料の額

- (2) (1)アの救助により当該障害を防止し、又は軽減した場合における(1)アの適用については、(1)アの規定中「に相当する額」とあるのは、「に一〇〇分の一三〇（特別の事情がある場合にあつては、二〇〇）を乗じて得た額の範囲内で裁判所が定める額」とする。

- (3) 救助をした者の過失によって当該障害を防止し、又は軽減することができなかつたときは、裁判所は、これを考慮して、(1)アの額を定めることができる。

- (4) (1)に規定する場合における救助料の額の決定に際しては、裁判所は、(1)に規定する措置の内容をも斟酌す

るものとする。

本研究会は、ハーモナイゼーションにかかる妥当な改正である（従来の不成功無報酬の原則を改め、八九年救助条約一四条に相当する規定を商法に設ける（グローバル・スタンダードに合致したデフォルト・ルールを設定する）ことは、基本的に、（環境という「公益」を含めた社会全体の利益の最大化を図ることになるから）環境立国を志向するわが国の国益に合致する）として、基本的に、中間試案の提案に賛成する。

なお、提案と八九年条約一四条とを比較すると、提案には同条約一四条三項と六項に相当する規定が存在しない。これらのうち、一四条三項については規定ぶりをめぐる議論の難航が予想されることから（「救助」に要した費用」の解釈をめぐる *Nagasaki Spirit* 号事件英国貴族院判決があるが、これに反する立法例（南アフリカ法）もある）、あえて規定を設けず、裁判所の解釈に委ねるのも一つの方法と考えられる（当該条項の趣旨に鑑み、海洋環境の保護に資するような解釈論を示すことが今後の課題になろう。なお、（条約一四条二項に関して）補足説明五九頁の「増額する場合の一般的な考慮要素を

例示すべきとの意見」も傾聴に値するが、上記と同様の問題が妥当する）。他方、確認的な規定となろうが、六項に相当する規定は設けられてもよいのではないかとする意見もあつた。

六 消滅時効

商法第八一四条の規律を次のように改めるものとする。
救助料及び五(1)から(3)までの特別補償の請求権は、救助の作業が終了した日から二年間行使しないときは、時効によって消滅する。

本研究会は、ハーモナイゼーションにかかる妥当な改正である（消滅時効につき、一〇年救助条約（二三条一項）との間で齟齬が生じるのは不合理であり、条約に沿った規定を設けるのが合理的である）として、中間試案の提案に賛成する。

七 規律の適用範囲

海難救助に関する規定は、湖、川、港湾その他の平水区域を航行区域とする船舶（商行為をする目的で航行の用に供する船舶に限り、端舟その他ろかいのみをもって

運転し、又は主としてろかいをもつて運転する舟を除く。）又は積荷等の救助について準用するものとする。

本研究会は、ハーモナイゼーションにかかる妥当な改正である（一〇年救助条約（二条）の規定に合わせて、内水航行船の救助も適用範囲に含めるのが合理的である）として、中間試案の提案に賛成する。

第八 海上保険

一 保険者が填補すべき損害

商法第八一七条本文の規律を次のように改めるものとする。

保険者は、海難救助又は共同海損のため被保険者が負担すべき金額を填補する責任を負う。

本研究会は、中間試案の提案に賛成する。

二 告知義務

海上保険の保険契約者になる者等の告知義務について、次のような規律を設けるものとする。

(1) 保険契約者又は被保険者になる者は、保険法第四条の規定にかかわらず、海上保険契約の締結に際し、危

険に関する重要な事項について、事実の告知をしなくてはならない。

(2) 保険契約者又は被保険者が故意又は重大な過失により(1)の事実の告知をせず、又は不実の告知をしたときは、保険者は、海上保険契約を解除することができる。この場合においては、保険法第二八条第二項第一号及び第四項並びに第三一条第二項第一号の規定を準用する。

本研究会は、中間試案の提案に賛成する。

三 希望利益保険

積荷の到達によって得られる利益又は報酬の保険の保険価額に関する規律（商法第八二〇条）を削除するものとする。

本研究会は、中間試案の提案に賛成する。

四 保険期間

海上保険の法定保険期間に関する規律（商法第八二一条、第八二二条）を削除するものとする。

本研究会は、中間試案の提案に賛成する。

五 海上保険証券

商法第八二三条の規律を次のように改めるものとする。
保険者が海上保険契約を締結した場合には、保険法第六条第一項に規定する書面には、同項各号に掲げる事項のほか、次に掲げる区分に応じ、それぞれに定める事項を記載しなければならない。

- (1) 船舶保険契約を締結した場合 船舶の名称、国籍、種類、船質、総トン数、建造の年及び航行区域（一の航海について船舶保険契約を締結した場合にあつては、発航港及び到達港（寄航港の定めがあるときは、その港を含む。）並びに船舶所有者の氏名又は名称
- (2) 貨物保険契約を締結した場合 船舶の名称並びに貨物の発送地、船積港、陸揚港及び到達地

本研究会は、中間試案の提案に賛成する。

六 危険の変更

船長の変更は保険契約の効力に影響を及ぼさない旨の規律（商法第八二六条）を削除するものとする。

本研究会は、中間試案の提案に賛成する。

七 予定保険

貨物保険の予定保険に関する商法第八二八条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 貨物保険契約において、保険期間、保険金額、保険の目的物、約定保険価額、保険料、船舶の名称又は貨物の発送地、船積港、陸揚港若しくは到達地につきその決定の方法を定めた場合には、保険法第六条第一項に規定する書面には、その事項を記載することを要しない。
- (2) 保険契約者又は被保険者は、(1)の事項が確定したことを知ったときは、遅滞なく、保険者に対し、当該事項の通知を発しなければならない。
- (3) 保険契約者又は被保険者が故意又は重大な過失によつて遅滞なく(2)の通知をしなかったときは、貨物保険契約は、その効力を失う。

本研究会は、中間試案の提案に賛成する。

八 保険者の免責

- (1) 商法第八二九条の規律を次のように改めるものとする。
保険者は、次に掲げる損害を填補する責任を負わない。

ア 保険の目的物の性質若しくは瑕疵又はその通常の損耗によつて生じた損害

イ 保険契約者又は被保険者の故意又は重大な過失（責任保険契約にあつては、故意に限る。）によつて生じた損害

ウ 戦争その他の変乱によつて生じた損害

エ 船舶保険契約にあつては、堪航能力担保義務に反したことによつて生じた損害

オ 貨物保険契約にあつては、貨物の荷造りの不完全によつて生じた損害

(2) 少額損害等の免責に関する規律（商法第八三〇条）を削除するものとする。

本研究会は、中間試案の提案に賛成する。

九 填補の範囲等

(1) 貨物の損傷の場合における填補額の計算方法に関する規律（商法第八三一条）を次のように改めるものとする。

保険の目的物である貨物が損傷して陸揚港に到達したときは、保険者は、アに掲げる額のイに掲げる額に

対する割合を保険価額（約定保険価額があるときは、当該約定保険価額）に乗じて得た額を填補する責任を負う。

ア 当該貨物に損傷がなかったとした場合の当該貨物の価額から当該損傷した貨物の価額を控除した額

イ 当該貨物に損傷がなかったとした場合の当該貨物の価額

(2) 航海の途中に不可抗力により保険の目的物である貨物を売却した場合において買主が代価を支払わないときは保険者がその支払義務を負う旨の規律（商法第八三二条第二項）を削除するものとする。

本研究会は、中間試案の提案に賛成する。

一〇 委付

保険委付に関する規律（商法第八三三条から第八四一条まで）を削除するものとする。

本研究会は、中間試案の提案に賛成する。

第九 船舶先取特権及び船舶抵当権等

中間試案は、主として、船舶の先取特権及び抵当権に

関する一九九三年の条約（以下、「一九九三年条約」という。）との調和を目指しているように見受けられるものの、一九九三年条約は、現在、必ずしも主要海運国とはいい難い一七か国によって締結されるにとどまり、わが国も批准していないのであるから、海法に関してわが国が批准する他の条約との調和が目指される他の試案（船舶衝突に関するものなど）とは異なり、立法事実に乏しい面があるとの意見があった。

このような意見や、個別の試案に対する下記意見中の各理由から、基本的には、中間試案が提示する選択肢の中で、現行法の規律を維持する方向性をもった中間試案を支持するとの結論に至った。

一 船舶先取特権を生ずる債権の範囲

- (1) 商法第八四二条第一号（競売費用及び競売手続開始後の保存費の船舶先取特権）を削除するものとする。
- (2) 商法第八四二条第二号（最後の港における保存費等の船舶先取特権）を削除するものとする。

下記の条件の下で賛成する。

中間試案は、競売費用については、民事執行法上、最

優先の配当を受け得ること、その他の費用については、一九九三年条約や諸外国の法制が船舶先取特権を認めていないことから、商法八四二条一号・二号を削除するとの提案をするものである。

しかし、その他の費用については、船舶の先取特権及び抵当権に関する一九二六年の条約（以下、「一九二六年条約」）において認められていたこと（一九二六年条約二条一号）、また、仮に船舶先取特権を否定した場合は、民法上の動産保存先取特権（民法三三〇条）が成立するにとどまるところ、この点につき、後記第九の四の【乙案】を採用した場合は、船舶賃借人または定期傭船者からの注文による保存行為の費用については、民法上の先取特権の成立すら否定される可能性があること（最決平成一四年二月五日判タ一〇九四号一一四頁参照）に鑑みれば、中間試案に対しては、後記第九の四において【乙案】を採用せず、【甲案】を採用することを条件として、賛成したい。

- (3) 商法第八四二条第七号（船員の雇用契約債権の船舶先取特権）の被担保債権の範囲について、次のいずれ

かの案によるものとする。

【甲案】 雇用契約によつて生じた船長その他の船員の債権

【乙案】 雇用契約によつて生じた船長その他の船員の債権であつて、当該船舶への乗組みに關して生じたもの

【甲案】に賛成する。

商法八四二条七号は、従来、労働者としての船員の保護を趣旨とする船舶先取特権と説かれており、本試案の補足説明が【乙案】の根拠として指摘するような、船員の労務による船舶価値の維持という点は強調されてこなかった。

【乙案】のように、「当該船舶への乗組みに關して生じたもの」に成立範囲を限定すると、同じ船員でありながら、雇用契約債権の回収につき、船舶を優先的な引当てとして期待できる者と、引当てにできずに、雇用関係の一般先取特権者（民法三〇八条）として、債務者の総財産の劣後的な引当てしか期待できない者とに分かれ、とりわけ、債務者の財産がほぼ船舶に限られるケースにおいては、船員の平等な保護には達し得ないおそれを生じ

る。

また、「乗組み」との関連性という新たな成立要件を導入すること、いっそうの解釈論争を引き起こすことも懸念される。先取特権規定は、債権者平等原則に対する重大な例外であり、しかも、船舶先取特権は、船舶抵当権よりも常に優先する強力な優先権を付与することとなるのであるから、その成立要件の解釈にあたつては嚴格解釈が妥当するものと解される以上、関連性（「に關して」という評価概念を含んだ成立要件の付加は、商法八四二条六号の航海継続必要性概念が長らく解釈論争を引き起こしてきたのと同様に、無用の解釈論争を引き起こし、かえつて必要以上に成立範囲を狭めるような嚴格解釈が志向される引き金となる可能性がある。

- (4) 商法第八四二条第八号（船舶がその売買又は製造後に航海をしていない場合におけるその売買又は製造及び艀装によつて生じた債権並びに最後の航海のための艀装、食料及び燃料に關する債権の船舶先取特権）を削除するものとする。
- (5) 商法第八四二条の船舶先取特権に、船舶の運航に直

接関連して生ずる人の生命又は身体への侵害による損害に基づく債権を加えるものとする。

(注) この改正に伴い、船舶の所有者等の責任の制限に関する法律（以下「船主責任制限法」という。）

第九十五条第一項の船舶先取特権の被担保債権の範囲から、同法第二条第五号に規定する人の損害に関する債権を削除するものとする。

(6) 国際海上物品運送法第十九条（再運送契約に基づく損害賠償請求権の船舶先取特権）を削除するものとする。

これらの試案については特に異論なく、賛成する。

二 船舶先取特権を生ずる債権の順位及び船舶抵当権との優劣

(1) 船舶先取特権を生ずる債権の順位に関する規律（商法第八四二条、船主責任制限法第九十五条第二項）を次のように改めるものとする。

第一順位 船舶の運航に直接関連して生ずる人の生命又は身体への侵害による損害に基づく債権（一）
(5) 参照

第二順位 救助料に係る債権、共同海損のため船舶が

負担すべき金額に係る債権（商法第八四二条第五号）

第三順位 航海に關し船舶に課された諸税に係る債権、

水先料又は曳船料に係る債権（商法第八四二条第三号、第四号）

第四順位 航海継続の必要によつて生じた債権（商法第八四二条第六号）

第五順位 船主責任制限法第二条第六号に規定する物の損害に関する債権（同法第九十五条第一項）

(注) 商法第八四二条第七号の船舶先取特権の順位については、一(3)の被担保債権の範囲に関する改正の方向性が定まった後に、引き続き検討するものとする。

特に異論なく、賛成する。なお、これらの順位のうち、第一順位から第三順位までは一九九三年条約（四条一項(b)〜(d)、五条二項本文）に沿ったものであり、八四二条七号の船舶先取特権についても同条約（四条一項(a)）に準じるならば、これを第一順位として、他の債権の順位を一つずつ繰り下げることとなるように思われる。

(2) 船舶先取特権と船舶抵当権との優劣（商法第八四九条、船主責任制限法第九五条第三項）について、次のいずれかの案によるものとする。

船舶先取特権と船舶抵当権とが競合する場合には、船舶先取特権は、船舶抵当権に優先する。

【甲案】 ただし、(1)の第五順位の船舶先取特権と船舶抵当権とが競合する場合には、船舶抵当権は、当該船舶先取特権に優先する。

【乙案】 ただし、(1)の第四順位又は第五順位の船舶先取特権と船舶抵当権とが競合する場合には、船舶抵当権は、これらの船舶先取特権に優先する。

(注) 上記のようなただし書を設けない（現行法の規律を維持する）という考え方がある。

【乙案】 よりも【甲案】に賛成する。すなわち、航海継続必要債権（第四順位）については従前通り船舶抵当権に優先するものとするが、物の損害に関する制限債権（第五順位）については船舶抵当権に劣後するものとする。

この点、確かに、前者（航海継続必要債権）の優先性については、従前より立法論的批判が繰り返されてきた

ものの、①立法論的批判に依拠する、理念としての厳格解釈（最判昭和五九年三月二七日判タ五二七号九九頁参照）が、実際のところ、裁判例上、具体的な解釈論としてはほとんど結実していないこと、②一九九三年条約の審議段階における日本・アメリカ等からの主張にみられるように、現在は、立法論的に否定的な見方が必ずしも趨勢とはいえない状況にあること、③航海継続必要債権については、解釈論上、発航前の基本契約に基づく債権を除外するなどにより、真に必要な債権だけに成立をとどめることで、船舶抵当権者を不当に圧迫しない運用が可能であることを指摘でき、あえて改正するまでもないと考える。

なお、後者（物の損害に関する制限債権）の劣後性については、現行法の規律を維持するとの本研究会の意見の方向性に照らせば、あえて【甲案】を採るまでもなく、中間試案の（注）にある「ただし書を設けない」との考え方も十分あり得るものと考ええる。

三 船舶先取特権の目的

船舶先取特権の目的（商法第八四二条）から未収運送

賃を削除するものとする。

(注) この改正に伴い、商法第八四三条及び第八四四条第三項を削除するとともに、救助料に係る債権の船舶先取特権は、救助の時に生じていた他の船舶先取特権に優先する旨の規律を設けるものとする。

慎重な検討を求める。

とりわけ、船舶先取特権上の未収運送賃規定を削除すると、これまで、船舶抵当権については、当該船舶先取特権規定との対比から、逆に未収運送賃には及ばないと解釈されてきたことの根拠が崩れ、むしろ民法規定の準用(商法八四八条三項前段)から、抵当船舶の法定果実として、抵当権の効力が及ぶ(民法三七一条・八八条二項)との解釈に転換する可能性がある。したがって、かつて、平成一五年改正民法において、抵当権の効力を法定果実である賃料債権にも及ぼすことを立法的に解決したのと同様に、この問題は、船舶抵当権につき、未収運送賃への効力を認めるべきかを含めた議論を行った上で判断すべき問題であり、そのような影響を考慮しない拙速な改正は回避すべきものと考ええる。

四 船舶賃貸借における民法上の先取特権の効力

船舶賃貸借の場合に船舶の利用について生じた先取特権が船舶所有者に対しても効力を生ずる旨の規律(商法第七〇四条第二項)について、次のいずれかの案によるものとする。

【甲案】 現行法の規律を維持するものとする。

【乙案】 民法上の先取特権は、船舶所有者に対しては効力を生じないものとする。

(注) いずれの案による場合も、四の規律は、定期傭船について準用するものとする。

【甲案】に賛成する。

特に、判例(前掲最決平成一四年二月五日)変更の要をみない。中間試案の補足説明にあるように、一年の経過により消滅する船舶先取特権(商法八四七条一項)と異なり、長期にわたり存続することを問題視するのであれば、むしろ端的に、商法中に、民法上の先取特権を含めたすべての船舶上の先取特権が発生後一年の経過により消滅する旨の規定を置けば足りるように思われる。

なお、(注)にある定期傭船への準用については、異論なく、賛成する。

五 船舶抵当権

現行法の規律を維持するとの本研究会の意見の方向性に照らせば、中間試案のとおり、船舶抵当権に関しては、特段の改正提案を行わないでよいこととなるが、本研究会では、以下のような意見も出された。

すなわち、中間試案が目指す海法の現代化という点でいえば、現在の船舶抵当権の規定は、明治三二（一八九九）年の商法制定以降、何らの実質改正を経ておらず、旧態依然としている。確かに、商法中の船舶抵当権規定は、不動産を対象とする民法中の抵当権規定（民法三六九条以下）を包括準用する形（商法八八条三項）をとっているため、民法上の抵当権の現代化（とりわけ、平成一五年改正民法がこれにあたる。）による影響がそのまま船舶抵当権にも及ぶ構造とはなっているものの、民法の現代化において、船舶抵当権への影響が顧みられた形跡はなく、個々の規定の準用の可否や立法論的当否については、いまだ十分な議論が尽くされていない状況にある。

例えば、平成一五年改正民法により新設された規定のうち、抵当不動産の果実への効力に関する民法三七一条

や抵当建物使用者の引渡しへの猶予に関する民法三九五条については、船舶抵当権への準用の可否がなお問題となり得る。また、抵当船舶の流通を促進することで、かえって担保価値を害するおそれを高めてしまう抵当権消滅請求制度（民法三七九条以下）は、他の動産抵当制度（農業用動産抵当、自動車抵当、航空機抵当、建設機械抵当）においては忌避されているにもかかわらず、包括準用規定であるがために準用されてしまっており、問題といえる。

それゆえ、他の動産抵当制度のような自律的な規定群を設けることが望ましいものの、仮に準用形式は維持したとしても、準用対象となる個々の規定を吟味し直し、船舶抵当の特殊性を踏まえた明確な準用規定に改めるべきである。

第三部 その他

第一 国際海上物品運送法の一部改正

一 運送人の責任の限度額

国際海上物品運送法第一三条第一項の規律を次のように改めるものとする。

本研究会では、特段の意見がなかった。

運送品に関する運送人の責任は、次に掲げる金額のうちいずれが多い金額を限度とする。

- (1) 滅失等に係る運送品の包又は単位の数に一計算単位の六六六・六七倍を乗じて得た金額
- (2) (1)の運送品の総重量について一キログラムにつき一計算単位の二倍を乗じて得た金額

本研究会では、特段の意見がなかった。

二 高価品に関する特則

明告されない高価品について運送人が免責される旨の規律（国際海上物品運送法第二〇条第二項、第五七八条）について、次のいずれかの案によるものとする。

【甲案】 現行法の規律を維持するものとする。

【乙案】 国際海上物品運送法第二〇条第二項のうち、商法第五七八条を準用する旨の規律を削除するものとする。

本研究会では、特段の意見がなかった。

第二 その他

その他所要の規定を整備するものとする。

○ 本誌に掲載の全ての論文につきましては、以下の Web サイトで PDF を電子公開しております。

- ① 日本大学法学部ホームページ (<http://www.law.nihon-u.ac.jp/>)
- ② CiNii (<http://ci.nii.ac.jp/>)

○ 本誌の受入れに関しまして、送付先（住所・宛先等）の変更や受入辞退等が御座いましたら、以下まで御連絡ください。

<連絡先部署> 日本大学法学部研究事務課

(住 所) 〒101-8375 東京都千代田区三崎町 2-3-1
(T E L) 03-5275-8510
(F A X) 03-5275-8537
(E-mail) kenjimu@law.nihon-u.ac.jp

執筆者紹介 掲載順

藤川信夫 日本大学教授
加藤康榮 元日本大学大学院教授
西原雄二 日本大学准教授
水野正 日本大学准教授
益井公司 日本大学准教授
梅村悠 日本大学准教授
日本大学法学部商事法研究会

機関誌編集委員会

委員長
副委員長
委員

船山泰範
渡辺容一郎
江島泰二
新谷眞人
稲葉陽
太田晴美
佐渡友一
高畑英郎
長谷川貞之
益井公司
松本幸司
水戸克典
山口正春
岩井義和
大岡敬二
岡山聡
小野美典
中野未知
西原雄二
野村和彦
松島雪江
福木滋久
堀江真悟
井出真悟

日本法学第八十一卷第二号

平成二十七年十月十五日 印刷
平成二十七年十月二十日 発行
非売品

編集責任者 池村正道
日本大学法学会

発行者 日本大学法学研究所
電話〇三(五二七五) 八五三〇番

東京都千代田区猿樂町二一ー四 A&Xビル
印刷所 株式会社 メディオ
電話〇三(三二九六) 八〇八八番

N I H O N H Ō G A K U
(JOURNAL OF LAW)

Vol. 81 No. 2 October 2015

~~~~~  
CONTENTS  
~~~~~

ARTICLES

Nobuo Fujikawa, *A consideration of British Financial Legislation and Senior Management Regime*
— *Mixture of Corporate Governance Code, Transformation of Soft Law through Case Law, Senior Management Functions and Extraterritorial Application* —

Yasuei Kato, *The Role of Prosecutors in the Criminal Justice (I)*

Yuji Nishihara, *Citizens' Suits and Abandonment of Rights to Claim by a Local Assembly*

Tadashi Mizuno, *Über die Probleme von Frage nach „Google Street View“*

TRANSLATION

Christian Armbrüster, *Verjährbarkeit der Vindikation?*
Zugleich ein Beitrag zu den Zwecken der Verjährung,
übersetzt von Koji Masui

CASE COMMENT

Yu Umemura, *Applying the Sickness Exclusion in the Case of Bathtub Drowning*

MATERIAL

Commercial Law Studies Expert Group, Nihon University College of Law,
An Appraisal of “The Tentative Draft 2015 for the Commercial Code (related to Transportation and Maritime Commerce)”