

ISSN 0287-4601

日本法學

第八十七卷 第四号 2022年2月

中村進教授退職記念号

国際私法・国際取引法と社会科学の諸問題

日本大学法学会

日本法学 第八十七卷第二号 目次

喜多義人教授追悼論文集

国際法と社会科学をめぐる諸問題

日本法学 第八十七卷第三号 目次

判例研究

聖職者例外法理の拡張と労働者保護規定の適用除外
——Our Lady of Guadalupe School v. Morrissey-Berru, 140 S. Ct. 2049 (2020)—— …… 高畑英一郎

駐車トレーラー追突致死事件 …… 船山泰範

判例研究

掘削泉における温泉権の成否
〔令和元年10月30日東京高裁判決、平成31年（ホ）第304号損害賠償請求
控訴事件、控訴棄却、判例時報2485号12頁、金融・商事判例1587号22頁〕 …… 清水恵介

論説

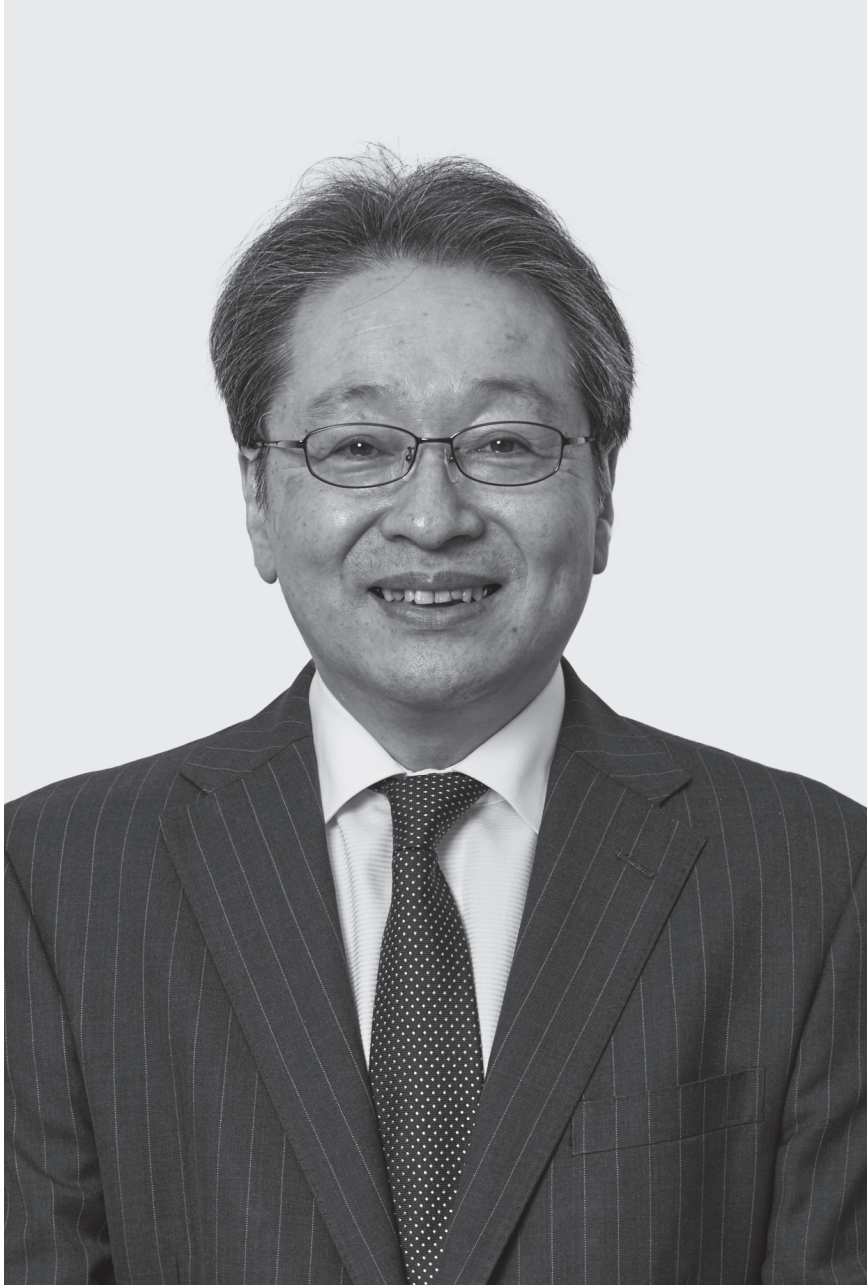
日タイにおける留置権の比較法的研究 …… ソラアット ナバット

——タイ民商法241条の継受史とその解釈—— …… 出雲 孝

国連憲章下における非国家主体に対する自衛権の射程
——国連憲章の起草過程と、ニカラガ事件判決を中心に—— …… 本吉祐樹

売買契約・請負契約の給付に代わる仮定的損害賠償
——ドイツ法における近時の展開—— …… 山田孝紀

ジョン王の生涯と大憲章 …… 甲斐素直



中村進教授近影

献呈の辞

中村進先生は、令和四年三月末日をもってご退職されます。ここに謹んで感謝の意を表し、本号を退職記念論文集として献呈いたします。大学院以来、親しくしていただいた先輩である先生が、ご退職されますことをとても寂しく感じております。

中村先生は、昭和五六年三月に日本大学法学部法律学科をご卒業後、同年四月に同大学大学院法学研究科博士前期課程、昭和五九年四月に同大学大学院博士後期課程にご進学されました。その後、平成元年七月に日本大学法学部助手として本学部に勤務されて以来、専任講師、助教授を経て、平成一八年四月に教授にご就任されてから今日に至るまで、三二年もの長きにわたり日本大学法学部の教育・研究、そして大学行政において数多くの功績を残してこられました。

中村先生は、杉林信義先生のもとで研究者としての歩みを始められました。先生は、国際私法をご専門とされ、これまで国際私法の諸問題についてご研究されてきましたが、その中でもオンライン取引における国際的な法律問題にいち早くご着目され、「電子商取引と裁判管轄・準拠法の問題」を研究テーマとして取り組んでこられました。平成一五年七月から平成一七年三月までアメリカのジョージ・ワシントン大学において、そして平成二九年四月から同年九月までドイツのヨハネス・グーテンベルク大学において、客員研究員として電子商取引の諸問題について比較法的

観点からご研究されました。先生は、本学部の機関誌に複数のご論文をご執筆されておりますが、『日本法学』には、「分裂ドイツの本国法の決定(一)(二)」、「国際私法と両性平等」等のご論稿を発表されました。近年では、欧州連合やアメリカにおける国際私法及び国際裁判管轄権に伴うオンライン取引やインターネット紛争に関する法律問題を取り上げられ、わが国の電子商取引の分野における法の発展につながる多数のご論文をご執筆されました。先生が令和元年に『日本大学知財ジャーナル』にご執筆されたご論文「EU国際私法における電子消費者契約に関する消費者保護規定の展開」では、電子商取引の出現により消費者が国際取引の当事者として関与することが増えていることに鑑み、欧州連合における裁判管轄権や国際私法規則に基づく新たな視点からの消費者保護に関する議論の展開をわが国にご紹介され、これらの議論を参考にわが国の現状と合致した議論が活発になされることの重要性について論じておられます。

中村先生は、大学行政においても多大なる功績を残されました。先生は、平成二十一年七月から平成二十三年三月まで学生生活委員会委員長を務められ、学生が安全に心地よく大学生活を送れるように日々ご尽力されました。また、先生は平成三十一年四月から令和三年六月まで比較法研究所長を務められ、本学部の比較法学の研究促進のために海外の研究者と本学部の研究者との橋渡し役を担われました。さらに、先生は令和三年七月から日本大学図書館分館長としてご活躍され、新型コロナウイルス感染拡大の中で学生や教員が安全に学修と研究を継続できるように学修・研究環境の整備にご尽力されました。長年にわたり、先生は経営法学科の主任も務められ、経営法学科のリーダー的存在として学科の運営を支えていただきました。

中村先生は、大変優れた教育者でもあり、学生たち一人ひとりの個性を尊重し、いつでも学生たちの声に耳を傾け、時間を惜しむことなく多くの学生に対して熱心に教育指導をなさってこられました。そのような先生のお人柄を慕う

学生や卒業生たちで先生の研究室はいつも賑わっておりました。先生は、大学生活において学生たちの良い思い出となるような様々なイベントを企画・実施しておりましたが、その中でも先生のゼミ生たちが夏の花火大会の時期になると浴衣姿で大学へ来て講義を受けていたことがたいへん印象的でした。先生の温和なお人柄ゆえに先生のゼミナールは、大変人気があり、ゼミの卒業生の多くが社会の様々な分野で活躍しています。

私事にわたりますが、中村先生には大学院以来、いつもご支援・ご指導いただき、大変お世話になりました。私が大学院博士前期課程に在学していた時、当時助手をされていた先生と法学部旧二号館で一緒にドイツ語の文献を読み、先生からドイツ語を教わったことを今でも懐かしく思い出します。また、私がドイツで学位論文に取り組んでいるときも、絶えずご支援・ご指導いただきました。私がドイツへ留学することができ、今こうして教職に就くことができましたのは、いつも親しくご支援・ご指導いただいた中村先生のおかげです。この場をお借りして、心より感謝申し上げます。最後になりますが、中村先生には、今後とも一層のご指導を賜り、我々を暖かく見守ってくださいますようお願い申し上げますとともに、先生のご健康とさらなるご活躍を祈念し、献呈の辞とさせていただきます。

令和四年三月吉日

法学部長 小田 司

目 次

献呈の辞

フランス国際私法の法典化と現代化……………笠原俊宏……………三

デジタルプラットフォーム（DPF）取引透明化法に
導入された「共同規制」の意義とDPF提供者の役割……………長谷川貞之……………三五

国際私法における例外条項の発動基準について
——若干の比較立法的考察——……………徐瑞静……………一〇七

法における他者——不可視化された法的主体性と
法的正当性・正統性回復のための一考察……………松島雪江……………一四三

オバマ政権におけるICTインフラ政策の形成過程
——重大局面としての重規制ルールの成立——……………福森憲一郎……………一六七

契約不適合認識前の受領物の譲渡と解除
——リスク負担範囲の主観的拡張と二当事者問題への収斂——……………野中貴弘……………一九五

ポールドウイング・ニュー・コンサーヴァティズムの政治思想的意義 —— 党政策文書『今後の展望』を中心に ——	渡邊 容一郎	二四七
議会制民主主義における政党の二面性	浅井直哉	二九〇
政策評価における統計の通貨単位問題に関する一考察…貿易統計の事例	羽田 翔	三三六
入会林野と社会変容——長野県木曾町の事例研究から問うこと	佐幸信介	三四〇
中国特許権侵害訴訟における「合法的な出所」抗弁の適用	劉 斌 斌	三七〇
日米における損害賠償額の算出手法に関する一考察	三村 淳一	四一〇
COVID-19の感染拡大による電子商取引の進展と海上運送への影響について	長 沼 健	四三〇
中村進教授 略歴		四三二
中村進教授 主要業績		四三七

索引

中村進教授退職記念号

フランス国際私法の法典化と現代化

笠原俊宏

一 前書き

近代国際私法の法源として、最も大きな影響力を有していたのは、ナポレオン法典と呼ばれる一八〇四年三月二一日施行のフランス民法典中の三箇条の国際私法規定であろう。まず、法律抵触規定として、その序章第三条において、第一項が、「警察及び安寧に関する法律は、フランス領域内に居住する全ての者を拘束する。」と規定し、第二項が、「不動産は、外国人によつて所有されたものであつても、フランス法に依つて規律される。」と規定し、そして、第三項が、「人の身分及び能力に関する法律は、フランス人が外国に在つても、その者を規律する。」と規定しており、また、裁判管轄規定として、その第一編第一章第一四条が、「外国人は、フランスに居住していないときであつても、その者によりフランスにおいてフランス人と締結された債務の履行につき、フランスの裁判所へ召喚されることがで

きる。その者は、その者により外国においてフランス人に対して締結された債務につき、フランスの裁判所へ召喚されることができる。」と規定し(一八〇三年三月一五日公布)、第一五条が、「フランス人は、その者により外国において締結された債務につき、外国人と締結されたものであっても、フランスの裁判所へ召喚されることができる。」と規定している(一八〇三年三月一八日公布)。これらの化石化しているとも言える諸規定は、フランス国際私法の一般原則となっているに止まらず、オランダ、ベルギー、ルクセンブルグ等の近隣諸国の国際私法に影響を与えていたばかりか、フランスの旧植民地であったアフリカ諸国の独立後における国際私法の法源としても、不可侵の存在のごとく、広範な領域において施行されている^①。大陸法系圏を見る限り、ポルトガル、スイス、ドイツ、更には、イタリア等の比較的近時の国際私法立法は、欧州を含め、世界の国々の国際私法の法典化ないし改正において、影響を与える存在であったと見られているが、フランス民法典中の前記諸規定も、今では、古典的とも形容されうる存在となりながら、なお、破棄院判決に支えられて、現役としての役目を果たし続けている^②。

その一方、欧州を中心として、諸国国際私法が、早くは一九六〇年代後半頃から、国際私法の柔軟化に向けて改正され、また、そのような意味における現代化された法典の制定が顕著な動向となっていたが、それにもかかわらず、フランス国際私法の法典化ないし精緻化は、成文法を見る限り、他の西欧諸国のそれに比して、さして顕著に進捗しているとは言い難い。わが国際私法の改革にも大きな影響を与えてきたドイツ国際私法の高度な学問的水準及び実務の動向を伝えているラーベル外国私法・国際私法雑誌 (*Rabelsz*) や国際私法実務雑誌 (*IPPrax*) 等に見られる緻密な論攷から多くを学ぶとともに、フランス国際私法もまた、ドイツ国際私法とは異なる学風を醸している西欧法文化との知的な遭遇の機会を与えてくれたフランス国際私法雑誌 (*Revue critique de droit international privé*)^③、クリューネ

(Clunet)、『国際比較法雑誌』(Revue internationale de droit compare)等を通じて、やはり、長年に亘り、学問的啓発という点において大役を果たしていることに異論はないであろう。また、裁判官、研究者、実務法曹の三者が一堂に会するフランス国際私法委員会 (Le Comité français de droit international privé) の大会における毎年四回の闊達な報告と質疑応答は、フランスにおける国際私法に対する熱気をそのまま極東の国へも伝えてきた。

小稿においては、フランス国際私法の法典化に関連する幾つかの文献から得られる知識や情報を拠り所として、フランス国際私法がその法典化のために歩んできた道を辿り、また、時々におけるその作業の成果について、拙稿をも交えながら検証するとともに、それが目指している将来の方向を垣間見ることが目的とされている。それにより、今日的意義におけるフランス国際私法の特質ないし国際私法学における位置付けを改めて確認するための小さな機会ともしたい。これをもって、拙いながら、中村進教授退職記念号に寄せる論攷とさせていただきます。

二 法典化の前駆的過程

(1) 総説

フランス国際私法の法典化のための作業を振り返ってみると、そのための努力が払われた期間は、概ね、次に述べられるように三つに分けられ、それぞれの期間において、目標とされた国際私法典が異なっていることが看取される。すなわち、早期において目指されたのは、諸国における国際私法の法典化と同様に、国内法としての包括的で現代化された内容を有する国際私法典の完成であるが、その努力は挫折しており、その結果による産物として、僅かに、時機

を得ない幾つかの立法が実現されるに止まっている。その後における動向として認識されるのは、国際的な国際私法への傾倒である。フランス国際私法の法典化におけるそのような変容の素地となっているのは、まず、第二次世界大戦後、国際私法の統一を掲げて勢力を拡大したハーグ国際私法条約の台頭であり、そして、より近時においては、とくに、局地的ながら、欧州連合 (EU) 圏の結束と拡大を背景とした欧州議会及び理事会規則を信頼し、それに依存しようとする形勢であることは否定できない。⁶⁾

しかし、元来、諸国における国内法としての国際私法が、広く、諸外国や領域との関わりにおける涉外私法関係の規律を想定しているのに対して、欧州連合条約は、相当な影響力や拘束力を有するとは言っても、欧州連合加盟国の欧州圏内に関わる法律関係についてのみ、その規律の対象とするものであるから、欧州連合条約の内容が如何に充実されようとも、欧州連合圏外の国々との当該圏外における涉外私法関係の規律とは次元を異にしている。従って、そのような法律関係について、別途、それぞれの独自の国際私法を置かなければならないという二元的な認識は、フランス以外の欧州連合加盟国においても、払拭されていないように見られる。近時に至っても、欧州連合加盟諸国がそれらに独自の国際私法の法典化に勤しんでいるのは、正にその証左であると言えるであろう。⁷⁾ フランスにおいても、法典化作業の当初、念頭に置かれていたのは、統一された国内立法としての国際私法典であった。そのための作業の成果として知られているのが、以下に言及するニボワイエ (Jean Paulin Niboyet)、バチフォル (Henri Batifol)、フォワイエ (Jean Foyer) がそれぞれ中心となって起草された二つのフランス国際私法草案である。

(2) ニボワイエ予備草案 (一九五三年)

ニボワイエ教授の主導のもと、民法典改正委員会 (La Commission de réforme du code civil) により一九四八年から

一九五〇年までの間に練られた草案が、一九五三年、時の法務大臣に提出されている。同草案における国際私法規定は、民法典の改正の一端として、個人及び家族の権利に関わる広範な涉外問題の規律を目しており、今日、フランス国際私法の範疇の事項として定着している国籍を除き、外国人の地位、法人の地位、法律の抵触、裁判管轄の抵触に關する事項を包括し、法律抵触規定としては、婚姻關係、親子關係、契約等、個々の法律關係の準拠法に關する規定のほか、法律關係の性質決定、反致、外国法の条件、既得權等に關する総則規定の一一三箇条によつて構成された。⁽⁸⁾ニボワイエ教授は、この草案において、属人法として、フランス法の適用の拡大へ導くことになる立場を導入している。すなわち、国籍を基準とする属人法の適用が原則として維持された場合であっても、フランスに五年以上住所を有する外国人はフランス法によつて規律されるとし（同草案第五九条）、また、夫婦關係や親子關係等の家族關係について、フランス人が当事者である限り、利害關係者の住所や相手方当事者の国籍にかかわらず、フランス法が適用されるとした（同草案第六四条及び第六五条）。これらの規定は、法の抵触と国家主權の抵触との関わりにおいて、フランス法の適用のみを顧慮した一方主義の立場にほかならない。但し、それと同時に、抵触法上の一方主義の特徴として、自らの立法管轄を肯定する外国法のもとに、外国において得られた權利（既得權）については、それを広く承認するという立場がとられていた（同草案第五三条）。当該草案は、フランス国際私法委員会（Le Comité Français de droit international privé）において、その一方主義及び過度なフランス法への依拠が批判されたが、民法典改正委員会⁽⁹⁾は、ニボワイエ教授が提唱した立場を支持しながら、新たな草案を用意する結果となった。このように、ニボワイエ草案の挫折は、その内容に起因していた。

(3) バチフォル予備草案 (一九五九年)

次の国際私法草案となるバチフォル草案は、ニボワイエ草案との比較において、二つの点に関して異なっていた。その一つは、詳細な各個規定よりも、一般原則規定に力が注がれ、極めて簡潔にまとめられていた点である。それには、明文規定による予測可能性に対して懐疑的なバチフォル教授の信念が反映されていたと言われており、外国人の地位に関する一箇条、法律抵触規則に関する一〇箇条、管轄抵触規則に関する一〇箇条を内容とする僅か二一箇条のみをもって構成されていた¹⁰⁾。いま一つの特徴は、一方主義及び国家主義に則った規定が完全に排除され、それに代わって、破棄院判例によって形成された抵触規則が成文化されていた点である。とりわけ、著名な一九五三年四月一七日の破棄院第一民事部判決、すなわち、リヴィエール判決 (Paret Rivière)¹¹⁾ によって採用された共通本国法、共通住所地法、法廷地法の段階的適用という共通属人法を軸とする革新的な規則は、夫婦の身分関係及び離婚についてのみならず、夫婦財産制の準拠法選定についても、従来の規則を一変させるものであった。その影響は、嫡出親子関係及び養子縁組にまで及んでいるように見られる。また、バチフォル草案の革新的な規則は、相続に関し、統一主義の立場から、不動産、動産を区分することなく、被相続人の最後の住所地法に依らしめるというものであった。これは、フランス国際私法における分割主義ないし二元主義に反する立場である。このようなバチフォル草案における革新性については、そのバランスの良さとも相俟って高く評価されているところであるが、結局、同草案もまた、フランス国際私法の法典化としての成功を収めることはなかった。その挫折の理由について、ラガルド教授は、民法典の改正草案とは別個に論じられたために、法典化の波に乗れなかったこと、そして、一九七〇年に至るまで公表されることがなかったため、広く論議の対象とされる機会を逸したことにありと解説している¹²⁾。

(4) フォワイエ予備草案（一九六七年）

そして、三番目となる草案は、一九六七年に、当時の法務大臣であるジャン・フォワイエの主導のもと、前出民法典改正委員会によつて発表されたものである。フォワイエは、精力的に民法典の改正に取り組み、夫婦財産制、離婚、親子関係、親権、成年、後見等の改革を實行しており、新たなフランス国際私法改正草案の起草のために、国際主義を掲げる論者を集めた委員会なども立ち上げている。¹³改正草案は、第四部「国際私法における準拠法」として、三七箇条をもつて構成されるものであった。その内容は、外国人の地位に関する一箇条の他は、全て、法律抵触規定によつて構成されていた。これは、一九五八年一〇月四日の憲法が、民事手続法に関し、それを規則として厳格に法律と区別したため、管轄抵触規定が国際私法から除外されることになったからである。¹⁴フォワイエ草案は、管轄抵触規定を除き、基本的にバチフォル草案を踏襲したが、公序、反致、外国法の適用に関する総則規定を置いており、また、各個法律関係の準拠法については、基本的に、破棄院判例によつて確立された双方主義に基づき抵触規則を規定し、相続に関しても、不動産相続についての不動産所在地法、動産相続についての被相続人の住所地法という分割主義に復帰していたが、夫婦財産制については、バチフォル草案において提唱された夫婦の共通本国法主義が踏襲されていた。¹⁵しかし、フォワイエ草案もまた、陽の目を見ることはなく、その存在がフランスにおいて公表されるようになったのは、漸く、アメリカのフォン・メーレン (Von Mehren) とナーデルマン (Nadelmann) が、同国におけるその論考において論及するに至つてのことであると言われている。¹⁶フォワイエ草案が成功を収めなかつた理由については、フォワイエ自身により、連結規則の法典化が、法務省の後継者において、自分が抱いたと同様の関心が得られなかつたと分析されているが、また、それとともに、政治家であつたフォワイエが国民議会法務委員会議長として影響

を与え続け、その個人的な考え方が、ニボワイエ教授流の熱心な一方主義の原理へと変化して行ったことが原因であるということが指摘されている。⁽¹⁷⁾

(5) 法典化作業の総括

前記国際私法草案が繰り返し返して挫折したこと、及び、それらの起草が完成された後、それらの草案に関する情報がフランス国外から国内へ伝播されるということの不自然さは、いかにしても不可解である。しかし、その理由について率直に言えば、フランスにおいては、国際私法の法典化が、その専門家によって必要であると感じられていなかったということに尽きるようである。それが必要とされなかった理由は、破棄院判決における判断により、一切の涉外私法問題の解決において、不便が感じられていなかったからである。⁽¹⁸⁾ いみじくも、一方主義の代表者であるフランセスカキス (P. Francescakis) は、「明らかに進展する事項においても、判例を信頼すべきであるという感情が、法典化の支持者においてさえ、未練として残っている。」と述べて、法典化が成功へ到達できるのは、過去と断絶される場合であると明言している。⁽¹⁹⁾ その意味において、バチフォル草案及びフォワイエ草案は、破棄院判決の敷衍に過ぎず、端から、それを変更する必要はないので、改正に向けた熱狂を掻き立てるはずもなく、フランスにおける国際私法の事情は、改正を達成したドイツやイタリアのそれと全く異なっていた。⁽²⁰⁾ ラガルド教授の指摘するところによれば、全面的な改正ないし法典化が実現しないフランス国際私法にとつての進むべき道は、部分的な改正に甘んじるか、または、国際的な法典化に寄り添って歩みを進めるほかはなかった。⁽²¹⁾ 確かに、フランスにおいて一九六〇年代後半から繰り返された断片的な国際私法の改正、及び、ハーグ国際私法条約や欧州連合条約への傾倒は、教授が指摘したところと符号していると言うことができる。

三 フランス国際私法の国内的立法化

(1) 総説

双方主義に則った包括的な国際私法の法典化が実現しないまま、国際私法の改革に立ち遅れたフランス国際私法が次に着手したのは、個別の法律関係に關し、断片的な抵触規定をもつて補完することである。一九六六年六月一八日の海上備船契約に關する法律を皮切りに、一九六七年一月三日の船舶抵当に關する法律、同年七月七日の海難及び救助に關する法律、一九六九年一月三日の海上運送商品の委託に關する法律において、フランス法の適用範囲を画する一方的抵触規定が補充された。折しも、一九八〇年六月一九日の「契約債務の準拠法に關するEC条約」(ローマ条約)の発効の時期とも前後して、場当たりの立法もそれに助けられ、偶々、立法化の時機を得た結果となっている。しかし、その後も、一九七〇年代に入つて、断続的な立法化の傾向は維持され、実質法規定の改正の機会に、それに対応する範囲において抵触規定も制定するという方法が採られるようになり、以下において触れるような民法典中の親子関係、離婚、養子縁組、婚姻等、人の身分に關する重要な法律関係にも及んでいる。これらの改正のうち、特に前者については、先に不発に終わった一九六七年のフォワイエ草案が影を落としていることが指摘されているが、にわかには捲き起こった激しい論争の矛先は、それらの新法が、法務大臣ジャン・フォワイエの単独起草であり、そして、議会におけるそれらの成立に過程において、国際私法の専門家による十分な討議がなされないまま成立しているという⁽²²⁾ことである。

(2) 親子関係

一九七二年一月三日の法律第七二―三号により、親子関係に関する諸規定が民法典に追加された。親子関係は、原則として、子の出生当時の母の本国法に依るか、または、母が知れないときは、子の本国法に依る（第三二一条の一四）。但し、子と父母の一方又は双方がフランスに通常居所を有するときは、フランス法に依り、一切の身分占有の効力を生じる（第三二一条の一五）。この規定も一方的抵触規定であるが、民法典第二条第一項や前出リヴィエール判決の規則と同様、双方化されて解釈されるものと考えられる。また、申立人又は子の本国法に従ってなされた父子関係又は母子関係の任意認知の申立ては有効とされる（第三二一条の一七）⁽²³⁾。

(3) 離婚

一九七五年七月一日の法律第七五―六一七号には、離婚に関する一方的抵触規定が民法典に加えられ（当時第三二〇条、現行第三〇九条）、一九七六年一月一日から施行された。当該規定は、(i)夫婦の双方がフランス人であるとき、又は、(ii)夫婦がフランスに共通住所を有するとき、又は、(iii)他の法がその管轄（立法管轄）を主張しないときには、フランス法が適用されることを規定している。最後の規定に依れば、フランス法の適用が外国抵触規則に従属しているように解釈されるが、前二者の場合には、当然にフランス法が適用されるべきこととなるから、全体としてのフランス法の適用の優先は損なわれていない⁽²⁴⁾。因みに、離婚に関する第三〇九条は、二〇一二年六月二二日から、二〇一〇年十二月二〇日の離婚及び別居に関するローマⅢ規則（No. 1259/2010）第五条⁽²⁵⁾にとって代わられており、相当地に広範な法からの選択が可能である制限的当事者自治が認められている⁽²⁶⁾。

(4) 夫婦財産

夫婦財産に関しては、フランスは、オランダ及びルクセンブルグとともに、一九七八年三月一四日の夫婦財産制の準拠法に関するハーグ条約の加盟国であったが、一九九七年一〇月二八日の法律第九七―九八七号に依り、民法典第一三九七条の一ないし第一三九七条の六の諸規定が追加されたため、ハーグ条約との適用関係において、幾つかの解釈問題を惹起する結果となった。²⁷⁾ なお、二〇一九年に、同ハーグ条約は、二〇一六年六月二四日の欧州連合規則（No. 2016/1103）により取って代わられている。²⁸⁾

(5) 養子縁組

養子縁組に関しては、二〇〇一年二月六日の法律第二〇〇一―一一一号に依り、民法典中に抵触規定が新設された。親子関係に関する一九七二年の法律により民法典に新設された諸規定（民法典第三一一の一四ないし第三一一条の一八）には、養親子関係に関する規定は置かれていなかったからである。養子縁組の要件については、養親の本国法に依って規律され、また、養親が夫婦である場合には、その婚姻の効力の準拠法に依る（第三七〇条の三）。但し、同条においては、(i) 養子縁組がそれぞれの配偶者の本国法の下に認められていない場合には、夫婦は養子をすることができないこと、(ii) 未成年の外国人は、その者がフランスにおいて出生し、かつ、常居所を有していない限り、養子縁組がその本国法の下に認められていない場合には、養子とされることができないこと、及び、(iii) 準拠法にかかわらず、何れの場合においても、養子縁組に対する子の法定代理人の同意が必要であること、すなわち、いわゆる保護条項（セーフガード条項）が規定されている。フランスにおいて認められた養子縁組の効力は、フランス法に依って規律される（第三七〇条の四）。外国において認められた養子縁組は、フランスにおいて、フランス法の下に完全な効力を有する

(第三七〇条の五)。

(6) 登録パートナーシップ

フランスにおける登録パートナーシップに関する立法としては、パクス (PACS)、すなわち、民事連帯契約 (pacte civil de solidarité) と呼ばれる生活共同体の制度が、一九九九年一月五日の法律第九九—九四四号に依り民法典に導入されていたが、⁽²⁹⁾その後、渉外的な場合のための登録パートナーシップに関する抵触規定が二〇〇九年五月一二日の法律第九九—九四四号に依り、民法典第五一五条の七の一に追加された。同条は、登録パートナーシップの成立条件及び効力、並びに、その解消の原因及び効力について、その手続きを行う官庁が所属する国家の実質法規定に従うことを規定している。この規定に依れば、登録パートナーの属人法がそのような制度を知らなくとも、当事者の合意は有効とされることとなる。その意味において、同条は非常に自由主義であると評されている。⁽³⁰⁾なお、登録パートナー間の財産関係については、二〇一九年一月二九日以後、二〇一六年六月二四日の欧州連合規則 (No. 2016/1104) に依って規律されている。⁽³¹⁾

(7) 婚姻

二〇一三年五月一七日の法律第二〇一三—四〇四号に依り、フランスにおいても、同性婚が認められるに至った。また、同法律は、民法典中に、婚姻の実質的成立要件及び方式に関する法律抵触規則を明文化している。その内容は、破棄院判決によって形成された規則を踏襲したものである。すなわち、実質的要件は、婚姻当事者の本国法に依り (民法典第二〇二条の第一項)、同性婚については、当事者の一方の属人法か、または、住所地法若しくは居所地法によって認められれば成立するとする選択的連結の規則によって保護されている (同条第二項)。また、方式は、婚姻挙

行地法に依る（同第二〇二条の二）。婚姻の効力については、明文による抵触規定が置かれていないため、前出リヴィエール判決によつて創設された共通属人法の段階的連結の規則に従い、夫婦の共通本国法、それがなければ、その共通住所地法、それもなければ、法廷地法としてのフランス法が適用されることとなる。³²⁾

(8) 協議離婚

二〇一六年一月一八日の法律第二〇一六―一五四七号に依り、二〇一七年一月一日から、裁判外における合意による離婚（協議離婚）の制度が採用され、それに関連して、民法典二二九条の一ないし第二二九条の四の規定が置かれた。裁判離婚主義の下においては、当事者による合意も離婚原因の一つに過ぎず、それを根拠として、裁判所により離婚判決が下されるといふ手続きに従うことになるのに対して、新法は、弁護士や公証人の関与の下であるが、裁判外における離婚、すなわち、私的離婚の成立を可能としている。法律抵触規定としては、前出口ローマⅢ規則が適用されることとなるが、同規則に従えば、当事者による法選択の範囲が広く認められている結果、明らかに、離婚を望む夫婦にとっては、フランス法を選択することにより、私的離婚に対して敵対的な外国法からの避難場所が得られるようになっている。³³⁾

(9) 混乱の総括

フランス国際私法の現代化において、その体系的な法典化よりも、時々の実質法規定の改正に対応する個別的な抵触規定の部分的な制定を繰り返して行うことが、一貫性の欠如や矛盾する解決の危険を伴うことは、立法化に直接的な影響力を与え得る地位にあったジャン・フォワイエ自身によつても吐露されており、早くから懸念されてきたところである。³⁴⁾ 実際には、一九七二年の親子関係の抵触規定と一九七五年のそれとの比較においても、同じく人の身分関係

に関する事項でありながら、それらの規則が立脚する基本的姿勢は大きく異なっている。⁽³⁵⁾ そのような方法論における問題もさることながら、更に深刻な点は、部分的な立法化における一方的抵触規定の採用が、フランス国際私法体系の一貫性の破綻を増幅させた点である。換言すれば、破棄院判決が主体となり、民法典第三条を基本規定として、巧みに同条を双方主義に基づく法律抵触規則として構成して運用されていたにもかかわらず、そこへ一方主義に基づく立法が投入されたことにより、抵触法体系の均衡が損われてしまったという批判的な見解が見られることは否めない。⁽³⁶⁾ しかしながら、単一の包括的な国際私法典の制定が実現されていないとはいえ、契約については、二〇〇八年六月一七日のローマI規則 (No. 593/2008) に依り、⁽³⁷⁾ 契約外債務については、二〇〇七年七月一日のローマII規則 (No. 864/2007) に依り、⁽³⁸⁾ 相続については、二〇一二年七月四日の相続規則 (No. 650/2012) に依って規律されている、⁽³⁹⁾ 物権についても、民法典第三条第二項を基礎として、破棄院判決により、抵触規則が確立されている。⁽⁴⁰⁾ 会社については民法典第一八三七条⁽⁴¹⁾、消滅時効については同第二二二一条⁽⁴²⁾に規定されている。また、手続規定については、民事訴訟法典第四二条ないし第四八条及び第一〇七〇条が裁判管轄権について規定している。⁽⁴³⁾ このように、フランス国際私法の法源を俯瞰すれば、断片的な国内立法の整備に注力している間に、ハーグ国際私法会議や欧州連合等の国際機関による国際条約の締結が加速した結果、それは、ほぼ充足されているようにも見られる。今後において予想される課題としては、新たな国際的法源と従来からの国内実定法との適用関係をいかに調整するかということであろう。しかし、過去の経験を踏まえて言えば、やはり、破棄院判決が従来通りその重要な役目を担い、解決していくであろうことは推察するに難くない。

四 フランス国際私法の国際的法典化

(1) 総説

近時、諸国国際私法の立法例、特に、欧州連合加盟国のそれにおいて見られる特徴の一つとして、抵触規定の精緻化という一般的傾向に反して、その規律事項の減少ないし規律範囲の縮減を指摘することができよう。すなわち、国内的に拘束力を有する欧州連合条約やハーグ国際私法条約が存在する場合には、それが規定する事項について、国内立法において重ねて規定することはせず、規定されるのは、それらの国際条約が規定していない事項に限定するとか、或いは、具体的に、何れかの特定の条約に従うことを端的に明記した立法例が、欧州を中心として、益々、増加する傾向が見られる⁴⁴。そのような立法は、一見する限り、広範な涉外私法関係を規律の対象とした包括的で均衡の取れた立法とはなっていない。そのため、欧州連合諸国に見られてきたように、欧州連合圏内における法律関係の規律とその圏外との関連における法律関係の規律のための二つの国際私法が必要とされるという意味における国際私法の二元性は崩れかけようとしている。フランス国際私法の場合には、長きに亘り判例や学説に支えられて、統合された包括的な国際私法典が存在しないため、個別の事項ないし法律関係について拘束力を有する国際条約の優先的適用を明らかにする特別な明文規定は存在しないが、一九五八年一〇月四日の憲法第五五条により、一旦、批准された国際条約は、国内法に優位し、しかも、内国法となつてフランス国際私法の一翼を担っている⁴⁵。以下においては、現在、フランスにおいて拘束力を有する主要な国際条約を掲げて、フランス国際私法の国際的法源の概観を明らかにしておきたい。

(2) ハーグ国際私法条約

フランスが現在に至るまで批准ないし署名している国際条約として最も多いものは、ハーグ国際私法会議が母体となるハーグ国際私法条約であり、それらとして、次に掲げるものがある。すなわち、一九五四年三月一日の「民事訴訟手続に関する条約」、一九五五年六月一五日の「物品の国際売買の準拠法に関する条約」、一九五六年六月一日の「外国会社、社団及び財団の法人格の承認に関する条約」、一九五六年一〇月二四日の「子に対する扶養義務の準拠法に関する条約」、一九五八年四月一五日の「子に対する扶養義務に関する裁判の承認及び執行に関する条約」、一九六一年一〇月五日の「未成年者の保護に関する官庁の権限及び準拠法に関する条約」、同日の「遺言の方式に関する法律の抵触に関する条約」、同日の「外国公文書の認証を不要とする条約」、一九六五年一月一五日の「民事又は商事に関する裁判上及び裁判外の文書の外国における送達に関する条約」、一九七〇年三月一八日の「民事及び商事に関する外国における証拠の収集に関する条約」、一九七一年五月四日の「交通事故の準拠法に関する条約」、一九七三年一〇月二日の「扶養義務に関する裁判の承認及び執行に関する条約」、同日の「扶養義務の準拠法に関する条約」、同日の「製造物責任の準拠法に関する条約」、一九七八年三月一四日の「夫婦財産制の準拠法に関する条約」、同日の「代理の準拠法に関する条約」、一九八〇年一〇月二五日の「裁判への国際的アクセスに関する条約」、同日の「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約」、一九九三年五月二九日の「国際養子縁組に関する子の保護及び協力に関する条約」、一九九六年一〇月一九日の「親責任及び子の保護措置についての管轄権、準拠法、承認、執行及び協力に関する条約」、二〇〇〇年一月二三日の「成年者の国際的保護に関する条約」、二〇〇七年一月二三日の「扶養義務の準拠法に関する議定書」等がある。近時、英国が欧州連合を脱退したことにより、フランスにとつ

ても、一九九六年の子の保護条約を始め、特に家族関係を規律するハーグ国際私法条約がその重要性を増していることが指摘されている。⁴⁶⁾

(3) 国際連合条約

国際連合が主体となる条約で、フランスが締結しているものも少なくない。まず、家族関係については、一九五六年六月二〇日の「扶養料の外国における取立てに関する条約」、及び、一九六二年二月一〇日の「婚姻の同意、最低年齢及び登録に関する条約」がある。国際連合国際商取引法委員会(UNCITRAL)条約として、一九五八年六月一〇日の「外国仲裁判断の承認及び執行に関するニューヨーク条約」、及び、一九八〇年四月一日の「国際物品売買契約に関する国連条約」(CISG)がある。⁴⁷⁾

(4) 私法統一国際協会条約

フランスは、国際商事契約原則(Principles of International Commercial Contracts)の作成主体として知られるユニドロワ、すなわち、私法統一国際協会(UNIDROIT)に加盟しており、それが起草した条約も、フランス国際私法の法源となっている。それとして、例えば、一九八八年五月二八日の「国際ファイナンス・リース条約」、及び、同日の「国際ファクタリング・オタワ条約」等がある。⁴⁸⁾

(5) 局地的条約

局地的な規模の国際条約として、欧州議会及び理事会、欧州評議会(Conseil de l'Europe)、国際戸籍委員会(Commission internationale de l'état civil)を主体とする条約がある。まず、欧州議会及び理事会との関連において言えば、前出のローマI規則、ローマII規則、ローマIII規則、夫婦財産制規則、登録パートナーシップ規則、相続規則のほか

にも、二〇〇八年二月一八日の扶養義務規則 (No. 4/2009)、二〇〇六年二月一二日の弁済不能規則 (No. 1896/2006)、民事及び商事の裁判管轄権及び判決の承認に関する一九六八年九月二七日のブリュッセル条約を基礎とする二〇〇〇年十二月二二日のブリュッセル I 規則 (No. 44/2001)、それが改正され、二〇一五年一月一〇に発効したブリュッセル I bis 規則 (No. 1215/2012)、また、一九九八年五月二八に採択されたブリュッセル II 条約が、二〇〇〇年五月二九日、ブリュッセル II 規則 (No. 1347/2000) に転換されて婚姻事件の裁判管轄権について規律し、二〇〇五年三月一日からは、二〇〇二年一月二七日のブリュッセル II bis 規則 (No. 2201/2003) がそれに代わり、さらに、二〇一九年六月二五日のブリュッセル II ter 規則 (No. 2019/1111) に依って改正されて現在に至っている。⁽⁴⁹⁾

次に、欧州評議会条約についてであるが、それが作成した一九五〇年一月四日のいわゆる欧州人権条約(「人権及び基本的自由の保護に関する欧州条約」)の発効は、人権に関する欧州公序の確定において国際私法と間接的に関連しており、フランス法上の公序についても、破棄院判決によりしばしば定義されている。⁽⁵⁰⁾ また、国際戸籍委員会は、二〇〇余りの条約を作成しているが、それらの条約のうち、フランスは、一九六八年六月七日の「外国法の照会に関する条約」及び一九八〇年五月二〇日の「子の監護に関する裁判の承認及び執行に関する条約」を批准しているほか、署名しているものとして、二〇〇〇年三月一日に発効した「国籍に関する条約」等、国際私法とも直接的に関連する条約がある。⁽⁵¹⁾

(6) 二国間条約

判決の承認及び執行、国際的な子の奪取の場合における司法共助等、規律事項の範囲は多様であるが、フランスと数多くの国々との間には二国間条約が締結されている。⁽⁵²⁾ 但し、現在、欧州連合加盟諸国との間における民事及び商事

に関する判決の承認及び執行に関する二国間条約は、欧州連合規則に取って代わられており、二国間条約が有効に存続しているのは、アフリカ、中南米、アジアの国々との間においてである。一方、法律抵触の分野の二国間条約は、極めて少数である。フランス人とその属人法の適用を認めていた旧植民地との間におけるものを除けば、僅かに、一九六七年四月五日のフランス・ポーランド間条約、現在では、スロベニア、ボスニアヘルツェゴビナ、セルビア、モンテネグロとの間においてのみ効力を有する一九七一年五月一八日のフランス・ユーゴスラヴィア間条約、そして、一九八一年八月一〇日フランス・モロッコ間条約がある。⁵³

五 フランス国際私法の現代化

(1) 総説

形式において、独立した国際私法典であるにせよ、民法典中に置かれた国際私法規定であるにせよ、また、内容において、包括的であるにせよ、断片的であるにせよ、いずれにしても、国際私法の現代化は、その法典化もしくは改正によって促進されることに異論はないであろう。換言すれば、国際私法の法典化はその現代化を実現することを意味しており、さらに、国際私法の現代化が意味するのが、その規則のより一層の精緻化ないし具体的妥当性の確保のための柔軟化であることも、近時の数多くの立法例が証明しているところである。フランスの場合、その近隣諸国を始め、かつての植民地であった国々においても、国際私法の法典化ないし現代化が進展する中であって、取り残された状態が長く続いている。⁵⁴そして、諸国における国際私法の改革に接して、フランス国際私法も早急な法典化が必要

であることは、それに関する知識と関心を有する者の間における共通の認識となっている。⁽⁵⁵⁾

それでは、近時の諸国立法例における改革には、どのような特徴が見られるか。卓見に基づいて、それらを整理すれば、以下のような幾つかの点をそれとして指摘することができるように思われる。まず、外観から言えば、(i)広範な事項を規律するための数々の抵触規定が網羅的に単一の法典に統合されているか、または、民法典や家族法典中にまとめられていることのほか、(ii)それに含まれる抵触規定の多くが、国際私法における国際主義もしくは国際化の時代を反映して、双方向的抵触規定の形式をもって規定されていること、(iii)単一的連結の規則よりも、複数の連結点を組み合わせた多元的連結の規則によって構成されていること、そして、内容的には、(iv)国際私法上の利益を考慮して、当事者や両性の平等を反映した共通法を優先する規則をもって整序されていること、(v)当事者意思の尊重を理念として、当事者による法選択(当事者自治)を定める規定が多く導入されていること、(vi)特定の法律関係の成立や当事者利益の保護等、実質法上の利益を考慮した抵触規定の採用が増加していること、そして、(vii)最密接関連性の原則の支配のもとに、当事者や法律関係に最も密接な関係を有する(地の)法に優位が与えられ、時には、端的に、最密接関係法の適用が規定されていること等が、現代国際私法の概括的な到達点である。⁽⁵⁶⁾ 果たして、ここに列挙したような国際私法の現代化の尺度をもって、現在のフランス国際私法を眺めてみた場合、それにおける現代化をどのように評価することができるであろうか。

(2) フランス国際私法の現代化に関する評価

フランスにおいては、大きなまとまった改革は断行されることはなく、統合された国際私法典は存在しないが、部分的には、幾つかの法律関係に関して改正の手が加えられており、また、数多くの条約が締結されて国内的効力を有

していることも事実である。そこで、それらの事情を踏まえて、フランス国際私法における現代化の現状がその国際私法の法典化との関連において有する意義を探究してみることとしたい。

まず、フランスには、現在も、一八〇四年の民法典第三条が重要な国際私法規定としての役割を果たしている。同条は、フランス法の適用についてのみ言及する一方的規定であるが、双方化されて、人の身分及び能力はその者の本国法に依り（第三項）、また、不動産はその所在地法に依る（第二項）との解釈が確立している。破棄院は、前出リヴィエール判決において、本国法主義が支配していた時代を背景にして、当事者の共通本国法、共通住所地法、法廷地法の段階的連結の規則の適用を表明し、ドイツのケーゲル (Gerhard Kegel) の連結階梯 (はしご)⁵⁷ として現代国際私法に普及している共通属人法を軸とした段階的連結の規則の基礎となつて大きく貢献している。

個別の立法に目を移せば、一九七二年の親子関係に関する諸規定において、子の本国法を補充法とし（第三二一条の一四）、また、双方化できる子と父母との共通常居所地法の優先的適用を規定している（第三二一条の一五）。一九七五年の離婚に関する第三一〇条（現行第三〇九条）は、上記リヴィエール判決の規則を維持しながら、内国法の適用の優先を導くこととなる法廷地法の適用を制限している。同条は、その後、前出ローマⅢ規則第五条に取つて代わられて、制限的当事者自治が認められる一方、欧州連合圏外においては、今も効力を発揮している。夫婦財産に関しては、ハーグ条約が前出欧州連合規則に取つて代わられ、欧州諸国における規則に依拠している。養子縁組に関しては、養親の本国法主義を基本としながら、夫婦共同縁組における婚姻の効力の準拠法を援用し、保護条項（セーフガード条項）が導入されている（民法典第三二一条の一四ないし第三二一条の一七）。外国養子縁組は、フランスにおいて完全な効力を有する（第三七〇条の五）。登録パートナーシップに関しては、前出二〇〇九年の法律（民法典第五一五条の

七の二）により、手続官庁が所属する国家の実質法規定に従うことが規定され、当事者の属人法の制約から当事者を解放している。登録パートナー間の財産関係については、前出二〇一六年の欧州連合規則に依っている。また、二〇一三年の法律に依り、同性婚が認められると同時に、民法典中に明文化された婚姻の実質的成立要件及び方式に関する抵触規則は、破棄院判決によって形成された規則を踏襲したものであるが、それぞれ、婚姻当事者の本国法（民法典第二〇二条の二）、婚姻挙行地法（同第二〇二条の二第一項）の適用を規定しており、特に、同性婚については、当事者の一方の属人法又は住所地法若しくは居所地法への多元的連結によって保護している（同条第二項）。さらに、婚姻の効力については、共通属人法の段階的連結の規則が確立している。そして、合意による離婚については、前出二〇一六年の法律に依り厳格な裁判離婚主義の束縛から解放され、当事者による法選択を定める前出ローマⅢ規則に従い、私的離婚の保護のための途が開かれている。

財産関係については、契約につき、欧州連合圏内に限らず、世界的な規模で影響力を有する一九八〇年のローマ条約の規則を受け継いだ前出ローマⅠ規則に従い、また、不法行為についても、前出ローマⅡ規則に従い、さらに、相続についても、前出欧州連合相続規則に従っている。物権については、民法典第三条第二項をめぐる破棄院の立場に従い、目的物所在地法の同則主義に拠っているが、これは、わが国の法の適用に関する通則法第一三条とも同一の立場である。

このようにして、フランス国際私法の実定抵触規則を通覧することにより、次のような幾つかのことが明らかになっている。すなわち、フランス国際私法においては、(i)形式上、統合された国際私法典は編纂されていないが、すでに概観した限りにおいても、破棄院判決により法の欠缺が補充され、広範な法律関係のための実定法が整備されて

おり、実質的に、国際私法の法典化が実現した場合とほぼ匹敵する状況が実現されていること、(ii)当事者や両性の平等を顧慮し、また、法律関係ないし身分関係の成立の保護に配慮した段階的連結及び選択的連結の規則が汎く採用されていること、それに対して、(iii)諸国の近時の立法例等において普及している最密接関連性の原則による支配が徹底されておらず、国際条約や欧州連合規則の支配を受ける部分を除いて、国内立法には、最密接関係法の適用が規定されていないことである。⁵⁸⁾

(3) 最密接関係法の功罪

一九六〇年代末から七〇年代は、前出ケーゲル教授によって叫ばれた「国際私法の危機」⁵⁹⁾の克服のため、大陸型国際私法を有する諸国においては、それまでの法的安定性ないし予測可能性の確保を優先させた伝統的な抵触規則、すなわち、明確で硬直な抵触規則に代えて、柔軟な抵触規則に依り、具体的妥当性の確保に向けた立法改革に取り組み始めた時期である。国際私法におけるそのような立法改革は、端的には、最密接関連性の原則ないし親近の原則(principe de proximité)による支配の下に、諸国の立法例において、「最も密接な関係がある地の法」とか、「より密接な関係がある地の法」の適用をもたらし、それらが随所に汎用されるに至っている。しかし、最密接関連性の判断において、何れの地の法がそれに該当するかは、個別の事案ごとに異なり、それを特定できない限り、絵に描いた餅のような存在に過ぎず、従って、それは、観念的には、極めて合理的で理想的な好ましい基準でありながらも、実際には、法の適用に携わる者を煩わせ、また、当事者における解決の予測性をも阻害する厄介な連結素である。最密接関連性の判断基準が明確にされない限り、理念として輝かしい最密接関係地法が単に立法化における指針としての範疇に止まるものでしかないと考えることが、全く悲観的で根拠がないとも言えないであろう。⁶⁰⁾

もつとも、フランスにおいても、最密接関連性の原則の支配に従うことを厭わない気運が醸成していることは、前出ラガルド教授による欧州国際私法の起草からも窺い知ることができる。しかし、実際には、次々と、フランス国際私法を出し抜いて、最密接関連性の原則を柱として新しい国際私法典を持つことになった諸国において、火中の栗を拾うような困難な問題に直面していることに想到すれば、少なくとも、国内立法を適用する限りにおいて、それらの諸国と同様の苦勞を回避することができたことは、完結した精緻な現代的国際私法典を持つことができなかつたフランス国際私法にとつて、皮肉にも、不幸中の幸いであつたと言ふことができるであろう。しかし、日増しに、欧州連合規則への傾倒を深めているフランス国際私法が、いつまでも、対岸の火事をひとり傍観し続けるというわけにもいかないであろう。最密接関係法の決定とその適用に振り回されて疲弊する日は、フランス国際私法においてもすでに始まっている。

六 後書き

欧州国際私法の策定が現実味をもつて視野に入ってきて、国内国際私法がそれによって取って代わられることが明らかとなった現在、フランス国際私法の法典化は、それによって統一された規則を盛り込むに過ぎず、今更 (dores et déjà)、意味のないことであると、モネジエ (Françoise Monégier) 教授によって喝破されている。⁶¹二〇〇年も維持されてきたナポレオン民法典第三条を継受して、それを頑なに守り続けてきた近隣諸国や多くの旧植民地の国々を差し置いて、御本家が軽々しく態度を豹変させることも容易くできることではないという事情もあつたかもしれない。そ

れだけ、フランス民法典の存在は、今もなお、偉大であると称えることができるであろう。しかし、何よりも、統合された法典化の必要性がそれほど痛感されなかつたため、その機会を逸したというのが、フランスにおける国際私法の法典化が挫折したと言われることの真相かもしれない。それを支えてきたのは、国際私法理論に精通した裁判官を擁する破棄院の存在である。その存在のために、前記フランス国際私法委員会が果たした役割は大きい。一個の法典にまとめるとか、フォワイエ草案が起案したように、民法典に国際私法規定のための第四部を追加することは、取つて付けたようになって、民法典全体の風味を損ねることになっていたのであろう。民法典中に散在する国際私法規定を拾い読みすることが、最密接関係法の羅列に慣れた眼には、極めて心地良く、また、新鮮な印象を与えている。フランス国際私法の法典化の挫折は、その副産物として、近時の諸国国際私法における主要な抵触規則として位置づけられている最密接関係法に過度に依拠することの当否について、根本的に再検討すべき余地があることを示唆しているように思われる。

(1) オランダ王国の立法のための総則に関する法律(一八二九年)、ベルギー民法典(一八〇四年)、ルクセンブルグ民法典(一八〇三年)については、それぞれ、拙編『国際私法立法総覧』(富山房、一九八九年)七八頁、三五三頁、四〇九頁参照。また、アフリカ諸国に関しては、例えば、ルワンダ民法典(一九八八年)、マリ家族法典(二〇一一年)、モーリシャス民法典(一九七四年、一九八一年改正)、コモロ民法典(一九七五年、一九八七年改正)、ニジェール民法典(一八〇三年、二〇〇七年改正)、カメルーン民法典(一九六〇年、一九八一年改正)、ギニア民法典(一九八三年、二〇一九年改正)、コートジボワール民法典(二八〇四年、一九六四年改正)、チャド民法典(一九五八年)等について、拙稿「アフリカ諸国における国際私法の法典化」戸籍時報七九七号八頁、七九八号二八頁、七九九号一七頁、八〇〇号一七頁、八〇二号八頁、八〇四号三一頁

- （以上、二〇二〇年）、八〇六号二四頁、八〇七号二四頁（以上、二〇二一年）参照。
- （2） 例えば、ポルトガル民法典中の国際私法規定は、カーボ・ベルデ、ギニアビサウ、アンゴラ、モザンビーク、サントメプリンシペ、東ティモール、マカオ等の国際私法において基本的に踏襲されている。拙稿・前掲「アフリカ諸国における国際私法の法典化」戸籍時報八〇四号（二〇二〇年）三四頁以下、八〇八号三〇頁以下、八〇九号一三頁以下、八一一号二一頁以下（以上、二〇二二年）、拙稿「東ティモール民法典（二〇一一年）中の国際私法規定」戸籍時報七九三号（二〇二〇年）二〇頁以下、拙稿「マカオの新国際私法（上）」戸籍時報五二八号（二〇〇二年）一三頁以下。
- （3） ラガルド教授の言葉によれば、フランス民法典第三条の規定は、すでに骸骨化した存在となりながらも、破棄院判決や大学者の支えにより、更に延命し続けている。Paul Lagarde, *Sur la non-codification du droit international privé français, Syracuse journal of international law and commerce*, Vol.25, No 1, 1998, p.2.
- （4） 欧州諸国における国際私法の改革のうねりは、まず、東欧諸国において、一九六三年一月四日のチェコスロヴァキア法から始まり、一九六五年一月二日のポーランド法、一九七五年二月五日の東ドイツ法、一九七九年のハンガリー法規命令第一三三号、一九八二年七月一五日のユーゴスラヴィア法へと続いた。
- （5） 以下、*Revue critique DIP* として引用する。
- （6） Lagarde, *op. cit.*, p.2.
- （7） 恐らくは、一九六六年一月二五日のポルトガル民法典の改正辺りを出発点として、最近の国際私法立法である二〇二〇年六月一日のプエルトリコ国際私法（民法典第三〇条ないし第六六条）に至る一連の国内法の法典化ないし改正の世界的傾向が、欧州連合国際私法と別個の流れとなっている。
- （8） ニボワイエ草案の規定については、*Revue critique DIP* 1950, p.111 et suiv.; Benjamin Remy, *Les codifications récentes du droit international privé, Revue internationale de droit comparé*, Vol.62, No 2, 2010, p.292. 参照。
- （9） Lagarde, *op. cit.*, p.4.
- （10） バチフォル草案の規定については、*Revue critique DIP* 1970, p.832 et suiv.; Remy, *op. cit.*, p.293. 参照。

- (11) *Revue critique DIP* 1953, p.412, note Batiffol.
- (12) Lagarde, op. cit., p.5.
- (13) Lagarde, op. cit., p.5 et suiv.
- (14) Lagarde, op. cit., p.6.
- (15) フォワイエ草案の規定内容については、*Revue critique DIP* 1970, p.835 et suiv.; Remy, op. cit., p.293. 参照。
- (16) Lagarde, op. cit., p.6. 因みに、フォワイエ草案に論及して、論議の発端となつたのが、Von Mehren & Nadelmann, A French draft of a law on private international law, *American journal of comparative law* 1970, p.614 et seq. and p.886. ㄥㄥㄥ。
- (17) Lagarde, op. cit., p.6 et suiv.
- (18) Lagarde, op. cit., p.7.
- (19) Phocion Francescakis, Le surprenant article 310 nouveau du code civil sur le divorce international, *Revue critique DIP* 1975, p.556.
- (20) 尚、ドイツやイタリアにおける国際私法の改正の背景には、それが憲法に違反していて、それを改正しなければならないという事情もあつたと見られる。Lagarde, op. cit., p.7. 参照。
- (21) Lagarde, op. cit., p.8.
- (22) Lagarde, op. cit., p.8 et suiv.
- (23) 新規定をめぐる論議については、多喜寛「国際私法における婚外子(一)」*国際法外交雑誌*七四卷六号(一九七五年)一一〇頁以下等参照。
- (24) 西賢「フランス民法第三一〇条について」*神戸法学雑誌*二九卷二号(一九七九年)一三九頁以下、更に、拙稿「フランス国際私法における離婚の準拠法」*法学新報*八六卷七・八・九号(一九八〇年)二六三頁以下参照。
- (25) ローマⅢ規則第五条(当事者による準拠法選択)第一項は、「夫婦は、離婚及び法的別居の準拠法を指定する合意をすることが出来る。ただし、準拠法は、次に掲げる法の一つでなければならぬ。(a)夫婦が合意の締結時においてともに常居所を

有する国の法 (b) 夫婦が最後にともに常居所を有していた国の法であって、夫婦の一方が合意の締結時において、なお常居所を有する国の法 (c) 夫婦の一方が合意の締結時において国籍を有する国の法 (d) 法廷地法」と規定している。邦訳は、小池未来(訳)『離婚及び法的別居の準拠法の領域における先行統合の実施に関する二〇一〇年一月二〇日の理事会規則一二五九／二〇一〇』試訳」同志社法学六六巻二号(二〇一四年)三三五頁以下等参照。また、その解説として、入稻福智「Rome III 規則による離婚および法的別居の準拠法」平成法政研究一八巻二号(二〇一四年)九五頁以下参照。

(26) Françoise Monéger, *Droit international privé*, 9e édition, 2021, p.15. (以下、小稿の執筆時におけるフランス国際私法の体系書として最新版である本書を中心として引用することとした。) 但し、民法典第三〇九条が海外領土においてなお有効であることは、Monéger, op. cit., p.174. 参照。

(27) Monéger, op. cit., p.213.

(28) Monéger, op. cit., p.214 et suiv.

(29) PACSの成立要件は婚姻とほぼ同様で、異性間及び同性間の双方に認められ、その効果は、貞操義務に関する規定がないほか、その解消は婚姻よりもはるかに緩やかで、PACSに固有の規定が少なくない。Georges Khairallah, *Les « partenariats organisés » en droit international privé (Propos autour de la loi du 15 novembre 1999 sur le pacte civil de solidarité, Revue critique DIP 2000, p.320 et suiv.* 等参照。

(30) Monéger, op. cit., p.158. 民法典第五一五条の七の一の詳細については、拙稿「フランス国際私法における登録パートナーシップの準拠法」東洋法学五四巻二号(二〇一〇年)一五三頁以下参照。

(31) Monéger, op. cit., p.158.

(32) Monéger, op. cit., p.166.

(33) Petra Hammje, *Le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire et le droit international privé, Revue critique DIP 2017, p.143, p.154 et suiv.*

(34) Lagarde, op. cit., p.10. 以下、西・前掲一三九頁参照。

- (35) 西・前掲一四二頁以下参照。
- (36) Laborde, *op. cit.*, p.11.
- (37) 契約債務に関する規則は、伝統的に当事者自治が支配していたが、一九八〇年六月一九日のローマ条約に依つても、また、ローマI規則に依つても、同様の原則の適用が確認されている。Jean-Pierre Laborde/Sandrine Sana-Chaillé de Néré' *Droit international privé*, 19e éd., 2017, p.193 et suiv.
- (38) 契約外債務に関する従来の規則は、原因事実発生地法（不法行為地法）であったが、ローマII規則に従い、損害発生地法が原則となっている。Laborde/Sana-Chaillé de Néré, *op. cit.*, p.189 et suiv.
- (39) 相続に関する従来の規則は、属地主義の伝統に従い、不動産相続については不動産所在地法、動産相続については被相続人の住所地法であったが、二〇一五年八月一七日以後、欧州連合相続規則に従い、相続分割主義は放棄され、相続統一主義のもとに被相続人の常居所地法に立法管轄が与えられ、また、被相続人がその本国法を選択することが認められている。Laborde/Sana-Chaillé de Néré, *op. cit.*, p.113.
- (40) 物権に関しては、民法典第三条第二項が、不動産についてのみ、所在地法主義を規定しているが、フランス国際私法においては、伝統的に同則主義の下に、動産物権についても目的物の所在地法によるものとされている。但し、無体財産については、有体財産と異なる規則が適用される。Laborde/Sana-Chaillé de Néré, *op. cit.*, p.185 et suiv.
- (41) 民法典第一八三七条は、フランスの領域に本拠を有する会社はフランス法に服すべきことを定める一方的規定である（第一項）。しかし、現実の本拠が定款上の本拠と異なる場所に所在する場合には、第三者に対抗できないことが規定されている（第二項）。
- (42) 民法典第二二二一条は、消滅時効につき、それが影響を与える権利を規律する法律に従うべきとして、時効制度を実体法上の法制度として性質決定している。
- (43) 民事訴訟法典第四二条ないし第四八条は、家族事件の裁判管轄権について規定しており、また、財産事件については、第一〇七〇条が規定している。

(44) 改正を重ねてきたドイツ民法典施行法がその代表的な立法例であり、また、その他にも、例えば、早くは、二〇〇五年のウクライナ国際私法から、二〇一四年のモンテネグロ国際私法、二〇一七年のハンガリー国際私法、二〇一九年施行のクロアチア国際私法まで、欧州議会及び理事会規則やハーグ国際私法条約等の条約を立法中に援用する立法例が、とくに東欧諸国を中心として顕著である。

(45) Monéger, op. cit., p.16.

(46) Monéger, op. cit., p.14 et suiv.

(47) Jürgen Basedow/Giesela Rühl/Franco Ferrari/Pedro de Miguel Asensio (ed.), *Encyclopedia of private international law*, 2017, vol.3, p.2081(Gilles Cuniberti).

(48) Basedow/Rühl/Ferrari/Asensio (ed.), op. cit., p.2081(Cuniberti).

(49) Monéger, op. cit., p.15 et suiv.

(50) Monéger, op. cit., p.16 et p.55.

(51) Monéger, op. cit., p.16.

(52) Monéger, op. cit., p.16.

(53) Monéger, op. cit., p.16. 最後のフランス・モロッコ間条約について言えば、イスラム法上のいわゆる専制離婚の効力に関する問題等を中心として、イスラム法上の原則とフランスの公序が相容れないことがこの条約の締結の背景に存在している。とくに、問題となっているのは、個人及び家族の権利に関する二国間の法律関係であり、この条約の目的もそれを調整することにある。Si Mohamed Akhdi, *Le divorce en droit international privé français et marocain*, 2015, p.23. 因みに、イスラム専制離婚に対して、フランスが容易に理解を示そうとする気配は見られず、人道主義思想の高揚を追い風にして、承認の門を閉ざしているように窺われる。拙稿「国際私法におけるイスラム専制離婚—フランス破棄院判決を中心として—」法学新報一一三卷一一・一二号（二〇〇七年）九七頁以下。

(54) フランスと国境を接する国々に限って見ても、スイス（一九八七年）、ドイツ（一九八六年）、イタリア（一九九五年）、

スペイン（一九七四年、一九八一年）、ベルギー（二〇〇四年）において法典化ないし改正がほぼ完了し、近時、モナコ（二〇一七年）もそれらに続いている。残るは、ルクセンブルグのみとなっている。

(55) Sylvette Guillemard/Alain Prujiner, *La codification internationale du droit international privé: un échec? Les Cahiers de droit*, vol.46, no 1-2, 2005, p.175 et suiv. においては、国際私法典を構成する個々の法律関係に関する標準的な規則が明確となっている状況を踏まえた法典化の推進が提言されている。

(56) アメリカ抵触法革命において導入された柔軟な抵触規則の緻密な分析については、松岡博『国際私法における法選択規則構造論』（有斐閣、一九八七年）一三七頁以下参照。

(57) 櫻田嘉章『国際私法（第七版）』（有斐閣、二〇二〇年）五九頁参照。

(58) 離婚や婚姻の効力について基準とされるリヴィエール判決の最後の補充的連結は法廷地法であるが、これに対して、現在、わが国の法の適用に関する通則法第二五条、第二六条第一項、第二七条本文をも含め、多くの立法例において、夫婦の最密接関係法が採用されている。しかしながら、フランス国際私法においては、リヴィエール判決後も、一貫して法廷地法である。例えば、一九六一年五月一五日のタルヴィド判決 (arrêt Tarwid) は、英国に居住するポーランド人夫とフランスに居住するフランス人妻との離婚について、フランス法を適用したが、その立場は今も引き継がれている。Laborde/Sana-Chaille de Néré, *op. cit.*, p.172. 参照。

(59) 櫻田・前掲書五九頁参照。

(60) 拙著『国際私法原論』（文真堂、二〇一五年）二〇〇頁等参照。

(61) Monéger, *op. cit.*, p.12. 参照。

デジタルプラットフォーム（DPF）取引透明化法に 導入された「共同規制」の意義とDPF提供者の役割

長谷川 貞 之

- 一 はじめに
- 二 DPFに対する法規制の背景・経緯
- 三 DPF取引透明化法の基本理念と特徴
 - 1 DPF取引透明化法の基本理念
 - 2 DPF取引透明化法の特徴
- 四 共同規制という新たな規制手法
 - 1 特定DPF提供者の指定
 - 2 共同規制の意義

- (1) DPFが創り出す市場
 - (2) 共同規制の意義と基本コンセプト
- 3 共同規制の三つの柱
- (1) 取引条件などの開示
 - (2) 自主的で合理的な手段・体制の整備―指針の示す標準モデル
 - (3) モニタリング・レビュー
- 五 DPFに対する法的規制の施策とDPF提供者の役割
- 1 DPF規制に期待される取組み
 - 2 DPF提供者の役割
 - 3 DPFに対する法的規制とDPF提供者の責任
 - (1) DPFに共通する法的規制
 - (2) DPF提供者としての責任
 - 4 利用規約による規律
 - (1) 利用規約と消費者契約法
 - (2) 利用規約と定型約款
 - 5 ソフトローとしての利用規約と共同規制の策定
 - (1) ソフトローの意義と利用規約
 - (2) ゴールベースの共同規制
- 六 今後の課題と展望―結びに代えて

一 はじめに

近年、インターネットの普及に伴い、デジタル化された市場におけるプラットフォーム（PF）の重要性が著しい高まりをみせている。デジタルプラットフォーム（Digital Platform: DPF）は、今日、様々な商品や役務・サービス、情報などを集約し、利用者のニーズに最適化してマッチングさせるなど、消費生活や経済活動に必要なものとなっている。DPFに支えられた新しいビジネスモデルが経済社会に浸透したことで、DPFは国民全体に広く便益をもたらしてきた。しかし、その一方で、利用事業者に対する取引条件の変更や取引停止が行われる際に、その理由が示されないため取引の透明性が低いといった指摘や利用事業者や消費者からの要請への対応が不十分であるといった苦情など、弊害も顕著になってきた⁽¹⁾。具体的には、DPFを利用する通販サイトやアプリストアの運営をめぐり、DPF提供者が出店企業から徴収する手数料の一方的な引き上げ、商品表示の順位の基準不開示、特定決済システム導入の強制、最安値での販売強制、消費者からの返品対応への強制、他のDPFの利用制限、顧客情報・データのDPF事業者による自社利用など、様々な問題や課題が浮上している。一部の市場では、利用規約の変更や取引拒絶の理由が示されないなど、取引の透明性や公正性が低いこと、取引先事業者の合理的な要請に対応する手続や体制が不十分であるといったことが挙げられる。

DPFと呼ばれる巨大IT企業による寡占への懸念が社会的関心を集め始めたのは、二〇一七年頃からのことである。DPF市場においては、ネットワーク効果や規模の経済性などを通じて独占化や寡占化が進みやすいとされ、一部のDPFに取引上依存せざるをえない事業者から様々な取引上の課題に対する懸念の声も上がっていた⁽²⁾。

このようなDPFをめぐる問題に対処するため、政府は、二〇二〇年二月一八日、公正な競争が阻害されるような事態の未然防止と健全な取引環境の整備という観点から「特定デジタルプラットフォームの透明性及び公正性の向上に関する法律」(案)を取りまとめ、閣議決定を経て、国会に提出した。提出された法律案は、衆議院および参議院での審議の結果、同年五月二七日可決成立し、六月三日公布された(平成二年法律第三八号)。これが、DPF取引透明化法である。同法は、二〇二二年二月一日の施行、および同年四月一日の特定DPFの指定を経て、本格的な運用に入っている。

DPF取引透明化法の下位の法令にあたる政令・省令および指令については、後述のデジタル市場競争会議のもとに設置されたワーキンググループにおける論議を受けて制定が進められ、いずれも同法の施行と同日となる二〇二二年二月一日に施行された。⁽³⁾

DPF取引透明化法は、デジタル市場において一定上の規模をもつDPFを対象に、透明で公正な競争環境の整備・推進を目的とした法律であるが、一般的な法規制とは異なり、いささか異なる特徴を有している。⁽⁴⁾それは、同法の基本理念(同法三条)にもあらわれているように、変化の激しいデジタル市場における未知の技術革新を阻害しないようにするとの見地から、一方で、規律の対象となるDPFをDPFが創り出す市場の多面性とネットワーク効果という機能の観点から定義するとともに、他方で、DPF提供者の自主性を尊重し、共同規制のアプローチを導入するなど、新たな規制のあり方を試みるものである。

高度なデジタル技術を基盤とする社会は、技術革新に伴う社会環境の変化も急速である。このような社会では、従来のような厳格なルール中心の規制ではなく、政府が一定の目的を示しつつ、その目的の達成は各企業の自主的な運

用、創意と工夫に委ねるといふ共同規制の規制手法は、極めて有用な法的手段といえる。しかし、具体的に、D P F 提供者がその内容をどのようにデザインするかという点については、共同規制の標準モデル（政府の指針による望ましい取組みの方向性と取組例）が示されているものの、共同規制の考え方ないしアプローチを分析し、そのうえでこの問題を検討する必要があるように思われる。

D P F に対する規制として、D P F 取引透明化法は、一方で、規律の対象となるD P FをD P Fが創り出す市場の多面性とネットワーク効果という機能の観点から定義するとともに、他方で、D P F提供者の自主性を尊重し、共同規制のアプローチを導入するなど、新たな規制のあり方を試みている。共同規制の考え方ないしアプローチは、技術革新を推進する企業の事業活動を阻害することなく、政府が示す目的達成に官民共同して取り組む新たな規制手法である。このような共同規制という規制手法が新たなスタンダードとなりうるかどうかは、今後の運用にかかっているといえるが、その期待に適うだけの法的枠組みが構築されており、大いに期待がもてるのではなからうか。

本稿は、D P F取引透明化法を中心に、D P F取引透明化法および政省令が導入する共同規制の仕組みについて検討を加え、その意義や実務上の留意点などを明らかにするものである。⁵⁾

まず、共同規制という新たな規制手法がD P F取引透明化法に導入された経緯を時系列的に整理し、その背後にある考え方を明らかにする（二）。そのうえで、D P F取引透明化法が導入する共同規制の基本コンセプトおよび法的枠組みがどのようなものであるかを分析し、その意義を検討する（三）。共同規制という手法は、政府が示す指針を参考にしながら、特定のD P F提供者が自らの創意と工夫のもとで、自主的かつ積極的に取引の透明性および公正性の向上に向けた体制や手続の整備などに取り組み、これを通じてD P Fの利用事業者や消費者の利益を図るものであ

る。また、DPF取引透明化法は、このような共同規制の規律を実効性あるものとするため、特定DPF提供者に運営状況に関する年次報告書の提出を求め、それを経済産業大臣が評価するというモニタリング・レビューの仕組みを導入している。この分析を通じて、共同規制という規制手法の有用性を検討する(四)。そして、このことを踏まえ、DPF取引においてDPF提供者が果たす役割の重要性を、利用規約および定型約款との関係を通して、ソフトローの観点から明らかにしておくことにしたい(五)。

ゴールベースの共同規制という新たな規制手法については、これまで深く立ち入った検討ないし分析は少なく、DPF取引透明化法の概説的な紹介の中で説明されるにすぎない。その意味では、本稿が共同規制を取り上げ、その制度的な意義や実務上の留意点を明らかにすることは大いに意義があるものと考ええる。

なお、DPFの規制については、消費者保護の観点から、別途、「取引デジタルプラットフォームを利用する消費者の利益の保護に関する法律」(以下、DPF消費者利益保護法という)が国会の審議を経て二〇二一年四月二八日に成立し(令和三年法律第三二号)、公布日の同年五月一〇日から一年以内に施行される予定となっている。このDPF消費者利益保護法については、すでにいくつかの論考でも紹介がなされているが、⁽⁷⁾別途、論ずることにし、本稿では必要な範囲で取り上げることにしたい。

二 DPFに対する法規制の背景・経緯

DPFに対する規制のあり方については、内閣に成長戦略の一環として設置された「未来投資戦略二〇一八」(二〇一八年六月閣議決定)で取り上げられ、これ以降、経済産業省、総務省、公正取引委員会などがデジタル市場の

取引環境のあり方について研究会を開催するなどして検討を重ねてきた。⁽⁸⁾

二〇一八年、経済産業省、総務省、公正取引委員会は、「デジタルプラットフォームを巡る取引環境整備に関する検討会」を共同で立ち上げ、デジタル市場の取引環境整備のあり方について、有識者を交えた調査・検討を進めている。同年一二月には、この有識者検討会での検討結果を踏まえ、上記三者において、DPFを巡る取引環境に関する基本的な考え方と進めるべき取組みを整理した「プラットフォーム型ビジネスの台頭に対応したルール整備の基本原則」を策定した。⁽⁹⁾

一方、二〇一九年二月に開催された日本経済再生本部の「未来投資会議」（議長・内閣総理大臣）において、取引慣行の透明性や公正性の確保に向けた法制またはガイドラインの整備を図ること、デジタル市場の競争政策などについて高い専門的知見をもちスピーディに対応可能な新しい体制の整備を進めることなどが確認された。⁽¹⁰⁾そして、同年九月、政府は、グローバルで変化が激しいデジタル市場における競争や技術革新を促進するため、内閣に「デジタル市場競争本部」を設置した。同競争本部は、デジタル市場に関する重要事項の調査審議などのための会議体として「デジタル市場競争会議」を設置し、実務的な検討を同ワーキンググループで行うこととした。⁽¹¹⁾

こうした中で、二〇一九年一〇月、公正取引委員会において、とくに問題点の指摘が多いオンラインモールおよびアプリストアにおける取引に係る独占禁止法上・競争政策上問題の恐れのある取引慣行などの有無を明らかにするため、オンラインモールとアプリストアを対象に、利用事業者およびDPF提供者の双方から意見を聴取し、実態調査が実施された。それによると、規約を一方的に変更されたうえで、手数料を引き上げられたり、新しい決済システムに移行させられた事例、検索結果や手数料などについて自社や関連会社が優遇された事例など、オンラインモールや

アプリストアに関して様々な競争上の問題が生じていることが報告されている。⁽¹²⁾ この報告書の中で、公正取引委員会では、問題となる行為を類型化したうえで、D P F提供者が取引先に不利益を与える行為、競合事業者を排除し得る行為、取引先の事業活動を制限しうる行為、公正性・透明性に欠けるおそれのある行為に分けて分析し、調査結果を公表している。同報告書によれば、D P Fには新規顧客の開拓機械の獲得などのメリットがあるとしながらも、他の販売チャネルに切り替えることが「非常に困難」「困難」とする回答が合わせて六五%を超えた。そして、その回答の中で、「規約の一方的変更により不利益を被った」「利用料・手数料が高い」「解約・ペナルティの条件が不合理・不公正である」「検索結果が恣意的又は不透明である」といった指摘があり、これらの回答はそれぞれ七〇%を超えるものであった。⁽¹³⁾

公正な競争が阻害されるような不公正な取引が行われた場合には、優越的地位の濫用や競争者に対する取引妨害などを理由に、独占禁止法を適積極的に適用して適切な是正が図られることが期待される。しかしながら、顕在化した弊害の中には、D P Fの設計・運用の不透明さが利用者の不振や不満を招き、それが不公正な取引を生じさせているものも相当数含まれている。このような場合には、D P F提供者と利用事業者との間の取引関係の透明性を高め、相互理解の促進を図ることも必要となる。

前記公取委の実態調査などを踏まえ、政府は、D P Fをめぐる弊害の要因や実態を分析・検討した結果、二〇二〇年一月のデジタル市場競争会議においてD P F取引透明性に関する法律案の概要をまとめ、これを決議した。そして、二〇二〇年二月一八日、公正な競争が阻害されるような事態の未然防止と健全な取引環境の整備という観点から「特定デジタルプラットフォームの透明性及び公正性の向上に関する法律」(案) が取りまとめられ、閣議決定を経て、

国会に提出された。提出された法律案は、衆議院および参議院での審議の結果、同年五月二七日可決成立し、六月三日公布された（平成二年法律第三八号）。これが、D P F取引透明化法である。同法は、二〇二二年二月一日の施行、および同年四月一日の特定D P Fの指定を経て、本格的な運用に入っている。

D P F取引透明化法は、デジタル市場において一定上の規模をもつD P Fを対象に、透明で公正な競争環境の整備・推進を目的とした法律であるが、一般的な法規制とは異なり、いささか異なる特徴を有している¹⁴。それは、同法の基本理念（同法三条）にもあらわれているように、変化の激しいデジタル市場における未知の技術革新を阻害しないようにするとの見地から、一方で、規律の対象となるD P FをD P Fが創り出す市場の多面性とネットワーク効果という機能の観点から定義するとともに、他方で、D P F提供者の自主性を尊重し、共同規制のアプローチを導入するなど、新たな規制のあり方を試みるものである。

共同規制という手法は、政府が示す指針を参考にしながら、指定された特定D P Fの提供者（D P F取引透明化法で特定D P F提供者という）が自らの創意と工夫のもとで、自主的かつ積極的に取引の透明性および公正性の向上に向けた手続や体制の整備などに取り組み、これを通じて利用事業者や消費者の利益を図るものとされている。また、同法は、このような共同規制の規律を実効性あるものとするために、特定D P Fの提供者に運営状況のレポートを求め、それを経済産業大臣が評価するというモニタリング・レビューの仕組みを導入している。

D P F提供者は、利用者が取引を行うための場を提供するにすぎないから、出品者などの提供者が消費者などの購入者に与えた損害については、責任を負わないのが原則である。しかしながら、D P F提供者の中には、単なる場を提供する以上に、利用者間のP F取引に深く関与し、D P Fビジネスを構築している場合がある。このような場合に

デジタルプラットフォーム（D P F）取引透明化法に導入された「共同規制」の意義とD P F提供者の役割（長谷川）

は、利用者に対して一定の注意義務が生じ、民事上の責任が生じることもある。¹⁵⁾

デジタル時代において、DPFの透明性と公正性が確保されることは、DPFに対する社会の信頼を高め、商品・サービスを提供する事業者にとってのみならず、DPFを提供する事業者にとっても、サービスの持続的発展のために重要である。DPF取引透明化法が新たに導入する共同規制とモニタリング・レビューの制度は、政府の提示する目的の達成に向けたいわば車の両輪であって、共同規制の実効性はモニタリング・レビューと相まって効果的な機能を発揮するものと期待される。

三 DPF取引透明化法の基本理念と特徴

1 DPF取引透明化法の基本理念

DPF取引透明化法は、主に利用事業者の保護を目的としたものであるが、政府が示す指針を参考にしながら、自らの創意と工夫のもとで、自主的かつ積極的に取引の透明性および公正性の向上に向けた手続や組織体制の整備などに取り組み、これを通じて利用事業者の利益を図るとするものである。また、同法は、変化の激しいデジタル市場における未知の技術革新を阻害することがないように、包括的で介入的な規制ではなく、指定された特定DPF提供者のみを対象としている。同法の第三条には基本理念が定められているが、それはこのような共同規制の考え方を明らかにしたものである。

DPF取引透明化法三条には、DPF提供者による自主的かつ積極的な取組みを尊重すること、国の関与その他の規制を必要最小限のものとすること、そして、これによってDPF提供者の創意と工夫が十分に発揮され、DPF提

供者と利用者との間の取引関係における相互理解が促進されることが、基本理念として定められている。

こうした基本理念のもとに、D P F 取引透明化法は、①提供条件などの開示義務（五条）、②相互理解の促進を図るために必要な措置の実施（七条）、および、③モニタリング・レビュー（九条）を定めている。①の開示義務は、D P F を利用する際の重要な取引条件、出品拒絶・解約や規約変更などの理由を明らかにすることを求めるものであり、これにより取引の透明性を高めることが期待される。②の相互理解の促進のための必要な措置、および③のモニタリング・レビューは、いわゆる「共同規制」の考え方を取り入れたものである。

2 D P F 取引透明化法の特徴

D P F 取引透明化法は、その規定内をみると、次のような特徴をもっている。すなわち、規制の対象となるD P F を一定の業種ではなく、D P F が創り出す市場の多面性と間接ネットワーク効果という機能の観点から定義していること（同法二条一項）。そのうち、政令でオンライン・モールとアプリストアの運営者が規制の対象となる特定D P F 提供者と指定されている）、従来の伝統的な介入的規制とは異なり、政府が指針を通じて柔軟なガイドラインを示しつつ、各々の特定D P F 提供者がこれを参考としながら取引の透明性および公正性の向上のための取組みを自主的かつ積極的に行うことによつて、その目的が達成されるという共同規制のアプローチ（いわゆるゴールベースの共同規制）が採用されていること（同法五条～八条）、特定D P F 提供者に毎年運営状況の報告を求め、それを産業経済大臣が評価するモニタリング・レビューの仕組みを導入していること（特定D P F 九条）に特徴がある。

特定D P F 提供者が講ずべき必要な措置の具体的内容は、D P F 提供者のビジネスモデルの多様性に鑑み、一義的

には指定された特定DPF提供者自身の判断に委ねられているが、取引の公正性を確保することで商品・サービス提供者の適切な保護を図りたい政府は、政府として望ましいと考える措置のあり方を指針として示すことで、特定DPF提供者を適切に導いていくことが想定されている。このような規制手法は「共同規制」(Co-regulation)と呼ばれており、⁽¹⁶⁾変化の激しい分野でその時々適切な規則を実効性をもつて執行して行くためには有用な規制手法と考えられる。

四 共同規制という新たな規制手法

1 特定DPF提供者の指定

DPFとは何かについて、現在のところ統一的な定義があるわけではない。一般的に、商品やサービス、情報などの提供者と購入者の間に介在して両者を仲介または媒介する「場」⁽¹⁷⁾であると定義されることが多い。端的にいえば、DPFは情報通信技術やデータを活用し、利用者をつなぐ「場」を提供するサービスの総称であるとか、⁽¹⁸⁾異なる二者以上の属性をもったグループをマッチングさせる「場」と捉えられている。⁽¹⁹⁾また、DPFの概念については、デジタル性とプラットフォーム性に分けて理解することが適切であるとの見解もある。⁽²⁰⁾

インターネット上で提供されるDPFのマッチングサービスは、商品やサービスを販売する事業者などの情報の発信者にとって、その規模の大小を問わず、地域や国境を超えて他者に接する可能性を高め、収益向上の機会を創出するものである。DPFにおいて二者以上の参加者グループからなる場は「多面市場」と呼ばれており、その特徴は直接ネットワーク効果および間接ネットワーク効果が生じる点にある。⁽²¹⁾DPF取引透明化法は、DPFの特徴を挙げ

て、①情報を表示することによって異なる利用者グループをつなぐ「場」であること（多面市場）、②コンピュータを用いた情報処理によって構築され、インターネットなどを通じて提供されること（オンライン性）、③利用者の増加に伴い他の利用者にとつての効用が高まること（ネットワーク効果）という要素によって定義している（同法二条一項）。このうち、③は間接ネットワーク効果、すなわち、利用者の増加が他の利用者の増加を招き、D P F全体の規模が連鎖的に拡大しうることを意味するものであるが、D P F取引透明化法はこれを二種のネットワーク効果に区分しながら、オンラインモールやアプリストアのように出品者と購入者などの異なる利用者グループの間で相互にネットワーク効果が働く場合と、デジタル広告の配信を伴うSNSのように一方の利用者グループの内部でネットワーク効果が働くとともに、それによって他方の利用者グループの効用も高まる場合の両者を含むものとしている（同法二条一項）。

このような定義に該当するD P Fのうち、D P F取引透明化法では、とくに取引の透明性及び公正性を高める必要性の高いものを政令で当該事業の「区分」と「規模」の両面から定めることによって特定し、これに該当するD P Fの提供者を経済産業大臣が指定することになっている（同法四条一項）。同法では、指定されたD P F提供者を「特定D P F提供者」といい、かかる指定の原因となるD P Fを「特定D P F」と呼んでいる。具体的な事業区分および規模は政令において規定されるので、政令の内容を注視する必要がある。

D P F提供者の特定に関する政令を定めるにあたっては、D P F取引透明化法の理念に則り、特定D P Fの提供者の指定が必要な最小限度の範囲に限って行われるよう定めるべきものとされている（同法四条三項）。当面の対象としては、前記公取委の実態調査の結果や市場構造などを踏まえ、大規模なオンラインモールとアプリストアを政令で定めるものとされている。²²二〇二二年二月一日に、「特定デジタルプラットフォームの透明性及び公正性の向上に関する

〈表1〉 指定された特定DPF提供者と特定DPF

事業の区分	事業の制限	指定を受けた特定DPF提供者	特定DPF
BtoCの物販総合の オンラインモール	国内流通総額が年間 3,000億円以上	アマゾンジャパン合同会社	Amazon.co.jp
		楽天グループ株式会社	楽天市場
		ヤフー株式会社	Yahooショッピング
アプリストア	国内流通総額が年間 2,000億円以上	Apple Inc. および iTunes 株式会社	App Store
		Google LLC.	Google Play ストア

(出所) 筆者作成

る法律第四条第一項の事業の区分及び規模を定める政令」(令和三年政令第一七号)が施行され、⁽²³⁾現在のところ、特定DPF提供者として下記の表に記載の五社が指定されている。⁽²⁴⁾

なお、DPF提供者が特定DPFの提供者として指定を受けても、規制の対象となるのは当該指定に係るDPFであり、異なる事業区分のDPFについてまで規制対象となるわけではない。従って、特定DPF以外のDPFは、潜在的な規制対象にとどまり、具体的な規制対象ではない点に注意が必要である。ただし、経済産業大臣の指定を受けていないDPF提供者であっても、その提供するDPFが政令で定める規模以上のDPFに該当するときは、省令で定める事項を産業経済大臣に届け出なければならない(DPF取引統透明化法四条二項)。届出懈怠や虚偽届出があった場合には、五〇万円以下の罰金に処せられる(同法二四条)。

前述したように、DPFのビジネスモデルは多様であり、かつ、変化が激しい。DPF取引透明化法が施行された後も、対象分野の追加や施策の見直しなどを行うため、主務官庁がDPFについて調査することが予定されている。経済産業大臣は特定DPFの指定を行うため必要な限度において、その職員に立入検査などの調査をさせることができる(同法一二条一項)。この点、違法行為の疑いの有無にかかわらず立入検査が行われることは、独禁法違反被疑事件における立入検査(独禁法四七条。なお、同法四七条参照)と比較すると違和感がなわけではない。しかし、事柄の性質上、特定DPFの指定に抵抗して調査報告を拒絶する事業者については、立入検査の必要性が肯定されることもありえよう。

2 共同規制の意義

(1) DPFが創り出す市場

DPFにおいては、二つないしそれ以上の異なった商品・サービスを二つないしそれ以上の異なった利用者グループに供給しており、一方の利用者グループの需要が他の利用者グループの需要に依存する関係にある。DPFを提供し運用する事業者はそのことを認識しつつ、外部性を内部化するように行動しており、その手段となりうるのがDPFである。間接ネットワーク効果が働くと、事業規模が連鎖的に拡大することになる。DPFの例としては、オンラインモールやアプリストアのほか、シェアリングエコノミー、サービス（レストラン、ホテル、美容院など）の予約ポータルサイト、デジタルコンテンツ（映像、音楽、電子書籍など）の配信ストア、検索サービス、SNSなどが挙げられる。

例えば、オンラインモールは、モール運営者が構築・運営するウェブサイト上で、日用品や食料品などの出品者（主に事業者）とその購入者（主に消費者）とを結びつけ、販売や購入を可能とする。オンラインモールのような取引媒介型のDPFにおいては、商品の売買契約は出品者と購入者との間で成立する。これに対し、デジタルコンテンツの配信ストアなどでは、配信に係る契約は運営事業者と視聴者との間で成立するとされる場合が多いといわれる。⁽²⁵⁾

DPFの種類に応じて、利用者間の結びつきも様々である。一口にDPFといっても、その具体的なビジネスは様ではない。また、ネットワーク効果の働き方は、DPFによって異なる。⁽²⁶⁾従って、規制の議論においても、DPFごとに規制の内容が異なりうることに注意が必要である。⁽²⁷⁾

前述のDPFの例に即していえば、オンラインモールのような取引媒介型のDPFにおいては、出品者グループと

購入者グループとの間で間接ネットワーク効果が双方向に生じることになる。出品者が増加するほど、様々な商品が手に入るようになるため、購入者もそれだけ増加し、それを目当てに購入者がさらに増加するといった連鎖が生じやすい。

これに対し、SNSにおいては、参加者が増加するほど、交渉できる範囲が広がり、それを目当てにさらに参加者が増加する関係にある。これに加えて、参加者に対してデジタル広告を配信することにより、参加者の増加の連鎖が広告主にも影響を及ぼし、エコシステム全体が連鎖的に拡大し続けることになる。ここでは、参加者グループ内で直接ネットワーク効果が生じるとともに、参加者グループから広告主グループに対する間接ネットワーク効果が一方的に生じているとみることができる。

いずれにしても、DFPにおいてネットワーク効果を働かせるためには、その起点となる利用者を増加させることが重要となる。市場支配力をもつ事業者は、取引相手が他の統合サービスへ逃れられないことを利用して、公正かつ自由な競争を制限するような不公正な取引行為を相手方に強いることができる。DPFというビジネスモデルにおいても、市場支配力をもつ事業者による看過できない不公正な取引慣行が観察される取引分野が生じ始めている。DPF取引透明化法は、DPFに現れるネットワーク効果の違いを意識しながら、DPFを提供する事業者に対して一定の規制を加えるものであるが、従来の伝統的な規制方法とは異なる規制手法を導入しており、注目に値する。

(2) 共同規制の意義と基本コンセプト

共同規制とは、DPF提供者は政府が示す指針を参考にしながら、自らの創意と工夫のもとで、自主的かつ積極的

に取引の透明性および公正性の向上に向けた手続や体制の整備などに取り組み、その取組状況を毎年、経済産業大臣に報告する。経済産業大臣は、専門家を含めた利害関係者の意見を聞きながら、取組状況を評価し、その結果を公表する。そして、D P F提供者は、評価の結果を踏まえ、さらに透明性および向上性に努めるといふものである。これにより、政府と利用事業者の両者が共同して透明性と公正性の向上に努めるためのサイクルを作り出し、それにより公正な競争がもたらされることを、共同規制の考え方は意図している。

D P F取引透明化法は、事前規制として競争政策の一端を担うものであり、事後規制としての独占禁止法と車の両輪となつて公正な競争環境を実現するためのものであるが、独占禁止法とは異なり、一定の弊害発生を規制の発動要件とした規制ではない。独占禁止法は、厳格な司法審査を前提とした詳細な事実認定とその証拠の収集を必要不可欠としており、これができなければ発動できない。この点で、デジタル分野での独占禁止法の積極的な適用は簡単ではない。これに対し、D P F取引透明化法は、政府が指針を示し、その目標達成のための柔軟なガイドライン（いわゆる標準ガイド）を公表するとともに、企業がこれを参考としながら情報開示などの自主的な取組みと説明責任を果たすことを促す仕組みである。その中核部分は、共同規制とモニタリング・レビューの制度にある。同法は、技術革新の変化が早く迅速な対応が求められるデジタル社会において、D P Fを介した取引環境の改善を加速させるための法的枠組みを提供するものであり、とりわけ共同規制はデジタル化社会における新たなスタンダードとなりうるものと評価されている。⁽²⁸⁾ その意味では、同法がD P Fを提供し運営する巨大IT企業に対して一方的に規制を加えるだけの法規性を定めた法律という程度の理解では、この共同規制という仕組みの真の価値を十分に理解することはできないといえよう。⁽²⁹⁾

〈表2〉 取引条件などの開示 (概要)

取引条件などの一般的開示事項		
開示の方法 (省令5条)	利用事業者に対する開示事項 (法5条2項1号イ～ト) (省令6条)	
	消費者に対する開示事項 (法5条2項2号イ～ハ)	
出品者らの利益を損なう恐れがある行為を行う際の開示すべき事項		
開示の方法 (省令7条)	開示すべき事項 (法5条3項) (省令9条)	
	開示義務の例外 (省令8条)	開示義務の例外 (省令11条)
	事前開示が必要な場合の 開示事項 (法5条4項1号・2号)	開示期限 (省令10条)

(注) DPF 取引透明化法では、利用事業者を「商品等提供利用者」、消費者を「一般利用者」と呼んでいる。

(出所) 筆者作成

3 共同規制の三つの柱

DPF 取引透明化法は、共同規制の標準モデルとして、①取引条件などの情報の開示、②自主的な手続・体制の整備、③運営状況のレポートとモニタリング・レビューなどを定めている。

(1) 取引条件などの開示

①の取引条件などの開示とは、DPFの利用者が自主的・合理的な選択を行うために、重要な取引条件などを明確化し、十分な開示を図ることで、取引の透明性を高めるものである。具体的には、取引条件などの開示方法を省令に委任するとともに(同法五条二項)、取引条件として開示すべき事項(同法五条二項)、利用者の利益を損なう恐れがある行為の際に開示すべき事項(同法五条三項・四項)を定めている³⁰⁾。

取引条件などの開示方法は、省令が共通事項として、以下のとおり定めている(省令五条、七条)。

- ① 利用者にとって明確かつ平易な表現を用いること(省令五条二項一号)
- ② 利用開始前および利用中にいつでも容易に参照可能であること(省令五条一項二号)

〈表3〉 一般的な開示事項

対象者	一般的な開示事項（法5条2項）
利用事業者（商品等提供利用者）	<p>法律</p> <p>イ. DPF の提供を拒絶する場合の判断基準 ロ. 指定商品・権利・役務の購入、有償での提供が要請される場合の内容と理由 ハ. 掲載順位を表示する場合の順位決定のために用いられる主要な事項 ニ. 特定 DPF 提供者が商品等のデータを取得・使用する場合の内容と取得・使用の条件 ホ. 利用事業者が商品等提供データを取得しまたは特定 DPF 提供者をして第三者に提供させることの可否、その内容、および取得・提供の方法と条件 ヘ. 利用事業者が苦情申出・協議申入れをするための方法 ト. その他経済産業省令で定める事項 (省令6条1号～5号) ①最恵国待遇を求める場合の内容と理由（省令6条1号） ②自己または関連会社と出店者らで異なる取扱いを行う場合の内容と理由（省令6条2号・3号） ③消費者からの返品などについて、出店者らの負担で受け入れを求める場合の内容と条件（省令6条4号） ④利用事業者に対して売上金の支払を保留する場合の内容と条件（省令6条5号）</p> <p>省令</p>
消費者（一般利用者）	<p>イ. 掲載順位を決定するために用いられる主要な事項 ロ. 特定 DPF 提供者が商品等購入データを取得・使用する場合の内容と取得・使用条件 ハ. その他経済産業省令で定める事項</p>

(出所) 筆者作成

- ③ 外国語で作成されている場合、日本語の翻訳文を付すこと。ただし、やむをえず開示の時点で開示の時点で翻訳文を付せない場合には、期限を明示したうえで、当該期限までに翻訳文を付すこと（省令五条柱書、二条）
- ④ 相手方にとって明確かつ平易な表現を用いること（省令七条一項）
- ⑤ 相手方から求められた場合、日本語で翻訳した内容を遅滞なく開示すること（省令七条二項）
- 開示すべき事項については、DPF取引透明化法は、DPF提供者に対し、利用事業者と消費者に分けながら、取引の全部拒絶を行う場合の判断基準や検索順位の決定に用いられる主要な事項（金銭の支払が順位に影響を及ぼす可能性がある場合はその旨を含む）、売上額の推移などのデータの取得・使用とその内容および条件などを開示事項とし、その開示を義務づけている（同法五条二項）。省

令は、これに加えて、利用事業者を対象に追加事項を定め、これを開示すべき義務としてD P F提供者に課している(省令六条)。

D P F提供者が取引条件によらない取引の実施を要請するなどして、出店者ら利用事業者の利益を損なう恐れがある行為を行う場合には、その内容および理由を開示しなければならない(D P F取引透明化法五条三項、省令九条)。ただし、これには開示を不要とする場合の例外が省令で定められている(省令八条)。

また、取引条件の変更や取引の全部拒絶(出店停止、アカウント削除など)を行う場合には、事前に開示すべき事項と通知期間がD P F取引透明化法および省令で詳細に定められている(同法五条四項、省令一〇条)。この場合にも例外として、事前開示および／または理由の開示が不要とされる場合があり(省令一条)、注意が必要である。

取引条件などの開示に関する規制のうち、とくに注目しておきたいのは、利用事業者および消費者の双方に掲げられている「商品等掲載順位決定の主要な基準」である。この主要な基準にアルゴリズムが含まれるかどうかである。

商品掲載の順位は、評価の高い商品を短時間で効率的に検索して発見したいと考える消費者にとって重要である。また、商品が上位に掲載されていないければ消費者から選択されないから、商品掲載の順位は利用事業者にとっても重要である。今日、D P F提供者は一般的にアルゴリズムを用いて売上情報その他のビッグデータを分析し、それを活用することにより利用者の獲得や利益の増大につなげている³¹。しかし、アルゴリズムそれ自体の全面的な開示を要求するとなれば、競争力の源泉を奪われ、D P Fによる自由な競争を阻害する恐れがある。D P F取引透明化法が掲げる基本理念(同法三条)に鑑みれば、それは行き過ぎた規制ということになる。立法に至る資料の中では、特定D P F提供者にアルゴリズムの開示を求めるものではないと説明されており、商品掲載順位決定の主要な決定基準に³²

〈表4〉 特定の行為を行う場合の開示事項と事前開の・開示期限・例外

	開示事項	開示義務の例外
法律	①利用事業者に対して当該特定 DPF の提供条件によらない取引の実施を要請する場合の内容および理由（法5条3項1号）	①反復して取引条件の違反を行い DPF 事業の運営に支障を生ずる恐れがある場合（省令8条1号）
省令	②継続して当該特定 DPF を利用する利用事業者に対して当該特定 DPF の提供の一部を拒絶する場合の内容および理由（法5条3項2号） ③その他経済省令で定める行為を行う場合（省令9条） 特定 DPF 提供者が売上金の支払を留保する場合の内容（金額・期間を含む）および理由	②暴力団員などである恐れがある場合（省令8条2号） ③法令などにより取引の一部拒絶などを行う場合であって、理由の開示により消費者などの正当な利益を害する恐れがある場合（省令8条3号）
	事前の開示が必要な場合の開示事項と期間	開示義務の例外
法律	ア. 取引条件の変更を行う場合（法5条4項1号）： 利用事業者に対する当該特定 DPF の提供条件を変更する場合の内容および理由 （上記の事前開示に必要な期間）	以下の場合、例外的に事前開示は不要である。
省令	①取引条件の変更に伴い利用事業者に作業や調整が生じる場合には、それに必要な合理的期間（省令10条1項1号）	①変更内容が極めて軽微な場合（省令11条1項1号） ②法令等により速やかに取引条件の変更を行う必要があると認められる場合（省令11条1項2号）
	②上記①以外の場合は15日間（省令10条1項2号） ③上記②の場合であって利用事業者が変更内容に合意した場合には15日間経過したものとみなす（省令10条2項）。	③サイバーセキュリティの確保、詐欺その他侵害行為、公序良俗に明らかに反する行為などへの対応のため、速やかに取引条件の変更を行う必要があると認められる場合（省令11条1項3号）
法律	イ. 取引の全部拒絶を行う場合（法5条4項2号）： 継続して当該特定 DPF を利用する利用事業者に対して当該特定 DPF の提供の全部を拒絶する場合（出店停止、アカウント削除など）の内容および理由 （上記の事前開示に必要な期間）	以下の場合、例外的に事前開示および／または理由の開示は不要である。
省令	取引の全部拒絶に関する事前開示に必要な期間は、これを30日とする（省令10条3項）。	〈事前開示および理由の開示の例外〉 ①反復して取引条件の違反を行い、DPF の事業の運営に支障を生ずる恐れがある場合（省令11条2項1号） ②暴力団員などである恐れがある場合（省令11条2項2号） 〈理由の開示の例外〉 ③法令等により取引の全部拒絶を行う場合であって、理由の開示により消費者などの正当な利益を害する恐れがある場合（省令11条2項3号） 〈事前開示の例外〉 ④法令等により取引の全部拒絶を行う場合であって、速やかに行う必要がある場合（省令11条2項4号） ⑤サイバーセキュリティの確保、詐欺その他侵害行為、公序良俗に明らかに反する行為などへの対応のため、速やかに取引の全部拒絶を行う必要がある場合（省令11条2項5号）

（出所）筆者作成

はアルゴリズムが含まれないことに注意が必要である。

以上のDPF提供者に対する取引条件などの開示規制については、これに違反しまたは遵守しない場合の措置がDPF取引透明化法に定められている。

まず、経済産業大臣は、DPF提供者が上記の取引条件などの開示をしていないと認めるときは、当該特定DPF提供者に対し、速やかに開示その他の必要な措置をとるべき旨の勧告をすることができる（DPF取引透明化法六条）。これは、自主的な体制・手続の整備についても同様である（同法八条）。経済産業大臣は、職員に立入検査などの調査をさせることができる（同法二二条二項）。

次に、取引条件などの開示に関する勧告を受けたDPF提供者が正当な理由がなく然るべき措置を取らなかった場合には、経済産業大臣は当該特定DPF提供者に対して当該措置を取るように命じることができる（DPF取引透明化法六条四項）。

また、DPFの利用者は、DPF提供者が上記の取引条件などの開示や自主的な体制・手続の整備を講じていないと認める場合には、経済産業大臣に対してその旨を申し出て、適切な措置を取るべきことを求めることができる（DPF取引透明化法一〇条一項）。

なお、経済産業大臣は、透明性および公正性を阻害する特定DPF提供者の行為が独禁法一九条の定める不公正な取引方法の禁止に違反する場合には、独禁法に基づいて適切な措置を取るよう公正取引員会に要求することができる（DPF取引透明化法一三条）。

(2) 自主的で合理的な手続・体制の整備―指針の示す標準モデル

②の自主的で合理的な手続・体制の整備とは、D P F提供者に対し、経済産業大臣が定める指針を踏まえて、利用者との間の取引関係における相互理解の促進を図るための必要な措置を講じなければならないとするものである（D P F取引透明化法七条一項）。指針に盛り込まれる項目は、利用者にとって適切な対応をするための体制の整備、利用者との間の取引の公正さを確保するための体制や手続の整備、および紛争に関する処理体制などである（同法七条二項）。経済産業大臣は、自主的な体制・手続の整備などに関する指針を制定する際、公正取引委員会と協議しなければならない（同法七条四項）。

D P F取引透明化法は、D P F提供者に対し、利用者との間の取引関係における相互理解の促進を図るための必要な措置の実施という義務を課しているが、抽象的なものである。具体的にどのような措置を実施するかは、各D P F提供者の判断に委ねている。その適切かつ有効な実施のために「期待される取組みの方向性」などを示したものが、指針である（同法七条二項）。同法は、指針で次に述べる五つの事項を定めるものとしている（同法七条三項）。

まず、指針は、D P F取引透明化法七条三項に基づき、利用者との間の取引関係における相互理解の促進を図るために必要な措置に関し、「基本的事項」（法七条三項一号）を挙げて、指針の位置づけおよびモニタリング・レビューとの関係を示す（指針一）。これに続いて、指針は、望ましい取組みの方向性を、「基本的な考え方」（指針二）として示している。「基本的な考え方」は、公正性確保のための体制・手続の整備などについて、D P F提供者が講じなければならない背景や実施することが期待される取組みの方向性を示すものである。そして、指針は、それを実現するための適切かつ有効な取組みを「具体的な取組例」（指針三）において例示している。³³⁾

〈指針二〉 基本的な考え方に示された望ましい取組の方向性と具体的な取組例（概要）

〈一〉 利用事業者に対する特定DPFの提供が公正に行われることを確保するための体制・手続の整備に関する事項（同法七

条三項二号）

① 提供条件の変更などを行う際の利用事業者に配慮した対応

② 一貫性・公平性のある判断がなされる適切な仕組みの構築

③ 特定DPFの公正性の自主的な向上につながる適切な仕組みの構築

〔具体的な取組例〕

・ 行動指針の策定、ガバナンス体制の整備

・ 規約変更などの行為の実施前の影響評価、当該評価を踏まえた対応

・ 審査の判断基準の整備

・ 異議申立ての仕組みの整備

・ 意見・苦情などの記録の保管

・ 事後検証を踏まえた運営改善

・ 外部評価・監査の利用

〈二〉 利用事業者からの苦情処理・紛争解決のために必要な体制・手続の整備に関する事項（同法七条三項三号）

① 苦情・紛争の原因となった事象を適切かつ迅速に処理・解決するための仕組みの構築

② 特定DPFの提供に関する運営の改善

〔具体的な取組例〕

- ・ 利用事業者が直接・容易に無償で苦情を申し出ることができる体制・手続の整備
- ・ 苦情対応者への情報共有
- ・ 基本方針や目安となる所用期間、処理プロセスの設定・開示、誠実な説明
- ・ 苦情処理後のフォローアップの実施
- ・ 外部の苦情紛争処理システムの活用
- ・ 事業利用者団体との協力

〈三〉 関係者と緊密に連絡を行うために国内で必要な業務の管理を行う者の選任に関する事項（同法七条三項四号）

〔具体的な取組例〕

- ・ 国内管理人の選任
- ・ 国内管理人を補助する部署の担当者の選任
- ・ 国内管理人・補助者に係る情報の関係者への開示

〈四〉 利用事業者の意見などその他の事情を十分考慮するために必要な措置に関する事項（同法七条三項五号）

- ① 利用事業者の意見・事情を理解するための仕組みの構築
- ② 利用事業者の意見・事情を踏まえた適切な対応と特定DPFの提供に関する運営改善のための有効かつ適切な仕組みの構築

〔具体的な取組例〕

- ・ 利用事業者との意見交換の機会の設置

- ・ 事業利用者の合理的意見に基づく運営改善
- ・ 第三者の意見聴取による運営改善
- ・ 自社ルールを適用するにあたっての必要に応じた適切な対応の実施

D P F 提供者と利用事業者との間の取引関係における相互理解の促進を図るために必要な措置については、何をもって望ましい取組みとするか、どこまで行っていれば適切かつ有効に取組みを実施しているといえるかなど、裁量の余地が大きい枠組みである。行政による踏み込みが足りなければ、表面的な規制にとどまる可能性がある。一方、過度に介入的な評価がなされると、D P F 提供者のビジネスが過度の制約を受ける恐れもある。D P F 取引透明化法の理念や趣旨（同法三条）に鑑みるならば、D P F 提供者は、利害関係者からの情報や意見などをよく聞いて適切かつ有効な取組みを実施する必要がある。利用事業者としても、D P F 提供者に問題があると考える行為があった場合には、それがモニタリング・レビューの中で取り上げられるよう、経済産業省に対して積極的に情報提供をして行くことも必要であろう。

(3) モニタリング・レビュー

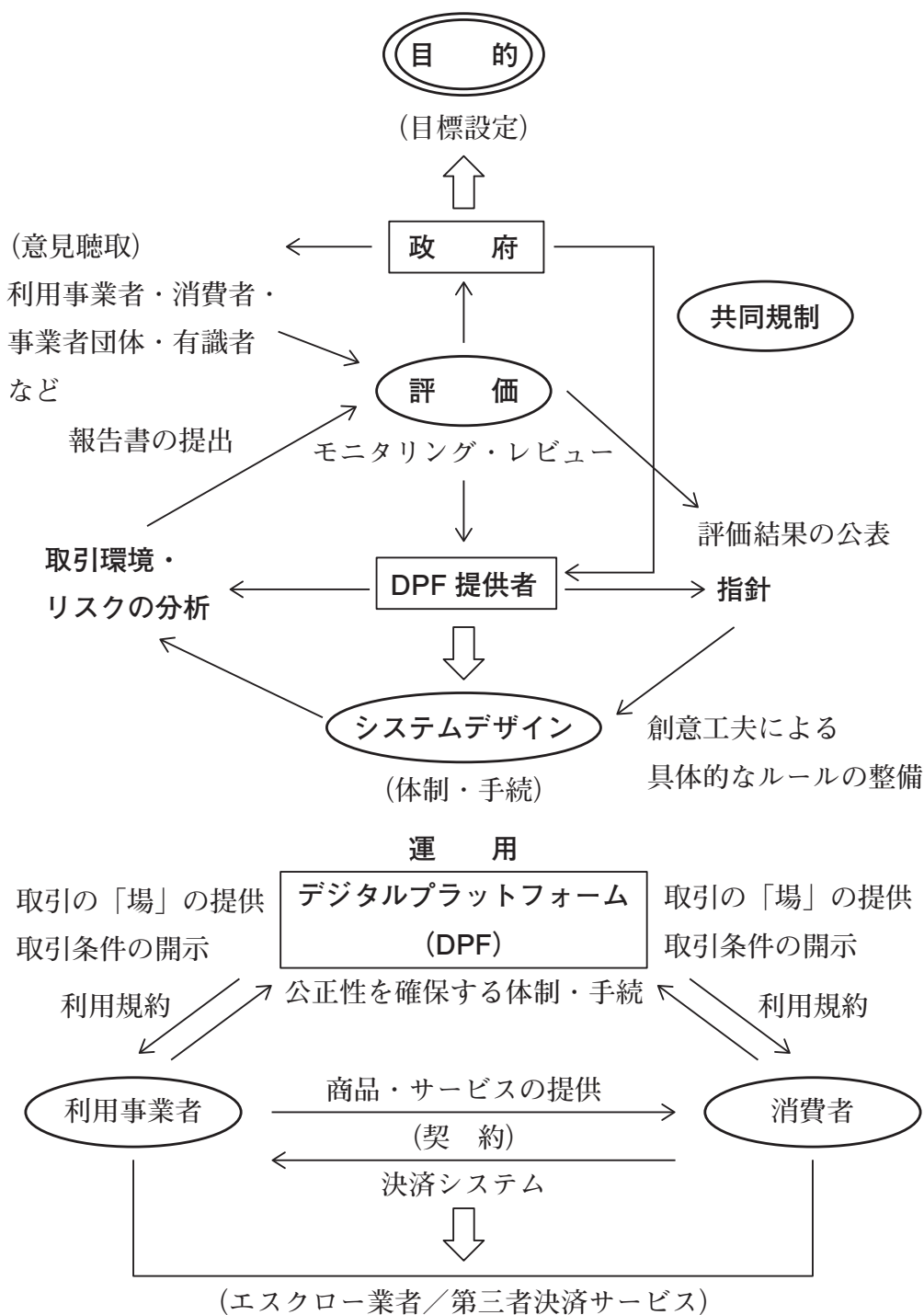
③のレポートとモニタリング・レビューは、前記①②の状況について特定D P F 提供者が自己評価を付した報告書を経済産業大臣に毎年提出することによって行われる（D P F 取引透明化法九条一項）。年次報告書に記載される事項は、以下のとおりである。報告書に記載すべき必要的記載事項が定められている（省令二三条）。

〈記載事項〉

- ① 特定D P Fの事業概要（同法九条一項）…
事業概要、D P Fにおける流通総額・利用者数
- ② 特定D P Fについての苦情処理（同法九条二項）…
利用事業者からの騎乗・紛争の件数、当該苦情・紛争の主な類型・処理機関の平均機関・結果の概要
- ③ 法五条の情報開示の状況（同法九条三項）…
開示した取引条件の内容、省令に定める方法に沿って開示されたこと
- ④ 法七条の自主的な体制・手続の整備に関する措置の状況（同法九条四項）…
指針に定める「基本的な考え方」に示された方向性を実現するためにそれぞれ講じた措置の具体的な内容、講じた措置が指針に定める「基本的な考え方」に示された方向性を実現するうえで適切かつ有効なものと考えられる理由
- ⑤ 上記②から④の自己評価（同法九条五項）…
指針を踏まえた自己評価、D P Fの事業の運営実態を踏まえ、透明性および公正性の観点からとくに留意して講じた措置に関する事項がある場合には、当該事項およびその評価

D P F提供者が提出する年次報告書には、D P F提供者が指針の「基本的な考え方」（指針1.2）に示された方向性を実現するために実際に講じた具体的な措置と当該措置が有効と考える理由を記載しなければならない（省令一三条四項）。自己評価には、指針を踏まえた評価を記載し、D P F提供者により行動指針が定められている場合には、当該

【図解】 共同規制の概要—基本コンセプトと3つの柱



(出所) 筆者作成

行動指針も踏まえて評価を記載しなければならぬとされている（省令二二条一項）。

経済産業大臣は、提出された報告書に基づいて、規制対象となる特定DPFの運営状況を透明性および公正性の観点から評価する（DPF取引透明化法九条二項）。その際、経済産業大臣は、利用事業者や消費者、その組織する団体、学識経験者らの意見を聴取することができる（同法九条三項）。

評価にあたっては、「基本的な考え方」に示された方向性を適切かつ有効に実施しているかどうかの評価の対象となる。指針に記載された「具体的な取組例」は、「基本的な考え方」で示された方向性を達成する手段のあくまで一例であることから、「具体的な取組例」にかかわらず、DPFの提供者が自ら主体的かつ継続的に創意と工夫を凝らして、その事業運営の実態に応じて、「基本的な考え方」で示された方向性を実現するための適切かつ有効な取組みを自主的かつ積極的に実施していたかどうか、重要な評価要素となると解されている。³⁴

五 DPFに対する法的規制の施策とDPF提供者の役割

1 DPF規制に期待される取組み

DPFに対する規制をめぐりこれまで活発に検討が行われてきたのは、競争法の分野である。DPFによる市場の独占化ないし寡占状態の出現を踏まえ、DPF提供者の利用事業者に対する優越的地位やその地位の濫用、間接ネットワーク効果の伴う多面市場における競争のあり方、データ集積・利用とプライバシー保護などが問題となり、議論されてきた。³⁵このような状況の中で、DPF取引透明化法は、現代社会において国民生活の基盤となっているDPFにつき、一部のオンラインモールやアプリストアを対象に、DPF提供者と利用事業者および消費者との間の取引環

境の透明性および公正性の向上を促進することを目的として制定された。

D P F に対する規制の基本的なポイントは、D P F が関係する市場が間接ネットワーク効果を伴った多面市場であるという点にある。多面市場では、一方の取引相手にとつての P F の価値がもう一方の取引相手の規模に依存するという効果をもたらすから、このような効果を考慮に入れた D P F の構築が求められる。これまでの議論の多くは、D P F が生じさせる間接ネットワーク効果とそれによる市場の寡占化、および、D P F を通じて取得する膨大な個人情報などのいわゆるビッグデータの D P F 提供者による独占的利用の問題に偏っており、D P F 市場の契約関係の分析を踏まえた議論とはなっていない⁽³⁶⁾。

D P F 取引透明化法の検討過程では、一定の取引上の不当行為を禁止する規定の導入も検討されたが、法律で詳細な禁止行為を定めることはデジタル市場における事業者のイノベーションの阻害につながる懸念があることから見送られた。D P F 提供者の不正な競争行為を規制する方法としては独占禁止法の適用によることが考えられるが、独占禁止法による取引の適正化は、通常、不正な行為が行われた後の事後規制となること、適用要件である公正競争阻害性があることなど、不正な取引方法として認定するための壁がある。これに代わり、共同規制という新たな規制手法によって取引の透明性・公正性の向上の促進を図ることが模索され、それがモニタリング・レビューの制度とともに立法化された⁽³⁷⁾。それが、D P F 取引透明化法である。

規制対象となる D P F は、従来の縦割りの業法が想定していた「業」には当てはまらない形、例えば、ライドシェアや民泊などで登場することがある⁽³⁸⁾。既存の業法が D P F の規律に関して不合理な障壁となっている場合には、既存の業法についてもその内容が検討されなければならない⁽³⁹⁾。

また、取引の場面において、DPFはネットワーク効果の起点となりうることから、DPF提供者は、出店者や出品者などの利用事業者だけでなく、消費者との関係においても、違法な商品や危険な製品の排除、購入トラブルに対する適切な対応や補償、収集した個人情報（いわゆるビッグ・データ）の取扱いなど、消費者保護のための措置も検討することが必要となる。DPF取引透明化法は消費者に対しても取引情報の開示などを定めており、無関係ではないが、その中心は一部のオンラインモールやアプリストアの出店者や出品者などの利用事業者である。DPF提供者と消費者との関係については、本稿の冒頭にも述べたように、近時、DPF消費者利益保護法が成立したところである⁴⁰。DPF取引透明化法の中核をなすのは、共同規制のアプローチである。この新たな規制手法により、DPF提供者からの年次報告書の提出と、これに対する経済産業大臣による評価・公表というモニタリング・レビューのプロセスを通じた自主的かつ積極的な取組みの推進が図られる仕組みとなっている。DPF取引透明化法と政省令に基づいて定められる指針は、DPF提供者が実施することが期待される取組みの方向性を示した「基本的な考え方」と該当事例を示した「具体的な取組例」からなっている。DPF提供者はそれぞれの創意と工夫のもとに相互理解の促進を図るための体制や手続の整備などを行えばよく、指針に記載された具体的な取組例を一律に実施する義務を負うものではない。しかし、各DPF提供者が具体的にどのような目標を設定し、いかなる方法でこれを達成すべきであるかについては、官民共同のルールの形成を進めて行くことが必要である。

高度なデジタル技術を基盤とする社会では、あらかじめ一定のルールを定め、その規律の遵守を求めるといった伝統的な法規制の手法ではなく、一定の目的を利害関係を有する者で共有し、その目的に向かって柔軟かつ臨機応変に行動するような規制手法が求められる。共同規制の考え方ないしそのアプローチは、それに適した相応の規制手法と

いえる。社会の基盤となる高度なデジタル技術を設計し実装しているのは、主にDPFを提供する事業者である。DPF提供者は、インターネット上にDPFを開設し、これを管理運営している。そのようなDPFに対する規律については、DPF提供者に積極的な参加を促し、情報の開示や説明責任を課すことが必要不可欠である。

法が追及する目的自体も人々の価値観の変化や社会状況によって変化して行くことから、共同規制の運用にあたっては、目的達成に向けて最適な解決策を見直し続ける仕組みであることが必要である。それが、共同規制とともに導入されたモニタリング・レビューの制度といえる。共同規制のあり方としては、まず、政府や規制当局が社会のリスクを分析し、法が達成すべき目的を設定して、それを実現するための法システムを構築する。そして、それを運用して行く中で、政府や規制当局は規制の有効性を監視して行くことが求められる。その役割を担うのが、モニタリング・レビューの制度である。報告書に基づく評価は、DPF取引透明化法に基づく義務の履行状況に対する評価のほか、DPF提供者による行為が利用事業者に与える影響、利用事業者を取り巻く課題や当該課題の解決に向けた取り組み状況などが対象である。適切な分析・評価が行われるならば、これを通じて、利用事業者や消費者からの声を拾い上げ、これに対するDPF提供者の考えを明らかにすることによって、透明性のある競争を促進することが可能となるはずである。

2 DPF提供者の役割

DPF提供者がどのような方法でこれを達成するかについては、必ずしも容易でないが、政府や規制当局が設定する目的を実現するための法システムをハードおよびソフトの両面でデザインするのがDPF提供者の役割である。法

では、指針によりDPF提供者が実施することが期待される取組みの方向性と取組み例を示した。これは標準ガイドラインといったソフトローによって、官民共同でのルール作りが求められることを示すものである。

DPF提供者に求められるのは、取引条件などの開示や契約条項の遵守など、DPF取引の透明化・公正性の向上を図ること、および、これらに的確に対応するために、利用規約などを見直し、自らの組織強化を図ることである。インターネット上のDPFは、その利便性や複数の事業や市場を連携させる間接ネットワーク効果などを有し、これを人々に広く利用させることで、商取引や情報の流通などの基盤としての機能を担っている。特定PF取引透明化法が定めるような定期的な報告とその評価によっては、所轄行政庁との協議も必要となるであろう。最終的には、DPF提供者が利用者のニーズや利便性に対して創意工夫を行い、透明性のある公正なDPFの運用が求められる⁽⁴¹⁾。DPFの特質に鑑みれば、DPF提供者には、利用者間および異なるDPF相互間の公平な競争関係をもたらすような環境基盤を整備し、これを提供する責務がある。DPFから生じる社会的な害悪があれば、DPF提供者はこれを排除し、あるいは、抑制する義務を負っていることができる。DPF提供者に一定の役割・義務・責任を担わせることは、利用者の保護や消費者の安全確保などを図るうえで効果的であるとともに、取引の安全や公正性を確保することにより取引相手や消費者からの信頼を集め、引いては自らのDPFの健全な発展を促すことにも繋がる。重要なことは、DPFが生み出している社会的・経済的な進歩の果実を利用者がえられるように配慮しながら、私法上の規律の方法や内容を、契約類型ごとに、かつ、対象となる目的物に即しながら、具体的に検討すること必要であるといえよう。

具体的方策については、取引環境やリスクの分析に基づき、特定DPF提供者は、DPFに関与する様々な利害関

係者の立場を考慮しながら、専門家らの意見を踏まえつつ、自らのサービスが果たす価値や役割を十分に認識し、達成すべき目標を設定することが求められる。具体的には、利用者に関する情報を適切かつ安全に管理する仕組みを構築すること、出品者の提供する商品を表示する際の順位を決定するアルゴリズムを公正に設計すること、利用者との間で締結される利用約款や出店審査基準を一方的でない公正な内容にすることが重要であるといえる。

前述したように、経済産業大臣の指定を受けていないDPF提供者であっても、その提供するDPFが政令で定める規模以上のDPFに該当するときは、省令で定める事項を経済産業大臣に届け出なければならないのであるから(法四条二項)、DPF取引透明化法の指導理念(同法三条)に鑑みると、指定された特定DPF提供者以外のDPF提供者にも同様の体制や手続の整備が要請されることもありうるというべきであろう。

3 DPFに対する法的規制とDPF提供者の責任

(1) DPFに共通する法的規制

①表示・広告に関する規制

DPFは、間接ネットワーク効果を伴う多面市場を形成する特徴をもっている。DPFを介した市場では、利用者が増加すれば、ネットワーク効果により他の利用者グループにも影響を及ぼし、利用者は爆発的に拡大する傾向にある。インターネット上のウェブサイトでは、アフィリエイトと呼ばれる広告作成者が仲介業者を通じて広告主と提携し、自らのサイトやSNSに商品の広告を掲載することもある。こうしたアフィリエイト広告では、広告を通じて商品が購入されると、販売件数や販売額に応じて広告主から報酬が与えられることから、報酬目的に虚偽内容の掲載

や誇大な宣伝が行われやすい。この点について、景品表示法は、事業者が自己の供給する商品・サービスについて、実際のものよりまたは事実に相違して競合する商品・サービスより著しく優良・有利である旨の表示（優良誤認表示・有利誤認表示）をしてはならないと定め、一定の表示を禁止している（同法五条）。DPF提供者はあくまで「場」の提供者であるから、PFの機能や利用料などDPFの提供に関する事項の表示については同条の適用を受けるが、事業利用者がDPF上で提供する商品やサービスに関する表示については、原則として同条の適用を受けない。ただ、自己が提供していない商品やサービスであっても、その表示内容の決定に関与したDPF提供者については、消費者の利益を保護するための誤認排除や再発防止の措置を命ずる同法の趣旨に照らし、同法の規制対象となることも考えられる⁽⁴²⁾。

一方、消費者に対するDPFの提供は、それが有償であれば、特定商取引法が規制の対象とする「通信販売」に該当する（同法二条二項）。従って、DPFを提供し管理運営する事業者は、利用料、支払方法、解除に関する事項、動作環境などの事項について表示をしなければならない（同法一条）。また、DPFを利用して商品・サービスを提供すること自体も「通信販売」に該当するため、利用事業者においても一定の表示義務が課せられる。

②通信に関する規制

プリマアプリやSNSでは、利用者間の連絡や交流のセキュリティ確保のため、DPF内に特定の利用者間でのクローズドメッセージ機能を搭載する場合がある。この場合、DPF提供者は、電気通信事業の届出または登録が必要となる（電気通信事業法九条、一六条）。

また、DPFにおいて利用者間のトラブル防止や解決のため、DPF提供者が利用者間のメッセージや交信のやり

取りをモニタリングする場合がある。この場合、利用者の通信の秘密の侵害とならないように、利用規則で利用者から同意を取得する必要がある(憲法二二条二項、電気通信事業法四条一項参照)。

③ 個人データの利活用に関する規制

D P Fの利用にあたり、D P F提供者のもとには利用者のアカウント情報や取引履歴などの情報が収集される。ウェブサイトやアプリの閲覧履歴や購買履歴、位置情報などは、クッキーや広告IDなどのオンライン識別子に紐づけられて大量に蓄積され、広告やマーケティングに使われることが少なくないが、氏名などの個人を特定する情報は含まれない。そのため、利用者情報は利用者の同意が求められることなく、第三者に提供されてきた。しかし、利用者情報は個人情報でなくても、社会や国家の安全に影響を及ぼし、世論の誘導を可能とすることを考慮するならば、第三者への提供については事前に利用者の同意を必要とすべきであろう。個人の権利の保護との関係では、利用者情報の利用の規制と透明性の確保、ターゲティング広告の規制などが検討されなければならない。この点に関し、個人情報保護法は、個人情報の取得や使用などに関して一定のルールを設け、他のD P F利用者や提携先の第三者に提供する場合には利用者本人の同意が原則として必要であるとしているが(同法二三条一項。ただし、業務の委託先への提供など、一定の場合には本人の同意は不要とされている。同法二三条五項一号)⁴³、十分とはいえない。

一方、不透明または不誠実なデータの利用は、利用者不信感を与え、レビューなどの評価や格付けに好ましくない影響が生じることがある。口コミ、評価、格付けの不正に対して、D P F提供者に対する規制も検討を要する点である。利用規約では、データ利用に対する考え方を示すことが、サービスの信頼を維持するための一つの手法と考えられている。⁴⁴

また、近年では、利用者の情報に対する関心の高まりもあって、プライバシーポリシーへの注目度が増している。プライバシーポリシーとは、特定のユーザー個人を識別することができる情報や位置情報、購買履歴などの利用者の行動・状態に関する情報の取扱い方針またはこれを定めた文書をいう。⁴⁵ 個人情報保護法には、プライバシーポリシーを定めた規定はないが、「利用目的」(同法一五条、一六条一項)「第三者提供」(同法二三条、二四条)「保有個人データに関する事項」(同法二七条)などに関する規定があり、利用者から個人情報を取得し、利用などをする際には、一定の事項について公表することが義務づけられている。利用規約の策定にあたっては、プライバシーポリシーを定めるとともに、パブリックポリシーに記載する項目として、対象となる情報と取得方法、利用目的などの内容をできるだけ具体的に記載し丁寧に説明することが求められる。

④ 競争に関する規制

DPFビジネスでは、間接ネットワーク効果やビックデータの収集・活用により市場が独占化ないし寡占化しやすく、DPF提供者がその優越的地位に基づいて利用者に様々な取引上の要求をするなど、様々な弊害が出てきている。⁴⁶ DPFを介した取引市場は、間接ネットワーク効果を伴う多面市場である。そのため、DPFは急速に市場シェアを大きくし、DPF提供者は市場において有力な地位を獲得することが多く、DPFの利用事業者もDPF提供者に依存せざるをえない結果、そのDPFに拘束されることになり、DPF提供者は利用事業者に対して優越的な地位を獲得する傾向にある。DPF提供者がその優越的地位を利用して、十分な協議や説明をすることなく、利用事業者との取引条件を一方的に不利な内容に変更したり、金銭などの経済的利益の提供を求める場合には、優越的地位の濫用(独禁法二条九項五号)として独禁法の違反に問われることになる。DPF提供者の行為が実際に優越的地位の濫用の

疑いで調査を受けた事例としては、楽天株式会社に対する緊急停止申立事件(令和二年三月一〇日)やアマゾンジャパン合同会社に関する確約計画の認定事件(令和二年九月一〇日)がある。⁴⁷⁾このような行為は、取引の相手方の事業活動を不当に拘束する条件をもって取引する行為(一般指定二二項)として、独禁法上、禁止されている。

また、問題となるD P F提供者の行為としては、優越的地位の濫用以外にも、競合する他のD P F提供者または出店者などの利用事業者に対する排除行為が挙げられる。公正な競争によることなく、他のD P F提供者または出店者などの利用事業者を不利に扱うことは、不公正な取引方法(独禁法二条九項六号)として、取引妨害(一般指定一四項)や排他条件付取引(一般指定二二項)、拘束条件付取引(一般指定二二項)に該当し、一定の処分を受けることもありうる。D P F提供者による違法な排除行為があるとして公取委が実際に調査を行った事例としては、株式会社ディー・エヌ・エーに対する件(平成二三年六月九日)やみんなのペットオンライン株式会社に対する件(平成二〇年五月二三日)がある。⁴⁸⁾後者は、ペットの販売を希望するブリーダーとペットの購入を希望する一般消費者の間のペット取引を仲介するサイトを運営するD P F提供者が、ブリーダーに対して成約手数料を値引きするなどの特典を与える反面、他のペット仲介サイトにペットの情報を掲載することを禁止する制度を導入していた事案である。D P F提供者の行為が排他条件付取引(同法一九条、一般指定一九)に該当するとの疑いで、公正取引委員会の審査の対象となった。ペット取引を仲介するサイトの運営者は、二〇一六年に設立された資本金三〇〇〇万円の会社であったが、仲介実績などを踏まえるとペット仲介サイトの運営分野における「有力な事業者」であると判断された。しかし、最終的には、ペット仲介サイトの運営事業者が当該制度を取りやめるなどの措置を講じたことにより、審査は終了した。⁴⁹⁾

このほか、D P F提供者の行為が企業結合により競争を実質的に制限する場合には、公正取引委員会の審査の対象

となることもある。⁵⁰⁾ DPFビジネスに関する近時の企業結合の事例として、ヤフー株式会社による株式会社一休の株式取得（公正取引委員会「平成二七年度における主要な企業結合事例」事例八）、エムスリー株式会社による日本アルトマークの株式取得（平成元年一〇月二四日）、Zホールディングス株式会社およびLINE株式会社の経営統合（令和二年八月四日）などの案件がある。⁵¹⁾

このような事態を回避するためには、DPF提供者が利用者に対してあらかじめ取引条件などを開示し、一定のルールを定めておく必要性は高いといえる。

⑤ 許認可に関する規制

業法の多くは、他人が特定の仲介行為を行うことにつき、許認可の取得や登録、届出を要求している。例えば、職業紹介事業につき許可（職業安定法四条一項〜三項、三〇条一項、三三条一項）、不動産の賃貸や売買の代理・媒介につき免許（宅地建物取引業二条二号、三条一項）、投資や貸付の仲介（クラウドファンディング）につき貸金業の登録、第一種または第二種の金融商品取引業の登録（貸金業法二条一項、三条一項、金融商品取引法二八条一項・二項、二九条）、オークションサイトにつき古物競りあっせん業の届出（古物営業法二条二項三号、一〇条の二）、婚活マッチングサービスにつきインターネット異性紹介事業の届出（出会い系サイト規制法二条二項、七条一項）などが必要とされている。⁵²⁾ DPF提供者においても、これらに該当しないかどうかを具体的に検討する必要がある。

例えば、DPF提供者がインターネット上のDPFに求人情報を掲載し、求職者が求人案内に応募できるフォームを設け、求人情報サービスを運営する場合、職業安定法は、職業紹介事業について許可制度を採用している（同法四条一項〜三項、三〇条一項、三三条一項）。DPF提供者の仲介行為が提供される情報の内容や提供相手について選別し

たり、求職者と求人企業との間の連携を行うときは、職業紹介に該当することになるから、許可を取得する必要がある。⁽⁵³⁾

また、DPF提供者の行うライドシェアサービスは、自動車を保有し運転ができる利用者（ドライバー）と乗車を希望する利用者をマッチングさせるDPFビジネスであるが、ドライバーが他人の需要に応じ、有償で自動車を使用⁽⁵⁴⁾して旅客を運送する場合、道路運送法の旅客自動車運送事業（同法二条三項）に該当する可能性があり、個々のドライバーにおいて国土交通大臣の許可が必要となる（同法四条一項）。DPF提供者は、旅客自動車運送事業の許可をもたない者にドライバーとしてライドシェアDPFを利用させることはできないから、ドライバーへの支払いを実費ないし謝礼に限定することで当該事業の許可取得を回避したり、当該事業の許可を受けているタクシー会社と提携し、タクシー会社と乗車を希望する利用者を結ぶ配車サービスを行うなどして、DPFビジネスを行っている。⁽⁵⁴⁾

⑥資金稼働業の登録

DPFビジネスは、インターネットを介した取引であり、相手方の顔が見えない場合も多いことから、利用者にとっては相手方から確実に代金の支払いや商品・サービスの提供を受けられることが重要となる。この点に関して、代金を支払う消費者（買主）から商品・サービスを提供する出品者や出店者（売主）に直接に代金を支払うのではなく、まず、消費者がDPF提供者に代金を支払い、代金の支払い後、出品者・出店者により商品の引渡しやサービスの提供が行われ、その後、DPF提供者が利用料を控除した金額を出品者・出店者に支払う場合、このような代金移動は為替取引に該当するから、資金移動業の登録が必要となる（資金決済法二条三号、三七条⁽⁵⁵⁾）。

ちなみに、売主がDPF提供者に代金の受領権限を付与し、収納を代行する場合には、資金稼働業の登録をするこ

となく、代金の授受を行うことが可能である。収納代行の場合には、利用規則において、売主がDPF提供者に代金の受領権限を付与していること、および、DPF提供者が受領した代金からDPFの利用料を控除することができることを明記しておくことが必要となる。⁽⁵⁶⁾

(2) DPF提供者としての責任

DPF提供者は、DPFを介して利用者が商品やサービスなどの提供、情報の交換など行うための「場」を提供する仲業者であり、利用者が他の利用者に与えた損害について直接に責任を負うものではない。しかしながら、DPFを開設し管理運営しているDPF提供者においても、利用者に対して一定の注意義務を負うことがあり、その義務違反から責任が生じる場合があることに注意が必要である。例えば、インターネットオークションを提供しているDPF提供者は、当該DPFを利用して詐欺が多発している場合には、利用者に対し被害防止に向けた注意喚起の措置を採るべき注意義務があるとされる（ヤフーオークション事件・名古屋地判平成二〇・三・二八判タ一二九三号一七二頁、およびその控訴審である名古屋高平成二〇・一一・一一自保ジャーナル一八四〇号一六〇頁）。⁽⁵⁷⁾

また、DPF提供者は、出店者などの利用事業者による営業がDPF提供者自身の営業と誤信させるような外観を作出している場合、出店者が買主に与えた損害について、出店者と連帯して賠償責任を負うことも考えられる（名板貸責任を規定する商法一四條、会社法九條参照）。DPF提供者としては、商品やサービスを提供するのはDPF提供者自身ではなく、DPFの利用事業者である出店者であることをDPF上に分かりやすく記載することが求められる。⁽⁵⁸⁾

さらに、DPF提供者は、利用者以外の第三者に対する関係でも、責任を負う場合がある。裁判例には、モールの

出店者が第三者の商標権を侵害して事業を行っていた事案で、当該モールの運営会社は権利侵害の申告を受けたときはその有無を調査する義務があり、これを怠った場合には損害賠償責任を負うとしたものがある（チュッパチャップス事件…知財高判平成二四・二一・一四判タ一四〇四号二二七頁）⁵⁹。

以上のほか、動画投稿サービスやSNSなどにおいて、第三者の著作権や人格権を侵害する投稿が行われた場合、DPF提供者は、権利侵害情報の送信を防止する措置を講ずることが技術的に可能であつて、かつ、当該情報の流通によつて他人の権利が侵害されていることを知った場合には、送信防止措置を採らなかつたことについて不法行為責任を負うことがある（プロバイダ責任制限法三条）。この点に関し、過去の裁判例には、DPF提供者の書込み削除義務を認めたものがある（ニフテイスラブ事件…東京高判平成三・九・五判時一七八六号八〇頁）。事案は、パソコン通信のフォーラムにおいて名誉毀損の書込みがなされたことに関し、フォーラムの管理運営を担うシステムオペレーターの責任が問われたものである。裁判所は、システムオペレーターには条理上の削除義務があったが、本件の事案の下では削除義務違反はないと結論づけた。また、裁判例には、匿名掲示板「2ちゃんねる」で名誉毀損の書込みがなされたことに関し、掲示板運営者の損害賠償責任を認めたものがある（2チャンネル動物病院事件…東京高判平成一四・一一・高民集五五卷二号一五頁）。裁判所は、掲示板に他人の権利を侵害する発言が書き込まれない・拡大しないように注意するとともに、削除する義務があるとして、掲示板運営者の削除義務違反に基づく損害賠償責任を認めた。⁶⁰

DPF提供者は、インターネット上にDPFを開設し、取引の場を提供する者であるが、非マッチング型DPFの場合、電子掲示板の管理者やSNS運営者としての地位も兼ねている。電子掲示板やSNSをインターネットとつな

げる役割を担う事業者をコンテンツ・プロバイダといい、DPF提供者はコンテンツ・プロバイダでもある。情報の発信者は、接続事業者や電話会社などのアクセス・プロバイダを介して掲示板やSNSを利用する。多くの場合、情報の発信は匿名の投稿であり、発信者からネット上の侵害情報により、誹謗中傷や名誉毀損、人格権侵害などの被害を第三者が受けることがある。このような場合、被害者が投稿を削除し、損害賠償を求めるには、発信者を特定する必要がある。

制度上、プロバイダが被害者から発信者情報の開示を求められた場合、プロバイダに故意または重過失がなければ責任は生じないとする軽過失免責の仕組みがプロバイダ責任制限法では採用されており、プロバイダは自らの判断で開示できることになっている。しかし、実際に発信者情報が開示されることは少ない。安易に応じれば、匿名表現の自由や通信の秘密などを侵害する危険があるため、プロバイダが慎重にならざるをえない。その判断を誤ると、プロバイダは発信者に責任を追及され、刑事責任などを問われる恐れもある。プロバイダは少しでも迷えば非開示を選択する傾向にあり、開示されるのは権利侵害が明白な場合に限られている⁶¹。

任意での発信者情報の開示を拒否された被害者は、裁判を通じてプロバイダに対して開示を求めることになるが、従来の制度では、発信者にたどり着くまで少なくとも二回の裁判を必要とした。プロバイダ責任制限法は、これまで何度かの省令の改正を経て開示情報の対象を拡大してきた⁶²。近時の法改正（令和三年法律二七号。改正法の施行時期は公布日である二〇二二年四月二十八日から一年六か月以内に政令によって指定される⁶³）により、発信者情報開示命令を出すための新たな非訟手続を創設する（改正法一五条一項⁶⁴）とともに、アカウントへのログイン時にも一定の要件を補充的に満たすことを条件に発信者情報の開示を認めた（改正法五条一項二号⁶⁵）。いずれの法改正も、権利侵害をした発信者の情報

開示を円滑に行うために行われたものである。D P Fビジネスとの関係では、コンテンツ・プロバイダにであるD P F提供者が提供する当該D P Fが市民社会でその存在を許されるために必要な措置を含んでいる。D P F提供者は、取引の場を提供する者として当該D P Fの秩序維持に努める義務を負っているが、コンテンツ・プロバイダの地位にある場合には、匿名の加害者による不法行為に対して被害者を救済するための情報提供責任を負っていることが、今回の法改正により一層明確にされたといえる。匿名で取引するシステムにより不利益や損害を被った被害者が救済されることは、非マッチング型D P Fのみならず、マッチング型D P Fにおいても同様に考えられるべきである。⁶⁷ 適正な情報の流通と被害者救済の観点からは、投稿の削除やアカウントの利用停止など、様々な手法も併せて検討して行くことが求められる。D P F提供者は、利用規約において禁止行為を定め、これに違反した場合には、D P F提供者の判断で出品や投稿の削除、アカウントの利用停止・削除をすることができることを明記することが必要であるといえよう。⁶⁸

D P F提供者が定める利用規約の表示内容については、一般の債権法改正において「定型約款」に関する規定が子受けられたことから（改正民法五四八条の二（四））、注意を要する。定型約款に該当する場合には、申込時に利用規約を開示する必要があるが（改正民法五四八条の三）、これに代わり、あらかじめその利用規約を契約内容とする旨を利用者に表示することにより、利用規約を契約内容とすることもできる（改正民法五四八条の二第一項二号）。この点については、項目を改めて論ずることとする。

4 利用規約による規律

利用規約は、事業者と多数の相手方との間に画一的な契約内容で契約を成立させる手段として、様々な態様で利用されている。相手方の多くは、利用規約の全部を認識することなく当該D P Fを利用して利用している場合が多いように思われる。利用規約への同意の取得は当該D P Fを利用する入口となる行為であるが、利用規約においてD P F提供者の免責が定められているのが通常である⁶⁹。このような場合、相手方が利用規約に拘束されるといえるだけの合意が存在していたといえるかどうか、解釈上、疑義が生じることが少なくない。

(1) 利用規約と消費者契約法

消費者契約法などの法律において無効と定められている内容を含む条項が当該法律によって無効となることがある(同法八条一項一号⁷⁰、四号)。免責条項に記載の文言が「いかなる場合も責任を負わない」といった場合、これが消費者契約法八条一項によって無効となることは明らかであるが、そのような場合であっても、有償契約における事業者の契約不適合責任を免除し、または当該責任の有無もしくは限度の決定権限を当該事業者に付与する条項については、消費者に他の救済手段が残されていけば無効とはならないとされており(消費者契約法八条二項)、注意を有する。

D P Fの利用規約に定める免責条項については、消費者契約法八条一項に該当しない場合であっても、同法一〇条により無効となる場合もありうる。消費者契約法一〇条は、任意規定の適用による場合に比べて消費者の権利を制限また加重する場合であつて、民法一条二項の基本原則(信義則)に反して消費者の利益を一方的に害する条項を無効と定めており(消費者契約法一〇条)、契約条項が無効となる場合についての包括的なルールを規定している⁷¹。

従って、例えば、DPF提供者が利用規約の策定にあたり、軽過失による損害賠償の上限額を極度に低金額として定める条項は、軽過失による場合の一部免除条項であるため消費者契約法八条一項には該当しないが、同法一〇条により無効となることが考えられる。⁽⁷²⁾ この場合の要件充足の有無は、消費者契約法の趣旨・目的に照らし、当該条項の性質、契約成立に至った経緯、消費者・事業者間の情報・交渉力の格差、その他諸般の事情を総合考慮して判断される。これに関連して、消費者契約法三条一項一号は、DPF提供者に対して契約内容を明確かつ平易なものとすべく配慮することを求めている。利用規約の作成者としては、自己に有利な限定解釈に頼らず、条項が可能な限り明確かつ平易になるように努める必要がある。

ちなみに、利用規約における免責条項については、サルベージ条項を用いることの可否が議論されている。⁽⁷³⁾ サルベージ条項とは、ある条項が強行法規に反して全部無効となる場合に、その条項の効力を強行法規によって無効とされない範囲に限定する趣旨の条項をいう。例えば、本来であれば無効となるべき条項に「法律で許容される範囲において」という文言を加えたものがこれにあたる。サルベージ条項は、契約条項の内容を法律で許容される範囲以内のものとする効果を有する条項であるため、それ自体に不当性はないように思われるが、許容される範囲の具体的内容が分からず、権利行使を委縮させる効果が指摘されている。⁽⁷⁴⁾ 二〇一六年の消費者法改正および二〇一八年の同法改正に向けた議論の中でも、サルベージ条項を不当条項として無効とすべきではないかという論点が取り上げられたが、現時点では、サルベージ条項を無効とする規定の導入には至っていない。⁽⁷⁵⁾ しかし、果たしてこのような条項の利用が許容されるのかどうか、結果的に無効であるはずの条項がまかり通ってしまうことの危険性については、その是非が問われなければならない。サルベージ条項のような定め方ではなく、消費者契約法八条の規定に沿った具体的な定め

方とするとか、無効となり得る法律上の規定を例示的に列挙することの必要性など、今後、議論が必要であろう。

(2) 利用規約と定型約款

改正民法は、定型約款に関する規定を新設し（改正民法五四八条の二（四））、約款を用いた契約の規律について定めを示した。定型約款とは、特定の者が不特定多数の者を相手として行う取引（定型取引）において、契約の内容とすることを目的としてその特定の者により準備された条項の総体である（改正民法五四八条の二第一項）。定型約款であるためには、その内容の全部または一部が画一的であることがその双方にとって「合理的なもの」でなければならぬ。

改正民法の定型約款に関する規律は、従来の約款規制の立場とは著しく乖離した内容となっている⁽⁷⁶⁾。従来、約款は、事業者が多数の契約に使用するための契約条項として作成されるものという定義がされてきた⁽⁷⁷⁾。これに対し、新設された定型約款は、講学上「約款」とされているものよりは狭い概念である。

定型約款が講学上の約款より狭い概念とされたため、定型約款でない約款が存在することになる。定型約款であるかどうかは、あくまで契約の実態を考慮するものであり、契約書の名称や相手方の属性だけで判断することはできない。一般的には、消費者と事業者との契約には定型約款に該当するものが多いといえ、当該定型取引のために準備された利用規約は定型約款に該当する場合が多いといえよう⁽⁷⁸⁾。DPF取引においてDPF提供者が作成する利用規約は定型約款に該当すると解される⁽⁷⁹⁾。

改正民法の下では、定型取引を行うことに合意した者は、①定型約款を契約の内容とする旨の合意をしたとき、または、②定型約款を準備をした者があらかじめその定型約款を契約の内容とする旨を相手方に表示していたときは、

定型約款の個別の条項についても合意したものとみなされる(改正民法五四八条の二第一項)。この①と②は、定型約款が契約の内容となるための要件であり、「組入れ要件」と呼ばれる。

ただ、組入れ要件をすべてみたし、定型約款の各条項が契約内容となる場合であっても、定型約款が相手方の権利を制限しまたは相手方の義務を加重する条項であつて、その定型取引の態様およびその実情ならびに取引上の社会通念に照らして、民法一条二項に規定する基本原則(信義則)に反して相手方の利益を一方的に害すると認められるものについては、合意をしなかつたものと扱われる(改正民法五四八条の三第二項)。いわゆる不法条項によるみなし合意から除外である⁽⁸⁰⁾。みなし合意除外に該当する条項としては、条項の内容自体に強い不当性が認められるものと、条項の存在自体を相手方が想定しがたく、その説明などもされていないために、不当な不意打ち的要素があるものが挙げられる⁽⁸¹⁾。利用規約の条項が上記のいずれかに該当する場合には合意しなかつたものとみなされ、契約から除外されることになる。

ちなみに、みなし合意からの除外の規定は、消費者契約法一〇条にいう不当条項の無効に関する規定を基準に立案されているが、消費者契約法一〇条はその要件を満たす不当条項を無効としているのに対し、改正民法五四八条の二第二項は合意しなかつたものとみなすとしており、両者には大きな違いがある⁽⁸²⁾。この点について、民法部会の審議では、当初、不当条項は無効とするという規定として検討されていた。しかし、その後、不当条項とは別に不意打ち条項については約款の組入れから除外するという趣旨の規定を新設すること、および民法に不当条項を無効とする新たな規定を新設することについて、いずれも経済界からの反対が強かつたことから、妥協による意見集約が行われた結果、最終段階になって、不当条項はみなし合意から除外されるという規定に変更された⁽⁸³⁾。民法部会の審議では、事務

局より、新設規定はこれまでの裁判実務で行われている約款規制よりも厳しい規制を新設するものではないという趣旨の説明がなされ、四つの最高裁判例（最判昭和六二・二・二〇民集四一卷一号一五九頁、最判平成五・三・三〇民集四七巻四号三二六二頁、最判平成一五・二・二八集民二〇九号一四三頁、最判平成一七・一二・一六集民二一八号一三三九頁）が挙げられている。⁽⁸⁴⁾しかし、学説には、このような法律構成につき、理論的には克服されたはずの前時代的な隠れた約款の司法的規制を蘇らせるものであるとして批判が強い。⁽⁸⁵⁾

このような立法経緯および学説の対応をみると、みなし合意からの除外という改正民法五四八条の二第二項の規定をどのように解釈するかはきわめて難問である。ただ、約款条項の不当性を理由にみなし合意から除外される場合、その条項の効力は否定される（改正民法五四八条の二第二項）。効果の点では、不当条項を無効とする消費者契約法一〇条と実質的に異なるものではない。⁽⁸⁶⁾

改正民法においては、定型約款の変更に關する規定も設けられている（改正民法五四八条の四第一項）。定型約款の変更に對して付言すると、定型約款作成者は、①定型約款の変更に對し相手方の一般の利益に適合するとき、または、②定款約款の変更が契約をした目的に反せず、かつ、変更の必要性、変更の内容の妥当性、民法五四八条の四の規定により定型約款の変更をすることがある旨の定めの有無およびその内容、その他の変更に係る事情に照らして合理的なものであるときのいずれかの場合には、個々の相手方との同意を要せずに、定型約款を変更することができる（改正民法五四八条の四項一号および二号）。変更可能な範囲を超える可能性のある変更の場合には、あらためて利用規約への同意を全員から取得することが必要である。

定型約款の変更については、中間試案の段階までは、相手方の個別の同意や効力の定かでない変更留保条項による

約款内容の変更に躊躇する考え方も示されたが、最終的には、変更の合理性とともに、変更についての相手方への周知という手続的要件を明記することにより（改正民法五四八条の四第二項）、定型約款の変更が定められた。⁽⁸⁷⁾ この変更については、不当条項によるみなし合意からの除外の規定（改正民法五四八条の二第二項）は適用されない点に注意を要する。効力の変更が生じた条項は変更の合理性が要件とされているので、あらためて不当条項規制を適用するもでもないというのが、その趣旨である。

特別法は一般法に優先して適用されることから、消費者契約法の適用が先行して検討されることが多いと考えられるが、改正民法が新たに定める定型約款に関する規定の適用にも留意が必要である。

5 ソフトローとしての利用規約と共同規制の策定

(1) ソフトローの意義と利用規約

法のルールは、国家により定められ、国家により執行されるのが原則である。このようなルールは、ハードローと呼ばれる。ハードローにおいては、既存のルールを前提にして、そこから文言や沿革、利益考量などを援用しつつ、様々な解釈を導き出す技術が必要となる。これに対し、国家以外の主体がその内容を決めるルールがソフトローである。⁽⁸⁹⁾ わが国では、自主ルールや自主行動基準、自主規制などと呼ばれることもある。ソフトローは、国家以外の主体が定めたものであるから、そのルールの内容が望ましいものであるかどうかを、自明のものとして受け入れることはできない。ソフトローでは、そのルールに人はなぜ従うのか、そのルールはどのようなようにして、どの程度実行されるかといった点を検討し、評価することが必要となる。⁽⁹⁰⁾ ソフトローの内容が適切であるかどうか、ソフトローの正当性の

根拠は何かに関しては、正義や衡平、中立といった基本的価値が問題とされるが、そもそも正当性をどのように定義するかという点の検討も重要である。⁽⁹¹⁾

後述するように、ソフトローには様々なものがある。一口にソフトローといっても、その態様は多種多様である。国家法としての法令以外で規範的な拘束力をもつものが、広くソフトローとしてイメージされている。⁽⁹²⁾ ソフトローを「ハードローに類似ないし関連して存在・機能する社会制度」と定義する見解もある。⁽⁹³⁾ ソフトローは、それらがときにはハードローと相互に関係しながら、実効性をもち、社会秩序が実現されている。そのような実態をみるとき、ハードローとソフトローの二分論ではなく、両者を相対的に理解することが求められる。⁽⁹⁴⁾ また、一つまたは複数の規範によって社会秩序が実現ないし形成されているという複眼的視点をもつことも必要であるといえる。⁽⁹⁵⁾

今日、社会の多くの場面でソフトローが活用されている。その理由としては、いくつか考えられるが、企業の方が国家よりも十分な情報をもち、適切な内容のルールを設定できる場合があること、また、ルールの実効性についても企業の方がより効果的な手段を有し、取引拒絶など私的な制裁の方が実効性や費用負担の点でハードローより優れている場合があることが挙げられる。⁽⁹⁶⁾ ただ、ソフトローは、私人がその内容を決定するものであるため、カルテルのように社会の一部の集団にとつてのみ有利で、それ以外の社会構成員に対して深刻な外部性をもたらす内容のルールが設定されるということもありうる。このような場合には、正当性の根拠が問われるのみならず、ハードローによる介入が要請されることも出てくる。ソフトローがどこまで社会に取り入れられるべきかについては、個々のソフトローごとに、その正当性や設定過程に着目し、その合理性を評価して行くことが必要となる。⁽⁹⁷⁾ この点、自主ルールが利用事業者や消費者の信頼に応える基準であるためには、個々の事業者によってではなく、むしろ事業者団体によって策

〈表 5〉 ソフトローとハードローの位置づけ

形成 エンフォースメント	国家がエンフォースメント しない	国家がエンフォースメント する
国家以外が形成する	(カテゴリー 1) ソフトロー 社会規範、企業倫理、CSR など	(カテゴリー 3) 会計基準、商慣習など
国家が形成する	(カテゴリー 2) 労働法上の努力義務規定、 各種通達、ガイドラインなど	(カテゴリー 4) ハードロー 法律、判例など

(参照) 藤田友敬「ソフトローの基礎理論」ソフトロー研究23号 (2014年) 6頁

定され、運用されるべきであるといった指摘もある。⁽⁹⁸⁾ 事業者団体によって策定され、運用されるのであれば、業界全体として利用事業者および消費者からの信頼を高めることにつながる。

市場取引の分野においては、実際のところ、ハードローを基本原則としながら、様々なソフトローが存在し、私人の行動に影響を及ぼしている。それゆえ、両者を合わせて研究対象としなければ、市場取引における規範の研究としては十分とはいえない。

以上のような視点を参考にしながら、ハードローとソフトローの位置づけを考えるとするならば、ソフトローは、法の形成局面、および法の強制局面に着目して、次のように整理するのが有用であるように思われる。⁽⁹⁹⁾

上記の四つの領域のうち、カテゴリー 1 が純然たる私的な規範であり、最もソフトローらしい類型である。この領域の規範については、社会規範、企業倫理、CSR などが想定される。ここでは、規範遵守のメカニズムと規範の生成・存続/効力・消滅のメカニズムを明らかにするようなモデルを示すことが最初の課題となる。⁽¹⁰⁰⁾

これに対し、私人の経済活動の自由に対する規制は、カテゴリー 4 において行われる。ここでは、一般的に、消極的・警察的な規制と積極的・政策的な規制とが区別される。前者は、社会公共の安全と秩序維持の見地から、比例原則を用いて、規制手段

は必要最小限のものでなければならず、裁判所の審査は厳格で、規制の必要性・合理性および同じ目的を達成できるより緩やかな規制手段の有無を立法事実に基づいて審査するという「厳格な合理性の基準」が妥当するとされている。¹⁰¹ 後者は、社会国家的な目的に基づき、専門的な政策的・経済的判断が必要とされることから、裁判所よりも立法府に広範な裁量権が認められるとされ、司法審査に関しては規制措置が著しく不合理であることが明白な場合に限って違憲とする「明白性の原則」が妥当するとされている。¹⁰²

このようなソフトローとハードローの対立軸の中で、当事者が自律的に作り出す規範も、最終的に国家のエンフォースメントを期待するものと、そうでないものがある。自発的に形成し、かつ、エンフォースメントについて国家の手を借りないというタイプのソフトローは、規範として最狭義の純粋な私的秩序を形成するものといえる。¹⁰³

これまでのソフトロー研究は、試行錯誤を繰り返しながらも、上掲の図を念頭に置きながら進められてきたといえる。¹⁰⁴ ソフトローの重要性が増大するにつれて、企業は独自のソフトローの形成を通じて、自らが疑似国家（いわゆる私的政府）の様相を呈し、ソフトローとハードローの間の競争が行われる可能性も存在する。また、国家の介入に対して、企業は様々な行動を行うことによつて、それを逃れようとする場合もありうる。¹⁰⁵ このようなソフトローのあり方に鑑みると、ソフトローだけを独立して検討したのでは十分とはいえず、両者を合わせて検討することが必要であるといえよう。¹⁰⁶

市場取引においてソフトローを用いた自主ルールとしては、東京証券所（日本取引所グループ）の定める「上場規則」、¹⁰⁷ 金融商品取引所における会員と顧客との関係を規律する「受託契約準則」、¹⁰⁸ 日本オンラインゲーム協会が公表す

る「ランダム型アイテム提供方式を利用したアイテム販売における表示および運営ガイド」¹⁰⁹、HACCP（危害分析重要管理点）と品質管理に関するISO9001「品質マネジメントシステム—要求事項」を合体させたISO22000「食品安全マネジメントシステム—フードチェーンのあらゆる組織に対する要求事項」¹¹⁰、JISの「苦情対策マネジメント・システムの指針」¹¹¹、金融商品販売法が金融商品販売業者に策定を義務づける「勧誘方針の内容についての基準・指針」¹¹²、プロバイダ責任制限法に基づいて組織されたガイドライン等検討協議会が公表する「プロバイダ責任制限法の解釈・運用に関するガイドライン」¹¹³、日本訪問販売協会の「自主行動規準、電気通信事業における「個人情報保護ガイドライン」¹¹⁵、ケーブルテレビによる「地上波番組の再放送同意に係るガイドライン」¹¹⁶、「日本版スチュワードシップ・コード」と「コーポレートガバナンス・コード」¹¹⁷、企業会計の「会計規準」¹¹⁸などがある。¹¹⁹

このほか、消費市場における事業者の自主行動規準、ADRスキーム、社内苦情対応マネジメントシステム、規格（国内・国外）なども、一種のソフトローである。国内規格としてよく知られているのは、「JIS規格（日本工業規格）」である。国際規格には四種類があるが、日本でよく知られているのはISO規格である。¹²⁰

また、消費者基本法は、消費者の権利を明記し、事業者と消費者が果たすべき役割を明記するとともに、事業者の新たな役割の中で、事業者は「その事業活動に関し自らが遵守すべき規律を作成すること」を規定されているが（消費者基本法五条二項）、この場合の自主ルールもソフトローといわれている。¹²¹

前述したように、DPFビジネスにおけるDPF提供者は、もはや単なる「場」貸しの仲介業者ではなく、間接ネットワーク効果を伴う多面市場を支配し、これを通じて資産や富の分配を行う主体として位置づけられる。そのようなDPF提供者が策定する共同規制もまた、ソフトローということができる。これは、DPF取引透明化法を根拠

法とし、経済産業大臣が示す指針の内容に沿いながら、自らの創意と工夫により定められる自主ルールである。先の分類では、国家法（ハードロー）が政府以外の主体によって策定された規範（ソフトロー）による規律を承認している場合であるといえる。この共同規制においては、取引条件の開示ルールを義務づけながら、その実施状況を毎年報告書に記載して報告し、経済産業大臣による評価を受けることによつて、取引の透明化が図られる仕組み（モニタリングシステム）が採用されている。そして、その違反に対しては、法よる罰則や過料が予定されており、国家によるエンフォースメントが担保されている点に特徴がある。

(2) ゴールベースの共同規制

D P F取引透明化法が導入する共同規制は、国家法の存在を前提としつつ、政府の指針に沿いながら、それと併存して、あるいは、それに代替する形で、私法秩序を形成する役割を担っており、これまでにない新たな規制手法といふことができる。このような共同規制が新たなスタンダードとして広く用いられて行くなれば、法の世界における変化が国家のあり方の変化と結びつくことにより、新たな私法が形成されることが予見される。

共同規制の策定にあたっては、これをソフトローとして機能させようとする場合、次の点に留意する必要がある。これまでもすでに述べたところであるが、あらためて指摘しておく。¹²²

第一に、D P F取引市場における提供者・購入者間の契約は、D P F提供者との利用規約を前提にP Fを介して構築される多面的契約であるという点である。このような多数当事者が関与する契約ないし取引にあつては、契約の法律関係を伝統的な契約理論に基づく当事者間の合意に従っていたのでは、実態に即した適切な処理を導くことはでき

ない。各当事者間の関係を個々の契約に分解し、個別契約の連鎖（いわば線）で捉えるのではなく、多角の視点に立って、すべての関係当事者による取引への参集（いわば面）で捉えるという発想をもつことが必要と考えられる。¹²³

第二に、D P F 提供者は、D P F の開設にあたり利用規約を定め、これに合意する出品者や消費者にD P F を介した取引の参加を許諾している。これは、従前の伝統的な契約理論による合意ではなく、合意事項に対する全員の同意を意味するものである。これにより、D P F の取引参加者の全員、およびD P F 提供者との間には契約上の債権債務が生じる。このような契約上の責任の根拠については、これまで漠然と考えられていた。これに対し、合意事項に対する全員の同意という考え方は同意理論と呼ばれるが、取引実態を踏まえた問題解決の法理を探求するにあたり有用であり、多角の視点からD P F 提供者の契約上の責任に対する理論的根拠を提供するもの¹²⁴ができる。

同意理論は、契約を相対する当事者の意思表示の合致（合意）として当事者を対立構造で捉えるのではなく、あらかじめ定立された合意事項に対して当事者が同意することにより多角的な取引関係が形成され、これを規律するものとして、すべての関係当事者間には合意事項に沿った契約上の効力が生じるとする考え方である。合意事項の確定にあたっては、当事者の意思にのみ依拠するのではなく、同意に対する客観的評価の対象として、契約の趣旨や目的、契約の性質、正義・衡平なども、その中で考慮される。個々の当事者をもつ合意の意思は同意の中に内在的に取り込まれ、合意事項に対する客観的評価を通じて修正することも可能である。この場合、多数当事者に新たな契約関係を観念することによって、当事者の合意とは別の効果を引き出すこともできる。¹²⁵

また、取引の拡大により、後から当該取引に参加する場合、合意事項に対する参加者の同意によりすべての関係当事者間に同様の契約上の効力が生じるが、契約は多数当事者間を規律する契約として、当該取引を維持するために必

要な契約上の効果を規範的に創出することが求められる。同意理論によれば、あらかじめ定立された合意事項や契約の趣旨・目的などに合致する限り、契約当事者が誰であるかを最初から固定する必要はないということがいえる。⁽¹²⁶⁾

第三に、D P F提供者は、単なる場貸しの業者ではなく、D P Fを開設し管理運用しながら、出品者や消費者などの利用者が参加するD P F取引市場を適正かつ透明に維持する義務を負う地位にあるという点の認識が重要である。D P F提供者には、このような契約上の義務として、D P Fから生じる社会的な害悪を排除し、あるいは、抑制することが求められる。⁽¹²⁷⁾ 具体的には、D P F提供者は、D P F利用者の権利・利益に与える負の影響を評価し、自らの責任範囲でないと考える事項については具体的な法令遵守行動をD P F利用者に求め、これに応じない場合には当該D P Fの取引市場から退出させたり、D P F利用者に対するアカウントの利用停止を命ずるなどの責任を負っているということが出来る。

そして、当該D P Fから生ずる利用者の損害については、D P F提供者は当該D P Fを管理運用する者として、損害賠償責任を負うものと考えられる。この場合、D P F取引にD P F提供者が関与する程度、D P F取引からD P F提供者が収受する利益の割合に応じて、D P F提供者は契約上の連帯責任を負担する立場にあるということがいえる。⁽¹²⁸⁾

以上のような見地から、D P F提供者に一定の役割・義務・責任を担わせることは、D P F利用者の保護を図ることとはもちろん、取引の透明性および公正性を促進するうえで必要であるとともに、自らの健全な発展を促す契機にもなるといえよう。

六 今後の課題と展望―結びに代えて

本稿で取り上げたD P F取引透明化法は、基本理念（同法三条）にも現れているように、変化の激しいデジタル市場における未知の技術革新を阻害しないようにとの見地から、従来の伝統的な介入的規制手法とは異なり、政府が指針を通じて柔軟なガイドラインを示しつつ、各々の特定D P F提供者がこれを参考としながら取引の透明性および公正性の向上のための取組みを自主的かつ積極的に行うことによつて、その目的を達成するという規制手法である。そのような考え方の下に、同法は、モニタリング・レビューの制度を導入するなど、新たな規制のあり方を試みている。共同規制と同時に導入されたモニタリング・レビューの制度は、政府の示す目的達成のためのいわば車の両輪であつて、共同規制の実効性はモニタリング・レビューと相まって効果的な機能を発揮するものと期待されている。

D P F取引透明化法が導入する共同規制は、いわばゴールベースの規制であり、細やかな行為義務を示すルールベースから、最終的に達成されるべき価値を示すゴールベースに移行することを示すものである。高度なデジタル技術を基盤とする社会においては、今後、このような手法が法規制の標準モデルとして、主流になつて行くものと思われる。

D P Fが創り出す市場は、間接ネットワーク効果の伴う多面市場である。ゴールベースの共同規制は、細かな行為義務を定めず、ゴール達成のための具体的な方法についてD P F提供者に大きな自由を与えることになるが、D P Fには様々な種類のものがあり、すべてのD P F提供者がゴールベースの規制に十分対応できるとは限らない。現在は、指定された特定のD P F提供者のみが共同規制の対象とされているが、D P F市場は、ネットワーク効果や規模の経

済性などを通じて独占化や寡占化が進みやすく、一部のDPFに取引上依存せざるをえない構造をもっている。このような市場では、取引の透明性および公正性の向上のための取組みを自主的かつ積極的に行うよう促進するためには、他のDPF提供者にもゴールベースの共同規制の手法は活用されるべきであろう。社会のスピードや複雑さに法が追いつけない問題を克服するためには、政府が示す目的達成に向けて、利用規約やガイドライン、標準を策定し、利用関係者などのマルチステークホルダーによる関与の下で、官民共同してこの問題に取り組むことが必要であるといえる。

- (1) 伊永大輔「プラットフォーム取引透明化法の意義と解釈運用の方向性」法律のひろば七五巻四号（二〇二二年）二九頁、平山賢太郎「デジタルプラットフォームをめぐる取引の『透明化』」Business Law Journal 一二巻六号（二〇二〇年）三四頁以下、三六頁、増島雅和「特定デジタルプラットフォーム透明化法の概要とデジタルプラットフォーム規制の今後」経理情報一六〇九号（二〇二一年）三〇頁など。
- (2) 長谷川貞之「市場のプラットフォーム化をめぐる契約上の諸問題」日本法学八五巻四号（二〇二〇年）一四一頁以下、二五九―一六二頁。経済産業省「第四次産業革命に向けた横断的制度改革研究会報告書」（二〇一六年九月）では、アプリストアをめぐる、決済手段に対する拘束、硬直的な価格体系、ストア運営者自らの提供するアプリと競合するアプリの排除、販売や返金処理などに関する情報提供の少なさ、不透明な審査基準とその運用などの課題が指摘されていた。この点につき、北島洋平ほか「特定デジタルプラットフォームの透明性及び公正性の向上に関する法律の概要」金法二一四三号（二〇二〇年）二六頁以下、経済産業省「特定デジタルプラットフォームの透明性及び公正性の向上に関する法行の施行に向けた論点」（令和二年八月）参照。
- (3) DPF取引透明化法は、全四章二五か条から成る。長谷川・前掲注(2)一六一頁。詳細は、村瀬光ほか「特定デジタルプ

プラットフォームの透明性及び公正性の向上に関する法律に係る政省令および指針の概要」金法二一六〇号（二〇二一年）三二頁以下。同人らのグループによる同趣旨の解説として、村瀬光ほか「特定デジタルプラットフォームの透明性及び公正性の向上に関する法律 政省令及び指針の概要」公正取引八四八号（二〇二一年）三三三頁以下、村瀬光ほか「特定デジタルプラットフォームの透明性及び公正性の向上に関する政省令・指針の解説」法律のひろば二〇二二年五月号五頁以下、山田真由葉ほか「特定デジタルプラットフォームの透明性及び公正性の向上に関する法律のひろば二〇二一年」制度の概要」NB L一一九二号（二〇二一年）四頁以下がある。指針については、梶元孝太郎「特定デジタルプラットフォームの透明性及び公正性の向上に関する法律に関する政省令・指針の解説（一）——指針の解説」NB L一一九三（二〇二一年）三四頁以下を参照。

(4) 羽深宏樹「デジタルプラットフォーム取引透明化法にみるイノベーションガバナンスの在り方」法律のひろば七四巻五号（二〇二二年）四四頁。

(5) 先行研究として、安平武彦「デジタルプラットフォームをめぐる規制の到達点と実務（一）（二）（三・完）」NB L一一九四号（二〇二一年）三三三頁以下、一一九六号（同年）五八頁以下、一一九九号（同年）一〇〇頁以下のほか、岸原孝昌「アプリ事業におけるデジタルプラットフォーム取引透明化法と関連施策に関する考察」法律のひろば七五巻四号（二〇二二年）一六頁以下、宮下佳之「『特定デジタルプラットフォームの透明性及び公正性の向上に関する法律』について」コピーライト七三二号（二〇二二年）三四頁以下、平山・前掲注(1)三四頁以下、増島・前掲注(1)三〇頁以下、羽深・前掲注(4)四四頁以下、伊永・前掲注(1)二九頁以下などがある。

(6) 共同規制という新たな規制手法の意義につき、羽深・前掲注(4)四八頁。

(7) DPF消費者利益保護法の立法経緯は、板倉陽一郎「取引デジタルプラットフォームを利用する消費者の利益の保護に関する法律」の概要と企業対応の要点」ビジネス法務二二巻八号（二〇二二年）一一九頁以下、同「取引デジタルプラットフォームを利用する消費者の利益の保護に関する法律」の制定経緯と概要」自由と正義七二巻一〇号（二〇二二年）一五頁以下に詳しい。DPF消費者利益保護法の意義および解釈上の問題点については、安平武彦「デジタルプラットフォームをめぐる

る規制の到達点と実務(三・完)「NBL一一九九号(二〇二一年)一〇〇頁以下、石井夏生利「取引デジタルプラットフォームの消費者取引における売主の本人確認のあり方」現代消費者法五一号(二〇二一年)二八頁以下、榎本英之ほか「取引デジタルプラットフォームを利用する消費者の利益の保護に関する法律の概要」公正取引八一九号(二〇二一年)五八頁以下、鹿野菜穂子「取引デジタルプラットフォームを利用する消費者の利益の保護に関する法律の意義と残された課題」自由と正義七二卷一〇号(二〇二一年)一〇頁以下など参照。

(8) 全体の経緯については、小早川太伸「特定デジタルプラットフォームの透明性及び公正性の向上に関する法律(令和二年法律第三八号)」自由と正義七一巻九号(二〇二〇年)四〇頁以下、四〇―四一頁に詳しい。DPFに対するルール整備に向けた検討につき、北島ほか・前掲注(2)「金法二二四三号」二二七―二七頁以下。

(9) 北島ほか・前掲注(2)「金法二二四三号」二七頁。その後、有識者会議は取引環境の透明性・公正性確保に向けた具体的な制度設計の選択肢について検討を進め、二〇一九年五月に「プラットフォーム型ビジネスの台頭に対応したルール整備に関するオプシオン」を公表している。

(10) 北島ほか・前掲注(2)「金法二二四三号」二七頁。

(11) 長谷川・前掲注(2)一六一頁、北島ほか・前掲注(2)「金法二二四三号」二七頁。

(12) 公正取引委員会「デジタル・プラットフォームフォーマーの取引慣行等に関する実態調査報告書」(令和元年一〇月三十一日)。

(13) 安平・前掲注(5)「NBL一一九四号」二七―二八頁。

(14) 羽深・前掲注(4)四四頁。

(15) 長谷川・前掲注(2)一七七頁以下。これに続く論稿として、長谷川貞之「デジタルプラットフォーム事業者の法的地位と契約上の責任」日本法学八七巻二号(二〇二一年)三一―一頁以下参照。

(16) 増島・前掲注(1)三二―三三頁。

(17) DPF概念の多義性につき、長谷川・前掲注(2)一四六―一四七頁。

(18) 安平・前掲注(5)「NBL一一九四号」三四頁。

- (19) 増島・前掲注(1)三〇頁。
- (20) 中川丈久「デジタルプラットフォームと消費者取引」ジュリ一五五八号(二〇二二年)四〇頁、四一頁以下。
- (21) 長谷川・前掲注(2)一四七頁以下。
- (22) 二〇二〇年一月の第三回デジタル市場競争会議の決定事項である。北島ほか・前掲注(2)「金法二二四三号」二九頁。
- (23) オンラインモールにつき政令一項の表一号、アプリストアにつき政令一項の表二号参照。詳細は、村瀬ほか・前掲注(3)「金法二二六〇号」三三―三四頁。
- (24) 村瀬ほか・前掲注(3)「金法二二六〇号」四一頁、小川聖史「デジタルプラットフォーム取引透明化法の最新動向と今後の展開」ビジネス法務二二巻七号(二〇二二年)九二頁以下、九三頁、安平・前掲注(5)「NB L二一九六号」五九頁など。
- (25) 安平・前掲注(5)「NB L二一九四号」三五頁注³。
- (26) 安平・前掲注(5)「NB L二一九四号」NB L二一九四号三五注⁵。
- (27) デジタルプラットフォームビジネス全般に共通する法律上の留意点につき、矢田悠||玉川竜太「デジタルプラットフォームを始める際の留意点」ビジネス法務一九巻九号(二〇一九年)一二八頁、一二九頁以下。
- (28) 羽深・前掲注(4)四四頁。
- (29) 伊永・前掲注(1)三五頁。
- (30) 詳しくは、村瀬ほか・前掲注(3)「金法二二六〇号」三六―三八頁、村瀬ほか・前掲注(3)「法律のひろば七四巻五号」七一―七二頁など。
- (31) アルゴリズムという言葉は、現在のイラクのバグダードにおける九世紀の数学者アル・フワーリズミー (Al-Khwārizmī : ca. 780-ca.850) の名前に由来するといわれている。彼がインド数学を紹介したアラビア語の著作『インドの数の計算法』(Kitāb al-Jamā wa'l-Tafrīq bi'l-Hisāb al-Hindī, 八二五年)が一二世紀に『アルゴリトミ・デ・ヌーメロ・インドルム』(Algorithmi de numero Indorum) という題名でラテン語に訳され、西洋に紹介された。この翻訳本は通称『アルゴリトミ』と呼ばれ、五〇〇年にわたってヨーロッパの各国の大学で数学の主要な教科書として用いられた。これがアルゴリズムの

語源の由来となったと考えられている (Panos Louridas, *Algorithms*, MIT Press 2020, 6-7)。アルゴリズムを介して動作するコンピュータプログラムやAIが、多くの取引において用いられており、人間の選択に取って代わる新しい時代の到来を告げている。インターネット上のDPFにも、このようなアルゴリズムやAIなどのコンピュータプログラムが装備されている。今後、アルゴリズムやAIの応用が進むことで、予測や識別などビジネスや日常における諸問題への応用が飛躍的に進化して行くと考えられる。ただ、膨大なデータからアルゴリズムを用いて一定の数値や項目が導かれる場合、アルゴリズムによる決定のプロセスはブラックボックスの状態にあり、アルゴリズムに対する透明性の問題が議論されている (Frank Pasquale, *The Black Box Society: The Secret Algorithms that Control Money and Information*, Harvard University Press, 2016)。また、アルゴリズムやAIはそれらを実行する方法を自律的に決定するが、人間の選択の基礎となる意思とアルゴリズムやAIの自律性は対立することもありうる。人間の意思と異なるアルゴリズムの選択やAI行動により、相手方の損害が生じたとき、その損害を誰に・どのような形で帰属させるどうかは、大きな問題である。多くの文献があるが、差し当たり、福岡真之介編著『AIの法律』(二〇二〇年、商事法務)一四八頁以下、河島茂夫『未来技術の倫理』(勁草書房、二〇二〇年)一〇二頁以下、一八一頁など参照。アルゴリズムと契約につき、Lauren Henry Scholz, *Algorithmic Contracts*, 20 STAN. TECH. L. REV. 128 (2017); Timothy D. Robinson, *A Normative Evaluation of Algorithmic Law*, 23 AUCKLAND U. L. REV. 293 (2017). Michal Gal, *Algorithmic Challenges to Autonomous Choice* (2017), Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2971456>.

(32) 第三回デジタル市場競争会議・配布資料「デジタルプラットフォームの透明性及び公正性の向上に関する法律案の概要」(二〇二〇年一月)参照。 <https://www.kantei.go.jp/jp/singi/digitalmarket/kyosokaiqi/dai3/siryoul.pdf>

(33) 詳細は、梶元・前掲注(3)三五―三八頁。指針の概要については、村瀬ほか・前掲注(3)【金法二一六〇号】四〇頁。

(34) 梶元・前掲注(3)三九頁。

(35) 上杉秋則「デジタル・プラットフォーム事業と優越的地位の濫用規制」国際商事法務四九卷五号(二〇二一年)五八八頁以下、泉水文雄「デジタル・プラットフォームのルール整備と競争政策」公正取引八二二号(二〇一九年)三頁以下、小川聖史「プラットフォームと競争法・競争政策」公正取引八二二号(二〇一九年)一二頁以下など。DPF取引をめぐる議論の概

要につき、長谷川・前掲注(2)一五九―一六二頁、一七七頁以下。DPF全般に共通する法律上の留意点については、矢田・玉川・前掲注(27)一二九頁以下参照。

(36) 別所直哉「プラットフォーム規制とイノベーション」ジュリ一五四五号（二〇二〇年）三九頁。

(37) 北島洋平ほか「特定デジタルプラットフォームの透明性及び公正性の向上に関する法律の概要」Law & Technology 八九号（二〇二〇年）六四頁以下。

(38) 長谷川・前掲注(2)一八〇頁。

(39) 長谷川・前掲注(2)一八一―一八七頁。

(40) DPF消費者利益保護法は、公布日である二〇二二年五月一〇日から一年以内に施行される予定である。

(41) 藤井康次郎・角田龍哉「プラットフォーム事業者側の視点」ジュリ一五四五号（二〇二〇年）三三三頁以下。プラットフォーム事業者の社会的責任につき、松本恒雄「安心で信頼できるプラットフォームのために」情報法制研究七号（二〇二〇年）一頁以下、一―二頁。

(42) 玉川竜太「一（イチ）から始めるデジタルプラットフォームビジネス」法律実務研究三五号（二〇二〇年）一三三頁以下、一三八頁。なお、業法の中には、表示・広告規制について規制対象を自ら商品やサービスを提供する者に限定していないものや（医薬品医療機器等法六六条・六八条、健康増進法三二条）、DPF提供者のような仲介業者に対しても広告規制を及ぼしているものがある（金融商品取引法三七条）。

(43) 個人情報やプライバシーをめぐる法律と実務は、今日激動の最中にある。最近の個人情報保護法の改正につき、村瀬光ほか「個人情報の保護に関する法律等の一部を改正する法律」（令和二年改正）等について「法律のひろば七三卷一〇号（二〇二〇年）四頁以下、佐藤一郎「技術的観点から見た改正個人情報保護法―技術的に将来を見通して」法律のひろば七三卷一〇号（二〇二〇年）一四頁以下、岡田淳ほか「個人情報とは何か―容易照合性、仮名加工情報、仮名加工情報の概念を中心とした考察」NBL一二〇四号（二〇二二年）五〇頁以下など参照。

(44) 植田貴之「クラウドサービスでのデータ利活用に係る規定」ビジネス法務二一巻八号（二〇二一年）三一頁以下、三二頁。

- (45) 大坪くるみ「プライバシーポリシー作成・審査の際の着眼点」ビジネス法務二二巻八号（二〇二二年）三五頁以下。
- (46) 渡邊涼介ほか編著『デジタルプラットフォームの法律問題と実務』（青林書院、二〇二二年）八一〇頁、玉川・前掲注(42)一四二頁。
- (47) 渡邊ほか編著・前掲注(46)二八三頁以下、二九二―二九六頁、三二二頁以下「石田健」。
- (48) 渡邊ほか編著・前掲注(46)三〇四頁、三一頁以下「石田健」。
- (49) 玉川・前掲注(42)一四一―一四二頁、一五九頁注15。
- (50) 公取委が事件処理をすることによって形成される可能性のある規範は、行為者にとって相対的に緩やかな規範であるとの指摘がある。白石忠志「行為者に有利な事件処理による独禁法上の規範形成」中山信弘編集代表／中里実編『政府規制ソフトウェア』（有斐閣、二〇〇八年）一四五頁以下、一五九頁。しかし、その妥当性や有効性をめぐる議論は、十分に理論的な検討がなされたとはいえない状況にある。瀧澤紗矢子「企業結合規制における問題解消措置を通じたソフトウェア形成に関する一考察」中山信久編集代表・中里実編『政府規制とソフトウェア』（有斐閣、二〇〇八年）一二二頁以下、一二一―一二三頁、泉水文雄「企業結合規則における救済措置の設計と手続のあり方」日本経済学会年報二四号（二〇〇三年）七五頁以下。DPFの市場における優越的地位と市場経済との関係について、武田邦宣「デジタルプラットフォームの市場分析」公正取引七七九号（二〇一五年）一九頁以下。
- (51) 詳しくは、渡邊ほか編著・前掲注(42)三二七頁、三三一頁以下。
- (52) 玉川・前掲注(42)一四八頁。
- (53) 詳しくは、玉川・前掲注(42)一四七―一四八頁。
- (54) 玉川・前掲注(42)一五〇頁。詳しくは、戸嶋浩二「ライドシェア・カーシェア規制の論点」NBL一〇九七号（二〇一七年）三〇頁以下。
- (55) 資金稼働業の登録にあたっては、利用者保護の観点から、買主から預かっている金額以上履行保証金の供託（最低一〇〇〇万円。資金決済法四三条、同施行令一四條）のほか、安全管理措置（同法四九條）や利用者の本人確認（犯罪収益移

転防止法二条二項三〇号、四条)などが求められる。玉川・前掲注(42)一五一―一五三頁。

(56) インターネットの普及と決済サービスの動向につき、宮居雅宣『決済サービスとキャッシュレス社会の本質』(金融財政事情研究会、二〇二〇年)二頁以下、四五―九四頁。

(57) 詳しくは、長谷川・前掲注(2)一八八頁。

(58) 経済産業省「電子法取引及び情報財取引に関する準則」(二〇一八年七月)七三頁。

(59) 本裁判例では、モールの運営者は商標権侵害の事実を知ったときから八日以内に侵害商品を削除しており、損害賠償責任を否定された。玉川・前掲注(42)一四四頁。詳しくは、長谷川・前掲注(2)一八九頁。

(60) 詳細は、渡邊ほか編著・前掲注(46)一七八―一八〇頁「梅本大祐」。

(61) 前田泰「プロバイダ法改正の意義―プラットフォーム事業者の責任の観点から―」群馬大学社会情報学部研究論集二九卷(二〇二二年)一頁以下、三頁、神田知宏『インターネット削除請求・発信者情報請求の実務と書式』(日本加除出版、二〇二二年)五一頁。これまでの情報開示請求の利用状況につき、町村泰貴「プロバイダ責任制限法施行後の状況(上)(下)」*Law & Technology* 二二号(二〇〇四年)二〇頁以下、二三号(二〇〇四年)五四頁以下、大村真一「プロバイダ責任制限法の概要―法の概要と制定一〇年後の検証の概要」堀部政男監修『プロバイダ責任制限法 実務と理論―施行一〇年の帰責と展望―』別冊NBL一四一号(二〇二二年)一三頁以下など参照。

(62) 平成二三年の省令改正により「インターネット接続サービス利用者識別符号」および「SMカード識別番号」を、平成二七年の省令改正により「ポート番号」を、令和二年省令改正により「発信者の電話番号」を、それぞれ発信者情報に追加している。

(63) 今回の法改正のための検討作業は、総務省の「発信者情報開示の在り方に関する研究会」で行われた。そのため、同研究会の「最終とりまとめ」が改正法の趣旨を知るための第一次資料である。改正法成立に至る経緯と改正法の概要については、高田裕介ほか「『プロバイダ責任制限法の一部を改正する法律』(令和三年改正)の解説」NBL二二〇一号(二〇二二年)四頁以下、高田裕介ほか「『プロバイダ責任制限法の一部を改正する法律』(令和三年改正)について」コピライト七二六号

- (二〇二二年) 三四頁以下、曾我部真裕「改正プロバイダ責任制限法の概要と成立の背景・経緯」『ビジネス法務二二卷八号』(二〇二二年) 八一頁以下、佐々木奏「新しい裁判手続を創設！プロバイダ責任制限法の改正」『企業会計七三卷九号』(二〇二二年) 一三四頁以下、成原慧「媒介者責任の再検討—プロバイダ責任制限法改正および関連する取組みの意義と課題」『法セミ八〇三号』(二〇二二年) 四五頁以下、奥田健斗「新法令紹介」『自由と正義七二卷一号』(二〇二二年) 五四頁以下など。
- (64) 清水洋平Ⅱ中澤祐一「新たな裁判手続—『発信者情報開示命令事件』の概要と活用方法」『ビジネス法務二二卷八号』(二〇二二年) 八九頁以下。
- (65) 清水陽平「開示請求の対象拡大—電話番号・ログイン型投稿の追加」『ビジネス法務二二卷八号』(二〇二二年) 八四頁以下。
- (66) 長谷川・前掲注(15)三三八頁。
- (67) 前田・前掲注(61)五頁、前田泰「匿名で取引するシステムの提供する者の責任—履行請求権の視点から」『群馬大学社会情報学部研究論集二八卷』(二〇二二年) 九九頁、一一八頁以下。
- (68) 長谷川・前掲注(15)三三八頁以下、三四〇頁。インターネット検索を管理運営する検索事業者に対して検索結果(例えば、犯罪歴や忌まわしい過去など)の削除を求めて争われる近時の裁判例については、内田貴「インターネットにおける検索結果の削除について—『情報流通基盤』を考える視点」(中田裕康先生古稀記念)『民法学の継承と展開』(有斐閣、二〇二二年) 七〇九頁以下に詳しい。
- (69) 渡邊ほか編著・前掲注(46)一六二頁「渡邊涼介」。
- (70) 有馬優人「免責条項の有効性・有用性の考察と有事対応のポイント」『ビジネス法務二二卷八号』(二〇二二年) 一三三頁以下、二四頁。
- (71) 詳細は、消費者庁ウェブサイト「消費者契約法逐条解説」(平成三二年二月) 一六二頁。
- (72) 有馬・前掲注(70)二四頁。
- (73) 詳しくは、須藤希祥「サルベージ条項をめぐる議論の最新動向と対応」『ビジネス法務二二卷八号』(二〇二二年) 二八頁以下。

- (74) 須藤・前掲注(73)二八―二九頁。
- (75) 須藤・前掲注(73)二九頁。
- (76) 山下友信「定型約款」安永正昭ほか監修『債権法改正と民法学Ⅲ契約(二)』(商事法務、二〇一八年)一三七頁以下。
- (77) 大村敦志『消費者法「第四版」』(有斐閣、二〇一一年)二〇〇頁。
- (78) 吉川翔子「改正民法関連規定から検討する有効な『同意取得』方法とは」『ビジネス法務二二卷八号(二〇二一年)一二頁以下、一三頁。
- (79) 渡邊ほか編著・前掲注(46)三七九頁「今村敏」。定型約款の例としては、インターネットを通じた物品売買における購入約款やインターネットオークションの利用契約、インターネットオークションの利用規約が挙げられる。この点につき、筒井健夫Ⅱ村松秀樹『一問一答 民法(債権関係)改正』(商事法務、二〇一八年)二四三頁以下、村松秀樹Ⅱ松尾博憲『定型約款の実務Q&A』(商事法務、二〇一八年)五〇頁。
- (80) 渡邊ほか編著・前掲注(46)八七頁「梅本大祐」。みなし合意からの除外規定の立法趣旨については、山下・前掲注(76)一三七頁以下に詳しい。
- (81) 筒井Ⅱ村松・前掲注(79)二五二頁、村松Ⅱ松尾・前掲注(79)九二頁。
- (82) 山下・前掲注(76)一五二頁。
- (83) 山下・前掲注(76)一五二頁。改正民法五四八条の二第二項の提案の変遷については、森田修「約款規制―制度の基本構造を中心に(その三)」法教四三四号(二〇一六年)八五頁以下参照。
- (84) 【部会資料八六一―二】三頁。四つの最高裁判例の概括的な検討につき、山下・前掲注(76)一五七―一六二頁。
- (85) 山下・前掲注(76)一五二頁。山本敬三「改正民法における『定型約款』の規制とその問題点」消費者法研究三号(二〇一七年)三二頁以下、六二頁は、五〇年を超えるこれまでの約款法学の成果をあげて無視した構成であり、二項は何か合意したものとみなされないかについて何の基準も示されていないと批判的である。山本豊「改正民法の定型約款に関する規律について」深谷格Ⅱ西内祐介編著『大改正時代の民法学』(成文堂、二〇一八年)三七七頁以下、四〇三頁は、二項につき

時計の針を数十年巻き戻したような意味合いをもつ規定という。

- (86) 山下・前掲注(76)一六六頁。
- (87) 法務省民事局参事官室『民法(債権関係)の改正に関する中間試案の補足説明』(平成二五年四月)三七三頁。民法部会
の審議につき、森田修「約款規制―制度の基本構造を中心に(その四)」法教四三五号(二〇一六年)八八頁以下、八八―
八九頁、山本(豊)・前掲注(85)四一七―四二五頁など参照。
- (88) 筒井〓松村・前掲注(79)二六〇頁。
- (89) 清水真希子「ソフトロー―民事法のパススペクティブ(二)―」阪大法学六七卷六号(二〇一八年)一三四一頁以下。ソ
フトローに関する主な参考文献につき、同論文一三六五―一三七八頁の「文献目録」参照。
- (90) 森田果「ソフトローの基本概念」自由と正義六七卷七号三五頁以下、三六一―三七七頁。
- (91) 清水真希子「規範の形成とエンフォースメント―ハードローとソフトローの相対化のための枠組み―」河上正二〓大澤彩
編著『人間の尊厳と法の役割』(廣瀬久和先生古稀記念)(信山社、二〇一八年)四八九頁以下、四九八頁。
- (92) 小塚壮一郎「通信・放送分野におけるソフトロー」自由と正義六七卷七号(二〇一六年)五三頁。
- (93) 加賀見一彰「ハードローからソフトローへの権限移譲」中山信弘編集代表/藤田友敬編『ソフトローの基礎理論』(有斐
閣、二〇〇八年)一九五頁以下、一九七頁。
- (94) 藤田友敬「ソフトローの基礎理論」ソフトロー研究二三号(二〇一三年)一頁以下、一二頁。
- (95) 清水(真)・前掲注(91)四九一―四九二頁。併せて、清水真希子「民事におけるソフトロー」法セミ七七六号(二〇一九
年)三〇頁以下参照。
- (96) 森田(果)・前掲注(90)三九―四〇頁。
- (97) 森田(果)・前掲注(90)四〇頁。
- (98) 松本恒雄「消費者政策におけるソフトローの意義と限界」自由と正義六七卷七号(二〇一六年)四九頁以下、五二頁、松
本・前掲注(41)二頁。

- (99) 藤田（友）・前掲注(94)六一―七頁。
- (100) 藤田（友）・前掲注(94)七頁。
- (101) 中里実「国家による介入とその手法―国家、市場、法の関係」中山信弘編集代表／中里実編『政府規制とソフトロー』（有斐閣、二〇〇八年）一一頁以下、一五―一六頁。
- (102) 中里・前掲注(101)一六頁。
- (103) 藤田友敬「ハードローの影のもとでの私的秩序形成」中山信弘編集代表／藤田友敬編『ソフトローの基礎理論』（有斐閣、二〇〇八年）二二―二七頁以下、二二―二九頁。
- (104) 神田秀樹「市場取引とソフトロー」ソフトロー研究二三号（二〇一四年）二九頁、三〇頁以下、岩村正彦「ソフトロー・プロジェクトの一〇年」ソフトロー研究二三号（二〇一四年）四一頁、四二頁以下など参照。
- (105) 中里・前掲注(101)二四頁、二七頁、三一頁。
- (106) 神田・前掲注(104)三七頁。同様の指摘として、清水（真）・前掲注(95)三一―三三頁。
- (107) 森田（果）・前掲注(90)三七頁、神田・前掲注(104)三四―三六頁。これに関連して、振替法に基づく日本証券業協会の解釈指針につき、神田・前掲注(104)三五―三六頁。
- (108) 小塚壮一郎「形成主体の側から見たソフトロー―ソフトローを形成する『団体』」中山信弘編集代表／藤田友敬編『ソフトローの基礎理論』（有斐閣、二〇〇八年）一〇二頁以下、一〇四頁。
- (109) 森田（果）・前掲注(90)三九頁。
- (110) 松本・前掲注(98)四九頁。
- (111) 松本・前掲注(98)五〇頁。
- (112) 松本・前掲注(98)五一頁。
- (113) 小塚・前掲注(92)一一二頁、小塚壮一郎「通信・放送分野におけるソフトロー」自由と正義六七卷七号（二〇一六年）五三頁以下、五四頁。

- (114) 小塚・前掲注(92)一一四―一一五頁。
- (115) 小塚・前掲注(113)五六頁。
- (116) 小塚・前掲注(113)五八頁。
- (117) 高橋真弓「ソフトローとしてのコーポレートガバナンス・コードとスチュワードシップ・コード」自由と正義六七巻七号(二〇一六年)四二頁以下。
- (118) 小塚・前掲注(92)一一一頁。
- (119) 国際商事法におけるソフトローの機能ないし役割については、ヘンリー・D・ゲイブリエル／木戸茜(訳)「普遍的なソフトロー原則の展開」北法六五巻二号(二〇一四年)三六二頁以下、長沼健「国際商取引におけるソフトローの形成とその循環モデルについて」同志社商学七〇巻一号(二〇一八年)六五頁以下、神田・前掲注(104)三七頁以下など参照。
- (120) 詳しくは、タン・ミッシェル「ソフト・ローと消費者利益の増進―規格(standards)を中心に」帝塚山法学一五号(二〇〇七年)一三六頁以下。併せて、濱野恵「【EU】オンラインプラットフォームの公平性・透明性向上に関する規則」外国の立法二八一号(二〇一九年)四頁以下参照。
- (121) ミッシェル・前掲注(120)一三八頁以下、谷みどり「製品安全のソフトロー」四六九頁以下、四七五―四七六頁。
- (122) 長谷川・前掲注(15)三三八頁以下。DPFの組成において実務上問題となりうる事項につき、斉藤友紀ほか『ガイドブックAI・データビジネスの契約実務』(商事法務、二〇二〇年)、一五六―一八二頁、二四二―二六〇頁(利用規約の例)参照。
- (123) 長谷川・前掲注(15)三三八頁。
- (124) 詳しくは、長谷川・前掲注(15)三三九頁。契約当事者の一方の側に複数の者が関与する場合の法律関係については、従来の伝統的な法律行為概念によっていたのでは捉えられないものがある。最近の論考にもこの点に注目するものがあるが、伝統的概念から脱却するものではない。山城一真「共同型の法律行為について」〈中田裕康先生古稀記念〉『民法学の継承と展開』(有斐閣、二〇二二年)一三九頁以下、後藤卷則「改正民法における合意をめぐる攻防」同書三三五頁以下など参照。
- (125) 長谷川・前掲注(15)三三九―三四〇頁。

(126) 長谷川・前掲注(15)三四〇頁。

(127) 長谷川・前掲注(15)三四〇頁。

(128) 長谷川・前掲注(15)三四一頁。

国際私法における例外条項の発動基準について

——若干の比較立法的考察——

徐 瑞 静

一 はじめに

法が目的とする法的安定性（予測可能性）と具体的妥当性（正義）の両者は、一見、前者を重視すれば、後者が後退し、また、後者の重視は前者の後退をもたらす関係にあるように理解される。しかし、両者とも重要な法の目的であり、両者が調和をもつて確保されることが現代法における要請である。確かに、現代法の精緻化に向けた努力を背景として、その実現が必ずしも不可能ではないという認識も深まっているように見られる。¹この点については、実質法のレベルに止まらず、国際私法のレベルにおいても同様である。端的に言えば、国際私法の目的は涉外的要素を有す

国際私法における例外条項の発動基準について（徐）

る私法関係の準拠法を決定することにあるから、そこでの法的安定性とは、明確な国際私法規則の定立により準拠法が決定されることによつて確保される予測可能性であり、他方、具体的妥当性とは、一定の国際私法規則を機械的に適用するに止まらず、個別の事案の内容を考慮し、時には、不相当と見られる解決をもたらず本来の準拠法(原則的準拠法)の適用を退けることにより、事案に即した好ましい解決(正義)をもたらず準拠法を選定することである。一九六〇年代頃、アメリカ国際私法が徹底して具体的妥当性を追求した抵触規則を導入したことに触発され、とくに西欧諸国を中心として、法的安定性の確保に腐心してきた大陸型国際私法が、従来通りの法的安定性を維持しながらも、解決の具体的妥当性を確保できる国際私法規則の定立を模索し始めてからすでに久しい。この小稿において論じられる例外条項 (escape clause, clause d'exception) をめぐる論議も、さして新しいものではない。原則的準拠法に対し、一定の場合に例外的準拠法を適用するという例外条項の基本的な考え方の始原を辿れば、一九一三年ないし一九一四年からのウィーン国際私法草案第一六条にその原型を見出すことができると言われており、同条は、同草案第一三條ないし第一五條の諸規定について、「個々の事件の状況から、それらの法律ではなく、他の法律が法律関係の合理的な調整に調和することが明らかなきときは、当該他の法律が適用されなければならない。」と規定していた。^② この規定は、債務の準拠法のみを対象とするものであり、一般例外条項ではなかったが、その問題性の本質をよく表現している。その後、一九八七年に、スイス国際私法がそれを規定して以来、スイス及びドイツにおいて活発に論じられ、その一方、一九七八年のオーストリア国際私法第一條も一般例外条項の先駆けであると言われている。^③ 現在も継続している大陸型国際私法の改正ないし法典化が目指しているのは、従来のように明確で、かつ、柔軟性をも具えた国際私法規則であり、例外条項もその範疇に属している。^④

国際私法の柔軟化は、従来の規則の枠組みの中においても、弾力的な解釈及び運用により、多様な形での試みがなされている。それらとして、例えば、法律関係の性質決定、公序条項や反致条項の積極的な活用のほか、本国法の確定における実効的国籍の理論、また、先決問題の準拠法の決定におけるいわゆる折衷説等も、国際私法規則の柔軟化のための理論として理解することができ⁵⁾。改革の成果として、単一的連結の規則によって占められていたかつての国際私法から脱却して、多元的連結の規則を汎用する国際私法へと改変したことや、一定の実質的利益の確保を目した選択的連結の規則や強行規定の特別連結の規則を採用したこと等、精緻な規則が導入されている。この小稿がテーマとする例外条項もまた、原則的準拠法の適用に代えて、解決の具体的妥当性を確保するための方策に法的根拠を提示することになる点において、国際私法の柔軟化のために機能する抵触規則をその内容とするものであり、しかも、国際私法規則の柔軟化が進む中であって、柔軟化の象徴とも言える規則である。しかしながら、例外条項が、原則的準拠法を排してまで援用されるべき場合とはどのような場合であるのか、換言すれば、例外条項の発動基準については、必ずしも十分に明確であるとは言えない。法的安定性をも保持しながら柔軟性をも顧慮しようとする立場においては、まさに、柔軟な規則の発動基準を明確にすることが喫緊の課題である。この小稿の目的は、内外国の立法及び学説を概観することを通じて、そのような課題への接近を試みることにある。なお、例外条項と同一の概念及び機能を有する規定として、ドイツ国際私法学においては回避条項 (Ausweichklausel) という語句が定着しており、この小稿においてもそれに倣っている。

二 「法の適用に関する通則法」中の例外条項

(1) 法定債権の原則的準拠法

「法の適用に関する通則法」(平成一八年法律第七八号。以下、「法適用通則法」という。)においては、国際私法総則としての例外条項(一般例外条項)は置かれていない。しかし、特定の法律関係に関わる例外条項(特別例外条項)として、法定債権に関する抵触規定中にそれらを見ることが出来る。事務管理及び不当利得の準拠法に関する第一五条、及び、不法行為に関する第二〇条がそれらである。

まず、それらの法律関係の原則的準拠法として、事務管理及び不当利得に関しては、それらによって生じる債権の成立及び効力の原則的準拠法について、第一四条がそれらの原因事実発生地法を規定している。但し、他に明らかにより密接な関係がある地がある場合には、例外的準拠法として、当該他の地の法による第一五条が新設され、それが例外条項であるとされるものである。^⑥一方、不法行為に関しても、不法行為一般については、第一七条が、それによって生じる債権の成立および効力の原則的準拠法について、結果発生地法、または、結果の発生が通常予見できない場合には、加害行為地法の適用を規定している。特別規定の一つとして、生産物責任による債権の成立および効力の原則的準拠法については、第一八条が、被害者が生産物の引渡しを受けた地の法、または、その地における生産物の引渡しが通常予見できなかった場合には、生産業者等の主たる事業所の所在地法(生産業者等が事業所を有しない場合には、その常居所地法)の適用を規定している。今一つの特別規定として、名誉または信用の毀損による債権の成立及び効力の原則的準拠法については、第一九条が、被害者の常居所地法(被害者が法人その他の社団または財団の場合

には、その主たる事業所所在地法⁽²⁾の適用を規定している。

(2) 法定債権の例外的準拠法

例外条項とされるのは、次の諸規定である。すなわち、第一五条は、「前条の規定にかかわらず、事務管理又は不当利得によつて生ずる債権の成立及び効力は、その原因となる事実が発生した当時において当事者が法を同じくする地に常居所を有していたこと、当事者間の契約に関連して事務管理が行われ又は不当利得が生じたことその他の事情に照らして、明らかに同条の規定により適用すべき法の属する地よりも密接な関係がある他の地があるときは、当該他の地の法による。」と規定し、また、第二〇条も、「前三条の規定にかかわらず、不法行為によつて生ずる債権の成立及び効力は、不法行為の当時において当事者が法を同じくする地に常居所を有していたこと、当事者間の契約に基づく義務に違反して不法行為が行われたことその他の事情に照らして、明らかに前三条の規定により適用すべき法の属する地よりも密接な関係がある他の地があるときは、当該他の地の法による。」と規定をしている。

第一五条及び第二〇条に共通して、法適用通則法が例外条項の発動基準として設定している要件を整理すれば、次の通りである。すなわち、①原因事実発生の当時（第一五条）、ないし、不法行為の当時（第二〇条）の当事者が同一常居所地を有すること、②当事者間の契約に関連して事務管理が行われ又は不当利得が生じたこと（第一五条）、ないし、当事者間の契約に基づく義務に違反して不法行為が行われたこと（第二〇条）、そして、③明らかに原則的準拠法の属する地よりも密接な関係がある他の地があることである。そして、それらの要件が満たされる場合に適用される準拠法、すなわち、例外的準拠法は、①の場合には、当該同一常居所地法であり、②の場合には、契約準拠法であり、そして、③の場合には、原則的準拠法と比べて、より密接な関係がある他の地の法である。なお、これら①、②、③

の全体における相互の関係については、①及び②の何れかに当たる場合であっても、それによって直ちに当該法が準拠法とされるわけではなく、そのような事情に照らして、その地が第一四条、第一七条ないし第一九条によって指定された地よりも明らかに密接な関係があるとされることが必要であると指摘されている⁽⁷⁾。また、①及び②との間の関係においては、一般的な社会関係である①よりも、特別な社会関係である②の方が当事者の帰属意識が高く、当事者は後者とより緊密な帰属関係に立つと考えられている⁽⁸⁾。また、条文化の過程において、当事者間の「法律関係」が「契約」の範囲に特定されることについて、「法律関係」の典型的な場合としての契約が例示されたに過ぎない可能性も指摘されている⁽⁹⁾。

(3) 例外条項の発動基準に関する学説

法適用通則法に一般例外条項が置かれていない現行法を反映して、学説における例外条項に関する論議も、法適用通則法第一五条及び第二〇条との関連において論じられている。それらの論議は、凡そ、次のように整理することができる。すなわち、事務管理又は不当利得の原因となった事実の発生当時ないし不法行為の当時、「当事者が法を同じくする地に常居所を有していたこと」、及び、「当事者間の契約に基づく義務に違反して不法行為が行われたこと」が発動事由の要素として例示されており、「事情に照らして」、「明らかに」、「より密接な関係がある他の地があるとき」、当該他の地の法によるべきであり、その場合に、(i)二つの事由の有る無しに拘わらず、ともかくも、「より密接な関係がある他の地」ということが優先されるべきと考える立場、換言すれば、それら二つの事由を単なる例示と考える立場⁽¹⁰⁾に対して、(ii)それら二つの事由の何れかがあれば、特に列挙されているそれぞれの事由における密接関連性の蓋然性を顧慮し、原則的準拠法よりもより密接関連性があるとして、可及的に、それに基づいて例外的準拠法を適

用すべきと考える立場^⑪とに学説は分かれており、そして、それら二つの事由とも存在するときは、契約準拠法への附従的連結の方が優先することも大方の認めるところである^⑫。また、後者における契約は、それに限定されることなく、身分関係上の義務などもそれに相当する密接な社会的関係であるとして弾力的な解釈の必要性も指摘されている^⑬。しかし、考慮されるべき「諸般の事情」については、必ずしも明瞭ではなく、^⑭「より密接な関係」の有無についても、明確な判断基準は確立されていないように思われる^⑮。

三 外国国際私法立法中の例外条項

(1) 総説

法例は、平成元年法律第二七号によって大きな改正が加えられた。同じ一九八〇年代頃から、西欧諸国を中心とする諸外国の国内法である国際私法の改正ないし法典化も活発になっていった。それらの新立法には、法適用通則法と同様の特別例外条項を有するほか、一般例外条項を導入しているものも少なくない。ただし、それらの条項を子細に比較すれば、必ずしも同一の表現が採用されていないため、異なる法文化及び伝統を背景とする解釈問題に直面せざるをえない^⑯。しかしながら、法適用通則法第一五条及び第二〇条における「より密接な関係法」の意義のよりの確な理解のために有益であると考えられるので、以下において、諸外国の立法例について概観することとしたい。

まず、理念において、一般例外条項の先駆けとなった規定として見られているのが前出一九七八年のオーストリア「国際私法に関する連邦法（国際私法典）」第一条である。その第一項は、「外国との関連性を有する事実関係は、私法

の点について、最も強い関係が存在する法秩序に従って判断される。」とし、その第二項は、「この連邦法に含まれた準拠法秩序についての個別規則(送致規定)は、この原則の表現とみなされるべきものである。」と規定している¹⁷⁾。そこにおいては、最密接関連法と同義と見られる「最も強い関係(stärkste Beziehung)が存在する法」が一貫して適用されるべきことが規定されている。同様の規定は、ブルガリアの「国際私法に関する法典」第二条第一項にも置かれるに至っている¹⁸⁾。それに対して、一九八七年に成立したスイスの「国際私法に関する連邦法」第一条第一項は、「本法が送致する法は、全体の事情により、事実関係が同法と僅かの関係のみを有するが、他の法とははるかにより密接な関係を有することが明らかであるときは、例外的に適用されない。」として、端的に、原則的準拠法の適用が排除され、例外準拠法が適用されるべき場合について規定している¹⁹⁾。この例外条項が発動されるのは、全体の事情に照らし、(i)原則的準拠法が事実関係と僅かな関係しか有しないこと、かつ、(ii)他に事実関係とはるかにより密接な関係を有する法が存在することの二つである。「より密接な関係を有すること」の具体的な内容については、同項は何ら言及していない。なお、同条第二項は、当事者による法選択(当事者自治)が行われるときは、前述の要件に該当する場合であっても、例外条項の発動の対象とならないこと、すなわち、当事者意思の尊重が密接関連性に優先する立場が規定されている。例外的準拠法については、それが「事実関係とより密接な関係を有する法」であることを推定することができる。

(2) 近時の立法例

近時、一般例外条項を導入した立法例には、前記スイス国際私法第一五条第一項の規定に全面的に従っているものが少なくない。例えば、カナダ・ケベック州民法典(一九九一年)第三〇八二条²⁰⁾、スロベニアの「国際私法及び手続

に関する法律」(一九九九年)第二条第一項、二〇〇一年の大韓民国国際私法第八条第一項も同様である。⁽²²⁾ また、リトアニア民法典(二〇〇〇年)第一条の一二第三項前段も、「準拠法が法律問題又は法律問題の一部との如何なる関連性も呈示せず、かつ、他の何れかの国家の法が最も密接な関連性を呈示するとき」としている点を除いて、スイス国際私法と同様であり、ウクライナの「国際私法に関する法律」(二〇〇五年)第四条第三項、⁽²³⁾ マケドニア共和国から国名を変更した北マケドニアの「国際私法に関する法律」(二〇〇七年、二〇一〇年改正)第三条第一項、⁽²⁴⁾ オランダの民法典第一〇編(二〇一一年)第八条第一項、⁽²⁵⁾ 二〇一四年に公布されたモンテネグロの「国際私法に関する法律」第八条、⁽²⁶⁾ 二〇一四年の「アルゼンチン共和国国民商法典」中の第二五九七条、⁽²⁷⁾ ハンガリーの「国際私法に関する法律」(二〇一七年)第一条第一項も同様である。⁽²⁸⁾

また、基本的にスイス国際私法第一五条第一項の立場に従いながら、多少の異なる規定を設けている立法例も見られる。例えば、チュニジアの「国際私法の公布に関する法律」(一九九八年)第三八条第二項は、「抵触規則によって指定されない法が、当面の法的関係と密接な関連性を有すること、及び、追及された目的を考慮し、当該法の適用が不可欠であることが明白であるときは、裁判官はその法の規定に効力を与える。」と規定している。⁽²⁹⁾ また、二〇〇四年のベルギー国際私法第一九条第一項第一文は、スイス法に倣っているが、同項第二文は、第一項の適用において考慮されるべき点として、「準拠法の予見可能性の要請」及び「係争関係の形成当時に関係した国家の国際私法規則に従って合法的に形成された情況」⁽³⁰⁾ が挙げられており、後者は、外国において取得された「既得権」の理論を表現していると言われている。⁽³¹⁾ 第一項が適用されない場合として、第二項は、「当事者による準拠法選択の場合」及び「準拠法の指定が同法の内容に根拠を置くとき」を挙げている。それらのうち、前者は、多くの立法例と同様に、最密接

関連性の原則に対して、当事者の意思の尊重を優先させる規定であるが、後者は、当該原則に対して、実質法上の一定の利益保護の政策を優先させる規定である。³³ さらに、ルーマニアの民法典(二〇一一年)第二五六五条第一項もスイス法と同様である。但し、同条第二項は、「第一項の規定は、人の民事上の身分又は能力に関する法律の場合、並びに、当事者が準拠法を選択した場合には適用されない。」として、それらの法律関係を第一項の適用の対象から除外している。³⁴ さらに、また、モナコの「国際私法に関する規定」(二〇一七年)第二六条の規定は、スイス法にほぼ一致しているが、その第一項が本来の準拠法との比較の対象としているのは、「モナコ法又は他の法」であり、例外的準拠法も、「モナコ法又は当該他の法」である。³⁵ そして、二〇一七年に成立したクロアチアの「国際私法に関する法律」第一条第一項の内容も、スイス法におけるそれと同様であるが、その適用の例外事由として、当事者による法選択のほか、「一定の法への送致により、一定の実質法上の効果を達成することが目的とされるとき」が規定されている。³⁶ これは、有利性の原則が働く場合を意味しており、それらの原則の趣旨の実現が優先されている。³⁷

さらに、スイス法と異なる発動基準を定めている立法例も見られる。例えば、アメリカ・ルイジアナ州民法典(二九九一年)第三五一条第一項は、「本編において別段に定められた場合を除き、他の州(国家)との関連性を有する事件における問題は、その法律がその問題に適用されなかったならば、政策が最も深刻に侵害されることとなる州(国家)の法律によって支配される。」と規定しており、例外条項の発動基準となる当該他州(国家)の関連政策の強度及び適正については、当事者及び争点に対するそれぞれの州(国家)の関連性(同条第二項第一号)と当事者の正当な期待を支える政策、及び、当事者が当該州(国家)の法律によって規律されないことにより当該正当な期待を侵害しない政策ないし要求(同項第二号)が挙げられている。³⁸ また、チェコの「国際私法に関する法律」(二〇一二年)第

二四条第一項は、枠組みの点において、スイス法を模範としているが、それが定める例外規定の発動基準は異なっており、「本法の規定に従って適用される法秩序は、事件の全ての状況が考慮され、かつ、特に、関与者の根拠のある期待に従えば、指定された法秩序それ自体の適用が不適当に見え、又、存在する法律関係の合理的で公正な規則に反するとき、例外として、援用されないことができる。そのような条件の下に、かつ、第三者の権利が関係しないときは、適用が当該規則に適う法秩序が適用されるものとする。」と規定している³⁹。例外条項の発動の基礎となるのは、事件の全体的状況に加えて、関係者の根拠のある、換言すれば、正当な期待であり、発動の基準となるのは、原則的準拠法の適用が不相当であること、または、当面の法律関係についての合理的かつ公正な規則に反することである。そこにおいては、最密接関連性の原則を援用した表現は見られない⁴⁰。そして、例外的準拠法は、第三者の権利を侵害することがないことを前提として、適用することが「合理的かつ公正な規則」に適う法である。その一方、同条第二項においては、抵触規則が欠缺する場合には、補充的に、最も密接な関係を有する国家の法の適用が規定されている。しかし、その場合にあっては、それに優先するのは、当事者による準拠法の選択である。さらに、二〇〇九年のアメリカ合衆国オレゴン州の「不法行為抵触法」においては、一般原則として、被害者と加害者とが同一の州に住所を有していたか否かを基準として場合分けをして、適用されるべき法が決定される（第八七五条第二項）。しかし、原則的準拠法の適用が、「法の目的を提供しないことを証明する場合」（同条第三項a号）、及び、それ以外の州の法が、「より適切であることを証明した場合」（同条第四項）には、当該他の州の法が適用される⁴¹。これらを例外条項であると理解すると、「より密接な関係があること」を例外条項とする諸国立法例とは大きくその発動基準を異にしていると言うことができる。

その他、一九九八年の「ジョージア国際私法に関する法律」は、一般例外条項を有しないが、その第四二条は、不法行為について、第一項において、「被害を受けた者にとってより有利である国の法律」を原則的準拠法の一つとしながら、第二項において、加害者と被害者とは損害発生の時常居所を有した国の法律を優先適用することを規定している。⁽⁴²⁾ ドイツ民法施行法においては、「契約外債務関係及び物についての国際私法のための法律」(一九九九年) 第四一条第一項が、「第三八条ないし第四〇条第二項に従って基準となる法よりも、何れかの国家の法と本質的に密接な関連性が存在するときは、その法が適用されるべきものとする。」と規定しており、同条第二項が「本質的により密接な関連性」として挙げるのは、「債務関係と関連する当事者間の個々の法的関係又は事実関係」、または、「法的に重要な出来事の時地の同一国における両当事者の常居所」である。⁽⁴³⁾ 物権についても、第四三条(物に対する権利)、第四四条(不動産侵害)、第四五条(輸送手段に対する物権)との関連においては、第四六条が、「何れかの国家の法と本質的により密接な関連性が存在するとき」を例外として規定している。⁽⁴⁴⁾ また、エストニアの「国際私法に関する法令」(二〇〇二年) 第五二条第一項は、契約外債務について、例外的連結事由とされる「密接な関連性を有する法」を規定し、第二項が、具体的に、①当事者間の法律関係又は事実上の関係、及び、②当事者の居所が同一国家にあるという事実を例示している。⁽⁴⁵⁾ さらに、ブルガリアの「国際私法に関する法典」(二〇〇五年) 第一〇五条が、不法行為について、同一常居所地法の優先を規定したうえで(第二項)、「より密接な関係」は、例えば、「契約のように、当事者間の先行する関係」と規定している(第三項)⁽⁴⁶⁾。さらに、また、二〇〇七年に改正されたトルコの「国際私法及び国際民事訴訟法に関する法律」も、一般例外条項を置いていないが、不法行為について、他の地とより密接な関連性を有するとき、当該他の地の法の適用を規定している(第三四条)⁽⁴⁷⁾。二〇一一年に改正された中華民国の「涉外民事法律

適用法」第二五条も同様である。⁽⁴⁸⁾ それに対して、同年に可決された中華人民共和国「涉外民事関係法律適用法」第44条は、例外的準拠法について、端的に、共通常居所地法を規定している。⁽⁴⁹⁾ 同年の東ティモール民法第44条は、加害者及び被害者の同一国籍法、同一常居所地法の段階的連結を例外的連結として規定している。⁽⁵⁰⁾ アルバニアの「国際私法に関する法律」(二〇一二年)第五六条は、より密接な関係がある国家法(第三項)との「明らかにより密接な関係」については、「当事者間における契約のような、問題となる不法行為とより密接な関係にある既存の法律関係」を判断の指標として挙げている(第四項)。⁽⁵¹⁾ 二〇一三年に改正された「ロシア連邦民法典第三部第六章国際私法」第一二一九条第二項は、同一住所地法、同一本国法への特別連結を規定している。⁽⁵²⁾ 二〇一五年の「ベトナム社会主義共和国民法典」第六八七条はの同一居所地法の優先的適用を規定し、二〇一六年に可決されたウルグアイの「国際私法に関する一般法」第五二条第二項は、同一住所地法を優先する特別例外条項を置いている。⁽⁵³⁾

四 欧州連合国際私法中の例外条項

(1) ローマI規則中の例外条項

二〇〇八年六月一七日の契約に関する欧州連合のローマI規則(No. 593/2008)第四条第三項は、例外条項とされている。同条第一項は、「当事者が第二項に規定された準拠法選択をおこなっていないとき、第五条から第八条に規定された内容の他は、契約準拠法は以下のように定める。」として、契約類型に従い、a号からh号までの法を契約準拠法として規定している。同条第二項は、契約が上記第一項各号以外の契約の場合に、一定の要件の下に、「特徴的

給付を履行すべき当事者の常居所地法による。」とする規定である。それに対して、第三項は、「全事情から判断して、契約が第一項または前項に規定される国よりもその他の国と明らかにより密接な関係を示すとき、その他の国の法による。」として、原則的準拠法に対する例外的準拠法を規定している。そして、第四項は、「第一項または第二項によつて契約準拠法を決定することができないときは、契約が最も密接な関係を示す国の法による。」と規定している⁵⁴。これらの諸規定の相互関係を整理すれば、まず、第一項及び第二項は、前者が、契約類型に従い、それぞれの特徴的給付に着目して、それぞれに相応しいと考えられる準拠法を規定しており、後者が、前者に列挙された契約類型以外の契約について、補充的に、やはり、その特徴的給付に着目することを明言して、それに相応しい準拠法を規定している。それに対して、第三項は、最密接関連性の原則の立場から、「より密接な関連性」を有する国の法の適用を優先しており、これが例外条項としての役目を担っている。そして、第四項は、第一項及び第二項の規定によつて準拠法を決定することができない場合の補充的抵触規定である。その基準となるのは、最密接関連性の原則に則つた「最も密接な関連性」である。このように、第四項は、第一項及び第二項を補充する規定として位置づけられるのに対して、第三項は、第一項及び第二項に対抗して、それらの適用を排除することを役目とする規定、すなわち、例外条項として位置づけられる⁵⁵。

ローマI規則と関連して言えば、法適用通則法第八条第二項においても、特徴的給付の理論を採用した規定があり、それに基づいて決定される準拠法を法律行為（契約）に最も密接な関係がある地の法と推定している。従つて、そこにおける推定が覆された場合であつても、もとより、最密接関連法を選定することが前提とされており、名実ともに、最密接関連法の決定の範疇に属する問題であり、最密接関連性を提供する要素の探求に関する判断であるから、特徴

的給付を行うとされた者の常居所地法の適用が排除されることは、例外条項の発動によるとは言えないであろう。⁽⁵⁶⁾ 同項においては、特徴的給付を行う者の常居所法が必ずしも最密接関連法であるとは限らないという認識が前提に存在している。問題となるのは、当面の契約関係において、何が最密接関連法であるかということであり、最密接関連性の原則に基づく原則的準拠法の排除ではない。従って、法適用通則法中の例外条項は、やはり、法定債権に関する第一五条及び第二〇条の他にはないと考えられる。

(2) ローマⅡ規則中の例外条項

二〇〇七年七月一日の不法行為に関する欧州連合のローマⅡ規則 (No. 864/2007) 第四条第二項及び第三項は、例外条項として位置づけられている。すなわち、同条第一項は、「本規則に別段の定めがない限り、不法行為から生じる契約外債務の準拠法は、損害原因事実が発生した国にかかわりなく、かつその事実の間接的な結果が生じた国ともかわりなく、損害が発生した国の法である。」として、原則的準拠法について規定しているのに対して、第二項は、「前項の規定にかかわらず、責任を問われている者と被害者の両者が、損害が発生した時に、同じ国に常居所を有した場合には、その国の法が適用される。」として例外条項を規定し、また、第三項は、「事件のすべての事情から、不法行為が第一項又は第二項に定められた国とは別の国と明らかにより密接な関係があることが明らかなる場合は、その別の国の法が適用される。別の国との明らかにより密接な関係は、とくに、契約のように、当該不法行為に密接に関連した、当事者間にすでに存在する関係に基づいて認められる。」として、更なる例外条項を規定している。⁽⁵⁷⁾ すなわち、損害発生地法に対する同一常居所地法、そして、それらに対するより密接な関係地の法の優先という構成が採用されている。そして、より密接な関係の判断基準の指標は当事者間の既存の関係が存在することであり、当該関係に

該当する具体的な例として、先行する契約があるが、必ずしもそれに限られるものではない、というのが、ローマⅡ規則第四条第一項ないし第三項の適用関係であると言うことができる。

この規則の解釈に関して、法的安定性ないし予測可能性と具体的妥当性との何れをより重視すべきかの点について、ローマⅡ規則は全体として前者を重視しているとの認識が凌駕していることを否めないとする立場から言えば、第四条第一項及び第二項のルールが安易に覆されてはならず、第三項の具体的な発動条件に関しても、「別の国と明らかにより密接な関係があること」に加え、不法行為が第一項又は第二項に定められた国と重要な関連がない場合にしか発動を認めないという解釈が導かれることとなる。⁵⁸⁾

(3) ローマⅢ規則中の例外条項

二〇一〇年十二月二〇日の離婚及び別居に関する欧州連合のローマⅢ規則 (No. 1259/2010) 第一〇条 (法廷地法の適用) も、例外条項として機能すると考えられている。すなわち、同条は、「第五条もしくは第八条に従った準拠法が、離婚について規定を置いていないか、または、夫婦の一方が、その性別を理由に、離婚若しくは法律上の別居の平等の機会を認めない場合には、法廷地法が適用されるものとする。」と規定している。⁵⁹⁾ 一般に、例外条項は、場所的観点から、当面の法律関係が原則的準拠法との密接な関連性が乏しく、それ以外の法とより密接な関連性を有する場合に発動され、その場合における密接関連性の顧慮については、国際私法上の利益ないし抵触法上の正義が顧慮されたものと理解され、それは、実質法上の利益ないし正義とは次元を異にするものである。それに対して、ローマⅢ規則第一〇条は、後者の観点から、原則的準拠法を排除するものである。弱者利益の保護や子の最善の利益の顧慮が必要な場合等、いわゆる過酷条項 (hardship clause) の発動事由とも重複する利益考慮が、原則的準拠法の適用の放棄を基

礎づけている。⁽⁶⁰⁾ このような例外規定のあり方については、ヤイメ (E. Jayme) 教授によって異論が唱えられているところである。⁽⁶¹⁾

(4) 欧州連合相続規則中の例外条項

二〇一二年七月四日の「相続事件における管轄、準拠法、裁判の承認及び執行、公文書の受領及び執行、並びに、欧州相続証明書の導入に関する欧州議会及び理事会規則」、いわゆる相続規則 (No. 650/2012) 第二一条第一項は、「この規則において異なる定めがなされていない限りにおいて、全体としての死亡による権利の承継は、被相続人がその死亡時にその常居所を有していた国の法に服する。」と規定している。それに対して、同条第二項は、「例外的に、その状況全体から、被相続人が、その死亡時に、第一項によればその法が適用されるべきである国とは異なる国と、明らかにより密接な関係を有していたことが明らかになる場合には、死亡による権利の承継にはこの異なる国の法が適用されなければならない。」と規定しており、同項は、相続関係についての特別例外条項であるとされる。その一方、第二一条第一項は、「人は、その死亡による権利の承継について、その者がその法選択時又はその死亡時に属している国の法を選択することができる。」とし、同条第二項は、「複数の国籍を有する者は、その者が、その法選択時又はその死亡時に属している国の法を選択することができる。」と規定している。⁽⁶²⁾ 従って、被相続人による法選択がない限り、例外条項が発動される場合がありうる。その場合の判断基準は、やはり、「より密接な関係を有していたこと」である。原則的準拠法の連結点となる常居所は、欧州諸国の国際私法典においても、また、数々の条約及び規則においても採用されて、すでに慣れ親しまれた連結点として定着している。その地の法からの回避については言えば、被相続人の死亡の当時及びその死亡前の生活状況を通じて、一切の関連する事実上の要素、とくに、他の国における存在

の継続性及び規則性、並びに、その存在の状態及び理由が考慮されるべきであると指摘されている。⁽⁶³⁾

(5) ローマ0規則提案中の例外条項

二〇一一年、フランスのポール・ラガルド (Paul Lagarde) 教授により提案された欧州国際私法典、すなわち、ローマ0規則の提案中の第一三七条も、例外条項として挙げることができる。同条においては、「本法によつて指定された法は、状況の全体を考慮して、状態が明らかに当該法と非常に緩い関係しか有せず、かつ、他の法とより多くの密接な関係にあるとき、例外的に適用されない。その場合には、当該他の法が適用される。」と規定されている。⁽⁶⁴⁾ この規定は、明らかに、スイス国際私法第一五条と同一の原則を例外条項の構成の要素としている。すなわち、①例外的に適用されること、②事案の全ての状況に照らしていること、③事案が原則的準拠法と非常に緩い関係しか有しないこと、そして、④他の法とより多くの関係を有することである。⁽⁶⁵⁾ ラガルド教授の提案に対しては、抵触規定の趣旨と一致しない法秩序への送致がされたとき、一般例外条項にそれを補正させることができることに対する一定の理解は得られながらも、他方、回避条項によるよりも、それに代えて、抵触規定の目的に沿った十分な解釈によるべきとする異論も見られるところである。⁽⁶⁶⁾

五 例外条項に関する問題点と若干の考察

(1) 例外条項の存在意義

一般例外条項にせよ、特別例外条項にせよ、例外条項の出発点となっているのは、前出オーストリア国際私法第一

条第二項が述べるように、本来、抵触規定が指定する法は最も密接な（強い）関係がある法であるべきであるにもかかわらず、実際には、抵触規定に従って指定された法が、結果的に、「最も密接な関係がある法」ではない場合があるということである。従って、何らかの準拠法選定規則に依拠して決定される準拠法が「最も密接な関係がある法」であることが表明されている場合には、最密接関係性の原則に立脚した例外条項が発動される余地は考えられない。今日、最密接関係性の原則が諸国国際私法において圧倒的な支配力を有していることは否定できないが、さりとて、「涉外私法関係については、すべて、当該法律関係が最も密接な関係を有する国の法による。」という概括的な一箇条のみをもって、あらゆる場合に対処している国ないし地域は存在しないであろう。最密接関係法であることが表明されていない法が適用される場合において、何ををもって、当該法が「最も密接な関係を有する法」もしくは「より密接な関係を有する法」としての「密接関係性」を備えていると考えるべきであるか、換言すれば、例外条項が発動されるべき場合の基準をどこに求めるべきであるかが、例外条項をめぐる最も重要な問題であることは言を俟たない。

最密接関係性を判断基準とする限り、当該判断基準が有する一般的・抽象的概念から、何らかの具体的な連結点を介して何れかの国や地域の法を準拠法として決定することが容易でない場合があることは、早くから認識されていたことである。そのため、最密接関係性の概念の明確化ないし具体化が論議の焦点とされてきた⁶⁷。その一方、例外条項のような評価的概念を含む規定は、立法よりもむしろ司法による発展に適しており、そのことが制定法国においても妥当するという観点から、一般例外条項では司法を信頼して、例外条項が有する調整機能を最大化する解釈を目指すことに好意的な意見も注目されるところである⁶⁸。しかし、個々の事案において、最終的に、司法がいかなる決定を下すか、正確に予想することは不可能であるというのが一般的な認識であり⁶⁹、例外条項の発動のような特別の手続きの

ためには、一定の明確な制限を設定することが必要であり、さもなければ、例外条項により、法的安定性や法的解決の予測可能性は危険に晒されることになるという認識の合理性を否定することはできない。⁽⁷⁰⁾ 司法が重要な役割を演じることが確かであるとしても、やはり、法的安定性ないし予測可能性及び第三者の信頼や期待の保護が損なわれてはならないと考えるのが、大陸型国際私法における共通の認識であると言えるであろう。⁽⁷¹⁾ もとより、最密接関係性は直接的な判断基準とはなりえないため、常に、他の何れかの基準へ転換することが必要である。例えば、最密接関係法の決定基準の可及的な明文化を図っている法適用通則法第八条第二項(契約一般の準拠法の決定)や第一二条第三項(労働契約準拠法の決定)等における最密接関係地法の推定規定に照らしてみれば、立法者においても、最密接関係法の決定が困難であるということが共通の認識として抱かれていたことが窺われるところである。

(2) 例外条項と最密接関係性の原則との関係

例外条項は、今日の国際私法において普遍化している最密接関係性の原則による支配の産物であるということができる。最密接関係法は、時には本則として、また、時には補則として、諸国の国際私法や条約において駆使されている。しかし、法文上の「最密接関係法」の適用と言う場合、それだけでは、それが何れの法であるかは、全く特定されることはなく、準拠法の決定は極めて困難である。法の目的を法的安定性とか、予測可能性に求める立場に固執する限り、「最も密接な関係がある地の法」とか、「より密接な関係がある地の法」という抵触規定は極めて厄介な存在であると言わざるを得ない。しかし、当面の法律関係ないし身分関係に最も密接な関係を有する法を適用することは、極めて合理的であり、直ちに何れかの法に特定されない白地概念を有している点が、却って、法選択の柔軟化のために寄与していることも決して否定できない。近代国際私法の祖と言われるサヴィニー(Savigny)の国際私法理論にお

ける「法律関係の本拠地 (Satz)」の法の探求についても、大雑把に言えば、問題となる法律関係に最も密接な関係がある地の法の探求であると言っても大過はないであろう。⁽⁷²⁾しかし、価値中立的な立場から価値促進的な立場へと変貌を遂げて久しい現代国際私法において、最密接関係法の決定において求められる法もまた、利益衡量の結果に裏打ちされたことにより最密接である法が意味されており、決して、機械的に決定された形式的なそれであつてはならないというのが、今日における立場である。⁽⁷³⁾従つて、最密接関係法の決定において、国際私法上の利益衡量を検討することが、そのための不可欠な過程であることに異論はないであろう。

それでは、国際私法上の利益衡量はいかように行われるべきか。それに先立ち、国際私法上の利益が、実質法上の利益と区別されるものであることが指摘されなければならないであろう。すなわち、前者は、準拠法となるべき法への連結の際の利益であり、準拠法の適用における利益とは異なる価値衡量の原理が支配している。従つて、実質法上の利益に対する配慮は、本来、ここにおいては不要とされる。両性平等の原則の顧慮の結果は、両当事者に共通の法を適用する等、連結における不平等を斥けることを意味しており、実質的に両性間に不平等な待遇が認められることを許さないということではない。しかし、この点についても、いわゆる国際私法の実質法化により、実質法上の利益衡量の結果が準拠法の選定に影響を及ぼす傾向が増大していることが、ノイハウス (P. H. Neuhaus) 教授によつて肯定的に論じられてからすでに久しい。⁽⁷⁴⁾

翻つて、最密接関係法に目を向ければ、それ自体、問題となる法律関係に最も密接な関係を考慮して決定される法であるから、国際私法上の利益衡量がなされていることは否定できない。しかし、何をもつて最密接関連性を判断し、最密接関係法を決定するかにおいては、やはり、国際私法上の利益衡量と実質法上のそれとの間に違いが存在するこ

とは明白である。特別例外条項とされる法適用通則法第一五条及び第二〇条を始め、数多くの諸国国際私法の立法例において、不法行為等に関し、原則的準拠法を斥けてまで適用される加害者と被害者の両当事者の共通(同一)常居所地法は、それら両当事者に共通(同一)の連結点を介して決定される法である点において、国際私法上の利益衡量の結果を踏まえていることは確かである。しかも、常居所は、親近の原則が支配する連結素であり、当事者の家族的・社会的な生活に密接性を有していることも否定できない。しかし、その場合でも、共通(同一)常居所地法の適用が被害者の利益の保護に結び付く保証は全くない。被害者の利益の保護のためには、被害者に加害行為地法と損害発生地法の中からの選択(すなわち、当事者意思による法選択)が許される規定とか、実質的に被害者に有利に導く法を適用することを裁判官に命じる規定を採用することによってしか実現されることはできない。例えば、前出チュニジア法第三八条第二項が、「追及された目的を考慮」と規定し、また、前出チェコ法第二四条第一項が、「関与者の根拠のある期待に従えば、指定された法秩序それ自体の適用が不適當に見え、又、存在する法律関係の合理的で公正な規則に反するとき」を例外条項の発動事由とし、更に、前出オレゴン州法第八七五条も、「法の目的を提供しないことを証明する場合」(同条第三項a号)を例外条項発動の事由としている。その他、前出ジョージア法第四二条第一項は、端から、「被害を受けた者にとってより有利である国の法律」を原則的準拠法の一つとしている。これらの諸立法の内容をも踏まえたうえで言えば、かつて、法例に最密関係法の規定が導入されたとき、殊場準一教授は、最密関係性の概念の解明において、地域的関連性にのみに捉われるべきではないことを論じられ、そして、法例中の諸規定における内国取引の保護、当事者意思の尊重、法律行為の保護・有効化ないし法律関係成立の容易化、両性の平等、子の保護などの指標の存在を指摘されていた⁷⁵。このような観点からは、「より密接な関係を有する法」とは、一定の当

事者や法律関係の成立にとって「より有利な法」が、それとして顧慮されるべき余地のあることが示唆されているように思われる。

(3) 密接関連性の原則に優位する国際私法上の原則

法適用通則法を始めとして、諸国立法例に見られる例外条項の多くが、準拠実質法の内容を全く顧慮することなく、当事者の属人法の共通性(同一性)のみを重視し、また、契約等の先行する法律関係ないし身分関係の準拠法への附従的連結を定める規則が、実質法上の利益衡量を視野の外に置くものであることは明らかである。しかしながら、その一方、原則的準拠法が当事者による法選択によつていない場合には、例外条項の発動はなく、当事者意思の尊重が最密接関連性の原則に優先することも、諸国立法例によつて実証されている。論理的に、抵触規定の趣旨ないし本質が当事者意思の尊重にある場合に、それを排除することは当該抵触規定に矛盾することとなるから、密接関連性が乏しい法が当事者意思に従つて指定された場合であっても、例外条項の発動が控えられるべきことは当然である。そうであるとするれば、同様に、例外条項の発動が控えられるべき場合として考えられるのは、原則的準拠法の指定が一定の実質法上の利益の実現を目的としている場合、すなわち、実質法上の一定の利益の保護が抵触規定においてすでに明らかにされている場合であろう。抵触規定の趣旨と一致しない法秩序への送致がされたとき、一般例外条項にそれを補充させることができることは、上述のとおり、ヤイメ教授によつて指摘されていたところである。前出クロアチア法第一条第一項が、一般例外条項が発動されてはならない場合として、当事者による法選択があつた場合のほか、「一定の法への送致により、一定の実質法上の効果を達成することが目的とされるとき」が規定されているが、この規定から、とくに一定の保護されるべき実質法上の利益を実現するために指定された法、すなわち、有利性の原則が

支配する抵触規則によって選定された法が、最密接関係法に優先すべきことが示唆されている。これにより、最密接関連性の原則も、当事者意思の尊重、及び、有利性の原則には道を譲らなければならないことになるであろう。一般に、離婚保護、嫡出保護、準正保護、遺言保護等、一定の法律関係の保護のほか、子の保護、被後見人保護、扶養権利者保護、労働者保護、消費者保護、そして、被害者保護等の弱者利益の保護が要請される場合が有利性の原則が支配する領域に属していると言うことができる⁷⁶。もつとも、同じく排除規定 (Exklusivnormen) として、例外条項と公序条項との関係が問題となるが、前者が、準拠法の連結の次元において機能する規定であるのに対して、後者は、準拠法の適用の次元において機能する規定であり、両者は交錯することなく、それぞれの発動の範囲における役割を担っており、公序条項の存在をもって、例外条項がその存在意義を失うことはない。

六 おわりに

例外条項の出発点となるのが最密接関連性の原則であることは、再三、指摘されているところである。従って、何が最も密接な関係を有する法であるか、あるいは、より密接な関係を有する法であるかが、最も重要な問題である。しかし、個別の事案の事情により、最密接関連性を有する法は異なっており、一概に言うことはできないとすれば、それは立法の限界であり、あとは司法の判断任せということとなり、法的安定性は著しく損なわれることとなる。本来、司法の主たる役割は、法の忠実な適用であって、法を創造することは、立法の欠缺を補充する作用でしかない。立法者が、最も密接な関係を有する法という輝かしい光に幻惑された付けのしわ寄せが、裁判官の肩に重く押し掛

かっているのが現実であろう。本国法とか、常居所地法とか、或いは、原因事実発生地法とか、損害発生地法とか、さらに、或いは、契約準拠法とかの適用の場合と異なり、最密接関係法の適用という場合には、その抽象的存在を特定の連結点を介した法に具体化しなければならないという困難な仕事が残されている。契約に関する法適用通則法第八条第二項における特徴的給付の理論の導入とか、法定債権に関する第一五条や第二〇条における共通常居所地法や契約準拠法等への附従的連結の理論の導入が、最密接関係性の原則の抽象性の具体化に向けられた配慮であることは明白である。それにもかかわらず、特徴的給付を行う者の常居所地法を最密接関係法として単に推定するとか、共通常居所地法も契約準拠法も、より密接な関係を有する法を決定するための単なる判断要素に過ぎないとして、その位置づけを後退させたならば、より密接な関係がある法として明確に残っているものは何であろうか。その場合、例外条項の発動はあくまで例外的であるとして、その発動を相当に抑制しない限り、抵触規定が目的とする一定の法的効力の確保の可能性こそが発動基準として依拠されるべきであり、そして、それを可能とする法の適用を導くことが当事者にとって最も重大な関心事であるという意味において、最も密接な関係を有する法とか、より密接な関係を有する法への連結であるということもできるであろう。欧米における人権尊重及び弱者保護の理念が世界を席卷し、近代法、そして、現代法の世界が欧米法の体系を中心として展開している現実を直視すれば、国際私法においても、将来的には、規律の対象となる法律関係に従い、当事者自治の原則（選択的連結）、及び、弱者利益の保護等の一定の実質的利益の保護を考慮した択一的連結の規定に収斂されるであろうとする大胆な予測が表明されている。⁷⁷ 奇しくも、これらの指標は、正しく例外条項の発動が制限される事由として上述したところにほかならない。すなわち、本来、一切の抵触規定は、例外条項を必要としない精緻で柔軟な規則をもつて構成されなければならない、少なくとも、最密接

関連性の原則が準拠法の決定において障害とならない程度に明確化されることが必要であるということであろう。しかし、その一方、ノイハウス教授は、個別規則があれば一般的な回避条項が要らなくなるというのではなく、法発展を認めれば益々必要となるものであると論じられている⁽⁷⁸⁾。そうした場合であっても、やはり、今後も引き続き、実質法上の利益考慮を斥けた国際私法上のそれのみに依拠し、当事者の共通常居所地法や当事者間において先行する主要な法律関係の存在のみを手掛かりとして、「より密接な関係を有する地の法」を探求することに終始することだけが現代国際私法の柔軟化であるとは言えないであろう。

- (1) 中西康 || 北澤安紀 || 横溝大 || 林貴美 『国際私法 (第二版)』 (有斐閣、二〇一八年) 二五頁参照。
- (2) Monika Pauknerova, Escape clauses and legal certainty in private international law, in: *Yearbook of private international law*, Vol.18 (2016/2017), p.63.
- (3) 例え^ば A. E. von Overbeck, The fate of two remarkable provisions of the Swiss statute on private international law, in: *Yearbook of private international law*, Vol.1 (1999), p.127 et seq.; Kurt Siehr, General problems of private international law in Modern codifications, in: *Yearbook of private international law*, Vol.7 (2005), p.26 et seq.
- (4) Pauknerova, op. cit., p.62 et seq.
- (5) 例え^ば、笠原俊宏「わが国際私法の総則について—若干の比較立法的考察—」大東ロージャーナル四号 (二〇〇八年) 七九頁等参照。
- (6) 神前禎『解説法の適用に関する通則法』(弘文堂、二〇〇六年) 一一三頁。
- (7) 神前・前掲書一三八頁参照。けだし、「その他の事情に照らして」と規定されていることが、①及び②が例示であることを明らかにしているとされ、また、③の規定の存在によって、不法行為となるかどうか、その場合にどのような責任が発生す

るかが不明確になると指摘されている。澤木敬郎『道垣内正人『国際私法入門（第八版）』（有斐閣、二〇一八年）二二九頁以下（道垣内）参照。中西『北澤』横溝』林・前掲書二四五頁以下においても、「二七条から一九条による準拠法決定の安定性の追求に対して、本条は、準拠法決定の柔軟性と具体的妥当性を確保することを目指して、両者のバランスをはかっている。」としながら、「二七条から一九条の規定による準拠法決定の安定性を失わせないためにも、限定的な解釈が望まれよう。」と述べられている。因みに、笠原教授は、例外条項の発動基準として、「当事者意思に基づく準拠法指定の場合」のみならず、「実質的判断の結果としての択一的連結の場合」をも例外条項の発動から除外すべきであるとする一方、「密接関連性を有しない準拠法に服すれば、当事者利益の保護に欠けることとなる場合にその条項の適用を限定する等」、運用における慎重な判断が必要であるとされる。笠原俊宏『国際私法原論』（文真堂、二〇一五年）一〇一頁参照。この考え方からすれば、密接関連法よりは、むしろ、当事者利益の保護に適う法の適用を優先すべきこととなり、形式的な場所的密接関連性よりも、実質的な当事者利益の方に価値の存在を認めることとなるであろう。

(8) 神前・前掲書一三九頁参照。一方、当事者間の契約に基づく義務に違反して不法行為が行われた場合について、「例えば契約締結上の過失のように、不法行為の問題と解してもその準拠法を契約準拠法と一致させるべき場合も存在すると考えられる。そのような場合においては、同様に通則法二〇条により、契約準拠法による統一的な処理を検討すべき」と論じられている。神前・前掲書『早川吉尚』元永和彦『国際私法（第四版）』（有斐閣、二〇一九年）一六〇頁以下（神前）参照。横山教授は、「附随的な連結により、法律関係の総体を統一的に一つの法秩序に服させ、まとまりのある法律関係を相異なる法秩序に送致しないようにすることができ。牽連関係にある複数の法律問題に単一の法を適用することにより準拠法の適応という操作を回避できる。」とされる。横山潤『国際私法』（三省堂、二〇一二年）二二〇頁参照。

(9) 神前・前掲書一四四頁参照。

(10) 例えば、櫻田教授は、「例示に該当する事情があっても、常に例外条項が適用されるわけではなく、例示に該当する事情がない場合であっても、一般に考慮要素としてあげられている事情があるときは、例外条項が発動されることもありうる。」とされる。櫻田嘉章『国際私法（第七版）』（有斐閣、二〇二〇年）二四二頁参照。また、寺井講師は、「共通常居所地、当事

者間の契約関係は、『明らかに』『より密接な関係』の有無を判断する際の要素に過ぎず、これらの事情が即座に共通常居所地法、契約準拠法の適用を導くわけではない。」とし、「通則法上、共通常居所地は、不法行為の最密接関係地の判断過程において考慮される要素の一つに過ぎない。」とされる。山内惟介・佐藤文彦編『標準国際私法』(信山社、二〇二〇年)一六一頁(寺井里沙)参照。さらに、北澤教授は、事務管理または不当利得について、「二つの事情が認められる場合には、類型的に本条を適用する可能性が高いと考えられるためである。：しかし、これらの例示的な事情に該当するからといって、例外条項が常に発動されるわけではなく、他の諸般の事情を考慮した上で、本条の規定を適用すべきか否かを決定しなければならぬ。：また、これらの例示に該当しない場合であっても、諸般の事情を考慮して、本条の規定が適用される場合がありうる点に注意する必要がある。」とされる。櫻田嘉章・道垣内正人編『注釈国際私法第一卷』(有斐閣、二〇二一年)四一〇頁(北澤安紀)参照。

(11) 例えば、松岡教授は、「当事者の社会生活の基礎となっている法である常居所地法は当事者にとって密接な関連性を有し、当事者の常居所地法の適用は当事者の予見可能性にもかない、また、当事者の同一常居所地法を適用することは当事者間の公平にもかなうからである。」とされる。松岡博著(高杉直補訂)『国際関係私法講義(改題補訂版)』(法律文化社、二〇一五年)一三三頁参照。また、西谷教授は、「①当事者間に同一常居所地がある場合、あるいは②契約に基づく義務に違反して不法行為が行われており、附従的連結の要件が満たされる場合には、積極的に一七条〜一九条よりも本条の適用を優先させるべきである。：①および②以外の場合については、本条があくまで通則法一七条〜一九条の例外規定であることに鑑みて、諸般の事情に照らして、明白かつ実質的により密接な関係をもつ地があるといえる場合にのみ、本条を適用すべきであろう。」とされる。櫻田・道垣内編・前掲書五〇五頁(西谷祐子)参照。さらに、中西教授は、「二つの事情については、それが存在すればそれだけで二〇条が原則として発動されると解すべきである。」とされる。中西康「法適用通則法における不法行為」『国際私法年報九号(二〇〇七年)八一頁参照。また、奥田教授も、「当事者間に同一常居所地法がある場合、および契約上の義務違反による不法行為の場合は、原則として同一常居所地法への連結および附従的連結が認められるべきであり、よほどの事情がない限り、通則法一七条ないし一九条の規定によったり、その他の法が準拠法とされるべきではない。」とされる。奥田

安弘『国際私法と隣接法分野の研究』（中央大学出版部、二〇〇九年）三〇九頁以下参照。

(12) 北澤教授は、「通則法一五条に例示列挙されている二つの事情のいずれにも該当する場合」について、「不法行為等が当事者間の法律関係に関係してされたときに当該法律関係の準拠法によるこの規律は、当事者の常居所地法によるこの規律よりも優先的に適用される」べきことの理由として、「一般的な社会関係よりも特別の社会関係の方が当事者の帰属意識が高く、当事者は特別の社会関係とより緊密な帰属関係に立つと考えられるため、法律関係の準拠法の方が当事者にとってより密接に関係する法律であると考えられること」及び「当該法律関係の準拠法との適応問題の発生も回避することができること」が援用されている。櫻田Ⅱ道垣内編・前掲書四一三頁（北澤）参照。

(13) 北澤教授は、二つの事情のうち、後者については、「当事者間の『契約』という文言は、あくまで例示にすぎないことから、当事者間に存在する契約以外の法律関係や当事者間に共通する事実関係」の存在を考慮することが必要であるとされる。櫻田Ⅱ道垣内編・前掲書四一四頁（北澤）参照。また、種村教授は、「例えば親子間または夫婦間の不法行為など、『契約』以外の基本関係に関連して不法行為が行われた場合にも」、契約に準じた取扱をすべきであるとされる。木柵照一（編）『国際私法』（成文堂、二〇一六）二九五頁（種村佑介）参照。

(14) 道垣内教授は、「二七条から一九条により与えられる法的安定性と二〇条による具体的妥当性（個別の事情による最密接関係地法の適用）とのバランスを崩すことがないよう、『明らかに』という要件の具備を厳しく適用し、裁判をしてみないと準拠法が決まらないという事態（社会的コストが増大する）にならないように注意すべきである。」とされる。澤木Ⅱ道垣内・前掲書三三二頁参照。

(15) 例えば、神前教授は、「単に、原則的な準拠法以外の法が最密接関係地法であるだけでは足りない」と解されるが、具体的にいかなる場合がこれにあたるかについては、解釈に委ねられることとなる。」とされる。神前Ⅱ早川Ⅱ元永・前掲書二四二頁（神前）参照。また、中野教授は、「二〇条は、このような例外連結要素間での優先関係を示さない点で、柔軟性と引き替えに不確かさを残すものとなっており、ドイツ国際私法四〇条のような段階的連結方式の採用によって、適用関係の明確性を確保すべきであったように思われる。ローマⅡ規則案四条も、当事者間の契約関係等によって示される密接関係法、同

一常居所地法、損害発生地法という優先順位を明らかにする規定形式を採用している。本条の解釈にあたっては、基本的には、契約準拠法への附従的連結が通常居所地法の適用に優先すると解すべきであろう。」とされる。中野俊一郎「法適用通則法における不法行為の準拠法について」民商法雑誌一三五卷六号(二〇〇七年)九四五頁参照。

(16) Pauknerova, op. cit., p.64.

(17) 条文の邦訳は、笠原俊宏編『国際私法立法総覧』(富山房、一九八九年)七〇頁参照。

(18) 因みに、ブルガリア国際私法典第二条第一項は、「国際的要素を有する私法関係は、それが最も密接に結び付いている国家の法に服する。本法典に含まれた準拠法決定のための規定は、その原則の表現とする。」と規定している。笠原俊宏「ブルガリア国際私法の法典化について」東洋法学五四卷一号(二〇一〇年)二〇三頁参照。

(19) 条文の邦訳は、井之上宜信「スイスの国際私法典(一九八九年)について(二)」法学新報九六卷一・二号(一九八九年)四〇九頁、奥田安弘『国際私法・国籍法・家族法資料集』(中央大学出版社、二〇〇六年)二頁以下、笠原編・前掲書一三三頁以下参照。

(20) 条文の邦訳及び解説は、笠原俊宏「ケベック民法典中の国際私法規定について」東洋法学四二卷二号(一九九九年)一四一頁以下参照。

(21) 条文の邦訳は、笠原俊宏「スロベニア国際私法の法典化について」東洋法学四八卷二号(二〇〇四年)二七一頁参照。スロベニア国際私法の基礎となっているのは一九八一年の旧ユーゴスラヴィア国際私法であるが、同国際私法には、例外条項は存在しておらず、分離・独立後、明らかにスイス国際私法第一五条に倣っていると見られる。

(22) 『令和三年版戸籍実務六法』(日本加除出版、二〇二〇年)一一三二頁等参照。

(23) 条文の邦訳は、笠原俊宏「リトアニア国際私法の改正について―新旧立法の比較―」東洋法学五二卷二号(二〇〇八年)二二二頁、二四六頁以下参照。なお、不法行為の準拠法については、第一条の四三第三項が、被害者の選択により、行為地法、損害惹起事実発生地法、結果発生地法を原則的準拠法としたうえで、第四項が、当事者双方の同一常居所地法によることを規定している。それがより密接な関連性を有する法であることは要件とされていない。

(24) 条文の邦訳は、笠原俊宏「ウクライナ国際私法の法典化について」東洋法学五五巻三号（二〇一二年）一四八頁参照。因みに、同条第一項は、渉外的私法関係の準拠法が、この法律、その他の法律、ウクライナが締約国である国際条約の抵触規定、その他の抵触法上の抵触規定に従って決定されることを規定している。

(25) 条文の邦訳は、笠原俊宏「マケドニア国際私法の改正について」東洋法学五五巻二号（二〇一一年）一四一頁参照。

(26) 条文の邦訳及び解説は、笠原俊宏「オランダ国際私法（二〇一一年）の邦訳と解説（一）」戸籍時報七〇二号（二〇一三年）一一頁参照。

(27) 笠原俊宏「モンテネグロ共和国の国際私法（二〇一四年）の邦訳と解説（二）」戸籍時報七七五号（二〇一八年）二五頁参照。契約外債務については、第五二条において、損害発生地法を原則的準拠法（第一項）とし、加害者と被害者の同一常居所地法の適用を優先し（第二項）、全体の状況から、別の国家と明らかにより密接な関係があるときは、当該国家法を優先することとし、「当該別の国家との明らかにより密接な関係は、損害を惹起する事実と密接に関係する契約のように、当事者の以前の関係に立脚することができる」として（第三項）、「より密接な関係」の判断の基準が示されている。また、これらの諸規定は、ローマⅡ規則に従って解釈・適用されることが明記されている（第六七条）。国内立法としてのモンテネグロ国際私法中の諸規定は、ローマⅡ規則を最も意識した内容のものとなっている。

(28) 条文については、笠原俊宏「アルゼンチン共和国国民商法典中の国際私法規定（二〇一四年）の邦訳と解説（上）」戸籍時報七四四号（二〇一六年）二八頁参照。その他、例えば、契約（第二六五三条）及び親責任（第二六三九条）において、特別例外条項が置かれているが、これらの規定を併置することについては、理論的にも、また、実定法の解釈における無用の混乱を招くものとして批判されている。因みに、前者は、一般例外条項と同様に、場所的要素に依拠しているのに対して、後者は、実質的判断に依拠した修正条項であることが指摘されている。笠原・前掲（下）同誌七四七号（二〇一六年）一六頁参照。

(29) 条文の邦訳は、笠原俊宏「ハンガリー共和国の新しい国際私法典（二〇一七年）の邦訳と解説（上）」戸籍時報七七〇号（二〇一八年）二三頁参照。

(30) その結果、解決の予測可能性及び法律関係の安定性が後退することが懸念されている。なお、法定債務の準拠法について

は、第七〇条は、原因事実発生地法が準拠法となることを規定している。但し、被害者は、損害発生地法を選択することが認められている。加害者と被害者が同一の国に常居所を有するときは、同国法によることができるが、強行性はなく、被害者の利益のため、連結されることができるとする法の多元化がその規定の主旨であると見られる。笠原俊宏「チュニジア国際私法の法典化について」『東洋法学四四卷二号（二〇〇〇年）一〇八頁参照。

(31) 条文の邦訳及び解説は、笠原俊宏「ベルギー国際私法（二〇〇四年）の邦訳と解説（上）」『戸籍時報五九三号（二〇〇六年）二五頁参照。

(32) 笠原・前掲（前注31）（下）同誌五九四号（二〇〇六年）五八頁以下参照。なお、オランダ民法典第一〇編第九条にも、既成事実の例外的連結の規定が置かれている。笠原俊宏「国際私法における既成事実の例外的連結について」『大東ロージャーナル一〇号（二〇一四年）五頁以下参照。

(33) 笠原・前掲（前注32）五九頁参照。

(34) 条文の邦訳は、笠原俊宏「ルーマニア国際私法の改正について」『東洋法学五七卷一号（二〇一三年）三三〇頁参照。これは、身分及び能力の準拠法とされる属人法については、たとえ、連結点となる国籍等が形骸化していると思われる場合であっても、一貫して、それに依拠することを意味していると思われる。

(35) 条文の邦訳は、笠原俊宏「モナコ公国の国際私法（二〇一七年）の邦訳と解説（上）」『戸籍時報七六八号（二〇一八年）三九頁参照。解説として、笠原・同（下）同誌七六九号（二〇一八年）三一頁参照。

(36) 条文及び解説は、笠原俊宏「クロアチア共和国の国際私法に関する法律（二〇一九年施行）・邦訳と解説（二）」『戸籍時報七九〇号（二〇一九年）二五頁以下参照。

(37) 笠原・前掲（注36）同誌七九二号（二〇二〇年）一四頁参照。

(38) 廣江健司『アメリカ国際私法の研究―不法行為準拠法選定に関する方法論と判例法状態』（国際書院、一九九四年）一七〇頁以下参照。また、今日、大陸型国際私法の本来の原型である明確な抵触ルールの定立とアメリカ型国際私法における緩やかなアプローチの基本的な姿勢との選択において、ルイジアナ国際私法は、ルール対アプローチではなく、ルール及びア

プローチの立場を選択しており、窮屈なルールと柔軟なプローチとの組合せにより、確実性と柔軟性の適正な均衡が目論まれていることが指摘されている。笠原俊宏「ルイジアナ民法典中の国際私法規定について」東洋法学四三巻一号（一九九九年）九九頁以下参照。

(39) 条文の邦訳は、笠原俊宏「チェコ共和国の国際私法に関する法律（二〇一二年）・邦訳と解説（一）」戸籍時報七八四号（二〇一九年）三八頁参照。

(40) 原則的準拠法の適用が当事者の根拠のある期待に反するとの意味が、最密接関連性の原則に反することであるという解釈は、チェコの研究者による文献においても見られるようである。笠原・前掲（注39）邦訳と解説（五・完）同誌七八九号（二〇一九年）四六頁参照。

(41) 関口晃治「オレゴン不法行為抵触法について」志學館法学一五号（二〇一四年）四六頁参照。

(42) 条文及び解説は、笠原俊宏「ジョージア国の国際私法・邦訳と解説（上）」戸籍時報七六五号（二〇一八年）一一頁参照。

(43) 条文の邦訳は、笠原俊宏「ドイツ国際私法における契約外債務および物権の準拠法」東洋法学四三巻二号（一九九九年）二〇〇頁以下参照。

(44) 笠原・前掲（注43）二〇二頁参照。

(45) 条文及び解説は、笠原俊宏「エストニア共和国国際私法の改正について——新旧法の比較検討——」東洋法学五六巻二号（二〇一三年）一六二頁以下参照。

(46) 条文の邦訳は、笠原・前掲（注18）二三五頁以下参照。

(47) 条文及び解説は、笠原俊宏「トルコ国際私法の改正について」東洋法学五三巻二号（二〇一〇年）二五四頁参照。

(48) 条文及び解説は、笠原俊宏「中華民国国際私法（涉外民事法律適用法）の改正（上）」戸籍時報六五九号（二〇一〇年）六八頁参照。

(49) 黄輶廷『中国国際私法の比較法的研究』（帝塚山大学出版会、二〇一五年）一九二頁以下、笠原俊宏「中華人民共和国の新しい国際私法『涉外民事関係法律適用法』の解説（一）」戸籍時報六六三号（二〇一〇年）九頁参照。

- (50) 条文及び解説は、笠原俊宏「東ティモール民法典 (二〇一一年) 中の国際私法規定」戸籍時報七九三号 (二〇二〇年) 二四頁参照。
- (51) 条文及び解説は、笠原俊宏「アルバニア共和国国際私法の改正 (二)」戸籍時報七七九号 (二〇一九年) 一九頁参照。
- (52) 条文及び解説は、笠原俊宏「ロシア連邦国際私法の改正 (二〇一三年) の解説 (上)」戸籍時報七二〇号 (二〇一四年) 一九頁参照。
- (53) 条文及び解説は、笠原俊宏「新しいベトナム国際私法・邦訳と解説 (上)」戸籍時報七六二号 (二〇一七年) 五〇頁、同「ウルグアイ東方共和国国際私法の邦訳と解説 (中)」戸籍時報七五五号 (二〇一七年) 二〇頁以下参照。
- (54) 条文の邦訳は、寺井里沙『国際債権契約と回避条項』(信山社、二〇一七年) 一二三頁以下によった。
- (55) 寺井・前掲書一二六頁は、ローマI規則第四条第三項について、複数の独立抵触規定、従属抵触規定によって構成される複合的な抵触規定であるとされるが、卑見の立場からは、同項は、最密接関連性の原則を基盤とする単一の独立抵触規定をもって構成されていると見ることができると思われる。
- (56) 特徴的給付はあくまでも最密接関係地法を推定する手段にすぎないから、特徴的給付を観念することが困難である場合には、それを無理に認定する必要はなく、「特徴的な給付を当事者の一方のみが行うもの」にはあたらないとして、最密接関係地を判断すれば足りる。神前・前掲書六七頁参照。
- (57) 条文の邦訳は、種村佑介『国際不法行為法の研究』(成文堂、二〇一七年) 二二二頁によった。
- (58) 種村・前掲書二三四頁参照。
- (59) 邦訳は、小池未来『離婚及び法的別居の準拠法の領域における先行統合の実施に関する二〇一〇年十二月二〇日の理事会規則1259/2010』試訳』同志社法学六六卷三号 (二〇一四年) 二二五頁等参照。
- (60) Pauknerova, op. cit., p.80.
- (61) ヤイメ教授によれば、当事者に許された法選択は、ローマIII規則第一〇条の回避条項に加えて、第一二条の公序条項による排除とも合わせて、抽象的及び具体的に、二重に排除されることとなり、更に、排除の事由もヨーロッパ中心主義の制限さ

れたものであるから、第一〇条は法選択の自由の制度に一致するよう制限的に解釈されるべきであり、当事者が当該規定の適用を援用した場合にのみ発動されるべきであるとされる。Erik Jayme, *Kodifikation und Allgemeiner Teil im IPR*, in: Stefan Leible/Hannes Ueberath (Hrsg.), *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?*, 2013, S.45.

(62) 訳文については、金子洋一「EU相続規則における相続準拠法の適用範囲について―ドイツ国際私法の観点から―」千葉大学人文社会科学研究所研究プロジェクト報告書第二五三集『日独比較民事法』半田吉信編（二〇一三年）二二二頁以下参照。

(63) 例えば、被相続人が、職業上の理由や経済活動のため、本国から離れてしばしば長期にわたり何れかの他の国で生活したり、働く一方、本国にも密接で安定した関係を保持していたような場合には、家庭生活や社会生活の利害関係の中心があった本国に常居所を有していたものと考えられ、また、被相続人が幾つもの国に代わる代わる生活していて、その何れかの国民であり、そこに主要な財産を有していた場合には、その国籍又は財産の所在が全体的状況の判断における特別な基準となるものと考えられている。Laurent Barnich, *Présentation du règlement successoral européen*, in: Arnaud Nuyts (coordinateur), *Actualités en droit international privé*, 2013, p.12 et suiv.

(64) Paul Lagarde, *Embryon de règlement portant Code européen de droit international privé*, *Rabels Zeitschrift für ausländisches- und internationales Privatrecht* 2011, p.673 et suiv.

(65) Pauknerova, op. cit., p.82 et seq.

(66) Oliver Remien, *Engste Verbindung und Ausweichklauseln*, in: Leible/Ueberath (Hrsg.), a. a. O., S.239.

(67) 横山・前掲書九七頁において、「二五条や二〇条の適用上より密接な関係がある他の地を探求する段階において実質的な観点が入り込む余地を否定できない。」ということの趣旨も同様であると思われる。

(68) 種村・前掲書二四二頁参照。

(69) 例え⁶⁸⁾ Pauknerova, op. cit., p.62 et seq.

(70) Pauknerova, op. cit., p.69.

(71) Pauknerova, op. cit., p.64 et seq.

国際私法における例外条項の発動基準について (徐)

- (72) 例えば、櫻田・前掲書四四頁以下参照。
- (73) ただし、最密接関係地法の決定においては、サヴィニーが唱える法律関係の本拠地法の決定におけるよりも、具体的な事案に関わる状況が考慮されることとなると言えるであろう。なお、サヴィニーの理論については、多喜寛「ドイツ国際私法理論における一つの動向―価値中立的国際私法理論から価値促進的国際私法理論へ―」法政理論一〇巻一号（一九七七年）一五〇頁以下参照。
- (74) パウル・ハインリッヒ・ノイハウス（桑田三郎訳）「ヨーロッパ国際私法上新たな道は存在するか」法学新報八一巻九号（一九七四年）一四二頁以下、櫻田・前掲書五八頁参照。
- (75) 畑場準一「準拠法選定規準としての最密接関連性」澤木敬郎・畑場準一編『国際私法の争点（新版）』（有斐閣、一九九六年）所収、五七頁以下参照。
- (76) ノイハウス（桑田訳）・前掲一四四頁参照。
- (77) 笠原・前掲書三〇頁参照。
- (78) パウル・ハインリッヒ・ノイハウス（櫻田嘉章訳）『国際私法の基礎理論第二版』（成文堂、二〇〇〇年）四六一頁参照。

法における他者 ―不可視化された法的主体性と 法的正当性・正統性回復のための一考察

松 島 雪 江

はじめに

『一般国家学』においてゲオルク・イエリネクは、人は国家の強制力をなぜ受忍せねばならないかを考察し、支配や強制権力の正当性のありかを論じた。曰く「国家の本質は多数人の意思関係」であり、人がそれを国家として認識し、その認識に基づいて行動することで初めて国家として成り立つ。いわば擬制としての国家である。一般に国家とは、領域・国民・主権という三つの要素により定義されるが、イエリネクによればこれらは消極的な形式要件に過ぎない。国家が国家であるためには支配の正当性が問われ、そのために最も重要な要素を公共性に見ている。国家は他

からの独立や自律という消極的意味の主権概念から、公共性を実現する主体という積極的な意味付けがなされたとき、正当性を持ちうる、と。国家が公共性を体现していると人々が考えるからこそ、人々は国家による強制的支配を受忍することができる。国家は、公益の最強の擁護者であり、促進者である必要があるのだ。

イエリネクが「国家」として論じたものは、「法」に置換可能である。なぜその法は存在するのかという問題に加え、なぜその法を受忍せねばならないのか、それは単に領域的なメンバーシップに基づくのではなく、領域内の公益や公共性を実現しているのか、という点が問われることになる。ここで公益や公共性の何たるかを知るのに必要なのが「自己」そして「他者」である。それは自分以外が他者であるという数の問題ではない。自己は、近代法が前提とした自律した人格のように、己のみで成り立っているのか、そこに他者との相互関係はないか、その場合他者に含まれているのは誰か、他者にさえ含まれない不可視化された他者の存在をどう考えるか。そうした透明な他者を可視化することで初めて、公益や公共性の外枠が生まれ、その外枠を維持する法ルールに正当性や実効性が付与される。

本稿は、法がその公益を叶えるところの共同体構成員として法主体性を獲得していたのが誰であったのか（もしくは誰ではなかったのか）、その法主体とはどのような性質を持っているのかを通じて、自己や他者が自分の外側から「作られて」いること、意図的に作られた自他関係には周縁とその外側があることを概観し、公共領域を再構成するための法について、「他者」を中心に考察するものである。

一 問題の視座

なぜ法における他者性が組上に乗せられるべきかは「はじめに」で述べたが、次に考えるべきは「どのような他者か」であろう。アリストテレスは同質的な「われわれ」において正義と法が存在すると考える。ニコマコス倫理学では正義の徳（アレテー）が完全な徳とされ、他者との関係における徳を際立たせている。

「正義の徳（アレテー）こそ、完全な徳である。∴正義の徳が完全であるのは、この徳を持つ人が、自分一人で使
用できるだけでなく、他の人に対する関係においても徳を使用できるという理由によるのである。∴正義の徳は
諸々の徳のうちでただ一つ、「他人のものである善」であると思われる。それは、他人との関係におけるも
のだからである。」（ニコマコス倫理学第五巻第一章¹）

法が実現すべき正義とは、他者との関係における徳ということになる。しかし、ここで言う他人とは、「全き他者」ではない。

「愛（*philia*）友愛 は国（*polis*）をも一つに結び合わせており、立法家たちは正義の徳よりも愛のほうを、いつそ
う真剣に取り組むべき考慮事項としているように思える。なぜなら、協和（*homonoia*）意見の類似・和合・協調）は
愛と幾分類似しているように思えるし、立法家は、この協和を特に強く目指しながら、敵対関係である内乱を何

にもまして徹底的に排除しようとするからである。」(ニコマコス倫理学第八卷一章)

「協和 (Homonoia) も愛を説明する特徴に思える。∴それは単なる同意見ではない。なぜなら「同じ意見」なら、互いに見知らぬ人々の間にも成り立つことがあり得るからである。人々はまた、任意の事柄について認識を同じくする人のことを「協和している」とも言わない。∴むしろ、複数の国が有益さについて同意しあい、同じ方針を選択し、共通に善い思われることをなすとき、その場合に人々は、これらの国は「協和している」。したがって、人々はなされる実践的なこと、中でも特に重大なことで、しかも当事者双方若しくは当事者全員が関与しうることをめぐって協和する。」(ニコマコス倫理学第九卷六章)

正義にはフィリアという紐帯が必要で、フィリアはホモノイアと類似概念であることから、正義や法は、「私たちが」の同質性を前提としていることがわかる。むしろここで言う「当事者全員」はポリスに居住する全ての人を指すのではない。そもそも人でないとされた奴隷や女性など、当然に市民の地位を持たないとされていた人たちは、フィリアを自然的な前提としておらず、むしろフィリア的结合の下で抑圧されていたことから、そもそも「他者」ですらなかった。本稿で扱う他者性は、不可視化されて「他者にすらなりえない」人々を可視化し、法制度に組み込む必要性を検討するものである。

二 責任主体としての自己と他者

カール・シュミットは「例外状態において決断を下せる者が主権者」としたが、この決断思考は、それ以前に判断を下しうる主体たりえていること、他のメンバーから主体として承認されていることが前提にある。自然人であればこの主体を構成するのが自己である。自己は他者から主体として認識されることで自己たりえる。自己は自分だけで完結するのではなく、他者との関係によって相対的に自己が規定される^②。通常他者とは、自己とは異なる異質な存在として用いられる。社会契約を結ぶとはこの他者と社会状態に入ることであり、そのために他者の何であるかを知る必要がある。住吉雅美は他者を、①私の認識を越え、独自の創造的自由を発揮する理性的存在者として認めざるを得ない者、②私に、己一人では完全無欠で充溢した存在ではありえないと痛感させる存在、③私の認識能力では理解できず、いかなる既成の概念によっても把握されぬ者であって、自己の思考を押し付けられ、自分との同化を強要されている人々と指摘する^③。これは「欲求の体系」たる資本制システムとしての市民社会から疎外された人々であり、主体の自己思惟の中には吸収されない絶対的に他なるものであるという、歴史的・哲学的な要素を含んでいる。そしてこれら歴史的・哲学的視点が展開されるのが、ヘーゲルにおいてである。まずは他者を承認することで自己に関する規定が作られると考えたヘーゲルにおける他者性から見ていこう。

二一① ヘーゲルにおける他者性

ヘーゲルは、自己と言うよりむしろ自我に相当するような自立した自己意識から考察を始める^④。何にも依拠するこ

とのないこの自立した自己意識(非自我)が出発点となるところに、ヘーゲル主体性論の特徴がある。この特徴は、近代法成立時の自立 independent・自律 autonomic した自己に通じる自己である。

「自己意識はまず単一の自立した存在であり、他の全てを排除することによって自己同一性を保っている。その本質でもあり絶対の対象でもあるのが「われ」であつて、自己意識は直接にこの「われ」のもとにあり、「われ」という自立した個として存在する。」(『精神現象学』⁽⁵⁾ P131)

しかし他を排除することで自己同一性を保っていた単純な「われ」は、他との関係へと止揚される。

「自己を意識したばかりの意識にとっては、単純な「われ」が絶対の対象だが、この対象は事の真相を捉える私たちの目には、無限の媒介を経て現れるものであり、独立自存の生命を本質的な要素としている。最初の経験の結果、「われ」という単純な統一体が打ち壊される。そして、そこに登場してくるのが、純粹な自己意識と、純粹に自立はせず他と関係する意識―物の形をとって存在する意識―である。そのいずれもが意識にとっては本質的である。が、さしあたりこの二つは上下関係のもとに對立していて、統一へと還っていく道筋はまだ示されてはいないから、二つの對立する意識形態として存在せざるを得ない。一方が自立性を本質とする自立した意識であり、他方が生命―他に對する存在―を本質とする従属した意識である。前者が「主人」であり、後者が「奴隸」である。」(『精神現象学』 P133)

絶対的な「われ」が他者の存在を媒介として自己意識を確立させるとするのは、他者を映し鏡にして自己を確認する作業に他ならない。自己とは何であるかを探る自我は、自分が何者であるかについての自己の観念であり、他者を媒介とした自己とは、自分が何者であると他者が考えているかについての自己観念である。ここでの他からの視点は、他者だけでなく共同体へと拡がっていく。

「共同体は、一般的な秩序ないし目的として個々人の現実と対立する。対立する両者を無限に媒介するのが自己意識であって、自己意識は己と共同体との潜在的な統一を顕在化し、一般的な秩序と個々の現実を統一し、個々の現実を秩序に一体化させるべく共同体精神にふさわしい行動に出るとともに、秩序を個々の現実にまで引き下ろすべく、頭の中にあるだけの共同体の目的を実行に移す。行動の成果として現れるのは、自己意識の核心と共同体との統一であって、それが現実のものとなる。」（『精神現象学 P300』）

共同体の精神を絶対とするが、それは時に個々人と対立することがある。しかしそれとして自覚された精神が個人を包み込む限りでは、共同体の精神が潜在的な秩序となる。共同体秩序は共同体精神の本質であるとともに、自己意識の要素も備わっている。この共同体精神を体现しているのが「自然的な共同体精神」たる家族であるとヘーゲルは言う。

「共同体秩序の対立する二面——一般性と個別性——は、それぞれが秩序の全体とその内容の全要素を内に含んでい

る。共同の世界が秩序を自覚的な現実の行為として示すとすれば、その一方で、秩序はそのままそこにあるという形でも示される。そして、そのままそこにある秩序は、一面で、共同体精神の内的本質ないし一般的可能性であるとともに、多面で、そこには自己意識の要素も備わっている。この、そのままそこにあるという形で共同体精神を表現するもの、言い換えれば、自分の本質と確信が他者の内にあるのを自ずと意識するような「自然な共同体精神」こそが、家族である。家族は、無意識の、内面的な共同体として意識的な現実に対立し、民族の現実性の育つ場としての民族そのものに対立し、自然発生的な共同体として、全体のための労働によつて形成され維持される共同体と対立し、ペナーテース（家庭の守護神）として国家の神に対立する。」（『精神現象学』P302）

ヘーゲルが後に著した『法哲学 Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821』において家族・市民社会・国家へと止揚する出発点がここに見られる。この家族が自己と他者との関係においてどのように捉えられているのかが、ここでは重要になる。

「家族を支配する神のおきてにも、それはそれで様々な要素があつて：第一に來るのが夫と妻の関係であつて、そこでは一方の意識が他方の意識の内に直接に己を認識し相互承認の認識が成り立っている。が、その相互認識は自然の情に基づくもので、共同体精神によるものではないから、そこには現実の精神がある訳ではなく、精神のイメージや像があるに過ぎない。そして、イメージや像は、自分とは別のところに現実を持つから、夫と妻の関係はそれとは別のところに――つまり、子どもの中に――現実を持つことになる。子どもとは、夫と妻の関係がそ

こへと流れていき、そこで消えていくものなのだから。」(『精神現象学』P307)

自他関係の最小単位として夫婦からなる家族を見ていること、そして夫と妻の関係には相互承認が成り立ち、子どもの中に現実として体现されるというヘーゲルの指摘は、現代から見ると自然主義的誤謬に満ちている。人は当然に婚姻し、子をもうける。それが自然で善であることを前提に、家族外、つまり市場や国家における他者との関係性が結ばれる訳である。しかしヘーゲルのこの指摘は、まさに現実のものとして、現代の私たちを予知してもいる。夫と妻とで一つであり、その一つを夫が代表することで、妻の存在が不可視化されることを当然として、市民社会や国家は形成されている構造は、今なお変わっていない。

「女性の共同体精神と男性のそれとの違いは、個を気遣い、快楽を受け入れる女性が、直接に共同体のうちに身を浸し、個としての欲望にはとらわれないのに対して、男性にあっては、個と共同性が分離し、市民としては共同体精神の力を自覚的に所有する男性が、まさにそれゆえに欲望の権利を自ら獲得し、それを自由に使いこなす、という点にある。ともあれ、妻のこうした関係には個別の要素が混じるから、その共同体精神は純粹ではない。が、共同の関係が成り立つ限りで、個の要素はどうでもよく、自分の存在を他人の内に認識するという側面が妻には欠けているのである。」(『精神現象学』P309)

自己を他者と照らし合わせることができないとされる妻は、夫婦関係の中で不可視化されていくが、ヘーゲルの誤

謬に従うなら、婚姻関係を持たない人、それがとりわけ女性であれば、その存在は徹底的に無視される。「家族の形成」「子を持つこと」「男性・女性という生物学的な区別に基づく特性」を当然視する自然主義を維持しつつ、しかしヘーゲルは「自然的な違い」が共同体に有益な意味を見出すとも考えている。それは単に「子どもによる共同体の継続」という側面からではなく、「自分とは異なる他者との出会い」という観点からである。

「男性と女性は自然のままの性別を克服し、共同体秩序を構成する二つの部分をそれぞれに担うことによって、共同体的な意味を持つ男性ないし女性となる。共同世界の二つの一般的秩序が、生まれつきの違いを元にしてその担い手を男女に振り分けるのは、共同体精神が共同体と自己意識との自然のままの統一——現実の区別という面から見ると、生まれつきの違いに根拠を置くような自然らしさ——の上に成り立つものだからである。こうして、肉体を持った個人の姿が、精神的な世界の本質にかわりつつ、生まれつきの男性ないし女性として現れてくる。ここでは生まれつきの性別が決定的な意味を持ち、素質や能力の違いといった偶然的な要素とは次元の違いのものとなる。男女の違いという生まれつきの対立が、同時に、共同体的な意味を持つてくるのだ。」(『精神現象学』P310)

男性・女性という異なる性別によつてのみ家族秩序が形成され、それゆえに家族を代表する男性の自己意識が共同体に参画できるとする。ここにおいて共同体意識と自己意識とは同一視され、自己意識は共同体の義務に拘束されることになる。共同体の正義と自己意識とが対立する契機はあるものの、行為者は自己意識に基づいて行為することへの「責任」が課される。ただしこの責任は、共同体精神に基づき、共同体全体の中で共有される責任である。

「一般的な共同体生活において、…行為し責任を負うのが特定の個人ではないということである。特定の自己としての個人は、非現実の影に過ぎず、共同体精神を体现する自己としてのみ個人はあり、個人であることは行為の純粋な形式的な要素に過ぎない。」(『精神現象学』P316)

自己意識と対立する共同体のルールや権力を知りながら、それを不当な暴力的権力とみなしたり、偶然共同体を代表しているに過ぎない権力とみなしたりして、犯罪と知りながら犯罪行為を行わざるを得ない場合、それは共同体内に対立した意識があることの証左であり、共同体はそのような対立する存在を承認しなくてはならない。他方で共同体内のルールに背いた個人の行為に対してもまた、責任を受け入れることが求められる。国の反逆者を埋葬してはならないという国法に反して、反逆者となった兄を葬ったアンティゴネが、「わたしたちが苦しむということは、過ちを犯したことを認めることなのでしょう」と語るのは個人の責任であり、捉えられたアンティゴネをその婚約者で国王の息子であるハイモーンが追って自殺することで、共同体内の対立を承認せざるを得なくなることを、ヘーゲルはアンティゴネに語らせている。^⑥

「人間の掟は、一般的な在り方としては共同体であり、その活動を担うのは男性であり、現実^⑦に力行使するのは政府だが、女性を代表するペナーテース(家庭の守護神)の共同体からの逸脱や、家族の独立を、内部に呑み込み、それらを共同体の一貫する流れに溶かし込むことによって、自ら存在し、運動し、自分を保ち続ける。が、家族は、同時に、共同体の要素であり、個の意識は共同体精神を動かす土台である。共同体が家族の幸福を破壊

し、自己意識を解体して共同体精神に帰一させることによってしか存続しえないとすれば、共同体は、自分が抑圧しつつ自分にとって必要不可欠だと認めざるを得ない女性的なるものを、自らの内面の敵とすることになる。」

(『精神現象学』 P322)

こうして他者の承認を通じて自己を確立し、共同体も形成されることをヘーゲルは示した。そこには家族の自然性や女性の不可視化なども見て取れるが、強調すべきはヘーゲルが想定した自己が、他者から全く独立した近代法的な責任主体としての自我ではなく、他者との関係において自己もまた再帰的に形成されると捉えていた、という点である。ただし、ヘーゲル的な自然家族に含まれる負担や、家族「内」の関係においては、家族メンバーがそれぞれ他者にさえなりえないこと、そうした共同体の基盤となる家族そのものに対して目を向けられないことへの批判は、後に俎上にかかることになる。まさに「自分が抑圧しつつ自分にとって必要不可欠だと認めざるを得ない女性的なるもの」を人間あまねく内包している事実気づかざるを得なくなる訳である。

二一② 自己と他者との相互関連性

カテゴリーの存在しないところには、そのカテゴリーが指し示す知の様態そのものが存在しない。そのカテゴリーを示す言説行為の前に「自己」や「主体」はなく、言説行為を通じて事後的に「自己」や「主体」が構築される、と考えたのが、ヘーゲル研究者でもあるバトラーである。言語行為を通じて事後的にしか主体が構築されないのであれば、私たちが普段誰の言語を用いているかが決定的に重要となる。もし主体が「他者の言語」しか持たないのであれ

ば、そこに内包される秩序は他者の言葉から紡ぎだされた価値観で再生産され続ける。他者の論理によって自己の生きる社会が構築され続けることになる。

自己を言語的な構築物とみなしたラカン同様、バトラーもまた言説行為に着目し、言説行為の反復過程を通じて事後的に自己が形成されると考えた。ラカンは、鏡に映る自己像への同一化を通して身体の統一性を確保（第一次同一化）し、次いで言語への参入を通じて「語る主体」へと主体化（第二次同一化）するという二つの過程を通じることで、「主体化」することは「他者になる」過程に他ならないと考えた。⁽⁷⁾「主体化」とは、言語という他者の秩序への従属化を意味するが、それ以外に「主体」になる途はない。バトラーもこの認識を共有している。

「ヘーゲルは、真の全てを包摂する普遍に向かって論を組み立てるように見えるが、そうではない。むしろ彼が提示しているのは、それ自身の根底にある否定と切り離せない普遍なのだ。普遍という語が有する全方位的な領域は、それが依存している特定の物を排除することで成り立っているが、まさにそのことのために、綻びが生じてくる」⁽⁸⁾

排除されているのは、セックスとジェンダーによって構築された集団的な主体である。ヘーゲルにおいては家族の名のもとで疎外された主体の存在が内包されていたが、主体が他者として認識されない、つまり共同体の成員になりえないのは家族ばかりではない。主体が主体になるためには承認を必要とする。この承認を求めるためには集団的アイデンティティが必要とバトラーは考えた。⁽⁹⁾

一般に承認論では、自他関係の「正当な在り方」をめぐるもの（アイデンティティを保障するものとして、集団的アイデンティティたる規範の同一性を要請するもの）として承認をポジティブに捉える見方と、いかなる自他関係も権力関係から逃れられないので、承認は権力関係を正当化するとみなすネガティブな見方とがある。^⑩ これらを踏まえた上でバトラーは、集団的アイデンティティの必要性を見出すことになる。

他方で、そこにおける承認がアイデンティティの固定化につながり、常に自己の外側に排除すべき他者を見つけ出すことによつてしか承認されえないことにも着目している。ある集団的アイデンティティの主体者たちは、承認を求めることでその外縁において新たな排除すべき他者を生み続け（「私はあの人とは違う」ことで相対的優位を確保して承認を得る）、弱者のアイデンティティを強化する可能性がある。とはいえ、主体が主体になるためには、他者からの承認を必要とするので、何らかの集団的アイデンティティは必要になる。その承認は、権力関係・他者排除の構造においてなされるので、排除の循環から逃れるには、異質なものを異質のまま自己の中に内包するほかなくなることに^⑪なる。

ある集団的アイデンティティを持つ存在が可視化されることは、他者からの承認と不可分である。承認によりマイノリティ集団は社会の中に包摂されるが、あるマイノリティ集団は更なる別のマイノリティ集団を想定することで相対的に承認を得るに過ぎないので、差別の連鎖構造を断ち切るためには、その異質性を取り込む枠組み作りが必要になってくる。

二③ ケアの倫理から見た他者と責任

「家族制度そして親密関係と依存に由来する問題は、法律や法学では傍系である。市場を論じるとき家族だけは別物とされ、独自の役割と規則に支配される。家族を消費や生産の単位と見る時でさえ、やはりそれは市場の本質的構造とは分析上別扱いされる。…法学は…家族を依存の受け皿になる社会制度と決め込んでいる。家族をプライバシーで覆うことはやめ、法と法学理論の中心に引き出すべきだ。」¹²⁾

フラインマンのこの言葉は、ヘーゲルが自然的な存在として不可視化した家族ケアに従事する主体をライトアップし、不可視化したことで利益を得ている市場や国家、それを是認する法理論に相応の責任を求めらるものである。主体を透明化することで、主体としての他者ともなりえず、その他の他者や共同体に「透明な他者」の存在意義はフィードバックされない。透明な他者に必要な責任を「自然」の名のもとに押し付け、そこから利益を得るシステムが再構築され続けるさまを、フラインマンは検証している。ヘーゲルは、家族内において妻が透明化され、夫が家族を代表する存在たることが「自然」と考えたが、フラインマンはその不自然さを指摘し、透明化された妻―ケア労働に携わる者であれば、もはや妻である必要もない―を可視化することで、共同体全体をより健全に再構築していけると考える。以下、『ケアの絆』で展開されるフラインマンの議論を見ていこう。

フラインマンによると、現代的意味での「自立」は経済的観念と直結している。独立と自活を可能にする金銭力で、自己決定権と行動の支配権という自立を買っている。社会は富の蓄積ばかりに価値を置き、命を生み育てるケアワークを自明視している。家族のケアワークに携わる人は、自分でそう決めたのだから自分で何とかすべきであり、社会

はそれへの「施し」に値しない、とさえ考えられている。しかしこれは誤りである。¹³ そもそも人間は「みな誰かお母さんの子ども」¹⁴であり、人生のどこかの段階で必ず誰かに依存しなければ生命を保てない。しかも誰かへの依存状態は、病的に忌避するものでも失敗の結果でもなく、人の発展過程の一つである。そこで逆説的だが、依存を引き受けること、避けられない依存の世話をすることが、介護する者自身の依存を作り出すという二次的な依存が起きる。誰かをケアする人は、ケアを行うために自分自身も社会的資源に頼らざるを得なくなる。ケア責任の担い手は、職場での期待と依存者の差し迫ったニーズとの板挟みに陥り、時に賃金労働市場への参加を断念せざるを得ないこともある。ケアの担い手（多くは母親）たる二次的な依存者が、進んでそうした地位を承諾したと仮定されるが、なぜ、またどのような形で、社会の中で特定の人たちだけがケアに伴う犠牲を引き受けているのかを問おうとはせず、国家でも市場でもなく、婚姻家族に対してのみ、避けられない依存のケアが一手に任される。

実際には誰もが避けられない依存を経験するからこそ、そこには社会的な責任が問われるはずである。だが現実には、二次的依存者は、家庭内で経済的・構造的資源（妻の座、嫁の役割）を得ることが求められている。市場はその責任に応じず、国家は失敗した家族の避難所、経済面での最後の頼みの綱としてしか機能していない。国家の援助に頼らざるを得ないケアの担い手は、きわめて屈辱的な手続きに耐え、貧窮者であることを明らかにして初めて、援助をあてにできる。ケアの仕事は集団の、社会全体の責務であり、社会の各構成員の責務でもある。ケアに対する責務が必然的に社会全体のものと言うことは、生物学的な依存が人類の条件として普遍的で避けられないことに基づいている。依存への対応は社会を維持するための基本行為であり、総体としてケアがなければ、社会は存在していけない。ケアの担い手の無償労働こそ、認知されていない、しかも社会全体に対する公的扶助である、そうファイマンは考

えた。しかし社会は、ケアの担い手の労を慮ることも、その価値を認め補償することも、労働に見合うだけの対応をすることもなく、避けられない依存を典型的に私的な制度、すなわち伝統的な結婚で作られる婚姻家族に割り当ててきた、と言う。

「なぜ、またどのような形で、社会の中で特定の人たちだけがケアに伴う犠牲を引き受けているのか問おうとしない」のは、問わないことに利益があるからである。それを「自然」として家族に内包させることで、ケア責任は不可視化され、市場や国家はそれをなかつたことにして市場の経済発展の構造を考えていけばよいことになる。しかし、果たしてそうだろうか？ ファインマンが指摘するように、「生物学的な依存—ケアが人類の条件として普遍的で避けられない」という事実は、ケア労働やそれに携わる人を透明化すること、つまり社会における対等な他者としてそもそも認識されないことは、この社会を酷く歪な形に押し込めてしまう。ケア労働という対象事実を見ることもなく、ケア労働に携わる依存者の存在を理解しないことは、社会構成員たる「他者」の認識形成に関わってくる。ケア労働を排除した形で形成された認識や構造は、自分が依存する・依存されるケアの主体となった時、それに伴う負担は不可視化され、賃金労働者としては市場で半人前の烙印を押されることになる。そこから利益を得ているのは、生身の「自己」や「他者」ではなく、まさしくそれを利用して市場や国家である。

ファインマンはこれを「効率に名を借りた搾取」と言う。ケアの担い手が不払いや不当に低い対価による搾取に甘んじることが、市場や国家にとっては依存に対する最も効果的な解決策になる。更に、女性は子どもを「選好する」と流布させることで、ケアの担い手がケアコストを自ら選んで引き受けているのだから、手を加える必要はないとさえされる。依存を家族の責任、もしくはは自主的な選択とすることで、市場や国家は果たすべき義務を免れているとい

う。ケア労働が母親にのみ課せられ、父親が主たるケアの担い手にならない理由として、「しばしば仕事（賃金労働）をしている」と説明されるが、これはとりもなおさずケア労働が、市場におけるスキルやキャリア発展を犠牲にするものであると認めたことになる。ケアに注がれた時間とエネルギーが、現実に個人の市場におけるスキル向上のための投資や、市場に参加する機会奪ってきたのである¹⁵⁾。

ある行為を選択することもしないこともできたとし、その選択をすることでどのような効果があるかも知った上でなおその「選択」したのだから、その選択の「責任」は選択を行った行為主体にある、という考え方が法にはある。しかしケア労働に携わる（例えば子どもを産む）という選択をした時点で、それにより経済的な見通しが悪化する仕組みにまで同意していたとみるべきなのか、また、社会や文化がそうしたコストの問題を「見えなくしていたこと」や、ケアの見返りや報酬に関して幻想を抱かせた可能性がないといえるだろうか。自分の意思による選択とその責任についても、ファイマンは疑問を呈している。

こうした事実認識の上で、ファイマンは法学の役割を、本節の初めに紹介した引用で示している。市場の構造から別扱いされている家族をプライバシーの名の下で依存の受け皿にすることを止め、法理論の中心に据える必要がある、ということである。

三 法という背景条件

誰もが皆ケアを受け、またケアをする主体となる現実を直視して、それへの対応を共同体全体の課題とするケアの

倫理が、社会の中ではいまだに軽視されている。そのような社会の中では、ケアの存在そのものやケアを行う主体が不可視化されるので、他者の存在を合わせ鏡にした自己の相互的な形成が行われず、社会システムの修正も難しい。その中で法に果たせることは何であろうか。

ファインマンは「背景条件」としての法の役割に期待をかける。私的自治や過失責任といった近代私法の役割に見られるように、法はそもそも市場が発達するための枠組みであり、前提条件として考えられていた。法という共同体の文法、つまり「背景条件」があることで、市場はその機能を円滑に果たすことができる。つまり市場の成立は、法という背景に依存していると言える。

ファインマンによると法の「背景条件」とは、どんな社会的合意も、何らかの依存の構造や制度的仕組みを前提とした、歴史的文脈の中で作られるという認識に基づくものである。例えば人が契約交渉に臨むとき、法のおかげで見可能性を立てられる。背景条件とは、それが全く日常的で当たり前であるために、その必要性を問われることすらない社会的背景の中に紛れているものである。「それらはどこにでもあり、目立たず、意識的批判の対象とならない。また基本的に逃れようがないと思われるので「自然」で、もともとそうなのだ、と受け取られている¹⁶」がゆえに、紛争を回避するような形で自ずと調整が働いたり、社会で支配的な要求や期待が通ることになる。社会契約には自律した（他方でケア労働を不可視化した）個人と国家の関係しか規定されないが、家族のケア労働を市場労働と同様に扱うことで、背景条件を修正することが可能になる。個人が国家に求める権利意識に基づく規範や、市場での労働協約などと同様、ケア労働を法に組み込み、社会的仕組みの一覧を法が担う必要がある。背景条件を手掛かりに考えると、なぜ古いパラダイムを考え直さなければならぬか、かつそれがいかに難しいか

が分かる。個人と国家を対置して、どちらかに責任を押し付けるのはもはや妥当ではない。社会的役割を果たすために家族に強いられた困難を見えなくする構造を放置するならば、そのつげは社会全体に回ってくることになる。その構造を修正し支えるのが、背景条件としての法である。では具体的にそれをどのように解決していくのか。ファイマンは市場の責任を問うている。

「ケアの責任を負った労働者への対応を迫られた使用者は、必要とされる負担とコストを他の労働者に転嫁するだけで解決したと片付けるかもしれないが、それが正しく公平であると想定する一連の雇用関係こそ問い直されるべき。使用者はその依存のケアのコストの責任から逃れるべきではない。」(『ケアの絆』P253)

ファイマンは、家族、市場、国家はそれぞれ、まず依存に対して次の三つの基本的な前提を共有する必要があるという。①国が全ての個人に対して基本的な社会的財を供給又は確約することが、現代の人道的社会では欠かせないこと、②避けられない依存はすべての人の関心事であり、普遍的又は集団的責任として構想されること、③ケア労働に従事すると、その担い手から固有のコストが搾り取られるので、ケアの担い手は、ケア労働を首尾よく行うために追加的な物質的・構造的資源を求めざるを得ず、社会や制度の二次的な依存者となるということ。これらを踏まえた上で、ケア労働に対応した市場制度の再編を国が監督・促進し、依存の負担を市場に担わせることが必要になる、とする。正義が個人に提供を保證すべきなのは、ケアする主体であれされる主体であれ、個人が人生を送るために必要な基本となる社会的財の一生涯の保障と、ケアワークとその担い手を支えるための追加的扶助である。つまりそれは、

市場において労働者の最低賃金や労働時間を法によって定めることで、市場における効率優先の論理とは異なる指標を加えるという、国家による市場コントロールと同様なものとして考えられるだろう。ケアの責任から離れた場所において市場に貢献する労働者としてではなく、ケア労働も組み込んだ働き方を法によって規定するということである。婚姻関係に依存しないと維持できない生計ではなく、個人単位での考慮、ケアワークの正当な評価と保障など、市場の論理のみでは解決できないまま不可視化されてきた現実を、法規制により可視化することである。

市場に一定の責任を負わせる必要性を、国家が法において社会の文法として示すこと。家族が、絶対に必要だが目立たない仕事をこなしているように、市場でも必要な業務ながら過小評価されているものがある。こうした関係性そのものの、そしてその関係性を作り出し、搾取する企業を監督する責任が国にはあるということである。

おわりに

「背景条件」に応じて、人々の意識も醸成される。ケア労働を見ないことにするという意味で、法と社会意識とは共犯関係が作られる。社会意識が一定の見解を持つとき、そこから逸脱した判決を裁判所が下すことはない。まずは見えなくしていたものを可視化することから始めなければならぬ。人生のどこかの局面では必ず弱者となる存在である人間に必要なのは、無知のヴェールによる卓越主義的な正義の構造設計ではなく、ヴェールを取ってまずは現実を直視することにある。市場優先の論理からは見たくない現実であろうが、それを合わせ鏡にしてこそ、次なる社会制度の再構築が始められるはずである。

ヘーゲルは、自己意識には自主性を本質とする自立した意識と、他に対する存在を本質とする従属した意識との双方が本質にあると考えた。バトラーは言説行為の回復を通じて、他者になることで自己のアイデンティティが確立されるとした。ヘーゲルからは、二つで一つとした夫婦の主体性から妻が消え去っていることが、バトラーからは強者たる他者の言説を通じてしか自己が作られず、それでも自己を作ろうとする際には常に周縁化された更なる弱者が生まれることが示唆された。ファイマンはケアに関係する弱者の存在とケア労働の必要性を直視し、法という背景条件を用いて市場の監督を国家が行う必要を説いた。「○○なのに、物分かりが良い」「あの人たちよりはまし」「自分には関係ない」、そういった承認関係はもはや役に立たない。どこかで自分も他者を周縁化しているであろうという認識、同時に周縁化された他者に自分もなり得るという自覚、そうした割り切れない澱を自己内に抱え込んでこそ、社会の中で自己と他者とが把握されるであろう。自己アイデンティティは、差異化ではない。ヘーゲルが家族・市民社会・国家へと止揚させた際、ケアワークは自然の本性の名のもとに不可視化されて市民社会が形成されたが、市場の誤謬を更に止揚し得るのは、国家の役割であり、背景条件としての法に他ならない。法主体として承認されるとは、その存在があることを認めること、そして他者や社会構造に影響を及ぼし合う主体となることである。まさに「他者になる」ことで、公共性は拓かれていくであろう。

(1) アリストテレス『ニコマコス倫理学(下)』光文社古典新訳文庫。

(2) 自我 (Ego) と自己 (Self) とは異なる。フロイトは自我 Ego を無意識 IdO と超自我 Superego との間挟まれた心理現象のごく一部と説明したが、ここでは G・H・ミードの例による。ミードによると、自我と自己とは「I(主我)」と「me(客

我」に対応しており、客我は他者との関係において対象化された自己を指すが、主我は客我に還元されつくされぬ。したがって絶対的な能動性を持つ自我や主我を語ることは困難であり、本稿で扱うのも、自我ではなく自己である。G・H・ミード『ミード著作集成…プラグマティズム・社会・歴史』作品社、二〇一八年。

(3) 住吉雅美「マックス・シュティルナー―市民社会の「他者」、哲学の「他者」―日本法哲学会編『他者をめぐる法思想』有斐閣、二〇一九年。

(4) 自我 Ego と self を厳密に区別して論じるには、ヘーゲルより後のフロイトを待たねばならない。

(5) G.W.F. Hegel, *Phänomenologie des Geistes, Werke in zwanzig Bänden 3*, Suhrkamp Verlag 1970. 邦訳は、G・W・F・ヘーゲル『精神現象学』長谷川宏訳、作品社、一九九九年を参照した。

(6) ヘーゲル前掲書、三一八頁。

(7) 上野千鶴子「脱アイデンティティ」『アイデンティティの理論』勁草書房、二〇〇五年、二五頁。

(8) ジュディス・バトラー『偶発性・ヘゲモニー・普遍性―新しい対抗政治への対話』青土社、二〇〇二年。

(9) バトラー自身は、identity の語ではなく、言語が主体を通じて語る際の媒体として agency の語を用いている。

(10) 片山善博『差異と承認』創風社、二〇〇七年、一八七頁以下。

(11) ゴフマンは、アイデンティティが社会的に構築されるものならば、社会的な操作も可能と考えた。ゴフマンによるとアイデンティティの管理には①印象操作（社会的アイデンティティの加工や偽装工作）、②補償努力（「黒人なのに教養がある」など、帰属集団から自分だけ一抜けするためのアイデンティティ管理）、③開き直り（「Black is beautiful」のような弱者の解放戦略）、④価値剥奪（より相対的に弱者である社会カテゴリーの人々の価値を奪うことで、自らの社会アイデンティティを相対的に高める差別化戦略）、そして⑤距離化（社会的アイデンティティから自分が無関心・無関与であるかに振る舞う）がある。

(12) Martha Albertson Fineman, *The Autonomy Myth: A Theory of Dependency*, The New Press, New York, 2004. マーサ・A・ファインマン『ケアの絆―自律神話を超えて』岩波書店、二〇〇九年、二〇〇頁。

(13) ファインマンはこれを「ポルシェ好み」という言葉で表現している。子どもを持つことに金銭的・精神的・肉体的負担がかかることが分かった上で子どもを持つことは、そうしない自由も選択しえたにもかかわらずそれを自ら選択したことだから、ポルシェを保有すること―保有やメンテナンスにお金がかかるが、それを承知の上で「高価な嗜好」を選択している―に比して、自己責任と捉えられることが多い。しかし、子どもを持つことに十分な社会的保障は必要ないという論拠として比べるならば、ポルシェを持つことではなく、ポルシェを作る労働者となるはずである、とする。

(14) Eva Feder Kittay, *Lovers Labor: Essays on Women, Equality, and Dependency*, Routledge, 1999. エヴァー・フェダー・キテイ『愛の労働あるいは依存とケアの正義論』、白澤社、二〇一〇年。

(15) かつて無償労働の経済評価が「こんなに頑張っている」ことへの評価として使われたが、その分市場で賃金労働の機会が失われていたこと、誰もが無償労働を担う主体となり得ることから、有償・無償双方の労働の「組み合わせ」が、人間として妥当な労働形態になるために、どうすれば良いかを考える必要がある。

(16) ファインマン、前掲書二二四頁。

オバマ政権におけるICTインフラ政策の形成過程

——重大局面としての重規制ルールの成立——

福 森 憲 一 郎

一 情報環境の積極的構築

本稿は、米国のICTインフラ事業者に対する規制ルールの形成過程において、なぜオバマ政権期に積極的な規制を可能にするルールが成立したのかを明らかにする。^① オバマ政権はICT政策を重視し、様々な成果を挙げている。^② 特に、ICTインフラ政策に関しては、学校や図書館、医療機関などの主要施設における高速インターネット環境の整備を促進するとともに、インターネット・サービスプロバイダ (Internet Service Provider: ISP) に対する規制ルールの強化を実現した。^③

オバマ政権におけるICTインフラ政策の形成過程 (福森)

一六七 (四一九)

ISPに対する規制ルールの作成は、米国連邦通信委員会 (Federal Communications Commission: FCC) によって行われる。FCCは、米国の放送事業に対する独立規制機関であり、米国内における通信インフラ政策に対して、公式の制度に基づく自律性を有している。FCCは、他の通信インフラと同様に、ICTインフラに対しても規制権限の獲得を目指してきた。オバマ政権において成立した規制ルールは、「ネットワーク中立性 (Network Neutrality)」という考え方に基づいており、中立的な情報通信環境を実現するために、ISPに対して一定の規制を求めるものである。

重規制ルールの成立に対しては、FCCの委員構成が政権与党の影響を強く受けることから、オバマ政権のICT政策反映されたものであるとの評価がなされてきた。しかし、重規制ルールの成立に対しては、オバマ政権のICT政策に対する積極的な姿勢のほかにも、規制権限が明確になっていたことと、ICTインフラに関する議論への注目が高まっていたことが影響を与えている。本稿は、第一に、重規制ルールの法的基盤として、FCCの規制権限がいかに示されたのかを明らかにする。第二に、重規制ルールの成立に対して、「ネットワーク中立性」に関する注目の高まりが与えた影響を明らかにする。

FCCは、新たな規制ルールを発表することに、ISPに対する規制の法的根拠を明らかにするとともに、ルールの具体的な内容を定めてきた。米国において「ネットワーク中立性」が問題となった理由としては、物理基盤をもつISPによって、コンテンツ事業者がコントロールされる可能性が生じたことが挙げられる。通信トラフィックのブロックを行った恐れのあるISPに対して、FCCは規制ルール (「インターネット政策声明 (Internet Policy Statement)」) を発表し、ISPに対して是正命令を行った。是正命令を受けた大手ISPは、裁判所に対してFCCの規制権限に関する訴えを起す。判決はISP側の主張を認めたために、FCCは再び規制ルールの作成に取り組むこととなる。

FCCが新たに発表した規制ルール（「オープン・インターネット命令（Open Internet Order）」は、命令の根拠規定として一九三四年通信法（The Communication Act of 1934）を定めている。新たな規制ルールの特徴は、ICTインフラ市場の拡大を考慮しながらも、ISPに対する規制を消極的なものに止める点にあった。軽規制ルールの有効性に関して、ISPが再び訴えを起こすと、裁判所はFCCによる命令自体の有効性は否定したものの、FCCのISPに対する規制権限は認めることとなった。そのため、FCCは判決を受けて新たに重規制ルール（「タイトルII命令（Title II Order）」）を発表する。

FCCが規制ルールを繰り返し発表するなかで、世論における「ネットワーク中立性」への関心も高まりを見せるようになる。その理由としては、ICTの利用拡大が進展したことにより、ISPによるコンテンツ事業者のブロックによって、一般の人々によるICT利用への影響が危惧されるようになったからである。二〇一四年のオバマ（Barack Hussein Obama II）大統領による「ネットワーク中立性」に関するコメントの発表は、ICTインフラの「ネットワーク中立性」という問題が広く認識されるようになった中で行われたものであった。重規制ルールが成立した背景には、「ネットワーク中立性」の議論を通じたICTインフラに対する注目の高まりがあると思われる。

本稿は次のような構成をとる。次節では分析枠組みを示す。本稿は、歴史的制度論を採用することにより、重規制ルールの成立を可能にした「タイミング」に注目するアプローチを示す。第二節では、FCCの規制ルールにおいて論点となった「ネットワーク中立性」に関する議論の展開をまとめる。第三節では、FCCの規制ルールが軽規制から重規制へと変化した過程を三段階に分けて分析する。特に、新たな規制ルールが発表されるごとに、規制ルールの具体的な内容がどのように変化し、また、重規制ルールの成立に対して、「ネットワーク中立性」に関する議論の高

まりがいかなる影響を与えたのかを明らかにする。最後に、「ネットワーク中立性」の観点から米国のICTインフラ政策を分析することに関して、どのような可能性と課題があるのかを示す。

二 分析枠組み——歴史的制度論

FCCに関する先行研究においては、独立規制機関として組織が持つ特徴に注目が集まってきた⁽⁴⁾。特に、ISPに対する規制ルールに関する先行研究は、発表されたルールの内容を分析するものが多く、規制ルールの形成過程に関する分析は少ない⁽⁶⁾。本稿は、歴史的制度論を分析アプローチとして採用することにより、重規制ルールの成立に影響を与えた「タイミング」に注目する。

歴史的制度論では、制度発展の歴史を明らかにするため、政治過程における時間という要素に注目し、その過程や偶発的に生じた重大な岐路を手がかりにする⁽⁷⁾。歴史的制度論において、制度は、公式的な制度や組織だけではなく、ルールや手続きなどの非公式の慣習も含む広範な概念を意味する⁽⁸⁾。制度がもたらす影響は、アクターの利益や権力配分の程度、さらには、アクターが関与する政策過程全体にまで作用する。

ピアソン (Paul Pierson) は、制度の「経路依存性」を示すことによって、過去の政策や既存制度の規定力や拘束力が、制度の形成過程に影響を与えることを明らかにした⁽⁹⁾。制度が形成される過程において、因果プロセスが一度作動すると、特定のパターンが再生産される。そのパターンが連続することによって、制度は維持されていく。偶発的な出来事が生じたタイミングによって結果は異なっており、また、選択が行われた配列や順番によって形成される制度は左右される⁽¹⁰⁾。

ピアソンによれば、政治は経済と比較した場合、経路依存性が強化される可能性が高い。⁽¹¹⁾ なぜなら、政治は公共財を供給する集合的行為であり、一度決定され制度化が進むと、その後に変更することは困難になるからである。制度の維持に対しては、政治制度の強制性やアクターの権限、権力非対称性や政治の多義性などが寄与する。特に、「タイムミング」は、政治制度の維持に大きな影響を与える。⁽¹²⁾ あるアクターが政治的空間に一番に登場した場合、自らに有利になる制度やルールを設計する可能性が高い。特定のアクターにとって有利な制度が定着した場合、後続のアクターによる参入は困難になる。

しかし、政策過程の分析アプローチとして、歴史的制度論に対しては様々な批判が行われきた。例えば、歴史的制度論を独立した立場として位置付けることへの批判や、⁽¹³⁾ 歴史的制度論がもつ説明力に対する批判が存在する。特に、因果関係を状況依存的なものとして位置付ける見方に対しては、制度の発展やアクターの行動能力を軽視していると批判が行われている。⁽¹⁴⁾ また、歴史的制度論は、制度変化のメカニズムが不明確であり、説明モデルとして未確立であることから、制度における変動の予測能力をほとんど欠いているとの批判がなされている。⁽¹⁵⁾

本稿は、歴史的制度論が様々な課題を抱えながらも、制度発生の特典におけるタイムミングの重要性を指摘する点に關して、分析アプローチとしての有効性があると考え。すなわち、本稿は、歴史的制度論の観点から重規制ルールの成立過程に注目することにより、規制ルールの成立自体が、単にオバマ政権や民主党の意向によって実現したものではないことを明らかにする。重規制ルールの成立に影響を与えた要因としては、FCCが新たなルールを発表したタイムミングにおいて、ISPに対する規制権限の法的根拠が示されていたことと、ICTインフラに関する議論に対して世論の注目が高まったことが挙げられる。

重規制ルールの成立に関しては、オバマ大統領の「ネットワーク中立性」に関する主張を維持し、FCCの規制権限を強化した点に関して一定の評価が与えられてきた。¹⁶ オバマ政権は当初からICT政策を重視しており、二〇〇九年一月に行われた第一期大統領就任演説においては、米国におけるテクノロジーの重要性を強調した。¹⁷ 特に、「ネットワーク中立性」を実現するためには、情報環境の基盤を構築するISPに対して一定の規制が必要であることを訴えてきた。

また、重規制ルールの成立は、オバマ大統領のみならず、民主党のICTインフラ政策に関する意向を表すものである。FCCはその委員構成において、政権与党が多数派であるため、政策内容も与党の影響を強く受ける。ICT政策に関しても、共和党と民主党の間における立場の違いは大きく、「ネットワーク中立性」のための規制ルールの内容も異なっている。共和党の場合は、規制によるイノベーションの阻害を危惧し、政府の介入は最小限に止めるという立場を採る。しかし民主党は、自由な情報交換を実現する環境を整備するため、積極的な規制アプローチを採る。オバマ政権における重規制ルールの成立は、「ネットワーク中立性」に関する当初からの民主党の意向に沿うものであった。

しかし、重規制ルールの成立に影響を与えた要因は、FCCを通じた政権与党の影響力だけではない。重規制アプローチを可能にした要因の一つは、規制ルールに対するコロンビア特別巡回控訴裁判所の判決である。FCCが規制ルールを発表する度に、ISPはその法的根拠に関して訴えを起こした。規制ルールの有効性が裁判において争われることにより、FCCはISPに対する規制権限の法的根拠を明確にする必要があったのである。オバマ政権期において重規制ルールが成立した背景には、FCCの法的な規制権限が示されていたということがある。

また、もう一つの要因としては、「ネットワーク中立性」に関する認識の高まりがある。「ネットワーク中立性」の問題はもともと、インターネットへのアクセスにおける資源配分の問題を意味していた。しかし、交換可能な情報量が増加するに伴い、情報の質や価値の問題が徐々に議論されるようになった。FCCが新たに発表した規制ルールに對しても、より多くのコメントが寄せられるようになり、オバマ政権期には、「ネットワーク中立性」に関する認識が広く共有されるようになっていた。いかなるタイミングのもとで、重規制ルールが成立したのかを明らかにするためには、「ネットワーク中立性」の議論の変化に注目することも重要である。

三 「ネットワーク中立性」をめぐる論争

「ネットワーク中立性」は、ICT政策における論点のひとつであり、二〇〇〇年代半ばから米国や欧州諸国において議論されるようになった。インターネットの利用拡大によって、コンテンツ利用における遅延の解消や、セキュリティの必要性が認識されると、ネットワークのトラフィックを差別する可能性について指摘されるようになった。「ネットワーク中立性」の論点は、ネットワークの管理者が、インターネット上に流通するコンテンツやアプリケーションに對して、どの程度コントロールが許されるのかという問題である。¹⁸⁾

「ネットワーク中立性」は、インターネットという通信メディアの公平性に関係する。通信サービスの公平性という概念は、一八六〇年代の電信に對する法規制の中にルーツがあり、その後、電話サービスからICTサービスへと継承されている。インターネットにおける公平性は、ネットワークシステムの分散的な制御において実現される。¹⁹⁾ インターネットは設計上、システム制御の責任は、中枢ではなく末端によって担われている。そのため、ネットワーク

事業者は、交換される通信の内容に関して無関心であることが求められる。

「ネットワーク中立性」の問題に関する議論の始まりは二〇〇三年である。コロンビア大学のティム・ウー (Tim Wu) は、ネットワーク設計の原則として「ネットワーク中立性」を主張した⁽²⁰⁾。「ネットワーク中立性」の支持者は、コンテンツ間の競合性を担保するためには、ネットワーク構造の改善措置が必要であると主張する⁽²¹⁾。しかし、「ネットワーク中立性」の議論においては、ネットワークに対する規制がイノベーションを阻害するとの批判的な意見も存在する⁽²²⁾。そのため、「ネットワーク中立性」の実現のためには、ネットワーク構造への介入を最小限に止めることが求められる。

ティム・ウーの主張は、ネットワークが政府の規制なしに成立可能か否かを問うものである。彼は、アプリケーション間の公平な競争を確保するために、ネットワーク側から特定のアプリケーションに対して、特別の取り扱いを行わないことを求めた。具体的には、米国における「ネットワーク中立性」の実現のため、BIAS (Broadband Internet Access Service) 市場の寡占化を問題視し、ネットワーク事業者に非差別原則を求める規制の導入が望ましいと彼は主張した⁽²³⁾。

ティム・ウーが「ネットワーク中立性」に注目した理由は、第一に、インターネット上の通信トラフィック量の爆発的な増加である。ブロードバンドの普及は、ICT利用者の拡大を招き、ネットワーク容量の不足という問題を引き起こした。「ネットワーク中立性」が問題になった背景には、インターネット資源の分配に関する問題があり、限りある通信資源をどのように割り当てるべきかが論点になった。

しかし、通信トラフィック量の急激な増加のみが、通信の妨害をもたらす訳ではない。問題は、ネットワーク容量

の供給が制限されていることである。BIAS市場は当初、参入障壁の低さから競争の活発化が予想された。しかし、相次ぐ規制緩和によつて、ケーブルテレビ事業者や電気通信事業者といったネットワーク設備を有するインフラ事業者が、BIAS市場において市場支配力を高めていった。⁽²⁴⁾ その結果、隣接市場のコンテンツやアプリケーションに対して、インフラ事業者が影響力を行使する懸念が生じた。

また、インターネットがコミュニケーション・メディアとして重要な地位を占めるようになると、ネットワークの利用制限によつて、コミュニケーションが制約される恐れが指摘された。そのため、ネットワークの混乱制御において、ISPが公共性を担保しているか否かが問題となり、「ネットワーク中立性」の議論において、資源配分の問題のみならず、情報交換における公平性も論点となった。

米国における「ネットワーク中立性」の議論は、FCCがISPに対して非差別原則を求める規制の導入を求める中で行われた。政府レベルの議論では、民主党と共和党の間の対立は解消されず、連邦議会において提出された「ネットワーク中立性」に関する法案はすべて廃案となっている。⁽²⁵⁾ そのため、「ネットワーク中立性」に対する政府の態度を明らかにするためには、ISPに対するFCCの規制ルールに注目する必要がある。

四 重規制ルールの形成過程における三段階

(1) 第一段階——規制ルールの公表

「ネットワーク中立性」に関してFCCが初めて意見表明を行った場面は、二〇〇四年二月八日にコロラド大学で開催されたシンポジウム (The Digital Broadband Migration: Toward a Regulatory Regime for the Internet Age) である。こ

のシンポジウムにおいて、パウエル (Michael Powell) 委員長は、ICT利用者間において守られるべき「インターネットの自由」を提唱し、多様な情報へのアクセス環境の整備によって、さらなるイノベーションの促進を訴えた。⁽²⁶⁾しかしこの声明は、パウエル委員長個人の意見表明にとどまるものであり、FCCがISPに対して法的拘束力をもつものではなかった。

FCCが公式の規制ルールの検討に取り組んだ要因は、ISPによる通信トラフィックのブロック事案の発生である。二〇〇五年二月、大手通信企業のマディソンリバー・コミュニケーションが、ボナージュの通信トラフィックをブロックしていたことが判明した。ボナージュは、インターネット電話サービスを提供する企業であり、この出来事は、ISPがデータ通信を差別的に取り扱った事例として初めて裁判にまで発展した。FCCはこの時、マディソンリバー・コミュニケーションに対して、一万五〇〇〇ドルの支払いと通信のブロック禁止を命じている。⁽²⁷⁾

FCCにおいて、「ネットワーク中立性」規則を公式に発表したのは、二〇〇五年八月五日の「インターネット政策声明」である。「インターネット政策声明」は、通信法二三〇条b項および同七六〇条a項を法的拘束力の根拠規定として掲げている。⁽²⁸⁾この規則は、ブロードバンドの普及やインターネットの開放性、相互接続性の維持や促進のため、BIAS市場における消費者の地位として四つの原則を打ち出している。⁽²⁹⁾規制ルールにおいては、「合理的なネットワーク管理」を実現するため、①自らが選択する合法的コンテンツにアクセスできる権利、②法執行の要請の枠内で自身が選ぶアプリケーションやサービスを利用できる権利、③ネットワークに損害を与えない限り自らが望む合法的端末装置を接続できる権利、④ネットワーク事業者やコンテンツ・アプリケーション事業者の競争を享受できる権利が示されている。

「インターネット政策声明」はあくまでガイドラインにとどまり、消費者に対して法的な権利を付与するものではなかった。しかし、この政策声明はそれ以降のFCCによる規制ルールの指針となる。二〇〇七年一〇月、大手通信企業のコムキャストが、ピアツーピア方式のファイル共有ソフトの「ビットトレント」の通信を制限した疑いが生じた。「ビットトレント」に対しては、著作権のある音楽やソフトウェアの違法行為に使用されていることが指摘されながらも、合法的なコンテンツを広める上での有効性が指摘されていた。そのため、コムキャストによる一方的な制限が、FCCの「ネットワーク中立性」の原則に反しているのではないかとの非難の声が上がっていた。³⁰

二〇〇八年一月になると、FCCは調査に乗り出し、コムキャストが行っているデータ通信の制限を違法とみなした。そして同社に対して、データ通信の制限の中止と、通信トラフィックの取り扱いについて透明性を持たせるよう是正命令を出した。³¹ この時、FCCが下した是正命令の法的根拠は、通信法タイトルI (Title I) 四条i項であり、同条は通信法のもと、任務遂行のための必要な行為の実施をFCCに許可するものである。このFCCの決定は、ISPによる「ネットワーク中立性」の侵害を初めて公式に判断したものであった。

二〇〇八年九月四日、コムキャストは、FCCの是正命令の有効性に関してコロンビア特別巡回控訴裁判所に提訴した。裁判は、BIASに対してFCCが命令を下す法的権限を争うものであった。結果として、二〇一〇年四月六日に下された判決においては、FCCの命令は無効であり、FCCはコムキャストの混雑管理行為を規制する権限を持たないとされた。³² 判決の理由としては、FCCの補助的管轄権に関して、³³ それに対応する具体的な条項の論証が不十分な点が指摘されていた。この判決によって、FCCは一度、「ネットワーク中立性」の侵害事案に対する権限を大きく失ってしまう。

「インターネット政策声明」は、FCCのISPに対する規制内容を明文化した最初のルールである。この声明は、その後の規制ルールの雛形となり、FCCのISP規制に関する行動を規定するようになる。FCCの次の課題は、ISPに対する規制権限を明確にすることであった。「インターネット政策声明」に続く規制ルールの作成において、FCCは、具体的な法的根拠に基づく規制ルールの提示を試みる。

(2) 第二段階——軽規制ルールの成立

二〇一〇年の判決を受けて、FCCは新たな規制アプローチの検討を行う。当時の委員長であったジェナツチョースキー (Julius Genachowski) は、BIASを通信法タイトルII (Title II) の対象となる「電気通信サービス」に再分類し、規制の運用においてその大部分の適用を差し控えるという「第三の道」を構想した。³⁴

FCCはこれまで、インターネットの接続事業を通信法タイトルIにある「情報サービス (information service)」に分類し、比較的緩やかな対応を試みてきた(第一の道)。通信法タイトルIIの公益事業 (コモンキャリア) である「電気通信サービス (Telecommunication Service)」としてBIASを位置付ける場合、FCCの強い権限が及ぶことになり、電話などと同様の規制対象となる(第二の道)。そこでFCCは、BIASをFCCの権限が及ぶ電気通信サービスの範疇に置きながら、規制は最小限にとどめる「第三の道」を検討した。しかし、BIAS再分類への抵抗が大きく、「第三の道」は一旦見送られることとなる。

FCCは「第三の道」構想に代わって新たな規制ルールを発表する。二〇一〇年二月二二日の「オープン・インターネット命令」の採択である。³⁵ この命令の法的根拠は、通信法七〇六条a項およびb項であった。同条は、「すべ

ての米国人に対して高度な電気通信の機能 (advanced telecommunications capability) を合理的かつタイムリーに提供することを奨励する」ものであり、FCCに対して同条の目的達成のための調査手続きを求めるものである。FCCは、「ネットワーク中立性」の確保がコンテンツ事業者に対する投資の増大やエンドユーザーの利用拡大につながり、さらなるインフラ事業への投資を生み出すことを想定していた。そのため、インターネットのオープン性を保障する「オープン・インターネット命令」が、七〇六条の目標達成において必要不可欠であるとFCCは主張した。

「オープン・インターネット命令」は、「インターネット政策声明」の内容の実現を目的としていた。具体的には、BIASを「情報サービス」として規定し、「消費者の選択、表現の自由、エンドユーザーによるコントロール、競争、及びイノベーションの自由を可能とするオープンプラットフォームとしてのインターネットを保持すること」を目的として掲げている。具体的には、①透明性義務、②遮断禁止義務、③不当な差別禁止義務という三つの基本ルールを挙げている。

同命令の特徴は、BIASを固定系と移動系に分けて規定した点であり、特に、移動系BIASに対して自由裁量の余地を大きく認めている。FCCは移動系BIASのネットワーク管理に伴う複雑性や市場が発展段階にあることを考慮し、透明性及び遮断禁止義務の一部だけを課し、不当な差別禁止義務の対象から除外した。また、同命令は、隣接のコンテンツ市場への配慮から、コンテンツ事業者に対する有償優遇措置を認めていない。³⁶⁾

「オープン・インターネット命令」に対して、ネットコンテンツ事業者は支持を与えたが、コンテンツ配信に優劣をつけたいISPは反対の姿勢を示していた。例えば、ISP事業者のペライゾンは、二〇一一年九月二三日に「オープン・インターネット命令」が官報に掲載された後、同命令の有効性に関してコロンビア特別巡回控訴裁判所

に訴えを起こしている⁽³⁷⁾。ベライゾン は、「オープン・インターネット規則」が FCC に対して与えられた権限を超えており、ISP の権利を侵害していると主張した⁽³⁸⁾。ベライゾンの主張としては、第一に、FCC は規制ルールを定める法的な権限をもっていないことであつた。また、「オープン・インターネット命令」はルールが恣意的であり、ブロードバンド提供者をコモンキャリアとして扱うことによつて、通信法に違反しているとの主張も行った。

判決は二〇一四年一月一四日に下された。裁判所は、通信法七〇六条 a 項および b 項のもと、FCC に対して通信分野の規制に関する一般的な権限が与えられていることを認めた⁽³⁹⁾。しかし裁判所は、BIAS 市場における接続義務と公平義務に関して、ISP のコンテンツ事業者に対する中立的なサービス提供義務を、通信法第二編に定められているコモンキャリア規制と実質的に同じであると主張した。そのため、ふたつの義務に関して、BIAS を情報サービスとして分類した FCC の判断は矛盾していることになることから、裁判所は命令自体の有効性を否定した。

同判決は、ISP 側の主張を認める内容ではあつたものの、FCC にとつて、「ネットワーク中立性」に対する自身の規制権限が法的に認められたことは重要であつた。なぜなら同判決は、FCC が既存の通信法に基づいた形で BIAS 市場に規制権限を及ぼすことが可能であることを意味していたからである。判決文によれば、接続義務と公平義務に関して、一定の交渉の余地が認められる場合、それらはコモンキャリア規制には該当しない。このことは、公平義務を諦めて最低限のアクセスを保証する接続義務のみに絞れば、命令の有効性が認められることを示唆している⁽⁴⁰⁾。

「オープン・インターネット命令」に対する判決が下された後、「ネットワーク中立性」に関する新たな問題が発生する。サービスを提供する速度を改善するために、ISP のネットワーク事業者間で行われる直接接続取引が注

目を集めるようになったのである。⁽⁴¹⁾ 例えば、動画配信サービスを提供しているネットフリックス (Netflix) は、自社が公表しているISPごとの通信速度の一覧において、ベライゾンとコムキャストの通信速度が二〇一三年後半から数ヶ月にわたって急速に落ちていたことを明らかにしていた。⁽⁴²⁾

通信速度の低下という問題に対して、ネットフリックスは二〇一四年二月二三日にコムキャストの通信回線と直接接続することで両社は合意した。また、ネットフリックスは、ベライゾンとも同様の契約を結んでおり、両社との直接接続に対価を支払うことによつて通信速度は回復した。⁽⁴³⁾ しかし、この契約締結がネットフリックスへのインターネット接続の優遇措置に当たるのではないかという声が上がリ、「ネットワーク中立性」の議論がさらに高まる結果となった。

「オープン・インターネット命令」は、「インターネット政策声明」に基づきながら、具体的な政策内容を定めた規制ルールである。同命令自体の規制権限は裁判において否定されたものの、FCCに対して、通信法に基づくISP規制の有効性が法的に認められた。さらに、社会生活におけるICTの利用拡大に伴つて、「ネットワーク中立性」に注目が集まるようになっていく。FCCは重規制ルールの検討に取り組むようになる。

(3) 第三段階——重規制ルールへの転換

「オープン・インターネット命令」に対する判決を受け、FCCは二〇一四年五月に「ネットワーク中立性」に関する規則の改定案を発表し、同案に対するパブリックコメントの募集を開始した。改定案は、「オープン・インターネット命令」の方針を維持し、通信トラフィックの不当な差別や遮断の禁止を求めるものであった。新たに提案され

た内容は、コンテンツ事業者がISPに対して追加料金を支払った場合、優先的なインターネット接続（「ファースト・レーン」(Fast Lane)）を認めるというものであった。⁽⁴⁴⁾

ファースト・レーンを認める改定案に対して、大手コンテンツ事業者は反対の姿勢を示した。Google、フェイスブック、アマゾンなどの一〇〇社以上のインターネット関連企業は、共同でFCCに対して反対意見を記した手紙を提出している。コンテンツ事業者によれば、FCCの追加規定は、優先的なインターネット接続を容認しており、ISPが技術的、経済的にインターネット上の企業を差別化する懸念があるというものであった。⁽⁴⁵⁾ また、改定案に関してFCCが一般の人々に対して広く意見を求めたところ、これまでで最も多い四〇〇万件近いパブリックコメントが集まった。⁽⁴⁶⁾ 「ファースト・レーン」の導入に対しては否定的な意見も多く、FCCは改定案の修正を余儀なくされる。

さらに、二〇一四年一月一〇日には、オバマ大統領が声明を発表し、ネットワークの中立性に関するアナウンスメントを行った。⁽⁴⁷⁾ オバマ大統領は、二〇〇七年に行った大統領選挙演説の中で自身を「ネットワーク中立性の確固とした支持者」と呼び、二〇〇八年の大統領選挙の時点から、インターネットにおける中立性の保護を公約に掲げている。二〇一四年八月には「次のGoogleやフェイスブックが現れるためにインターネットはオープンであるべきだ」とも発言しており、「ファースト・レーン」に反対の姿勢を示している。⁽⁴⁸⁾

オバマ大統領は声明の中で、「開かれたインターネットは米国経済に不可欠」として、ブロードバンドサービスを通信法タイトルIIの電気通信サービスに分類し、ISPにおける「ネットワーク中立性」の強化を訴えた。声明は主に四項目に分かれており、①ISPが不当にコンテンツを遮断することの禁止、②ISPが一部のコンテンツの伝達速度を意図的に調整することの禁止、③インターネット接続における透明性の強化、④ISPが有料で優先サービス

を提供することの禁止を求めるものであった。

こうした動きを受けて、民主党のウィーラー (Tom Wheeler) 委員長は二〇一五年二月四日に新ルールである「タイトルII命令」を発表し、同命令は二六日にFCC委員による投票決議において三対二で採択された。民主党のクラバーン (Mignon Clyburn) 委員とローゼンワーセル (Jessica Rosenworcel) 委員は、「インターネット経済は世界の羨望を集め、今まさにアプリ経済が始まろうとしている。新しい規則はFCCの重大な試みだ」と語っている。加えて、ウィーラー委員長は「インターネットはISPが支配するには大きすぎる分野である」と述べた⁽⁴⁹⁾。しかし、共和党のパイ (Ajit Pai) 委員とオライリー (Michael O'Reilly) 委員は非難する姿勢を示し、「新しい規則案は問題解決には結びつかず越権行為である」とも主張している。

「タイトルII命令」は、情報サービスに分類されてきたBIASを電気通信サービスに再分類し、BIASを通信法タイトルIIに定めるコモンキャリア規制の対象とした。その上で、BIASに対して適用する条文を最小限に止める方針を採っている⁽⁵⁰⁾。再分類の根拠は、ISPがICTユーザーに対して果たすべき機能の変化にある。多くのユーザーが、第三者の提供するコンテンツやアプリケーションを利用する頻度が増えた情報環境下において、ISPは、ユーザーとコンテンツプロバイダの間の円滑な接続環境を構築しなければならない。ただし、FCCはBIASを他の公共インフラからは区別しており、ISPに対しては価格と設備導入に関する決定の自由が与えられている。ネットワークの管理上の合理的な理由がある場合、ISPは通信にある程度の影響を与えることが許容されている⁽⁵¹⁾。「タイトルII命令」はこれまでの方針とは異なり、重規制アプローチを採用したため、ISPからの反発は大きかった。例えば、業界団体テレコムは、命令の有効性に対する訴えを起している。二〇一六年六月一四日に下され

た判決は、「タイトルⅡ命令」の有効性を認めた⁽⁵²⁾。しかし、大手ISPはその後も「タイトルⅡ命令」に対して反対の姿勢をとり、議会に対して軽規制アプローチに基づく立法措置の導入を訴え続けた。

また、「タイトルⅡ命令」は、政権交代によってFCCの委員構成が変更された場合、「タイトルⅡ命令」が早期に覆される可能性が危惧されていた⁽⁵³⁾。共和党は、「タイトルⅡ命令」に対しては否定的な姿勢をとり続けており、オバマ政権の「ネットワーク中立性」の規制ルールを無効とするための訴えを起している。実際、トランプ (Donald Trump) 政権が誕生すると、新たな規制ルールが発表されることとなった。

二〇一七年二月一四日に採択された「インターネット・フリーダム命令 (Internet Freedom Order)」において、BIASは「情報サービス」に再分類され、ISPに対する命令は開示義務のレベルにまで限定されている⁽⁵⁴⁾。新たにFCC委員長を務めることになったパイは、デジタル・ディバイド解消のため、BIAS事業者に悪影響を与える規制の緩和を強く訴えた。新たな規制ルールに基づく場合、「ネットワーク中立性」は、市場競争と連邦取引委員会の規律によって維持されることとなる。

しかし、「タイトルⅡ命令」の有効性が完全に否定されたわけではない。例えば、州政府は、独自のネットワーク中立性規則を導入することによってFCCに対抗しようとしている。カリフォルニア州では、二〇一八年八月三十一日に「ネットワーク中立性」の保護を強く推し進める法案を可決している⁽⁵⁵⁾。また、同年八月二〇日には、二二の州とコロンビア特別区が連邦控訴裁判所に対して、FCCの動きを阻止するための申立書を提出した⁽⁵⁶⁾。二〇一九年一〇月一日の連邦裁判所の判決は、「インターネット・フリーダム命令」を支持するものであったが、FCCに対しては、州や地方の政府によって採択された独自のルールを妨げることはできないとしている⁽⁵⁷⁾。さらに、バイデン (Joe Biden)

政権においては、ネットワーク中立性を強化する傾向がみられることが指摘されている。⁽⁵⁸⁾

また、「タイトルⅡ命令」が成立した背景には、「ネットワーク中立性」が守られるべき価値のひとつとして認識されるようになった社会的状況が存在する。FCCは当初、コンテンツ事業者間において公正な交渉を可能にするために、BIAS事業者のネットワークを効率的に利用できる環境を構築する必要があった。規制ルールの目的は、BIAS市場の発展を妨げない形で既存の規制を可能な限り適用し、市場へ積極的な介入を最小限に止めることにあった。しかし、ネットワーク容量が大幅に拡大すると、物理的基盤をもつISPの恣意性によって、伝達される内容がコントロールされる可能性が危惧されるようになった。ユーザー側のリテラシーが高まった状態において、BIAS事業者が「ネットワーク中立性」に反する行動をとった場合、世論からの反発は大きくなることが予想される。共和党政権下において、「タイトルⅡ命令」のような重規制ルールの成立は困難である。しかし、「タイトルⅡ命令」の法的根拠が認められたことと、「ネットワーク中立性」に基づくICTインフラ事業者への認識が拡大したことは、「タイトルⅡ命令」の法的有効性に寄与していることが考えられる。オバマ政権下における重規制ルールの成立は、FCCの命令に対する判決と社会状況の変化を考慮しながら、オバマ大統領と民主党の意向を政策に結びつけたものである。

五 イノベーションと「中立性」

本稿は、歴史的制度論に基づきながら、FCCのISPに対する規制ルールの形成過程を三段階に分けて分析を行った。重規制ルールの内容は、「中立的な」情報環境を構築するためにISPに対する一定の規制を求めるものと

なっており、オバマ政権のICTインフラ政策に関する姿勢と重なるものである。しかし、重規制ルールの成立自体に注目すると、それは、FCCの法的な規制権限が明確になったことと、「ネットワーク中立性」への認識が高まりをみせたタイミングを踏まえたものであることが明らかになる。

FCCは当初、ICTのイノベーションを考慮し、ISPに対する積極的な規制を避ける軽規制アプローチを採っていた。しかし、二〇一四年のベライゾン判決において、FCCのISPに対する規制権限が認められると、FCCは重規制ルールの作成に取り組むことになる。二〇一五年に発表された「タイトルII命令」は、BIASを公共インフラとして再分類することによって、ISPに対する積極的な規制を行うものであった。この規制ルールは、「ネットワーク中立性」の侵害事案に対してFCCが個別判断を行う内容となっており、二〇一六年の判決では規制ルールにおけるFCCの法的根拠が認められている。

重規制ルールの成立においては、第一に、二〇一四年のベライゾン判決によって、FCCのISPに対する規制権限の法的根拠が認められたことがひとつの契機となっている。FCCの規制権限が認められながらも、規制ルールの内容における不備が指摘されたために、FCCは重規制ルールの作成に取り組むこととなる。さらに、二〇一四年のオバマ大統領の「ネットワーク中立性」に関するアナウンスメントは、米国民の「ネットワーク中立性」に関する認識が高まりを見せた中で行われた。コンテンツ事業者とISP間の直接取引は、「ネットワーク中立性」の問題が注目を集める契機となり、「オープン・インターネット命令」の改訂版や「タイトルII命令」が発表されると、多くのパブリックコメントが集まった。「タイトルII命令」の採択は、ISPによるインフラ管理がコンテンツに影響を与えることが危惧されたタイミングを踏まえたものである。

しかし、本稿には課題も存在する。第一には、重規制ルールの有効性に関する点である。歴史的制度論では、制度の経路依存性が論点のひとつであるが、本稿ではその点に関する記述が不十分である。トランプ政権において採択された「インターネット・フリーダム命令」は、「タイトルⅡ命令」を否定しており、ISPに対する規制を最小限に留めている。もちろん、ICTインフラ事業者に対するリテラシーの高まりなどを考慮すると、ルールの変更自体が直接的に重規制ルールの法的有効性を阻害するとは限らない。しかし、本稿は、重規制ルールの成立までを分析対象としていることから、その法的有効性を示すまでには至っていない。

また、ICTインフラ政策に関する新たな論点が生じる可能性もある。具体的には、規制対象となるBIAS事業者が変化する可能性であり、特に、コンテンツ事業者主導のBIAS事業者が表れる点が指摘されている。⁵⁹ オバマ政権期における「ネットワーク中立性」の議論は、ISPの意図的なネットワーク管理を問題視したものであった。しかし、コンテンツ事業者が自身でネットワークを保有する場合、FCCは新たな対応を求められることとなる。オバマ政権におけるFCCの重規制アプローチの成立は、ISP規制によって「ネットワーク中立性」を実現するためのひとつの成果であった。今後のICTインフラ政策の分析においては、BIAS市場の変化を考慮した上で、新たな「中立性」概念や具体的な政策内容の検討が求められる。

(1) 本稿における「重規制ルール」は、ICT利用者間の自由な情報交換を実現するために、インフラ事業者（ISP）に対して積極的な規制を行うものを意味し、「軽規制ルール」は、ICT市場の発展を阻害しないために、ISPに対する規制を最小限にとどめるものを意味する。

- (2) 「政策影響レポート：科学、技術、イノベーションにおけるオバマ大統領のリーダーシップ事例100 (IMPACT REPORT: 100 Examples of President Obama's Leadership in Science, Technology, and Innovation)」を参照 <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2016/06/21/impact-report-100-examples-president-obamas-leadership-science> (二〇一〇年一月二三日閲覧)。
- (3) 具体的なブロードバンドインフラ政策としては、インフラ構築を支援する「ブロードバンド技術機会プログラム (Broadband Technology Opportunities Program)」の立ち上げや、「コネクトアメリカ基金 (Connect America Fund: CAF)」の設置、ワイヤレスインフラ政策がある <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2016/07/15/fact-sheet-administration-announces-advanced-wireless-research> (二〇一〇年一月二三日閲覧)。
- (4) 小向太郎「米国連邦通信委員会のプライバシー政策」『情報法制研究』一卷、二〇一七年、三六―四四頁。
- (5) 佐々木勉「欧米におけるネット中立性の政策」『情報通信学会誌』三四卷二号、二〇一六年、一四〇―一五〇頁。実績寿也「ネット中立性規制 Ver.4へ：ネットワーク中立性3.0の世界」『情報法制研究』三号、二〇一八年、二九―四三頁。実績寿也「オープンインターネット命令に係る控訴審判決の影響」『情報通信学会誌』三三卷一号、二〇一四年、一一―二二頁。実績寿也『ネットワーク中立性の経済学：通信品質をめぐる分析』勁草書房、二〇一三年。松宮広和「近時のアメリカ合衆国における情報サービス規制をめぐる議論について再論」『群馬大学社会情報学部研究論集』一八卷、二〇一一年、九七―一二九頁。東條吉純「米国連邦通信委員会によるネットワーク中立性規則：差別行為の規範的分類の試み」『立教法学』八五号、二〇一二年、五〇―八四頁。田中絵麻「ネットワーク中立性規制の現代的課題：米国とEUの現状をふまえて」『情報通信政策研究』四卷二号、二〇二〇年、五五―七三頁。田中絵麻「米国における通信法の適用範囲を巡る議論と政権交代による影響の考察：モバイル・データ・プランにおける価格差別の視点から」『情報法制研究』二号、二〇一七年、一五―二八頁。
- (6) 米国のICTに関する政策過程の先行研究としては以下を参照、清原聖子「インターネット時代の米国におけるユニバーサル・サービスの政策過程：政策類型と教育・図書館団体の政治化を中心に」『年報政治学』五六卷一号、二〇〇五年、二五―二七二頁。

- (7) 秋吉貴雄・伊藤修一郎・北山俊哉『公共政策学の基礎(新版)』有斐閣、二〇一五年、一七二頁。
- (8) B・ガイ・ピーターズ『新制度論』土屋光芳訳、芦書房、二〇〇七年、一二二頁。
- (9) 真淵勝「アメリカ政治学における『制度論』の復活」『思想』七六一巻、一九八七年、一二六一―一五四頁。
- (10) 秋吉貴雄「時間の中の会計検査制度・異質な制度進化の歴史分析」『法学新報』一二三巻、二〇一六年、六一―七頁。
- (11) 同上、五一―五六頁。
- (12) 同上、九二―九九頁。
- (13) 河野勝「新しい比較政治学への序奏」河野勝・岩崎正洋編『アクセス比較政治学』日本経済評論社、二〇〇二年、一一九頁。
- (14) 古地順一郎「ピアソンの歴史的制度論」岩崎正洋編『政治過程の理論分析』三和書籍、二〇一二年、一二七頁。
- (15) ピーターズ、前掲書、一一七頁。
- (16) Sarah Morris, “The Next President’s Tech Legacy Has a Head Start,” August 25, 2016, <https://www.newamerica.org/weekly/edition-132/next-presidents-tech-legacy-has-head-start/> (二〇一〇年十一月二三日閲覧)。
- (17) オバマ大統領は演説の中で「我々は科学を本来あるべきところに戻す」と宣言している。 <https://obamawhitehouse.archives.gov/blog/2009/01/21/president-barack-obamas-inaugural-address> (二〇一〇年十一月二三日閲覧)。
- (18) 実績寿也「ネットワーク中立性「問題」とは何か?」二〇〇八年、 <https://rp.kddi-research.jp/article/RA2008033> (二〇一〇年十一月二五日閲覧)。
- (19) 土屋大洋「サイバースペースのガバナンス」日本国際問題研究所編『グローバル・コモンズ(サイバー空間、宇宙、北極海)における日米同盟の新しい課題』二〇一〇年、二七―四一頁。
- (20) Tim Wu, Tim (2003) “Network Neutrality, Broadband Discrimination,” *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, Vol. 2 (June 2003), pp. 141-179.
- (21) *Ibid.*, pp. 147-149.

- (22) *Ibid.*, p. 149.
- (23) *Ibid.*, pp. 165-172.
- (24) 米国におけるISPはネットワーク保有者と区別される。Eli M. Noam, *Media Concentration and Ownership in America*, (New York: Oxford University Press, 2008); Federal Communications Commission [以下FCCと略記], “Local Telephone Competition Status as of December 31, 2006,” http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DOC-279231A1.pdf (二〇一〇年十一月二十五日閲覧) ; Federal Communications Commission, “High-Speed Services for Internet Access: Status as of June 30, 2007,” http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DOC-280906A1.pdf (二〇一〇年十一月二十五日閲覧)。
- (25) 土屋大洋「ネットワークの中立性と政策のシミュレーション——日米間における議論の比較」慶應義塾大学法学部内法学研究会編『法学研究』八三卷三号、二〇一〇年、二二八—二二九頁。
- (26) Michael K Powell, “Preserving Internet Freedom: Guiding Principles for the Industry,” http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DOC-243556A1.pdf (二〇一〇年十一月十三日閲覧)。
- (27) FCC, “Madison River Communications, LLC and affiliated companies,” 20 FCC Rcd 4295 (6), March 3, 2005, <https://docs.fcc.gov/public/attachments/DA-05-543A2.pdf> (二〇一〇年十一月二十日)。
- (28) FCC, “Appropriate Framework for Broadband Access to the Internet over Wireline Facilities,” 20 FCC Rcd 14986, August 23, 2005, <https://docs.fcc.gov/public/attachments/FCC-05-151A1.pdf> (二〇一〇年十一月二十七日閲覧)。
- (29) *Ibid.*, p. 3.
- (30) Peter Svrensson “Comcast Blocks Some Internet Traffic,” October 19, 2007, <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2007/10/19/AR2007101900842.html> (二〇一八年一〇月二十九日閲覧)。
- (31) FCC, “Formal Complaint of Free Press and Public Knowledge: Broadband Industry Practices,” 23 FCC Rcd 13028 (15), August 20, 2008, <https://docs.fcc.gov/public/attachments/FCC-08183A1.pdf> (二〇一〇年十一月十七日閲覧)。
- (32) Comcast Corp. v. FCC, 600 F.3d 642 (D.C. Cir. 2010).

- (33) 補助的管轄権 (ancillary jurisdiction) とは、法的根拠が明確ではないものの、関連する既存の法的根拠に基づいて行使される権限を意味する。本稿においては、一九三四年通信法タイトルIに基づきながら、FCCがISPに対して用いた規制権限を指す。
- (34) FCC, “Framework for Broadband Internet Access,” 25 FCC Rcd 7866 (9), 75 FR 36071, June 17, 2010, <https://docs.fcc.gov/public/attachments/FCC-10-114A1.pdf> (二〇一〇年十一月二七日閲覧)。
- (35) FCC, “Preserving the Open Internet: Final Rule,” 25 FCC Rcd 17905 (21), 76 FR 60754, 76 FR 59192, December 23, 2010, <https://docs.fcc.gov/public/attachments/FCC-10-201A1.pdf> (二〇一〇年十一月二七日閲覧)。
- (36) 有償優遇措置 (paid prioritization) とは、追加料金によって、ISPが特定のウェブサイトの通信速度を高速化する特別措置を意味する。
- (37) メトロPCS (Metro PCS) 社もベライゾン社と同様の訴えを行い、一旦は併合審理の決定がなされた。しかし、二〇一三年三月にメトロPCS社は訴訟を取り下げたため、ベライゾン社の単独訴訟となった。
- (38) Verizon v. FCC, 740 F.3d 623 (D.C. Cir. 2014).
- (39) 本判決の内容は、「オープン・インターネット命令」が、FCCの権限の枠内か否かという点のみを検討したことを前置きとしている。
- (40) 実績寿也、前掲論文、二〇一四年、一―二二頁。
- (41) 八山幸司「米国におけるインターネットの中立性に関する取り組みの現状」、二〇一五年、https://www.jetro.go.jp/ext_images/_Reports/02/fdbd7b991a263a7/201504IT.pdf (二〇一〇年十一月二三日閲覧)。
- (42) Jon Brodtkin “Netflix Performance on Verizon and Comcast Has Been Dropping for Months,” February 11, 2014, <https://arstechnica.com/information-technology/2014/02/netflix-performance-on-verizon-and-comcast-has-been-dropping-for-months/> (二〇一〇年十一月二五日閲覧)。
- (43) Edward Wyatt and Noam Cohen, “Comcast and Netflix Reach Deal on Service,” February 23, 2014, <https://www.nytimes.com>

- com/2014/02/24/business/mediar/comcast-and-netflix-reach-a-streaming-agreement.html?_r=021 (二〇一〇年十一月二十五日閲覧)。
- (44) FCCの提案は「固定事業者に対する公平義務を「ビジネスとして非合理的行為の禁止」とする」を提案するものであった。FCC, “Protecting and Promoting the Open Internet NPRM,” 29 FCC Red 5561 (7), 79 FR 37447, May 15, 2014, <https://docs.fcc.gov/public/attachments/FCC-14-61A1.pdf> (二〇一〇年十一月十七日閲覧)。
- (45) Edward Wyatt, “F.C.C. Backs Opening Net Neutrality Rules for Debate,” May 15, 2014, <http://www.nytimes.com/2014/05/16/technology/fcc-road-map-to-net-neutrality.html> (二〇一〇年十一月十五日閲覧)。
- (46) Nancy Scola, “Dirty data: Why the ‘4 million public comments’ on net neutrality might not be what they seem,” December 19, 2014, <https://www.washingtonpost.com/news/the-switch/wp/2014/12/18/dirty-data-why-the-4-million-public-comments-on-net-neutrality-might-not-be-what-they-seem/> (二〇一〇年十一月十五日閲覧)。
- (47) オバマ大統領のネットワーク中立性に関するロスマンレポートの題名は「net neutrality (二〇一〇年十一月二十五日閲覧)」。
- (48) Amy Schatz, “President Obama Isn’t Down with the FCC’s Net Neutrality Proposal Either,” August 6, 2014, <http://recode.net/2014/08/06/president-obama-isnt-down-with-the-fccs-net-neutrality-proposal-either/> (二〇一〇年十一月十五日閲覧)。
- (49) Alex Wilhelm and Sarah buhr, “FCC Passed Strict Net Neutrality Regulations On 3-2 Vote,” February 27, 2015, <http://techrunch.com/2015/02/26/FCC-passes-strict-net-neutrality-regulations-on-3-2-vote/#.ysrzkw:g4n6> (二〇一〇年十一月十五日閲覧)。
- (50) FCC, “FCC Releases Open Internet Report and Order on Remand, Declaratory Ruling, and Order,” 30 FCC Red 5601 (7), 80 FR 19737, 81 FR 93638, March 12, 2015, <https://docs.fcc.gov/public/attachments/FCC-15-24A1.pdf> (二〇一〇年十一月十七日閲覧)。

- (51) *Ibid.*, p. 100.
- (52) United States Telecom Association. v. FCC, No. 15-1063 (D.C. Cir. 2016).
- (53) 実績、二〇一八年、前掲論文、八頁。
- (54) FCC, “Declaratory Ruling, Report and Order, and Order, In the Matter of Restoring Internet Freedom,” 33 FCC Red 311 (1), January 4, 2018, <https://docs.fcc.gov/public/attach.ents/FCC-17-166A1.pdf> (二〇二〇年十一月二七日閲覧)。
- (55) Cecilia Kang, “California Lawmakers pass Nation’s Toughest Net Neutrality Law,” August 31, 2018, <https://www.nytimes.com/2018/08/31/technology/california-net-neutrality-bill.html> (二〇二〇年十一月二五日閲覧)。
- (56) Emily Tillet, “22 States and D.C. Urge Court to Vacate and Reverse FCC Rollback of Net Neutrality,” August 21, 2018, <https://www.cbsnews.com/news/22-states-and-d-c-urge-court-to-vacate-and-reverse-fcc-rollback-of-net-neutrality/> (二〇二〇年十一月二五日閲覧)。
- (57) Mozilla Corporation. v. FCC, No. 18-1051 (D. C. Cir. 2019).
- (58) <https://www.washingtonpost.com/technology/2021/01/27/net-neutrality-biden-fcc/> (二〇二一年一月四日閲覧)；田中二〇二〇年、前掲論文、六六頁。
- (59) 実績、二〇一八年、前掲論文、一四一―一五頁。

契約不適合認識前の受領物の譲渡と解除

——リスク負担範囲の主観的拡張と二当事者問題への収斂——

野 中 貴 弘

I 序 論

1 問題の所在

2 検討の手法

II 譲渡から生じるリスクの配分法理比較——債務法改正前のドイツ民法を素材として

1 ドイツ民法草案および旧三五三条・旧三五四条の成り立ち

(1) ローマ普通法からドイツ民法第二草案へ

(2) 修正第二草案Ⅱ連邦参議院提出草案から債務法改正前ドイツ民法へ

(3) 両条の制度趣旨と残された課題

2 譲渡後の取戻しの可否に着目したリスク配分とその難点

(1) 基本的発想

(2) 取戻不能リスク全てを買主Bに負わせる難点

3 返還不能の原因に着目したリスク配分——当事者間のリスク配分問題への収斂

(1) ドイツにおける旧三五三条と旧三五四条の棲み分け

(2) リスク負担範囲の主観的拡張と当事者問題への収斂

4 契約不適合(瑕疵)の不知に着目したリスク配分とその難点

(1) 一律免責構成

(2) 買主免責+代償引渡構成

5 小括

Ⅲ 二〇〇二年ドイツ新解除効果規定の評価

1 条文の素直な解釈と帰結の不当さ

2 解釈による改正前の議論への接近

Ⅳ 結論

I 序論

1 問題の所在

売買目的物の引渡しを受けた買主(B)がこれを第三者(C)に譲渡したものの、Cの許で当該物の品質の契約不

適合が発見されたために、Bが自身の売主(A)との売買契約を解除した場合を考える。この場合において当該目的物が返還不能であったときのリスクは、誰がどのような形で負担するのか。

民法五四八条は、二〇一七年の民法(債権関係)改正の前後を問わず、契約の目的物を「返還することができなくなったとき」に解除権が消滅すると規定する。この「返還することができなくなったとき」、すなわち返還不能な場合には、滅失した場合だけでなく、第三者に譲渡した場合も含まれると解されてきた。^①このことと、改正前民法五四八条一項では解除権消滅の要件として解除権を有することの認識が要求されていなかったことを形式的に併せ考えると、改正前民法においては、瑕疵を知らずに第三者へ譲渡した場合にも瑕疵担保解除権が消滅するとの帰結が導かれる。

この論理と帰結は、二重譲渡事例での処理と比較をすれば、さほど突飛なものではない。すなわち、不動産の二重譲渡がなされた場面では、譲受人のいずれかが先に対抗要件たる登記を備えた時点で、もう一方の譲受人に対する譲渡人の債務が履行不能になると解されている。^③このことに鑑みれば、民法五四八条の解釈において譲渡をもって返還不能と捉える点も平仄が合うのである。また、〈買主が解除権を有することを知らずとも、自由な意思で自由な行為(譲渡)をした以上、この行為(譲渡)の結果を売主に転嫁させてはならない〉との考え方からすれば、譲渡により直ちに解除権が消滅するとの解釈も、ひとつのあり得るリスク配分といえる。

事実、二〇世紀のドイツにおいても、解除権者による受領物の譲渡により解除権を排除する解釈が展開されていた。二〇世紀のドイツ学説は、後に見るドイツ民法旧三五三条・旧三五四条のみが譲渡に関するリスク配分を規定していると理解せず、譲渡そのものにより解除権が排除される場合があるとし、その根拠規定を、有責な返還不能の場合に

解除権を排除した、次の旧三五一条一文に求めた。⁽⁴⁾

旧三五一条 解除は、受領した対象の著しい損傷、滅失その他の返還不能について解除権者が有責であった場合、排除される。対象の重要な部分の滅失は著しい損傷と同様とし、二七八条により解除権者の責めに帰すべき他人の過失は、権限者自身の過失と同様とする。

たとえば、ヤンセンは、譲渡それ自体で既に有責な返還不能とみなされるべきときには旧三五一条により解除権が消滅するので、後に見る旧三五三条の問題にならないと説く。⁽⁵⁾ 二〇世紀後半、ヴォルフやケメラーらは、解除権者が受領物につき自己の物として自由な行為をした以上その後解除することは矛盾挙動であるとの議論を展開した。こうした議論の方向性は、譲渡それ自体により解除権を排除することも整合する（さらにいえば、Ⅲ章に見るとおり、債務法現代化法もまた、その文言上は、買主Bの譲渡後の返還不能を一律に買主の負担とするかに映る）。譲渡それ自体に「履行認容」を見出していると評することができよう。

しかし、このような理解は、少なくとも本稿冒頭の契約不適合解除を想定するならば、説得力に乏しい。後の解除と矛盾するとの評価を受けるべき「履行認容」や「解除権の放棄」は、解除原因や解除権の認識なくしては原則として生じないはずである。事実、解除権認識後の譲渡の場合には旧三五一条により解除権が排除されても、解除権認識前の譲渡それ自体では原則として旧三五一条の適用がないとするのが多数の理解であった。⁽⁶⁾ 契約不適合認識前の譲渡それ自体により、それ以後のあらゆるリスクを買主の負担とする理解は支持されない（この他ドイツでは、譲渡それ自

体で旧三五一条により解除権が排除されるとの解釈は、後に見る旧三五三条の存在・解釈と整合しないとの批判もなされていた^⑦。「譲渡Ⅱ解除権消滅（買主負担）構成」に問題があることは、品質の契約不適合物が第三者Cの許で当該不適合ゆえに滅失したケースを想定することでも明らかであろう^⑧。譲渡それ自体は、当該物の物理的返還自体を不能にする行為ではなく、第三者Cより取り戻しての返還ができない場合の、ひとつの端緒にとどまる。譲渡契約が合意解除され、あるいは第三者Cからの解除を受け、譲渡人（買主）が返還すべき目的物を取り戻す場合も存する。それにもかかわらず、譲渡以後のあらゆるリスクを買主負担とするのは、返還不能事由と切り離した行き過ぎがあるように思われる。つまるところ、民法改正前の学説は、「返還することができないとき」の解釈と解除権の認識を要求しない解釈とをそれぞれ独立して行っており、本稿冒頭の問題に向き合ってこなかった。

返還不能リスクを広くBの負担と解する我が国の傾向は、二〇一七年の民法（債権関係）改正後も変わらない。確かに、同改正で五四八条にただし書が付されたことにより、買主が解除権を有することを知らずに譲渡をしても、解除権が消滅することはなくなった。しかし、周知のように我が国の近時の学説は、解除の可否と最終的なりリスク配分とを切り離す^⑨。解除権が消滅しないとせよ、買主の支配領域内で返還不能の事態が生じた以上、あるいは買主が契約時に対価の負担をすることでその物を取得すると決定をした以上、あるいは買主が自由な意思で行為をした以上、受領物を返還できない買主は物の返還に代わる価額償還義務を負うと解するのが、近時の多数説である。したがって、多数説からすれば、本稿冒頭の事例では、債権法改正後もなお、買主が返還不能リスクを負担し、原物返還に代えて価額償還義務を負うことになりそうである。

果たして、譲渡したことそれ自体は、解除後のリスク配分にあたってどのような意味を持つのか。右に見たように、

目的物の契約不適合が原因でCの許で滅失したケースを想定するならば、譲渡後のあらゆる返還不能リスクをBが負うとのリスク配分は到底支持し得ない。他方で、譲渡時に契約不適合を知らなかったことを理由に一律にBを免責し、そこから生じた全てのリスクをAの負担とすることにも疑問がある。Cの許で目的物が滅失した場合においても、当該リスクは譲渡がなければそもそも発生しなかつたりリスクとも言い得るからである。

2 検討の手法

ところで、我が国の民法五四八条の起草にあたっては、ドイツ民法の第一草案および第二草案に範を求めたことが知られている¹⁰。解除権者による受領物の譲渡に関しては、第一草案四三〇条一号および第二草案三〇三条一文が規定しており、譲渡により受領物を返還できない場合には解除権が排除されるルールを採用していた。解除権者が譲渡物を取り戻すことができる場合、解除がなお許容される規定表現にも映るが、この点は曖昧であった。

もつとも、ドイツにおいてその後一八九六年に制定された民法典では、解除権者による受領物の譲渡に関わる規定が二箇条あり、一見するといずれも、右の草案とは異なる内容であった。

旧三五三条一項 解除権者が受領した対象もしくはその対象の重要な部分を譲渡し、またはその上に第三者の権利を設定した場合において、この処分の結果として当該対象を手に入れた者の許で三五一条または三五二条の要件が生じたときは、解除は排除される。

旧三五四条 権限者が受領した対象またはその重要な部分の返還につき遅滞に陥ったときは、その相手方は、権限者に対して相当の期間を指定し、その期間経過後は受領を拒絶する旨の意思表示をすることができる。その期間経過前に返還がないときは、解除はその効力を失う。

旧三五三条が準用する旧三五一一条は先に見たとおりであり、旧三五二条は解除権者が受領物を加工・改造により他の種類の物に変えた場合に解除権を排除する規定である。したがって、旧三五三条は、解除権者Bによる譲渡があった場合に、旧三五一条および旧三五二条を準用することで、第三者Cの許での滅失等につきCが有責であるときや、第三者Cが加工・改造したことで別の物となったときに、譲渡人Bが有するAB間契約の解除権を排除する。他方、旧三五四条は、解除にもかかわらず解除者Bが返還対象物を返還しない場合に解除の効果が失われるとする。草案段階にはなかったこれら二つの規定は、いかなる経緯で制定されたのか。草案の規定内容を排してこれらの規律を設けた論拠が問われる。これを本稿の出発点としたい（Ⅱ章1節）。

もつとも、実は両規定の制定過程を辿るだけでは複数の疑問が残る。とりわけ、旧三五四条は返還不能リスクを広く解除者（返還債務者）の負担としているため、一見すれば、旧三五三条が不要に映る（両規定の効果こそ解除権の消滅と解除後の解除効の消滅という形で異なるものの、大きな差は存しない）。そこで本稿では、制定過程を辿った後、譲渡後の取戻しの可否を基準としてリスク配分する旧三五四条のあるべき適用範囲を考察対象としていく（Ⅱ章2節）。二〇世紀ドイツでの旧三五三条をめぐるある論点での多数説的理解は、旧三五四条に関する制定過程での理解からの乖離を示すものと評価できる（Ⅱ章3節(1)）。旧三五四条の適用範囲が限定され、譲渡後の返還不能リスクの配分にあたって

は、返還不能原因に着目することの重要性が明らかになる(Ⅱ章3節②)。

ただし、以上の議論の素材は、債務法改正前の約定解除の効果規定をめぐってのものである。本稿が想定する品質の契約不適合による解除(瑕疵担保解除)の場合、買主Bは契約不適合を知らずに受領物を譲渡する。ここに、なお他の解釈可能性が開かれる。ここではとりわけ、買主Bの返還不能リスクを免責しつつ、売主Aの代償請求を肯定する解釈の是非が問われることになる(Ⅱ章4節②)。また、以上のような分析と債務法現代化法との整合性も問題となる。新解除効果規定は、条文を見る限りドイツ民法草案とも改正前民法とも異なり、譲渡それ自体によつて買主が一律に価額償還義務を負う規定となっているかに映るからである。この部分の議論はドイツでもまだ十分なものとは言い難いが、改正後の学説における議論を参照し、改正前民法下での理解と連続性があることを示したい(Ⅲ章)。

本稿では、以上のように主にドイツ債務法改正前の規定と議論を素材として考察を深め、譲渡後の返還不能リスクについてのありべき配分法理を探る。具体的には、譲渡後の具体的な返還不能原因に応じた検討が必要であること、また、契約不適合認識前の譲渡は、譲渡人Bが負うべきリスクを譲渡先のCにまで主観的に拡張する、すなわち第三者Cの行為を譲渡人Bの行為と同視するにとどまるものであり、したがって、Cの許での滅失等についてのAB間でのリスク配分は、二当事者間における基本的リスク配分問題に収斂されることを明らかにしたい。

II 譲渡から生じるリスクの配分法理比較——債務法改正前のドイツ民法を素材として

1 ドイツ民法草案および旧三五三条・旧三五四条の成り立ち

初めに、我が国の民法起草時に参照したドイツ民法草案を含め、一八九六年ドイツ民法の制定過程を見ておこう。

(1) ローマ普通法からドイツ民法第二草案へ

買主による受領物の譲渡に関するローマ普通法下での規律としては、買主が購入した奴隷を譲渡等した場合についての指摘が残されている。すなわち、学説編纂第二一卷第一章第四三法文第八節では、買主が奴隷や奴隷の使用収益を譲渡したときには、奴隷を買い戻し、質から解放した後に瑕疵担保解除がされるべきと記される^⑪。また、ドイツ普通法学では、たとえばヴィントシャイトは、買主が自由な意思により譲渡をした場合には解除権を失うものの、それでもなお譲渡物を返還できる状態になったときには、再び権利を手にするとしていた^⑫。

債務法の起草委員とされたフォン・キューベルは、こうした理解を引き継いだ。フォン・キューベルによる「契約に基づく権利および義務」と題する部分草案二〇号は、三九箇条からなり、二二条以下で「物の瑕疵に基づく担保責任」が取り扱われる。その三二条では、買主が受領物を処分した場合の規律が提案されている^⑬。

部分草案二〇号三二条 物が取得者の過失により滅失したため、取得者がそれを処分したため、または取得者がその物を加工や改造により他の種類の物に作り変えたため、取得者がその物を返還できないときは、取得者は瑕疵担保解

除を請求することができず、代金減額のみを請求することができるにとどまる。ただし、物に欠陥があることがその改造の際に初めて現れたであろうときはこの限りでない。

ここでは、取得者による受領物の処分と返還不能とが明文上一応区別されていることが注目される。このキューベルの部分草案は、第一委員会での審議後、次の第一草案四三〇条一号となった。¹⁴

第一草案四三〇条 次の場合には解除権は生じない。

一 解除権者が、故意または過失により受領した対象の滅失を引き起こしたこと、あるいは受領した対象を処分した（verfügt hat）ことにより、その対象を返還できないとき。

この第一草案四三〇条一号のうち処分にかかわる規律は、帝国司法庁の準備委員会および第二委員会を経た後の編集会議の段階で、同号で用いられていた“verfügen”が“veräußern”に変更された点を除いては、その内容において変更を受けず、次の第二草案三〇三条一文となった。¹⁶

第二草案三〇三条一文 権限者が受領した対象を譲渡した（veräußert hat）こと、あるいはその対象に第三者の権利を設定してその権利を抹消できないことにより、権限者が受領した対象を返還しえないときには、解除は排除される。

本稿序論において述べたように、我が国の改正前民法五四八条の起草にあたって範とされたのが、ドイツ民法の第一草案および第二草案であった。第一草案四三〇条一号や第二草案三〇三条一文は、譲渡それ自体と返還不能とを（曖昧ではあるものの）一応区別し、譲渡自体で解除権が排除されるのではなく、その後これを返還できないことで解除権が排除されることを定めていたことが注目される。

(2) 修正第二草案Ⅱ連邦参議院提出草案から債務法改正前ドイツ民法へ

ア 第二草案を明確化した規定としての修正第二草案三四九条・旧三五四条

もつとも、既に序論にて確認したとおり、一八九六年制定のドイツ民法典では、第二草案三〇三条一文の規律が姿を消している。第二草案以降、どのような議論がなされたのであろうか。

議論のきっかけは、最終校正 (Revision) 段階でのプランクによる提案にある。プランクは、第二草案三〇三条一文に関し、譲渡後もなお返還可能であれば解除ができることを明確にするよう、次のような提案をしていた。⁽¹⁷⁾

プランク提案 解除は、権限者が受領した対象を譲渡した場合に排除される。ただし、権限者がその対象を後に再び取得したとき（あるいは権限者が譲渡にもかかわらずその対象を返還することができるとき）はこの限りでない。

この提案を受けた編集会議では、受領物の譲渡後にも解除がなお許容されるべきかどうか、許容されるとしたらどのような要件のもとで許容されるべきかが問題とされた。⁽¹⁸⁾

ここでプラנקは、草案によれば、解除権者が譲渡物を返還できるか否かをいつの時点で判断するかという疑問が残ることに着目した。そしてこの問題は、譲渡対象物が譲渡から解除の意思表示までの間に第三者の許で滅失した場合に重要になるという。プラנקによれば、この場合、様々な考え方があり得る。一方では、ここでの返還不能は、譲渡に起因するのではなく物の滅失に起因しているのであるから、第二草案三〇一条(後の旧三五二条)によれば(過失がない限り)解除権が排除されないと考え方があり得る。他方、仮に譲渡がなされなかった場合にも滅失が生じたであろうか否かにより判断することもあり得る。しかし、ここでプラנקは、最も正当で目的に適うのは、解除権者が解除の意思表示の時点で既に譲渡物を再び買い戻した場合を除いて、譲渡によつて一律に解除権を消滅させることであると説いた。¹⁹⁾ 第三者の許で滅失した場合も含めて買主の負担とする意図であったことが明らかである。

しかし、このプラנקの提案は、会議で賛同を得られなかった。議事録の限りでは二つの立場からの反対があったように思われる。ひとつは、買主(譲渡人)が免責されるべき場合を想定し、取戻しができない限り買主負担とするプラנק提案を批判するものである。具体的には、この規定が実際の意義を有する主な場面は瑕疵担保解除の場合であるところ、このプラנקの提案によると、欠陥のある物が取得者Cの許で滅失した場合に瑕疵担保解除が排除されるという困った結論に至ることが指摘された。²⁰⁾

他方、第二草案からの修正の要を見ないとの主張もなされた。解除の意思表示の時点で解除権者の許に返還対象物があり、返還可能な状態にあることが重要であると理解する限り、第二草案三〇三条一文で十分である旨主張された。草案のこの意味を明確化することが必要であるならば、解約金による解除についての第二草案三〇八条の規定に付け加える可能性が指摘されている。²¹⁾ 第二草案三〇八条は、後の旧三五九条であり、以下のとおりである。²²⁾

第二草案三〇八条・旧三五九条 解約金の支払による解除権を留保した場合において、解約金が解除の意思表示前あるいは意思表示の際に支払われず、かつ相手方がこれを理由として遅滞なくその意思表示を拒絶するときは、解除はその効力を生じない。ただし、解約金が拒絶後遅滞なく支払われるときは、解除の意思表示は有効である。

こうした議論対立を受け、プランクは会議において自身の提案を撤回し、解除の意思表示の時点で解除権者の許に返還対象物があることを解除の許容にあたって重視するという形で第二草案三〇三条一文を明確化することが適切かどうかを編集会議が吟味すべきであると決定された²³。

そして、その後の編集会議は、次のように考えた。第二草案三〇三条一文の規定によれば、解除権排除の要件とされた返還不能の判断時期如何という疑問が残る。そこで編集会議は、右の課題に対して、修正第二草案三四九条を新たに設けることによって応えようとした²⁴。

修正第二草案三四九条 権限者が受領した対象またはその重要な部分の返還につき遅滞に陥ったときは、その相手方は、権限者に対して相当の期間を指定し、その期間経過後は受領を拒絶する旨の意思表示をすることができる。その期間経過後に返還がないときは、解除はその効力を失う。

この修正第二草案三四九条によれば、解除権者が返還を遅滞した場合、相手方より相当の期間を設定され、この期間経過前に解除者により返還されなかった場合には解除が効力を失うことになる。議事録には、原状回復における双

務性の尊重が、根拠として記される。つまり、解除による原状回復義務は、双務契約における履行と同様に履行されるべきであり、同条は、解除がそうした関係を創り出すという考え方に依拠したものとされる²⁵。その後、この修正第二草案三四九条は、旧三五四条に結実した。

以上のように、この修正第二草案三四九条および旧三五四条は、第二草案三〇三条一文と比べ、いかなる場合に解除が効力を失うか明確である。同条は、譲渡にもかかわらず解除は可能であるものの、譲渡による返還不能リスクを買主Bが負担することを前提に、返還不能か否かの判断は解除の相手方による催告から相当期間経過時になされることを明確にした²⁶。この旧三五四条こそが、日本民法五四八条の制定時に参照された第二草案三〇三条一文を排して、譲渡によるリスク配分を規律した規定であった。

イ 修正第二草案で新設された同三四八条一項・旧三五三条の制定経緯

他方、一八九六年制定のドイツ民法典には、譲渡がなされた場合を直接規律するルールとして旧三五三条一項が存在する。序論で見たとおり旧三五三条一項は、譲渡先の第三者Cの許で旧三五一条や旧三五二条の要件が生じた場合、具体的には、Cの許での滅失等につきCが有責であったり、Cが加工・改造したことで他の種類の物となった場合に、解除権者たる買主Bの解除権が排除されると規定する。先に見たように、第二草案段階における譲渡に関する規律は、第二草案三〇三条一文(旧三五四条の前身)のみであり、この旧三五三条の内容に相当する規定は存在しなかった。

そこで、この旧三五三条の制定経緯に目を向けると、この旧三五三条も、先の旧三五四条と同様に、最終校正の段階において新たに提案され、修正第二草案三四八条となり、旧三五三条に結実した。実は、この規定内容は、後の旧

三五一条二文後段に関する提案にその契機があった。換言すれば、後に旧三五一条となる第二草案三〇二条一号の解除権者の過失を主観的に拡張するのに伴い、受領物が譲渡された場合にも解除権者の過失と同視すべき主観的範囲を拡張する観点から、後の旧三五三条が提案されたという背景がある。この点の経緯を辿ることとしよう。

まず前提として、右の第二草案三〇二条一号は、後の旧三五一条一文および二文前段に相当する規定として、次のように定めていた(傍点は引用者)²⁷⁾。

第二草案三〇二条 解除は排除される。

一 受領した対象の滅失または著しい損傷について解除権者が有責であったとき。重要な部分の滅失は、著しい損傷と同様とする。

これに対して、第二草案の校正段階では、解除権者自身の過失でなくとも、解除権者と一定の関係にある第三者の過失を解除権者の過失と同視して解除権を排除すべき場合があるとして、その第三者の範囲如何が議論された²⁸⁾。会議では、まず、第二草案二三四条(後の旧二七八条)の範囲、つまりは解除権者が給付の実現(義務の履行)に利用した者に限るべきなのか、それとも解除権者が受領物の占有を単に委ねた相手の過失を含むとすべきかが問題とされた。ここでは全部で三つの提案がなされたが、最終的には、前者の提案が承認され²⁹⁾、後の旧三五一条二文後段となる。

旧三五一条 解除は、受領した対象の著しい損傷、滅失その他の返還不能について解除権者が有責であった場合、排

除される。対象の重要な部分の滅失は著しい損傷と同様とし、二七八条により解除権者の責めに帰すべき他人の過失は、権限者自身の過失と同様とする。

そして、同会議では、この責任の主観的拡張を、目的物が第三者に譲渡された場合にも及ぼす提案がなされた⁽³⁰⁾。譲渡がなされた場合、目的物の譲受人Cの有責での滅失等あるいは加工・改造があれば、譲渡人Bが有するAB間の約定解除権が排除されることになる。承認を得たこの内容は、その後、修正第二草案Ⅱ連邦参議院提出草案の三四八条一項となり、そのまま旧三五三条一項に結実した⁽³¹⁾。

(3) 両条の制度趣旨と残された課題

以上のとおり、旧三五三条は、〈買主が受領物を自ら譲渡した以上、譲渡先の第三者の許で生じた滅失等については、買主自身の許で生じたのと同様に扱うべきである〉との考えを基に、買主が負うリスクの範囲を主観的に拡張する規定と理解できる⁽³²⁾。これに対し、旧三五四条は、〈買主が受領物を自ら譲渡した以上は、これを取り戻せない限り、返還不能リスクを自ら負うべきである〉との考えを基に、譲渡そのものでは解除を排除しないものの、返還不能リスクを一律に買主の負担とする規定である。両条はともに、譲渡人である買主Bのリスク負担を定めている。

以上の制定過程論議からは、次の疑問が生じる。すなわち、ともに返還不能リスクを買主Bの負担とするのであれば、旧三五四条があれば足り、旧三五三条は不要ではないかとの疑問である。旧三五四条の定めるとおり、譲渡物を取り戻しての返還が不能な場合、その返還不能原因の如何を問わず、そのリスクを一律に解除権者(買主)に負わせ

れば良いのではないか。この点で、ドイツ民法も、ローマ普通法からドイツ民法第二章案までの理解と大差ないのではないか。旧三五四条の制定過程において第三者の許で物が滅失したケースが取り上げられていたにもかかわらず(②ア参照)、両条の関係が取り沙汰されなかったがゆえに、ドイツ民法典はこうした課題を残していた。

この点、旧三五四条は解除権者による返還の「遅滞」を要件とするところ、返還「遅滞」とされるのは、旧二八五条に従い、解除権者が責めに帰すべき事由により返還を行わない場合に限られる。そうすると、旧三五四条の適用範囲を考えるうえでの問題は、〈旧三五四条の局面において責めに帰すべき事由により返還を行わない場合とは如何なる場合か〉になろう。旧三五四条の背後には、〈自ら譲渡した以上、これを取り戻して返還できない限り、返還不能リスクを負うべし〉との理解があると解すれば、返還不能には広く責めに帰すべき事由があるとの解釈に至る可能性がある。このように解するならば、旧三五四条の適用範囲は広くなり、本稿冒頭で示した考え方、すなわち譲渡それ自体で解除権を排除するリスク配分に接近することになる。

そこで本稿では、次に、旧三五四条を原状回復障害に広く適用し、取戻しの可否によりリスク配分を図ることが妥当であるかを検討することとしよう。

2 譲渡後の取戻しの可否に着目したリスク配分とその難点

(1) 基本的発想

自らの意思で譲渡したことを重視し、譲渡後の取戻不能を広く買主Bの負担とする解釈は、二〇世紀ドイツにおいて、たとえばウルリッヒ・フーバーにより主張された。フーバーは、約定解除の局面だけでなく、瑕疵担保解除にお

いても、次のように取戻しの可否によるリスク配分を重視している。

実はフーバーは、加工・改造の際のリスク配分を取り扱った前稿において既に紹介したように、〈受領物の返還不能が、瑕疵自体から生じた場合、あるいは瑕疵を認識できない状況から生じた場合には、瑕疵担保解除が排除されない〉との一般原則があると考える。こうした基本姿勢を採るフーバーからすれば、買主が瑕疵を知らずに譲渡したのであれば、その免責を認めるのが筋なように思われる。事実、フーバー自身もこのことを指摘している。

しかし、フーバーは、譲渡がなされ、譲渡人Bが物を取り戻せない状態がどのような状況かに着目する。フーバーによれば、Bが譲渡物を第三者から取り戻せない場合、Bは通常、第三者Cより支払われた売買代金を保持している状況にある。そうであるならば、目的物を取り戻せない買主Bに対して、自身の売主Aに対する瑕疵担保解除権(旧二八一条による代償の引渡しと引き換えに)認めることは過剰である(überflüssig)。フーバーは、こうした状況理解のもとで、瑕疵はしばしば再び売却された後に初めて現れるという現実および旧三五三条の存在を考慮し、譲渡それ自体では瑕疵担保解除権が排除されないとしつつも、買主Bは物を再び調達できるかどうかにつき自身で責任を負うと解したのである。³⁴⁾譲渡後に当該目的物を取り戻すことができない買主Bは、Cより給付された売買代金を保持しているのであるから、この買主Bに瑕疵担保解除を与えることは過剰であり、必要ないとの論理である。「過剰」という評価と取戻しの有無が結び付けられる。譲渡契約が維持されている場合に買主(譲渡人)の解除を排除すべきとする点は、グラスも同様である。³⁵⁾

こうしたリスク配分を志向する場合、条文解釈としては、旧三五三条で解除権が排除されない場合にも、なお旧三五四条が適用されると解することになろうか。前述の如く、自らの意思で譲渡したにもかかわらず取り戻せないこ

とを重視して、旧三五四条の要件である有責な遅滞を肯定することになる。これにより、解除の相手方による催告にもかかわらず返還できない場合、旧三五四条により解除効が消滅し、フリーバーの主張するリスク配分が導かれる。

(2) 取戻不能リスク全てを買主Bに負わせる難点

こうした取戻しの可否を基準とするリスク配分は、取戻不能の原因がBC間契約の維持にある場合を想定すれば、実に合理的である。フリーバーが指摘するとおり、この場合のBにAB間契約の解除権を与え、価額償還義務を免責する合理性は乏しい。

しかし、取戻不能の原因は、譲渡契約の維持に限られない。旧三五四条の編纂過程においても俎上に上ったように、目的物が第三者の許で滅失したがゆえに取戻不能な場合がある。そして、この第三者の許での滅失が売主Aの責めに帰すべき事由による場合、この返還不能リスクを売主Aが負うべきことは疑いようがない。たとえば、目的物に関する売主Aの説明不足等が端緒となり、これを受けて譲渡人Bの説明も同様に不足し、それゆえに第三者Cが目的物の使用方法を誤り滅失させた場合が挙げられる。目的物が有する契約不適合ゆえに第三者の許で滅失した場合も同様である。取戻しの可否を基準としてリスク配分をしようとするれば、こうした場合すらも買主Bの負担にしてしまう点に問題を抱える。

このことは、譲渡による返還不能リスクの配分を考えるうえで、取戻しの可否が基準として不合理であること、および、自由な意思で譲渡したことそれ自体では旧三五四条の〈有責な遅滞〉を基礎づけないことを意味するともに、返還不能の原因に着眼すべきことを示唆する。すなわち、譲渡契約が維持されているがために売主Aに返還できない

場合だけでなく、第三者の許で滅失等したがゆえに返還不能である場合をも想定し、そのうえで当該具体的な返還不能リスクを誰に帰すべきかを検討する必要があることを明らかにする。

そこで次節では、いったん旧三五四条を離れ、旧三五三条のもとでの議論に目を向けよう。同条は、第三者の許での滅失等や加工・改造による原物返還不能という形で、まさに返還不能の原因に着目しているからである。

3 返還不能の原因に着目したリスク配分——二当事者間のリスク配分問題への収斂

(1) ドイツにおける旧三五三条と旧三五四条の棲み分け

ア 第三者の許で偶然滅失した場合のリスク配分

前述のとおり、旧三五三条は、買主Bが受領物の譲渡後にこれを返還できない場合のうち、目的物の滅失につき第三者Cが有責であるケースや、第三者Cが加工・改造したことで別の物となったケースにつき、AB間契約における買主Bの解除権を排除することで、原物返還不能リスクを買主Bの負担とする。まさに、どのような事由により返還不能になったのかに着目する規定である。

こうして返還不能原因に着目してリスク配分するとなれば、契約不適合が原因でCの許で滅失した場合も含め、Aの有責な滅失等であればA負担となることも説明できる。また、旧三五三条は、その制定過程の論議から明らかとなり、譲渡人Bが負うべきリスク負担範囲を主観的に拡張する規定であるから、Cの有責な滅失等についてBがリスク負担することになる。

それでは、第三者Cの許で目的物が偶然滅失した場合、これによる返還不能リスクはいかに配分されるのか。旧

三五三条は、旧三五一条と旧三五二条のみを準用し、旧三五〇条、すなわち買主（解除権者）の許で目的物が偶然滅失した場合に、売主（解除の相手方）負担とする規定を準用していない。旧三五三条は、旧三五一条二文後段とセツトで、解除権者の負担する範囲を主観的に拡張する見地から制定された以上、旧三五三条において旧三五〇条が準用されていないこと自体は自然である。しかし、本論点は、こうして旧三五三条が旧三五〇条を準用していないがゆえに生じた問題である。債務法改正前のドイツ民法は、（我が国の改正前五四八条と同様に）解除権を排除して解除権者の負担とする場合（旧三五一条・旧三五二条、我が国では改正前五四八条一項）だけでなく、解除を認めて解除の相手方負担とする場合も明示的に定めていた（旧三五〇条、我が国では改正前五四八条二項）。そうであるがゆえに、ここで旧三五〇条が準用されていないことをどう評価すべきかが問われるのである。

この点、条文解釈としては、先に見たように、旧三五三条による解除権排除はなくとも、なお旧三五四条が適用され、譲渡先から取り戻しての返還ができない以上は買主Bの負担となるとの帰結も、あり得る。取戻不能のリスクを広く買主負担とする見解からは、当然、このように解すべきことになる。

しかし、債務法改正前のドイツ学説においては、第三者Cの許で偶然滅失した場合に、売主Aの負担とする見解が有力であった。³⁶ すなわち、買主Bは、旧三五三条により解除権が排除されず、適法に解除できる結果、（旧三五〇条により）解除の相手方である売主Aが返還不能リスクを負担するという理解である。³⁷ こうした学説理解に従えば、①第三者Cの許で旧三五一条や旧三五二条の要件を満たす事態が生じれば、それにより買主Bが有するAB間契約の解除権が消滅する（旧三五三条）のに対し、②第三者Cの許で目的物が偶然滅失した場合には、買主Bの解除が認められ、Bは目的物を返還できないにもかかわらず、Aは受領済み代金の返還義務を負う。②の場合において買主Bの免責を

認める点で、取戻不能リスク全てを譲渡人Bに負わせていた第二草案三〇三条一文と違いがあることになる。⁽³⁸⁾

イ 旧三五三条の登場による旧三五四条の適用場面制限——二つの返還不能原因の区別

以上の検討結果は、次のような分析・整理を可能とする。旧三五四条は、その制定過程において、第三者の許で目的物が滅失等したがゆえに返還不能な場合もその射程に含めて理解されることがあった。Bが譲渡したこと自体を捉えて有責な返還遅滞と考えるならば、この場合も旧三五四条の要件を満たす。しかし、以上でみたとおり、制定後の学説の多くは、第三者Cの許で偶然滅失した場合には、Bの解除を認め、旧三五四条を問題とせず、相手方Aの負担としてきた。Bの解除が排除されない場合に、重ねて旧三五四条を適用しない。

多数説はここで、制定過程における旧三五四条の広い射程理解から離れ、（偶然滅失に限らず）目的物が第三者Cの許で滅失した場合を同条を適用対象としないものと評価できる。第三者Cの許で旧三五一一条あるいは旧三五二条の要件を満たす原物返還不能が生じた場合、旧三五三条により買主Bの解除権が排除されるのであるから、有効な解除を前提とする旧三五四条は適用の前提がない。また、目的物が第三者の許で偶然滅失したがゆえに返還できない場合、多数説はこれを売主Aの負担としており、旧三五四条の適用対象とはならない。旧三五四条の中心的適用場面は、物理的な返還不能事由は発生していないものの、BC間契約が維持されているがゆえに譲渡人Bが譲渡物を第三者Cより取り戻せない場合となる。

旧三五三条と旧三五四条は、制定過程において相互にほとんど意識されずに規定され、結果としてできあがった両条は競合していた。そうした中で、第三者の許で偶然滅失した場合における多数説のリスク配分は、旧三五四条の適

【旧353条と旧354条の棲み分けに関する1つの考え方】

返還不能事由		対応規定	Bの解除の可否	A B間での リスク負担
Cの過失による 滅失	物理的 返還不能	旧353条 →旧351条	不可	B (買主)
Cの加工・改造		旧353条 →旧352条	不可	B (買主)
Cの許での 偶然滅失		(旧350条)	可	A (売主)
B C間の 契約存続	社会通念上の 返還不能	旧354条	解除効消滅	B (買主)

用範囲を制限することで両条の調整を図ったものと理解することが可能である。

こうした検討は、返還不能の原因として、①目的物自体は第三者の許に現存し、物理的には返還可能な状態にあるものの、B C間契約が維持されたままでBがこれを取り戻すことができないケースと、②目的物が第三者の許で滅失等して物理的に原物返還不能になっているケースとを区別すべきことを示唆している。社会通念上の返還不能とも呼ぶべき①のケースでは、譲渡人Bを免責すべき理由がない。この場合には、取戻しの可否によるリスク配分を図れば良い。旧三五四条はこれを規定する。これに対し、②では、取戻しの可否によるリスク配分は妥当せず、当該物理的返還不能の原因を探り、A B間のリスク配分を決する必要がある。債務法改正前のドイツ民法規定についてのこうした理解を表にまとめると、上掲のとおりである。

(2) リスク負担範囲の主観的拡張と二当事者問題への収斂

譲渡後の返還不能リスクの配分を考えるうえで重要なのは、②の物理的返還不能の場合に他ならない。①の場合、B C間契約が売買契約であれば、

譲渡利益がBに帰属している状態にあるので、Bは通常、A B間契約を解除することを選択しないと考えられるからである。

このことを前提に②を中心に据えたとき、以上の分析によれば、譲渡は、譲渡人Bが負うべきリスクを譲渡先のCにまで主観的に拡張する、換言すれば第三者Cの行為を譲渡人Bの行為と同視するにとどまるものであることを意味している。〈Cの許で生じた返還不能事由が、仮にBの許で生じたならば、当該リスクはA B間においてBが負担するものか否か〉を基準にリスク配分しようとするものといえる³⁹⁾。

これは結局のところ、Cの許での滅失等についてのA B間でのリスク配分問題は、Cの行為をBの行為と同視するという点を除けば、二当事者間におけるリスク配分問題に収斂されることを意味する。当該滅失リスクが仮にBの許で生じたとしても売主Aに転嫁可能なものであるならば、A B間でのリスク配分においてBがリスク負担すべき理由はない。したがって、この場合にはBもまた、Aとの契約を解除し、Aにリスク転嫁できてしかるべきことになる。

第三者Cの許での偶然滅失リスクの配分も、結局のところ、買主Bの許で偶然滅失した場合のリスク配分問題に帰着する。この点で、我が国の近時の多数説は、本稿序論で述べたように、偶然滅失リスクを広く買主の負担とする。ただし、Cの許で偶然滅失した場合に仮にA B間でB負担とするにしても、ここで重要なのは、譲渡したがゆえに、あるいは取戻しができないがゆえにBの負担となるのではなく、偶然滅失が仮にBの許で生じた場合にも多数説がB負担と考えるがゆえに、B負担という結論に至ることである。したがって、筆者のように、品質の契約不適合物が引き渡された場合において、当該契約不適合を知らない買主の許での偶然滅失を売主負担とする立場からすれば⁴⁰⁾、第三者Cの許で生じた偶然滅失リスクも、売主Aの負担となる。Cの許で生じた偶然滅失は、仮にBの許で生じたとき

にもまたBがAに転嫁できるリスクであり、当該返還不能は譲渡により生じたリスクとはいえないからである。いずれにしても、本稿の問題関心からすれば、譲渡それ自体は、Cの行為をBの行為と同視するにとどまり、Cの許で生じた返還不能事由が、仮にBの許で生じた場合にBが責任を負わなかった場合にまで、Bの責任を拡張する意味を持たないことが重要である。

ただし、ここでもうひとつ考えるべき点が残る。以上は、旧三五三条・旧三五四条という、約定解除の局面における議論に他ならない。確かに両規定は、旧四六七条一文前段により、瑕疵担保解除に準用された。しかし、前稿でも指摘したように、ドイツでは、その是非はひとまず措くとして、解除権を留保した当事者は、将来、契約が解除され、受領物を返還することになる可能性を考慮に入れなければならない。したがって、受領時より、物を将来の返還に備えて注意深く取り扱う義務があると論じられる。すなわち、約定解除の場合には、解除権者に解除可能性の認識（義務）が既にあると解されており、瑕疵担保解除の場合とは解除権者の置かれた状況の理解が異なる。こうした理解を前提とすれば、旧三五三条と旧三五四条とが、旧三二七条一文および旧四六七条一文により、そのまま法定解除および瑕疵担保解除に準用されることは直ちには承認しがたい。法定解除原因あるいは瑕疵の認識前の買主は、受領物を自己の物と信頼しているところ、この信頼を重視して譲渡それ自体を免責することの是非が問われることになる。そこで、次節では、舞台を瑕疵担保解除の局面に移し、瑕疵認識前の譲渡であったことを理由として、以上とは異なるリスク配分をすることがあり得るか、検討することとしよう。

4 契約不適合（瑕疵）の不知に着目したりリスク配分とその難点

(1) 一律免責構成

ア 基本的発想

買主Bが自己の物と信頼している中で譲渡したことを重視し、加えて（受領物に契約不適合があることを知っていたならば譲渡しなかった）といえる場合、瑕疵を知らずに改造した場合（旧四六七条一文後段）と同様に、返還不能リスクを売主Aに配分することもあり得ないではない。事実、こうした考え方は、改正前のドイツにおいて、旧四六七条一文後段の類推適用という形、あるいは旧三五四条の要件である有責な遅滞の解釈において展開される。

たとえば、旧四六七条一文後段は、改造の際に初めて瑕疵が現れた場合になお瑕疵担保解除を認め、改造による返還不能リスクを売主負担とする規定であるところ、これを、瑕疵を知らずに譲渡した場合にも類推適用できるかが議論されてきた。実はⅢ章で扱う債務法改正後においても、右旧四六七条一文後段を引き継いだ改正三四六条三項一文一号を、瑕疵認識前の譲渡に類推適用すべきとする見解が主張されている。たとえばファウストは、自己の物と信じて物を取り扱っていることを重視し、同号の類推適用を肯定する⁴¹。また、レヘルも、加工と譲渡とで異なる取扱いをする根拠がないとして同じく同規定の類推適用を肯定する⁴²。

また、たとえばヤンセンは、旧三五四条の適用にあたって、旧二八五条を引用して解除権者が遅滞につき有責でなければならぬとしたうえで、ここで約定解除と法定解除とを区別する。約定解除権の場合には、解除権者が目的物を譲渡し、適時に取り戻さないときには、（有責な）遅滞が肯定されるべきとする⁴³。約定解除の場合、当事者には潜在的返還義務があるとのドイツに独特な議論の影響を看取できる。他方、法定解除の場合、ヤンセンは、法定解除権者

が当該解除権の要件充足を知り、または知らなければならなかった時よりも前に譲渡したときには、解除権者は、有責でないがゆえに目的物の返還の遅滞には至り得ないと述べる。つまりヤンセンによれば、同条の有責な遅滞か否かは、約定解除か法定解除かで異なり、後者の場合に法定解除権を認識せず、かつ認識していないことに過失もなかった法定解除権者は、返還できずとも有責な遅滞とならない。この場合ヤンセンは、解除権者は譲渡による代償を引き渡すことで足りると解している。さらにカイザーは、旧二五一条による解除権排除の有無を論じる文脈ではあるものの、買主が商人であるなど、契約において転売が予定されていた場合には、同条の適用を否定したうえで、旧二八一条による代償引渡しによる清算を指摘した。⁴⁴

イ 一律に買主を免責することの難点

もつとも、前述したフーバーの指摘のとおり、BC間売買契約が維持されているならば、買主Bの許には第三者Cから支払われた売買代金が帰属する。それにもかかわらず、譲渡時に買主Bが解除原因を知らなかったことを理由に、譲渡に伴う返還不能リスク全てにつき一律に買主Bを免責することは、まさに「過剰」である。⁴⁵ 転売契約が維持されているケースだけでなく、譲渡目的物に関する買主B自身の説明不足ゆえに、目的物が第三者Cの許で滅失したケースを想定しても、買主Bを一律に免責することの不当さは明らかである。

(2) 買主免責+代償引渡構成

ア 問題の所在

しかし、買主が転売代金を保持しつつ、返還不能につき買主を免責するのは不当であるとしても、このとき、転売代金を代償として売主Aに引き渡すとしてもなお、返還不能リスクにつき買主Bを免責することは「過剰」であろうか。右(1)アで見たドイツ学説もまた、買主Bの免責を代償の引渡しとセットで論じることが多かった。⁽⁴⁶⁾

この点で、譲渡にあたり瑕疵を知らなかった買主Bを免責し、その代わり譲渡による代償を売主Aに引き渡す義務を認めるのが、ウィーン売買条約である。関係するのは、次の八二条二項c号および八四条二項b号である。⁽⁴⁷⁾

ウィーン売買条約八二条

- (1) 買主は、受け取った時と実質的に同等の状態⁽⁴⁶⁾で物品を返還することができない場合には、契約の解除の意思表示をする権利および代替品の引渡しを売主に請求する権利を失う。
- (2) 前項は、次の場合には適用しない。
 - (a) 物品を返還することができないこと、または受け取った時と実質的に同等の状態⁽⁴⁷⁾で物品を返還することができないことが買主の作為または不作為によるものでない場合
 - (b) 物品の全部または一部が、第三八条に定める検査により滅失し、または劣化した場合
 - (c) 買主が不適合を発見し、または発見すべきであった時より前に、買主が物品の全部または一部を通常の営業過程において売却し、または通常の使用の過程において消費し、若しくは改変した場合

ウィーン売買条約八四條

- (1) 売主は、代金を返還する義務を負う場合には、代金の支払がなされた日からの利息を支払わなければならない。
- (2) 買主は、次の場合には、物品の全部または一部から得たすべての利益を売主に対して返還しなければならない。
 - (a) 買主が物品の全部または一部を返還しなければならない場合
 - (b) 買主が物品の全部もしくは一部を返還することができない場合、または受け取った時と実質的に同等の状態では物品の全部もしくは一部を返還することができない場合において、契約の解除の意思表示をし、または売主に代替品の引渡しを請求したとき

ウィーン売買条約は、八二条二項c号により、通常、営業過程における売却の場合にのみ買主Bの解除を例外的に認めようとして、八四条二項b号により売主Aの買主Bに対する代償請求を認める。「通常、営業過程における売却」とは何かが問題となるも、市場における価額（時価）での売却を意味すると解するならば、時価での転売に限って買主が返還不能リスクを免責されることになり、結果として当該時価相当額の転売代金が代償として売主Aに帰属する。売主Aは返還不能リスクを負わないに等しいのが通常となる。ウィーン売買条約は、解除の可否によるリスク配分体系のもとで例外的に買主Bの解除を認めるものの、例外を認めるケースを限定し、かつ代償請求を認めることで、結果として売主Aのリスク負担は基本的に生じない。

そこで次なる問題は、ウィーン売買条約八二条二項c号に付された「通常、営業過程における」との限定を取り払い、時価以下で廉売された場合あるいは贈与された場合においても、買主Bの解除および価額償還義務の免責を認め、

Bに代償の引渡義務のみを課すことの是非である。契約不適合解除のケースを考えれば、Aには義務違反があり、他方でBは自己の物と信じている中での判断である以上、廉売や贈与のケースであっても、これによるリスクを売主Aの負担とすることも選択肢としてあり得る。

この点、Bの許に譲渡利益(代償)が残らないケース⁴⁸⁾では本構成の登場余地がない。そこで、Bの許に譲渡利益が残るケース、具体的には、①Cの許で滅失等した場合のうち最終的にCがリスク負担するケースと、②BC間契約が維持されているケースとにおいて、「買主Bの免責+代償引渡」構成を部分的に採用することは是非が問われることとなる。順に見ていこう。

イ 契約間における譲渡価額の差額リスクの負担

① Cの許で滅失等した場合のうち最終的にCがリスク負担するケース

この場合にCがBC間契約を解除すれば、CはBに対して価額償還義務を負う。ここで償還すべき価額は、客観的価値とは限らない。近年、対価の出捐により自己の物になったことを信頼したCを保護すべく、対価額を基本とした償還が志向される⁴⁹⁾。BC間でCが返還不能リスクを負担する場合、BC間の対価額を限度とした価額償還がなされる。したがって、BC間契約の対価額とAB間契約の対価額とが一致しない場合、「買主免責+代償引渡」構成によるならば、当該差額リスクをAが負担することになる。譲渡時の契約不適合の不知を理由に「買主免責+代償引渡」構成を採用することの是非は、Bがした譲渡の条件にAを拘束して良いかどうか、より具体的には、AB間契約の対価額とBC間契約の対価額との差額をAとBのどちらに負担させるべきかを問題にしていることになる。

この点確かに、買主Bが有する自己の物との信頼は、売主Aに対して負う対価の出捐を前提にして保護されるとの、近時我が国でも指摘されている論理には一定の説得力がある。しかし、それでもなお、当該出捐を決めた契約時に契約不適合を知らず、仮に当該契約不適合を知っていたならば契約をせず、譲渡もしなかったといえる場合には、やはり当該契約時の決定および譲渡を重視して買主負担とすることは妥当でない。

もつとも、BC間でCがリスク負担するのであれば、Bにとつてこの契約による損失はなく、BがAとの間の契約を解消する意味は存しない。こうした観点から、債務法改正前のグラスの指摘、すなわち、BがCの瑕疵担保解除の結果を甘受しなければならず、これにより受領済みの代金相当額をCに返還することを余儀なくされたときに限って、BはAとの間の契約を瑕疵担保解除できるのであって、BがCから瑕疵担保解除の請求を受けないときには、BがAに瑕疵担保解除を請求できると解すべきでない、と論じていたのが注目される⁵⁰。BがAとの契約を解消して差額をAに負わせられるとなれば、解除を選択することにより、自らした譲渡の条件を事後的にAに転嫁することができてしまうことになる。債務法改正後のドイツにおいては、瑕疵を知らずに譲渡した場合に買主Bの価額償還義務を否定することは、譲渡人Bが本来負うべきリスクを売主Aに負わせる危険、すなわち譲渡にあたりBが責任を負うべき不都合な取引の経済的結果を、正当化根拠もなくAに移転させる危険があると説くものもある⁵¹。フーバーのいう「過剰」さは、この意味においても理解することが可能であろう。

受領物を自ら取得した対価額よりも低い価額で転売したり、あるいは贈与する行為は、(結果としてCがリスク負担する目下検討中のケースにおいては) Bが契約不適合を知っていたとしてもした行為ともいい得る。Bは、譲渡により差額の損失が生じることを当然認識し、その損失を覚悟のうえで、自らの意思で譲渡をしている。その後、その物の

契約不適合が発見され、BC間契約が解除されたものの、ここではCがリスク負担する。この局面でのBによるAB間契約の解除は、契約不適合ゆえに不釣り合いとなった代金分をAB間で清算する意味を有するに過ぎないのである。

② 譲渡契約が維持されている社会通念上の返還不能のケース

このことは、BC間契約が維持されているがゆえにBがAに原物返還不能なケースでも同様に妥当する。契約不適合物がBからCに引き渡されたにもかかわらず、第三者Cの解除権が消滅していたり、第三者Cが解除ではなく代金減額を選択した場合もその一例である。

こうしてBC間契約が維持されているケースでは、Bは目的物を取り戻せずにいる。この場合、譲渡人である買主Bは、契約不適合にもかかわらず、譲渡の目的は達成できており、買主が解除をすること自体、本来は不要な状況にある(右①で見たグラスの指摘も参照)。これを〈契約不適合を知っていれば譲渡しなかったといえるか〉という観点で見れば、譲渡目的は達成されている以上、契約不適合を知っていても譲渡したと評しうる状況にある。そうであるからには、BによるAB間契約の解除を認めるにしても、契約不適合物をAに返還できないリスクも、AB間契約とBC間契約との差額リスクも、買主Bの負担とすべきである(これに対し、契約不適合物であることによる減価分がAの負担となることは当然である)。契約不適合を知らずに譲渡した場合であっても、こうしたケースで買主Bを免責することは、まさに「過剰」である。

ウ 結 論

以上のとおり、受領物譲渡にあたりBが契約不適合を知らなかったことを理由に、Bの返還不能リスクを免責し、その代わりAの代償請求を認める構成は、採用できない。その理由は、Bに譲渡利益が残らないケースでは機能しないほか、Cが返還不能リスクを負うケースやBC間契約が維持されているケースにおいても、AB間契約とBC間契約との対価額の差額はBこそが負担すべきという点に存する。契約不適合（瑕疵）を知らずに譲渡したケースであつても、契約不適合の不知を理由に買主Bを免責してはならず、前節で検討したように、譲渡後の具体的な返還不能原因への着目が必要である。

5 小 括

ここまでの検討結果をまとめておきたい。ドイツ民法の旧三五三条と旧三五四条の制定過程を辿ったとき、両条は相互にほとんど意識されずに制定されたことが明らかとなった。〈自ら譲渡した以上は、これを取り戻せない限り返還不能リスクを負担すべき〉との旧三五四条の論理と、〈自ら譲渡した以上、譲渡先の第三者の許で生じた滅失等についても、買主自身の許で生じたのと同様に扱うべき〉との旧三五三条の論理が競合していた。これらの法理は、論理的には前者が後者を包摂する関係にあることから、旧三五四条の適用範囲、言い換えれば旧三五三条の存在意義が問われた。

ここにおいて、旧三五四条によるリスク配分を広く解すれば、売主Aの責めに帰すべき事由により第三者Cの許で滅失等した場合にも買主Bの負担に至るといふ、耐えがたい結論に至る。このことは、返還不能の原因が第三者の許

での滅失等であるならば、当該具体的な返還不能原因に着目すべきことを意味し、旧三五四条（取戻しの可否によるリスク配分）を譲渡後の返還不能ケース全てに妥当させるべきでないことを示唆した。

ドイツにおいて、旧三五四条と旧三五三条の適用場面が区別されていることを示すのが、第三者の許で偶然滅失した場合のリスク配分であった。この場合、旧三五三条により解除権が排除されることはなくとも、旧三五四条が適用されるならば、結果として返還不能リスクが買主Bの負担となるはずである。しかし、二〇世紀のドイツ学説は、ここで旧三五四条を持ち出さず、売主Aの負担になると解した。物理的返還不能では旧三五三条を、譲渡契約が維持されている等の社会通念上の返還不能では旧三五四条を、それぞれ適用する理解が示されているといえる。後者では返還不能リスクが一律に買主の負担となるものの、前者ではCの許で生じた返還不能事由が、仮にBの許で生じたならばA・B間においてどちらが負担すべきリスクであったか⁵²が問われることになる。

そして、こうしたリスク配分は、瑕疵担保解除の場合、すなわち買主が瑕疵を知らずに譲渡した場合にも等しく妥当することも明らかとなった。譲渡にあたり瑕疵を知らなかったことを重視して買主Bを免責するならば、第三者の責めに帰すべき事由により滅失したケースすらも売主Aの負担となってしまうと不当である。また、ここで仮に、買主Bの免責の代わりに売主Aの代償請求権を肯定しようとも、様々なケースを想定すれば、これも適切なりリスク配分とはいえない。すなわち、このリスク配分は、売主Aが買主Bのした譲渡条件に拘束されることを意味するところ、BがA・B間契約よりも高額でCに譲渡していた場合にはBはAとの契約を解消しないのであるから、これは結局のところ、買主Bが事後的に望まなくなった契約を売主Aにリスク転嫁することを許容することに繋がるのである。こうした検討により、たとえ譲渡にあたり瑕疵を知らず、瑕疵を知っていれば譲渡しなかったという場合でも、譲渡により

生じるリスク全てから免責されることはない。あくまで返還不能原因に着目したりリスク配分がされるべきこととなる。

Ⅲ 二〇〇二年ドイツ新解除効果規定の評価

1 条文の素直な解釈と帰結の不当さ

以上の分析を前提としたとき、二〇〇二年の債務法現代化法における新解除効果規定はいかに評価されるか。解除の効果を規定する改正三四六条⁵³は、その一項で受領した給付の返還を義務づけつつも、二項一文では、「債務者が受領した対象を消費し、譲渡し、担保に供し、加工または改造したとき」(同文二号)には、給付の返還に代わる価額償還をしなければならない(同文柱書)とする。三項一文一号には価額償還義務が消滅する場合が規定されているものの、同号は、旧四六七条一文後段と同様、瑕疵が加工・改造の際に初めて現れた場合についてのみ例外を規定する⁵⁴。

したがって、買主Bが受領物を譲渡した場合には同条二項一文二号に該当し、解除後の買主Bは物の返還に代わる価額償還義務を負う。譲渡物を取り戻すことが可能であろうともこれを考慮する規定は存在せず、なおかつ、返還不能の原因が第三者Cの許での偶然滅失にであろうともこれを加味する手がかりとなる規定が存在しない⁵⁵。

しかし、本稿で既に見てきたように、解除権を有することを知っていた譲渡は格別、そうでないのであれば、返還不能リスクの全てを買主Bに負わせる根拠はない。とりわけ改正三四六条三項一文三号が法定解除権者(買主)の許で偶然滅失等した場合について法定解除権者を免責し、解除の相手方である売主負担としていることに鑑みるならば、譲渡先の第三者Cの許で偶然滅失等した場合のリスクすらもAB間でB負担とすることのアンバランスさが否めない。

2 解釈による改正前の議論への接近

もつとも、改正後の学説をつぶさに見てみると、そこでは解釈による改正前の議論・帰結への接近が窺える。まず、三四六条二項一文二号で譲渡それ自体により価額償還義務が生じると規定されている点については、債務法改正直後の段階から、返還債務者Bが第三者Cより受領物を取り戻して返還できない場合に限って同号の該当を認めるといった形で、「譲渡」を縮小解釈する見解が広く支持されている⁵⁶。この点は、ローマ普通法以来のリスク配分(Ⅱ章1節(1)参照)を引き継ぐものといえよう。

また、加工・改造の際に瑕疵が初めて現れた場合に関する三四六条三項一文一号では、譲渡の場合にこれを類推適用する先述(Ⅱ章4節(1)ア)の見解のほか、これを譲渡に類推適用することを否定しつつも⁵⁷、第三者の許での加工・改造の際に瑕疵が初めて現れた場合にも適用になるとする見解が有力に主張されるに至っている⁵⁸。この帰結も、改正前におけると同様といえる⁵⁹。

さらに、改正三四六条三項一文三号では、旧三五〇条を一部修正し、法定解除の場合に限って、解除権者が自己の事務におけると同一の注意を尽くしつつも解除権者の許で生じた滅失・損傷については、例外的に価額償還義務を消滅させる。これも文言どおりに解せば、第三者Cの許で生じた滅失・損傷については適用されないものの、いくつかの学説はこの場合も想定し、第三者Cの許で生じた場合にも同号の適用を認める⁶⁰。これは、改正前のドイツ学説が、第三者の許で生じた滅失・損傷が偶然によるものならば(旧三五〇条により)売主Aの負担としていたこと(Ⅱ章3節(1)アを参照)に対応する。

改正三四六条は、その文言だけからは、一見すると譲渡それ自体に重きを置き、その後のリスク全てを買主Bに負

担させるルールに映るものの、以上のような学説による解釈（二項一文二号の「譲渡」の縮小解釈、三項一文一号および三号の拡張解釈）を踏まえるならば、実は、旧三五一条および旧三五三条、さらには旧四六七条一文のもとで発展してきた議論と同様のリスク配分を実現するものと解することが可能であろう。

ここで今一度改正三四六条を俯瞰したとき、同規定の透明性を損なう一番の要因は、三四六条二項一文柱書が、単に「次の各号に規定する場合には」と規定しており、「返還不能の原因が次の各号の事由にある場合には」とは規定していない点にある⁶¹。これにより、直接の返還不能事由とは切り離されて、各号記載の事由に該当すれば直ちに返還債務者のリスクで価額償還しなければならぬかに映るのである⁶²。このことは、我が国の解釈においても、譲渡に過度に捉われず、具体的な返還不能事由に着目すべきことを示唆している⁶³。

IV 結論

本稿で得られた成果をまとめていきたい。ここではⅡ章5節の小括とは異なり、ドイツ民法から離れ、リスク配分法理の純粹な比較検討をすることで、ここでのあるべきリスク配分を論じよう（後掲の表を適宜参照されたい）。

まず、表の〈構成1〉のように、契約不適合認識前の譲渡⁶⁴それ自体により、その後のリスク全てを譲渡人である買主Bの負担とし、買主Bに常に価額償還義務を課すことには問題がある。目的物が第三者Cの許で品質の契約不適合（瑕疵）ゆえに滅失したケース、あるいはAの説明義務違反により結果としてCが使用方法を誤って滅失したケースすらも買主Bの負担となってしまうからである（Ⅰ章1節参照⁶⁵）。それでは、契約不適合を知らずにした譲渡は、その

後のリスク配分においてどのような意味を持つか。

この点、契約不適合を知らない買主は、その物を自己の物と信じ、何らの注意義務も観念できない状態で当該受領物を譲渡する。原状回復のリスク配分にあたって自己の物との信頼を重視するならば、買主Bは免責されることになる。これが〈構成2〉である。しかし、このような理解は、第三者の許での目的物の滅失につきBが有責である場合（Bの説明義務違反など）を想定したとき、A B間での滅失のリスク配分においてB負担とされるべきことをうまく説明できない（Ⅱ章4節(1)イ参照）。B C間でBがリスク負担する本ケースでは、Bの許に譲渡利益が残らない以上、（Bの免責と引き換えに）Aの代償請求を認めても妥当な結論を導くことができない。もちろん、B C間契約が維持されている場合およびB C間でCがリスク負担する事由により滅失等した場合には、Bの許に譲渡利益が残るため、Bの返還不能リスクにつきBを免責したうえで、Aの代償請求を認める構成の採用可能性が残る。しかし、このリスク配分は、売主Aが買主Bの決定した譲渡条件に拘束されることを意味するところ、B C間売買が時価での売却であった場合はともかく、廉売あるいは贈与であった場合を想定するならば、こうした構成を採用すれば、A B間の売却価額との差額をA自身が負担することになる（BがA B間契約よりも高額でCに譲渡した場合、Bは通常、Aとの契約を解除しないであろう⁶⁶）。本稿では、B C間契約が維持されている場合およびB C間でCがリスク負担する事由により滅失等した場合において、この結論を正当化することはできないとの結論に達した（Ⅱ章4節(2)参照）。この場合にBの解除を認めたいうえで差額リスクをA負担とするならば、譲渡をしたBが負うべきところの取引の経済的結果を、根拠なく売主に転嫁することを認めるに至る。B C間契約が維持され、あるいはB C間でCが返還不能リスクを負う場合、本来Bには、A B間契約を解除する実質的意味がない。ウィーン売買条約が通常の営業過程での売却に限りBを免責し、Aの

【契約不適合認識前の譲渡による返還不能リスクの配分法理比較表】

構成	リスク配分法理	法律構成や採用例	難 点
1	譲渡により直ちに、Bの解除権を消滅させ、あるいはBに価額償還義務を課す ∵譲渡は自己の物としての自由な行為であり、後の解除あるいは解除によるリスク転嫁と矛盾する行為である	BGB 旧351条の「有責（過失）」の拡張解釈 Bの譲渡＝「返還することができないとき」（日本民法旧548条1項）	・ Aの責めに帰すべき事由による返還不能がA負担となることを説明できない ・ 取戻可能な場合に解除を否定したり、買主負担とする必要なし ・ BGB 旧353条の存在意義を説明できない
2	譲渡にあたり契約不適合（瑕疵）を知らなかったことを理由に、返還不能リスクにつきBを免責 + AのBに対する代償請求を肯定	CISGが「通常の営業過程による売却」の場合に限り採用 BGB 旧467条1文後段・BGB346条3項1文1号の類推適用 BGB 旧354条の〈有責な遅滞〉の否定	・ Bの責めに帰すべき事由による返還不能がB負担となることを説明できない ・ B C間契約維持のケースやCの有責な返還不能ケースにおいても、A B間契約とB C間契約とにおける対価差額をA負担とする根拠に乏しい（代償請求構成の不適切さ）
3	取戻しの可否によるリスク配分 ∵自らの意思で譲渡した以上、取戻しができないことでの返還不能リスクを、（解除権の消滅あるいは価額償還義務の負担という形で）自ら負うべき	第一草案・第二草案 BGB 旧354条の立法趣旨 Ulrich Huber など	・ Aの責めに帰すべき事由による返還不能がA負担となることを説明できない ・ BGB 旧353条の存在意義を説明できない
4	返還不能原因に着目したリスク配分 ① 社会通念上の返還不能 B C間契約が維持されているがゆえの返還不能はBの負担 ② 物理的返還不能 Bによる譲渡は、A B間でのBのリスク負担範囲を主観的に拡張 → Cの許で生じた返還不能が、仮にBの許で生じたならば、A B間においてどちらの負担であったかを基準に判断	① BGB 旧354条の適用領域？ ② BGB 旧353条の立法趣旨	

※Bが、Aから引き渡された契約目的物を、その契約不適合に気づかぬままCに譲渡した場合を想定

代償請求を認めていることは、この点に関しては適切なリスク配分であるといえる。⁶⁷⁾

そこで、リスク配分のあり方として、次に、譲渡後の状態に着目し、五四八条本文が「返還することができないうき」と規定していることも考慮すれば、譲渡後の買主Bがこれを取り戻すことができたか否かによりリスク配分しようとする〈構成3〉が選択肢となる。買主Bは自らの意思で譲渡した以上、これを取り戻すことができない限りBの負担とするのも一理ある。事実、目的物は第三者Cの許で現存しているものの譲渡契約が維持されているために、買主Bが第三者Cから取り戻せない場合を想定したならば、この取戻不能リスクをB負担とするこの考えも説得力を有する。もつとも、こうした考え方は、第三者Cの許での滅失がAの責めに帰すべき事由による場合（たとえば目的物が元来有する品質の契約不適合ゆえの滅失）を想定したとき、A B間での滅失のリスク配分においてA負担とされるべきことを説明できない。〈Bが自らの意思で譲渡した以上、譲渡先で生じたリスクについては全てBが負担すべき〉との論理は妥当しない。取戻不能のリスク全てをBの負担とすることも不当である（Ⅱ章2節参照）。

以上の検討は、買主が譲渡という故意行為をした場合においても、その後のリスク配分にあたっては、あくまで実際の返還不能事由に着目すべきことを示唆した（構成4）。譲渡後の返還不能とひとくちに言っても、**①**譲渡契約が維持されているがゆえに返還できない社会通念上の返還不能と、**②**第三者の許で滅失等したがゆえに返還できない物理的返還不能がある。

①のB C間契約が維持されているがゆえに返還できない社会通念上の返還不能は、まさに譲渡により生じたリスクであり、譲渡人Bが負うべきリスクである。譲渡契約が維持されている場合、〈契約不適合を知っていれば譲渡しなかつた〉とも言えないであろう。契約不適合を理由としてBがA B間契約を解除するならば、Bは原物返還に代わる

価額償還義務を負う。

これに対し、②の物理的返還不能の場合、返還不能の原因は滅失等なのであって、譲渡ではない。この場合、第三者Cの許で生じた滅失について、買主Bが一律にリスク負担することはない。右のとおり、品質の契約不適合ゆえに物が滅失した場合を想定すると、〈買主Bが自らの意思で譲渡した以上、譲渡先で生じたリスクについては全て買主Bが負担すべき〉との論理は妥当しない。ただし、Bは自らの意思により譲渡した以上、譲渡先であるCの許で生じたりリスクについても責任を負いうる。この点で、譲渡は、譲渡人のリスク負担範囲を主観的に拡張する。すなわち、譲渡先のCの行為は譲渡人Bの行為と同視される。したがって、(Cの許での滅失等がBの説明不足などBの責めに帰すべき事由による場合のほか) Cの許での滅失につきCが有責な場合にも、A B間においてBがリスク負担する。Bが自由な意思で譲渡したがゆえに直ちにB負担となるのではなく、Cの行為がBの行為と同視されるがゆえに、B負担となることが重要である。Bが契約不適合を理由としてA B間契約を解除するならば、Bは価額償還義務を負う(Aの契約不適合物の引渡しという義務違反とCの許での滅失との因果関係が、BやCの有責な行為の存在により遮断される)。

Cの行為をBのそれと同視するということは、〈第三者Cの許で生じた返還不能事由が、仮にBの許で生じたならば、A B間においてどちらが負担すべきリスクであったか〉を基準にリスク配分することを意味する。仮にBの許で返還不能が生じたとしてもBが責任を負わなかった場合にまで、Bの責任を拡張する理由がないからである。契約不適合認識前の譲渡後の返還不能リスクの配分問題は、Cの行為をBの行為と同視するほかは、二当事者間における原物返還不能リスクの配分を如何に解するかという基本的問題に収斂される。

したがって、Cの許での滅失につきCが有責でない場合のA B間におけるリスク配分は、Bの許で生じた偶然滅失

のリスク配分における考え方に左右される。買主Bの許での偶然滅失もBの負担と考えるのであれば、Cの許で生じた場合におけるAB間のリスク配分でもB負担と解するに至る。これに対し、買主の支配領域内での偶然滅失とはいえ、目的物の受領時に契約不適合を知らなかったことに着目し、〈契約不適合を知っていれば受領しなかった〉ことを重視する私見からすれば、売主が契約不適合物を引き渡したという義務違反と買主の許での滅失とが、買主の解除原因の不知を介して結び付き、売主負担となることが正当化される⁶⁸⁾。Cの許で生じた偶然滅失は、仮にBの許で生じたときにもまたBがAに転嫁できるリスクである。そうであれば、Bによる譲渡後であろうと、Bがリスク負担する謂れがない。Aが返還不能リスクを負うべきことになる。

以上のとおり、契約不適合認識前の譲渡による返還不能リスクの配分を考えたとき、譲渡は、譲渡人のリスク負担範囲を主観的に拡張する。すなわち、譲渡先のCの行為を譲渡人Bの行為と同視する意味を有する。重要なのは、主観的に拡張をするのみであり、Cの許で生じた返還不能事由が仮にBの許で生じた場合に、Bが責任を負わなかった事由にまでBの責任を拡張する意味を持たないことである。

【付記】 本研究は、科学研究費補助金(若手研究・課題番号19K13570)の交付を受けた研究成果の一部である。

(1) たとえば、我妻栄『債権各論 上巻』(岩波書店・一九五四年)二〇六頁は、「返還することができなくなるとは、滅失した場合だけでなく、第三者に譲渡した場合も含まれる(通説)」とし、第三者への譲渡を目的物の滅失と同等に論じる。また、谷口知平『五十嵐清編『新版注釈民法(13)債権(4)〔補訂版〕』(有斐閣・二〇〇六年)九〇五頁(山下末人執筆)は、「返還する

ことができなくなるとは、取引観念と信義則に従って判断されるべき」として、「滅失した場合だけでなく、第三者に譲渡した場合も含まれる」とする。その他、末川博『契約法上(総論)』(岩波書店・一九五八年)一七七頁、鈴木祿弥『債権法講義(四訂版)』(創文社・二〇〇一年)一六七頁など。二〇一七年の民法改正後では、たとえば中田裕康『契約法(新版)』(有斐閣・二〇二二年)二四四頁。

(2) 本田純一「民法五四八条の系譜的考察(下)——解除に基づく清算義務の重疊的性格」判タ五五七号(一九八五年)三四頁以下。五四八条の解釈にあたり解除権の認識を要求してこなかった背景には、約定解除を想定したドイツ民法草案の継受があった点については、同四〇—四一頁を参照。またこの点で、拙稿「契約不適合認識前の加工・改造と解除——買主の故意行為による原物返還不能が売主負担となる余地」日法八七巻一号(二〇二一年)二二頁および四二頁以下。

(3) 我妻栄『新訂債権総論』(岩波書店・一九六四年)一四三頁、奥田昌道Ⅱ佐々木茂美『新版債権総論上巻』(判タ・二〇二〇年)一九七—一九八頁、中田裕康『債権総論(第四版)』(岩波書店・二〇二〇年)九九頁および一二四頁。周知のとおり、大審院は当初、第三者からの買戻しが不能であることが判明して初めて履行不能と解したものの(大判明治三四年三月一三日民録七輯三巻四一頁など)、その後は原則として直ちに履行不能になると解すようになり(大判大正二年五月二日民録一九輯三二七頁など)、これが最高裁にも引き継がれている(最判昭和三五年四月二日民集二四巻六号九三〇頁)。

(4) つまりドイツ学説は、旧三五一条を矛盾挙動禁止原則の現れと理解し、旧三五一条に、譲渡という故意行為による解除権放棄を含ませて理解した。

(5) Fritz JANSSEN, in: Münchener Kommentar zum BGB., Band 2, 2001, § 353 Rdnr.1.

(6) Dagmar KAISER, in: Staudingers Kommentar zum BGB., Buch 2, 2001, § 351 Rdnr.54; Walther HADDING, in: Hans Theodor SOERGEL, BGB., Band 2, 12. Auflage, 1990, § 351 Rdnr.6.

(7) Eberhard GLASS, Gefahrtragung und Haftung beim gesetzlichen Rücktritt, 1959, S.75.

(8) この他たとえば、買主が取得した土地に地中埋設物や土壤汚染があることに気づかずこれを転売し、転売先において地中埋設物等が発見されたケースの裁判例においても、改正前五四八条一項は持ち出されていないように思われる。

(9) 解除の可否と最終的なりスク配分とを切り離し、解除を認めつつも価額償還義務を課す見解とその論拠については、拙稿「契約不適合物の危険移転法理——危険の移転と解除によるその回帰」日法八二巻四号(二〇一七年)八一頁以下を参照されたい。

(10) 本田・前掲注(2)三四頁以下。

(11) ROLF KNÜTEL / Berthold KUPISCH / Hans Hermann SEILER / Okko BEHREND (Hrsg.), *Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung*, Band IV, 2005, S.39. 邦訳にあたっては、京都大学西洋法史研究会「ユスチニアヌス帝学説編纂邦訳」法学論叢六四巻五号(一九五八年)九頁を参照した。

(12) ヴィントシャイトはここで、本文で挙げた学説編纂第二一卷第一章第四三法文第八節を指摘する。Bernhard WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 2.Band, 5. Aufl., 1879, S.487. ただし、以上は瑕疵を知らずに譲渡した場合についてであり、買主が瑕疵を認識したうえで譲渡した場合には、解除権の放棄がなされたものと理解されている。

また、本文で挙げた考え方は、ザクセン民法典やドレスデン草案においても採用されていた(Neudrucke Privatrechtlicher Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts, Band 4, *Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen* von 1863 / 1865, S111; Neudrucke Privatrechtlicher Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts, Band 2, *Dresdener Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse* von 1866, 1973, S.37)。

【ザクセン民法九一八条】

物の取得者は、その物に欠陥があることの結果あるいは偶然の事情により物が滅失したために物を返還することができなるときも、契約の破棄(Aufhebung)を請求することができる。この場合において、取得者は、なお手許に存在するものを返還し、かつ、譲渡人の債務が依然として存続する間、その物の滅失に至るまでに得た果実あるいは自身の過失により得られなかった果実を償還する。取得者が物を任意に処分したことでそれを再び調達することができないために、または改造により他の物になり、もしくは過失により滅失したために、取得者が物を返還できない場合には、取得者は、契約の破棄を請求することができず、反対給付の減額のみを要求することができる。ただし、改造の場合において、物に欠陥があることが改造の際に

初めて明らかになったときは、契約の破棄が許容される。

【ドレスデン草案一八四条】

物が取得者の過失により滅失したため、取得者がそれを任意に処分したため、または取得者がその物を他の種類の物に作り変えたため、取得者がその物を返還できないときは、取得者は瑕疵担保解除を請求することができず、代金減額のみ要求することができるとどまる。ただし、物に欠陥があることがその物の改造の際に初めて明らかになったであろうときはこの限りでない。

- (13) Werner SCHUBERT (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1, 1980, S.376.
- (14) Benno MUGDAN, Die Gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 2, 1979, S.LI.
- (15) Horst Heinrich JAKOBS und Werner SCHUBERT, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse I, 1978, S.607.
- (16) Benno MUGDAN, a. a. O. (Fn.14), S.LI.
- (17) Horst Heinrich JAKOBS und Werner SCHUBERT, a. a. O. (Fn.15), S.608. なお、プランクは、本文で述べた譲渡の場合について修正提案すると同時に、権限者が対象物に第三者の権利を設定した場合についても、これを再び取り除いたときやこれを取り除くことができないときに例外が許容されるべきことを提案した。
- (18) Protokolle der Kommission für die Zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band VI, 1899, S.160. なお、以下では「Protokolle VI」について引用する。
- (19) Protokolle VI, S.161.
- (20) Protokolle VI, S.161.
- (21) Protokolle VI, S.161.
- (22) Benno MUGDAN, a. a. O. (Fn.14), S.LII.

契約不適合認識前の受領物の譲渡と解除 (野中)

- (23) Protokolle VI, S.161; Horst Heinrich JAKOBS und Werner SCHUBERT, a. a. O. (Fn.15), S.608.
- (24) Benno MUGDAN, a. a. O. (Fn.14), S.11.
- (25) Protokolle VI, S.384; Horst Heinrich JAKOBS und Werner SCHUBERT, a. a. O. (Fn.15), S.609.
- (26) Horst Heinrich JAKOBS und Werner SCHUBERT, a. a. O. (Fn.15), S.609.
- (27) Benno MUGDAN, a. a. O. (Fn.14), S.11.
- (28) Protokolle VI, S.160 f.
- (29) Protokolle VI, S.163.
- (30) Protokolle VI, S.161. 具体的には、第一草案三〇三条にも、「三〇二条の規定は、第三者に準用される」との一文を追加すべきとの提案のほか、約定解除の効果の冒頭規定である二九八条の二項に、「解除権者が受領物の占有を第三者に譲渡した場合には、解除権者はその第三者の過失につき責任を負わなければならない」との一文を追加する提案もなされた。
- (31) Benno MUGDAN, a. a. O. (Fn.14), S.11.
- (32) Harm Peter WESTERMANN, in: Erman Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, Buch 1, 2000, § 353; Fritz JANSSEN, a. a. O. (Fn.5), § 353 RdNr.1. この点は既に、椿寿夫＝右近健男編『ドイツ債権法総論』(日本評論社・一九八八年)二七六頁「青野博之執筆」において、「本条は、解除権者が解除しえなくなるような行為をした他人の範囲を、第三一条第二文より拡大したものとというる」と指摘されている。
- (33) 拙稿・前掲注(2)二四—二五頁を参照。
- (34) 以上につき Ulrich HUBER, in: Hans Theodor SOERGEL, BGB, Band 3, 12. Auflage, 1991, § 467 RdNr.75 ff. 旧三五四条を重視するこうした理解は、ドイツ民法典制定直後の一九〇二年二月八日のライヒ裁判所の判決に見ることができ。同判決は、旧三五四条の制定過程を確認のうえ、買主(譲渡人)が譲渡物を取り戻す可能性を考慮し、解除時点で受領物を返還できない状態にあったとしても解除自体は排除されないものの、瑕疵担保解除権者が返還を遅滞し、期間の経過前に返還しない場合には、旧三五四条により解除が効力を失うとしていた。RG vom 8.2.1902—V 375/01—RGZ 50, S.188, S.190.

- (35) Eberhard GLASS, a. a. O. (Fn.7), S.79.
- (36) Eberhard GLASS, a. a. O. (Fn.7), S.79; Fritz JANSSEN, a. a. O. (Fn.5), § 353 Rdnr.3; Walther HADDING, a. a. O. (Fn.6), § 353 Rdnr.2; Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.6), § 353 Rdnr.5.
- (37) また、本文で述べた理解からすれば、第三者Cが加工・改造したことで他の種類の物となり、返還不能となった場合のうちでも、当該物が瑕疵物であり、第三者Cによる加工・改造の際に初めて瑕疵が現れたときには、旧四六七条一文後段からして、なお買主Bは瑕疵担保解除が可能であり、返還不能リスクが売主Aの負担になると解される。そもそも、ドイツ民法の立法過程（第一委員会）では、この旧四六七条一文後段の場合は旧三五〇条の場合と同視すべきとされていた。旧四六七条一文後段に関するこの議論については、拙稿・前掲注(2)一二頁以下を参照されたい。
- (38) Cの許でCの責めによらずに返還不能となることを想定すると、譲渡後の取戻不能のリスクをすべてBの負担としていた第二草案三〇三条一文は、偶然滅失の売主負担主義（旧三五〇条・第二草案三〇一条）と整合しない規定であったと評価できる。このことは、目的物が第三者の許で偶然滅失した場合（旧三五〇条）のほか、第三者が瑕疵を知らずに加工・改造した場合（旧四六七条一文後段）も同様である。
- (39) Fritz JANSSEN, a. a. O. (Fn.5), § 353 Rdnr.1; Walther HADDING, a. a. O. (Fn.6), § 353 Rdnr.2.
- (40) 拙稿「契約適合性への買主の信頼——契約不適合物の買主の許での滅失損傷」日法八三巻一号（二〇一七年）五五頁以下。
- (41) Florian FAUST, in: JurisPraxisKommentar zum BGB, Band2.1, 2017, § 346 Rdnr.52.
- (42) Anne RÖTHEL, in: Erman Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, Buch 1, 2020, § 346 Rdnr.21. なお、この譲渡代金はドイツ民法二四六条二項一文二号により義務付けられる価額償還と比べれば低額になりうると論ずる。もともと、このように差額リスクを売主Aの負担とすることが適切であるかを考察する必要がある。詳しくは、本文Ⅱ章4節(2)イにて検討する。
- (43) Fritz JANSSEN, a. a. O. (Fn.5), § 354 Rdnr.2.
- (44) Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.6), § 351 Rdnr.54.

(45) ウルリッヒ・フーバーは、約定解除の規定を瑕疵担保解除に準用する旧四六七条一文が改造について規定しつつ譲渡の場合を含まなかった背景には、事案処理を単純化する発想があったと理解していた。Ulrich HUBER, a. a. O. (Fn.34), § 467 Rdnr.76.

(46) 代償請求権が危険負担と切り離されている点については、田中宏治『代償請求権と履行不能』(信山社・二〇一八年)三八六頁および四五三―四五五頁を参照。

(47) 訳出にあたっては、甲斐道太郎ほか編『注釈 国際統一売買法Ⅱ ウィーン売買条約』(法律文化社・二〇〇三年)二四四頁〔谷本圭子執筆〕・二五四頁〔中田邦博執筆〕、UNCITRAL事務局(吉川吉樹訳・曾野裕夫補訳)『注釈 ウィーン売買条約最終草案』(商事法務・二〇一五年)一三八―一三九頁および二四二頁を参照した。

(48) たとえば、Bの説明不足ゆえにCが購入物の使用方法を誤って滅失したように、最終的にBがリスク負担すべきケースでは、Bの許に譲渡利益が残らない以上、いかに売主による代償請求を考慮しようとも、譲渡時の契約不適合の不知を理由に買主Bを免責することは不合理である。Bが契約不適合を理由としてAB間契約を解除するならば、Bは物の返還に代えて価額償還をしなければならない。こうしたケースが存在する以上、譲渡時の契約不適合の不知を根拠にこの時点で買主を免責し、売主に代償請求を認める構成は、既に全面的には採用できない。

(49) ドイツ民法三四六条二項二文前段の立場であり、我が国での近時の有力説である。たとえば、潮見佳男『法律学の森〈新債権総論Ⅰ〉』(信山社・二〇一七年)六〇四頁以下。解除ではなく、無効・取消しの局面では、松岡久和「不当利得法の全体像——給付利得法の位置づけを中心に」ジュリ一四二八号(二〇一一年)八頁以下、山本敬三「民法の改正と不当利得法の見直し」法学論叢一八〇巻五・六号(二〇一七年)三三四頁以下、磯村保「法律行為の無効・取消しと原状回復義務」LAW AND PRACTICE 一一号(二〇一八年)一八頁以下など。議論の詳細は、拙稿「原状回復における対価合意の意義——原物返還不能により償還すべき価額の算定をめぐって」日法八五巻二号(二〇一九年)三七二頁以下を参照されたい。

(50) Eberhard GLASS, a. a. O. (Fn.7), S.79.

(51) Christoph BENNICKE, Pflicht zum Wertersatz im neuen Rücktrittsrecht bei Verbrauch und Veräußerung, ZGS., 2002,

(52) なお、ドイツ民法旧二八一条一項および改正二八五条一項には、我が国で代償請求権を規定した四二二条の二と異なり、「損害の額の限度において」との限定が存在しない。代償請求権の成り立ちをはじめ、その詳細は、田中・前掲注(46)二〇三頁以下を参照。

(53) 【二四六条（解除の効果）】

- 1 契約当事者が契約により解除権を留保した場合または法定解除権を有する場合において、解除がなされたときは、受領した給付を返還し、かつ、収取した利益を返還しなければならない。
- 2 次の各号に規定する場合には、債務者は、給付または収益の返還に代えて、価額償還をしなければならない。
 - (1) 給付または収益の返還が、取得したものの性質によって排除されるとき
 - (2) 債務者が受領した対象を消費し、譲渡し、担保に供し、加工または改造したとき
 - (3) 受領した対象が損傷または滅失したとき。ただし、用法に従って使用に置いたことにより生じた損傷についてはこの限りでない
- 3 価額償還義務は、次の各号の場合に消滅する。

契約において反対給付が定められたときは、その反対給付は、価額償還の算定に際して基礎とされなければならない。消費貸借の使用利益に関する価額償還がなされるべきときは、使用利益の価値がより小さいことを立証することができる。

 - (1) 解除を基礎つける瑕疵が対象の加工または改造の際に初めて現れたとき
 - (2) 債権者が損傷または滅失について有責であるとき、またはその損害が債権者の許でも同様に生じたであろうとき
 - (3) 法定解除権の場合において、解除権者が自己の事務について通常用いるべき注意を尽くしていたにもかかわらず、損傷または滅失が解除権者の許で生じたとき
- 4 債権者は、本条第一項の義務の不履行を理由として、二八〇条から二八三条に基づき損害賠償を請求することができる。残存する利得は返還しなければならない。

- (54) 三四六条の一般的説明については、拙稿・前掲注(9)八八頁以下を参照されたい。
- (55) 改正草案の理由書を見るかぎり、後の返還債務者(非解除権者)が譲渡した場合について、改正によりリスク配分を変更する旨の記述は見受けられない。
- (56) Claus-Wilhelm CANNARIS, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. XXXVII; Reinhard GAIER, in: Münchener Kommentar zum BGB., Band 3, 2019, § 346 Rdnr. 48; Martin SCHWAB, in: Martin Schwab / Carl-Heinz Witt, Examenswissen zum neuen Schuldrecht, 2. Auflage, 2003, S. 349 f.; Dagmar KAISER, in: Staudingers Kommentar zum BGB., Buch 2, 2012, § 346 Rdnr. 153.
- (57) Christoph BENICKE, a. a. O. (Fn. 51), S. 373.
- (58) Christoph BENICKE, a. a. O. (Fn. 51), S. 373 f.; Yves DÖLL, a. a. O. (Fn. 51), S. 214.
- (59) 旧三五二条が準用する旧二五二条の例外として旧四六七条一文後段が存在した以上、第三者Cが瑕疵を知らずに加工・改造をして原物返還不能とした場合にも、買主BはAB間契約の瑕疵担保解除権を失わなかったと解するのが論理的である。
- (60) Arnd ARNOLD, Das neue Recht der Rücktrittsfolgen, Jura., 2002, S. 159; Yves DÖLL, a. a. O. (Fn. 51), S. 255 f.; Ralph WEBER, in: Harm-Peter Westermann / Peter Bydlinski / Ralph Weber, BGB-Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 8. Auflage, 2013, Rdnr. 10/38.
- (61) これに対し、三四六条三項一文一号や三号を、第三者の許でなされた加工・改造や第三者の許で生じた滅失・損傷にも適用すること自体は、法解釈によつてするのも不合理でないように思われる。
- (62) 第三者への譲渡後に第三者の許で加工・改造がなされ、あるいは滅失・損傷が生じた場合、三四六条三項一文二号の「譲渡」にあたるほか、同号の「加工または改造」や三号本文の「損傷または滅失」にも該当すると解しうる。このことを考えたとき、同文柱書は、返還不能の原因について規定しているものと読み込むか、二項一文各号のうち複数に該当する場合にはそれぞれに設けられた各種の例外すべてを検討することが可能であり、かつその必要があると解すべきことになろうか。
- (63) こうした理解は、買主の目的物使用中に不可抗力滅失・損傷が生じた場合についても、あくまで返還不能原因は不可抗力

であり、時系列上その前に存する使用行為を過度に重視しないリスク配分に親和的である。

(64) これに対し、買主Bが解除できることを知ったうえで譲渡したのであれば、譲渡それ自体により解除権が消滅するとの解
釈も不当とはいえない。もちろん、Bが譲渡物を取り戻すことが可能であれば、なお解除を認めても良いだろう。五四八条は
あくまで「返還することができなくなったとき」と規定するからである。

(65) この点で、改正前民法五四八条一項において、解除権の認識を要件とせず、かつ第三者への譲渡それ自体により返還不能
要件を満たすとの形式的解釈をすることは、問題がある。二〇一七年の民法改正により五四八条にただし書が付されたことは、
我が国でかねてより挙げられる「解除権の放棄」という同条の制度趣旨からだけでなく、同条が本来果たすべきである適切な
リスク配分という見地からしても、妥当な改正であった。

(66) なお、我が国の民法四二二条の二は、ドイツ民法旧二八一条一項および改正二八五条一項と異なり、「損害の額の限度に
おいて」との限定を付している。この「損害の額」を当該目的物の交換価値を指すものと解するならば、Bが市場価格よりも
高額で転売していたとしても、この転売代金全額の償還請求はできないことになる。この点で、田中・前掲注(46)四六〇頁を
参照。

(67) このように考えると、契約不適合を理由とした買主による解除の局面に限れば、原物返還に代わる価額償還のほかに、別
途、代償請求の可否を論じる実益は大きくないといえる。

(68) 拙稿・前掲注(40)五五頁以下(とりわけ九一頁)を参照されたい。

ボールドウィン、ニュー・コンサーヴァティズムの 政治思想的意義

——党政策文書『今後の展望』を中心に——

渡 邊 容 一 郎

- 一. 序 説
- 二. 『今後の展望』に見るニュー・コンサーヴァティズムの特質と意義
- 三. 主要マニフェストの内容比較とニュー・コンサーヴァティズムにおける哲学性
- 四. 結 語

一・序 説

ボールドウィン (Stanley Baldwin) は戦間期のイギリスを代表する保守党政治家(首相)であり、野党党首時代(一九二四年)におけるその政治的言説は、ニュー・コンサーヴァティズム (New Conservatism)⁽¹⁾ と呼ばれている。これを党政策『文書』の内容面から考察し、その政治思想的意義を説明することが本稿の目的となる。因みに、ボールドウィンが一九二四年に行った一連の党首『演説』の内容分析結果は、拙稿「ボールドウィン保守主義の政治思想的側面と貢献—ニュー・コンサーヴァティズムを手がかりに—」(『日本法学』第八七卷第二号、日本大学法学会、二〇二一年)にまとめた。その意味で本稿は、その続編と言つてよい。

本稿で考察対象となる党政策文書(一九二四年刊行)は、紙幅の都合により前掲拙稿で検討できなかった『今後の展望—統一党の諸原理と諸目的の再声明』(Looking Ahead: A Re-statement of Unionist Principles and Aims 以下『今後の展望』)である。これは、来たる総選挙実施(一九二四年一月一九日)に備え、マニフェスト公表直前(同年六月)に野党党首の立場でボールドウィンが刊行した小冊子⁽²⁾であることから、彼のニュー・コンサーヴァティズム内容に関する文書版成果物と言つても過言ではない。

そこで本稿では、当時のマニフェストの内容とも比較しながら、内容面から見た『今後の展望』の特質と意義を先ず明らかにする。そしてそれを踏まえ、前掲拙稿で示されたりサーチ・クエスチョン——「保守主義思想に対するボールドウィンの貢献は、政策でも哲学の強調でもなく、(中略)抽象的な理論とか具体的な政策というより、態度や反応に関するものであった」⁽³⁾とするラムスデン (John Ramsden) の古典的所論は一九二四年の野党党首時代にも当

てはまるのかという問題——についても、引き続き考察を行っていくことにしたい。

二. 『今後の展望』に見るニュー・コンサーヴァティズムの特質と意義

(1) 『今後の展望』の政治的背景と構成

『今後の展望』が刊行された政治的要因の一つとして、前年（一九二三年）の総選挙⁽⁴⁾に敗北し、わずか一年で野党に転落したこと（リーダーの失策）に対する党内「ガス抜き」の役割（造反・分裂防止）を先ず指摘することができる。加えて、同総選挙敗北の結果誕生したイギリス憲政史上初の労働党政権（第一次マクドナルド内閣一九二四年一月二三日～一月三日）に対する「危機感」があったことも忘れてはならない。

さらに刊行の背景を中長期的に遡ってみると、米独の抬頭に加え第一次世界大戦の影響や階級闘争の増加に伴い、伝統の「自由主義的政治経済システム」（自由貿易体制、最小国家）が衰退して「国家機能の拡張」が見られるようになった点⁽⁵⁾を挙げることが可能であろう。こうした理由から、保守党『独自の政策案』を示す必要性が生じたと考えられるのである。

さて、『今後の展望』本文の内容は、「I 帝国および外交問題 (Imperial and Foreign Affairs) 篇」そして「II 国内問題 (Home Affairs) 篇」の二部構成となっている。

しかし前者に関しては、「帝国の強化・発展」「インドに立憲的自由は認めるが、インドの分離・独立には反対していく」「アイルランド自由国と締結した協定の尊重」「国際連盟に対する支持とその強化」「国防力の維持と世界規模

の軍縮提案を受け容れる」など、保守党の対外政策として特に目新しい内容や提案は見られない⁽⁶⁾。そのため、前者についての分析を省略する代わりに後者(国内問題篇)の内容に限定して、一九二四年のニュー・コンサーヴァティズムを考察することにしよう⁽⁷⁾。

「II 国内問題」で掲げられている項目(小見出し)は、掲載順に以下のとおりである——「失業問題」「貿易と産業」「労使間の平和」「政治的自由」「費用と価格」「農業」「住宅」「老齢年金と寡婦年金」「教育」「禁酒」「退役軍人」「女性の協力」「貴族院改革」。さらに、具体的な小見出しは付けられていないが、全体のまとめとして「統一党の決意と信条」的内容が最後の部分で述べられている。

(2) 『今後の展望』(国内問題篇)の内容分析

① 「失業問題」

周知のように日本も含む資本主義諸国では、第一次世界大戦後の不況に伴う失業者数増加が戦間期「最も深刻な問題」であり続けた。そうした現状を踏まえ「統一党は、産業労働者のため効果的で包括的な保険制度の導入を決意する」一方、『救済』を与えるのではなく『仕事』をつくり出す政策を遂行していくとしている。そう述べたうえで「唯一本当の失業解決手段は、国内および海外でのわが国の取引や貿易を再建し、これを維持すること」にあり、「そうすることによってのみ、わが国民に仕事が提供できる」とする。最後に、「したがって統一党の失業対策は、各自治領(the Dominions)や直轄植民地(the Crown Colonies)と可能な限り協力していくことによって、帝国内のリソースを開発し、帝国内の問題解決を促進し、帝国内の相互貿易を拡張していく内容になる」と結んでいる⁽⁸⁾。

従来の保守党とは異なり、失業問題にも関心を寄せるようになったとはいえ、国家主導(政府財政出動)型失業者

救済策の否定、商業・貿易促進という従来的の方策を通じての失業問題解決の推進、具体的には帝国内パートナーシップに基づく解決方針を、これらの文言から読み取ることができよう。また、自由党的保険制度の導入案（後述）にも若干触れてはいるが、基本的に左派のステイティズム路線とは一定の距離を置いているため、大戦前の自由主義的政治経済システムの伝統を速やかに復活させたいという願望も垣間見ることが出来る。

② 「貿易と産業」

ここで最も重要な点は、前回一九二三年総選挙敗北（保守党の下野→労働党政権の誕生）の主要因となった一般関税導入、いわゆる関税改革（Tariff Reform）とそれに伴う自由貿易から保護貿易への転換方針は再提案しない（放棄する）という意思表示（つまり党政策の大転換）であろう。福祉や失業者救済用の財源に充てる関税収入が期待できたとしても、課税・増税負担が貿易・産業全体に重くのしかかれば実質賃金を低下させ、結果的に生活費まで圧迫されるからだとしている（次期総選挙に向けた人気取りの側面も、当然否定することはできない⁽⁹⁾）。

同時にそれは、今後保守党としては「政府による介入または統制を必要最小限——完全否定はしない——としながらも、健全財政路線に沿った形でこの国の産業をアシストしていく」決意の表れでもあった。それゆえ、これまで以上の行政整理実施も重要視している⁽¹⁰⁾。

③ 「労使間の平和」

「団体交渉の価値と、そうした経営者協会と労働組合の繋がりに関する本質的有用性は認めていく一方、両サイド組織による権力濫用を通じて公共の利益が損なわれることのないよう注意しなければならぬ」とする。そうしたうえで「雇用者側と被雇用者側との仲間意識（a spirit of comradeship）が決定的に重要であり、だからこそ統一党として

は貿易業や製造業に従事している全ての人びとの相互信頼感情を促進する第一歩を踏み出し、さらには協同（co-partnership）の原理を適用することによって、雇用先の事業の成功度に直接見合う形で従業員の就業を奨励していく¹¹⁾としている。（傍線引用者）

これらの内容から、階級対立の緩和に加え、労使協調体制の構築を目指す姿勢も読み取ることができよう。因みにこの点は、①や②と同じく、ボールドウィン保守主義の真骨頂の一つとして位置づけられ得るかもしれない。歴史的に見た場合、ボールドウィン以前の保守党党首がこのような方針を明確に示したことは、ほとんどなかったからである。

④ 「政治的自由」

労働組合主義の存在と目的に正当性があることを認める一方、所属組合経由での政治資金調達に貢献すべきか否かについては組合員一人ひとりの自由裁量に任せるべきだとしている¹²⁾。したがって、保守党として今後労働組合（労働党の支持基盤の一つ）とどのように向き合っていくかを示した内容と見ることができ、その意味では、上述した③のアピールを補完する役割もあると言えよう。

⑤ 「費用と価格」

一部の業界で生活必需品生産コストと消費者向け小売価格とのギャップが広がっているとされるため、王立委員会による調査ならびに事実関係の究明が約束されている¹³⁾。

⑥ 「農業」

イギリスでは、地主貴族はもとより農業従事者が保守党の伝統的支持基盤であり続けた。そのため、選挙対策も意識しつつ農業不況に対する救済措置を重視すると同時に、小規模保有地拡充の奨励や農地所有者の増大といった政策

にも拘り続けるとしている¹⁴。

⑦ 「住宅」

保守党支持基盤拡大を意識してのことだと思われるが、労働者の持ち家所有を推進するため、民間企業に対する規制緩和や法制上の便宜をさらに拡充することが盛り込まれている¹⁵。また、これは保守党ならではの「財産所有デモクラシー」(property-ownership democracy)¹⁶という哲学や理念、政策目標をそのまま反映したものと考えてよい。

⑧ 「老齡年金と寡婦年金」

これらについての言及が分量的に少ないため、この点に関しては党としてさほど重視していない印象を受ける。具体的には、一家の稼ぎ手が若死にした場合に備えてその寡婦や扶養家族向けの法整備を実施したり、現役を引退した場合に備えて十分な給付額を労働者に確保したりすることの重要性を訴えている。そして、このような性質の取り決めに既存の国民健康保険計画と結びつけることが統一党の狙いと述べるのみである¹⁷。

⑨ 「教育」

一人ひとりの個性を尊重するような教育の機会を提供していくことに加え、教員の質の向上と、初等教育から高等教育に至る幅広い相互協力・協調体制を支えていくことなどが示されている¹⁸。

⑩ 「禁酒」

保守党は禁酒促進に関心があるとしながらも、「禁酒は個々人のセルフ・コントロールの実践を通じてこそ最大の効果が期待できると信じるため、いかなる形の禁欲であっても、個人の自由に対する過度の干渉には反対の立場を表明する」としている¹⁹。

⑪ 「退役軍人」

その利益を常に守るため、国家としての義務をしっかりと果たしていくとする。⁽²⁰⁾

⑫ 「女性の協力」

「今我々が直面する多くの課題を解決していくためには、善良な市民全ての支えがこの国には必要である。その点を考慮して統一党は、公共生活と社会改良双方の領域において女性がその役割を全力で果たして欲しいと願うものである。家庭——健康、禁酒、住宅、年金、保険、教育、子供たちの養育——に関わる多くの問題について、統一党は女性の助言と協力を心から歓迎する」と訴える。⁽²¹⁾ この文言からも、家庭（家族）重視策推進に加え、「拡張国家」化進展は拒絶していく姿勢を読み取ることができるであろう。

⑬ 「貴族院改革」

保守党ゆえ当然なのだが、第二院の存在意義を強調すると同時に、その有効性を保つため、現状に照らし合わせて貴族院の構成や権限を再検討する必要性なども主張している。⁽²²⁾

⑭ 「統一党の決意と信条」

これも保守党ならではの理念ないし哲学と言えるが、帝国内の団結、状況に応じた漸進的国家構造改革、個人の自由の維持、階級闘争の回避——これらを可能にする存在という理由から「君主制」の維持を表明している。また、君主制を維持することによって、生産手段・富の分配手段・取引手段の一連の国有化や既存の社会基盤の転覆に、断固抵抗できるとする。加えて、国民の禁欲・勤勉・儉約の奨励にも君主制は見事に適合するとされている。

さらにまとめとして、次のような言い回しで全体を締めくくっている。

「その信条を言葉で要約するなら、社会主義という信条に真つ向から反対するということになるのかもしれない。帝国内パートナーシップ、諸外国との友好関係の維持、国内諸階級の団結 (union)、自由、そして個々の課題全てを解決する機会とセキュリティ——これらは皆、統一党をやる気にさせる諸々の崇高な目標 (the ideals) となるのである」⁽²³⁾。

以上、『今後の展望』の内容面から明らかになったニュー・コンサーヴァティズムの特質として、以下の点を指摘することができよう。

・自由党の拡張国家路線、労働党の (穏健な) 社会主義路線、保守党の従来の関税改革路線、これら全てに共通する一連の「集産主義的ステイティズム路線」と距離を置きつつ、伝統的な自由主義路線に立脚しながら弱者救済や必要最小限の社会改良は認めていく方針を主張している点。

・社会主義には反対するが、労使間の協調や協同あるいは公共に対する女性の関与などを通じて、深刻な階級対立の緩和 (社会的分断の回避) と帝国内の団結を促進していく方針を明確化した点。

これらの特質から、『今後の展望』を、政治思想的にはステイティズムと個人主義の「中間」に位置づけられた、文字どおり「新しい」保守主義と見ることも可能になる。そしてこれこそ、前掲拙稿でも明らかにされた保守主義思想 (リニューアル) に対するボールドウィンの貢献、即ちニュー・コンサーヴァティズム⁽²⁴⁾の表明と考えてよい。それゆえ、一九二四年という年はイギリス保守党史・保守主義史上きわめて重要な意味をもつと言えるのである。

三・ 主要マニフェストの内容比較とニュー・コンサヴァティズムにおける哲学性

(1) 主要マニフェストの内容分析

ここで、『今後の展望』以外の重要な党政策文書であるマニフェスト (manifesto) の内容を比較・分析してみることにしよう。周知のようにイギリスでは、総選挙毎に公表される各党マニフェストが党政策の「集大成」として位置づけられている。そのため、『今後の展望』の内容面に関する比較考察が可能になるだけでなく、戦間期イギリス保守主義思想に対するボールドウィンの貢献や哲学性なども明確にできるからである。

(A) 一九二二年保守党マニフェスト

先ず、ボールドウィンの前任党首ボナロー (Andrew Bonar Law)⁽²⁵⁾ が公表した一九二二年総選挙マニフェストのポイントを分析してみることにしたい。因みに同マニフェストには「小見出し」が一切付けられておらず、その点で旧式のマニフェストと言うこともできる。

・「市民一人ひとりがイニシアチブや積極性を自由に、しかも幅広く発揮すれば、政府が取り立てて何かしなくとも、大戦による経済的社会的帰結からの回復が期待できること」。

・第一次世界大戦によって生じた中央政府機構拡張の見直し。具体的には大蔵省主導型の行政運営に復帰させる必要性、換言すれば脱・中央集権化と行政改革の重要性。

・貿易と産業の復活抜きで本当の意味での復興はあり得ない。そのためにも「産業の動きを国家規模で大きく妨げる増税負担から多少なりとも解放されたと納税者に実感してもらえよう、政府支出を必要最小限に抑える」。

・今日の最優先事項は、(中略) 国内問題に対する政府介入を最小限に抑えること」にある。⁽²⁶⁾ (傍線引用者)

以上のポイントから、とりわけ傍線部分を通じて、ボールドウィン保守主義との共通点や相違点がある程度浮かび上がってくる。ここでは、ボールドウィンによって示された弱者保護や社会改良、階級対立緩和、とりわけ労働者階級との協調といった言及は見ることができない。その意味で、第一次世界大戦勃発以前の保守党では普通だった従来の「小さな政府」路線を直接受け継いだだけの——言い換えれば新奇性のない——内容と見ることができよう。

(B) 一九二三年保守党マニフェスト

このマニフェストは、『今後の展望』刊行以前に首相の立場でボールドウィンが行っていた政策表明・公約である。一九二四年時とは異なり、失業対策として関税改革導入——注(9)を参照——を提案した一九二三年マニフェストのポイントは以下のとおり。

・失業問題解決は、必要な社会改良策のカギとなる。しかし従来型保険制度に関連した計画や仕組みは再編する必要がある。

・わが党の社会計画全てに通底するプリンスプルは基金積立の促進、そして何より「援助を必要としない状態」にしてい⁽²⁷⁾くことにある。(傍線引用者)

ここからも、従来型保険制度など自由党的積極・拡張国家論をボールドウィンが拒絶したがっていたことが分かる。同時に、例えばフレンドリー・ソサイエティ (Friendly Society)、共済組合／友愛協会⁽²⁸⁾などに代表される、国家・政府以外の伝統的社会的アクター(第三セクター)の役割を重視している可能性も高いと言えよう。その意味でもニュー・コンサーヴァティズムの根底には、「国家」と「個人」の『中間』に位置する『社会アクター』の存在・役割を重視

する面があると考えられるのである。

(c) 一九二四年保守党マニフェスト

では、次期総選挙向けに『今後の展望』をブラッシュアップした党政政策文書と見られる一九二四年マニフェストの内容には、如何なる特徴が見出せるであろうか。なお、保守党ではこのマニフェストにおいて内容・項目ごとの「小見出し」が初めて付けられ、その意味で現代型マニフェストの嚆矢とすることができるともいえない。

『今後の展望』刊行から数か月後に公表された同マニフェストのポイントを分析してみると、既述の失業問題、貿易と産業、あるいは労使間の平和といった「国内問題」の重要項目に関する言及として、とりわけ以下の部分が重要だと考えられる。

① 「失業問題」

この点については、当時の与党・政府労働党の無策をほぼ批判するのみとなっている。

② 「貿易と産業」

『今後の展望』でも示された（確約された）とおり、一般関税導入は今後再提案しないことを強調する一方、「不正な対外貿易の悪影響を被る、全ての優良業界従事者たるわが国民の雇用と生活水準を守るためにも、産業保護法（the Safeguarding of Industries Act）の基本原則、もしくはそれに類似した諸方を適用していく」としている。

目新しい積極的な国家介入策ではなく、数年前に制定された既成制度に基づく産業保護政策が示されており、この点から見てもポールドウィンは、保守主義者として——過干渉でも野放しでもない中間的で——「控え目な」社会改良政策を志向していたと言える。

③ 「労使間の平和」

特筆すべき点として、およそ半年前に刊行された『今後の展望』とは異なり、これについての言及は一切見られない。他方で、総選挙マニフェストゆえ保守党の伝統的支持基盤に対するアピールを意識したせいであろうが、健全財政の重要性や農業支援に関する言及が総じて強調され、分量的にもそれに関する文言が増加した印象を受ける。⁽²⁹⁾

こうして一九二四年マニフェストの内容全体を俯瞰してみると、とりわけ③に関する内容を中心に、協調・協同という側面がトーン・ダウンしている点は否めない。その主な理由として、短命に終わりそうなマクドナルド内閣の実績が少ないことから、政府労働党の実績を批判したり、コア・サポートへの訴えを強調したりするだけで、次期総選挙での勝利（政権奪還）も可能と判断した結果ではないかと推察される。

(D) 一九二四年自由党マニフェスト

最後に、一九二四年の自由党マニフェストにも若干触れておく必要がある。当時の自由党は社会主義政党・労働党に対抗するという意味で、保守党のライバル政党であり、イデオロギー的に保守党のそれと類似する部分も少なくないと思われるからである。

なお、一九二四年の労働党マニフェストについては、当時労働党が政府与党で、しかも社会主義政党であることから、その内容も当然保守党とは大幅に異なっている。それゆえ、紙幅の関係もあり、本稿での比較・分析は省略することにした。

・「イギリスの労働者が獲得した給与増や雇用確保、そして貿易によるイギリスの繁栄を取り戻すためには、社会主義という手段ではなく、労使間の協力や善意という手段こそ重要」⁽³⁰⁾ だととして、一九二四年保守党マニフェストには

ポールドウィン、ニュー・コンサーヴァティズムの政治思想的意義（渡邊）

見られなかった、ポールドウイン的「労使間の安定」に関する言及が、むしろこちらの方でなされている。この点については、数か月前の『今後の展望』刊行と、その内容的影響も存外無視できないのではないかと考えられる。

・「保険法の一層の拡充とそれに伴う完全なコーデインেশョンは、今や国家的急務の一つとなっているが、第一次世界大戦勃発前からその先鞭を切っていたのはわが自由党」としたうえで、救貧法に基づく支援適用を必要とせずとも、それ相応の中身のある恩恵が該当者とその家族にきちんと提供されるよう、現在稼働中の様々な社会保険・経済保険計画を修正・強化」することが自由党の政策だと訴える。さらに、老齢年金・寡婦年金・在学中の孤児向け手当に加え、七〇歳を迎える前に健康を害した家計の担い手を、救貧法とは別枠で支援していくことが、醜成型保険政策 (a comprehensive policy of contributory insurance) などを通じて実施されるべきだとする。

・全体のとめとして、「今や国民は、二党のオプシオンから一つを選び出せるようになりつつある。平和を模索し、社会改良と国家的発展を追求する自由党政権に力を貸す機会がある一方、進歩に対する抵抗をすることも辞さない機会へ※引用者註・保守党政権の誕生Vや、この国の繁栄の礎となってきた社会経済システム全体を破壊するようなアンバランスな実験ならびに実現不可能な計画を行わせる機会へ※引用者註・労働党政権の継続Vも、国民には残されている」とアピールすることによって、政権党としての自由党再生・復活を呼びかけている。³⁰⁾ (傍線引用者)

戦間期イギリス保守主義思想に対するポールドウインの貢献やその哲学性を考えるうえで、自由党マニフェストの内容はとりわけ興味深い。上記のとおりポールドウインのニュー・コンサヴァティズムとの類似性をはじめ、相互関連性なども見て取れるからである。例えばポールドウインも当時の自由党も、「労使間の平和や安定、協力または協調」をそれなりに重要視していたことは間違いない。ただ、おそらく保守党の場合、元来右派政党ゆえの複雑な

「党内事情」のため、保守党のマニフェストではこの点に関する言及が控え目になっていった（いかざるを得なくなった）可能性が高いと推察される。

逆に、保険制度に代表される国家・政府の役割をめぐっては、積極的自由主義に基づく拡張国家論、あるいは現代型の積極的自由主義、即ち政府介入を容認するニュー・リベリズム³¹に立脚した「自由党」と明確に一線を画すことこそ、ボールドウィンとそのニュー・コンサーヴァティズムの役割ないし目標だったと考えられる。前述のとおり、ボールドウィンも弱者保護や社会改良を相対的に重視する。一方、その担い手としては、国家・政府以上にフレンドリー・ソサイエティなど、第三の非国家的アクター³²をより重視する傾向が見られるからである。

以上の分析を通じて、ニュー・コンサーヴァティズムは新興³³の労働党や社会主義の抬頭だけでなく、保守党と同じ「老舗」自由党の存在や政策をもそれなりに意識した内容であることが明らかとなった。換言すれば、それは基本的に「右派」でありながら、ステイティズムと個人主義、両サイドの「中道」を志向する保守主義と言っても過言ではないかもしれない。だからこそ、マニフェスト内容の比較・分析からも明らかになったように、当時の保守党や保守主義思想のみならず、それまでライバル関係にあつた自由党のマニフェストにも、ボールドウィンとそのニュー・コンサーヴァティズムが一定の政治思想的影響をおよぼせた可能性を指摘することができよう。

そこで次節では、ボールドウィンに関するウィリアムソン (Philip Williamson) らの最新かつ有力な先行研究成果を踏まえつつ、とりわけニュー・コンサーヴァティズムの哲学性について、さらに深く考察していくことにしたい。

(2) 『今後の展望』に見るニュー・コンサーヴァティズムの哲学性

『今後の展望』に象徴されるニュー・コンサーヴァティズム³⁴文書篇³⁵には、如何なる保守主義理念ないし哲学性

が見出せるのであろうか。それを検討することによって、既述のリサーチ・クエスチョンに対する一定の答えも導き出せると思われる。

周知のように、理論的体系に乏しいとされる保守主義ではあるが、ポールドウィンと同時代のイギリス保守主義者ハーンショウ (F. J. C. Hearnshaw) によると、保守主義を構成している伝統的な諸原理には以下の一二項目があるとされる——「過去に対する崇敬の念」「有機体的社会観」「共同体の団結」「国家構造の持続性」「革命に対する異議申し立て」「慎重かつ漸進的改革への支持」「国家のもつ宗教的基盤」「正統性ある権威の神聖視」「権利よりも義務を重視すること」「個性と共同性の尊重」「忠誠心」、そして「コモンセンス・リアリズム・実用性」³³。

もちろん、こうした基準や類型に関しては唯一絶対というものはなく、論者によってその中身や分け方も異なっており、分類上多種多様であることは言うまでもない。とはいえ、かかる一二項目の諸原理が、大体において保守主義共通の理念ないし哲学的価値に合致する、と考えることはできるであろう。

そこでこれら諸原理を概観してみると、『今後の展望』で示されたニュー・コンサヴァティズムにも当てはまり、特に強調された代表的な哲学的側面として、「共同体の団結」「権利よりも義務を重視すること」、そして「個性と共同性の尊重」という少なくとも三つを指摘することができよう。しかもこれらは、保守党とか自由党といった党派性を超越した、普遍的かつ抽象的な理念ないし哲学として評価することも可能である。

こうしてポールドウィン保守主義は、これら三つの諸原理を通じて、「国家・政府」と「個人」の中間にある——例えば前述したフレンドリー・ソサイエティなどを含めた——「社会」の総合的役割やそれを通じての個々人による他者（公共／社会）への「奉仕」(service) を重視する哲学に発展していくと考えられる。「義務」や他者への「奉仕」

は何にもまして大切なので、それらを通じて様々な権利や特権も正当化されるというマントラを繰り返し力説したのが一九二〇年代〜一九三〇年代のボールドウィンだった。⁽³⁴⁾ ボールドウィン自身、一九三七年に出版された最後の演説集 *Service of Our Lives* 所収のある演説において、'voluntary associations' を通じての「個人の自由」の発展を強調している。⁽³⁵⁾

さらに、この点については、現在ボールドウィン研究第一人者のウィリアムソンが次のように述べていることから明らかであろう。即ち、第一次世界大戦後の状況下で「夥しいほど数多く存在した思想の糸——キリスト教主義、理想主義、ニュー・リベラリズム、トーリー主義、帝国主義——は、国民的団結の促進と、最高の公共的価値の中でもとりわけ奉仕の倫理 (an ethic of service) を、共にもたらす存在として位置づけられてきた。もちろん、それぞれの思想が実現を目指すために採用する提案はそれぞれ違っていたとしても」。⁽³⁶⁾ (傍線引用者)

以上の点から、序説で紹介したラムスデンの主張とは一部異なり、一九二四年のニュー・コンサーヴァティズム (党首演説と党政策文書) には、保守主義に関連した諸原理ないし伝統的哲学の強調が見出せる。したがってその点に關しては、ボールドウィンにも戦間期イギリス保守主義思想に対する一定の貢献が認められるのである。

四・結語

本稿は、ボールドウィンのニュー・コンサーヴァティズム研究に関する現時点での最終報告となる。

先ず、本稿で主な考察対象となった一九二四年の二大党政策文書のうち、『今後の展望』が保守党支持拡充用ない

し党内「進歩派（左派）」向けの「攻め」の内容だったのに対し、その点でかなりトーン・ダウンした一九二四年マニフェストは、保守党支持固め用もしくは党内「保守派（右派）」向けの「守り」の内容であった。その意味で、ニュー・コンサーヴァティズム（一九二四年）の政治思想的意義は、「反・積極国家論（ニュー・リベラリズムの自由党）」ならびに「反・社会主義（労働党）」という形での保守主義リニューアルであった点に、加えて「脱・ボナパロー保守主義（戦前復帰型の消極的な保守主義）」あるいは「脱・関税改革（保護貿易主義）」の中間的で中道的な『新しい』保守主義を定式化した点に求められると言つてよい。

本格的な大衆民主主義と集産主義化の時代に入った「戦間期」（とりわけ第一次世界大戦終了直後・一九二〇年代初頭）のイギリス政治は、今日から見れば一種の「過渡期ないし転換期」の政治として位置づけることができる。それゆえ、「左・右」両派に加え、「新・旧」両派の各イデオロギーにも対抗できる比較的穏健なオルターナティブが必要とされ、そこに当時のボールドウィン保守主義が、文字どおり「ニュー・コンサーヴァティズム」として入り込む（一定程度受容される）余地も生まれたのではないだろうか。³⁷

次に、いわゆるニュー・コンサーヴァティズムを文書化した成果物・『今後の展望』から見たその哲学性は、「国家」と「個人」に加え、「社会」も重視しながら、それに対する「奉仕」や「義務」を強調したところに求めることができるであろう。換言すれば、それは奉仕という道徳性をも重視した理想主義的保守主義として位置づけることのできる内容であり哲学でもあった。一九二四年という短い期間とはいえ、前述した過渡期に党としてのあり方を模索するボールドウィン保守党が『イギリス憲政史上初の労働党政権に対峙する義務を負った責任野党』であったからこそ、ニュー・コンサーヴァティズムによる哲学性の強調も必要かつ可能だったのではないかと思われる。

したがって、戦間期イギリス保守主義思想に対する野党党首時代（一九二四年）のボールドウィンの貢献には、彼特有の個人的態度や反応に関する内容はもとより、基本的な保守の価値観・哲学の再強調もしくはリニューアルが含まれていたと言っても過言ではない。

因みにイギリス政治学の泰斗ギャンブル（Andrew Gamble）は、実際の政治的慣行の一部を思想が構成する場合のみ、思想は重要な役割を果たすのであり、そのことを理解するためには、基盤となる政治システム（例えば普通選挙制の導入など）を理解しなければならないと主張している。³⁸ だとすれば、ボールドウィンのみならずイギリス保守主義の政治思想的側面を考察する場合、当時における大衆デモクラシーの定着といった政治面での変質に加え、小選挙区制や二党システムといったイギリス型政治システム特有の影響・効果についても理解する必要があると言えよう。一九二〇年代という自由党、労働党との「三党鼎立」状態の中で当時の保守党が置かれていた立場や戦略、これらについての検討が不可欠となる所以でもある。

以上の総合的な考察を通じて、ニュー・コンサーヴァティズムが政治思想的には「中道的保守主義」として評価できる可能性が明らかとなった。今後は、ボールドウィン保守主義の政治思想的ルーツの一つとされるキリスト教社会主義（Christian Socialism）との関連性に加え、彼の前任党首・ボナローの保守主義を新たな研究課題としていくことにしたい。

（1） 広義のニュー・コンサーヴァティズム（新しい保守主義）は、一九二四年上半期に野党党首の立場で行われた一連のボールドウィン演説（遊説）を報道機関が紹介する際に用いた「呼称」である。狭義では、かかる演説や党文書などを通じて表明

された「保守党(統一党)政策の刷新、党路線の再検討」に関する彼独自の立場や考え方(例えば、今後は自由党ではなく労働党に対抗していく必要性、穏健な社会改良に関心を寄せることの重要性など)を指している。そのため、いわゆるサッチャリズム (Thatcherism) に代表されるネオ・コンサヴァティズム (Neo Conservatism) とは異なり、古典的な自由放任主義の性格はさほど強くない。

また、当時保守党は、アイルランドの分離・独立に反対し連合王国 (the United Kingdom) 維持の立場を強調するため、「統一党」(Unionists) という名称も併用していた。そのため本稿では原則として「保守党」という党名を使用するが、党文書や新聞記事など当時の史資料を直接引用する場合は、原文に従って「統一党」という名称もそのまま用いることにする。

(2) 実際には、保守党文書の監修担当者バハン (John Buchan) が執筆したものを、当時ポールドウインの副官的存在だったネヴィル・チェンバレン (Nevil Chamberlain) がまとめる形で刊行された

(3) John Ramsden, *The Age of Balfour and Baldwin 1902-1940* (London: Longman) 1978, p. 207.

(4) 主要二党の一九二三年総選挙結果および一九二四年総選挙結果は以下のとおり。() 内の数字は得票率。
定数六一五議席

一九二三年総選挙	保守党二五八議席 (三八・一%)	労働党一九一議席 (三〇・五%)	自由党一五九議席 (二九・六%)
一九二四年総選挙	保守党四一九議席 (四八・二%)	労働党一五一議席 (三三・〇%)	自由党 四〇議席 (一七・六%)

Roger Mortimore and Andrew Blick (eds.), *Butler's British Political Facts* (London: Palgrave Macmillan) 2018, p. 377.

(5) Bill Schwarz, "Conservatives and Corporatism", *New Left Review*, 166, 1987, p. 113.

Keith Middlemas, *Politics in Industrial Society The Experience of the British System since 1911* (London: André Deutsch) 1979, pp. 20-21, p. 169.

(6) *Looking Ahead: A Re-statement of Unionist Principles and Aims* (National Unionist Association) 1924, pp. 1-4.

(7) 周知のように「保守主義」には、人間のもつ心理的傾向としての保守主義(自然的保守主義)と、保守党という政党の教義ないし信条を表す保守主義(政治的・近代的保守主義)の二つの側面がある。

Cf. Hugh Cecil, *Conservatism* (London: William and Norgate) 1921. (栄田卓弘訳『保守主義とは何か』早稲田大学出版部、一九七九年を参照)。

本稿では保守主義を後者の意味で用いている。したがって、例えば「ボールドウィンの保守主義」(Baldwin's Conservatism) と言う場合、イギリス保守党首ボールドウィンによる一連の(レトリックも含めた)政治的言説と行為、そこから派生した具体的な戦略的アプローチや政策、さらにはそれら全ての根底を成している、保守党政治家ボールドウィン個人の政治信条・価値観・思想などを意味する。

(8) *Looking Ahead*, pp. 4-5.

(9) 鉄器製造業経営を家業とするボールドウィンは、元来、党内を代表する関税改革論者でもあった。そのため、政府与党内で疑問視する声が多かったにもかかわらず、深刻化した失業増への対応ならびに活発化する労働運動対策とそのため为社会保障財源確保の一環として、(これまで大英帝国の経済的繁栄を貿易面で支えてきた伝統的な「自由貿易政策」を放棄する代わりに、輸入産品に保護関税を導入する)一連の関税改革政策が一九二三年総選挙の政府・与党公約として採用される運びとなった。

ところが前回一九二二年総選挙時の党首(首相)ボナローは「今議会が終了するまで、国の財政制度に抜本的な変更は加えない」と公約していた。その背景には、かつてジョセフ・チェンバレン(Joseph Chamberlain)の音頭で関税改革を提案し、野党・自由党に大敗した一九〇六年総選挙(定数六七〇議席 保守党一五七議席、自由党四〇〇議席、労働党三〇議席)の二の舞を避ける意図があった。関税改革の支持者は保守党支持基盤である農村地域など生産者層に比較的多く、逆に自由党や労働党の地盤である都市部・消費者層は自由貿易の支持者が相対的に多かったと考えられる。関税改革、即ち保護主義導入を通じて購入面で選択の自由(幅)が狭まり、「割高なのに美味しくないパン」を買わされる不利益を都市部の消費者層や労働者階級が懸念する可能性が高いからである。

それゆえ、関税改革が争点となった場合、伝統的な自由貿易の擁護者を自任する自由党と相対的低所得者層を支持基盤とする労働党は、「関税改革反対」を掲げて保守党に対抗し、連携・協力する傾向が見られた。そして選挙結果はその懸念どおり

となり、保守党は総選挙に敗れ、第一次世界大戦後初めて下野することになった。一九二三年総選挙結果については、前掲註（4）を参照されたい。

- (10) *Ibid.*, pp. 5-6.
- (11) *Ibid.*, pp. 6-7.
- (12) *Ibid.*, p. 7.
- (13) *Ibid.*, pp. 7-8.
- (14) *Ibid.*, pp. 8-9.
- (15) *Ibid.*, pp. 9-10.
- (16) 財産所有デモクラシーとボールドウィン保守主義との関係については、拙稿「建設的保守主義と戦間期のイギリス保守党——ボールドウィン保守主義をめぐる新地平——」（『政経研究』第五八巻第一号、日本大学法学会、二〇二二年）を参照。
- (17) *Ibid.*, p. 10.
- (18) *Ibid.*, pp. 10-11.
- (19) *Ibid.*, p. 11.
- (20) *Ibid.*, p. 12.
- (21) *Ibid.*, p. 12.
- (22) *Ibid.*, pp. 12-13.
- (23) *Ibid.*, p. 13.
- (24) ボールドウィンの「ニュー・コンサヴァティズム」については、本稿の序説で示した拙稿（『日本法学』第八七巻第二号、日本大学法学会、二〇二二年）も参照されたい。
- (25) ボナローは、カナダに生まれ、グラスゴウの鉄鋼業者として成功した経歴をもつ保守党政治家（党首・首相）である。中産階級出の保守党党首という面で、ボールドウィンとの共通点がある。一九二二年総選挙では党首・首相として保守党に大

勝利をもたらしたが、病気が悪化し翌年辞任した結果、蔵相ポールドウィンが後継の首相・党首に就任した。

(26) Cf. “Conservative Party General Election Manifesto 1922 Mr Bonar Law’s election address”, in Iain Dale with an introduction by Alistair B. Cooke, *Conservative Party General Election Manifestos 1900-1997* (London: Routledge) 2000, pp. 23-25.

(27) “Conservative Party General Election Manifesto 1923 Mr Stanley Baldwin’s election address”, *op. cit.*, pp. 26-29.

(28) イギリスのフレンドリー・ソサイエティは、産業革命とほぼ同時進行で登場してきたとされ、基本的には「相互扶助活動を中心とし、宴会を開いたり、会を誇示する行事を催したりする自発的結社」である。また、その機能面では「基金積立協会」と「収益分配協会」とに大別される（篠塚信義）。

フレンドリー・ソサイエティの詳細については、篠塚信義「産業革命と民衆の結社 友愛協会」（川北稔編・綾部恒雄監修『結社のイギリス史 クラブから帝国まで』山川出版社、二〇〇五年所収）一一八―一二三頁を参照のこと。

(29) “Conservative Party General Election Manifesto 1924 Mr Stanley Baldwin’s election address”, *op. cit.*, p. 31. p. 33.

(30) “Liberal Party General Election Manifesto 1924 The Liberal Manifesto”, in Iain Dale with an introduction by Duncan Brack, *Liberal Party General Election Manifestos 1900-1997* (London: Routledge) 2000, pp. 47-48.

貧民救済法令の総称である救貧法 (Poor Laws) としては、一六〇一年に従来の関連諸法を統括したものに加え、産業革命後の一八三四年に改正され、救貧行政を国家責任とした新救貧法が知られている。

(31) ニュー・リベリズムは、周知のように消極的な古典的自由主義とは異なり、社会を改良するため国家、即ち中央政府の介入を容認した積極的自由主義のことを意味する。この理念に基礎づけられ、主に一九〇八―一九一一年にかけて自由党政権下で制度化された一連の社会立法として、健康保険・失業保険制度、児童の栄養改善と保健、職業紹介制度などが挙げられる。そして、一九〇九年のいわゆる「人民予算」(People’s Budget) 案（社会福祉を実現しその財源を確保するため、社会的弱者や貧困層の税負担を軽減する代わりに、土地所有者など富裕層を増税の対象として、当時の蔵相ロイドジョージによって提出された極めて急進的な内容の予算案）と、それをめぐる野党・保守党との攻防から生まれた一九一一年議会法に基づく貴

族院改革、即ち「下院優位の原則」の確立を通じて、ニュー・リベリズムの流れはそのピークを迎えた。

松浦高嶺『イギリス現代史』山川出版社、一九九七年、一三八―一三九頁などを参照。

- (32) この点についても、本論の序説に挙げた拙稿(『日本法学』第八七巻第二号、日本大学法学会、二〇二二年)を参照されたい。
- (33) F. J. C. Hearnshaw, *Conservatism in England An Analytical, Historical, and Political Survey* (New York: Howard Fertig) 1967, p. 22.
- 因みにハーンショウは『今後の展望』について、控え目で柔らかな内容であり、当時特に必要だった「平静という雰囲気」と「安定という感覚」をもたらすために計算されてつくられた、アンチ社会主義のオルターナティブとなる『マイルドな形の保守主義』として評価・推奨している。
- Ibid.*, p. 277.
- (34) Stuart Ball, “The Principles of British Conservatism from Balfour to Heath, c. 1910-75”, in Richard Carr and Bradley W. Hart (eds.), *The Foundation of the British Conservative Party Essays on Conservatism from Lord Salisbury to David Cameron* (London: Bloomsbury Academic) 2013, p. 31.
- (35) Stanley Baldwin, *Service of Our Lives Last Speeches as Prime Minister* (London: Hodder and Stoughton) 1937, p. 164.
- (36) Philip Williamson, *Stanley Baldwin Conservative leadership and national values* (Cambridge: Cambridge University Press) 1999, p. 341.
- なお、ウィリアムソンは、第一次世界大戦勃発以前のイギリスで保守主義者も自由主義者も共有していた諸価値のうち、ポールドウィンによつて(大戦後・戦間期に)新たに表明された価値として、立憲主義、秩序ある進歩、社会的調和、階級性の無さ、独立独行、ボランティアズム、奉仕、積極的市民性、国際平和を指摘している。
- Ibid.*, p. 348.
- (37) Frank O’Gorman, *British Conservatism Conservative Thought from Burke to Thatcher* (New York: Longman) 1986, p. 42.
- (38) Andrew Gamble, *The Conservative Nation* (Abingdon: Routledge) 2014, p. 2.

議会制民主主義における政党の二面性

浅井直哉

1 政党の二つの側面

本稿の目的は、議会制民主主義における政党の公的な側面と私的な側面について、政党研究の立場から論点整理を行うとともに、今後の検討課題を提起することにある。政党は、従来、社会の側から発生する私的な結社であり、私的な存在として位置づけられていた。議会制民主主義において、政党は、社会の側における私的な存在にとどまらず、議会運営や政府の形成といった公的な領域においても存在しており、その意味において、政党を公的な存在として捉えることができる。

政党は、「現代政治の生命線」(Neumann 1956: 1=1958: 1) と称され、「近代民主政治は政党によるのでなければ考えられない」(Schattschneider 1942: 1=1962: 1) と論じられてきた。「現代政治」や「近代民主政治」という用語について解釈の余地が生じ得るとしても、複数政党制と普通選挙を通じて民主主義が実践されるという点において、政党は、議会制民主主義が機能するのに不可欠な存在として位置づけられる。

議会制民主主義は、政党が民意に適切に反応し、人々の意見や利益を代表し、選挙で競合することによって機能する。言い換えると、政党が有権者から政府の形成に至る諸部分を結びつける連結構造としての役割を担うことによって、議会制民主主義が機能する(岩崎 2002: 96)。政党は、社会の側における利益を集約し、表明するという点において私的な領域で活動し、議会において諸利益を政策案としてまとめあげ、

政治的な決定を行うという点において、公的な領域で活動している。

政党が私的な領域と公的な領域とを結びつけるものであるとしても、政党が公的な存在として承認されるには、選挙競合において有権者から支持を得るという過程を必要とする。政党に参加する個人が私的な動機から立候補するような場合においても、選挙を通じて議席を獲得することによって、各人は議員として公的な位置づけになるのであり、彼らを束ねる政党は公的な存在となる。

しかし、現実政治に目を向けると、選挙競合を経て正統性を付与されるという過程の他に、政党が国家からの公的助成を受けたり、政党法によって行動や組織構造が規制を受けたりすることがある。実際に、日本においても1995年から政党助成が実施されており、政党助成法は、「議会制民主政治における政党の機能の重要性にかんがみ⁽¹⁾」で、政党に対する国家からの公的助成を認めている。政党は、選挙を経て公的な性格を有するようになることに加えて、制度的ないし法的根拠にもとづき、公的な性格が認められるようになっている。

政党は、議会制民主主義が作動する中で、私的な領域と公的な領域とに属し、二つの領域を結びつける存在である。それゆえ、政党は、議会制民主主義の枠組みにもとづいて、公的な側面を有するようになった。今日において、制度が政党の在り方や組織構造を規定することは、政党に対して何らかの規制を課すとともに、政党の公的な側面を所与のものとして位置づけ、政党の立場を保証することにもなる。従来、政党の私的な側面と公的な側面は、どのように位置づけられてきたのであろうか。今日において、政党の公的な側面がどのように論じられているのであろうか。本稿では、議会制民主主義における政党の役割に焦点を向けつつ、政党の私的な側面と公的な側面がどのように扱われてきたのかを整理するとともに、今後の検討課題を提示する。

2 政治システムにおける政党の位置づけ

(1) 政党の活動領域

政党は、議会制民主主義が作動する過程において、有権者の利益を代表し、議会で決定作成を行う。政党は、社会の側と国家の側の両者に位置しているのであり、私的な領域と公的な領域に存在するという二面性をもつ（白鳥 1996: 382-383）。このとき、いずれかの見方を重視すると、政党の二面性は矛盾を抱えるものとして捉えられる。政党が私的な存在であるという立場からすると、政党助成制度や政党法は、政党が本質的には私的な領域に属しているにもかかわらず、公的な存在であることを制度的に容認するものとなる。反対に、政党が公的な存在であることを重視して、政党の在り方や活動を公式的に規定することは妥当であるという見方をすると、政党は、制度が容認する範囲の中で有権者の利益を代表していることになるのであり、規定に合致しない政党は非合法的な存在となり得る。

政党が私的な存在であるのか、それとも公的な存在であるとするのかについては、論者の立場や見方に左右され得る点である。いずれか一方が正しく、他方が誤りというのではない。議会制民主主義という枠組みにおいて政党を論じるとき、現実政治にもとづいていえば、政党は、私的な性格と公的な性格の二面性を有している。ここでは、まず、政党が議会制民主主義における連結構造として位置づけられる点について確認する。

白鳥令によると、政党の二面性を考えるには、政治システムの枠組みを援用し、決定をめぐるシステムの中で政党がどこに位置するのかを整理するのが適切であるという（白鳥 1996: 383-388）。政治システムでは、社会の側で表明された諸利益を投入するインプットと、政治決定を実行するアウトプットに加え、アウトプットの帰結が再びインプットとして投入されるフィードバックという循環がみられる。政党は、インプットが行われる領域、および政治決定がなされる政治システム

内部に位置している。政権党は、政府を形成するという点において、アウトプットにあたる行政にも携わることになる。政権党であるのか反対党であるのかにかかわらず、政党の立ち位置を広義に捉えるならば、政党は、インプットから政治システム内の決定過程に位置づけられることになる。

白鳥は、インプットからアウトプットまでの過程を①国民の中の意見や利益の明確化（Articulation）の段階、②明確化された意見や利益をまとめていくつかの政策案を形成する統合（Integration）の段階、③政策案に政治的正統性を付与して公的なルールとして決定する権威付け（Authorization）の段階、④一般的宣言文として決定された公的ルール（法律や予算など）を現実社会の個々のケースに適用（Application）もしくは実施（Implementation）の段階、⑤適用した結果を個々のケースにおける裁定として宣言するルールの宣言（Declaration）の段階に分けて説明している。

彼は、第三段階を境界として位置づけて、それ以前の段階を私的な領域、第四段階と第五段階を公的な領域として捉え、政党が第一段階と第二段階に属するものであることから、基本的に私的な存在として理解されるという見方を示している（白鳥 1996: 387-388）。第一段階と第二段階、すなわち政治システムにおけるインプットの側には、政党の他に企業や利益集団が存在しており、それらの意見や政策案には、正統性が付与されていない。政党と、企業や利益集団との主な違いは、政党が社会の側において表明された利益を明確化し、政策案として統合する役割を担う点である。

政党の主たる機能として、社会における利益の集約と表出を挙げることができ、政党であれば、その機能を果たすものとして捉えられる。逆の見方をすると、社会の利益を集約したり表明したりしないものは、政党として認められないだろうし、仮に政党としての立場を容認されたとしても、政党の機能を果たしていることにはならない。白鳥が指摘するように、政党の主たる活動領域は、第四段階および第五段階よ

りも第一段階と第二段階であるといえる。

(2) 連結構造としての政党

確かに、第一段階と第二段階において活動する限り、政党は正統性を有しておらず、私的な存在としてみなされる。問題は、公私領域の境界とされた第三段階においても、政党が中心的な役割を担っている点である。第三段階において、政党は既に正統性を有している。それゆえ、第三段階に焦点を絞ると、正統性を有する政党とそうでない政党との区別を行う必要が生じる。「政党」といっても、決定にかかわることができる政党とそうでない政党、選挙において有権者の信任を得た政党とそうでない政党とが区別されることになる。この点は、選挙の敷居を超える政党とそうでない政党とが存在することを示唆している。

政党は、有権者の利益を集約して議会に送り込むまでの間に、社会から議会に足場を移し、私的な存在から公的な存在へと変貌する（岩崎2015: 62）。政党が私的な領域から公的な領域に進出し、私的な存在から公的な存在に変貌するには、複数の政党が参加する選挙競合において、有権者から選択される必要がある。政党は、有権者の利益を集約し、代表するまでの段階において、それらを実現する立場に置かれてはいない。

第三段階について厳密に言えば、第二段階と第三段階の間に、選挙競合において一定の評価を得るか否かという境界があり、第一段階と第二段階に位置する全ての政党が第三段階に移行するとは限らない。多くの政党を説明し得るという意味での包括的な解釈を優先すると、政党は私的な存在として位置づけられることになる。しかしながら、有権者の判断を受けるのも、その境界を通過し得るのも政党である。選挙で正統性を付与された政党が議会運営を担うという現実的な政治過程を重視すれば、政党を公的な存在としてみなすことができる。重要なことは、政党の二面性が選挙を境界としている点であり、政党が

選挙を通じて私的な領域から公的な領域に進出するという点である。

政党の二面性には、どちらか一方が活発化するときには他方が沈静化するという関係がみられるのではない。政党の生息領域は、選挙、議会、政府、社会にわたっており（岩崎 2015: 61-62）、いわば私的な領域と公的な領域の両者にまたがっている。議会制民主主義においては、「有権者と公職者の間に、定期的な選挙を最大の媒介手段とする委任・責任関係（本人・代理人関係）が成立している」（待鳥 2015: 13）のであり、政党は、それらの要素を結びつける連結構造としての役割を担い（岩崎 2002: 96-97）、「民主主義の根幹にある委任・責任の連鎖関係を維持しつつ、意思決定を効率的に進める手段」（待鳥 2015: 14）となる。

政党は、私的な存在から公的な存在に変貌するまでに、選挙競合において有権者に選択される必要がある。政党が私的な存在であるのは、多様な有権者の一部の利益を代表するからである。一つの政党だけが存在するような場合には、特定の利益が全体の利益に置き換えられたり、特定の利益だけが達成されたりする。政党は、一部の代表であるからこそ、選択肢として有権者からの支持を得なければならない。「議会制民主主義においては、複数の政党による競合が前提とされており、『政治を行う』行為主体の選択がなされるところに最大の特徴がある」（岩崎 2002: 2）。

3 政党をめぐる公的な側面と私的な側面

(1) 政党の定義と二つの側面

政治システム論の視点を援用すると、政党は、私的な領域と公的な領域の両者において活動しており、選挙を通じて二つの領域を結びつけていることが明らかとなる。同時に、選挙が数居となり、政党の私的な側面と公的な側面とが区別されることになる。政党研究者は、分析の対象としての政党をめぐり、公的な側面を有する政党に目を向けながら、政党が私的な存在であることを前提とし、政党の二面性を直

接的ないし間接的に示してきた。

政党は、連結構造としての役割を担うよりも前の段階において、私的な利益の実現を求めようとする存在としてみなされていたのであり、政治の中核を担うものとして受け容れられていたのではなかった。たとえば、制限選挙の時代には、政党が恣意的に行動し得るという点に対して否定的な見方をする立場が表明されていた。当時の政党は、私的な利益を公的な利益と称することによって、公共の利益という名目において私的な利益の実現を目論むものとされていた。政党は、人びとが適切とはいえない選択を行うように仕向けたり、一部の参加者にとっての利益だけを実現しようとしたりするものとして認識され、「派閥」や「徒党」として捉えられていた。

それに対し、バーク (Edmund Burke) は、政党が公的な役割を担い得るという見方を示した。彼は、政党を「連帯した努力により彼ら全員の間で一致している或る特定の原理にもとづいて、国家利益の促進のために結合する人間集団のことである」(Burke 1770=1973: 275) と定義している。バークの定義により、政党には肯定的な評価が付与されるようになり、政党の公的な側面が強調されることとなった。サルトーリ (Giovanni Sartori) によれば、バークにとって「政党は、単に利益や感情だけに基礎を置くだけでなく、原則的には共通原理にも基礎を置いているがゆえに、ファクションよりも大きくなった」(Sartori 1976: 9=2000: 14) のだという。バークの定義が示したのは、私的な側面を有する政党が公的な役割を果たし得るという点であった。

今日までの政党研究においては、バークの定義を出発点とし、政党の公的な側面に注目する議論がなされてきた。政党に対する肯定的な評価が付与されたのは、政党が連結構造としての役割を担い得るからであり、政党を中心とする議会の仕組みが設立されたからであった。これまでの政党研究を振り返ると、主たる研究関心が公的な存在としての政党に向けられながら、私的な側面を包含するかたちでの議論がなされてきたといえる。その点は、政党の定義に関する議論や政党組

織のモデルにも反映されている。

たとえば、サルトーリは、政党を「選挙に際して提出される公式のラベルによって身元が確認され、選挙（自由選挙であれ、制限選挙であれ）を通じて候補者を公職に就けさせることができるすべての政治集団」（Sartori 1976: 63=2000: 111）と定義し、エプスタイン（Leon D. Epstein）によれば、政党とは、緩い組織であったとしても、所与のラベルのもとで政府の公職保持者を当選させようとする全ての集団であるという（Epstein 1967: 9）。ダウنز（Anthony Downs）によると、政党とは「正規に定められた選挙で、政権を得ることにより、政府機構を支配しようと努める人びとのチーム」（Downs 1957=1980: 26）であり、シャットシュナイダー（E. E. Schattschneider）は、「権力を獲得しようとする組織化された企図である」（Schattschneider 1942: 35=1962: 41）と定義した。

彼らの議論には、政党が集団であることと、権力の獲得を求めるものであることの二点が共通している。政党が公職や政治権力を求めるという点は、政党が選挙に参加するということに結びついている。政党の定義は、分析対象たる政党のどの部分に注目するのかを示すものであり、異なる文脈から導き出されてきたとはいえ、政党が公的な領域に進出しようとするものであることを明確にしている。政党研究において、政党は、公的な側面だけが論じられてきたのではなかった。

政党の定義は、「政党とは何か」ということについて考える際の手がかりを提供しており、政党と政党でないものとの区別を考える際にも有用となる。政党でないものの代表的な例として、利益集団を挙げることができる。利益集団は、主に社会の側で活動し、政治システム論の見方を援用すると、インプットの側に位置している。政党は、公的な存在であると同時に、利益集団と同じように私的な領域において活動している。すなわち、利益集団と政党は、ともに社会の側で活動する集団である。サルトーリたちによる定義は、私的な領域における利益集団と政党とを区別するものとなる。彼らの定義は、政党が公的な領域に接近するものであることを示しており、その点が政党と利益集

団とを分ける要素の一つとなる。

「政党とは何か」という点を論じる際に、政党の私的な側面と公的な側面とを明示的に論じているものとして、ノイマン (Sigmund Neumann) とウェア (Alan Ware) の議論を挙げることができる。ノイマンによれば、政党とは「社会の積極的な政治的行為者たち、すなわち政府権力の統制に関心をもち、さらに種種異なる諸見解をいだく他の単数または複数の集団と大衆的支持をめざして競争する人々の明確な組織体」であるとともに、「もろもろの社会的勢力およびイデオロギーを公式の政府諸制度に結びつけ、またそれらをより大きな政治的共同体内において政治行動に関係づける偉大な媒介者」であるという (Neumann 1956=1961:523-524)。ウェアは、政党を、しばしば政府における役職を占めようとすることによって国家への影響力を追求し、社会におけるいくつかの利益から成立しているため、一定程度において利益を集約しようとする組織的な制度と定義している (Ware 1996: 2)。彼らの議論は、政党が社会の側において支持を得たり利益を集約したりするという点において、私的な領域とのかかわりを持ち、権力を求めるという点において、公的な領域に存在することを示している。

(2) 組織的特徴における二面性

デュベルジェ (Maurice Duverger) は、政党組織にみられる構造上の特徴を論じる中で、政党を「一つの共同体ではなく、いくつかの共同体の集合であり、全国にわたって散在する小集団 (支部、地方幹部会、地方協会等) の連合であり調整的な制度によって結合される統合体」 (Duverger 1951=1970) として捉えている。他の論者と同様に、彼の議論の焦点も政党を分析対象とする際に着目する点へと向けられているのであるが、デュベルジェは、政党を各地の小集団の統合体としてみなしており、政党が社会との結びつきを有していることを示している。

デュベルジェの視点は、彼の提起した政党モデルにも反映されている⁽²⁾。彼は、政党の起源が各党の組織的な特徴を規定し得ると論じ、

幹部政党と大衆政党というモデルを示した。幹部政党は、少数の有力者が中心となって結成され、彼らの利益を維持ないし拡大するために、代表者を議会へと送り込む。幹部政党は、公職者を輩出するという点で国家の側と直接的な結びつきを有し、地方の有力者が政党の中核を担っていたことから、社会の側にも軸足を置いている。地方の有力者が中心となって組織された幹部政党に対し、大衆政党は、プロレタリアート、あるいは労働者階級の意思表示装置として結成される。大衆政党は、労働者の利益を代表して議会に送り込むという点で、議会制民主主義における政党の役割を最も明確に表している。

政党モデルは、政党組織にみられる特徴を示しており、幹部政党と大衆政党との間には、政党の活動に伴う資源の提供者や党員の位置づけなどの点において違いがみられる。しかし、政党の私的な側面と公的な側面がどのように扱われてきたのかという点に注目すると、幹部政党と大衆政党は、いずれも政党の二面性を包含している。両者の違いは、政党と社会との結びつきに関する質的な違いに表されている。

政党の二面性は、他の政党モデルにおいても取り扱われている。ノイマンは、政党を「個人代表の政党」と、「社会統合の政党」の二つに区分し、後者の下位類型として、民主的統合の政党と全体的統合の政党を示した。これらのうち、民主的統合の政党が議会制民主主義における政党の特徴を表している⁽³⁾。

民主的統合の政党は、次の四つの機能を担っている。第一に、国民の意思を組織化することである。政党は、社会に存在する利益や社会の在り方をめぐる考えを仲介する立場にあり、個人と社会を架橋する。第二に、政党が有権者の政治的教育を行うことである。政党は、国民に対して自らの主義主張を提示し、他党との競合を通じて、国民の無秩序な意思を政党という選択肢に集約させる。国民は、自らの意思にもとづいた選択を行うことで、政党に統合される。二つの機能が達成されることにより、政党は、第三の機能として、世論と政府とを結びつける役割を担う。ここでの世論とは、第一、第二の機能によって形

成された国民の意思を示している。政党がそれらを代表することによって、社会と国家とが連結することになる。第四に、政党を通じて「幹部の選択」がなされる。ノイマンは、統治者としての立場にあるエリートと、被治者としての立場にある大衆との間に双方向性が必要となるという見方を示している。国民の選択は、政策と政治的エリートの二つの点において、政党に正統性を付与するものとなる。

4 公的な存在としてのカルテル政党

政党の定義やモデルに関する議論において、政党は、社会と国家の二つの領域で活動するものとして位置づけられてきた。政党は、社会の側において、有権者や団体の利益を集約し、それらを実現するために公的な領域への進出を目指す。政党が公的な存在として承認されるためには、選挙競合に勝利し、正統性を獲得しなければならない。政党は、有権者から支持を得ることによってはじめて、公的な存在としての側面を有することになる。

しかし、現実政治に目を向けると、政党は、選挙によって公的な性格が承認されることの他に、公的な制度によって立場が規定される事例もみられる。カッツ (Richard S. Katz) とメア (Peter Mair) は、政党が国家機関としての性格をもつようになり、国家に浸透しているかのような状況がみられるようになったと指摘している (Katz and Mair 1995)。彼らは、そのような特徴を有する政党として、カルテル政党モデルを提起した。カッツとメアは、既成政党が自らの生存を第一義的な目的として設定し、政党間で共謀関係を形成して、国家からリソースを獲得するための枠組みを構築すると論じた。カルテル政党は、国家資源を優先的に獲得できる立場を維持することによって生存を可能にしようとする。それゆえ、政党は選挙競合に参加しつつ、競合に敗れたとしても、敗北によるリスクを縮小することにより、政党としての立場と自組織の維持を達成する。政党は、決定作成を行う立場とし

て、自らを受益者とする制度を導入する (Katz and Mair 1995: 15)。その具体例として、政党助成制度が挙げられている。

政党が国家に浸透することは、政党と社会との接続が断ち切られたことを意味するのではなく、あくまでも、政党が国家の側に軸足を移したという点を示している。中田瑞穂によれば、「カルテル政党という名称は、政党と有権者の新しい関係に焦点を当てたものではない」(中田 2015: 16) という。カルテル政党モデルは、既存の立場を維持し、敗北のコストを縮小することによって生存し続けようとする政党の行動を強調している⁽⁴⁾。政党と国家との浸透、および政党の生存という二つの論点は、政党が国家との結びつきを強めることによって自らの生存を可能にするという点から説明されており、政党助成制度にはその点が反映されている。

政党が国家の側に軸足を移したという点について、政党助成制度を根拠とする理由として次の二点を挙げることができる。第一に、政党助成制度がカルテル政党の独自性を色濃く反映しているからである。幹部政党、大衆政党、包括政党の資金は、有権者や利益集団といった社会の側から提供されるものであるのに対し、カルテル政党の資金源は、国家からの公的助成である。カルテル政党は、いわば公助によって資金を得ている。第二に、政党に対する国家からの公的助成は、政党が自ら導入するからである。「国家からの公的助成」を「政党が自ら導入する」という点は、政党助成制度の導入をめぐる決定が政党によってなされるということの意味している。助成制度の導入を実質的に推し進めるのは政党であり、政党助成制度は、国家の名目において政党が自らを支えるための仕組みとなる (Mair 1997: 144)。政党は、決定者としての立場を行使して自らを受益者とする制度を導入し、資源の源泉を国家に求めるようになる。カツツとメアは、カルテル政党モデルを通じて、政党が社会よりも国家とのかかわりを強め、国家に浸透しているという見方を提起した。

政党助成制度は、豊富な資金を有する個人ないし団体が政治過程に

圧力をかけたり、資金力の差によって政党間競争に偏りが生じたりすることを防ぐための措置として位置づけられる (Scarrow 2006: 621)。それゆえ、政党に対する国家からの公的助成は、議会制民主主義における政党の役割を重視し、政党を所与のものとして取り扱うために実施されている。政党助成制度は、「議会制民主政治における政党の機能の重要性にかんがみ」て、政党の公的な側面を制度面において承認するものとなる。

政党が国家からの公的助成を受けるということは、政党の資金が公的な性格を帯びていることを示している。デターベック (Klaus Detterbeck) によれば、ドイツの政党は、公的助成への依存と、公費から給与が支給されているスタッフへの依存が確認されるために「国営化」しているとされる (Detterbeck 2005: 183)⁽⁵⁾。日本においても類似する傾向がみられる。たとえば、自民党の場合には、交付金が年間収入の60%以上を占めるとともに、人件費や事務所費などの固定費の支出に充てられており、旧民主党は、年間収入の80%近くを交付金が占め、支出の大部分においても助成によって支えられていた。デターベックの表現を援用すれば、両党とも資金面においては国営化した政党である。

諸外国では、政党助成制度の他にも、政党を規定する公的な制度がみられる。たとえば、欧州諸国において、政党法を通じ、政党の活動や組織構造を規定する国々がみられるようになった。それらの傾向をふまえると、政党の私的な性格を重視し、政党に対する法的な規制を適切でないとする見方は、いまや中心的なものではなくなりつつある (Bértoa et al. 2014: 119)。ベルトア (Fernando Casal Bértoa) たちは、政党法によって政党を規制する国が増加するとともに、規制内容が強まっていることを指摘した (Bértoa et al. 2014)。彼らによると、そのような国々において、政党は、設立や登録に関して一定の基準に達することが求められたり、合法的な活動を行っているか否かについての監査を受けたりする必要があるのだという。選挙や政治資金に関する規制も、

政党の組織や活動に一定の制限を課すものであるが、ベルトアたちは、ある集団を政党としてみなすための基準が法的に定められていることにも目を向けており、政党が公的な基準によってかたちづくられていることを示唆した。従来の見方からすると、政党は私的な領域に属し、私的な存在として位置づけられていたのがあったが、今日においては、公的な実用性を伴うものとして政党を捉える見方が示されている (Biezen 2004)。

5 新たな公的性格

政党は、社会における利益の集約と表明を行うという点において、私的な側面を有しているとともに、議会において決定を行い、政権党が政府を形成するという点において、公的な存在である。議会制民主主義が維持される限り、政党は、私的な側面と公的な側面との二面性を有するものとして捉える必要がある。政党研究においては、政党が二面性を有するものとして捉えられており、選挙において候補者を擁立し、権力を追求するものとして位置づけられてきた。

政党は、選挙という敷居を超えることによって正統性を付与されるからこそ、公的な存在として位置づけられるのであった。しかし、今日においては、政党の在り方や活動が法律によって規定され、政党の公的な側面が法的に承認されるようになった。政党の公的な側面は、選挙の敷居を超えるか否かではなく、所与のものとして法的に認められるものとなった。政党の立場が法的に認められることは、政党に対する法的な拘束力が高められたことを意味してもいる。それゆえ、政党は、私的な存在としての自由度が制約されるようになったのであり、国家の管理下に置かれるものとしての性格が強まっている。

しかしながら、政党に対する公的な規制は、政党の自由度を制限するという一面的な性格だけを有するものではない。別の見方をすると、既成政党が意図的に自らの立場を強めたと捉えることができる。カッ

ツとメアは、政党法と政党のかかわりについて、次のような論点を挙げている (Katz and Mair 2018: 103-106)。政党法は、一般に適用される法律として、既存の政治システム内にある全ての政党に類似性をもたらすものであり、本質的には中立的なものであるが、ときには、特定のグループに属する政党の立場を擁護するものとなるという。

政党法をめぐる正統性と政党法そのものの規制内容という二つの点から明らかになるのは、政党が私的な存在というよりも公的な存在として扱われるようになってきていることである。法的な拘束力は、国家から政党に向けて行使されるものであり、政党助成制度や政党法の導入は、国家が政党に対する規制を強める傾向にあると捉えることができる。しかし、議会制民主主義において、決定を行う主体は政党である。この点をふまえると、政党が公的な存在であることを承認する規定は、政党自らが定めたものであるといえる (Katz and Mair 2018: 103-106)。

カツとメアは、政党助成制度によって、政党が国家に浸透していることを論じた。彼らは、政党が公的な資金を得ることによって公的な性格を強めている点にとどまらず、政党が自ら政党助成制度を導入する点を論じており、政党の恣意的な行動を指摘している。政党法や他の公的な制約についても、同様の見方をすることができる。政党法が政党の活動や組織を規定するものであり、その点において、政党が国家からの規制を受けているのだとしても、それらの制約は、政党が自ら導入したものであるといえる。政党に対する国家からの規制は、政党が自らの利益や立場を維持するためのものであり、政党の恣意的な行動として捉えられる可能性がある。

政党が公的な存在であるという立場にもとづいて、政党の公的な側面に注目する限り、政党助成制度や政党法の妥当性は、半ば自動的に容認されるものとなる。しかし、政党が私的な領域においても活動しており、公的な側面とともに私的な側面を有しているという点に注目すると、それらの制度がどの程度の妥当性を有しているのか、それらの制度の妥当性をどのように説明することができるのかという点につ

いて、新たな問いが生じ得る。政党は、公的な存在として助成を受けたり一定の規制を受けたりするものであるとすれば、私的な存在として、それらの制度が適切か否かを問われ続けることになる。今後の政党研究においては、政党の二面性を前提としながらも、現実政治において、公的な側面が強まっていることを念頭に置いた議論が求められるといえよう。

- (1) 政党助成法第一条。
- (2) 幹部政党と大衆政党は、組織的な違いがみられるからこそ区別されるものであるが、本稿は、二つのモデルを対比する議論を進めるのではなく、いずれもモデルにおいても政党の二面性が取り扱われていることに焦点を当てる。
- (3) 個人代表の政党は、デュベルジェの幹部政党と同じように、政治に参加する人びとが限定的な状況においてみられる政党である。ノイマンによれば、個人代表の政党とは「限定された政治的領域および限られた程度の参加をもつにすぎない社会に特徴的なものであり」、「党员活動は、事実上、投票に限定され、また党組織は（たとえ存在するとしても）選挙と選挙との期間中は活動を休止する」という（Neumann 1956=1961: 523-524）。また、全体的統合の政党は、市民による従属を要求したり、選挙における有権者の自由を拘束したり、その他の政党間での協力や連合形成の可能性を排除したりする。全体的統合の政党の場合には、議会制民主主義における政党よりも非民主主義国家における政党を対象としている。
- (4) 白鳥令は、政党の私的な側面について、有権者との結びつきという点から論じている。白鳥、前掲論文。
- (5) 各党の収入における党費の割合が20～25%を占めているとともに、労働組織や企業団体の党派性が残存している場合があることから、社会との接続を喪失したとはいえないとも指摘している。

参考文献一覧

欧文

Bértoa, Fernando Casal, Daniela R. Piccio, Ekaterina R. Rashkova, 'Party Law in Comparative Perspective,' in Ingrid van Biezen and Hans-Martien ten Napel (eds.), *Regulating Political Parties: European Democracies in Comparative Perspective*, Leiden: Leiden University Press, 2014.

Biezen, Ingrid van, 'Political Parties as Public Utilities,' *Party Politics*, Vol. 10, No. 6, 2004, pp. 701-722.

- Biezen, Ingrid van and Pert Kopecký, 'The State and The Parties: Public Funding, Public Regulation and Rent-Seeking in Contemporary Democracies,' *Party Politics*, Vol. 13, No. 2, 2007, pp. 235-254.
- Biezen, Ingrid van and Petr Kopecký, 'The Cartel Party and The State: Party-State Linkages in European Democracies,' *Party Politics*, Vol. 20, No. 2, 2014, pp. 170-182.
- Biezen, Ingrid van and Thomas Poguntke, 'The Decline of Membership-Based Politics,' *Party Politics*, Vol. 20, No. 2, 2014, pp. 205-216.
- Biezen, Ingrid van and Petr Kopecký, 'The Paradox of Party Funding: The Limited Impact of State Subsidies on Party Membership,' in Susan Scarrow, Paul D. Webb and Thomas Poguntke (eds.), *Organizing Political Parties: Representation, Participation and Power*, Oxford: Oxford University Press, 2017.
- Detterbeck, Klaus, 'Cartel Parties in Western Europe?,' *Party Politics*, Vol. 11, No. 2, 2005, pp. 173-191.
- Downs, Anthony, *An Economic Theory of Democracy*, New York: Harper and Row Publisher, 1957. (古田精司監訳『民主主義の経済理論』成文堂、1980年。)
- Duverger, Maurice, *Les Partis Politiques*, Paris: Librairie Armond Colin, 1951. (岡野加穂留訳『政党社会学——現代政党の組織と活動』潮出版社、1970年。)
- Epstein, Leon D., *Political Parties in Western Democracies*, New York: Praeger, 1967.
- Hopkin, Jonathan, 'The Problem with Party Finance: Theoretical Perspectives on the Funding of Party Politics,' *Party Politics*, Vol. 10, No. 6, 2004, pp. 627-651.
- Katz, Richard S. and Peter Mair, 'The Evolution of Party Organization in Europe,' *American Review of Politics*, Vol. 14, 1993, pp. 593-617.
- Katz, Richard S. and Peter Mair, 'Changing Models of Party Organization and Party Democracy,' *Party Politics*, Vol. 1, No. 1, 1995, pp. 5-28.
- Katz, Richard S. and Peter Mair, 'Cadre, Catch-all or Cartel?: A Rejoinder,' *Party Politics*, Vol. 2, No. 4, 1996, pp. 525-534.
- Katz, Richard S. and Peter Mair, 'The Cartel Party Thesis: A Restatement,' *Perspective on Politics*, Vol. 7, No. 4, 2009, pp. 753-766.
- Katz, Richard S. and Peter Mair, *Democracy and the Cartelization of Political Parties*, Oxford: Oxford University Press, 2018.
- Kirchheimer, Otto, 'The Transformation of the Western European Party System,' in Joseph LaPalombara and Myron Weiner (eds.), *Political Parties and Political Development*, Princeton: Princeton University Press

- 1966, pp. 177-200.
- Krouwel, André, 'Party Models,' in Richard S. Katz and William Crotty (eds.), *Handbook of Party Politics*, London: Sage, 2006.
- Krouwel, André, *Party Transformation in European Democracies*, New York: State University of New York Press, 2012.
- Mair, Peter, *Party System Change: Approaches and Interpretations*, Oxford: Oxford University Press, 1997.
- Nassmacher, Karl-Heinz, 'Regulation of Party Finance,' in Richard S. Katz and William Crotty (eds.), *Handbook of Party Politics*, London: Sage, 2006.
- Nassmacher, Karl-Heinz, *The Funding of Party Competition: Political Finance in 25 Democracies*, Baden-Baden: Nomos, 2009.
- Neumann, Sigmund, *Modern Political Parties: Approaches to Comparative Politics*, Chicago: University of Chicago Press, 1956. (渡辺一訳『政党——比較政治学的研究Ⅰ』みすず書房、1958年。)
- Neumann, Sigmund, *Modern Political Parties: Approaches to Comparative Politics*, Chicago: University of Chicago Press, 1956. (渡辺一訳『政党——比較政治学的研究Ⅱ』みすず書房、1961年。)
- Piccio, Daniela R. and Ingrid van Biezen, 'Political Finance and Cartel Party Theory,' in Jonathan Mendilow and Eric Phélippeau (eds.), *Handbook of Political Party Funding*, London: Sage, 2018.
- Pierre, Jon, Lars Svåsand and Anders Widfeldt, 'State Subsidies to Political Parties: Confronting Rhetoric with Reality,' *West European Politics*, Vol. 23, No. 3, 2000, pp. 1-24.
- Sartori, Giovanni, *Parties and Party systems: A Framework for Analysis*, Cambridge: Cambridge University Press, 1976. (岡沢憲芙・川野秀之訳『現代政党学——政党システム論の分析枠組み【普及版】』早稲田大学出版部、2000年。)
- Scarow, Susan E., 'Party Subsidies and the Freezing of Party Competition: Do Cartel Mechanisms Work?,' *West European Politics*, Vol. 29, No. 4, 2006, pp. 619-639.
- Scarow, Susan E, Paul D. Webb and Thomas Poguntke (eds.), *Organizing Political Parties: Representation, Participation and Power*, Oxford: Oxford University Press, 2017.
- Schattschneider, E. E., *Party Government*, New York: Holt, Rinehart and Winston, 1942. (間登志夫訳『政党政治論』法律文化社、1962年。)
- Ware, Alan, *Political Parties and Party Systems*, Oxford: Oxford University Press, 1996.
- Webb, Paul, 'Parties and Party Systems: Modernisation, Regulation and Diversity,' *Parliamentary Affairs*, Vol. 54, No. 2, 2001, pp. 208-321.

邦文

- 浅井直哉「日本の政党助成制度とカルテル政党の形成」『法学研究年報』第46巻、2016年、175-207頁。
- 浅井直哉「民主党における政党助成の役割」『法学研究年報』第48巻、2018年、124-103頁。
- 飯尾潤「政党」福田有広・谷口将紀編『デモクラシーの政治学』東京大学出版会、2002年。
- 岩井奉信『政治資金の研究——利益誘導の日本の政治風土』日本経済新聞社、1990年。
- 岩崎正洋『政党システムの理論』東海大学出版会、1999年。
- 岩崎正洋『議会制民主主義の行方』一藝社、2002年。
- 岩崎正洋「政党政治とデモクラシーの変容」日本比較政治学会編『日本比較政治学会年報第17号 政党政治とデモクラシーの現在』、ミネルヴァ書房、2015年、57-78頁。
- 岩崎正洋『政党システム』日本経済評論社、2020年。
- 氏家伸一「包括政党」西川知一編『比較政治の分析枠組』ミネルヴァ書房、1986年。
- 岡沢憲芙『〔現代政治学叢書13〕政党』東京大学出版会、1988年。
- 加藤秀治郎「西ドイツの比例代表制と公費補助」『選挙研究』第6巻、1991年、63-79頁。
- 岸本広司『バーク政治思想の形成』御茶の水書房、1989年。
- 阪野智一「政党政治の衰退(1)——ポスト産業社会における政治の問題状況」『六甲台論集』第29巻第3号、1982年、109-148頁。
- 佐川泰弘「フランスにおける政党組織論と『カルテル政党』」『茨城大学政経学会雑誌』第73号、2003年、45-56頁。
- 白鳥令「政党の研究と現代政党の問題点」白鳥令・砂田一郎編『〔現代の政治学〕シリーズ⑥ 現代政党の理論』東海大学出版会、1996年。
- 白鳥令・砂田一郎編『〔現代の政治学〕シリーズ⑥ 現代政党の理論』東海大学出版会、1996年。
- 砂田一郎「現代政党組織の変容とその分析視角の再検討——アメリカ政党の衰退 再生過程を手がかりに」白鳥令・砂田一郎編『〔現代の政治学〕シリーズ⑥ 現代政党の理論』東海大学出版会、1996年。
- 高見勝利「市民社会・国家・政党のトライアド『カルテル政党』論争の一断面」『法律時報』第73巻第9号、2001年、97-101頁。
- 浜田泰弘「政党国庫補助の政治的意義と憲法問題——ドイツにおける政党助成の概観」『現代社会研究』第8号、2011年、63-70頁。
- 中田瑞穂「ヨーロッパにおける政党と政党間競合構造の変容」日本比較政治学会編『日本比較政治学会年報第17号 政党政治とデモクラシーの現在』、ミネルヴァ書房、2015年。

- 福田有広・谷口将紀編『デモクラシーの政治学』東京大学出版会、2002年。
- 古田雅雄「『包括政党』をめぐる諸論議について(1)」『六甲台論集』第34巻第1号、1987年、124-140頁。
- 待鳥聡史『政党システムと政党組織』東京大学出版会、2015年。
- 村上信一郎「政党活動に対する国家助成——イタリアの経験から」『選挙研究』第6巻、1991年、80-108頁。
- 山本健太郎『政党間移動と政党システム日本における「政界再編」の研究』木鐸社、2010年。
- 山本健太郎「政界再編期における新党のタイポロジー」『北海学園大学法学部50周年記念論文集』2015年、465-491頁。
- 山本健太郎『政界再編——離合集散の30年から何を学ぶか』中央公論新社、2021年。
- 吉田徹編『野党とは何か』ミネルヴァ書房、2015年。

政策評価における統計の通貨単位問題に 関する一考察：貿易統計の事例

羽 田 翔

1. はじめに

日本において貿易統計の重要性が増している。新型コロナウイルス (COVID-19) の蔓延により、国内の経済活動のみならず、国際的な経済活動や取引も大きな影響を受けている。この国際的な経済活動には海外からのマスクや医療物資の輸入や、日本からの自動車部品の輸出などが含まれており、貿易統計を活用した COVID-19 関連の分析が広く進められている。日本の貿易統計としては財務省貿易統計が存在し、円建ての輸出額と輸入額が公表されている。また、月次統計や詳細な財分類によって目的に応じた統計を無償で入手することができる。そのため、財務省貿易統計は、貿易収支、貿易政策の効果、経済ショックが貿易に与える影響など、多くの研究によって採用されている。近年では COVID-19 の影響により、貿易統計の位置付けが変化してきており、感染者数の増減が月単位で大きく変化することから、月次貿易データが以前と比較してより重要な指標となっている。しかし、日本円建ての貿易統計と、多くの国で公表されているドル建て貿易統計との比較を行う際には解釈に注意が必要となる。

財務省貿易統計が公表する日本の貿易統計は円建てのみ存在している。円建て貿易統計とドル建て貿易統計を使用した貿易成長率や貿易収支の値は乖離することが指摘されており、使用する貿易統計の通貨

単位によって解釈が異なる可能性がある。この点を認識していない限り、異なる通貨単位の貿易統計から得られた結果を比較してしまうと矛盾が生じてしまったり、解釈に歪みが生じてしまったりする可能性がある。また、近年証拠に基づく政策立案 (Evidence Based Policy Making: EBPM) が重要になっており、統計データを使用した政策評価において実証分析の重要性がさらに増してきている。この実証分析においても、使用する貿易統計の通貨単位が異なることで、分析結果に違いが生じ、政策評価に歪みが出てしまう危険性がある。

これらの貿易統計の通貨単位に関する2つの問題について、先行研究の蓄積が多くあるとは言い難い状況である。そのため、本論文では、財務省貿易統計、国連コムトレードデータベース、為替レートの数値を採用することで、統計における通貨単位問題が存在するかを明らかにする。

本論文の構成は以下の通りである。第2節では貿易統計を対象とした先行研究について説明を行う。第3節では本論文で使用する統計について解説し、統計データを用いることで通貨単位問題について概観する。第4節では、統計データを使用することで実証分析における通貨単位問題の存在について確認を行う。最後に本論文の結論を述べる。

2. 先行研究

貿易統計自体に焦点を当てた研究領域として、既存の貿易統計を使用した新たな貿易統計の開発が存在する。具体的には、貿易統計のミラーリング、実質輸出入額、付加価値貿易 (Trade in Value-Added: TiVA) の計測が存在する。まず、国連が提供するコムトレードデータベース (UN Comtrade Database) では、輸出国と輸入国の統計に乖離が生じている事実を考慮し、これらの歪みを除去した統計を公表している。一般的に、輸出金額は本船渡し (Free On Board: FOB) 価格、輸入金額は運賃保険料込条件 (Cost, Insurance and Freight: CIF) 価格によっ

て計上するため、A国からB国への輸出金額と、A国のB国からの輸入金額は等しくならない（税関「財務省貿易統計」ホームページ）。これらの問題を解決するために、国連コムトレードデータベースでは、輸入金額をFOB価格によって計上することで、より正確な輸入金額を公表している。しかし、国によって詳細な貿易分類が異なったり、中継貿易や加工貿易が含まれていたりすることにより、A国が公表する「A国からB国への輸出・輸入金額」と、B国が公表する「A国からB国への輸出・輸入金額」が乖離することがある（United Nations 2019）。

次に、日本銀行は、貿易統計においてもGDPなどと同様に物価変動の影響を除いた実質的な数値を使用する必要性を指摘している。そのため、日本銀行のホームページでは実質輸出入金額を公表しており、地域別・財別の実質輸出入金額についても試算している。実質輸出入額の算出方法は、財務省貿易統計から公表されている貿易財を8つのグループに分類し、それぞれのグループに対応するデフレーターによって実質化されている。ここでは季節変動も調整されており、2015年還暦平均を100として指数化されている。また、原則的には日本銀行調査統計局が作成している輸出入物価指数を使用しているが、該当しないグループに関しては国内企業物価指数が採用されている（萬他2017）。

最後に、経済協力開発機構（OECD）は、付加価値ベースでの貿易金額を算出することが重要であるとして、TiVAに関する統計データを公表している。これは、グローバルな国際分業体制の進展により、特に製造業においては製品の生産工程が一国内で完結していない点が背景となっている。この現象はグローバル・サプライ・チェーン（Global Supply Chains: GVCs）と呼ばれ、付加価値が連鎖している現象を意味している。例えば、インドネシアで部品を生産し、その部品を投入して日本が中間財を生産し、さらにその中間財を投入して中国が完成品を生産し他国へ輸出した場合、必然的に中国からの輸出金額は大きくなる。しかし、付加価値ベースの輸出金額では、日本の輸出金額の方が

大きい場合があるため、OECDはこの点を明らかにするためにTiVAを算出し公表している(OECD 2019)。このように、既存の貿易統計を加工することで新たな貿易統計を開発している研究は多く存在している。

さらに、近年に行われている既存の貿易統計の解釈に関する研究領域では、貿易統計の更新時期と通貨単位に関する問題について研究が進められている。Haneda (2020)では、国連コムトレードデータベースから公表されている貿易統計の数値が頻繁に更新されていることを指摘し、その変更が政策評価に与える影響を明らかにしている。主な内容は以下の2点である。1点目は、貿易額、数量、取引の有無に関して、更新前後でその数値が大きく変化している国が存在している点である。貿易額と数量に関しては多少の更新があるはずだが、貿易取引自体の増減が数年後に修正される事実は公表されていなかった。例えば、ある時点で公表された貿易統計では2019年に日本からイギリスへA財が輸出されていたが、数年後に公表された修正後の貿易統計では当該取引が削除されている場合がある。2点目に、更新前後の貿易統計を使用した実証分析を行った結果、その結果に有意な違いが生じてしまう可能性が指摘されている。つまり、ある時点で行われた貿易政策などの評価分析の結果が、異なる時点の貿易統計を使用した分析結果とは異なってしまふ危険性がある。この点は、GDP統計を対象に分析した小巻(2015)でも指摘されており、政策評価や政策決定においてはリアルタイムデータ⁽¹⁾を整備することが重要であると明記されている。

次に、発行元が同じである場合でも、異なる通貨単位によって公表されている統計の解釈に注意が必要であることが指摘されている。箱崎(2019)では、中国の貿易統計を例に挙げ、人民元建て貿易統計とドル建て貿易統計において、為替レートの動きによって各通貨建て統計の動きが一致していないことを指摘している。一般的に2種類の通貨建て貿易統計が存在した場合、各通貨建て貿易成長率の差は為替レートの変化率として説明できる。しかし、中国の貿易統計においては為替レートの変化率では説明できず、歪みが生じている。その理由は急

激な為替レートの変化と、貿易統計を人民元からアメリカドルへ換算する際に使用する為替レートに1か月の遅れ（タイムラグ）が発生しているためであった。前者は潜在的にはどの国でも起こる可能性があるが、後者は意図的に操作されているため、中国の貿易統計を使用するときには注意する必要があることが指摘されている。

最後に、前川（2013）は日本の貿易統計について、円建て・ドル建て貿易統計のどちらを使用するかによって貿易金額の推移や貿易収支の数値に乖離が発生する可能性があることを指摘している。これは、箱崎（2019）の指摘と同様に、為替レートの変動が大きい時期に関しては円建て・ドル建て貿易統計の間に大きな乖離が発生してしまうためである。また、日本の貿易決算通貨比率についても言及しており、日本の輸出では約40%、輸入では約20%の取引が円建てで決済されているため、例えば円高傾向の場合は輸出金額が目減りが大きくなることが指摘されている。つまり、為替レートが急激に変化した時期においては、どの通貨建て貿易統計を使用するかで解釈が異なってしまうことに注意する必要がある。しかし、ここでは円建て・ドル建て貿易統計の間に大きな乖離が発生してしまう原因が貿易決算通貨比率にあるということは明示されていない。これが貿易統計における1つ目の通貨単位問題である。

表1 貿易成長率と為替レートの変動（決済通貨＝アメリカドル）

基準年							
為替レート	貿易額（円）	貿易額（ドル）					
1ドル=100円	100	1					
ケース1（貿易額は等倍、為替レートは円安に変化）							
為替レート	貿易額（円）	貿易額（ドル）	成長率（円）	成長率（ドル）	成長率の差	為替レート変化率	
1ドル=120円	120	1	20%	0%	20%	20%	
ケース2（貿易額は2倍、為替レートは円安に変化）							
為替レート	貿易額（円）	貿易額（ドル）	成長率（円）	成長率（ドル）	成長率の差	為替レート変化率	
1ドル=120円	240	2	140%	100%	40%	20%	

表1には、決済通貨がアメリカドルのみであった場合、どのように1つ目の通貨単位問題が発生するかについて、その数値例がまとめら

れている。基準年の為替レートは1ドル=100円であり、貿易額が1ドルであったため、円建て貿易統計は100円となる。例えば、翌年の為替レートが1ドル=120円となり、ドル建て貿易金額は維持されるケース（ケース1）を確認する。この場合、ドル建て貿易成長率は0%となり、円建て貿易成長率は20%となる。そのため、両通貨建て貿易成長率の差は為替レートの変化率によって説明されることとなる。しかし、ドル建て貿易額が2倍となるケース（ケース2）においては、両通貨建て貿易成長率の差は40%となり、これは為替レートの変化率の2倍であることを意味する。これらは極端なケースであるため両通貨建て貿易成長率の差は非常に大きくなってしまっているが、通常は為替レートの変化率及び貿易成長率が当該水準で推移する可能性は低く、これらの数値はさらに低くなると考えられる。次に、表2においては貿易決済通貨比率が異なるいくつかのケースを確認する。基準年では、為替レートは1ドル=100円であり、決算通貨比率は異なるが円建て・ドル建てどちらの統計においても全ての取引で総額が等しくなるように取引が行われている。ケース1及びケース2では、額面上の取引額は2倍になっており、ケース1では為替レートが円安に、ケース2では円高に変化している。両者の比較から、正の貿易成長率を想定した場合、円安移行期にはよりドル決済比率が高いケースにおいて両通貨建て貿易成長率の差と為替レート変化率は乖離し、円高移行期についてはドル決済比率が低いケースにおいて両通貨建て貿易成長率の差と為替レート変化率は乖離することが確認できる。このことから、貿易決済通貨比率に関しても第1の通貨単位問題に大きく関係していることが理解できる。そのため、次節では地域別の貿易決済通貨比率の確認を行う。

また、為替の変化による輸出入の反応、Jカーブ効果、企業の貿易取引通貨選択に関する戦略の変化などに関する研究は存在するが（Shimizu and Sato 2015、伊藤その他 2008）、実証分析において使用する貿易統計の通貨単位が異なることによって分析結果に違いが出てしまう

表2 貿易成長率と為替レートの変動 (決済通貨比率=基準年の通貨比率)

基準

為替レート	貿易額 (円)	貿易額 (ドル)	総貿易額 (円)	総貿易額 (ドル)	成長率 (円)	成長率 (ドル)	成長率の差	為替レート変化率
	0	1.00	100	1.00				
	25	0.75	100	1.00				
1ドル=100円	50	0.50	100	1.00				
	75	0.25	100	1.00				
	100	0.00	100	1.00				

ケース1 (貿易額は2倍、為替レートは円安に変化)

為替レート	貿易額 (円)	貿易額 (ドル)	総貿易額 (円)	総貿易額 (ドル)	成長率 (円)	成長率 (ドル)	成長率の差	為替レート変化率
	0	2.00	240	2.00	140%	100%	40%	20%
	50	1.50	230	1.92	130%	92%	38%	20%
1ドル=120円	100	1.00	220	1.83	120%	83%	37%	20%
	150	0.50	210	1.75	110%	75%	35%	20%
	200	0.00	200	1.67	100%	67%	33%	20%

ケース2 (貿易額は2倍、為替レートは円高に変化)

為替レート	貿易額 (円)	貿易額 (ドル)	総貿易額 (円)	総貿易額 (ドル)	成長率 (円)	成長率 (ドル)	成長率の差	為替レート変化率
	0	2.00	160	2.00	60%	100%	-40%	-20%
	50	1.50	170	2.13	70%	113%	-43%	-20%
1ドル=80円	100	1.00	180	2.25	80%	125%	-45%	-20%
	150	0.50	190	2.38	90%	138%	-48%	-20%
	200	0.00	200	2.50	100%	150%	-50%	-20%

可能性について言及した研究は存在していないと考える。貿易政策においても EBPM が重要視されており、この点を確認することは日本における今後の政策評価をより正確に行うために必要であると考え。この点が第2の通貨単位問題となる。

本論文では、箱崎 (2019) や前川 (2013) が指摘した通貨単位問題と、使用する貿易統計の通貨単位が異なることで実証分析の結果に違いが生じるかを明らかにし、貿易統計の解釈についてのインプリケーションを導出する。

3. 日本の貿易統計における通貨単位問題

3.1 財務省貿易統計と国連コムトレードデータベース

現在、日本の公的な貿易統計としては、税関ホームページにて公表されている財務省貿易統計が存在している。財務省貿易統計では、国別、品目別、輸送方法別、税関別の統計など、多くの統計が公表されており、税関への輸出入の申告などを基に統計が作成されている。また、時系列では月次データと年次データが取得可能であり、研究テーマによって貿易統計を使い分けることが可能となっている。公表される統計には速報と確報、確々報、確定があり、公表時期によっては修正が行われることがある。まず速報が公表され、修正が必要な場合は、輸出であれば1ヶ月後、輸入であれば2ヶ月後に確報が公表される。さらに、確報が公表された後に修正等が発生した場合は確々報が公表され、これ以降に修正等が発生した場合は確定として統計が公表される。これ以降は修正等が発生した場合でも新たな統計の公表は行われない (税関「財務省貿易統計」ホームページ)。財務省貿易統計における品目は国際的に統一された分類である Harmonized Commodity Description and Coding System (HS) 分類によってまとめられている。HS 分類は世界税関機構 (World Customs Organizations: WCO) が開発した輸入関税品目分類であり、1992年から約5年に一度改訂が行われている。HS 分

類においては、HS 6桁分類が世界共通の分類となっており、部 (Section)、類 (Chapter)、項 (Heading)、号 (Subheading) の4階層から構成されている (熊倉 2011)。また、各国はより詳細な分類を採用しており、例えばアメリカは Harmonized Tariff Schedule (HTS) 10桁分類、ヨーロッパは Combined Nomenclature (CN) 8桁分類、中国と韓国は HS10桁分類を採用している。今回確認する日本の財務省貿易統計では、HS 9桁分類が採用されている。しかし、財務省貿易統計では円建ての貿易額のみが公表されている。通常は円建ての貿易額を使用することに問題は無いが、急激な為替レートの変動によって貿易額の解釈が困難となる時期を対象とした分析を行う場合、注意する必要がある。そのため、ドル建ての貿易統計が必要になることがある。

財務省貿易統計で公表されている統計は国連コムトレードデータベースへ提供されており、コムトレードデータベースではドル建て貿易統計として各国の HS 6桁分類の貿易統計が公表されている。また、近年では国によっては月次データも取得可能となっており、多くの先行研究において広く採用されている。財務省貿易統計とは逆に、国連コムトレードデータベースではドル建て貿易統計のみが公表されており、各国の現地通貨建ての貿易統計は取得できない。また、各国の税関などから提出された貿易統計は、国連コムトレードデータから公表される前にクリーニングされ、ある一定の基準によって調整されることとなる。そのため、為替レートの変化以外にも、これらの調整によっても円建て貿易統計とドル建て貿易統計の乖離が生じることとなる。次項では、前川 (2013) でも言及されていた日本の貿易決済通貨比率を概観する。

3.2 輸出入における決算通貨比率

日本の輸出入における決算通貨比率は相手国・地域によって大きく異なっており、統計の通貨単位に関する問題にも大きく影響している。ここからは、世界、アジア、ヨーロッパ、アメリカとの貿易に関して、

それぞれの決算通貨比率を確認する。

表3は、対世界貿易における決済通貨比率をまとめたものである。輸出・輸入ともに、最もシェアが高いのがアメリカドルであり、貿易決済では第1通貨となっている。また、輸出よりも輸入においてそのシェアが高くなっている点が特徴である。第2通貨は日本円であり、こちらは輸出においてそのシェアが高くなっているという特徴を有する。これら2つの通貨のみで全体の90%以上の取引を占めている。次に、表4には日本にとって最も重要な貿易相手地域であるアジア地域⁽²⁾との貿易決済通貨比率がまとめられている。主な特徴は次の2点である。1点目に、対世界貿易における貿易決済通貨比率と同様に、アメリカドルと日本円が取引全体の90%以上を占めている。2点目に、輸出においてはアメリカドルと日本円のシェアは同水準であり、期間内では頻繁に第1通貨と第2通貨が入れ替わっている。つまり、アジア地域との貿易決済通貨比率は、特に輸出においてその特徴が見て取れることがわかる。

次に、表5と表6はアジアに次いで重要な貿易相手国・地域であるヨーロッパとアメリカとの貿易決済通貨比率をまとめたものである。ヨーロッパ地域との貿易においては、輸出・輸入ともにユーロと日本円で取引全体の80%以上を占めており、輸出ではユーロ、輸入では日本円が第1通貨となっている。アメリカドルは輸出・輸入のどちらにおいても取引全体の10%～15%となっており、ヨーロッパ地域との貿易においてアメリカドルのシェアが著しく低いことが確認できる。次に、アメリカとの貿易における決済通貨比率についてであるが、輸出・輸入ともにアメリカドルが第1通貨となっており、輸出においては約85%、輸入においては約75%の割合を占めている。第2通貨は日本円であり、アメリカドルと日本円で取引全体の95%以上を占めている。このように、貿易相手国・地域によって決済通貨比率は大きく異なり、また輸出・輸入によっても決済通貨比率は異なることが明らかとなった。つまり、円建て・ドル建ての貿易統計をそれぞれ別の通貨

建統計に変換する際に、他の通貨が貿易決済により多く使用されている場合、貿易統計により多くの歪みが生じる可能性が指摘できる。

次項では、円建て貿易統計とドル建て貿易統計、そして為替レートの数値を使用することで、第1の通貨単位問題である各通貨建ての輸出入成長率の差と為替レート変化率について説明する。

表3 世界全体との貿易における決済通貨比率

年	月	輸出						輸入					
		第1通貨	シェア(%)	第2通貨	シェア(%)	第3通貨	シェア(%)	第1通貨	シェア(%)	第2通貨	シェア(%)	第3通貨	シェア(%)
2002	6	アメリカドル	52.7	日本円	34.9	ユーロ	8.5	アメリカドル	69.0	日本円	24.2	ユーロ	4.2
2002	12	アメリカドル	50.7	日本円	36.7	ユーロ	8.6	アメリカドル	67.6	日本円	25.5	ユーロ	4.6
2003	6	アメリカドル	48.0	日本円	38.4	ユーロ	9.6	アメリカドル	68.7	日本円	24.6	ユーロ	4.5
2003	12	アメリカドル	48.0	日本円	39.3	ユーロ	8.9	アメリカドル	67.8	日本円	25.3	ユーロ	4.7
2004	6	アメリカドル	46.8	日本円	40.1	ユーロ	9.4	アメリカドル	68.0	日本円	25.3	ユーロ	4.7
2004	12	アメリカドル	47.5	日本円	40.1	ユーロ	8.9	アメリカドル	69.5	日本円	23.8	ユーロ	4.6
2005	6	アメリカドル	48.2	日本円	39.3	ユーロ	8.7	アメリカドル	69.6	日本円	24.1	ユーロ	4.4
2005	12	アメリカドル	50.1	日本円	38.4	ユーロ	8.0	アメリカドル	72.1	日本円	22.1	ユーロ	4.0
2006	6	アメリカドル	49.8	日本円	38.5	ユーロ	8.2	アメリカドル	73.4	日本円	21.2	ユーロ	3.8
2006	12	アメリカドル	51.3	日本円	37.1	ユーロ	8.3	アメリカドル	73.0	日本円	21.3	ユーロ	3.9
2007	6	アメリカドル	49.9	日本円	37.9	ユーロ	8.7	アメリカドル	72.8	日本円	21.4	ユーロ	4.1
2007	12	アメリカドル	49.3	日本円	38.7	ユーロ	8.4	アメリカドル	73.5	日本円	20.9	ユーロ	4.0
2008	6	アメリカドル	47.8	日本円	40.3	ユーロ	8.5	アメリカドル	73.9	日本円	21.1	ユーロ	3.5
2008	12	アメリカドル	49.8	日本円	39.4	ユーロ	7.6	アメリカドル	74.7	日本円	20.7	ユーロ	3.1
2009	6	アメリカドル	49.2	日本円	40.2	ユーロ	7.2	アメリカドル	70.1	日本円	24.6	ユーロ	3.6
2009	12	アメリカドル	49.8	日本円	39.5	ユーロ	6.7	アメリカドル	70.5	日本円	24.2	ユーロ	3.6
2010	6	アメリカドル	48.6	日本円	41.0	ユーロ	6.3	アメリカドル	71.7	日本円	23.6	ユーロ	3.2
2010	12	アメリカドル	48.9	日本円	41.0	ユーロ	6.2	アメリカドル	71.7	日本円	23.6	ユーロ	3.2
2011	6	アメリカドル	47.4	日本円	42.2	ユーロ	6.5	アメリカドル	72.1	日本円	23.2	ユーロ	3.2
2011	12	アメリカドル	48.8	日本円	40.3	ユーロ	6.4	アメリカドル	72.4	日本円	23.1	ユーロ	3.1
2012	6	アメリカドル	49.2	日本円	40.4	ユーロ	5.5	アメリカドル	73.7	日本円	22.0	ユーロ	2.9
2012	12	アメリカドル	51.5	日本円	38.4	ユーロ	5.4	アメリカドル	72.5	日本円	22.9	ユーロ	3.0
2013	6	アメリカドル	53.7	日本円	35.6	ユーロ	5.4	アメリカドル	74.5	日本円	20.6	ユーロ	3.3
2013	12	アメリカドル	53.4	日本円	35.6	ユーロ	6.1	アメリカドル	74.1	日本円	20.6	ユーロ	3.5
2014	6	アメリカドル	52.4	日本円	36.5	ユーロ	6.2	アメリカドル	74.1	日本円	20.5	ユーロ	3.5
2014	12	アメリカドル	53.5	日本円	35.7	ユーロ	5.8	アメリカドル	73.4	日本円	20.8	ユーロ	3.6
2015	6	アメリカドル	53.9	日本円	35.4	ユーロ	5.5	アメリカドル	71.1	日本円	22.6	ユーロ	3.7
2015	12	アメリカドル	53.1	日本円	35.5	ユーロ	6.0	アメリカドル	69.8	日本円	23.8	ユーロ	3.7
2016	6	アメリカドル	51.2	日本円	37.1	ユーロ	6.1	アメリカドル	66.9	日本円	26.1	ユーロ	4.1
2016	12	アメリカドル	51.0	日本円	37.0	ユーロ	6.0	アメリカドル	66.7	日本円	26.8	ユーロ	3.9
2017	6	アメリカドル	51.3	日本円	36.2	ユーロ	6.1	アメリカドル	69.0	日本円	24.5	ユーロ	3.9
2017	12	アメリカドル	51.2	日本円	35.9	ユーロ	6.4	アメリカドル	68.9	日本円	24.2	ユーロ	4.1
2018	6	アメリカドル	49.2	日本円	37.3	ユーロ	6.6	アメリカドル	68.5	日本円	24.6	ユーロ	4.0
2018	12	アメリカドル	50.4	日本円	36.7	ユーロ	6.3	アメリカドル	69.8	日本円	23.7	ユーロ	3.7

資料：税関ホームページ「貿易取引通貨別比率」の数値を参考に筆者作成。

表4 アジア地域との貿易における決済通貨比率

年	月	輸出				輸入			
		第1通貨	シェア(%)	第2通貨	シェア(%)	第1通貨	シェア(%)	第2通貨	シェア(%)
2002	6	日本円	49.4	アメリカドル	48.6	アメリカドル	73.2	日本円	25.5
2002	12	日本円	51.3	アメリカドル	46.6	アメリカドル	71.2	日本円	27.5
2003	6	日本円	53.3	アメリカドル	44.7	アメリカドル	71.0	日本円	27.8
2003	12	日本円	53.0	アメリカドル	44.9	アメリカドル	70.6	日本円	28.1
2004	6	日本円	53.4	アメリカドル	44.6	アメリカドル	70.2	日本円	28.4
2004	12	日本円	52.8	アメリカドル	45.5	アメリカドル	71.4	日本円	27.2
2005	6	日本円	51.6	アメリカドル	46.6	アメリカドル	70.4	日本円	28.2
2005	12	日本円	49.5	アメリカドル	48.8	アメリカドル	71.9	日本円	26.7
2006	6	日本円	50.7	アメリカドル	47.5	アメリカドル	72.6	日本円	25.9
2006	12	アメリカドル	49.5	日本円	48.8	アメリカドル	72.4	日本円	26.0
2007	6	アメリカドル	49.9	日本円	48.4	アメリカドル	71.8	日本円	26.6
2007	12	アメリカドル	49.6	日本円	48.6	アメリカドル	72.2	日本円	26.2
2008	6	日本円	50.0	アメリカドル	48.3	アメリカドル	71.7	日本円	26.9
2008	12	アメリカドル	50.4	日本円	47.9	アメリカドル	72.1	日本円	26.4
2009	6	アメリカドル	50.5	日本円	47.9	アメリカドル	70.8	日本円	27.7
2009	12	アメリカドル	50.7	日本円	47.5	アメリカドル	70.5	日本円	27.9
2010	6	アメリカドル	49.9	日本円	48.1	アメリカドル	71.7	日本円	26.8
2010	12	日本円	49.2	アメリカドル	48.7	アメリカドル	71.5	日本円	27.0
2011	6	日本円	49.3	アメリカドル	48.6	アメリカドル	71.6	日本円	26.8
2011	12	アメリカドル	49.6	日本円	48.1	アメリカドル	71.5	日本円	26.8
2012	6	アメリカドル	50.2	日本円	47.1	アメリカドル	72.0	日本円	26.3
2012	12	アメリカドル	51.7	日本円	45.3	アメリカドル	71.4	日本円	26.8
2013	6	アメリカドル	54.4	日本円	42.0	アメリカドル	73.1	日本円	24.8
2013	12	アメリカドル	53.6	日本円	42.7	アメリカドル	73.2	日本円	24.5
2014	6	アメリカドル	53.2	日本円	43.1	アメリカドル	72.8	日本円	24.5
2014	12	アメリカドル	53.6	日本円	42.4	アメリカドル	73.3	日本円	23.1
2015	6	アメリカドル	52.7	日本円	42.9	アメリカドル	72.5	日本円	23.5
2015	12	アメリカドル	52.2	日本円	43.2	アメリカドル	73.5	日本円	22.9
2016	6	アメリカドル	49.2	日本円	45.8	アメリカドル	70.5	日本円	25.7
2016	12	アメリカドル	48.6	日本円	46.1	アメリカドル	70.4	日本円	25.9
2017	6	アメリカドル	49.5	日本円	44.6	アメリカドル	70.7	日本円	25.3
2017	12	アメリカドル	49.0	日本円	44.6	アメリカドル	71.6	日本円	24.2
2018	6	アメリカドル	46.8	日本円	46.6	アメリカドル	69.7	日本円	25.9
2018	12	アメリカドル	48.2	日本円	45.3	アメリカドル	71.2	日本円	24.5

資料：税関ホームページ「貿易取引通貨別比率」の数値を参考に筆者作成。

表5 ヨーロッパとの貿易における決済通貨比率

年	月	輸出						輸入					
		第1通貨	シェア(%)	第2通貨	シェア(%)	第3通貨	シェア(%)	第1通貨	シェア(%)	第2通貨	シェア(%)	第3通貨	シェア(%)
2002	6	ユーロ	52.2	日本円	28.4	アメリカドル	11.7	日本円	49.3	ユーロ	28.7	アメリカドル	15.0
2002	12	ユーロ	53.5	日本円	28.5	アメリカドル	10.4	日本円	50.5	ユーロ	31.0	アメリカドル	13.4
2003	6	ユーロ	54.4	日本円	27.4	アメリカドル	11.2	日本円	49.4	ユーロ	32.0	アメリカドル	13.2
2003	12	ユーロ	54.1	日本円	27.3	アメリカドル	11.4	日本円	50.9	ユーロ	32.3	アメリカドル	12.0
2004	6	ユーロ	54.8	日本円	27.5	アメリカドル	11.0	日本円	51.3	ユーロ	32.4	アメリカドル	11.8
2004	12	ユーロ	53.9	日本円	29.3	アメリカドル	10.3	日本円	49.5	ユーロ	34.1	アメリカドル	11.7
2005	6	ユーロ	53.6	日本円	29.3	アメリカドル	10.2	日本円	50.2	ユーロ	33.9	アメリカドル	11.4
2005	12	ユーロ	52.2	日本円	29.3	アメリカドル	11.9	日本円	50.7	ユーロ	32.4	アメリカドル	12.4
2006	6	ユーロ	51.5	日本円	28.5	アメリカドル	13.8	日本円	50.0	ユーロ	32.5	アメリカドル	13.2
2006	12	ユーロ	54.0	日本円	26.6	アメリカドル	13.4	日本円	49.0	ユーロ	34.0	アメリカドル	12.5
2007	6	ユーロ	54.6	日本円	26.4	アメリカドル	12.9	日本円	47.7	ユーロ	34.6	アメリカドル	13.6
2007	12	ユーロ	54.5	日本円	27.4	アメリカドル	12.4	日本円	47.7	ユーロ	35.1	アメリカドル	13.2
2008	6	ユーロ	53.6	日本円	27.8	アメリカドル	13.3	日本円	49.6	ユーロ	32.7	アメリカドル	13.9
2008	12	ユーロ	51.8	日本円	28.5	アメリカドル	14.9	日本円	51.5	ユーロ	30.9	アメリカドル	13.8
2009	6	ユーロ	50.0	日本円	29.3	アメリカドル	16.2	日本円	56.4	ユーロ	29.2	アメリカドル	11.0
2009	12	ユーロ	51.1	日本円	28.0	アメリカドル	16.1	日本円	57.1	ユーロ	29.9	アメリカドル	9.8
2010	6	ユーロ	49.9	日本円	30.1	アメリカドル	15.3	日本円	58.0	ユーロ	28.0	アメリカドル	11.0
2010	12	ユーロ	48.3	日本円	31.2	アメリカドル	16.3	日本円	58.4	ユーロ	28.6	アメリカドル	9.9
2011	6	ユーロ	49.3	日本円	31.7	アメリカドル	15.2	日本円	57.8	ユーロ	28.5	アメリカドル	10.6
2011	12	ユーロ	48.1	日本円	32.5	アメリカドル	15.5	日本円	58.6	ユーロ	28.3	アメリカドル	10.3
2012	6	ユーロ	46.3	日本円	34.6	アメリカドル	14.8	日本円	59.0	ユーロ	27.2	アメリカドル	10.9
2012	12	ユーロ	47.4	日本円	32.4	アメリカドル	16.0	日本円	59.0	ユーロ	28.1	アメリカドル	9.9
2013	6	ユーロ	49.1	日本円	31.0	アメリカドル	15.6	日本円	55.2	ユーロ	30.9	アメリカドル	10.7
2013	12	ユーロ	51.6	日本円	29.3	アメリカドル	14.4	日本円	52.8	ユーロ	31.7	アメリカドル	11.9
2014	6	ユーロ	51.8	日本円	29.9	アメリカドル	13.6	日本円	52.6	ユーロ	32.3	アメリカドル	11.5
2014	12	ユーロ	50.1	日本円	29.5	アメリカドル	14.5	日本円	52.5	ユーロ	31.3	アメリカドル	12.5
2015	6	ユーロ	47.5	日本円	31.0	アメリカドル	15.7	日本円	54.5	ユーロ	30.4	アメリカドル	11.1
2015	12	ユーロ	49.6	日本円	30.1	アメリカドル	13.4	日本円	58.1	ユーロ	28.2	アメリカドル	10.2
2016	6	ユーロ	46.5	日本円	31.1	アメリカドル	16.3	日本円	56.4	ユーロ	29.7	アメリカドル	10.3
2016	12	ユーロ	47.9	日本円	30.5	アメリカドル	15.4	日本円	59.2	ユーロ	27.8	アメリカドル	9.9
2017	6	ユーロ	47.9	日本円	30.3	アメリカドル	15.4	日本円	55.3	ユーロ	29.9	アメリカドル	11.5
2017	12	ユーロ	51.0	日本円	29.5	アメリカドル	14.2	日本円	54.1	ユーロ	30.5	アメリカドル	11.7
2018	6	ユーロ	50.0	日本円	29.0	アメリカドル	15.2	日本円	53.4	ユーロ	29.6	アメリカドル	13.1
2018	12	ユーロ	49.8	日本円	29.8	アメリカドル	14.5	日本円	54.0	ユーロ	28.3	アメリカドル	14.2

資料：税関ホームページ「貿易取引通貨別比率」の数値を参考に筆者作成。

表6 アメリカとの貿易における決済通貨比率

年	月	輸出				輸入			
		第1通貨	シェア(%)	第2通貨	シェア(%)	第1通貨	シェア(%)	第2通貨	シェア(%)
2002	6	アメリカドル	88.0	日本円	11.8	アメリカドル	80.0	日本円	19.4
2002	12	アメリカドル	87.9	日本円	12.0	アメリカドル	79.7	日本円	19.8
2003	6	アメリカドル	86.4	日本円	13.4	アメリカドル	80.2	日本円	19.3
2003	12	アメリカドル	87.3	日本円	12.5	アメリカドル	79.9	日本円	19.1
2004	6	アメリカドル	86.5	日本円	13.3	アメリカドル	77.8	日本円	21.6
2004	12	アメリカドル	86.9	日本円	12.9	アメリカドル	78.5	日本円	20.7
2005	6	アメリカドル	86.9	日本円	13.0	アメリカドル	77.5	日本円	21.9
2005	12	アメリカドル	87.6	日本円	12.3	アメリカドル	76.6	日本円	22.8
2006	6	アメリカドル	88.0	日本円	11.9	アメリカドル	77.6	日本円	21.8
2006	12	アメリカドル	89.1	日本円	10.8	アメリカドル	75.6	日本円	23.6
2007	6	アメリカドル	88.3	日本円	11.5	アメリカドル	76.9	日本円	22.2
2007	12	アメリカドル	88.3	日本円	11.5	アメリカドル	78.9	日本円	20.2
2008	6	アメリカドル	87.6	日本円	12.2	アメリカドル	79.7	日本円	19.3
2008	12	アメリカドル	87.4	日本円	12.4	アメリカドル	76.7	日本円	22.4
2009	6	アメリカドル	84.9	日本円	14.9	アメリカドル	78.9	日本円	20.4
2009	12	アメリカドル	86.8	日本円	13.0	アメリカドル	79.2	日本円	19.7
2010	6	アメリカドル	85.9	日本円	14.1	アメリカドル	78.1	日本円	21.4
2010	12	アメリカドル	85.7	日本円	14.2	アメリカドル	77.2	日本円	22.3
2011	6	アメリカドル	83.1	日本円	16.8	アメリカドル	77.5	日本円	21.9
2011	12	アメリカドル	83.7	日本円	16.2	アメリカドル	76.4	日本円	22.9
2012	6	アメリカドル	84.5	日本円	15.4	アメリカドル	78.2	日本円	21.2
2012	12	アメリカドル	85.0	日本円	15.0	アメリカドル	74.9	日本円	24.4
2013	6	アメリカドル	87.0	日本円	13.0	アメリカドル	78.2	日本円	21.0
2013	12	アメリカドル	86.9	日本円	13.0	アメリカドル	78.9	日本円	20.1
2014	6	アメリカドル	85.6	日本円	14.3	アメリカドル	78.5	日本円	20.4
2014	12	アメリカドル	86.4	日本円	13.4	アメリカドル	79.1	日本円	19.8
2015	6	アメリカドル	87.4	日本円	12.4	アメリカドル	79.0	日本円	20.2
2015	12	アメリカドル	88.3	日本円	11.6	アメリカドル	77.1	日本円	21.9
2016	6	アメリカドル	85.9	日本円	13.9	アメリカドル	75.8	日本円	23.4
2016	12	アメリカドル	86.7	日本円	13.1	アメリカドル	73.7	日本円	25.2
2017	6	アメリカドル	86.5	日本円	13.3	アメリカドル	77.0	日本円	22.2
2017	12	アメリカドル	87.0	日本円	12.8	アメリカドル	77.3	日本円	21.8
2018	6	アメリカドル	86.1	日本円	13.5	アメリカドル	76.9	日本円	21.8
2018	12	アメリカドル	87.2	日本円	12.5	アメリカドル	77.3	日本円	21.8

資料：税関ホームページ「貿易取引通貨別比率」の数値を参考に筆者作成。

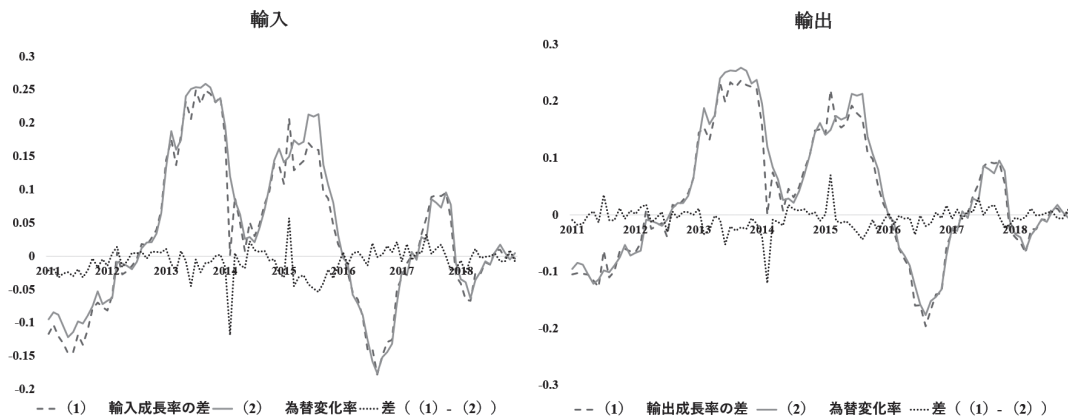
3.3 通貨単位問題：各通貨建ての輸出入成長率と為替レート変化率の差

日本の主な貿易統計としては、円建て貿易統計である財務省貿易統計と、ドル建て貿易統計である国連コムトレードデータベースが存在する。経済ショックやパンデミックによって経済活動が大きな影響を受けた場合、貿易成長率などを観察することでその影響の大きさを確認することがある。この時、円建て貿易統計を使用した貿易成長率と、ドル建て貿易統計を使用した貿易成長率は一致しないことが指摘されている。これは為替レートの変動によるものである。つまり、円建て・ドル建て貿易成長率の差は、為替レートの変化率によって説明できることになる（箱崎 2019）。極端なケースでは、円建て貿易統計で計算した貿易成長率は正であるが、ドル建て貿易統計で算出した貿易成長率は負になることがあり、この事実を考慮しない場合、政策評価など

に影響が出る可能性がある点に注意が必要である。これが貿易統計における1つ目の通貨単位問題となる。

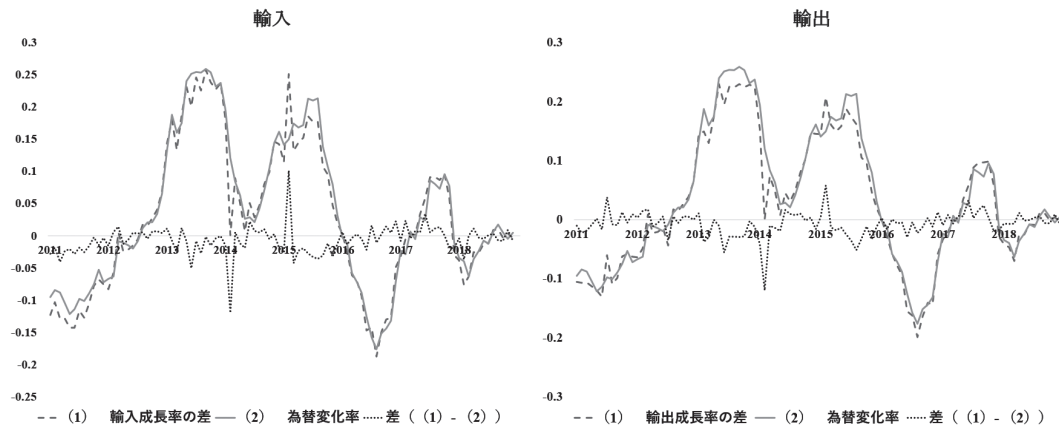
次に、円建て・ドル建て貿易統計及び為替レートの変化率を使用することで、この貿易統計における通貨単位問題を貿易相手地域ごとに確認する。図1には、対世界貿易における円建て・ドル建て輸出入成長率の差と為替レート変化率の差について、その推移がまとめられている。円建て・ドル建て輸出入成長率の差は、円建ての貿易成長率からドル建ての貿易成長率を差し引いたものである。輸出・輸入ともに、円建て・ドル建て輸出入成長率の差に関して、2011-2012年及び2016-2017年はマイナス域、それ以外の時期に関してはプラス域を推移していることが確認できる。これが、通貨単位が異なることによって成長率に乖離が発生する通貨単位問題であり、特にこの差が大きくなる時期に関しては両通貨建ての統計についても注意して解釈する必要がある。また、この差は為替レートの変化率によって説明できるはずであるが、2014年や2015年など、特定の時期では為替レートの変化率でも説明できていない部分が多い状況である。これには国連コムトレードデータベースの調整作業も含まれると考える。また、この傾向はアジア地域⁽³⁾、ヨーロッパ地域、アメリカを対象とした分析結果でも類似しており、特定の相手国のみの問題ではないことが確認できる(図2、図3、図4参照)。貿易収支や成長率の議論を行う際に、これらの事実を考慮しない場合、解釈に歪みが生じる可能性があると考えられる。次節では、貿易統計におけるもう1つの通貨単位問題である、実証分析における歪みを確認するために実証分析を行う。

図1 円建て・ドル建て輸出入成長率の差と為替レート変化率の差（対世界）



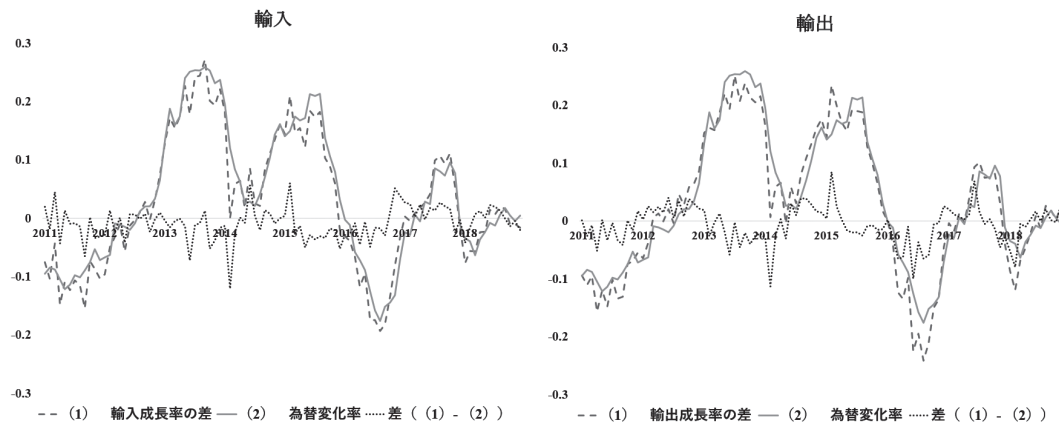
資料：税関ホームページ「外国為替相場（課税価格の換算）」、財務省貿易統計、UN Comtrade データベースの数値を参考に筆者作成。

図2 円建て・ドル建て輸出入成長率の差と為替レート変化率の差（対アジア地域）



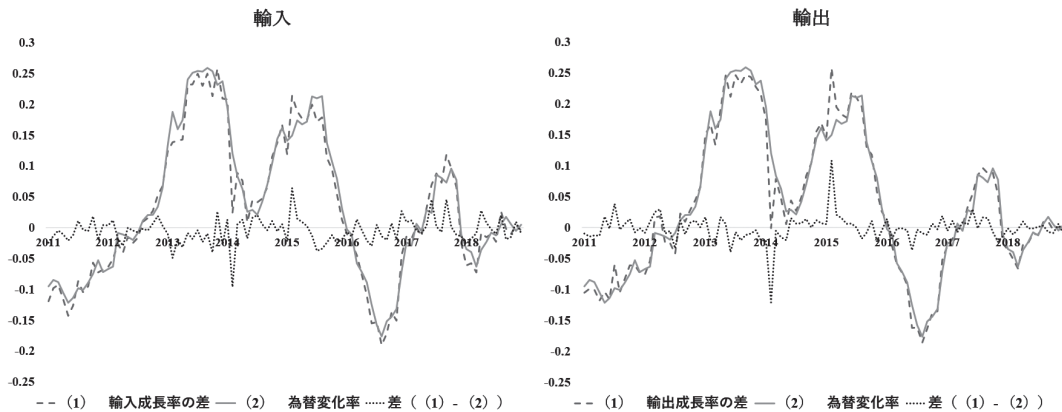
資料：税関ホームページ「外国為替相場（課税価格の換算）」、財務省貿易統計、UN Comtrade データベースの数値を参考に筆者作成。

図3 円建て・ドル建て輸出入成長率の差と為替レート変化率の差（対ヨーロッパ地域）



資料：税関ホームページ「外国為替相場（課税価格の換算）」、財務省貿易統計、UN Comtrade データベースの数値を参考に筆者作成。

図4 円建て・ドル建て輸出入成長率の差と為替レート変化率の差（対アメリカ）



資料：税関ホームページ「外国為替相場（課税価格の換算）」、財務省貿易統計、UN Comtrade データベースの数値を参考に筆者作成。

4. 実証分析における通貨単位問題

4.1 実証モデル

本項では、まず国レベル、産業レベル、財レベルの実証分析において広く採用されている貿易の重力モデル（Gravity model of international trade）の基本的な概念について説明する。そして、推計モデルについての説明を行う。

貿易の重力モデルは、2国間の貿易取引の決定要因を分析するために、ニュートンの万有引力の法則を経済理論としてモデル化したものである。2つの物質が引き寄せ合う力を貿易量・額とし、これらは2国間の物理的距離と両国の経済的規模によって決定されるとしている。2国間の物理的距離が離れるほど貿易量・額は減少し、この要素が貿易の阻害要因、つまり貿易費用として考えられている。この点を利用し、貿易を阻害する要因として考えられる変数をモデルに組み込むことで、貿易費用と貿易量・額の関係性を明らかにするための実証分析の仮説設定が可能となる。貿易の重力モデルを理論的に証明した研究として、Anderson and VanWincoop (2003) や Yotov et al. (2016) が挙げられる。彼らは、新貿易理論における代替の弾力性一定（Constant Elasticity of Substitution: CES）の仮定及び生産国ごとの財差別化をモデルに取り入

れ、貿易の重力モデルを以下のように理論的に説明している。

$$x_{ij} = \frac{y_i y_j}{y^w} \left(\frac{t_{ij}}{P_i P_j} \right)^{1-\sigma} \quad (1)$$

$$t_{ij} = b_{ij} d_{ij}^\rho \quad (2)$$

ここで、 i 、 j 、 w 、 x 、 y はそれぞれ輸出国、輸入国、世界、貿易額、経済規模 (GDP) を意味する。また、 t は貿易費用を表し、(2)式によって構成される。(2)式において、 i 国と j 国が同一国であった場合 b_{ij} は 1 となり、国が異なる場合は 1 に関税率を足し上げた数値となる。また、 d は二国間の物理的距離を意味する。さらに、(1)式を対数化することで(3)式を得る。

$$\ln x_{ij} = k + \ln y_i + \ln y_j + (1-\sigma)\rho \ln d_{ij} + (1-\sigma) \ln b_{ij} - (1-\sigma) \ln P_i - (1-\sigma) \ln P_j \quad (3)$$

ここで k は定数項であり、(3)式に含まれない観察不可能な変数は固定効果によってコントロールされることになる。そして、貿易費用は二国間の物理的距離と関税率などによって表される。

本論文では、貿易の重力モデルを応用することで、以下の推定式を設定する。

$$\text{export}_{ijkt} = \beta_0 + \beta_1 Y_{jt} + \gamma_1 Z_j + \gamma_2 Z_k + \gamma_3 Z_t + \varepsilon_{ijkt} \quad (4)$$

$$\text{import}_{ijkt} = \beta_0 + \beta_1 Y_{jt} + \gamma_1 Z_j + \gamma_2 Z_k + \gamma_3 Z_t + \varepsilon_{ijkt} \quad (5)$$

ここで i 、 j 、 k 、 t は自国、相手国財 (HS 6 桁分類)、年または月を意味する。また、 export は輸出額の対数、 import は輸入額の対数を意味する。 Y は相手国及び対象年によって変化する変数であり、相手国の 1 人当たり GDP の対数、相手国におけるビジネス開始に要する費用の対数、相手国におけるビジネス開始に要する日数の対数、両国の自由

貿易協定（FTA）締結のダミー変数が含まれる。 Z は固定効果を意味し、相手国、財、年の固定効果が含まれる。 ε は誤差項である。これらの推定に関して、対世界、対アジア地域⁽⁴⁾、対EU加盟国を対象とすることで、実証分析において相手国ごとに通貨単位が異なることで分析結果に違いが生じるかを明らかにする。そのために、円建て統計とドル建て統計を使用した分析結果の比較を行う。また、年次データと月次データによってそれぞれ分析を行うことで、期間の違いによって分析結果に歪みが生じる可能性があることを明らかにする。また、(4)及び(5)式に関して、各変数の階差を使用した分析を行うことで、通貨単位の違いが実証分析の結果に及ぼす影響を明らかにする。各変数の定義と出所は表7にまとめられている。

表7 変数の定義と出所

変数名	定義	出所
円建て貿易金額（輸出・輸入）	円建ての輸出・輸入金額を対数化した値	財務省貿易統計
ドル建て貿易金額（輸出・輸入）	ドル建ての輸出・輸入金額を対数化した値	国連コムトレードデータベース
1人当たりGDP	貿易相手国の1人当たりGDPを対数化した値	World Development Indicators
ビジネス開始に要する費用	貿易相手国のビジネス開始に要する費用を対数化した値	World Development Indicators
ビジネス開始に要する時間	貿易相手国のビジネス開始に要する時間を対数化した値	World Development Indicators
FTA	貿易相手国とFTAを締結している場合は1、締結していない場合は0の値	CEPII Gravity Dataset

4.2 分析結果

表8は年単位の輸出金額を被説明変数とした推計結果をまとめたものである。まず、いずれの結果に関しても相手国の1人当たりGDPは統計的に有意であり正の符号を有しており、理論モデルとも整合的な結果となっている。他の要因は、多くが正の符号を有しているが説明力を持っていないことが明らかとなっている。重要な点として、通貨単位の違いによって統計的な有意性や符号が異なるといった問題は存在しないことが明らかとなった。次に、階差モデルの結果であるが、表9にまとめられている。階差モデルの結果も、輸出金額を使用した分析結果と同様に、1人当たりGDPは統計的に有意であり正の符号を

有している。つまり、輸出金額の変化は相手国の1人当たりGDPの成長によって正の影響を受けることが確認できる。また、FTAについても、全世界を対象とした分析においては統計的に有意であり正の符号を有している。この結果は、新たにFTAが締結されることで輸出を成長させていることを示唆している。総じて、いずれの結果においても通貨単位の違いによって統計的な有意性や符号が異なるといった問題は存在しておらず、年単位の輸出金額を対象とした分析においては通貨単位の問題は存在しない可能性が明らかとなった。

表8 分析結果（年次データ、輸出、貿易金額モデル）

	対世界		対アジア諸国		対EU諸国	
	ドル建て	円建て	ドル建て	円建て	ドル建て	円建て
1人当たりGDP（対数）	0.510** (0.102)	0.509** (0.102)	0.850+ (0.407)	0.851+ (0.408)	0.332+ (0.179)	0.332+ (0.179)
ビジネス開始費用（対数）	0.004 (0.014)	0.004 (0.014)	0.022 (0.062)	0.022 (0.062)	0.007 (0.013)	0.007 (0.013)
ビジネス開始時間（対数）	0.029 (0.018)	0.029 (0.018)	-0.028 (0.027)	-0.028 (0.027)	0.058 (0.046)	0.058 (0.046)
FTA	0.011 (0.049)	0.011 (0.049)				
相手国固定効果	○	○	○	○	○	○
財固定効果	○	○	○	○	○	○
年固定効果	○	○	○	○	○	○
標本数	940,536	940,536	241,611	241,611	211,653	211,653
R-squared	0.543	0.542	0.681	0.680	0.536	0.534

注記：括弧内は頑健標準誤差を意味する。**、*、+はそれぞれ1%、5%、10%の有意水準であることを意味する。

表9 分析結果（年次データ、輸入、貿易金額モデル）

	対世界		対アジア諸国		対EU諸国	
	ドル建て	円建て	ドル建て	円建て	ドル建て	円建て
1人当たりGDP（階差）	0.658** (0.120)	0.657** (0.120)	0.130 (0.179)	0.131 (0.179)	0.621 (0.431)	0.621 (0.432)
ビジネス開始費用（階差）	0.004 (0.009)	0.004 (0.009)	-0.000 (0.027)	-0.001 (0.027)	0.004 (0.005)	0.004 (0.005)
ビジネス開始時間（階差）	0.002 (0.016)	0.002 (0.016)	0.008 (0.019)	0.008 (0.019)	0.062* (0.026)	0.062* (0.026)
FTA（階差）	0.047* (0.019)	0.047* (0.019)				
相手国固定効果						
財固定効果						
年固定効果	○	○	○	○	○	○
標本数	754,930	754,930	214,270	214,270	170,761	170,761
R-squared	0.007	0.004	0.011	0.004	0.008	0.005

注記：括弧内は頑健標準誤差を意味する。**、*、+はそれぞれ1%、5%、10%の有意水準であることを意味する。

表10 分析結果（年次データ、輸出、階差モデル）

	対世界		対アジア諸国		対EU諸国	
	ドル建て	円建て	ドル建て	円建て	ドル建て	円建て
1人当たりGDP（対数）	0.483** (0.102)	0.482** (0.184)	0.662 (0.584)	0.660 (0.584)	0.237 (0.252)	0.236 (0.252)
ビジネス開始費用（対数）	-0.001 (0.010)	-0.001 (0.010)	-0.004 (0.057)	-0.004 (0.057)	-0.008 (0.011)	-0.008 (0.012)
ビジネス開始時間（対数）	-0.010 (0.024)	-0.010 (0.024)	-0.047 (0.043)	-0.047 (0.044)	0.046 (0.061)	0.046 (0.061)
FTA	-0.027 (0.048)	-0.028 (0.048)				
相手国固定効果	○	○	○	○	○	○
財固定効果	○	○	○	○	○	○
年固定効果	○	○	○	○	○	○
標本数	605,335	605,335	160,966	160,966	240,285	240,285
R-squared	0.398	0.397	0.524	0.525	0.423	0.423

注記：括弧内は頑健標準誤差を意味する。**、*、+はそれぞれ1%、5%、10%の有意水準であることを意味する。

表11 分析結果（年次データ、輸入、階差モデル）

	対世界		対アジア諸国		対EU諸国	
	ドル建て	円建て	ドル建て	円建て	ドル建て	円建て
1人当たりGDP（階差）	0.415** (0.140)	2.857 (2.199)	0.197 (0.210)	4.305* (1.405)	0.376 (0.279)	-0.840 (3.539)
ビジネス開始費用（階差）	-0.012 (0.009)	0.018 (0.056)	-0.017 (0.026)	-0.329 (0.184)	-0.013 (0.009)	0.140+ (0.072)
ビジネス開始時間（階差）	-0.036 (0.022)	-0.157 (0.305)	-0.046+ (0.022)	-0.567 (0.327)	0.058+ (0.032)	0.171 (0.491)
FTA（階差）	0.000 (0.028)	-0.733** (0.272)				
相手国固定効果						
財固定効果						
年固定効果	○	○	○	○	○	○
標本数	305,893	305,893	113,115	113,115	110,958	110,958
R-squared	0.006	0.002	0.011	0.005	0.006	0.003

注記：括弧内は頑健標準誤差を意味する。**、*、+はそれぞれ1%、5%、10%の有意水準であることを意味する。

次に、年単位の輸入額を被説明変数とした推計結果がまとめられている表10を確認する。まず、対世界の輸入額を使用した分析結果では相手国の1人当たりGDPは統計的に有意であり正の符号を有しており、理論モデルとも整合的な結果となっている。しかし、その他の国を対象とした分析においては相手国の1人当たりGDPは説明力を持っていない。その他の結果に関しては、多くが負の符号を有しているが統計的な説明力を有していないことが明らかとなっている。また、ここで

も通貨単位の違いによって統計的な有意性や符号が異なるといった問題は存在しないことが明らかとなった。輸出と同様に、表11には階差モデルの結果がまとめられている。まず、1人当たりGDPであるが、貿易統計の通貨単位によって統計的な有意性が異なる結果となった。対世界に関しては、どちらの通貨単位も正の符号を有しているが、ドル建て輸入金額を使用した分析結果のみ統計的に有意な結果を得ている。また、対アジア諸国を対象とした分析結果においては、どちらも正の符号を有しているが、円建て輸入金額を使用した分析結果のみ統計的に有意な結果となっている。さらに、FTA締結の効果であるが、円建て輸入金額を使用した分析結果のみ、統計的に有意かつ負の符号となっている。つまり、FTA締結によって日本への輸入金額へは負の影響があったことを示唆している。重要な点は、年単位の貿易統計を使用した階差モデルの分析においては、使用する通貨単位によって実証分析の結果が異なってしまうという点である。

ここからは、月次データを使用した実証分析の結果を確認する。表12と表13にはそれぞれ輸出金額モデルと階差モデルの分析結果がまとめられている。月次データを使用した実証分析については、概ね年次データを使用した分析結果と同様の結果が得られている。輸出金額を使用した分析結果においては、1人当たりGDPが統計的に有意であり正の符号を有しており、どちらの通貨単位でも同じ結果が得られている。また、階差モデルにおいては対世界モデルにおいてのみ1人当たりGDP及びFTAが統計的に有意かつ正の符号を有しており、いずれの通貨単位においても結果に違いは見られていない。次に、表14と表15にはそれぞれ輸入金額モデルと階差モデルの分析結果がまとめられている。輸入金額を使用した分析結果においては、対世界モデルにおいて1人当たりGDPが統計的に有意であり正の符号を有しており、どちらの通貨単位でも同じ結果が得られていることがわかる。さらに、階差モデルにおいては対世界モデルと対アジア諸国モデルにおいてのみ1人当たりGDPが統計的に有意かつ正の符号を有しており、いずれ

の通貨単位においても結果に違いは見られていない。この結果は、年次データを使用した分析結果とは異なり、月次データを使用した実証分析においては統計の通貨単位問題は確認できなかったことを意味する。

年次貿易データと月次貿易データを使用した実証分析から、以下の2点が明らかとなった。1点目に、貿易金額自体（レベル）を被説明変数として使用した実証分析においては、輸出・輸入ともに、通貨単位が異なることによって実証分析の結果に違いが生じる事実は確認できなかった。また、年次データと月次データのどちらを使用した分析においても、この事実と同様の結果を得られた。2点目に、階差モデルにおいては、年次データを使用した輸入モデルにおいて、貿易統計の通貨単位が異なることで実証分析の結果に違いが生じてしまう危険性が明らかとなった。これらの結果から、インプリケーションとして、対象とする国・地域や時期によって実証分析における通貨単位問題は存在する可能性があるため、政策評価のための実証分析を行う際には各通貨建貿易統計を使用した頑健性の確認などが必要になると考える。

表12 分析結果（月次データ、輸出、貿易金額モデル）

	対世界		対アジア諸国		対EU諸国	
	ドル建て	円建て	ドル建て	円建て	ドル建て	円建て
1人当たりGDP（対数）	0.424** (0.102)	0.425** (0.113)	0.780+ (0.370)	0.781+ (0.370)	0.299** (0.092)	0.300** (0.091)
ビジネス開始費用（対数）	0.005 (0.013)	0.005 (0.013)	0.054 (0.045)	0.054 (0.045)	0.000 (0.007)	0.000 (0.007)
ビジネス開始時間（対数）	0.022 (0.015)	0.022 (0.015)	-0.020 (0.024)	-0.020 (0.024)	0.036 (0.027)	0.036 (0.027)
FTA	-0.013 (0.031)	-0.013 (0.031)				
相手国固定効果	○	○	○	○	○	○
財固定効果	○	○	○	○	○	○
年固定効果	○	○	○	○	○	○
標本数	5,632,498	5,631,375	1,875,995	1,875,912	1,221,314	1,220,538
R-squared	0.491	0.489	0.627	0.626	0.482	0.480

注記：括弧内は頑健標準誤差を意味する。**、*、+はそれぞれ1%、5%、10%の有意水準であることを意味する。

表13 分析結果（月次データ、輸入、貿易金額モデル）

	対世界		対アジア諸国		対EU諸国	
	ドル建て	円建て	ドル建て	円建て	ドル建て	円建て
1人当たりGDP（階差）	0.400** (0.144)	0.399** (0.144)	0.113 (0.200)	0.113 (0.200)	0.377 (0.326)	0.373 (0.327)
ビジネス開始費用（階差）	0.000 (0.009)	0.000 (0.009)	0.010 (0.025)	0.010 (0.025)	0.003 (0.003)	0.003 (0.003)
ビジネス開始時間（階差）	0.001 (0.011)	0.000 (0.011)	0.012 (0.014)	0.012 (0.014)	0.030 (0.017)	0.029 (0.017)
FTA（階差）	0.035* (0.015)	0.035* (0.015)				
相手国固定効果						
財固定効果						
年固定効果	○	○	○	○	○	○
標本数	3,720,001	3,720,001	1,387,481	1,387,481	777,460	777,460
R-squared	0.004	0.002	0.005	0.002	0.006	0.004

注記：括弧内は頑健標準誤差を意味する。**、*、+はそれぞれ1%、5%、10%の有意水準であることを意味する。

表14 分析結果（月次データ、輸出、階差モデル）

	対世界		対アジア諸国		対EU諸国	
	ドル建て	円建て	ドル建て	円建て	ドル建て	円建て
1人当たりGDP（対数）	0.436** (0.102)	0.435** (0.138)	0.564 (0.370)	0.565 (0.370)	0.092 (0.147)	0.090 (0.148)
ビジネス開始費用（対数）	0.002 (0.006)	0.002 (0.006)	0.012 (0.033)	0.011 (0.033)	0.001 (0.007)	0.001 (0.007)
ビジネス開始時間（対数）	-0.002 (0.014)	-0.002 (0.014)	-0.017 (0.026)	-0.017 (0.026)	0.021 (0.033)	0.021 (0.033)
FTA	-0.048 (0.040)	-0.047 (0.040)				
相手国固定効果	○	○	○	○	○	○
財固定効果	○	○	○	○	○	○
年固定効果	○	○	○	○	○	○
標本数	3,844,781	3,844,355	1,288,633	1,288,572	1,430,856	1,430,733
R-squared	0.397	0.397	0.510	0.511	0.397	0.396

注記：括弧内は頑健標準誤差を意味する。**、*、+はそれぞれ1%、5%、10%の有意水準であることを意味する。

表15 分析結果（月次データ、輸入、階差モデル）

	対世界		対アジア諸国		対EU諸国	
	ドル建て	円建て	ドル建て	円建て	ドル建て	円建て
1人当たりGDP（階差）	0.248** (0.094)	0.247** (0.093)	0.244+ (0.124)	0.242+ (0.124)	0.059 (0.157)	0.063 (0.157)
ビジネス開始費用（階差）	0.003 (0.006)	0.003 (0.006)	-0.001 (0.018)	-0.002 (0.018)	0.003 (0.006)	0.003 (0.006)
ビジネス開始時間（階差）	-0.019 (0.013)	-0.020 (0.013)	-0.021 (0.015)	-0.022 (0.015)	0.012 (0.020)	0.013 (0.019)
FTA（階差）	0.018 (0.021)	0.018 (0.021)				
相手国固定効果						
財固定効果						
年固定効果	○	○	○	○	○	○
標本数	2,615,093	2,615,093	971,942	971,942	928,587	928,587
R-squared	0.004	0.004	0.006	0.005	0.004	0.003

注記：括弧内は頑健標準誤差を意味する。**、*、+はそれぞれ1%、5%、10%の有意水準であることを意味する。

5. むすびにかえて

COVID-19の蔓延や経済ショックなどが貿易や経済活動に与えた影響を分析する時、統計データの性質はその評価に大きく影響する。本論文においては、異なる通貨建ての貿易統計の比較における問題、そして実証分析における通貨単位問題を明らかにするために分析を行った。1つ目の通貨単位問題に関しては、円建て貿易統計とドル建て貿易統計それぞれを使用して算出した貿易成長率は乖離しており、時期によっては増減の符号が逆転してしまう可能性があることを明らかにした。また、これらの数値の乖離は為替レートの変化率で説明できるはずであるが、特定の時期においては大部分が為替レートの変化のみでは説明できず、これは異なる通貨単位の貿易統計を変換する際に生じる問題などによって説明できると考える。

次に、貿易統計における2つ目の通貨単位問題であるが、実証分析の結果から、輸入における年次データを使用した階差モデルにおいて通貨単位問題が存在する可能性が示唆された。この結果から、分析対象となる国・地域や時期によっては実証分析における通貨単位問題が存在する危険性があるため、政策評価を目的とした実証分析を行う際には異なる通貨単位の貿易統計を使用した実証分析を追加的に行うことによる頑健性の確認が必要になると考える。

本論文には、いくつかの課題が残されている。1つ目に、日本円とアメリカドル以外を対象とした分析を行っていないため、一般化ができておらず、全ての国に本論文の結果が当てはまるとは限らない。2点目に、実証分析における通貨単位問題について、その存在の有無については確認できたが、その理由については解明できていない。3点目に、今回は貿易統計のみを対象とした分析を行ったが、今後はGDPや海外直接投資など、他の経済指標を使用した分析も行う必要があると考える。

脚注

- (1) リアルタイムデータとは、データ収集後に即座に公開されるデータのことであり、EBPMにおいて重要な役割を担っている。
- (2) 税関が公表する「外国貿易等に関する統計基本通達別紙第1統計国名符号表」にアジア地理圏と記載されている国を意味する。ヨーロッパにおいても同様の定義である。
- (3) ここでは、アジア地域とは中国、韓国、ASEAN加盟国を意味する。また、ヨーロッパ地域はEU加盟国を意味する。
- (4) 脚注3と同様に、ここではアジア地域は中国、韓国、ASEAN加盟国を意味する。

参考文献

日本語文献

- 伊藤隆敏・鯉淵賢・佐々木百合・佐藤清隆・清水順子・早川和伸・吉見太洋 (2008) 「貿易取引通貨の選択と為替戦略：日系企業のケーススタディ」『RIETI Discussion Paper Series』、08-J-009、1-70ページ。
- 熊倉正修 (2011) 「第1章 Comtrade データの特徴と使用上の留意点」野田・黒子編『国際貿易データを基礎とした貿易指数と国際比較・分析』、アジア経済研究所。
- 小巻泰之 (2015) 『政策データと政策決定 - 速報値と確定値の間の不確実性を読み解く』、日本経済新聞社出版。
- 箱崎大 (2019) 「元とドルの貿易額の差が為替レートと乖離する理由」『JETRO 地域分析レポート』、JETRO。
- 前川亜由美 (2013) 「円安でも「過去最大の貿易赤字」は拡大する」『エコノミスト Eyes』、みずほ総合研究所、1-3ページ。
- 萬俊秀・柴崎彩奈・長田充弘・東将人 (2017) 「実質輸出入の見直しと活用のポイント」『BOJ Reports & Research Papers』、日本銀行、1-21ページ。

英語文献

- Anderson, J. E. and E. van Wincoop (2003). Gravity with Gravitas: A solution to the border puzzle. *American Economic Review*, 93 (1), pp.170-192.
- Haneda, S. (2020). How Accurate are Government Statistics? Developing New Measures using Official Trade Statistics. *Hougaku-Kiyou*, No.61, pp.313-330.
- OECD (2019). *Guide to OECD's Trade in Value Added (TiVA) Indicators, 2018 edition*, OECD, pp.1-47.

- Shimizu, J. and Sato, K. (2015). Abenomics, Yen Depreciation, Trade Deficit and Export Competitiveness. *RIETI Discussion Paper Series*, 15-E-20, pp.1-31.
- United Nations (2019). *Methodology Guide for UN Comtrade User on UN Comtrade Upgrade 2019*. United Nations, pp.1-14.
- Yotov, Y. V., Piermartini, R., Monteiro, J.-A. and Larch, M. (2016). *An Advanced Guide to Trade Policy Analysis: The Structural Gravity Model*. United Nations and World Trade Organization.

入会林野と社会変容

——長野県木曾町の事例研究から問うこと

佐 幸 信 介

1. はじめに——入会を問うこと

入会林野という現在では多くの関心が注がれなくなっている領域に、あらためて着目することの社会学的な意義を検討すること、あるいは入会林野に焦点をあてることでそこから派生する問いの可能性を考えること。本稿は、長野県木曾町での聞き取り調査⁽¹⁾をとおして、その端緒を探る試みである。

入会とは、何よりも林野（林野以外にもありうる）と、平地の集落で行われる農耕を中心とした生活とを結びつける日常実践の営みである。林野がもたらすさまざまな物質——木材、堆肥、家畜の飼料、薪炭材、食料などが、集落での生活の貴重な資源・財源となる。人びとは、何らかの規範や掟を取り交わしながら林野を利用し、これらの物質を手に入れる。人びとは、山からの恩恵を単に受けるだけでなく、山に対して人為的に関わることで、山を持続的に保っていく。入会とは、こうした人と山との相互関係——行為と物質の相互作用を指している。

そして、入会は共同作業や相互扶助、あるいは集住といった共同性の生活様式を伴っている。日常実践の共同性と集落の共同性が重なり合う。この共同性の重なりが重要なのは、共同性にはある適正な規模やスケールがあり、このスケールが入会林野の規模とも対応すると考えられるからである。物質循環とは、おそらく集落の大きさに見

合った共同性の規模によっても条件づけられていると考えられるだろう。

しかし、入会という生活の形は、現在ではすでに生活世界の中心的位置から後退しており、多くの場合、過去の習俗的な慣行とみなされている。それは、学問的に認識することができるということ以上に、聞き取り調査のなかで実際に地域住民から「昔のこと」として語られることが端的に表している。「昔のこと」とは、自分が子どもの頃の経験的な記憶として語られる場合もあれば、村史（誌）や町史（誌）として記録されている場合もある。

おそらく、こうした入会林野についての認識枠組みは広く共有されている。入会林野は、伝統化あるいはフォークロア化されて、社会の共同性や相互性として表象され、その土地らしさの特徴がそこに付されていく。この枠組みは、しばしば観光をめぐる地域表象が構成される際にも動員される、ある種のナイーブな認識枠組みと同型である。入会林野を考えると、まず直面するのは、この伝統化やフォークロア化する表象の問題である。しかし、入会林野と社会変容を考えると、過去のものとして表象化されるほど単純なものではないはずである。

そこで、まず、現代あるいは近過去の入会林野と生活の変容について、簡単に触れておきたい。およそ1960年前後（昭和30年代後半）以降、生活そのものが林野から離れていく過程を木曾町では経験している。入会林野が人びとにもたらした堆肥は、工業的に生産される肥料に変わった。農耕馬の役割は農業機械にとって代わられたために、飼料用の草地はもはや必要がなくなった。燃料源であった薪炭材もまた同様である。新しい機械や工業製品、エネルギーは、山の生活、林野を利用する生活からの解放を人びとにもたらした。それは、一方で産業としての新しい農業や林業が成立することであり、他方で山とは無縁な賃労働を中心とした新しい労働のスタイルが浸透していくことでもあった。平地という領域／圏域のなかで生活そのものが自立し、充足

することが可能になっていく。山と生活とが循環する関係は、市場経済を中心とした生活様式からなる合理的な社会関係へと置き換わっていったのである。

こうした生活世界における社会変容は、山から刈り取った草木や薪炭材を運ぶといった重労働からの想像以上の解放感をもたらしたに違いない。この解放は、新たな時間の生き方を可能にしていく。具象的な時間（山との生活）から、計量可能な抽象的な時間（労働の生活）への移行がある。いわば、山がもたらす産物から、時間がもたらす産物へと労働の形式が変わるとき、それは同時に何かを失っていく過程でもあった。

また、「山がなければ生活できない」から「山がなくても生活できる」への移行は、単なる生活様式の変化にとどまるものではない。生存や生活の必需性と結びついていた生活様式の次元から、生活の選択性、つまり消費を志向することと結びつくそれへと位相の移行が生じていたはずである。失われたものとは、生活様式が別の次元へと位置が変わることと、おそらく同義である。

社会や生活のいたるところで生じるこうした変容は、地域の空間的な変容をもたらすことにもなる。山との関係から切り離された地域空間は、その土地の固有な山との生活の履歴を歴史化する。地域空間の新しさからは、山との生活は歴史として外部化されるのである。そして、林野もまた、景観や自然環境、観光資源といったかたちで客体化される。林野は、平地を中心に自立化した地域空間から、視覚的に見られるもの、非日常的に体験するもの、あるいは保全すべきものへとその位置が変わっていくのである。

入会林野にアプローチする研究蓄積は、これまで民法や法社会学をはじめ、農村・地域社会学、林政学、地理学などの分野で膨大になされてきている。かつて、民法や法社会学は、およそ1970年代頃までは入会林野について事例研究を含みながら精力的に取り組んできた経緯がある。それは、林野あるいは農地の所有権や登記をめぐる法制的な

変化をバックグラウンドにしながら、紛争や和解、調停などが現実的に生じていたからである。なるほど、明治維新以降、林野をめぐる全国のいたるところで数々の紛争や訴訟が生じ、そうした争いが日本社会の近代化のプロセスそのものの軌跡となってきた。

本稿で対象とする長野県木曾町においても、江戸時代の尾張藩の藩有林や禁制の対象であった巢山（すやま）や留山（とめやま）、明山（あきやま）における留木（とめき）や停止木（ちょうじぼく）という独特の歴史的な背景を持ちながら、明治期以降の所有や登記、明山の強引な国有化や財産区化、共有林の利用（権）をめぐる数々の紛争や争議が生じ、地域の近代化の歴史を形作っていることも数々の町誌（史）や村誌（史）で確認することができる。かつては、水利権と並んで、林野の所有と利用、あるいは境界をめぐる争いは、地域社会の社会関係の変動を主題化する重要な研究対象となってきた。だが、林野から解放された地域空間が自立化していったように、林野をめぐる争いは、現在ではほとんど見るものがなくなり、一定程度その変動は落ち着いているかのようである。

現在直面している入会林野の問題

現在、変動が沈静化しているとしても、入会林野をめぐる問題が無くなったわけではない。聞き取り調査をするなかで知ることができるのは、争いや訴訟とは別の形で、入会林野をめぐる問題を住民が抱えていることである。入会は、木曾町での聞き取りをふまえると、現在では、生産森林組合や林野利用農業組合といった法人の形式をとっているケースと、法人化せず連名で登記し記名共有しているケースがある。どの場合でも、土地登記された共有林野には毎年税金が課せられる。その税金の支払い役を行うのは、法人の代表者や会計実務を担う世話役であることが多いが、普段は使わない共有する林野に対して、税金だけが課せられることの負担感については、木曾町の木曾福島、黒川、宮越、開田のいずれの地区でも同様に聞くことができる。例え

ば次のような話は、こうした現実を照らしている。

私たちの場合は、キャンプ場として町に共有林の一部を貸していることもあって、共有林からの多少の収入がありますが、そうでないところは税金を払うだけが毎年課され、どこも苦勞していると思います。山を持つということは、現在では昔のようにはいかなくなっていて、さらに私たちの子どもたちの次の世代に引き継ぐことは現実的に難しくなっていると思っています。(KF-1)

こう語ってくれた60代の男性は、共有林に対する入会を経験的に知っている世代である。共有林の手入れについても次のような話を聞くことができる。

私たちは、生産森林組合のかたちをとっていますが、共有林のなかでも経済林の手入れは昨年までは、「出役(しゅつえき)」といって年に1回共同で作業をしていました。みんなで手入れすることを「山ごしらえ」といいます。昔は年に10日ほど出役していました。しかし、高齢化や人手不足もあって、今年からは組合から日当を払って行うやり方に変えています(KF-2)。

ここで指摘されている問題には、少なくとも二つの側面があると思われる。

第一に、図式的に概括すると、近代化の過程で争われていたのが、利用権を目的とした入会権と所有権との整合性や統合の問題であるとするれば、現在直面しているのは、林野利用の経済的価値や合理性が消失ないし後退したなかで、所有がもたらす矛盾や負担といったものである。林野利用は、先にも述べたように木材の生産に限られるものではない。生活の営みに密接にかかわる、建築材、肥料源、飼料源、燃料源をもたらすものであった。1960年前後以降、林野の利用価値の低

下や喪失は、税金の問題が端的にあらわしているように、土地所有と経済的合理性との関係が、多くの場合共有林を担保するものではなくなっていることに起因する。実際に現在では、共有林を利用せず、つまり入会が実質的に機能せず、放棄状態になっているケースが散見される。

第二に、林野が有している生態系や多様な生物の存在、あるいは景観あるいは風景といった自然環境を保全していくという問題である。この問題は、これまでの学問領域とは別の角度から、とりわけ環境経済学や環境社会学、あるいは生態系や生物多様性を主題とする自然科学の領域において、「環境」や「コモンズ」というレイヤーから、(入会林野とは必ずしも対象範囲が一致するわけではないものの) 議論が再定位されていることとも関わっている。

これら二つの入会林野へのアプローチは、言うまでもなく議論の出自を異にしている。いたずらに議論を交叉させることは避けなければならないが、聞き取り調査をするなかで実感するのは、地域社会のなかで同じ林野をめぐる、これらの異なる問題が時には並列し、あるいは混在していることである。山を所有し税金を払うことと、山を手入れすることは順接的な関係ではない。山とのかかわりを再関係化する課題が、一方で所有と利用の矛盾に直面し、他方で林野を保つことの必然性として模索されている。これまで保ってきた入会林野が荒れることは避けなければならない。それは手入れされるべきであるし、そういうものなのである。したがって、入会を問うことは、こうした歴史化や客体化とは異なる入会林野の再関係化のための方法論について考えることであるともいえる。

長野県木曾町の入会林野を具体的な事例として、入会の歴史的変容と課題について検討することは、聞き取り調査を含めた立体的な作業が必要になる。本稿では、そのとば口となるものであり、木曾町の入会の成立とその特徴に絞って聞き取り調査の結果をふまえながら検討する。というのも最終節でも触れるように、入会林野を問うことは、

抽象化された近代化とか賃労働の浸透といった次元ではない社会変容の問題に直面することになるからである。

まず、今回調査対象にした木曾町の概況を確認することからはじめよう。

2. 木曾町の概況

木曾町は長野県南西部にあり、木曾谷と言われる木曾川がつくる水系の地勢の中央部に位置している⁽²⁾。木曾町の西端に木曾御嶽山、東端に木曾駒ヶ岳が佇み、その山岳は象徴的な相貌を示しながら自然・文化的な環境を作っている。木曾川は林野の中をぬうように木曾谷を形成しながら流れ、河岸段丘には旧中山道が南北に通っている。木曾町には、旧中山道の三六番目の宮ノ越宿と三七番目の福島宿がある。現在でも、国道19号線やJR中央西線は、旧中山道と重なりながら木曾川の谷に沿って走っている。旧宮ノ越宿から、東側の権兵衛峠を越えて伊那谷に権兵衛街道が通じ、旧福島宿からは西に向かって、旧開田村を經由して高山へと飛騨街道が通っている（共に国道361号線）。旧中山道の街道の分岐点となっている長野県塩尻市（現在でも、国道やJRの分岐となっている）から、木曾町へ向かうとき、その道程は両側の森林と一体となって風景を形成している。その要所で贄川、木曾平沢、奈良井、藪原といった旧宿場町を辿ることになる。

木曾町は、2005年（平成17年）に木曾福島町、日義村、開田村、三岳村が合併し誕生した。木曾町では、合併を機に「まちづくり条例」（自治基本条例）を制定し、首長や議会権限に匹敵する住民の自治組織からなるまちづくりの協議会システムを導入、制度化したことで全国的に着目された町である。人口は2021年10月1日時点で、人口11,127人、世帯数4,843世帯、高齢化率は42.0%。

林野に囲まれた木曾町の総面積は、476.03平方キロメートル。そのうち林野面積は418.66平方キロメートルで、林野面積率は87.9%におよん

でいる。全国の林野面積率が65.5%、長野県の割合が75.9%と比べても、林野面積の割合が多いことがわかる。林野の内訳は、国有林が115.05平方キロメートル、民有林が303.62平方キロメートルで、およそ4分の3が民有林となっている。

現在、林業に携わる林業経営体の数は全体で33経営体、そのうち法人化している経営体が10、法人化していない経営体が22、地方公共団体・財産区が1となっている。また、林家数は1,075戸となっており、全世帯数のおよそ22%が林野を所有・登記している。林野の所有・登記に関しては、聞き取り調査をふまえると、先にも触れたように、「個人での所有」と「共有林を複数で登記」している2つのケースがある。さらに、共有林を複数の者が登記する場合は、「林野利用農業協同組合」または「生産森林組合」の方式で法人化して登記するケースと、法人化せず複数の者が連名で登記するいわゆる「記名共有地」となっているケースがある。

2021年2月には新しい役場庁舎が竣工したが、木造平屋の建ての庁舎は木曾町の林野から伐り出した木材を使用して建設された⁽³⁾。木造といっても、集成材を用いず、構造・躯体もカラマツやヒノキなどの無垢材を用いており、地元の多くの建築業者による在来工法を駆使することによって進められたユニークな一連の試みであった。いうまでもなく、かつての林野と生活との循環的な入会の仕組みを現代の文脈でトレースした建築の方法論であった⁽⁴⁾。

3. 尾張藩のもとでの二重の禁制と入会

これまで「入会林野」という言い方で共有林について記述してきたが、入会林野について概念的に整理しておこう。まず、呼称の問題である。木曾町での聞き取り調査では、「入山」あるいは「入会山」という呼称で言われている。入山は、さらに「柴山」「里山」「奥山」と、集落から近い順番で呼ばれていた。柴山は主に草木の場所であり、農

耕馬である木曾馬のための飼料として刈り取られていた。里山は、主に薪炭材や肥料用の草木や落ち葉を得るための山である。入山から集めてきた草木や落ち葉を水田にすき込み、堆肥として利用する。この点について、1950年代後半頃（昭和30年代）の次のような話を聞くことができる。これは開田地区（旧開田村）の事例であるが、木曾町の他の地区でも同様の事柄を聞くことができた。

山から里に共同でワイヤーを繋げ、ひとかたまりに束ねた草木を山から平地まで降ろしていました。吊り降ろされた草木を家まで運ぶのが、学校から帰ってきた子どもの仕事でした。（KD-1）

草木を縛って一束にするのは、刈った草はすべるのでコツと技がいるんです。これができると、一人前と言われていたのですが、当時、草刈りの名人と呼ばれていた人が何人もいました。（KD-2）

奥山は、日常のなかでは利用されることはほとんどないが、木曾馬の産地でもある開田地区では、春の農耕が終わると木曾馬を奥山まで連れていき、夏の間放牧していたという。入会林野は、森林と原野（草地）を合わせたものであるが、この3つの区分けに即せば、多くの場合、柴山が原野（草地）、森林が里山と奥山に対応する。

こうした入山とは別に、木曾地域独特の呼称がある。「留山（とめやま）」「巢山（すやま）」「明山（あきやま）」である。尾張藩の藩領下において、禁制とされていた山が留山と巢山、人びとが利用可能であった山が明山である。さらに、明山であっても「留木」「停止木」と禁木が定められていた。

ヒノキやサワラなどの木曾の木材は、古くから良木とみなされ、尾張藩にとっては重要な財源となっていた。木曾地方は、1600年（慶長5年）に徳川の時代になった当初も徳川家康の直轄地とされ、山村氏を関所の関守をする木曾代官に任命した（山村家は江戸期が終わるまでのお

よそ270年にわたって代官をつとめることになる)。その後、1615年（元和元年）に尾張藩領となる。ただし、歴史的には、江戸時代よりもはるか前の荘園時代から木曾は中央主権の直轄地となっており、『開田村誌』によれば、木曾がすでに荘園によって支配されていた時代から木曾の木材が伐出されたと指摘がある。記録として確認されるだけでも、鎌倉時代の14世紀には伊勢の皇大神宮や豊受神宮のために伐出されていた。また、豊臣秀吉も木曾を1590年（天正18年）に直轄地とし、大阪城や大仏殿、聚楽第の建設に木曾の木材を使用したという。木曾の木材は質が高いものとしてすでに古くから認知され、都市部へと供給する産地として名が通っていたようである⁽⁵⁾。

山下千一『木曾山林物語』⁽⁶⁾によれば、尾張藩の藩領になってからすぐの1618年（元和4年）に巢山が定められた。そして江戸時代の初期において、木曾の山材の需要が非常に高く、その結果17世紀の中頃までには乱伐され林野そのものが荒廃化したという。その状況をうけて、尾張藩は、1664年（寛文4年）から数回の木曾山巡見を行い、留山、留木、停止木を定めていく。

巢山とは放鷹するための鷹の巣を保護するための山を指す。先述したように人びとの立ち入りも伐採も一切が禁止された山である。『黒川郷の歴史と民俗』⁽⁷⁾によれば、江戸期の終わりの時点で、木曾全体で20カ所、総面積は2万689ヘクタールに及んでいたという。尾張藩は寛永年の頃から毎年鷹奉行を木曾へ派遣し、妻籠須原、のちに藪原に巢鷹役所を設けて巢鷹の管理と取り締まりを行っていた。巢山は、寛文期以降は木曾全体で59カ所あり、留山と同様に禁止と保護が徹底されていた。

『木曾福島町史』には、1665年（寛文5年）に巢山や留山が定められたことをめぐって次のように記述されている。

かくても何年も重ねるに従って木材資源は漸次減少の一方である。のみならず木曾山林は挙げて山村氏に一任してあって、木曾山林の

状況不明の点もあったので、寛文四年六月目付役佐藤半田太夫以下五人のものをして木曾谷中の巡見を行わしめた。巡見一行は各宿村山林を仔細に調査して帰った。山村氏は此巡見に疑問を持ち、政務多端にして到底山川支配に力及ばずとの理由で、山方一切の行政辞退を申出た。翌五年正月名古屋藩は山村家の出願を許し、林政と民政を区別して、山林関係の事項伐木運材、錦織綱場⁽⁸⁾及川並支配等一切を藩の直轄とし、山村氏は専ら民政方面を担当することとなった。藩では新たに上松に材木役所を建て、上松材木奉行を命じ、錦織材木奉行を任じて山関係の事項が山村氏の手から離れた⁽⁹⁾。

尾張藩の直轄になって以降、まず、1618年（元和4年）に巢山が木曾谷全体にわたって設けられ、上記にあるように、奉行巡見後の1664年（寛文4年）に留山が定められていく。代官とは別に林野専門の役所と奉行を設置する。林野に特化した統治の制度が出来上がったのである。材木役所が建てられた上松は、木曾町の南に隣接している現在の上松町。錦織材木奉行の錦織とは、綱場（木曾川を使って木材を集積し、筏を組んで下流に運搬するための要所）がある現在の岐阜県加茂郡八百津町。こうして、1600年代の中頃に巢山、留山、明山の三種類が木曾において定着していくことになった⁽¹⁰⁾。この時の巢山と留山を合わせて、木曾全体でおよそ220平方キロメートル（22,000ha）と言われており、その規模は広大であったことがわかる。

また、尾張藩は1684年（貞享元年）に行った二回目の巡見後に、巢山や留山を鞘で囲うようなかっこうをした「鞘山」（さややま）を新たに設ける。巢山、留山の保護を徹底するための緩衝的な保護林野である。鞘のような形であったため、そう呼ばれた。「情けないぞえ市川様は巢山留山さやかけた⁽¹¹⁾」と村人たちが謡ったように、容赦ない徹底ぶりだったようである⁽¹²⁾。

それに対して、明山は人びとの立ち入りを許された山であった。しかし、その明山であっても、先にも述べたように尾張藩によって留木

や停止木が定められた。留木はクリ、マツ、カツラといったものであり、伐木するには許可を必要とした。よく知られている木曾の五木であるヒノキ、サワラ、ネズコ、コウヤマキ、アスナロにケヤキも加えられ、停止木として一切の伐採が禁じられた⁽¹³⁾。山全体を禁制する留山と巢山、さらに明山であっても特定の木を禁制する留木と停止木という二重の禁制が、江戸時代の前期に尾張藩によって行われたのである。

ところが、先にも引用した『木曾山林物語』によれば、「江戸中期以降山村地域における集落の発達につれて林野利用の恒常的利用度が高まるに伴い、従来のような「明山」にたいするきびしい利用制限は、山村住民の生活と営農の現実的要求にそぐわなくなり、「明山」の利用形態は次第に変化せざるをえなく⁽¹⁴⁾」になった。その結果、入山（入会山）としてある程度の自由度をもって利用が認められることになった。このことは、島崎藤村『夜明け前』にも、同様の描写がある。参考までに引用しておこう。

当時の木曾一帯を支配するものは尾張藩で、^{すやま とめやま あきやま}巢山、留山、明山の区域を設け、そのうち明山のみは自由林であっても、許可なしに村民が五木を伐採することは禁じられてあった。言ってみれば^{ひのき さわら あす}檜木、^{ひ こうやまき ねずこ}榎、高野槇、^ひ榎の五種類が尾張藩の嚴重な保護のもとにあったのだ。
(中略)

しかし、巢山、留山とは言っても絶対に村民の立ち入ることを許されない区域は極小部分に限られていた。自由林は木曾山の大部分を占めていた。村民は五木の厳禁を犯さないかぎり、意のままに明山を跋涉して雑木を伐採したり薪炭の材料を集めたりすることが出来た。檜木笠、めんぱ（木製割籠）、お六櫛、諸種の塗物——村民がこの森林を仰いでいる生活の^{もとで}資本もかなり多い。耕地も少く、農業も難渋で、そうかと言って塗物渡世の材料も手に入れがたいところでは、「御免の檜物」と称えて、毎年千数百駄ずつ檜木を申し受けている村もある⁽¹⁵⁾。

木曾の入会の歴史

木曾地方において、入会の成立も江戸時代の時期まで遡ることができる。禁制と取り締まりが行われるなかで、人びとが自由に採取できるのは、薪炭材に用いる「かな木」（金木）や飼料用の柴と草に限られることになった。そうすると、必然的にかな木や柴草の量が足りなくなる。明山であっても禁制によって利用が限られるため、人びとは別の林野を明山として利用することになるが、集落から離れたところにある林野を利用するために入会を必要とした。『木曾福島町史』には、入会山が形成される経緯について、次のように記されている。

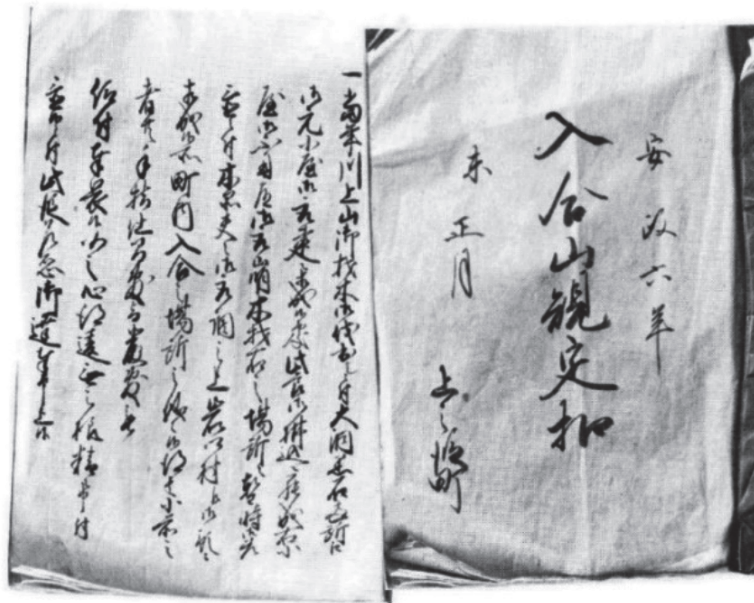
元来此柴山草山は漸次森林の地積を減じ、又山火事の原因にもなったので江戸時代には尾州藩が嚴重に之を制限した。其結果として村或は部落所属地内に於て之が補給困難となって来て同一場所に両村或は数部落が入り合つて採取することとなり、茲に入会山が出来るのである⁽¹⁶⁾。

つまり、停止木や留木によって制約されている明山では調達に不十分になり、薪炭材や柴草を求めるために、複数の村や集落が互いに利用する申し合わせによって入会という仕組みが作られた。ここで記述されているのは、複数の村が利用する「他村入会」または「数村入会」⁽¹⁷⁾と言われる入会山である。

入会には、このように他村入会と村のなかでの入会に分けられる。北条浩によれば、こうした入会とは別に「村持地」（むらもちち）と言われる土地があり、「徳川時代においては、一般的に「村持地」といわれている土地に対して、村人は入会とはよんでいない。紛争のときも村持地なのである。これにたいして、他村との間で支配し共同で使用・利益ないしは土地の利用を行う場合には、土地が共同所有であるか、または他村の所有であるかにかかわらず入会とよんでいたのである。⁽¹⁸⁾」

複数の村（者）が入り合うことは争いを作り出す契機ともなる。すでに江戸時代において、入会山の利用をめぐる村や集落の間で、争いや紛争が生じ、その調停や裁定に尾張藩やその命を受けた木曾代官の山村家が当たらなければならなかったという。

図2 入山の申し合わせの文書



上之段町入会山規定扣(安政6年)

出所：『木曾福島町史』（第1巻）446頁

入会は、こうした木曾町の事例にもとづくならば、尾張藩の所有一支配構造のなかで、その成立からすでに紛争を伴う仕組みそのものだったのである。入会林野は、先述したように厳密には所有としての「共有地（林野）」ではない。利用・使用の行為の次元にある入会と、所有の次元にある共有とは位相が異なるからだ。したがって、江戸時代の入会をめぐる争いは、利用・使用の範囲や境界をめぐるものであり、人びとの所有一権利関係をめぐる相互の対立から引き起こされるものでなかった。言うまでもなく、所有一権利関係は、近代的な概念にもとづくものであるから、江戸時代はいわゆる近代的な法の枠組みからは「慣習」と位置づけられる、集落の自治的な規範を有するものであった。異なる村同士の間での入会をめぐる争いは、どちら

かという占有あるいは占用の概念に近いと思われる。村や部落の排他的・敵対的な関係が、まるで陣地取りのように自らの共同性そのものの強度として発揮されていたといえることができる。

4. 権利としての入会と行為としての入会

入山は、そこに暮らす人びとにとって共同で——尾張藩領下の江戸時代においても、明治以降も共同の取り決めや掟のなかで——利用する林野であった。入会権を定義する際に、今もなお参照されるのが、川島武宜による次のような定義である⁽¹⁹⁾。「村落共同体もしくはこれに準ずる地域共同体が土地—従来は主として山林原野（ただしこれに限らない）—に対して総有的に支配するところの物権」である⁽²⁰⁾。1960年代に著された川島武宜によるこの定義は、物権の所有主体と利用主体との対応関係について「総有」概念をとおして論理化している点に、今もなお議論の応用可能性が見いだされている。

例えば、室田武・三俣学は、コモンズ論との異同を検討するなかで、川島武宜は「入会権によって守られる農山村民の生活があるとするならば、その権利をより狭義に限定してしまうのではなく、より広義に保障しようとし」たところにコモンズ論へと接続する可能性を見ている⁽²¹⁾。つまり、狭義の所有と権利の関係から総有として広義化することに、誰にとっての何のための権利なのかというときの対象が他ならぬ「山林原野」である点に、コモンズ論の対象もまた自然資源であることとの接点を見いだしているのである。

総有——共同所有と共同利用——には、室田・三俣も着目しているように、入会が単なる経済的な収益を上げることに限定されず、収益が目的とされない広義の機能を包含していること、また主体も限定的な個人ではなく、複数からなる複合的な主体である場合も含意されている。入会は、排他的所有と排他的利用という関係には、そもそもなじまない歴史的な仕組みなのである。入会を慣習や慣行として、一種

の例外的な権利とする見方もある。しかし、川島が総有という概念をとおして見ていた1950年代から60年代にかけて、入会が生活の一角として営まれていたことを考えるならば、確実に主体の共同性や複合性の姿があったということができらるだろう。

こうした総有をめぐる共同性を考える上で、江戸時代の入会林野や入山が明治維新後にどのような転換を経たのか、その要点を確認しておきたい。表1は、明治維新後の概略を年表形式でまとめたものである。まず重要になるのは、1873年（明治6年）の地租改正から1889年（明治22年）にかけての時期である。

木曾地方において、尾張藩の藩有林は、明治維新後と地租改正によって「官有林」として、その後「御料林」として移管されていく。木曾町も官有林と御料林にとって、重要な場所として制度化された。御料林への編入が1889年（明治22年）。宮内省御料局は1903年（明治36年）に御料局の木曾支庁を木曾福島に設置を決定し1906年に開庁した。この建物は、1927年の大火により全焼した後再建され、現在も御料館と呼称され保存活用されている。

官有林化は、民有林との区別を明確にすることを意味し、そのために地面の面積と地価が調べられることになる（地価取調規則、明治5年）。明治期の民法の法制化とほぼ同じ過程をたどるが、多くの民有林は1895年（明治28年）頃にかけて登記されていった。

表1 明治以降の林政に関連する概略史⁽²²⁾

1869年（明治2年）	の版籍奉還により江戸期の藩有林が明治政府に編入
1873年（明治6年）	地租改正
1876年（明治9年）	地租改正を受け、官民有区分により山林所有区分の明確化と、所有不明山林に対する国有化が進められる
1879年（明治12年）	内務省に山林局が設置される
1881年（明治14年）	新しくつくられた農商務省の山林局が、国有林を所管
1885年（明治18年）	宮内省に初めて御料局が設置される
1886年（明治19年）	大小林区署制度により、全国に林区署が設置

1889年 (明治22年)	町村制の施行により、部落有林野の町村有化がすすめられるが、旧村民の抵抗から旧村民がそのまま部落有林野の所有を認める制度 (旧財産区制度) が定着
1886年 (明治19年)	～89年 (22年) にかけて、国有林から内務省所管の北海道国有林と宮内省皇室林野局所管の御料林が分離される
1910年 (明治43年)	～1939年 (昭和14年) 部落有林野統一政策によって、公有林の造林開発などの目的から、部落有林野の市町村林野への組み入れが推し進められるが、住民からの入山利用をめぐる抵抗により、部落有林野統一政策は終結
1947年 (昭和22年)	林政の統一により、国有林、北海道国有林、御料林が一括して国有林として林野庁の管理下となる
1951年 (昭和26年)	国有林野整備臨時措置法、固有林野法、林野法の改正
1953年 (昭和28年)	町村合併促進法により、あらたに多数の財産区が生まれる
1956年 (昭和31年)	公有林野等官行造林法
1966年 (昭和41年)	入会林野等に係る権利関係の近代化の助長に関する法律 (入会林野近代化法) 以降、入会林野整備事業 (構造改善事業) が進められる

『開田村誌』には、1873年 (明治6年) に作られた「共有地一筆限連名簿」の記録が収められている⁽²³⁾。これは、先の明治政府による地価取調規則 (明治5年) をうけて作成した、明山＝共有地の各人の専用区域面積、地価金が明記されたものである。実は、すでに江戸時代に明山の「草山境改長」が作られ、各人の明山使用と区分けが明記されており、そうした文書が下敷きになって「共有地一筆限連名簿」が作られたという。

旧開田村の「共有地一筆限連名簿」の特徴は、共有地を5つのタイプに分け名簿が作られている点である。①農家の経営規模に応じて共有地を分割、②完全平等の入会地、③木曾馬の放牧地を平均分割、一部は規模利用別に分割。④死馬を埋めた共同利用地、⑤山神を祭った共同利用地。

この「共有地一筆限連名簿」が完成するのが1888年 (明治21年) と、かなりの時間がかけている。1873年から1888年の間に、何度も5

つの分類と登記の仕方をめぐって、開田村戸長と名簿の完成を急がせる西筑摩郡郡長の間でやりとりされたという。その「御願」と「回答」が『開田村誌』に記載されている。ここで開田村戸長から「御願」されているのは、旧開田村の共有地は、個人所有のように記載できる面積とできない特別な共有林野があり、その特別な共有地を認めてほしいというものであった。

この「草山境改長」は、当時の入会林野の姿を写しだしているものである。つまり、すでに5つの分類のように人びとは入会として林野を利用してきたのである。実際に、この特別な共有地は認められ、名簿では便宜的に簡易記載されることになった。その後、1895年（明治28年）に民法に基づいて登記がなされることになる。こうした過程は、旧開田村にかぎらず全国各地で交渉・調整が行われたものであった。

この交渉・調整過程が注目されるのは、地租改正と官有化のなかで、個人所有を明確にできない共有地が官有林へと取り込まれることであった。尾張藩の藩政下であっても事実上の所有状態、あるいは占有状態が成立していた入会山野としての明山、集落と近接した控地や控林が、官有林として収奪されていく過程であったのである。この過程では、さまざまな事件と争いや運動があった。よく知られているように、島崎藤村『夜明け前』のモデルとなった島崎吉左衛門（正樹）は、明山解放運動・木曾山林事件の中心的人物である⁽²⁴⁾。また、『開田村誌』には、官有林に編入された林木を、盗伐する事件がいくつも記録されている。そのたびに処罰されるものの、盗伐は絶えることなかったという。盗伐する木材は、そもそも明山にあった自分たちのものであったからだ。

このような旧開田村の事例は、全国のなかの一端にすぎないが、明治期において民法上、入会権をどのように規定するのか、その法制史的な過程と法社会学的な知見も含めて検討する必要性は高い。とりわけ、1904年（明治37年）の大審院判決や、その判決を覆したとされる1920年（大正9年）の大審院聯合部判決などをめぐって、所有権と入会

権との関係の論理化はその中心的な問題のひとつであった。こうした問題については、別稿に譲りたいが、重要なのは北条浩が指摘するように、「入会権を前近代的な権利関係と位置づけ、これを個別的私的所有権利への移行させることをもって——すなわち入会権の解体——入会権の近代化だとすると、当然のことながら入会団体（集団）は解体する」（傍点引用者）という過程をたどるからである⁽²⁵⁾。この指摘の含意は、先の川島の総有の概念から入会権を立論していくことの可能性にある。図式的に捉えなおせば、入会権は共同の複合的な主体の所有権によって基礎づけられながら、入会権はこの所有権によって排他的に条件づけられないとすることができよう。つまり、所有者が異なっても、入会という営みは成立しうること、自らが所有していない林野であっても入会の可能性の余地があるということである⁽²⁶⁾。

5. おわりに——江戸期の馬小作制度と貨幣経済

これまで木曾地方の江戸期から明治期にかけての入会の成立と変容を概観してきた。入会の権利と所有との関係は、その後も政治社会体制や政策的な制度化のなかで変容を被ってきた。例えば、1889年（明治22年）の町村制の施行による部落有林野の公有化（旧財産区）、1910年（明治43年）以降の部落有林野統一政策の強化、1953年（昭和28年）の町村合併促進法による新たな財産区の編成、1966年（昭和41年）入会林野等に係る権利関係の近代化の助長に関する法律（「入会林野近代化法」）以降の共有する入会林野の法人登記の促進や入会林野整備事業（構造改善事業）の実施といったものである。本稿の冒頭で紹介した、固定資産税の負担の問題は、こうした一連の歴史をもちながら、直接的には1966年の「入会林野近代化法」に起因するものである。

戦後の林業政策と入会林野について、より詳細なフィールド調査が必要である。そのことをふまえた上で、前節で触れた所有と利用との関係を考えていくために、最後にひとつの事例として開田地区（旧開田

村) の、木曾馬の独特な馬小作と入会について触れておきたい。

開田地区は古くから木曾馬の主産地であり、その歴史は8世紀にまでさかのぼると言われている。主産地として制度化されるのは、江戸時代のはじめに代官である山村家が設けた「毛付け制度」という徴税に端を発している。この制度は、馬の戸籍（馬籍）を作り、自由売買を禁じながら、馬の良質を選定し計画的に肥育、売買を行うものであった。そして18世紀の後半に、木曾福島に大きな馬市が開かれるようになった⁽²⁷⁾。『開田村誌』によれば、江戸末期には親馬が1200～1300頭の数が開田で飼育されていたという⁽²⁸⁾。

先述したように、入会山の柴山は木曾馬のための飼料を採取する草木地であり、奥山は夏の期間に放牧する場所であった。住居の中に厩が作られ、馬専用の竈まで設置されて飼育されていた。『開田村誌』には、昭和の時代まであった習俗として、子馬が生まれると人間の赤ん坊と同じように赤飯を炊いて祝ったり、田植え上がりには「トーネ祝い」といって子馬が生まれた家では集落の人たちを招きお祝いの宴を開いたり、馬が病気になると病気見舞いとして草笹を贈るなどの話が記載されているほどである⁽²⁹⁾。また、聞き取りのなかでも次のような話も聞くことができた。

夏の間、馬を放牧しているとどうしても塩分摂取が少なくなります。馬は牛ほど塩分は必要ないのですが、それでも足りない。放牧から家に帰ってきたときに、それを補うために厩の脇にある竈の大鍋で味噌汁を作って、飲ませたものでした。美味そうに飲むんです。(KD-3)

江戸時代に広がった馬の飼育と産馬制度は、「馬小作」（預かり馬、預け馬）と呼ばれる独特の制度を作り出した。この馬小作制度が生まれるのが、17世紀後半の寛文年間時代。広く浸透するのが、ちょうど馬市が開かれるようになった時期と重なる19世紀前半の天保年間だと言われる。馬小作とは、馬主が農民に飼料代金の壺分とともに馬を預け、

農民が農耕馬として利用すると同時に肥育をする。預けられる馬は牝馬である。多くの農民は、二頭飼育し、農耕の規模によってさらに三頭や四頭の場合もあった。預け馬から生まれた子馬を2～3歳くらいまで育て、馬市で売るという仕組みである。売値のおよそ四分の三（つまり足四本のうち三本分）が馬主に、四分の一が農民に分けられる。ただし、この比率はその後、六対四あるいは五対五になったとも言われている。

ここで注意が必要なのは、馬小作の制度は、馬地主は存在するものの馬主が必ずしも地主であったわけではないという点である。ただし、農民が豊かだったというわけではなく、その反対に生活は貧窮で、預かり馬に頼らざるをえない生活環境だった。この馬小作は、土地の封建的所有を条件にもちながら、むしろ江戸時代において成立していた貨幣経済、商品経済と結びついていたのである。馬主の多くは木曾福島に在する商人たちであり、馬市から得られる儲けを見込んだ「預け馬」は投資の対象そのものであった。さらに、馬主に投資する「馬無尽」と呼ばれる仕組みもあったという。

開田で今も家屋が文化財として残っている山下家住宅は、開田の中でも大きな馬主であった。山下家は商人というよりも、代々「伯楽」と呼ばれた馬医の家で、馬小作制度の中心的位置をなしていた。山下家がとっていたやり方を調査の中で聞くと、放牧などで預け馬が不慮の事故などで死んだ場合、馬小作の農民には賠償を請求することはなく、そのリスクは馬主である山下家が担っていたようである。ただし、馬の死は当然のことながら農民の現金収入にしわ寄せすることになる。

こうした馬小作制度は、入会林野の仕組みと一体となっていることがわかる。農耕馬としての木曾馬は、同時に商品でもある。しかも、馬小作制度は、商人資本にとっての投資システムそのものであった。入会は、馬小作制度を通して農耕と貨幣経済とを媒介させるひとつのシステムでもある。そして農民は、馬主－馬小作、封建制・藩領－小作の二重の構造化によって、入会林野の行為主体に位置付けられるも

のである。しかも、この馬小作制度は、明治維新や第二次世界大戦を経る中でも、1950年代の中頃（昭和30年頃）まで存続したのである。

明治維新後の私的所有と官有化（国有化）の大きなうねりのなかで、入会林野の所有—権利関係は変容を被ってきたが、あらためて本稿・第一節で指摘した、1950年代後半以降の山との生活からの解放について考えるとき、木曾馬をめぐって人びとが取り込まれていた貨幣経済システムから、別の貨幣経済システムへの移行であったことが浮かび上がってくるのである。林—農業中心の生活から賃労働へという単純な移行ではない。法制や政策的な変化と重なり合いながらも、ずれをはらんだ社会変容である。階層や階級という概念では演繹的に抽象化できない、林野と入会が作り出してきた、場所性に結びついた社会関係——階層や階級、市場経済などの社会の変容が積層されている。入会は、江戸時代までさかのぼる時間軸を有しているが、この時間軸は法や規範、掟と市場や貨幣経済、さらに生活やコモンな関係によって多次元な社会関係が構成されている。そこには、近代的なもの、そして近代化されえないものが内包されている。社会学が問わなければならないのは、この時間軸に耐えうるだけの変容をとらえていく方法論でもある。

- (1) 本稿に直接かかわる聞き取り調査は、2021年10月14日～16日にかけて、木曾福島、黒川、開田、宮ノ越の10人の住民の方々に対して行った。調査方法は、半構造化面接法を用いた。調査対象者は、木曾福島（1名、60代男性）、黒川（2名、60代男性と80代男性）、開田（3名、いずれも70代男性）、宮ノ越（3名、いずれも60代男性）、林業の専門家（1名、80代）。あらかじめ、「地域のける山林の所有のタイプと歴史」「入会の歴史と現在の姿」「山林が暮らしにもたらす恵みと、現代で山と暮らすことの魅力や苦勞」といった大枠の質問内容を連絡し、聞き取り調査対象者からの語りに対して質問と応答を重ねた。本稿で、聞き取り調査からの引用で用いる、KFは木曾福島、KDは開田のことを指している。
- (2) 木曾町の人口動態を概観すると、2021年10月1日時点で、人口11,127人、世帯数4,843世帯、65歳以上の高齢化率は42.0%となっている。高齢化率の推移は、2000年は27.1%（人口14,866人）、2010年は35.0%（人口

12,743人)と上昇している。こうした人口動態は、一方で人口の減少(自然動態および社会動態ともに減少傾向の継続)、他方で年齢階層における年少人口(0~14歳)および生産年齢人口(15~64歳)の減少と、高齢人口(65歳以上)の増加との相対的な関係によるものである。

人口動態については、「信州木曾町2018木曾町勢要覧：資料編」(<https://www.town-kiso.com/files/file/box/c6/c626359fbb033a7d39ca705964acb5b244c4afb3.pdf>)に基づく[2021年10月15日閲覧]

- (3) 役場庁舎は、木造(一部鉄骨)鋼板葺平屋建て。設計監理は(株)千田建築設計。庁舎の建設にあたっては、設計者を選ぶプロポーザル全国コンペを実施し建設された。庁舎の詳細は、木曾町編著『木の國・木曾町の庁舎づくりI—設計プロポーザル編：公募で設計者を選ぶ』フリックスタジオ、2019年、および『広報きそまち』2021年3月号(<https://www.town-kiso.com/files/file/box/6b/6ba28c922e8b1eb2d3c6dc272729084f54a9f33f.pdf> [2021年10月20日閲覧])を参照のこと。
- (4) 地元の木材を地元の技術で建設された庁舎は、2021年度の木材利用優良施設コンクール・林野長官賞や信州の木建築賞・最優優秀賞を受賞している。
- (5) 『開田村誌』(下巻)、5-10頁。
- (6) 山下千一『木曾山林物語——自然環境、緑と水の保全を願って』章文館、1991年
- (7) 『黒川郷の歴史と民俗』黒川林野利用農業協同組合、1975年、83頁
- (8) 錦織鋼場とは、現在の岐阜県加茂郡八百津町にある。木曾から伐り出され、木曾川を流し運ばれた木材を集め、筏を組んで尾張まで運んだ要地である。
- (9) 『木曾福島町史』(第1巻)、449-450頁。
- (10) 木曾山林の一連の年表は、木曾山林資料館の「木曾の林業の歴史・尾張藩~明治時代」を参照のこと(<http://kisosanrin1901.org/aeoeaeaezaeyaaea/> 2021年10月25日閲覧)。同様の記述は、『木曾福島町史』(第1巻)、450-451頁、『開田村村誌』(下巻)、17-38頁や『黒川郷の歴史と民俗』、80-102頁にある。
- (11) ここで謡われている「市川様」とは、1726年(享保11年)に初代材木奉行となった市川甚左衛門のことを指しているが、鞆山が1684年に定められたことをふまえると、市川様と鞆山とは一致しないと考えられる。しかし、それほどまでに材木奉行の地位と力があったことをうかがわせる。
- (12) 『木曾福島町史』(第1巻)、452頁。
- (13) 最初に停止木が定められたのは、1708年(宝永5年)で、ヒノキ、サワラ、コウヤマキ、アスナロ(アスビ)の4木であった。1728年(享保13年)にネズコが加わった。さらに江戸期の後半の時期である1849年(嘉永2年)にケヤキも停止木とされた。

- (14) 山下千一、前掲書、72頁。
- (15) 島崎藤村『夜明け前 第一部（上）』岩波書店（岩波文庫）、1969年、141-142頁。
- (16) 『木曾福島町史』（第1巻）、495頁。
- (17) 北条浩、前掲書、20頁。
- (18) 北条浩、前掲書、5-6頁。
- (19) 例えば、山下詠子『入会林野の変容と現代的意義』東京大学出版会、2011年。室田武・三俣学、多辺田政弘（補）『入会林野とコモンズ』日本評論社、2004年。北条浩『入会・入会権とローカルコモンズ』御茶の水書房、2014年などを参照のこと。
- (20) 川島武宜『川島武宜著作集 第八巻』岩波書店、1983年、67-68頁。
- (21) 室田・三俣、前掲書、146頁。
- (22) 木曾山林資料館「木曾の林業の歴史・尾張藩～明治時代」（http://kisananrin1901.org/?page_id=23、2021年11月1日閲覧）、「中部の国有林—令和3年度中部林野局の取組」（<https://www.rinya.maff.go.jp/chubu/press/kouhou/attach/pdf/210427-1.pdf>、2021年12月10日閲覧）、および香田徹也編『日本近代林政年表 1867-1999』日本林業調査会、2000年を参考に作成
- (23) 『開田村誌』（下巻）、154-175頁。
- (24) 『夜明け前』が、史実にどのくらい基づいているのかは議論がある。例えば、西川善介「島崎藤村『夜明け前』における木曾山林事件の虚実——林業経済史の立場から——」『専修大学社会科学年報』第40号、229-239頁、2006年、専修大学社会科学研究所。
- (25) 北条浩、前掲書、415頁。
- (26) 所有者と入会の行為が異なる事例は、現在いたるところである。筆者の身近な事例を挙げるならば、カタクリが自生・群生する林野を地域の蜚の生態系に関心をよせるグループが、散策の場所としても活用できるように保全する活動をするとき、その林野の所有者の多くが群生地を地域に開放するようなケースである。
- (27) 馬市は、福島県白河や鳥取県大山の馬市と並んで、規模が大きいものであった。
- (28) 『開田村誌』（上巻）、833頁。
- (29) 『開田村誌』（上巻）、860-861頁。

中国特許権侵害訴訟における 「合法的な出所」抗弁の適用

劉 斌 斌

日本法学 第八十七卷第四号 (二〇二二年二月)

はじめに

- I 特許権侵害における「合法的な出所」抗弁に関する法技術の設定
 - 1. 「合法的な出所」抗弁に関する歴史的な流れ
 - 2. 「合法的な出所」抗弁条項に関する法的な設定
- II 特許権侵害における「合法的な出所」抗弁の適用要件
 - 1. 主観的要件——「知らずに」
 - 2. 客観的な要件——「出所が明確且つ合法的である」
- III 「合法的な出所」抗弁を認定の際に係わる問題点
 - 1. 「出所が合法的」に関わる争議
 - 2. “三無製品”の場合「出所が合法的」であることが直接否定できるか
 - 3. 侵害製品提供者の被告として追加することができるか
- IV 「合法的な出所」抗弁の視点から見る、特許権侵害される場合の方策
 - 1. 「合法的な出所」抗弁の立法目的に関する認識
 - 2. 「知っている」ことを証明する際の注意点
 - 3. 商品の「出所が合法的」であることを証明する際の注意点

おわりに

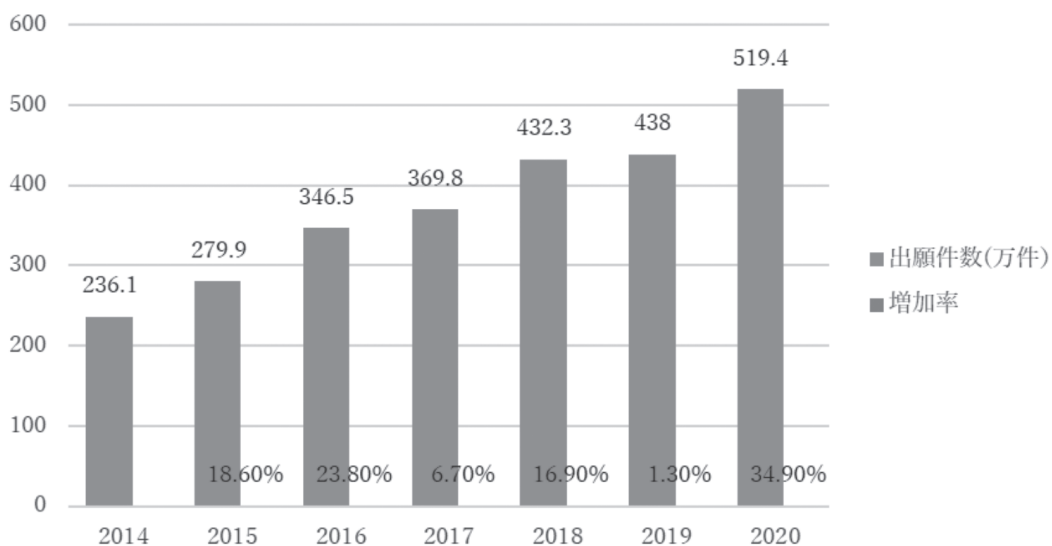
はじめに

近年、中国において、特許出願 (図表1)⁽¹⁾ 及び付与 (図表2)⁽²⁾ の件数は年々増加すると共に、特許権侵害訴訟の件数⁽³⁾ (図表3) も増え続けている。侵害行為を徹底的に取り締まるためには、通常、侵害製品

三七〇 (六二二)

の出所、つまり製造業者に対し、法的な措置を取ることが最も効果的と言われる⁽⁴⁾。しかし、現実的には、特許権侵害製品の製造行為は極めて隠蔽されており、発見するのがかなり困難であって、特許権者が本来の侵害製品の出所を見つけるのは難しいことが多い。よって、特許権侵害訴訟では、ほとんどの場合、特許権者は侵害製品のユーザーまたは販売者のみを訴え、ユーザーまたは販売者の侵害責任を追求することが多い。一方、中国では、民法における善意の第三者理論により、特許法において、善意の使用人または販売者に対し、侵害行為であるにもかかわらず、“損害賠償の責任を免れる”という抗弁権利を付与されており、即ち「合法的な出所」抗弁という。

2014-2020年中国特許（発明・実用新案・意匠）出願件数及び増加率



図表：1

2014-2020年中国特許（発明・実用新案・意匠）授与件数



図表：2

通常、侵害製品が市場に出回ると、特許権者は販売のルートにより侵害されることに気づき、侵害製品を購入したユーザー、販売の申出者または販売者を相手として訴訟を起こすことになる。この場合、ユーザー、販売の申出者または販売者は、生産経営を目的として侵害製品を入手したが、その入手した製品が他者の特許権を侵害しているかどうかについては、詳しく調査していない可能性もあり得るため、被告側は、裁判所の召喚状を受け取る際に、侵害または侵害の恐れがある行為であることを初めて知ることになる。このような場合に弁明権利を与えるため、「合法的な出所」という抗弁を、立法の趣旨とするが、中国では、実際に上に述べたような場合の知的財産権侵害訴訟において、殆どの被告側は、抗弁の一つ事由として「合法的な出所」を、法廷で申し立て論争することは少なくない。

「合法的な出所」抗弁は、中国がWTOへの加盟及びTRIPs条約の遵守という、国際要請に応じなければならない背景の下で作られた抗弁条項である。特許権侵害紛争において、「合法的な出所」抗弁は、法の条文の制定から現在に至るまで何度も改正されてきたが、生産・経営を目的とした善意のユーザー、販売の申出者、または販売者の法定

抗弁理由の一つになった。しかし、近年中国司法実務において、「合法的な出所」抗弁に関わる「知らずに」、「合法的な出所」、「第三者の追加および責任の問題」等、諸要件の認定について、意見の相違が見られている。

本稿は、中国における特許権侵害訴訟の「合法的な出所」抗弁の起源及び数回にわたっての改正に関する背景、定義について説明し、近年特許権侵害における「合法的な出所」抗弁の適用に関する実務上の判定を考察した上に、その問題点も明らかにすることが目的である。これからの「合法的な出所」抗弁の改善及び方向性も加え、特許権侵害される場合の対策として、何らかの示唆を与えられれば幸いである。

民事事件	最高裁判所	受理 3470 件 (+38.58%)、結審 3260 件 (64.98%)
		各地方裁判所
		一審 443326 件 (+11.1%)、結審 442722 件 (+12.22%)
		二審 42975 件 (-13.54%)、結審 43511 件 (-10.67%)
行政事件	最高裁判所	受理 1909 件 (79.08%)、結審 1735 件 (96.27%)
		各地方裁判所
		一審 18464 件 (+14.44%)、結審 17942 件 (+4 件)
		二審 6092 件 (-16.59%)、結審 6183 件 (+4.06%)
刑事事件	各地方裁判所	一審 5544 件 (+5.76%)、結審 5520 件 (+8.77%)
		二審 869 件 (+7.55%)、結審 854 件 (+5.82%)

図表 3：2020年度裁判所にける知財事件の受理・結審に関する状況

I 特許権侵害における「合法的な出所」抗弁に関する法技術の設定

1. 「合法的な出所」抗弁に関する歴史的な流れ

特許権法は、特許権を中心に諸権利を保護対象として運営されてきたが、それらは知的な所有物であり、無体財産権であって、世界経済がハイスピードで進んでいる現在、完全な形で独占されることを実現するのは、現実的に不可能であろう⁽⁵⁾。中国では、特許権侵害とは、

「特許権者の許諾を受けずにその特許を実施する」行為である⁽⁶⁾。即ち、特許権が付与された後、特許権者の許可なしに、あらゆる単位⁽⁷⁾または個人が、特許権者の特許を実施することはできず、生産及び経営の目的として、特許権者の特許製品を製造、使用、販売、販売の申出、輸入することはできない。また、特許権者の特許方法を使用し、もしくは特許権者の特許方法に従って、直接取得した製品の使用、販売、販売の申出、輸入することもできない。逆に、許諾を受けずに上に述べた行為を実施すると、他者の特許権を侵害することになる⁽⁸⁾。特許権侵害行為の存在は、特許権侵害紛争における「合法的な出所」抗弁の前提である。つまり特許権者は、自らの利益を守るために、侵害者に対してその侵害行為によって生じた損失を、救済策として訴訟などの適正な手続きにより是正することができる。特許権侵害紛争においては、訴訟手続きで解決するために、多くの場合、「合法的な出所」抗弁問題に及ぶ、その抗弁の適用に関する司法判断を下さなければならない。

現在の中国において、1980年代初期に、特許権、商標権という知的財産に関する権利の名称及び関連する条例などは存在していたが、私有経済や私有権などは否定されていたため、この時期の知的財産制度は、中央の行政管理機能として役割を果たすしかなかった。これは、私権である知的財産権は、高度に集中的な社会主義公有制に基づく計画経済と相容れないと考えられていた。1979年末から80年初期にかけて、改革開放政策⁽⁹⁾により門戸開放をし、国内経済の活性化と国際経済協力及び技術交流の拡大が進み、知的財産法制度の創設が強く推進された⁽¹⁰⁾。結果として、1983年に『商標法』⁽¹¹⁾、1985年に『特許法』⁽¹²⁾、1990年に『著作権法』⁽¹³⁾が制定・施行された。これらは知的財産権法制度の整備、創設を意味すると言えよう。

知的財産権法制度創設された後、中国は知的財産国際舞台に新規参入することになったが、外国とりわけプロパテント政策をとるアメリカは、中国が知的財産制度を運営するにあたって、貿易の流れに対す

る障害にならないよう、中国の知的財産権法制度が国際基準に調和・接近するよう強く求めた。その後1990年以降、3回にわたる知的財産権保護を巡る激しい米中摩擦は、中国の知的財産権法制度の全面的発展につながり、修正などの整備が進み、WTO加盟するまで至った。そして2000年前後における、知的財産権法の全面修正において、著作権法、商標法、特許法と共に、「合法的な出所」抗弁条項が増設されるようになった。紙面に限りがあるので、本稿は特許法における「合法的な出所」抗弁を論述することにしておきたい。

特許法の目的は、特許権者の特許権を保護し、特許権の保護によって技術の進歩を促進し、ある面の公共政策の目標を実現することである。マクロレベルから言えば、特許法は専有権を付与することによって、技術の創造と伝播を促進し、社会の進歩を促進する制度である。発明成果を創造する無形情報の特徴を有し、発明者と使用者の固有の矛盾が現われた場合に、これに対する協調を与える必要がある⁽¹⁴⁾。つまり、特許権を効果的に保護し、合理的かつ適度に特許権を制限することで、革新をより激励し、特許発明と創造を促進し、最終的には経済発展、科学技術進歩、人類生活の物質的条件及び発展の環境をより良く促進させることができる。このような理念の下で、中国は、「合法的な出所」抗弁条項が法に入られることは法制上最も基礎的な理念であると考えられる。

中国の現行の特許法は1984年3月12日に可決され、1985年4月1日から施行されている、新中国の初の特許法で、これまで1992年⁽¹⁵⁾、2000年⁽¹⁶⁾、2008年⁽¹⁷⁾、2020年⁽¹⁸⁾の4回にわたって改正と整備を経てきた。「合法的な出所」という内容が、初めて示されたのは1984年に制定された「特許法」の62条の2項である。「特許法」(1992改正)は、同じく62条の2項で、内容も変わらずそのまま運用されていたが、「特許法」(2000修正)は、「合法的な出所」抗弁として、63条2項で、内容も大幅修正した。また、「特許法」(2008年改正)の70条として、2000年改正法を基にして、「販売の申し出」を付加し、改正を行った。2016年、

中国最高人民法院は「特許権侵害をめぐる紛争事件の審理における法律適用の若干問題に関する解釈」⁽¹⁹⁾という司法解釈（以下司法解釈（二）をいう）を頒布し、その第25条において、特許法（2008改正）の第70条に規定された「合法的な出所」抗弁の適用に関する認識・理解など詳しく解釈した。特許法（2020年改正）は、内容が2008年改正法の70条と同じく、そのまま施行されたが、項目としては、改正に伴い77条に変わった。

2. 「合法的な出所」抗弁条項に関する法的な設定（図表4）

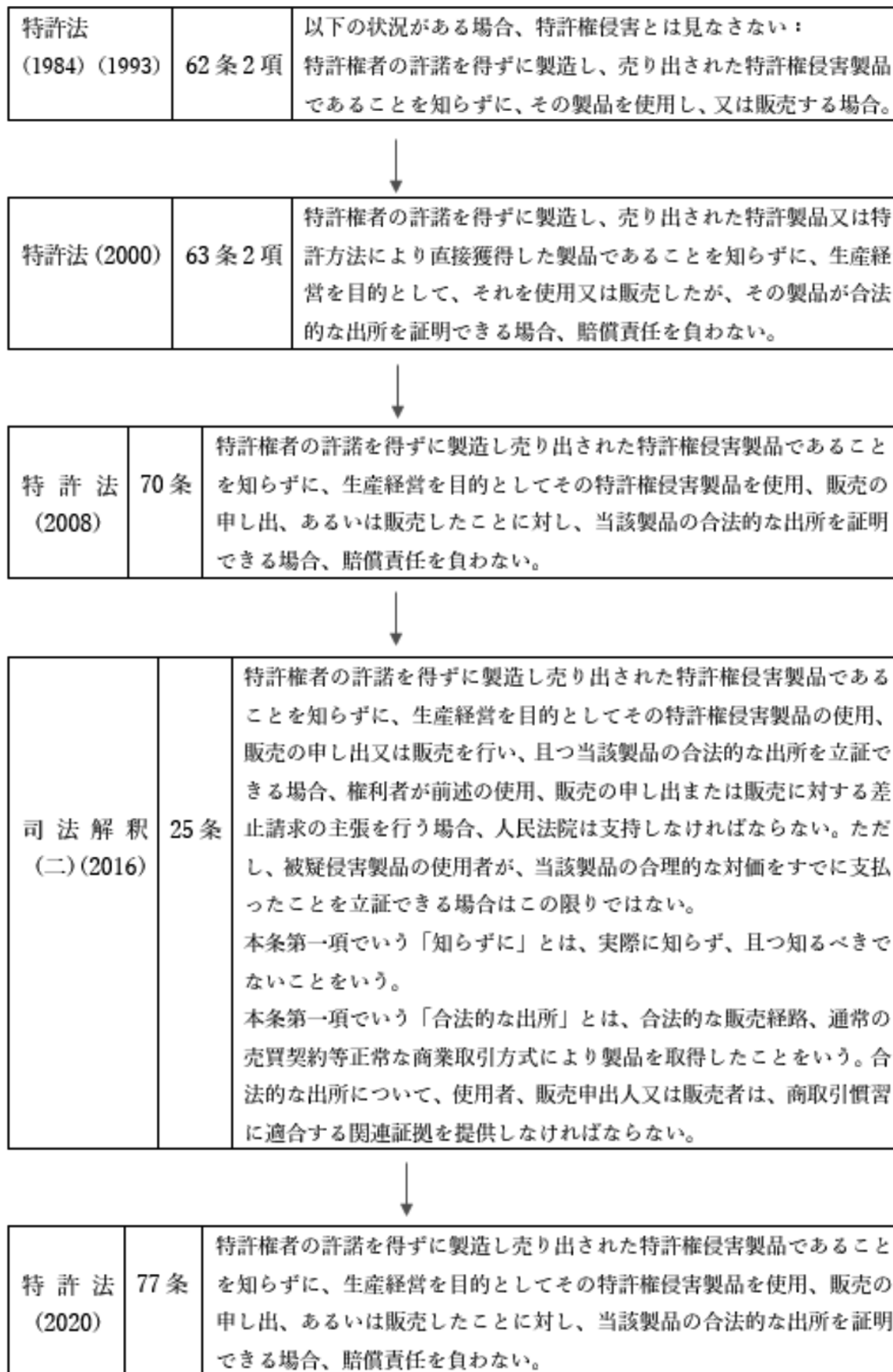
1985年4月に施行された特許法（1993年改正法も）において、62条の2項に、以下の内容が規定された。即ち、「以下の状況がある場合、特許権侵害とは見なさない：特許権者の許諾を得ずに製造し、売り出された特許権侵害製品であることを知らずに、その製品を使用し、又は販売する場合」。ここで、「知らずに」と「侵害とはみなさない」が、この条項の眼目であり、司法認定の基準と言われた。つまり、使用者及び販売者が、主観的な心理状態において、……「知らなければ」特許権侵害とはならないということであり、主観的な「知らない」要件であれば、違法行為に対する阻止事由になり、如何なる法律責任をも負わないものとする。この規定から見れば、使用・販売行為の目的を限定していないため、範囲が広すぎて、例えば、社会一般大衆として、普通の取引行為を通じて得た製品を日常的に使うことも、この条項に規定されている「使用」行為とも言えるおそれがあると言われた。語彙の内包と外延は確定されていないため、結果として特許権者の利益を保護しすぎ、社会生活を営む一般大衆の利益を損なう恐れがあり、利益バランスの調和という、立法目的の実現の障害になる。この条項において、使用者または販売者に対し、特許権侵害商品の出所について披露しなければならないという披露義務は規定されず、特許権者の保護に対し不利を与える恐れがある⁽²⁰⁾。また、特許権侵害製品の製造者は、特許権侵害の民事責任を負うことを避けるために、隠れた方式で侵害製品を製造し、他人に販売またはその製造製品を使用させると

いう実態になる恐れがある⁽²¹⁾。

外部要素から見れば、2000年前後のあたり、中国は無事に WTO 加盟することができるように、しばしば外国から非難されている知的財産権立法と保護問題を立法機関において全面的に整理し、改善した⁽²²⁾。そのなかで、販売者又は使用者が権利侵害を構成するのは、主観的悪意を必要とせず、主観的に善意であるかどうか及び合法的な出所があるかどうかは、その賠償責任を負う時の考慮要素となった。2000年改正特許法の第63条の2項は、「特許権者の許諾を得ずに製造し売り出された特許製品、又は特許方法により直接獲得した製品であることを知らずに、生産経営を目的としてそれを使用又は販売したが、その製品が合法的な出所を証明できる場合、賠償責任を負わない」と規定された。このような修正は、販売者と使用者に対する権利侵害責任の帰責原則に根本的な影響を与えた。即ち、このような状況下、以前の特許法（1985年及び1993改正）は、権利侵害責任が成立するかどうかは、責任者の過失を要件とする形は、改正後、損害賠償責任の成立は責任者の過失を要件とするようになることで、「合法的な出所」抗弁も、違法に対する阻止事由ではなくなり、損害賠償責任の免除に対する事由となった。

その後の特許権侵害訴訟実務において、「合法的な出所」抗弁が大量に引用され、「合法的な出所」抗弁の主体がしばしば拡張され、新しい類型の侵害者に対し、「合法的な出所」抗弁の引用ができるかどうか、争いの焦点になり、立法のヒステリシスが現れた。2008年前には、適格な抗弁主体は特許権製品の使用者と販売者しか含まれていなかったため、販売の申し出者が抗弁主体として訴訟を起こしたというケースが増えつつあるにもかかわらず、現行法（特許法2000年改正）によれば、販売の申し出者は「合法的な出所」抗弁を引用できなくなってしまい、2008年特許法の改正にあたって第63条2項の修正を迫った。結果として、2008年の改正法は、販売の申し出者を「合法的な出所」抗弁の主体に入れることになった。

2016年に、中国最高人民法院により頒布された「司法解釈（二）」によれば、「合法的な出所」抗弁に関する主観と客観要件について、さらに明確にした。即ち、「本条第一項でいう「知らずに」とは、実際に知らず、且つ知るべきでないことをいう。“合法的な出所”とは、合法的な販売経路、通常の売買契約等正常な商業取引方式により製品を取得したことをいう。“合法的な出所”については、使用者、販売申出人又は販売者は、商取引慣習に適合する関連証拠を提供しなければならない⁽²³⁾」。これによれば、裁判所はこのような事件の審理にあたって、「合法的な出所」抗弁請求を主張された被告側に証拠の提出を求め、且つ提出された証拠によって挙証責任を負う当事者に不利な結果を及ぼす恐れがあることを承知した上で⁽²⁴⁾、主観的と客観的要件から「合法的な出所」抗弁の成立に関わる審査・判断をすることに決着した。言い換えれば、このような事件に関する実務上の難関は、主観及び客観的な要件の審査・認定に関する基準に集中した。



図表 4 : 「合法的な出所」抗弁条項に関する変遷

II 特許権侵害における「合法的な出所」抗弁の構成要件

2011年末頃、中国最高院人民法院知的財産法廷である民三廷は、既に特許権侵害に係る判断標準について、特別プロジェクトとして、調査・研究の作業を始めた。「司法解釈(二)」を2014年度最高人民法院司法解釈立項計画に含めて、全国に向けて公開意見を求めた。関連機関や法学者、弁護士、企業側などが意見をまとめた上で、草案を16回審議し成文化して、2016年1月25日に最高人民法院審判委員会により、討議を経て通過した。「司法解釈(二)」の起草は特許法の立法目に集約し、特許裁判の実践に立脚し、特許裁判にかかる問題点を直面して、利益平衡原則を維持したという⁽²⁵⁾。

特許法(2008年改正)第70条において、使用者、販売の申出者、販売者が申立てた「合法的な出所」抗弁が成立すれば、その賠償責任は免かれる。しかし、実務において、大きな争点になったのは、善意の使用者に対し、「合理的な出所」を証明した上に合理的な対価も支払った場合、その商品の使用行為を差し止めとするべきか否かという問題である。実際に、特許権侵害製品の使用者は、自分が購入した製品が侵害製品であることを知らない、且つ知るべきでないにもかかわらず、侵害行為チェーンの末端ユーザーであるため、権利者に容易に見つかり、権利者に訴えられるケースが多いという見解が最高裁に示された⁽²⁶⁾。この場合、たとえば製造者、販売者、使用者共に共同(侵害)被告となり、特許法(2008年改正)第70条によれば、侵害行為が成立すると、「合法的な出所」抗弁があっても、使用者に対し損害賠償の責任を負うことを免れるが、使用差止めの権利侵害責任を負わなければならない。もし、差止めをしなければ、その対価として特許権の使用料を支払わなければならないことになる。しかし、この場合には、使用者は特許権侵害製品を購入の際、既に費用を払ったはずであって、もし使用行為を差止めず継続するならば、使用料を支払うことで、実際には二倍の対価を支払うことになってしまう。よって、「司法解釈(二)」は利益平衡原

則に従い、特許権と他の民事権利との法律境界を明らかにするため、第25条の但し書きを通して、善意の使用者（の差止め）を排除した⁽²⁷⁾。「司法解釈（二）の施行に伴い、「合法的な出所」抗弁の構成要件も、理論と実務両面から、検討し明らかになってきた。即ち、「合法的な出所」抗弁を成立させるには、侵害製品が「合法的な出所」を有するという客観的な要件と、販売者等には主観的な過失がないという要件を同時に満たさなければならない⁽²⁸⁾。

1. 主観的要件——「知らずに」

「合法的な出所」抗弁を成立させる主観的な要件は、抗弁者自身が使用、販売の申し出若しくは販売している製品が、他人の権利を侵害したことを知らないことを指す。ここで、「知らずに」とは、実際に知らず、且つ知るべきでないことをいう⁽²⁹⁾。実際に、実務において、この要件に関する審査及び認定は、極めて困難だと言われる。

「知らずに」という主観的な要件の立証責任は権利者が負うか、抗弁者が負うか、について、意見が分かれていた。抗弁者はその抗弁に対する主観的と客観的要件を共に立証すべきだという意見⁽³⁰⁾もある。一方、抗弁者は客観的な要件を立証しなければならないが、権利者は抗弁者に対し、その主観的な要件を満たさないことを立証すべきだという意見もある⁽³¹⁾。学問上の代表意見は、「行為者が自分の行為に対し、合法的な出所に関する挙証をすることは、主観的な善意であって、賠償責任を免れるよう証明することである。ここで、立証責任の転換になる。即ち侵害者が自ら、自分の主観的な状況を証明することになる」^{(32)、(33)}。

これに対し、裁判官側は、「原告の権利者は、もし、以下のような事実存在を証明できれば、例えば、販売者が権利者との間に特許製品を販売する契約証などを結んだこと……あるいは権利者が使用者、販売者に対し、警告書もしくは弁護士書状を送った事実があれば、使用者或いは販売者が知っている、若しくは知るべきである理由が合理的であると認定すべき⁽³⁴⁾」。

この点に関して、広東雅潔意匠権侵害案⁽³⁵⁾を通して、再審の段階で、

最高人民法院は、「主観的要件という消極的な事実に対しては、消極的事実の証明規則に基づき、権利侵害者（抗弁者）が使用、販売の申出または販売しているものが権利侵害製品であることを知っている若しくは知るべきことを、権利者は証明し、それによって“合法的出所”抗弁の成立を否定しなければならない。もし、権利者が権利侵害者（抗弁者）に対し、（権利侵害製品であることを）知っているもしくは知るべきことを証明できなければ、一般的、侵害者の使用、販売の申出または販売しているものが権利侵害製品であることを“知らずに”と推定されるので、その権利侵害製品の使用者と販売者は「善意的」と認定できる」という見解が出された。“伊蘭特眼鏡案”⁽³⁶⁾において、裁判所側も同じ見解の判旨を下した。よって、実務上に、「合法的な出所」抗弁成立の可否の際、主観的な要件に関して、一般的に権利者即ち原告は証明しなければならない。被告に対し、消極的な証明責任を負うしかないため、原告側は被告が「知っている」ことを積極的に証明しなければならないし、「知っていること」或いは「知るべきであること」を証明若しくは推定できる証拠が必要とされる。

どんな状況で被告が特許権侵害製品であると「知らずに」或いは「知るべきでない」ことを推定できるのか、実務上で判断するのはいろんな困難があったが、一般に、①一つの特許権を重複的に侵害される場合、②販売者と製造者が同一人物であって「合法的な出所」抗弁を主張できない場合、③合理的な通知書を受け取った後、「合法的な出所」抗弁を主張できない場合、④明らかに市場の仕入価格より低価格或いは明らかに取引習慣に合わない行為あった場合において、逆に「知っている」或いは「知るべきである」ことを推定できるとされる。

判例によれば、①の場合、仮に、被告が特許権侵害として、特許権者にこれから侵害しないこと承諾をしたにもかかわらず、また再侵害をした場合、その「合法的な出所」抗弁に関する主観的な要件が備わらないことで、提出された証拠が採用されるか否かに関係なく、主観的な要件を満たさないことになる⁽³⁷⁾。②の場合、製造を他人に委託す

る場合を含む、受託人も「合法的な出所」抗弁の主張ができないとされる。また、被告人が権利侵害製品の製造や販売することに参入した場合、その「合法的な出所」抗弁の主張権利も失ってしまう⁽³⁸⁾。③の場合、成立するなら、特許権者（原告）から侵害者（被告）に送達された通知書の記載内容に十分な必要情報が記載されることを基準とし、侵害者の主観的な心理状態を推定できるとされる⁽³⁹⁾。④の場合、抗弁者が提出した「合法的な出所」抗弁に係る証拠が、商取引慣習に適合しなければならない。例えば、案外人（事案外のもの）が販売者に対し、発行された該当製品の製造や販売に関する説明書という、言わば証言のみで他の客観的な証拠がなく、証明力が乏しい場合、それによって、「知らずに」などと繋がらないため、「合法的な出所」抗弁の主観的な要件の構成ができない⁽⁴⁰⁾。

2. 客観的な要件——「出所が明確且つ合法的である」

「合法的な出所」抗弁成立に不可欠な客観的な合成要件とは、権利侵害製品が明確な出所を有し且つその出所が合法的であることを指す。ここでは客観的な要件を構成するための立証責任を抗弁者が負うことに異議がない、つまり抗弁者にとっては、この要件を満たすために、権利侵害製品について、明確な出所を有する且つ合法的であることを、証拠を挙げて証明しなければならない。製品の出所が明確であるかどうかは、客観的な事実を判断することである。その出所が合法的あるかどうか、事実認定することであり、法律的評価が関っている。抗弁者にとって、主観的な「知らずに」要件を満たせるのは、自分が使用、販売の申出或いは販売する製品が、権利侵害製品であることを知らないことで、つまり合理的な注意義務を負わなければならない。「出所が明確且つ合法的である」という客観的な要件を満たすために、権利侵害製品の仕入ルートなど出所に関する情報を提供し、情報に関する披露義務を果たさなければならない⁽⁴¹⁾。

抗弁者にとっては、出所が明確であることを証明するために、明確で、真実且つ唯一存在する仕入先という情報を提供しなければならな

い。提供された情報について、少なくとも原告側がその主体（仕入先）のことを分かり、或いは調べることができるなら、その仕入先の個人情報に関して、必ずしも提供されなければならないことはない（例えば、仕入先のホームページ等）⁽⁴²⁾。しかし、一般的に仕入先、いわゆる「提供者情報」を確定することは、善意の侵害者が「合法的な出所」抗弁の成立によって賠償の責任を免れる場合、善意の侵害者に提供された侵害製品提供者の情報に基づき、その提供者に賠償など請求の主張が行われることを目的としているので、善意の侵害者から説明された「提供者情報」が『民事訴訟法』⁽⁴³⁾に関する「被告を明確にする」⁽⁴⁴⁾という要求に適合しなければならない⁽⁴⁵⁾。即ち、侵害製品提供者は自然人である場合、その名前、性別、勤務先、住所等の情報を含まなければならない。侵害製品提供者が、法人或いは他の組織である場合、その名称、住所を含まなければならない。この見地から、民事訴訟法第119条及び121条の規定に従って、善意の侵害者に対し、侵害製品提供者に関する情報説明を求めるのは、普通の取引慣習においても適合されると考えられる⁽⁴⁶⁾。

また、「出所が合法的」であることは、侵害製品を合法的に取得したと解釈できる。「司法解釈（二）」によれば、「出所が合法的」とは、合法的な販売経路、通常の売買契約等正常な商業取引方式により製品を取得したことをいう⁽⁴⁷⁾。実務において、「出所が合法的」であることに関する判断基準については、それぞれの裁判所の把握標準が一致していない。最高人民法院より公布された「典型的な判例」からみれば、この判断基準に指導的な見解が見出される。即ち、「出所が合法的」とは、合法的な販売経路、正常な取引方式により、合理的な価格で、他者から購入した侵害製品であり、且つ、主観的にその製品が権利を侵害したことを知らないことである⁽⁴⁸⁾。「取引慣習」に関しては、原則的に購入領収書、レシート、支払い伝票等含まれるが、ほかのさまざまな（例えば正規なものでない）約束了解書や仕入れ送り状等のものの証明力についても、実情に基づき、ケースバイケースで「販売商の相違

により、「拳証義務を区分すべき」であるという意見も出されている。例えば、卸売業対小売商、大型スーパーマーケット対自営業者の場合、後者より前者はもっと大きな注意義務を引き受けなければならないということである⁽⁴⁹⁾。また、自営業者等の場合、高度な注意義務を負わせるべきでないという判決も見られる⁽⁵⁰⁾。ただ、「取引慣習」に合致する相対的な証拠が乏しい場合、「出所が合法的」であることを認められない⁽⁵¹⁾。

Ⅲ 「合法的な出所」抗弁を認定の際に係わる問題点

1. 「出所が合法的」に関わる争議

上に述べたように、客観的な要件として、権利侵害製品の「出所が合法的」であることの判断が抗弁にとって成立するかどうかは重要な点である。しかし、現実では、異なる裁判所の間、又は学者と裁判官の間に、判断に関する観点の相違があるという背景の下は、特許権侵害訴訟事件の事件状況や争議焦点等、たとえ殆ど似ていても、結果として異なる裁判所により、異なる判決が下さることもしばしばである⁽⁵²⁾。

中国では、最高人民法院は「司法解釈」の形で、法の理解、認識及び執行にあたって、法律効力を有する指導・解釈を行っている。このほか、各省高級人民法院等、ある種（分野）の事件において審理のガイドライン（中国語：“指導意見”）のようなものも、時々配布されることになる。「合法的な出所」抗弁の審査基準に係る「司法解釈」と“指導意見”については、上に述べた最高人民法院の「司法解釈（二）」のほか、広東省高級人民法院の「著作権侵害等紛糾案件に係る若干問題の指導意見」⁽⁵³⁾第10条、江蘇省高級人民法院の「特許案件裁判ガイド」⁽⁵⁴⁾第5条10項などが数えられる。しかし、これらの文書を比べると、権利侵害製品の販売者に対する拳証責任において、広東省高級人民法院のガイドラインは、はるかに厳しいと思われる。つまり、販売者に対し、提供される証拠において、形式的な要件と実質的な要件の両方を満た

さなければならないことである。販売者は製品を購入或いは入手した際、少し注意に欠けていれば、事後に（訴訟の際）裁判所に規定されたレベルの証拠を提出し難く、最終的に賠償責任を負わなければならないになってしまう。このような厳しい審査では、販売者の不公平に繋がる恐れがあるのではないかと考えられる。これに対し、江蘇省高級人民法院の「指南」から見れば、「合法的な出所」に関する認定について、完全に契約法から規定された要件に基づき、販売者に対し、契約要件の正当性と合理性を証明できさえすれば、即ち、裁判官の心証成立という証拠を取得すれば、証明する任務（義務）が完了するが、証拠の形式は問わない、という見解が感じられる。ただ、最高人民法院の「司法解釈（二）」の頒布・施行が、権威的な指導意義を持つことや、合理性を評価することに伴い、各地方裁判所のガイドラインや「指導意見」等により、「合理的な出所」抗弁に関する規定等、「司法解釈（二）」や改正特許法の方針に基づいた修正作業を行っているだろうと考えられる。

だが、最高人民法院「司法解釈（二）」と「特許案件裁判ガイド」江蘇省高級人法院の見解に対し、疑問の意見も見出される。即ち、「合法的な出所」に関する認定の際、「正当な取引行為」が「合法的な出所」と同等とされる考え方について、議論の余地がある⁽⁵⁵⁾。なぜならば、契約関係の正当性と合理性は、合法性と等しくないから、侵害製品に関する「合法的な出所」の合法性とは、契約関係の形と手続きが法律規定に適合することである。一方、その正当性は契約関係の内容に対する価値的な判断であって、契約関係の内容に対し、正しさと合理性に適合しなければならないということである⁽⁵⁶⁾。よって、最高人民法院と江蘇省高級人法院の見解は、契約関係の正当性と合法性との関係を混乱してしまったのではないかと思われる。

また、「合法的な出所」に関する審査時に把握した寛厳度については、異なる意見がある。法院は審査時に、契約を結ぶ時係る商品が訴えられた権利侵害製品と同一であるか、また契約日時がほかの証拠と関連

性がある証拠チェーンになり得るか⁽⁵⁷⁾、そして契約された商品の数量が実際に取引された数量と同じか、ということに重点を置くべきだという意見がある⁽⁵⁸⁾。つまり、販売者から販売された侵害製品が、売買契約された商品との関連性及び証拠チェーンになれるかどうかについて審査すべきだと主張している⁽⁵⁹⁾。最高人民法院の最近の判例もこれに応じて、「合法的な出所」抗弁に関する証拠においては、取引の相手、真実性、取引行為に関する証拠間の関連性、取引行為と侵害製品の同一性等の厳格に審査を行わなければならないという判旨が見られる⁽⁶⁰⁾。しかし、これに対し、一部地方裁判官側は、法廷に対し、販売者が生産者の関連資料を提出する、且つ、原告は販売者の主観的な故意を証明できない場合には、「合法的な出所」抗弁が成立し、販売者から提出された証拠を重視しなくてもよい、という類の見解も現れている⁽⁶¹⁾。この見解から見れば、販売者の主観的な過失を証明する挙証責任を特許権者に分配し、販売者に対し、「合法的な出所」に関する証拠が証拠チェーンになっていることを証明すればよい。即ち販売者の主観的な過失を証明する際、「過失推定」が適用されるが、更に多くの挙証責任を取るように要求してないことがわかる。もちろんそれぞれの立場から、上述の観点にそれぞれの道理があるが、厳格にするか、それとも寛大にするか食い違うことになってしまったことにより、これらの論点に関する立論基礎に、何らかの瑕疵が存在していることが明確になったとは間違いないだろう。

2. “三無製品”の場合「出所が合法的」であることが直接否定できるか

中国で、“三無製品”という言葉は、法律用語ではなく、ある意味で一般普通名称として使われている。“三無製品”とは、生産日時、質量合格証（或いは生産許可証）及び生産者名称を有しない製品を指す。また、メーカー名称、メーカー住所及び生産衛生許可証コードが付かない製品という説もある。そのほか、メーカー名称、メーカー住所及び商標が付かない製品と理解する考えもある。いずれにしても、このよ

うな“三無製品”と思われる商品の流通に関して、中国の一部の行政的な法律や法規等に違反し、消費者から告発や損害賠償の請求等を求められ⁽⁶²⁾、罰金や没収等の処罰せ取締りが厳しく行われている⁽⁶³⁾。

もし、双方が争う権利侵害製品が“三無製品”であって、被告が「出所が合法的」と申立てた場合、「合法的な出所」抗弁を適用されるかどうか、実務上でも焦点になった。“三無製品”の流通に関しては、合法性を有していない、且つ知的財産権侵害の可能性が高いため、販売者にとって当然それを知るであって、合理的な注意義務を怠り、その主観的な善意を推定できず、「合法的な出所」抗弁を適用しない判決⁽⁶⁴⁾も見出され、一部の研究成果にも影響を及ぼしたと考えられる⁽⁶⁵⁾。しかし、簡単に“三無製品”を販売することと、知的財産権の注意義務を果たさないことは同一視すべきではないという意見も目立っている。その理由としては、①一部の商品の体積が小さくて、メーカー名称、メーカー住所及び生産衛生許可証コードなど、商標以外付かない②“三無製品”の問題は製品品質の問題に属しているが、必ずしも同時に知的財産権侵害することに限らない、などが挙げられる⁽⁶⁶⁾。最近の判例の一つに⁽⁶⁷⁾、「“三無製品を販売することは、販売者に法律法規違反を導く恐れがあるが、販売者の注意義務を果たせるかどうかに関する考慮要素の一つになることに対し、直接合法的な出所抗弁を否定することはできない」という判旨が下され、この意見を支持する傾向も見られる。また、販売者の主観的な過失があるかどうか判断の際、もし、“三無製品”が販売された場合、即ち「製品質量法」の規定に基づき製品名称、メーカー名称及びメーカー住所が表示されていない場合、相応の行政管理機関により取締ることができるが、これによって販売者が権利侵害製品であることを「知っている」と「知るべきである」と認定することができない、という判決も下された⁽⁶⁸⁾。

3. 侵害製品提供者の被告として追加することができるか

市場経済活動において、製造・流通の流れには、複数の取引の主体に関わることが多く見られ、訴訟の際に権利者がすべての侵害者を被

告に入れるとは限らない。販売者は、侵害製品を事件外の第三者から取得し、且つその証拠を提示された場合、何らかの条件の下で、事件外第三者をも、被告として追加すべきかどうか、実務上でも争議になった。

ある観点で検討すると、当事者間の紛糾事実は段階性と限界性がある。権利者は販売者の権利侵害責任を追及する側を選択し訴えたことについて、事件に対する影響を及ぼす範囲や受容れる程度など、権利者の認識を有すべきである。裁判所は当事者の訴訟権利を尊重すべきであって、権利者が事件外第三者を被告と追加することに同意しない場合、裁判所は第三者を被告として追加すべきでない。そうでないと、事件の裁判期限を長期且つ不安定状態に陥れてしまう⁽⁶⁹⁾。また、ある観点では、この問題についての各裁判所の裁定の相違により、一部の権利者は同一侵害を手がかりとして、本来の侵害者を追究するために継続し訴訟を起こさなければならない。そうすれば、権利者が訴訟することにより過酷な疲労を付加するにもかかわらず、司法コストの浪費にも繋がりがねない。したがって、販売者の「合法的な出所」抗弁が成立すれば、侵害製品提供者を被告と追加すべきである⁽⁷⁰⁾。そのほか、司法効率と司法公正に関するバランスの視点から捉え、追加すべきか或いは省くべきかという一方的な主張ではなく、実務上ではケースバイケースで処理すべきという見解も見出される。具体的方策として、①権利者が承認且つ同意する場合、実質的に訴訟請求権の増加に相当し、裁判所は被告として事件外第三者を追加すべき②もし、権利者が追加することを同意しない、しかも侵害者から権利侵害製品の出所に関する初歩的な証拠を提出された場合、裁判所は職権に基づき、事件外第三者を被告と追加すべき③もし、権利者が追加することに同意しない、且つ、侵害者から権利侵害製品の出所に関するいくつかの証拠を提出されたが、証拠の形式要件を満たさない場合、裁判所は事件外第三者を被告と追加する請求を拒否すべきということである⁽⁷¹⁾。

IV 「合法的な出所」 抗弁の視点から見る、特許権侵害される場合の方策

1. 「合法的な出所」 抗弁の立法目的に関する認識

中国特許法における「合法的な出所」抗弁に関する制度は、特許権者の合法的な権益を維持すると同時に、市場取引安全の需要に基づき、善意第三者の合法権益も保護することにより、社会公共秩序の安全を維持することを目的としている。「合法的な出所」抗弁制度の構造の本意は、特許権者と善意第三者の間に、利益の平衡点を探すことである。よって、法律は販売者に対し、相応の法律義務を課し、知的財産保護を強化する一方、その善意の販売者の合法的な権益を保護していくために、立法の際、権利者が販売者の悪意を証明できない場合は、販売者にその合法的な出所を提出しなければならないと求めることによって、販売者は賠償責任を免れるという仕組みである。このような立法の考慮は、本来の目的として、特許権者が販売者に対する訴訟を通して、侵害製品の生産出所を見つけ、その侵害製品の製造者に相応の民事責任、若しくは刑事責任を追究できることである⁽⁷²⁾。

2. 「知っている」ことを証明する際の注意点

特許権者の立場から、相対人である権利侵害者が、その使用、販売の申出或いは販売している製品は侵害製品であることを「知っている」ことを証明するために、以下の方向から挙証しておくべきである。

- ① 権利侵害者は、以前も特許権者の特許製品を使用、販売の申出或いは販売したことがあった。これらの証拠が特許権者の手中に有れば、特許権者にとっては、挙証することが比較的容易になる。もし、争議になった商品につき、以前、部品などの組立て行為があった場合、侵害行為と視し、裁判官側は、権利侵害者の「合法的な出所」抗弁主張を受け入れられないことになる⁽⁷³⁾。
- ② 権利侵害者は特許権侵害製品を購入する際に、市場価格により明らかに若しくは不合理に安価である場合、これらの証拠につ

いて、普通は侵害者の手に握られているが、時によっては、侵害者は自分が使用、販売している侵害製品に、合理的な出所があることを証明するために、自主的に提出するが多い。その時、特許権者にとっては、販売者から提出された「市場価格より明らか、若しくは不合理に安価である」証拠に注意すべきである。その事実、販売者が使用、販売している製品は、侵害製品であることを知っている証拠になる。

- ③ 特許権者は特許権侵害者に対し、特許権を侵害されたという旨の弁護士書状、警告状或いは通知書を送る場合、弁護士書状等において、十分な必要情報を記載或いは添付しなければならない。特許権侵害製品の情報、特許権情報、侵害対比情報及び特許権者連絡情報を含むが、その限りではない。言い換えれば、訴訟において、侵害者（販売者）が「合法的な出所」抗弁を申立てると予想すれば、それを対抗するために、一番容易な方法として、事前に侵害者に対し、十分な必要情報を記載した警告状などを送達することである。なぜなら、もし、「合法的な出所」抗弁を請求された場合、その抗弁が成立するかどうか、まず侵害者（被告）の心理状態に関する認定が鍵になる⁽⁷⁴⁾。即ち、侵害者が意識的に使用、販売している製品が特許権侵害製品であることを知っているかどうか、という問題である。特許権者は訴訟を起こす前に、侵害者に対し、権利侵害されたことを旨とする警告状などを送達すれば、その警告状に記載、若しくは添付された情報が、十分で必要な程度に達しているかどうかを基準にし、侵害者が他人の特許権を侵害する主観的な心理状態が推定できる⁽⁷⁵⁾。特許権者は侵害者に対し、権利侵害されたことを口頭で知らせる場合、「知っている」ことを証明できず、構成要件が成立できないことを要注意⁽⁷⁶⁾。

3. 商品の「出所が合法的」であることを証明する際の注意点

特許権利者であろうと、権利侵害者であろうと、争いに係る製品が

「合法的な出所」を有しているかどうかについて、証明を展開する過程で、提出された証拠においては、以下の理解と認知の必要がある。

- ① 特許権侵害訴訟事件において、「合法的な出所」抗弁の請求を申立てられた場合、争議になった製品については、その部品ではなく製品の全体に対し、「出所が合法的である」ことを証明しなければならない。製品の全体とは、特許保護範囲と一致していて、その一部分ではないこと指す⁽⁷⁷⁾。部品に関しては、たとえば特許クレームの一部としても、その部品を組立てる行為に対し、使用或いは販売行為ではなく製造行為と見なされる⁽⁷⁸⁾。「合法的な出所」抗弁の請求者が、証拠に基づきその販売している部品の「合法的な出所」の証明ができて、商品全体の「合法的な出所」を有することは立証できず、「合法的な出所」抗弁の成立は認められない⁽⁷⁹⁾。
- ② “普通商品と特殊商品に関する扱いを区別すべき”と念頭に置いたほうがよい。例えば、医薬品、健康食品、花火と爆竹等、公衆安全に関わる製品について、これら製品の製造者、販売者に対し、法律や法規などでは製造・販売行為を強制的で厳格な規制が有するとされている。例えば、健康食品を購入の際、販売者は仕入れる時に、供給者に対し、販売証憑を求めなければならない上に、供給者の相応な資質（資格）を確認しなければならない。即ち、供給者が営業許可証、生産経営許可証、関連商品の認証マーク、検査報告書や合格証明書等を確認しなければならないのである。したがって、この場合、販売者が上記の義務を果たしていなければ、訴訟においては、侵害製品の「出所が合法的」である主張が成立し難いことは間違いない。
- ③ 当事者の一方は「合法的な出所」抗弁請求を行う場合、該当事者（侵害者）に対し、侵害訴訟の訴状を受け取った際、若しくは権利侵害のおそれがあるという旨の具体的な情報（警告書等）を承知した時、合理的な時間内に、侵害製品の棚卸しをしたか

どうかを確認すべきである。もし、合理的な時間内に、棚卸しをしていなければ、他人の特許権を侵害のおそれがある製品を販売していることに対し、主観的に「知っている」と推定される可能性が十分にある⁽⁸⁰⁾。当然、主観的に「知っている」と推定され「合理的な時間内」に関する判断は、事件に係る特許の種類、該当侵害製品の基本情報、権利侵害状況の比較分析、当事者の特許に対する判断能力及び主体情報等の要素に基づいて、総合的に考慮しなければならないと考えられる。

おわりに

中国では、「合法的な出所」抗弁制度が最初に増設されたのは、2000年に改正された「特許法」で、2001年に改正された「著作権法」では、同じく2001年に改正された「商標法」等の知的財産法に依って、行政法規と司法解釈が、それぞれ規定されていた。その立法の背景は、中国が当時、WTO加盟の重要な時期にあり、TRIPs協定の規定⁽⁸¹⁾に合致するために、法律改正が行われたものと考えられる。合法的な出所抗弁制度の設立目的は知的財産権を保護すると同時に、善意の権利侵害者に合理的な救済を与え、当事者の利益バランスと取引の安全を守ることである。善意の権利侵害者が「合法的な出所」抗弁を成立させ、賠償責任を負わない場合、権利者は権利侵害製品の提供者に権利を主張することにより救済を受けるしかない。権利者は、被疑侵害者の合法的な出所抗弁が成立し、権利侵害製品の提供者が見つからない場合、権利の保護を受けられない状態にならないよう、法律は被疑侵害製品の使用、販売者に、被疑侵害製品提供者の詳細な情報を提出しなければならないと要求する。提出しなければ、「合法的な出所」抗弁の成立ができず、侵害行為とみなされ、損害賠償しなければならない。

中国知的財産法における「合法的な出所」抗弁制度の設立は、当時の中国商品小売業の事情という、もう一つ背景も考えられる。「合法的

な出所」抗弁制度は中国の国情に適応するように生まれたもので、中国的な特色を持つことがわかる。この制度の運営にあたって、権利者の最終的な合法権益を守らなければならないことを目的としているが、被告にとっては、「最後の救命措置」として賠償責任を免れるものと見なされ、他の抗弁手段も尽くして頻繁に使われる。社会経済の発展、科学技術の進歩に伴って、あらゆる状況が日々変化する今日、特許権侵害紛争における「合法的な出所」抗弁の司法適用、認定も、一連の新たな状況に直面している。例えば、客観的な証拠で「合法的な出所」抗弁主体の主観的善意問題を認定する場合、特許侵害者は「合法的な出所」抗弁主体として自分の利益のみを考え、自分の侵害行為を自発的に認めることはあまりないだろう。特許権者は、客観的証拠によって、被疑侵害者の抽象的な主観的悪意を証明しなければならない。裁判所が判定する時に考慮するのは、単なる関連証拠の関連性、客観性だけの問題だけではなく、ほかにも様々な要素があり、(裁判所の相違による)判決の相違から見れば、裁判官の高等的、且つ合理的な判断力も求められている。本文は、最高人民法院の判決を多めに取り上げ、その指導性及び傾向性に注目していただきたい。

中国では、2019年以来、知的財産法律体系の完備を急いでいる。特許法、商標法及び著作権法等の改正を行った上に、10余りの司法解釈の改正や公布も行った。また、2020年12月29日に、最高人民法院は「一部の指導的な判例を参照されない件に関する通知」⁽⁸²⁾を公布し、その中には、2013年一つの特許権侵害指導判例が含まれた。実務において、時代の流れに合わせて、権利侵害における判断基準に対し、見直しや調整などを感じられる。これらの変化が、中国における知的財産の司法実務環境に影響を及ぼすことは間違いない。中国の特許権侵害紛争における「合法的な出所」抗弁の流れ、内包及び法に入る過程などの研究に通じることは、立法の背景や目的等の理解を助けることだけでなく、実務において司法の適用事情を認識しやすいであろう。今後、このような問題直面する場合、「合法的な出所」抗弁により、有効で合理

的な対応ができるよう願う。

- (1) データ出所：中国・国家知識産権局に公表された各年度の『中国知的財産保護状況』白書、及び各年度『国家知識産権局年度報告』による。
- (2) 同1。
- (3) データ出所：中国・最高人民法院『中国法院知識産権司法保護状況』による。
- (4) 中国では、知的財産保護強化の一環として、行政ルードや司法ルード共に、侵害行為に対し、出所までの取り締まることを重視し続けている。陳中利・姚勇「武漢知識産権保護高潮迭起」、中国知識産権報、2006年2月15日付け；張元斌「保護知識産権打撃侵權要从源頭入手」、貴州日報、2011年11月20日付け；胡居桂・付強「打撃假冒包裝設計源頭、切実加強知識産権保護」、中国包裝報、2011年10月24日付け。鄒春陽「精准打撃鏟除源頭、堅決遏制侵權盜版 公安部就打撃電影侵權盜版違法犯罪及“2・15”系列專答記者問」、中国防衛偽裝報道、2019（05）、第56－58頁。等参照。
- (5) 劉斌斌・付京章「論專利制度的本質及其社会効応」、甘肅社会科学、2013（5）、第218－222頁。
- (6) 「中華人民共和国專利法」第65条。
- (7) ここに言う「単位」とは、中国において、社会における行政、經濟、思想のあらゆる面から管理・支配するあらゆる組織のことである。
- (8) 吳漢東「知識産権保護論」、法学研究、2000（1）、第68－79頁。
- (9) 1978年12月に開催された中国共産党第11期3中全会において、「プロレタリア文化大革命」を否定し、共産党の任務の重点を社会主義現代化の建設へと移し、改革開放の政策が決定され、価値法則に依拠し、国内經濟活性化を目標とした各種の改革・開放政策が行われ始めた。その後、法整備も急速に進められた。
- (10) 1979年7月8日に公布された「中外合資經營企業法」において、中国における知的財産法制度の創設を要求されると考えられる。1980年1月に特許法草案（第6稿）に関してWIPOと意見交換を行われ、6月6日に正式にWIPOに加盟した。1979年1月31日に、技術移転を目的とする「米中高エネルギー物理協定」を締結され、その中、知的財産権を保護する条項が取り入れられた。1979年7月7日に、「米中貿易協定」を締結され、その中、知的財産権保護問題について詳しく規定し、両国の貿易活動に指導的な意義を持つということであった。このようないろいろな動きがあった。
- (11) 『中華人民共和国商標法』、1982年8月23日、第五回全国人民代表大会常務委員会第24次会議により可決され、1983年3月1日より施行される。
- (12) 『中華人民共和国專利法』（1985年実施）、1984年3月12日、第六回全国人民代表大会常務委員会第4次会議により可決され、1985年4月1日に

- より施行される。
- (13) 『中華人民共和國著作權法』、1990年9月7日、第七回全國人民代表大會常務委員會第15次會議により可決し、1991年6月1日より施行される。
- (14) 劉斌斌「論專利制度下的独占与公共利益——以專利的經濟功能分析為視角」、蘭州大學學報（社會科學版）、2012（1）、第130—138頁。
- (15) 『中華人民共和國專利法』（1992年改正）、1992年9月4日、第七回全國人民代表大會常務委員會第27次會議により可決され、1993年1月1日より施行される。
- (16) 『中華人民共和國專利法』（2000年改正）、2000年8月25日、第九回全國人民代表大會常務委員會第17次會議により可決され、2001年7月1日より施行される。
- (17) 『中華人民共和國專利法』（2008年改正）、2008年12月27日、第十一回全國人民代表大會常務委員會第6次會議により可決され、2009年10月1日より施行される。
- (18) 『中華人民共和國專利法』（2020年改正）、2020年10月17日、第十三回全國人民代表大會常務委員會第22次會議により可決され、2021年6月1日より施行される。
- (19) 『最高人民法院關於審理侵犯專利權糾紛案件應用法律若干問題的解釋（二）』、法積（2016）1号、2016年3月21日頒布、2016年4月1日より施行。
- (20) 祝建軍「專利法中合法來源抗辯制度的司法運用」、電子知識產權、2008（6）、第54—56頁。
- (21) 尹新天『中國專利法詳解』、知識產權出版社（2012年）、第644頁。
- (22) 李雙利・魏大海「合法來源條款立法文本新探」、中華商標、2011（5）、第42—45頁。
- (23) 『最高人民法院關於審理侵犯專利權糾紛案件應用法律若干問題的解釋（二）』第25條。
- (24) 「清鎮市歐意經營部・黃侵波侵害發明專利權糾紛」案（2021）最高法知民終868号。
- (25) 宋曉明、王闖、李劍「關於審理侵犯專利權糾紛案件應用法律若干問題的解釋（二）的理解与適用」、人民司法、2016（10）、第28—36頁に参照。
- (26) 同25。
- (27) 当時、草案に対し、意見を分かれていた。一つは、もし、使用者の差止め責任を免除することは、特許法（2008年改正）第70条と衝突するであろう。一方、制度の創設の本意から見れば、「合法的な出所」抗弁制度は特許権侵害の源を打撃する目的で、製造者こそ権利侵害の主要な源であるという意見も出された。「司法解釈（二）」は、後者の意見を採用した。
- (28) 「南安市九頭鳥衛浴潔具有限公司・長沙市芙蓉区祥業閥門潔具商行等侵害實用新型專利權糾紛」案（2021）最高法知民終767号。

- (29) ここで、中国語の環境から、その反対的な意味を考えれば、即ち「明確に知るまたは知るべき」だということである。
- (30) 九牧廚衛股份有限公司訴福建省泉州市宏炬建材有限公司、貴陽南明順達兼建材經營部侵害外觀設計專利權糾紛」案 貴州省貴陽市中級人民法院（2018）黔01民初54号民事判決書。
- (31) 「吳敬発、余華、余芳・鄧志民、李梅侵害發明專利權糾紛」案 南昌鐵路中級人民法院（2018）贛71民初1号民事判決書。
- (32) 吳漢東「試論知識產權的“物上請求權”与侵權賠償請求權——兼論《知識產權協議》第45条規定の實質精神」、法商研究、2011（5）、第3—11頁。
- (33) 李潔「知識產權審判中合法来源抗辯之審查」、『探索社會主義司法規律与完善民商事法律制度研究—全國法院第23屆學術討論會獲獎論文集』、人民法院出版社、2011年12月、第1187—1195頁。
- (34) 呂娜「知識產權侵權訴訟中的合法来源抗辯」、人民司法、2007（19）、第83—88頁。
- (35) 「廣東雅潔五金有限公司訴楊建忠、盧炳仙侵害外觀設計專利權糾紛」案（2013）民提字第187号。
- (36) 「北京伊蘭特時代眼鏡有限公司与長沙市岳麓區鷹視眼鏡店侵害實用新型專利權糾紛一審民事判決書」（2015）長中民五初字第01101号。
- (37) 「肇慶市衡芸實業有限公司訴鄭州大木林電子科技有限公司侵害發明專利權糾紛」案（2020）最高法民終1010号。
- (38) 「梅尔·阿夫加林訴河南新佰睿貿易有限公司侵害發明專利權糾紛」案（2020）最高法知民終299号。
- (39) 「孫俊義与鄭寧侵害實用新型專利權案」二審終審判決に対し、原告は不服とし、最高人民法院に再審を申立てた。再審の最高人民法院は、「……二審判決に対し、被告の主観的な“知っている“ことに関する認定標準があまりに高すぎて、遼寧省高級人民法院に再審を命じた」。
- 最高人民法院民事裁定書（2014）民申字第1036号。
- 遼寧省高級人民法院民事判決書（2013）遼民三終字第79号。
- (40) 「深圳市洛斐客文化有限公司訴廣州廣翰科技有限公司侵害實用新型專利權糾紛」案（2019）最高法知民終515号。
- (41) 「曾軍訴東莞市愛佳網絡科技有限公司侵害實用新型專利權糾紛」案（2020）最高法知民終758号。
- (42) 「源特盛塑膠電子（深圳）有限公司訴中国移动通信集團上海有限公司侵害實用新型專利權糾紛」案（2019）最高法知民終631号。
- (43) 『民事訴訟法』第119条の2項。
- (44) 『民事訴訟法』第121条の2項。
- (45) 丁文嚴「論知識產權侵權訴訟中合法的来源抗辯的構成要件」、知識產權、2017（12）、第52—58頁。

- (46) 「綿陽農科区長永玖通訊店・源特盛塑膠電子（深圳）有限公司侵害實用新型專利權糾紛」案（2021）最高法知民終730号。
- (47) 『最高人民法院關於審理侵犯專利權糾紛案件應用法律若干問題的解釋（二）』第25条。しかし、現在まで、著作権法と商標法領域において、同じような解釈がまた見出されていない。
- (48) 「魯道夫・達斯勒体育用品波馬股份公司訴蘇州好又多百貨商業有限公司侵犯商標專用權糾紛」案（2008）蘇中知民初字第0065号。
- (49) 王芳「浅析著作権糾紛中銷售者合法来源抗辯的使用問題——三個不同判決引發的思考」、中国版權、2013（2）、第11—14頁。
- (50) 「源特盛塑膠電子（深圳）有限公司訴開平市長沙零之度電訊店侵害實用新型專利權糾紛」案（2017）粵民終2270号。
- (51) 「成都孚德瑞斯永達机电有限公司・金民海侵害發明專利權糾紛」案（2021）最高法知民終280号。
- (52) 「麗德公司訴洲明公司侵犯專利權」案、広東省高級人民法院（2008）粵高法民三終字第98号民事判決。また、高静「合法来源抗辯在專利侵權訴訟中的適用——麗德公司訴洲明公司侵犯專利權案件評析」、科技与法律、2012（3）、第54—57頁を参照されたい。
- (53) 「広東省高級人民法院關於審理侵犯音像著作権糾紛案件若干問題的指導意見」粵高法發（2009）21号。
- (54) 江蘇省高級人法院侵犯專利權糾紛案件審理指南」、2010年11月頒布・実施。
- (55) 黄建文「合法来源抗辯適用善意取得制度審查的合理性分析」、知識産権、2016（10）、第32—38頁。
- (56) 同55。
- (57) 「汕頭市輝煌塑膠廠有限公司訴広州康誠商業有限公司侵害外觀設計專利權糾紛」案 広州知識産権法院（2016）粵73民初104号民事判決書。
- (58) 殷源源「專利侵權案件中銷售商的賠償責任認定問題分析」、江蘇科技信息、2006（12）、第19—20頁。
- (59) 「格倫德福斯管理聯合股份有限公司訴合肥新瀘屏蔽泵有限公司、北京安吉興瑞商貿有限公司侵害發明專利權糾紛」案 北京知識産権法院（2015）京知民初字第611号民事判決書。
- (60) 「中山市好美電子塑膠製品有限公司訴広東宝躍星辰光電科技有限公司侵害實用新型專利權糾紛」案（2019）最高法知民終76号。
- (61) （余暉）湖南省長沙市中級人民法院知識産権庭「經營者免除賠償責任の適用」、人民司法、2011（12）、第41—46頁。
- (62) 例えば、「中華人民共和國消費者權益保護法」第55条を参照されたい。
- (63) 「中華人民共和國産品質量法」第54条。
- (64) 「常州市青龍裝飾製品有限公司訴光復路恒発裝飾材料商店侵犯外觀設計專利權糾紛」案 吉林省長春市中級人民法院（2016）吉01民初558号民事判決書。

事判決書。

- (65) 王儲「知識產權侵權訴訟中“合法来源抗辯”的認定」、社会科学戰線、2020（8）、267—271頁。
- (66) 高靜「合法来源抗辯在專利侵權訴訟中的適用—麗德公司訴洲明公司侵犯專利權案件評析」、科技与法律、2012（3）、第54—57頁。
- (67) 「董學民訴張添源侵害實用新型專利權糾紛」案（2020）最高法知民終1781號。
- (68) 「源特盛塑膠電子（深圳）有限公司訴武漢天賜力商貿有限公司侵害實用新型專利權糾紛」案 最高法知民終1176號。
- (69) 陶冠東「專利侵權糾紛中銷售者合法来源抗辯的司法認定」、電子知識產權、2017（4）、第82—88頁。
- (70) 同55。
- (71) 陳中山「合法来源抗辯的審查認定」、人民司法、2019（28）、第36—40頁。
- (72) 「源特盛塑膠電子（深圳）有限公司訴湖北精英盛華信息科技股份有限公司侵害實用新型專利權糾紛」案（2020）最高法知民終728號。
- (73) 「東莞市寶華數控科技有限公司·江西華麗豐光有限公司等侵害實用新型專利權糾紛」案（2020）最高法知民終1468號。
- (74) 「孫俊義与鄭寧侵害實用新型專利權」案 最高人民法院民事裁定書（2014）民申字第1036號。
- (75) 「孫俊義与鄭寧侵害實用新型專利權」案 遼寧省高級人民法院民事判決書（2013）遼民三終字第79號。
- (76) 「南京海諾炉業科技有限公司·南京長江工業炉科技集團有限公司等侵害實用新型專利權糾紛」案（2021）最高法知民終520號。
- (77) 「弗雷茲遊泳學院有限公司·上海梓航塑膠製品有限公司侵害發明專利權糾紛」案（2019）最高法知民終80號。
- (78) 「胡正宇·青島行者智能科技有限公司侵害實用新型專利權糾紛」案（2019）最高法知民終411號。
- (79) 「黃超·深圳市祥光達光電科技有限公司侵害發明專利權糾紛」案（2019）最高法知民終320號。
- (80) 「上海聚藍水處理科技有限公司訴沃爾瑪華東百貨有限公司、萊卡健康科技（南京）有限公司侵害發明專利權糾紛」案（2019）最高法知民終686號。
- (81) TRIPs 協定第45條、第46條、47條を参照されたい。善意的な使用行為の禁止とされていない。
- (82) 最高人民法院「關於部分指導性案例不再參照的通知」、法〔2020〕343號。

日米における損害賠償額の 算出手法に関する一考察

三 村 淳 一⁽¹⁾

(目次)

A. 日本における損害賠償

1. はじめに

2. 令和元年法律第3号

(1) 改正法導入理由

(2) 旧法（旧特許法102条1項）における争点

(a) 旧特許法102条1項における争点1：「特許権者又は専用実施権者がその侵害の行為がなければ販売することができた物」

(b) 旧特許法102条1項における争点2：「権利者の実施能力に応じた額を超えない限度（実施相応数量）」

(c) 旧特許法102条1項における争点3：旧特許法102条1項と第3項の重畳適用の可否

(d) 旧特許法102条1項における争点4：単位数量当たりの「利益の額」

(e) 旧特許法102条1項における争点5：「覆滅理由」

(f) 旧特許法102条1項における争点6：「寄与率」

(3) 特許法102条2項における争点

3. 令和元年法律第3号の要点

4. 「二酸化炭素含有粘性組成物事件知財高裁大合議判決」

(1) 事件の概要

(2) 判旨

(a) 102条2項における利益の額

(b) 102条2項における覆滅理由

(c) 102条3項による「その特許発明の実施に対し受けるべき金銭の額に

相当する額」について

(3) 解説

B. 米国における損害賠償

1. 成文法における損害賠償規定

(1) 損害賠償 (35U.S.C.284条)

(2) 懲罰的賠償 (35U.S.C.284条) 及び弁護士助言 (35U.S.C.298条)

(3) 弁護士費用 (35U.S.C.285条)

(4) 時効 Time limitation on damages (35U.S.C.286条)

(5) パテントマーキング (35U.S.C.287条)

(6) EMVR

2. 逸失利益

3. 確立されたロイヤルティ

4. 合理的ロイヤルティ

C. 日米比較

A. 日本における損害賠償

1. はじめに

損害賠償請求権とは、特許権者が、自己の故意又は過失によって特許を侵害した者に対し、その侵害によって受けた損害の賠償を請求することができる権利である。特許権侵害を理由とする損害賠償請求は、民法709条に基づくものであり、特許法には損害額の推定規定などは存在するが、損害賠償請求権を基礎づける規定は存在しない。従って、原則的には、民法709条に基づき、損害賠償額を算出するが、そのためには、(1)権利侵害の成立、(2)侵害者の故意又は過失、(3)損害の発生、(4)権利侵害と損害の因果関係、(5)自己の損害額を特許権者が立証する必要がある。しかしながら、通常、これらの立証は容易ではないため、これらの立証を容易にする特別規定が特許法102条以降に設けられている。

民法709条で請求できる損害は、弁護士費用などの積極的財産損害、

逸失利益などの消極的財産損害、慰謝料などの無形損害である⁽²⁾。損害額の推定等を規定する特許法102条は、民法709条の特別規定として、上記の消極的財産損害を算出方式定めたものである⁽³⁾。以前は、上記のごとく、立証の困難性のため、特許権者への保護が適切に行われていないという指摘もあり、平成10年法律51号による改正により、旧特許法102条1項が新設され、改正前の1項は現行2項に移行した。この法改正により、特許権侵害に基づく損害賠償は格段に請求しやすくなったのは事実であるが、その認容額については、米国は比べ物にならないほどの差⁽⁴⁾があり、適正な損害額の認定のための法改正が望まれていたところ、令和2年10月1日（令和元年法律第3号）に法改正がなされ、より適正な損害額の算出方法が可能となった。

本稿では、改正法の要点解説、判例や学説に基づく損害賠償の算出の基礎となる利益の額の考え方、改正法の問題点を明確にし、さらには米国での損害賠償の算定手法を考察し、なぜ、日米で賠償額に大きな差が発生するのか、算出法に原因があるのか等を明確にし、日本の改正法が本当に特許権者に適切な保護となっているのかを考察する。

2. 令和元年法律第3号

(1) 改正法導入理由

平成10年法律第51号が導入される前においても、侵害品の販売により特許製品の販売量が減少したことに伴う逸失利益の賠償は、民法709条に基づき請求が可能であった。この場合、一般的には差額説を用い、損害額は、「もし加害原因がなかったとしたらならばあるべき利益状態と、加害がなされた現在の利益状態のとの差」として捉える⁽⁵⁾。この場合、侵害行為に起因して、値下げをせざるを得なかった場合の逸失利益⁽⁶⁾や実施料収入が減少した場合も損害として請求しうるし、場合によっては、弁護士費用、侵害調査費なども請求しうる⁽⁷⁾。しかし、これまでの判決は、市場構造が極めて単純で、特許権者が侵害製品の

販売台数をすべて販売することができたことを立証できた場合にしか逸失利益は認められていなかった。こうした問題を解決するため、侵害者の営業努力、代替品の存在等、権利者が侵害者の販売数量と同数の販売をすることができない事情が裁判所において明らかになった場合には、それらを考慮した上で、現実的な損害額を算出可能とする特許法102条1項が新設された⁽⁸⁾。

(2) 旧法（旧特許法102条1項）における争点

旧特許法102条1項は以下のような条文構成となっていた。また、現第2項は、以下の様な条文構成となっている。

「1項 特許権者又は専用実施権者が故意又は過失により自己の特許権又は専用実施権を侵害した者に対しその侵害により自己が受けた損害の賠償を請求する場合において、その者がその侵害の行為を組成した物を譲渡したときは、その譲渡した物の数量（以下この項において「譲渡数量」という。）に、特許権者又は専用実施権者がその侵害の行為がなければ販売することができた物の単位数量当たりの利益の額を乗じて得た額を、特許権者又は専用実施権者の実施の能力に応じた額を超えない限度において、特許権者又は専用実施権者が受けた損害の額とすることができる。

ただし、譲渡数量の全部又は一部に相当する数量を特許権者又は専用実施権者が販売することができないとする事情があるときは、当該事情に相当する数量に応じた額を控除するものとする。

2項 特許権者又は専用実施権者が故意又は過失により自己の特許権又は専用実施権を侵害した者に対しその侵害により自己が受けた損害の賠償を請求する場合において、その者がその侵害の行為により利益を受けているときは、その利益の額は、特許権者又は専用実施権者が受けた損害の額と推定する。」

従って、旧特許法102条1項では、民法709条による損害額を立証するかわり、損害額は、以下の式で算出することができる。

「損害額」＝「侵害者の譲渡数量」×「権利者の単位数量あたりの利

益の額」

しかしながら、算出にあたり、特許権者等の実施の能力に応じた額を超えない限度とする必要があり、また、特許権者等が販売することができないとする事情があるときは、その事情に相当する数量に応じた額を控除しなければならない。

また第2項では、旧特許法102条1項の自己の損害額の立証の代わりに、侵害者の利益を立証し、これをもって自己の損害額としての推定を受けることができる。即ち、以下の式で損害推定額を算出することができる。

「損害額」＝「侵害者の譲渡数量」×「侵害者の単位数量あたりの利益の額」

これは、利益が損害の額を超える場合にまでそのすべてを返還せしめるのは侵害者に過酷であるということから、第2項は、推定規定とし、侵害者は、この推定を覆滅させる事実の立証をすることができようにした⁽⁹⁾。

これら、旧特許法102条で規定する損害額の算出においても、争点があり、判例及び学説で見解が割れている。それらの争点に関し、令和元年法律第3号にて、立法により解決した部分もある。以下、各争点について考察する。

(a) 旧特許法102条第1項における争点1：「特許権者又は専用実施権者とその侵害の行為がなければ販売することができた物」

「特許権者又は専用実施権者とその侵害の行為がなければ販売することができた物」とは、侵害された特許発明の実施品ではなくても、侵害者の製品と市場において競業する製品であれば足りるとする学説が多数であり⁽¹⁰⁾、多くの判例もこの立場である⁽¹¹⁾。しかし、旧1項が市場における補完関係が成り立つことを前提にする規程である以上、権利者の販売する製品も特許発明の実施品でなければならないとする学説⁽¹²⁾や、傍論ではあるが、特許の実施品であって、侵害製品と排他的な関係に立つ製品のことを指すとする判例もある⁽¹³⁾。

特許侵害が無ければ特許権者が販売することができたであろう競業品の販売数は減少していると考えるのが一般的であるし、また特許権者が特許品を販売していなければ、旧特許法102条1項の賠償が認められないとすると、特許権者は、秘密にしていた自社製品の技術が、公開されている特許技術を用いていることを自認しなければならないため、旧特許法102条1項による救済を求めづらくなる可能性がある。従って、競業品の販売では不十分であるとする学説は、傾聴する部分は大きい⁽¹⁴⁾、侵害者の行為と損害の間に相当因果関係があれば旧特許法102条1項の適用を認めるべきであると考え。尚、この争点1に関しては、令和元年法律第3号施行後の現法102条第1項においても同じことが言える。

(b) 旧特許法102条第1項における争点2：「権利者の実施能力に応じた額を超えない限度（実施相応数量）」

「権利者の実施能力に応じた額を超えない限度（実施相応数量）」での「実施の能力」とは、侵害品の数量に対応する製品を特許権者が市場に供給することができる能力である。この実施能力を超えた数量は、もともと権利者が実施できなかったはずであり、実施できない以上、その分の逸失利益はあり得ないという考えである。既存の製造装置をフルで稼働させた場合の最大値がこれにあたりと考えられるが、多くの学説⁽¹⁵⁾や判例⁽¹⁶⁾は、商品が売れるのであれば、銀行は追加製造設備の融資を行うであろうし（絶対的な最大製造可能数量の増大）、マンパワー不足の状態であれば、雇用により、相対的な最大製造可能数を増やすことができる考え、即ち「実施の能力」は「潜在的な実施の能力」を意味するとしている。

しかしながら、これは、令和元年法律第3号改正法の下では、上述の考え方は、もはや正しくないと言えるのではないか。「実施の能力」を「潜在的な実施の能力」とすると、場合によっては無制限と考えられ、「特許権者又は専用実施権者の実施の能力に応じた額を超えない限度において」との規定をした意味が没却されてしまう。にもかかわら

ず、上述の学説や判例が潜在性を意味するとしたのは、現状の製造装置能力を超えた部分について102条第3項の重畳適用ができないと判断又は考えられたからであると思われる。次項で、この争点について述べる。

(c) 旧特許法102条第1項における争点3：旧特許法102条第1項と同法第3項の重畳適用の可否

前述の様に、令和元年法律第3号改正前では、現状の製造装置能力の範囲は、102条第1項に基づき損害賠償を算出し、現状の製造装置能力を超えた部分について、102条第3項によって算出するという考え方は否定的であった。その理由は、第1項により算出された損害額ですべての逸失利益が満たされており、それに加えて3項の損害を認めたのでは二重の賠償をうけることになり、逸失利益を超えた額を認めてしまうというものである⁽¹⁷⁾。また、これを支持する学説⁽¹⁸⁾や判例⁽¹⁹⁾も多数存在する。脚注19の「椅子式マッサージ事件」以降は、併用否定説が主流となり、一部の併用肯定説⁽²⁰⁾を除き、判例⁽²¹⁾も併用否定説を支持している。

一方、「椅子式マッサージ事件」以前は併用肯定説を支持する学説⁽²²⁾や判例⁽²³⁾が有力であり、以降においても、依然として、併用肯定説を支持する学説⁽²⁴⁾もある。また、「ソリッドゴルフボール事件⁽²⁵⁾」では、前述の「椅子式マッサージ事件」を引用しつつ、「特許権者の逸失利益を超えた損害の填補を認めることは、特段の事情がない限り、妥当でないというべきである」と、併用否定説を支持している一方で、「特段の事情」がある場合には、1項及び3項の重畳適用を認める判断をしている。この「特段の事情」とは、「例えば、『販売することができないとする事情』に相当する数量部分が権利者の実施能力を超える部分であって、特許法102条1項の損害額算定の対象とされていない場合などが考えられる」と説明している。

特許法102条第1項と同法第3項の重畳適用に関しては、令和元年改正法で新1項として新たに設けられた規定との関係で、以下(4)項で改

正点について考察する。

(d) 旧特許法102条第1項における争点4：単位数量当たりの「利益の額」

旧特許法102条第1項及び改正法第102条第1項1号には「(特許権者等が、侵害行為がなければ販売することができた物の) 単位数量当たりの利益の額」という用語があり、この「利益の額」を基に賠償額が決定される。従って、この「利益の額」がどのような意味であるか争いがあった。

判例⁽²⁶⁾及び多数説は、「利益の額」は、その売上額から仕入価格等の販売のための変動経費のみを控除した限界利益⁽²⁷⁾を意味するとされている。即ち、権利者が販売する売り上げかあその販売数量の増加に伴って増加する必要不可欠な経費を控除した1個当たりの利益を指す。そのため、固定費は控除しないと考えられる。この変動経費や固定費に関しては、後述する近年の判決である「二酸化炭素含有粘性組成物事件知財高裁大合議判決」にて、具体的に示された。

(e) 旧特許法102条第1項における争点5：「覆滅理由」

旧特許法102条第1項及び改正法第102条第1項1号には、「全部又は一部に相当する数量を当該特許権者又は専用実施権者が販売することができないとする事情」があるときは、当該事情に相当する数量に応じた額を控除して賠償額を算出する、いわゆる覆滅理由による控除規定が存在する。この覆滅理由は、侵害者の営業努力、侵害品の侵害実用新案以外の技術的要素やブランド等の付加価値などによる需要の掘り起こしや、権利者製品に侵害品以外に代替品が存在することなどの要因によって、侵害品がなかったとしても、権利者が侵害品の譲渡数量をそのまま販売できない事情をいうと解される⁽²⁸⁾。ここで、「侵害品以外に代替品が存在」について、詳述すると、市場が特許権者と侵害者のみであれば、102条第1項における計算は容易であるが、市場に特許権者と侵害者以外に競業製品を販売する者(以下、競業者と称す)がいた場合は、侵害者の販売台数をすべて特許権者が販売したとする

ことができないと推定されるために規定されたものである。例えば、特許権者と侵害者と競業者の市場割合が2：2：6であり、侵害者が100台の侵害品を販売していた場合、市場割合で、販売者の侵害製品を分割するというものであり、従って、侵害者販売台数の25%にあたる25台が特許権者が販売可能であり、75台分は競業者が販売したとするものである⁽²⁹⁾。また、侵害品が無償譲渡したなどの理由で、有償であれば購入されなかったであろうことが認定された場合も、その台数分は控除される⁽³⁰⁾。

尚、102条2項の推定の覆滅に関して、「紙おむつ処理容器事件⁽³¹⁾」では、覆滅は認められていないが、特許権者と侵害者に業務態様の相違があれば、認められうると判旨しており、これも旧1項の覆滅理由となりうると考えられる。

(f) 旧特許法102条1項における争点6：「寄与率」

特許法102条に基づき、賠償額を算定するにあたり、問題となるのは、侵害の寄与率である。この寄与率という概念は、法律上の概念ではなく、賠償額を算定するうえで、必ずしも考慮すべきものではないと考えられる⁽³²⁾が、いくつかの裁判例では、寄与率を考慮し、算出額の一部を控除している。この寄与率の考慮の手法として、(a)特許発明が侵害品の一部の場合と、(b)特許発明が侵害品の全部の場合に分けて考察する必要がある。

まず、特許発明が侵害品の一部にしか及ばない場合は、いくつかの考慮すべき要素がある⁽³³⁾が、発明の価値が侵害品のどの程度の範囲まで及んでいるかを判断して寄与率を決定している。一方、特許発明が侵害品の全部に及ぶ場合は、侵害品の顧客の購入動機などを考慮し、寄与率を決定する。例えば、需要者が特許発明に着目して商品の選択をしない場合などは、たとえ、発明の対象が製品全体に及んでいても、寄与率50%として、賠償額をした裁判例⁽³⁴⁾もある。この事件では、発明は飛距離向上を目指したゴルフボールに関するものであり、芯球の物資を改良したものであった。原告の製品カタログにおいては、ゴル

フボールの技術として「コアテクノロジー」、「カバーテクノロジー」、「ディンプルテクノロジー」が並列的に記載されている。また、同カタログにおいては、「飛びのメカニズム」として、ボール初速のほか、スピン、打ち出し角、ディンプルが並列して記載されていた。そのため、ゴルフボールの芯球部分において特定の化学物質を利用することを特徴とする本件特許は、必ずしも製品（ゴルフボール）全体の利益に直結するとはいえないため、旧特許法102条1項ただし書の適用において、本件特許の寄与率を考慮することとすし、その寄与度を50%とした。

(3) 特許法102条2項における争点

2項における最大の争点は、2項に基づく損害を請求するに際し、特許権者等の実施が必要か否かであった。いくつかの学説が存在していた⁽³⁵⁾が、有力な見解及び判例⁽³⁶⁾は、権利者による実施が必要であるとするものであった。これは、特許権者が（特許品等を）不実施である場合、消極的損害（得べかりし利益）の発生自体を考えることができない、つまり、自身では全く販売する気がないため、1項のように侵害がなければ特許権者が販売できたということとはありえないというものであった。

しかしながら、前述の「紙おむつ処理容器事件」では、「(特許法) 第102条2項は、損害額の立証の困難性を軽減する趣旨で設けられた規定であって、その効果も推定にすぎないことからすれば、同項を適用するための要件を、殊更厳格なものとする合理的な理由はないというべきである。したがって、特許権者に、侵害者による特許権侵害行為がなかったならば利益が得られたであろうという事情が存在する場合には、(特許法) 第102条2項の適用が認められると解すべきであ…る。…(特許法) 第102条2項の適用に当たり、特許権者において、当該特許発明を実施していることを要件とするものではないというべきである。」と判示した。

従って、特許権者による特許製品の不実施でも2項に基づく請求が可能となったが、その射程については、一部に争いがある。即ち、特

許管理会社やパテントトロール⁽³⁷⁾のような特許不実施主体にも適用されるかという問題である。つまり、これらの者は、権利者が市場において一切、製造販売行為を行っておらず、また今後も行おう予定がなく、このような者にも2項の適用を是とするかが問題となる。これらの者に対しては適用が想定されていないとする説⁽³⁸⁾と、このような者に対しても2項の適用を認める説⁽³⁹⁾に対立する。パテントトロールには、製造販売による逸失利益がありえないため、基本的には、「紙おむつ処理容器事件」の射程は、パテントトロールには及ばないと解する。そもそも、「紙おむつ処理容器事件」の原告は、日本において訴外Xと特許製品の独占販売店契約を結び、訴外Xが日本国内で販売をしていた。そのため、侵害者が1つの侵害製品を販売すれば、特許権者が1つの製品の販売機会を喪失することになるという因果関係の存在と、被告の侵害行為がなかったならば得られたであろう利益の発生が認められていた中での判断であった。一方、パテントトロールには、このような関係が認められない。しかし、仮にパテントトロールにライセンスが存在する場合は、2項の適用を認めるべきであると解する。

3. 令和元年法律第3号の要点

特許法102条1項及び4項が改正の要点となる。

令和元年改正法102条1項は、「特許権者又は専用実施権者が故意又は過失により自己の特許権又は専用実施権を侵害した者に対しその侵害により自己が受けた損害の賠償を請求する場合において、その者がその侵害の行為を組成した物を譲渡したときは、次の各号に掲げる額の合計額を、特許権者又は専用実施権者が受けた損害の額とすることができる。

一 特許権者又は専用実施権者がその侵害の行為がなければ販売することができた物の単位数量当たりの利益の額に、自己の特許権又は専用実施権を侵害した者が譲渡した物の数量（次号において「譲渡数量」

という。)のうち当該特許権者又は専用実施権者の実施の能力に応じた数量(同号において「実施相応数量」という。)を超えない部分(その全部又は一部に相当する数量を当該特許権者又は専用実施権者が販売することができないとする事情があるときは、当該事情に相当する数量(同号において「特定数量」という。)を控除した数量)を乗じて得た額

二 譲渡数量のうち実施相応数量を超える数量又は特定数量がある場合(特許権者又は専用実施権者が、当該特許権者の特許権についての専用実施権の設定若しくは通常実施権の許諾又は当該専用実施権者の専用実施権についての通常実施権の許諾をし得たと認められない場合を除く。)におけるこれらの数量に応じた当該特許権又は専用実施権に係る特許発明の実施に対し受けるべき金銭の額に相当する額」と規定し、特許法102条4項は、「4 裁判所は、第一項第二号及び前項に規定する特許発明の実施に対し受けるべき金銭の額に相当する額を認定するに当たっては、特許権者又は専用実施権者が、自己の特許権又は専用実施権に係る特許発明の実施の対価について、当該特許権又は専用実施権の侵害があつたことを前提として当該特許権又は専用実施権を侵害した者との間で合意をすとしたならば、当該特許権者又は専用実施権者が得ることとなるその対価を考慮することができる。」旨規定する⁽⁴⁰⁾。

前述のごとく、旧法下における「椅子式マッサージ事件」以降は、旧第1項と第3項の併用否定説が主流であった。しかし、学説の多数はこれに反対しており、立法的な解決が必要となり、今般の改正となった。旧法下では、売上減少による逸失利益のみを規定しており、それ以外の逸失利益に関する特段の措置をしていなかった。特許権者は、自己が実施すると同時に、自己の実施相応数量を超えて実施権をライセンスして利益を上げる場合に、ライセンスの機会の喪失による逸失利益を含めて損害賠償額算定を行うことが損失の補填というという観点から望ましい。

そこで、令和元年法律第3号にて、以下の2つの合計額をその損害額として算出することができるように特許法102条が改正された。まず、

特許権者の単位数量当たりの利益額に、譲渡数量のうち実施相応数量を超えない部分から特定数量を控除した額を算出し（一号）、次に、譲渡数量のうち実施相応数量を超えた部分又は特定数量がある場合（特許権等が、通常実施権の許諾をし得たと認められない場合を除く）には、この数量に応じた部分については、ライセンス機会の喪失による逸失利益を算出（二号）し、合算することができる、いわゆる旧特許法における第1項と第3項の重畳適用を可能した。従って、立法により、裁判判断を覆したことになる。そして、第4項にて、第二号の算出に当たり、特許権侵害があったことを前提として交渉した場合に決まるであろう額（権利者の許諾機会の喪失、侵害者の契約上の制限なく特許権を実施したことなどの事情を考慮したうえで決定）を考慮できるとした。これは、実施料相当額は、侵害時ではなく、裁判時における相当実施料とし、裁判までのすべての事情を考慮に入れる（つまり、ライセンス交渉時のレートと裁判で認定された実施料率を同一にする必要なし）と判断した「ヒンジⅢ事件⁽⁴¹⁾」と同趣旨であると思われる。

以上、旧規定における争点、学説、裁判例を示し、令和元年改正法の要点を解説した。次に、特許法102条に基づく賠償額の算出に関し、利益の額における控除項目について、近年、知財高裁で初めての判断がなされたため、以下に詳述する。

4. 「二酸化炭素含有粘性組成物事件知財高裁大合議判決⁽⁴²⁾」

(1) 事件の概要

本件は、名称を「二酸化炭素含有粘性組成物」とする発明に係る2件の特許権（特許第4659980号及び特許第4912492号⁽⁴³⁾）を有する被控訴人が、①控訴人らが製造、販売する炭酸パック化粧品（被告各製品）は上記各特許権に係る発明の技術的範囲に属し、それらの製造、販売が上記各特許権の直接侵害行為に該当するとともに、②控訴人ネオケミアが被告各製品の一部に使用する顆粒剤を製造、販売した行為は上記各

特許権の間接侵害行為（第101条1号又は2号）に該当するなどとして、控訴人らに対し、同法100条1項及び2項に基づく被告各製品及び顆粒剤の製造、販売等の差止め及び廃棄並びに、特許登録日から各項記載の日までの期間の不法行為に基づく損害賠償金及びこれに対する民法所定の年5分の割合による遅延損害金の支払を求めた事案である。

原判決（大阪地判平成30.6.28平成27（ワ）4292）は、侵害を認め、差止め及び廃棄請求を容認し、損害賠償に関しては、102条の2項の推定を認め、また、同条3項の賠償額を算定し、どちらか高額となったほうの賠償額を容認した。

控訴審での争点は多岐にわたる（侵害性・無効性・賠償額の算定）が、特許法102条2項の「利益の額」の算出については、知財高裁における合議体として初めての判断を行い、また同3項の「その特許発明の実施に対し受けるべき金銭の額に相当する額の金銭」に関する考え方について明示した。以下、特にこれら点に絞って解説する。

(2) 判旨

(a) 特許法102条2項における利益の額

「(特許法) 第102条2項の上記趣旨からすると、同項所定の侵害行為により侵害者が受けた利益の額とは、原則として、侵害者が得た利益全額であると解するのが相当であって、このような利益全額について同項による推定が及ぶと解すべきである」「特許法102条2項所定の侵害行為により侵害者が受けた利益の額は、侵害者の侵害品の売上高から、侵害者において侵害品を製造販売することによりその製造販売に直接関連して追加的に必要となった経費を控除した限界利益の額であり、その主張立証責任は特許権者側にあるものと解すべきである。」

本事件において、「利益の額」とは、「粗利益」や「純利益」ではなく、「限界利益⁽⁴⁴⁾」を指すことを明言し、その立証責任を特許権者側に課した。また、「控除すべき経費は、侵害品の製造販売に直接関連して追加的に必要となったものをいい、例えば、侵害品についての原材料費、仕入費用、運送費等がこれに当たる。これに対し、例えば、管

理部門の人件費や交通・通信費等は、通常、侵害品の製造販売に直接関連して追加的に必要となった経費には当たらない」とした。

また、「パート従業員の人件費」については、「パート従業員の担当する業務の具体的内容や被告製品1、14、15及び18の製造販売に関する従事状況は明らかではないから、…（パート従業員の）人件費が、これらの製品の製造販売に直接関連して追加的に必要となったということとはできない。よって、上記人件費をこれらの製品の売上高から控除すべき経費とみるのは相当ではない」と判示した。

「外注の試験研究費（被告製品18の防腐、防カビ試験に関するもの）」については、「同製品の製造販売に直接関連して追加的に必要となったものといえるから、同製品の売上高から控除すべき経費に当たる。これに対し、その余の試験費…はどの製品に係るものであるかも明らかではないから、その試験費が被告製品1、14、15及び18の製造販売に直接関連して追加的に必要となったということとはできない。よって、この部分については、これらの製品の売上高から控除すべき経費とみるのは相当でない」と判示した。

「広告費等」については、「展示会における控訴人…の展示内容やその中での被告製品1、14、15及び18の出品状況は明らかではないから、控訴人…の主張する広告費が、これらの製品の製造販売に直接関連して追加的に必要となったということとはできない。よって、上記広告費をこれらの製品の売上高から控除すべき経費とみるのは相当ではない」と判示した。

「無償配布サンプル代及び展示会配布サンプル代」については、「控訴人…が被告製品1、14、15及び18について、販売用の製品とは別にサンプルに係る経費を負担したことが明らかではないから、控訴人…の主張するサンプル代が、これらの製品の製造販売に直接関連して追加的に必要となったということとはできない。よって、上記サンプル代をこれらの製品の売上高から控除すべき経費とみるのは相当ではない」と判示した。

従って、「パート従業員の人件費」「外注研究費」「広告費」「無償配布サンプル代及び展示会配布サンプル代」について、判決ではそのほとんどが控除の対象となっていないが、これらは控除から外れる項目ではなく、被告が、侵害品の製造販売に直接関連して追加的に必要であることを示すことができなかつたために控除されなかつた。従って、これらの項目も、製造販売に直接関連して追加的に必要であることを示す証拠を示すことで、売上高から控除すべき経費と判断されうるであろう。例えば、「製造販売に関する従事状況」が明らかな場合とは、製造部門で製品の製造に携わっている人物の労務費を「直接労務費」として立証できた場合、本件判決の判示内容からしても「直接労務費」は控除されるべき経費とすることができると考えて差し支えないであろう⁽⁴⁵⁾。

(b) 特許法102条2項における覆滅理由

覆滅事由に関し、まず、「特許法102条2項における推定の覆滅については、同条1項ただし書の事情と同様に、侵害者が主張立証責任を負うものであり、侵害者が得た利益と特許権者が受けた損害との相当因果関係を阻害する事情がこれに当たると解される。例えば、①特許権者と侵害者の業務態様等に相違が存在すること（市場の非同一性）、②市場における競合品の存在、③侵害者の営業努力（ブランド力、宣伝広告）、④侵害品の性能（機能、デザイン等特許発明以外の特徴）などの事情について、特許法102条1項ただし書の事情と同様、同条2項についても、これらの事情を推定覆滅の事情として考慮することができるものと解される⁽⁴⁶⁾」と判示し、具体的に4つの覆滅事由を示した。その上で、追加的な覆滅事由として、「特許発明が侵害品の部分のみに実施されている場合においても、推定覆滅の事情として考慮することができるが、特許発明が侵害品の部分のみに実施されていることから直ちに上記推定の覆滅が認められるのではなく、特許発明が実施されている部分の侵害品中における位置付け、当該特許発明の顧客誘引力等の事情を総合的に考慮してこれを決するのが相当である」として、上述し

た争点6：寄与率についても判示した。

ここで、②に関しては、「競合品といえるためには、市場において侵害品と競合関係に立つ製品であることを要する」との要件を示し、販売時期や市場占有率等を示した上で競業関係を立証しなければならない。③に関しては、製品の製造、販売に当たり、製品の利便性について工夫し、営業努力を行うのが通常であるから、通常の範囲の工夫や営業努力をしたとしても、推定覆滅事由に当たるとはいえず、通常の範囲を超える格別の工夫や営業努力をしたことを示さなければならないと判示している。これらの点について、判決では具体的なことについて触れていないが、特許製品ではなく、侵害者の製品だから購入したことを示す具体的証拠、例えば購入者アンケートなどを示すことが必要であろう。④に関しては、「侵害品が特許権者の製品に比べて優れた効能を有するとしても、そのことから直ちに推定の覆滅が認められるのではなく、当該優れた効能が侵害者の売上げに貢献しているといった事情がなければならないというべき」と判示し、侵害品の独自の効能を示した上で、覆滅理由とならないとした。やはり、この点も、上述のように、購入者アンケートなどを用いて、侵害者の製品の特質すべき効能が、購入を導いていることを示す必要があろう。

(c) 特許法102条3項による「その特許発明の実施に対し受けるべき金銭の額に相当する額」について

判決では、先ず、「平成10年法律第51号による改正前は「その特許発明の実施に対し通常受けるべき金銭の額に相当する額」と定められていたところ、「通常受けるべき金銭の額」では侵害のし得になってしまうとして、同改正により「通常」の部分が削除された経緯がある」と述べ、その上で、「特許発明の実施許諾契約においては、技術的範囲への属否や当該特許が無効にされるべきものか否かが明らかではない段階で、被許諾者が最低保証額を支払い、当該特許が無効にされた場合であっても支払済みの実施料の返還を求めることができないなどさまざまな契約上の制約を受けるのが通常である状況の下で事前に実施料

率が決定されるのに対し、技術的範囲に属し当該特許が無効にされるべきものとはいえないとして特許権侵害に当たるとされた場合には、侵害者が上記のような契約上の制約を負わない。そして、上記のような特許法改正の経緯に照らせば、同項に基づく損害の算定に当たっては、必ずしも当該特許権についての実施許諾契約における実施料率に基づかなければならない必然性はなく、特許権侵害をした者に対して事後的に定められるべき、実施に対し受けるべき料率は、むしろ、通常の実施料率に比べて自ずと高額になるであろうことを考慮すべきである。したがって、実施に対し受けるべき料率は、①当該特許発明の実際の実施許諾契約における実施料率や、それが明らかでない場合には業界における実施料の相場等も考慮に入れつつ、②当該特許発明自体の価値すなわち特許発明の技術内容や重要性、他のものによる代替可能性、③当該特許発明を当該製品に用いた場合の売上げ及び利益への貢献や侵害の態様、④特許権者と侵害者との競業関係や特許権者の営業方針等訴訟に現れた諸事情を総合考慮して、合理的な料率を定めるべきである」と判示した。

本事案において、具体的には、本件各特許の実際の実施許諾契約の実施料率は本件訴訟に現れていないところ、本件各特許の技術分野が属する分野の近年の統計上の平均的な実施料率が、国内企業のアンケート結果では5.3%で、司法決定では6.1%であること及び被控訴人の保有する同じ分野の特許の特許権侵害に関する解決金を売上高の10%とした事例があること、本発明は、相応の重要性を有し、代替技術があるものではないこと、発明の実施は被告各製品の売上げ及び利益に貢献するものといえること、被控訴人と控訴人らは競業関係にあることなど、本件訴訟に現れた事情を考慮すると、特許権侵害をした者に対して事後的に定められるべき本件での実施に対し受けるべき料率は、10%を下回らないものと認めるのが相当とした。

(3) 解説

本知財高裁大合議判決は、利益の意義について明確にし、損害の算

出方法について、控除する対象はなんであるかを明確かつ具体的に示したという点で、損害額の予測を正確に行え、特許権者の保護を強固にしたといえる。また、覆滅理由に関しても、①市場の非同一性、②市場における競合品の存在、③侵害者の営業努力、④侵害品の性能などの事情及び寄与率により、推定が覆るとの具体例を明記している。さらに、3項による実施に対し受けるべき料率について上述する①特許発明の実際の実施許諾契約における実施料率や業界における実施料の相場、②特許発明自体の価値、③売上げ及び利益への貢献や侵害の態様、④特許権者と侵害者との競業関係等訴訟に現れた諸事情を総合考慮して合理的な料率を定めるべきとしており、令和元年改正法102条4項を意識した判断になっている。

又、覆滅事由については、上述の具体例が示し、相当因果関係を阻害する事情か否かで判断するとし、その覆滅は侵害者が主張立証責任を負うが、どの程度の立証が必要であるかは、今後の裁判例により明らかにされることになる。

尚、本事件で、特許法102条2項（及び第1項についても同様）の「利益」は、「限界利益」を指し、第2項の適用に際し、特許権者による特許製品の実施を要しないことから、たとえ特許権が共有にかかる場合においても、単純に、侵害者の限界利益を持ち分割合で案分した額を各共有者が損害額として請求できることになる⁽⁴⁷⁾。

さらに、本判決後であるが、現行法施行前である2020年3月15日に「美容器事件知財高裁大合議判決」がなされた。この判決では、上述した争点2の「権利者の実施能力に応じた額を超えない限度（実施相応数量）」につて、実施の能力は現存の能力であることを要す「現存能力説」ではなく、実施の能力は潜在的な能力であっても足りると「潜在的能力説」を採用している。即ち、自社製造だけではなく生産委託等の方法による供給が可能である場合も実施の能力があるものとして認めている。しかしながら、上述のごとく、改正法102条1項では、旧法下では否定的であった旧1項と3項の重畳適用が、可能となったこと

から、今後の裁判例では、「現存能力説」を採用するまたはすべきと考
える。

さて、ここまでは、日本における損害賠償の算出の方法について考
察してきたが、次に米国における損害賠償に関する算出手法について
考察する。

B. 米国における損害賠償

1. 成文法における損害賠償規定

Unified Patent 社の統計⁽⁴⁸⁾によれば、2015年から特許侵害で訴訟が
提起されている事件は2019年までは減少傾向にあった⁽⁴⁹⁾が、2020年は
4040件／年とやや上昇した。これらすべての事件が判決に至るケー
スは少なく、多くの事件が和解により決着している。和解のタイミン
グは、一般的に多額の裁判費用が掛かる直前、またはある程度証拠があ
つまり、勝敗の行方がある程度見極めることができる時期、即ち、
ディスカバリー手続きに入る直前、トライアルに入る直前、サマリー
ジャッジメント直後になされることが多い。そのため、判決にまで至
るケースは、3～4%と言われている⁽⁵⁰⁾。Bloomberg BNA 社（現
Bloomberg Industry Group 社）の分析によれば、連邦地裁における原告勝
訴率は6割と報告され、特にテキサス州東部地区連邦裁判所では7割
の勝訴率とされる。

米国では、損害賠償を基礎づける規定は284条に明記され、それに付
随する規定が284条～287条に用意されている。

(1) 損害賠償 (35U.S.C.284条)

1790年に制定された米国初の特許法には、制定法として損害賠償を
基礎付ける規定を置き、衡平法のもとで認められる差止請求権に優先
させていたが、その後、権利者の差し止めを求める声に応じ、差止請
求権を制定法に取り入れた⁽⁵¹⁾。しかし、差止請求権はあくまで衡平法

上の救済であるため、特許侵害があるというだけでは認められず、制定法でも、「衡平の原則に従って、裁判所が合理的であると認める条件に基づいて差止命令を出すことができる」と規定する⁽⁵²⁾。

一方、金銭的な救済を認める284条第1文及び第2文では、以下のよう

に規定されている。
「原告に有利な評決が下されたときは、裁判所は、原告に対し、侵害を補償するのに十分な損害賠償を裁定するものとするが、当該賠償は如何なる場合も、侵害者が行った発明の使用に対する合理的ロイヤルティに裁判所が定める利息及び費用を加えたもの以下であってはならない。

損害賠償額について陪審による評決が行われなかった場合は、裁判所がそれを査定しなければならない⁽⁵³⁾。」

本条は損害賠償の基本的算出法を明示する規定である。ここで、「侵害を補償するのに十分な損害賠償を裁定するもの (award the claimant damages adequate to compensate for the infringement)」は、逸失利益または確立されたロイヤルティを指し、これらは、合理的ロイヤルティに裁判所が定める利息及び費用を加えたもの以下であってはならないと規定している。逸失利益や合理的ロイヤルティの算出方法については、後述する。

このように、米国では、損害賠償は「補償の原則」を採用している⁽⁵⁴⁾。これは、侵害行為が行われる直前の地位に戻すという考えを取るものである⁽⁵⁵⁾。そのため、損害賠償を算出するには、「But for test」を用い、被告の侵害が無ければ得られたであろう利益の額を賠償額として算出する⁽⁵⁶⁾。

(2) 懲罰的賠償 (35U.S.C.284条) 及び弁護士助言 (35U.S.C.298条)

以下に示す284条第3文には、懲罰的賠償を認める規定が用意されている。

「何れの場合も、裁判所は、損害賠償額を、評決又は査定された額の3倍まで増額することができる。」

この284条には、どのような場合に懲罰的賠償が認められるかについては規定していない。しかし、過去の判例から、侵害が故意に行われている (Willful Infringement) 又は、訴訟手続きに悪意 (Wanton Litigation) があった場合、裁判所の裁量により、懲罰的賠償が認められている。そこで、次に問題となるのは、「侵害が故意に行われていたこと」の認定の基準である。これは、時代により大きく変遷している。プロパテント政策の下における Underwater 事件⁽⁵⁷⁾では、潜在的侵害者が、他社の特許権に気づき、自己が侵害しているか否かを決定するための相当な注意を行使する積極的な義務があると判断された。この積極的義務を満たすため、通例として、適切な法的助言 (非侵害/無効) を弁護士に求め、取得することが要求される。懲罰的賠償を避けるには、弁護士のアドバイスや鑑定に依拠して実施を行っていたと主張することで、可能となると判断していた。そのため、プロパテント政策の下では、この Underwater 事件により、広範囲で故意侵害が認定されることになった。しかしながら、Underwater 事件から24年後の2007年に、この故意侵害の認定基準を覆し、新たな故意侵害の認定基準を示した判決が CAFC でなされた。Seagate 事件⁽⁵⁸⁾である。

前述のごとく、Underwater 事件では、積極的な注意義務基準が故意侵害の認定基準であったが、これでは、過失により故意侵害が認定されてしまう場合がある。これでは、民事訴訟一般に理解される「故意」の考えに合致しない。そこで、他の裁判例と基準を揃え、「客観的な無謀さ (Objective recklessness)」基準を採用することとした。ここで示す「無謀」とは、①有効な特許権に対し、客観的な侵害蓋然性があること (客観的要件)、②その客観的なリスクを非権利者が認識しているか、認識すべきであったこと (主観的要件⁽⁵⁹⁾)、即ち、「侵害者は有効な特許を侵害する可能性が客観的に高いにもかかわらず、侵害行為を行った」ということを、特許権者が、「明白かつ確信を抱く証拠」 (Clear and Convincing Evidence) 基準」で立証することとなった。この Seagate 事件により、故意侵害を認定するうえで、必ずしも弁護士の鑑定書を取

得する必要が無く⁽⁶⁰⁾、また、鑑定書を取得しなくとも、被特許権者が十分な技術的・法律的な検討を行ったうえで、非侵害と信じて実施を継続していた場合には故意侵害を免れる⁽⁶¹⁾という結果となった。この事件により、AIA改正により、298条が新設され、「侵害されたと主張されている特許に関し、侵害者が弁護士の助言を取得しないこと又は侵害者が裁判所又は陪審に対して当該助言を提出しないことは、侵害被疑者がその特許を故意に侵害した、又は侵害被疑者がその特許の侵害を誘導しようとしていたことを証明するために使用することができない」とした。即ち、鑑定を取得しないことから直ちに故意侵害を認定してはならないように明記された。

ところが、Seagate事件から9年後の2016年のHalo事件⁽⁶²⁾で最高裁は、CAFCの示したSeagate事件の「客観的な無謀さ (Objective recklessness)」基準を否定し、新たに「非難に値する行為が認められるか否かで判断する」とした⁽⁶³⁾。Seagate事件の判断を覆すべき理由として、1点目は、284条は地方裁判所に賠償額の増加の可否について裁量権を与えているが、Seagateテストは、地方裁判所の裁量権を過度に制限していることを挙げている。また、2点目は、Seagateテストの証明を「明白かつ確信を抱く証拠 (Clear and Convincing Evidence)」で立証することとしているが、これが誤りであると判示する。Octane Fitness事件⁽⁶⁴⁾でも説明している通り、特許侵害事件では常に「証拠の優位性 (Preponderance of the Evidence) 基準」で行ってきており、増額賠償についても例外ではないとして、証拠法の適用基準について明言した。従って、この最高裁判断のポイントは、基準をUnderwater事件の基準に戻すのではなく、「第284条は、地方裁判所がSeagateテストのような弾力性のない制約を受けずに裁量権を行使することを可能する⁽⁶⁵⁾」という点にある。この場合、Read事件⁽⁶⁶⁾によれば、裁判官の裁量で考慮される要素は、(1)侵害者が他人のアイデア等を意図的にコピーしたか否か、(2)侵害者が他者の特許保護を知ったときに、その特許の範囲を調査し、その特許が無効である、または侵害していない

という誠実な信念を形成したかどうか(3)侵害者の訴訟当事者としての態度(4)被告の規模と財務状況(5)事件の勝敗の僅差(6)被告の不正行為の期間(7)被告による救済措置(8)損害を与えるという被告の動機(9)被告がその不正行為を隠そうとしたかどうかである。

ところで、この規定は、懲罰的賠償といわれている。商標法にも故意侵害による3倍賠償の規定は存在する⁽⁶⁷⁾が、この3倍賠償は罰則ではないと明記される。一方、特許法には、「not a penalty」との表記がないことから、やはり、懲罰的意味合いが強いと考えられる。現在、日本では、このような懲罰的な賠償についての導入の検討を行っている⁽⁶⁸⁾が、現行法下においては、公序良俗の観点から、懲罰的賠償を課すことは認められない⁽⁶⁹⁾。これは、懲罰賠償は刑事罰的観念であり、刑事罰の思想を、民事の損害賠償に適用するという思想が受け入れられないためである。

(3) 弁護士費用 (35U.S.C.285条)

米国においても、弁護士費用は、伝統的には双方負担であるが、訴訟費用の高騰のため、裁判所の裁量権限にて、勝訴側の弁護士費用を敗訴側に支払わせることを認める改正を行った。285条では以下の様に規定している。

「第285条 弁護士費用

裁判所は例外的事件においては、勝訴当事者に支払われる合理的な弁護士費用を裁定することができる。」

ここで、例外的な場合とは、重過失があった場合を指し、権利者側の重過失の例としては、無効理由を知っている又は非侵害が明白であるにもかかわらず訴訟を起す場合であり、侵害者側の重過失の例としては、特許の有効性や侵害が明白であるにもかかわらず、侵害行為を中止せず、訴訟を招いた場合である⁽⁷⁰⁾。特に、フロードにより特許を取得したものが訴訟を起した場合には例外事情にあたる⁽⁷¹⁾。尚、弁護士費用を得るためには、必ず、損害賠償又は差止判決を得る必要があり、法廷外での和解決着の場合、勝訴当事者となることはできな

いため、相手側に弁護士費用を請求することはできない⁽⁷²⁾。

(4) 時効 Time limitation on damages (35U.S.C.286条)

民事一般で言う時効「Statute of limitation」は訴権の消滅を意味するが、286条は、一定期間の過去の侵害に対する損害の回復を禁ずるものである。286条前段は、以下の様に規定している。

「第286条 損害賠償に関する時間的制限

法により別段の定めがされている場合を除き、侵害に対する訴又は反訴の提起前6年を超える時期に行われた侵害に対しては、訴訟による回復を受けることができない。」

従って、時効の起点が「侵害を知った時」基準ではなく、「訴訟を提起時」基準となる。ところで、類似の概念として「懈怠 (Laches)」がある。懈怠とは、衡平法に基づく抗弁であり、特許権者が、権利行使できる状態にあるにもかかわらず、正当な理由無く、長期間（期間は規定なし）権利行使しない場合、もはや、特許権者は権利行使しないのであろうと信じた者を保護する抗弁である。この懈怠が認められると訴訟提起以前の損害賠償は不可となる。Aukrman 事件⁽⁷³⁾によれば、この懈怠の推定は、特許権者が被疑侵害者の行為を知った、または知るべきであった日から6年以上も訴訟を起こすのを遅らせた場合に起こる⁽⁷⁴⁾と判示されている。

ここで問題となるのは、制定法に286条で規定する6年の時効があるにもかかわらず、衡平法下による懈怠の抗弁が認められるかということである。この問題に関しては、SCA 事件⁽⁷⁵⁾により解決をみた。本事件で最高裁は、特許法第286条の規定には、特許権者による申し立て前の6年以内になされた侵害行為に対しては損害賠償を回収することが可能であるという議会によりなされた判断が示されている。議会により明示されたこの時効期間内においてラッチス（懈怠）の法理を適用してしまうことは、司法の権限を超えた「立法の無効化 (legislation overriding)」の役割を判事に与えてしまうことになる、と判断した (Therefore, applying laches within a limitations period specified by Congress

would give judges a “legislation overriding” role that is beyond the Judiciary’s power.)。

(5) パテントマーキング (35U.S.C.287条)

287条は、特許権者等の自己特許製品への特許表示義務を規定する。AIA 改正法により、「patent」及びその略称の文字と特許番号を直接、特許製品ら容器・包装に付するだけでなく、特許製品等に「patent」及びその略称の文字とインターネットアドレスを付し、そこで特許番号と関連付けることで、特許表示義務は満足される。方法の発明に対しては、本条の表示義務はない⁽⁷⁶⁾。本規定違反の効果は、侵害の通知をした場合を除き、「特許権者は、侵害訴訟によって損害賠償を受けることができない⁽⁷⁷⁾」。

ここで、287条がパリ条約5条Dの「権利の存在を認めさせるためには、特許の記号若しくは表示又は実用新案、商標若しくは意匠の登録の記号若しくは表示を産品に付することを要しない」に違反しないかが問題となる。日本では、187条に特許表示規定が存在するか、これは訓示規定であり、特許非表示に対し、なんら制裁はない⁽⁷⁸⁾。パリ条約5条Dの規定は、「権利の存在を認めさせるためには、表示の要求ができないつまり特許表示がなかったからおまえの特許権はないのだよというようなことはいえないということだけなのであります⁽⁷⁹⁾」という意味であり、損害賠償請求や差止請求に特許表示を要求することや軽犯罪を適用すること⁽⁸⁰⁾を同盟国が規定することは自由であることから、米国の287条は、パリ条約に違反していないと考えられる。

尚、本規定に関連して、虚偽表示に関する規定である292条も AIA 改正法で改正がなされている。旧292条(a)項最終段では、「(虚偽表示をした場合)、それぞれの違反毎に500ドル以下の罰金を科す」と規定し、続く(b)項では、「何人も、罰金を科するように告訴することができ。その場合、罰金の半額は告訴したものに、他の半分はアメリカ合衆国に帰属する⁽⁸¹⁾」とあった。つまり、旧法化では、qui tam action を起こすことができた。特許表示義務を課す287条の下、特許権者は将来の訴

訟にそなえ特許表示を行うが、特許が切れても、うっかり特許表示をそのまま付して製品を販売してしまうこともあった。そこに目を付けた Patent marking troll が qui tam action を起こす事例⁽⁸²⁾が発生した。そこで、AIA 改正法では、「罰金を科せられる。合衆国のみが本項によって認められる刑罰のための訴訟を提起することができる。」と改正された。

(6) **EMVR (エンタイヤーマーケットバリュールール Entire Market Value Rule)**

判例法により発展を遂げた EMVR とは、特許の対象が特定の製品の一部であっても、全体の製品をベースとして賠償額を算出するルールである。もっとも古く EMVR が適用されたのは、Hurlburt 事件⁽⁸³⁾であったようであるが、その後、Tektronix 事件⁽⁸⁴⁾で注目を浴び、Rite-Hite 事件⁽⁸⁵⁾で EMVR の適用要件が確立されている。

Rite-Hite 事件は、輸送トラックなどの車両を倉庫のプラットフォームに拘束する手段の発明に関する特許侵害事件であり、特許でカバーされた MDL-55 及び、特許でカバーされていないが市場における競業品である ADL-100 を販売していた。CAFC は、まず、逸失利益については、284 条が侵害がなかった状態に戻すことを意図していることから、特許でカバーされていない製品の価格下落分についても賠償を認める判断を行った。次いで、EMVR が適用される要件として、特許された構成部分と非特許の構成部分は、一体となって機能し、所望の最終製品／あるいは結果を生み出さなければならないとした。従って、製品に組み込まれた部品であっても一体的に機能しない場合には、部品の特許にて、完成品をベースに逸失利益を算出することはできない⁽⁸⁶⁾。

近年、EMVR は、緩やかな要件の下で適用されているために、権利者による寄与率の立証は不要であると言われている⁽⁸⁷⁾が、上述の Rite-Hite 事件では「機能一体化要件」が課せられており、適用制限を設けており、また、最近は、「特許技術によって実現される機能が、顧

客の需要を喚起する「唯一の」根拠となっている場合に限り、製品全体の価格を基礎としたロイヤルティの算定を認める、というルール適用が優勢」である⁽⁸⁸⁾との評価もあり、依然として EMVR の適用には依然として厳格な適用要件が課せられていると考える。

2. 逸失利益

前述したように逸失利益は、市場に侵害品がないといった仮想状況を構築し、その状態で権利者が特許品を販売して得たであろう利益の額である⁽⁸⁹⁾。従って、この侵害が無かったら得られた利益を算出するテストを「But for test」と呼ばれ、Pauduit 事件⁽⁹⁰⁾で4要件が示された。即ち、逸失利益を証明するためには、①特許製品に対する需要があること②非侵害の代用品が存在しないこと③原告に需要に対する製造販売能力があること④侵害が無ければ得られたであろう利益の額である⁽⁹¹⁾。これらの要件は、「証拠の優位性基準」で立証しなければならない。①～③は、侵害関係と損害額の因果関係を立証するに必要な事実である。日本の102条とは異なり⁽⁹²⁾、上記要件からもわかるように、逸失利益は、特許権者が特許製品を販売していない場合、逸失利益の発生を立証できない。そのため、製造装置を有していないパテントトロールの様な企業体は、逸失利益を立証することができないため、後述する合理的ロイヤルティにて賠償額を算出するしかない。

ここで、実際に市場に権利者と2者しかいない場合であっても、権利者が侵害者の販売分をすべて売っていたか疑問となる。侵害者がいたことで、価格競争が発生し、自社製品の価格を低く設定したことで、需要が増したことも考えられる⁽⁹³⁾。前掲 Grain 事件に示すように侵害がなかった世界を再構築する必要があるため、市場の2者しかいない場合でも逸失利益の算出は非常に困難であり、さらに市場に非侵害の競業品が存在する場合は、その計算がさらに複雑となるであろう。尚、市場に非侵害の競業品が存在する場合、日本の旧102条1項但し書きの

ように、非侵害製品と特許製品の市場のシェアで侵害品の販売数を分けるという手法をとるようである⁽⁹⁴⁾。

3. 確立されたロイヤルティ

確立されたロイヤルティは後述する合理的ロイヤルティを算出する1要件としても考慮される内容である。確立されたロイヤルティとは、特許権者がすでにライセンシーを有している場合に、そのライセンスの条件を指す。通常、確立されたロイヤルティが存在する場合は、より高額な逸失利益の請求をすることができない⁽⁹⁵⁾。

ライセンスには、平和的に交渉が進んで結ばれる場合と、訴訟にまで発展し和解がなされる場合がある。前者と後者では適用される実施料率も一緒であるとする、侵害のインセンティブともなるので、異なるのが一般的である。そのため、この確立されたロイヤルティが存在する場合は、その契約成立経緯を見て、後述の合理的ロイヤルティが確立されたロイヤルティよりも高額となるか認めるべきと考える。

4. 合理的ロイヤルティ

逸失利益や確立されたロイヤルティでの算出が不相当であると判断される場合、合理的ロイヤルティで計算する。前述の284条では、「賠償は…合理的ロイヤルティ…以下であってはならない」と規定している。この合理的ロイヤルティの決定は、ライセンスを与える意思のある特許権者とライセンスを受ける意思のあるライセンシーとの間の仮想的な交渉に基づく法的フィクションであることは間違いない。合理的ロイヤルティは、ライセンシーが特許製品を製造・販売するために喜んで支払う金額と、特許所有者がライセンスに対して要求する金額（ライセンシーの利益を上回る可能性がある）の両方を考慮する必要がある⁽⁹⁶⁾。

この合理的ロイヤルティは、以前は、発明の属する業界の相場で決定していた。しかし、この方式では発明の価値は無視され、どのような発明でも相場で合理的ロイヤルティを決定する方式は不適當であるとして、この仮想交渉方式が提案された。この仮想交渉方式では、「25%ルール」なるものが適用されていた。これは、特許の定量的な価値や評価を決定する手法であるが、法で規定するものではなく、あくまで経験則上用いられてきたルールであり、対象となる知的財産を実施する製品の予測利益の25%に相当する実施料率をライセンス者が支払うというものである。例えば、特許権者が100億円の特許製品の売り上げを期待し、その時の利益が16億円であるとするると利益率は16%となる。これに25%をかけた4%が合理的ロイヤルティとするというものであった。

しかし、Uniloc 事件⁽⁹⁷⁾で、25%の経験則は、Federal Circuit 法の問題について、仮想交渉におけるベースラインのロイヤルティ率を決定するための基本的な欠陥のあるツールであると判示した。また、このケースでは、ジェミニ（専門家）の証言は、本件の事実とは関係のない、恣意的な一般的ルールとしての25%の経験則の使用に基づいていると述べ、さらに、仮説上の交渉において特許製品の製造者が特許権者に支払うことを希望する合理的なロイヤルティ率を概算するためのツールである「25%の経験則」に依拠した証拠は、Daubert 判決の下では認められないと判示した。また、Daubert 判決の下では、地方裁判所は、科学的な証言が関連性と信頼性を備えていることを確認する「ゲートキーパー」の機能を発揮しなければならない⁽⁹⁸⁾。とも判示した。

この Uniloc 判決により、合理的なロイヤルティの算出に25%経験則の適用はその根拠を失った。では、どのように仮想的交渉で合理的なロイヤルティを算出するのかという点と Georgia-Pacific 事件⁽⁹⁹⁾が参考となる。この事件で、特許ライセンスに対する合理的なロイヤルティの額の決定に関連する、一般的な証拠事実の包括的なリストは、主要な判例の概観から引き出すことができる。以下は、ここでの問題により

関連していると思われる要素の一部であるとして、代表的な15要素を明記している。

- ①訴訟中の特許の実施許諾のために特許権者が受領したロイヤルティであって、確立されたロイヤルティを証明する又は証明に役立つもの、
- ②当該特許に相当する他の特許の使用に対してライセンシーが支払う実施料率、
- ③排他的又は非排他的であるといったライセンスの本質及び範囲；または、製造された製品が販売される地域や相手に関して制限されているかいないか、
- ④発明の使用を許諾しないことにより、あるいは独占を維持するように考えられた特別な条件でライセンスを許諾することにより、特許の独占が維持されるようなライセンサーの確立ポリシーやマーケティングプログラム、
- ⑤ライセンサーとライセンシーの商業上の関係、例えば、両者が、同一地域の同一事業分野の競争相手であるかどうか、あるいは、両者が、発明者とプロモーターの関係であるかどうか、
- ⑥ライセンシーの他の製品の販売を促進する上での特許製品の販売の効果、ライセンスを与えるものとして、特許権者の非特許製品への発明の既存の価値、ライセンスをすることによる派生的な販売の程度、
- ⑦特許の存続期間やライセンスの期間、
- ⑧特許製品の収益性や特許製品の現在の需要、
- ⑨同様の結果を得るために使用されていた旧来の方法や装置があれば、それに対する特許権の有用性と利点、
- ⑩特許された発明の本質、ライセンサーが所有し生産した商業的な実施品の特徴、やその発明を使用した生産者の利益、
- ⑪侵害者が発明を使用した範囲、およびその使用の価値を証明するあらゆる証拠、

- ⑫利益または販売価格の一部であって、発明または類似の発明の使用を可能にするために、特定のビジネスまたは比較可能なビジネスにおいて慣例となり得る部分、
- ⑬特定可能な利益の一部であって、非特許部分等や侵害者によって追加された重要な機能や改良点から区別されるものであって、発明によって得られたといえる利益部分、
- ⑭的確な専門家の意見陳述、
- ⑮ライセンサー（特許権者など）とライセンシー（侵害者など）が合理的かつ自発的に合意しようとしていたならば、（侵害が始まった時点で）合意したであろう金額、すなわち、ビジネス上の提案として、特許発明を具現化した特定の物品を製造販売するライセンスを取得することを望む賢明なライセンシーが、ロイヤリティとして支払うことをいとわず、なおかつ合理的な利益を得ることができ、ライセンスを付与することをいとわない賢明な特許権者が受け入れたであろう金額⁽¹⁰⁰⁾。

上記のような要素を考慮し、合理的ロイヤリティを認定することになるが、これを得るために、裁判に費やした費用は合理的ロイヤリティに含めてよいのであろうか。Mahurkar 事件⁽¹⁰¹⁾では、Panduit 社の方法は、訴訟費用やその他の費用を考慮するための「Kicker」を含んでおらず、妥当なロイヤリティ率に「Panduit kicker」を追加したことは裁量権の乱用であるとし、訴訟費用のための追加のロイヤリティを認めた地裁判決を否定した。

C. 日米比較

以上、詳細に日米の損害賠償の算出手法について述べてきた。これらを比較すると、以下の様な相違が出てくる。

1. 逸失利益の算出にあたり、日本では、特許権者が競業品のみ販売している場合でも102条1項の適用は可能であり、一切特許品を製造

していなくても102条2項の適用は可能である一方、米国は自己が特許製品を販売しないと逸失利益の算出が不能となる。しかし、特許権者が特許製品及びそれと競業する非特許製品を販売していた場合、侵害により、非特許製品に売上減少があった場合、非特許製品分の逸失利益が認められる。

2. 日本では、102条の算出に当たり、製造限界ラインは他人のライセンス可能な分まで算出可能しうるが、米国は自己製造可能分までであるが、下請けまで、その製造能力を増加することができる場合がある⁽¹⁰²⁾。
 3. 実損害に対する填補賠償という考えから、日本で認められている「侵害者の利益を原告の損害とみなす(102条2項)」は、米国では認められない。一方、商標(1117条(a))や著作権(504条(a)(b))では認められている。
 4. 時効に関しては、日本は侵害を知った時から3年である。一方、アメリカでは、侵害を「知った」時期は関係なく、6年以上前の侵害に対しては賠償の請求権が消滅する。懈怠の抗弁も主張できない。
- 以上、日本及び米国における損壊賠償の算出手法に関し、詳細に考察してきたが、日本企業の知的財産部の方々に日米の算出の手法及び相違点など少しでも理解に役立てていただければ幸いである。

尚、末筆ながら、中村進先生退職記念号に投稿させていただく機会を与えてくださいました坂本力也先生、白井哲也先生、友岡史仁先生にお礼申し上げますとともに、中村進先生の今後のご活躍を祈念致しまして、お祝いの言葉とさせていただきます。

- (1) 日本大学法学部 教授
- (2) 高部真規子「実務詳細 特許関係訴訟(第2版)」242頁
- (3) 特許庁編「工業所有権逐条解説(第21版)」102条解説
- (4) 特許庁企画調査課 特許侵害における損害倍意匠の適切な評価に向けて(ここでは、賠償額の日米比較において、11年の間10億円以上の賠償額が認定された件数が、米国：日本=100：3であるとの調査結果を公表し

ている)。また、日経 XTECH「特許侵害の賠償額が増加、フリーライダーの脅威に」では、日本の賠償額は83%が1億円以下と紹介している。さらに、馬場錬成 潮流 No.60「特許侵害判決の賠償額が低すぎる日本の裁判」として各種統計を公表している。

- (5) 於保不二雄「債権総論 [新版]」(1972年) 135頁以下
- (6) 「パンチハンガー事件」岡山地判昭和60年5月29日 判タ567号329頁、
「オキサロール軟膏事件」東京地判平成29年7月27日 判時2359号84頁
- (7) 中山信弘「特許法 (第4版)」394-395頁
- (8) 逐条解説 (第21版) 特許法102条の解説
- (9) 「悪路脱出具事件」東京地判平成11年7月16日 判時1698号132頁
- (10) 田村善之「特許侵害に対する損害賠償額の算定に関する裁判例の動向」知財管理55巻3号361-378頁 (2005年)
- (11) 「蓄熱材の製造方法二審」東京高判平成11年6月15日 判時1697号96頁、
「ソリッドゴルフボー事件」東京高判平成24年1月24日 他
- (12) 三村量一「不正競争防止法違反による損害賠償(1) NIBEN Frontier 2006年4月号10頁
- (13) 「記録紙事件」東京地判平成13年7月17日 判例工業所有権法 (2期版) 2233の111頁
- (14) 三村量一「特許侵害と損害賠償の算定一木を見ず森を見よう」ここでは、特許が「LED電球」で侵害者が「LED電球」を販売している一方、特許権者は安価な「白熱電球」を販売していたとした事例を想定している。この場合、一方を買えば他方は買わないと言えるため、競業関係にあるが、この場合でも、1項の適用があるのは不当と言えるかと主張する。
- (15) 前掲 中山 397頁、前掲 高部 244頁など多数
- (16) 「スロットマシン事件」東京地判平成14年3月19日 判時1803号99頁
- (17) 前掲 中山 406頁
- (18) 前掲 高部 248-249頁、小池豊「知的財産権侵害による損害賠償の視点—平成10年改正特許法102条の運用をめぐって」秋吉稔弘先生喜寿記念「知的財産権 その形成と保護」312頁以下、高林龍「知的財産権侵害と損害賠償」25頁
- (19) 「椅子式マッサージ事件」知財高判平成18年9月25日 平成17年(ネ)第10047号「特許法102条1項は、特許侵害に当たる実施行為がなかったことを前提に逸失利益を算定するのに対し、特許法102条3項は当該特許発明の実施に対し受けるべき実施料相当額を損害とするものであるから、それぞれが前提を異にする別個の損害算定方法というべきであり、また、特許権者によって販売できないとされた分についてまで、実施料相当額を請求し得ると解すると、特許権者が侵害行為に対する損害賠償として本来請求しうる逸失利益の範囲を超えて、損害の填補を受けることを容認することになるが、このように特許権者の逸失利益を超えた損害の填補を認める

- べき合理的な理由は見出し難い」としている。
- (20) 大友信秀 知財管理59巻1号87頁他
 - (21) 「ゴースト事件」大阪地判平成19年4月19日 判時1983号126頁
 - (22) 田村善之「損害賠償に関する特許法等の改正について」知財管理49巻3号335頁他
 - (23) 「蓄熱材の製造方法二審」東京高裁平成11年6月15日 判時1697号96頁
 - (24) 前掲 中山 404頁他
 - (25) 「ソリッドゴルフボール事件」東京地判平成22年2月26日 東京地方裁判所平成17年（ワ）第26473号
 - (26) 「負荷装置システム事件」東京地判平成10年10月7日 判時1657号122頁（「侵害の行為により利益を受けているとき」における「利益」とは、特許権者が現実の特許権を実施しており、かつ、設備投資や従業員の雇用を新たに必要としない状態で製造、実施等が可能な範囲内では、侵害行為者の製品の売上額からその製造、実施等のための変動経費のみを控除した額をいうものと解するのが相当である）
 - (27) 一方、「二酸化炭素含有粘性組成物事件（原審）」大阪地判平成30年6月28日 判例時報2430号55頁にて、被告は、特許法102条2項の「利益」に関し、「売上額から控除すべき費用について、限界費用に限定するという法律上の根拠はなく、相当因果関係の有無により規律されるべきである（民法416条）。限界費用以外の費用についても、それにより会社が存続し、工場が稼働するものであるから、売上高に応じた金額が控除すべき費用に含まれると解するべきである」と主張していた。
 - (28) 「病理組織検査標本作成用トレイ事件」大阪地判平成17年2月10日 判時1909号78頁
 - (29) その他の例として、「オキサロール事件」東京地裁平成29年7月27日 判時2359号84頁
 - (30) 「病理組織検査標本作成用トレイ事件」大阪地判平成17年2月10日 判時1909号78頁
 - (31) 知財高判平成25年2月1日 判時2179号36頁（最三小判平成26年11月18日にて上告棄却）
 - (32) 「破袋機事件」知財高判平成28年6月1日 判時2322号106頁
 - (33) 牧山皓一「特許権の損害賠償における発明の寄与率算定についての一考察」パテント（2019）Vol. 72No. 5 特に P65以降。
 - (34) 「ソリッドゴルフボール事件」知財高判平成24年1月24日 平成22年（ネ）第10032号、平成22年（ネ）第10041号
 - (35) 高部眞規子「特許法102条2項の適用をめぐる諸問題」知財ぷりずむ 2016年1月 Vol.14 No160, 19頁
 - (36) 「蓄熱材の製造方法二審」東京高裁平成11年6月15日 判時1697号96

頁

- (37) パテントトロールの定義としては、Non-Practicing Entity (NPE), Patent Assertion Entity (PAE), Patent Monetization Entity (PME) が代表的であるが、「自らは特許発明を実施する意思はなく、特許権を行使することにより、ライセンス料や賠償金を得る目的で、発明者または企業から特許を購入する企業体」と定義する。三村淳一「パテントトロールに対する米国でビジネス展開する日本企業の対応に関する一考察」日本大学商学部『商学集志』第86巻第4号(2017.3)173頁に詳しい。
- (38) 高部眞規子「特許法102条2項の適用をめぐる諸問題」知財ぷりずむ 2016年1月 Vol.14 No160, 22頁
- (39) 高林龍「特許法102条2項の再定義」中山信弘先生古希記念「はばたき—21世紀の知的財産権法」4576頁
- (40) 導入趣旨については、2(1)を参照。
- (41) 東京地判平成12年7月18日 裁判所ウェブサイト
- (42) 知財高判令和元年6月7日 判例時報2430号34頁
- (43) 平成30年に無効審判が請求されていたが、いずれも令和元年5月7日付けの審決により請求不成立(平成30年(行ケ)第10033号判決)
- (44) 限界利益とは、売上から変動費を差し引く計算式により算出され、この限界利益から、さらに固定費を引いたのが利益である。この限界利益も、「侵害者側の限界利益説(静岡地判平成6.3.25判例工業所有権法〔2期版〕2623の47)」と「特許権者側の限界利益説(東京地判平成7.10.30判時1560号24頁)」があったが、本判決では、「侵害者側の限界利益」説をとること、そして、その証明責任は、特許権者側にあるものと明示した。
- (45) 大野浩之「特許法102条2項についての考察 知財高裁平成30年(ネ)第10063号、令和元年6月7日大合議判決を題材として」Oslaw News Letter Vol 54 1頁
- (46) 本判決の裁判長である高部眞規子裁判長の論文である「特許法102条2項の適用をめぐる諸問題」知財ぷりずむ 2016年1月 Vol.14 No160, 24頁に、順序は異なるが同一内容の解説がある。
- (47) 三村量一「86特許法102条2項に言う「利益」の意義」特許判例百選(第四版)174頁 有斐閣
- (48) <https://portal.unifiedpatents.com/litigation/annual-report>
- (49) 2015年(5852件)、2016年(4620件)、2017年(4050件)、2018年(3659件)、2019年(3573件)
- (50) 服部健一「日米特許最前線 第60回 「特許損害賠償の評決を抜本的に是正する歴史的ユニロック判決—米国特許法改革案の可決をもたらず—」
- (51) ヘンリー幸田 米国特許法研究 212頁に成立経緯が詳しく紹介されている
- (52) *Bay Inc. v. MercExchange, L.L.C.*, 547 U.S. 388 (2006) では、合理的

と言える4要件判示している。即ち、①原告が回復不能な被害を蒙っている (irreparable harm) ② Common Law による金銭賠償の救済では不十分である (inadequate remedy at Law) ③差止がなされなかったときの権利者の損害と、差止がなされた場合の被告の被害のバランスを考えて、衡平による救済が正当である (Balance of hardship) ④公共の利益が害されない (Public Interest) である。

(53) 日本国特許庁 「諸外国・地域・機関の制度概要および法令条約等」に掲載された翻訳文。以下、米国特許法の翻訳文はすべて、日本国特許庁の翻訳文を引用する。

(54) 武重竜男他 「米国特許法講義」 P171-172 商事法務 (2020)

(55) *Yale Lock Manufacturing Company v. Sargent*, 117 U.S. 536 (1886)

(56) *Panduit Corp v Stahlin Brothers Fibre Works*, 575 F.2d 1152 (6th Cir 1978)

(57) *Underwater Devices Inc. v. Morrison-knudsen Co.*, 717 F.2d 1380 (Fed. Cir. 1983)

(58) *In re Seagate Technology*, 497 F.3d 1360 (Fed. Cir 2007)

(59) *Id.* at 1371

(60) *Ball Aerosol v. Limited Brands, Inc.*, 553 F. Supp. 2d 939 (Fed. Cir 2008)

(61) *Cohesive Technologies, Inc. v. Waters Corp.*, 526 F. Supp. 2d 84

(62) *Halo Electronics, Inc. v. Pulse Electronics, Inc.*, 579 U.S. —, 136 S.Ct. 1923, 195 L.Ed.2d 278 (2016)....

(63) *Id.* at 1933

(64) *Octane Fitness, LLC v. ICON Health & Fitness, Inc.*, 572 U.S. 545 (2014)

(65) *Id.* at 1933-1934

(66) *Read Corporation Ft v. Portec Inc.*, 970 F. 2d 816 (Fed. Cir. 1992)

(67) 15U.S.C.1117 “...Such sum in either of the above circumstances (3倍賠償を含む状況を指す) shall constitute compensation and not a penalty”

(68) 特許庁「特許権侵害に係る損害賠償制度について」令和2年5月29日

(69) 「萬世工業事件上告審判決」最判平成9年7月11日 判例時報1624号90頁 懲罰賠償を命じたアメリカの判決の執行が、日本の公序違反とされた。

(70) ヘンリー幸田「米国特許法逐条解説 (第6版)」P443 発明推進協会

(71) *Monolith Portland Midwest Co., v. Kaiser Aluminum & Chemical Corp.*, 407 F. 2d 288

(72) *Exigent Technology, Inc. v. Atrana Solutions, Inc.*, 442 F.3d 1301

(73) *A.C. Aukerman Company v. Rl Chaides Construction Co.*, 960 F. 2d 1020

- (74) *Id.* at 1028
- (75) *SCA Hygiene Products Aktiebolag et al. v. First Quality Baby Products, LLC, et al.*, — U.S. —, 137 S. Ct. 954, 197 L.Ed.2d 292 (2017),
- (76) 35USC287(b)(1)(A)
- (77) 35USC287(a)第2文
- (78) 工業所湯権法逐条解説（第21版）187条の〔参考〕にて、旧法制定当時は損害賠償請求不可とする規程（旧法64条3項）であったが、パリ条約5条Dに違反する疑いがあることから削除されたと説明されている。
- (79) 後藤晴夫「パリ条約講和（第13版）」P306 発明協会（2007）
- (80) ボーデンハウゼン「注釈 パリ条約」P74
- (81) ヘンリー幸田「米国特許法逐条解説（第5版）」P231 発明推進協会
- (82) *Pequignot v. Solo cup co.*, 608 F.3d 1356 (Fed.Cir2010) この事件では、確かに特許が切れているにもかかわらず、特許表示をしていたが、公衆を騙す意図が無かったため損害は認められなかった。しかし、原告のPequignot氏は、1事件ではなく、1違反毎に500ドルの罰金を科すべきと主張しており、大変話題となった。
- (83) *Hurlbut v. Schillinger*, 130 U.S. 456 (1889)
- (84) *Tektronix, Inc. v. U.S.*, 552 F.2d 343
- (85) *Rite-Hite Corp. v. Kelley Co., Inc.*, 56 F.3d 1538
- (86) 例えば、リモコン付きTVであり、特許がリモコンに係る場合、リモコン付きTVの価格をベースに賠償額を算出できない。
- (87) 孫櫻倩「米国特許損害賠償事件における entire-market-value rule の分析」P180
- (88) 山内真之「米国特許訴訟における差止めと損害賠償」
- (89) *Grain Processing Corp. v. American Maize-Products Co.*, 185 F.3d 1341 (Fed.Cir.1999)
- (90) *Panduit Corp. v. Stahlin Bros. Fibre Works, Inc.*, 575 F.2d 1152
- (91) *Id.* at 1156
- (92) 以前は、日本も特許権者が不実施である場合は102条2項の適用は適当ではないとする判決（「表札事件」大阪地判昭和55年6月17日判決）もあったが、「紙おむつ用ゴミ箱事件」（知財高裁平成25年2月1日判決 平成24年（ネ）第10015号）にて、「特許法102条2項は、損害額の立証の困難性を軽減する趣旨で設けられた規定であって、その効果も推定にすぎないことからすれば、同項を適用するための要件を、殊更厳格なものとする合理的な理由はないというべきである。したがって、特許権者に、侵害者による特許権侵害行為がなかったならば利益が得られたであろうという事情が存在する場合には、特許法102条2項の適用が認められると解すべきである。…特許法102条2項の適用に当たり、特許権者において、当該

特許発明を実施していることを要件とするものではないというべきである。」と判示し、特許権者不実施の場合でも102条2項の損害賠償請求は可能とされた。

- (93) 前掲武重 P174
- (94) 前掲武重 P175
- (95) 木村幸太郎「判例で読む米国特許法（新版）」P282
- (96) Kimberly A. Moore, et al. *Patent Litigation and Strategy* (2nd Edition) P620, Thomson West
- (97) *Uniloc USA, Inc. v. Microsoft Corp.*, 632 F.3d 1292 (Fed.Cir. 2011)
- (98) *Id.* at 1315, 1318, 1315, 130
- (99) *Georgia-Pacific Corp. v. U.S. Plywood Corp.*, 318 F.Supp. 1116
- (100) *Id.* at 1120
- (101) *Mahurkar v. C.R. Bard, Inc.*, 79 F.3d 1572 (Fed.Cir. 1996)
- (102) *Gyromat Corp. v. Champion Spark Plug Co.*, 735 F.2d 549 (Fed. Cir.1984)

COVID-19の感染拡大による 電子商取引の進展と海上運送への影響について

長 沼 健

- I. はじめに
- II. COVID-19の感染拡大による企業のIT化と企業間（B2B）電子商取引の進展
- III. COVID-19の感染拡大が海上運送に与えた影響について
 - III-1 調査概要と記述統計量
 - III-2 分析結果と考察
- IV. おわりに

I. はじめに

COVID-19の感染が拡大したことで、人流を抑制し人的接触を避けるために、世界中でロックダウンやステイホームなどの職場閉鎖や移動制限が起こり、経済活動が停滞した。また、経済活動だけではなく、今までの日常生活をおこなうことも難しい状況となった。そのため、多くの行動がオンラインやデジタルにシフトし、スマートフォンやインターネット、電子商取引（Electronic Commerce）といったICT技術が大きく浸透する契機となった（Sheth, 2020）。例えば、クラウド（Cloud）やIoT（Internet-of-Things）、ブロックチェーン（Blockchain）、AI（Artificial Intelligence）、機械学習（Machine Learning）などの空間（場所）を超えられる新しいデジタル・ツールやデジタル・コミュニケーションは、今後も大きく普及・浸透すると予想されている（De' et al., 2020）⁽¹⁾。

このような状況の中、ビジネスの世界においても大きな変化が表面化している。例えば、ネットビジネスの進展やテレワークを可能にし

た「ZOOM」などのデジタル・コミュニケーションツールなどが大きく浸透し、ビジネスのやり方やそのあり方も大きく変化している (Kotler, 2020)。具体的には、日本を含む世界中で、企業でのテレワークや電子商取引が進展している (総合研究開発機構, 2020; Fadinger and Schymik, 2020; ジェトロ, 2021)。さらに、これらの変化は商流だけではなく、物流にも影響を与えている。特に国際商取引を展開する上で重要な役割を果たしている海上運送⁽²⁾への影響も指摘されている (曾我・虫明, 2021)。しかしながら、具体的な企業活動を反映させたデータを用いて、それらの影響を分析した研究は多くはない。

そこで、本論文では、COVID-19の感染拡大が海上運送 (および運送書類の使用) に与えた影響とその背景をについて、船会社の時系列データの分析から考察したい。その手順は以下の通りである。まず、COVID-19の感染拡大による企業の取引活動の変化、特に、商流のデジタルライゼーションについて述べる。次に、COVID-19の感染拡大が企業のIT化や電子商取引の拡大につながり、それらがどのように物流 (特に海上運送) に影響を与えたのかを、「運送書類の発行数」と「運送書類の種類」という2点から、船会社の時系列データを用いて分析する。最後に、これらの分析を通じて明らかになった点を整理し、本研究の課題について述べる。

II. COVID-19の感染拡大による企業のIT化と企業間 (B2B) 電子商取引の進展

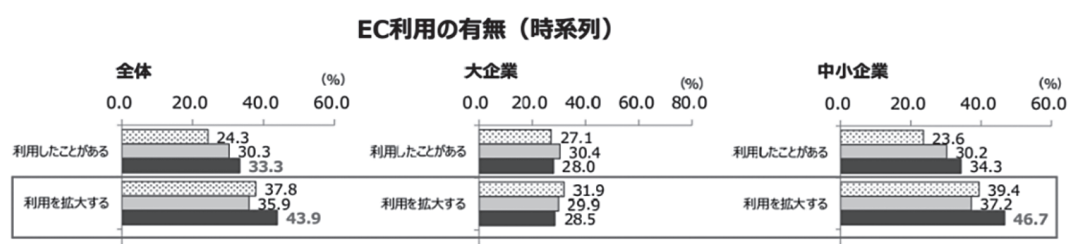
COVID-19の感染拡大後に、電子商取引を扱う企業や企業間 (B2B) の電子商取引の進展が報告されている (WTO, 2020)。つまり、新型コロナウイルスに対応するための社会的距離やロックダウン等の措置は、オンラインショッピングやソーシャルメディアの利用、インターネット電話や電話会議、ビデオや映画のストリーミングの増大につながり、ビジネスから消費者向け (B2C) の売上が急増する一方で、ビジネス間

(B2B) の電子商取引や電子商取引を扱う企業も拡大している。

例えば、世界一の電子商取引リテール企業である amazon.com は、2021年4月29日（現地時間）に2021年の第一四半期（1月～3月）の決算情報を発表した。そこでは、売上高が1085億1800万ドル（前年比44%増）であり、純利益は220%（3倍強）の81億700万ドルとなった。純利益は過去最高を更新した⁽³⁾。

また、ジェトロの調査によると、2020年度、国内外での販売において電子商取引を利用したことがあると回答した企業が回答企業全体の33.3%を占めた。今後、利用を拡大する予定である企業は、全体の43.9%となり、電子化への高い意欲が見られた。特に、中小企業が電子商取引を拡大することに意欲的であることが明らかになった⁽⁴⁾。

第1図：企業における電子商取引の利用



□ 2016年度 (n=2,995)

□ 2018年度 (n=3,385)

■ 2020年度 (n=2,722)

出所：ジェトロ（2021）『2020年度日本企業の海外事業展開に関するアンケート調査』

さらには COVID-19の感染拡大は、企業における業務の電子化も促進させている。具体的には、在宅勤務を含むテレワークが急激に拡大した。テレワークとは、「情報通信技術（ICT = Information and Communication Technology）を活用した時間や場所を有効に活用できる柔軟な働き方」を意味する⁽⁵⁾。総合研究開発機構（NIRA）の調査（2020）によると、就業者ベースのテレワーク実施割合は2020年1月時点で約6%であったが、緊急事態宣言中の4～5月には約25%まで高まった。危機前と

比較した実施率は4倍程度高くなっている。海外においても、テレワークが拡大し、そのことがCOVID-19の感染拡大を防止していることが報告されている（Fadinger and Schymik, 2020）。

このような電子商取引の進展は、物流にも影響を与えている。成長が加速している電子商取引に的確に対応した物流関連企業各社の業績（売上高や荷物取扱数量など）は向上している。例えば、日本大手の宅配会社であるヤマトホールディングスが2021年4月28日に発表した2021年3月期決算報告（2020年度実績）によれば、巣籠り需要を背景とする電子商取引の拡大に対応した結果、宅急便の取扱個数は約21億個（前年同期比16.5%増）、売上高は約1兆7000億円（4.0%増）、純利益は約570億円（154.0%増）となり、過去最高を記録した⁽⁶⁾。また、航空貨物においても、近鉄エクスプレスが2021年5月12日に発表した2021年3月期決算によると、売上高約6091億円（11.9%増）、営業利益約341億円（73.4%増）、経常利益約345億円（98.1%増）、親会社に帰属する当期純利益216億4400万円（358.2%増）となった。重量ベースでみると、2020年度の第4四半期の貨物量（輸出量）は、42,600トン（127.8%増）となっている。さらに、船会社については、当初は、COVID-19の感染拡大によって荷動きが減少し減収であった。しかしながら、米国の景気が回復したことや電子商取引の拡大等によって、荷動きが活発化し、主要コンテナ船社の2020年度の業績は、各社とも増収増益の傾向が続いている⁽⁷⁾。このように、COVID-19の感染拡大の中でも、特に電子商取引に対応した物流関連企業は、業績を向上させている。例えば、物流大手（21社）の2021年3月期業績は、過半数となる5割強の企業で営業増益となったとの報告がある⁽⁸⁾。ここでは、物流関連企業中でも、国際ビジネスの物流に多大な影響を与える海上運送に焦点を当てて、運送書類に関する時系列分析の結果から、コロナ禍における海上運送の現状とその変化について説明したい。

Ⅲ. COVID-19の感染拡大が海上運送に与えた影響について

Ⅲ-1 調査概要と記述統計量

本研究では、COVID-19の感染状況が海上運送に与えた影響を考察する。ここでは、2社の船会社から入手した運送書類のデータを用いて、運送書類の発行数や運送書類の種類の変化について時系列分析をおこなう。それによって、以下の2点を明らかにしていく。

①COVID-19の感染拡大がもたらした電子商取引の進展が海上運送に与えた影響

②コロナ禍における運送書類の使用率の変化とその理由

選定した企業は、日中航路でも高いシェアを持ち、コンテナ貨物の取扱量で世界TOP20位に入るような船会社A社と自動車専用船の所有台数で世界トップクラスの船会社B社である⁽⁹⁾。これらを選定した理由は、数多くの荷主（顧客）を持つ大規模な船会社から得られたデータによって日本の運送書類使用に関する全体像を把握できると考えたからである。

データの種類は、運送書類発行数の月毎のデータである⁽¹⁰⁾。過去のデータから予測値を算出するために、A社では2017年1月から入手したデータを、B社では2019年1月からのデータを採用した。A社とB社の時系列データの記述統計量は以下の通りである（第1表と第2表を参照）。本データは、A社およびB社の関連業務担当者との聞き取り調査（電話およびメール）によって入手した。調査期間は、2021年8月～11月である。

第1表 船会社A社における運送書類発行数の記述統計量

平均値	12992.843
標準偏差	1440.4524
分散	2074903.1
最小	9419
最大	15758
データの個数	51

第2表 船会社A社とB社における運送書類種別の記述統計量

A社

	度数	最小値	最大値	平均値	標準偏差
SBL	51	50.2%	66.1%	58.5%	3.9%
SWB	51	23.7%	30.0%	26.5%	1.4%
BL	51	6.4%	25.7%	14.9%	4.4%

B社

	度数	最小値	最大値	平均値	標準偏差
SBL	33	3.2%	22.3%	11.8%	5.3%
SWB	33	21.0%	45.5%	32.9%	6.1%
BL	33	36.4%	73.6%	55.3%	8.1%

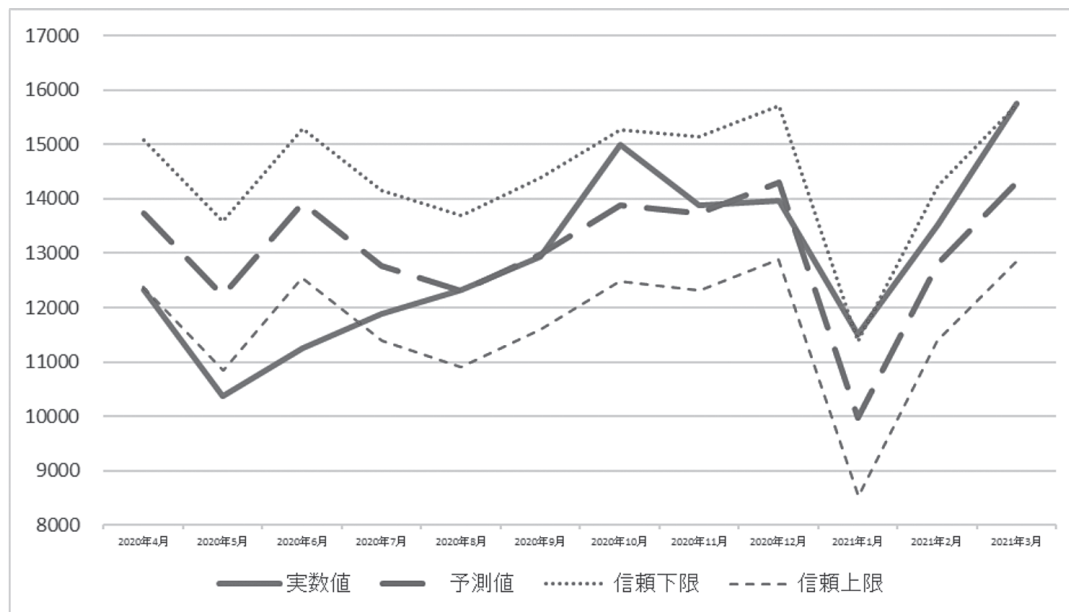
Ⅲ-2 分析結果と考察

まず、COVID-19の感染状況が運送書類発行数（貨物量）に与える影響を探っていく。ここでは、コンテナ貨物を扱っている船会社A社を対象にして分析を進めていく。分析には、単純季節指数平滑法モデルを採用している（SPSS Forecasting (SPSS Statistics 27) を使用）。これは、時間に対して一定な季節性を持つ時系列データに対して適切なモデルである。

船会社A社では、第2図のように例年以上に実数値が上下している様子を観察できる（本モデルの決定係数は0.888であり、適合度は高いと言える。その他のモデル適合統計量は、RMSE（Root Mean Squared Error）が671.199、MAPE（Mean Absolute Percentage Error）が3.861、MAE（Mean Absolute Error）が489.23であった）。

COVID-19の感染拡大序盤（2020年4月～7月）には、例年よりも運送書類の発行数が伸び悩んでいる（予測値の信頼区間95%の下限範囲より減少している）。ここでは、COVID-19による世界経済の後退そしてコンテナ不足⁽¹¹⁾などが影響していると考えられる。その後、2020年中盤から終盤にかけて、逆に、予測値の信頼区間95%の上限に近い範囲まで運送書類の発行数が増えている（貨物量が予測値以上に増加していると推測で

第2図：船会社A社の運送書類発行部数の実数値と予測値



きる)。この一因には、巣籠り需要による電子商取引拡大の影響などが考えられる(曾我・虫明、2021)。実際、運送書類の発行数が伸びた2020年中盤から2021年序盤には、COVID-19の感染拡大による巣籠り需要によって、世界中で電子商取引が進展していることが報告されている⁽¹²⁾。例えば、2020年における米国の電子商取引の市場規模は前年比32.3%増の7879億USドルと推計されている。また、電子商取引大国である中国も、2020年4月以降、早々に電子商取引の需要が回復し、前年同期比で13%超の安定した成長を続けている⁽¹³⁾。

日本からの輸出という点に目を向けると、「日本・米国・中国3ヵ国間の越境EC市場規模」では、電子商取引を利用した日本の輸出額(2020年)が、中国向けには1兆9499円(17.8%増)、米国向けには9727億円(7.7%増)となり、大幅に増加していることが報告されている⁽¹⁴⁾。一方で、同年の中国への輸出増加率が2.7%、米国への輸出増加率が-17.3%となっており⁽¹⁵⁾、日本の輸出額に占める電子商取引の割合が増加している。この点から、(第2図において)2020年中盤から見られる運送書類発行数の増加(輸出)に、電子商取引が影響を与えている可能性は高いと考えられる。

次に、COVID-19の感染状況が運送書類の使用率に与えた影響を探っていく。ここでは、船会社 A 社と B 社が発行した3種類の運送書類（サレンダー B/L⁽¹⁶⁾、海上運送状そして船荷証券）を扱い、コロナ禍において、それらの使用率に変化があるのかどうか、また、変化があるとするれば、どのような理由があるのかについて探る。

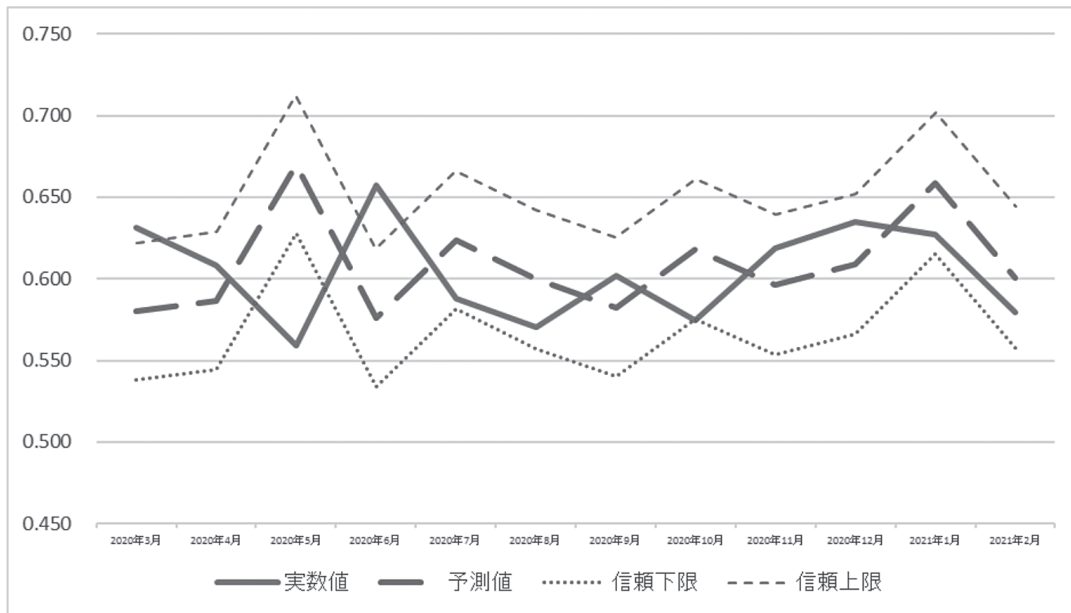
運送書類の中でも、船荷証券（Bill of Lading）は、国際商取引で用いられる船積書類の中で最も重要な位置を占めると指摘されてきた（新堀、2001）。ところが、近年、「船荷証券の危機⁽¹⁷⁾」などに対応するために、流通運送書類（船荷証券）から非流通運送書類（サレンダー B/L や海上運送状）へのシフトが指摘されている（Todd, 1987；新堀、1991、1993；Grónfors, 1991；合田、2006、2007；石原、2008、長沼、2008、2015b、2020；古田、2009；石原・合田、2010；戸塚、2011；蔵、2012；Goldby, 2013, 2019；西口、2014）。はたして、コロナ禍においても、この傾向はみられるのかどうかにも注目したい。使用したデータは、上述した船会社 A 社と B 社から入手した時系列データである。分析手法については、季節性を考慮して、単純季節指数平滑法モデルと Winters 加法モデル⁽¹⁸⁾を採用している（SPSS Forecasting（SPSS Statistics 27）を使用）。

まず、船会社 A 社のサレンダー B/L に与えた影響を分析する（第3図を参照）。本モデルの決定係数は0.758であり、適合度は高いと言える。その他のモデル適合統計量は、RMSE が0.021、MAPE が2.955、MAE が0.017であった。また、船会社 B 社のサレンダー B/L に与えた影響を分析する（第4図を参照）。本モデルの決定係数は0.751であり、適合度は高いと言える。その他のモデル適合統計量は、RMSE が0.03、MAPE が27.844、MAE が0.022であった。

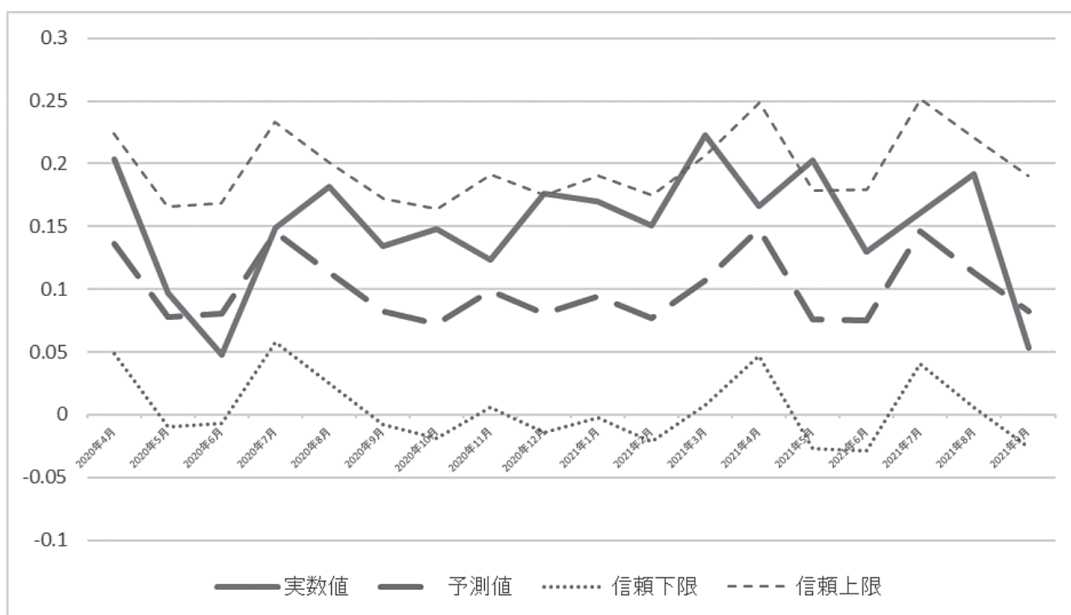
さらに、船会社 A 社の海上運送状に与えた影響を分析する（第5図を参照）。本モデルの決定係数は0.713であり、適合度は高いと言える。その他のモデル適合統計量は、RMSE が0.007、MAPE が2.189、MAE が0.006であった。

次に、船会社 B 社の海上運送状に与えた影響を分析する（第 6 図を参照）。本モデルの決定係数は0.826であり、適合度は高いと言える。その他のモデル適合統計量は、RMSE が0.021、MAPE が4.97、MAE が0.016であった。

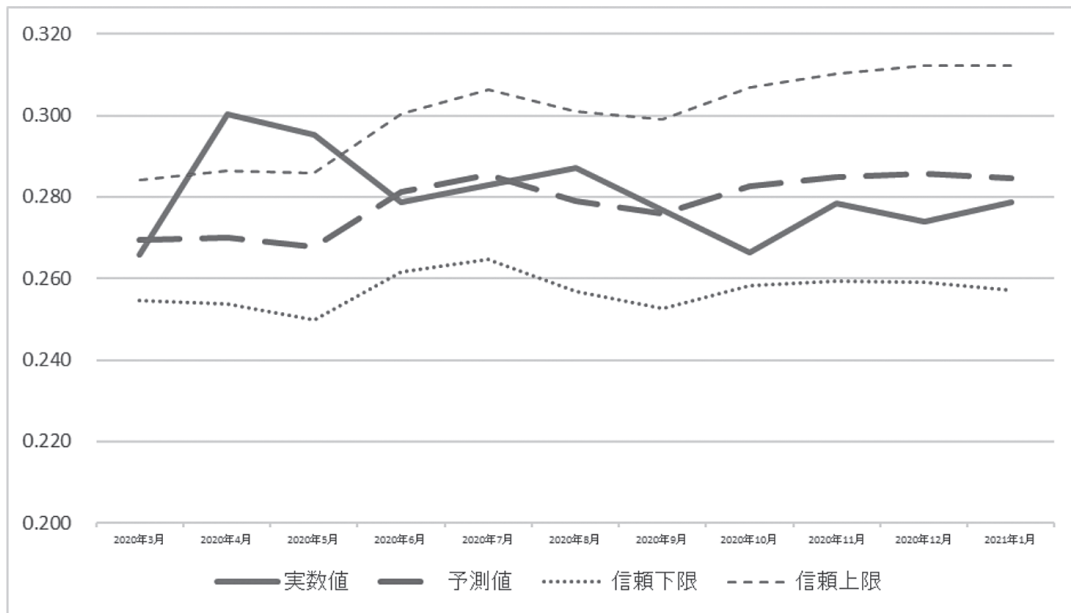
第 3 図：船会社 A 社のサレンダー B/L 発行率の実数値と予測値



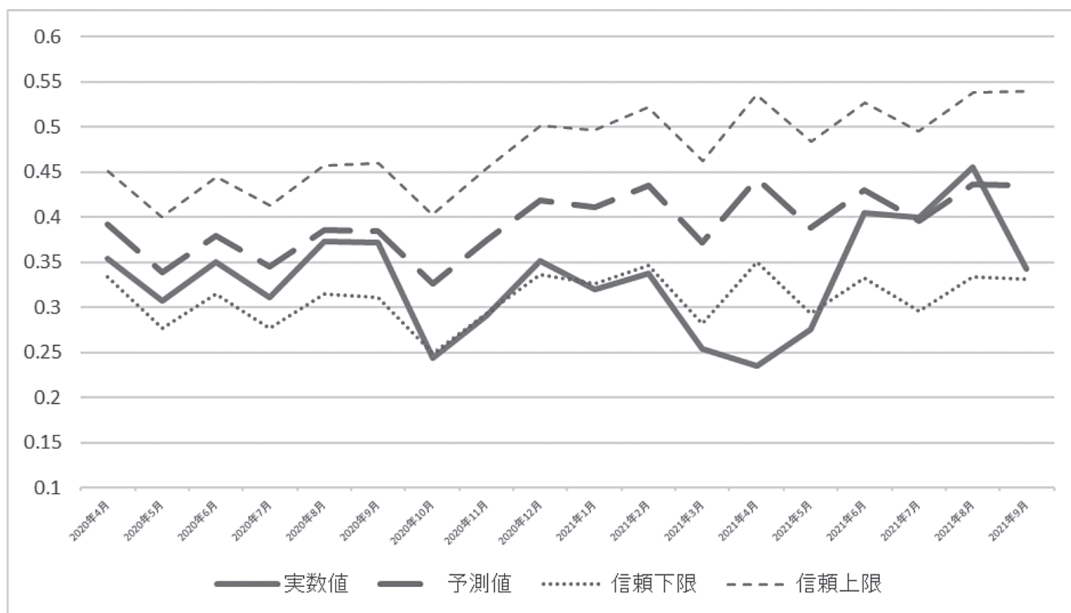
第 4 図：船会社 B 社のサレンダー B/L 発行率の実数値と予測値



第5図：船会社A社の海上運送状発行率の実数値と予測値



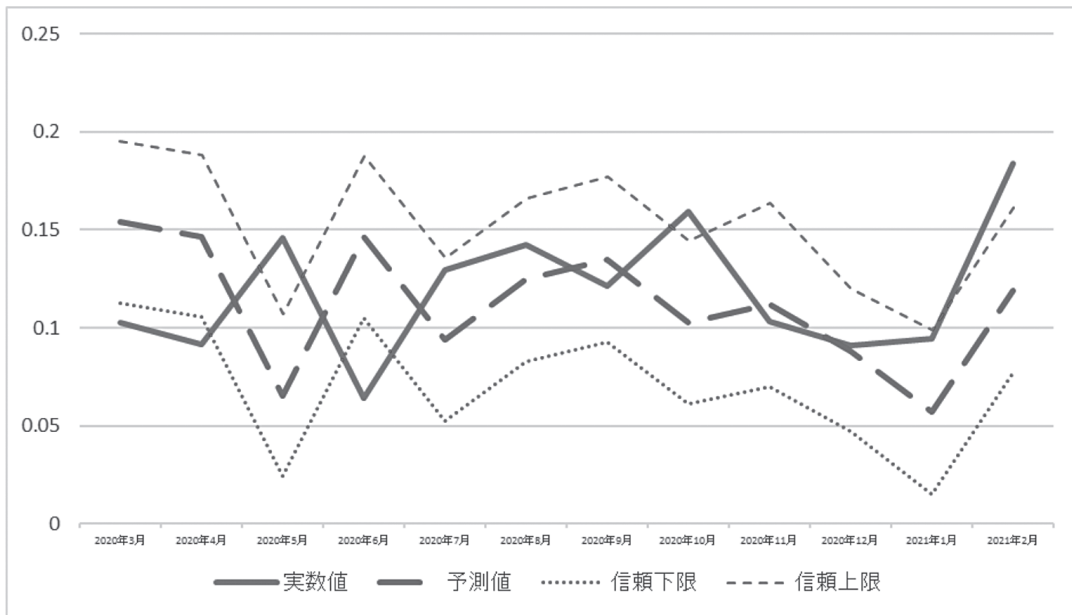
第6図：船会社B社の海上運送状発行率の実数値と予測値



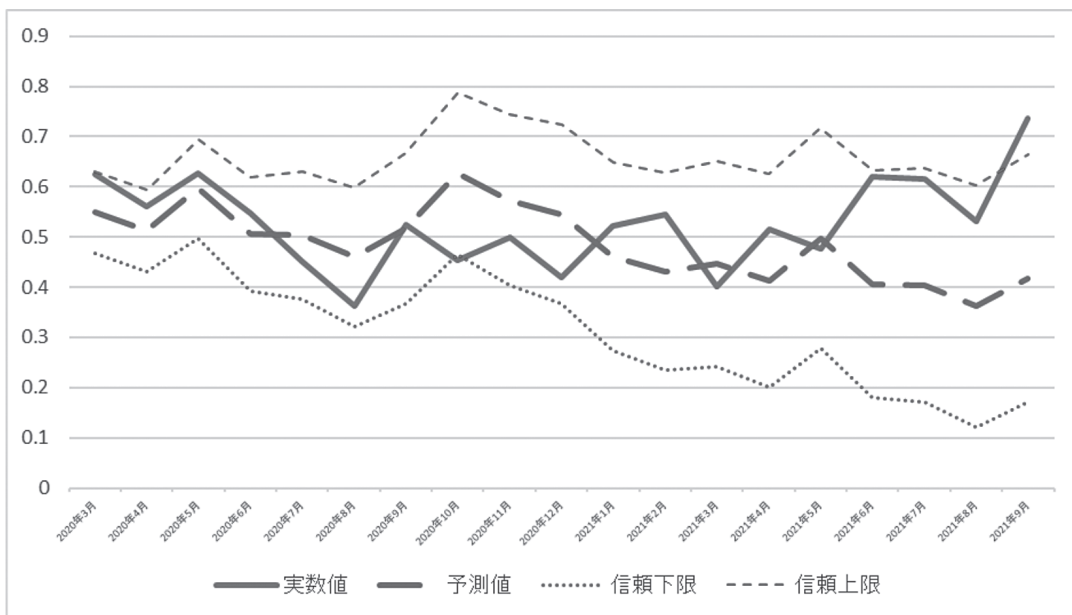
最後に、船会社A社の船荷証券に与えた影響を分析する（第7図を参照）。本モデルの決定係数は0.799であり、適合度は高いと言える。その他のモデル適合統計量は、RMSEが0.02、MAPEが10.583、MAEが0.016であった。

次に、船会社B社の船荷証券に与えた影響を分析する（第8図を参照）。本モデルの決定係数は0.826であり、適合度は高いと言える。その他のモデル適合統計量は、RMSE が0.021、MAPE が4.97、MAE が0.016であった。

第7図：船会社A社の船荷証券発行率の実数値と予測値



第8図：船会社B社の船荷証券発行率の実数値と予測値



まず、COVID-19の感染拡大初期（2020年4月～7月）には、全ての運送書類の実数値が予想値に収まらないなど、運送書類の使用率の動きに大きなバラツキがある。コンテナ不足などによる海上運送の混乱（曾我・虫明、2021）に、企業の対応が追いついていないことが原因であると考えられる。

次に、中盤以降（2020年8月以降）、流通運送書類である船荷証券が、予測値の信頼区間95%の上限範囲を超えて使用されていることが明らかになった。逆に、非流通運送書類である海上運送状は、予測値よりも低い使用率となっている。特に、船会社B社の場合、信頼区間95%の下限範囲をも下回っている。ここで考えられるのは、コロナ禍（COVID-19の感染拡大時期）において、企業がリスク管理のために、権利証券である船荷証券に切り替えたのではないかということである。この時期（2020年6月）、国際決済銀行（BIS）が年次経済報告書で、世界中で、COVID-19の影響による企業倒産が急増する可能性が高いと警鐘を鳴らしている⁽¹⁹⁾。このような倒産リスクに対して、企業が船荷証券に切り替えることで対応していると考えられる。これは、「船荷証券の危機」などに対応するために、近年進められてきた流通運送書類（船荷証券）から非流通運送書類（サレンダー B/L や海上運送状）へのシフト（Todd, 1987；新堀、1991、1993；Grönfors, 1991；合田、2006、2007；石原、2008、長沼、2008、2015b、2020；古田、2009；石原・合田、2010；戸塚、2011；蔵、2012；Goldby, 2013, 2019；西口、2014）が、コロナ禍においてブレーキがかかった可能性を意味する（つまり、COVID-19の感染拡大が船荷証券への回帰を促したのである）。この点については、「一過性のもの」なのか、「中長期化するもの」なのかを、荷主企業への聞き取り調査やアンケート調査によってデータを収集し分析することで明らかにしたいと考えている。何れにしても、COVID-19の感染拡大の影響が当分続くことを考えると、しばらくの間、船荷証券の使用率が高まってくることが考えられる⁽²⁰⁾。

IV. おわりに

COVID-19の感染が拡大したことで、経済活動が停滞し、今までの日常生活をおこなうことも難しい状況となった。そのため、多くの行動がオンラインやデジタルにシフトした。ビジネスの世界においても、空間（場所）を超えられる新しいデジタル・ツールやデジタル・コミュニケーションが普及することで、企業のIT化や電子商取引は進展している。また、それらの商流の変化は、物流にも大きな影響を与えている。特に、国際ビジネスを展開する上で重要な役割を果たしている海上運送も影響を与えていると指摘されてきた。しかしながら、企業活動が反映された具体的なデータを用いてそれらの影響を明らかにした研究は多くはない。そこで、本研究では、船会社の時系列データを分析することで、そこで起こっている変化（貨物量の変化と運送書類使用率の変化）を明らかにして、考察を加えた。具体的には、以下の通りである。

まず、海上運送（コンテナ船）の変化については、COVID-19の感染拡大序盤（2020年4月～7月）は、COVID-19による世界経済の後退そしてコンテナ不足などにより、例年よりも運送書類の発行数が伸び悩んでいる（予測値の信頼区間99%の下限範囲より減少している）。しかしながら、2020年中盤からは逆に、予測値の信頼区間99%の上限範囲に近い数の運送書類が発行されている（貨物量が増えていると予測できる）。このような動きの一因としては、巣籠り需要による電子商取引拡大の影響が考えられる。

次に、運送書類の変化については、（船会社A社とB社ともに）流通運送書類である船荷証券が、予測値を超えて使用されていることが明らかになっている。その理由としては、コロナ禍において、企業の倒産リスクなどが高まり、そのリスクを管理するために、権利証券である船荷証券に切り替えたのではないかと考えられる（実際には、世界中で政府支援や金融機関の対応があったことで、倒産件数は抑えられた）。この現

象は、「船荷証券の危機」などに対応するために、近年進められてきた流通運送書類（船荷証券）から非流通運送書類（サレンダー B/L や海上運送状）へのシフトが、コロナ禍においてブレーキがかかった可能性を意味する。この点については、「一過性のもの」なのか、「（ある程度）中長期化するもの」なのかを、注意深く見ていく必要があると考えている。

今後の課題としては、以下の2点があげられる。まず、今回の分析では、船会社2社の時系列データを用いた。しかしながら、さらに、多くの船会社からデータを入手し分析することで一般化を図りたいと考えている。また、フォワーダーや荷主からのデータ、さらには、貨物別のデータといったデータの種類を入手し分析することで、多面的な分析も試みたい。次に、運送書類の使用率が変化している理由については、現時点では仮説（船荷証券への回帰とその理由）の段階であり、これを実証していく必要がある。今後、荷主企業への聞き取り調査やアンケート調査からデータを入手した上で実証分析をおこなう予定である。

- (1) De' et al. (2020) は、デジタルライゼーションの中でも、パンデミック後にデジタル決済やデジタル通貨が重要な役割になると述べている。実際に、日本においても、QRコード決済アプリの普及が、COVID-19を含めた環境要因の影響を受けて進んでいることを、MLP (Multi-Level Perspective) の枠組みから分析し、報告している（高橋・佐藤・長沼、2021）。
- (2) 日本の国際貨物輸送は、航空と海運に限られるが、重量ベース（2019年）では海運が99.7%を占めている。国土交通省（2021）『交通政策白書』、37ページを参照。
- (3) amazon.com HP (Investor Relations)、<https://ir.aboutamazon.com/quarterly-results/default.aspx>、2021年4月30日を参照。
- (4) ジェトロ（2021）『2020年度日本企業の海外事業展開に関するアンケート調査』、<https://www.jetro.go.jp/world/reports/2021/01/3f6c5dc298a628be.html>、2021年1月22日を参照。
- (5) 厚生労働省 HP、<https://telework.mhlw.go.jp/telework/about/>、2021年4月11日を参照。テレワークは働く場所で分けると、自宅で働く在宅勤

- 務、移動中や出先で働くモバイル勤務、本拠地以外の施設で働くサテライトオフィス勤務がある。総務省（2016）「情報システム担当者のためのテレワーク導入手順書」、https://www.soumu.go.jp/main_content/000668432.pdf、2021年4月11日を参照。
- (6) ヤマトホールディングス HP（決算概要）、<https://www.yamato-hd.co.jp/investors/financials/result.html>、2021年2月1日を参照。
- (7) 日本郵船株式会社 HP（IR 情報）、<https://www.nyk.com/ir/>、2021年2月1日、株式会社商船三井 HP（決算説明会資料）、<https://www.mol.co.jp/ir/data/cfh/index.html>、2021年1月20日、川崎汽船株式会社 HP（投資家情報）、<https://www.kline.co.jp/ja/ir/library/result.html>、2021年2月1日を参照。
- (8) 「物流大手の21年3月期、過半数が増益に」、カーゴニュース（2021.5.25）、<http://cargo-news.co.jp/cargo-news-main/3037>、2021年10月1日を参照。
- (9) 船会社 A 社の場合は、コンテナ船の運送書類発行データ（輸出）であり、船会社 B 社の場合は、自動車専用船の運送書類発行データ（輸出）である。
- (10) 運送書類とは、運送人が発行した書類であり、物品の受取りと運送契約の内容を証するものである。ときには物品の占有および処分権を化体するものでもある（長沼、2015b）。この運送書類には、取引相手、取引商品そして取引額（輸出入額）などが記載されている。また、発行している運送書類の種類によって取引相手との関係性を推測することが可能となる。このように、国際商取引にとっては重要な書類である。
- (11) 世界的なコンテナ不足の主な原因は以下の点である。① COVID-19以前から、新造コンテナの生産量が低下してた（2019年に新造コンテナ生産量が前年比40%減と激減）、②アジア発北米向け貨物の急増（中国で自動車、機械、電機などの生産がV字回復、米国の巣籠り需要で、家具、玩具、家電等の輸入増加。電子商取引の拡大）、③港湾作業員不足によるコンテナ処理能力低下（米国の COVID-19感染拡大で LA・LB 港の港湾作業員不足、④欧米で空コンテナが滞留し、アジアにコンテナが回送されない（欧米で空コンテナが、内陸のデポや倉庫等で滞留する）。宮前直幸「新型コロナが国際物流に与えた影響」、<https://www.mlit.go.jp/report/press/content/001403344.pdf>、2021年12月10日を参照。
- (12) 新型コロナウイルスの感染が世界に拡大をした2020年3月以降に電子商取引の拡大が世界中で顕著に見られると報告されている。総務省（2020）『通信白書』、235ページを参照。
- (13) 経済産業省（2021）『令和2年度産業経済研究委託事業（電子商取引に関する市場調査）報告書』、107ページを参照。ここでは、世界規模で小売分野での EC 化が引き続き拡大すると予測されている。
- (14) 米国の越境 BtoC-EC（日本・中国）の総市場規模は1兆7108億円と

なった。このうち、日本経由の市場規模は9727億円、中国経由の市場規模は7382億円であった。また、中国の越境 BtoC-EC（日本・米国）の総市場規模4兆2617億円となった。このうち、日本経由の市場規模は1兆9499億円、米国経由の市場規模は2兆3119億円であった。経済産業省、同上書、107ページを参照。

- (15) 財務省貿易統計 HP、<https://www.customs.go.jp/toukei/suii/html/data/y4.pdf>、2021年12月1日を参照。
- (16) サレンダー B/L とは、運送品の積地港（Loading Port）において運送人が荷送人から船荷証券を回収し（その際に、運送人は“Surrendered”もしくは“Accomplished”などと表示された船荷証券コピーを荷送人に渡す）、荷受人は船荷証券を呈示することなく揚地港（Discharging Port）で運送品を受取るという実務慣行を指している。もしくはそこで使用される船荷証券のコピーそのものを意味することもある。元地回収船荷証券、Telex Release、そしてサレンダー B/L（Surrendered B/L）とも呼ばれている（長沼、2015b）。また、サレンダー B/L という言葉は、商慣習（商慣習のシステム）とそこで使用される運送書類（船荷証券）のコピーを指すという両方のケースが考えられる。一方、「船荷証券の元地回収」という表現は、商慣習のシステムそのものを指し、「元地回収船荷証券」といった表現は、その商慣習で使用される運送書類のコピーを指している。サレンダー B/L に関する詳細な定義については、長沼健（2015b）『国際運送書類の歴史的変遷と電子化への潮流』、文眞堂、48-51ページを参照。
- (17) 船荷証券の危機とは、コンテナ船などの高速化により船舶の目的地への到着が早くなる一方で、船積書類は旧態依然たる銀行経由のルートで処理されているため、本船が入港しても船荷証券が到着せず、荷受人も運送人も困惑するというケースを指している。新堀聰「海上運送状について」『国際商事法務』19巻4号、462ページを参照。また、この事態は「The Fast Ships Problem」とも呼ばれている。Paul Todd（1987）Cases and Materials on Bills of Lading, pp. 334.
- (18) これは、線型トレンドを持ち、系列のレベルに依存しない季節効果を持つ時系列データに適しているモデルである。
- (19) <https://forbesjapan.com/articles/detail/35571>、2021年10月1日を参照。ただし、日本では政府が各種資金繰り支援策を実施したため、最終的には2020年度の日本の倒産件数は前年を下回った。<https://www.tdb.co.jp/tosan/syukei/20nendo.html>、2021年12月1日を参照。また、世界の倒産件数を見ても、2020年第1～第3四半期の企業倒産件数は、新型コロナウイルス感染症パンデミックの影響が続く中でも、世界36市場の半数を超える28市場で減少したことが報告されている。https://www.tsr-net.co.jp/aboutus/release/2021/2021_26.html、2021年12月1日を参照。
- (20) 現時点では、政策支援や金融機関による倒産リスクへの対応などは継

続する見通しとなっているが、業績不振が長期化し、過剰債務に陥った企業も目立ってきている。息切れやあきらめによる脱落を中心に、コロナ破たんは引き続き高水準で推移する可能性が高まっている。東京商工リサーチ HP、https://www.tsr-net.co.jp/news/analysis/20220126_01.html、2022年1月26日を参照。

参考文献

- [1] Aikens, R., Lord, R. and Bools, M. (2006), Bills of Lading. London, informa.
- [2] Boyd, S., Eder, B., Burrows, A., Foxtan, D., Berry, S., and Smith, C. (2008). *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading*, 21th ed, London, UK: Sweet & Maxwell.
- [3] De', R. , Pandey, N. and Pal, A. (2020), Impact of Digital Surge During COVID-19 Pandemic: A Viewpoint on Research and Practice, *International Journal of Information Management*, p.1-5. <https://doi.org/10.1016/j.ijinfomgt.2020.102171>.
- [4] Fadinger, H. and Schymik, J. (2020), The Effects of Working from Home on Covid-19 Infections and Production A Macroeconomic Analysis for Germany, pp.1-20, https://www.wiwi.uni-bonn.de/bgsepapers/boncrc/CRCTR224_2020_167.pdf, 2021年12月1日。
- [5] Glass, D.A. and Cashmore, V. (1989), *Introduction to the law of carriage of goods*, London, UK : Sweet & Maxwell.
- [6] Goldby, M. (2013), *Electronic Documents in Maritime Trade: Law and Practice*, London, UK : Oxford University Press.
- [7] Goldby, M. (2019), *Electronic Documents in Maritime Trade: Law and Practice*, 2nd ed, London, UK : Oxford University Press.
- [8] Grönfors, K. (1991), *Towards sea waybills and electronic documents*, Gothenburg, Gothenburg Maritime Law Association.
- [9] Kwon, Chang Young (2016), The Legal Effect of the Terms & Conditions on the Reverse Side of a Surrendered B/L -Supreme Court Decision 2016Da213237 decided on Sep. 28, 2016-, *The Journal of Korea Maritime Law Association*, Vol.38, No.2, pp.115-152.
- [10] Kotler, P. (2020), The Consumer in the Age of Coronavirus, *The Marketing Journal*, July.7 (<https://www.marketingjournal.org/the-consumer-in-the-age-of-coronavirus-philip-kotler/>), 2021年12月1日。
- [11] Lee, J.H. and Lee, J.S. (2017), Study on the Legal Aspects of Carrier, Contract Carrier, Actual Carrier, and Subject Carrier Arising under the Surrender Bill of Lading, *Journal of Korea Trade*, Vol.33, No.95, pp.477-496.

- [12] Mitchelhill, A. (1982). *Bills of lading: Law and practice*. London, UK: Chapman and Hall.
- [13] Naganuma, K. (2006), The Diffusion of the Sea-Way Bill and the Progress of e-Trade, *The Journal of Korea Research Society for Customs*, Vol.7, No.3, pp.379-94.
- [14] Sheth, H. (2020), Impact of COVID-19 on Consumer Behavior: Will the Old Habits Return or Die?, *Journal of Business Research*, p.280-283., <https://doi.org/10.1016/j.jbusres.2020.05.059>.
- [15] Sako, M. (1992). *Prices, quality and trust, Interfirm relations in Britain and Japan*. Cambridge, Cambridge University Press.
- [16] Soyer, B. and Tettenborn, A. (2014) *Carriage of Goods by Sea, Land and Air*, inform law.
- [17] Snyder, F.D. (1993) The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, 'Ibolsand Tbchniques, *The Modern Law Review*, No.56, p.32.
- [18] Tetley, W. (1983). Waybills, the modern contract of carriage of goods by sea. *Journal of Maritime Law and Commerce*, 14, pp.465-511.
- [19] Todd, Paul (1987), *Cases and Materials on Bills of Lading*, Oxford, BSP Professional Books.
- [20] Todd, Paul (1990), *Modern Bills of Lading*, 2nd ed, Oxford, Blackwell.
- [21] Todd, Paul (2007), *Bill of Lading and Bankers' Documentary Credits*, 4th ed, London, Lloyd's of London Press.
- [22] Treitel, G. and Reynolds, F.M.B. (2011), *Carver on Bills of Lading*, 3rd ed, London, Sweet & Maxwell.
- [23] WTO, E-COMMERCE, TRADE AND THE COVID-19 PANDEMIC, https://www.wto.org/english//tratop_e/COVID-19_e/ecommerce_report_e.pdf, November 10, 2021.
- [24] 石原伸志「B/Lをめぐる問題事例に関する一考察」『日本貿易学会年報』第45号、2008年。
- [25] 石原伸志・合田浩之『コンテナ物流の理論と実際—日本のコンテナ輸送の史的展開』、成山堂書房、2010年。
- [26] 池山明義「運送品処分権及び運送品の引渡」『海法会誌』53号、2009年。
- [27] 池山明義「船荷証券元地回収に関するメモ（サレンダー B/L 研究会での配布資料）」、2012年。
- [28] 江頭憲治郎「海上運送状と電子式運送書類」『海法会誌』第32号、1988年。
- [29] 合田浩之「船荷証券の元地回収について」『日本貿易学会』第43号、2006年。

- [30] 合田浩之「記名式船荷証券・海上運送状の卓越—その意味するところについて—」『国際商取引学会年報』第9号、2007年。
- [31] 蔵和弥「サレンダー B/L」『Global Angel』No.71、2012年。
- [32] 総合研究開発機構 (NIRA)『第2回テレワークに関する就業者実態調査報告書』、https://www.nira.or.jp/paper/NIRA_Report_20200805.pdf、2020年、2021年5月1日。
- [33] ジェトロ (JETRO)「主要国の自動車生産・販売動向」、https://www.jetro.go.jp/ext_images/_Reports/01/b1e7627cbc668431/20210039.pdf、2022年1月10日。
- [34] ジェトロ『2020年度日本企業の海外事業展開に関するアンケート調査』、<https://www.jetro.go.jp/world/reports/2021/01/3f6c5dc298a628be.html>、2021年、2021年3月22日。
- [35] 商事法務研究会『運送法制研究会報告書』、2013年 (https://www.shojihomu.or.jp/documents/10448/126833/uns0_report.pdf/ed423b9f-268b-458c-926f-d8a74158e408、2020年10月1日)。
- [36] 蔣躍川 (張秀娟翻訳)「中国におけるサレンダー B/L の法的問題」、2009年 (<http://www.win-cls.sakura.ne.jp/pdf/24/14.pdf>、2015年1月10日)。
- [37] 曾我奈津子・虫明英太郎「シリーズ 日本経済を考える—第2回貿易・国際物流ワークショップ—」、『ファイナンス』、2021年。
- [38] 高橋広行・佐藤研一・長沼健「COVID-19を含めた環境要因が、QRコード決済アプリの利用行動に与える影響：マルチ・レベル・パースペクティブ理論を背景に」『同志社商学』第73巻第2号、2021年。
- [39] 戸塚健彦「元地回収された船荷証券上の当事者の立場について」忽那海事法研究会編『国際取引法及び海商法の諸問題Ⅱ』、2011年。
- [40] 長沼健「サレンダー B/L 第2類型の普及が運送書類電子化に与える影響について」『国際商取引学会年報』第15号、2013年。
- [41] 長沼健「サレンダー B/L の使用要因に関する実証研究」『国際商取引学会年報』第16号、2014年。
- [42] 長沼健「国際商取引における電子運送書類の必要性和その普及理論」『同志社商学』第66巻第1号、2014年。
- [43] 長沼健「国際商取引におけるサレンダー B/L の普及と新たな変化について」『同志社商学』第66巻第6号、2015年 a。
- [44] 長沼健『国際運送書類の歴史的変遷と電子化への潮流』、文眞堂、2015年 b。
- [45] 長沼健「国際商取引におけるサレンダー B/L の普及と多文化の影響について」『国際ビジネスコミュニケーション学会年報』第75号、2016年。
- [46] 長沼健「国際商取引における非流通運送書類の採用モデルについて」『商学集志』、第86巻第4号、2017年 a。

- [47] 長沼健「アジアにおける保証渡しの問題点とその新しい対応策について」『商学論究』、第64巻第4号、2017年b。
- [48] 長沼健「国際商取引におけるソフトローの形成とその循環モデルについて—運送書類を事例として—」『同志社商学』第70巻第1号、2018年。
- [49] 長沼健「運送書類におけるソフトローの現状とその循環モデルについて」『国際商取引学会年報』第21号、2019年。
- [50] 長沼健「日本におけるサレンダー B/L の現状とその使用の理由について」『国際商事法務』第48巻第10号、2020年。
- [51] 長沼健「運送書類の選択に商法改正が与える影響について」『国際商取引学会年報』第23号、2021年。
- [52] 新堀聰「海上運送状について」『国際商事法務』第19巻第4号、1991年。
- [53] 新堀聰『貿易取引の理論と実践—最近の貿易取引における旧来のメカニズムの破綻とその解決策に関する研究—』、三嶺書房、1993年。
- [54] 新堀聰『実践 貿易取引』、日本経済新聞社、1998年。
- [55] 新堀聰『現代 貿易売買』、同文館、2001年。
- [56] 新堀聰『国際物品売買契約<国際化>のすすめ』、同文館、2012年。
- [57] 西口博之「B/L 元地回収後の荷送人の運送品処分権行使の可否：中国向けサレンダー B/L に関連して」『国際金融』、第1260号、2014年。
- [58] 西口博之「船荷証券の元地回収と貨物海上保険代位請求権：平成20年8月27日東京高裁判決に関連して」『損害保険研究』、第3巻第76号、2014年。
- [59] 藤田和孝「海上運送状（Sea Waybill）の現状と法的諸課題（上）」『海事法研究会誌』、第155号、2000年a。
- [60] 藤田和孝「海上運送状（Sea Waybill）の現状と法的諸課題（下）」『海事法研究会誌』、156号、2000年b。
- [61] 藤田和孝「船荷証券の元地回収と荷受人の運送品引渡請求：いわゆるサレンダー B/L について」『Cosmica』第36号、2006年。
- [62] 藤田和孝「船荷証券の元地回収と荷受人の運送品引渡請求——いわゆるサレンダー B/L について」『海事法研究会誌』第206号、2-7ページ、2010年。
- [63] 古田伸一「船荷証券元地回収による運送」『物流問題研究』第48号、2007年。
- [64] 増田史子「条約の適用範囲、責任期間、複合運送的側面」『海法会誌』53号、2009年。
- [65] 松井孝之・黒澤謙一郎『設問式 船荷証券の実務的解説』、成山堂書店、2016年。

中村進教授
略歴

中村進教授 略歴

生年月日

一九五六年一月一七日 長野県木曾郡に生まれる

【学歴】

- 一九八一年三月 日本大学法学部法律学科卒業
- 一九八三年三月 日本大学大学院法学研究科博士前期課程（私法学専攻）修了
- 一九八九年三月 日本大学大学院法学研究科博士後期課程（私法学専攻）満期退学

【職歴】

- 一九八九年七月～一九九三年三月 日本大学法学部 助手
- 一九九三年四月～一九九五年三月 日本大学法学部・文理学部 講師（非常勤）
- 一九九五年四月～二〇〇一年三月 日本大学法学部 専任講師
- 一九九七年四月～二〇〇三年三月 二松学舎大学国際政経学部 講師（非常勤）
- 二〇〇一年四月 日本大学法学部 助教授に昇格する

- 二〇〇三年七月～二〇〇五年三月 ジョージ・ワシントン大学 (米) 客員研究員
- 二〇〇五年四月～二〇〇六年六月 学生生活委員会 副委員長
- 二〇〇六年四月 日本大学法学部 教授に昇格する
- 二〇〇六年四月～二〇〇八年三月 東洋大学法学部 講師 (非常勤)
- 二〇〇六年一〇月～二〇〇七年三月 日本大学大学院法務研究科 教授 (兼任)
- 二〇〇六年一月～二〇〇九年三月 日本大学大学院国際関係研究科 教授 (兼任)
- 二〇〇八年四月～二〇一三年三月 東洋大学法科大学院 講師 (非常勤)
- 二〇〇九年七月～二〇一一年三月 学生担当 (学生生活委員会 委員長)
- 二〇一三年四月～二〇一六年三月 駒澤大学法科大学院 講師 (非常勤)
- 二〇一四年四月～二〇一五年六月 国際知的財産研究所 次長
- 二〇一七年四月～二〇一七年一〇月 ヨハネス・グーテンベルグ大学マインツ (独) 客員研究員
- 二〇一八年七月～二〇一九年三月 就職 (進路) 指導委員会 副委員長
- 二〇一九年四月～二〇二一年六月 比較法研究所長
- 二〇一九年四月～現在 駒澤大学法科大学院 講師 (非常勤)
- 二〇二〇年四月～現在 筑波大学法科大学院 講師 (非常勤)
- 二〇二一年七月～現在 日本大学図書館分館長
- 二〇二二年三月 定年により退職する

【学会・社会活動】

二〇一九年一月～二〇二二年九月 国際商取引学会 理事

二〇二〇年四月～現在 一般財団法人 共立国際交流奨学財団 選考委員会委員

二〇二一年九月～現在 国際商取引学会 会長

中村進教授

主要業績

中村進教授 主要業績

【著書（共著）】

- 『法学入門』 国際書院 一九九四年
『やさしい法学』（第三版） 法学書院 一九九七年
『E・コマース 電子商取引の法務と税務』 ぎょうせい 二〇〇二年
『ビジネス法務の基礎知識』（第二版） 弘文堂 二〇一二年
『国際ビジネス用語辞典』 中央経済社 二〇二〇年

【著書（共編著）】

- 『知的財産条約集第一～第五卷』 東京印刷 二〇〇〇年

【学術論文（単著）】

- 「分裂ドイツと本国法の決定（一）（二）」『日本法学』 一九九一年
「国際私法と両性平等」『日本法学』 一九九三年
「符合の著作物性」『最近の知的所有権判例評釈』 一九九四年

中村進教授 主要業績

- 「写植用文字書体の著作物性」『最近の知的所有権判例評釈』一九九四年
- 「辞典の著作物性」『最近の知的所有権判例評釈』一九九四年
- 「国の著作」『最近の知的所有権判例評釈』一九九四年
- 「国際的法律紛争と裁判制度」『国際摩擦の総合的研究』二〇〇〇年
- 「アメリカにおけるオンライン上の紛争と裁判管轄に関する判例の流れ—Zippo判決を中心にして—」『政経研究』二〇〇四年
- 「オンライン上の紛争の国際裁判管轄に関するアメリカ合衆国における最近の一動向—Yahoo!事件の展開—」『日本法学』二〇〇五年
- 「アメリカ合衆国における電子商取引と裁判管轄—判例の動向を中心として—」『国際商取引学会年報』二〇〇六年
- 「胡光輝報告『中国法における不可抗力に関する一考察』のコメント」『国際商取引学会年報』二〇一四年
- 「インターネットの紛争に関するアメリカ合衆国の国際私法理論」『日本法学』二〇一五年
- 「排日移民法成立の背景—写真結婚の影響を中心に—」『政経研究』二〇一五年
- 「日米の報道記事・外交文書に見る写真結婚の評価」『国際文化表現研究』二〇一六年
- 「EU国際私法における電子消費者契約に関する消費者保護規定の展開」『日本大学知財ジャーナル』二〇一九年
- 「ブリュッセル規則における消費者保護規定の展開」『日本法学』二〇二〇年
- 「インターネット上の紛争の裁判管轄に関するEU判例」『日本法学』二〇二二年

【その他】

「電子商取引の国際ルール：OECDの場合」『国際商事法務』二〇二〇年

中村進教授 主要業績

執筆者紹介（掲載順）

笠原俊宏 元日本大学非常勤講師、元東洋大学

教授、弁護士

長谷川貞之 日本大学教授

徐瑞静 日本大学非常勤講師、中国弁護士

松島雪江 日本大学教授

福森憲一郎 日本大学特別助教

野中貴弘 日本大学准教授

渡邊容一郎 日本大学教授

浅井直哉 日本大学助教

羽田翔 日本大学准教授

佐幸信介 日本大学教授

劉斌斌 日本大学教授

三村淳一 日本大学教授

長沼健 同志社大学教授

Issues in International Private Law, International Business Law and Social Science

CONTENTS

Dedication

Toshihiro Kasahara, *The Codification and the Modernization of French Private International Law*

Sadayuki Hasegawa, *Significance of “Co-Regulation” Introduced by the Digital Platform (DPF) Transaction Transparency Act and the Role of the DPF Provider*

Zuisei Jo, *The Rule of Application of Escape Clause in Private International Law*

Yukie Matsushima, *Others in Law — A Study on the Invisible Legal Subjects and Observations for the Renewal of Legal Rightfulness and Legitimacy.*

Kenichiro Fukumori, *The Formation Process of ICT Infrastructure Policy in the Obama Administration: The Formation of Heavy Regulations as a Critical Juncture*

Takahiro Nonaka, *Der Einfluß einer Veräußerung der Kaufsache in Unkenntnis des Mangels auf Rücktrittsrecht und Wertersatzpflicht*

Yoichiro Watanabe, *The Significance of Stanley Baldwin’s New Conservative Thought in 1924*

Naoya Asai, *Two Aspects of Political Parties in Parliamentary Democracy*

Sho Haneda, *Currency Unit Issues in Policy Evaluation: Case of Trade Statistics*

Shinsuke Sako, *Common Forest and Social Transformation —
Questions from a Case Research in Kiso Town*

Binbin Liu, *Analysis on the Application of “Legitimate Source”
Defense in Patent Infringement Proceedings in
China*

Junichi Mimura, *A Study on Methods for Calculating Damages
in Japan and the United States*

Ken Naganuma, *How Spread of COVID-19 has Driven Progress
in e-Commerce and Impacted Maritime Transport*

Career and Main Works of Professor Susumu Nakamura

日本法学 第八十七卷 索引

論 說

契約不適合認識前の加工・改造と解除

——買主の故意行為による原物返還不能が売主負担となる余地——

野中貴弘…一(一)

号 頁

維新政府による公議政治と兵制策問

淺川道夫…二(三)

会社の解散の訴えにおける解散事由の検討

——東京地判令和元年八月三〇日を素材として——

大久保拓也…二(三三)

乾岔子島事件に関わる条約及び協定の考察と事件の位置づけの検討

笠原孝太…二(五七)

第一回ハーグ万国平和会議と軍縮

河合利修…二(八五)

租税ほ脱犯の罪質に関する一考察

——単純不申告犯、単純不申告ほ脱犯、虚偽不申告等ほ脱犯の相互関係——

神例康博…二(一一三)

鍛錬馬競走における馬券の合法化について

——軍馬資源保護法の制定過程とともに——

末澤国彦…二(一四五)

行政委員会としての農業委員会の役割……………	高橋雅夫…二(一七五)
宗教団体の自律権と司法審査……………	高畑英一郎…二(二〇七)
日本の外国人受入れ政策に関する一考察 ——「令和三年二月入管法改正法案」挫折の背景——	瀧川修吾…二(二三五)
インターネット上の紛争の裁判管轄に関するEU判例……………	中村進…二(二六五)
デジタルプラットフォーム事業者の法的地位と契約上の責任……………	長谷川貞之…二(三一)
役員選任決議の効力を争う訴えにおける訴えの利益……………	松嶋隆弘…二(三五五)
行為を選択したことに責任はあるか?……………	松島雪江…二(三七三)
ポールドウイン保守主義の政治思想的側面と貢献 ——ニュー・コンサヴァティズムを手がかりに——	渡邊容一郎…二(四〇一)
「抵触法」の起源としての「都市法(条例)衝突理論」 (森論文を中心として)とEU法……………	渡部茂己…二(四五六)

M.サンデルの「腎臓売買否認論」についての一考察	宮本満治…二(四七八)
非常事態における司法権の地位と機能	東裕…二(五〇四)
——コモンウェルス諸国におけるクーデタの判例理論から——	
サイバー戦時復仇の課題	田中誠…二(五三四)
——lex lataとlex ferendaとの相克の視角から——	
性犯罪規定改正の議論に関する覚書	上野幸彦…二(五六〇)
——暴行・脅迫要件に関する検討会の議論を振り返って——	
The Influence of Christian Thomasius on the Private Law System in Kant's Doctrine of Right	出雲孝…二(五八四)
日タイにおける留置権の比較法的研究	ソラアット ナパット 出雲孝…三(八八)
——タイ民商法24条の継受史とその解釈——	
国連憲章下における非国家主体に対する自衛権の射程	本吉祐樹…三(一一八)
——国連憲章の起草過程と、ニカラグア事件判決を中心に——	
売買契約・請負契約の給付に代わる仮定的損害賠償	山田孝紀…三(一八八)
——ドイツ法における近時の展開——	

ジョン王の生涯と大憲章……………	甲斐素直…三(二五二)
フランス国際私法の法典化と現代化……………	笠原俊宏…四(一三)
デジタルプラットフォーム(DPF)取引透明化法に 導入された「共同規制」の意義とDPF提供者の役割……………	長谷川貞之…四(三五)
国際私法における例外条項の発動基準について ——若干の比較立法的考察——……………	徐瑞静…四(一〇七)
法における他者——不可視化された法的主体性と 法的正当性・正統性回復のための一考察……………	松島雪江…四(一四三)
オバマ政権におけるICTインフラ政策の形成過程 ——重大局面としての重規制ルールの成立——……………	福森憲一郎…四(一六七)
契約不適合認識前の受領物の譲渡と解除 ——リスク負担範囲の主観的拡張と二当事者問題への収斂——……………	野中貴弘…四(一九五)
ポールドウインク・ニュー・コンサーヴァティズムの政治思想的意義 ——党政策文書『今後の展望』を中心に——……………	渡邊容一郎…四(二四七)

議会制民主主義における政党の二面性……………	浅井直哉…四(二九〇)
政策評価における統計の通貨単位問題に関する一考察…貿易統計の事例……………	羽田翔…四(三一六)
入会林野と社会変容——長野県木曾町の事例研究から問うこと……………	佐幸信介…四(三四〇)
中国特許権侵害訴訟における「合法的な出所」抗弁の適用……………	劉斌斌…四(三七〇)
日米における損害賠償額の算出手法に関する一考察……………	三村淳一…四(四一〇)
COVID-19の感染拡大による電子商取引の進展と海上運送の変化について……………	長沼健…四(四三〇)
研究ノート	
休業と補償	
——コロナ危機下におけるドイツの判例の展開——……………	岡田俊幸…一(六九)
養子縁組の多目的利用と縁組意思……………	帷子翔太…一(一三二)

- 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。

日本大学法学部ホームページ (<https://www.law.nihon-u.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ございましたら、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 東京都千代田区神田三崎町 2-3-1

（T E L） 03-5275-8510

（F A X） 03-5275-8537

（E-mail） kenjimu.law@nihon-u.ac.jp

機関誌編集委員会

委員長
副委員長
委員

大岡 健輔
賀来 健悟
南保 拓也
大久保 美典
小野 雅之
加藤 真理子
黒滝 英一郎
高畑 史仁
友岡 えりか
横溝 徳夫
渡辺 徳夫
石川 孝幸
石橋 正孝
大熊 義和
杉本 竜也
加藤 暁子
中村 未彦
野村 知子
松島 寛江
米崎 実

日本法学 第八十七卷第四号

令和四年二月十五日 印刷
令和四年二月二十五日 発行
非売品

編集責任者 日本大学法学会
小田 司

発行者 日本大学法学会
電話〇三(五二七五) 八五三〇番

東京都千代田区神田猿樂町二一ー四 A&Xビル
印刷所 株式会社メデイオ
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. 87 No. 4 February 2022

Issues in International Private Law,
International Business Law and Social Science

Special Edition in Honour of the Retirement of
Professor Susumu Nakamura