

筑波ロー・ジャーナル

創刊号

2007年3月

論 説

憲法判決における「主論」	青柳 幸一	1
高齢社会の財産管理・現状と課題	新井 誠	25
独占禁止法第1条の起草過程とその背景および意義 ——非西欧社会における市場経済と民主主義の法の成立——		
	平林 英勝	39
銀行監督上の失敗と国家賠償責任(1)	弥永 真生	77
IT化時代における表現の自由と差別規制 ——オーストラリアにおけるサイバー・レイシズム問題を素材に——		
	藤井 樹也	95
消費者契約における取消権と不当利得法理(1)		
	丸山絵美子	109

講 演

Shareholders' Agreements: Some EU and English Law Perspectives	Mads Andenas	135
--	--------------	-----



筑波ロー・ジャーナル編集委員会

目 次

論 説

憲法判決における「主論」	
.....青柳 幸一	1
高齢社会の財産管理・現状と課題	
.....新井 誠	25
独占禁止法第1条の起草過程とその背景および意義	
——非西欧社会における市場経済と民主主義の法の成立——	
.....平林 英勝	39
銀行監督上の失敗と国家賠償責任(1)	
.....弥永 真生	77
IT化時代における表現の自由と差別規制	
——オーストラリアにおけるサイバー・レイシズム問題を素材に——	
.....藤井 樹也	95
消費者契約における取消権と不当利得法理(1)	
.....丸山絵美子	109

講 演

Shareholders' Agreements : Some EU and English Law Perspectives	
.....Mads Andenas	135

憲法判決における「主論」

青 柳 幸 一

- I. 問題の所在：先例拘束の原則；主論と傍論
- II. 河川附近地制限令違反被告事件判決（最大判1968[昭和43]年11月27日刑集22巻12号1402頁）
- III. 外国人地方選挙権判決（最三判1995[平成7]年2月28日民集49巻2号639頁）
- IV. 外国人地方選挙権判決における「主論」と「傍論」
- V. むすびに

I. 問題の所在：先例拘束の原則；主論と傍論

なぜ先例拘束（stare decisis）の原則が認められるのであろうか。先例拘束の原則を支える基礎理論は、存在するのであろうか。「先例」とは、何を指すのであろうか。先例による拘束とは、何を意味するのであろうか。

先例は法体系にとって「生命の血液」である、と言われる¹⁾。伝統的なコモン・ロー理論によると、法とは裁判官によって作られるものではない。裁判官の仕事は、法とは何であるかについての個人的意見とは別個に「真の法」を発見し、そして宣言することであるべきである²⁾。そこには、判決に関する伝統的な理論である法宣言説を見出すことができる。法宣言説の最も権威的な説明は、周知のように、Blackstoneによって展開されている。Blackstoneによれ

1) C. K. Allen, Law in the Making, 7th edn. 1964, p.243.

2) Cf. L. Goldstein, Introduction, in L. Goldstein (ed.), Precedent in Law, 1987, p.3.

ば³⁾、裁判官は法に関して「生ける託宣」を告げる。その託宣を告げる裁判官は、新しい法を宣告する権限を委ねられているのではなく、「古い法を維持し、解説する」権限を委ねられている。ここでいう「古い法」とは、コモン・ローを形成する「オリジナルな慣行」を指す。したがって、「オリジナルな慣行」を確認する裁判官の司法的判断は、「コモン・ローを形成するような慣行が実在することの、主要でかつ最も権威的な証拠」ということになる。そして、裁判官は、コモン・ローを形成する「オリジナルな慣行」を確認する先例と事案が同じである場合には、先例に従って法を「宣言する」。これが、先例拘束の原則である。そこでは、先例は、「重要な事実プラス結論」という形で構成される（狭義の先例）。だからこそ、事実が異なれば、先例拘束から離脱しうることになる⁴⁾。

しかし、法宣言説は、先例拘束の原則の根拠となりうるのであろうか。結論を先取りして言えば、否である。法宣言説は、裁判官が宣言するという「法」に関して、そもそも問題を内在させている⁵⁾。それは、法宣言説のフィクション性である。第1に、ほとんどの場合、判決が宣言するものが「オリジナルな慣行」であるのかに関する証拠が十分ではないという事実である。したがって、裁判官が宣言する「法」が「オリジナルな慣行」であるとするのは、フィクションでしかない。第2に、後の判決が先例に従うことを拒否する場合には、そ

3) Blackstone, *Commentaries on the Law of England*, Vol.1, p.69-71 (1765, repr. With introd. S. N. Katz, 1979). Montesquie も、周知のように、法宣言説の代表的主張者としてその名を挙げられる。Montesquie は、『法の精神』第1部第6編第3章では「共和政体においては、裁判役が法律の文字に従うのがその国制の本性である」(163頁)と、そして同11編6章では「判決は、法律の正確な文面以外のものでは決してないというほどまで、固定されていなければならない」(294頁)のものであり、それゆえ裁判官は「法律の言葉を発する口にすぎず、その力も厳しさも緩和することのできない無生物である」(302頁)と述べている(頁数は、野田良之ほか訳『法の精神 上』[岩波文庫、1989年]のものである)。

4) 高橋一修「先例拘束性と憲法判例の変更」芦部信喜編『講座憲法訴訟第3巻』162頁(1987年)参照。

5) Cf. J. Evans, *Change in the Doctrine of Precedent during the Nineteenth Century*, L. Goldstein (ed.), *Precedent in Law* 1987, p.36.

れは「オリジナルな慣行」をより正確に宣言するという、さらなるフィクションによって、法宣言説は維持される。

このように、法宣言説は、先例拘束の原則を支える理論的基礎を十分に提供しない。にもかかわらず、なぜ法宣言説は先例拘束の観念と両立し得たのであろうか。P. Wesley-Smithによれば⁶⁾、それには2つの理由がある。第1に、先例拘束の原則は、法宣言説が衰退し、実証主義的思想に部分的に取って代わられる過程にあったときまで十分に発展した形では現われていなかった。第2に、先例拘束の原則は、それが法宣言説と重なり合う限りで、むしろ実践的便宜によって維持されてきた。

法宣言説は、周知のように、イギリスにおいて、BenthamやAustinによって批判される。Benthamは、イギリスの裁判所制度のアルカイズムと非効率性を批判し⁷⁾、Austinは、法宣言説を「子どもじみたフィクション」と批判する⁸⁾。Benthamは、判例法を“judge-made law”と捉えた。すなわち、Benthamによれば、裁判官は「法」を宣言するのではなく、事実上立法者のように行動するのである⁹⁾。

さらに、周知のように、1920年代にアメリカのリアリズム法学¹⁰⁾が判決の実態を明らかにすることによって、法宣言説のフィクション性は一層明らかとなる。リアリズム法学によれば、判決は、裁判官にまつわる利害状況、階級帰

6) P. Wesley-Smith, *Theories of Adjudication and the Status of Stare Decisis*, ed. By L. Goldstein, *Precedent in Law*, 1987, p.80.

7) See e.g. Bentham, in J. Bowering (ed.), *Works*, (1838-43), Vol. iv, p.353.

8) Bentham, *Of Laws in General*, in Burns & Hart (ed.), *An introduction to the principles of morals and legislation*, 1970, p.1. Benthamが使った“judge-made law”という用語は、新聞でも用いられるポピュラーな言葉になったという (cf. Evans, *supra* note. 3, p.68.)。

9) Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, 5th edn. 1911, p.634.

10) リアリズム法学運動一般については、例えば、S. M. Quevedo, *Comment : Formalist and Instrumentalist Legal Reasoning and Legal Theory*, 73 *Calif. L. Rev.* 119, 121-125 (1985); G. J. Aichele, *Legal Realism and Twenty-Century American Jurisprudence* (1990); N. Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence* (1995); J. H. Schlegel, *American Legal Realism and Empirical Social Science* (1995) 参照。

属性、政治的立場、人格構造、イデオロギー的伝統、権力関係等の要因によって説明される。リアリズム法学によって、「伝統への関連づけにより相対化された法の固有の論理は、法適用過程の『リアリスティック』な記述のなかで」否定される¹¹⁾。リアリスティックな立場から、裁判官が単に法を確認し、宣言するわけではないことを認める裁判官も、出てくる。周知のように、Holmes 裁判官は、コモン・ローは「天に偏在するものではない」¹²⁾と語り、Cardozo 裁判官は、裁判官が司法過程において選択を行っていることを認める¹³⁾。このように、判決を裁判官各自による judge-made law と捉える立場からは、先例拘束の原則は存在しないことになろう。したがって、実証主義の立場からも、先例拘束性の原則を正当化することは困難である。

しかし、実証主義やリアリズム法学による実態の暴露にもかかわらず、今日においても、先例拘束の原則自体は生きている。先例拘束の原則は生きているが、しかし絶対的な拘束ではないことを示す判決は、多く存在する。例えば、アメリカ連邦最高裁判所裁判官である Scalia は、ソドミー法の合憲性が争われた Lawrence et al. v. Texas 判決（539 U. S. 558 [2003]）における反対意見で、Row v. Wade 判決（410 U. S. 113 [1973]）が先例拘束の原則の観点から維持されていることを引き合いに出しながら、17年前の Bower v. Hardwick 判決（478 U. S. 186 [1986]）が覆されたことを嘆いている¹⁴⁾。なぜ、法宣言説でも実証主義の立場からも正当化されない先例拘束が原則であり続けるのであろうか。その理由のひとつは、実践的便宜である。すでに高橋一修が論じている¹⁵⁾

11) ユルゲン・ハーバーマス（河上倫逸・耳野健二訳）『事実性と妥当性 [上]』237頁（2002年）。ハーバーマスは、法の固有の論理がリアリズム法学によって「いまや完全に消滅してしまうのである」と結んでいる。

12) Southern Pacific Co. v. Jensen, 244 US 205, 222 (1917) (Holmes, J., dissenting) .

13) Cf. Benjamin Cardozo, The Nature of the Judicial Process, pp.98-141 (Lecture III. The Method of Sociology. The Judge as a Legislator), 1921（カドーゾ〔守屋善輝訳〕『司法過程の性質』96-142頁 [1966年]）.

14) Lawrence, 539 U. S., at 586-592 (Scalia, J., dissenting).

15) 高橋・前掲注4) 159頁。

ように、平等、予測可能性、訴訟経済性、尊敬は、判例法主義か制定法主義かに拘らず、肯定しうる。さらに、先例拘束の原則は、判決の正当化と関連する。

相争う要求が法的な請求へと変形され、中立で公正な裁判という場で拘束力ある決定によって解決される。下される判決には、法秩序の社会的統合機能から要求される法的安定性の原理だけではなく、その内容の正当性も要求される。つまり、「理に適った判決」であると認められる必要がある。裁判官が判決のなかで行なう正当化のひとつが、「先例」である。勿論、どの先例を当該事案に関する先例とするか、その先例をどのように理解するかは、当該裁判官が選択している。しかし、リアリズム法学によって判決の実態が暴かれたとしても、裁判官が自己の個人的要因を剥き出しにすることは、司法の中立性や公正性に外観的に疑いを抱かせることになる。それゆえ、裁判官は、宣言説に惹かれ続ける¹⁶⁾ともいえよう。裁判官は、「理論的矛盾を認めることなしに、宣言的立場と実証的立場の間で揺れ動いている」¹⁷⁾。

先例拘束の原則をめぐる、先例が拘束することの意味・内容も問われる。まず確認されなければならないことは、イギリスにおいても、そもそも先例の絶対的拘束力が認められていたわけではないことである。先例は、「法」の証拠を与えるが、しかしそれらは決定的な証拠というわけではない。もし、先例の欠陥が重要である場合、あるいは先例が一般的な法律上のドクトリンと衝突する場合には、先例は斥けられた¹⁸⁾。Blackstoneも、事実が異なる場合だけでなく、先例の拘束力が否定される場合があることを認めていた¹⁹⁾。つまり、先例が「事物の理性」(the reason of the matter)に反する場合には、当該先例はコモン・ローを形成するものではない。したがって、先例拘束の原則の実相

16) Cf. H. K. Lucke, *The Common Law : Judicial Impartiality and Judge-Made Law*, 98 LQR 29, 45-50 (1982).

17) Wesley-Smith, *supra* note 6, p.77.

18) Cf. Evans, *supra* note 5, p.37.

19) See Blackstone, *supra* note.1.

は、その判決が正しいから従う、という原則といえよう²⁰⁾。

さらに、日本の最高裁判所判決を検討する際には、対象となる「先例」の範囲が問題となる。それは、「先例」を、前述したように、イギリスの場合と同様に「狭義の先例」、すなわち、「重要な事実プラス結論」を示すものだけに限定してよいのか、という問題である。制定法主義の国である日本では、司法は、一般に、具体的事件の要素と法令の解釈・適用という要素によって定義される²¹⁾。それゆえ、「法令を具体的事件に提供する前提として、法令の規定の意味内容に解釈を加え、法令の用いる概念に定義を与え、あるいは法的判断の基準を示す」²²⁾ ものも「広義の先例」として位置づける必要があると思われる。このような「広義の先例」をも「先例」に含める見解に対しては批判もあるが、高橋一修が論じる²³⁾ ように、「広義の先例」をも含めて検討することが理論的に誤りであるとは言えないであろう。そして、実際上の理由も挙げることができる。日本の最高裁判所の場合には憲法判例と呼べるものが多くはないので、「憲法の領域での生産的な“先例”研究を行なうために…同種の法律問題に汎用される判断枠組・審査基準をも広義の“先例”として探求してみる必要がある」²⁴⁾ といえよう。

最後に確認しておくべきことは、「先例」とは何か、である。「先例」とは、判決の「傍論」(obiter dictum)ではなく、判決の「主論」(ratio decidendi)を指す²⁵⁾。それゆえ、判決において、何が「主論」であり、何が「傍論」で

20) イギリスにおける絶対的拘束力を伴った先例拘束の原則の成立は、Evanceによれば、「1830年代の制度的変化、すなわち、1830年の単一裁判所の創設」(Evance, supra note 5, p.64)が大きく影響している。

21) 清宮四郎『憲法I [第3版]』335頁(1979年)、最判1954(昭和29)年2月11日民集8巻2号419頁等参照。

22) 高橋・前掲注4)、163頁。

23) 高橋・同上。

24) 石川健治(判例評釈)、法協114巻1540頁(1997年)。

25) ratio decidendiの訳語はいろいろあるが、ここでは「傍論」との対比で「主論」という訳語を用いることとする。

あるかを判別しなければならない。しかし、すでに高橋一修が明らかにしている²⁶⁾ように、「主論」と「傍論」を区別する明確な基準が存在するわけではない。したがって、個々の判決において「主論」は何かを検討することが必要になる。従来から、日本の最高裁判所の判例の引用の仕方には問題がある、と指摘されてきた²⁷⁾。しかし、最高裁判所だけでなく、判例評釈においても、「主論」と「傍論」の識別が必ずしも十分に意識されていないように思われる。これが、本稿の問題意識である。

以上のような、先例拘束の原則に関する前提的理解のもとで、本稿では、2つの最高裁判決を取り上げて、憲法判決における「主論」と「傍論」について個別的・具体的に検討することにしたい。ひとつは、憲法29条3項の損失補償をめぐる名取川事件判決である。本稿のテーマとの関連での当該判決における問題は、当該判決の「傍論」が後の判決において「先例」として扱われている点である。他のひとつは、本稿のテーマにとって核心的問題なのであるが、外国人地方選挙権事件判決である。当該判決を、例えば、「最高裁判所判例解説」も、外国人の地方選挙権についての外国人の享有主体性について「禁止説を採っているものでないことは明らかで…、許容説あるいはこれに近い立場に立つものといえることができる」と²⁸⁾と捉えている。しかし、そのような捉え方は適切であろうか。当該判決は、とりわけ当該判決の「主論」と「傍論」の区別にかかわり、判決の正確な読み方からして極めて重要な問題を残している。本稿では、「主論」と「傍論」の区別をめぐる議論がある2つの判決を取り上げて、この問題を具体的に検討したい。

26) 高橋・前掲注4)、161頁参照。

27) 戸松秀典『憲法訴訟』389-390頁(2000年)参照。

28) 福岡右武・最高裁判所判例解説民事篇平成七年度(上)273頁(1998年)。

Ⅱ．河川附近地制限令違反被告事件判決（最大判 1968〔昭和 43〕年 11 月 27 日刑集 22 卷 12 号 1402 頁）

（1）事実の概要・争点・判決

被告人は、仙台市の砂利採取販売業者で、従来から市内を流れる名取川の堤外民有地を賃借して砂利の採取を行っていた。1959 年 12 月 11 日、宮城県知事により、同地域が「河川附近地」に指定され、河川附近地制限令 4 条 2 号の適用を受けることとなった。そのため、事業を継続するには、「河川附近の土地の掘削その他と地の形状の変更」行為として知事の許可を受けなければならなくなった。被告人は、1959〔昭和 34〕年 12 月に許可申請をしたが、却下された。しかし、その後も、無許可で砂利の採取を行っていた。1960〔昭和 35〕年に砂利採取跡地で 3 回の水死事故が発生し、違法操業が明るみになった。被告人は、河川附近制限令 10 条違反で起訴され、第一審で罰金刑を言い渡された。

被告人は、河川附近地制限令 4 条 2 号の制限は、特定の人に対し、特別に財産上の犠牲を強いるものであり、したがって、この制限に対しては正当な補償をすべきであるのかかわらず、その損失を補償すべき何らの規定もなく、かえって、同令 10 条によって、右制限の違反者に対する罰則のみを定めているのは、憲法 29 条 3 項に違反して無効であり、これを違憲でないとした原判決は、憲法の解釈を誤ったものである等と主張して、上告した。

上告審は、全員一致で、上告を棄却した。

（2）判旨

「河川附近地制限令四条二号の定める制限は、河川管理上支障のある事態の発生を事前に防止するため、単に所定の行為をしようとする場合には知事の許可を受けることが必要である旨を定めているにすぎず、この種の制限は、公共の福祉のためにする一般的な制限であり、原則的には、何人もこれを受忍すべきものである。このように、同令四条二号の定め自体としては、特定の人に対

し、特別に財産上の犠牲を強いるものとはいえないから、右の程度の制限を課するには損失補償を要件とするものではなく、したがって、補償に関する規定のない同令四条二号の規定が所論のように憲法二九条三項に違反し無効であるとはいえない」(判旨A)。

「もつとも、本件記録に現われたところによれば、被告人は、名取川の堤外民有地の各所有者に対し賃借料を支払い、労務者を雇い入れ、従来から同所の砂利を採取して」おり、「従来、賃借料を支払い、労務者を雇い入れ、相当の資本を投入して営んできた事業が営み得なくなるために相当の損失を被る筋合であるというのである。そうだとすれば、その財産上の犠牲は、公共のために必要な制限によるものとはいえ、単に一般的に当然に受忍すべきものとされる制限の範囲をこえ、特別の犠牲を課したものとみる余地が全くないわけではなく、憲法二九条三項の趣旨に照らし、さらに河川附近地制限令一条ないし三条および五条による規制について同令七条の定めるところにより損失補償をすべきものとしていることとの均衡からいつて、本件被告人の被つた現実の損失については、その補償を請求することができるものと解する余地がある。したがって、仮りに被告人に損失があつたとしても補償することを要しないとした原判決の説示は妥当とはいえない。しかし、同令四条二号による制限について同条に損失補償に関する規定がないからといつて、同条があらゆる場合について一切の損失補償を全く否定する趣旨とまでは解されず、本件被告人も、その損失を具体的に主張立証して、別途、直接憲法二九条三項を根拠にして、補償請求をする余地が全くないわけではないから、単に一般的な場合について、当然に受忍すべきものとされる制限を定めた同令四条二号およびこの制限違反について罪則を定めた同令一〇条の各規定を直ちに違憲無効の規定と解すべきではない」(判旨B)。

(3) 「主論」と「傍論」

憲法 29 条 3 項に基づく損失補償を直接請求を肯定した判旨 B の部分が後の判決²⁹⁾において「先例」として挙げられている。また、学説においても、本

判決は憲法29条3項に基づく損失補償の直接請求の判決として位置づけられている³⁰⁾。しかし、上告棄却という結論を導いた「主論」は判旨Aであり、判旨Bは「傍論」である。にもかかわらず、「主論」ではなく、「傍論」が「先例」とされており、先例拘束の原則からすれば問題が生じている。傍論が先例として扱われていることの当否を検討するためには、判旨Aと判旨Bの理論的關係を見る必要がある。

本判決には、2つの憲法上の問題がある。第1に、憲法29条3項において損失補償をしなければならない要件である。第2に、憲法29条3項の裁判規範性をめぐる問題である。

判旨Aと判旨Bとの間に、一般的にいえば、論理的矛盾が存在するとはいえない。判旨Aは、損失補償をしなければならない場合についての判示である。そこでは、特別な犠牲が生じていなければ損失補償の必要はない、という「基準」が示されている。そして、河川附近地制限令の改正が河川附近地の利用者に特別の犠牲を与えるものではない、とする一般論が述べられている。したがって、本件でも損失補償の問題は生じないことになる。他方、判旨Bでは、本件の被告人の場合には特別な犠牲が生じていたといえるかもしれないという仮定的想定のもとで、河川附近地制限令における損失補償規定の欠如の問題を論じている。ここで、憲法29条3項に基づく直接請求が語られている。したがって、判旨Aと判旨Bの間に論理的矛盾が存在するわけではない。本判決においては「傍論」であった部分が、後の、法令に損失補償規定がないことが直接的争点となっている事案において「先例」として扱われることが、誤りである

29) 最一判1975〔昭和50〕年3月13日判時771号3頁、最二判1975〔昭和50〕年4月11日判時777号35頁。

30) 憲法の概説書も、一般に、損失補償の要否のところではなく、憲法29条3項の裁判規範性に関するところで本判決を挙げている（例えば、芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法第三版』218頁〔2003年〕）。ただ、このような状況は、本判決が下される以前から損失補償の必要な場合を「特別な犠牲」のある場合に限定する点で学説が一致していたのに対して、憲法29条3項の裁判規範性については学説が定まっていなかったことから、本判決の意義を判旨Bに見出したものと解することができるであろう。

わけではない。このようなことは、朝日訴訟上告審判決（最大判1967〔昭和42〕年5月24日民集21巻5号1043頁）の捉え方からしても、明らかである。朝日訴訟上告審判決における「主論」は、生活保護受給権が「被保護者時の最低限度の生活を維持するために当該個人に与えられた一身尊属の権利であって、他にこれを譲渡できないし（五九条参照）、相続の対象ともなり得ない」という判旨である。「なお、念のために」として語られた部分は、「傍論」である。しかし、「傍論」は、最高裁が初めて生存権の法的性格論を述べたものであり、その点では「先例」性を有する。したがって、生存権の法的性格が問題となる事件で、後の判決が朝日訴訟上告審判決の「傍論」を「先例」として扱うことは、誤りではない。本判決の「傍論」も、同様の性質のものである。

ただし、本判決が「傍論」を展開する際の、いわば起点における判断の妥当性に関しては、なお問題が残る。被告人「の財産上の犠牲は、公共のために必要な制限によるものとはいえ、単に一般的に当然に受忍すべきものとされる制限の範囲をこえ、特別の犠牲を課したものとみる余地が全くないわけではなく」と述べている。しかし、本件の場合には、「河川に有害な影響を生ずるおそれのない」場合には、許可を受けることができた。被告人に対する不許可処分が不当でないことは、砂利採取跡地で水死事故が起きていることからして、「異論はないであろう」³¹⁾。不許可で操業を続けていた被告人の財産への「特別の犠牲」を論ずること自体への異論がありえよう。さらに、「傍論」が従来から（本件でいえば、知事が「河川附近地」に指定する以前から）操業していたこととの関連で「特別な犠牲を課したものとみる余地」を認められたとすると、今村成和が指摘する³²⁾ように、「主論」との「矛盾」も生じうるようになる。

31) 今村成和・昭和43年重要判例解説29頁（1969年）。

32) 同・28-29頁。さらに、同・行政判例百選（新版）188頁（1970年）、同・行政判例百選Ⅱ305頁（1979年）参照。

Ⅲ．外国人地方選挙権判決（最三判 1995〔平成7〕年2月28日民集49巻2号639頁）

（1）事実の概要・争点・判決

原告（上告人）ら11名は、1990年9月当時、大阪市内に居住していた在日韓国人である。同年の氏選挙人名簿に登録されていなかったため、所轄の選挙管理委員会に対して原告らを選挙人名簿に登録するよう意義の申出を行なったところ、いずれも却下の決定が下された。そこで原告らは、公職選挙法25条の手続きに従い、当該選挙管理委員会および委員長を被告として、書く決定の取り消しを求めて出訴した。

第一審（大阪地判1993〔平成5〕年6月29日判825号134頁）は、参政権は、「その権利の性質からして、その国家を構成する者に当然帰属すべきものであり、憲法15条1項により参政権を保障されているのは『国民』は『日本国籍を有する者』に限られるのであり、そして憲法93条2項の『住民』は、『日本』『国民』であることがその前提となっているというべきである」ので、「日本国籍を有しない定住外国人については、右権利を憲法が保障していると認めることはできない」として、請求を棄却した。ただし、第一審判決は、「傍論」で、「確かに、日本国民と同じようにその地域社会の重要な構成員として、これを維持発展させるのに大きな貢献をしてきたと自負している定住外国人にとって、国益を巡って諸外国と利害が対立する場合に、日本の国家意思を確定し、これに基づき諸外国との外交を直接担当しなければならない国政、すなわち政府レベルの政治への参加はともかくとして、その行政機能の内容も地域住民生活の福祉を図ることを直接の目的とするものが多く、また、国政のそれと比べると政治的色彩も薄い地方公共団体の政治・行政についてさえ、これに参加する機会が与えられていない現実是不当にすぎるとの意見が出てくるのも一面もつともなことと考えられないではない。しかし、すでに説示してきたとおり、少なくとも憲法上は右のような外国人に対しても右参政権は保障されていないといわざるを得ないし、また、仮に右の者に参政権を付与することが憲法に違

反しないとの立場を採り得るとしても、これを付与するか否かは立法政策の問題にすぎないというべきである」と述べている。

原告らは、地方自治法および公職選挙法が選挙権を有する者を『日本国民』に限定していることの違憲性を主張して上告したが、最高裁は本件上告を棄却した。

(2) 判旨

「憲法第三章の諸規定による基本的人権の保障は、権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き、我が国に在留する外国人に対しても等しく及ぶものである。そこで、憲法一五条一項にいう公務員を選定罷免する権利の保障が我が国に在留する外国人に対しても及ぶものと解すべきか否かについて考えると、憲法の右規定は、国民主権の原理に基づき、公務員の終局的任免権が国民に存することを表明したものにほかならないところ、主権が「日本国民」に存するものとする憲法前文及び一条の規定に照らせば、憲法の国民主権の原理における国民とは、日本国民すなわち我が国の国籍を有する者を意味することは明らかである。そうとすれば、公務員を選定罷免する権利を保障した憲法一五条一項の規定は、権利の性質上日本国民のみをその対象とし、右規定による権利の保障は、我が国に在留する外国人には及ばないものと解するのが相当である。そして、地方自治について定める憲法第八章は、九三条二項において、地方公共団体の長、その議会の議員及び法律の定めるその他の吏員は、その地方公共団体の住民が直接これを選挙するものと規定しているのであるが、前記の国民主権の原理及びこれに基づく憲法一五条一項の規定の趣旨に鑑み、地方公共団体が我が国の統治機構の不可欠の要素を成すものであることをも併せ考えると、憲法九三条二項にいう「住民」とは、地方公共団体の区域内に住所を有する日本国民を意味するものと解するのが相当であり、右規定は、我が国に在留する外国人に対して、地方公共団体の長、その議会の議員等の選挙の権利を保障したものであるということとはできない」(判旨A)。

「憲法九三条二項は、我が国に在留する外国人に対して地方公共団体におけ

る選挙の権利を保障したものとはいえないが、憲法第八章の地方自治に関する規定は、民主主義社会における地方自治の重要性に鑑み、住民の日常生活に密接な関連を有する公共的事務は、その地方の住民の意思に基づきその区域の地方公共団体が処理するという政治形態を憲法上の制度として保障しようとする趣旨に出たものと解されるから、我が国に在留する外国人のうちでも永住者等であってその居住する区域の地方公共団体と特段に緊密な関係を持つに至ったと認められるものについて、その意思を日常生活に密接な関連を有する地方公共団体の公共的事務の処理に反映させるべく、法律をもって、地方公共団体の長、その議会の議員等に対する選挙権を付与する措置を講ずることは、憲法上禁止されているものではないと解するのが相当である。しかしながら、右のような措置を講ずるか否かは、専ら国の立法政策にかかわる事柄であって、このような措置を講じないからといって違憲の問題を生ずるものではない」（判旨B）。

（3）先例との関係

本判決が判旨Aで先例として挙げているのは、①最大判1960〔昭和35〕年12月14日民集14巻14号3037頁、②最大判1978〔昭和53〕年10月4日民集32巻7号1223頁であり、判旨Bで先例として挙げているのは、①最大判1960〔昭和35〕年12月14日民集14巻14号3037頁、③最大判1963〔昭和38〕年3月27日、④最大判1976〔昭和51〕年4月14日民集30巻3号223頁、⑤最大判1983〔昭和58〕年4月27日民集37巻3号345頁である。

①判決は、市議会議員選挙における当選無効事件であるが、氏だけを記載した投票の按分方法（候補者のなかに同じ氏の者が2人いた。）が争われた事件である。それが、判旨Aでも判旨Bでも挙げられている。①判決で本判決に関係する箇所は、「公務員を選挙する権利は国民固有の基本的人権として保障したものである」という一文である。そうすると、判旨Aの先例になるが、判旨Bの先例にはなり難い。②判決は、外国人の人権に関して権利性質説の立場を明確にしたマククリーン判決である。②判決が判旨Aで引用されているのは、選

挙権が国民主権にかかわる権利であるという性質であることとの関係においてである。

判旨Bで挙げられている③判決は東京都の特別区長公選制廃止をめぐる贈収賄被告事件判決、④判決は衆議院議員定数不均衡事件判決、⑤判決は参議院議員定数不均衡事件判決である。③判決が判旨Bにかかわるのは、憲法が地方自治を保障する所以を説いた、「新憲法の基調とする政治民主化の一貫として、住民の日常生活に密接な関連をもつ公共的事務は、その地方の住民の手でその住民の団体が主体となって処理する政治形態を保障せんとする趣旨に出たものである」という箇所であろう。投票価値の平等をめぐる事件であるが、この2つの判決が判旨Bとかかわるのは、選挙制度の構築を「国会の極めて広い裁量に委ねている」という部分であるように思われる。

本判決が挙げる「先例」は、このように、すべて「広義の先例」である。しかし、本判決に関する「広義の先例」と位置づけうる重要な判決を、本判決は挙げていない。それは、外国人の国会議員選挙権に関する、1993年の判決（最二判平成5年2月26日判時1452号37頁）である。事案という点でいえば、本判決が挙げるいずれの「広義の先例」よりも類似している。争われているのは、どちらも外国人の選挙権であり、異なるのは選挙権のレベルである。しかも、この1993年判決は、本判決の判旨Aと同様に、国民主権の原理から否定している。ここにも、どのような基準で先例を挙げるのかが必ずしも明確でない、最高裁裁判所判決の「広義の先例」の挙げ方の例を見出すことができよう。

IV. 外国人地方選挙権判決における「主論」と「傍論」

(1) 許容説を採った判決とする把握

本判決に関しては、多くの評釈³³⁾が公けにされている。その多くは、「主論」と「傍論」の区別論を展開することなく、本判決を一定の外国人に地方選挙権を付与することを許容した判決と位置づけているように思われる。その際、本判決が憲法15条1項の「国民」と93条2項の「住民」の違いを明示的に否定

しているので、一定の外国人に地方選挙権を付与することを許容した論拠は、「もっぱら地方自治の観点…から地方選挙権付与の可能性を示した」³⁴⁾と位置づけられることになる。

そのなかで、本判決の「論理の粗さ」を指摘する高田篤³⁵⁾の評釈が、注目される。高田も、本判決は、「明確に」許容説に立った判決であると位置づけている。ただし、高田は、「本判決の結論を是認するとしても、本判決の論理には…異論がありえよう」として、3点挙げている。そのうち、本稿の関心とかわかるのは高田が最初に挙げる異論である。それは、「一方で、憲法15条1項の公務員の選定罷免権といったのものと捉えられる憲法93条2項の選挙権の保障対象を日本国籍保持者に限定するとしながら、他方で、その『国民固有の権利』（憲15条1項）を外国人に付与するか否かについては立法者の無制約な裁量に委ねる、という構成」に対する異論である。そして高田は、この「論理の粗さ」に対する「批判を少なくしようとすれば、憲法15条1項が公務員の選定罷免権の享有主体を『国民』と規定し、憲法93条2項が選挙権の享有主体をそれとは別概念の『住民』としている点に注目して解釈すべきであつたろう。すなわち、憲法93条2項は、日本国憲法制定以前においても、また、現行憲法下においても（自治10条1項参照）、日本国籍保持者以外の人々も含むとされてきた『住民』に「選挙権を保障しているのであり、一般法である憲

33) 本判決の評釈として、市川正人・法セ485号82頁、稲正樹・判例セレクト'95（法教186号別冊付録）14頁、宇都宮純一・平成7年度重要判例解説20頁、岡崎勝彦・法教177号42頁、後藤光男・憲法判例百選 [1] [第4版] 12頁、佐々木善三・研修609号59頁、高田篤・地方自治判例百選＜第3版＞24-25頁、田中館照橘・法令解説資料総覧161号108頁、常本照樹・法セ486号82頁、布田勉・法学63巻2号146頁、野中俊彦・月刊社会党482号59頁、萩野芳夫・判例評論441号159頁、萩原重夫・法セ487号16頁、福岡右武・法曹時報50巻3号199頁、百地章／吉田隆・日本法学64巻1号197頁、門田孝・法セ521号73頁、横田耕一・法時67巻7号2頁、芳野勝・摂南法学15号10号3頁等がある。

34) 常本・前掲注33)、83頁。

35) 高田篤・判例評釈、別冊ジュリスト168号24-25頁。さらに、同「外国人の選挙権」法時64巻1号83頁以下（1992年）も参照。

法15条1項に対して特別法になっている」という対処法を示している。しかし、憲法15条1項と93条2項とを一般法/特別法の関係で捉えることの妥当性の問題は置くとしても、本判決は憲法93条2項の「住民」は、そのようにも解釈しなかったのである。本判決は、「論理の粗さ」を超えて、判旨Aと判旨Bの理論的整合性に関して疑念を抱かせる。

(2) 禁止説から判旨B＝「傍論」とする見解

本判決における判旨Aと判旨Bの齟齬を理論的に無理なく説明できるのは、外国人の人権に関する立法政策説³⁶⁾と準用説³⁷⁾である。しかし、立法政策説や準用説と本判決は、その出発点において異なる。なぜなら、本判決は、マクリーマン判決を引用していることから明らかなように、外国人の人権享有主体性を肯定しているからである。

外国人選挙権禁止説の立場から、百地章／吉田隆は、判旨Aを「いわゆる『定住外国人』に地方選挙権があるという主張を退けた判決の理由づけとして、妥当なものであることはいうまでもない」と評価する一方で、判旨Aと判旨Bとの間には「明らかに矛盾が存在している」と指摘して、判旨Bを「本判決の傍論かつ暴論ともいえる」とする³⁸⁾。なぜなら、百地／吉田によれば、「選挙権の享有主体、つまり有権者は日本国籍を保有する日本国民であるとする解釈のもとにあって、立法政策で『定住外国人』に地方選挙権を付与可能というのは、無理である。それゆえ、この点に関して最高裁の判断は、八方美人的なものであるといわざるをえない」³⁹⁾からである。「暴論」とまで言えるかは別にして、禁止説からすると、判旨Aは首肯できるが、判旨Bは首肯できないのは、当然の帰結といえる。

36) 立法政策説からの本判決評釈として、芳野・前掲注33)、103頁以下がある。

37) 準用説の立場からの評釈として、萩野・前掲注33)、159頁以下がある。

38) 百地／吉田・前掲注33)、201-202頁。

39) 同・203頁。

（3）合憲判決のもたらす付随的效果への配慮としての「傍論」論

判旨Bを「傍論」と位置づけられると思われる見解のなかで、興味深いのは、石川健治のそれである。石川は、民法900条4号但書を合憲とする最高裁決定（最大決1995〔平成7〕年7月5日民集49巻7号1789頁）⁴⁰⁾に関する評釈のなかで本判決に言及している。

民法900条4号但書については、法制審議会民法部会身分法小委員会で1971年から相続法改正の審議が行なわれており、1979年7月17日に公表された「相続に関する民法改正要綱試案」でも、また1991年から行なってきた審議に基づいて1994年に公表された「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案」でも、「嫡出でない子の相続分は、嫡出である子の相続分と同等とするものとする」とされていた。このような改正作業が進行するなかで、1995年大法廷決定は、民法900条4号但書を合憲とした。

石川は、当該決定の多数意見に関して、争われている「過去の立法政策についてその実体的な合理性を一応肯定的に評価したうえでの合憲判断である以上、現在進行中の改正作業にもたらす付随的效果に対して、無頓着であってよいのか」⁴¹⁾という問題を提起する。石川は、当該決定における大西裁判官（園部裁判官同調）補足意見および千種・河合裁判官補足意見は「合憲判断の付随的效果を顧慮しようとする立場の裁判官」が、進行中の改正作業に対する強力な“冷水効果”を「幾分かでも除去しようとして」⁴²⁾出されたものと位置づける。石川は、そのような議論の文脈において、外国人地方選挙権判決の判旨Bを「合憲判決のもたらす付随的效果に配慮を示している」ものと捉えている⁴³⁾。

石川のような読み方が適切であるのか否かについては、議論があろう⁴⁴⁾。「最高裁判所判例解説」は、この点について、「多数意見は、本件規定の憲法一四条

40) この民法900条4号但書に関する判決については、青柳幸一「嫡出性の有無に基づく相続分差別」憲法判例百選〔第5版〕64頁（2007年）参照。

41) 石川・前掲注24）、1543頁。

42) 同・1544頁。

43) 同・1556頁注14。

一項適合性についてのみ判断したものであって、非嫡出子の法定相続分に関する立法論についていささかも論ずるものではないことは、いうまでもない⁴⁵⁾、と断っている。石川も認めるように、「最高裁の多数派は、合憲・違憲のコードのみによって語り、右顧左眄するところがない」⁴⁶⁾。とすれば、当該決定の多数意見は、現行の900条4号但書の規定が違憲ではないということを述べているにとどまる。立法裁量ということは、端的に現行法の規定の仕方のみが唯一合憲であるということを意味するわけではない。むしろ、石川の問題意識は、従来の憲法訴訟論で必ずしも十分に論じられていなかった問題にかかわるように思われる。

従来、憲法訴訟論においては、違憲判決の影響・効果が高められてきた。それは、究極的には、司法審査制と民主主義の緊張関係という観点から論じられる。他方で、合憲判決に対しては、多数決民主主義との緊張関係は生じないこともあって、その影響や効果に関して余り議論は行なわれてこなかったように思われる。しかし、立憲的民主主義の観点からいえば、合憲判決や統治行為論が他の政治部門に、ひいては国民に与える影響・効果を無視することはできない。なぜなら、合憲判決や統治行為論は「現状」の肯定を意味するからである。この点で、石川の問題意識との関係でいえば、立法裁量論は争われている条文の規定内容だけが唯一合憲であることを意味するわけではないことを、常に確認することが必要であろう。

いずれにしても、本判決で問題となる判旨Bの「傍論」性は、「合憲判決のもたらす付随的效果に配慮を示した」という点にあるのではない。

44) 例えば、「司法権に与えられた違憲審査という役割を放棄するものであることは明らかである」(建石真公子・法セ521号72頁)、「国民としては基本的人権の砦と頼んだ最高裁に、頼るところが違うと追い拂われたように感じる」(菅野佳夫・判タ893号24頁)という評価もある。

45) 野山宏・最高裁判所判例解説民事篇平成7年度(下)673頁。

46) 石川・前掲注24)、1543頁。

（4）「傍論」としての判旨B

布田勉は、判旨Bを「傍論」と位置づけている⁴⁷⁾。ただし、布田は、なぜ傍論と捉えるのか、主論と傍論の理論的矛盾については論じていない。かつて公表した拙稿も、判旨Bを「傍論ではあるが、最高裁が初めて積極的な判断を下したものとして一定の評価を与えることが出来るであろう」⁴⁸⁾と評するだけで、なぜ傍論であるのかについて説明していなかった。

本判決は、確かに、一定の外国人に対して「法律をもって、地方公共団体の長、その議会の議員等に対する選挙権を付与する措置を講ずることは、憲法上禁止されるものではないと解するのが相当である」と述べている。しかし、判決が述べているからといって、それが直ちに当該判決の「主論」であるわけではない。とりわけ、判旨Aと判旨Bとの間に理論上の矛盾が存在する場合には、判決の「主論」が何であるかを、慎重に検討する必要がある。そして、本判決は、判旨Aと判旨Bとの間に理論上の矛盾が存在する場合に該当する。なぜなら、判旨Aは禁止説の論拠に直結し、判旨Bは許容説の論拠の一部と結びつくからである。

禁止説の論拠は、国民主権である⁴⁹⁾。憲法15条1項の「国民」と93条2項の「住民」という用語の違いも、禁止説は、本判決の判旨Aと同様に、「国民」を前提とした「住民」と解する。それに対して、外国人の地方選挙権に関する許容説の主たる論拠は、①日本国憲法が15条1項（「国民」）と93条2項（「住民」）とで表現を使い分けていること、そして②地方公共団体が扱う業務は、地域に密着したものであり、主権者としての国民にかかわるよりも、そこに暮らす人の生活にかかること、である⁵⁰⁾。そのうち、前者が許容説の核心的論

47) 布田・前掲注33)、300頁。

48) 青柳幸一／山越由理「定住外国人の参政権」青柳『人権・社会・国家』151頁（2002年）。

49) 阪本昌成『憲法理論Ⅰ』134-135頁（1993年）。

50) 長尾一紘「外国人の人権」芦部信喜編『憲法の基本問題』177-178頁（1988年）；芦部信喜『憲法学Ⅱ』132頁（1992年）、佐藤幸治『憲法〔第三版〕』420頁（1995年）等参照。

拠のはずである。なぜなら、国と地方公共団体の業務内容等が同一でないことについては、異論をみないと思われるからである。禁止説を採ることと、国と地方公共団体の業務の相違を肯定することとが矛盾するわけではない。問題の核心は、業務内容の相違にあるのではない。なぜなら、両者の業務の相違を肯定しても、地方公共団体における自治の主体である「住民」が「国民」を前提とする概念であるならば、地方公共団体の業務を担う「代表者」の選挙も日本国籍を有する「住民」が行うことになるからである。したがって、許容説にとっての重要な課題は、「なおも国民主権原理と外国人に対する地方選挙権との憲法構造上の関連がより説得的に検証される必要があ」⁵¹⁾る点に存する。

許容説は、憲法15条1項と93条2項の用語の違いをどのように論ずるのであろうか。許容説の論拠を詳細に論じている長尾一紘によれば、その用語の違いは両者の「法的性格が全く異なる質的相違」⁵²⁾を示している。では、許容説の立場に立つ長尾は、両者のどの点が、なぜ質的に相違しているというのであろうか。

長尾によれば⁵³⁾、文言解釈からすると、憲法15条1項の「国民」に外国人も含まれるとする見解ばかりでなく、憲法93条2項の「住民」には外国人が含まれるとする見解も否定される。そうえて、長尾は、93条2項を国民主権原理との関連での体系的解釈の必要性を主張する⁵⁴⁾。そして長尾の体系的解釈によれば、国民主権原理を「『上から』の『国家的正当化』の連鎖が切断されないことを要請する」が、地方議会議員選挙で外国人に選挙権を付与することによって外国人の意向を反映する条例が制定されることになっても、憲法94条からして「法律に体现される『国家的正当化』が、条例によって破られることは、本来的にありえない」ので、「地方議会議員選挙に外国人を参加させる

51) 岡崎・前掲注33)、47頁。

52) 長尾・同177頁。

53) 長尾『外国人の参政権』84頁、89-93頁参照（2000年）。

54) 同・85頁参照。

55) 同・85-86頁参照。

ことは、日本国憲法の許容するところであり、その当否の判断は、国会の裁量に委ねられる」と主張する⁵⁵⁾。

しかし、本判決は、憲法15条1項と93条2項を一般法／特別法関係で捉えてもいなければ、国民主権原理の体系的解釈を示してもいない。勿論、私見のような、93条2項の「住民」概念を15条1項の「国民」概念よりも広く解釈する可能性を認める⁵⁶⁾ものでもない。本判決は、判旨Aで、国民主権原理を相対化することなく、端的に憲法93条2項の「住民」=15条1項の「国民」としている。本判決は、判旨Aと判旨Bの理論的矛盾を架橋する作業を十分に行うことなく、判旨Bを述べている。そうであるとする、許容説の立場からしても、本判決の「主論」を許容説の容認と捉えるには、本判決の判示では不十分であると言わざるをえない。本判決の「主論」は判旨Aであり、判旨Bは「傍論」にとどまると思われる。

V. むすびに

本判決は、後の判決によってどのように位置づけられているのであろうか。

まず、2つの小法廷判決がある。ひとつは、2000年に下された、定住外国人が提起した選挙人名簿不登録違法確認等請求事件に関する第三小法廷判決（最三判平成12年4月25日判例地方自治208号49頁）である。他のひとつは、2002年に下された、御嵩町における産業廃棄物処理施設の設置についての住民投票に関する条例が投票資格を有する者を日本国民たる住民に限ることの違憲性が争われた、第二小法廷判決（最二判平成14年9月27日判時1802号80頁）である。いずれも、同じ構成の判示となっている。つまり、合憲であることはマクリーン判決「の趣旨に照らして明らかである」と述べた文章に続いて、括弧で本判決を「参照」するように指示している。ここで「参照」を求められたのが1995年判決の判旨Aであるのか、それとも判旨Bであるのかについて、この2つの判決は何も述べていない。立法裁量論を採る判旨Bのもとでも争わ

56) 青柳／山越・前掲注48)、161-162頁参照。

れた条文は合憲となるので、判旨Aと判旨Bのどちらの「参照」を求めているかという問題は、2つの判決の結論に影響を及ぼさない。したがって、少なくとも、この2つの判決による「参照」から、2つの判決が1995年判決の判旨Bを「主論」=「先例」と捉えていると帰結することはできない。

そして、注目されるのは、2005年に下された管理職選考受験資格確認等請求事件判決（最大判平成17年1月26日民集59巻1号128頁）（以下、2005年判決と略記）である。当該事件では、地方選挙権ではなく、公務就任権について争われた。公務就任権は、広義の参政権として位置づけられうる権利ではあるが、外国人が公務員になることは国民主権から「当然に」禁止されるとする「法理」は、今日すでに崩壊している。それゆえ、外国人の公務就任権は、外国人の地方選挙権よりも国民主権原理に拘束される程度は少ないはずのものといえよう。

2005年判決における裁判官滝井繁男の反対意見は、1995年判決を「参照」して、「参政権の側面を持つ権利のすべてについて、国民主権の原理からの帰結として当然に、その保障が日本国民に限られることになるというものではないのであ」り、「その選任に参政権的な側面があるとしても、すべての公務員に就任するについてその職務の性質を問うことなく、国民主権の原理の当然の帰結として日本国籍が求められているというものではない」と述べている。しかし、多数意見は、1995年判決を挙げることなく、「普通地方公共団体が職員に採用した在留外国人の処遇につき合理的な理由に基づいて日本国民と異なる取扱いをすることまで許されないとするものではない。また、そのような取扱いは、合理的な理由に基づくものである限り、憲法14条1項に違反するものでもない」等として、管理職受験資格制限を合憲とした。

1995年の外国人地方選挙権判決の判旨Bは、判例法上は「傍論」ととどまっているといえよう。

高齢社会の財産管理・現状と課題

新 井 誠

- I. 新しい高齢者像
- II. 高齢者の消費者被害の実態
- III. 権利擁護の必要性
- IV. 信託制度の活用と権利擁護

I. 新しい高齢者像

高齢者問題は各方面で論じられ、解決も図られてきたが、従来、その中心課題は、「高齢者は経済的にも、健康面でも弱者であるから、いかに救済の手を差し伸べるべきか」、あるいは「どの程度、誰がその負担を負うのか」、という問題であった。そのため、問題はおっぱら国や自治体の行政上の問題として認識されてきた。

一世代前の'55年（昭和30年）は、人口全体の40.7%が農業世帯人口であり、都市部でも貧困な庶民が多かった時代であった。平均的な庶民にはこれという資産もなく、とりわけ高齢者には長男夫婦の扶養・介護を受けながら、細々と孫や子と同居して余生を過ごしていた人も多かった。多くの人が一生借家暮らしで、マイホームは夢の世界であった。銀行へは一度も入ったことがなく、相続税を払うことなど考えたこともないというのが平均的な水準であった。

ところが、高度成長とともにこれが一変した。'50年代に高度成長が始まり、

個々人が飛躍的に経済力をつけ、専業農業世帯人口が5%程度に激減し、都市人口が急増した。1人当たりの国民所得は、'40年代にはアメリカの10分の1以下であったものが、現在ではアメリカを上回るまでになった。

これにつれて、居住環境、労働条件、医療制度等は著しく改善された。文化的にも、高齢者が海外旅行、文化講座、スポーツ等にも積極的に参加するようになり、高齢者のイメージはすっかり変わりつつある。

もちろん現在でも、高齢者は健康や収入という点では相対的に弱者であることは否定できない。しかし、今後も高齢者の問題を弱者保護の問題としてとらえることは、必ずしも妥当なことではなくなりつつあるといえよう。

長命化が進んだのと同時に、高齢者の生活には、この数十年の経済の高度成長、所得の平準化、資産価格の高騰等により、次のような大きな変化が生じた。

第1は、フローの面では、高齢者の生活支援等の社会保障が国際的に見ても高い水準に達し、大半は一応の暮らしに心配がなくなったことである。

第2には、高齢者の持つ資産の価格が高騰し、いつの間にか高齢者の中には相当の資産家が誕生したことである。

第3には、高齢者の身边から資産・生計を管理する家族等が減少したということがある。

これらは、いずれも長命化とは直接の因果関係はないが、同じ原因、つまり産業の発展に伴う生活の変化によるものであり、これらが競合することによって、20～30年前の高齢者にはなかった問題が生じてきたわけである¹⁾。

Ⅱ．高齢者の消費者被害の実態

このように高齢者の生活が変化し、その変化に伴って、高齢者を狙った消費

1) 新井誠編著『高齢社会と信託』（1995年、有斐閣）1-5頁（木村恒弐執筆）に依る。なお、本稿は新井誠「高齢者の消費者被害と権利擁護」国民生活34巻9号（2004年）6-9頁、同「高齢者の財産管理・活用」法律時報77巻5号（2005年）26-31頁と重複することをお断りしておきたい。

者被害が急増している。国民生活センターのPIO-NET（全国消費生活情報ネットワーク・システム）に集められたデータから、その実態を見てみたい。

70歳以上の高齢者からの相談は年々上昇傾向にあり、その内容を他の年齢と比べると、健康や住宅に関連した相談が多く、また家庭訪問、SF商法（催眠商法）、点検商法などが特徴的である。強引な販売方法、認知症高齢者を狙った手口もある。商品・サービス別に見ると、健康関連商品、住宅関連の工事などの相談が目立つ。家庭訪問やSF商法ではふとん類、点検商法では床下換気扇が多い。高齢者自身ではなく、家族や介護者などが相談している割合が高いという特徴もみられる。

問題点としては、健康に対する不安に付け込んだり、病気に対する効能・効果をうたって販売するもの、住んでいる家や設備について不安をあおるもの、老後の資金を増やすなどといって経済的不安に付け込んだ販売が行われている点を指摘することができる。独居高齢者の場合、事業者と高齢者のみで契約が行われ、家族が実態を把握できないことも多く、長時間の勧誘で疲労させ無理やり契約させたり、年金や貯蓄を切り崩させて分割払い契約を締結させ、認知症高齢者に対して、次々と契約させる事業者もいる。

Ⅲ．権利擁護の必要性

このように生活上の様々な不安要因に付け込まれ深刻な被害を受けている高齢者を守るためには、新しい権利擁護の考え方が必要であるが、以下それについて述べたい。

現在、わが国では驚異的ともいえるスピードで高齢化が進行している。これに伴い、介護を要する高齢者の数も劇的に増加しており、いわゆる「介護リスクの一般化」が生じている。

しかし、この一方で、核家族化による家族構成員数の減少、介護者の高齢化、女性の社会進出、社会規範の変化等の種々の要因により、これまで介護の主たる担い手であった家族の介護力は確実に低下してきている。「介護の社会化」が要請される所以である。

こうした社会情勢を背景として、'00年（平成12年）4月、成年後見制度、介護保険制度、社会福祉基礎構造改革という三つの新制度の導入を通じて、わが国の社会保障システム、あるいは権利擁護の歴史に新しい時代の幕が開けられた。三つの制度はともに高齢社会への対応策としての性格を持つものであり、制度運用の場面におけるその有機的な連携の成否が重要な課題となることはいうまでもない。

（1）介護保険制度の概要

介護保険制度は、'97年（平成9年）12月17日に公布された介護保険法によって創設された新しい高齢者介護システムであり、'00年（平成12年）4月1日の同法の施行を通じて、本格的に稼動を始めたものである。

制度の内容は、「加齢に伴って生ずる心身の変化に起因する疾病等により要介護状態となり、入浴、排泄、食事等の介護、機能訓練並びに看護及び療養上の管理その他の医療を要する者等について、これらの者がその有する能力に応じ自立した日常生活を営むことができるよう、必要な保健医療サービスおよび福祉サービスに関わる給付」（介護保険法1条）を、社会保険方式に基づいて提供することである。

介護保険による介護サービス利用が広がり、ホームヘルパー、ケアマネジャー、訪問看護師などが認知症高齢者の住宅を訪ねる機会が増えた結果、被害が察知されやすくなった、といわれている点は権利擁護の視点からは重要である。

（2）成年後見制度の概要

禁治産・準禁治産宣告に代わる新たな成年後見制度の導入を目指す民法改正法など関連法4本が'99年（平成11年）12月に成立、'00年（平成12年）4月から施行された。現行民法が施行されて以来、100年ぶりの大改正となった。

成年後見制度というのは、要保護者をサポートする新しいシステムであるが、これは新しい考え方と結びついている。それが「ノーマライゼーション」「自己決定権の尊重」「身上保護の重視」である。

「ノーマライゼーション」とは、障害のある人を差別することなく、可能な限り今までと同様の生活を保障していくということである。今までは能力を剥奪しての保護であったものを、能力を奪わずに支援するという考え方である。

「自己決定権の尊重」には二つの意味がある。第1に、能力が低下した場合にも、その人の残存能力を活用しようということである。第2に、能力のあるときには能力喪失後の自己決定を、あらかじめ事前しておくということである。

「身上保護の重視」とは、財産の保全だけではなく、その人の生活支援・自立支援を重視することである。Quality of Life（生活の質）の向上を目指す成年後見の取り組みといえる。

成年後見には、「法定後見」と「任意後見」がある。

従来の禁治産・準禁治産は法定後見であり、これは事後的な救済である。本人の能力がなくなり、保護を要する状況になってから、関係者の申し立てによって後見人・保佐人が選任される。

これに対し、最近、先に述べた三つの理念、とりわけ自己決定権（特に事前の自己決定）を重視する立場から、新しい後見が重視されている。これが任意後見である。

この新しい考え方である任意後見は、意思能力のあるときに自分の希望を表明し、能力がなくなった後も本人の意思を尊重して支援に当たるという方法である。これは事前的救済、事前の意思表示（advance directive）という考え方によるものである。

そして、これからの成年後見は、法定後見と任意後見の二つに支えられながらも、任意後見制度の優先的活用が重視される方向にある。つまり任意後見こそを後見制度の中核に位置づけ、法定後見制度はその補助的・副次的な制度として機能させていくということが世界の潮流といえる。

成年後見人には身上配慮義務が課されており、その一環として認知症高齢者に対する見守りをきちんと履行していれば、消費者被害の防止策として有効である点も権利擁護の視点からは重要である。

（3）社会福祉基礎構造改革

’00年（平成12年）6月、「社会福祉の増進のための社会福祉事業法等の一部を改正する法律」が公布・施行された。この改正は、社会福祉事業、社会福祉法人、措置制度など社会福祉の共通基盤制度について見直しを図ったもので、今後、社会環境の変化に伴い、増大・多様化が見込まれる国民の様々な福祉サービスの要望に応えるものである。

改正等の対象となった法律は、社会福祉事業法（社会福祉法に題名改正）、身体障害者福祉法、知的障害者福祉法、児童福祉法、民生委員法など8本である。

主な改正の内容は、第1に、利用者の立場に立った社会福祉制度の構築であり、とりわけ、障害者等のノーマライゼーションと自己決定の実現を図るため、利用者が事業者と対等な関係に基づきサービスを選択する利用制度に転換することである。また、利用者保護のための制度の創設として、民法の成年後見制度を補完する地域福祉権利擁護制度、苦情解決の仕組みの導入、利用契約についての説明・書面交付の義務付けなどである。

第2に、福祉サービスの質の向上を図るため、事業者によるサービスの質の自己評価などによる質の向上の責務やサービスを客観的に評価する第三者機関の育成などである。

第3に、社会福祉事業の充実・活性化として、社会福祉事業の範囲の拡充や社会福祉法人の設立要件の緩和などである。

第4に、地域福祉の推進であり、市町村社会福祉協議会を地域福祉の推進役として明確に位置付けた。また、住民の立場に立って活動を行う民生委員・児童委員の職務内容を明確にしたことなどである。

社会福祉基礎構造改革の基本理念は「ノーマライゼーション」と「自己決定の尊重」である。高齢者に続いて障害者についても、「措置制度」から「利用制度」へ大きく変化しようとしており、その権利を擁護し、自己決定を支援する仕組みが求められている。

また、障害者の高齢化が進む中で、障害者の「親亡き後」対策が課題であり、

その面からも、障害者の権利擁護と成年後見制度の活用、苦情解決の仕組みづくりが求められてきている。

最後に、消費者被害の防止のためには、高齢者・障害者の生活全体を地域全体で支援する権利擁護の仕組みの構築が不可欠である。厚生労働省が設置した地域包括支援センターの実効的な運用を期待したい。

IV. 信託制度の活用と権利擁護

信託財産には委託者が設定した信託目的によって独立性を付与されており、それは信託法理上、委託者の指図権・取消権からの受託者の独立性、受託者の管理権・処分権・債務設定権の排他性、信託財産の受託者の個人債権者または相続財産からの独立性、管理行為から生じる受託者の責任の信託財産への限定等として具体化されている。このような信託の独立性の故に、信託財産の収益を後世の世代にまで順次分配することを可能とする持続性と安定性、信託財産の管理について利益対立が生じた場合の安全性等が保障され、また信託財産の管理に関して容易に裁判所に判断を求める可能性が確保されているのである。一方、受託者は委託者の支配を受けることなく信託財産を管理することも可能になるので、当然厳格な義務が課せられている。信託の本旨に従って善良なる管理者の注意をもって信託事務を処理すべき善管注意義務（信託法20条）、信託財産の固有財産化の禁止（同22条）、固有財産と信託財産との分別管理義務（同28条）、信託事務の自己執行義務（同26条）、信託違反のときの損失填補または信託財産復旧義務（同27条・29条）等である。

一般論としても信託は安全、確実、持続的な財産管理制度であるが、とりわけ高齢社会においては高齢者が意思能力を喪失したときの任意後見の機能を営む財産管理制度、および高齢者が死亡した後の自己の意思を実現させるための財産承継制度として役立つ（長期的管理機能）のみならず、年金信託制度等の老後に備えた財産形成制度（集団的管理機能）、公益信託のような蓄えた富の社会への還元制度（私益財産から公益財産への転換機能）としても有用なのである。さらに、信託には成年後見、特に任意後見に類似した権利擁護機能があ

る²⁾。

財産管理の一手法である信託は、対象となる財産の名義を管理者（受託者）へ移転することに大きな特色がある。したがって、当該財産の使用収益は従来どおりに継続しつつ、名義を移転し公示しておくことで、詐欺・脅迫等による不当な処分等を防止する機能を期待できる。この点に着目し、高齢者の財産の保全に信託を活用することが考えられる。

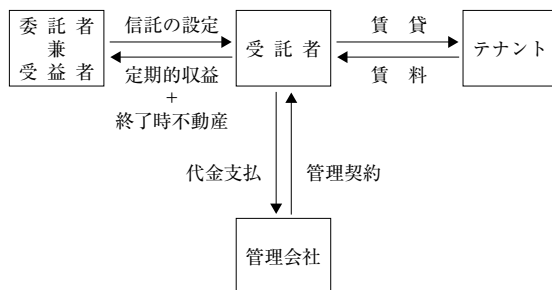
このような観点から活用が考えられるものとして、具体的には、不動産管理信託および有価証券管理信託があるが、有価証券については貸金庫等に保管する方法がより簡易な保全方法として多く利用されているため、ここでは不動産の場合のみ取り上げることとする。

(1) 不動産管理信託

a 仕組み

不動産を信託財産として、その管理を行うことを信託目的とする信託。賃貸用の不動産につき利用されることが多く、テナント管理、建物の保守管理（通常は管理会社に委託）、固定資産税の納税等その不動産に関する一切の管理を受託者が行い、受益者には、テナント収入から管理のための諸経費及び受託者が報酬として受け取る信託報酬を控除した残額が交付される（図1参照）。

〔図1〕



2) 基本的な考え方については、新井誠『成年後見法と信託法』（2005年、有斐閣）参照。

b 高齢者の財産保全のための利用

- ・賃貸用の物件を保有していれば、その管理に信託を利用することは可能である。
- ・賃貸用でなく、自宅として使用している不動産についても、管理の内容を限定することにより、利用することは可能である。自宅として使用されている場合には、テナント管理は不要であり、また、建物の保守管理も居住者が行い得るので不要となる。受託者の行う主たる管理は固定資産税の納付に関する事務処理等となる。

(2) 金銭を利殖しつつ部分的に費消する方法

退職金や資金を処分した対価等、比較的にまとまった資産がある場合、これを将来の蓄えとして安全かつ有利に利殖しつつ、その一部を日常の生活費等に充たしたいというニーズは、特に高齢者にとっては高いものと思われる。

このような場合に対応する方法として、既存の信託商品の活用が考えられる。

a 金銭信託（合同運用指定金銭信託）に定時定額の特約を付与した仕組み

合同運用の金銭信託は、多数の人から信託された金銭を合同して運用し、各人の元本に応じて収益を分配するもので、通常の預金等と同様の機能を営む。

この金銭信託には各種の特約を付することが可能であり、特約の一つに定時定額払いの特約というものがある。これは、あらかじめ定められた日（毎月一定の日、毎年決められた月の一定の日等）に一定金額を金銭信託から取り崩して、指定された口座に入金していくというもので、取り崩しが完了する期間に対応した利回りが適用される。

b 収益分配型の貸付信託

合同運用指定金銭信託の一種である貸付信託には、満期まで収益計算を行

わない収益満期受取型と、半年ごとに収益計算を行う収益分配型があるが、この後者は半年ごとの収益計算日の翌日にその収益全額が分配され、指定された口座に入金されるので、元本をそのままにして収益だけを費消していくことができる。

いずれも、これにより金銭を管理運用しつつ、費消可能となった部分について必要に応じ財産管理者の預貯金の出入りサービスの提供を受けることで、日常の生活費に充当することが可能となる。

(3) 墓地管理等のための信託（永代供養信託）

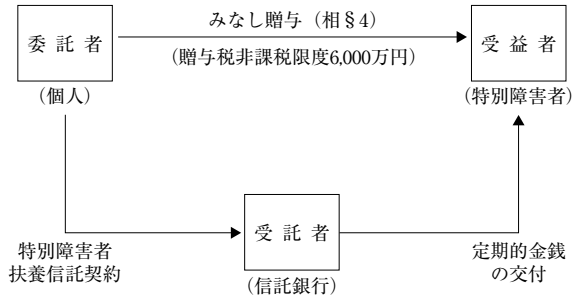
子供等のいない高齢者や、遺族に負担をかけたくないという者が、今後の供養や墓地管理の費用をあらかじめ一括して信託しておくことで、定期的支払手続の負担を軽減し、委託者死亡後もその金銭がなくなるまで、定期的にその費用に充当していくもの。上記の合同金銭信託に、定時定額等の特約を付したもので、受益者を費用の受取人である宗教法人等とした他益信託として設定する。

(4) 特定贈与信託（特別障害者扶養信託）

特別障害者の親族や篤志家などの個人により、特別障害者の生活の安定を図ることを目的として設定される信託で、税制上の要件を充足することにより、最高6,000万円までの財産につき贈与税が非課税となる。

a 仕組み（図2参照）

〔図2〕



b 要件

・委託者

個人

・受託者

信託会社及び信託兼営銀行（以下「信託銀行」という）

・受益者

特別障害者（重度の精神薄弱者、二級以上の身体障害者手帳所有者、年齢65歳以上の重度の障害者等）

・信託財産

特別障害者の実際の必要に応じて定期的に金銭を給付する制度のため、果実を生じ、または容易に換金できるものとして、次のものに限定されている。

① 金銭

② 有価証券

③ 金銭債権

④ 立木及び立木の成立する土地

⑤ 継続的に相応の対価を得て他人に使用させる不動産

⑥ 受益者である特別障害者の居住の用に供する不動産

・ 契約要件

- ① 信託は受益者の死亡後6ヶ月を経過する日に終了する。
- ② 信託は、取消または解除ができず、受益者の変更もできない。
- ③ 受益者への信託財産からの金銭の給付は、定期的に、かつ必要に応じ
て適切に行う。
- ④ 信託財産の運用は安定した収益の確保を目的として適正に行う。
- ⑤ 信託受託権は譲渡したり、担保に供することはできない。

c 税制上の取り扱い

・ 贈与税

他益信託を設定した場合、設定時に委託者から受益者に対して贈与があったものとみなされる（相続税法4条）。しかし、上記要件を具備した特定贈与信託を設定した場合、受益権の評価額が6,000万円までは、贈与税の課税価格に算入されず、贈与税が非課税となる（相続税法21条の4）。

・ 所得税

信託財産の運用収益については非課税とならず、受益者の所得として課税対象となる。したがって、例えば、利子所得等の場合には、源泉徴収課税され、税引き後の利益を受け取ることになる。

(5) 公益信託

個人、法人等が、公益活動を行うことを目的として設定する信託で、民法上の公益法人とともに民間の公益活動の受け皿として社会的機能を営んでいる。

身寄りのない高齢者等で、自己の財産を社会のために役立てたいと考えている者が自ら委託者となって公益信託を設定することや、高齢者の福祉を目的とする公益信託を設定し、一般の寄付の受け皿等として活用することも考えられる。

a 仕組み（図3参照）

- ① 委託者と受託者との間で、あらかじめ綿密な打ち合わせを行う。
- ② 受託者が公益信託の引受けの許可につき申請する。
- ③ 主務官庁が書類審査の上許可を行う（公益信託は許可が成立要件）。
- ④ 許可後、委託者と受託者で「公益信託設定契約」を締結する。
- ⑤ 主務官庁は、財団法人に対するのと同様の監督のほか、公益信託事務の処理についての検査、受託者に対する処分命令等を必要に応じて行う。
- ⑥ 信託管理人は、不特定多数の受益者の代表者として、受託者の職務遂行を監督し、受益者の権限を行使する。
- ⑦ 運営委員会は、助成先の推薦等を行うほか、受託者の信託事務遂行の補助者として重要事項について意見を述べたり、勧告を行う。
- ⑧ 受託者は、運営委員会の意見に従い、助成金の交付等を行う。

b 関係当事者、活動内容

・委託者

個人、法人を問わず、誰でも可能

・受託者

特に制限はないが、後述の税法上の優遇措置を受けるためには信託銀行が受託者となることが要件

・受益者

社会一般の利益実現を目的とするため、不特定多数となる

・信託管理者

不特定多数の受益者の利益を援護し、公益信託の適切な運営を図るために置かれた機関

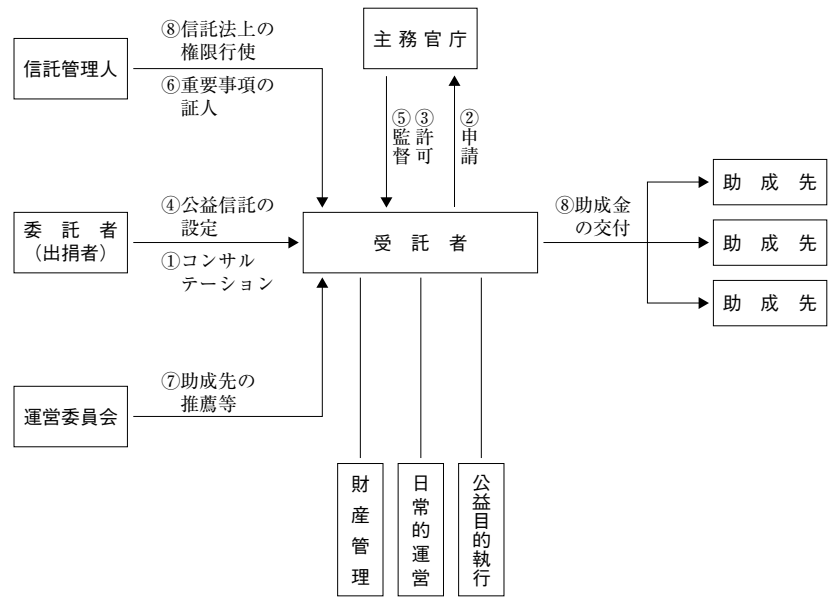
・運営委員会

信託法上には規定のない任意の機関だが、助成先の選考等の重要な役割を果たすものとして、設置が主務官庁の許可要件ともなっている

・ 活動内容

祭祀、宗教、慈善、学術、技芸その他公益の目的とした活動を行うものだが、現在、奨学金、奨励金、助成金等の資金助成を目的とした行動を行うのみで、受託者自ら事業を行うことは今後の課題である

〔図3〕



論説

独占禁止法第1条の起草過程とその背景および意義

——非西欧社会における市場経済と民主主義の法の成立——

平 林 英 勝

はじめに

- 1 起草過程の要約と特色
 - 2 目的規定の変遷
 - 3 「公正且つ自由な競争を促進し」について
 - 4 「事業者の創意を発揮させ、事業活動を盛んにし、雇傭及び国民実所得の水準を高め」について
 - 5 「国民経済の民主的で健全な発達を促進する」について
 - 6 「一般消費者の利益を確保する」について
 - 7 アジア諸国における競争法における目的規定
- おわりに

はじめに

わが国の独占禁止法第1条は、次のように、同法の目的を定めている。

「この法律は、私的独占、不当な取引制限及び不公正な取引方法を禁止し、事業支配力の過度の集中を防止して、結合、協定等の方法による生産、販売、価格、技術等の不当な制限その他一切の事業活動の不当な拘束を排除することにより、公正且つ自由な競争を促進し、事業者の創意を発揮させ、事業活動を盛んにし、雇傭及び国民実所得の水準を高め、以て、一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進することを目的とする。」¹⁾

このような目的規定は、母法の米国反トラスト法を含め、先進国の競争法に見当たらない異例のものである。しかし、目的規定が独占禁止法の理念を示し、

解釈運用の基準となるものであるから、その重要さは論をまたない²⁾。

1条の規定をめぐっては、従来、主として、直接目的である「公正且つ自由な競争の促進」と究極目的である「一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進すること」との関係をめぐる学説や審判決上争われてきた。

最近においては、1条に関して、さらに次のような指摘がなされている。

第一に、究極目的における「一般消費者の利益の確保」と「国民経済の民主的で健全な発達の促進」との関係について、前者こそが独占禁止法の究極目的であるから、後者のような国民経済的意義に言及するのは不要である、との見解がある³⁾。

第二に、「公正な競争」の概念について、わが国において大企業と中小企業の取引に「公正な競争秩序」を形成することに貢献したことにかんがみ、高く評価する見解がある⁴⁾。他方、そのような評価で一致しつつも、「公正」概念の曖昧さが競争の促進や消費者利益の増進には結びつかないとして警戒する見解がある⁵⁾。

このような問題の解明には、それらの語句がどのような背景をもち、かつ第1条の起草過程においてどのように盛り込まれたのかを追求することが不可欠

1) 昭和28年改正により「不公正な競争方法」が「不公正な取引方法」と改められたことを除いて、現行法は原始独占禁止法の姿をとどめている。なお、目的規定は、戦前にも例があるが、戦後一般化した（今村成和ほか編「注解経済法 [上巻]」（昭和60年）20頁（今村執筆））。

2) 独占禁止法の起草にあたり、目的規定が重視されたことは、昭和22年1月23日付け「[私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律案] 立案要旨」と題する文書（財務省資料）中の次の記述にもみられる。「先ず、本法の目的を掲げ、本法運用の大原則を鮮明ならしめたこと。特に本法の判例法的性格を考慮して、運用の基準たるべき目的に重要な意義をもたせてあること。（第一条）」

3) 谷原修身「独占禁止法と民事的救済制度」（平成15年）23頁、同「[新版] 独占禁止法要論」（平成18年）63頁。

4) 高橋岩和「アジアにおける競争法の受容と課題」小川正雄・高橋岩和編「アジアの競争法と取引法制」（平成17年）13～14頁。

である。本稿は、そのような追求を通じて、問題の解明に資するとともに、わが国の独占禁止法第1条の歴史的意義について考察することにしたい。

1 起草過程の要約と特色

独占禁止法が起草され制定された過程については、次のように要約される⁶⁾。
すなわち、

- ①連合軍司令部覚書「持株会社の解体に関する件」（昭和20年11月）C項による法律制定の指示
- ②商工省による産業秩序法案要綱の作成（昭和21年1月）とこれに対する司令部の拒絶
- ③エドワーズ財閥調査団による反トラスト立法の勧告（同年3月、公表は同年10月）
- ④司令部による恒久立法の指令（同年7月23日付）⁷⁾とカイク氏試案の提示（同年8月）
- ⑤独占禁止準備調査会を設置し、次期通常議会に法案を提出することとし

5) 田村次朗「アメリカ反トラスト法における「公正」の概念」金子晃ほか監修「企業とフェアネス」（平成12年）122～123頁。『『公正な競争』を口実とする厳しい規制は、結果的には、『自由な競争』を制限する政府規制になりかねない』との見解として、馬川千里「垂直的取引制限についての一考察」駿河台法学20巻1号（平成18年）5頁。

6) 公取委事務局「独占禁止政策三十年史」（昭和52年）33～35頁、大蔵省財政史室編「昭和財政史2 独占禁止」（昭和56年）第4章「独占禁止法と集中排除法」（三和良一執筆）（以下「三和」という。）、田中孝佳「独占禁止法はだれがどのようにしてつくったのか」公正取引656号（平成17年）50～54頁、競争政策研究センター共同研究「原始独占禁止法の制定過程と現行法への示唆」（西村暢史・泉水文雄執筆）（平成18年9月）（以下「共同研究」という。）。共同研究は、関係省庁に散逸していた資料を収集し分析したもので、独占禁止法制定史についてのこれまでにない詳細な研究である。最近の米国人による独占禁止法立法史の研究として、Harry First, *Antitrust in Japan: The Original Intent*, *Pacific Rim Law & Policy Journal*, Vol.9, No.1, 2000, John O. Haley, *Antitrust in Germany and Japan, The First Fifty Years, 1947-1998*, 2001, p.14～34, Tony Freyer, *Antitrust and Global Capitalism, 1930-2004*, 2006, p.162.

た「独占禁止法に関する恒久的制度準備の件」の閣議決定（同年11月3日）

- ⑥経済閣僚懇談会による「独占禁止制度要綱（案）乙案」の了解と司令部の拒絶（同年12月）
- ⑦法律試案の作成と司令部への提示（昭和22年1月・2月）
- ⑧司令部からの修正意見に基づく修正試案の作成など司令部との折衝（同年2月・3月）
- ⑨法案の閣議決定（同年3月18日）と国会提出（同年3月22日）
- ⑩衆議院・貴族院で原案どおり可決し成立（同年3月31日）

このように、独占禁止法は、司令部の制定の指示に基づき、司令部と折衝し了解を得つつ、起草された。起草したのは日本側であり、起草と並行して日本側関係者は反トラスト法を調査研究した⁸⁾。とはいえ、日本政府の内部も一枚岩ではなく、商工省の抵抗が際立っている⁹⁾。

商工省は、昭和初期以来の経済統制になじんできたから、自由競争を旨とする独占禁止法の制定は受け入れ難かった。商工省が①の司令部覚書への対応として提示したのが、カルテルやトラストを容認し、これを監督規制するという重要産業統制法（昭和6年制定）そのものといってよい②の産業秩序法案であった。司令部提示のカイム氏試案に対し、商工省は、混乱した経済や日本経済

7) この指令があったことは、「独占禁止法制定準備の趣旨について（昭和21、11、16）」（総合研究開発機構（NIRA）戦後経済政策資料研究会編「財閥解体・集中排除関係資料（2）」（以下「経済安定本部資料」という。）228頁（資料36）」の記述にみられる（ただし、指令の内容は不明）。

8) Freyer, *supra* note 6, 論文参照。ハリー・ファースト教授は、日本側関係者が反トラスト法を正確に理解したと述べている（First, *supra* note 6, p.49-53, p.69.）。なお、反トラストは日本になじみがなく理解困難であったというのは根拠に乏しく、日本の当局・産業界の選択の問題であったとするのが最近の研究者の見解である（Freyer, *supra* note 6, p.176, 179）。

9) 商工省の姿勢に対する峻厳なる批判として、正田彬「経済法の性格と展開」（昭和47年）120頁以下。

が未発達であることにかんがみて、深く研究したいことを理由に時期尚早論を唱え¹⁰⁾、できるかぎり引き延ばそうとした¹¹⁾。また、独占禁止のための立法を次期通常議会に提出することを決定した⑤の後に、商工省が作成した要綱(後述)はなお重要産業統制法の規制手法をとるものであった。

政府全体の対応は、商工省より柔軟であった¹²⁾。政府は、当初、商工省に独占禁止立法に係る問題を担当させたが、⑤の閣議決定において、商工省に代えて関係省庁出向者から構成される内閣審議室に検討させた。内閣審議室は、時期尚早論を抑えて、「速やかに国際的信用を確立することが必要であること」、経営が制限されている多数の制限会社の指定を解除するには「本件立法が絶対的に必要な前提条件であること」を理由に、第92帝国議会に提案することを目途に立法作業を急ぐべきであるとした¹³⁾。以後、内閣審議室を中心として起草作業が進められていく。

司令部は、産業秩序法案を拒絶する一方、カйм氏試案を提示するなど、日本側に独占禁止立法の起草、制定を促した。とりわけ、昭和21年12月4日に

10) 「経済秩序に関する示唆に対する意見(商工省、21、10、8)」(末川博編「資料・戦後二〇年史・三・法律」(昭和41年)266頁)。商工省の見解に基づいて作成された政府の「経済秩序に関する示唆に対する非公式意見(昭21・10・10)」では、端的に「このやうに広汎に将来の経済秩序を定めることは二、三年たつてから改めて考へる方が適當であると思ふ」と述べている(三和・416～417頁)。なお、商工省企画室と内閣審議室に勤務していた両角良彦氏の見解(高瀬恒一ほか監修「独占禁止法制定時の回顧録」(平成8年)273～274頁参照)。

11) 経済法学会編「独占禁止法講座Ⅰ」(昭和49年)53頁(金子見執筆)。

12) 政府(当時は幣原内閣)は、マッカーサー元帥から日本民主化の指示を受けた後、経済民主化について経済関係閣僚懇談会において検討し、財閥に対する措置のほか、「反トラスト法の制定については米国におけるトラストに関する諸法令を参考として我国においてもこれにならつて法的措置をとる必要ありや否やについて検討を加えた結果、経済閣僚の大多数は反トラスト法制定を必要としてをり、近くこれが実現の手續をとるものとみられる」と伝えられた(昭和20年10月24日付け朝日新聞「企業独占化を排除 反トラスト法を制定」)。閣僚が実際どの程度反トラスト法を理解していたのか不明であるが、戦前においても、経済統制法や商工省関係の文献において米国の反トラスト法について紹介されており、わが国で全く知識がなかったわけではない。

着任した司令部経済科学局反トラスト・カルテル課主任のレスター・サルウィンが意欲的に立法化作業を推進し、開会中の最後の帝国議会で成立させた¹⁴⁾。従来、司令部側の示唆として、カйм氏試案がしばしば紹介されるが、具体的な規定内容への影響としては、前記⑦の試案に対するサルウィンをはじめとする司令部の⑧の三次にわたる修正意見が重要である¹⁵⁾。本稿の関心事項である目的規定についても、基本に係わる修正意見を述べている。

2 目的規定の変遷

このような起草過程における主要な目的規定案等を、時系列にみると、次のとおりである。

-
- 13) 「独占禁止制度準備の趣旨について（昭和21・11・16）」、経済安定本部資料・229～231頁（資料36）。これは、経済安定本部部員（大蔵省から出向）であり内閣審議室を兼務し、独占禁止準備調査会幹事補佐として、起草の中心となった橋本龍伍氏の見解とみられる。同氏は、独占禁止法制定の理由として、日本が戦争への道をたどったのは日本の経済組織に内在する根本的欠陥に基因するとの外国の批判に答えて、「我が国民経済の運営方針を定め、我が経済組織の在り方を明かにして、民主主義を助長するような経済組織を採ることを世界に公約するのが、この法律である」と後に述べている（橋本龍伍「独占禁止法と我が国民経済」（昭和22年）1頁）。橋本氏のこのような考え方は、高瀬莊太郎国務大臣による独占禁止法の提案理由説明の冒頭に反映されている（三十年史・617頁）。
- 14) 三和・430頁。サルウィンは、着任後まもなく、日本側立法関係者4名（黄田、橋井、橋本、柏木）に対し、独占禁止制度要綱が「十分強力でなく、明らかに不十分である」、「恒久的な反トラスト法についての司令部の見解は、大部分「自由取引及び公正競争の促進維持に関する法律〔カйм氏試案—筆者注〕」に示されている」と申し渡し、日本側に「より包括的で実効性のある要綱」を作成することを約束させている（国会図書館・日本占領関係資料、ESS (A)-09598, Conference report : Wednesday, 11 December 1946 and Supplement）。
- 15) たとえば、公取委を内閣総理大臣の管理下におくこと、国際カルテルの制限、一切の持株会社の禁止、金融機関の100分の5を超える株式取得の制限等々である。

ア カイム氏試案（正式名は「自由取引及び公正競争の促進維持に関する法律」。以下「カイム氏試案」という。）¹⁶⁾

「第一条 挑戦せらるることのない経済的勢力は創意を殺し、節儉を止め、活気を抑圧すること、競争を免れてゐることは産業の進歩の麻醉剤であり、敵対は之に対する刺激剤であること、独りだけで良いことをしようとする不可避免的な気持ちを拘制するために絶えざる緊張の拍車をかけることが必要であり、勢力は腐敗する傾向にあり、而して絶対的勢力は絶対に腐敗するものであることを信ずるものにして、本法の目的は、経済の進歩並に発展の諸条件を最も広汎に促進することにある。即ち、事業又は商業取引に於ける生産、分配及び取引の拡充、市場及び原材料への公平なる参加、高度の雇傭と国民実所得の維持、並に制限的列举に非ざるも、左に掲げる制限的事業慣行を企図する結合又は取極の防止、これである。

[各号略—筆者注]

これは取引、産業又は商業が自由に独立的な単位に組織され、互いに効果的な競争をなすことによつて、公衆がより経済的に奉仕され、独占的勢力の転覆的又は強制的影響から、保護せられる為である。

本法は平和的民主的諸力成長に寄与するような型の経済的手段及び制度の発達を助長することを目的とする。」

イ 商工省の法律案要綱（正式名は、「不正競争の防止及び独占の禁圧に関する法律案要綱」。以下「商工省・要綱」という。）¹⁷⁾

「第一、この法律は、企業の公正且つ活発な活動を阻碍する不正な競争行為及び不当な制限を抑制し、並びに企業の均等且つ広汎な自主的発展の条件を制

16) 経済安定本部資料・43頁以下（資料25）、5頁以下（英語原文）（資料26）。なお、引用したのは、終戦連絡中央事務局訳（昭和22年1月）である。カイム氏試案の英語版には2つのバージョンがあり、本文で引用した最後のパラグラフが欠如したバージョンもあるとされる（日本語訳も種々のバージョンがある。共同研究・13頁以下）。いずれにせよ日本側は本文引用の全文バージョンを参照したであろう。

約する所有及び支配の過度の集中及び独占を禁圧し、以て国民経済の安定並びに進歩の基礎を確立することを目的とすること。」

ウ 独占禁止制度要綱（案）の乙案（昭和21・12・5）（以下「独占禁止制度要綱」という。）¹⁸⁾

「第一、目的 企業の自主的な発展の均等な機会を制約する所有及び支配の過度の集中の禁止並びに企業の公正な活動を阻碍する不当な取引制限及び不正な競争行為の抑制

右による国民経済の安定と進歩の基礎の確立並びに最終消費者の利益の確保」

エ 商工省名の法案（正式名は「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律案」。以下「商工省・法案」という。）¹⁹⁾

「第一条 この法律は、事業の公平且つ自由な活動を制約する不当な独占、取引の不当な制限及び不正な競争行為を禁止し又は制限することにより、国民経済の健全な発達を促進し、一般消費者の公正な利益を確保することを目的とする。」

オ 試案（正式名は、「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（試案）—司令部に提出するもの（昭和22・1・28）」²⁰⁾。以下「試案」という。）

「第一条 この法律は、不当な独占、取引の不当な制限及び不正な競争方法

17) 経済安定本部資料・211頁以下。

18) 「独占禁止制度要綱（案）」（昭和21・12・5）の乙案（経済安定本部資料・268頁以下（資料38）、三和・424頁以下。なお、甲案は、カイク氏試案とほぼ同一であるのに対して、乙案はわが国の実情を考慮した折衷案とされた。

19) この法案は競争政策センターの共同研究により発掘されたもので、最初の条文化された独占禁止法であり、原始独占禁止法の直接の起源であるとされる。日本政府が司令部に提出する法案（eの試案）のたたき台を商工省が作成したとみられる。引用の条文は、共同研究・17頁による。

を防止して、公正な事業活動を自由且つ旺盛にし、雇傭及び国民所得の水準を高め、以て、一般消費者の利益を確保すると共に、国民経済の健全な発達を促進することを目的とする。」

カ 司令部修正意見²¹⁾

「十九、本法の目的を明瞭に規定すること。即ち(1)自由競争を助長せしめること。(2)民主主義的経済の樹立を図ること。(3)権力の集中を防止すること。(4)自由企業を抑制しないこと。(5)民主主義を確保することを規定すること。」

キ 修正試案（正式名は、「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（修正試案）」）。以下「修正試案」という。）²²⁾

「第一条 この法律は、不当な独占、取引の不当な制限及び不正な競争方法を禁止し、事業支配力の過度の集中を防止して、結合、協定等の方法による生産、販売、価格、技術等の制限、その他、一切の事業活動の不当な拘束を排除することにより、公正且つ自由な競争を促進し、事業者の創意を発揮させ、事業活動を盛んにし、雇傭及び国民所得の水準を高め、以て、一般消費者の利益を確保すると共に、国民経済の民主的で健全な発達を促進することを目的とする。」

20) 経済安定本部資料・378頁以下（資料47）、三和・431頁以下。

21) 司令部の修正意見を日本側で整理したもので、(一)～(三)がある（三和・434頁以下（大蔵省資料）。筆者はこの修正意見を財務省・財政史室で原文を閲覧したが、三和論文に引用されているのがすべてである）。試案の問題点を指摘した1947年2月5日付けサルウィン作成のものとみられるメモに

「13) Absence of statement in preamble of objectives about [手書きの挿入語があるが判読困難]encourage competition, etc.

17) Absence in preamble objectives of any of reference to encourage deconcentration, democracy, etc.」

とある（国会図書館・日本占領関係資料ESS(C)-09594）が、日本側が整理した修正意見と符合する。

22) 三和・440頁以下（大蔵省資料）。

3 「公正且つ自由な競争を促進し」について

ア 立法の経緯

商工省が構想した産業秩序法案は「独占ノ禁圧其ノ他公正競争ノ維持ニ関シ必要ナル法律規定ノ要綱」（傍点筆者）と題され、その内容は重要産業統制法に不正競争防止法を加えたものであり、後者の部分は、「不正競争ノ防止」として他人の商品や営業と混同を生じさせる同一・類似表示、虚偽の原産地表示、信用毀損行為を禁止するものであった²³⁾。カйм氏試案も法案の名称を「自由取引及び公正競争（fair competition）の促進維持に関する法律」とし、連邦取引委員会法5条にならった「不正な競争方法の不法」（unlawful methods of competition unlawful）（第9条）という規定を置いていたが、何が不正な競争方法なのかについては示さず、三人委員会に指定権限を委ねた。

商工省・要綱は、目的規定において「企業の公正且つ活発な活動を阻害する不正な競争行為及び不当な制限を抑制し」（傍点筆者）とあり、不正競争と不当な取引制限の双方を「公正且つ活発な活動を阻害する」ものと扱った。「不正な競争行為」とは、産業秩序法案の「不正な競争行為」に、取引強制、不当廉売、排他的取引を加味したものであった（不正な競争行為に対しては、産業秩序法案では被害者が損害賠償請求をできるだけであったが、商工省・法案では独占禁圧委員会が差止め等の措置を命じることができることとされた）。「不当な取引制限」とは、カйм氏試案中の第3節「不当な制限等の禁止」中の行為を要約したものを禁止行為とし、産業秩序法案の統制規定と同様、届出、命令・処分の制度を設けていた。

「独占禁止制度要綱（案）（昭和21・12・5）」乙案においては、目的規定について、「活発な活動を阻害する」が削除され、不当な取引制限を不正競争と

23) 三和・387頁（通産省資料）。不公正な競争方法に関する規定が起草される経過については、土田和博「独占禁止法の継受に関する研究序説—不公正な競争方法の制定過程を中心に」小田中聰樹先生古希記念論文集「民主主義法学・刑事法学の展望」下巻（平成17年）508頁以下。

同様「企業の公正な活動を阻碍する」（傍点筆者）ものと性格づけた。不当な取引制限については、産業秩序法案の内容を残していた部分が削除された。「不正な競争行為」とは、不正競争防止法上の行為のほか、取引強制、ダンピング、競争者への供給妨害とされた。

商工省・法案では、「事業の公平かつ自由な活動」（傍点筆者）となっているが、「公平」では意味をなさないので、「公正」のミスタイプかもしれない。

試案においては、原始独占禁止法の姿がおおむね現れてくるが、「不正な競争方法」から不正競争防止法的な行為は完全に削除されるに至った。目的規定については、第二段落が「公正な事業活動を自由且つ旺盛にし」（傍点筆者）となったものの、なお「競争」の語は現れない。

「公正且つ自由な競争を促進し」が挿入され、原始独占禁止法と同一の内容となるのは、修正試案以降である。この間に司令部の前記のような修正意見が出されている。すなわち、

「十九 本法の目的を明瞭に規定すること。即ち(1)自由競争を助長せしめること。…(4)自由企業を制限しないこと。…」(傍点筆者)

修正意見と条文の修正との具体的な関係は明らかでないが、このような司令部の指摘を受けて、「公正且つ自由な競争を促進し」の語が形成され、1条に盛り込まれたことは想像に難くない。なお、(4)については、目的規定に「一切の事業活動の不当な拘束を排除し」を追加したことで、司令部の指示に従ったとされる²⁴⁾。

イ 背景

わが国においては、明治以来、粗製濫造を防止して製品の品質向上を図ることにより産業の振興を図ることが国家的課題であったし、昭和9年にはハーグ条約の実施のために、不正競争防止法²⁵⁾が制定された。したがって、もともと「公正な競争」は政府としても推進すべき重要な課題であったといえよう。

24) 共同研究・19頁。

産業秩序法案の立法趣旨を説明した商工省の文書によれば、産業秩序法案の構想は、「産業界ニ於ケル公正ナル競争ヲ維持スル為ニ将来ニ於テ如何ナル法制ヲ必要トスルカ、ノ問題」（傍点筆者）であるとし、公正競争維持のためには、「競争ノ範囲ノ拡大」と「競争ノ方法ノ公正」があった。商工省にとっては、「公正な競争」は、「自由な競争」より優先すべき課題であり、「自由な競争」は「公正な競争」の一部であり、「自由な競争」はなじみのないどころか、政策としてとりえないものであった。

すなわち、敗戦後において、戦時統制法令が撤廃されるとしても、「事態ハ必ズシモ直チ二十五年前ノ状態ニ復帰スルコトヲ許サナイ」ことは承知しつつ、商工省の基本的な認識は、「各国ニ於テ「自由ナル」競争ノ弊害ガ色々ナ部面デ発生スルニ伴ヒ、自由ナル—即チ放恣ナル競争カラ公正ナル—即チ合理的ナル競争ヘ移行スルノ必要ガ感ゼラレ、又高度ニ結合集中セラレタ巨大単位ノ企業ノ専横ヲ消費者利益、公益ノ立場カラ制限スルノ必要ガ感ゼラレルニ至ツタノハ既ニ顕著ナル事実デア」²⁵⁾（傍点筆者）るというもので、変わらなかった。

「自由な競争」とは「放恣な競争」であった。それゆえに、産業秩序法案としては、「競争ノ範囲ノ拡大」には重要産業統制法の手法で、「競争ノ方法ノ公正」には不正競争防止法の手法で対応する域を出なかったのである。

商工省の「自由な競争」への嫌悪は、商工省・要綱の「不当な取引制限」の定義にもみることができる。カイク氏試案第3条（不当な制限等の禁止）にお

25) 現行不正競争防止法第1条は、「この法律は、事業者間の公正な競争の確保及びこれに関する国際約束の的確な実施を確保するため、不正競争の防止及び不正競争に係る損害賠償措置等を講じ、もって国民経済の健全な発展に寄与することを目的とする」（傍点筆者）と規定するが、これは平成五年の改正で加えられた規定である。

26) 三和・387～388頁（通産省資料）。両角氏は、「自由経済とおっしゃっても、国民経済の実態がある程度戦争のショックから立ち直らないことにはどうにもならないわけです。…どうやって消費者利益を保護するかとか、国民経済の自由な競争をどうやって促進するかとか、そういうことは確かに大事なことも知れないが、それは経済の実態があって言えることで、経済の実態がないときにはそんなことは申せない」と述べている（高瀬恒一ほか監修「独占禁止法制定時の回顧録」（平成9年）256頁）。

いて、「自由な競争」の概念は、禁止される各行為の要件として「自由競争を不当に拘制し」または「自由競争に胚胎する諸利益を公衆から奪ふもの」として現れるが、商工省・要綱では、それぞれ「[事業の正常な活動を拘束し]」、「自由取引による公共福祉の促進に支障を及ぼす」となり、「自由な競争」は一度も顔を出さないのである。のみならず、不当な取引制限の定義であるにもかかわらず、「公正な競争の拡大を阻碍する契約」等と「公正な競争」概念を持ち込んでいる。それによって、カルテルに対して公正概念に基づく裁量的判断の余地を残そうとしたのかもしれない。

商工省のみならず、わが国においては、「自由な競争」よりも「公正な競争」が重視されたのであり、「自由な競争」はまず「公正な競争」でなければならず²⁷⁾、それゆえに第1条においても「公正且つ自由な競争」と「公正」が先に來たのであろう。

これに対して、米国・反トラスト法においては、独占に対する「自由な競争」の擁護がまず基本的な前提としてあった²⁸⁾。1890年のシャーマン法は「競争」という語を用いていないが、その目的は競争を維持し、確保することにあった。シャーマン法を審議した議会では、同法を支持する者も反対する者も同法の目的が「自由な競争」の保護にあることで一致していた²⁹⁾。1940年の最高裁判決³⁰⁾は、「[シャーマン法が一筆者] 追求した目的は、生産を制限し、価格を引き上げその他市場を支配することにより、商品やサービスの購入者や消費者に損害を与える、ビジネスや商取引における自由な競争 (free competition) の

27) 原始独占禁止法の審議において橋本龍伍政府委員は「自由な競争をすることは必要ではあるけれども、自由な競争は必ず公正でなくちゃいかぬというのがほんとうの建前であります」と答弁している（昭和22年3月30日、衆議院石油配給公団法案外4件委員会議録参照）。

28) 今村成和「私的独占禁止法の研究（一）」（昭和31年）3頁、H. A. Toulmin, A Treatise on the Anti-trust Laws of the United States (1949-51), Vol.1 p.96 参照。

29) Apex Hosiery v. Leader, 310 U. S. 469 (1940) の注15は議会の審議記録を引用してこのように結論付けている。

30) 前掲注29) の判決参照。

制限を防止することにある」と判示した。

しかし、独占形成の手段としての略奪的行為を禁止するために、シャーマン法では不十分であったから、1914年にクレイトン法とともに、連邦取引委員会法が制定され、同法5条は「不公正な競争方法（unfair methods of competition）」を禁止した。「不公正な競争方法」は、コモン・ロー上の不正競争（unfair competition）に由来しパッシング・オフ（他人の商品と誤信させる虚偽表示により商品をつかませる行為）なども含むものの、立法者の意図は、主として「自由な競争」を減殺する略奪的行為にあり、コモン・ローの不正競争行為と区別するために、「不公正な競争方法」に改められたという立法の経緯があった³¹⁾。この場合の「不公正」の基準としては、「経済能率」と「小規模事業者の維持」が考えられていたという³²⁾。

すなわち、米国・反トラスト法において、第一の前提は「自由な競争」の存在であり、第二の前提として競争の質的公正さを求める「公正な競争」があったといえよう³³⁾。したがって、「公正な競争」は「自由な競争」を補足する存在なのであるが、「公正な競争」が「自由な競争」を損なうかたちで反競争的

31) 金井貴嗣「アメリカにおける「不公正な競争方法」規制の史的展開—連邦取引委員会法第5条を中心として」法学新報87巻9号・10号（昭和55年）188頁。それゆえに、「不公正な競争方法」には、「自由な競争」と「公正な競争」に関連する行為が混在することになる。わが国の不公正な取引方法の行為類型も、最近の学説は「自由競争減殺型」、「不正競争手段型」、「自由競争基盤侵害型」に三分するが、「自由な競争」に関するものと「公正な競争」に関するものが含まれる。「自由な競争」と「公正な競争」の概念を明確に区別し、不公正な取引方法を「公正な競争」を阻害する行為に限定すべきことを主張するものとして、矢部丈太郎「不公正な取引方法の規制原理についての一考察—自由な競争と公正な競争との関係」厚谷襄児先生古希記念論集（上）（平成17年）583頁以下。

ちなみに、第1条の「自由な競争」とは、市場への参入・離脱が妨げられず、かつ競争回避行動がないために競争が自由に行われていることを指し、「公正な競争」とは、その競争が良質廉価な商品または役務の提供という能率競争を中心として行われていることであると説明するのが通説的見解である（今村成和ほか編「注解経済法〔上巻〕」（昭和60年）23頁（今村執筆））。

32) 金井・前掲注31) 197頁。

に使われることも少なくなかった。たとえば、1930年代に多くの州で再販売価格維持行為を合法化するために制定された州法は「公正取引法（fair trade laws）」と呼ばれた³⁴⁾し、1933年の全国産業復興法に基づく不況克服のための業界のカルテルは「公正競争規約（fair competition code）」と称された。

カйм氏試案の「不公正なる競争方法（unfair methods of competition）」は、いうまでもなく前記連邦取引委員会法5条に由来する。

わが国における起草過程では、独占禁止制度要綱の段階まで不正競争行為を残しており、それが消えたのは試案になってからであった。削除した理由としては、日本側が、競争の実質的減殺とは無関係の特定の顧客や競争者を侵害する行為については詐欺罪、脅迫罪など他の法律との規制の重複をまねくと判断したからである³⁵⁾。

ウ 「公正且つ自由な競争」概念の意義と問題点

司令部・修正意見によって「自由な競争」が目的規定に盛り込まれなかったら、独占禁止法の各規定について、より統制的産業政策的な解釈運用あるいは裁量的恣意的な解釈運用を可能としたであろう。そのことを考えると、競争法としての独占禁止法にとり「自由な競争」の挿入が決定的に重要であったこと

33) 村上孝太郎「不公正な競争方法—独占禁止法の基礎概念として」村上孝太郎一巻集—行政官の思想と行動（昭和52年）（昭和22年頃執筆）14頁。なお、米国の競争政策が「自由」（政府権力からの自由）と「平等」（私的経済権力からの自由）という基本的価値の緊張のなかで形成され展開されてきたことを歴史的に検証した注目すべき最近の著作として、Rudolph Peritz, *Competition Policy in America, History, Rhetoric, Law*, Revised Edition, 2000がある（本書旧版の紹介として、アメリカ法1998年2号250頁以下所収の稗貫俊文論文参照）。

34) 著作物の再販適用除外（23条）は、「自由な競争」を後退させる適用除外と位置づけるのが経済法学説の通説的見解であるが、これを独占禁止法1条の「公正な競争」に適合するとして積極的に支持する見解もある（伊従寛「新聞特殊指定の廃止をめぐって」NBL839号（平成18年）48、49頁）。

35) 日本側の司令部に対する質問事項（Questions pertaining to the interpretation of anti-trust law（国会図書館・日本占領関係資料、ESS(C)-09598）、土田・前掲注23）520頁参照。

は明らかである。

とはいえ、「公正な競争」概念にも、大きな効用があった。

第一に、「公正」の概念は、多義的であり、時代や経済情勢に応じて、その内容は柔軟に変化しうる。それゆえに、わが国において、不公正な競争方法—昭和28年以降は不公正な取引方法—の規制は、「自由な競争」を減殺する行為の範囲を超えて独自の発展が可能となった³⁶⁾。

たとえば、米国では、競争に直接関係があるというよりは消費者に損害を与える虚偽広告が連邦取引委員会法5条1項の不公正な「競争」方法に該当するか疑義があったため、1938年ウィーラー・リー修正により「不公正なまたは欺瞞的な行為または慣行」を同条後段に追加し明文化した。そのため、米国において、同条後段は、反トラスト法ではなく、消費者保護法と一般に考えられている。これに対して、わが国においては、消費者に対する欺瞞的な表示について、不当顧客誘引であるとして不公正な取引方法の特殊指定をし、さらに景品表示法の制定（昭和37年）をみるに至った。同法は、「…公正な競争を確保し、もつて一般消費者の利益を保護することを目的とする」（1条。傍点筆者）。それゆえに、わが国においては独占禁止法および関連法が消費者保護法としての役割も担うこととなり、その先駆的役割を果たすことができた。

もうひとつ他の先進国の競争法にはみられない不公正な取引方法の規制として、優越的地位の濫用規制（法2条9項5号）がある。これは、昭和28年法改正により導入され、ドイツの競争制限禁止法案中の市場支配的地位の濫用規制を換骨奪胎したものであるが、戦後のわが国の経済構造を反映した独特の規制である。その延長線上に制定された法律として、下請法（昭和31年制定）が

36) この点について、金井・前掲注31) 247頁は、不公正な取引方法の独占禁止法における体系的位置づけに関する今村・正田の解釈学説を比較検討し、私的独占の未然防止とする今村説を米国反トラスト法の展開にならうものとしつつ、「経済的従属関係」概念に基づく正田説を「特殊日本的な経済の発展・構造をも加味」しているとして評価する。また、高橋・前掲注4) 14頁参照。なお、「自由競争」「公正競争」概念の様々な意義については、丹宗暁信・伊従寛「経済法総論」（平成11年）143頁以下参照。

ある。下請法1条は、同法の目的として「…親事業者の下請事業者に対する取引を公正ならしめるとともに、下請事業者の利益を保護し」（傍点筆者）と規定しているように、競争法というより取引の公正化による中小企業保護法となっている。

第二に、大企業による経済的不公正を是正するものとして、「公正な競争」概念は独占禁止法に対する支持を集めるのに貢献した³⁷⁾。昭和52年法改正の頃まで、独占禁止法の支持勢力が、消費者、労働者、中小企業者、農民の組織であって、政治的には左派勢力であったことがこのことを示している。それは、民主主義の定着が課題であったわが国において独占禁止法が経済民主主義と関連して理解されたことと、このような独占禁止法の「日本化」を通じて、独占禁止法がわが国に浸透し定着したことに基づいている。

しかしながら、周知のように、1970年代以降、米国の反トラスト法の目的は、シカゴ学派の影響もあり、「公正」から「効率」に大きく変化した³⁸⁾。わが国の独占禁止法の解釈運用もこれと無縁ではない³⁹⁾。

4 「事業者の創意を發揮させ、事業活動を盛んにし、雇庸及び国民実所得の水準を高め」について

この部分は、カйм氏試案が基礎となり、試案ではほぼ制定法の形をなしたといえる。カйм氏試案の目的規定は、実は先行する文例にかなり依存している。

すなわち、「挑戦せらるることのない経済的勢力は…緊張の拍車をかけるこ

37) D・ガーバー「競争法における公正の意義:欧州・米国の歴史」小川正雄・高橋岩和「アジアの競争法と取引法制」（平成17年）77頁、李奎億「競争政策における「公正性」の解釈：特に韓国法との関連において」公正取引570号（平成10年）14頁。

38) D・ガーバー・前掲注37) 65～66頁。

39) 米国のこのような動向がわが国における不公正な取引方法の議論を低調にしてきたとして、様々な分野における「公正」研究に基づいて公正競争阻害性を検討する最近の論稿として、石井彰慈「不公正な取引方法における『公正』の意味について」高崎商科大学紀要20号（平成17年）223頁以下。

とが必要であり」の部分、1945年の著名なアルコア事件控訴審判決中の「possession of unchallenged economic power …」⁴⁰⁾からの引用そのものである。

また、雇用や生活水準、実質所得へは、国連憲章やハヴァナ憲章においても言及しており⁴¹⁾、1930年代の経済状況を反映している（現在ならば、物価や経済成長に触れることであろう）。

この部分は、学説上公正かつ自由な競争が市場において行われることによりもたらされるもろもろの経済的効果を述べたと説明される⁴²⁾。また、「事業者の創意を発揮させ」は、技術革新に触れたものとして評価できようし、いわゆる動態的競争論の手がかりともなる⁴³⁾。

5 「国民経済の民主的で健全な発達を促進する」について

ア 立法の経緯

「国民経済ノ健全ナル発達ヲ図ル」との文言は、商工省の産業秩序法案において、企業集中の監督に関連して、登場している⁴⁴⁾。

カйм氏試案1条は、競争の経済的効果について述べているが、国民経済への言及はない。

商工省・要綱は、同法の目的として、不正な競争行為や不当な制限を抑制し、所有・支配の過度の集中や独占を禁圧して、「以て国民経済の安定並びに進歩の基礎を確立することを目的とする」と規定している⁴⁵⁾。そして、これが政

40) United States v. Aluminum Co. of America (2nd Cir. 1945), 416, 427. ファースト教授は、カйм氏試案1条をハンド判事とアクトン卿の素晴らしい結合であると揶揄している (First, *supra* note 6, p.35)。

41) 国際連合憲章（1945年6月26日作成）55条a項、ハヴァナ憲章ジュネーヴ草案（1947年8月）第1条（永井三樹男・下田吉人「国際貿易憲章解説」（昭和23年）293頁）参照。

42) 今村成和「独占禁止法〔新版〕」（昭和53年）7頁。

43) 稗貫俊文「知的財産権と独占禁止法」（平成6年）273頁。

44) 三和・392頁。

45) 経済安定本部資料・211頁（資料35）。

府の独占禁止制度要綱の乙案に引き継がれるが、最後の段落は「右による国民経済の安定と進歩の基礎の確立並びに最終消費者の利益の確保」と、国民経済の安定・進歩に加えて、消費者の利益の確保が挿入されるに至った⁴⁶⁾ ことが重要である。

商工省・法案では、これがさらに「国民経済の健全な発達を促進し、一般消費者の公正な利益を確保することを目的とする」（傍点筆者）と条文化され、司令部に提出された独占禁止法の試案では、「以て、一般消費者の利益を確保すると共に、国民経済の健全な発達を促進することを目的とする」となった⁴⁷⁾。「国民経済の健全な発達」と「一般消費者の利益」が逆転したことが注目される。「民主的」の語は、なお現われない。

「民主的」が、加えられたのは、司令部の修正意見（昭和22年2月5日）によるとみられる。

それによれば、前記のように、「十九、本法の目的を明瞭に規定すること。即ち、…(2)民主主義的経済の樹立を図ること。…(3)権力の集中を防止すること。…(5)民主主義を確立することを規定すること。」となっている。民主主義への言及に対して、日本側は若干の抵抗を示した⁴⁸⁾ が、結局、「修正試案」（昭和22年2月25日）において、「以て、一般消費者の利益を確保すると共に、国民経済の民主的で健全な発達を促進することを目的とする」と、「民主的」が挿入された（同時に「事業支配力の過度の集中を防止して」も追加された）。以後、この箇所は変更されることなく、制定法の一部となった。

イ 背景

「国民経済の健全な発達を図る」の語は、商工省の産業秩序法案に由来するが、商工省は何も突如としてここで持ち出したわけではない。

46) 経済安定本部資料・240頁（資料37）。

47) 経済安定本部資料・378頁（資料47）。

48) 共同研究・19頁（内閣法制局資料による）。

明治以来の自由放任的な経済政策が産業統制へと大きく転換したのは、昭和恐慌が契機であった⁴⁹⁾。商工省が極度の不況克服の切り札としたのが、昭和6年に制定された重要産業統制法であり、同法のねらいはアウトサイダー規制命令によって国家がカルテルの結成・実施を支援するとともに、カルテルを公益的見地から監督することであった。同法の趣旨について、桜内商工大臣は、次のように述べた⁵⁰⁾。

「…之が為には各産業毎に当業者が一致団結して、其の協同の力に依つて斯業を統制して一糸乱れざる規律の下に足並みを揃へて行かねばならない。即ち本法制定の趣旨も此の点に存するものであつて、重要産業に従事する企業者の多数が統制協定に依つて一致団結して無謀の競争の弊を除き斯業を安定せしめんとする場合に於て、必要に応じ政府も適當の援助を与へ、以て我國民經濟の健全なる發達を圖らんとする所以である。」（傍点筆者）

重要産業統制法制定にあたって、政府は、不況期における生産過剰状態でのコスト割れ販売のような競争を無謀な競争とし、それでは国民經濟の健全な發達は期待できないとみたのである⁵¹⁾。すなわち、ここで注目されるのは、カルテルや統制を加えることによって、国民經濟の健全な發達が図られるとして、この概念が競争制限や統制の理由に使用されていることである。

49) このような政策転換については、重要産業統制法の制定や展開についての宮島英昭教授の一連の研究（「産業合理化と重要産業統制法—日本的対独占政策の成立過程」近代日本研究会「年報・近代日本研究 6」（昭和59年）等）を参照。このときの商工省の産業統制策が戦後の通産省の産業政策の原型となった。

50) 桜内幸雄「重要産業の統制に関する法律制定の根本趣旨」日本商工会議所「産業合理化」第3輯（昭和6年）3頁。重要産業統制法の延長改正の際の小川郷太郎商工大臣の提案理由説明（昭和11年5月12日）も参照。

51) 前掲注50)の文書において、桜内商工大臣は、「…之は欧州大戰中に常に膨張した生産設備が戦後の需給状態に調和しないことから生じる生産過剰に主因があるのである。何れの産業たるを問はず、無秩序を暴露し無謀不当の競争を敢てし、甚だしきに至つては生産費を切つて売つて居る者も少なくない有様である。斯くの如き無統制の結果は、産業界を極度の不安定に陥れ、斯くては産業の健全なる發達は到底望むべくもないのである。」とも述べている（1～2頁）。

このような国民経済概念は、同法2条のいわゆるアウトサイダー規制に関する規定にもみられる。

「第二条 主務大臣前条ノ統制協定ノ加盟者三分ノ二以上ノ申請アリタル場合ニ於テ当該産業ノ公正ナル利益ヲ保護シ国民経済ノ健全ナル発達ヲ図ル為特ニ必要アリト認ムルトキハ統制委員会ノ議ヲ経テ当該統制協定ノ加盟者又ハ其ノ協定ニ加盟セザル同業者ニ対シテ其ノ協定ノ全部又ハ一部ニ依ルベキコトヲ命ズルコトヲ得」(傍点筆者)。

ここにいる「国民経済ノ健全ナル発達」とは、当該一産業の利益ではなく、関連産業や一般消費者の立場も十分考慮した国民経済全般の発達であると解された⁵²⁾。ここで想定されている国民経済の利益とは、当該産業の利益や関連産業・一般消費者の利益を超越した国家主義的全体主義的な利益であった。

このように独占禁止法中の国民経済概念が、戦前期における最大の統制立法に淵源を有していたとみられる⁵³⁾ ことに、驚かざるを得ない。

ウ 問題点と意義

独占禁止法の立法過程において、「国民経済の健全な発達を図る」についてどのような議論が行われたのかは、明らかでない。その内容の融通無碍性のゆえにほとんど問題とならなかったのかもしれない。

とはいえ、国民経済概念の導入によって、法目的における「公正且つ自由な競争の促進」や「一般消費者の利益の確保」との関係があいまいになり、むしろ反競争的な解釈の根拠ともなった。

たとえば、商工省企画室や立法に関与した司法省の石井良三氏は、国民経済への言及部分を「独占禁止法の究極の目的である」とした上で、「それ〔「一般

52) 臨時産業合理局「昭和六年法律第四十号（重要産業の統制に関する法律）解説」（岸信介事務官稿）日本商工会議所・前掲注50）59頁。

53) 共同研究・17、18、24頁は、「国民経済の発達」はカーム案を承継または参考にしているとするが、カーム氏試案に国民経済への言及はなく、筆者は法案作成に深く関与した商工省に由来すると考える。

消費者の利益を確保する」―筆者注〕は国民経済の健全な発達の促進という大目的と対等の地位において本法の目的をなすものではない。むしろ、国民経済の健全な在り方のひとつの指標にすぎない。従つて、個々の具体的事案において、一般消費者の利益と国民経済全般の利益が相反するような場合には、本法の適用に関しては前者は後者にその席をゆづるべきものであつて、一般消費者の利益は国民経済全般の利益に抵触しない限度においてのみ最大限に尊重されるべき性質のものである」⁵⁴⁾と記した。このように、国民経済への言及は、一般消費者の利益を国民経済の従属概念とする解釈（従属説。筆者のいう産業政策的究極目的説）を生み出した⁵⁵⁾。

また、一般消費者の利益を国民経済より下位に置かないにしても、目的規定における国民経済への言及は、独占禁止法目的がもつぱら公益の実現にあるとの解釈を助長し、個々の消費者や事業者の救済を閉ざす論理に使用された⁵⁶⁾。

独禁法の目的規定中の国民経済への言及を厳しく批判するのは、ファースト教授である。教授は次のように批判した。米国では、反トラストの目的としてマクロ経済に言及する者はほとんどいないし、反トラストを経済政策として考える場合、消費者利益の促進が健全な経済政策であることは当然である。国民経済的な利害を持ち込むと、短期的な消費者利益と長期的な国民経済の利益とのトレードオフが生じるが、反トラストはこの種のトレードオフを拒絶する。国民経済概念は日本側の提案によるのであり、日本政府が反トラスト法をどう位置づけていたかをうかがわせるが、日本政府にとり、消費者保護ではなく、国民経済の利害こそが至高のものなのであった。戦後日本が直面した経済問題

54) 石井良三「独占禁止法〔改訂再版〕」（昭和22年）43～44頁。石井・同92頁は、「カルテル、トラスト、コンツェルン等の独占組織が、この目的達成に支障を与える場合には、公共の利益に反するものとされ、そうでない場合には公共の利益に反することのない適法なものとなさなければならない」とする。

55) 「公共の利益」をめぐる公取委・判例、学説、商工省・通産省の解釈についての整理は、拙著「独占禁止法の解釈・施行・歴史」（平成17年）14～18頁。

56) 主婦連ジュース訴訟最高裁判決（昭和53年3月14日、審決集24巻202頁）、岐阜商工信用組合事件最高裁判決（昭和52年6月20日、審決集24巻291頁）。

にかんがみれば理解できないわけではないが、同時に、政府が国益を見出しつつ、国民経済を監督し誘導するという官僚的規制文化の文脈に反トラストも置かれるべきだという日本の前提とよく整合する、と⁵⁷⁾。

そして、谷原教授は、ファースト教授のこのような見解を引用しつつ、1条の解釈論を展開し、国民経済への言及を「不要な規定」とであると断ずる⁵⁸⁾。

しかしながら、国民経済概念に反競争的な意味をもたせるとしても、「公正且つ自由な競争を促進し」の直接目的や競争制限行為の各禁止規定の存在によって、それには限界があったし、公取委、東京高裁や通説はそのような解釈をとらなかった。独占禁止法の目的が公益の実現にとどまらないことについては、私人による差止め請求訴訟の導入（平成12年法改正）にみられるように状況は改善されつつある。

また、反トラストがマクロ経済と無縁であるともいえない。ニューディール期におけるカルテル政策が米国経済の景気の回復を遅らせ、また石油危機時におけるヤミカルテルの横行がわが国の物価高騰を加速させたことは否定できない。健全なミクロ市場の存在が、健全なマクロ経済の条件となるのである。

筆者としては、市場経済や民主主義が自明のものでなかったわが国において、国民経済へ言及することにより、独占禁止法が国民経済にもつ意味を明らかにする社会的意義があったと考える⁵⁹⁾。すなわち、独占禁止法には、競争の促進を通じて、市場経済と民主主義を両立させることにより、経済発展と社会正

57) Harry First, Antitrust Enforcement in Japan, *Antitrust Law Journal* Vol. 64, 1995, p.144-145.

58) 谷原修身「独占禁止法と民事的救済制度」（平成15年）23頁、同「新版 独占禁止法要論」（平成18年）63頁。なお、谷原教授は、「戦前の我が国においては全く問題にされなかった「一般消費者の利益の確保」を独占禁止法の究極目的とすることを求められた日本側関係者が、これを不本意ながらも承認し、最後の抵抗策として、「民主的」という文言を付加することを条件として、更に全体主義的な表現を用いることを要求したのが「国民経済の民主的で健全な発達の促進」という文章であったと言えよう」とする。確かに、「民主的」は司令部修正意見によって挿入されたが、立法の経緯としては、前記のように、消費者利益の確保を含む国民経済概念は既に独占禁止制度要綱の乙案に盛り込まれており、また日本側が国民経済概念の挿入を要求したという形跡も見当たらない。

義をともに可能にする意義があった⁶⁰⁾。そうした点を考慮すると、市場経済と民主主義が成熟しつつある現在においても、国民経済への言及が不要であるというにはなお躊躇させるものがある。ただし、その内容の不明確さが、反競争的な産業政策や国家的介入を招く口実ともなりうることについて、留意しなければならない。

エ 「民主的で」の意義

司令部の修正意見により「民主的」が加えられた意義について、前記石井良三氏は、「民主的というのは、本来、政治上の観念であつて、君主主権に対して国民主権を意味する言葉であるから、国民経済の民主的な発達ということは、用語濫用のそしりを免れえないもの」としつつ、「少数者の経済的支配を排除し、経済活動に関して万人に平等で均等な機会を与え、多数者の意思が経済の分野においても尊重され」るような体制を意味するとしている⁶¹⁾。

確かに、民主主義とはすぐれて政治上の観念であり、先進国の競争法において民主主義に言及するものはない。しかし、米国の反トラスト法の歴史をみれば、反トラスト法は政治上の民主主義、とりわけポピュリズムや共和主義と深い関係がある⁶²⁾。

1945年の前記アルコア判決において、ハンド判事は、次のように述べた。「大衆が少数の者の指示を受け入れなければならない体制よりも、自らの技能や性格次第で成功できる小生産者の体制（a system of small producers）のほうが、間接的な社会的または道徳的效果のゆえに、好ましいとすることも可能で

59) 「この政策〔独占禁止政策—筆者注〕は、立法当時においては、わが国民にはなじみのうすいものであったから、このような規定を置く必要は、とくに大きかったといつてよい。この規定は、そのためにも、詳細なものとなっているのである。」今村成和ほか編 前掲注1) 20頁（今村執筆）。

60) 独占禁止法の究極目的に社会正義と経済効率性をみるものとして、伊従寛「独占禁止政策と独占禁止法」（平成9年）26頁。

61) 石井前掲注54) 44頁。

ある」(傍点筆者)と。

また、独占を禁止する経済外の理由があり、「1890年の議会の目的には、資本の巨大な集積を前にした個人は無力であるが故に、これらの集積に終止符を打ちたいという欲求があった」、「これらの法律「反トラスト法—筆者注」の歴史を通じて、その目的のひとつは、産業組織を小さな単位に恒久化し維持し(perpetuate and preserve ... an organization of industry in small units)、相互に効果的に競争できるようにすること—そのこと自体、そしてたとえコストがかかろうとも—にある」(傍点筆者)とも述べた⁶³⁾。

すなわち、ハンド判事は、少数の独占的大企業が支配するのではなく、多数の小生産者が競争する社会を理想とした。それは、富と経済力の分散が民主主義の前提であるとするジェファソニアン・デモクラシーの思想⁶⁴⁾を反映していた。

62) 米国の反トラスト法においてポピュリズムの果たした役割については、川濱昇「アメリカ反トラスト法の歴史と社会的役割」法学セミナー 585号(平成15年)30頁以下。ただし、現在の米国においては、ポピュリスト的目的を反トラストの目標に掲げることに否定的であるのが主流である(Areeda & Hovenkamp, Antitrust Law I, Third Edition, 2006, p.107.)。なお、シャーマン法の立法過程と共和主義との関係について指摘するものとして、宮井雅明「反トラスト法の原点」正田彬先生古稀祝賀「独占禁止法と競争政策の理論と展開」(平成11年)100頁。

63) United States v. Aluminum Co. of America (2nd Cir. 1945), 416, 428, 429.

64) ジェファソニアン・デモクラシーについては、J・S・ベイン著宮沢健一監訳「産業組織論 上」(昭和45年)39頁参照。アルコア判決に対するシカゴ学派からの分析については、Robert H. Bork, Antitrust Paradox, 1978, p.51-54. アルコア判決とジェファソニアン・デモクラシーの関係について、ケイゼン＝ターナー著根岸哲・橋本介三訳「反トラスト政策—経済的法的分析」(昭和63年)23頁。

ジェファソンは、独立宣言の起草者でかつ第3代の大統領であるが、その思想は米国における共和主義そして民主主義の源流として知られる。その政治哲学は、民主的個人主義(人生の目的は個人の幸福にあり、政府の目的はそれを確保し増大させることにある)を基本的前提とする。それは自由放任の経済理論のコロラリーでありかつ財産権の不可侵を信念とするものであったから、資本主義を正当化するものでもあった(Charles Wiltse, The Jeffersonian Tradition in American Democracy, 1935, p.203, 236)。ジェファソンが、政府の力は小さければ小さいほどよいとし、かつ自営農民による農業社会を理想としたことも注目される。

カйм氏試案の目的規定中の「取引、産業又は商業が自由に独立的な単位に組織され（organize itself into independent units）、互いに効果的な競争をなすことによつて」（傍点筆者）とあるのは、アルコア事件判決の判示（引用した最後の部分）をそのまま継承したといえよう。

ジェファソニアン・デモクラシーは、シャーマン法の制定を推進したシャーマン議員やその支持者たちの思想そのものであり、それがアルコア判決、カйм氏試案、司令部修正意見を通じてわが国独占禁止法第1条に継受されたといえることができる⁶⁵⁾。

当時は、いうまでもなく第二次大戦直後のことであり、ファシズムに対する民主主義の体制的優位が強調された。1938年のルーズヴェルト大統領の反独占教書も1941年の臨時全国経済調査会（TNEC）も、特に経済力の集中が進展して雇用や所得へ好ましくない影響を及ぼし、民主主義国における自由な経済体制が危機に瀕することを懸念していた⁶⁶⁾。

わが国にも財閥という少数支配があり、財閥解体はエドワーズ調査団報告書⁶⁷⁾の分権化思想に基づくものであった。カйм氏試案も、独占禁止法の目的に「平和的民主的諸力成長に寄与するような型の経済的手段及び制度」の発達を求めた。このような経緯にかんがみると、司令部（サルウィン）が修正意

65) シャーマン議員は、シャーマン法の提案理由として、同法の「唯一の目的は、裁判所の手を借りて、市民の産業上の自由（industrial liberty）に有害な影響を与える結合に対処するためである。合法的職業において、勤労し労働しかつ生産するのは、すべての人の権利である。…これが産業上の自由であり、すべての権利と特権についての平等という基礎に存在している」と述べている（Peritz, *supra* note 32, p.14 および 裨貫・前掲注32）251頁）。

なお、カйм氏試案に経済民主主義を見出すものとして、正田前掲注9）130頁。

66) TNECの最終報告および勧告と添付された大統領教書参照。この時期の米国における反トラスト政策強化の詳しい経緯については、Freyer, *supra* note 6, p.9以下参照（フライヤー教授は、ルーズヴェルトが国内の独占と海外のファシズムがともに米国の自由主義を脅かしているとのイメージを作り出すのに成功したことを指摘している）。

67) エドワーズ調査団報告書の勧告の概要については「エドワーズ調査団報告書について」公正取引323号（昭和52年）12頁以下。

見において、独禁法の目的規定中に民主主義と分権化（deconcentration）を明瞭に盛り込むよう求めたのも当然であった。

橋本龍伍氏は、より端的に、「国民経済の民主的な発達」を、「国民経済の発達が民主主義の発展を助長するような方向で行われることを意味」し、「独立的政治思想の発達を図り、軍閥が政府を支配することを阻止できるような国民のグループを育成する」ことであると説明している⁶⁸⁾。いうなれば、民主主義の担い手としての中産階級の育成を、事業活動における公正且つ自由な競争を通じて実現しようとした。

このような「民主的で」の挿入の背景や、持株会社の禁止をはじめとする厳格な企業結合の制限、それを受けた第1条中の「事業支配力の過度の集中を防止して」の挿入にかんがみると、立法者は、独占禁止法の目的として、分権的な政治経済体制を形成し維持する意図があったということができる⁶⁹⁾。そのことは、当時、社会主義思想に基づく経済民主化（経営の社会化）の潮流も有力であった⁷⁰⁾ ことを考えるとその意義は小さくない。

なお、ファースト教授は、日本側の独占禁止法制定の意図として、経済民主主義の一環として、大企業の独占から中小企業に経済活動の自由を与えることが必要であると認識していたことを指摘している⁷¹⁾。市場の開放性については、日米構造問題協議においても問題とされたし、発展途上国においても有形

68) 橋本龍伍「独占禁止法と我が国民経済」（昭和22年）14～15頁。

69) 独占禁止法の目的に「分権性の維持」を加えるのは、実方謙二「独占禁止法〔第四版〕」（平成8年）5頁、岸井大太郎ほか「経済法〔第5版〕」（平成18年）8頁（岸井執筆）。

もちろん企業規模の拡大は、規模の経済性等を考慮すれば、経済の自然な発展の産物であり、分権性の維持といっても限界がある。そのことは既にシャーマン法を制定した議会でも主たる争点となり、シャーマン議員の反対派によって当初の法案にあった「完全かつ自由な競争（full and free competition）」の語は削除され、現行法のようなコモンローの用語に改められた経緯がある（Peritz, *supra* note 32, p.13 以下）。

70) たとえば、原始独占禁止法の審議における日本社会党鈴木茂三郎議員の質疑参照（前掲注27）の会議録参照）。

71) Harry First, *supra* note (6), p.1, 26, 29-30.

無形の参入障壁に対する市場の民主化として重要な課題となっている。

6 「一般消費者の利益を確保する」について

ア 立法の経緯

商工省の産業秩序法案中の企業集中の監督規定や商工省・法案の目的規定に「一般消費者ノ公正ナル利益」という語を見出すことができる⁷²⁾が、これは後にみるように重要産業統制法に既にみえる。独占禁止法の起草過程において、「一般消費者の利益」が現れるのは、要綱の乙案において、「最終消費者の利益の確保」と記されてからである。

その経緯は明らかでない。今村教授はカйм氏試案が「公衆がより経済的に奉仕され、…保護せられる為」とあるところから、司令部と日本側との折衝の結果、このようにまとまったのではないかと推測している⁷³⁾。これに対して、谷原教授は、司令部側の要求に基づくものであり、国民経済概念と引き換えに日本側は受け入れたのではないかとみている⁷⁴⁾。また、競争政策センターの共同研究は、カйм氏試案を承継したという⁷⁵⁾。

筆者は、政府のこの要綱が参照した商工省・要綱には入っていなかったが、甲案よりもわが国の事情を考慮したとされる乙案に挿入されていることからみると、かりに司令部の示唆があったとしても、日本側は、国民経済概念が存在していたから、さほど抵抗はなかったのではないかと考える。日本側にとり「一般消費者の利益」がまったくなじみのないものでなかったことに注意する必要がある。いずれにせよ余り議論された形跡はない。

最終的に「以て、一般消費者の利益を確保すると共に」とされたのは、試案においてである。

72) 三和・392頁。

73) 今村成和「私的独占禁止法の研究（四）Ⅱ」（昭和51年）343頁。

74) 谷原前掲注57)。

75) 共同研究・17、18、24頁。しかし、カйм氏試案は一般消費者の利益には言及していない。

イ 背景

「一般消費者の利益」という概念も、独占禁止法の起草過程で初めて現れたものではない。重要産業統制法が昭和11年に改正延長された際、統制協定の公益的監督規定の要件について具体化が図られた。「一般消費者の利益」概念を改正後の同法3条に見出すことができる。

「第三条 政府〔は統制協定等が——筆者注〕「商品ノ円滑ナル供給ヲ妨ゲ又ハ不当ニ価格ヲ騰貴セシメ若ハ価格ノ低落ヲ阻止シ其ノ他当該産業若ハ之ト密接ナル関係ヲ有スル産業又ハ一般消費者ノ公正ナル利益ヲ害スト認ムルトキハ統制委員会ノ議ヲ経テ其ノ変更又ハ取消其ノ他公益上必要ナル事項ヲ命ズルコトヲ得」（傍点筆者）

この改正が行われたのは、カルテル、トラスト、共販会社などの市場独占の弊害が問題となり、その規制が強く要請されたからである⁷⁶⁾。カルテルなどの弊害は認識されていたのであるが、統制強化を前提とした弊害規制であり、一般消費者の利益は国民経済全体の利益に従属する下位概念であった。このことは、次のような当時の学説の説明によっても明らかである。

「消費者の立場からすれば、低物価といふことの望ましいことは勿論であるが、国民経済の立場又は産業行政の見地からすれば、低物価といっても、そこには自ずから限度があることはいふまでもない。されば、低物価にあらずとも、それが平衡のとれたものである限りは、消費者の公正な利益を害するものといふことはできない」⁷⁷⁾

戦後の独占禁止法の適用除外立法において、このように関連事業者や一般消費者の利益を不当に害するおそれがないことが適用除外の要件とされたことは周知のとおりである。

米国のシャーマン法制定時の議会の意図が何であったかについては、種々の

76) 高瀬雅男「日本における独占規制法の系譜—重要産業統制法における「公益規定」の役割を中心として」法律時報46巻1号（昭和49年）86頁。

77) 峯村光郎「経済統制法」(昭和13年)196～197頁。

議論がある。

周知のように、シカゴ学派のボークは「消費者利益（consumer welfare）の最大化」であったと主張した⁷⁸⁾。しかし、今日では、それは歴史的事実ではなく、巨大なトラストから中小企業を保護したり、トラストの巨大さに対する政治的懸念であったとされる⁷⁹⁾。もちろんシャーマン法の制定者も独占による高価格からの消費者保護にも言及していたが、中小企業保護と消費者保護が矛盾するとは考えられなかったようである⁸⁰⁾。両者が鋭く対立を見せるようになったのは、経済学によって反トラスト政策が裏付けられるようになり、とりわけシカゴ学派が登場してからであろう。

ウ 意義

「国民経済の民主的で健全な発達を促進し」と並列的に挿入されたため、それとの関係が不明確になったという難点はあるものの、法目的に「一般消費者の利益の確保」が加えられた意義は大きい。

独占禁止法の目的における一般消費者の利益の位置づけについては、いわゆる従属説、結果説、経済的従属関係規律説があるが、従属説は別として、最近の学説は一般に消費者利益を重視する傾向にある（今村、実方、根岸）⁸¹⁾。一般消費者の利益の確保を独占禁止法の究極目的とする見解もある⁸²⁾。

法目的に明記されなければ、一般消費者の利益の確保は法解釈上の手がかり

78) R. H. Bork, *supra* note 64, p.61-66.

79) H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy*, Third Edition (2005), p.49-50, E. Gellhorn = W. Kovacic = S. Calkins, *Antitrust Law and Economics*, Fifth Edition (2004), p.23-25, Areeda & Hovenkamp, *supra* note 62, p.41. とりわけDavid Millon, *The Sherman Act and The Balance of Power*, 61S. Cal L., Rev. 1219は、議会がトラストによる経済力の集中が個人の自由を脅かすと危機感をもったが故にシャーマン法を制定したとして、共和主義の立場からボークを批判する。

80) ケイゼン＝ターナー著根岸・橋本訳・前掲注64) 22頁。

81) 今村前掲注73) 341頁、谷原修身「独占禁止法の史的展開論」（平成9年）220頁以下。

82) 谷原前掲注81) 232頁、拙著「独占禁止法の解釈・施行・歴史」（平成17年）24～25頁。

を失い、競争の経済的効果の単なる説明にとどまったかもしれないのである。

7 アジア諸国の競争法における目的規定

アジア諸国の競争法は、わが国の独占禁止法制定後相当経過してから制定されまた現在立法作業中のものもある。それらの競争法または競争法案の目的規定を紹介すると、次のとおりである。

ア 韓国「独占規制及び公正取引に関する法律」(1980年制定)

「第一条 この法律は、事業者の市場支配的地位の濫用と過度の経済力の集中を防止し、不当な共同行為及び不公正取引行為を規制して、公正かつ自由な競争を促進することにより、創意的な企業活動を助長し、消費者を保護するとともに、国民経済の均衡ある発展を図ることを目的とする」(傍点筆者)⁸³⁾

韓国の競争法は、わが国の独占禁止法の影響を強く受けているが、財閥の規制など他国にはみられない独自の法発展をしてきた。優越的地位の濫用規制のほか、1984年には、やはりわが国の下請法を参考とした下請取引公正化法を制定した⁸⁴⁾。この目的規定も、「公正かつ自由な競争」、「消費者」、「国民経済の発展」など、わが国独占禁止法を継受したとみられる類似の語句がある。ただし、民主主義への言及がないが、これは韓国の競争法の制定が、物価の抑制等韓国経済の抱えた事情に基づく⁸⁵⁾もので政治の改革とは無関係に行われたことによるであろう。とはいえ、財閥規制にみられるように、韓国の競争法が経済民主主義と無縁ではない。

イ 台湾「公正取引法」(1991年制定)

「第一条 本法は、取引における秩序を維持し、消費者の利益を保護し、公

83) 中山武憲「韓国独占禁止法の研究」(平成13年)266頁による。

84) 韓国競争法における公正性の側面については、李・前掲注37)論文参照。

85) 中山・前掲注83)53頁。

正な競争を確保して、経済の安定と繁栄を促進するために制定されたものである。この法律に定めのない事項については、他の関連する法律の条項が適用される。」（傍点筆者）⁸⁶⁾

台湾の競争法は、わが国、韓国、米国、ドイツ等の立法例ないし判例を参考に制定されたといわれる⁸⁷⁾。目的規定に、取引秩序の維持、消費者の利益の保護、公正な競争の確保が規定されているように、不公正な取引方法の規制が重視され、商品または営業主の混同行為や不当表示、マルチ商法も行政的規制の対象としている。

他方で、自由な競争への言及はなく、企業結合やカルテルを規制する規定はあるものの、経済全体や公共の利益に適う場合には認可できることとして、産業政策的な配慮をしているのが特色である。

ウ インドネシア「独占行為および不公正な事業競争の禁止に関するインドネシア共和国法1999年第5号」

「〔前文〕

a 経済分野における発展は、パンチャシラ〔建国の5原則のこと―筆者注〕と1945年憲法に基づく社会福祉の達成に向けられなければならない、

b 経済における民主主義は、経済成長及び合理的な市場経済の機能を促進することができるように、どの国民にも商品または役務の生産及び販売の過程に、公正で、効果的かつ効率的な方法で、参加する平等な機会を求め、

c インドネシアにおいて事業に従事する者は誰でも、公正かつ自然な競争の環境に存在しなければならない、それゆえに国際条約に関するインドネシア共和国国家が履行する約束や条約があるとしても、特定の事業者の手に経済力が集中してはならず、

86) 顔廷棟訳「中華民国（台湾）公平交易法」（平成13年東北大学経済法演習資料）。

87) 中山武憲「台湾競争法（公平交易法）の制定について」公正取引492号（平成3年）10頁。

d 上記 a、b 及び c の文言に述べた意図を達成するために、国民立法議会の発意に基づき、独占的行為及び不公正な事業競争を禁止する法律を明らかにする必要があることを考慮し、」(傍点筆者)⁸⁸⁾

「第2章 原則と目的

第2条 インドネシアにおける事業者の事業活動は、事業者の利益と消費者の利益の均衡に適切に配慮しつつ、経済民主主義に基づくものでなければならない。

第3条 本条の目的はつぎのとおりである。a. 国民の福祉を向上させる一つ的手段として、公共の利益を守り、国民経済の効率化をはかる。b. 公正な事業競争を創出することによって、インドネシアにおける大中小の事業者が公平な事業機会を得ることに寄与できる事業環境を確立する。c. 事業者による独占行為及び不公正な事業競争を防止する。d. 事業活動における効果と効率を達成する。」(傍点筆者)⁸⁹⁾

ここで、注目されるのは、競争法の目的としての民主主義への言及である。インドネシアの競争法は、通貨危機に伴う IMF の融資の条件の実施として制定された⁹⁰⁾。それゆえに、本法は、スハルト政権時代の開発独裁や縁故資本主義 (crony capitalism) からの決別を意味するのであり、民主主義への言及が必要になったとみられる。国民経済や「公正」への度重なる言及も、市場経済への移行にあたり、国民への理解と支持を求める上で、必要なことであつたと思われる⁹¹⁾。

とりわけ、注目すべきなのは、「自由な競争」の語が見当たらないことであ

88) インドネシア事業競争監視委員会発行の英文同法冊子から筆者が邦訳した。

89) 小川・高橋・前掲注4) 173頁の高橋訳による。

90) 鈴木康二「インドネシアにおける独占禁止法の立法」国際商事法務27巻4号(平成11年)405頁、菅久修一「インドネシアの競争法・競争政策」公正取引602号(平成12年)36頁。なお、米国法ではなく、ドイツ法をモデルにしたといわれる。

91) ヒクマハント・ジュワナ「インドネシアの競争法：多様な目的と視点の中での競争法の実施」小川・高橋・前掲注4) 27～32頁参照。

る。そこには、インドネシアの文化は連帯と調和を尊重するため、「自由な競争」になじみがなく⁹²⁾、本法に盛り込むのに躊躇されたからであろう。のみならず、事業者の利益と一般消費者の利益の均衡を図ろうとし、経済発展のための産業政策の余地を残す構成となっているのも、見逃せない。

エ 中国

① 「独占禁止法要綱案」（2002年2月26日）

「第1条 この法律は、独占行為を阻止し、公正な競争を維持することにより、一般消費者および事業者の合法的利益ならびに社会の公共の利益を確保するとともに、社会主義市場経済の健全な発展を促進することを目的とする」⁹³⁾
(傍点筆者)

② 独占禁止法（2006年6月22日版草案）

「第1条 この法律は、市場競争を保護し、独占的行為を禁止し、経済運用の効率を高め、事業者及び消費者の適法な権利及び利益並びに社会公共の利益を保護し、社会主義市場経済の健全な発展を促進することを目的として制定する」⁹⁴⁾

中国の①の要綱案は、2000年6月30日の要綱案を改めたものであり、「自由かつ公正な競争」とあったのを、この版では「公正な競争」としたことが注目

92) Syamsul Maarif, Competition Law and Policy in Indonesia, 2001 (report produced as a part of the ASEAN Competition Law Project), p.1参照。同論文は、インドネシアにおいて patron-client relationship を形成してきた歴史や政策を分析し、競争道徳に基づく文化を形成すべきことを説いている。

93) 姜姍「「中国独占禁止法要綱案」の改正点」国際商事法務30巻12号（平成14年）1692頁。なお、2000年6月30日の要綱案については、同「中国独占禁止法要綱案」同30巻1号65頁参照。

94) 石田英遠ほか「中国独占禁止法草案（2006年6月22日版）の全貌と企業のリスク対応」国際商事法務34巻9号（平成18年）1194頁。

される。

中国においても、「公正な競争」はなじみがあり、その価値は受け入れられているものの（不正競争防止法、価格設定法、競争入札法等）、「自由な競争」は多くの国民にとってまったく耳慣れない言葉であるといわれる⁹⁵⁾。要綱案から、「自由な競争」が削除されたのもそれが理由であったろう。

②の2006年の草案では、「公正な競争」も削除され、「市場競争」「経済運用の効率」といった競争原理ないし効率重視に傾斜している。

他方で、草案では、一般消費者のみならず事業者の利益も対等のかたちで確保することを目的としつつ、不況カルテルを容認し、国民経済発展の見地からも企業結合を審査するなど産業政策に配慮していることがうかがえる。

アジア諸国の競争法は、先進国とは異なる経済・政治状況において、市場経済を確立するために制定されまたは制定されようとしており、先進国のそれとは異なる要素を含むものとなっている⁹⁶⁾。その端的な現われが目的規定の存在であり、目的規定が競争法の国民経済的意義や「公正」さ⁹⁷⁾、民主主義に言及していることである。これは、西欧社会に発する普遍的な競争法が、アジア的経済社会に適応していくために必要な修正であり、それゆえに「ハイブリッドな法」⁹⁸⁾となっている。

アジア諸国とわが国とは、競争法が制定された時代も社会状況も異にする。

95) 王曉暉「中国における不正競争と反競争」小川・高橋・前掲注4) 51頁。

96) アジア諸国の競争法の内容や特徴を分析したものとして、本城昇「アジアにおける市場経済化と競争法」小林昌之編「アジア諸国の市場経済化と社会法」（平成13年）15頁以下。なお、高橋教授は、アジアの競争法を非契約社会における二重構造に即した法ととらえる（小川・高橋・前掲注4）16～17頁）。

97) 伊従寛ほか編「APEC諸国における競争政策と経済発展」（2002年）216頁（伊従執筆）は、「社会や経済について調和的感覚の強い東アジア諸国においては、自由競争と公正取引の調和がとくに尊重される必要がある」とする。

98) 「ハイブリッドの法」の意義について、長谷川晃「公正の法哲学」（平成13年）278頁以下「アジア社会における普遍的法の形成」参照。

わが国は既に明治以降ある程度の市場経済と民主主義の発達をみていた⁹⁹⁾が、なお先進諸国のように営業の自由（＝競争する自由）が十分確立していなかった。昭和初期の不況に直面して、強力な政府介入が始まり、産業政策が実施されるとともに、議会政治も崩壊の道をもたどった。それゆえに、アジア諸国が競争法を起草するにあたって、時代を超えて、市場経済と民主主義を両立させるわが国独占禁止法1条の規定を参考とし、モデルとしたことは、想像に難くない¹⁰⁰⁾。

おわりに

独占禁止法第1条の目的規定の起草にあたり、日本側によって、「公正な競争」、「国民経済の健全な発達を促進する」が用意されたが、連合軍司令部によって、「自由な競争」、「民主的で」が加えられた（「一般消費者の利益を確保する」の経緯は不明）。それによって、独占禁止法の目的が統制的産業政策的な色彩を脱して、市場経済と民主主義を目指すものであることが、明確に宣言された。その意味で、「自由な競争」や「民主的で」は、決定的に重要な挿入であった。

99) 明治以降の競争政策については、Alex Y. Seita & Jiro Tamura, *The Historical Background of Japan's Antimonopoly Law*, University of Illinois Law Review, 1994, p.125、伊従・前掲注97) 200頁以下参照。

100) 中国・東欧諸国および東南アジア諸国における「競争法導入に際しては、ドラステックな欧米先進国並みの競争法をただちに目指すのではなく、それぞれの国の特色に見合う漸進的な競争政策を導入する上で、わが国の不公正な取引方法という独自の法体系が大いに参考となるのではないか」とするものとして、田村・前掲注5) 125頁（伊従・前掲注97) 217頁も同旨）。また、「産業育成政策と折り合いをつけてきた経験や不公正な取引方法の規制を独自に膨らませてきた日本独禁法は、開発途上国が参考のできる法制である」とするものとして、高橋岩和「インドネシアにおける競争法の成立と構造—アジアにおける競争法の受容と課題」丹宗暁信・小田中聰樹編「構造改革批判と法の視点」（平成16年）289頁。わが国の経済法学における社会法学説の存在を指摘しつつ、東アジア諸国における経済法研究の交流の意義を説くものとして、稗貫俊文「日本の独禁法の実体規定の構造的な特徴について」金沢法学48巻2号（平成18年）212頁。

とはいえ、「公正な競争」や国民経済的意義への言及によって、競争法になじみのないわが国において、不公正な取引方法の規制など独自の法の発展を促し、かつわが国における独占禁止法の定着に貢献した。

こうしてみると、第1条の目的規定は、普遍的な競争法を市場経済や民主主義が確立していないわが国社会に導入し発展させていくために必要となったのであり、その内容も普遍法と非西欧社会の法のハイブリッドとならざるを得なかった。

また、それゆえに、第1条は、アジア諸国の競争法の目的規定の参考となり、範となりえたのである。

銀行監督上の失敗と国家賠償責任(1)

弥 永 真 生

- I. 問題の所在
- II. フランス
- III. ベルギー
- IV. ルクセンブルク

I. 問題の所在

預金保険法には、ペイオフの制度は定められていたものの、事実上、この制度は用いられず、平成7年6月からは、全額払戻しを政府が時限的に保証していた。しかし、平成17年4月1日以降は、1金融機関につき1預金者あたり元本1,000万円までとその利息の預金債権のみが預金保険法による保護の対象とされた。この金額を超える預金債権についても破産手続きにおける配当などの形で一部回収可能であるが、預金者には損害が生ずるのが一般的である。

したがって、わが国においても、金融庁（内閣総理大臣）による銀行監督において失敗があった場合に、預金者が国家賠償責任（国家賠償法1条1項）を追及する可能性が生じてきている。そこで、本稿では、諸外国における銀行監督上の失敗に基づく国家賠償責任の動向を紹介し、わが国における議論に対する示唆を得たい。

II. フランス

1 問題の所在

フランスにおいては、銀行委員会（Commission Bancaire）が銀行監督の中心的な役割を担っており、銀行委員会が十分な銀行監督をなさなかったことを理由とする訴えが国を被告としてこれまで提起されてきている。

2 国家賠償責任

賠償責任が認められるためには、まず、公役務フォート（*faute de service public*）の存在が必要とされるが、私人の責任と同じく、原則として、国家の活動にも単純フォート（*faute simple*）の基準が適用され、その場合には、違法な行政行為は当然に責任原因となるフォートにあたるとされる¹⁾。フォートがあったかどうかの判断にあたっては、行政の正常な実施の水準に違反したかどうかが問題とされ²⁾、機能不全な行政にはフォートがあるものと解される³⁾。

しかし、いくつかの領域においては、例外的に⁴⁾ 重大なフォート（*faute lourde*）⁵⁾ が責任要件とされており、規制的活動を行う公権力について民事責任を認める基準として採用されてきた⁶⁾。たとえば、伝統的には、警察活動にはこの基準が適用されてきた⁷⁾。また、ポートフォリオ・マネージャー⁸⁾、公

1) Conseil d'Etat, 26 janvier 1973, *Ville de Paris contre Driancourt* [1973] Recueil des Décisions du Conseil d'Etat 78 ; Conseil d'Etat, 22 mai 1974, *Charrois* [1974] Recueil des Décisions du Conseil d'Etat 297. cf. Brown and Bell [1998] p.190; Chapus [2001] n°1454.

2) Rivero [2002] n°287; Rougevin-Baville [1992] p.58.

3) Moreau [1991] n°76; Rougevin-Baville [1992] p.58 *et seq.*

4) Couzinet [1977] p.283 *et seq.*

5) 「すべての公役務フォートが、自動的に公権力の責任を生じさせるというわけではない。コンセイユ・デタは一定の重大性を有するフォートを要件とする」(Duez [1938] p.40)。重大なフォートが要件とされる責任をめぐる沿革については、北村 [1990a] [1990b] およびこれが引用する Thouroude [1974] を参照。

6) 北村 [1990a] 64 頁および 65 頁注 25 参照。

開会社⁹⁾、社会保険事務所¹⁰⁾、友愛組合¹¹⁾に対する監督についても重大なフォート基準が適用されてきた。もっとも、近年では、警察活動のルールの決定と戦略の策定については単純フォート基準により¹²⁾、日常の警察活動については、その場での判断が要求されるため、重大なフォート基準によることが一般的であると考えられている¹³⁾。

重大なフォート基準が採用される理由としては、公務員の行動が萎縮することを避けることや損害賠償により公財政が破綻することを防ぐことをあげる論者もあるが¹⁴⁾、多くの場合、役務の困難さが重要な根拠であると考えられている¹⁵⁾。また、銀行等の監督については、潜在的な被害者の利益のみを図る活動については重大なフォート基準が採用されていると説明できるのではないかという指摘もあった¹⁶⁾。すなわち、銀行等の監督の役務は潜在的な被害者（預金者など）のための間接的な介入活動なので、重大なフォート基準が妥当するということである。しかし、このような指摘に対しては、銀行等の監督は公

7) Conseil d'Etat, 3 janvier 1931, *Garcin*, S. 1931.3.97 concl. Latournerie; Conseil d'Etat 9 février 1966, *Ville du Touquet-Plage* [1966] Recueil des Décisions du Conseil d'Etat 265.

8) Cour d'Appel Paris, 6 avril 1994, *Bulletin Joly Bourse* 1994, 259.

9) Conseil d'Etat, 20 mai 1966, *Meunier* [1966] Recueil des Décisions du Conseil d'Etat 343; Conseil d'Etat 27 juillet 1979, *Triolle* [1979] Table Analytique des Matières, Recueil des Décisions du Conseil d'Etat 873.

10) Conseil d'Etat, 27 octobre 1971, *Markovitch* [1971] Recueil des Décisions du Conseil d'Etat 640; Conseil d'Etat 26 février 1960, *Saint-Chamarand* [1960] Table Analytique des Matières, Recueil des Décisions du Conseil d'Etat 1126 et 1141.

11) Conseil d'Etat, 23 décembre 1981, *Andlauer* [1981] Recueil des Décisions du Conseil d'Etat 487.

12) Conseil d'Etat, 5 avril 1991, *Société Européenne de Location et de Services*, JCP 1992.II.21810.

13) Conseil d'Etat, 4 décembre 1995, *Delavallade* [1995] Table Analytique des Matières, Recueil des Décisions du Conseil d'Etat 1021. cf. Chapus [2001] n° 1471 *et seq*; Rials [1980] p.424. ただし、Paillet [1996] n° 247.

14) Benoît [1946]

15) Duez [1938] p.49, Paillet [1980] p.363, Moreau [1986] p.70.

16) Morange [1956] p.139, Thouroude [1974] p.111.

益のための活動であるし、活動に対する被害者の立場のみでは重大なフォートを要件とすることは正当化されてこなかったという批判が加えられている¹⁷⁾。さらに、重大なフォートを要件とすることによって、評価の過誤が重大でない限り責任が生じないものとして、何が合目的であるかについて、行政機関に評価権限（裁量権）を与えようとしているという評価も可能であると指摘されている¹⁸⁾。

なお、行政裁判所は、民事法と同様に、フォートと損害との間の因果関係が要件とされるとしている¹⁹⁾。すなわち、民法典1151条は、因果関係は直接的なものでなければならないと定め、この規定は不法行為にも適用されると解されているからである²⁰⁾。そして、行政裁判所は、相当因果関係（*causalité adéquate*）理論によることが一般的である²¹⁾。

なお、賠償の対象となる損害は、不法行為から直接かつ確実に生じたものであればよい²²⁾、コモン・ロー法域とは異なり、純粋経済損害の回復が認められるかという問題は重要ではない。

3 銀行委員会と国家賠償責任

銀行委員会の監督権限の不行使をめぐっては、これまで、かなり多くの訴訟が提起されており、公表裁判例も少なからず存在するが、これまで、原告の請求が認容された公表裁判例は2つにとどまるようである。主要な公表裁判例と請求が認容された2つの公表裁判例は以下のようなものである。

17) Paillet [1980] p.371.

18) 北村 [1990a] およびこれが引用する Thouroude [1974] p.215-239 参照。

19) Deguergue [1994] p.437.

20) Viney [1982] n°348.

21) Guettier [1996] p.127; Rials [1980] p.166. かつては、民事裁判所は条件説的（*conditio sine qua non*）に因果関係を認める傾向があったが（Mazeaud et Chabas [1991] n° 566）、最近では、民事裁判所も相当因果関係（*causalité adéquate*）などによるのが一般的である。

22) Vincent [2001] n° 3 et seq.

(1) 1960年2月12日コンセイユ・デタ判決²³⁾

この事案は、Fostier銀行の破綻によって損害を被った原告が、フランス銀行、信用国家委員会（Conseil national de Crédit）および銀行監督委員会（Commission de Contrôle des Banques）がFostier銀行に対して適切な監督を行わなかったとして損害賠償を請求したものである。裁判所は、Fostier銀行を登録した1941年段階では効力を有していた規則には違反していなかったこと、もし、適切な監督を銀行監督委員会が行っていれば、Fostier銀行についての正確な情報が原告に銀行組織委員会（Comité permanent d'organisation des banques）または銀行監督委員会によって提供されたはずであろうということを原告は立証していないこと、原告はFostier銀行の破綻によって自己の被った損害が金融大臣のフォートに帰責できることを立証していないこと、などを理由に原告の請求を認めなかった。

(2) 1962年7月10日パリ行政裁判所判決²⁴⁾

Pajot et Cozette社に対する銀行監督委員会による監督上のフォートにより損害を被ったとして損害賠償を求めたものである。Pajot et Cozette社を金融会社（Établissements financiers）として登録することについて判断したのは銀行監督委員会ではなく、銀行組織委員会であること、金融会社に関する1941年6月14日法律は控訴裁判所によって承認された検査役のリストに載っている検査役からの書面にしたがって委員会は検証することを要求していなかったため、1941年6月14日法律16条の規定の不遵守を発見するための、原告が指摘する手段は実効的ではなかったこと、銀行または金融会社に対する監督の権限を有する公的主体は重大なフォートがある場合に限り、破産した銀行または金

23) Conseil d'Etat, 12 février 1960, *Kampmann* [1960] Recueil des Décisions du Conseil d'Etat 107.なお、同日に同趣旨の判決が下されている（Conseil d'Etat, 12 février 1960, *d'Eudevelle* [1960] Recueil des Décisions du Conseil d'Etat 108, note(1)）。

24) Tribunal administratif de Paris, 10 juillet 1962, *Ballot* [1962] Recueil des Décisions du Conseil d'Etat 785.

融会社の顧客に対して責任を負うこと、提出された書類と会社の実体との一致をチェックする義務が法令上負わされていない限り、そのようなチェックをしないことは銀行監督委員会の重大なフォートにはあたらないこと、資本の損傷を防止するための方策を委員会が直ちに講じないことについて重大なフォートが委員会に認められるような遅延はないこと、原告は自己の被った損害が金融大臣のフォートに帰責できることを立証していないこと、などを理由に原告の請求を認めなかった。

(3) 1963年6月28日コンセイユ・デタ判決²⁵⁾

この事案は清算された金融機関の顧客が当時の銀行監督委員会が適切なコントロールを行わなかったとして損害賠償を請求したものである。すなわち、当該金融機関が支払不能になる相当前に銀行監督委員会は一連の問題のある金融取引を会計記録に発見したにもかかわらず、さらに会計記録を調査し、詳細かつ組織的な分析を行わなかったと主張したものであるが、コンセイユ・デタは、政府委員会の意見にしたがって²⁶⁾、重大なフォートはないとして損害賠償を認めなかった。すなわち、小規模な金融機関が非常に厳格な会計のルールにときどき違反することは全く一般的であり、そのような問題が発見されたことは必ずしも警戒を要することの兆候ではないという立場をとり、原告は重大なフォートを立証していないとされた。この判決は、銀行監督上の過失に基づく国に対する損害賠償請求には、重大なフォートが要件とされることを明らかにしたものであると位置付けられている。

(4) 1964年1月24日コンセイユ・デタ判決²⁷⁾

銀行監督委員会の責任が認められた最初の公表裁判例である。1955年に銀行監督委員会のエージェントが検査をした際に、その金融機関の認可された業

25) Conseil d'Etat, 28 juin 1963, *Bapst* [1963] Recueil des Décisions du Conseil d'Etat 411.

26) 政府委員会の意見には拘束力はない。

務の範囲外の貸付がなされていること、その信用の供与について会計記録がなされていないこと、顧客の資金が取締役とその家族に対する貸付のために流用されていることなどが発見された。その前から、流動性不足について、3回の警告がなされていたうえ、このような不正が発見されたにもかかわらず、委員会は「最終警告」を発しただけにとどめ、まもなく、当該金融機関は支払不能に陥ったという事案である。グルノーブル行政裁判所が国の賠償責任を認め、コンセイユ・デタも銀行監督委員会には重大なフォートがあったとして、それを支持したが、損害賠償は、1955年の検査以降に生じた損害についてのみ認められた。

(5) 1964年6月13日コンセイユ・デタ判決²⁸⁾

この事案は、1948年に、当時の銀行監督委員会がある金融機関に対して検査を行い、いくつかの小規模な不正は発見したが、経営陣の重要な矛盾を発見することができず、その後7年間検査をしなかったところ、7年後の検査では、会社の経営陣によって多くの有価証券が不正流用されていることが明らかになり、損害を被った顧客が損害賠償を銀行監督委員会に求めたというものである。コンセイユ・デタは、銀行監督委員会がそのように長期間検査を行わなかったことは不健全であるとしつつも、最初の検査で発見された不正は金融機関の財政状態を危殆ならしめるような重大さを有していなかったとして、銀行監督委員会には重大なフォートはなかったと判断した。

(6) 1966年1月19日コンセイユ・デタ判決²⁹⁾

(2) 1962年7月10日パリ行政裁判所判決の上訴審判決である。Pajot et

27) Conseil d'Etat, 24 janvier 1964, *Achard* [1964] Recueil des Décisions du Conseil d'Etat 43.

28) Conseil d'Etat, 13 juin 1964, *d'Andre* [1964] Recueil des Décisions du Conseil d'Etat 329.

29) Conseil d'Etat, 19 janvier 1966, *Dlle de Waligorski* [1966] Recueil des Décisions du Conseil d'Etat 40.

Cozette 社を金融会社として登録した際には、控訴裁判所によって承認された検査役のリストに載っている検査役からの書面にしたがって委員会は検証することは要求されていなかったため、委員会には国家責任を生じさせるような過失がなかったと解されること、銀行または金融会社に対する監督の権限を有する公的主体は重大なフォートがある場合に限り、破産した銀行または金融会社の顧客に対して責任を負うこと、委員会が会計帳簿の検査を行った 1955 年 6 月 16 日より前には、委員会が Pajot et Cozette 社の経営者に対する注意を喚起されるような特別な状況は存在していなかったこと、1955 年 6 月 16 日から暫定的管財人が選任された 1955 年 7 月 6 日までの期間は原告が被った損害が拡大するという観点から長すぎるとはいえないことを理由に原告の請求を認容しなかった。

(7) 1978 年 12 月 29 日 コンセイユ・デタ判決³⁰⁾

いずれも 1974 年 5 月 22 日 ニース行政裁判所判決³¹⁾ の上訴審判決である。

この事案は、銀行に対する 1960 年および 1963 年の検査において多くの不正が発見されたが、後になって、粉飾によって隠されていた資産・与信比率の低さのために監督上の処分が銀行に加えられたというものである。コンセイユ・デタは(5)と同様、発見された不正それ自体は銀行の財政的均衡を危殆ならしめることを疑わせるようなものではなかったとして、銀行監督委員会には重大なフォートはなかったと判断した。

(8) 1988 年 12 月 1 日 マルセイユ行政裁判所判決³²⁾

この事案では、1977 年初頭に、検査によって、内部文書に不正があること、

30) Conseil d'Etat, 29 décembre 1978, *Darmont* [1978] Recueil des Décisions du Conseil d'Etat 542. Conseil d'Etat, 29 décembre 1978, *Puech* および Conseil d'Etat, 29 décembre 1978, *Andréani* も同旨（[1978] Recueil des Décisions du Conseil d'Etat 543, note⁽¹⁾）。

31) Tribunal administratif de Nice, 22 mai 1974, *Puech* [1974] Recueil des Décisions du Conseil d'Etat 705 など。

銀行が検査官に銀行の活動について虚偽の情報を提供したことなどが明らかになり、検査報告書には会計上のさまざまな不正が記載されていたにもかかわらず、銀行監督委員会が適切な監督上の措置を講じなかったとして、1981年に清算された銀行の預金者が損害賠償を求めたものである。裁判所は、虚偽の情報を提供したことに対しては公式の警告がなされており、1977年段階では、発見された行為や会計上の不正は銀行の支払能力を損なうものではなかったし、銀行は取締役の犯罪を知らず、かつ、取締役の秘密の取引を判決することができるような調査手段を有していなかったとして、委員会に重大なフォートはないとし、かつ1980年になるまで、委員会が検査をしなかったことには義務違反はないとした。

この判決は、1990年12月28日リヨン行政控訴裁判所判決³³⁾によって支持された。

(9) 1995年12月19日パリ行政控訴裁判所判決³⁴⁾

2つの1995年12月19日パリ行政控訴裁判所判決は、重大なフォート基準を採用した上で、*Editions Sorman* 事件については重大なフォートはなかったとして、国の責任を否定し、*Kechichian* 事件については、さらに専門家による鑑定を命じ、銀行委員会に重大なフォートが認められ、かつ、原告の損害と銀行委員会の重大なフォートとの間に直接的で疑問をはさむ余地のない因果関係が認められる場合には、国の責任が認められると判示した。

32) Tribunal administratif de Marseille, 1 décembre 1988, *Fauvry*, JCP edition entreprise 1989.II.15480.

33) Cour administrative d'appel de Lyon, 28 décembre 1990, *Fouriat* [1990] Recueil des Décisions du Conseil d'Etat 963.

34) Cour administrative d'appel de Paris, 19 décembre 1995, *Kechichian* [1995] Table Analytique des Matières, Recueil des Décisions du Conseil d'Etat 671; Cour administrative d'appel de Paris, 19 décembre 1995, *Editions Sorman* [1995] Table Analytique des Matières, Recueil des Décisions du Conseil d'Etat 671.

(10) 1999年3月30日パリ行政控訴裁判所判決³⁵⁾

BCCIの在仏支店の監督に問題があったとして、預金者が銀行委員会、金融機関委員会およびフランス銀行の総裁を相手取って、損害賠償を求めたものである。すなわち、金融機関委員会（Comité des Etablissements de Crédit）は、BCCIの支店が免許規準をみたさなくなったにもかかわらず免許を取り消さなかったこと、銀行委員会は1987年に調査を行って問題を発見したにもかかわらず是正権限を適切に行使しなかったこと、およびフランス銀行の総裁が銀行法52条1項に基づいて財政的に困難に陥っている金融機関の株主に対して財政的支援を要求する権限を行使しなかったことを理由に損害賠償を求めた。

この判決は、銀行委員会の監督活動（調査権限の行使など）には重大なフォートの基準ではなく³⁶⁾、単純フォートの基準が適用されるとした点で、意義を有する。これは、従来、重大なフォートの基準が適用されていた領域についても、単純フォートが行政責任を認める基準とされる最近の傾向³⁷⁾に沿った

35) Cour administrative d'appel de Paris, 30 mars 1999, *El Shikh*, AJDA 1999, 951.

36) 他方、是正権限の行使については、重大なフォートの基準が適用されるとした。そして、本件の事実関係の下では、銀行委員会が、銀行に対して、新たな預金の受入を禁止するまでに相当の期間を要したことは、重大なフォートにあたらないとされた。なお、パリ行政控訴裁判所判決は、保険会社の監督についての責任に関しても、本判決と同じ基準によるとした（Cour administrative d'appel de Paris, 13 juillet 1999, *Groupe Dentressangle* [1999] Table Analytique des Matieres, Recueil des Décisions du Conseil d'Etat 537）。

37) 医療について、Conseil d'Etat, 10 avril 1992, *M. et Mme V.* [1992] Recueil des Décisions du Conseil d'Etat 171、救急医療について Conseil d'Etat, 29 octobre 1997, *Theux* [1998] RFDA 82、消防について Conseil d'Etat, 29 avril 1998, *Commune de Hannappes* [1998] *Revue du droit public et de la science politique* 1012、海難救助について Conseil d'Etat, 13 mars 1998, *Améon*, AJDA 1998, 461。また、瑕疵ある行為が納税者の財政状態の評価に関して特段の困難さを伴わない場合には、単純フォートの基準が適用されるものとして Conseil d'Etat, 27 juillet 1990, *Bourgeois* [1990] Recueil Dalloz, 1990, I.R., 217, Conseil d'Etat, 29 décembre 1997, *Commune d'Arcueil*, RFDA 1998, 105)。また、Errera [1999] p.164 参照。もっとも、たとえば医療過誤について「単純フォート」基準が適用されても、現実には、監督当局のフォートは限定的に認められる傾向がある（Établissement public hospitalier, Conclusions d'Hubert Legal commissaire du gouvernement, AJDA 1992, 362）。

ものであると学説からは評価された³⁸⁾。もっとも、パリ行政控訴裁判所は、銀行委員会がおかしたと原告が主張するフォートと原告の損害との間には因果関係がないとして³⁹⁾、銀行委員会の行為が単純フォートにあたるか否かを判断することなく、請求を棄却した。すなわち、銀行の破綻は主としてBCCIグループレベルの被用者の、特にロンドンにあった主たる営業拠点における詐欺的行為によるものであり、フランスの監督当局の任務の対象となっていたBCCIのフランス支店について不十分な監督しかなされていなかったとしても、それと原告の損失との間には直接の因果関係がないとされた。

(11) 2000年1月25日パリ行政控訴裁判所判決⁴⁰⁾

(10)1999年3月30日判決と同様、銀行委員会の監督権限の行使には単純フォートの基準が適用されるとし、(12)でみるように、銀行の毀損された財産状態を改善させるために直ちに実効的に対応をしなかったという点で、本件における銀行委員会の不適切な監督は単純フォートにあたるとして、預金者の請求を認容した。もっとも、不十分な監督は銀行の破綻を避ける機会を投資者から奪ったにすぎないとして、預金者が回収できなかった預金額の20%に限って損害賠償請求を認めた。

38) Chapus [2001] n°1463は、公的主体に「裁量行為の余裕 (marge d'action libre)」を与えるために、重大なフォートという基準は依然として必要であると考えられたと指摘している。

39) フランス銀行の総裁の責任については、銀行法52条の下では、銀行の株主は総裁の提案に同意する義務を負っておらず、52条は何ら罰則を定めていないから、総裁がその権限を行使しても、効果があったかどうかは明らかではないとし、信用機関委員会の責任については、委員会はBCCIが銀行免許のために要求されている規準をみたしていないことを知っていたという証拠はなく、また、銀行が要件をみたしていなかったことが、実際に、破綻をもたらしたことは立証されていないとした。

40) Cour Administrative d'Appel de Paris, 25 janvier 2000, *Kechichian*, 93PA01250 et 93PA01251 (<http://www.legifrance.gouv.fr>).

(12) 2001年11月30日コンセイユ・デタ判決⁴¹⁾

本件は、(11)2000年1月25日パリ行政控訴裁判所判決の上告審である。そして、賠償責任が認められた2番目のコンセイユ・デタの公表裁判例である。まず、この判決は、一般論としては、銀行委員会が信用機関の監督の任務の遂行にあたっておかした過誤についての国の責任は、そのような信用機関がとりわけ預金者に対して負う責任に代替するものではないという理由付けに基づいて、銀行委員会の任務の遂行における不十分さや懈怠によって生じた損害について国が責任を負うのは、重大なフォートがある場合に限られるという従来の裁判例の立場を踏襲したが⁴²⁾、具体的適用においては、銀行委員会の監督に重大なフォートがあったとして、国の損害賠償責任を認めたものである。もっとも、銀行の破綻は主として銀行の取締役の詐欺的行為に起因するものであるとして、回収できなかった預金額の10%についてのみ責任を認容した。

この事件においては、まず、1987年5月段階で、サウジ・レバノン銀行の財産状態が損なわれていることが明らかになったにもかかわらず、その段階で、銀行委員会が適切な監督上の措置をとらなかったという原告の主張に対しては、銀行の主要株主による追加出資が約束されていたことから、銀行委員会に重大なフォートはなかったと判断された。しかし、1987年5月の検査報告書において、支払能力の回復は緊急を要するものであると認識されていたにもかかわらず、増資が1988年5月末までなされることがなかったことに対して適切な措置を講じなかったこと、および主要株主である Kairouz グループおよびユニオン・ナシオナルの間に支配従属関係があるにもかかわらず、健全性規制

41) Conseil d'Etat, 30 novembre 2001, *Kechichian*, JCP edition générale., 2002.II.10042.

42) コンセイユ・デタは、その後も重大なフォートを責任要件としている。Conseil d'État, 30 juillet 2003, *Sylvie X* [2003] (Conseil d'État, 9ème et 10ème sous-sections réunies, 2003-07-30, 210344, Mentionné aux Tables du Recueil Lebon, <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/Visu?cid=225930&indice=1&table=JADE&ligneDeb=1>) (銀行監督委員会の責任に関する事案)、Conseil d'État, 18 février 2002, *Group Norbert Dentressangle* [2002] Table Analytique des Matières, Recueil des Décisions du Conseil d'Etat 626 et 918 (保険会社の監督の事案)。

上、それらに対する債権を連結ベースではなく各個に扱っていたことには、国が責任を負う原因となる重大なフォートがあるものとした。

(13) 裁判例の傾向

コンセイユ・デタは重大なフォートの定義を示していないが⁴³⁾、上記のような裁判例からは、コンセイユ・デタは銀行委員会による監督について、依然として、重大なフォート基準を維持しており⁴⁴⁾、銀行委員会について、重大なフォートが認められるのはきわめて深刻な監督上の失敗がある場合に限られるようであるが⁴⁵⁾、銀行委員会の責任を認める方向に動きつつあるという見方も可能かもしれない。また、不当に長い期間にわたる不作為がある場合に重大なフォートがあるとされているようである⁴⁶⁾。いずれにせよ、銀行監督上、著しい過誤があり、金融機関の財務的存続能力が危殆ならしめられる可能性のある可能性のある事実⁴⁷⁾が無視されたことが重大なフォートが認められるかどうかの判断において重要であると考えられていると推測される⁴⁸⁾。単純フォートは同じ状況の下で標準的な監督者が払うべき注意を払わなかった場合に

43) 重大なフォートであるかどうかの基準をめぐる判例等の一般的状況については、北村 [1990b] 参照。

44) このような判例の立場に対しては、すべての銀行の破綻のコストを国に負担させるリスクと監督責任との適切なバランスを図ったものであるという評価が一般的であるが (Waline [1965] p.82 ; Moderne [1979] p.155 ; Denoix [1986] p.573)、疑問を呈するものもある (Becque et Cabrillac [1960] p.614)。

45) Cliquennois [1995] p.4. 監督権限を有する行政当局に重大なフォートがあったと認められる事案は一般的にまれであると指摘されている (Deguergue [1994] p.231 *et seq.*)。

46) 鉱山営業に対するコントロールを怠っていた事案につき、Conseil d'Etat, 24 mars 1976, *Thiémard* [1976] Recueil des Décisions du Conseil d'Etat 179.

47) 上記裁判例のほか、Conseil d'Etat, 19 janvier 1966, *Dlle de Waligorski* [1966] Recueil des Décisions du Conseil d'Etat 40; Conseil d'Etat 12 octobre 1983, *Consorts Lévi* [1983] Recueil des Décisions du Conseil d'Etat 406 など。

48) Denoix [1986] p.574 は、裁判例の分析に基づいて、重大なフォートは、銀行委員会が「明確に認識した重大な不正にもかかわらず、何もしないか、その状況に照らして明らかに不適切な手段のみを講じた場合」に認められるとしている。

認められるのに対し、重大なフォートは非専門家であってもそのような作為・不作為をしなかったであろう場合に認められるという見方も示されている⁴⁹⁾。

Ⅲ. ベルギー

銀行監督当局による不適切な監督に起因する損害の賠償が認められた公表裁判例は存在しないが、一般論としては、銀行・金融および保険委員会（Commission bancaire, financière et des assurances, CBFA）⁵⁰⁾ が不法行為の一般原則（民法 1382 条および 1383 条）によって損害賠償責任を負う可能性があると考えられている。すなわち、Flandria 事件判決（Cour de Cassation, 5 novembre 1920, *Pasicrisie* 1920, I, p.193）以来、公権力は私人と同じ責任の標準に従って損害賠償責任を負うとされている⁵¹⁾。そして、その事案では責任は認められなかったものの、監督当局が責任を負う可能性を指摘した裁判例もいくつか存在し⁵²⁾、証券業者に対する監督に関しては破毀院の判決⁵³⁾が存在する。

しかし、金融部門および金融サービスの監督に関する 2002 年 8 月 2 日法律（Loi relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers）の 68 条は、ドイツ法にならって⁵⁴⁾、CBF（現在は CBFA）は、その任務を一般的利益（intérêt general）のためにのみ行使すると規定した⁵⁵⁾。そして、CBF

49) Seban [2002] p.10-11 ; Menuret [2002] p.502, n° 7.

50) 2003 年 3 月 25 日王令 34 号 1 条による改正前は、銀行および金融委員会（CBF）であった。

51) Flamme [1989] n° 504-504ter.

52) Civ. Bruxelles, 28 juin 1955, *Journal des Tribunaux* 1956, p.71; Rechtbank van Koophandel te Brugge, 15 januari 1982, *Rechtskundig Weekblad* 1982-1983, column 2784 ; Civ. Bruxelles, 24 octobre 1994, *Bank- en Financierwezen*, 1995/4, p.232 など。

53) Cour de Cassation, 9 octobre 1975, *Revue critique de jurisprudence belge* 1976, p.165.

54) DOC 50 1842/001, 1843/001, page 95.

55) もっとも、ドイツ法と異なり、ベルギー法は関係性を責任を負うための要件としていないから、この規定の法的な意義は全く不明であると指摘されている（Tison [2003] p.17）。

(現在はCBFA)、その機関構成員および職員は、悪意または重過失がある場合を除き、法律上の任務を行使するにあたっての決定、行為、ふるまいについて責任を負わないと定めた⁵⁶⁾。このような規定が設けられたのは、比較法の結果⁵⁷⁾ およびバーゼル委員会の「実効的な銀行監督のための中核的原則」⁵⁸⁾ をふまえるとともに、通常の責任制度の下での健全性監督は監督当局につりあいな財政的リスクを負わせる可能性があるということに基づいていた⁵⁹⁾。

なお、CBFAは監督対象金融機関からの拠出金によって運営されているため(金融部門および金融サービスの監督に関する2002年8月2日法律56条)、悪意または重過失があったとして、CBFAが損害賠償責任を負う場合には、賠償コストは拠出金の増額という形で金融機関に転嫁されるおそれがあるが、そのような場合の不足額は国が究極的に負担すべきであると主張されている⁶⁰⁾。

56) 政府の草案趣意書では、監督と検査の権限を有する他の公権力のおかれている状況とは同一ではなく、それらは健全性の検査を実施しないから、このような責任制限は憲法10条(法の下での平等)および11条(認められた権利と自由の無差別の保障)に反するものではないと主張されていた(DOC 50 1842/001, page 96)。この説明はコンセイユ・デタによっても受け入れられた(DOC 50 1842/001, page 248)。

57) 政府の草案趣意書では、アメリカにおいて連邦準備理事会が裁量的行為について責任を負わないこと、および、イギリスにおいて2000年金融サービスおよび市場法の下では悪意がない場合や違反が権利侵害を引き起こさなかった場合には、金融サービス庁(FSA)は責任を負わないとされていることに言及し、その他の国においても似た制度が法令上または判例上存在するとされていた(DOC 50 1842/001, page 94 et 95)。

58) DOC 50 1842/001, page 95 et 96.

59) DOC 50 1842/001, page 95.そして、監督対象企業が犯した失敗の責任を監督当局の責任で代替すべきではないと指摘されている。なお、質疑の際にも、趣意書とほぼ同じ内容の回答が金融大臣によってなされた(DOC 50 1842/004, page 129 et 130)。もっとも、Bank Fisherの破綻後、従前の預金者が銀行および金融委員会(当時)の責任を追及する訴訟を提起したことも、このような条項を設ける背景にあったのではないかと指摘されている(Tison [2003] p.17)。

60) Tison [2003] p.17.

IV. ルクセンブルク

1983年5月20日ルクセンブルク通貨機構 (Institut Monétaire Luxembourgeois, IML) を創設する法律 (Loi du 20 mai 1983 portant création d'un Institut Monétaire Luxembourgeois, *Mémorial A*, n° 38, 28 mai 1983, page 915) の下では、銀行監督権限を有するIMLの行為について国は責任を負う (répond) と定められていたが (31条)⁶¹⁾、IML自体が責任を負わないとは定められていなかった。したがって、IMLは、国および公法人の責任に関する1988年9月1日法律 (Loi du 01 septembre 1988 relative à la responsabilité civile de l'Etat et des collectivités publiques, *Mémorial A*, n° 51, 26 septembre 1988, page 1000)⁶²⁾ が制定される前は民法1382条以下に基づいて、その後は、国および公法人の責任に関する1988年9月1日法律に基づいて責任を負う可能性があった⁶³⁾。

しかし、EC銀行第2指令を国内法化する際に、金融部門に関する法律 (Loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier, *Mémorial A*, n° 27, 10 avril 1993, page 462) に、IMLはその監督権限を公益のためにのみ行使する旨の規定が設けられ (43条(1))、ドイツ法と同様の規定が設けられると同時に、IMLの銀行およびその顧客に対する責任が、IMLに重過失があり、損害との間の相当因果関係が立証された場合に限定された (1993年4月5日法律65条(2)による改正後1983年5月20日ルクセンブルク通貨機構を創設する法律30条(2) (3))⁶⁴⁾。これは、おそらく、BCCI事件に起因してIMLの責任を追及する訴訟が提起されたこと⁶⁵⁾ の影響を受けたものと推測される⁶⁶⁾。

これを受け継いで、1998年12月23日金融部門監督委員会 (CSSF) を創設する法律 (Loi du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de sur-

61) 法案第2575号 (1982年3月9日) の逐条解説 (*Document Parlementaire*, n° 2575, page 17) では、機構の資源と任務に照らして、そのような責任を機構に負わせることは正当化できないからであるとされていた。

62) 詳細については、Ravarani [1992] 参照。

63) *Document Parlementaire*, n° 3862², page 14 参照。

veillance du secteur financier, *Mémorial A*, n° 112, 24 décembre 1998, page 2985) には同じ規定が設けられた。すなわち、監督は公益 (intérêt public) のためにのみなされ、監督の対象となる金融機関、その顧客または第三者の個別的利益を保護することを目的としないとして、健全性監督の目的が明らかにされている (20 条(1))⁶⁷⁾。そして、CSSF がその公的任務を行使するにあたって採用した方法⁶⁸⁾ の選択および適用における重大な過失⁶⁹⁾ によって被害者の損害が生じたことが立証された場合にのみ、CSSF は監督対象金融機関、その顧客または第三者に対して責任を負うとされている (20 条(2))⁷⁰⁾。

もっとも、1993 年改正の際には、趣意説明書 (Exposé des motifs)⁷¹⁾ および修正についての注釈⁷²⁾ によれば、43 条は健全性の監督はもっぱら一般的利益

64) 当初提出された法案第 3600 号 (1992 年 4 月 3 日) にはこのような規定は設けられていなかったが (*Document Parlementaire*, n° 3600 参照)、1992 年 10 月 6 日の政府修正案で盛り込まれたものである (*Document Parlementaire*, n° 3600³, page 1)。なお、この規定は、Loi du 22 avril 1998 portant modification des lois relatives à l'Institut Monétaire Luxembourgeois et au statut monétaire du Grand-Duché de Luxembourg (*Mémorial A*, n° 33, 1 mai 1998, page 466) による改正により、28 条 (2) および (3) とされた。なお、1998 年 4 月 22 日法律に至る段階で、法案第 3862 号に対して、商業会議所 (Chamber de commerce) が意見 (1995 年 1 月 30 日) を述べていたが、そこでは、他の公法人は軽過失にとどまる場合にも損害賠償責任を負うこととのバランスを失すること、IML が監督権限の行使上なしたさまざまな行為によって IML の監督に服する金融機関が損害を被る可能性があり、IML の処分がコンセイユ・デタによって取り消される場合であっても壊滅的な損害を受ける可能性があることなどを理由に、IML の責任を重過失があった場合に限定することに反対していた (*Document Parlementaire*, n° 3862², page 13 à 15)。

65) De Lhoneux et Cromlin [1995] p.233.

66) Fernand Rau 氏による法案第 3600 号に関する財政・予算委員会 (Commission des Finances et du Budget) の報告 (1993 年 3 月 23 日) では、ドイツの立法に言及する一方で、BCCI 事件をうけて重過失を責任を負う要件とする旨が指摘されている。また、監督当局の義務は手段債務であって結果債務でないとも述べられている (page 2457)。

67) 法案第 4469 号の逐条解説では、本項の趣旨は CSSF が監督対象金融機関の顧客や取引相手の利益を特に保護する役割を有しないことに留意させることにあり、政府はこのような方法で個々の顧客の利益は合理的に保護されていると考えたとされている (*Document Parlementaire*, n° 4469, page 15)。

（*intérêt general*）のために行われ、したがって、公益（*intérêt public*）⁷³⁾の保護のために責任が引き受けられなければならないという原則を明らかにするものである一方で、65条(2)による改正後1983年5月20日ルクセンブルク通貨機構を創設する法律30条(2)(3)の規定は、公法人はその業務の瑕疵のある遂行によって生じたすべての損害について責任を負うという、国および公法人の責任に関する1988年9月1日法律に定められた原則から離れる（*déroger*）ものではないと説明されていた⁷⁴⁾。このような解釈は、1998年12月23日法律の制定過程において改められた形跡はなく、現行法の下でも同様にあてはまると考えるのが自然であり、公表裁判例が存在しないので、CSSFが免責される範囲については不明確な点が残っている。

※本論文は、財団法人全国銀行学術研究振興財団2006年度研究助成をうけて行っている研究の成果の一部である。

68) これは、結果債務ではなく手段債務であるという考え方（ベルギーにおいても同様の考え方がとられている。Cour d'Appel Bruxelles, 26 septembre 1974, *Journal des Tribunaux* 1975, p.226）を背景にしていると推測される（Elvinger [1994] page 45, note 57）。

69) 商業会議所は、法案4469号についても意見（1998年11月6日）を述べ、法案第3862号に対する意見を引用して、CSSFの責任を重過失があった場合に限定することに反対していた（*Document Parlementaire*, n° 4469², page 4 et 5）。もっとも、コンセイユ・デタは、この意見をふまえつつも、法案4469号が提案する条項が1993年4月5日法律による改正後ルクセンブルク通貨機構を創設する法律30条(2)(3)と同じ文言であるとして同意を与えた（*Document Parlementaire*, n° 4469⁴, page 6）。

70) 法案第4469号の逐条解説では、本項は、監督対象金融機関の過誤または過失から生じた損害が自動的にCSSFの財政的負担とされることを防ぐものであるとされている。なお、CSSFのとった方策の適切性は他の監督機関、とりわけヨーロッパ連合の他の監督機関によって適用されている標準に照らして判断されると指摘されている（*Document Parlementaire*, n° 4469, page 15）。

71) *Document Parlementaire*, n° 3600, page 1.

72) *Document Parlementaire*, n° 3600³, page 1.

73) 一般的利益または公益は、金融機関またはその顧客の個別的利益（*intérêt individuel de chaque professionnel financier ou de chaque client*）の反対概念として位置付けられている（*Document Parlementaire*, n° 3600, page 9）。

74) De Lhoneux et Cromlin [1995] p.234 ; Elvinger [1994] para. 144.

IT化時代における表現の自由と差別規制

——オーストラリアにおけるサイバー・レイシズム問題を素材に——

藤 井 樹 也

はじめに

1 オーストラリアにおける表現の自由と差別規制

2 サイバー・レイシズムをめぐる諸問題

おわりに

はじめに

本稿は、オーストラリアにおけるサイバー・レイシズム（cyber-racism：サイバースペースにおける人種差別主義）の問題を素材に、IT化時代における表現の自由と差別規制の関係を考察しようとするものである。オーストラリア連邦憲法は、連合王国（イギリス）との歴史的関係に由来する諸制度のほか、連邦制度の採用、人権保障規定の欠如など、日本法と著しく異なる特徴をもつ一方で、同国はかつての先住民征服政策と差別的移民政策（白豪主義）を転換し、近年ではその多文化主義政策が注目されるに至っている。そして同国では、連邦憲法に平等権をはじめとする権利保障規定がなかったことが逆に幸いして、連邦法および州法としてさまざまな差別禁止法が制定され、人種差別、性差別、障害者差別、年齢差別などの多様な現代的課題に迅速かつ柔軟な対応がなされてきた。しかも、連邦の差別禁止立法は、人種差別撤廃条約や女子差別撤廃条約などの国際人権条約の国内的実施という形式で行われざるをえなかつ

たが、それにより、連邦憲法による権利保障との困難な調整を省略して、ほぼダイレクトに国際人権条約の保障内容を国内で受容することが可能となったのである¹⁾。

本稿の目的は、以上のような特質を有するオーストラリア法を素材として、IT化時代における表現の自由と差別規制の調整という、困難な課題に対処する手がかりを得ることである。とりわけ、オーストラリアでは連邦および数州の差別禁止法において、所定の人種差別的表現が禁止されるに至っており、同国での議論には、差別的表現に対する法的規制のあり方が近年論議されている日本でも、参考になる部分が少なくないと考えられる。以下では、第一に、オーストラリアにおける表現の自由の保障と差別規制立法の現状を概観する(1)。第二に、近年問題となっているサイバー・レイシズムをめぐる諸問題を考察する(2)。

1 オーストラリアにおける表現の自由と差別規制

(1) オーストラリア連邦憲法と表現の自由

1900年に連合王国の国会においてオーストラリア連邦憲法として可決され成立した現行のオーストラリア連邦憲法には、包括的な権利章典が含まれておらず、権利保障規定と理解可能な個別的规定²⁾が散在しているにすぎない。表現の自由を保障する明文規定も欠如している。しかし、国際的な人権保障の

1) オーストラリアにおける差別禁止立法と憲法の関係については、藤井樹也「オーストラリアにおける差別禁止立法と憲法——人種差別禁止法を中心に——」佐藤幸治＝平松毅＝初宿正典＝服部高宏編『現代社会における国家と法——阿部照哉先生喜寿祝賀論文集』（所収）（2007年4月公刊予定、本稿執筆時点で掲載頁は未確定）を参照。

2) 個別的な憲法規定によって保障される権利としては、一般に、投票権（41条）、正当な条件による財産収用（51条31号）、陪審審理（80条）、州際通商の自由（92条）、国教樹立の禁止と信教の自由（116条）、他州民の差別の禁止（117条）などがあげられる。以上のほか、地域間の差別的課税の禁止（51条2号）、医療・歯科医療に関する徴用の禁止（51条23A号）、一部地域への特惠付与の禁止（99条）などを含める見解もある。GEORGE WILLIAMS, HUMAN RIGHTS UNDER THE AUSTRALIAN CONSTITUTION 47-50（2002）。

傾向を背景に、1990年代以降、連邦憲法の条文と構造を手がかりに、憲法に明示規定がない権利の存在が承認されるようになった³⁾。そして高等法院 (High Court) は、代議院議員 (24条) および元老院議員 (7条) の直接選挙を定める憲法規定によって形成される代表民主政を手がかりに、政治的コミュニケーションの自由が憲法によって含意される権利であることを承認するに至っている。

高等法院では、すでに1992年の2判決において、政治的討論の自由が連邦憲法7条・24条から導かれるという立場にたつ判事が多数を占めていた⁴⁾。そして高等法院は、1994年の3判決⁵⁾と1996年の3判決⁶⁾をつうじて、政治的コミュニケーションの自由が連邦憲法に含意されているという立場を徐々に確固なものとしていった。このうち、1994年の *Theophanous* 判決と *Stephens* 判決では、連邦および州の公務員に対する名誉毀損訴訟において、政治的コミュニケーションの自由によってコモン・ロー上の名誉毀損法が制約されることが容認されている⁷⁾。そして、このような流れは、1997年の *Lange* 判決⁸⁾ で確立された。この事例は、ニュー・ジーランドのDavid Lange 元首相がオーストラリ

3) それ以前の高等法院においても、連邦憲法によって含意される権利の承認を主張する判事 (たとえばLionel Murphy判事) が存在していたが、この立場が多数を占めるにはいかなかった。WILLIAMS, *supra* note 2, at 156-158.

4) *Nationwide News Pty Ltd v. Wills*, 177 CLR 1, 108 ALR 681 (1992), *Australian Capital Television Pty Ltd v. Commonwealth*, 177 CLR 106, 108 ALR 577 (1992).

5) *Theophanous v. Herald & Weekly Times Ltd*, 182 CLR 104, 124 ALR 1 (1994), *Stephens v. West Australian Newspapers Ltd*, 182 CLR 211, 124 ALR 80 (1994), *Cunliffe v. Commonwealth*, 182 CLR 272, 124 ALR 120 (1994).

6) *McGinty v. Western Australia*, 186 CLR 140, 134 ALR 289 (1996), *Langer v. Commonwealth*, 186 CLR 302, 134 ALR 400 (1996), *Muldowney v. South Australia*, 186 CLR 352, 136 ALR 18 (1996). ただし、*Langer* 判決と *Muldowney* 判決は、強制投票制が7条・24条の定める直接選挙の要請に反するという主張を斥け、両条の含意を投票の自由にも拡張する立場を否定している。

7) *Theophanous*, *supra* note 5 (連邦議会議員), *Stephens*, *supra* note 5 (州議会議員).

8) *Lange v. Australian Broadcasting Corp.*, 189 CLR 520, 145 ALR 96 (1997).

ア放送（ABC）の番組による名誉毀損を主張して訴えを提起したケースである。高等法院は、1990年代以降の先例を再検討して、全員一致の判断により、連邦憲法が含意する政治的コミュニケーションの自由を根拠に、ABCが主張できるコモン・ロー上の抗弁を拡張した。そして、政治的コミュニケーションの自由を個人的権利とすることには消極的姿勢を示す一方で、この自由を立法権および行政権によって縮減できないことを承認したのである。

以上のように、現在では、政治的コミュニケーションの自由がオーストラリア連邦憲法によって黙示的に保障されるという考え方が一般化している。しかし、この保障が明文規定によるものでないことに加え、そこで含意されているコミュニケーションの自由が一般的な表現の自由ではなく、政治的内容をもつものに限られる点でも、日本国憲法による表現の自由の保障（21条）と異なっている。この点で、高等法院の立場にはなお不明確な点が残されているが⁹⁾、高等法院は、コモン・ロー上のルールが連邦憲法の黙示的要請に従うことを求めているにとどまり、政治的コミュニケーションの自由を裁判上独立に主張可能な個人的権利とすることに慎重な姿勢をとっている点でも、日本国憲法による権利保障と異なることに注意が必要である。

（2）オーストラリアにおける差別規制

オーストラリアでは、1975年の連邦人種差別禁止法（Racial Discrimination Act 1975）以来、連邦および各州によって、さまざまな差別禁止立法がなされてきた。連邦の主要な差別禁止立法としては、人種差別禁止法のほか、性差別禁止法（Sex Discrimination Act 1984）、障害者差別禁止法（Disability Discrimination Act 1992）、年齢差別禁止法（Age Discrimination Act 2004）がある¹⁰⁾。そして、人権及び機会均等委員会法（Human Rights and Equal

9) *Lange* 判決以後の高等法院が、少なくとも政治的コミュニケーションと連邦選挙での投票選択との関連性を要求していることを指摘するものとして、以下の文献を参照。Dan Meagher, *What is 'Political Communication'? The Rationale and Scope of the Implied Freedom of Political Communication*, 28 MELBOURNE U. L. REV. 438, 471-472 (2004).

Opportunity Commission Act 1986) によって改組・設置された人権及び機会均等委員会が、救済メカニズムの重要な一翼を担っている¹¹⁾。

このうち、連邦の人種差別禁止法は、オーストラリア政府が1975年に批准した人種差別撤廃条約 (International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination) に対応するために制定された連邦法である。高等法院は、連邦憲法 51 条 29 号が規定する「対外事項 (external affairs)」に関する立法権限を根拠に、連邦議会による同法の制定は連邦憲法上有効であると判断している¹²⁾。

同法によって違法とされるのは、「人権または基本的自由」の等しい享有を否定する意図または効果をともなっており、「人種、肌の色、世系 (descent)、民族的・種族的出身 (national or ethnic origin) を理由として、区別、排除、制限、優先を行うすべての行為」¹³⁾ であり (RDA § 9 (1))、「人権または基本的自由」には、同法が別表として掲げる人種差別撤廃条約 5 条の規定する諸権利が含まれるとされる (§ 9 (2))。また、直接差別だけでなく、間接差別の禁止が明文化されている (§ 9 (1A))。それによると、(a) 不合理な条件に従うこと

10) オーストラリアの差別禁止法によって禁止される行為の概要については、藤井・前掲注 1) のほか、以下の文献を参照。MARGARET THORNTON, THE LIBERAL PROMISE: ANTI-DISCRIMINATION LEGISLATION IN AUSTRALIA 44-101 (1990), CHRIS RONALDS & RACHEL PEPPER, DISCRIMINATION LAW AND PRACTICE 32-53 (2d ed. 2004), HUMAN RIGHTS AND EQUAL OPPORTUNITY COMMISSION, FEDERAL DISCRIMINATION LAW 2005, at 3-8 (2005)。

11) オーストラリアの国内人権救済機関については、川村暁雄「オーストラリアの人権及び機会均等委員会——開かれた人権保障システムへの展望」人権フォーラム 21 編『世界の国内人権機関——国内人権システム国際比較プロジェクト (NMP) 調査報告——』132 頁 (1999)、川村暁雄「オーストラリア人権及び機会均等委員会——開かれた人権保障システムへの展望と課題」NMP 研究会・山崎公士編著『国内人権機関の国際比較』51 頁 (2001) を参照。また、国内人権機関の役割一般については、山崎公士「差別撤廃における国内人権機関の役割」部属解放研究 167 号 2 頁、3～5 頁 (2005) を参照。

12) *Koowarta v. Bjelke-Peterson*, 153 CLR 168, 39 ALR 417 (1982)。この問題に関する高等法院の判例については、藤井・前掲注 1) を参照。

13) 同法が依拠する人種差別撤廃条約によって禁止される「人種差別」の意味については、村上正直『人種差別撤廃条約と日本』19～21 頁 (2005) を参照。

の要求がなされ、(b)相手方がその条件に従わない、または従うことができないとき、(c)人種等を理由として人権または基本的自由の等しい享有を否定する意図または効果がその要求にともなっているなら、その要求行為が人種等を理由とする区別にあたるとみなすというのである。そして、連邦法や州法によって人種等に基づく不利な取り扱いを受けている者には、有利な取り扱いを受けている者と同等の権利が保障される（§ 10 (1)）。同法によると、公共の場所や輸送手段もしくは施設へのアクセスとその利用（§ 11）、土地・建物その他の設備に関する取引（§ 12）、商品・サービスの頒布（§ 13）、労働組合への加入（§ 14）、雇用（§ 15）に関する差別が違法とされている。また、違法な差別行為の広告（§ 16）や煽動（§ 17）が禁止されている。これらの行為そのものは、刑事処罰の対象とはされていないが（§ 26）、同法によって認められた権限の行使を妨害する行為や、同法に基づく不服申立てを行った者に解雇等の不利益を加える行為など、特定の行為は刑事処罰の対象とされている（§ 27）。

人種差別禁止法が禁止する上記行為のうち、差別行為の広告については、連邦の性差別禁止法（SDA § 86）、障害者差別禁止法（DDA § 44）、年齢差別禁止法（ADA § 50）のほか、多くの州の差別禁止法によって禁止対象とされている¹⁴⁾。また、差別行為の煽動についても、連邦障害者差別禁止法（DDA § 43）に明文の禁止規定があるほか、数州の差別禁止法に差別行為の幫助・教唆の禁止規定が設けられている¹⁵⁾。このような広告や煽動の禁止規定にすでに、表現の自由との関係で問題となる部分が含まれていたといえる。

しかし、1995年の人種的憎悪禁止法（Racial Hatred Act 1995）¹⁶⁾によって、

14) See New South Wales Anti-Discrimination Act 1977 § 51, Queensland Anti-Discrimination Act 1991 §§ 127-128, South Australia Equal Opportunity Act 1984 § 103, Victoria Equal Opportunity Act 1995 §§ 195-197, Western Australia Equal Opportunity Act 1984 § 68, Australian Capital Territory Discrimination Act 1991 § 69, Northern Territory Anti-Discrimination Act §§ 25, 109.

15) See NSW ADA § 52, ACT DA § 73.

連邦の人種差別禁止法に、人種等を理由として個人または集団の感情を害するなどの行為を禁止する諸条項（RDA Part II A）が追加され、これによって、差別規制と表現の自由との対立が一気に顕在化した。それによると、私的に行われたとはいえない行為が、(a)他の個人または集団の感情を害し、侮辱し、辱め、畏怖させる合理的蓋然性をもち、(b)他の個人または集団の一部または全部の人の、人種、肌の色、民族的または種族的出身を理由としてなされた場合、その行為は違法とされる（§ 18C (1)）。そして、公にむけられた言葉、音声、画像または文章や、公の場所でなされた行為、公の場所にいる人びとが見聞できる行為は、私的に行われたとはいえないとみなされる（§ 18C (2)）。ただし、(a)芸術作品の上演、展示、頒布、(b)真正な学問的、芸術的もしくは科学的目的、その他公共の利益のための真正な目的でなされる、陳述、出版、議論もしくは討論、または、(c)公共の利益に関する出来事や事項に関する公正かつ正確な報告、もしくは、公共の利益に関する出来事や事項に関する公正な論評であって、評者の真正な考えの表明といえるものが、合理的かつ真摯になされた場合には、上記禁止規定の適用除外とされている（§ 18D）。さらに、雇用された者が職務上の行為として上記違法行為を行った場合の使用者責任が規定されている（§ 18E）。また、このような人種的憎悪行為の被害者は、人権及び機会均等委員会に提訴することが定められる（HREOCA § 46P）。ただし、この行為は刑事処罰の対象とはされていない（RDA § 26）。

以上に加えて、一部の州法は、悪質な人種の中傷を刑事処罰の対象としている。たとえば、New South Wales州の差別禁止法は、1989年の改正によって、人種の中傷（racial vilification）を禁止するとともに、悪質な人種の中傷（serious racial vilification）に対する罰則を規定している（NSW ADA Part II, Division 3A）¹⁷⁾。すなわち、公的行為によって、人種を理由として個人または

16) 人種的憎悪禁止法については、齋藤憲司「海外法律情報—オーストラリア 1995年人種憎悪禁止法の制定」ジュリ1087号112頁（1996）を参照。See RONALDS & PEPPER, *supra* note 10, at 102-111, HUMAN RIGHTS AND EQUAL OPPORTUNITY COMMISSION, *supra* note 10, at 59-80.

集団に対する憎悪を煽り、重大な侮辱を行い、または、甚だしく嘲笑する行為は違法とされる（§ 20C (1)）¹⁸⁾。そして、このような行為が、(a)物理的加害の脅迫、または、(b)脅迫行為の煽動をとまなう場合には刑事処罰の対象とされ、個人に対する行為については罰金または身体刑（併科可能）が、法人に対する行為については罰金が科されることとされている（§ 20D (1)）。同様の処罰規定は、いくつかの他州法にもみられる¹⁹⁾。

もっとも、人種的中傷行為の処罰規定については、適用除外条項の存在のほか²⁰⁾、訴追要件が厳格化されている例があること²¹⁾、要件とされる公的行為と私的行為との区別が曖昧であることなど、訴追を実現するには数々の困難があり、実際にもほとんど訴追例がなく、その実効性には疑問もある。

17) New South Wales州の人種的中傷禁止法については、以下の文献を参照。LUKE McNAMARA, REGULATING RACISM : RACIAL VILIFICATION LAWS IN AUSTRALIA 121-221 (2002), Anna Chapman & Kathleen Kelly, *Australian Anti-Vilification Law: A Discussion of the Public / Private Divide and the Work Relations Context*, 27 SYDNEY L. REV. 203, 206-208 (2005)。

18) 同条の「公的行為」には、公に対する多様な方法によるコミュニケーション行為が含まれると定義されている（NSW ADA § 20B）。また、同条の「人種」には、「肌の色、国籍、世系、種族的・種族宗教的（ethno-religious）・民族的出身」が含まれると定義されている（§ 4 (1)）。このうち「種族宗教的出身」は、ユダヤ教徒、イスラム教徒、シク教徒などの種族宗教的グループが同法の保護対象に含まれることを明示するため、1994年の法改正によって追加されたものである。See Chapman & Kelly, *supra* note 17, at 206 n.14.

19) See QLD ADA § 131A, Victoria Racial and Religious Tolerance Act 2001 § 24, South Australia Racial Vilification Act 1996 § 4, Western Australia Criminal Code §§ 76-80 (Chapter IX – Racist harassment and incitement to racial hatred, inserted 1990), ACT DA § 67.各州の規制状況については、以下のページを参照。Race Discrimination Unit, HREOC, *Racial Vilification Law in Australia*, at http://www.hreoc.gov.au/racial_discrimination/cyber-racism/vilification.html (2006年12月8日最終確認)。

20) New South Wales州法の場合、公正な報告等が人種的中傷行為処罰規定の適用除外とされている（NSW ADA § 20C (2)）。

21) New South Wales州法の場合、法務長官による訴追の同意がなければ訴追されない（NSW ADA § 20D (2)）。

2 サイバー・レイシズムをめぐる諸問題

(1) サイバー・レイシズム問題

サイバー・レイシズムとは、サイバースペースにおける人種差別主義を意味し、具体的には、インターネット等のヴァーチャル空間ないしオンライン領域でなされる、人種を理由とする憎悪を煽る行為や人種を理由とする誹謗・中傷行為として発現する。同様の問題は、アメリカでも、インターネット・ヘイト・スピーチの問題として語られており²²⁾、IT化技術の進展と共に、表現の自由と差別規制との矛盾・牴触がもっとも先鋭化し、しかも国境を越える広汎な影響を及ぼしている領域だといえる。アメリカで発生した2001年9月11日のテロ攻撃の後、オーストラリアにおいても、反イスラム的・反アラブ的なウェブサイトが急増しているという。また、ユダヤ人に対して脅迫・罵倒を行う電子メールも増加しているという。また、サイバー・レイシズムの媒体は多様であり、人権及び機会均等委員会によると、人種差別的な表現物は、ウェブサイトにとどまらず、コンピュータ・ゲーム、電子メール（スパム・メールなど）、チャット・ルーム、ディスカッション・グループ、音楽

22) See, e.g., Peter J. Breckheimer II, *A Haven for Hate : The Foreign and Domestic Implications of Protecting Internet Hate Speech under the First Amendment*, 75 S. CAL. L. REV. 1493 (2002), Christopher D. Van Blarcum, *Internet Hate Speech : The European Framework and the Emerging American Haven*, 62 WASH. & LEE L. REV. 781 (2005) (表現の自由の保障が重視されるアメリカが、インターネット・ヘイト・スピーチの国際的な発信源となっている問題を指摘する)。なお、アメリカにおけるヘイト・スピーチ規制と表現の自由をめぐる問題については、藤井樹也「ヘイト・スピーチの規制と表現の自由—アメリカ連邦最高裁のR.A.V.判決とBlack判決」国際公共政策研究9巻2号1頁(2005)を参照。また、ヨーロッパを中心とする諸国のサイバー・レイシズムへの対処については、以下の文献を参照。Conference Paper, *Strategies to Tackle Racism and Xenophobia on the Internet - Where are we in Europe?*, 7 INT'L J. COMM. L. & POLY 8 (2002)。アニー・カリル(中原美香訳)「サイバースペースにおける人種主義および排外主義(ゼノフォビア)と闘う——ヘイトスピーチに影響する法的問題および国際協力を促進する方法——(上)、(下)」部落解放研究167号30頁(2005)、168号57頁(2006)。

にもみられるというのである²³⁾。

サイバー・レイシズムの特徴として、以下の諸点をあげることができる。

第一に、影響力が大きい点をあげることができる。すなわち、IT化の進展と電子機器の普及によって、インターネットへのアクセスがますます容易になるとともに、情報の伝達範囲もますます広域化し、さらに、文字情報だけでなく音声、静止画像、動画などのさまざまな媒体をつうじて、効果的かつ強力な情報伝達が可能になっている。それにより、人種差別的メッセージの影響力も増大しているのである。

第二に、取締りが困難である点があげられる。オーストラリア国内に限っても、ウェブサイトの作成者やスパム・メールの発信者を特定することは必ずしも技術的に容易でないうえ、掲示板への差別的な書き込みなどを常時モニターすることはきわめて困難である。また、ウェブサイトの作成・削除を反復したり、ウェブ上の場所を頻繁に移動したりするなど、インターネット表現の機動性が高いため、その捕捉はしばしば困難である。さらに、インターネット・サービス・プロヴァイダ（ISP）が介在するため、適切な規制の相手方を特定するために複雑な考慮が必要となるのである。

第三に、国境を越えるという特質がある。オーストラリア国内で閲覧可能なウェブサイトが、オーストラリア国外のサーバ上に存在している場合、その内容が連邦または州の人種的憎悪禁止法の禁止に触れるとしても、その適用可能性・執行可能性に関して法的に困難な問題が生じる。この点に関連して、高等法院は、国外のサーバ上の表現行為に対して、オーストラリア国内の名誉毀損法を適用することを認める判断を示している²⁴⁾。もっとも、この事例で

23) オーストラリアにおけるサイバー・レイシズムの現状については、以下のページを参照。Cyber-racism Symposium Report, at http://www.hreoc.gov.au/racial_discrimination/cyber racism/report.html#1 (2006年12月8日最終確認)。また、インターネット上の人種差別的な表現物の例については、以下のページを参照。Race Discrimination Unit, HREOC, *Examples of Racist Materials on the Internet*, at http://www.hreoc.gov.au/racial_discrimination/cyber racism/examples.html (2006年12月8日最終確認)。

問題となったのは人種的憎悪行為や人種の中傷行為ではなく、刑事処罰の是非が問題となったケースにもあたらないため、サイバー・レイシズムとの関係でこの判決の射程がどこまで及ぶのか、なお不明確な部分が残されている。

逆に、オーストラリアの国内法上は合法とされた表現行為が、国際法上問題となった事例として、2002年の *Hagan* 事件がある²⁵⁾。この事例では、“nigger”という言葉を含む掲示物が差別的なものにあたるかどうかが問題となり、連邦裁判所が原告の主張を斥けたのに対して、国連人種差別撤廃委員会は、人種差別撤廃条約に照らしてこの掲示物が感情を害する侮辱的なものに該当すると認定し、この掲示物の除去を勧告したのである²⁶⁾。この事件で問題となった表現行為はインターネット表現ではないので、この判断がサイバー・レイシズムに直ちに妥当するわけではない。ただ、先に述べたように、オーストラリアの差別禁止立法は、国際人権条約の国内的実施という形で憲法上正当化されているため、同国が人種差別撤廃条約と国内の人種差別禁止法との齟齬にどのように対処するのかが、あらたな課題として注目される。

(2) Toben 事件

表現の自由と連邦の人種的憎悪禁止法との関係を考える上で興味深いのが、連邦裁判所による2002年の *Toben* 判決²⁷⁾ である。この事件で問題となった事

24) Dow Jones & Co. v. Gutnick, [2002] HCA 56, 194 ALR 433 (2002). 同判決の比較法的意義については、以下の文献を参照。Julia A. Timofeeva, *Worldwide Prescriptive Jurisdiction in Internet Content Controversies: A Comparative Analysis*, 20 CONN. J. INTL L. 199, 209-210 (2005). 国境を越えるインターネット表現の規制をめぐる諸問題については、松井茂記『インターネットの憲法学』347～363頁(2002)を参照。

25) Hagan v. Australia, Communication No.26/2002, U. N. Doc. CERD/C/62/D/26/2002 (2003).

26) この判断の国際法的意義については、以下の文献を参照。Mariana Mello, *Hagan v. Australia: A Sign of the Emerging Notion of Hate Speech in Customary International Law*, 28 LOY. L. A. INTL & COMP. L. REV. 365 (2006).

27) Jones v. Toben, 71 ALD 629 (2002).

実は、以下のとおりである。ホロコーストの学術研究のためとしてドイツからの移民である被告（Fredrick Toben、ウェブ上の表記はTöben）によって設立された組織（Adelaide Institute）のウェブサイトに、ホロコーストの存在に重大な疑義がある、アウシュビッツの殺人ガス室の存在は疑わしい、抗議をおこなったユダヤ人の知性が低いなどの表現物が含まれていた。そこで、この内容が、反ユダヤ的でありユダヤ人を中傷するものであるとして、ユダヤ人組織が人権及び機会均等委員会に提訴したものである。2000年に、人権及び機会均等委員会は、被告がユダヤ人を中傷する文書をウェブサイト上で公開した行為は、連邦人種差別禁止法（RDA § 18C）に反し違法であるとの裁定をおこなった。被告がウェブサイトの閉鎖命令に従わなかったため、原告が裁定の執行を求める訴えを連邦裁判所に提起したのが本件である²⁸⁾。

被告は、人種差別禁止法 § 18C による禁止が人種差別撤廃条約4条の規定する「人種の憎悪」の範囲を逸脱しており、連邦憲法51条29号の対外事項に関する立法権限の範囲を超え違憲であると主張した。

これに対して連邦裁判所のBranson 裁判官による判断は、人種差別禁止法 § 18C が、人種差別撤廃条約の実施に適合的であって合憲であると認定した。そして、問題となったウェブサイトは、ホロコーストの存在に重大な疑義があるとしている点、アウシュビッツの殺人ガス室の存在が疑わしいとしている点、抗議をおこなったユダヤ人の知性が低いとしている点などにおいて、ユダヤ人を中傷するものであり、適用除外とされる場合にも該当せず、人種差別禁止法に違反すると認定されたのである。

以上の認定を基礎に、連邦裁判所は、救済として、WWW上の表現物の削除命令と公表の差止命令を行った。すなわち、(1)ウェブサイト <http://www.adelaideinstitute.org> および原告またはAdelaide Instituteが管理する他のすべての

28) なお、問題となったウェブサイトにはドイツ法に抵触する内容が含まれていたため、原告は1999年にドイツ国内で逮捕され、ドイツ法に基づいて起訴され有罪判決を受けた。Van Blarcum, *supra* note 22, at 803-804.

WWWウェブサイトから、7日以内に、下記①～③の文書等を削除するため必要なあらゆる行為を行うこと。①「Adelaide Instituteについて」という題の文書。②内容が相当程度類似する他のすべての表現物。③以下の中傷を内容とする他のすべての表現物——(A)ホロコーストの存在に重大な疑いがあるとするもの、(B)アウシュビッツに殺人ガス室があった可能性が低いとするもの、(C)ホロコーストの否定によって感情を害され、それに抗議するユダヤ人の知性が低いとするもの、(D)一部のユダヤ人は、金銭的利益などの不当な目的のために、第二次大戦中に殺されたユダヤ人の数や当時の状況を誇張したとするもの。(2) WWW等に、上記①～③の文書等を公表・再公表しないこと、である。ただし、連邦裁判所は、原告の請求のうち謝罪の強制は不適切であるとして斥けた。

この判決では、表現の自由と差別規制との関係が正面から論じられているわけではないが²⁹⁾、民事上の救済をつうじて結果的に表現の自由を制約することを容認した点で、サイバー・レイシズムへの対処をめぐる議論に重要な手がかりを提供するものと評価できる。高等法院が、連邦憲法が含意する政治的コミュニケーションの自由を根拠に、人種的憎悪行為の禁止をはじめとする差別規制を違憲とするかどうかは不明だが、消極的な見方も強い³⁰⁾。いずれにせよ、サイバースペースにおける表現の自由と差別規制との対立をめぐる問題が、オーストラリアにおける重要な課題であることは確かである。

おわりに

以上、サイバー・レイシズムの問題を手がかりに、オーストラリアにおける表現の自由と差別規制をめぐる状況を概観した。そこにはさまざまな困難な

29) 人種及び機会均等委員会での審理に際して、人種差別委員が政治的コミュニケーションの自由との関係を検討し、適用除外規定の存在を理由に合憲性を説明した例として、以下の事例を参照。HUMAN RIGHTS AND EQUAL OPPORTUNITY COMMISSION, *supra* note 10, at 79, quoting *Hobart Hebrew Congregation v. Scully*, unreported, HREOC, Commissioner Cavanough QC, 21 September 2000, extract at (2000) EOC 93-109.

30) Saku Akmeenama & Melinda Jones, *Fighting Racial Hatred*, in RACE DISCRIMINATION COMMISSIONER, *THE RACIAL DISCRIMINATION ACT: A REVIEW* 129 (1995).

課題が残されているとともに、日本でも参考になる部分が少なくないように思われる。

第一に、表現の自由と差別規制の必要性がいずれも増大しつつある状況の中で、両者をどのように調整するかという問題についてである。オーストラリアの高等法院は一方で、1990年代以降、連邦憲法の拡張的解釈を通じて、政治的コミュニケーションの自由の確立の努力を行ってきた。しかし他方で、サイバー・レイシズムの深刻化に対して規制を強化する必要に対処するため、人種差別禁止法による人種の憎悪表現の処罰を正当化する下級審判例があらわれている。表現の自由の明文保障規定を有する日本国憲法のもとで、同様の解決が可能かどうかという点についてはなお慎重な検討を要するものの³¹⁾、IT化社会における相反する要請の調整という困難な課題に直面しているオーストラリアの動向は、日本でも参考になると思われる。

第二に、差別規制の実効性と必要性についてである。オーストラリアの差別禁止法には、人種の憎悪行為の禁止など、日本でも立法化が議論されている内容が含まれている。しかし、人種の中傷に対する刑事処罰は悪質な中傷表現に限られており、また、訴追にはさまざまな厳格な要件が課されており、その実効性には疑問も生じている。もっとも、かりに刑事処罰が容認される行為を、従来の脅迫罪でも処罰の対象とされていた脅迫行為など個人に対する直接的な侵害行為に限定するのであれば、特別な処罰規定の必要性に疑問が生じることになる。つまり、差別規制の実効性と必要性との間には、性質上相反する部分が含まれているのである。この点で、オーストラリアの差別禁止法の運用状況は、日本における今後の立法論にも参考になるように思われる³²⁾。

31) 差別的表現の規制の合憲性判断基準については、高橋和之＝松井茂記編『インターネットと法（第3版）』35～36頁（松井茂記執筆）（2004）を参照。

32) 本稿は、平成15・16年度文部科学省科学研究費補助金（若手研究（B））「英連邦3カ国（イギリス・カナダ・オーストラリア）の権利救済法制の比較研究」および平成18年度文部科学省科学研究費補助金（萌芽研究）「IT化時代における英米5カ国の権利救済法制の比較研究」の助成研究の成果の一部である。

消費者契約における取消権と不当利得法理(1)

丸 山 絵美子

- I. はじめに～本稿の課題
- II. 消費者契約に特有の取消権と清算に関する議論
- III. クーリング・オフの効果論と取消の効果論 (以上、本号)
- IV. 不当利得法理に関する従来議論との関係
- V. 課題と展望

I. はじめに～本稿の課題

消費者が、事業者の不実告知や威迫などにより、それがなければ締結しなかったであろう契約を締結し、その後、当該契約を取り消した場合、契約の清算はいかになされるべきか。とりわけ、契約締結後、取消までの間に、消費者が事業者の提供する役務を受領し、あるいは商品を受領・消費・使用していた場合が問題となる。例えば、「床下の湿気がひどく、このままでは家屋が傾く可能性がある」という事業者の不実告知を信じ、床下への乾燥剤散布や換気扇設置が行われ、数ヶ月経過後に、不実告知に気がつき契約を取り消した場合、あるいは「無料肌診断」という看板をみて訪れたエステティックサロンにおいて、退去妨害によりエステティックサービス契約及び化粧品販売契約が締結され、当日、サービスの提供と化粧品の開封・消費が行われたが、後日、契約を取り消した場合などである。消費者は事業者に対し、支払い済みの代金を不当利得返還請求できる。では、事業者は、既履行役務、商品の使用利益等について、

その価値返還を消費者に請求できるのであろうか。また、請求できる場合、その範囲や額の算定基準をどのように考えるべきか。

既履行役務や目的物の消費・使用に係る清算問題は、消費者契約の取消に限られず、契約の無効、取消、不成立、解除などにおける清算の場面一般において登場する。しかし、とりわけ消費者契約法の立法前後から、消費者が契約を取り消しても、受領した役務などに関し事業者から消費者に対する不当利得返還請求が認められるとすれば、消費者に取消権を認めた意義がなくなる、といった指摘が行われるようになった。

果たして、上記のような場面では、不当利得一般の解釈論が問われているのか、それとも、不当利得の一般法理の修正が要請されることとなるのか。本稿は、「消費者契約における取消権と不当利得法理」という問題が、不当利得法に関する従来の議論の中でどのように位置づけられるのかを把握することを目的とする。具体的には、消費者契約法及び特定商取引に関する法律（以下、「特商法」という）において設けられた取消権を行使した場合の効果に関し指摘されている問題点や提案されている解釈論を整理し、そこでの問題意識や解釈論は、従来の不当利得に関する議論においても共有されてきたものか否か、を確認する。もとより、この問題には、不当利得法理に関するいまだ帰を一としていない学説の議論状況がかかわり、小稿をもって結論を出せるものではなく、比較法を踏まえた検討は別の機会に委ねることとする。

なお、清算の局面においては、目的物の不可抗力による毀損・滅失リスクを当事者のいずれが負担するかなどの問題も存在するが、本稿では、問題をより簡明な形で把握するために、消費者契約において、消費者により役務が受領され、商品が消費・使用された（あるいは受領により減価した）後に、取り消しが行われた場合¹⁾の清算問題に焦点をあてることとする。

Ⅱ．消費者契約に特有の取消権と清算に関する議論

1 消費者契約法における取消権

2001年4月1日から施行された消費者契約法には、消費者契約（消費者契約

法2条1項～3項参照)に特有の取消権が設けられた(消費者契約法4条1項～3項参照)。これは、事業者が消費者契約の締結について勧誘をするに際し、重要事項(消費者契約法4条4項参照)についての不実告知、将来の変動が不確実な事項についての断定的判断の提供、重要事項又は重要事項に関連する事項について利益となることを告げつつ故意に不利益事実の不告知を行い、消費者が誤認をして契約を締結した場合、あるいは事業者の不退去、退去妨害により消費者が困惑して契約を締結した場合に、消費者に契約の取消を認めるものである。取消の効果に関しては、消費者契約法4条5項において、民法96条3項と同様に第三者への対抗問題を定める規定を置くだけで、清算ルールに関して民法の特則は置かれていない。

2 特商法における取消権

2004年改正によって、特商法においても、同法によって規制されている一定の取引に対し取消権が導入された。これは、販売業者や役務提供事業者が顧客に対し、不実告知や故意による事実不告知をした場合に、顧客に契約の取消を認めるものである(特商法9条の2、24条の2、40条の3、49条の2、58条の2参照)。特商法の取消権は、特商法で規制されている訪問販売、電話勧誘販

1) 契約の取消が争われる時、法定追認が問題となる事態があり得る。例えば、エステティックサービス契約を退去妨害によって締結した後日に、消費者自らサービスの提供を受けに出向き、あるいはサロンに対し代金を支払った場合などである(民法125条)。一般には、追認することができる時以降の履行行為等により取消権は失われ、履行行為の他に積極的消費や使用についても同様と考えることができるのではないかとする見解もある(磯村保「法律関係の清算と不当利得」私法48号50頁(1986年))。但し、消費者契約については、従来から、取消権の存在も知らないまま、消費者の履行行為等により取消権が失われることには問題が多いことが指摘されてきた(沖野真巳「契約締結過程の規律」私法62号38頁(2000年)、潮見佳男編『消費者契約法・金融商品販売法と金融取引』57～58頁[佐久間毅](経済法令研究会、2001年))。この問題について立法による手当はなされなかったものの、取消権の存在を実際に知る以前の履行行為等については、退去後であってもなお困惑状況を脱しない状況での履行行為等であったなどとして、柔軟に対応することが求められている。

売、連鎖販売取引、特定継続的役務提供、業務提供誘因販売取引にのみ適用を予定されるものであるが、消費者契約法4条4項の「重要事項」に、「契約の締結を必要とする事情に関する事項」（契約の動機にかかわる事項）などが含まれ得るか否かにつき、解釈上争いがあるところ、特商法は、これを明文で不実告知の対象に含めており（特商法9条の2 1項1号、同法6条1項6号7号など参照）、また、故意による事実不告知につき、消費者契約法は「利益となることを告げ」かつ不利益事実を故意に告げない場合に制限しているが、特商法では「利益となることを告げ」という先行行為は要求されていない。もっとも、取消の効果については、消費者契約法と同様、第三者対抗問題に関する規定を置くだけで（例えば、特商法9条の2 2項参照）、清算ルールについての特則を明文で置いてはいない。

3 消費者契約取消時の清算に関する議論

(1) 消費者契約法立法に向けて行われた指摘

(a) 第16次、第17次国民生活審議会での議論

消費者が、消費者契約を取り消した場合の清算の問題は、第16次国民生活審議会の段階から議論されていた。例えば、原状回復の問題については民法703条、704条が手がかりとなるという説明、あるいは、給付利得の問題であるので民法703条の問題という単純な話ではなく、条文的には取消時の利益状況によって場合分けして規定してもよいといった意見²⁾がみられ、また、財産移転型の契約では原物返還が原則であり、消費した場合には客観的価値を金銭で返還する、貸借型の場合の履行済み使用利益は、支払い済み賃料が相当額である限り相殺される、労務給付型の場合には金銭価値の返還となるが、完全に失敗した美容整形手術などは無価値と評価されるといった説明が行われていた³⁾。第16次国民生活審議会消費者政策部会検討報告である「消費者契約法

2) 第16次国民生活審議会消費者政策部会・消費者契約適正化委員会合同会議（第4回）議事録：1998年9月16日。

(仮称)の制定に向けて(1999年1月)」(いわゆる国生審報告)では、受益返還の原則(原物返還又は役務などについては客観的価値の金銭返還)に基づく清算となることが確認されている。続く、第17次国民生活審議会においては、原状回復義務に言及されるとともに、物や役務の客観的価値に問題がある場合も多く、その場合には価値を低く判断しての処理が可能ではないかといった考えが示されたり⁴⁾、客観的価値と市場価値や値引率との関係について問題提起がなされたり⁵⁾、返還義務の範囲や法定追認制度に対する手当が必要ではないかといった意見が述べられるなどした⁶⁾。もっとも、第17次国民生活審議会消費者政策部会報告「消費者契約法(仮称)の具体的内容について」(1999年11月)では、清算関係の問題について、とりたてて説明はなされなかった。

このように国民生活審議会における議論の段階では、取消の効果について、①民法703条及び704条に依拠することになるのか、あるいは善意・悪意などにかかわらず原物又は客観的価値の返還が原則として行われるのか、②価値の算定基準はどのようにあるべきか、③消費者契約法における特別の手当は必要か否か、といった問題が提起されていた。論調としては、民法703条、704条をそのまま適用するというよりも、いわゆる類型論を前提に、受け取ったもの(役務や使用利益の場合には客観的価値)の返還が行われるという考え方が支配的であったように見受けられる。

(b) 1999年私法学会シンポジウム・沖野報告

消費者契約法の立法審議が進められる中、第63回私法学会シンポジウム「「消費者契約法」をめぐる立法的課題」(1999年10月)が開催された。シンポジウム報告のうち、消費者契約法による取消後の清算関係については、沖野報

3) 第16次国民生活審議会消費者政策部会・消費者契約適正化委員会合同会議(第8回)議事録:1998年11月12日。

4) 第17次国民生活審議会・第2回消費者契約法検討委員会議事録:1999年6月17日。

5) 第17次国民生活審議会・第3回消費者契約法検討委員会議事録:1999年6月30日。

6) 第17次国民生活審議会・第2回消費者政策部会議事録:1999年9月17日。

告（あるいは報告原稿）が重要な問題提起及び検討を展開した⁷⁾。

沖野教授は、取消後の清算関係について、民法上解釈が分かれているだけに一般法に委ねるだけでは紛争解決の実があがらないおそれがあることを指摘し⁸⁾、「法律上の原因を欠き法の許容しない財産の移転をもたらした原因における帰責性などを考慮して清算につき「調整」をすべきか、それとも、あくまで清算関係は価値中立的な制度と考えるべきか」を考察の対象とする⁹⁾。まず、消費者の過失を顧慮して事業者の返還範囲を縮小すべきかという問題については、不実告知（不当干渉禁止）型では消費者の過失を顧慮しての調整の余地はほとんどないであろうとし、不告知（支援）型でも、消費者の過失が問題となる場面の相当部分は、重要事項判断及び事業者が義務を尽くしたかの判断に吸収されるであろうが、事業者が情報提供を尽くしたとは言えないものの、技能や専門的知識を有する消費者がそれを駆使すれば錯誤に陥らなかったといった場面で、自己の技能を極力活用して情報収集分析にあたるべきという考え方を採用すべきか否かが問われることになるとする¹⁰⁾。次に、事業者の悪性を顧慮して消費者の返還範囲を縮小すべきかの問題について、判例は不当利得を民法703条704条に即して処理しているようであるが、例えば、強迫などの場合、消費者は法律上の原因について悪意ということになりかねない点が問題であり、虚偽の情報提供が行われる不実告知など（不当干渉禁止型）の場面におい

7) 沖野・前掲注1) 24頁以下、同「契約締結過程の規律と意思表示理論」『消費者契約法——立法への課題——（別冊NBL54号）』62頁以下（1999年）参照。

8) 沖野・前掲注7) 62頁。

9) 沖野・前掲注7) 62～63頁、同・前掲注1) 39頁。

10) 沖野教授は、学会シンポジウムに先立ち、「消費者契約法（仮称）」の「要項試案」私案として、原状回復においても割合的处理を行う可能性を提示し、原状回復において割合的解決のための制度が用意されていなければ、割合的解決を必要とする事案はなおも不法行為へと流れてしまうとされ、原状回復の局面において割合的解決を図ることへの批判に対しては、何が固有の制度論理でありどの程度厳格なものなのか、という問題提起、及び割合的解決を他の方途によって実現する際の問題点を指摘する（沖野真己「消費者契約法（仮称）」の一検討⁴⁾」NBL655号33頁以下（1998年））。

ては、無能力者についての民法 121 条ただし書きのような現存利益返還規定を用意しておくべきであるとする¹¹⁾。そして、使用利益については、民法 703 条に即して構成した場合でも、受益は現存すると扱われることになるが、事業者の悪性が高く、いわば「押しつけられた給付」の場合には、ネガティブオプションの規定やクーリング・オフの規定を参考に、消費者は原状で目的物を返還すれば義務を尽くしたものとして、使用利益については返還義務を負わないといった処理が考えられると述べる¹²⁾。「悪徳商法」については不法行為として損害賠償により解決すべきであって原状回復においてそのような調整を導入すべきではないとの考えに対しては、その場合の不法行為として賠償されるべき損害は、「使用利益等を押し付けられた」ということであり、別途の制度によらず、その部分について返還不要とする方が端的な解決であろうとされる¹³⁾。

以上のように、沖野報告は、取消における原状回復においても、消費者側の過失を反映しての割合的処理が可能か、不実告知などの不当干渉型情報提供義務違反の場合、消費者の善意・悪意を問わず 121 条ただし書きのような現存利益への縮減を認めるべきではないか（立法的手当）、さらに事業者の悪性が高く「押し付けられた給付」といえる場合には、現存利益の判断において、使用利益の償還不要といった処理が考えられるのではないかと、という問題提起を行うものであった。

(2) 内閣府・経済産業省の解説

次に、消費者契約法の法案作成や特商法の改正作業の中心であった内閣府及び経済産業省（以下、経済省）の手による解説書の述べるところをみておこう。

11) 沖野・前掲注 1) 40 頁。

12) 沖野・前掲注 7) 64 頁、前掲注 1) 40 頁。

13) 沖野・前掲注 7) 64 頁。

（a）消費者契約法——内閣府国民生活局消費者企画課編『逐条解説消費者契約法』〔補訂版〕¹⁴⁾（2003年）

消費者契約法に対する『内閣府解説書』では、取消の効果は民法の定め、具体的には不当利得の法理によるものとされる¹⁵⁾。解説書では、「不当利得の法理とは」という箇所を設けて一定の解説を展開しているが、そこでの解説の殆どの部分が、我妻栄『民法講義Ⅴ 債権各論下巻一』（岩波書店、1972年）や谷口知平＝甲斐道太郎編『新版注釈民法(18)債権(9)』（有斐閣、1991年）〔田中整爾〕における説明に依拠していることからすれば、『内閣府解説書』では、取消の効果は一般的な不当利得法理による（民法における取消時の清算と同様である）ことが確認されているにとどまるというべきであろう。

（b）特商法——経済産業省商務情報政策局消費経済部消費経済政策課編『平成16年版 特定商取引に関する法律の解説』（2004年）

平成16年改正後の特商法に対する経産省による解説書では、特商法に特段の定めなき限り、民法の規定によることとなり、意思表示が取り消された場合、「民法の一般原則により両当事者はそれぞれ不当利得の返還義務を負うことになる。事業者が既に代金を受領している場合には、それを申込者等に返還しなければならないとともに、商品の引き渡し等が既にされていれば、申込者等はその商品等を事業者に戻還する義務を負う」と解説されている¹⁶⁾。

（3）提案されている解釈論

では、消費者契約法あるいは改正特商法施行後、そこに定められた取消権行使後の清算関係について、どのような解釈が確認あるいは提示され、どのような問題意識が示されているのか。消費者契約法や改正特商法における清算関係の

14) 初版は、2000年に発行されたが、不当利得法理に関する解説に変更はないことから、補訂版のみをとりあげることにする（以下、『内閣府解説書』という）。

15) 『内閣府解説書』84頁。

16) 同書（以下、『経産省解説書』という）・82頁。

問題に言及している諸見解をやや詳しく紹介し、みていくことにしよう。

(a) 消費者契約法4条に基づく取消の効果

(ア) 山本豊教授¹⁷⁾

誤認・困惑を理由とする取消に関し、「その後の処理は不当利得の法理によってなされ、双方の給付が履行済みであれば、消費者は受領した物を、事業者は受領した対価を相互に返還することになる。また、役務取引の場合には、現物返還が不可能であるので、消費者は享受した役務の客観的価値を金銭で返還すべきことになる」とされる。

おそらく類型論を前提に、現存利益ではなく、当初の受益の返還、受領役務は「客観的価値」に見積っての価値返還が出発点となることを確認するものであろう。

(イ) 松本恒雄教授¹⁸⁾

取消の効果に関しては、「不当利得として返還する義務（原状回復義務）が生じ」、「消費者が受け取った商品を既に消費してしまっている場合や、事業者からサービスが提供されてしまっている場合には、不当利得を相当な対価に換算して金銭で返還するのが原則であるが、この原則を貫くと、相当な価格ではあっても、誤認させての販売や困惑させての押しつけ販売がなされた場合には、事業者に「やり得」を許す結果になる。訪問販売法六条のクーリングオフの場合には、たとえサービスが履行済みであっても、消費者は一切代金を支払う義務がなく、むしろ逆に、サービスがなされる前の状態に戻すことまで要求することができる（同条五項、七項）。消費者契約法の取消の場合についても、事案に応じて、このような訪問販売法の扱いを参考にして処理すべきである」と

17) 山本豊「消費者契約法⁽²⁾——契約締結過程の規律」法学教室242号93頁（2000年）。

18) 松本恒雄「消費者契約法と契約締結過程に関する民事ルール」法律のひろば53巻11号16頁以下（2000年）。

述べる。

商品の消費や役務の受領の場合、一般的には「相当対価」に換算しての金銭返還が原則であることを確認しつつ、「押しつけ」販売時に「事業者のやり得」を許すべきではないという観点から、「事案に応じて」クーリング・オフの効果を参考としての解釈論的対応をすべきことが提示されている。

(ウ) 日本弁護士連合会消費者問題対策委員会¹⁹⁾

目的物消費や役務受領後の取消のケースについて、次のような説明が展開されている。まず、「民法703条によれば、利益の存する限度で返還すればよいのであるが、一般論としては、消費者が目的物を利益に費消した場合は、現存利益が存するのであるから」、取得時の客観的価値（時価相当額）を返還すべきであるところ、重要事項について不実告知を受け受領物の一部を費消、使用した場合（例えば、健康食品の品質や効用について不実告知を受けて購入・消費した場合）については、「当該消費者にとって利益はまったく存しないと評価される場合が多いと思われる」。また、原物の価値減少（自動車の使用による評価落ちなど）があったとしても、常に現状で返還すれば足りる。「目的物から生じた果実・使用利益、金銭に対する利息」については、「不当利得の一般論からすれば、果実および使用収益を含めて返還すべきということになるが、学説・判例ともに双務契約の対価的給付の牽連性を考慮している」。「消費者が目的物から果実や使用収益を得ていたとされる場合は稀であろう」が、「不動産を購入した場合に得た賃料等の場合が考えられ」、このような場合は、それぞれが返還義務を負うという学説に従い、「双方の返還をともに認め」る。ただし、「事業者の悪性が高い場合には消費者の賃料等の返還義務が縮減される」。そして、「原物返還が不可能な役務やサービスの場合」については、「不当利得返還請求の一般的解釈の問題であり、利益の存する限度をどうとらえるか、す

19) 日本弁護士連合会消費者問題対策委員会編『コンメンタール消費者契約法』81頁以下（商事法務研究会、2001年）。

なわち消費者が受けた利得の客観的価値をどう評価するかに帰着する問題である」。「威迫・困惑に陥って契約した消費者が事業者から仮に役務やサービスを受けたとしても、多くの場合客観的価値はなかったと評価されるのである」り、「たとえば、学習塾について、実績や講義内容・講師スタッフ等に関する重要部分について不実告知があった場合に、そのことを知って契約の取消をするまでの間に受けた授業には客観的価値はなかったと評価されるから、消費者はその分を返還する必要はない」。「威迫されて何らかのサービスを受ける契約を締結したとしても、消費者にとってそのようなサービスは強いられた必要性のないサービスであって、客観的価値はなかったと評価される場合が大半であろう」。「このように解釈するのでなければ、取消の遡及効を認めた意義がなくなる」。さらに「建築請負の場合は」「原状回復義務の一般論からいえば、消費者が中途建物の撤去を求めるかぎり、事業者はこれに応じる義務があるというべきである」といった説明が展開されている。

消費者が目的物の内容・性質について誤認し費消した場合は「利益に費消したといえない」、「消費者が使用利益を得ているのは稀」、使用による価値減少には責任を負わない、困惑状態やサービス内容を誤認しての役務受領の場合には「客観的価値はなかったと評価される」として、消費者の不当利得返還義務が否定されると説明されている。しかし、ここで示されている「受益」や「客観的価値」の存否判断に関する説明が、従来 of 不当利得論における解釈と整合性や一貫性があるのか問題であり²⁰⁾、依拠する不当利得の考え方について説明が不足している。

(エ) 澤井裕教授²¹⁾

消費者契約法に基づく取消後の清算につき「消費者保護立法であるから、原

20) 角田美穂子「特商法上の取消の効果について」横浜国際経済法学 14 巻 3 号 56～57 頁 (2006 年) では、日弁連解説で展開されているような解釈論 (強いられたものなので返還不要であるという解釈) は、取消・無効規範の目的から導かれると説明される必要があるのではないか、と指摘する。

状回復について、取消しを主張するまでは、現存利益の返還で足りると解すべきである」とする。

消費者保護という規範目的から現存利益への縮減を説いていると言えようか。

（オ） 佐久間毅教授²²⁾

「契約が取り消された場合の利得返還義務の性質については、原状回復義務か不当利得返還義務かの争いがあるが、不当利得返還義務とみるのが通説である。そして、返還義務の範囲については、（不当利得類型論の立場から、給付利得の場合には、各当事者は、それぞれ受領した給付を返還すべき義務を負うとするものなど）異論も非常に有力ではあるものの、民法703条以下で定まり、返還義務者の取消原因に関する善意・悪意によって異なると考えるのが、今日なお一般的であると思われる」と説明されている。

この見解によれば、善意・悪意の区別を行い、善意の場合に現存利益への縮減を認める民法703条以下に則って消費者契約取消時の清算も行われることになる。

（カ） 河上正二教授²³⁾

講演の中で、サービスや使用利益の問題を念頭に置きつつ、「押しつけられた利得は利得ではない」というルールがあるとし、押しつけられた利得は利得として換算しないという方針で後始末に臨むという方向性が提示されている。また、質疑応答の場面では、購入した反物を消費者が仕立てて着用したという事例につき、嫌々買わされたという場合には、現状で返せばよく、押しつけら

21) 澤井裕『テキストブック 事務管理・不当利得・不法行為 [第3版]』38頁（有斐閣ブックス、2001年）。

22) 佐久間・前掲注1）49頁。

23) 河上正二「消費者契約法の運用と課題」『現代法律実務の諸問題（日弁連研修叢書）』368～369頁、378～379頁（第一法規、2002年）。

れた利得ということになった場合には、使用利益の返還は不要であると説明している。

「押しつけられた利得」を「利得」と評価しないという解釈を、不当利得一般の解釈論として提示する方向性であろうか。

(※) 後藤卷則教授²⁴⁾

商品の消費やサービスの提供がなされてしまっている場合、相当対価に換算して金銭で返還することとなるが、この原則を貫くと、誤認させての販売や困惑させての販売時に事業者が利得を得させることになるので、特商法のクーリング・オフの取り扱いを参考にして処理すべきである、とされる。

松本教授の見解と同様、クーリング・オフの効果規定を参考とした清算が提案されている。

(ク) 野々山宏弁護士²⁵⁾

サービスや目的物費消時は客観的価値返還が考えられるが、消費者契約法4条の取消が問題となる場合については、給付は「押しつけられたもの」であり、事業者の「やり得」を許すべきではなく、信義則上、消費者に返還させるべきではないとする。

根拠条文を信義則に求めているが、発想としては松本教授や後藤教授と共通していると言えようか。

(b) 特商法に基づく取消の効果

(ア) 圓山茂夫弁護士²⁶⁾

特商法9条の2に基づく取消の効果について、「不当利得（民法703条）の規

24) 後藤卷則＝村千鶴子＝斉藤雅弘『アクセス消費者法』38頁〔後藤卷則〕（日本評論社、2005年）。

25) 野々山宏「消費者契約法と契約締結過程の適正化」法学教室310号17頁（2006年）。

26) 圓山茂夫『詳解 特定商取引法の理論と実務』208～210頁（民事法研究会、2004年）。

定により、お互いに受け取った代金や商品等を返還することとなり、理論的には現物返還の他、商品の使用やサービスの提供に関する利益が現存する場合は、相当金額を返還する必要があるが、「利益の返還は」、「一般に出回っている同種商品の価格を基準とすべき」であり、「耐久消費財を使用した場合は、使用利益は、耐用年数のうち使用した日数に見合って発生すると考えられ」、「役務の提供の場合では、提供された役務の一般的な価値が受けた利益になる」とする。また、「現存する利益を返還するのであるから、生活上必要なものの以外の契約で、それを浪費したような場合は利益は考えられないであろう。契約により直接得た利益が残っている場合のほか、少なくとも他の出費を免れたことにより形を変えた利益が存在することが必要だと思われる」。「事業者の悪質性が高い場合には、消費者が利益を得ていても、それは押し付けられた利得であり、事案に応じて利益の返還額は減額されるという見解も有力である」と説明されている。

民法703条の適用を前提に、双務契約の清算においても、「出費の節約」の考え方に基づき消費者は現存利益の返還義務のみを負うとされていること（むしろ、民法121条ただし書きによる解決に近い）、価値を金銭で返還する場合には一般的な市場価格が基準となるが、耐久消費財の使用時には、賃料ではなく、耐用年数に即して使用利益が計算されると説明されている点などに特徴がある。

（イ） 齊藤雅弘弁護士²⁷⁾

特商法の禁止行為違反による取消の効力に関し、本来的には、「販売業者や役務提供事業者は代金の返還義務があり、顧客も受領した商品や権利が現存している場合には、その返還義務があるのが原則である（民法703条）」とし、「民法の不当利得の考え方」によると、消費者は、商品等の使用利益も返還す

27) 齊藤雅弘＝池本誠司＝石戸谷豊『特定商取引法ハンドブック第3版』（日本評論社、2005年）117頁、519頁以下〔齊藤雅弘〕。

る義務を負い、返還が不能の場合には、その価格を返還し、また、役務提供契約の場合には、役務の客観的価値（時価相当額）を返還することになるとした上で、「不当利得法理の修正」という項目を立て次のような説明を展開する。類型論によっても「当事者の非難可能性や有責性はそれほど考慮されていない」が、特商法の取消権は禁止行為違反を理由としている点に大きな特徴があることを踏まえる必要がある。すなわち、第一に、「解釈上、特商法のクーリング・オフの規定に準じて消費者の原状回復義務が制限される」べきである。第二に、「返還すべき利得は事業者の違法行為によって押しつけられたものであり、事業者にやり得を許すのは公正ではないから、返還すべき価格は消費者の主観的価値をもって算定すべきである」。なぜなら、「特商法の取消権は」、「クーリング・オフ制度を補完する被害者救済制度であり」、「クーリング・オフの場合には、事業者の非難可能性や有責性を問わず」、「事業者に厳しい効果が規定されている」ので、「事業者の有責性が非常に高い場合には、なおさら、このような効果が認められてもおかしくないはずである」。また、「特商法の取消権行使が認められるための要件は、事業者が禁止行為に違反する勧誘を行ったことであり」、「違法行為によって、事業者が消費者に締結させた契約に基づき給付された目的物やその交換価値、使用価値の返還を無条件で求めることは、不法原因給付についての民法708条の趣旨からしても不合理である」。そして、「消費者が給付の内容について抱く主観的価値を積極的に歪めている点にも意思表示の取消が認められる根拠がある」ので、「消費者の主観的価値を基準にして返還すべき財貨の価格を評価することが公平であるだけでなく、特商法の取消権の性質に最も適合的である」とする。具体的処理としては、商品売買契約や権利販売の場合、消費者からの使用利益の返還は不要であり、役務提供の場合には、提供済みの役務による利益は現存しないと考え、特商法9条7項などを類推適用して返還不要となり、仮に返還が必要と考えとしても、返還価格は公正な市場における役務の対価であり、市場価値がないような役務には価格返還の必要はない。さらに、請負工事の場合には、工事全体が原状回復されるべきであり、消費者に利得はなく、原状回復義務の内容として撤去のみなら

ず、必要に応じての追加工事や補強工事も認められる。撤去が希望されない場合も、押しつけられた契約である以上、消費者にとって価値がないものとして、価格返還は不要であり、価値があると認められる場合でも、返還すべき価格は材料、部材などの時価（原価）に限られるべきである、という解釈論を展開する。

民法703条以下あるいは従来の類型論に依拠しただけでは、消費者にとって不公正な結果となるという評価の下、「不当利得法理の修正」が説かれ、特商法における取消権導入の趣旨、目的を踏まえた解釈論が展開されている点に特徴がある。すなわち、特商法の取消権をクーリング・オフの補完と位置づけ、クーリング・オフの效果に準じた効果が認められてもよいとし、さらに、取消権行使の要件を充足する場合は同時に特商法の禁止行為違反に該当することから、民法708条の趣旨に照らし、不当利得における原状回復義務の内容が制限されることが承認されるべきこと、特商法の取消権は消費者の主観的価値形成を積極的に歪めている場合であり、取消の效果として消費者の主観的価値を基準とする財貨価格の評価が公平であることが説かれている。特商法の趣旨・規制構造に着目した解釈論が唱えられている点が注目される。この見解が、特商法に基づき取消が認められる個別事案の利益状況を問わず²⁸⁾、一律に、事業者の価値返還請求権行使を認めないという趣旨であるならば、消費者にとって利益か否かの観点よりも、当該事業者の非難可能性や不当な行為の抑止が価値返還を不問とする決定的理由として位置づけられることになろう（ただし、民法708条と異なり、商品の現物返還義務まで否定する趣旨ではない）。

28) 例えば、特商法に基づく取消が問題となる事例としては、補強しないと地震時に倒壊するとの不実告知によって、本来不要な家屋のリフォームが行われるような事例の他、実際には支給対象外の講座について教育訓練給付制度の利用が可能という不実告知を受け、受領した役務の必要性自体には誤認がないものの費用負担が消費者の予定を上回るような事例、あるいは太陽光発電器設置契約において説明通りの効果は得られなかったものの、一定の節電効果や電力売却益を現実に取得した事例も考えられる。前者のリフォームの事例は、消費者の主観を基準とすると利益が殆ど考えられない事例であるが、後の二つの事例においては、消費者の主観を基準としても一定の利益享受を観念できる事例である。

(ウ) 角田美穂子助教授²⁹⁾

特商法の取消の効果につき、ふたつのルート、すなわち、同法6条禁止行為のうち「誤認惹起」につき「取消」を認めた特商法の趣旨から、クーリング・オフの効果について定めた規定の類推を認めるルートAと、原状回復義務の解釈論として「対価の相当性」の主張・立証責任を事業者に課し妥当な解決を図るルートBを提示される。そして、リフォーム工事の「清算」問題に焦点をあて不当利得論を整理し、「押しつけられた商品論」という解釈論の位置づけについては、本来、無効取消原因などの規範の保護目的から導かれる解釈論ではないかといった指摘をする。そして、ルートAについては、特商法9条の2の取消権を認めた趣旨・目的が、誤認解消まで不本意な契約であることに消費者は気がつかないことからクーリング・オフとは別個の救済策を認めた点、刑罰行為違反という違法性の高さが認められるから、クーリング・オフの効果を及ぼすことも正当化されるのではないかとされる。また、ルートBについては、表見的に締結されていた契約によって実現しようとした目的に即しつつ、受領した役務が客観的に相当な価値を有しているかを問うべきではないかとされ、立証責任を事業者に課すべきであり、「対価の社会的相当性」という要件の厳格な適用を行うべきとする。

非常に明解な理論的分析と解釈論の提示が行われている。提案されているルートAについては、特商法の取消権に特有の解釈論的提案（特商法の取消権導入の趣旨から、クーリング・オフの清算規定の類推適用を説く）ということになるが、ルートBについては、消費者契約法に基づく取消の場合なども射程におさめ得るものと位置づけることができる。「給付利得」や「受益返還原則」の「射程」に関する検討の必要性も指摘されており、従来の「客観的価値」「主観的価値」概念とここで提案されている「客観的に相当な価値」概念との関係も含め、不当利得法理に関する今後の検討を促すものとなっている。

29) 角田・前掲20) 51頁以下。

（4）問題の整理

さて、以上みてきた消費者契約の取消の効果を巡る見解や説明の相違は、給付不当利得に関する従来からの対立軸、すなわち受益者の善意・悪意を基準とする民法703条704条に原則として依拠して解決するのか、あるいは双務契約の清算においては民法703条704条の規律の妥当性を否定するという考えに依拠して解決するのか、に由来している側面もある（民法703条704条に言及しているか否か、善意悪意の区別を持ち出しているか否かなどの点に相違として現れてくる）。しかし、そのような対立軸の他に、細部を捨象すれば、次のような解明すべき問題点や論点を、諸見解の中に見いだすことが可能であろう。

まず第一の問題は、取消の効果に関してクーリング・オフの効果規定が言及される意味を明らかにする必要がある、ということである。消費者契約の取消の効果に関しては、クーリング・オフの清算規定、とりわけ既履行役務への対価請求を禁止する規定が、これを参考として取消の効果を考えるべき、という形で言及されることが多い。また、特商法に基づく取消の効果の場面では、クーリング・オフに関する効果規定の類推適用も論じられている。取消の効果の場面において、クーリング・オフの規定が言及される意味を、クーリング・オフの効果規定の内容、目的を踏まえた上で明らかにする必要がある。

第二に、消費者契約の取消の効果に関し、事業者の「やり得」の回避や「利得の押しつけ」の問題が言及される時、論者によって理論的に何が意図されているのかは必ずしも明らかではなく、この点を検討する必要があることを指摘できる。この点に関しては、次のような三つの理解が考えられよう。一つ目は、契約の取消・無効後の清算のあり方において事業者の有責性や非難可能性を反映させた調整的清算を行うべきという考えから、事業者の利得返還請求権を制限する方向性が示されているという理解である。二つ目は、消費者契約においては、違法行為抑止の観点がとりわけ重要であるとして、かかる目的を達成するため消費者に対する事業者の価値返還請求を否定する方向性が示されているという理解である。三つ目は、支出利得（費用利得）において議論されている「利得の押しつけ論」を参考とし、契約締結に関する受益者の自己決定に問題

がある取引において、受益者に対し財産や労務が投下され、受益者のところで客観的な価値の増加があっても、受益者の主観からみて価値の増加がない場合には、受益者は価値返還を拒絶できるという考え方をを用いることができないかという発想を示しているという理解である³⁰⁾。これらの理解の違いは、主張の射程や価値返還を不問とする具体的範囲に影響を与える可能性がある。

以下では、まず、取消の効果に関しクーリング・オフの効果規定に言及される意味という第一の問題について、クーリング・オフの効果規定の内容や制度の目的を描き出した上で、一定の考察を示す。次に、第二の問題については、従来の不当利得論における議論の中でも、不当利得制度を当事者の有責性などを反映して清算を行う制度と位置づけるべきか否かという問題、「不法原因給付」制度の理解、「無効規範の保護目的と利得縮減の抗弁」に関する議論、「押しつけられた利得論」に関する議論などがかわると考えられることから、これらの点に関する従来の議論を概観し、一定の考察を示すこととしたい。

Ⅲ．クーリング・オフの効果論と取消の効果論

1 特商法におけるクーリング・オフの効果論

(1) 現行クーリング・オフの効果規定の内容と立法趣旨

クーリング・オフの効果に関する規定は、消費者契約の取消に際し既履行役務や使用利益に対する事業者からの不当利得返還請求を封じるにあたって参考となる規定として引き合いに出される。もっとも、特商法等で規制されるすべての取引類型において事業者が既履行役務に対し対価請求できない旨等が定められている訳ではない。例えば、訪問販売、電話勧誘販売、特定継続的役務提供には、既履行役務に対する対価の請求を禁止する規定が設けられているが

30) 角田助教授は、支出利得で展開されてきた「押しつけられた利得論」を、給付利得類型において「押しつけられた商品論」として転用するには、取消による無効を導く規範の目的から基礎づける必要があるとされ、また消費者契約法の取消に関し「やり得を許すべきではない」との従来からの指摘は、「類型論」を前提としつつ、そのような規範目的から効果論を導く解釈である、と整理されている（角田・前掲注20）56～58頁）。

（特商法9条5項、24条5項、48条6項）、連鎖販売取引や業務提供誘因販売取引について対応する規定は置かれていない。また、使用利益の清算については明文の規定がある訳ではなく、さらに、訪問販売、電話勧誘販売、特定継続的役務提供においては、指定消耗品を消費者が使用若しくは消費した場合には、事業者消費させられた場合を除き、その商品や消費部分についてそもそもクーリング・オフができないこととなっている（特商法9条1項2号、24条1項2号、48条2項ただし書）。このような形で規定が設けられた理由を確認してみよう。

まず、クーリング・オフに際し既履行役務について事業者からの対価請求を禁止する旨の規定及び原状回復措置の無償請求を消費者に認める規定は、訪問販売法の昭和63年改正時に訪問販売・電話勧誘販売について導入された。改正前、訪問販売の定義は指定商品を扱う売買契約に限定されていたが、役務の訪問販売に係るトラブルが増加し、役務取引も訪問販売の規制対象に加えられるに伴い、かかる規定も導入された³¹⁾。改正当時の通商産業省（以下、通産省）による解説では、このような規定は役務及び権利のクーリング・オフの特例として位置づけられるとされ、次のような説明が行われている。商品の売買契約がクーリング・オフされた場合、申込者等の当該商品の利用は民法上の不当利得返還請求で調整されるものの、八日以内という短期間であるため、通常、当該商品を利用することによって得られる利益（不当利得）はほとんど発生しない。「一方、役務の提供がなされた後にクーリング・オフが行使された場合には、役務の提供そのものが不当利得となるため、商品と同様に役務提供事業者からの不当利得の返還請求を認めると、役務の提供を受けた者は、原状回復義務として提供された役務の対価相当額を役務提供事業者を支払わねばならなくなり、実質的な消費者保護とならない」³²⁾。そして、「反射的效果と

31) 通商産業省産業政策局消費経済課編『改正増補訪問販売等に関する法律の解説』12、21頁（1999年）。なお、割賦販売法のクーリング・オフにおいて平成11年改正時に同種の規制が導入されている。

して、クーリング・オフ期間内に行う役務の提供は一般的に自粛されることとなると考えられる」³³⁾。原状回復請求権についても、取付工事等の役務では、契約後直ちに工事を行いクーリング・オフ逃れを行う不当行為が予測され、解除しても穴の修復などは原状回復には必ずしも含まれず、クーリング・オフに対する心理的抑圧にもなり得るので、クーリング・オフ逃れを防止し、事後処理を円滑にするため無償での原状回復請求権を消費者に認めた³⁴⁾、ということである。連鎖販売・業務提供誘因販売取引について、同様の規定が設けられない理由については詳論されておらず、実施した講習会、商品の消費・使用などに対する事業者の不当利得返還請求は認められると説明されている³⁵⁾。

次に、指定消耗品の消費によってクーリング・オフが排除される規定は昭和51年の訪問販売法制定時から設けられ³⁶⁾、当時の通産省解説では、開封や一部使用・消費によって価値が全てなくなってしまうものが多く、事業者不合理な負担を過度に負わせることの回避が理由として挙げられている³⁷⁾。また竹内昭夫教授によれば、消費者が得た利得の返還だけでは償い切れない損害が事業者が発生する場合もあるが、他方で、どの商品についても、その使用・消費後はクーリング・オフできない旨を自由に定めることができるというのでは、クーリング・オフを保障した意味は極めて乏しいことになるので、指定消耗品制度を採用したと説明されている³⁸⁾。この指定消耗品については、平成16年改正時に、括弧書きが追加され、事業者が消耗品の使用によりクーリング・オフできない旨を告知しても、事業者が消耗品を使用・消費させた場合に

32) 通産省・前掲注31) 113頁以下。

33) 通産省・前掲注31) 115頁。

34) 通産省・前掲注31) 117～118頁。

35) 通産省・前掲注17) 209頁、経済産業省商務情報政策局消費経済部消費経済政策課『平成14年版 特定商取引に関する法律に解説』459頁(2002年)。

36) 割賦販売法では昭和59年改正時から消耗品も指定商品に加えられ、同種の規制が設けられた。

37) 通産省・前掲注31) 108頁以下。

38) 竹内昭夫『特殊販売規制法』55頁以下(1977年、商事法務研究会)。

は、なおクーリング・オフが可能であることが明文化された³⁹⁾。

（2）クーリング・オフの効果規定の目的・機能

以上に確認した現行規定の内容と立法時の解説から、既履行役務に対する対価（不当利得返還）請求の禁止や工作の無償原状回復を定める現行規定は、クーリング・オフ逃れの防止、すなわち事業者が消費者の熟慮を待たずに役務等を提供し、清算の負担故にクーリング・オフを無意味化させる事態を回避することを目的とするものであることがわかる。このような規定は、連鎖販売取引や業務提供誘因販売取引には設けられていない。これらの取引では指定商品制や指定消耗品制度が採用されていないこと、連鎖販売取引では自らが消費するための役務や商品の購入が主たる取引目的ではないこと、クーリング・オフ期間が長期（現在は20日）であること、この種の取引に関わる者は一定の利益獲得を目的としていたこと（本来消費者として保護すべきか否か自体問題となり得る）などが、同種の規定を設けないという判断に影響を与えているのかもしれない（経産省解説ではその理由は詳論されていない）。しかし、事業者がその役務等の対価獲得を狙うケースも想定できることからすれば（例えば、パソコンを利用する内職を誘因とする有料パソコン講習会）、クーリング・オフ逃れを防止するための既履行役務に対する対価請求禁止等の必要性はこれらの取引においても妥当するのではだろうか⁴⁰⁾。この点はさておき、クーリング・オフにおいては、役務の押し付けを意図した訳ではなく、顧客の求めに応じて直ちに履行をした事業者も含め、役務の対価請求が禁止されており、事業者の行為態様を問わない効果の設定は、クーリング・オフ制度の簡明化・立証問題の回避に役立っている。ここで事業者は直ちに履行するかわりにクーリング・オフ権行使時には一定の清算をするといった合意を顧客と行う自由はな

39) 『経産省解説書』76頁。

40) 齊藤雅弘＝池本誠司＝石戸谷豊『特定商取引法ハンドブック第3版』286頁以下〔石戸谷豊〕、齊藤・前掲注27) 470頁以下参照。

く、まさに法が、多数の顧客との取引の中でリスク計算することが可能な事業者に、クーリング・オフ期間内の役務提供に対するリスク負担を要求していることになる⁴¹⁾。ただし、通産省や経産省の解説は、このようなリスク負担を回避するため事業者が期間内の役務提供を自粛することが予想される、と説明してきたことからすれば、顧客の熟慮を待っての履行という形でリスクを回避することは妨げられず、現行クーリング・オフ法制⁴²⁾は商品引渡や役務の提供時期に関する合意形成には関与しない立場をとってきたと言えよう⁴³⁾。

では、指定消耗品制度と役務に関する対価請求禁止には一貫性があるのだろうか。両者の存在を整合的に説明しようと試みれば、次のような説明が考えられる。役務の場合は、たとえクーリング・オフ権があることにつき事業者が顧客に情報を与えたとしても、事業者の積極的行動により熟慮の間もなく消費者に役務を押しつける事態は想定しやすく、また受領と消費が同時に生じるという特徴がある。他方で、消耗品の消費は、当該消耗品を消費したらクーリング・オフできなくなる旨の情報を事業者が消費者に与え、かつ事業者が積極的に開封・消費を誘導しないのであれば、熟慮期間中といえども当該商品の消費

41) 拙稿「クーリング・オフの要件・効果と正当化根拠」専修法学論集79号27頁以下(2000年)。

42) 引取費用の事業者負担に関しても、竹内・前掲38)67頁では、事業者が不利益を回避するためクーリング・オフ期間経過後に商品を引き渡すことも十分に考えられると述べられており、同種の発想をみてとれる。

43) 商品の確認や役務の試行を確保する形でクーリング・オフ制度を構築するという立法論もあり得るが、効果論とのバランスや制度の簡明性との関係を慎重に詰める必要がある(拙稿・前掲注41)32～33頁)。例えば、店舗取引で行われる程度の商品確認可能性を消費者に無償で与えることが可能であっても、役務の場合には常に消費が伴うことから別立てで考える必要を生じ、効果論と制度の簡明性において現行制度の枠組にかなりの影響を与える可能性があるからである。なお、クーリング・オフ期間内の消費者の履行請求を根拠づけるにあたり、「情報提供義務」の一貫として位置づけていく可能性(河上正二「「クーリング・オフ」についての一考察——「時間」という名の後見人——」法学60巻1225頁(1996年))、目的物確認請求権という性格づけやクーリング・オフが認められる契約を要物契約的に捉える可能性が(山本弘明「撤回期間と履行請求権」北海学園大学法学研究255頁以下(2005年))指摘されている。

について一応消費者側にコントロール可能性を付与することが可能である。消費による損害が大きい一定の商品について、消費者側のコントロール可能性を確保しつつ、事業者利益とのバランスをとっている、と理解できる。

指定消耗品以外の商品の消費・使用等については、いかに清算がなされるべきか。現行法に明文はなく、経産省解説は使用利益は発生しても僅かであるからクーリング・オフ行使の妨げとならないと説明するが、学説の多くは事業者からの使用利益に関する不当利得返還請求を否定する解釈を支持している⁴⁴⁾。まず、従来の使用利益に関する検討は、一度の使用でも新品から中古品となり、あるいは再販売不能となるような商品の減価、耐久消費財の減価償却分を、使用利益、原状回復義務、あるいは帰責性を前提とする損害賠償義務何れの問題として位置づけているのか曖昧であったと言える。この「使用利益」概念と「商品減価」との関係を不当利得法理においていかに把握すべきかについては、一般不当利得法理の問題として詰めるべきであるが、クーリング・オフの効果論に限っては、次のように言えるのではあるまいか。まず、消費者側の現実の利得にかかわらず発生するような商品の減価等については、先にみた指定消耗品制度導入時の竹内教授の説明に照らすと、商品減価・消費にかかわる事業者の損失については、指定消耗品制度の限度で考慮するという判断がクーリング・オフについては行われたのであり、指定消耗品制度によってクーリング・オフができないとされる場合以外の商品の消費・通常使用による減価については、消費者に負担させない趣旨とみることができる。そして、商品の使用・消費により消費者が取得する利益については、なるほど、立法当時にかかる意味での使用利益が僅かであることを前提に不当利得法理による対処を念頭においていた。しかし、その後、既履行役務に対する対価請求禁止が導入され、指定消耗品についても事業者の消費・開封誘導時にはクーリング・オフを可能とす

44) 拙稿・前掲注41) 26頁以下に従来の学説とその解釈論が紹介してある。また、斉藤・前掲注40) 82頁、圓山・前掲注26) 196～197頁、山本弘明・前掲注43) 260頁など近時の文献においても、クーリング・オフの効果論として事業者からの使用利益の返還請求は否定的に解されている。

る規定が置かれた現在、現行クーリング・オフの清算規定は、クーリング・オフ逃れの防止及び制度の簡明化という趣旨に基礎づけられているものと捉えることができる。現行法では商品使用に対し不当利得返還義務を負うことにつき消費者に事前に情報提供される仕組みとはなっていない以上、クーリング・オフ逃れの防止及び制度の簡明化という趣旨を貫徹させるため、消費者の得た使用・消費による利益に対する事業者からの不当利得返還請求も、原則として禁止されていると解釈すべきであろう。

2 クーリング・オフ規定を参考としての取消の効果論

以上みてきたように、特商法におけるクーリング・オフの効果規定は、クーリング・オフ逃れ防止（役務や使用の押しつけによるクーリング・オフ権の無意味化回避）という趣旨の下、さらに制度の簡明化のために事業者の行為態様等を問わず包括的に設定されている。かかるクーリング・オフにおける取り扱いは、従来から、特別の取り扱いとして位置づけられ⁴⁵⁾、民法の一般的不当利得法理に依拠した取消の効果とクーリング・オフの効果とは異なるという理解がむしろ出発点となろう⁴⁶⁾。クーリング・オフ規定の特殊政策的側面、要件と効果とのバランス論（クーリング・オフ制度はあくまで短期の熟慮期間を前提に効果論を構築している）、取消権とクーリング・オフ権の性質の違い⁴⁷⁾などに鑑み、取消の効果を考えるに際し、クーリング・オフ規定を持ち出すこと自体に躊躇を覚える立場もあり得よう。しかし、消費者契約法に基づく取消

45) 藤原正則『不当利得法』175頁（信山社、2002年）。

46) 千葉恵美子「消費者契約法と割賦販売法・特定商取引法」ジュリスト1200号31～32頁（2001年）では、①損害賠償又は違約金の支払い請求不可、②引取費用の事業者負担、③既履行役務に対する対価請求不可、④事業者からの金銭の速やかな返還（相殺禁止）というクーリング・オフの効果はこの制度が契約の白紙還元をめざしていることによるのに対し、消費者契約法の場合には、契約の取消自体の効果についても、取消に伴う効果についても、消費者契約法には規定がなく、民法によることとなり、消費者はすでに受け取った役務の返還義務、それが不能の時には役務に相当する対価相当額について賠償義務を負うことになる、といった説明が行われている。

の効果に関しクーリング・オフ規定に言及される文脈においては、厳密な意味での類推適用が説かれている訳ではないことが多い。とすれば、そこで意図されているのは、クーリング・オフ逃れの回避という発想を参考とし、消費者契約の取消の場面でも、事業者が誤認・困惑状態に陥れた消費者に対し積極的給付行為を行うことによって取消を無意味化することを回避し、あるいは不当な行為から利得を得ることが一切ないようにして不当な行為を抑止するという考えが、消費者保護の目的達成のために採り得るのではないか、ということではあるまいか。いずれにせよ、このような考えが採用できるか否かは、結局、不当利得法理に関する従来議論との関係で検討する必要があることとなり、また、特商法に基づく取消の場合と消費者契約法に基づく取消の場合とで異なる解釈論が妥当することとなるのか（公法的規制にも違反するということがここでの取消の効果に相違をもたらす決定的意味をもつか）についても、無効規範の目的と取消の効果に関わる従来議論や不法原因給付（民法708条）に関する従来議論との関係を視野に入れての検討を要することとなる。

※本稿は、平成16年度専修大学研究助成・「「押しつけられた利得」に関する研究——消費者契約を中心に——」、および平成18年度～文部科学省科学研究費補助金（若手研究B）「消費者契約における契約解消法理の研究」の研究成果の一部である。

47) クーリング・オフ権の法的性質には争いがあり、解除権的に捉える見解やクーリング・オフ期間を契約成立の前段階として捉える見解などがみられる。詳細は、伊藤進「クーリング・オフ制度と契約理論」『消費者私法』132頁以下（1998年、信山社）〔初出、法律論叢63巻4＝5号〕等参照。

講演

Shareholders' Agreements : Some EU and English Law Perspectives

Mads Andenas¹⁾

Shareholders' agreements are sometimes regarded as inhabiting 'the sub-basement of company law'. They are seen as problematic as they can be instruments for groups of shareholders to circumvent the normal scheme of the company's legislation or the company's constitution in its Articles. English company law however prides itself on its flexibility, deference to party autonomy and freedom of contract, so one could perhaps expect the objection to shareholder agreements to be less than in other European countries.

Shareholders' agreements may be part of the arrangements of the incorporation. It is often a matter of convenience whether an issue should be regulated in a company's Article or in a shareholders' agreement. The choice between amend-

1) PhD (Cambridge) ; MA, DPhil (Oxford). Professor of Law, University of Leicester and Senior Fellow, Institute of European and Comparative Law, University of Oxford.

ing the Articles, or adopting any other formal resolution by the board or shareholders' meeting, may turn up at any point in the life of a company. The agreement can serve many purposes, from guaranteeing the control of a majority or securing the rights of a minority.

The company may be party to the agreement. The company may be restricted in its capacity to enter into such agreements in different ways, and this may give rise to questions about whether the agreement then is binding between the shareholders.

The shareholders' agreement may be between shareholders only, all or two or more of them. One question is the extent to which the company has to take the agreement into account, for instance if one of the shareholder-parties does act in breach of the contractual duties.

The subject matter of the contract can be anything relating to the company and the shareholders. The exercise of voting rights is a practically important subject for shareholders' agreements. Appointment of directors and other aspects of the governance of the company may be regulated in this way.

The company and shareholders may be under a duty to disclose shareholders' agreements. This can follow as an extension of the duty to disclose major shareholdings, for instance through rules about consolidation of shareholdings under certain conditions. Some listing regimes require much more : companies whose shares are listed on a stock exchange or traded on a public trading system may have to disclose materially important shareholders' agreements. It is important to note that this disclosure duty will include agreements between shareholders that the company is not itself a party to.

In this paper I will look at some aspects of shareholders' agreements that have a practical impact on English law.

1. The Different Views on Shareholders' Agreements and Contractual Nature of Company

The views among English company law scholars²⁾ differ between a restrictive view³⁾ and a liberal view accepting an unfettered contractual freedom between shareholders and between shareholders and the company as a party to agreements with and between them.⁴⁾ I will turn to these issues in Sections 3 and 5 below.

There are two main kinds of issues that shareholders' agreements give rise to. In addition to the relationship between companies legislation and Articles and shareholders' agreements, there are several disclosure issues. Shareholders' agreements can in effect change the statutory rules or provisions in the Articles about voting, appointment of directors, transfer of shares etc. This may be material changes in a company's governance and require disclosure.

Before turning to the discussion of shareholders' agreements, it may be useful to look at the contractual basis for company law.

2) There is not any extensive literature on shareholders' agreements. There are some extensive handbooks for practitioners, and they give a good impression of how shareholders' agreements are used in practice. Scholarly analysis is more limited.

3) See for instance, K Schmitthoff 'House of Lords Sanctions Evasion of Companies Act' (1970) 1 Journal of Business Law 1.

4) See, E Ferran 'The Decision of the House of Lords in *Russell v Northern Bank Development Corporation Limited*' (1994) 53 Cambridge Law Journal 343, which this paper draws extensively on.

In English company law one discusses⁵⁾ how far the Memorandum of Association and the Articles of Association (the company's constitution) has the character of a binding contract between a company and its members on the one hand, and between its members directly on the other hand. The question is considered to be one of great difficulty and not altogether clear.⁶⁾ In the case law it has been held that the contractual force given to the Articles of Association is limited to those provisions which apply to the relationship of members in their capacity as members. The contractual force does not extend to those provisions which govern the relationship of a company and its directors as such.⁷⁾

The Articles constitute a contract between the company and a member in respect of his rights and liabilities as a shareholder. A company may sue a member and a member may sue a company to enforce and restrain breaches of the regulations contained in the Articles dealing with such matters. The purpose of the Articles is to define the position of the shareholder as a shareholder, not to bind him in his capacity as an individual. The Articles do not constitute a contract between the company and a member in respect of rights and liabilities which he has in a capacity other than that of member, whether he was a member originally or later becomes one. Where such rights and liabilities are the subject of a written agreement, the Articles will not be imported unless they are referred to.

5) An authoritative statement of the position in English company law can be found in *Halsbury's Laws of England* (London : LexisNexis Butterworths 2006) which has been made much use of for the purposes of this presentation.

6) See for instance *Hickman v Kent or Romney Marsh Sheep Breeders' Association* [1915] 1 Ch 881.

7) See *Hickman v Kent* and *Beattie v E & F Beattie Ltd* [1938] Ch 708 at 721, [1938] 3 All ER 214 at 218.

While the Articles regulate the rights of the members *inter se*, the older authorities support the view that they do not constitute a contract between the members *inter se*. They are only a contract between the company and its members. The rights and liabilities of members as members under the Articles may be enforced by or against the members only through the company. However, more recent authorities support the direct enforcement by members of rights as members conferred on by the Articles.⁸⁾

This is the contractual context within which shareholders' agreements find their place. The analysis above is highly traditional. The different concepts of a company could have an impact on the contractual analysis. The traditional analysis is based on a contractual paradigm which only includes shareholders. It is disputed to what extent wider stakeholder concepts have to be applied, and what consequences they may have. Market regulation, in particular with its emphasis on disclosure and on transferability of listed shares, also challenges the private contractual model. In the European Union (EU), free movement and the right of establishment in the Treaty of Rome, adds further dimensions to the challenge of the private contractual model, and to some extent strengthens the pressure to greater disclosure and transferability that follows from modern market regulation (and also for companies which are not so much operating in a market in the former sense, for instance applying similar considerations to non-listed companies).

It is uncontroversial in every one of these different perspectives that individual shareholders' agreements, whether made by all or some only of the sharehold-

8) *Hurst v Crompton Bros (Coopers) Ltd* [2002] EWHC 1375 (Ch), [2003] 1 BCLC 304 (transfer of shares by a member in breach of pre-emption requirements in Articles defeasible at the suit of another member).

ers, create personal obligations between themselves only. They do not become a regulation of the company (in the way that the provisions of the Articles are). Neither do they become binding on the transferees of the parties to it or upon new or non-assenting shareholders.

It is also uncontroversial that a provision in a company's Articles of Association which restricts the company's statutory power to alter the Articles or a formal undertaking by the company to that effect, would be invalid. Controversy begins with the following. An agreement outside the Articles between shareholders as to how they are to exercise their voting rights on a resolution to alter the Articles would not necessarily be invalid. This opens up for agreements that changes, or even distorts, the system of the Articles, and this is one of the questions that we will return to in the following.

2. Case Law and Statute Law Reform

In the English case law, the House of Lords judgment in *Russell v Northern Bank*⁹⁾ goes far in accepting shareholders' agreements. The restriction it maintains is this. A company cannot itself be party to an agreement which would restrict its powers as they are required by companies legislation. But this does not bar shareholders' agreements with the same effect from being enforceable by the courts.

Shareholders' agreements have not attracted much attention in the present company law reform. A new Companies' Bill was introduced in 2005 and is presently going through the stages toward parliamentary approval and adoption (on this point see the postscript given below). The Bill will allow certain provi-

9) *Russell v Northern Bank Development Corporation Limited* [1992] 1 WLR 588.

sions of the Articles to be entrenched by requiring a majority more than a special resolution including unanimity for amendment. This was proposed in the Company Law Review Steering Group *Final Report* (DTI, July 2001, in para 9.8) and taken up in the DTI's Consultative Document (March 2005, in para 5.1). This has been regarded as providing a remedy for creditors who may be adversely affected by shareholders' agreements. Lenders may place restrictions upon the company's ability to change the Articles of Association as a condition for continued lending. Lenders will usually have less practical possibility for restricting shareholders' private agreements affecting the operation of the Articles (or knowing about them). The new possibility of a unanimity requirement may remedy the problem.¹⁰⁾

In parallel with the domestic company law reform in the United Kingdom, the European Commission has adopted an Action Plan for Company Law.¹¹⁾ One of the outcomes of this initiative was the adoption of the Thirteenth Company Law Directive on Takeovers which had been through a very long gestation period. The Directive includes a 'breakthrough rule'. This includes restrictions on shareholders' agreements. Article 11 of the Directive provides that voting restrictions shall not apply in the takeover situation.

Articles 10(1) and 10(2) of the EU Takeovers Directive require companies admitted to trading on a regulated market to provide, in their annual reports, detailed information (as set out in those articles) on the structure of the share

10) See for instance J Lowry and A Dignam *Company Law* (London : LexisNexis Butterworths 2003) 163 which is another source that this paper draws extensively on.

11) Communication from the Commission to the Council and the European Parliament *Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union - A Plan to Move Forward* COM(2003) 284 final.

capital, restrictions on transfer of securities, significant shareholdings, shareholders with special controlling rights and a description of those rights, system of control of any employee share schemes and restrictions on voting rights. Special mention is made of agreements between shareholders which may restrict transfers of securities or voting rights and rules governing the appointment and replacement of board members and changes to the Articles. Mention is also made of significant agreements to which the company is a party which can take effect, alter or terminate upon a change of control of the company following a takeover bid. The disclosure requirements under Article 10 must be viewed in the light of the wider reporting requirements imposed on companies admitted to trading on a regulated market. There have been substantial recent initiatives in this field, both at the domestic level (in the form of the Operating and Financial Review) and within the EU context in the form of a Directive amending the 4th and 7th Directives on accounting. This includes a requirement for an annual corporate governance statement which includes elements of the disclosures required under Article 10 of the Takeovers Directive. Compliance costs in relation to the disclosures required under Article 10 was an issue discussed in the UK when these provisions were transposed, as was how best to avoid unnecessary duplication in company reporting and to simplify the presentation of information to shareholders.

In the process leading up to the 2003 Action Plan, the European Commission had appointed a High Level Group of Company Law Experts. Its Final Report¹²⁾ proposed a more radical break-through rule than the Commission proposed and which was further watered down before the final adoption of the Directive. It also

12) High Level Group of Company Law Experts *Final Report on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe* (2002).

proposed full disclosure of shareholders' agreements which have an impact on a company or group's governance structure.

The remaining part of the paper will concentrate on the following issues : Section 3 will be on the legal nature of shareholders' agreements in English Company Law. Section 4 will address the use of shareholders' agreements in English corporate practice. Then, Sections 5 and 6 on current problems will address the issues left after *Russell v Northern Bank Development Corporation Limited* (formal distinctions undermining the legislative regime), and the different disclosure issues. Finally, Section 7 deals with some questions relating to minority shareholders' remedies, legitimate expectations and shareholders' agreements.

3. The Legal Nature of Shareholders' Agreements in English Company Law

By shareholders' agreements one usually refers both to agreements between shareholders and between shareholders and the company. The agreement can include all or some of the shareholders.

Shareholders' agreements which only have shareholders as parties fit neatly within the paradigms of contractual freedom and party autonomy. The shareholder parties can agree the matters they wish. They can alter their agreement as long as they all agree (or follow the procedures that the shareholders' agreement lays down).

In *Euro Brokers Holdings Ltd v Monecor (London) Ltd*¹³⁾ the Court of Appeal found that a unanimous informal agreement could alter procedures agreed in a shareholders' agreement.

The courts will grant orders to enforce shareholders' agreements. In *Puddephatt v Leith*¹⁴⁾ the court compelled a shareholder to vote as was agreed in a shareholders' agreement.

As mentioned, shareholders' agreements, whether made by all or some only of the shareholders, create personal obligations between themselves only. They do not become a regulation of the company (in the way that the provisions of the Articles are). Neither do they become binding on the transferees of the parties to it or upon new or non-assenting shareholders.

Shareholders' agreements are generally about the rights and obligations belonging to the shareholders involved. Since these rights concern the operation of the company, it can be helpful to have the company as one of the parties to the agreement. This can assist in the enforcement and it may also overcome the limitation of a contract between (a group of) existing shareholders. The company remains bound even if one of the shareholder parties to the contract sells out to a shareholder who does not become party to the agreement.¹⁵⁾

A provision in a company's Articles of Association which restricts the company's statutory power to alter the Articles or a formal undertaking by the company to that effect, would be invalid. The Companies Act 1985 Section 9 [now Section 21 under the Companies Act 2006] allows the company to alter its Articles by spe-

13) *Euro Brokers Holdings Ltd v Monecor (London) Ltd* [2003] EWCA Civ 105 [2003] BCC 573, [2003] 1 BCLC 506.

14) *Puddephatt v Leith* [1916] 1 Ch 200.

15) In smaller and medium sized companies there may be little or no separation of ownership from control. Shareholders will often be directors. It may in practical terms be a short way from an agreement between shareholders to one which the company joins as a party.

cial resolution. In *Punt v Symons*¹⁶⁾ it was held that the company could not contractually abolish its right to alter its Articles.

There are conflicting decisions on the broad rule restricting the company's capacity to contract out of statutory powers. In *Bushell v Faith*¹⁷⁾ the Articles provided that a resolution to remove a director would multiply that director's shares by three. The director could as a consequence never be voted out. This could be regarded as a restriction on the competence that members have to remove a director for any reason whatsoever, see the Companies Act 1985 Section 303 [now Section 168 under the Companies Act 2006]. In this case the House of Lords held that it was not inconsistent with the statutory power to adopt such a provision in the Articles. The Companies Act specified the type of resolution required to remove a director. It was silent on the matter of how a company allocated voting rights for such resolutions.

An agreement outside the Articles between shareholders as to how they are to exercise their voting rights on a resolution to alter the Articles would not necessarily be invalid. An agreement between shareholders which in effect restricted the company's statutory power to alter the Articles would not be barred.

What about a shareholders' agreement with the company as a party?

This is the main issue in *Russell v Northern Bank*.¹⁸⁾ Here, the court held that the company cannot bind itself into such shareholders' agreements not to use the

16) *Punt v Symons & Co Ltd* [1903] 2 Ch 506.

17) [1969] 2 Ch 438, [1969] 1 All ER 1002, CA, see also [1970] AC 1099.

18) *Russell v Northern Bank Development Corporation Limited* [1992] 1 WLR 588.

company's statutory power to alter the Articles. However, the fact that the company is a party to the shareholders' agreement, and cannot be bound by it, does not mean that the other shareholders are not. I will turn to the further details of this case in a moment.

4. The Use of Shareholders' Agreement in English Corporate Practice

Agreements between shareholders are a common feature of English company law. They have several advantages compared to regulating an issue by provision in the company's Articles. Informality and confidentiality are two obvious advantages. Compared to altering or enforcing the company's Articles, a shareholders' agreement is a simple way to reach agreement and to provide for its enforcement. It may be easy to identify who one wishes to reach an agreement with, for instance a large shareholder. The privacy of a shareholders' agreement may give a shareholder control over the majority of votes without others knowing. It is obvious how this potentially creates a tension in relation to the needs of a public market. This is typically the kind of informational asymmetry that may lead to a regulatory disclosure requirement.

The incorporated vehicle for a joint venture between companies will often have most of its governance structure and rules about share transfers in such agreements. The governance structure is not in the formal company constitution that is found in the Articles. Shareholders' agreements are becoming an increasingly common feature for other forms of companies as well. Again, this may give rise to further issues, in particular if the company is a public company and even more so if it is a listed company.

As already discussed above, by 'shareholders' agreements' one can refer both

to agreements between shareholders and between shareholders and the company. The agreement can include all or some of the shareholders.

A starting point is contractual freedom. Shareholders have full contractual freedom to agree on how to exercise rights attached to their shares. Practical examples include : (1) a shareholder agrees to sell his shares to another shareholder if he should decide to sell ; or, (2) a shareholder agrees with another shareholder how to vote in an election for the board of directors ('I will exercise my vote as a shareholder to vote for [shareholder A] as a Director').

5. When a Company is a Party to the Shareholders' Agreement

I turn first to the issues left after *Russell v Northern Bank*¹⁹⁾ which some claim maintain formal distinctions undermining the legislative regime. I then turn to some of the disclosure issues.

As noted above, the House of Lords judgment in *Russell v Northern Bank* goes far in accepting shareholders' agreements. The restriction it maintains is this. A company cannot itself be a party to an agreement which would restrict its powers as they are required by companies legislation. But this does not bar shareholders' agreements with the same effect from being enforceable by the courts.

The relevant facts were as follows. The five shareholders in Tyrone Bricks Limited and the company itself entered into agreement under which each undertook that the terms of the agreement should have precedence between the shareholders over the Articles of Association and that 'no further share capital shall be created or issued ... without the written consent of each of the parties hereto'.

19) *Russell v Northern Bank Development Corporation Limited* [1992] 1 WLR 588.

Some years later the board of Tyrone Bricks Limited gave notice of an extraordinary general meeting at which it was proposed to move a resolution that the share capital be increased from £1,000 to £4,000,000. Mr Russell, who was one of the shareholders, applied to the High Court of Northern Ireland for an injunction to restrain the other shareholders from considering or voting on the proposed resolution. At first instance Murray J ordered Tyrone Bricks Limited to be joined as a party and then dismissed the action on the ground that the relevant undertaking was invalid and ineffective in law because it was an attempt to fetter the company's statutory power to increase its share capital. By a majority, the Court of Appeal of Northern Ireland dismissed the plaintiff's appeal.

The issue before the House of Lords on appeal was this. Was the shareholders' agreement binding as between the shareholders? The respondents said that because a company could not forgo its right to increase its share capital, the voting restrictions in the shareholders' agreement were invalid between the shareholders because it was only by the votes of the shareholders that the share capital could be increased. Any agreement to restrict the freedom of the shareholders to vote as they pleased was a forgoing of the right to increase the share capital and invalid. The appellant said that although a company could not forgo its right to exercise its statutory powers, there was nothing in law to prevent the shareholders agreeing between themselves as to how they would cast their votes. It was common ground between the parties that Tyrone Bricks Limited could not be bound by the shareholders' agreement.

Lord Jauncey of Tullichettle (with whom the other Law Lords agreed) said :

The issue between the parties in this House was whether Article 3 of the agreement constituted an unlawful and invalid fetter on the statutory power

of Tyrone Bricks Limited to increase its share capital or whether it was no more than an agreement between the shareholders as to their manner of voting in a given situation. Both parties accepted the long established principle that 'a company cannot forgo its right to alter its articles' : *Southern Foundries (1926) Ltd v Shirlaw* [1940] AC 701, 739, per Lord Porter. A principle that was earlier stated in *Allen v Gold Reefs of West Africa Ltd* [1900] 1 Ch 656, 671, per Lindley MR :

'the company is empowered by the statute to alter the regulations contained in its articles from time to time by special resolutions (Sections 50 and 51 [of the Companies Act 1862]) ; and any regulation or article purporting to deprive the company of this power is invalid on the ground that it is contrary to the statute' : *Walker v London Tramways Co* (1879) 12 Ch D 705.

It seems to have been accepted that the above judgments cited were authority for a rule of law that a company cannot validly agree not to alter its Articles. Further support for this was derived from a dictum of Russell LJ in *Bushell v Faith* who had referred to 'the well-known proposition that a company cannot by its articles or otherwise deprive itself of the power by special resolution to alter its articles or any of them'.

Lord Jauncey stated that

'while a provision in a company's articles which restricts its statutory power to alter those articles is invalid an agreement dehorns the articles between shareholders as to how they shall exercise their voting rights ... is not necessarily so'.

In support of this he referred to *Welton v Saffery*, in which Lord Davey had said that an agreement between shareholders as to how they would vote was valid as a personal obligation ‘and would not become a regulation of the company, or be binding on the transferees of the parties to it, or upon new or non-assenting shareholders’.

Lord Jauncey then examined the Tyrone Bricks Limited agreement. This agreement provided that its terms should have precedence ‘between the shareholders over the articles of association’. Having cited Russell LJ in *Bushell v Faith*, Lord Jauncey said that the significant words for the purposes of the appeal were ‘articles or otherwise’. These, he said, ‘appear to recognise that it is not only fetters on the power to alter articles of association imposed by the statutory framework of a company which are obnoxious’. Of the agreement between Tyrone Bricks Limited and its shareholders, he said : ‘This was a clear undertaking by Tyrone Bricks Limited in a formal agreement not to exercise its statutory powers for a period which could, certainly on one view of construction, last for as long as any one of the parties to the agreement remained a shareholder and long after the control of Tyrone Bricks Limited had passed to shareholders who were not party to the agreement. As such an undertaking it is, in my view, as obnoxious as if it had been contained in the articles of association and therefore is unenforceable as being contrary to [the Northern Ireland equivalent of Section 121 of the Companies Act 1985]’.

It has since been discussed whether this passage was part of the reasoning which led to the decision of the House of Lords (the *ratio decidendi*)? The issue for the decision of the House was whether the shareholders’ agreement was either an unlawful and invalid fetter on Tyrone Bricks Limited’s powers or was no more than an agreement, as between the shareholders, as to how they would

vote. The decision was that the shareholders' agreement was not an invalid and unlawful fetter on Tyrone Bricks Limited's powers but was no more than an agreement between the shareholders.

Russell and Northern Bank is not in support of a restrictive view.²⁰⁾ It may also be problematic from a liberal view adopting an unfettered contractual freedom between shareholders and between shareholders and the company as a party to agreements with and between them. E Ferran has criticised the decisions as it relies on formalistic distinctions.²¹⁾ Instead of striking down the shareholders' agreements, E Ferran argues that one should instead accept that the company can bind itself in its future exercise of statutory powers through such shareholders' agreements.

6. Disclosure and Breakthrough

In addition to the relationship between companies legislation and Articles and shareholders' agreements, there are the many different disclosure issues. Shareholders' agreements can in effect change the statutory rules or provisions in the Articles about voting, appointment of directors, transfer of shares etc. This may mean material changes in a company's governance and require disclosure.

The transposition of the adoption of the Thirteenth Company Law Directive on Takeovers into national law now show the 'breakthrough rule' is affecting shareholders' agreements. Article 11 of the Directive provides that voting restrictions shall not apply in the takeover situation. This is a major intervention in the contractual freedom of shareholders. It is motivated by the functioning of the market

20) This follows from K Schmitthoff's article cited in the above note 3 about another case.

21) Ferran, *supra* note 4, p.343.

for corporate control and by the integration of the EU market.

The High Level Group of Company Law Experts Final Report²²⁾ also proposed full disclosure of shareholders' agreements which have an impact on a company or group's governance structure. Most member states had in place different rules that required disclosure of material shareholders' agreements. This is today becoming more and more usual in listed companies. Stock exchange listing requirements, or other financial market regulation, now often mandate the publication of shareholders' agreements of material impact.

7. Shareholders' Agreements and Legitimate Expectations

Shareholders' agreements can create legitimate expectations which can have an impact on the rights of minority shareholders. Particular problems follow from the countervailing legitimate expectations that shareholders may have in terms of the formal constitution of a company in its Articles.

Section 459 of the Companies Act 1985 [now Section 994 under the Companies Act 2006] provides remedies against oppression by the majority. Section 459 is most often raised in the context of the breakdown of relationships in small private companies where there is no active market for a public company's shares (and a buy out of the petitioner's shares at fair price under Section 461 (2) (d) [now Section 996 (2) (e) under the Companies Act 2006] is a useful remedy). A Section 459 petition is also available for a shareholder in a public company but more unlikely.²³⁾ When can Section 459 be invoked shareholders in public companies?

22) High Level Group of Company Law Experts *Final Report on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe* (2002).

23) See *Leeds United Holdings Plc* [1996] 2 BCLC 545 at 559 per Rattee J.

In *Re Astec*²⁴⁾ Jonathan Parker J based his analysis of the availability of a remedy under Section 459 on the judgment of Hoffmann LJ in *Re Saul D Harrison & Sons Plc*²⁵⁾ He stated that legitimate expectations are founded on a personal relationship between the party seeking to exercise a legal right and someone seeking to restrain that right, such as will affect the conscience of the party seeking to exercise a legal right. If not, a shareholder could reasonably and legitimately expect no more than that the board of the company will act in accordance with its fiduciary duties and that the affairs of the company will be conducted on the basis of the Articles and any relevant legislation. There are broadly two types of legitimate expectation upon which shareholders rely. Hoffmann LJ is referring to only one of these : personal expectations based on an informal arrangement. These are the most common type of legitimate expectation and are traditionally raised by aggrieved shareholder in 'quasi-partnership' companies where the requirement of legitimate expectations can be satisfied by fundamental undertakings between the shareholders, such as the right to be a director, which form the basis of their relationship but have not been put into contractual form. It is easy to accept that these kinds of informal arrangements can have no place in public companies. This is the conclusion of Vinelott J in *Re Blue Arrow Plc*.²⁶⁾ He determined the ability of a shareholder to protect his right to be president of a public company under Section 459. There was no room for any legitimate expectation founded upon some agreement between the directors and 'kept up their sleeves'. Jonathan Parker J's comments in *Re Astec* that 'for the market in a company's shares to have any credibility ... the public must, it seems to me, be entitled to proceed on the footing that the constitution of the company is as it appears in the

24) *In re Astec (BSR) Plc* [1998] 2 BCLC 556.

25) [1995] 1 BCLC 14.

26) [1987] BCLC 585.

company's public documents, unaffected by any extraneous equitable considerations and constraints' (at p. 589).

To this extent such legitimate expectations cannot arise in relation to listed or even to public companies. The impact of shareholders' agreements and other informal understandings may be stronger in private companies.

Courts do however seek standards by which to judge unfairness. In a private company, the existence of a formal or an informal agreement between the shareholders may offer assistance in various ways. In the private company context, when there is no such agreement, the courts seek to make use of some available established standards. In *Re a Company*²⁷⁾ the court looked to the rules in the City Code on Takeovers and Mergers. Here the court found assistance in determining if behaviour within a private company was unfairly prejudicial to the members. Of course, the City Code does not apply to private companies. But such established standards also have the advantage of not being pulled from the directors' sleeves as in the case before Vinelott J (*Re Blue Arrow Plc*²⁸⁾). The parties in *Re a Company* may have had difficulty guessing that the City Code was relevant to their dealings at the time.

[Postscript]

Some progress after the lecture was delivered on 30 July 2006 should be noted here. The company law reform (particularly referred to in Section 2 of this paper) finally concluded in November 2006. The Companies Bill went through Royal Assent on 8 November 2006. The introduction of entrenched provisions which was discussed in the Company Law Review Steering Group and subsumed later in the DTI's Consultative Document has been realised under Section 22 of the new Companies Act.

27) [1986] BCLC 382.

28) [1987] BCLC 585.

執筆者紹介（掲載順）

青 柳 幸 一	筑波大学法科大学院教授
新 井 誠	筑波大学法科大学院教授
平 林 英 勝	筑波大学大学院ビジネス科学研究科 企業法学専攻教授
弥 永 真 生	筑波大学大学院ビジネス科学研究科 企業法学専攻教授
藤 井 樹 也	筑波大学法科大学院助教授
丸 山 絵美子	筑波大学大学院ビジネス科学研究科 企業法学専攻助教授
Mads Andenas	レスター大学法学部教授

筑波大学ロー・ジャーナル 創刊号

2007年3月発行

発行者 筑波大学大学院
ビジネス科学研究科企業法学専攻
〒112-0012 東京都文京区大塚3-29-1
TEL 03-3942-5433

筑波大学法科大学院
〒101-0021 東京都千代田区外神田1-18-13
秋葉原ダイビル14階
TEL 050-5518-2645

教授 青山 慶二
池田 雅則
江口 隆裕
大野 正道
中山 清
平林 英勝
元永 和彦
弥永 真生

助教授 大淵 真喜子
川田 琢之
潮海 久雄
平嶋 竜太
丸山 絵美子
柳 明昌

教授 青柳 幸一
秋山 幹男
新井 誠
植草 宏一
大塚 章男
小幡 雅二
北 秀昭
藤村 和夫
藤原 静雄
宮城 啓子

助教授 上山 泰
徳本 穰
藤井 樹也

編集者 筑波ロー・ジャーナル編集委員会
制作 株式会社TKC
印刷所 倉敷印刷株式会社

TSUKUBA LAW JOURNAL

No.1 March 2007

Articles

- "ratio decidendi" in a Constitutional Decision
.....**Koichi Aoyagi** 1
- The Problems of Property Management in the Aged Society
.....**Makoto Arai** 25
- Drafting Process of Article 1 of Antimonopoly Act and its
Background and Meaning: Enactment of Law of Market
Economy and Democracy in a non-Western Society
.....**Hidekatsu Hirabayashi** 39
- Negligent banking supervision and governmental liability(Part1)
.....**Masao Yanaga** 77
- Freedom of Expression and Anti-Discrimination Regulations
in the IT Era: Issues Concerning Cyber-Racism in Australia
.....**Tatsuya Fujii** 95
- Consumer Law and Restitution(1).....**Emiko Maruyama** 109

Lecture

- Shareholders' Agreements: Some EU and English Law
Perspectives.....**Mads Andenas** 135

ISSN:1881-8730