

筑波ロー・ジャーナル

3号

2008年3月

論 説

Biotechnologie und Menschenwürde Koichi AOYAGI(青柳 幸一)	1
近年における国際的信託の発展状況..... 新井 誠	29
公正取引委員会の職権行使の独立性について——事例の検討と法的分析 平林英勝	67
任期付任用公務員の更新打ち切りに対する救済方法 ——近年の裁判例を踏まえた「出口規制」に係る法理のあり方の検討 川田琢之	99
学校における人種統合とアフーマティヴ・アクション(2・完) ——アメリカ連邦最高裁ロバーツ・コートの新たな動向—— 藤井樹也	161

判例研究

失念株と不当利得..... 弥永真生	183
--------------------	-----



目 次

論 説

Biotechnologie und MenschenwürdeKoichi AOYAGI (青柳幸一)	1
近年における国際的信託の発展状況新井 誠	29
公正取引委員会の職権行使の独立性について ——事例の検討と法的分析平林英勝	67
任期付任用公務員の更新打切りに対する救済方法 ——近年の裁判例を踏まえた「出口規制」に係る法理のあり方の検討川田琢之	99
学校における人種統合とアフターマティヴ・アクション (2・完) ——アメリカ連邦最高裁ロバーツ・コートの新たな動向——藤井樹也	161
判例研究	
失念株と不当利得弥永真生	183

Biotechnologie und Menschenwürde

Koichi AOYAGI

I. Vorbemerkung

Im November 2000 hat das japanische Parlament „The Law Concerning Regulation Relating to Human Cloning Techniques and Other Similar Techniques“¹⁾ (Gesetz zur Regelung der Klontechniken beim Menschen und anderer ähnlicher Techniken, kurz: Bioethikgesetz) verabschiedet. Dieses Gesetz hat, wie unten näher ausgeführt werden wird, zwei Gesichter, nämlich zugleich ein Verbot und eine Zulassung entsprechender Techniken. Als Gründe für das Verbot der Verpflanzung humaner geklonten Embryonen und ähnlicher Entitäten in eine menschliche oder tierische Gebärmutter werden „ernste Auswirkungen auf die menschliche Würde, die Sicherheit des menschlichen

1) The Law Concerning Regulation Relating to Human Cloning Techniques and Other Similar Tech-niques<http://www.mext.go.jp/a_menu/shinkou/seimei/eclone.pdf>.

Körpers und die Aufrechterhaltung der gesellschaftlichen Ordnung“ genannt. Auf der anderen Seite erlaubt das Bioethikgesetz die Herstellung von sog. „Specified Embryos“. Im Vorfeld der Verabschiedung des Gesetzes hatte sich der japanische Bioethikausschuß Informationen zu Gesetzen und Politiken über Klonverbote in Großbritannien, Deutschland, Frankreich und den USA verschafft und diese eingehend analysiert.

Welches Konzept und welche Inhalte hat nun die betroffene „menschliche Würde“ im japanischen Bioethikgesetz?

Die Menschenwürde bildet, wie allgemein bekannt, den grundlegenden Maßstab für die ethische und rechtliche Bewertung der modernen Biomedizin und Biotechnologie. Der Begriff der „Würde des Menschen“ ist in den einzelnen Staaten/Rechtsordnungen nicht immer gleichbedeutend und der damit verbundene sittlichen Anspruch nicht immer identisch, somit sind sie als allgemein verbindliche Prinzipien des Handelns nicht immer präzise. Unklarheiten über die Inhalte der Menschenwürde können wir etwa anhand der Diskussion um die geplante UNO-Konvention zum Klonverbot²⁾ verfolgen:

Im Sommer 2001 hatten Deutschland und Frankreich das Thema eines weltweiten Verbots des Klonens in die UNO-Verhandlungen eingebracht. Hinsichtlich des *reproduktiven* Klonens bedeutet dies, daß es bereits einen weltweiten Konsens über ihre Verwerflichkeit gibt. Alle 191 Mitgliedstaaten der UNO sind sich einig, diese Form des Klonens von Menschen zu verbieten.

2) Vgl. E. L. Shanin, Developments: International Response to Human Cloning, 3 Chi. J. Int'l L. 255 (2002); R. M. Isasi/G. J. Annas, International Arbitrage of Controversial Medical Technologies, 35 Case W. Res. J. Int'l L. 397 (2003) u. a.

Großer Streit herrscht jedoch über die Frage, ob auch das *therapeutische* Klonen zur Gewinnung von Stammzellen untersagt werden soll. Hinsichtlich des therapeutischen Klonens gibt es nämlich keinen weltweiten Konsens, so daß die Verhandlungen deutlich länger dauern werden. Viele Staaten wollen nicht nur das reproduktive, sondern auch das therapeutische Klonen verbieten, während andere Staaten zunächst genauer prüfen wollen, ob therapeutisches Klonen möglicherweise einen medizinischen Nutzen hat.

Derzeit gibt es deshalb zwei Vorschläge für eine Anti-Klonkonvention der UNO: Der deutsch-französische Entwurf geht dahin, Verhandlungen in zwei separaten Verfahren vorzusehen, damit der Verhandlungserfolg beim reproduktiven Klonen nicht jahrelang »auf Eis« liegen muß, bis auch die umstrittenen Themen ausverhandelt sind. Ihnen ist sicherlich bekannt, daß Versuche, geklonte Embryonen per Schwangerschaft auszutragen, bereits im Gange sind. Ein Verbot des reproduktiven Klonens kann also nicht jahrelang auf sich warten lassen. Dieser deutsch-französische Entwurf wurde von etwa 30 Staaten, darunter Großbritannien, Rußland, Belgien, China, Singapur und auch Japan, unterstützt. Der von Spanien, den USA und den Philippinen eingebrachte Alternativentwurf schlägt hingegen ein vollständiges und sofortiges Klonverbot auf internationaler Ebene ohne Unterscheidung spezieller Klonierungsformen vor. Dieser Entwurf wurde von etwa 50 weiteren, vor allem katholischen Ländern unterstützt. Es solle ein verbindender Satz eingefügt werden, etwa: Mit dem Zustandekommen dieses Totalverbots ist aber nicht zu rechnen, es käme dann zu einem Scheitern der gesamten Beratungen. Er würde für die USA bedeuten, daß dem Klonen in den USA weder nationale Gesetze noch internationale Normen entgegenstehen und alles erlaubt bleibt³⁾. Der UNO-Rechtsausschuß hat am 6. November 2003 eine Entscheidung über ein Klonverbot mit 80 zu 79 Stimmen um zwei Jahre vertagt⁴⁾.

Bei der Verabschiedung des Klonverbotgesetzes und der Richtlinien zur Forschung mit embryonalen Stammzellen in Japan hat der betroffene Ausschuß die Inhalte der Menschenwürde nicht näher erörtert. Im 21. Jahrhundert erhöht die Biotechnologie das Tempo des Fortschrittes jedoch immer mehr. Es macht deshalb Sinn, im Rahmen dieses Symposiums die Menschenwürde im Kontext der Humangenetik genauer zu untersuchen.

II. Die neuere Entfaltung der Biotechnologie und die Veränderung der Gesetze und Politiken in wichtigen Einzelstaaten

1) *Die neuere Entfaltung der Biotechnologie*

a) **Die Unterscheidung zwischen dem reproduktiven und therapeutischen Klonen**

Im Februar 1997 wurde das aus der Fusion des Zellkerns einer Euterzelle mit einer entkernten Eizelle geklonte Schaf „Dolly“ in Edinburgh der Weltöffentlichkeit vorgestellt (sog. Verfahren des somatischen Nukleustransfers oder „Dolly“-Methode). Das Team um Ian Wilmut vom schottischen Roslin-Institut gab später die Zahl der bis zur Geburt von Dolly bei Klonversuchen verbrauchten Eizellen mit 277 und damit eine Erfolgsquote von nur 0,36 % an⁵⁾. Der wissenschaftliche Durchbruch bestand dabei darin, daß der Zellkern des erwachsenen Tieres in dem fremden Ei die Fähigkeit der embryonalen Keimzelle

3) Es gibt einen grossen Unterschied zwischen dem Inhalt des amerikanischen Konventionsentwurfs und einer voeligen Liberalisierung der Klontechnik in den USA selbst. Seinen Grund darin haben, dass der Inhalt des amerikanischen Konventionsentwurf der Ausdruck der Ueberzeugung vom Präsident Bush ist, wie in II 2) d) erwähnt.

4) Über die Entwicklung danach vgl. M. H. Arsanjani, Current Development: Negotiation the UN Declaration on Human Cloning, 100 A. J. I. L. 164 (2006).

5) I. Wilmut et al., Viable Offspring Derived from Fetal and Adult Mammalian Cells, 395 Nature 810 (1997).

entwickelte, alle Erbinformationen eines komplexen Organismus weiterzugeben. Nicht nur Wissenschaftler, sondern auch viele Laien begannen sich zu fragen: Wenn dies beim Schaf möglich ist, warum dann nicht auch beim Menschen?

Das reproduktive Klonen beim Menschen gilt nach allgemeiner Ansicht als moralisch nicht vertretbar, selbst wenn damit ein sonst unerfüllbarer Kinderwunsch verwirklicht werden sollte. Das reproduktive Klonen beim Menschen verletzt generell die Menschenwürde. Eine weitere große Frage ist auch die Sicherheit dieser Methode. Am 14. Februar 2003 war Dolly wegen einer Lungenentzündung durch eine Giftspritze eingeschläfert worden. Auf natürlichem Wege gezeugte Schafe können bis zu zwölf Jahre alt werden, aber Dolly wurde nur sechs Jahre alt. Trotz aller Probleme versuchen einige Wissenschaftler wie Severino Antinori, Panayiotis Zavos und Brigitte Boisselier, die „Dolly“-Methode auch beim Menschen einzusetzen. Am 26. Dezember 2002 verkündete die der Raelianer-Sekte nahestehende US-Firma „Clonaid“ die Geburt des weltweit ersten Klonbabys. Beweise für ihre Behauptungen blieb sie allerdings bis heute schuldig. Die seriösere und intensive Klonforschung bleibt bislang relativ unbehelligt; sie ist an keinerlei internationale Vereinbarungen gebunden u. a. in Großbritannien und China betrieben, angeblich aber nur im Bereich des therapeutischen Klonens.

In der Diskussion um das Klonen von Menschen wird also strikt zwischen dem reproduktiven und dem therapeutischen Klonen unterschieden. Dies ist in den unterschiedlichen Zielsetzungen beider Verfahren begründet. Durch das reproduktive Klonen soll ein Mensch mit der identischen genetischen Ausstattung wie ein bereits existierender Mensch geschaffen werden, während beim therapeutischen Klonen menschliche Zellen geklont werden, um Ersatzgewebe für medizinische Zwecke zu gewinnen. Doch die Grenzen sind fließend, da beide

Methoden die Klonierung menschlicher Zellen beinhalten. Beim therapeutischen Klonen wird der Embryo allerdings bei der Gewinnung von Ersatzgewebe oder sonstiger begehrter Teile vernichtet. Bezogen auf das therapeutische Klonen kommt eine zusätzliche Problematik hinzu: Sie besteht in der besonders zuge-spitzten Frage der Instrumentalisierung von Embryonen, also der Inanspruchnahme für Zwecke anderer und in der Frage der Grenzüberschreitung. Natürlich besteht das Ziel des therapeutischen Klonens nicht darin, einen Menschen über das Geburtsstadium hinaus heranwachsen zu lassen und ihn dann als Ersatzteillager für andere Menschen zu verwenden – dies würde unstrittig eine eklatante Verletzung der Menschenwürde bedeuten.

b) Herstellung von humanen embryonalen Stammzellen

Im November 2001 behauptete die US-Firma „Advanced Cell Technology“ (ACT), menschliche Embryonen für die Stammzellgewinnung erfolgreich geklont zu haben. Die Versuche sollten nach Angabe von ACT aber nicht zu geklonten Menschen führen. Statt dessen sollten aus den geklonten Embryonen Stammzellen gewonnen werden, von denen sich Mediziner große Fortschritte bei der Heilung zahlreicher Krankheiten wie Diabetes oder Parkinson versprochen. Diese embryonalen Stammzellen (ES-Zellen) sind jedoch bald darauf abgestorben. Im Februar 2004 haben dann südkoreanische Forscher menschliche Blastozysten, ein Frühstadium von Embryonen, aus adulten Zellen geklont und daraus Stammzellen für die Herstellung von neuem Gewebe gewonnen⁶⁾. Durch die gelungene Herstellung humaner embryonaler Stammzellen braucht man für die Heilung schwerer Krankheiten und für die Regenerationsmedizin nicht notwendig auf das Verfahren des therapeutischen

6) Im Dezember 2005 wird es klar, dass dieser Erfolg erdichtet war (<http://news.bbc.co.uk/2/hi/asia-pacific/4532128.stm>).

Klonens zurückzugreifen.

Stammzellen sind Zellen, die die Fähigkeit besitzen, sich selbst durch Zellteilung zu reproduzieren und sich selbst bzw. ihre Tochterzellen zu Zellen unterschiedlicher Spezialisierung entwickeln zu können (Differenzierung). Sie könnten sich daher vor allem für den Zell- und Gewebeersatz eignen. Hinsichtlich ihres Potentials, sich in verschiedene Gewebezellen zu entwickeln, unterscheidet man totipotente, pluripotente und organspezifische Stammzellen. Nach ihrer Herkunft und Gewinnungsart werden weiterhin unterschieden:

- aa) embryonale Stammzellen aus Embryonen, die durch In-vitro-Fertilisation (IVF) entstanden sind,
- bb) durch Zellkernttransfer erzeugte embryonale Stammzellen (sog. „therapeutisches Klonen“ bzw. „Dolly“-Methode),
- cc) embryonale Stammzellen (EG-Zellen) aus Nabelschnurblut,
- dd) gewebespezifische adulte Stammzellen (AS-Zellen).

Ständig neue Erkenntnisse im Bereich der Biomedizin nähren langfristig Hoffnungen auf neue therapeutische Maßnahmen gegen Krankheiten, die bislang nicht behandelbar sind. Embryonale Stammzellen sind für die Forschung sehr interessant, weil sie über Fähigkeit verfügen, sich unbegrenzt teilen zu können und unter entsprechenden Bedingungen in nahezu alle verschiedenen Typen von Körperzellen zu entwickeln (Pluripotenz). Man hofft, durch die Erkenntnisse der Stammzellforschung die künstlich hergestellten Gewebe zu Transplantationszwecken nutzen und so das Risiko der Immunabwehr weitgehend reduzieren zu können. Andererseits stoßen jedoch einige Formen der Stammzellforschung in ethische und rechtliche Grenz- bzw. Problembereiche vor.

Besonders viele ethische Probleme wirft dabei diejenige Stammzellforschung auf, bei der ES-Zellen entnommen werden. Bei lebenden Embryonen führt diese Entnahme nach gegenwärtigem Erkenntnisstand dazu, daß der betreffende Embryo abstirbt oder jedenfalls zu einer Implantation in die Gebärmutter nicht mehr verwendet werden kann. Das wäre z. B. immer der Fall bei der Gewinnung von embryonalen Stammzellen aus Embryonen im Blastozystenstadium. Ausgangspunkt für die Lösung der ethischen Probleme ist die Frage nach dem moralischen Status des menschlichen Embryos in vitro und den daraus erwachsenden Schutzansprüchen. Grundlegend für die verfassungsrechtliche Klärung der Zulässigkeit der Gewinnung von Stammzellen aus Embryonen ist dabei die Frage, ab wann menschliches Leben den grundrechtlichen Schutz der Menschenwürde und/oder des Rechtes auf Leben genießt.

2) Veränderung der Gesetze und Politiken in wichtigen Einzelstaaten

a) Großbritannien

Unter dem Gesetz zu Unfruchtbarkeitsbehandlung und Embryologie (Human Fertility and Embryology Act, HFEA) von 1990 war die Forschung an bis zu 14 Tage alten Embryonen ("Präembryonen") unter bestimmten Voraussetzungen ebenso erlaubt wie das therapeutische Klonen. Auch legte dieses Gesetz fest, unter welchen Bedingungen und zu welchen Zwecken Forschung an Embryonen erlaubt werden konnte. Laut HFEA mußte dabei für jedes einzelne Forschungsprojekt mit Embryonen eine besondere Lizenz beantragt werden. Nach Auffassung der britischen Regierung schützte dieses Erfordernis davor, daß menschliche Klone geboren wurden.

Im Jahr 2001 bezog sich eine Klage der Organisation »Pro Life Alliance« auf die simple Frage, ob der HFEA auf die heute in Frage stehende »Dolly«-Methode

überhaupt anwendbar sei. „Pro Life“ argumentierte, daß Klonversuche nach der „Dolly“-Methode nicht nach dem HFEA beantragt werden müssten, weil der dabei entstehende Organismus gar kein Embryo im Sinne des Gesetzes sei. Kaum hatte das angerufene Gericht diese Interpretation der britischen Rechtslage bestätigt, legte der britische Gesundheitsminister Alan Milburn den Entwurf eines Eilgesetzes vor, der die Implementierung menschlicher Klone in die Gebärmutter einer Frau verbot. Im November 2001 wurde dieses Eilgesetz von beiden Häusern des britischen Parlamentes verabschiedet. Damit ist nun in Großbritannien das Implantieren und Austragen geklonter Embryonen eine Straftat, und nach dem neuen Gesetz soll das Klonen menschlicher Embryonen zu Fortpflanzungszwecken mit bis zu zehn Jahren Gefängnis bestraft werden. Aber gleichwohl erlaubt das neue Gesetz das Klonverfahren selbst⁷⁾.

Im Februar 2002 hat schließlich ein Sonderausschuß des Oberhauses das Klonen von Embryonen zu therapeutischen Zwecken mit sofortiger Wirkung unter strikten Auflagen erlaubt. Dieser Ausschuß gab grünes Licht für die bereits vom Parlament gebilligte Forschung mit Embryozellen. Jedoch bleibt das Herstellen von Klonbabys auch in Großbritannien ausdrücklich verboten. Der Oberhausausschuß empfiehlt „dringend“ die Errichtung von Stammzellbanken, die den Forschern zur Herstellung von gesundem Gewebe aus Stammzellen dienen sollen. Die Technik soll zu neuen Therapien bei Diabetes, Herzinfarkt, Parkinson, Alzheimer, Krebs und anderen Krankheiten führen. Diese rechtliche Anerkennung der Klonforschung in Großbritannien 2001 hat einen starken Einfluß auf andere Staaten ausgeübt.

7) Vgl. D. Beylveled/R. Brownsword, Human Dignity in Bioethics and Biolaw, 2001; E. Jackson, Regulating Reproduction, 2001; A. Grubb, Case Comment: Regulating Cloned Embryos, 94 L. Q. R. 358 (2002); A. Plomer, Beyond the HFE Act 1990, 10 Med. L. Rev. 132 (2002); S. D. Pattinson, Reproductive Cloning, 10 Med. L. Rev. 295 (2002) u. a.

b) Deutschland

Das deutsche Embryonenschutzgesetz (ESchG) wurde 1990 verabschiedet. Es ist eines der strengsten Humangenetikgesetze Europas, da vieles, was in anderen europäischen Ländern erlaubt ist, hier verboten wurde. Die Präimplantationsdiagnostik, der Transfer von mehr als drei Embryonen oder das Einfrieren oder Weiterkultivieren von bereits geteilten Embryonen sind in Deutschland strikt verboten; das deutsche Embryonenschutzgesetz regelt ebenfalls das Verbot des Klonens.

Der britische Vorstoß zum therapeutischen Klonen im Jahr 2001 hat in Deutschland jedoch eine heftige Debatte um die Änderung dieses strengen Embryonenschutzgesetzes entfacht. Wissenschaftler versprechen sich davon, schwere Krankheiten heilen zu können, für die es bisher noch keine effektiven Therapien gibt. Doch das therapeutische Klonen und Gewinnung embryonaler Stammzellen sind unumgänglich für diese Therapien, eine Arbeit, die in Deutschland durch das Embryonenschutzgesetz verboten ist. Doch die Möglichkeit zur Heilung schwerer Krankheiten verführt uns Menschen, weshalb in Deutschland eine heftige Diskussion zwischen Naturwissenschaftlern und Geisteswissenschaftlern entbrannt ist, ob das Embryonenschutzgesetz geändert werden soll.

Am 23. Januar 2002 hat deshalb der Deutsche Bundestag erneut intensiv über die Fragen der Bioethik debattiert. Strittig war dabei vor allem die Frage, ob die Präimplantationsdiagnostik zugelassen und der Import von humanen embryonalen Stammzellen gestattet werden sollte. Am 30. Januar 2002 hat der Deutsche Bundestag dann über den Import von embryonalen Stammzellen entschieden und am 25. April 2002 mit großer Mehrheit das Stammzellgesetz (StZG) verabschiedet. Ein Import humaner embryonaler Stammzellen ist danach

für öffentlich wie privat finanzierte Vorhaben grundsätzlich verboten und nur ausnahmsweise unter folgenden Voraussetzungen für Forschungsvorhaben zulässig:

aa) Alternativen (Forschung am Tiermodell, Verwendung anderer Arten von menschlichen Stammzellen) sind nach dem anerkannten Stand von Wissenschaft und Forschung für die angestrebte Zielsetzung des geplanten Forschungsvorhabens nicht in vergleichbarer Weise erfolgversprechend.

bb) Der Import humaner embryonaler Stammzellen wird auf bestehende Stammzelllinien, die zu einem bestimmten Stichtag, spätestens zum Zeitpunkt der Beschlußfassung über diesen Antrag, etabliert wurden, beschränkt.

cc) Das Einverständnis der Eltern zur Gewinnung von Stammzellen aus einem Embryo muß vorliegen. Das Einverständnis muß unter Ausschluß finanzieller Zuwendungen erklärt worden sein.

dd) Die Hochrangigkeit des Forschungsvorhabens für den wissenschaftlichen Erkenntnisgewinn zum Zwecke der Entwicklung diagnostischer oder therapeutischer Verfahren muß nachgewiesen werden.

ee) Die ethische Vertretbarkeit wird durch eine hochrangige und interdisziplinär besetzte Zentrale Ethikkommission geprüft.

ff) Die Erfüllung der genannten Voraussetzungen stellt eine transparent arbeitende, gesetzlich legitimierte Kontrollbehörde sicher, deren Genehmigung Bedingung für den Import ist.

c) Frankreich

Das französische Bioethikgesetz von 1994⁸⁾ hat die Unversehrtheit des menschlichen Körpers, die Achtung des Lebens schon bei seinem Entstehen oder auch den Respekt vor den Verstorbenen zum Grundsatz⁹⁾. Man kann menschliche Embryonen nicht einfach als Rohstoff für die Forschung ansehen. Nach Großbritannien hatte auch Frankreich im November 2000 angekündigt, die Embryonenforschung unter der Auflage zu erlauben, daß sie der Verbesserung der Techniken für die medizinisch unterstützte Fortpflanzung sowie der Forschung für neue Behandlungsmethoden dient. Erstmals hat damals die französische Regierung diesen Gedankengang, der die Rechtsprechung aus dem Jahr 1994¹⁰⁾ revidieren sollte, der Öffentlichkeit vorgestellt. Premierminister Lionel Jospin versicherte, daß die beim therapeutischen Klonen erzeugten Embryonen nicht zu Zwecken der Reproduktion genutzt werden dürften. Gleichwohl blieb die Fachwelt gespalten. Das Nationale Ethikkomitee sprach sich Anfang Februar 2001 mit knapper Mehrheit (17 zu 13 Stimmen) zugunsten des therapeutischen Klonens aus. Aber eine Menschenrechtskommission stimmte später dagegen. Staatspräsident Jacques Chirac sprach sich ebenfalls am

8) Loi N° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain; Loi N° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal; Loi N° 94-548 du 1er juillet 1994 relative au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant la loi no 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Vgl. Dominique Thouvenin, De l'éthique biomédicale aux lois «bioéthiques», dans RTDC, 1994, pp.717 et s.; Catherine Chabert-Peltat et Alain Bensoussan (dir.), Les biotechnologies, l'éthique biomédicale et le droit, Editions Hermès, 1995, pp.21 et s.

9) Vgl. Noël Lenoir, Aux frontières de la vie: une éthique biomédicale à la française, 1991; Frédéric Salat-Baroux, Les Lois de Bioéthique, 1998; Conseil d'état, Les lois de bioéthique: cinq ans après, La Documentation française, 1999 u. a.

10) C. C. 94-343-344 D. C. du 27 juillet 1994.

8. Februar 2001 gegen das therapeutische Klonen aus. Chirac befürchtete den Mißbrauch des Klonens, nämlich daß es dazu kommen könnte, existierende Menschen zu vervielfältigen.

Am 20. Juni 2001 wurde der Gesetzentwurf für eine Änderung des Bioethikgesetzes von 1994 im Ministerrat vorgelegt. Dieser Entwurf weitete die Möglichkeit der künstlichen Befruchtung aus. So erlaubte er beispielsweise unter bestimmten Umständen das Einpflanzen eines Embryos nach dem Tod des Samenspenders in die Gebärmutter. Gemäß dem gebilligten Änderungsantrag wird nun auch die Embryonenforschung erlaubt, wobei diese Genehmigung an strenge Bedingungen geknüpft wird. Die wichtigsten Elemente sind hierbei:

aa) Zum ersten Mal wird ein ausdrückliches Verbot des Klonens zu Fortpflanzungszwecken ausgesprochen.

bb) Es wird die Möglichkeit geschaffen, Forschungen mit In-vitro-Embryonen und totipotenten Zellen, die dabei hergestellt werden können, durchzuführen¹¹⁾.

d) USA

Im Jahr 1997 hatte Präsident Bill Clinton nach dem Klonen von Dolly angeordnet, daß kein Projekt öffentliche Gelder erhalten darf, das sich mit dem Klonen von Menschen beschäftigt. Im Jahr 1998 wollte er ein Gesetz auf den Weg bringen, das mindestens für fünf Jahre das Klonen von Menschen verbietet. Das aber kam nicht zustande, weil viele meinten, daß davon auch die Forschung mit

11) Im August 2004 wurde das französische Bioethikgesetzes von 1994 geändert. Im 29. Juli 2004 hat das französische Verfassungsgericht (Conseil Constitutionnel) die Verfassungsmäßigkeit dieses Gesetzesentwurfs entschieden.

embryonalen Stammzellen betroffen sein könnte. Daher gibt es in den USA bislang keine gesetzliche Grundlage, um das Klonen von Menschen grundsätzlich zu verhindern. Es gibt in den USA nur das Verbot für *staatlich* finanzierte Forschung mit embryonalem Gewebe, so daß die Herstellung von Stammzellen in *privaten* Forschungseinrichtungen bereits Alltag ist.

Am 31. Juli 2001 hat das amerikanische Repräsentantenhaus ein weitgehendes Verbot sämtlicher Klonierungsexperimente mit menschlichen Zellen beschlossen, für das sich Präsident George W. Bush eingesetzt hatte. Dieser Beschluß legt fest, daß nicht nur das therapeutische Klonen untersagt ist, sondern auch keine Medikamente eingeführt werden dürfen, bei deren Entwicklung menschliche Zellen geklont wurden. Verstöße sollen mit Gefängnisstrafen bis zu zehn Jahren und Geldbußen bis zu einer Million Dollar geahndet werden. Vor dem Inkrafttreten des Verbotes ist allerdings noch die Zustimmung des Senats notwendig. Jedoch hat dieser Beschluß bisher keine Mehrheit im Senat gefunden, wobei der größte Streitpunkt die Zulassung des Klonens zu Forschungszwecken darstellt.

Im April 2002 hat Präsident Bush deshalb den Senat aufgerufen, nach dem Vorbild des Repräsentantenhauses das Klonen von Menschen zu verbieten¹²⁾. Er sagte: „Human cloning is deeply troubling to me, and to most Americans. Life is a creation, not a commodity. Our children are gifts to be loved and protected, not products to be designed and manufactured“.

So glaubt er „all human cloning is wrong“. Das gelte sowohl für das Klonen von Embryonen zur Produktion von maßgeschneiderten Menschen als auch für

12) President Bush Calls on Senate to Back Human Cloning (<<http://www.whitehouse.gov/news/releases/2002/04/20020410-4.html>>).

das Klonen zum Zweck der Gewinnung embryonaler Stammzellen. Präsident Bush argumentierte, daß nicht nur ethische und moralische Gründe einen totalen Bann geböten. Bei einem Teilverbot bestehe die Gefahr, daß die Einhaltung nicht überprüft und gewährleistet werden könne. Was die Forschung betreffe, gelte auch hier der Grundsatz: Der Präsident erklärte: „we must always ask what is right, and we must not forgoet that even the most noble ends do not justify any means“, „we must always preserve human dignity. And threfore, we must prevent human cloning by stopping it before it starts“.

Im Februar 2003 hat das Repräsentantenhaus abermals einem weitgehenden Klonverbot, das den gleichen Inhalt wie der Beschluß vom Juli 2001 hat, zugestimmt. Die Zustimmung des Senats können die Befürworter eines Verbotes jedoch nicht erzwingen, weil sie dort nicht über die 60 Stimmen verfügen, die für die Beendigung der Debatte erforderlich sind. In der angestrebten Antiklon-Konvention der UNO drängt die Bush-Regierung, wie oben erwähnt, ebenfalls auf ein totales Verbot des Klonens von Menschen. Meiner Meinung nach ist der echte Grund für diese Auffassung in der religiösen Überzeugung des amerikanischen Präsidenten zu suchen. Der Präsident Bush glaubt tief, daß die Reproduktion ausschließlich das Gebiet Gottes ist, kann diese Grundsätze jedoch nicht durchsetzen. Im August 2001 mußte der Präsident deshalb die öffentlich finanzierte Forschung an bereits bestehenden Stammzellen zulassen. Seinen Sinneswandel begründete er mit den großartigen Möglichkeiten, die die Forschung biete, sprach aber auch von den großen Gefahren, die sie berge. Er will nun die Forschung auf sogenannte Zelllinien beschränken, die bereits vorhanden sind. Seiner Darstellung nach sind es in den USA mehr als 60, die sich unendlich regenerieren könnten. Damit hat Präsident Bush die bisher gefährlichste innenpolitische Klippe seiner Amtszeit offenbar erfolgreich umschiff. Mit diesem Beschluß hat er sich aber auch erstmals klar in Widerspruch zu Teilen

seiner konservativen Stammwählerschaft gesetzt, einen Schritt in die politische Mitte gemacht und offenbar einen Ausgleich zwischen Forschungsgegnern und -befürwortern gefunden. Einerseits wollte Bush einen Streit mit den Konservativen, einer seiner wichtigsten Wählergruppen, abwenden. Zugleich mußte er aber auch auf die Wähler Rücksicht nehmen, die sich von der Stammzellforschung neue Heilmethoden für Krankheiten erhoffen¹³⁾.

III. Die Situation in Japan

Welche Politik bzw. welchen Weg der Gesetzgebung hat Japan nun auf dem Gebiet der Biotechnologie eingeschlagen?

1) *Das Gesetz zur Regelung der Klontechniken (Bioethikgesetz) aus dem Jahr 2000*

Im Dezember 2000 hat Japan das Klonen von Menschen und das Erschaffen von Mischwesen aus Mensch und Tier gesetzlich verboten. Das Parlament verabschiedete das Bioethikgesetz, wonach dies mit einer Gefängnisstrafe von bis zu zehn Jahren geahndet wird. Dieses Gesetz hat zwei Zwecke:

Eine Zielrichtung besteht darin, „to prevent and restrain creation of a human clone individual and an amphimictic individual“ (Art. 1); ein anderer Zweck ist „to secure appropriate handling of such embryos“ (Art. 1). Dieses Gesetz verbietet deshalb den Transfer eines „human somatic clone embryo, a human-animal amphimictic embryo, a human-animal hybrid embryo or a human-animal

13) Über die Debatte um Human Cloning in USA: Vgl. Koichi Aoyagi, Constitutional Theory concerning Prohibition on Human Cloning in USA, in: Frstschrift für Professor Hisao Kuriki zum 70. Geburtstag, Bd. 1, SS. 45-93 (2003).

chimeric embryo into a uterus of a human or an animal“ (Art. 3). Das Klonen von Menschen könne „a severe influence on preservation of human dignity, safety for human life and body, and maintenance of social order“ (Art. 1) haben. Das Verbot in diesem Gesetz besteht nicht im Schaffen von humanen geklonten Embryonen und neuen „Specified Embryos“, sondern im Transplantationsverbot dieser Embryonen in die Gebärmutter von Menschen oder Tieren. Es ist also möglich, Embryos zu schaffen, indem eine Körperzelle in ein unbefruchtetes Ei gepflanzt wird, aus dem der Zellkern entfernt wurde.

Das japanische Bioethikgesetz bezieht sich ferner auf „Hybridembryonen“, die durch die Zusammenführung eines menschlichen Eis und Spermia eines Tieres geschaffen werden, sowie „Schimärenembryonen“, bei denen menschliche und tierische Zellen vermischt werden. Außerdem dürfen solche Embryonen weder in Menschen noch in Tiere eingepflanzt werden.

2) Richtlinien zur Behandlung von „Specified Embryos“

Aufgrund Art. 4 des Gesetzes zur Regelung der Klontechnologien hat der Minister für Ausbildung, Kultur, Sport, Wissenschaft und Technologie im Jahr 2000 eine Richtlinie zur Behandlung sog. „Specified Embryos“ erlassen. Für einige Zeit erlaubt diese Richtlinie nur eine Herstellung von „an animal-human chimeric embryo“ (Art. 2) und verbietet die Ein- und Ausfuhr von „Specified Embryos“ für einige Zeit (Art. 6, 8). Diese Richtlinie schreibt auch vor, daß humanen Zellen ohne finanzielle Gegenleistung angeboten werden müssen (Art. 4).

3) *Richtlinien zur Forschung mit humanen embryonalen Stammzellen*

Der Bioethik-Ausschuß der japanischen Regierung hat weiterhin Richtlinien zur Forschung mit embryonalen Stammzellen erlassen. Danach sollen nur noch Embryonen verwendet werden, die im Rahmen künstlicher Befruchtung entstanden sind und andernfalls vernichtet würden. Das Klonen von Menschen oder die Erzeugung von Embryonen zu Forschungszwecken sollen strikt verboten werden (Art. 27). Von Forschern fordert diese Richtlinie „shall be handled carefully and conscientious without violating human dignity“ (Art. 3). Die Herstellung und der Gebrauch der humanen embryonalen Stammzellenden soll auf „basic research for the present“ begrenzt werden (Art. 2). Ferner soll die Herstellung der humanen embryonalen Stammzellen (Art. 5-19), der Gebrauch der humanen embryonalen Stammzellen (Art. 26-38) und das Angebot der humanen befruchteten Embryonen (Art. 20-24) streng überwacht werden. Diese Richtlinien schreiben ebenfalls das Verbot finanzieller Gegenleistungen für gespendete Embryonen vor (Art. 4).

4) *Problematik des japanischen Bioethikgesetzes*

Aus dem Gesichtspunkt der unklaren Konzeption der Menschenwürde gibt es drei Probleme beim japanischen Gesetz zur Einschränkung der Klontechnologie:

Erstens: Dieses Gesetz läßt zwei Zwecke, nämlich die Bewahrung der Menschenwürde („preservation of human dignity“) und den Nutzen der Forschung, die sich eigentlich gegenüberstehen müßten, nebeneinanderstehen.

Zweitens: Das Bioethikgesetz erfaßt nicht die Menschenwürde als ein „absolutes Prinzip ohne Güterausgleich“. Die Menschenwürde im japanischen

Bioethikgesetz hat dementsprechend nur relative Geltung. Das wird bereits aus dem Text deutlich, der von „a severe influence on preservation of human dignity“ (Art. 1) spricht.

Drittens: Es bleiben Zweifel an der vernünftigen Abwägung aller Rechtsgüter sowie darüber, ob diese Forschung „a severe influence on preservation of human dignity“ ausübt, bestehen.

Die Menschenwürde im japanischen Bioethikgesetz ist also von der Menschenwürde im französischen Bioethikgesetz und auch von der im deutschen Grundgesetz bzw. Embryonenschutzgesetz völlig verschieden.

IV. Drei Konzeptionen von Menschenwürde

1) *Eine auf Rechte gegründete Konzeption von Menschenwürde (USA)*

Ein typischer Staat, der eine auf Rechten gegründete Konzeption von Menschenwürde realisiert hat, sind die USA. Ein hierfür typischer Wissenschaftler, der eine rechtphilosophische Begründung einer auf Rechten gegründeten Konzeption von Menschenwürde ausgearbeitet hat, ist Alan Gewirth. Er behauptet, daß das Recht eine enge Beziehung mit der Festhaltung individueller moralischer „Agent“ oder „Agency“, die ‚men of action‘ bedeutet, habe. Nach seiner Meinung ist die Natur der Menschenrechte „normatively necessary, personally oriented moral requirements¹⁴⁾“, und ist die Basis der Menschenrechte „the necessary conditions of human action¹⁵⁾“. Er behauptet dass der Schlüsselbegriff der Frage um Rechtfertigung für die Menschenrechte

14) Gewirth, *Human Rights*, at 12 (1982).

15) *Ibid.*, at 5.

„reason and action“ ist, und behauptet weiter dass „action, . . . has two inter-related generic features: voluntariness, or freedom and purposiveness or intentionally. By action’s being voluntary or free I mean that its performance is under the agent’s control in that he unforcedly choose to act as he does, knowing the relevant proximate circumstances of his action.“¹⁶⁾ Und nach Gewirth „all humans are actual, prospective, or potential agents“, und „all human have as human agents“ haben Menschenrechte¹⁷⁾.

Als Reflexion einer auf Rechten gegründete Konzeption von Menschenwürde möchte ich hier die klonierungsfreundliche Lehre von Professor John Robertson aufgreifen. Er ist als „an eminent supporter of reproductive freedom and assisted reproductive technology“¹⁸⁾ in den USA hochgeschätzt wird. Die Kernthese von Robertson ist die Überlegenheit von „procreative liberty, the freedom to decide whether or not to have offspring and to control the use of one’s reproductive capacity“¹⁹⁾. Nach seiner Meinung: „procreative liberty deserves presumptive respect because of its central importance to individual meaning, dignity, and identity“²⁰⁾. De-shalb behauptet er: „I propose that procreative liberty be given presumptive priority in all conflicts, with the burden on opponents of any particular technique to show that harmful effects from its use justify limiting procreative choice.“²¹⁾ Er behauptet weiter, daß „procreative liberty is a constitutionally protected fundamental right“²²⁾.

16) Gewirth, Reason and Morality, at 27 (1978).

17) Ibid., at 64.

18) Note, Human Cloning and Substantive Due Process, 111 Harv. L. Rev. 2348, 2354 (1998).

19) Robertson, Children of Choice, at 5 (1994).

20) Ibid., at 16.

21) Ibid., at 17.

22) Robertson, Liberty, Identity, and Human Cloning, 76 Tex. L. Rev. 1371, 1409 (1998).

In der amerikanischen Praxis des Supreme Courts hat ein „fundamental constitutional right“ einen sehr hohen Stellenwert. Wenn ein Gesetz ein „fundamental constitutional right“ einschränkt, wird eine Verfassungsmäßigkeit dieses Gesetzes unter dem strengsten Kriterium der „strict scrutiny“ geprüft. Dieses „strict scrutiny“-Kriterium führt in fast allen Fällen zu dem Schluß, daß das betreffende Einschränkungsgesetz dem Verfassungsrecht widerspricht. Nach der Meinung von Robertson hat ein steriles Paar das Unglück der Kinderlosigkeit und deshalb „the interest of the couple in rearing children who are biologically related to one or both rearing partners is so close to the coital model that it should be treated equivalently. Noncoital reproduction should thus be constitutionally protected to the same extent as coital reproduction, with the state having the burden of showing severe harm if the practice is unrestricted.“ Und Professor Richardson hält es für zulässig, jede Fortpflanzungstechnik mit der „Dolly“-Methode zu gebrauchen. Der amerikanischen Rechtstheorie nach ist jedoch das Recht auf Reproduktion, wenn ein Kind mit der „Dolly“-Methode in die Welt gesetzt wird, kein „fundamental constitutional right“.

2) Eine auf Pflichten i. S. d. Person-Vernunft-Autonomie gegründete Konzeption von Menschenwürde (Deutschland)

Ein typischer Staat, der eine auf Pflichten gegründete Theorie von der Würde des Menschen angenommen hat, ist, wie allgemein bekannt, die Bundesrepublik Deutschland. Alle Anwesenden kennen ausführlich die Menschenwürdekonzeption des Grundgesetzes. In unserem Symposium im Jahre 1998 hatte bereits Horst Dreier über den in Art. 1 I GG normierten Grundsatz der Menschenwürde berichtet²³⁾. Ich möchte daher hier nur die wichtigsten Punkte aufgreifen: Menschenwürde gilt als höchster Rechtswert, als normative Verbürgung, und die Unantastbarkeit der Menschenwürde ist von absoluter Qualität. Ein

Charakterzug dieser auf Pflichten gegründeten Theorie liegt insbesondere darin, daß die Menschenwürde „absolut und ohne die Möglichkeit eines Güterausgleichs“ gilt. Das Bundesverfassungsgericht hat dies ausgesprochen und festgestellt, daß die Menschenwürde mit keinem Einzelgrundrecht abwägungsfähig sei. Ein Eingriff in die Menschenwürde ist immer eine verfassungswidrige Verletzung. Welche Punkte können dabei für einen Eingriff sprechen?

Nach Dreier können wir drei allgemeine normative Qualifizierungen des Art. 1 I GG nennen:

a) Die Menschenwürde soll danach einmal gegen massive Verletzungen der Gleichheit schützen, was sich gegen Sklaverei, Leibeigenschaft, systematische Diskriminierungen usw. richtet.

b) Die Menschenwürde soll zweitens vor massiven Verletzungen der körperlichen und seelischen Integrität und Identität, wie etwa Folter, Gehirnwäsche oder schweren Demütigungen, bewahren.

c) Schließlich sichert die Menschenwürdegarantie i. V. m. dem Sozialstaatsprinzip einen Anspruch auf staatliche Gewährung eines materiellen Existenzminimums, dessen Höhe naturgemäß variabel ist.

„Der Inhalt der Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes ist in den letzten Jahren lebhaft in die Diskussion geraten. Hervorgehoben wurde das nicht zuletzt

23) Dreier, Der Grundgesetz von der Menschenwürde (Art. 1 I GG) und die Bioethik, in: Ersten Symposium der japanische-deutschen Gemeinschaftsarbeit, „Menschen, Technologie, Umwelt“, S. 68ff. (1998).

durch die ungeheuren Fortschritte der Biomedizin und Biotechnologie²⁴⁾“. Selbstverständlich ist die Menschenwürde-Klausel die Antwort auf die Barbarei durch die NS-Herrschaft. Aber scheint mir eine Unterschied zu geben zwischen der Barbarei vom NS-Herrschaft und die Probleme um die Menschenwürde, die durch die ungeheuren Fortschritte der Biomedizin und Biotechnologie‘ hervorgerufen wurde. Das Konzept der Menschenwürde ist dynamisch, das es im Lichte der heutigen Verhältnisse und sozialen Anforderungen zu interpretieren gilt. Die Auslegung und Anwendung des Verfassungsrechts sei nämlich ein nicht auf die Vergangenheit, sondern auf die Gegenwart und die Zukunft bezogenes Geschäft. Es ist daher noch schwieriger, den dynamischen Inhalt der Menschenwürde positiv zu definieren. Das Bundesverfassungsgericht hat sich deshalb auch der Technik der Negativdefinition bedient. Als herausragenden Ausdruck dieser Sichtweise sieht man gemeinhin die sog. Objektformel Günter Dürigs an. Ihr zufolge liegt eine Verletzung der Menschenwürde vor, wenn der »konkrete Menschen zum Objekt, zu einem bloßen Mittel, zur vertretbaren Größe herabgewürdigt wird«²⁵⁾. Diese Objektformel, die aus dem kategorischer Imperativ von Immanuel Kant resultiert, ist ein schöner Satz, aber ein unklarer Maßstab. In diese Unklarheit kann sich daher jede Glaubenswahrheit oder weltanschauliche Überzeugung von der menschlichen Natur und ihrem Wesen einschleichen. Das Bundesverfassungsgericht bewertet deshalb die Objektformel auch zurückhaltend: »Allgemeine Formeln wie die, der Mensch dürfte nicht zum bloßen Objekt der Staatsgewalt herabgewürdigt werden, können lediglich die Richtung andeuten, in der Fälle der Verletzung der Menschenwürde gefunden werden können.«²⁶⁾

24) E.-W. Bökenförde, Bleibt die Menschenwürde unantastbar?, Blätter für deutsche und internationale Politik 2004, S. 1216.

25) Dürig, Maunz/ders., GG-Kommentar (Stand 1958), Art. 1 Abs. 1, Rn. 28.

Die Menschenwürde könnte in der Diskussion um Zulässigkeit und Grenzen der Biomedizin und -technologie eine relevante Rolle spielen. Aber im Bereich der Biomedizin und Biotechnologie ist es schwierig, immer zu „Alles-oder-nichts-Lösungen“ zu gelangen. Ich glaube, daß der Menschenwürdesatz, der von absoluter Qualität ist und als unklare Objektformel formalisiert wurde, kein allmächtiger Satz für die Lösung der Biotechnologiefragen ist. Es ist besser, glaube ich, das Recht auf Leben, das unter einfachem Gesetzesvorbehalt (Art. 2 II 3 GG) steht, anzuwenden.

3) *Eine auf Pflichten bzgl. der Spezies gegründete Theorie von der Würde des Menschen (Frankreich und Deutschland)*

Im Jahr 1994 hat das französische Verfassungsgericht (Conseil Constitutionnel) ein Urteil über die Verfassungsmäßigkeit des Bioethikgesetzes gefällt²⁷⁾. Das französische Verfassungsgericht hat entschieden, daß dieses Gesetz im Hinblick auf die Menschenwürde verfassungsgemäß sei. Die dieser Entscheidung zugrunde liegende Konzeption der Menschenwürde ist dabei von der deutschen Menschenwürdekonzepktion verschieden. Die Menschenwürde fungiert in der Rechtsprechung des französischen Verfassungsgerichts als Schrankensatz der einzelnen Menschenrechte. Aber seine Konzeption ist nicht die Würde des Menschen, die mit der Begriffstria „Person-Vernunft-Autonomie“ erfaßt wird, sondern die Würde der *Menschheit*, d. h. der Menschen als einer Spezies.

Neuerdings wurde auch in Deutschland ein Bericht, der eine ähnliche Theorie

26) BVerfGE 30, 1 (25).

27) C. C. 94-343-344 D. C. du 27 juillet 1994.

von der Würde der Menschheit angenommen hat, veröffentlicht. Es handelt sich um den Schlußbericht der Enquetekommission des Deutschen Bundestages „Recht und Ethik der modernen Medizin“²⁸⁾ aus dem Jahr 2002. Dieser Schlußbericht unterstreicht die Verbindlichkeit des Menschenwürdesatzes für die Biomedizinpolitik und besagt, daß in der deutschen Rechtstradition der kantischen Begründung der Menschenwürde eine besondere Bedeutung zukomme. Bezüglich der Interpretation Kants unterscheidet dieser Schlußbericht eine Konzeption der Menschenwürde aufgrund einer *sittlichen Autonomie* des Menschen, und eine Konzeption der Würde der Menschheit als *Gattung*. Der Schlußbericht übernimmt, denke ich, die Konzeption der Würde der Menschheit. Die Vernunft könne sich nicht im einzelnen Menschen, sondern nur in der Menschheit insgesamt als Gattung voll entwickeln. Es sei die „Idee der Menschheit“, die in jedem Menschen verkörpert sei und die ihn zum Träger von Würde mache²⁹⁾.

Aufgrund dieser Konzeption antwortete der Schlußbericht auf die Frage, wer Träger der Menschenwürde sei, daß die Geltung der Menschenwürde an die Zugehörigkeit zur menschlichen Gattung gebunden sei. Diesem Schlußbericht nach „muß davon ausgegangen werden, daß Menschenwürde weder mit der Zeit erworben werden noch wieder verloren gehen kann“ und daß alle empirischen Kriterien, die auf Fähigkeiten wie etwa Selbstbewußtsein, Rationalität oder die Fähigkeit zur Selbstachtung abstellen, immer mehr oder weniger willkürlich sind und zu moralisch fragwürdigen Konsequenzen führen.

28) Schlussbericht der Enquete-Kommission „Recht und Ethik der modernen Medizin“, Drucksache 14/9020 (2002).

29) Koichi Aoyagi, die Würde des Menschen und der Respekt vor dem Individuum, Yokohama L. Rev. Vol. 9 No. 2, pp.129-134 (2000).

4) *Welche der dargestellten Konzeptionen zur Menschenwürde ist nun die beste?*

In unserem ersten Symposium im Jahr 1998 habe ich schon meine Meinung über die Menschenwürde ausführlich dargelegt. Ich möchte eine Menschenrechtstheorie auf dem konkreten Menschen, der nicht immer vernünftig und autonom handelt, also nicht auf dem „starken Menschen“, sondern auf dem „schwachen Menschen“ aufbauen. Meine Ansicht, die Menschen nicht an die Vernunft anzubinden, ist gegenüber der Konzeption der Würde der Menschheit als Gattung freundschaftlich gesinnt. Bei der Konzeption der Würde der Menschheit ist es jedoch, glaube ich, schwieriger, seine absolute Geltung durchzusetzen. Im Rahmen der Biomedizin und -technologie wäre es daher besser, das Recht auf Leben, das auch Artikel 13 der japanischen Verfassung gewährleistet, zur Lösung der „hard cases“ in Betracht zu ziehen³⁰⁾.

V. Schlußbemerkung

Ist das therapeutische Klonen nun ein Fortschritt oder ein Irrweg?

Als therapeutisches Klonen wird ein Verfahren bezeichnet, bei dem im Reagenzglas (in vitro) aus einer menschlichen Eizelle der Zellkern entfernt und durch den Kern einer Körperzelle des Spenders ersetzt wird. Anschließend wird die Eizelle elektrisch stimuliert und beginnt sich zu teilen. Aus dem so entstehenden Zellhaufen lassen sich embryonale Stammzellen gewinnen, die bei dem Spender des Zellkerns zu therapeutischen Zwecken eingesetzt werden können. Mittels solcher Stammzellen hofft man, bei der Behandlung neuronaler

30) Vgl. ferner Koichi Aoyagi, Wackelung die herrschende Dogmatik der Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG), in: ders. (Hrsg.), Festschrift für die Gründung von Tsukuba Law School, SS. 3-79 (2006).

Erkrankungen wie multipler Sklerose, Parkinson oder Alzheimer einen Durchbruch zu erzielen. Auch die Transplantationsmedizin könnte revolutioniert werden, wenn es gelänge, aus embryonalen Stammzellen körpereigenes Gewebe oder sogar ganze Organ zu züchten. Umstritten ist allerdings, wie notwendig die Methode des therapeutischen Klonens wirklich ist. Daß sie der einzige Weg zur Entwicklung neuer Therapieverfahren sein soll, ist selbst unter Forschern streitig.

Meiner Meinung nach ist bereits das Wort „therapeutisches Klonen“ fragwürdig. Denn beim therapeutischen Klonen ist erstens das Klonverfahren selbst nicht therapeutisch. Das „therapeutische“ Klonen ist nämlich keine Therapie, sondern ein Forschungsansatz, der als Fernziel eine Therapie hat. Das Wort „therapeutisches Klonen“ ist daher ungenau. Präsident Bush nennt es daher viel treffender „Forschungsklonen“ (research cloning). Zum zweiten stellt beim therapeutischen Klonen auch die Zweck-Mittel-Relation ein zentrales Problem dar. Ich glaube, daß das therapeutische Klonen im gewissen Sinne stärker gegen die Objektformel Dürigs verstößt als das reproduktive Klonen.

Embryonale Stammzellen sind der Stoff, aus dem die medizinischen Träume sind. Im Fall embryonaler Stammzellen ist, wie allgemein bekannt, auch stets der moralischen Status von Embryonen angesprochen. Über diesen moralischen Status von Embryonen gibt es wesentlichen drei Ansichten, nämlich erstens, daß Embryonen Menschen sind, zweitens, daß Embryonen Respekt entgegengebracht werden muß, und drittens, daß Embryonen Sachen gleichzustellen sind. In vielen Staaten gewinnt die zweite Ansicht zunehmend die Unterstützung der Mehrheit, wobei eine Kernfrage die normativen Inhalte von „Respekt“ sein dürften.

Über diese Frage habe ich schon Betrachtungen angestellt. Artikel 13 der japanischen Verfassung bestimmt, daß jeder Bürger als Individuum zu respektieren ist (Respektklausel). An dieser Stelle möchte ich auf Schlußfolgerungen meiner früheren Untersuchung hinweisen:

1. Die den Embryo verletzende Seite muß einen hinreichenden Grund, der dieser Verletzung rechtfertigt, nachweisen.

2. Wenn es weniger einschneidende Alternativen gibt, verstößt die betreffende Verletzung gegen das Verfassungsrecht. Da in diesem Sinne die Herstellung embryonaler Stammzellen (ES-Zellen) einschneidender als die Herstellung adulter Stammzellen (AS-Zellen) ist, darf erstere aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht zugelassen werden.

【後記】

ドイツ憲法判例研究会と Rainer Wahl 教授 (Freiburg 大学: 現在、名誉教授) を代表とするドイツの公法学研究者との共同研究は、「人間・科学技術・環境」をテーマとした、1998年4月(早稲田大学)と2000年9月(Freiburg 大学)でのシンポジウムで始まった。私は、第1回シンポジウムでは総括報告を(青柳幸一「『人間・科学技術・環境』日独共同研究第一回シンポジウム」ジュリスト1137号76頁以下[1998年];ドイツ憲法判例研究会編『人間・科学技術・環境』[1999年、信山社])、第2回シンポジウムでは基調報告を(青柳幸一「『人間・科学技術・環境』日独共同研究第二回シンポジウム」ジュリスト1187号67頁以下[2000年];ドイツ憲法判例研究会編『先端科学技術と人権』[2005年、信山社])担当した。

本稿は、2004年3月に早稲田大学で開催された、「21世紀の憲法の発展と変動」をテーマとしたシンポジウムで担当した個別報告の基となったペーパーを論説に纏めたものである(なお、文献やデータは、注5, 注6, 注11, 注30以外は、報告時点までのものである)。

近年における国際的信託の発展状況

新 井 誠

序論

- I. 偽装信託——「*Re Esteem and Shalson v Russo* 事件」判決後の新たな法的環境
- II. 国際私法の領域に関わる信託——裁判管轄及び準拠法の変更
- III. 信託の有効性を争ってきた者の排除
- IV. 受益者の情報開示請求権——「*Schmidt v Rosewood* 事件」における枢密院の判断
- V. 今日の問題に対する制定法による解決の取り組み：英領ヴァージン諸島における最近の信託法改正

序論

1. 近年、国際的信託市場はその規模が急速に拡大してきていると同時に国際的信託を利用しようとする人々の需要がきわめて旺盛であり、おそらくこれを反映してか、国際的信託分野の発展のペースには目を見張るべきものがある。本稿においては、弁護士や信託業を営む者が現在直面している諸問題点だけでなく国際的信託業界が現在おかれている環境を明らかにすべく、五つの分野について論じたいと思う。

2. 国際的信託分野は比較的歴史の浅い分野であり、現在の形での国際的信託に限っていえば、その歴史は長く見積もってもわずか30年程度のものであり、相対的にきわめて歴史の浅い分野であるといえる。国際的信託の設定者で既に死亡している者の数は未だ少数に留まっており、そのため我々は近年

に至ってようやくいわゆる「第二世代を巡る問題」の何たるかとその影響を
実体験として実際にフルに体験し始めてきたところであるというのが実情で
ある。このことは、近年に至ってようやく国際的信託の設定者の子や孫がよ
うやく信託化された遺産の相続の現場や視野に入ってくることになり、これ
等の人々に信託の現況とその過去を新たな視点で見直す機会が訪れているこ
とを意味する。信託の受託者の中には、新しい世代の人々には忠誠心という
古い価値観が薄れてしまっていると嘆く者もいる一方で、信託設定者の親族
の中には、誤った助言を鵜呑みにして、多額の金銭的コスト負担のリスクや
親族同士の間や第三者との間の人間関係を壊滅的に悪化させるリスクを犯し
てまで敢えて信託の受託者その他の者を相手取った法律係争に踏み切る者も
決して少なくない。

3. そのため、今日では、信託設定者にとっても受託者にとっても、設定者の
親族が提起してくる信託そのものを巡る紛争や信託事務の執行手続きを巡る
問題が愁眉の的の一つとなっている。今日における多国間に跨るエステー
ト・プランニング関連の法律実務のかなりの部分が、裁判上・裁判外を問わ
ず、親族間や親族と第三者との間に生じる紛争の捌け口を如何に制限し又は
これを回避させるかという差し迫った問題への対応の為に費やされていると
いうのが実情である。

I. 偽装信託——「*Re Esteem and Shalson v Russo*事件」判決後の新 たな法的環境

4. 信託を巡る紛争は、大雑把にいうと、信託の構造そのものの効力を争うも
のと、信託そのものの存在は認めるが信託の運営方法の是非を争うという二
つのグループに大別することが出来る。信託の存在そのものを否定すること
によって利益を受ける者——信託財産は依然として故人たる信託設定者の遺
産財団に属する同人の個人財産であるとの認定を受けることによって利益を

受ける者（故人の債権者や相続権を主張する故人の遺族等が当然この範疇に属する）——が提起してくるのが前者である。信託の構造そのものの効力を争う方法としてはいろいろなものがあるが、裁量信託と信託設定者自身に信託運営の指図権を認めている信託が多用されているという今日の状況そのものが原因となって、偽装信託であるとして信託そのものの存在を否定しようという試みに対する関心が高まっている。この主張が通ってくれば、結果として、信託関係は単なる設定者本人とそのノミニーとの関係に帰することになり、信託財産の受益権は当然故人たる信託設定者の遺産財団に帰属することになるであろうというのがこの種の主張をしようとする者の考え方である。

5. 「*Snook v London and West Riding Investments Ltd.* 事件」（「*Snook* 事件」）におけるイングランドの控訴院の判決に見る偽装取引書類の古典的定義

「……本官の思うに、本件取引につきこの悪名の高い侮蔑的な〔偽装取引〕なる〕語が使われるに際しては果して如何なる法律的な概念がその裏に潜んでいるかを考えてみる必要がある。本官の理解するところによれば、この語に何等かの法律的な意味があるとすれば、それは言うところの「本件偽装取引」の両当事者があたかも本来意図していた法律上の権利義務関係（いずれかの法律上の権利義務関係を両者間に成立させようと意図していたと仮定しての話であるが）と外見上第三者や裁判所の目に異なる種類のものと映るような権利義務関係の成立を意図しているように見せかける行為又は書面を意味しているものである。しかしながら、本官の思うに、法原則、道徳律及び学説・判例（「*Yorkshire Railway Wagon Co. v. Maclure* 事件」及び「*Stoneleigh Finance Ltd. v. Phillips* 事件」の判例を参照のこと）に照らして一つ確かにいえることは、それによってもたらされる法律的な結果の如何はさておき、いずれかの行為や書面が「偽装」たり得るためには、そもそも本来当該行為や書

面がその外見上第三者の目に映るような種類の権利義務関係の成立を意図したものではないという共通の認識が全当事者間に存在していなければならないという点である。「偽装行為者」の隠された意図によって欺罔された者の権利が影響を受けることはないというべきである。」

6. 最近「*Hitch v Stone*事件」の控訴院判決（〔2001〕STC 214, 229）においてイングランドの控訴院は次のように判示している。

「当法廷が特に注目している種類の偽装取引は「*Snook v London and West Riding Investments Ltd.*事件」の控訴院判決〔(1967) 2QB 786〕においてDiplock判事が取り上げて説明している種類のものである。この種の偽装取引は、取引の当事者がある種の権利義務関係の成立を意図しながら、第三者（本件の場合は税務当局又は裁判所がこれに該当する）の目にはこれを異なる内容の権利義務関係の設定を意図しているものであると映るような行為を行い又は書面を作成することをその要素とするものである。以上に掲げたDiplock判事の判例からの引用部分は、その後の下された数多くの判決にも適用されており、この種の偽装取引の法律概念を簡潔に説明したものとして取り扱われているのである。」

7. 従って上記の概念によれば、偽装取引が成立するためには、取引の両（全）当事者が実際に行おうとしている行為（実際には取引の条件を定めた書面を作成・提出する行為の形を取る場合が多い）が真実の意図とは異なる虚偽又は少なくとも不実のものであることを認識した上でこれを行うことが必要となる。信託との関係でいえば、取引の両当事者が、信託財産につき価値ある権利が殆ど若しくは全く信託設定者本人側に留保されないような形の信託を設定するよう偽装しながら、その実、何時如何なる場合でも受託者を信託設定者自身の意の俣に動かせるような形の取り決めを両者間で行うことをいう。

8. 「*Snook* 事件」の判決により打ち立てられた偽装取引の要件は、その後いろいろな国・法域の裁判所で契約その他の諾成取引を巡って争われた事件の判決で幾度となく採用されてきたが、ごく最近に至るまで信託との関係においてこの定義・概念が取り上げられた例は殆どなかったのである。「*Snook* 事件」の判決により打ち立てられた偽装取引の定義を信託にも適用すると、信託を偽装信託たらしめるためには、信託の両当事者、即ち信託設定者と受託者、が共に信託設定当初より次の二つの意図を持っていなければならないということになるであろう。

- (1) 受託者は、信託財産を信託設定証書に記載されている種類の信託とは異なる種類の信託上の信託財産として保有すべきこと。
- (2) 裁判所その他の者をして信託設定証書には両当事者の真の意図が記載されていると誤信せしめる目的で前号の行為を行うこと。

9. 「*Snook* 事件」の判決により打ち立てられた偽装取引の要件を信託にも適用しようとする、共通認識の要件との関係で難しい問題が出てくることになる。即ち、ここで問題となるのは、信託設定者だけでなく受託者も、信託の真の意図が信託設定証書に記載されている内容と異なるものであることにつき共通の認識を持っていなければならないという要件である。そもそも信託の設定行為そのものは単なる贈与行為の一種であり、実質的に信託設定者の一方的な行為である。信託設定者側の意図そのものに蓋然性があることが信託成立の必要条件の一つとなっているが、信託成立につき受託者に要求される要件は受託者としての地位への就任承諾だけである。だとすれば、信託の設定者だけが信託の真の意図が信託設定証書に記載されている内容と異なるものであることを承知しているだけで十分であり、受託者の認識までもを要求する必要はないのではないかという疑問が生じてくることになる。

10. この疑問に対しては、第一審の判決ではあるが、既に最近ジャージー諸島

の王立裁判所が「*Re Esteem Settlement* 事件」において2003年6月13日に出した判決（この判決は判例集には収載されていない）とイングランドの裁判所が「*Abacus (CI) Limited and Others v Sheikh Fahad Mohammad al Sabah and Others* 事件」において出した判決によって回答が出されており、両裁判所は、次のように判示して、一方の当事者のみの偽装行為を理由として信託を無効とする原告の主張を何れも退けている。

「当法廷の判断は、信託を偽装信託たらしめるためには、信託設定者及び受託者両者間の取り決めの本当の内容が本件信託証書に記載されているものと異なるものであることを承知していることを要する...。」

「所論を措信せしめるためには、原告等は、信託財産が本件信託証書に記載されている取り決め内容とは異なる取り決めに従って所有管理さるべきこと若しくは署名した本件信託証書の記載内容を知らず又はこれに拘わらず〔信託設定者の〕意の俛に本件信託証書に記載されている取り決め内容とは異なる取り決めに従って所有管理さるべきことを〔信託設定者だけでなく〕〔受託者も共に〕承知しており、且つ両者が共に両者間の関係につき第三者又は裁判所に虚偽の印象を与えんとする意図を有していた事実を立証する必要がある。」

11. このジャージー諸島の裁判所の判断はその後イングランドの高等法院が「*Shalson & Ors v Russo & Ors* 事件」において下した判決でも採用されており、この判決においてRimer判事は次のように判示している。

「本官は、王立裁判所が「*Abacus* 事件」で採用している判断は的を射たものであるとしてこれを尊敬している。同裁判所の判断は「*Snook* 事件」及び「*Hitch* 事件」の判決において控訴裁判所が示したガイドラインにも合致しているばかりでなく、原則的にも正しいものと思われる。」

信託設定者は、承継的不動産処分によりその所有財産を処分しようとする場合には、その所有権を手放してこれを信託財産化して受託者の手に委ねることになり、受託者は承継的不動産処分により設定された信託の信託財産としてその譲渡を受けることになるが、信託設定者の中には実際には信託財産を同人の固有財産として取り扱わせ且つ受託者には信託設定者が出す指示にその都度従って貰いたいという裏の意図を持っている者もいる。しかしながら、このような場合この裏の意図が信託設定当初より（又はその設定後に）信託設定者と受託者の共通の認識となっているという特段の事情がない限り、本官としてはこの場合の信託が何故偽装信託と判断しなければならないのか到底理解できない。」

12. しかしながら、以上の両高等法院判決によってこの問題に決着がついたとは到底考えられない。偽装への受託者の関与の実態及び「他者を欺罔する意図」という要件の是非については将来の事案において見直しが行われる可能性が強い。「*Re Esteem Settlement* 事件」の事実関係はどのようなタイプの偽装行為の存在も立証できていなかったわけであるが、受託者の行為に大いに問題があるというより悪質なケースでは、「信託設定者の意図につき受託者側の信託設定者と共通の認識があったかどうか」、「偽装行為が成立するためには信託設定者と受託者にどの程度の欺罔の意図が必要か」、「信託の取り決めの内容そのものから判断して第三者が欺罔されて当然という事実（即ち、信託証書に書いてある内容を見た者が実際に欺罔されて当然という事実）が存在していればそれで十分ではないか、それとも信託設定者側及び（又は）受託者側に特定の者又は特定の種類に属する者を欺罔しようとする積極的な意図があったという事実までも要求する必要があるのか」、「愚かな偽装者や迂闊な偽装者と故意の冷笑的な偽装者の間に差異を設けるべきか否か」等々、裁判所側が偽装信託の要件である受託者側の関与の度合いをより詳細に吟味してくる可能性はある。

Ⅱ．国際私法の領域に関わる信託——裁判管轄及び準拠法の変更

13. 複数の国や地域の法律にまたがるような法律上の紛争や問題が生じた場合には常に法の抵触又は国際私法上の問題が生じてくることになる。この種の紛争が生じた場合に備えて、どの国や法域にも、「当該紛争につき自国又は自法域の裁判所に管轄権があるか否か」、「管轄権があるとすれば、当該紛争中で提起されている個々の問題点につき準拠法となるのはどの国・法域の法律か」、「他国や他の法域の裁判所が下した判決や命令を自国又は自法域の裁判所が承認し、これに執行判決を与えるか否か」という三つの問題点を取り上げてこれに回答を与えることを目的とした規定を盛り込んだ国際私法がある。
14. 日本の居住者たる日本人甲がその所有に関わるイングランド所在の不動産をスイスの居住者たるスイス人乙を受託者とし、甲の親族たる丙と丁を受益者とする信託に信託財産として譲渡した場合に、この信託を巡って問題が発生したとすると、どの国の裁判所がこれを裁くのか、日本の裁判所か、イングランドの裁判所かそれともスイスの裁判所かという問題が生じてくることになる。また、どの国の裁判所が裁くことになっても、当該問題につき日本法を適用すべきか、英国法を適用すべきか、スイス法を適用すべきか、それともそれ以外の国の法律を適用すべきかという問題が生じてくるし、裁判所で何等かの判決や決定が下されたとしても、その判決や決定が自国以外のほかの国でも実際に執行できるかという問題も生じてくることになる。
15. 最近までコモン・ウェルスを構成する諸国・諸法域の裁判所では、信託との関連でこれらの問題やこれに付随する各種のその他の問題に焦点が当てられたことは殆どなかったというのが実情である。このように国際的信託の分野において極めて重要な数多くの問題点につき依然として不透明感があったために、コモン・ウェルスを構成する国や地域の中には独自の固有法を制定

して対応しようとするところが出てきている。例えば、ケイマン諸島、バハマ、バミューダ、英領ヴァージン諸島、ジャージー諸島、ガーンジー諸島およびマン島等は、何れも準拠法の問題に対応するために「国外・域外要素対応法」ともいうべき法律を制定しているし、一部には裁判管轄権の問題に対応するための特別な法律を制定するところも出てきている。また、幾つかの国は、「信託条約」の名で知られる「信託の準拠法及び信託の承認に関するハーグ条約（1985 *Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition*）」を承認しているので、状況は大きく変わってはきている。

16. しかしながら不透明感は依然として払拭されておらず、20世紀のほぼ全期間を通じて裁判所が沈黙し続けてきたことも相俟って、過去2年間に特に重要と思われるような判例はわずか4件出てきているに過ぎない。

裁判管轄

17. 何れの国の裁判所にとっても、いかなる事項につき管轄権を行使すべきかが問題となる。信託を巡る管轄権の取り扱いについては依然として多くの国が大体においてイングランドの裁判所で最初に確立された原則に依拠する立場を取っている。即ち、ある国や法域内に物理的に滞在している者（滞在期間の長短を問わない）に対しては、原則として¹⁾、同国・法域内に滞在している期間中は同人に対する訴状や令状等の送達を認めるべきであるとし、同人が同国・法域内に滞在していない場合（特に同人が自発的に同国・法域の裁判所の管轄権に服することを承諾しない場合は除く）には、同国・法域外にいる被告に関する事項についても、一定の場合に同国・法域の裁判所に管轄権を行使する裁量権を認め、海外にいる被告に対して訴状や令状等の送達

1) ブリュッセル条約及びルガノ条約の適用範囲内外の事項について。

を行う承認（許可）を原告に与える権限を裁判所に認めるという原則である。旧最高法院規則上では、信託を巡る事案については、「イングランド法に従って執行さるべき信託に関する信託証書の強制執行を求める訴えが提起され、訴状や令状の送達の相手方が受託者である場合若しくは請求の趣旨が当該種類の訴えの請求の趣旨として認められる性質のものである場合」には、裁判所には裁量権が認められていた²⁾。従って海外所在の被告適格者は紛争の対象となっている信託の受託者に限られることになり、この場合の信託はイングランド法を準拠法とするものに限られ、訴えは信託の執行又はこれに関連する他の救済を求めることをその請求の趣旨とするものだけに限られることになる。

18. 裁判所は、訴えにつき管轄権が認められている場合でも、訴訟当事者にとって更に便利な法廷地が他にあると判断した場合には、当該他の法廷地にある裁判所に訴えを提起し又は当該他の法廷地にある裁判所において訴えを継続できるようにすべく、継続中の訴訟手続の中止（「停止」）を命ずることが出来るという別の裁量権が認められている（これを「不便宜法廷地の原則」という）。

19. 裁判所が信託を巡る事案につき管轄権を行使するに際しての基礎となるのは人的管轄権である。「大法官裁判所が有する管轄権は人的管轄権であり、大法官裁判所はその管轄地域内にいると認めた者に対して裁判権を行使するのであり、同人が原告に対して負担している債務の履行を同人に命ずるのである」と判示した「*Ewing v Orr-Ewing* 事件」の判決〔(1883) 9 App Cas 34, 46〕を参照のこと。従って、イングランド及び上記と同様の規則を採択しているその他の国や法域においては、被告に対して管轄権が及ぶのであれば、

2) 現在イングランドでは最高法院規則は廃止されているので、「民事手続規則（Civil Practice Rules）」に定められている改正規定〔part6.20 (11)〕を参照のこと。

信託財産の所在地や信託の準拠法がどこであるかは問題ではないのである。

20. コモン・ウェルスを構成する諸国や法域のうち先に述べた「国外・域外要素対応法」ともいうべき法律を独自で制定している国々や法域の一部には裁判管轄権の問題に対応した独自の法律を制定しているところもあり、イングランドで確立された原則を土台としたいろいろなバリエーションが生まれている。

「*Koonmen v Bender* 事件」

21. このような背景的事情に照らして最近新たに出た幾つかの判例を吟味してみることができる。先ずジャージー諸島の控訴院が「*Koonmen v Bender and Others* 事件」で下した判決³⁾を吟味してみることにする。ジャージー諸島は大体においてイングランドの裁判所の考え方を踏襲しながらも、信託に関してはより幅広い規定を設けている国・法域の一つであるが、ジャージー諸島の裁判所は、信託を巡る事案については、他のいろいろな場合に加えて、原告が信託財産の所在地が同諸島の裁判管轄地内であると主張している場合には、その裁量により、裁判管轄地所在外の当事者に対しても訴状や令状等を送達できるような制度になっている。

22. 「*Koonmen v Bender* 事件」における原告はアングイラ島所在のアングイラ島法上の信託の受託者であるアングイラ島法上の信託会社をはじめとするジャージー諸島の内外所在の多数の被告を相手取って確認判決の請求、追認の請求及び信託上の義務違反を理由とする損害賠償の請求等を含むいろいろな請求をしているが、どうも原告はアングイラ島所在の裁判所に訴えを提起す

3) 2002年11月14日言い渡し。判例集には収録されていない。

るよりはジャージー諸島の裁判所に訴えを提起したほうが有利であると判断したようである。

23. 同事件の原告は、ジャージー諸島外所在の被告に対してジャージー諸島外での訴状・令状等の送達を認める命令を首尾良く裁判所から出して貰ったところ、これに対し被告側の一部が抗告した。結局第一審では被告側は敗訴したが、直ちに控訴した。この控訴を受けて、控訴審裁判所は、第一審裁判所はジャージー諸島外所在の被告等に対してジャージー諸島から訴状その他の令状等の送達を行うべきか否かについての裁量権を行使しているのであり、従って第一審裁判所の判決を覆すことができるとしてもその理由の範囲は極めて限られたものになると判示した。第一審裁判所の判決を覆すためには、第一審裁判所がその裁量権を行使するに際して正しい要件を適用しなかったか、これを正しく行使しなかったことを立証する必要があるというのである。

24. 第一審では裁判所は原審裁判所がその裁量権の行使に際して適用した要件、即ち、裁判所の判断を仰がなければならないような重要な争いが存在していることを原告側が立証しなければならないところ、果たして原告側はこれを立証しているかどうかという要件並びに各種の争いを裁く裁判地としてジャージー諸島が最も便利な裁判地であると裁判所自身が認めているか否かという要件、そのものには誤りはなかったと認定した。従って原審裁判所が行ったこれらの要件の適用の仕方が果たして正しいものであったかが問題となった。控訴審裁判所は、「不便宜法廷地の原則」適用の問題を判断するに際しては、「*Spiliada Maritime Corporation-v-Canulex Ltd.*事件」の判決（〔1987〕AC 460）及び「*Amin Rasheed, Amin Rasheed Shipping Corporation v Kuwait Insurance*事件」の判決（〔1984〕1 AC 50）に見られるかの有名なガイドラインを採用して、原審裁判所は、本件信託の準拠法がアングイラ島法であるという事実又は本件信託の信託証書中には管轄裁判所に関する規定が

設けられており、同規定に従えば紛争が発生した場合の管轄裁判所はアング
イラ島の裁判所となっている事実を誤って軽視していると指摘した。

25. 控訴審裁判所は、信託上の地位と契約上引き受けた地位を同等視して、管
轄裁判所に関する規定の有無に関わらず、裁判所には裁量権が認められてい
るものの、控訴審裁判所としては、裁判地について定めた規定があれば、原
則としてこれに従うこととし、同規定からの逸脱を認めるのは特別例外的な
事情が存する場合だけに限るのを相当とするところ、本件においては逸脱を
認めるに足る特別例外的な事情の存在は認められない、と判示した。

26. この判決に対しては数人の学者から疑問が呈されている。控訴裁判所が管
轄裁判所に関する合意規定であると判断した条項については、多くの識者か
らこれは稚拙な内容の準拠法指定条項ではないかとの指摘がなされている。
実際の問題の条項は次のような二文からなっている。

『1 (i) (k) 「固有法」とは、全当事者の権利及び本信託設定証書
に定められている各規定の解釈及び効力を専属管轄的に規律する法律
で、当該権利、解釈及び効力を解釈し、規律するようなものをいう。

2. 本信託はアングイラ島の法律をその準拠法として設定されたもの
であり、本信託の管理運営権が譲渡された場合のその譲渡の効力を害す
ることなく、固有法が変更された場合はこれに従い且つ本書の以下に定
める権限を規定に従って本信託の解釈に関する法律が変更された場合にも
これに従うものであり、固有法はアングイラ島の法律とし、同法を本
信託の管理運営に関する法廷地とする。』

27. 控訴審判決は次のように言っている。

『46. 第1 (i) (k) 項の規定をその仮読むと、内容的に若干の混乱があるのは確かである。同項の規定は「固有法」なる語を定義しようとした規定ではあるが、その定義に際して「専属管轄」なる語にはっきりと触れてしまっている。法制度の専属管轄なるものについて言及したコンセプトが那邊にあるのかは明らかではないが、もし「専属管轄」なる語に言及することが関係法廷地又は関係裁判所の専属管轄に言及せんとする意図から出たものであるとすれば、これは余計な事であるといわなければならない。この解釈は、「固有法」なる見出しが付けられてはいるが、本件信託の管理運営に関する法廷地について明確に言及している部分を含んだ第二文を検討すれば、確認できる。

47. 信託証書の内容はその全体を吟味しなければならないが、その全体を吟味した上で、第1 (i) (k) 項及び第14項の規定に照らして第2項の規定を解釈すると、本件信託証書を起草した者が抱いていたと推定される明らかな意図は、受託者等が第14項の規定に従って固有法の変更が行われない限り（本件においては受託者等が固有法を変更したことを示すような事実はない）、本件 AEBT の管理運営にかかわる法廷地と本件 AEBT を巡る紛争の解決を担当すべき裁判所をアングイラ島の裁判所とすることにあったというべきであるとの結論に達した。』

28. そもそもこれはどれ程多くの信託専門の弁護士が問題の条項を読んだかという問題ではない。「全当事者の権利及び本信託設定証書に定められている各規定の解釈及び効力を専属管轄的に規律する法律で、当該権利、解釈及び効力を解釈し、規律する」云々なる規定はどう見ても単なるデタラメの規定であり、これは特定の裁判所の専属管轄権に言及しようとする意図から出たものではなく、どちらかといえば、起草者側知識・理解不足を露呈した文章以外の何ものでもない。

29. おそらくより重大なのは、管轄裁判所について定めた条項との関係でさしたる根拠もなしに信託と契約と同一視している点である。契約関係のような諾成関係に関して裁判所が果たすべき役割は信託関係に関するそれとの間には大きな隔たりがあるはずである。信託に関する場合と異なり、裁判所には契約の当事者の権利義務関係を保護したり、契約当事者間の事務を「監視したり、必要とあればこれに介入する」というような国父的な役割は託されていないはずである。（この点に関しては以下に述べる「*Schmidt v Rosewood* 事件」の判決についての議論を参照のこと。）信託を巡る問題に関してであれば、信託設定者と受託者にどの程度まで管轄裁判所に関する問題をコントロールする権限を認めるべきであるかという点については、誰しもさしたる関心も期待しないか、少なくともある程度慎重な対応を期待していたであろう。

30. 控訴審の裁判所が信託証書中に「本信託の管理運営に関する法廷地である」なる文言があることを大きな拠り所としている点も大いに議論のあるところである。この種の文言は多年にわたって使われてきており、これこそがコモン・ウェルスを構成する国や法域で作られた殆ど全ての信託証書中に見られるものであるが、この文言が実際に何を意味しているものであるかについて書物の中では殆ど論じられてこなかったというのが実情であり⁴⁾、専属管轄裁判所を巡る問題をわざわざ取り上げるのが一般的慣行になっているのである。

準拠法の選択——「*Tod v Barton & Others* 事件」

31. 最近イングランドの裁判所が「*Tod v Barton & Others* 事件」で下した判決

4) 「*Journal of International Trust and Corporate Planning* 誌」[1994] 166掲載のBrownbill著「*Anatomy of a Trust Deed Part VIII*」を参照のこと。

{[2002] EWHC 264 (Ch)} に第二の問題点である準拠法の選択についての今日的な典型例を見ることができる。この事業はテキサス州に住んでいて死亡した甲の遺言によって設定された信託の受託者であるTodが申立人となって提起したもので、個人の遺産のうち米国外所在のものについては、同人の息子が満65歳に達してから終身交付金（年金）の形で交付し、残余はイングランド所在の慈善団体に寄付することを目的として信託財産化したという事案である。遺言の第一条には「本遺言の効力はイングランド法に従って生ずる」と定められていた。

32. イングランドの法律 「*Saunders v Vautier*事件」の判決（(1841) 4 Beav. 115）で示された原則によれば、この信託の全受益者である信託設定者の息子とイングランド所在の慈善団体は、両者が合意すれば、受託者に命じて信託を終了させて、信託財産を両受益者に引き渡させることが出来るとされていた。そこで両受益者はそうすることとし、その旨を受託者に命じ、捺印証書を以って信託財産を両者間にどのように分配するかを命じたのであった。ところが、アメリカの他の多くの州の法律の場合と同様に、テキサス州法上信託の受益者はその合意によりこのような形で信託の目的を反故にすることを認めていなかったため、申立人Todは当該捺印証書の有効性の確認を求める申立を行ったのである。イングランド法上では当該捺印証書は有効であるが、テキサス州法上では無効となるため、ここで直接的な法の抵触の問題が発生したのである。

33. さてこのような場合どちらの法律が信託の準拠法となるのであろうか。準拠法の選択の問題は法廷地の選択の問題に関わってくる。イングランド法では、この問題は「1987年信託承認法（Recognition of Trust Act 1987）」によって規律されることになり、同法によれば、イングランド法の規定に従い、「1985年信託条約（1985 Trust Convention）」の規定に従うことになる。同条約にはその第6条と第7条に二つの原則が定められており、第6条には信託

は信託設定者が明示的又は黙示的に指定した法律をその準拠法とすると定められており、第7条には明示的にも黙示的にも準拠法の指定がない場合は、(信託財産の所在地、受託者の住所地、信託の目的及び信託の目的が達成されるべき場所等を勘案した上で) 信託と最も関係が深いと認められる国又は法域の法律をその準拠法とすると定められている。また、同条約の第8条には、準拠法に関する事項の範疇に入る事項が規定されており⁵⁾ その中には信託の内容の変更及び信託の解除も含まれている(第8条第(h)項参照)。本件事件の裁判所は、信託を終了させたり、これを再構築する権限が受益者側にあるかどうかという問題はまさに準拠法に関わる問題であると判断したのである。

34. (「本遺言の効力はイングランド法に従って生ずる」と定めた) 遺言書第1条の規定はイングランドで作成された遺言書や信託証書に通常採用されている準拠法規定とは異なるものではあったが、裁判所はこれをイングランド法を準拠法に指定した有効な規定であると判断した。問題の遺言書が作成される前に取り交わされた書簡の中で遺言者は確かに息子には満65歳に達するまでは一切如何なる給付も行ってはならないと述べてはいるが、遺言書中にはっきりと定められている準拠法規定(信託の中途解除を認めている法律を遺言の準拠法に指定している規定)と遺言書中に定められている他の規定との間に抵触があることを立証するためにこの生前の書簡の記載内容を利用しようとする試みについては、結局裁判所は、遺言書に書かれている内容は明らかであり、準拠法に関する規定の意味するところはその文字通りの意味とは異なることを窺わせる付随的証拠があったとしてもこれを考慮に入れることは出来ないと判断してこれを退けている。

5) なお、信託を巡る問題のうち、信託そのものとは分離して考えられる一部の事項、特に信託の管理運用に関わる事項は、同条約第9条の規定により、信託そのものの準拠法と異なる法律を準拠法とすることが出来ることになっている点に注意。

固有法の変更——「*Chellaram v Chellaram* (No.2) 事件」

35. 「*Chellaram v Chellaram* (No.2) 事件」の決定（2002 3 All ER 17）は、Dicey 及び Morris 共著の「*The Conflict of Laws*」の総監修者としても著名な Lawrence Collins 判事が下したイングランドの裁判所の決定である。この事件は、複数の申立人が、インド所在の数名の者によって設定された幾つかの信託に関して信託上の義務違反があったとして、イングランド以外の幾つかの国に住んでいる複数の者（いずれも過去に当該信託の受託者の地位にあった者）を相手取って提起した事件である。被申立人の一部には、イングランド国内で申立書の送達が行われたとされており、他の被申立人に対しては申立人等の一方的な申立（相手方に対する通知なし）の形で、域外送達の許可が出されていた。これに対し被申立人全員が同人等に対する送達は無効であるとの申立とイングランドの裁判所には管轄権がないことを確認する確認決定を求めて争ってきた。

36. 裁判所が出した決定の中では多くの問題点が取り上げられているが、その中でも特に注目すべきは、管轄権の問題と信託の固有法の変更についての裁判所のコメントである。

37. 先にも述べたとおり、信託を巡る訴えの受訴裁判所は、(i) イングランド法の適用を受ける信託の (ii) 受託者に対する域外送達を命ずる命令が求められてきた場合は、域外送達を命ずることになる。但しその場合には申立人側は被申立人が域外送達を受けるための要件を満たしていることを立証する必要があったが、本件の申立人等は、上記の (i) 及び (ii) のいずれの要件の充足についてもその立証に失敗したのである。

38. まず上記の (ii) の要件についてであるが、被申立人等はいずれも申立が提起された時点においては既に数年前に受託者の地位を解かれており、最早受

託者の地位にはなかった。この点について申立人等は、申立の原因となった事実は被申立人等が受託者の地位にあった当時に発生したものであると主張して争ったが、その主張は十分なものではなく、裁判所は、域外送達の許可に必要な要件は申立の理由たる事実が発生した時点ではなく、域外送達の許可の申立があった時点で充足されていなければならないと判示して、申立人等の主張を退けた。

39. 上記の(i)の要件については、問題の信託（以下「1975年信託等」と総称する）の信託設定証書にはいずれも明文の準拠法指定条項は記載されていなかったが、同信託等に適用される固有法の変更権限に関する規定が含まれていた。この変更権限は、本件申立が提起される数年前に実際に行行使され、1975年信託等の準拠法はバミューダ法に変更されていた。1975年信託等の設定当初における準拠法がインド法であったのかイングランド法であったのかは不明であった。この点に関しては、裁判所は、たとえ設定当初における準拠法がイングランド法であったとしても、その後行われたバミューダ法への準拠法の変更を無効たらしめるような特段の事情がない限り、これは申立人等にとっては何等の利益ももたらすことにはならない、と判示した。

40. これに対して申立人等は、固有法の変更権限の行使方法に不適切な点があっただけでなく、そもそも固有法としてのイングランド法を他の法律に変更することは一切出来ないはずであると主張して何件かの異議の申立をして争ったが、第一回目の異議申し立ては事実関係を理由として退けられた。第二回目の異議の申し立てについては、イングランドで設定された信託（コモン・ローを採用している他の国・法域で設定された信託も同様）の固有法を信託証書中で留保されている固有法の変更権を行使して変更できるものであるかどうかについては昔から大いに疑問視されていたのである。上記の国々の多くは、既に制定法を導入してこの問題を解決していたが、イングランドにはこの問題を解決するような制定法はなかった。そのため、Lawrence

Collins 判事は、前掲の Dicey 及び Morris 共著の「*The Conflict of Laws*」の最新版で紹介されている見解に従って、問題の信託の信託設定証書に定められている固有法の変更権限は有効なものであり、たとえ同信託の固有法が何であったにせよ、同信託の固有法は変更されたものと認めるのが相当であると判示したのである。

Ⅲ. 信託の有効性を争ってきた者の排除

41. 信託の受益者のうち、信託そのものの効力を争ってきた者を信託の受益者から外す旨の規定を信託証書中に含める傾向が最近益々強くなってきている。先に述べたとおり、信託設定者側は、紛争を極力回避できるような方法を探し出すのに躍起となっており、この種の「不抗争」条項がそのための強力な武器の一つであると考えられるようになってきている。この種の規定の有効性については、一部の弁護士から疑問が呈されているが、遺言との関係においては、昔からこの種の規定の有効性を認めるのが定説である〔*Cook v Turner* 事件〕の判例（(1846) 15 M & W 727）及び「*Evanturel v Evanturel* 事件」の判例（(1874) LR 6 PC 1）を参照〕。

42. 「*Nathan v Leonard* 事件」〔2002〕 WTLR 1061）は、受遺者の中から遺贈の効力を争う者が出てきた場合には、当該受贈者に対する遺贈のみならず、他の受贈者全員についての遺贈も全て取り消し、これに替わり他の者にすべての遺産を遺贈する旨を定めた遺言補足条項（遺言者自身の手で作成されたもの）の是非を巡って争われた事件である。同補足条項には次のように書かれていた。

『私の遺志を保全し、家族であると慈善団体であるとを問わず、第三者の手でこれが勝手に左右されないようにするための安全装置として、万一これ等の者が私の遺志を争おうとしたり、これに異を唱えようとした場合には、遺言に従来記載されていたすべての規定を無効とし、これ

に替えて以下の規定を適用することとし、以下の規定を私の遺言のすべてとしたいというのが、私の遺志である。これは、何人も上記にいうような拳に出ないことを願ってのものである。

私の信託上の受益者達に行くことになっていた「オークウッド農場」の名で知られている不動産に関して私が有している受益者としての持分は、これを無税で、SALLY LEONARD と PAUL LEONARD 両名に遺贈することとし、この遺贈に課せられる税金は私の遺産から支弁すべきものとする。

更に私は、その所有に帰属するすべての不動産及び動産を上記両名のものに遺贈することとする。この遺言補足条項は、これを覆すことができないものとするが、これは本件信託の存続期間中又は80年の期間が経過する迄は、何時にても発効するものとする。』

43. これに対して当該遺言信託上の受益者の一人が「1975年遺族及び扶養家族の遺留分に関する相続法 [Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975]」の規定上の救済を求める訴えを提起してきたというのが、この事件である。この法律は、死亡時にイングランド又はウェールズに居住していた故人の遺族や扶養家族のための遺留分を認めた法律である。裁判所は、当該遺言補足条項は、遺言の効力を争わなかった者に対する遺贈までもを取り消すものではあるが、原則として有効であると判示した。この点に関して裁判所は、本件遺言補足条項は確かに好き勝手気まぐれなものとも認められるが、畢竟遺言者は（主張のように、生存者間信託の設定者と同様に）その財産を自由に処分できるはずであるとする考え方を認めている。

44. また、同事件の裁判所は、1975年法上の救済を求める行為そのものは当

該遺言補足条項に定められている条件に反するものではあるが、そうだからといってこれにより当該遺言補足条項そのものが公序良俗に反するものとなることはないとも判示している。この公序良俗に反しないとする点においては、同裁判所はカナダのブリティッシュ・コロンビア州の最高裁判所が「*Re Kent*事件」において下した判例〔(1982) 139 DLR (3d) 318〕とこれを踏襲してオーストラリアの裁判所が「*Re Gaynor*事件」で下した判例（〔1960〕VLR 640）の両方とは異なる見解を打ち出している。即ち、当該遺言補足条項の存在そのものが1975年法上の救済を求める行為を抑制する効果を有するものであることを認める一方で、同条項は同法上の救済を求める行為そのものを禁じたものではなく、同条項の発動を認めるか否かは、裁判所が同法上認められている裁判権を行使するに際して考慮に入れることができる要素の一つにすぎない、と判示したのである。

45. しかしながら、同事件においては、同条項の最後に定められている「この遺言補足条項は、これを覆すことができないものとするが、これは本件信託の存続期間中又は80年の期間が経過する迄は、何時にても発効するものとする」は、不確定要素を含んでいるとして、無効であるとの主張もなされた。信託証書又は遺言の中に定められている規定は十分確実性のある内容のものであることを要するという要件は、信託設定証書中に定められている一定の事実が発生した場合には信託の受益者が次順位のものに変わることを定めたいわゆる「権利者変更条項」との関係においては、より厳格に適用されるのである。この点については「*Clayton v Ramsden*事件」においてKillowen領主Russel卿が下した以下の判示部分（〔1943〕AC 320, 326）を参照のこと。

「権利者変更条項が有効たり得るためには、これによって影響を受ける者（これ等の者がこれに関して裁判所の判断を求めてきた場合における裁判所を含む）自身が具体的に如何なる場合に自らが有する権利を剥奪されることになるのかにつき当初より確定的な知識を得られるような

内容で定められている必要があることは、各地の裁判所が常に指摘してきたところである。この原則は、何年も前に「*Clavering v Ellison* 事件」の判決（[7 HLC 707, 725]）の中でCranworth卿が述べている次の言葉によってはっきりと確立されたものである。「将来発生することあるべき一定の偶発事項の発生を条件として一旦ある者に確定的に与えた遺産に関する権利が剥奪されることになる場合におけるその条件は、裁判所の目から見て、実際に何が起こったら既に確定的に与えた遺産に関する権利が剥奪されることになるのかが、当初より具体的に明らかなものでなければならない。」「この要件は、そのような場合に遺言者が課している個々の具体的な条件の是非を吟味する際に適用しなければならないものである。」

46. 問題の権利者変更条項からは幾つかの言葉が省略されていることが明らかであるが、それが何であるかを言い当てたり、同条項に如何なる意味を持たせようとしたのかを判定することはできないと判断され、結局は問題の権利者変更条項は、不確定要素を含んでいるとして、その効力が否認され、判事は、この判断につき、「Nathan夫人は同人の意思を知らしめるために非常に苦心していたことが窺えるので、大いなる躊躇の念を持って」下した判断ではあるが、「結局同女はその意図していることを十分確実性のある内容のものとして表現できていないといわざるを得ない」と述べている。

IV. 受益者の情報開示請求権——「*Schmidt v Rosewood* 事件」における枢密院の判断

47. どのような交渉や紛争の場合も、情報がすべてを制する王者である。情報を有している者又は情報の流れをコントロールできる者は、他のすべての者に比して非常に優位な立場に立てることになる。この決定的な事実、害ばかり多く無益な親族間の争いを何とか起こさないようにさせようとして必死になっている信託設定者を巡る事案においても未だ嘗て否定されたことはな

い。そこで、信託に関する情報の開示請求権を有するのは具体的に誰かという問題と、この開示請求権の客体となる情報とは何かという問題が表面化してきている。

48. 最近まで、信託の受益者は誰でも（即ち、受益権の大小や受益権が発生する将来の時期が近いか、遠い如何に関係なく、すべての受益者）、信託の帳簿や記録類を閲覧できるとされており、この閲覧権は物権的権利をその根拠とするものであり、信託の帳簿・記録類はあくまでも信託財産の一部であるから、受益者は、他の信託財産についてと同様に、帳簿・記録類についても権利を有しているはずであるとされていた。

49. この閲覧請求権の範囲がはたしてどこまで及ぶものかははっきりしていなかった。即ち、どの範囲までの書類が開示すべき信託関係書類であり、どの種類の書類が開示する必要のない書類であるかを判別するのが困難な場合も少なからずあり、開示すべき信託関係書類であったとしても、守秘義務の問題が生じてくる場合もある（「*Re Londonderry* 事件」及び「*Butt v Kelson* 事件」参照）。但しこのような不明確な点があるにも拘らず、信託の実務面においては、その区別はうまく機能しており、特に問題は起きてこなかった。

50. 嘗ては信託関係上の権限の単なる目的が信託上の受益者とはっきり別のものであるとして論じられたようなケースは皆無であったが、最近見られるような種類の裁量信託においては、（信託期間の終了時に「受益者」の利益のための信託となるような通常の未確定信託であったとしても、それだけの理由で）この種の目的が同時に信託の受益者の地位を兼ねていないケースは稀である。単なる信託の目的そのものに対しては、信託財産については、これに対して信託財産の帰属分の割り当て又は配分が特に行われたい限り、物権的権利は認められていない。従って、この信託財産についての物権的権利の存否の要件が、信託財産に関する権利の有無を決する本当の基準であるとす

れば、単なる信託の目的そのものには情報開示請求権は認められないことになる。

51. しかしながら、最近になって、信託の目的そのものの地位を論じた判例が出てきた。「*Schmidt v Rosewood* 事件」(マン島の控訴院の判決を不服として上訴してきた事件)の枢密院における決定([2003] 2 WLR 1442)がそれである。同事件において問題となっている承継的財産処分においては、稀なケースであるが、受託者に認められている信託財産の処分に関する権限、即ち、いわゆる「財産処分権 (dispositive power)」、の目的そのものに関しては、当該承継的財産処分によって設定されたとの信託上も、信託財産につき利益を受ける権利や資格は一切認められていなかったのである。この事件において枢密院は、信託財産についての物権的権利の存否の要件に基づき単なる信託の目的そのものについては信託関係の書類に関しての閲覧権は一切認めるべきではないとする受託者側の主張を退けて、受益者(信託上の受益者であると権利取得者指名権に基づいて指名された受益者であるとの別を問わない)の権利の根拠を全面的に定め直したのである。

情報開示命令の発令に関する裁判所の裁量権としての信託関係書類の所有権・閲覧請求権の再構築

52. 物権的権利を情報開示請求権の根拠とする説の否定を柱とする枢密院の判決。枢密院私法委員会が下した判決の中でWalker卿は、次のように述べている。

「51. 信託関係書類の開示請求権の捉え方としては、信託の運営管理に関して裁判所固有の権限である監督権及び必要とあればこれに介入する介入権の一側面として捉えるのがより原則的且つ正しいのではないかというのが、同僚委員達の考え方である。裁判所の介入を求める権利は、

確定した譲渡可能な受益権の所有者としての資格をその根拠とするものではなく、裁量的権限（単なる権利取得者指名権も含む）の目的の場合も、どのような場合にエクイティー裁判所の保護を求めることができるかや、求めることができる保護の内容はエクイティー裁判所の裁量によって決まる事柄ではあるが、エクイティー裁判所の保護を受ける主体となる資格があるというべきである。」（上記及び下記の傍線は筆者）

しかしながら、枢密院司法委員会は、以上に述べた点だけに留まらず、更に一步踏み込んで、権利取得者指名権の目的そのものに認められる資格は、物権的権利がなくともこれによって制約されることはなく、また信託上の受益者であるからといって、必ずしもその受益権を根拠にして有資格者となれるわけではない旨判示して、次のように述べている。

54. 救済申立人が物権的権利の所有者であるということは十分条件ではあるかもしれないが、必要条件ではないと Kirby 委員長はいつてられるが、救済申立人が物権的権利の所有者であるか否かは、十分条件でも必要条件でもないというのが、当委員会の見解である。一世紀以上前に出された「In re Cowin 事件」の判決の中で裁判所は、場合（特に守秘義務に関係する場合）によっては、たとえ確定した譲渡可能な受益権を有していたとしても、それそのものが信託関係書類の開示請求権の十分な根拠となり得ないこともあり得るし、「In re Londonderry's Settlement 事件」の判決や最近の多くの判決では、このようなケースにおいて裁判所がその裁量権を如何に行使すべきかについて具体的に定めようとする作業が始まっている。裁判所が裁量権を行使して判断を下すべき領域としては、次の三つの領域が考えられる。即ち、裁量的な信託の目的（又は受益権取得の確定が遠い将来に発生するような受益者又はその所有に関わる受益権全体が剥奪可能な形のものでされているような受益者）に対してまでも救済を与えるべきであるか否か、開示請求権を

認めるとすれば、その対象となる書類の種類をどのようにきめるか又全部の開示を命ずるのかそれとも限定的な開示だけを命じるのか、及び裁判所の命令によって開示された書類や情報の使用目的を限定するための保護措置（裁判所に対する誓約書の提出、弁護士・会計士等の専門職従事者による閲覧の手配等）を講じる必要があるか、の三つである。

67. しかしながら、最近の判例においては（百年以上前の「In re Cowin 事件」の判例の場合と同様に）、受益者（裁量的な信託の目的についてはいうまでもない）には、一見して信託関係書類と認められるような物件については、権利としての開示請求権が一切認められないこと、が確認されている。特に個人的情報や営業関係の情報の秘密保持を巡って争われているような事案においては、裁判所は、互いに相拮抗するような内容の権利を有する異なる受益者間の利益、受託者間の利益及び第三者の利益の調整・均衡を図らなければならない場合があろうし、情報の開示を認める場合でも、制限を課したり、情報の保護措置を講じなければならない場合もあろう。又、受益者（特に裁量的な信託の目的）から提起された情報開示の請求の内容の評価が、裁判所にとって法廷に提出された資料に関して利害関係者間の利益を調整・均衡させる上で重要な位置を占める場合もあろうし、裁判所にとって、単に理論上受益者としての利益を得る可能性を有しているだけというような申立人からの救済の申し立てについては、これを認めるべきでないとの結論を容易に導き出せるような事案も多数あろう。」

53. 実はこの僅か数段の文章の中で、Walker 卿は、コモン・ウェルスを構成する諸国や諸法域の信託法に一大改革をもたらしたのである。同卿がその判決の中で「信託の運営管理に関して裁判所固有の権限である監督権及び必要とあればこれに介入する介入権」なる文言を繰り返して強調している事実は、

長期的な目で見れば、判断の対象となった情報の開示というどちらかという
と狭い領域の問題の範囲を超えて、幅広い分野に大きな影響を及ぼす可能性
がある。これ等の文章からもはっきりと窺える情報開示命令の発令に関する
裁判所の裁量権としての信託関係書類の所有権・閲覧請求権の再構築は、信
託を巡る今日の問題に新しい領域や新たな解決策を積極的に見出そうとする
多くの裁判所にとって励みになりそうである。

54. 上記にいう狭い領域の問題だけに限らず、情報開示請求権の根拠を物権的
な権利に置くという考え方の排除に関しても、情報の開示は裁量的な資格や
権利をその根拠として行うものではなく、このことは裁判所が命じることが
できる情報開示の範囲や開示の条件についても同様であることが、枢密院司
法委員会のこの判決で確認されており、信託関係書類の抜粋版の形での開示
や、情報・資料の開示を受けることを認められた受益者による開示情報・資
料の利用制限や他への再開示の制限もすべて認めている。又、同判決におい
ては、他の受益者の考えや複数の受益者間で生じる虞のある情報の機密性の
問題を考慮すべきことも強調されている。

55. 枢密院司法委員会のこの判決により、実は裁判所がその裁量権を如何に行
使すべきかという点とこれから信託の受託者は情報の開示請求を受けた場合
にはこれに如何に対応すべきかという点につき、極めて難しい問題が生じて
きた。確かに裁量権は裁判所に属するものではあるが、情報開示請求を受け
た受託者がその全ての是非につき裁判所の判断を仰いでくるとは到底考えら
れないからである。そうだとすると、受託者側は、開示請求を受ける都度、
その是非につき裁判所の判断を仰いだとすると如何なる判断が下されるか予
測するようになることが当然予想される。そこで、そのような場合に受託者
がどのような判断をするかが現在大きな議論的となっている。一部の論者
はこれは大変難しい判断であるとして懸念を示している一方、他の論者は、
特に争いの大きい事案を除けば、殆どのケースで常識的なアプローチが可能

であり、それで十分でないかとの立場を取っているが、従来もそうであったように、裁判所固有の判断領域に属するこの新しい問題点に関しても、何等かの解決・発展の道が開かれるのではなからうか。

V. 今日の問題に対する制定法による解決の取り組み：英領ヴァージン諸島における最近の信託法改正

56. より積極的な問題解決への取り組みに目を向けてみると、信託関係のアドバイザーの仕事は、往々にして従来形の信託モデルについて回っていた各種の制限や制約の問題を如何に解決するかを解決策を見出すこと、即ち、信託を設定した当時には予想もしなかったような今日的な問題に対応するために、信託法の原則を如何に拡張解釈するか、に費やされていた。

57. しかしながら、信託証書を上手に起案するだけで解決できる問題の範囲には限度があることは、誰でも承知していた。問題の多くは新たな立法の力を借りるだけで適切に解決できるものであり、イングランド本土外の多くのコモン・ウェルス構成国・法域においては、暫くの間この方法による取り組みが続いた。実際これ等の国・法域は、今日の信託法発展の実験室となった感があり、従来の判例法から制定法への役割の変換がはっきりと窺える。

58. 英領ヴァージン諸島（以下「BVI」）は、今日における信託を巡る多くの問題の解決策として多数の制定法を導入した最も新しい地域であるので、同島における発展状況のうち二つを取り上げて、論じてみたい。

(1) 信託に株式を保有されている子会社の管理運営：いわゆる「VISTA 信託」の利用による「*Bartlett v Barclays Bank* 事件」判例の無効化

59. 過去20年の間に国際的信託は急成長を遂げてきたが、信託を巡る多くの根本的な問題については、殆ど完全な解決策が見出されないままの状態であ

った。恐らくその中でも特に厄介な問題は、信託がある会社の発行に関わる株式の全部又は大部分を所有している場合に、その会社の経営管理に関する信託の受託者の義務を巡る問題であろう。このようなケースでは、受託者には大部分の信託設定者の意向と直接対立することになるような多くの義務を課されることになる。簡単にいうと、受託者には「慎重なる経営者準則（prudent man of business rule）」の名で知られる準則が適用されることになるということであり、この準則に従えば、受託者たる者は、一般に公正妥当と認められている業務慣行に従って、信託財産を分散投資して運用しなければならないことになるだけでなく、ハイリスクな資産への投資やハイリスクな行為は禁じられることになる。従って、受託者は、時に応じて、信託所有の株式の全部又は一部を売買しなければならないことになるわけである。株式を公開していない会社の株式の場合は、めったに売買市場があるわけではないが、売買できる機会が生じた場合（又は見つけられるような場合）は、通常、信託設定者の家族側の経済的理由以外の理由で取って株式の保有を継続することは出来ないことになる。

60. 信託財産としての株式の保有を継続した場合、受託者は当該株式の発行会社への信託財産の投資の是非を監視・監督してゆかなければならない義務を負うことになる。その為には、発行会社の業務内容に精通する義務や、発行会社の営業ぶりや業績が慎重なる経営者準則に即したものであり、自らを納得させられるものであるかどうかを常に自分に問いたださなければならないことになる。信託財産についての財産処分権を抜きにして考えると、発行会社に関して信託設定者の本来の希望や意図を考慮できる幅は限られてしまうことになる。分別のある受託者であれば、発行会社の取締役の人選が常に適切に行われるようにしたいと願ったり、取締役会の立てる事業計画や事業目標を確認しておきたいと願ったり、これ等の事業計画や事業目標と信託上の義務との間に絶対に齟齬を来たさないようにしたいと願ったり、発行会社の取締役会に必ず決定した事業計画や事業目標に沿って事業を進めさせるよう

にしたいと願うのは当然であり、そうなると、受託者は、発行会社の業務内容については、日常的な経営についてはともかく、発行会社のトップ・レベルの経営については、勢い口を挟まざるを得ないことになる。

61. そうなると、典型的な信託設定者の意図と相容れないこととなるのは明らかである。自分たちの肩越しに周りをキョロキョロするような受託者を歓迎したり、必要とするような信託設定者は殆どいないはずであり、ビジネスに関する知識や詳細という点に関しては、受託者が発行会社に貢献できる場面は少ないというのが実情であろう。又、信託設定者の立場からすると、発行会社の株式が信託設定者の意思に反して売却されてしまうかもしれないなどということは、殆どの場合、思いもよらないことであろう。

62. これ等の問題点の対応策として、受託者の関与の度合いを制限することを内容とする複雑な解決策がいろいろと考案されてきている。具体的方法は様々であるが、受託者の権限を制限する一方で、信託設定者や第三者にも権限を与えておくという方法が基本的なものである。しかしながら、どの解決策も未解決な問題点をいろいろ抱えており、信託法専門の弁護士は多年にわたって包括的な解決策を求めて苦闘を強いられてきた。このような状況下において、BVIで導入された一連の制定法のうちの一つである「ヴァージン諸島2003年特別信託法 (*Virgin Islands Special Trust Act 2003*)」は、この問題の解決を目的とした法律であるといえる。

63. 信託財産の管理、運用、処分につき受託者に積極的な責任が負わされていることを、代々にわたって財産を承継的に譲渡してゆくことを目的とする信託（即ち、受動信託以外の信託）の必要要件の一つとする従来の考え方を排除しているという点において、同法は、間違いなく、大胆な立法である。同法は、信託財産の管理・運用に関しては受託者に一切如何なる権限も義務もないという条件で財産を信託財産化して受託者の名義にすることは信託の概

念そのものとは決して矛盾するものではなく、信託財産とこれから生ずる果実を信託証書に定められている通りに受益者のために保有・管理してゆくことだけを受託者の唯一の役割とすることは可能であるという考え方をその基本原則としている。

64. 同法は、(i)発行会社の株式を保有し続けることを義務として信託に課すと共に、(ii)信託証書中に定められている特定の場合以外は発行会社の経営に口を出すことを受託者に禁じ、更に(iii)以下に詳述する「受託者の介入を求める要請」がない限り、受託者を発行会社の経営を監督する義務から解放するという三つの方法により、この基本原則の実現を図っている。

65. 同法は、BVI法を設立の準拠法とする会社の発行に関わる株式を信託財産とする特定の適格信託（書面により設定されたか書面化された条件に従って設定された信託のうち、BVIの法律上受託者としての業務を行う免許を有する者一名をその唯一の受託者としている信託をいう）で、その設定の根拠となる書面に定められている規定上、その所有に関わるBVI法を設立の準拠法とする会社の発行に関わる株式の全部又は一部を同法の規定の適用対象株式（同法の規定の適用を受ける株式を以下「指定株式」という）とする旨が定められているものだけに適用される法律である。

66. 信託財産化された株式の保有を継続しなければならないという同法上の義務は、信託財産の価値の維持・増殖に関する他の如何なる義務にも優先する義務として位置づけられているが、受託者に課せられているこの制約には、唯一の例外が認められている。即ち、受託者は、信託設定の根拠となる書面に定められている規定に従うことを条件として、発行会社の取締役会の承認又は発行会社の取締役の過半数の承認を得た場合には、信託財産化された株式を売却その他の方法で処分できるとされているのである。尚、この制度をより明確化するため、同法には、この売却処分権が導入されているからとい

って、受託者側にこの権利を行使しなければならにという義務が生じたり、この権利を行使しなかったからといって受託者側に何等かの責任が生じることは一切ない旨が明記されている。一方、同法の第11条には、信託財産化されている株式の保有を継続することが信託設定者の意思に沿わなくなったと認められるような状況が発生した場合には、利害関係者（原則として信託の受益者又は信託財産処分保護者）は誰でも当該株式の売却を命ずる命令の交付を裁判所に求めることができるという全く別個の権利も定められている。

67. 発行会社の経営への干渉権に関して同法に定められている規制の内容は、株式の権限の多岐多様性とこれに対応する受託者の義務の多岐多様性の両方を反映して、より複雑なものとなっている。同法上、信託所有の株式に関して受託者が有している議決権その他の権利の行使には、各種の規制が課されている。受託者は、原則として、株主としての権利を行使して発行会社の経営に口出しすることを禁じられており、発行会社の経営は取締役会の判断に任せなければならないと定められている。

68. 以上に述べた規制には、次のようないくつかの条件が付されている。

- (1) その第一は、以上に述べた規制は、必要に応じてこれを緩和することができるよう、信託設定の根拠となる書面に定められている規定の制約を受けるとされている点である（但し、緩和された場合でも、受託者を発行会社の経営を監督する義務から解放するという原則には変わりはない点に注意）。
- (2) その第二は、一般に「取締役関係規定」と呼ばれている発行会社の取締役の任免及び取締役報酬に関する決議について受託者が議決権を行使する場合のその行使方法を定めた規定を信託設定の根拠となる書面に盛り

込むことができるとしている点である。この種の規定が信託設定の根拠となる書面に盛り込まれている場合、受託者は、同法にいういわゆる「例外的場合」（即ち、取締役関係規定に定めがある場合でも、受託者の不純な動機によらない公正な判断上、その定めに従うと信託設定者の意思に沿うことができなくなったり、受託者の意思に反することになると認められるような場合をいう）以外は、これに従う義務を負うことになる。

- (3) その第三は、信託設定の根拠となる書面に定められている特定の一又はそれ以上の理由に基づく不平・不満を有する信託の利害関係者からこの不平・不満に対処するべく発行会社の経営に介入してほしい旨の要請（以下これを「受託者の介入を求める要請」という）が受託者宛になされた場合は、受託者はこれに応じて発行会社の経営に介入できるとしている点である。不平・不満の根拠として認める理由をあらかじめ信託設定の根拠となる書面に列挙しておく必要は特にはないが、この種の理由が信託設定の根拠となる書面に予め列挙されている場合で、受託者の介入を求める要請が受託者宛になされた場合は、受託者は、要請の内容を吟味し、不平・不満に根拠があると認めた場合は、これに対応するために必要と認める措置を講ずる義務を負うことになる。この受託者介入要請制度には、信託の利害関係者が受託者の介入を求める要請を行うべきか否かについての態度決定をする上で必要とする情報開示に関する包括的な規定が盛り込まれている。

69. 以上の説明からも、同法は、その効果として、一方では、受託者を従来の「慎重なる経営者としての義務（prudent man of business duties）」から解放し、他方では、慎重且つ抑制のきいた新たな幾つかの法定義務（即ち、指定株式の不処分義務、発行会社の経営への不干涉義務、取締役関係規定に定めるところに従って取締役の任免を行う義務、正当と認める不平・不満に関し

て情報開示を行う義務、受託者の介入を求める要請を受けた場合はこれを検討してその諾否を決定する義務等）を負わせていることが分かるであろう。このような制度下において、個々の事案においてこれ等の制定法上の規定の執行につき利害関係を有する唯一の存在は、発行会社の取締役（又は取締役関係規定上取締役となるべき者。以下本項において同じ）ということになる。同法は、この点に留意して、信託の利害関係者に加えて、発行会社の取締役にも、申立人となって、同法上の義務の履行を命ずる命令を求める申立を裁判所に行う資格を認めている。

70. 多くの革新的な試みの場合と同様に、同法が伝統的定説を重んじる多くの学者から批判を浴びるのは間違いないが、本気で異議を唱えてくる向きはないようである。本当の意味での困難な問題は、同法の具体的執行・運用面に出てくるであろう。同法によって果たして受託者を発行会社の経営に関する監督義務から完全に解放できているのか；同法によって新たに導入された種々の法定義務は果たして実務上うまく管理運用できる性質・内容のものであるかどうか；発行会社の経営がさしたる障害もなしに信託設定者や発行会社の取締役の意の俣に委ねられているような状況下で、発行会社の株式を信託財産化できるとしても、これにはどのようなリスクが潜んでいるのか；他の国や法域では同法はどのような評価を受けるのであろうか；同法の施行に伴って誕生してくる信託や信託設定者及び制約のつかない経営権を手に入れた取締役に対して課税当局がどのような取り扱いをしていくか等々の問題があるが、現時点でこれ等の問題の行方を占うのは不可能であり、答えが出てくるまでには、いま暫く同法の施行状況を見守っていく必要がある。

(2) 第三者に対する受託者の責任：債権者及び受託者の保護

71. アングロ・サクソン法系の信託モデルは、受託者が全ての問題の処理を個人的に司り、第三者との関係においては、受託者を信託財産の真の所有者と

し、受託者が行った行為は、たとえ受託者としての身分で行った場合でも、コモン・ロー上は受託者個人の行為と見なすことをその特徴とするものである。従って、信託の事務執行の過程において受託者が借り入れた借入金については、受託者は個人的にその債権者に対して弁済の責めを負うことになる。この個人的責任に対応する権利として受託者には、信託のために適切に発生させ、負債した債務につき、信託財産から弁済を受ける費用弁済請求権が認められている。この場合受託者の債権者は、受託者に対してかかっているだけであり、信託財産に対して直接かかっていくことはできない。但し受託者の債権者は、受託者が信託に対して有する費用弁済請求権を受託者に代わって代位行使して、間接的に信託財産に対してかかっていくことは可能である。ところが、この代位請求権は、受託者の費用弁済請求権が存在していることが専らその前提となっているので、債権者にとってはあまり助けにならない場合が多い。何故なら、受託者が行った債務発生・負担行為が受託者に認められている権限の範囲を踰越する越権行為に該当するものであったり、受託者に認められている権限の範囲内のものであったとしても、権限の行使方法に誤りがあった場合には、費用弁済請求権は発生しないからである。また、当初費用弁済請求権が発生していたとしても、後日受託者側に信託上の義務違反行為等があったために信託財産に損害を及ぼしたような場合は、受託者側に信託財産に対する損害賠償責任が生ずるので、その分だけ費用弁済請求権の全部又は一部が減殺されてしまう場合もある。

72. 以上の結果、信託の受託者の取引の相手方となる第三者の立場は危険なものとならざるを得ない。この問題が特に重要性を帯びてくる営利を目的とした信託が年々増加する傾向にあることに着目して、信託の受託者の取引の相手方となる第三者の立場を強化すべく、BVIの信託法には更なる改正が加えられている。BVIの信託法の主要な改正点は次の通りである。

(1) 取引の相手側の損失に因らず、上記にいうような形で受託者の費用弁済

請求権が消滅しないようにするための新たな規定の導入。改正後のヴァージン諸島の特別信託法の規定では、契約の締結が適切な方法で行われている限り、受託者が信託に対して有する費用弁済請求権の債権額の計算は、受託者が信託に対して負担している債務金額があったり、受託者が放棄や除外に同意している費用弁済請求権があったとしても、その金額を控除せずに、これを行うとされている。また、信託の受託者と第三者との間における契約については、当該契約の締結・履行に関する受託者の権限の有無及び当該権限の行使に関して設けられている要件のすべてが充足されているか否かにつき契約の相手方たる第三者が「合理的な調査」を行った上で締結している場合には、適切に締結されたものと見なす旨のみなし規定も設けられている。更に一步踏み込んで、受託者の取引の相手方となる第三者には、受託者による契約締結・履行権の行使がその他の点で信託上の義務違反にならないかどうかについての調査を行う義務を免除する規定も設けられている。

- (2) 新たに導入されたこれ等の規定を適用することを明記している信託においては、受託者の個人的責任は、実質上代理人の責任に置き換えられている。第三者と契約を結ぶ信託の受託者が、信託の受託者としての身分により契約を締結することを取引の相手方たる第三者に明らかにしている場合（又は取引の相手方がその事実を予め他の方法で承知している場合）には、受託者は、当該契約に関しては、個人的な責任を負う必要はなく、その場合契約の相手方は、信託財産に直接かかっているようになっている。
- (3) 逆に信託の設定の根拠となる書面上の改正法の規定を適用することを明記していない信託においては、受託者は、第三者との間で行った取引については、当該第三者に対して個人的に責任を負わなければならないことになるが、その場合でも、委託者の責任は、当該第三者に対して負担

している債務の弁済期における信託財産の総価額がその限度額とされている。

- (4) また、信託の設定の根拠となる書面上改正法の規定を採用する旨が明記されている信託の受託者は、同人が借り入れた借入金の債権者を保護するために、将来における信託財産の投資運用権及び分配権の行使を自ら制限する権利を有する旨の規定も改正法に盛り込まれている。

73. なお、先に述べたとおり、信託法に対するこれ等の改正点が実際にどのような影響を及ぼすかについては、今暫く様子を見てみなければならない。例えば、受託者が第三者との間で契約を締結する場合に、自らの身分を当該第三者に十分開示したと言い得るためにはどのような内容の開示をすればよいのかや、どの時点を以って当該第三者が契約の相手方が信託の受託者であることにつき悪意となったと判断すべきか（上記第72項第(2)号参照）等の問題についても、暫く様子を見る必要がある。また、改正法によって新たに導入された規定は、BVIの法律を準拠法とする契約には影響を及ぼすことになるのは確かであるが、それ以外の国や法域の法律を準拠法とする契約関係には何等の影響を及ぼさない可能性が大である。将来においては、準拠法の選択の問題、通知の問題そしておそらくは理解力の問題が大きな問題となるであろう。以上述べてきた問題への他の取り組み方法としては、ジャージー諸島の1984年信託法〔Trusts (Jersey) Law 1984〕上の取り組みを挙げることができるが、同法上では、信託の概念には極僅かな重きしか置いていない嫌いがあり、新たに導入された規定の一部は、信託を急激に本人／代理人間の関係を創設する取り決めにすっかり変身させてしまい、信託を次第に法人格を有する財团的な存在に近づけていくような傾向（筆者の目から見ると誠に残念な傾向ではあるが）にある米国で適用されている規定に似ている。

[付記] 本稿は、イギリスの法廷弁護士であるDavid Brownbill氏からの資料提供を受け、同氏の指導を得てまとめたものである。同氏の学恩に感謝したい。

論説

公正取引委員会の職権行使の独立性について

——事例の検討と法的分析——

平 林 英 勝

はじめに

I. 事例の検討

- 1 農林連絡協議会事件——占領下における法運用
- 2 昭和33年法改正と公取委員長人事
- 3 八幡製鉄・富士製鉄合併事件と公取委・政府与党
- 4 埼玉土曜会事件に係る不告発要求事件
- 5 新聞業特殊指定の見直しと政党の対応

II. 法的分析

- 1 委員長・委員の人事権と独立性
- 2 準司法的権限と準立法権の相違
- 3 職権行使の独立性の侵害と法的効果

おわりに

はじめに

独占禁止法28条は「公正取引委員会の委員長及び委員は、独立してその職権を行う」と公取委の委員長および委員の職権行使の独立性を規定している。公取委の職権行使の独立性¹⁾は、独占禁止法の公平かつ中立的な運用のために不可欠の保障であり、同法の施行の根幹をなしている。

1) 職権行使の独立性は委員長または委員個人に認められることであるが、以下便宜上「公取委の」職権行使の独立性と表現する。

しかし、独占禁止法制定以来、わが国の反競争的な風土²⁾のなかで、公取委の職権行使の独立性がしばしば脅かされる事態が生じた。とりわけ、立法権および公取委に対する人事権、予算編成権を背景とする政府与党幹部による公取委の職権行使に対する明らかな介入やそれを疑わせる事実がみられたことは否定できない。

とはいえ、公取委の職権行使の独立性が確保されなければならないのは当然であるが、独占禁止法に対する重要性が増大し理解も浸透した現在においては、公取委に対しても、その職権行使にあたって一層の透明性と説明責任が求められていると考える。

本稿は、職権行使の独立性に関する過去の事例を法的角度から客観的に分析検討しつつ、公取委の職権行使の独立性のあり方についての示唆を試みようとするものである。

なお、本稿においては人名の敬称を略させていただいた。ご寛容をお願いしたい。

I. 事例の検討

1 農林連絡協議会事件——占領下における法運用

(1) 事件の概要

農林連絡協議会（以下「農林協」という。）は、戦後、統制機関であった全国農業会が解散した後農業協同組合の全国組織が結成されていないという空白に対処するため、都道府県販売農業協同組合連合会を会員として設立された任意団体であった。農林協は、秋田県において、市町村農業協同組合から委任を受けた秋田県販売農業協同組合連合会からさらに委任を受けて、食糧管理局との間に主要食糧の政府売渡契約等を締結し、当該委託に基づき、各種代金を請

2) たとえば、日本の公取委は、閣僚からの敵対は受けても、ドイツの連邦カルテル庁のように、支援を受けることがなかった（John O. Haley, *Antitrust in Germany and Japan, The First Fifty Years, 1947-1998, 2000, p.6, 100.*）。

求して受領した。

農林協のこのような行為に対して、公取委は旧事業者団体会法5条1項15号（構成事業者のための集金の禁止）の規定に違反するとして告発し、東京高裁は農林協およびその役員で秋田県販売農業協同組合連合会の役員であった者等2名についてそれぞれ罰金1万円に処し、最高裁もこれを支持した。

被告人は本件行為については公取委の黙認があったから違法性の認識も期待可能性もなかったと主張したが、東京高裁は、未必的ではあるが違法性の認識はあったし、他に適法行為を行うことを期待するのは相当困難ではあるが、不可能ではなく、公取委の黙認は違法性阻却事由となし難いとして退けた³⁾。

最高裁は、適法な上告理由ではないとして棄却の決定をしたが、上告人が本件行為によって実質的な法益を侵害していないとの主張に対して、農林協は農業協同組合法により設立された適用除外団体と同一視できないし、旧農業者時代の勢力を温存するなら実質的に法益侵害のおそれがないとはいえないと述べた⁴⁾。

(2) 検討

石油生産調整事件東京高裁判決⁵⁾は被告人らが違法性を意識しなかったことについて相当な理由があるとして故意・責任がないと無罪の判決を下したが、そのこととの対比でも本件判決は相当厳格な判断といえる。というのは、本件においては、公取委が事業者団体会法の施行にあたり混乱回避のために形式主義的な適用をしない方針をとり、これを受けて公取委の事業者団体課長が農林協の設立に際して関係者に決して法律を形式的に適用しないであろうと述べていたからである。被告人らが違法性の意識を欠くのに相当な理由があった。

当時の事業者団体課長とは、後の経済法・行政法学者今村成和のことである。

3) 昭和26年2月17日判決、公取委審決集17巻244頁。

4) 昭和36年12月5日決定、同264頁。

5) 昭和55年月26日東京高裁判決、審決集28巻別冊177頁。

今村課長が関係者にそのように述べたことは今村自身がのちに証言している⁶⁾。それにもかかわらず公取委が告発したのだとすれば、極めて不当な告発であったことになる。公取委が本件について告発をしたのは、総司令部の圧力に抗し難かったからとみられる。

連合国最高司令官は「超憲法的存在」⁷⁾であったから、総司令部は独占禁止法や事業者団体法の制定といった立法を日本政府や公取委に指示したことは周知のとおりである⁸⁾。違反事件についても、当初の事件はほとんど総司令部が公取委に調査を要求したものであるし、総司令部は公取委に事件の調査の進捗状況を報告させていたといわれる⁹⁾。

公取委の職権行使の独立性との関係でいえば、法45条1項の規定に照らして、第三者—立法府・行政府であれ占領軍であれ—が調査を要求してもそれが公取委の職権発動の端緒となるにとどまるかぎり、職権行使の独立性に反するとはいえない。公取委が審査を開始するかどうか自主的に判断すればよいからである。

問題は告発であるが、告発は公取委の高度の裁量的判断に属する職権であって、その行使については公平な判断のもとに行われなくてはならない。農林協議会の本件行為を黙認することについては委員会審議を経ての結果であったが、委員会に対して総司令部の厳しい命令がありかつ抵抗する担当課長の臆首

6) 今村成和「農林連絡協議会事件にまつわる話」公正取引委員会創立25周年記念『公取時代の思い出』（昭和47年）21頁（同『時は流れて』（昭和61年）69頁所収）、同「空白の2ヵ月と農林連絡協議会」今村先生追悼文集刊行会『また、時は流れて』（平成9年）14頁。

7) ポツダム宣言を受諾し降伏文書に調印することによって、わが国の主権は連合国最高司令官によって制限されることになった（同宣言7項参照）。

8) 独占禁止法の制定は昭和20年11月6日の総司令部覚書「持株会社の解体に関する件」（公取委『独占禁止政策三十年史』（昭和52年）33頁）、事業者団体法の制定は同22年12月24日の総司令部から渡されたメモによる（今村「押し付けられた事業者団体法」前掲注6）『また、時は流れて』3頁）。

9) 蘆野宏・柏木一郎・有賀美智子「座談会 占領下の法運用」公取委前掲注8）436頁（有賀発言等）。

などを要求した¹⁰⁾とすれば、委員会の職権行使の独立性への不当な圧力であることは明らかである。もちろん占領下であるから委員会の対応もやむをえなかったのかもしれない。しかし、職権行使の独立性が損なわれた結果として、関係者に不当な結果を招いたことが記憶されるべきである¹¹⁾。

2 昭和33年法改正と公取委員長人事

(1) 経緯

昭和33年の独占禁止法改正の契機となったのは、昭和28年の大幅な緩和改正にもなお不満な経済界の要望に基づき、政府が内閣に独占禁止法審議会（会長中山伊知郎）を設置したからであった¹²⁾。

昭和32年10月、審議会の発足にあたり、岸信介総理大臣は次のように述べた。「わが国経済の現況は、企業数が多すぎるため、とかく過当競争に陥り易く…この際あたためて独占禁止法について所要の検討を加える必要を痛感した次第」と¹³⁾。

岸は、もと商工官僚であり、戦前に重要産業統制法の立案および施行に関与しかつ戦時における商工大臣でもあったことは周知のとおりである。この時期西ドイツにおいては、フライブルク学派のエアハルトが経済相・首相として社会的市場経済を主張し競争政策を推進していたが、岸とエアハルトは好対照を

10) 今村前掲注6)『公取時代の思い出』21頁、同『時は流れて』202頁。

11) 今村が責任を感じて辞意を表明したり、本件の法廷で証言したが裁判所の容れるところとならなかったことについては、今村前掲注6)『公取時代の思い出』21頁、同前掲注6)『また、時は流れて』17頁。

12) 失敗した昭和33年の独占禁止法改正の経緯については、御園生等『日本の独占禁止政策と産業組織』（昭和62年）94頁以下、長谷川古『日本の独占禁止政策』（平成10年）64頁以下、高瀬恒一ほか監修『独占禁止政策苦難の時代の回顧録』（平成13年）181～192頁（伊従寛元公取委員へのインタビュー）、来生新「独占禁止法の五六年－その三 昭和三〇年代日本経済の高度成長と独占禁止法の運用」厚谷襄児先生古希記念論集『競争法の現代的諸相（上）』（平成17年）91頁以下参照。

13) 公正取引委員会『独占禁止政策二十年史』（昭和43年）152頁。

なしていた¹⁴⁾。

当時の公取委委員長は判事出身の横田正俊であったが、横田は更なる独占禁止法の緩和にはかたね強く憂慮していた。独占禁止法審議会が「事を急ぐの余り、国家百年の計を誤り国民一般の期待にそむくことのないことを祈念してやまない」とさえ述べて批判した¹⁵⁾。

昭和33年2月公表された審議会答申は、当面カルテル規制の大幅な緩和を求めるだけでなく、究極的には競争原理ないし独占禁止法自体を否定するような内容を含んでいた¹⁶⁾。答申は、「特に自由競争秩序を維持することが「公共の利益」に合致するとの考え方は狭きに失するのであって、公共の利益という概念は、本来生産者、消費者をも含めた広い国民経済全般の利益というより高い見地からも判断されるべきである」と述べていた¹⁷⁾からである。

横田委員長の任期は前年に満了していたが、公取委の置かれた苦しい立場のなかで事務局職員の懇望により留任していた。しかし、審議会答申が出されてまもなく33年3月に横田は委員長を辞任した。それには答申や政府の態度への抗議の意味が含まれていたとみられている¹⁸⁾。

岸は後任委員長に長沼弘毅元大蔵次官を任命した。その際、岸は長沼に人を

14) John O. Haley, *Antitrust in Germany and Japan, The First Fifty Years, 1947-1998*, 2000, p.6.

ヘイリーは、岸が占領の遺産である独占禁止法の強力な批判者であったと評する (p.53)。なお、独占禁止法改正案の審議が行われた国会においても、エアハルトと岸を対比した質疑が行われた（昭和33年10月8日の参議院における相馬助治議員の質疑参照）。

15) 横田正俊「独占禁止法の改正」公正取引88号（昭和33年）。

16) 塚谷晃弘「独禁法改正の方向」公正取引昭和33年5月号3頁。今村成和教授も、答申を「企業本位の経済政策の主張」とし、「右のような立場からの私的独占禁止法の改正が貫徹されるならば、独占禁止政策の実体は、完全に、崩壊し去ることとなろう」と批判した「私的独占禁止法改正の論理」法律時報30巻5号（昭和33年）11～12頁、『私的独占禁止法の研究（二）』（昭和39年）60頁）。

17) 公正取引委員会前掲注13）153頁。

18) 高瀬恒一ほか監修前掲注12）185頁（伊従発言）。横田は後に最高裁長官となるが、公取委員長辞任に際し、「永年労苦を共にした公取の人々と別れた時は、実に断腸の思いであった」と記している（横田正俊『法の心』（昭和46年）124頁）。

介して「独禁法を改正するから、その間だけ委員長を引き受けてくれ」と伝えたという¹⁹⁾。

長沼委員長は、就任まもなく、独占禁止法改正問題について、次のように述べた。「独禁法は、元来が、戦争中の極端な統制経済の弊害を性急に解消させようとしてできたもので、いわばかなり乱暴な法律であった」が、「しかし、この10余年間に、曲がりなりに、自由競争原則を回復(?)し、ある型を持った経済秩序をつくりあげて来たもの」であるから、「かんたんに、ひねりつぶしたり、形を変えさせたりすることのできぬもの」と慎重な姿勢をとりつつ、カルテル原則禁止論と弊害規制論の「どの辺で妥協したらばよいのか」が基本的な論点になるとし、結論として「リアリスティックな立場」から法改正は「独占禁止法審議会の案の方向に沿って行われるべきものとおもいます」とした²⁰⁾。

独占禁止法改正案は、審議会答申以後内閣審議室において作成作業が進められ、昭和33年10月国会に提出された。しかし、農林団体および農林議員が反対し、警職法をめぐる国会の混乱のなかで実質審議に入ることなく審議未了、

19) 長沼弘毅「公取委員長想起」公正取引委員会創立二十五周年記念『公取時代の思い出』(昭和47年)142頁。原文は、「もともと委員長を引き受けたのは、ときの総理の命を受けて、愛知揆一君が、ぼくの経営する国際ラジオ・センターの事務所にやって来て、「独禁法の改正をするから、その間だけ委員長を引き受けてくれ」といったからのことで、降ってわいたようなことであったのである」(長沼弘毅「公取委員長想起」公正取引委員会創立二十五周年記念『公取時代の思い出』142頁)。長沼は次のようにも発言している(「公正取引委員会の将来に望む－歴代委員長座談会」公正取引昭和41年1月号17頁)。「当時総理大臣やっていた岸さんに、直接談判されて、こんどは独禁法の改正をやるんだ、それでどうしてもおまえみたいな暴れん坊を使いたいんだ、これが済むまでのあいだでいいから、是非やってくれ、—こういうことだったんです。それなら、まあよろしい、ということで[以下略]」。

なお、岸は公取委を経済企画庁に移管することを唱えたが、三木経済企画庁長官と長沼委員長の説得によって見送られた(朝日新聞昭和33年8月8日付4頁「独禁法改正など首相と話す」、同8月9日付1頁「臨時国会への提出 独禁法改正案だけ」、長沼・同・145頁、前掲公正取引18頁、高瀬恒一ほか監修前掲注12)・187頁)。

廃案となり、その後二度と日の目を見ることはなかった²¹⁾。長沼は、昭和34年4月委員長を辞任した。

（2）検討

長沼委員長の任命は、一連の経緯から見て、内閣総理大臣が独占禁止法改正を実現するために行った政治的任命であった。

とはいえ、内閣総理大臣は公取委の委員長および委員の任命権を有しているから、両議院の同意が得られることを前提に、自己と思想信条を同じくする委員長または委員を任命することができるのは当然である。また、公取委の職権行使の独立性といっても、立法や予算・人事には及ばないから、内閣総理大臣が公取委委員長に対して法改正への協力を求めたとしても問題がないことになる。しかし、次のような問題をはらんでいる。

第一に、公取委の政治的中立性にかんがみると、任命権者が自らの政治的目的を実現するために委員長または委員を任命することは、適切ではない。たとえば、立法は公取委の職権の範囲外であるとしても、政治的任命は公取委の職権行使についても公正さの外観を損なうおそれがある²²⁾。そもそも、いかなる事項であれ、独立規制機関の構成員が外部の者の指示を受けるのは好ましくないといえよう。

20) 長沼弘毅「わたくしのかんがえ方について」公正取引昭和33年5月号2～3頁。

21) 33年法改正は失敗したが、わが国の競争政策が無傷であったのではない。通産省は、勧告操短を復活させまた適用除外カルテルを増大させたし、公取委も、大幅な緩和改正の動きを見て、従来の厳しい法運用を改め、主として行政指導により事件を処理する方針をとった。その方針は日米構造問題協議において「公式決定の一層の活用」が約束されるまで続き、なお現在もそのような手法がなくなったわけではない（拙稿「日米構造問題協議と独占禁止法——独禁法の強化はいかにして可能となったか」筑波大学法科大学院創設記念・企業法学専攻創設15周年記念『融合する法律学（下巻）』（平成18年）671頁参照）。

22) 和田英夫『行政委員会と行政争訟制度』（昭和60年）47～48頁は、独禁法改正にからむ公取委の委員長交替に関連して、それが「公正取引委員会の第三者的専門性と政治的中立性を脅かしかねないものである」ことを指摘している。

わが国において、委員長または委員の人事について、従来官僚出身者が大部分を占めるという問題はあっても、本件のような政治的任命が行われることはこれまでほとんどなかった。

第二に、内閣総理大臣が公取委に対して独占禁止法の大幅な緩和を要請することは公取委の任務に照らして問題がある。公取委は独占禁止法の目的を達成することを任務とする（法27条1項）から、法目的を骨抜きするような独占禁止法の大幅な緩和を委員長に指示または要請することは適切ではないし、違法な指示ともいえよう。

独占禁止法の改正について閣議請議をする主任の大臣は内閣総理大臣である（現在は、内閣府設置法7条2項）から、改正を意図するなら、所管の公取委の意見を聞きつつ、内閣審議室に指示する²³⁾にとどめるべきであり、改正のために委員長を任命し改正を要請したことは行き過ぎであった。

第三に、本件において、内閣総理大臣は委員長に法改正が実現するまでの間といういわば期限付きでの就任を要請したとみられることについてである。委員長および委員は、身分を保障するために任期が定められている（法30条1項）が、任命権者が事実上期限付きで任命したとすれば、そのような条件は——たとえ本人が同意したとしても——理由のいかんを問わず無効と解される。

3 八幡製鉄・富士製鉄合併事件と公取委・政府与党

(1) 事件の経緯

八幡製鉄・富士製鉄の合併については、昭和43年4月に両社合併の意向が報道され、両社から公取委に事前相談の要請があったことに始まる。事前相談を受けて公取委は実態調査を行うとともに、法解釈の検討も行い、翌44年2月になって両社に検討結果を内示した。公取委は、4品目について問題があるとし、両社が対応策を提出したものの、同年3月、公取委は対応策では問題が

23) 従来から、独占禁止法の改正案のとりまとめは、公取委の関与のもとに一関与の程度は様々であるが、内閣審議室において行われてきた。

解消されないとして事前相談を打ち切った。

両社は、昭和44年年3月、同年6月1日を合併期日とする合併届出書を公取委に提出し、公取委はこれを受理するとともに、正式の審査手続に付し、さらに同年4月、本件合併に関して公聴会を開催した。公取委は、同年5月、本件合併が法15条に違反すると認めて勧告を行うとともに、両社が合併手続を進めていたので、東京高裁に緊急停止命令の申立てを行った。両社が勧告を拒否したので、公取委は審判開始決定を行ったが、その後、両社が合併期日を延期したので、緊急停止命令の申立ては取り下げた。

本件合併についての審判は、委員会自身によって行われ、同年6月19日から10月14日まで、13回開催された。10月15日、両社から同意審決の申し出があり、公取委はこれを適当と認めて、同月30日審決を行った。これにより、翌45年3月31日を合併期日として両社は合併を行い、新日本製鉄が誕生した²⁴⁾。山田委員長は、44年11月8日、内閣総理大臣に辞表を提出した。

本件合併は、わが国における戦後最大規模の合併であり、鉄鋼産業という基幹産業における1位と2位の企業における合併であったから、今日想像する以上にその国民経済に及ぼす影響は大きかった。のみならず、当時、開放経済体制への移行に備えて産業官庁は産業再編成を推進する一方、ようやく競争政策の重要性が認識されつつあったから、産業政策と競争政策の対立という意味でも注目された。

そのため、前記のような手続における当事者、競争者、需要者等の意見とは別に、関係省庁、各種審議会、産業界、消費者団体、法律・経済学者などが賛否両論を様々に表明した。

(2) 検討

職権行使の独立性との関係では、本件合併事件に関連して、公取委に対して

24) 以上の経緯については、公取委事務局『独占禁止政策三十年史』（昭和52年）196～197頁、公取委事務局『独占禁止政策五十年史上巻』（平成9年）156～158頁。

様々な働きかけが行われたことをどう考えるか検討する必要がある。

第一に、本件合併を推進する与党や産業界から独占禁止法の改正が提案されたことについてである¹⁾。産業界はともかく、自由民主党政調会経済調査会は、昭和44年7月30日、「現行独禁法体制検討の中間報告」と題する報告書を公表し²⁵⁾、独禁法の実体的規制を原則禁止主義から弊害規制主義に改め、かつ公取委を経済企画庁や関係省庁の下に置くことを検討すると述べた。

立法府を構成する与党が独占禁止法のありかたを調査し検討することはその職務であって、そのこと自体問題はない。しかし、この中間報告書は、その内容や発表の時期（本件合併の審判開催中）からみて、独占禁止法や公取委のありかたについて「根本的な検討から出発して、独禁法のあり方、さらにそれに伴って公取のあり方などについて、深めた意見というような形で出てきているかどうか疑問」であり、本件合併審査に対して「結局、いわば牽制球を投げた」とみられたのである²⁶⁾。それが、公取委に対する公然たる圧力であることは、同年10月、本件合併が同意審決という形で承認されると、この提言は忘れ去られ、独禁法緩和や公取委改組といった意見が見当たらなくなったことから明らかである。

第二に、通産省など政府当局者の発言や働きかけがあった。本件合併が報道されてまもない昭和43年4月の国会において、内閣総理大臣、通産大臣および経済企画庁長官が合併を支持する答弁をした²⁷⁾。その後も通産省は公式非

25) この報告書は、エコノミスト昭和44年9月16日号23頁に資料として掲載されている。その後、自民党行政調査会は、公取委と経済企画庁との統合を提言したが、それによって「公取委の問題をなしくずし的に解決できると考えた」と伝えられている（昭和44年10月9日付け朝日新聞記事「公取と経企庁統一行政機構改革で自民構想」）。

26) 御園生等・正田彬「公取委はどうあるべきか—政財界の攻勢強まる“独禁法の番人”」前掲注25)エコノミスト14頁（正田発言）。なお、同誌24～27頁の「独禁法を改正せよ」との中間報告書を取りまとめた内田常雄自民党政調会副会長へのインタビュー記事も参照。産業界からの本件合併と法改正を絡めた発言として、昭和44年4月26日7頁朝日新聞記事「合併実現できぬなら独禁法は改正が必要」（植村甲午郎経団連会長談）などがある。

27) 前掲注24) 独占禁止政策三十年史・192頁、独占禁止政策五十年史上巻・153頁。

公式に合併実現に向けて支援を行った。

合併審査は公取委の専管事項であることにかんがみると、好ましくないとはいえ、大臣が所管するそれぞれの政策的見地から発言することまで法的に問題があるとはいえないであろう。ただし、公取委に対して法案提出権や人事・予算権を持つ内閣総理大臣まで発言するのは、必要でも適当でもなかったし、審判開始決定後に通産大臣が公取委委員長と本件審判に関して会談する²⁸⁾のも、職権行使の独立性と審判の公正さの点で問題があったといえる。

第三に、委員長または委員に対して、産業界はじめ外部から様々な非公式な働きかけ（＝裏面工作）が行われたとみられることである²⁹⁾。今日的な観点から透明性を欠くという問題を別にすると、行政作用として審判開始までの事前相談の段階で、外部からの意見、要望を聴取することは問題がないかもしれない。

しかし、審判が開始されてからは、委員長または委員が審判廷外での外部の者との接触によりその判断が影響されるようなことがあっては、公取委の職権行使の独立性や準司法手続としての審判の公正さまたはその外観が損なわれるおそれがある。それゆえに、外部の者も公取委も審判開始後の接触には慎むべきであったと思われる。

第四に、本件合併に関しては、国会においても委員長および委員に対して質

28) 大平通産大臣は、かねて民間の個別企業には干渉しない立場をとってきたが、山田委員長とひそかに会談し、審判で早急に結論を出すことで一致した、通産大臣は産業政策を考慮してもらいたいと要望したが、委員長ははっきりした意見を述べなかった、両氏は近く再び会談して話を詰める予定である、などと報道されている（昭和44年6月19日付け朝日新聞記事「鉄鋼合併、早く結論 大平・山田会談で一致」）。

29) 毎日新聞社経済部編『新日鉄誕生す－独禁政策と巨大合併の記録』（昭和44年）50頁は、「裏面の動きは、どこまでも裏面である。めったに確証のとれるものではない。と同時に、火のないところに煙は立たない。無責任な噂話に過ぎない場合もあろうし、核心をつく場合もむろんある。八幡・富士合併の裏面工作については、政財界のトップレベルを巻き込み、活発に展開されたことだけは確実である」としている。昭和44年10月31日～11月2日付け朝日新聞連載記事「鉄鋼合併の内幕<上>～<下>」も参照。

疑が行われた。本件合併の実現可能性が高まったとみられた昭和44年3月には、社会党を始めとする野党議員が公取委の事前審査による処理の問題点を「つるしあげ」、勧告や緊急停止命令が出た同年6月には与党議員が委員長を「つるしあげた」とされる³⁰⁾。議院には国政調査権（憲法62条）があるから、立法目的等のために行う事件に関する質疑は許されるとしても、公取委の措置の当否を批判する質疑であったとすれば、国政調査権の限界を超える³¹⁾とともに、審判における適正手続に問題があったことになる。

以上のように、本件合併事件においては、独占禁止法の解釈だけでなく、公取委が職権行使の独立性を維持し、公正な判断をして処理できるかどうか問われた。この点「公取委当局とくに山田精一委員長がともかく毅然たる態度を堅持したことは、審決の結論についての賛否をこえて、多くの人々が称賛の拍手を惜しまないであろう」と高く評価する見解があった³²⁾。しかし、そのために委員長辞任という代償を払わなければならなかったといえよう³³⁾。

4 埼玉土曜会事件に係る不告発要求事件

(1) 事件の概要

公取委は、平成3年5月、埼玉県内に支店等を有する大手ゼネコンを含む建

30) 毎日新聞社経済部編前掲注29) 139頁。

31) 公取委の審査・審判手続は、準司法作用として檢察権・司法権に準じて国政調査権との関係を考えることができる（後述Ⅱ2(1)参照）。

32) 小宮隆太郎「鉄鋼合併審決 私はこう思う」昭和44年11月8日付け日本経済新聞。

33) 山田委員長は政財界の圧力を否定したが、本人自身「私は公取委という重要な、独立の機関をあずかる人は堅い意志と体力がなければ勤まらないと考えている」と述べている（昭和44年11月8日付け読売新聞夕刊）。山田委員長の辞任の理由として、「彼の持つ信念と異なる結論を出さざるをえなかった彼自身に対する叱責」と、「審決を批判する人々に対して責任をとり、同時に彼の論理をねじまげさせた勢力に対する抗議である」との指摘がある（齊藤一「山田委員長はなぜ辞任したか」エコノミスト昭和44年11月25日号64頁）が、山田の心境の極めて的確な表現のように思われる。なお、内田忠夫東京大学教授の「志と違った山田さん」と題するインタビュー記事（昭和44年11月9日付け毎日新聞）も参照。

設会社66社によって組織される埼玉土曜会に独占禁止法違反の事実があると
して、立入り検査を行い、事件の審査を開始した。

公取委の調査を受けていた鹿島建設(株)の代表取締役副社長であった被告人清
山信二は、公取委が同社等を刑事告発することを回避することを企て、衆議院
議員で当時自由民主党の独禁法に関する特別調査会会長代理であった被告人中
村喜四郎に対し、公取委が告発しないよう、公取委委員長梅澤節男に働きかけ
てもらいたい旨の斡旋方の請託をした。被告人中村はこれを承諾し、梅澤に対
して働きかけを行い、被告人清山は、その報酬として現金1000万円を被告人
中村に供与した。

本件入札談合事件について、公取委は、検察当局との協議の結果告発せず³⁴⁾、
平成4年6月、66社に対して勧告審決を行うとともに、同年9月、43社に対し
て課徴金納付命令（総額10億667万円）を行った³⁵⁾。

本件贈収賄事件について、東京地裁は、被告人清山に対しては、平成7年改
正前の刑法198条の斡旋贈賄罪に該当し、懲役1年6月、執行猶予4年、被告
人中村に対しては、同197条の4の斡旋収賄罪に該当し、懲役1年6月（実刑）、
追徴金1000万円の判決をそれぞれ下した³⁶⁾。控訴審も原判決を支持し³⁷⁾、最
高裁も上告を棄却した³⁸⁾。

本件において、事実認定の問題として、被告人中村が公取委委員長に実際に
告発見送りの働きかけをしたかどうかがあった。地裁・高裁判決ともに、両者
の公取委委員長室における二回にわたる面談での被告人の要請に関する梅澤証
言の信用性を評価し（特に高裁判決）、かつそれが他の関係者の証言とも符合

34) 検察当局と意見交換を行い、「法律上事実上の問題を検討してきた結果、同日以降にお
いて独占禁止法の規定に違反する犯罪ありと思料し告発を相当とする具体的な事実を認め
るに至らなかった」ことが理由とされる（岡村靖郎・田辺陽一「鹿島建設(株)ほか65社によ
る独占禁止法違反事件について」公正取引503号（平成4年）61頁）。

35) 審決集39巻69頁および363頁。

36) 平成9年11月11日東京地裁判決。

37) 平成13年4月25日東京高裁判決、判タ1068号248頁。

38) 平成15年1月14日最高裁第二小法廷決定。

するとして、被告人中村による働きかけを認めた。

法令解釈の問題としては、埼玉土曜会事件について公取委は検察側から証拠不十分を指摘されて結果的に告発しなかったことから、斡旋贈収賄罪にいう「職務上相当ノ行為ヲ為サザラシム可ク」斡旋したといえるのかどうか争点となった。地裁・高裁判決ともに、告発すべきものと思料される場合に限らず、調査中の事件について告発しない方向に調査を持っていくように働きかけることも、これに該当すると判断した。最高裁も、次のように述べて、これを支持した。

「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律73条1項は、公正取引委員会は、同法違反の犯罪があると思料されるときは検事総長に告発しなければならないと定め、同法96条1項は、同法89条から91条までの罪は、同委員会の告発を待って、これを論ずると定めているところ、公務員が、請託を受けて、公正取引委員会が同法違反の疑いをもって調査中の審査事件について、同委員会の委員長に対し、これを告発しないように働き掛けることは、同委員会の裁量判断に不当な影響を及ぼし、適正に行使されるべき同委員会の告発及び調査に関する権限をゆがめようとするものであるから、平成7年法律第91号による改正前の刑法197条ノ4にいう「職務上相当ノ行為ヲ為サザラシム可ク」あつせんすることに当たると解すべきである。」

(2) 検討

本件各判決で、注目されるのは、第一に、公取委の委員長および委員が職務を独立して行使すべき職責を重視していることである。従来、斡旋収賄罪の「職務上不正ノ行為ヲ為サシメ又ハ相当ノ行為ヲ為サザラシム可ク」の要件について、刑法学説には、自由裁量行為について裁量の範囲内の行為は該当しないとす説と、裁量の範囲内にとどまる行為を行う場合であっても裁量の行使に不当な影響を及ぼすものであれば該当するとす説があった。本件最高裁判決は後者の説に近い見解をとったとされる³⁹⁾。

その際、最高裁は、公取委の専属告発権限の規定を引用しつつ、被告人の働

きかけを「適正に行使されるべき同委員会の…権限の行使をゆがめようとするもの」と判断したが、高裁判決は、より具体的に公取委委員長及び委員の職責に言及している。すなわち、「公取委の委員長及び委員は、独禁法28条により、独立してその職権を行うとされているなど、公取委の機構やその委員会の構成と権限、委員長及び委員の任命と身分保障等の特殊性に照らせば、公取委の委員長及び委員は、公取委の所掌事務である独禁法違反事件の調査及び告発に関する職責を独立して適正に執行すべき職責を負っている」（傍点筆者）と指摘している。告発すべきかどうかは高度な裁量の判断であるが、それゆえに公取委の判断が外部からの働きかけにより歪められずに独立して適正に行われなければならないのである。裁判所は、このような公取委の特殊性を十分考慮して判断を導いたといえよう⁴⁰⁾。

高裁判決は、公取委が外部からの働きかけを受けそれに影響されて一定の企業に有利な職権行使をすることは適正な職権行使といえず違法とされるとする一方、公取委に対する外部からの不正な働きかけを「それ自体も違法視される」（傍点筆者）と判示した。独禁法28条は、委員長および委員を名宛人として職権を独立して行使すべき義務を課しているが、そのことの反射として第3者にも委員長および委員に不正な働きかけをしない一般的義務を課していると解したといえる（その法的効果は具体的状況によることになる）。

注目される第二の点は、公取委といえども行政機関であり、一般からの陳情に耳を貸さないわけにはいかないが、陳情行為と働きかけとはどのように区別されるかが問題となる。

39) 朝山芳史「公務員が請託を受けて公正取引委員会の委員長に対し同委員会が調査中の審査事件を告発しないように働き掛けることとあっせん収賄罪の成否」ジュリスト1247号（平成15年）156～157頁。

40) この点、刑法学説は、本件判決が公取委の特殊性について考慮していることに注意を払っていないようである（本件最高裁判決に対する批評として、高山佳奈子「刑事判例研究第89回」ジュリスト1301号（平成17年）103頁、堀内捷三「時の判例・刑法」法学教室274号（平成15年）140頁）。

本件高裁判決は、この点について、「陳情」行為とは、実情を述べて、公的機関に物事をうまく処置するように強く請い求める行為にとどまる」のに対して、働きかける行為は「相手にこちらの望むような行動を起こさせるため、積極的に活動する行為、すなわち、何らかの影響力を及ぼして相手に自己の思うとおりの行動をさせようとする行為」（傍点筆者）であると判示した。

これに対して、本件における被告人中村の働きかけについて、地裁判決も高裁判決も、「単刀直入に告発見送りを迫る執拗なもの」であったことを認めている。そして、高裁判決は、本件働きかけを、「国務大臣を経験した有力な国会議員であり、[自民—筆者注] 党独禁法調査会の会長代理であるという地位及び影響力を背景に」行ったものであることも認定している⁴¹⁾ ことが注目される。

陳情行為か不正な働きかけかの区別は、行為の態様の相違もあるが、それ以上に行為者がもつ地位や影響力によるところが大きいであろう。とりわけ、政府および与党の幹部は公取委が所管する法令の立法権、委員長および委員の人事の任命・同意権、予算の編成・議決権を有しているのであるから、その影響力は大きく、その意味でこれらの者には公取委の職権行使の独立性を損なうような要請を回避する特段の注意義務が課せられているといえよう。

第三に、被告人中村は、総理大臣の関与の下に、公取委員長と与党副総裁との間で、告発見送りと罰金額引上げの独禁法改正⁴²⁾ への協力が高度の政治取

41) 地裁判決は、被告人中村が公取委員長に二回にわたり面会し、「両者の話合いは押し問答のような形で2、30分続いた」とした上で、「告発見送りを単刀直入に迫る執拗な働きかけであった」ことを認めた。高裁判決は、「申し入れを拒む公取委員長に対して、自己の、国務大臣の経験を有する有力な国会議員であり、[自民—筆者注] 党の独禁法調査会の会長代理であるという地位及び影響力を背景に、一歩も引けないという気迫のこもった口振りで、強かつ執拗に、「もし公取委がこの話をけ飛ばした、で……公取委と[自民—筆者注] 党の仲がおかしくなるということはあなたは覚悟しているんですか。」などといった捨てぜりふのような言動も交えながら、「なぜ公取の判断で告発をやめることができないのか。」「今回だけはやめてくれませんか。」などと言って単刀直入に執拗に告発を見送るように迫った「働きかけ」行為そのものであ」ることを認めた。

引として行われたから、被告人が告発見送りを働きかけるはずはなかったとして、公取委委員長への働きかけを否認した。

このような告発見送りと法改正との政治取引論に対して、地裁判決は、関係国会議員、建設省および公取委の関係者の証言と整合しないと指摘し、高裁判決は更なる証拠調べの結果に基づいて当該事実を強く否定した。政治取引論は本件において事実ではなかった⁴³⁾ものの、そのような主張が行われること自体わが国の立法過程において一般的に見られる政府と与党との不透明な関係を反映しているといえる。

5 新聞業特殊指定の見直しと政党の対応

(1) 経緯

公正取引委員会は、平成17年11月、事務総長定例会見において、新聞業の特殊指定を含む5つの特殊指定について、告示後長期間経過しているが特殊指定による規制の必要があるのか過剰な規制となっていないか、見直しすることを発表した⁴⁴⁾。新聞業を除く4つの特殊指定については、教科書業の特殊指定について反対意見があったものの、翌年6月までに順次廃止された⁴⁵⁾。問題となったのは、新聞業の特殊指定である。

42) 公取委は、日米構造問題協議フォローアップ会合で約束された刑事罰強化のために、平成3年12月に研究会報告書を取りまとめた（罰金刑の上限を数億円程度とする）が、自民党独禁法特別調査会の反対で公表が延期された（平成3年12月18日付け日本経済新聞「自民「圧力」で延期」）。刑事罰の引上げのための改正案（罰金刑の上限は1億円とした）は、平成4年3月に国会に提出されたが継続審査とされ、成立したのは平成4年12月のことであった。

43) ちなみに、高裁判決によれば、当時の官房副長官は「官邸としてはこの独禁法改正問題を何としてもまとめてもらわないといけない立場にあ」ったが、「告発するかしないかは公正取引委員会が法に照らして判断すべきことでありますから、内閣がこの問題について公正取引委員会に対して指示するとか、要請する筋のものではないと思います。その点は〔宮沢喜一―筆者注〕総理もはっきりそうした認識を持っておられたように思います。」と証言している。

44) 平成17年11月2日付け事務総長定例会見記録（公取委HP）参照。

公取委の発表の同日、日本新聞協会は、特殊指定の見直しは再販制度を骨抜きにし、戸別配達を崩壊させるとの抗議の声明を発表した⁴⁶⁾。以後、新聞業界は新聞紙面を通じて見直し反対のキャンペーンを開始する⁴⁷⁾とともに、各政党も反対の動きを見せ、自由民主党の新聞販売懇話会をはじめ、民主党および公明党の有志議員が反対を表明した。新聞協会は、平成18年4月19日、国会議員との意見交換会を開催したが、これには与野党の首脳クラスが出席し、約230名の国会議員が参加した⁴⁸⁾。

自由民主党の新聞販売懇話会は、議員立法を検討するチームを設置し、①特殊指定の指定時のみならず変更や廃止の際も公聴会の開催を義務付ける（法71条の改正）、②法2条9項に別表を新設して特殊指定対象の新聞を明記し、特殊指定の変更・廃止に同法の改正を必要とすることにする、との独占禁止法改正の素案をまとめた⁴⁹⁾。また、自由民主党独禁法調査会も、特殊指定廃止に反対することで一致し、保岡興治会長が公取委と協議に入ることを決定した⁵⁰⁾。

自由民主党の中川秀直幹事長は、平成18年5月24日、公取委の竹島一彦委員長と会い、特殊指定について「国会が閉会すれば（見直しを）抜き打ち的に

45) 公取委「特殊指定の見直しについて」（平成18年6月2日）（公取委HP）参照。廃止された特殊指定とは、「食品かん詰めまたは食品びん詰め業における特定の不正な取引方法」（昭和36年公取委告示12号）、「海運業における特定の不正な取引方法」（昭和34年同17号）、「広告においてくじの方法等による経済上の利益の提供を申し出る場合の不正な取引方法」（昭和46年同34号）、「教科書業における特定の不正な取引方法」（昭和31年同5号）であった。

46) 平成17年11月3日付け各紙記事、新聞協会HP参照。

47) 平成18年3月以降、特殊指定見直し反対関連の報道や社説・投書が増えてくるが、たとえば、同年4月6日、日本新聞協会は「活字文化があぶない！－メディアの役割と責任」と題するシンポジウムを開催し、全国紙各社はその模様を自らの紙面をかなり割いて報道した（同年4月12日付け朝日新聞16・17頁、同日付け日本経済新聞31頁など）。

48) 平成18年4月20日付け朝日新聞「見直し反対」相次ぐ。

49) 平成18年5月13日付け朝日新聞「公取の裁量で廃止 阻止」、同年5月17日付け同「見直しに歯止め措置」。

50) 平成18年5月18日付け朝日新聞「新聞特殊指定存続で一致」。

やるということで新聞業界も心配している。多くの国会議員も反対していることを受け止めるべきだ」と維持を要請した⁵¹⁾。保岡独禁法調査会会長も、同月25日、竹島公取委員長と面会して、特殊指定維持を要請した⁵²⁾。

公取委は、平成18年5月31日、新聞特殊指定の廃止を当面見合わせる方針を与党に伝え、同年6月2日の自由民主党独禁法調査会の会合で正式にその旨表明した⁵³⁾。この間、保岡独禁法調査会会長は、公取委と協議を重ねて特殊指定維持を確認し、これを踏まえて独禁法改正案を国会に提出しないことで中川幹事長と一致した⁵⁴⁾。

(2) 検討

公取委が新聞業の特殊指定の見直しを提起したのは、独占禁止法の立場からは正当なものであった。というのは、特殊指定3項の押紙の禁止は別として、1項は発行本社による定価の多様化または値引きを原則として禁止し、2項は販売業者による値引きを禁止するもので、価格競争をすることが不公正な取引方法として禁止の対象となっているからである。

そのことは合法化された再販の実施手段として告示当初から長い間疑問をもたれなかった⁵⁵⁾が、市場原理・競争原理が重視されるに至った現在あらためて検討すると、それが消費者利益に反するのみならず、「公正な競争を阻害するおそれ」があるともいえず、特殊指定の根拠となっている独占禁止法2条9

51) 平成18年5月25日付け日本経済新聞「自民政調会長「維持を」」（なお、竹島委員長は見直す方針を撤回するかどうか明言を避けたという）。

52) 平成18年5月26日付け日本経済新聞「新聞の特殊指定 公取に維持要請」。

53) 平成18年6月1日付け朝日新聞「公取委、廃止見合わせ」、同年6月2日付け朝日新聞夕刊「公取委見直し断念表明」。

54) 平成18年6月1日付け朝日新聞「自民、独禁法改正案見送り」。

55) 伊従寛「新聞特殊指定の廃止問題をめぐって」NBL839号（平成18年）45頁。新聞業の特殊指定が最初に告示されたのは昭和30年であり、差別対価の規制が導入されたのは、戦後全国紙同士または全国紙と地方紙との販売競争が激化したからである（厚谷襄児ほか編『条解独占禁止法』（平成9年）235頁（和泉沢衛執筆））。

項から逸脱している⁵⁶⁾と考えられるからである。

新聞業界の反対論は、特殊指定がないと販売業者による定価の割引が広がり、同じ新聞を届ける販売業者による配達区域が入り組んで安定した配達が困難になる結果、再販制度が崩壊し戸別配達制度も崩壊するというものであった⁵⁷⁾。新聞は、民主主義の維持・発展に欠かせない商品⁵⁸⁾であり、単に競争政策や経済原理のみよって判断されるべきでなく、文化政策の観点からの議論も必要であると主張した。

公取委と新聞業界は過去再販制度の廃止をめぐっても対立し、「廃止について国民的合意が形成されていない」として公取委が廃止を見送ったことがある⁵⁹⁾。今回公取委は、特殊指定の不当性を訴えることで、再販制度に風穴を開けようとしたが、再度失敗したといえる。

しかし、本稿の関心は特殊指定や再販制度の存続が妥当か否かにあるのではない。再販制度の見直しは法律事項であり、公取委自身で実現できるわけではない。他方、特殊指定の改廃は公取委の告示によって可能であり、公取委の職権に属する事項である。それにもかかわらず、与野党が法2条9項の改正を打ち出して公取委を牽制するのは、公取委の職権行使の独立性に対する不当な介入ではないのかというのが本稿の関心事項である。

公取委の不正な取引方法の指定の権限（法2条9項）は、公取委の準立法

56) 公取委「特殊指定の見直しについて」（平成18年5月31日）。

57) 公取委前掲注56)。適用除外再販は当事者間の再販契約によって合法的に実施できるが、契約を遵守せず値引きすると不正な取引方法に該当するようになれば国家権力によって再販契約の履行が担保されることになる。

58) 新聞が民主主義の維持・発展に欠かせない商品というならば、新聞業界が特殊指定見直し阻止のために各政党、すなわち政治権力、に働きかけるのは矛盾した行動であろう。

59) 公取委は、「競争政策の観点からは廃止の方向で検討されるべきものである」が、「文化・公共面での影響が生じるおそれがあるとし、同制度の廃止に反対する意見も多く、なお同制度の廃止について国民的合意が形成されるに至っていない」として、当面適用除外制度を措置することにした（公取委「著作物再販制度の取扱いについて」（平成13年3月23日））。

的権限である。その判断にあたり、公正さを確保するために、外部からの影響が排除されるべき準司法的権限ではない。むしろ、その指定にあたっては関係業界の意見を聞き、公聴会の開催が義務付けられている（法71条）ように、公取委は改廃にあたっては広く意見を聴取し参考とすることが求められていると解される。そうだとすると、立法府が公取委の特殊指定について意見を述べ、さらにかりに公取委が指定を改廃したとしても立法権を行使して公取委の指定をくつがえすことは、民主的プロセスとも考えられる。

他方で、公取委による準立法的権限の行使を立法府がいつでも否定できるとすれば、立法府が自ら公取委に職権行使の独立性を与えたことを無力にすることになる。それゆえ、立法権の行使には自ずから限界があるというべきであり、立法府は公取委の判断を一応尊重する態度が必要となる。

本件の場合、公取委は予想外の——再販見直しの経験にかんがみれば容易に予想できたはずだが——各政党の強い反発にあい、見直し案をパブリック・コメントに付すまでもなく撤回した。公取委も性急であったが、政党も公取委の判断を尊重する態度に欠けていたと言わざるを得ないであろう。

II. 法的分析

1 委員長・委員の人事権と独立性

[事例2]では、法改正と関連した政治的な委員長人事を検討したが、委員長または委員の人事の政治性と職権行使の独立性について、より一般的に検討してみよう。

公取委の委員長および委員は、衆参両議院の同意を得て、内閣総理大臣が任命する（法29条2項）という人事権の構造にかんがみれば、委員長および委員の任命はもともと政府与党の意向を反映したものとならざるをえない。公取委の活動に対して、内閣総理大臣は任命権（そして予算編成権）を通じてしか国会に責任を負えないのであるから、それは当然でもある。そして、人事を通じて時の政府与党の政策の一部を公取委の行政に担わせるのも民主政治の一環でもあり、それが好ましいこともありうる。

他方、公取委は独占禁止法を中立的かつ公正に施行することを任務とする専門機関である。委員長および委員は、「法律又は経済に関する学識経験のある者のうちから」（法29条2項）選ばなければならない。独占禁止法ないし競争政策は、近年従来に増して法律知識や経済学を必要とするようになっており、委員長および委員の専門性が一層要請されている。

そうすると、委員長および委員の任命に関し、職権行使の独立性との関係において、政治性と専門性とはどのように調和されるべきであろうか。

第一に、政治的観点からの任命といっても、委員長および委員は法律または経済の専門家⁶⁰⁾ でなければならない。委員会に対する政治的支配や個人的えこひいきのため⁶¹⁾、専門家でない者を任命する人事は、任命権者や同意権者の意向に沿った職権行使を招くおそれがある。そもそも専門家でない者の任命は、任命権の濫用であり、独占禁止法の施行や競争政策の遂行を弱めるおそれがある⁶²⁾。

第二に、政治的任命を回避し適切な専門家の任命を行うために、分野別に候補者を推薦する慣行を形成することが考えられる⁶³⁾。法曹、エコノミスト、実業家などそれぞれ関係機関・団体から推薦を受けるのである。しかし、推薦を受けた候補者が推薦機関・団体の利益を代表したりその影響を受けるおそれがある。また、専門分野の固定的な任命により人事が硬直的になるおそれもない

60) 独占禁止法または競争政策の専門家であることを要しないが、委員会の一定数のメンバーはそのような専門家であることが望ましい。

61) 米国の連邦取引委員会の委員長・委員の約半数が州知事、連邦議会の議員（落選者を含む）、議会や行政府のスタッフであったが、それらの政治的任命の理由は大統領や議会に対する貢献への褒賞と政策への忠実さで説明できるとされる（W. Kovacic, *The Quality of Appointments and the Capabilities of the Federal Trade Commission*, 49 *Administrative Law Review* 915 (1997), p.937-939.

わが国ではそのような事例は見当たらないが、二大政党化が進展し政党政治が過剰になればそのような政治的人事がありうるかもしれない。

62) 設立以来半世紀にわたる米国連邦取引委員会の委員長および委員の適切とはいえない任命が同委員会の競争政策や消費者保護政策を弱めてきたとされる（Kovacic, *supra* note 61, p.917）。

わけではない。政治性を排することはもとより重要ではあるが、専門性に固執するのも適切ではない。任命権者は、専門性に配慮しつつ、委員会に新風をもたらす委員会の声価を高めるような人材を任命することも時には必要であろう⁶⁴⁾。

第三に、以上のように、委員長および委員の任命は、専門性を基本とし、第二のような意味での政治性を加味したかたちで行われるべきである。したがって、同意権を有する衆参両議院は、委員長または委員の候補者が専門資格を有しているか、えこひいきや政治的支配といった意味での政治的任命となっていないか十分審査すべきである。従来、議院運営委員会および本会議において実質的な審議もなく内閣総理大臣の提案が承認されているのは疑問である⁶⁵⁾。ただし、逆に党派的観点から政治的な承認または不承認が行われるおそれもある。

2 準司法的権限と準立法的権限による相違

第三者が独立性に介入した公取委の職権は、[事例1] および [事例4] は告発権、[事例3] は審判手続、[事例5] は不公正な取引方法の指定権である。告発権と審判手続は公取委の準司法的権限であり、不公正な取引方法の指定権は準立法的権限である。いずれも本来行政的権限ではあるが、権限の性質の相違に応じて職権行使の独立性の重要性に相違があると考えられる。

(1) 準司法的権限

審査・審判手続に関する準司法的権限は、なによりも事件の公正な処理が求

63) 正田彬「全訂独占禁止法Ⅱ」(昭和56年)386頁は、次のように述べる。「委員長・委員の任命が、両院の同意を得て、内閣総理大臣によって行われることから、とくに政府・与党との関係で、任命権を媒介として、事実上この独立性を損なわしめる可能性もなしとしない。このような可能性を除去するために、公正かつ妥当な人選が行えるよう、任命にさいしての慣行の樹立が必要であろう。」

64) Kovacic, *supra* note 61, p.927.

65) この点を問題視するものとして、三輪芳朗＝J・マーク・ラムゼイヤー「競争政策の望ましい姿と役割（下）」ジュリスト1262号（平成16年）85頁。

められる。とはいえ、告発を含む事件の審査手続と第一審相当の裁判類似の審判手続では異なるものがあり、前者は行政作用的性格をもつが、後者は訴訟におけるとほぼ同様の厳格な公正さが求められるといえよう。

審査手続においては、たとえば、何人も独占禁止法違反の事実があると思料するときは公取委に申告できる（法45条）から、他の行政庁や国会も公取委に申告して調査を求めることができる。また、事件の審査の過程で、利害関係者や第三者—他の行政庁や国会を含めて—が公取委または事務総局に意見を述べることも差し支えないであろう。委員会がそのような意見も参考として自主的に判断して職権を行使すればよいからである。

問題は、公取委の職権の自主的な行使が実質的に侵害されたかどうかである。[事例1]は総司令部の命令と要求によって公取委の自主的な判断が損なわれたといえるし、[事例4]は与党幹部の執拗な働きかけによって委員長拒絶がなければ公取委の自主性が損なわれかねないおそれがあった。そこでは、行為者の公取委に対する地位と行為の態様が相俟って作用しているが、第三者による不当な働きかけに対し公取委は明確に拒絶しなければならない。

これに対して、[事例3]のように、審判手続については、厳格な公正さまたは公正さの外観が求められるから、公取委に対して第三者は一切働きかけてはならないばかりか、とりわけ審判手続中の事件に関して委員長および委員に公式非公式に接触することも許されないと考える。公取委は、手続の透明性・公正性確保のために、委員長、委員および事務総局幹部の外部の者との接触の記録を残し、記録を公開することが必要となるかもしれない⁶⁶⁾。

他の政策当局者や政治家が当該審判事件に関して発言することは認められるが、公開の場でなされるべきである。影響の大きい政府与党幹部は、発言自体を控えるべきであろう。

問題は、国家機関である議院の国政調査権との関係である。[事例3]で検討したように、公取委の審査・審判手続が準司法的な性質を有するから、立法や行政監督の目的で手続の進行に障害とならない方法で行う調査ならともかく、事件の処理手続に実質的に影響を及ぼすような質疑や調査は職権行使の独立性

を損なうことになる⁶⁷⁾。また、審判手続外において委員会が第三者から影響を受けることは公平さの外観を損ない、適正手続にも反することになる⁶⁸⁾。そのような質疑や調査に対しては、公取委は拒否できると考える。

（2）準立法的権限

これに対して、準立法的権限は、厳格な公正さよりも民主的プロセスを経た上で規則や告示が制定されることが望まれる⁶⁹⁾から、公取委の意思決定の独立性よりも公取委が透明な手続のもとに説明責任を果たすことが重要となる。それゆえに、準立法的権限に属する事項に関して、委員長及び委員は外部との接触が禁じられるどころか、積極的な対応が必要となる⁷⁰⁾。このことは法38

66) 米国の行政手続法は、審判や規則制定の聴聞（formal adjudication or rulemaking）の本案（merits）に関し、外部の利害関係者が、委員会（agency）の委員長・委員、行政法判事または委員会の決定に関与する職員と非公式に（off-the-record）文書または口頭で意思疎通（ex parte communication）を図ることを禁止している（U.S.C. 557条（d）（1）AおよびB、同551条（14））。

米国では、議員や政権幹部が公開の場で発言したり、行政機関備え付けの公開のファイル（ex parte file）に掲載されるコメントをしても法的問題はない。そうでないものは手続の透明性を損ない、行政機関が関連性のない要因によって恣意的な決定をすることになるとされる（M.J.Breger and G. J. Edles, Established by Practice: The Theory and Operation of Independent Federal Agencies, 52 ABA Administrative Law Review 1111（2000）, p.1192-1193.）

67) この場合、司法権に準じて国政調査権の限界が考えられる。司法権・検察権との関係における国政調査権の限界については、芦部信喜『憲法と議会政』（昭和46年）159頁以下、芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法〔第4版〕』（平成19年）303頁参照。

68) 連邦取引委員会の委員長および委員が審判係属中の特定の合併事件に関して議会の有力議員から執拗に質疑を受けた（具体的には当該合併企業の市場シェアの大きさをもって違法と認定するよう要求）ことが公正さの外観を損なうとして、裁判所が当該委員長および委員が関与した審決を取消したことがある（Pillsbury Company v. FTC, 417 354 F. 2d 952（5th Cir. 1966））。

69) したがって、厳格な公正さが求められる準司法的権限の行使に関しては委員長または委員が当該手続の相手方と利害関係を有する等の場合には手続から離脱する（除斥・忌避・回避）ことが考えられるが、準立法的権限行使にあたってはこの点ゆるやかに考えてよいと思われる。

条による委員長、委員および公取委職員の意見の公表の禁止が「事件」に関することに限られ、準立法的権限に関する事項には及ばないことからもうかがえる⁷¹⁾。

[事例5]の教訓は、当然のことながら、公取委の規則・告示制定権よりも立法権が優位にあることを認識すべきことである⁷²⁾。そのため、公取委は立法府へ事前の説明や了解が必要となる。従来立法府というよりは、各政党—とりわけ与党—の関係部会ないし関係議員に根回しをして了解を得ればよかったが、今後はそのような政党レベルでの対応でよいかが課題となる⁷³⁾。

前記のように、立法府にも公取委の職権行使の独立性への配慮が望まれる。新聞業特殊指定をめぐる問題は例外的な事態であったかもしれないが、今後も公取委と立法府との深刻な対立⁷⁴⁾が生じるおそれがないわけではない。これを回避するために、公取委が重要な規則案・告示案については事前に両議院に通知し協議し、事実上その了承を得る仕組み⁷⁵⁾を設けることが考えられる。それによって、公取委は立法府に対して説明責任を果たすことができる。

それにつけても、わが国の準立法手続には、不備があり改善の余地がある。現在、公取委の準立法的権限のうち、公聴会の開催が法律上義務付けられているのは、不公正な取引方法の特殊指定の新設（法71条）と景品または表示の

70) M.J.Breger and G. J., Edles, supra note 66, p.1195. 行政府・立法府等外部からの意見は前記ファイルに掲載されるが、行政機関の意思決定のための記録の一部となるわけではない。しかし、そのようなかたちでの意見提出は議員にとり有益なものとなっているという。

71) 米国の連邦取引委員会の委員長が規則・制定に際して対外的に発言したことが、予断をもって判断する（prejudge）おそれがあるとして業界が委員長の手続への関与の差止めを求めた訴訟において、裁判所は規則・制定手続と準司法手続とは性質を異にするとして請求を棄却したことがある（Asociacion of National Advcrtscrs, Inc. V. FTC. 201 U.S. App. D.C. 165 ; 627F. 2d 1151）。

72) 公取委の準立法的権限にかかわることではないが、公取委の持株会社禁止部分解禁案が自由民主党独占禁止法調査会で否認され、大幅な緩和案の検討を余儀なくされたことがある（平成8年1月19日付け朝日新聞記事「自民「原則自由」に」）。

73) そのことは、平成19年7月の参議院選挙によって生じた衆参両議院の多数党が異なる「ねじれ現象」によってますますあてはまることになろう。

定義および制限に関する指定の新設・変更・廃止（景品表示法5条）のみである。不公正な取引方法の一般指定について新設・変更・廃止および特殊指定の変更・廃止について、公聴会の開催は公取委の裁量となっている⁷⁶⁾が、バランス上当然開催が義務付けられるべきである。事件の処理手続等に関する規則の制定（法76条1項）にあたっては、重要なものについては公聴会の開催が義務付けられるべきである（同条2項の趣旨に照らしてもそうである）。

公聴会の開催にとどまらず、透明性のある準立法手続を確立することが考えられる⁷⁷⁾。米国の連邦取引委員会の不公正または偽瞞の慣行に関する取引規制規則についての規則制定手続⁷⁸⁾を参考にするならば、①規則または告示案およびその理由の公表、②それに対する書面による利害関係者による意見提出の手続、③委員会及び事務総局から独立した聴聞官の設置、④聴聞官が主宰す

74) 米国の連邦取引委員会に対する議会の攻撃が激しかった1970年代後半から80年代に、委員会の規則制定が議会によって差し止められた事例がある。すなわち、連邦取引委員会が、子供向け広告の取引規制規則を制定しようとしたところ、議会はこれに反対し、1980年連邦取引委員会法を制定し、今後同委員会の規則案を上下両院の関係委員会に事前に通知させ、一定の待機期間を設けてその間に必要な立法をすることを可能にした。同時に、同委員会が広告について虚偽又は欺瞞的であることによらずに「不公正さ」に基づいて規制を行うことを制限し、子供向け広告の規制手続を直ちに中止させたのである（Kintner & Kratzke, *Federal Antitrust Law Vol. IV*, 1986, p.43-45, 49.）。なお、連邦取引委員会と議会の対立の状況とその解消策については、W. Kovacic, *Congress and the Federal Trade Commission*, 57 *Antitrust Law Journal* 869 (1988)。

75) 米国では、行政機関規則議会審査法（Congressional Power of Agency Rulemaking Act）により、人事・組織・手続等一定の事項を除いて、行政機関の規則で経済的に重要なものは両議院に送付して60日を経過しなければ効力を生じないことになっている（Section of Administrative Law and Regulatory Practice, American Bar Association, *A Guide to Judicial and Political Review of Federal Agencies*, 2005, p.213）。

76) 伊従・前掲注55) 51頁は、教科書業等の特殊指定が公聴会の開催なしに公取委により一方的に廃止されたことを批判する。

77) 現在、公取委の準立法手続に関する定めは、「不当景品類及び不当表示防止法第5条第1項の規定による公聴会に関する規則」（昭和37年公取委規則第2号）のみである。その意味で、とりわけ不公正な取引方法の指定——一般指定か特殊指定かを問わず——手続規則の速やかな制定が望まれる。

る公聴会等を含めた一連の手続の実施、⑤聴聞官による、手続に提出された意見・証拠、事務総局の報告書からなる規則制定記録と勧告の委員会への提出、⑥規則制定記録を公開し聴聞官の勧告をパブリック・コメントに付す手続、⑦委員会による規則制定記録、パブリック・コメントおよび聴聞官の勧告に基づく最終規則または告示の決定、といった手続である⁷⁹⁾。

このように公取委の準立法手続が透明化すれば、公取委は説明責任を一層果たすことができるとともに、職権行使への第三者による不当な介入を困難にする。国会との関係についていえば、もちろん議員は公取委の規則または告示案について質疑を行うことができるし、前記のような事前通知・協議の仕組みができればそこで議員は意見を表明できるし、個別に聴聞官の手続に意見提出することもできる⁸⁰⁾。このような仕組みを設けることにより、議員が不透明な方法で公取委に影響力を行使する機会を減らすことができよう。

78) 連邦取引委員会法18条(a)(1)(B)に基づく連邦取引委員会の取引規制規則の制定手続については、同条(b)以下およびCFR (Code of Federal Regulations) Title 16 Subpart Bに詳細に定められている。同手続は、同委員会事務局と利害関係者との当事者主義的構造になっていること、規則が司法審査の対象となる(実質的証拠を欠いたり、規則が恣意的等であると取り消される)という特色がある。しかし、わが国における行政立法の手続および内容は行政庁の裁量の余地が大きく、かつ具体的な行政処分に該当しなければ司法審査の対象とならないから、米国の手続を参考にするとしても当面本文記載の程度が限界と考えられる。なお、伊従・前掲注55) 51頁は、公取委の準立法的措置についても「司法審査に服させるべきではなからうか」とする。

79) ABA, *Antitrust Law Developments (Sixth)*, 2007, p.1053. わが国においては、行政手続法が定める意見公募(いわゆるパブリック・コメント)手続(同法38条以下)を除いて、行政立法手続の一般法は存在しない。本文で示唆した手続は公取委の規則制定権(法76条)に基づいて制定可能(「その他の事項に関する必要な手続」で読む)と考えられるし、適正手続に資する慣行の形成であるから特に法的根拠を要しないともいえる。困難であれば法76条を改正して拡大すればよい。

80) 米国では、連邦議会の議員の意見は、手続の段階に応じて、規則制定のための記録に掲載される場合と、公開のファイルに掲載される場合とがあるようである(CFRss1.18(1)(iii))。

3 職権行使の独立性の侵害と法的効果

公取委の職権行使の独立性が侵害された場合、当該侵害行為は法28条に違反し違法であるが、それによって公取委の審決（平成17年法改正後は行政事件訴訟法上の裁決）および排除措置命令・課徴金納付命令（行政事件訴訟法上の行政処分）の効力はどうなるであろうか。たとえば、[事例3]において、かりに審判手続における公取委の職権行使の独立性が損なわれたとした場合、当該審決の効力はどうなるかである。

審決については、審査部長として特定の事件の審査に関与したことのある委員が当該事件の審決の議決に加わったことについての先例がある。すなわち、東芝ケミカル事件東京高裁判決⁸¹⁾は、委員につき「その公平さが疑問とされる客観的事由があるときあるいは公平らしい外観が損なわれる事由があるときには、審決に関与する資格を失うべきものというべきである」とした上で、「その委員が当該事件の審決に関与したときは、審判者の公平を確保するという準司法手続に関する法の基本原則に違反し、違法なものというべきである」と判示した。そして、「この違法は、本件審決の結論に影響したかどうかにかかわらず、法82条2号の本件審決を取り消すのを相当とする法令違反事由に当たるものというべきである」と結論付けた。

本件は委員会が審査機能と審判機能を併有しつつ、審判手続における公平さまたはその外観をいかに確保するかの問題であった⁸²⁾が、以上の判断は委員長または委員の職権行使の独立性が疑われる場合にもあてはまる。すなわち、公平さの観点からそのような委員会の構成員は審決に関与する資格を失うのであり、関与した場合には違法な審決として取消し得べきものとなる⁸³⁾。

審決は準司法手続として厳格な公平さが求められるが、排除措置命令や課徴

81) 平成6年2月25日判決、審決集40巻541頁。

82) ただし、筆者は両機能を有する委員会に裁判所のような公平さを求めることは無理があると考え（拙稿「審査審判規則の改正の評価と今後の課題」公正取引618号（平成14年）12頁）。

83) 前掲注68) Pillsbury Company v. FTC事件判決参照。

金納付命令のように審判手続を経ない行政処分はどうか。これらの場合には、行政法学という瑕疵ある行政行為の理論が参考になる。

すなわち、第三者の介入によって委員長または委員が影響を受け正常な意思決定ができなかったのであるから、「行政庁として行動した公務員の意思に欠缺があった場合」ということになる。その場合手続的に違法な行政行為にどのような効果を与えるかは見解が分かれているようである⁸⁴⁾が、法が職権行使の独立性を保障していることにかんがみると、委員会が主体的な判断を十分行えなかったことを重視して、同じく取消し得べき行政行為（場合によっては重大明白な瑕疵ある行政行為として無効）となると考えられる⁸⁵⁾。

おわりに

冒頭に述べた、公正取引委員会の職権行使の独立性が独占禁止法の施行の根幹をなすことは、本稿で紹介した事例をみても理解できよう。しかし、職権行使の独立性について法的な仕組みや制度を設けるだけで公正かつ中立的な法施行が確保できるわけではない。

委員会が実際にも毅然として公正かつ的確な判断をすれば、自ら委員会の権威を高め、広く信頼を得ることになる⁸⁶⁾。そうすれば、第三者による不当な介入の余地はなくなり、委員会の職権行使の独立性は堅固なものとなるであろう。

84) 藤田宙靖『行政法Ⅰ（総論）[第4版]』（平成15年）252～253頁。

85) 審決または処分の前ならば、独立性が脅かされた当該委員長または委員を除外して議決することになる。当該委員長または委員が関与した審決または行政処分が取り消されたならば、当該委員長または委員を除外して再議決することになる。当該委員長または委員を除外すると定足数を欠く場合は、委員長または委員が交代して定足数を充たすまで議決を待つほかないと解する。

86) 東芝ケミカル事件東京高裁判決（平成6年2月25日、審決集40巻541頁）は、「[委員会の]職務権限の公正な行使については、より高い識見及び人格に基づく誠実性と廉直性並びに合議体による思慮深い判断が期待されている」と述べる。

論説

任期付任用公務員の更新打切りに対する救済方法

——近年の裁判例を踏まえた「出口規制」に係る法理のあり方の検討——

川 田 琢 之

はじめに

- I. 公務員の任期付任用に係る法令・判例の状況の概観
- II. 更新打切りに関する近年に至るまでの裁判例の状況
- III. 近年（概ね平成17年以降）の裁判例の状況
- IV. 学説の状況
- V. 検討

はじめに

1 問題の所在

本稿は、任期付任用公務員の更新打切り、すなわち、任期を定めて任用された公務員が（任用関係の継続を希望しているにも関わらず）任期満了後、新たな任用がなされないことにより任用関係が終了したものと扱われることに対する裁判上の救済のあり方について考察するものである¹⁾。この問題に関する現状は以下のように要約できる。

わが国の現行公務員法は、公務員の任用について任期の定めのない任用を原則としているが、法令上には、任期付任用が許される要件等を具体的に定め、任期付任用を許容する規定がいくつか存在する。また、これらの点について明確な定めがない場合にも、判例は、国家公務員制度上の一般職非常勤職員、地方公務員法上の特別職嘱託員等（地公法3条3項3号）などについて、任期付任用を比較的緩やかに認めている。この結果、特に後者の任期付任用の要件や

効果の規制が明確でない（その結果、判例によれば任期付任用が比較的緩やかに許容される）類型の下で、時限的な労働力の活用以外の目的、具体的には定員の規制を受ける正規職員（任期の定めなく任用された一般職常勤職員）の不足を補う目的や、人件費抑制の目的等に基づいて任期付任用が行われる場合が多いといわれている。

ところで、これに類似した状況は、わが国においては民間部門にも見られるところであるが、ここでは、東芝柳町工場事件、日立メディコ事件の各最高裁判決²⁾をリーディング・ケースとする判例法理により、期間を定めて締結さ

-
- 1) 本稿においては、検討対象をめぐる用語について、以下のような用い方をする。
 - (1) 任期を定めて公務員を任用することについては、「任期付任用」のほか、「期限付任用」の語が用いられることがあり、また、明示的な法令上の根拠に基づくものを「任期付任用」、そうでないものを「期限付任用」と呼ぶというような使い分けがなされることもあるが、本稿においては、地の文では「任期付任用」で統一し、これを任期を定めて公務員を任用すること全般（明示的な法令上の根拠の有無を問わない）を意味するものとして用いる。
 - (2) 任期付任用公務員の任期が満了した後に新たに任用を行う／行わないことについては、前者につき「更新」「再任用」、後者につき「更新打ち切り」「更新拒絶」「再任用を行わないこと」「雇止め」等の語・表現が用いられる。また、「更新」「再任用」については具体的な制度を定める条文の中で当該制度に特有の意味を持つものとして用いられることもある（前者の例として臨時的任用に関する国公法60条1項、地公法22条5項など、後者の例として定年退職者の再任用に関する国公法81条の4以下、地公法28条の4以下の条文表題など）。本稿では地の文において、これらの用語を、任期満了後に任用を行うことを「更新」、行わないことを「更新打ち切り」で統一する。なお、後者の「更新打ち切り」は、（文言上更新の可能性を含意しているようにも読めるが）更新の可能性に対するいかなる評価からも中立的な概念として用いる。
 - (3) 後述するように、任期付任用公務員の更新打ち切りをめぐる問題の中心は、正規職員（任期の定めなく任用される常勤の公務員）とは採用手続、処遇等の面で異なる取扱いを受け、補助的業務あるいは比較的単純な業務に従事するものという位置づけ（実際にそうかどうかはともかく）で任用される公務員にある。本稿では、このような公務員を「いわゆる『臨時・非常勤職員』」と表記する。そのより具体的な内容については、後掲注13を参照。
 - (4) この他、一般職公務員を意味する「職員」の語は、表現をできるだけ統一的なものとする観点から、適宜「公務員」に置き換える。

れる労働契約が更新を繰り返すこと等によって①期間の定めのない労働契約と実質的に異ならない状況に至った場合（東芝柳町工場事件）又は②そこまで至らずとも労働者が期間満了後の雇用継続に対する期待を有することに合理性が認められる場合（日立メディコ事件）には、更新打ち切りについて解雇に関する法理（具体的には解雇権濫用法理）を類推適用することで、期間満了後の労働契約関係の継続に対して一定の法的保護を与える扱いが確立している（本稿では、このような民間部門の有期労働契約の更新打ち切りに対して解雇に準じた保護を与える判例法理を、「雇止め法理」と呼称する）。

これに対し、公務員制度上の更新打ち切りに関する裁判例においては、更新打ち切り後の任用関係の存続を認める救済の余地を認めない判断がほぼ確立した状況にあった。また、いわば次善の救済策である損害賠償についても、その一般論的な可能性はともかく、現実の救済は極めて認められにくい状況にあり、こうした状況は、任期付任用公務員の任用上の地位を民間部門の労働者と比較して不安定なものにする等の観点から、学説等によって問題が提起されていた。

このように、任期付任用公務員の更新打ち切りに対する裁判例上の救済可能性は、仮にゼロでないとしても極めて限られている状況が続いていたが、近年、特に平成17年以降、損害賠償による救済を認めた例が、高裁レベルの裁判例も含めて複数現れており、また、地位確認という形で更新打ち切り後の任用上の地位に対する保護を認めた例も現れるなど、裁判例の傾向に変化が見られ、この問題について改めて検討する必要性が高まっているといえる。

2 本稿における検討の射程と構成

(1) 「出口規制」問題への検討対象の限定

本稿は、前述の状況、特に近年の裁判例の動きを踏まえつつ、任期付任用公務員の更新打ち切りに対する法的救済のあり方を改めて検討しようとするもので

2) 東芝柳町工場事件・最1小判昭49.7.22民集28巻5号927頁、日立メディコ事件・最1小判昭61.12.4判時1221号134頁。

あるが、その際、検討の対象としては、公務員の任期付任用とその後の更新打切りという一連のプロセスのうち、更新打切りの場面に着目して公務員に法的保護を及ぼすという、「出口規制」の問題に限定して論じることとしたい。

すなわち、裁判において任期付任用公務員の更新打切りに対する法的救済を求める場合の法律構成としては、当該任用に任期を付したことが違法であるとの主張に基づくやり方（「入口規制」の主張）と、（少なくとも当初の任用の時点では任期付任用は違法でないものの）更新打切りが不適法ないし違法であるとの主張に基づくやり方（「出口規制」の主張）とがある。本稿では、このうち前者に関して問題となる、任期付任用の根拠となる法制度のあり方や任期付任用の可否（及び、これに付随して地方公務員法上問題となる一般職と特別職の区別）に関する解釈論上の問題については、現行の法令及び判例の状況をひとまず所与のものとして前提し、そのような前提の下で、後者の問題についてどのような処理がなされるべきかの考察を試みるのである。

任期付任用の更新打切りをめぐる問題の解決のあり方の検討は、「入口規制」と「出口規制」の双方を視野に収めることで、十全なものとなることはいうまでもないが、にもかかわらず、本稿において「出口規制」の問題に検討対象を限定するのは、①「入口規制」のあり方と「出口規制」のあり方は相互に影響を及ぼしあう問題であり³⁾、双方を同時に「変数」として扱う検討は、対象が拡散する恐れがある、②そこでひとまず両者のうち一方を固定し、他方について検討するとすれば、更新打切りに対して何らかの救済を認めた近年の裁判例はいずれも「出口規制」に係る救済法理を採用していることに鑑みると、この点に絞った検討を行うことが、より現実の裁判例の動向に即した検討になる、

3) たとえば、「入口規制」を厳格にして、任用に任期を付すことについて高度に合理的な必要性が存在する場合に限って任期付任用を許容することとした場合、そのような規制をクリアした適法な任期付任用について「出口規制」を及ぼす必要性は乏しくなると考えられるし、逆に「出口規制」が緩やかであれば、「入口規制」を厳格化する必要性が高まるであろう。このような相互の影響は、規制強度全般についてのみならず、「入口規制」「出口規制」それぞれの場面における個々の考慮要素のレベルでも生じるといえる。

との考慮に基づくものである。

なお、このように、現実の裁判例の動向に即した検討を志向するものであることとの関係上、本稿における主たる関心は、裁判例における問題の中心となっている、いわゆる「臨時・非常勤職員」の更新打ち切りに向けられたものとなっている。

(2) 本稿の構成

以上のような検討対象設定のもと、本稿では、まず現行公務員法における任期付任用をめぐる法令・判例の状況について、Ⅰにおいて本稿での検討における前提として必要となる限度で簡潔な言及を行った後、Ⅱで「出口規制」の問題に係る近年に至るまでの裁判例の状況を概観し、地位確認等の任用上の地位を認める救済の余地を認めず、損害賠償についても、一般論としての救済が認められる可能性は存在するものの現実に救済が認められる可能性は極めて乏しいという判断傾向が確立していた状況を確認する。その後、Ⅲで近年（救済肯定例が増加した概ね平成17年以降）における裁判例の動きについて、更新打ち切りに対する救済が認められた事例に重点を置きつつ概観し、Ⅳで学説の状況をまとめた上で、Ⅴにおいて、この問題についての私見を論じる⁴⁾。

Ⅰ. 公務員の任期付任用に関する法令・判例の状況の概観

前述したように、本稿は、更新打ち切りとの関係で「入口規制」の問題と位置づけられる、公務員の任期付任用の法的根拠及びその適法性に関する問題につ

4) この問題について、筆者は、川田琢之・情報システム研究機構（国情研）事件東京地裁判決判批・ジュリ1342号191頁以下（2007年）で一定の検討を行っているが、同評釈においては（規定の分量を大幅に超過して5頁分のスペースをとったにもかかわらず）紙幅に制限があったこと及び、同判決の判断から大きく離れたところで論旨を展開することには評釈という性質上限定があったことから、私見を十分に論じるには至っていない。本稿は、同評釈の検討をベースにしつつ、改めて私見を論ずるものである。なお、この問題に関する先行研究は、Ⅳを中心に、本稿の中で適宜言及する。

いては現行の法令・判例の状況⁵⁾をいわば所与とし、「出口規制」の問題に集中して検討を行う。この前提の下で、公務員の任期付任用に関する法令・判例の状況として確認しておく必要があるのは以下の3点であろう。

第1に、公務員の任期付任用の根拠とされる法令には多様なものがあるが、これらは条文上に明示された「入口規制」のあり方に着目した場合、任期付任用が許容される場合を具体的に限定する、正規職員の任用に準じた能力の実証に基づく任用手続を要求する等の形で条文上比較的厳格な「入口規制」を行う類型⁶⁾と、このような条文上の厳格な「入口規制」がない類型⁷⁾に大別できる。以下の第2、第3点で述べるように、数の上で任期付任用の中心となっているのも、更新打ち切りが問題にされることが多いのも、このうちの後者の類型である⁸⁾。

第2に、上記の分類で後者に含まれる種類の任期付任用については、その許

5) この点に関する筆者によるより詳細な検討として、やや古いものであるが、川田琢之「公務員制度における非典型労働力の活用に関する法律問題（一）」法協116巻9号1413-1431頁〔法令の状況〕、同1449-1468頁〔判例の状況〕、同（二）法協116巻10号1641-1644頁〔付表〕（以上1999年）。同論文以後の主要な動きとしては、「一般職の任期付職員の採用及び給与の特例に関する法律」及び「地方公共団体の一般職の任期付職員の採用に関する法律」の制定（それぞれ2000年、2002年）と後者の改正（短時間勤務形態の創設、2004年）がある。

6) 具体的には、「一般職の任期付職員の採用及び給与の特例に関する法律」「地方公共団体の一般職の任期付職員の採用に関する法律」に基づく任期付任用、一般職国家公務員の時限的官職・業務への任期付任用（人規8-12 15条の2以下）、育児休業期間中の任期付任用（国家公務員育児休業法7条、地方公務員育児休業法6条）、定年退職者の再任用（国公法81条の4以下、地公法28条の4以下）のほか、大学教員、自衛官等の特定の職種を対象とした任期付任用（大学教員任期法3条、自衛隊法36条）などがこれに該当する。

7) 国家公務員制度上の一般職非常勤職員、地方公務員制度上の特別職嘱託員等（地公法3条3項3号）が代表的であり、この他、臨時的任用（国公法60条、地公法22条2項以下）、地方公務員制度上の地公法17条を根拠とする一般職公務員の任期付任用（非常勤職員の任用を含む）などがこれに該当する。なお、以上のうち、臨時的任用については、条文上に通算任用期間の制限（最長1年）があるという点で他と異なるが、裁判例等に見る運用実態を参照する限りは、「入口規制」が厳格でない類型に分類するのが適当と考えられる。

否が解釈論的に決せられることになるが、この点について裁判例は比較的緩やかに任期付任用の適法性を認める傾向にある⁹⁾。すなわち、明示的な根拠のない場合における公務員の任期付任用の可否に関するリーディング・ケースである山形県人事委員会（東郷小学校事件）最高裁判決¹⁰⁾は、このような任期付任用が認められるための要件として、①任期付任用を必要とする特段の事由が存在すること、②任期付任用が、公務員法が任期の定めのない任用を原則としている¹¹⁾ことの趣旨（＝職員の身分を保障し、職員を安んじて自己の職務に専念させること）に反しないこと、の2点を挙げており、その文言や具体的事案¹²⁾との関係に照らせば、こうした任期付任用を認める余地を限定的に解しているとの理解も可能であった。しかし、同最高裁判決以降の裁判例における中心的な問題となった、国家公務員制度上の一般職非常勤職員や、地方公務員制度上の特別職嘱託員等をはじめとする、正規職員とは採用手続、処遇等の面で異なる取扱いを受け、補助的業務あるいは比較的単純な業務に従事するものとされる公務員（いわゆる「臨時・非常勤職員」¹³⁾）の任期付任用の可否をめぐる事案においては同最高裁判決の枠組みは、そのままの形では先例として用

8) 前者の類型に属する任期付任用の更新打ち切りが争われた例としては、（法人化前の）国立大学教員に関する京都大学事件・大阪高判平17.12.28労判911号56頁、自衛官に関する東京地判平元.1.26判時1307号151頁などがある。

9) この点の詳細は、川田・前掲注5) 論文法協116巻9号1449-1468頁。なお同論文以降においても、裁判例の傾向は特に変わっていない。

10) 最3小判昭38.4.2民集17巻3号435頁。

11) 同判決は、明文の根拠なき任期付任用の許否に関する判断の前提として、（地方）公務員法上の条件付採用制度及び身分保障制度の存在、臨時的任用に対する規制の存在を根拠に「職員の任用を無期限のものとするのが法の建前である」との判断を示している。

12) 同判決の事案は、定年制導入前の地方公務員制度における高齢公務員の退職過程の円滑化を図るための手段として、一旦勲褒に応じて退職したうえで任期付任用を行ったというものであり、本文中で述べた2要件を厳格に解しても、それを充足する可能性が高かった事案といえる。

13) 本文中に挙げたもの以外でこれに該当するものとしては、地方公務員制度上にしばしば見られた日々雇用がある。また、臨時的任用も、制度本来の趣旨からすれば必ずしもこれには該当しないが、その運用実態に鑑みれば、これに該当するものと位置づけられる。

いられず、より緩やかに任期付任用を認める形に組み替えられて用いられた¹⁴⁾。この結果、このようないわゆる「臨時・非常勤職員」については、恒常的に存在する業務への任用であっても任期付任用が比較的緩やかに認められるようになった。最高裁判所も、大阪大学事件¹⁵⁾において、このような傾向に沿って、正規職員の定員不足や当該公務員の職務の非熟練性を理由として一般職非常勤国家公務員の任期付任用を適法とする判断を示している。

第3に、こうしたいわゆる臨時・非常勤職員は、実態として、任期付任用の中核を占めており、裁判例における紛争も、この類型の公務員に関するものを中心にしている。前記第1点で述べた任期付任用の2つのタイプのうち、前者の類型に属する任用の状況は、たとえば人事院「平成18年度年次報告書」によれば、国家公務員に関する平成18年度中の任用件数が一般職の任期付職員の採用及び給与の特例に関する法律に基づく任用が243、一般職の任期付研究

14) 具体的には、①東郷小学校事件最高裁判決における、任期を定めない任用が原則であるとの判断に言及しない、②任期付任用を行う必要性について、将来における予算措置の不明確さを根拠とするなど緩やかにこれを肯定したり、当該要件を恒常的職務に正規職員以外の任用形態の公務員を充てる必要性に置き換え、正規職員と異なる人事管理を行う必要性（や現にそのような人事管理が行われていること）、正規職員の定員不足を理由としてやはり緩やかにこれを肯定したりする、③任期付任用公務員の身分保障を、任期途中での免職等の制限と解し、任期付任用を身分保障とは何ら抵触しないものと位置づける、④公務員法上任期の定めのない任用が原則とされることの趣旨と抵触しないという要件を、公務の能率的遂行という公務員法の基本趣旨に抵触しないことに置き換え、補助的業務や比較的単純な業務に従事する公務員は長期勤続による技能の蓄積を図る必要が小さいので任期付任用を行っても上記基本趣旨に反しない、との理由により、その充足を肯定する、等の判断である。川田・前掲注5) 論文法協116巻9号1453-1456頁。

15) 最1小判平6.7.4判刑655号14頁。もっとも、同判決は、定員不足の点については、定員を直ちに増加させる見込みがなかったことを任期付任用を適法とする理由としており、定員不足が直ちに任期付任用を正当化すると考えているわけではない。筆者としては、同判決は、当該事案においては定員不足を任期付任用を許容する理由の一つとしつつも、同時に、定員不足を補う目的での非常勤職員等の任期付任用を漫然と続けた場合には任用が違法になりうることを示唆する、いわば「イエローカード」を出したものと理解すべきだと考えている。

員の採用及び給与の特例に関する法律に基づく任用が33などとなっている。また、地方公務員に関する調査結果¹⁶⁾によれば、平成18年4月1日時点における任用状況が、全地方公共団体合計で、地方公共団体における一般職の任期付職員の採用に関する法律に基づいて任用された公務員数1107人、地方公共団体における一般職の任期付研究員の採用に関する法律に基づいて任用された公務員数75人となっている。これに対し、いわゆる臨時・非常勤職員の任用状況については、政府による統計・調査結果が十分整備されていないが、労働組合の調査によれば、こうした職員の数約40万人に上るともいわれており¹⁷⁾、その人数ははるかに多い。

Ⅱ. 更新打ちりに関する近年に至るまでの裁判例の状況

1 地位確認をめぐる裁判例と「地位確認否定法理」の確立

(1) 地位確認をめぐる「出口規制」の主張

本稿が対象とする、任期付任用公務員の更新打ちりに対する「出口規制」が争われた公判裁判例が見られるようになるのは、昭和40年代後半以降のことである¹⁸⁾。これらの裁判例における「出口規制」の主張の中核を構成したのは、民間部門の有期労働契約の更新打ちりについて解雇としての、あるいは解雇に準じた形の救済を与える裁判例の論理構成であり、裁判例の大部分において、こうした論理構成の下で（あるいは民間部門の法理を直接適用できないと

16) 錦戸亨「地方公共団体における任期付採用制度の運用状況に関する調査結果について」地方公務員月報519号61頁以下（2006年）。

17) 全日本自治団体労働組合（自治労）Webサイト（<http://www.jichiro.gr.jp>）に掲載されている自治体通信719号「自治労対談 臨時・非常勤職員の雇用処遇改善と任期付短時間勤務職員制度の活用」中の柱書解説によれば、地方公共団体における臨時・非常勤職員数は2003年の調査結果において35万人以上であり、その後も増加傾向にあることから、40万人程度と推測されるという。

18) それ以前の裁判例においては、もっぱら任期付任用の許否という「入口規制」のみが問題になっており、任期付任用が適法とする判断から直ちに更新打ちりを適法とする判断が導かれていた。

しても公務員の任用関係上もこれと同様の処理がなされるべきことを主張して）地位確認という形で救済を求める訴えが提起されてきた。

すなわち、こうした裁判例の初期においては、当時、いわゆる臨時工に関する事案を中心に既に下級審裁判例として蓄積しつつあった民間部門の裁判例¹⁹⁾における法律構成に対応する形で、任期付任用の更新を繰り返す形式をとる公務員の任用関係は、当初から、あるいは更新を繰り返す中での「転化」により、任期の定めのない任用となる旨の主張がなされた²⁰⁾。また、東芝柳町工場事件・日立メディコ事件の最高裁判決を通じて、民間部門における雇止め法理が解雇権濫用法理の類推を通じて期間の定めのある労働契約の更新を認める法理という形で確立していくのと合わせて、公務員の更新打ち切りについても、任期付任用の更新に対する保護を求めるという形での主張が、前記の任期の定めのない任用関係の存在の主張と併用される形で広く見られるようになっていく²¹⁾。

この他にも、更新打ち切りを行政処分と見てその取消を求める²²⁾、更新打ち切りに対する制約の根拠として分限免職に関する規定の適用を主張する²³⁾、

19) 東芝柳町工場事件最高裁判決以前の時期においては、民間部門の有期労働契約の雇止めについては、事実認定や転化等の法律構成によって期間の定めのない労働契約の存在を認定できるかが中心的な問題であった。小西國友「連鎖労働契約に関する一考察」東京大学労働法研究会編『石井輝久先生追悼論集 労働法の諸問題』（勁草書房、1974年）180頁以下。

20) 初期の裁判例として、北九州市（門司病院）事件・福岡地小倉支判昭46.10.7労経速840号23頁、福岡高判昭49.1.31労経速840号19頁、判時740号103頁、東京国税局江東税務署事件・東京地判昭47.5.25判時686号92頁、建設省甲府工事事務所事件・東京地判昭47.6.24判時686号96頁、東京高判昭49.2.19判時736号98頁、建設省宇都宮国道工事事務所事件・東京地判昭48.6.1判時736号104頁。

21) 原告公務員側の主張の中に民間部門の雇止め法理が明示的に言及されている比較的初期の例として、福井郵便局（仮処分異議）事件・名古屋高金沢支判昭54.3.16労判317号62頁、大阪大学事件（第一審判決）・大阪地判平2.11.26労判576号45頁、釧路市（労働相談員）事件・釧路地判平3.11.22労判620号82頁など。

22) 山形大学事件・山形地判昭61.2.17労判470号48頁。

23) 前掲注20) 建設省甲府工事事務所事件、建設省宇都宮国道工事事務所事件、北九州市（学校図書館事務員・仮処分）事件・福岡地小倉支判昭51.3.29判時822号94頁など。

(日々雇用形態の一般職非常勤国家公務員について) 自動更新条項の適用を主張する²⁴⁾、自動更新についての約定を主張する²⁵⁾、更新打ち切りが権利濫用もしくは期待権侵害に該当する旨を主張する²⁶⁾等のヴァリエーションが見られるが、これらの請求・主張もまた、民間部門の雇止め法理をベースにした主張の応用例と見ることができる。

(2) 「出口規制」の主張に対する裁判例の判断傾向

以上のような「出口規制」の主張に対し、初期の裁判例の中には、当該任用関係の法的性質を私法上の労働契約関係と把握することを前提として任期(期間)の定めのない関係への「転化」を肯定し、結論としても職員による地位確認請求を任用した例(北九州市(門司病院)事件第一審判決²⁷⁾)がある。また、地位確認の事案ではないが、これと同様の法律構成により解雇予告手当支払請求を認容した例(加古川市事件²⁸⁾)も見られる。

しかし、こうした例は全体の中では少数に留まり、裁判例を全体としてみた場合には、地位確認等の形で更新打ち切り後の職員の地位を保護する救済を与える余地を否定する判断傾向が早い段階で確立し、(後述する近年の動きが見ら

24) 室蘭工業大学事件・札幌地判昭53.7.21 労判303号22頁、判時918号123頁。日々雇用形態の一般職非常勤国家公務員について「別段の事情」がなければ任用が自動更新される旨を定める人規8-12 74条に依拠して、更新打ち切りの理由が不当である場合には「別段の事情」該当性が否定されて自動更新がなされる旨を主張するものである。

25) 前掲注22) 山形大学事件など。

26) 前掲注23) 北九州市(学校図書館事務員・仮処分)事件、垂水市事件・鹿児島地判昭63.12.19 労判549-74 判タ704号213頁、福岡高判平2.5.7 労判581号67頁、判タ748号150頁など。

27) 前掲注20)。控訴審においては請求は棄却されている。

28) 神戸地姫路支判昭49.9.2 労旬867号55頁。本判決は、当該公務員の勤務関係につき、期間の定めのない労働契約への転化を認めて労基法20条に基づく予告手当請求権を認めたものであるが、同条違反の効果についていわゆる選択権説の立場に立っており、仮に同条違反(もしくは解雇権濫用)による解雇無効が主張されれば地位確認請求を認容していたものと考えられる。

れるまで）確固たるものになっていたとすることができる。その内容は、以下のとおりにまとめることができる。

まず、こうした訴訟の最初期において、任期付任用と任期の定めのない任用は性質を異にする別個の任用行為であること、及び、任用行為（少なくとも、任期の定めのない任用におけるそれ）は厳格な要式行為であることを根拠に、任期を定めない任用行為がなされない限り任期の定めのない任用関係の存在は認められないとする判断が複数の裁判例において示され²⁹⁾、以後長く踏襲されるようになった。この判断は、公務員の任用の基本的性質を根拠にして、「転化」等の法律構成に基づく任期の定めのない任用関係が存在するとの主張を退けるものであるが、以後の裁判例においては、同様に、任用の基本的性質を根拠とした救済否定の判断が、様々なヴァリエーションの下に「出口規制」の主張全般を否定する判断として示されてゆく。同時に、これらの判断の前提となる考え方として、公務員の任用関係の法的性質が私法上の労働契約関係とは異なるいわゆる公法上の法律関係であることを示す裁判例も次第に増え、定着してゆく³⁰⁾。それらは具体的には、公務員の任用についてはその要件、手続、効果等が法令によって羈束される³¹⁾、個々の任用の内容は人事異動通知書等の所定の形式を踏んだ任用行為によって定められる³²⁾、具体的任用行為がなければ更新打切り後の任用関係の存在は認められない³³⁾、公務員の任用関係は民間部門の労働契約関係とは法的性質を異にするので雇止め法理の適用

29) 前掲注20) 東京国税局江東税務署事件、建設省甲府工事事務所事件、建設省宇都宮国道工事事務所事件。

30) 前掲注21) 福井郵便局（仮処分異議）事件、同（本訴）事件・福井地判昭59.12.21 判445号22頁、名古屋高金沢支判昭63.10.19 判529号43頁、前掲注22) 山形大学事件、前掲注26) 垂水市事件、大阪大学事件（控訴審）・大阪高判平4.2.19 判610号54頁、熊本県立大学事件・熊本地判平14.10.31 判例自治243号51頁など。

31) 前掲注21) 福井郵便局（仮処分異議）事件、前掲注30) 同（本訴）事件、前掲注26) 垂水市事件、大阪大学事件（第一審）・大阪地判平2.11.26 判576号45頁、前掲注30) 同控訴審など。

32) 前掲注20) 東京国税局江東税務署事件、前掲注21) 釧路市（労働相談員）事件など。

や任用関係の内容についての合理的意思解釈の余地はない³⁴⁾、(一部の任用類型について) 任期満了による任用関係の当然終了を定めた規定がある³⁵⁾、再任用を行うか否かは任命権者の自由裁量に属する³⁶⁾、等である。

なお、この問題について具体的な判断を示した最高裁判決は存在せず、いわゆる例文判決がいくつか見られるに留まる³⁷⁾が、このうち大阪大学事件判決は、他の問題について具体的判断を示していることもあり、最高裁が更新打ちりに対する地位確認等の救済の余地を否定した判断を是認したことを示すものとして他の裁判例上しばしば引用されている。

(3) 小括：「地位確認否定法理」

以上のように、任期付任用公務員の更新打ちりについて、地位確認等の方法で更新後の任用関係上の地位の保護を求める訴えに対しては、公務員の任用関係に関する原則論を理由に挙げることで、問題となる事案における任期付任用の法律上の類型や、当該公務員の任用更新の回数、通算勤続期間、職務内容等の具体的事実関係に関わりなく、こうした保護の余地を排除する判断が確立し

33) 前掲注23) 北九州市(学校図書館事務員・仮処分)事件、同(本訴)事件・福岡地判昭58.11.25労判427号53頁、前掲注30) 福井郵便局(本訴)事件(第一審)、熊本県立大学事件など。

34) 前掲注21) 福井郵便局(仮処分異議)事件、前掲注30) 同(本訴)事件、前掲注26) 垂水市事件、前掲注30)、31) 大阪大学事件(第一審及び控訴審)、札幌西郵便局事件・札幌地判平12.8.29労判833号83頁、札幌高判平14.4.11労判833号78頁など。

35) 前掲注24) 室蘭工業大学事件、前掲注21) 福井郵便局(仮処分異議)事件、前掲注30) 同(本訴)事件(控訴審)、前掲注22) 山形大学事件など。具体的にこれに該当するのは、一般職非常勤国家公務員についての人規8-12 74条1項である。

36) 兵庫県衛生研究所事件・神戸地判平元.12.21労判566号67頁、大阪高判平3.3.15労判589号85頁、前掲注30) 大阪大学事件(控訴審)、熊本県立大学事件など。

37) 長野農事事務所事件・最1小判昭62.6.18労判504号16頁、兵庫県衛生研究所事件・最3小判平3.12.3労判609号16頁、前掲注15) 大阪大学事件(上告審)。大阪大学事件の「出口規制」に関する判断は、上告人所論の判例(東芝柳町工場事件最高裁判決)は同事件と事案を異にする旨を述べた上で原判決の判断を是認するものであるが、その他の争点(任期付任用の適法性及び損害賠償)については具体的判断を示している。

ていたといえることができる。こうした判断の根拠となった公務員の任用関係に関する原則論は、以下に挙げるように4点に整理できるであろう。

- ① 任用関係の法的性質は私法上の労働契約関係とは異なる公法上の関係である（任用関係の法的性質）
- ② 公務員の任用は法令に羈束されている（「法定主義」）
- ③ 個々の公務員の任用関係の存在・内容は、任命権者が行った任用行為の有無・内容に即して形式的に決せられる（「形式主義」）
- ④ （再）任用について（法令によって羈束されていない場合）任命権者は広汎な裁量を有する（再任用についての任命権者の裁量）

すなわち、①は、公務員の任用関係の法的性質に関する現在の判例・通説に沿った考え方であるが、任期付任用公務員の更新打切りの場面では、②（法定主義）や③（形式主義）の考え方を導き出す根拠となるほか、民間部門の労働契約における雇止め法理の直接適用を排除する根拠として用いられてきた。

次に、②（法定主義）は、任用行為の内容を実態判断や当事者の合理的意思解釈に基づいて決することを否定する論理として用いられており、具体的には、任期付任用の形式が採られた場合に任期の定めのない任用や更新を予定した任用が存在することを否定する根拠とされた。また、任期満了時の任用関係の当然終了が、法令上の根拠に基づくものであるとされることもあった。

③（形式主義）についても、②と同様に、任用行為の内容を実態判断や合理的意思解釈によって決することを否定する論拠とされたほか、更新打切り後に新たな任用行為が実際にはない限り任用上の地位を保護することができない、という形でも用いられてきた。

最後に、④は、②や③を補完する形で、再任用に関する明示的な法令や従前の任用行為による定めがない限り、再任用に対する公務員の権利ないし要保護利益が認められないことの論拠として用いられてきた。

本稿では、以上の①～④を、「地位確認否定法理」と呼ぶこととしたい³⁸⁾。

2 損害賠償

(1) 大阪大学事件最高裁判決までの状況

上記のように、任期付任用公務員の更新打ち切りに対して、地位確認等の方法で任用上の地位を保護する救済の余地を認めない裁判例の傾向が確立した状況下においては、更新打ち切りが不法行為を構成するとして損害賠償請求をすることが、いわば次善の救済策となる³⁹⁾。ここでは、こうした損害賠償請求をめぐる裁判例のうち、最高裁がこの問題についての一定の判断を示した平成6年の大阪大学事件最高裁判決⁴⁰⁾を区切りとして、同判決までの状況をまず概観する。

この時期の損害賠償請求に関する裁判例は、地位確認等の請求との関係で更新打ち切りが違法でない以上、損害賠償との関係でも同様に更新打ち切りは原則として違法でないとする点では一致しており、こうした原則を貫徹して損害賠償による救済の余地を一切認めない例も見られた⁴¹⁾。その一方で、少なからぬ裁判例においては、このような原則の下においても、損害賠償による救済の余地がないわけではない旨の判断が示されていた。

たとえば、こうした例の中でもっとも古いと思われる室蘭工業大学事件⁴²⁾においては、前述した原則論に続けて、問題になった一般職非常勤国家公務員の日々雇用という任用形態においては更新に対する公務員の期待の存在が認め

38) 「出口規制」の主張に基づいて更新打ち切り後の任用上の地位の保護を求める訴訟形式は地位確認訴訟に限られるわけではないが、本稿では、これまでの裁判例が主として地位確認を求めてきたことから、便宜上、「地位確認否定法理」の語を用いることにしたい。

39) 任期付任用公務員の更新打ち切りの適法性を争う裁判において、損害賠償請求は通常、地位確認請求が認められない場合の予備的請求として提起される。そうではなく損害賠償のみが請求された事件としては、後掲注43の今別町事件、注44、47、49の名古屋市立菊井中学校事件（ただし事件名は継続任用拒否処分取消請求となっており、当該請求に係る訴えが取下げられた結果、損害賠償請求のみが残ったものと推測される）がある。

40) 前掲注15)。

41) 前掲注31) 大阪大学事件（第一審）。

42) 前掲注24)。

られることを指摘しつつ、「日々雇用の職員に対し任用更新をしないことにつき裁量の余地を逸脱したような場合、たとえば組合活動をしていることを理由として任用更新をしなかったような場合、あるいは予算や仕事量の面から任用更新する余地がないわけではないのにことさらこれをなさず他の者を任用したりしたような場合には、この任用しなかった行為が全体として違法と評価され不法行為の成立する場合も存するものと解するのが相当である」との判断を示している（結論としては裁量逸脱とまで評価できるような事情はないとして不法行為の成立を否定）。これと同様に、結論として損害賠償を否定したが救済の余地は認めた判断例においては、「職員が任用更新の期待を抱くについて、任命権者の側にこれに加功した事実がある場合」⁴³⁾、「〔臨時的任用の形式を採用する公立学校の「本務欠員補充教員」の任用について〕更新しないことが当該事案における諸般の事情に照らして著しく不当であって、任命権者がその裁量権を逸脱したと見られる特段の事情がある場合」⁴⁴⁾、「私怨などを理由としてことさらに任用を拒否するなど、その裁量を著しく逸脱したと認められる極めて例外的な場合」⁴⁵⁾、「採用時の事情や任用を更新しなかった時点における具体的事情からして、日々雇用職員の任用が更新されなかったことにつき、それが全体的観点からして違法と評価され〔る場合〕」⁴⁶⁾などが、損害賠償による救済を認めうる場合として挙げられている。

実際に損害賠償請求が認容された例としては、(後述する近年の例を除けば、)福井郵便局（本訴）事件及び名古屋市立菊井中学校事件の各第一審判決⁴⁷⁾がある。このうち前者の福井郵便局事件は、臨時雇と呼称される郵便局勤務の一般職非常勤国家公務員の事案であり、「臨時雇は極めて不安定な地位の職員で

43) 今別町事件・青森地判平元.3.28判例自治64号47頁

44) 名古屋市立菊井中学校事件（控訴審）・名古屋高判平3.2.26労判587-57

45) 前掲注21) 釧路市労働相談員事件。

46) 前掲注30) 大阪大学事件（控訴審）

47) 前掲注30) 福井郵便局（本訴）事件（第一審）、名古屋市立菊井中学校事件・名古屋地判昭63.12.21労判531-14

あるから、郵便局としては、その任用に際しては臨時雇の地位につき誤解のないように説明し、採用を申し出た者にあらぬ期待を持たせ、その結果その者が他の就職の機会を放棄するなどによって不測の損害を被ることのないよう十分注意し、任用後もこのような点に留意して人事管理すべき義務がある」とした上で、当局側が臨時雇の法的地位や任用予定期間の意味について当該公務員に理解しうる説明をしなかったこと、更新打ち切り前最後の任用をする時点で当局側は更新を打ち切るつもりであり客観的にもその可能性が高かったにも関わらずそのことを説明しなかったこと等から当該義務の違反が認められた。その上で、当該公務員が（地位確認請求との関係では法的に保護されない）任用継続に対する信頼を持ったことについては当局側の上記のような不適切な対応により多くが起因するというべきこと等を理由として、当局側に少なくとも過失があったことを認め、損害賠償（慰謝料8万円と弁護士費用2万円の計10万円）を認容している。なお、過失に関する上記の記述が示唆するように、本判決においては、地位確認請求との関係で更新打ち切りが適法とされることと損害賠償請求が認められることとの関係（整合性）については、地位確認請求において保護されないような期待を与えた人事管理のあり方が、本来為すべき人事管理のあり方を逸脱したものとして、損害賠償請求における違法行為となるとの整理がなされているものと理解できる。

次に、名古屋市立菊井中学校事件は、形式上は臨時的任用（地公法22条6項）に当たるとされる公立学校の「本務欠員補充教員」の事案であり、「行政的には⁴⁸⁾」更新に対する公務員の期待は事実上のものであるが、損害賠償の観点から期待侵害が違法になる余地はなお存する、との判断を前提として、本務欠員補充教員を臨時的任用の形式で任用したことにそもそも無理があることに加えて、本務欠員補充教員一般及び原告の任用実態、職務内容等に照らせば（年度途中で更新を打ち切られた）同人について、当該年度末までの任用継続期待には無理からぬものがあり、当該期待を抱くに至った主な原因は被告当局

48) 「任用上の地位それ自体が認められるか否かという文脈では」の意と考えられる。

側にあり被告当局は当該期待を自ら作出したといえるのであって、更新を妨げるべき特段の事情が存するなど相当の理由がないのに更新をしないことは違法であるとされ、損害賠償（慰謝料30万円と弁護士費用3万円の計33万円）が認容されている。

もっとも、これらの事件においてはいずれも、控訴審段階において損害賠償請求を認容した判断は破棄され、損害賠償請求は棄却されている⁴⁹⁾。

この他、損害賠償請求がなされていない事案ではあるが、請求があれば認容していたと見られる判断を示した例として、垂水市事件第一審判決⁵⁰⁾がある。同判決においては、特別職（地公法3条3項3号）とされた家庭奉仕員の更新打切りにつき、当該公務員が新たに当選した市長の非支持者であることを専らの理由としてなされたものとして任命権限の裁量の逸脱濫用に当たるとしつつ、そのことは「不法行為に基づく損害賠償請求なら格別」、地位確認の救済を認める根拠にはならないと判断している。もっとも、同事件の控訴審⁵¹⁾においては、新たに追加された損害賠償請求に対し、更新打切りが専ら現市長の非支持者であることを理由とするものであるという第一審判決の判断が改められ、再任に関する任命権者の広汎な裁量権が強調された上で、本件においても同人の勤務態度を問題視する意見があったこと等を考慮すれば裁量の逸脱濫用は認められないとされている。

49) 前掲注30) 福井郵便局（本訴）事件（控訴審）、名古屋市立菊井中学校事件・名古屋高判平3.2.26 労判587号57頁。なお、このうち名古屋市立菊井中学校事件においては、上告審判決（最3小判平4.10.6 労判616号6頁）において「本件臨時的任用について任命権者がその任用更新をしなかったことについて、裁量権を逸脱したと認められる特段の事情があるとするはできず、本件任用更新拒否を違法なものとするはできないとした原審の認定判断は…正当として是認することができ（る）」と、裁量の逸脱があれば損害賠償の余地を認めるようにも読める最高裁の判断がなされており、（いわゆる例文判決ながら）同判決において、後の大阪大学事件で最高裁が損害賠償による救済の余地を認める判断を示すことへの先鞭が付けられたと見ることもできる。

50) 前掲注26)。

51) 前掲注26)。

(2) 大阪大学事件最高裁判決及び同判決以降の状況

以上のような裁判例の展開の後、最高裁は平成6年の大阪大学事件判決⁵²⁾において、損害賠償による救済の可能性に関する具体的判断を示す。同事件は、日々雇用形態の一般職非常勤国家公務員に関する事件であり、最高裁は、損害賠償請求を棄却した原判決への上告に対し、地位確認との関係で更新打ち切りが適法である以上、損害賠償との関係でも更新打ち切りは違法といえないとの原則を示した上で、それに続けて「任命権者が、日々雇用職員に対して、任用予定期間満了後も任用を続けることを確約ないし保障するなど右期間満了後も任用が継続されると期待することが無理からぬものと見られる行為をしたというような特別な事情がある場合には、職員がそのような誤った期待を抱いたことによる損害につき、国家賠償法に基づく賠償を認める余地があり得るとしても、〔本件においては〕右のような特別な事情があるということとはできない」との判断を示し、原判決を相当としている。

上記判断は、それまでの下級審裁判例の中にも見られた、任期満了後の更新に対する公務員の期待を任命権者が作出したことをもって（そのような期待が裏切られたことに対する）損害賠償の根拠とするという考え方に与するものといえるが、このような形で損害賠償が認められる場合を画する基準として、任用継続の「確約ないし保障」というそれまで見られなかった概念を用いていることが、下級審裁判例との対比において特徴的である。

一方、上記判断は、「賠償を認める余地があり得るとしても」という表現から明らかなように、「特別な事情」が認められる場合に損害賠償による救済が認められることを断定したものではない。しかし、同判決以後の下級審裁判例においては、同判決は、損害賠償による救済の余地を認める先例として引用されている。そうした具体例として、たとえば札幌西郵便局事件⁵³⁾においては、大阪大学事件最高裁判決の文言が（損害賠償の余地を原則否定する前段部分も

52) 前掲注15)。地位確認請求棄却の原判決を相当としている点につき前掲注37)も参照。

53) 前掲注34)。

含めて）そのまま引用された上で、再任用の確約に当たる事実は認められないとして請求を棄却している。

（3）小括

以上のように、損害賠償の救済をめぐることは、まず、一般論としてその可能性を認める比較的多くの裁判例と、結論としても救済を認めた（しかし上級審で覆された）少数の裁判例が下級審で蓄積した。その後、最高裁が大阪大学事件判決において非断定的な表現ながら救済が認められうる場合に関する判断を示し、以後の下級審裁判例において、救済の余地があることを示す先例として引用されるようになった。このような（近年に至るまでの）裁判例の状況について、後の検討との関係で確認しておくべきこととしては以下の通りである。

第1に、少なくとも大阪大学事件最高裁判決以降においては、任期付任用公務員の更新打ち切りに対して損害賠償による救済の余地があることは、裁判例上の確立した考え方になったといえる。

第2に、その一方で、具体的結論との関係においては、損害賠償請求の認容例は地裁レベルの2件に止まり、しかもいずれも控訴審段階で破棄されていることに鑑みると、現実的可能性としての損害賠償による救済可能性は、小さいものであった。

第3に、損害賠償との関係での更新打ち切りの違法性を根拠付ける要素については、大阪大学事件最高裁判決以前の下級審裁判例において、①更新打ち切りに至る任用の経緯（特に、任命権者側による更新への期待の作出）に着目するもの、②更新打ち切り理由の不当性に着目するもの、及び、③その双方に着目すると見られるものが存在した。

第4に、前項でみたとおり、地位確認等の、更新打ち切り後の任用上の地位については保護の可能性を否定し、打ち切りを適法とする一方で、損害賠償との関係では更新打ち切りの違法性を認める場合、両者の整合性をどのように図るかが問題となる。この点について、大阪大学事件最高裁判決以前の下級審裁判例においては、①地位確認との関係で保護されない更新への期待を作出し（、そ

れを裏切つたことを違法性の根拠とする、②更新打ち切りという1点に着目するのではなく、更新打ち切りに至る任用関係の「全体」に着目する、等の形で整合化を図るものがあるほか、③端的に、地位確認と損害賠償とで違法概念を相対的に捉えているように読める判断をするものも見られた。

第5に、大阪大学事件最高裁判決は、前記第3、第4の点につき、それぞれの①に当たる考え方を示しているものといえるが、その際、任用継続の「確約ないし保障」という、従来見られなかった概念⁵⁴⁾を用いたことにより、救済が認められる余地を限定的なものにした可能性がある⁵⁵⁾。また、損害賠償が認められるのがこのような場合に限られるのかどうかは、必ずしも明らかでないといえる。

第6に、損害賠償が認められる場合の賠償額の算定方法については、請求認容例が2例と少ないものの、これらにおいてはいずれも、更新打ち切り後の給与相当額は逸失利益として認めず、慰謝料（及び弁護士費用）のみを任用するものであった。

54) 「確約」という表現が用いられていることからすれば、当該判断は、ドイツの法理を参考にして行政法学説において主張される、行政が将来行う行為に関する一定の言動に自ら拘束されるという確約の法理を意識したものといえなくもないが、わが国の裁判実務上はこのような確約の法理が確立しているとはいえないと考えられること、確約の法理を認めるのであれば、損害賠償に留まらず、任用上の地位それ自体の保護がもたらされうること等を考慮すると、当該判断が確約の法理に依拠するものかどうかという点も含めて、ここでの判断内容は必ずしも明らかとはいえないといわざるを得ない。行政法上の確約の法理については、塩野宏『行政法Ⅰ〔第4版〕』（有斐閣、2005年）186頁、乙部哲郎『行政上の確約の法理』（日本評論社、1988年）等を参照。

55) この点は、本判決の評釈である吉田美喜夫・法時67巻6号124頁（1995年）、青野覚・日本労働法学会誌85号168頁、新谷真人・季労175=176号250頁以下（1996年）等が指摘しており、このうち、吉田、青野各評釈はこの点を批判する。

Ⅲ．近年（概ね平成17年以降）の裁判例の状況

1 損害賠償の認容例

(1) 裁判例の状況

平成17年以降に、任期付任用公務員の更新打ち切りについて損害賠償による救済が認められた公判裁判例は、鹿瀬町事件、昭和町事件、中野区事件の3件、5例⁵⁶⁾ある。

このうち、鹿瀬町事件においては、町立保育所の「臨時職員」（判決において臨時的任用に該当するとされた）が再任用されなかったことにつき、町長選挙の際に反対派候補を応援したことを理由とする町長の発言に基づくものであること、町長の発言がなければ、欠員を生じていた別の町立保育所で任用される蓋然性が高かったのではないかと認められること、等を踏まえて、同人が再任用されなかったことには町長に責任がある、とし、慰謝料請求200万円が認容された⁵⁷⁾。

昭和町事件は、町立温水プールで勤務する「嘱託職員」（2名）に関する事件であり、第一審判決は、同人らを含む「嘱託職員」については問題行動や不適格性などの消極的事由がない限り本人の希望に応じて再任用が継続されてきたこと、同人らについて再任用に対する消極的事由の存在は認められず、むしろ、町長が2期目の任期を開始するに当たり自らの厳しい姿勢を役場内外に認識させようと考えて事実関係の調査を行わないまま同人らを失職させたと解さざるを得ないこと等の判断を踏まえて、同人らを再任用しなかったことに合理的理由はなく、職員に対する平等取扱い原則にも反する不当な措置である、と

56) 鹿瀬町事件・新潟地判平17.2.25判例自治265号48頁、昭和町事件・甲府地判平17.12.27労判919号31頁、東京高判平18.5.25労判919号22頁、中野区事件・東京地判平18.6.8判タ1212号86頁、東京高判平19.11.28判例集未搭載（判決文は裁判所Webサイト(<http://www.courts.go.jp/>)内の判例検索システムにより閲覧可能)。

57) この他、更新打ち切りとは直接関係ない争点として、厚生年金保険、雇用保険の加入手続きをとらなかったことに対する損害賠償（計61万円余り）が認容されている。

した。その上で、このような更新打ち切りは、再任用に対する事実上の期待を有していた同人らにつき、身に覚えのない名誉毀損的な理由⁵⁸⁾で再任用を拒否されたものとして同人らの人格的利益を著しく侵害するものであり、この点(人格的利益侵害)において(大阪大学事件最高裁判決にいう)「特別の事情」があったといえるとして、損害賠償(1人当たり慰謝料90万円)を認めている。

この第一審判決の結論は、控訴審においても維持されている(公判裁判例としては、高裁レベルで損害賠償を認めた初めての例となる)。判断内容も、全体として第一審判決と共通する部分が多いが、「嘱託員を再任用しないことについて合理的理由がない限り再任用するという運用が行われていた場合には、上記嘱託員は…少なくとも、合理的理由なしに再任用について差別的取り扱いを受けないという人格的利益を有していたものと見るべき特別の事情があるということができ〔、〕上記の運用が行われていた場合において、任命権者が再任用を希望していた当該嘱託員につき合理的理由がないのに差別的取り扱いを行って再任用をしなかったときには、当該行為は、当該職員の上記のような人格的利益を侵害するものとして国家賠償法上違法となる」という一般論形式の判断枠組みを定立している点が注目される⁵⁹⁾。

以上の2件、3例の裁判例は、いずれも任期付任用公務員の更新に対する期待と、更新打ち切り理由の不当性という2つの側面から、不法行為の成立を認めているのに対し、中野区事件においては、公務員の任用更新に対する期待それ自体の要保護性を肯定し、端的にその侵害をもって不法行為が成立するという論理構成がとられている。同事件は、区立保育園で勤務する「非常勤保育士」

58) 具体的には、公金の不正使用等である。これらの事実については、町長が町長室等において原告公務員らがこれらの行為をしたことが更新打ち切りの理由である旨を発言したことにつき、更新打ち切りとは別途に不法行為を構成するとして、1人当たり30万円の慰謝料請求が認容されている。

59) 当該判断枠組みへのあてはめの部分については第一審判決の具体的判断をほぼそのまま引用し、不法行為の成立を肯定している。

（判決では特別職公務員とされた）に関するものであり、（同人らの任用関係は再任用の権利が発生する余地がないのであるからそのことを説明する必要性が高いにも関わらず）同人らは任用の際に任用が継続されるとは限らない旨の説明を受けておらず、かえって、定年はない等の一部事実と反する説明もなされていたこと、再任用の手続は簡素なものであり本人の意思を明示的に確認しないでの再任用が常態化していたこと等の事情に照らして、同人らが自ら退職希望を出さない限り当然に再任用されるとの期待を抱くのはごく自然なことであるとされている。その上で、「非常勤保育士」の職務内容は常勤保育士と同一であり、また、その職務の必要性は一時的なものでないこと、職務の性質上継続性が求められること、同人らの任用更新回数（任期1年の認容を9回ないし11回更新）、を考慮すれば、上記の再任用への期待は法的保護に値する、とされ、更新打切りは期待権を侵害する不法行為を構成するとの判断の下に、慰謝料（1人当たり40万円）の請求が認容されている。

同事件の控訴審判決においても、上述のような事実関係の下において更新打切りが期待権侵害の不法行為を構成するという判断は維持されているが、ここでは、第一審判決が大阪大学事件最高裁判決の枠組みを用いていないのと異なり、同最高裁判決にいう「特別の事情」に該当することを認めていること、及び、賠償額の算定において、本件更新打ちりの違法性の強さ（期待権の当該公務員らの生活との密接な関連及び更新打ちりに至る手続面での任命権者側の不誠実さ）や、更新打ちりに対して解雇権濫用法理を類推適用すべき程度にまで違法性が強い一方で公務員の勤務関係であるが故に地位確認の救済がなされない⁶⁰ こと、等を考慮すれば、報酬の1年分程度の慰謝料を認めるのが相当であると判断し、請求認容額を増額（1人当たり110万円～220万円）している点が注目される。

（2）小括

以上のような、損害賠償請求を認容した近年の裁判例については、まず、平成17年からの3年ほどの間に、それ以前の30年近く⁶¹の間に於ける数（2件）

を上回る公判裁判例が存在するという、事例数の多さが注目される。このことについて、裁判所の判断傾向の変化と事案の相違がそれぞれの程度寄与しているかの判断は容易ではないが、再任用に対する期待の存在は、従来の裁判例より緩やかに認められているといえるようにも思われる。

次に、判断枠組みについてみると、まず、更新打ち切りの違法性を認める根拠については、前項でも触れたように、鹿瀬町事件及び昭和町事件においては、更新打ち切りに至る経緯の中で作出された更新に対する期待の存在と、更新打ち切り理由の不当性の組み合わせであるのに対し、中野区事件においては前者のみと異なっているが、これらはいずれも従前の裁判例の中に類似の判断を見出せるものであり（前掲Ⅱ2(3)の第3点参照）、その意味において、従来の裁判例の延長線上にあるものといえる。

一方、不法行為の成立を認める際の被侵害利益に着目すると、鹿瀬町事件と中野区事件においては、上述した違法性の根拠をそのまま反映させる形で、それぞれ、（選挙の際の対立候補の応援という党派的行為という意味での）政治的理由によって任用更新を打ち切られないことに対する期待（鹿瀬町事件）及び、更新そのものに対する期待（中野区事件）を被侵害利益にしていると解されるのに対し、昭和町事件の2判決は、人格的利益侵害という法律構成を経由して、大阪大学事件最高裁判決にいう「特別の事情」該当性を肯定するという、従来の裁判例には見られなかったやや入り組んだ⁶²⁾論理構成となっている。これは、同最高裁判決の判断枠組みに依拠することを明らかにしている関係で、同判決との整合性に配慮した結果であるように思われる。すなわち、昭和町事

60) 同判決は、地位確認の請求については、任用関係の法的性質等を理由に雇止め法理の適用を否定した上で、任期付任用公務員の地位が労働契約関係に比して不利益になることは不合理であることを認めつつ、三権分立の建前から、裁判所は任命権者に代わって行政処分を行うことができず（義務付け訴訟の判決で処分を命ずることができるにとどまり）、任命権者の任命行為がないのにこれがあったのと同じ法律関係を作り出すことは法解釈の限界を超える、として請求を棄却している。

61) 更新打ち切りに対する救済として損害賠償が請求された初めての公判裁判例と思われる前掲注24)の室蘭工業大学事件（昭和53年）から数えると、平成17年まで27年となる。

件における2つの裁判所は、大阪大学事件最高裁判決を、更新に対する期待以外の被侵害利益が損害賠償の根拠になることは排除しないものの、更新に対する期待を被侵害利益とする場合には同判決が挙げる任用継続に対する「確約ないし保障」の存在が必要になるという趣旨に解し、本件においては任用継続に対する「確約ないし保障」があったとまではいえないことから、損害賠償を認めるためには更新に対する期待以外の被侵害利益を立てる必要があるとの判断の下に、更新に対する期待の存在や更新打ち切りの合理的理由の欠如についても、これをあえて人格的利益侵害に結びつける判断枠組みを採用したと推測されるのである。

他方で、同じく大阪大学事件最高裁判決の枠組みを採用する判決でも、中野区事件控訴審判決では、任命権者側に任用継続の「確約ないし保障」に直接的に該当する行為がなくても、再任用の権利がないことについての十分な説明がないまま恒常的な職務に更新を繰り返して長期間従事したような場合には、そ

62) 単に入り組んでいるだけでなく、論理展開上も若干の無理をしているように思われる。すなわち、更新に対する期待を裏切る更新打ち切りが人格的利益侵害との評価に結びつく理由となっているのは、第一審判決においては更新打ち切りが「平等取扱原則違反」と評価されることと、名誉毀損的な理由を掲げて行われたことであり、控訴審判決においては、更新打ち切りの理由が差別的なものであることだと考えられる。しかし、平等取扱原則については、その意味が必ずしも明確でなく、仮に地公法13条所定のそれであるとするなら該当しそうなものは（政治的）信条差別であるものの、判決文の認定判断を見る限りでは、問題となった更新打ち切りを町長の政治的威信を高めるといふ町長側の（非党派的な）政治的動機に基づくものと見る（そしてそのようなものとして人格的利益侵害とは別の理由で違法性を認める）余地はあるとしても、公務員側の人格的属性としての政治的信条に基づいたものと見るのは難しいように思われる（更に、判決では第一審、控訴審を通じて当該公務員が一般職なのか特別職なのか明確にされておらず、後者であれば前記条文は直接適用されないのではないか（地公法4条2項参照）という疑問もある）。名誉毀損的更新打ち切り理由という点についても、更新打ち切りという文脈を捨象しても人格的利益侵害になりうる（実際に、本件では町長が町長室等で行った発言について、更新打ち切りとは別に名誉毀損による不法行為の成立が認められている）ことから、更新打ち切りの人格利益侵害性の根拠といえるのかについて疑問が残る。差別的更新打ち切りという点についても、平等取扱原則違反という理由付けに対するのと同様の疑問が持たれる。

のような扱いが公務員が公務員が更新を期待するのにも無理からぬ「特別の事情」に該当するものとして、更新に対する期待が法的保護の対象になることを肯定しているといえる。

このように考えると、損害賠償を認める場合の法律構成については、裁判例の理論構成になお不統一な点が残されており、むしろ、大阪大学事件最高裁判決との関係で、新たな理論的問題が提起されているということができよう。そして、この点は、被侵害利益の法律構成だけでなく、損害賠償額の算定方法にも影響を及ぼすものといえる。すなわち、中野区事件控訴審判決が示すように、雇用継続に対する期待の被侵害利益性を正面から肯定する場合には、(不適切な人事管理をされたことによって生じた精神的打撃ではなく)更新打ち切り後(一定期間分)の報酬相当額を損害として計上する余地が拡大すると考えられるのである。

2 地位確認の認容例：とりわけ情報システム研究機構（国情研）事件東京地裁判決

(1) 裁判例の状況

地位確認の救済に関して肯定的な判断をした比較的近年の裁判例としては、まず、結論として救済を否定したものの、更新打ち切りに対する解雇権濫用法理が類推される余地を認めた平成14年の岡山郵便局事件⁶³⁾がある。同判決は、郵便局における日々雇用形態の一般職非常勤国家公務員に関するものであり、当該公務員を任期付任用したことについては恒常的、継続的な定員不足を補う目的のものであってその適法性に疑問があり、公務の民主的かつ能率的な運営を阻害することなく、また職員の身分保障を妨げないことが前提とされる限りにおいて違法とはいえないと認定できる、との判断を前提として、このような身分保障の要請から更新打ち切りについても解雇権濫用法理の類推適用の「余地がある」としている⁶⁴⁾。

63) 岡山地判平14.10.15労旬1552号38頁。

その後、平成18年に、結論としても地位確認による救済を認めた情報システム研究機構（国情研）事件東京地裁判決⁶⁵⁾が現れた。

同判決は、任期を1年とする一般職非常勤国家公務員に関するものであり、（本稿にいう）「地位確認否定法理」に沿った判断によって、更新打ち切りに対する解雇権濫用法理の類推適用、任期の定めのない任用への転化、更新に対する合理的期待の存在等の主張を否定する一方、法の一般原則である信義則及び権利濫用禁止の法理は更新打ち切りにも適用があることを指摘した上で、「①任命権者が、非常勤職員に対して任用予定期間満了後も任用を続けることを確約ないし保障するなど、右期間満了後も任用が継続すると期待することが無理からぬものと見られるというような特別な事情があるにもかかわらず、任用更新をしない理由に合理性を欠く場合、②任命権者が不当・違法な目的をもって任用更新を拒絶するなど、その裁量の範囲をこえまたはその濫用があった場合、③その他任期付きで任用された公務員に対する任用更新の拒絶が著しく正義に反し社会通念上是認し得ない場合など、特段の事情が認められる場合には、権利濫用・権限濫用の禁止に関する法理ないし信義則の法理により、任命権者は当該非常勤職員に対する任用更新を拒絶できないというべきである」との判断枠組みを提示している。その上で、本件における事情として、当該公務員の業務は恒常的に存在するものであり、かつ他の常勤職員の補助ではない固有の業務であったこと、（当局側において非常勤職員の勤続期間に上限を設ける方針決定がされる⁶⁶⁾までの間）任用更新に対する非常勤職員の希望はほぼかなえられており、職員側も当局側も非常勤職員の勤務は長期間継続するものと認識し

64) 具体的判断としては、当該公務員の勤務態度等を理由として、更新打ち切りは相当であり解雇権濫用と見られるべき点は認められないとして地位確認請求を棄却している。本文に記載の通り、本判決は解雇権濫用法理の類推適用について、その余地を認めるに止まっているので、本件の具体的判断は、解雇権濫用法理の類推を肯定した上でのものであるか、それとも類推があることを仮定した場合の判断である（したがって類推の有無については判断していない）かは、必ずしも明らかでない。

65) 東京地判平18.3.24労判915号76頁。

ていたこと、上記の勤続期間への上限設定に伴う更新打ち切りの方針は、決定された時点でも、その後の原告公務員の最後の任用の際にも同人に伝えられず、更新打ち切りの約2か月前に同人からの問い合わせを受けて初めて更新打ち切りの方針が伝えられたこと、その間同人の更新打ち切り後の再就職に対する配慮は一切行われていないこと、等に触れ、結論としては「原告は…13年11か月にわたり、13回の任用更新を受け、それなりに職場に愛着を持ちつつ勤務に励み、平成15年4月1日以降も任用更新されるものと信じていたところ、A研究所においては、既に平成11年末においてXの平成15年3月31日をもっての任用終了方針を原則決定しており、しかるにその当時においても、その後も最終の任用更新時においても、これをXに告知することをせず、まして、任期満了後におけるXの再就職について、あっせんはもちろん心配もした形跡がない〔という〕事情の下においては、本件任用更新拒絶は、著しく正義に反し社会通念上是認し得ないというべきであって、前記…特段の事情が認められる場合に該当する〔。〕よって、任命権者…が、原告に対し、平成15年4月1日以降の任用更新を拒絶することは、信義則に反し、許されない」として地位確認請求を認容⁶⁷⁾している。

(2) 小括・検討

情報システム研究機構（国情研）事件第一審判決は、任期付任用公務員の任用関係の法的性質をいわゆる公法上の勤務関係と解するという、現在の判例・通説に沿った考え方を前提とした上で、更新打ち切りについて地位確認による救

66) 本件では、原告の勤務先について、平成12年4月に組織変更があり、その際に、組織変更後は非常勤職員の継続勤務期間を原則として最大3年とする方針が決定されたという事情がある。本件における更新打ち切りも、この方針に従って、平成15年3月末を限度とする形で行われたものである。

67) 原告の勤務先について、訴訟提起後に非公務員化を伴う大学共同利用法人への移行があったため、判決文の上では移行後の法人に対する労働契約上の地位確認請求の認容となっている。

済を認めた初めての例である。また、その判断枠組みにおいても、雇止め法理の適用ないし類推適用によるのではなく、信義則ないし権利濫用を根拠として地位確認の救済が認められるための判断枠組みを独自に創設している点において注目される。

このように、同判決の論理構成は、それまでの裁判例、学説に見られない新規のものであるため、その内容をどのように理解するかが重要になる⁶⁸⁾が、筆者は、同判決の具体的判断内容と合わせて考えた場合、その一般論は、損害賠償の救済についてこれまでの裁判例が構築してきた判断枠組みを参考にしつつ、更新打切りに先立つ任用の経緯から認められる任用更新への期待の程度に応じて更新打切りの理由や手続に制約を加えるという論理構造を持つものとして理解できると考える。すなわち、同判決の一般論では、既に述べたように、更新打切りが信義則違反又は権利濫用として許されない「特段の事情」として、①任命権者が、非常勤職員に対して任用予定期間満了後も任用を続けることを確約ないし保障するなど、右期間満了後も任用が継続すると期待することが無理からぬものと見られるというような特別な事情があるにもかかわらず、任用更新をしない理由に合理性を欠く場合、②任命権者が不当・違法な目的をもって任用更新を拒絶するなど、その裁量の範囲をこえまたはその濫用があった場合、③その他任期付きで任用された公務員に対する任用更新の拒絶が著しく正義に反し社会通念上是認し得ない場合の3つを挙げるが、このうち①の前段は、大阪大学事件最高裁判決が掲げる損害賠償による救済が認められうる場合についての判断をそのまま引用したものであり、後段部分において、これに更新打切りの理由が合理性を欠くという要件を付加する構造になっている。次に②は不当・違法な目的での更新打切り等の裁量の逸脱濫用を挙げるが、ここで具体的に念頭に置かれているのは、従来の下級審裁判例において、損害賠償による救

68) この点についての筆者の見解は本文中で続けて述べるとおりであるが、この他の見解として、下井康史・本判決判批・日本労働法学会誌108号239頁は、本判決における「特別の事情」の有無に関する判断は、当該任用関係が更新を予定したものであるか否かの判断に該当するという理解を提示する。

済を認める根拠としてしばしば挙げられてきた、政治的動機に基づく更新打ち切りだといってよいであろう。そして、最後の③は一般条項的なものであり、その文言のみから具体的意味内容を読み取ることは難しいが、これを実際に適用した同判決の具体的判断は、A研究所等における任用更新や勤務の実態等から任用継続に対するXの期待が生じていたことと、それにもかかわらず更新打ち切り方針をXらに連絡せず、再就職に向けた配慮もしなかったという、更新打ちりに至る手続の不当性を根拠にして信義則違反の結論が導かれているということができる。このように見ていくと、①は更新に対する期待の程度が極めて高い場合には更新打ちりの理由に合理性が求められることを、②はこのような期待が特段存しない場合にも特に問題の大きい更新打ちりの限度では制約があることをそれぞれ示しており、本判決の判断は、更新に対する期待の程度をこの両者の中間と位置づけ、任期満了のみを理由とする更新打ちりの余地を完全には否定しない一方で更新打ちりの手続面でXの利益に対する一定の配慮を求めていると理解できるのであって、③についても、更新打ちりに対する期待と更新打ちりの不当性の両面からの判断を行っているものと考えられるのである。

同判決の論理をこのようなものと捉えると、同判決は、損害賠償による救済の場面でこれまでの裁判例を通じて培われてきた、更新打ちりを違法とする論理の蓄積を取り入れつつ、問題の妥当な解決を志向するものといえるが、その一方で、①本判決が、雇止め法理と同様の形で任用更新への期待を法的に保護することは否定する一方で、信義則の判断中で任用更新への期待に一定の法的保護を与えていることについて、行政法の領域における信義則の機能は、通常、法律による行政の原則に抵触する場面では限定的ないし否定的なものとなることとの整合性を含め、どのように理解すべきか、②信義則違反（ないし権利濫用）が成立した場合に更新打ちり後の任用関係が存在する根拠をどのように解すべきか（これと関連して、更新打ちり後の任用上の地位を確認する際の訴訟形式として、確認訴訟は適切か）等の点について、理論的な問題を残しているものといえる⁶⁹⁾。

3 救済否定例

以上のような、損害賠償又は地位確認の救済を認めた裁判例の増加・出現の一方、従来の裁判例の傾向を踏襲する形で、救済を否定する例もなお存在しており、裁判例の傾向は、完全に変わったというわけではない。すなわち、結論において救済を全部否定する公判裁判例は、平成15～16年頃まで遡れば救済認容例の件数に匹敵する程度に存在する（その中には2で言及した情報システム研究機構（国情研）事件の控訴審判決も含まれる）⁷⁰⁾ し、1で言及した損害賠償認容例においては、地位確認請求は棄却されている。これらの判断においては、地位確認請求はⅡ1(3)で言及した「地位確認否定法理」に基づいて棄却され、損害賠償請求は、大阪大学事件最高裁判決の枠組みの下で、任用継続に対する「確約ないし保障」が認められないなど、損害賠償を認めうる「特別な事情」の存在を否定することで棄却されており、Ⅱで検討した従来の裁判例の傾向に沿った判断がなされているといえる。

IV. 学説の状況

任期付任用公務員の更新打ち切りに対する「出口規制」による救済の可能性について、学説の関心は、いわゆる臨時・非常勤形態の公務員について、主として地位確認等の形で更新打ち切り後の任用上の地位を保護する可能性に向けられてきた⁷¹⁾。そこでは、民間部門の雇止め法理を参考にしつつ、このような保護を認める可能性が模索されており⁷²⁾、法律構成に着目した場合には、以下

69) 以上につき、川田・前掲注4) 評釈も参照。

70) 情報システム研究機構（国情研）事件・東京高判平18.12.13労判931号38頁の他、青葉台郵便局事件・横浜地判平15.3.27公務員関係判決速報329号21頁、横浜港郵便局事件・横浜地判平16.3.4公務員関係判決速報337号14頁、船橋東郵便局事件・千葉地判平16.7.23公務員関係判決速報339号25頁、千葉県（婦人相談所）事件・千葉地判平17.3.25判例自治272号31頁など。

71) 損害賠償の救済については、前掲注55) 掲記の大阪大学事件最高裁判決判批、勝亦啓文・中野区事件第一審判決判批・労旬1650号37頁以下（2007年）などの判例評釈が見られるに留まる。

のような類型化が可能である（各類型の表題の末尾に付けた呼称（「〇〇説」）は筆者が便宜的に付けたものである）。

- ① 当該公務員の勤務関係を、公務員法上の任用制度の規制を受けない純粋な労働契約関係と構成し、民間企業労働者と同様の形で雇止め法理を適用すべきとするもの（「雇止め法理直接適用説」⁷³⁾

この考え方は、任期付任用公務員が長期間にわたって正規職員の勤務実態と変わらない、あるいはそれに近い形で勤務する場合、当該勤務形態は、公務員法の子定しないものであって、その勤務関係の法的性質は民間企業の労働契約関係と全く変わらないものと解すべきであるとし、その帰結として、民間企業の労働契約関係と同様の形での雇止め法理の適用を主張するものである。

- ② 当該公務員の勤務関係を、公務員法上の任用制度の規制を（少なくとも一定程度）受けるものと解した上で、そのような勤務関係においても、更新打ち切りに対して任用上の地位を保護する余地を認める説（広義の公務員版雇止め法理説）

この考え方は、①のように、問題となる公務員について公務員法上の任用制度の規制を完全に排除するのではなく、このような規制の下においても、雇止め法理、あるいは実質的にこれと同様と見られる法理に依拠して更新打ち切り後の任用上の地位を認める可能性を肯定するものである。この考え方に分類できる学説にはヴァリエーションがあり、切り口如何によって様々な細分類がなされうところであるが、雇止め法理を軸とした労働法的論理構成と、行政処分

72) この他、地位確認請求を棄却した判断を支持する判例評釈として、慶谷淑夫・東京国税局江東税務署事件及び建設省甲府工事事務所事件第一審判決判批・判評171号146頁以下、馬渡淳一郎・大阪大学事件最高裁判決判批・判評440号251頁以下がある。

73) 清水敏「地方公共団体における臨時・非常勤職員の法的地位」青木宗也先生還暦記念論文集刊行委員会編『青木宗也先生還暦記念論文集 労働基準法の課題と展望』（日本評論社、1984年）490頁以下、吉田美喜夫「自治体『臨職』に対する任用更新の拒否の救済方法」立命館法学201 = 202号722頁以下（1988年）、矢野達雄「国立大学における非常勤職員の法的地位」愛媛法学会雑誌18巻3号58頁以下（1991年）。

に関する理論を用いた行政法的論理構成のいずれに重点が置かれているかという点に主として着目すると、以下のような細分類が可能である。

②a 任用更新打ち切りに対し、勤務関係の実態等に応じて分限免職又は解雇権濫用法理を適用ないし類推適用する余地を認めるもの（狭義の公務員版雇止め法理説）⁷⁴⁾

この考え方は、問題となる公務員について公務員法上の任用制度の規制が及ぶことを前提としつつ、雇止め法理と同様の発想で更新打ち切り後の任用上の地位を認める可能性を肯定するものである。具体的には、任用関係の実態等から更新に対する保護を及ぼすことが正当化できる場合には、更新打ち切りについて分限免職に関する規定又は権利濫用法理を適用ないし類推適用するという法律構成をとる。

②b 任期待任用公務員の任用関係が、一定の場合には更新を予定された任用関係として扱われるべきことを主張するもの（更新予定関係認定説）⁷⁵⁾

この考え方は、期限を定めて行われる行政行為の中には、更新を予定していると解されるものがあり、そのような行政行為に基づく法律関係は、任期満了によって当然に終了するのではない（更新打ち切りが違法である場合には更新がなされたものとして継続する）という行政法理を任期待任用公務員の任用関係に及ぼそうとするものである。この考え方によれば、任期待任用公務員の勤務

74) 山本吉人「公務員法における臨時職員の法的地位」季労110号55頁以下（1978年）（分限免職規定の適用を主張）、晴山一穂「情報システム研究機構（国情研）事件意見書」労旬1627号26-28頁（1996年）（公務員の勤務関係一般の法的性質を労働契約関係と解する立場から、解雇法理は法令と矛盾しない限り公務員の勤務関係にも適用されるべき旨を主張。なお後掲注75）も参照）。その他、高木絃一・村上一美「短期労働契約の更新と公務員」伊藤博義ほか編『労働保護法の研究 外尾健一先生還暦記念』（有斐閣、1994年）120-121頁も、任用継続に対する期待権の存在が認められる場合に更新打ち切り解雇権濫用法理を準用する考え方を支持するもののように思われる。

75) 下井康史「期限付任用公務員の再任用拒否〔前掲注26〕垂水市事件第一審判決判批〕」北大法学論集31巻3号1194-1195頁、晴山・前掲注74)論文29-32頁（仮に公務員の勤務関係を私法上の労働契約関係と考えないとした場合についての主張）。

関係が、その実態等から更新を予定されたものと解される場合（その判断基準は雇止め法理における解雇権濫用法理の類推の有無を判断する基準と同様と考えられる）には、更新打ち切りの処分性を肯定した上での抗告訴訟、実質的当事者訴訟等の形で任用上の地位を争うことが可能になる。

②c 上記2つの考え方を発展的に統合し、雇止め法理の考え方に基づいて任期付任用関係を更新を予定したものと認定することによる更新打ち切りの規制が可能であると主張するもの（統合説）⁷⁶⁾

近時提起されたこの考え方は、任期付任用公務員の更新打ち切りに雇止め法理の保護を及ぼすことを否定する根拠とされてきた行政法理論の再検討を通じて、（少なくとも本稿でいういわゆる臨時・非常勤職員については、）任期付任用公務員の任用が法令による一定の規制を受けること及び、任用が行政処分と解されることを前提としてもなお、これらと両立する形で雇止め法理の考え方に基づく保護を及ぼす余地があることを主張する。その具体的な主張の骨子は、次のようなものである。

- ・公務員関係に見られる権力的な要素は、国家が私人に対して有する一般統治権に基づく権力とは性格を異にし、むしろ民間労働関係に見られる権力と基本的に同質と考えられること等から見て、公務員関係は、法令による規律密度が一般的に言えば高い（かつ、法令による規律が当事者自治に優先することは承認される）ものの、法的性質としては契約関係と解すべきである。
- ・上記前提に立てば、法令による規律のない事項（「隙間事項」）については当事者の合理的意思解釈によって任用関係の内容を決する余地があるところ、任用に関する法令の規律密度が低い（本稿でいうところの）いわゆる「臨時・非常勤職員」については、当事者の合理的意思解釈に基づき任用更新予定の存在を肯定することが可能である。
- ・公務員の任免行為が行政処分とされているのは、争訟手段として取消訴訟及

76) 下井康史「任期付任用公務員の更新拒否をめぐる行政法上の理論的問題点」日本労働法学会誌 110号 132頁以下（2007年）。

び不服申立を指定するという手続的な要請（のみ）に基づくものと解すべきであり、したがって、公務員の任用が行政処分であることは、上記の実体的法律構成に影響を及ぼすものではない（ある行為の行政処分該当性を根拠付ける「公権力性」と、契約とは排他的な概念と解される行政行為への該当性を根拠付ける「公権力性」との間には、ずれがあり、前者にのみ該当する場合がある——そしてその場合、行政処分該当性を根拠付ける「公権力性」とは争訟手続の指定を意味し、当該行為の実体的性質は行政処分該当性とは別個独立の問題となる——と解すべきところ、公務員の任用には行政行為該当性を根拠付ける「公権力性」——「担保力を伴った一方性」と解される——は見られないことから、行政処分にのみ該当し、したがって行政処分該当性は任用の実体的性質を左右しないというべきである）。

- ・以上のことから、雇い止め法理の考え方に基づき、任用関係の当事者の合理的意思解釈を通じて任期付任用公務員の任用を更新を予定したものと認定することは可能であり、この場合、更新打切りは処分性を有するものとして、取消訴訟を通じてその効力を争うことが可能であると解される。

③ 信義則等の一般法理を媒介にして、端的に更新打切りが一般法理に基づいて違法とされる場合に更新後の任用上の地位を肯定するもの（一般法理説）⁷⁷⁾

この考え方は、情報システム研究機構（国情研）事件第一審判決公刊後、同判決の判断を基本的に支持する考え方として現れたものであり、②や③のように行政法理論との調和を図る形で更新打切り後の任用関係の存在を保護する法理の構築を図るまでもなく、一定の場合には任期満了後も当然退職とはならないという前提の下で一般法理による解決を図ることが、素直な解釈であり、問題の解決方法としてはそれで足りる旨を主張する。

以上のような諸学説は、法律構成にはヴァリエーションがある一方、更新打

77) 勝亦啓文「国家公務員非常勤職員の任用更新拒絶の可否〔情報システム研究機構（国情研）事件第一審判決判批〕」労旬1267号11頁、脚注29、同「非常勤職員をめぐる裁判例の検討」日本労働法学会誌110号118頁以下（2007年）。

切り後の任用上の地位に一定の保護を与えるべきことの実質的根拠については、ある程度共通していると考えられる。すなわち、これらの諸説は、任期付任用公務員に対しても、民間部門の労働者における雇止め法理と同様に、もしくはこれに準じた形で、勤務関係の実態に応じた勤務関係上の地位の継続に対する法的保護が与えられるべきであるとの考え方に立つという点では一致しているといえる。また、この他に挙げられる実質的根拠には各論者により微妙な違いはあるが、いわゆる「臨時・非常勤職員」は、恒常的な業務や正規職員の業務と同一ないし類似の業務に長期間に渡って勤務するなど、法が本来予定していたと見られる勤務形態から逸脱する態様で任用されることが少なくないこと、更新打ち切りの場面で法形式どおりの処理を行い打ち切り後の任用上の地位を保護する余地を否定する場合、任期付任用の適法性を緩やかに認めることとのバランスを欠き、こうした公務員の地位を民間部門の労働者と比べて不安定にすること、公務員の勤務関係は民間企業の労働契約関係と実態において類似ないし共通する点が少なくないこと、等が挙げられるという点ではやはり概ね共通しており⁷⁸⁾、これらのそれぞれをどの程度強調するか、及び、公務員の任用関係に関する行政法的な理論構成との距離感をどのように置くかによって、法律構成が分かれているといえることができる。

V. 検討

1 検討の基本的な筋道

Ⅱ～Ⅳで検討を加えた裁判例、学説の状況を踏まえて考察すると、任期付任用公務員の更新打ち切りをめぐる問題を検討する枠組みの概略について、以下に述べるように、更新打ち切りからの保護を認める根拠となる要素（①）と、その

78) この他、一般法理適用説は、実質上情報システム研究機構（国情研）事件第一審判決の判断を支持するものである事からすれば、同判決が更新打ち切りの信義則違反性を肯定する根拠の一つに挙げる、更新打ち切り手続の不当性（不当な手続で更新を打ち切られないという公務員の利益に何らかの法的保護が与えられるべきである）も、保護の実質的根拠にしていると考えられる。

ような保護を否定する根拠となる要素（②）の対立・調整という視点を機軸として、このような調整の仕方は、任用上の地位を保護する救済と損害賠償による救済について部分的に異なったものになりうる（③）ものと整理することができると思われる。

① 保護の根拠としての雇止め法理の論理

まず、任期付任用公務員の更新打ち切りについて、何らかの救済を与えようとする場合の法律構成としては、裁判例・学説の双方において一定のヴァリエーションが存在するが、それらの根底にある救済の根拠に関する考え方は、民間部門における雇止め法理の考え方を（直接に、あるいは公務員の任用という法律関係に即した形で修正して）任期付任用公務員の任用関係にも及ぼすという考え方だといえる。公務員の勤労者としての側面に着目した就労機会、所得、生活、人格等に関する権利・利益の適切な保護を図る考え方を労働法的考慮と呼ぶとして、仮にこのような労働法的考慮を更新打ち切りの場面に持ち込まないというのであれば、あえて法形式と異なる形で任期満了後の任用継続に法的保護を与える必要性はなくなるといってよいであろう。したがって、更新打ち切り何らかの法的保護を与えようとするのであれば、労働法的考慮に基づく雇止め法理の考え方に依拠することは（わが国の現行労働法を前提とする限り）必然的なものとなるといえる⁷⁹⁾。

② 救済を否定する根拠としての「地位確認否定法理」

一方、これまでの裁判例においては、救済を否定する根拠になる考え方として、Ⅱ1(3)において言及した「地位確認否定法理」、すなわち、公務員の勤務関係の法的性質、法定主義、形式主義、再任用に関する任命権者の裁量、の4

79) 雇止め法理の考え方は、直接的には更新打ち切り後の任用関係の存続を保護する際の根拠になるものであるが、損害賠償による救済との関係でも、更新打ち切りによって公務員の権利ないし法的利益が侵害されるといえるためには、更新打ち切り後の任用関係の継続もしくはこれに対する期待に対して一定の法的保護が与えられることが必要になり、こうした法的保護の根拠となるのは、やはり労働法的考慮に基づく雇止め法理の考え方になるものと考えられる。

つの考え方が採用されてきた⁸⁰⁾。

仮にこうした「地位確認否定法理」の考え方が貫徹されるとすれば、任期付任用公務員の更新打ち切りの場面で①で言及した雇止め法理の考え方に基づいて公務員の保護を図る余地はないことになる。したがって、仮に更新打ち切りについて何らかの保護の余地を肯定するのであれば、「地位確認否定法理」が理論上成り立たない、あるいは、その貫徹を妨げる事情が存在するなど何らかの理由によって（少なくとも完全には）成り立たず、その結果、雇止め法理の考え方が（部分的にせよ）妥当する余地が生ずる、と考える必要があることになる。

③ 任用上の地位を保護する救済と損害賠償による救済との相違

このように、更新打ち切りに対する救済のあり方は、対立する上記①と②の考え方の調整の問題（主として、②が貫徹しないことにより①が機能する余地が生じると考えることができるか）として把握できるものと考えられる⁸¹⁾が、このような調整を通じた具体的問題の解決に際しては、問題になっているのが地位確認等の形で任用上の地位を保護する救済か、それとも損害賠償による救済かによって、異なるやり方で調整がなされると考える余地がある。すなわち、裁判例においては、前者の救済については否定する一方、後者の救済を認める（あるいはその余地を認める）考え方が一定程度蓄積しており、このような解決の可能性を認める場合には、損害賠償の救済に関する①と②の調整の仕方は地位確認等の救済の場合におけるそれとは異なっており、かつ、それと矛盾のない形に整理されるべきものとなる。

以下、このような問題状況の把握を前提として、個々の事項について、より詳細な検討を順次加えていくこととしたい。

80) ここでも、「地位確認否定法理」は、保護の根拠としての雇止め法理の考え方の場合と同様に、損害賠償による救済を否定する根拠でもある。

81) この点については、調整を行うまでもなく、雇止め法理か、「地位確認法理」のいずれかが貫徹するという考え方もありうるが、筆者としては、以下に順次論じていくように、結論としては両者の調整が必要になると考える。

2 雇止め法理の論理と公務員の勤務関係への適用可能性

まず、任期付任用公務員の更新打ち切りについて何らかの法的保護を及ぼす際の根拠になると考えられる雇止め法理の論理ないし考え方について、その内容を確認した上で、これを公務員の勤務関係にも及ぼしうるかに関するもっとも基本的な点の検討を行いたい。

(1) 雇止め法理の論理

雇止め法理は、民間部門の有期労働契約の更新打ち切りの場面においては裁判実務上完全に確立した法理であるが、その理論的意義については、必ずしも自明とは言えない要素を含んでいる⁸²⁾。そこで、雇止め法理の論理ないし考え方を、任期付任用公務員の更新打ち切りの場面に及ぼすことができるか、できるとしたらどのような形においてか、という問題を検討するためには、そもそも雇止め法理の論理ないし考え方がどのようなものであるかを改めて確認しておく必要がある。

本稿の「はじめに」1で述べたように、現在の裁判実務に定着した雇止め法理は、期間を定めて締結される労働契約が更新を繰り返すこと等によって①期間の定めのない労働契約と実質的に異ならない状況に至った場合（東芝柳町工場事件）又は②そこまで至らずとも労働者が期間満了後の雇用継続に対する期待を有することに合理性が認められる場合（日立メディコ事件）には、更新打ち切りについて解雇に関する法理（具体的には解雇権濫用法理）を類推適用する、という内容のものである。

そこでこれらのリーディング・ケース⁸³⁾について、解雇権濫用法理が類推適用された結果更新打ち切りが不適法とされた場合に、その後の労働契約関係の存続を認める根拠がいかなるものであるか、という点を中心に、その論理構造

82) もっとも根本的な点は、法形式に従えば事実行為である更新打ち切りを法律行為たる解雇の効力に関する解雇権濫用法理を類推適用するということの意味である。

83) 前掲注2)。

を見ていくと、まず、東芝柳町工場事件においては、最高裁は、雇止め法理に関する部分について原判決の認定判断を引用し、これを「正当として是認できる」としているのであるが、そこでの原判決引用部分においては、当該事件における労働契約が期間の定めのない労働契約と実質的に異ならない状態で存在していたことを肯定する根拠として、「本件各労働契約においては…実質において、当事者双方とも、期間は一応2か月と定められてはいるが、いずれかから格別の意思表示がなければ当然更新されるべき労働契約を締結する意思であったと解するのが相当であ〔る〕」との判断が示されている。すなわち、ここでは、当事者意思の合理的解釈により、形式上は期間が付されているのみの労働契約を自動更新条項付の有期労働契約と解するとともに、それによる自動更新を妨げる更新打ち切りの意思表示を解雇と同視して解雇権濫用法理を類推適用しているものと理解できる。したがって、解雇権濫用法理の類推適用により更新打ち切りが不適法とされる場合には、合理的意思解釈によって契約中に読み込まれた自動更新条項に基づいて更新打ち切り後の労働契約関係が形成されることになる。

次に、日立メディコ事件においても、最高裁はやはり、雇止め法理に関する部分については原判決の判断を引用してこれを「正当として是認できる」としているが、ここでの原判決引用部分の判断は、「〔本件有期労働契約に基づく〕雇用関係はある程度の継続が期待されていたものであり…このような労働者を契約期間満了によって雇止めするに当たっては、解雇に関する法理が類推され、解雇であれば解雇権の濫用…などに該当して解雇無効とされるような事実関係の下に使用者が新契約を締結しなかったとするならば、期間満了後における使用者と労働者間の法律関係は従前の労働契約が更新されたのと同様の法律関係となるものと解せられる」というものである。すなわち、同判決にいう解雇権濫用法理の「類推適用」とは、更新打ち切りが解雇であるとしたら解雇無効とされるような事実関係が存在する場合に、更新がなされたの同一の契約関係を創設する、ということの意味するものといえる。ここでは、解雇権濫用法理が類推適用された結果更新打ち切りが不適法とされた場合に打ち切り後の労働契約

関係の存在が認められる根拠は必ずしも明確ではなく、学説等において、契約当事者間における信義則を媒介として契約期間満了による当然終了の効果に一定の制約を加えようとするもの⁸⁴⁾、自動更新の約定の擬制⁸⁵⁾、判例による法定更新制度の創設⁸⁶⁾、労働契約関係上の信義則に基づく契約の補充的・修正的解釈⁸⁷⁾等の理論的意味づけがなされている。

（2）公務員の勤務関係に労働法的考慮を持ち込む余地はあるか

上述したような、雇止め法理の考え方（日立メディコ事件の理解については不明確な部分が残されているが）を任期付任用公務員の更新打切りの場面に適用しうるかという問題については、一方の極において、そもそも、同法理のような労働法的考慮が公務員の勤務関係の場でなされうる余地はおおよそ存在しない、という考え方がありえよう⁸⁸⁾。

このような考え方としては、まず、いわゆる公法私法二元論を採用する立場から、「私法上」の法理である雇止め法理の考え方は、「公法上」の公務員勤務関係にはおおよそ適用されえないとの帰結を導く、というものがありうる。しかし、現行法の下における公法私法二元論の有用性については、行政法学説において、これに否定的な見解が有力に主張されている⁸⁹⁾。筆者も、このような見解は説得的であり、公務員の勤務関係についても、それが公法上の関係であるということから端的に一定の帰結を導き出すのではなく、個別の問題状況に即して、関連する法令の趣旨等を具体的に勘案して問題を処理すべきであると

84) 石川善則・本判決解説・ジュリ882号79頁（1987年）。

85) 安枝英紳「短期労働契約の更新と雇止め法理」季労157号99頁（1990年）。

86) 菅野和夫『労働法〔第7版補正2版〕』（弘文堂、2007年）172頁。

87) 水町勇一郎『労働法』（有斐閣、2007年）180頁脚注183。

88) 勤務関係の法的性質の違いを理由に挙げて任期付任用公務員の更新打切りの場面への雇止め法理の適用を否定する裁判例の中には、実質的にこのような考え方に立っているといてよいように思われるものが少なくない。

89) 塩野・前掲注54) 書25頁以下、宇賀克也『行政法概説I〔第2版〕』（有斐閣、2006年）57頁以下など。

考える⁹⁰⁾。また、これに加えて、公務員の勤務関係において公法私法二元論に立つ代表的な制度の一つと見られるドイツ官吏制度においては、官吏(Beamte)の労働法的利益を保護する根拠となりうる概念が官吏法上の概念として存在していること⁹¹⁾や、次に述べるように、公務員の任用関係において公務員法上の他の要請と調和した形で労働法的な意味での公務員の利益を考慮することは、実質論として何らかの形で肯定されるべきことを考えれば、仮に公務員の任用関係について公法私法二元論を採用するとしても、その場合には公務員の労働法的利益を考慮しうる「公法上」の概念が必要となる⁹²⁾という帰結もたらされるのであって、そのことから労働法的考慮の必要性が否定されるわけではないともいいうるように思われる。

次に、公法私法二元論に依拠しないとしても、公務員法の趣旨を具体的に検討すると、公務員の任用関係に労働法的考慮を持ち込む余地はやはり否定される、という考え方も成り立ちえよう。具体的には、公務員の勤務関係とりわけ任用関係においては、「全体の奉仕者」たる公務員(憲法15条2項)による公務の民主的かつ能率的な遂行(国公法、地公法各1条)を図るという公務員法の基本趣旨に照らせば、公務の適切な遂行とその受益者たる国民・住民の利益を考慮した法の解釈・運用が要請されているのであり、労働者としての公務員の利益を考慮することは法の予定するところでないとして否定される、という

90) 川田・前掲注5) 論文(一)法協116巻9号1443-1444頁参照。

91) 具体的には、基本法が官吏制度構築の際に考慮を要請する「職業官吏の伝統的原則(hergebrachte Grundsätze der Berufsbeamtentums)」の具体的内容として、官吏の労働法的な観点からの保護に匹敵する保護の根拠になると考えられる、終身官吏の原則(Lebenszeitprinzip)、扶養原則(Alimentationprinzip)などが存在する。川田・前掲注5) 論文(三・完)法協116巻11号1768頁。

92) 仮にこのような考え方を採用したとすれば、公務員の労働法的利益を考慮する概念は、立法政策上の「入口規制」を指導する概念として機能することになると考えられる。この点についてドイツ官吏制度では、前掲注91) 掲記の諸原則(特に終身官吏の原則)の帰結として、その例外と位置づけられる任期付任用にはわが国の制度に比して強力な入口規制が設けられているといえる。川田・前掲注5) 論文(三・完)法協116巻11号1793-1794頁。

考え方である。

しかし、筆者としては、公務員の任用関係に関する現行法の解釈適用に際して労働法的考慮を持ち込む余地が、上記のような考え方に基づいて完全に否定されるものではないと考える⁹³⁾。その実質的な論拠としては、公務員も他人の指揮命令下において就労し、その対価としての報酬を得る者であるという点においては勤務の実態における労働者との同質性が高いこと、公務員の任用法制のあり方は、公務員の給源を民間部門の労働者と同じくすること等の要因により、民間部門の雇用慣行や労働市場のあり方に一定の影響を必然的に受けることになると考えられる⁹⁴⁾ところ、このような雇用慣行や労働市場のあり方の背後にある労働法的な考慮もまた、公務員の任用法制に一定の影響を及ぼしうると考えるべきこと、等が挙げられよう。

（3）雇止め法理の論理を公務員の勤務関係にそのままの形で適用できるか

一方、前項で述べた、現行公務員法においては公務の適切な遂行とその受益者たる国民・住民の利益を考慮した法の解釈・運用が要請されているという考

93) 本稿でいう労働法的考慮が、公務員法の解釈原理の一角を構成すべきことの理論的根拠としては、昭和23年の国家公務員法第一次改正時に、労働組合法、労働関係調整法および労働基準法の適用除外規定の新設と合わせて、同法1条の目的規定中に「(職員の福祉及び利益を保護するための適切な措置を含む)」との文言が加えられた(その後制定された地方公務員法1条にも類似の規定が存在する)という経緯からみて、当該文言は公務員法の解釈原理として労働法的考慮を持ち込む根拠になるとの解釈が考えられるところであるが、公務の民主的、能率的遂行の要請との関係をどのように考えるか等についてなお詰めるべき点があるものと考えられ、本格的な検討は今後の課題としたい。

94) たとえば、本稿が扱う問題とは状況が異なるが、正規職員の採用の際に広く見られる応募資格上の年齢制限は、採用における成績主義(メリットシステムの理念)の貫徹という観点のみから評価すれば、成績主義の構成要素の一つである、公務就任機会の公開・平等の理念に反するものとして違法というべきであろう。このような年齢制限を合法と考えるのであれば、わが国における民間部門の雇用慣行等を参考にして、公務員の任用制度上も長期勤続による能力の蓄積が重要であり、そのために新規採用者を若年者に限定することに合理性が認められる、というような民間部門の雇用慣行、労働市場のあり方に基づいた理由付けが必要になると考えられる。

え方は、前述のとおり現行公務員法を構成するもっとも基本的な条文から導き出されるものであることから見て、その主要な解釈原理であること自体は承認されるべきであろう（次の3で詳しく検討するように、「地位確認否定法理」の実質的意義は、こうした解釈原理の具体的な表れとして理解・検討すべきものとする）。そして、このことは、公務員の勤務関係において（あるいはいわゆる臨時・非常勤職員について）民間部門の労働契約関係における雇止め法理がただちにそのままの形で適用されるとはいえないことを意味するというべきものとする。

雇止め法理の考え方を民間部門と全く同一の形で公務員の更新打ち切りにも適用するという考え方⁹⁵⁾は、問題になる任期付任用公務員の任用に関する問題を、民間部門の労働者・使用者間の関係の場合と同様に公務員と任命権者との間の利害調整の問題として完結させ、国民・住民の利益という観点からの特別な規整を及ぼす必要性を否定する考え方ということになる。このように勤務関係の当事者間で利害調整を完結させる考え方は、勤務関係外の第三者である国民・住民の利益の考慮を現行公務員法の主要な解釈原理であるとするのであれば基本的には妥当しないこととなろうし、少なくとも、こうした第三者の存在が勤務関係の当事者間で完結する利害調整の枠組みに何らかの修正を及ぼすか否かを検討する必要が生じてくるといえよう。このような意味において、雇止め法理の考え方を、ただちに、そのままの形で任期付任用公務員の更新打ち切りの場面に及ぼすことはできないと考えられるのである。

(4) 公務員勤務関係における雇止め法理の考え方の適用のあり方

以上のように、筆者は、雇止め法理の考え方を公務員の勤務関係に及ぼすことについては、その余地を完全に否定することも、逆にそのままの形でただちに適用することもできず、既に1で述べたように、「地位確認否定法理」との調整を図りつつ、その機能の余地を模索する必要があるものとする。この点

95) IVでの分類における雇止め法理直接適用説はこのような考え方だといえる。

の本格的な検討は次の3で行うが、ここではそこに進む前に、以上のような前提の下で公務員の勤務関係に及ぼしうる雇止め法理の考え方とは具体的にどのような論理になるのかについて、基本的な点を検討しておきたい。

このような観点から問題になるのは、まず、当事者の合理的意思解釈を更新打切り後の勤務関係の存続を認める根拠とする、という考え方を、そのままの形で公務員の任用関係に及ぼしうるか、である。(1)で確認したとおり、雇止め法理に係るリーディング・ケースのうち、東芝柳町工場事件の論理はこのようなものであった。

このような当事者の合理的意思解釈に依拠する考え方は、勤務関係の内容を当事者間の合意で定めうることを前提としたものであるから、(3)で述べたところの、勤務関係の当事者間で利害調整を完結させる考え方といえることができる。そうすると、同箇所で示した筆者の考え方によれば、このような考え方は、公務員の任用関係においては、国民・住民の利益という観点からの修正の要否を検討した上でこれが否定されるとして妥当する余地がないわけではないものの、その妥当性は基本的に否定されるべきこととなる（前述の点の検討は、後の3(2)において行うが、結論としては、当事者の合理的意思解釈ないし合意に依拠した雇止め法理の考え方は、公務員の任用関係には適用できないものと考えられる）。

一方、日立メディコ事件の論理は、前述の通り必ずしも明確でない面があるが、学説等による理解の仕方を参考にする限り、単なる当事者の合理的意思解釈には留まらず、そこに信義則等を媒介とした規範的操作を施すことによって、更新打切り後の勤務関係の継続に対する保護を導き出すものといえる。そして、そこでの規範的操作の具体的内容は、少なくともその一つの理解の仕方として、将来の勤務関係の継続に対する労働者側の期待の作出に使用者が関与している点に着目し、このように自らが作出に関与した期待の実現を使用者に要請するという形での当事者間における信頼保護と捉えることが可能であろう。このような考え方は、信義則という一般法理に依拠することから対立する考え方との間で柔軟な調整を図る余地があること、公務員の任用が任命権者による一方的

行為であることを前提としても、これと矛盾のない形で任命権者の行為に一定の規制を及ぼす根拠になりうること等により、国民・住民の利益を考慮するという現行公務員法の解釈原理や、その具体的現れと考えられる「地位確認否定法理」との調整を通じて公務員に更新打ち切りからの保護を与える可能性を模索する際の、保護の根拠として機能しうると考えられる。

以上のことから、筆者は、雇止め法理は、信義則を媒介として、任命権者の関与の下に作出された公務員の任用継続の期待に一定の保護を与えうる法理という形で、(結果的に「地位確認否定法理」によって排除されるか、それとも一定の範囲内で実際に機能しうるかはともかくとして) 任期付任用公務員の更新打ち切り在一定の法的保護を与える際の根拠になりうるものとする。

3 「地位確認否定法理」の論理及び雇止め法理との調和の可能性

(1) 問題状況の整理

2での検討結果を踏まえると、雇止め法理が、信義則を媒介として、任命権者の行為が関与の下に作出された公務員の任用継続の期待に一定の保護を与える法理という形で実際に機能する余地があるのかどうかは次の検討課題となる。具体的には、「地位確認否定法理」の存在により、上記のような意味での雇止め法理が機能する余地は完全に排除されるのか、それとも、「地位確認否定法理」が貫徹しない結果として、上述した意味での雇止め法理の考え方に基づいて、更新打ち切りに対する保護が認められる余地があるのか、という問題である。

もっとも、こうした検討は、2での検討の中で既に部分的に行われており、そこでの検討結果を踏まえると、「地位確認否定法理」の4つの内容である、①公務員の任用関係の法的性質、②法定主義、③形式主義、④再任用に関する任命権者の裁量、のうち、①と④については、独自に検討する必要はなくなっているものと考えられる。

すなわち、2(2)で検討したように、公務員の勤務関係の法的性質が民間部門の労働契約関係とは異なることから直ちに、かつ当然に、公務員の勤務関係に

雇止め法理の考え方を適用することが排除されるわけではないと考えるなら、①によって更新打ち切りに対する保護の余地が排除されるかどうかは、①から引き出されるより具体的な法理である②～④の問題として検討すれば足りるものと考えられる。また、④についても、同じく2(2)で検討したところからすれば、再任用についての任命権者の裁量があるとしても、そこには公務員の利益についての労働法的考慮に基づく限界がありうるというべきであり、ただ、任用に関する法令や法理との関係でこうした考慮の余地が排除されるのではないかという、法定主義（②）、形式主義（③）との関係での問題のみが残されていると考えられる。

そこで、以下では、残された法定主義と形式主義の2つの考え方について、その意義を確認した上で、これらの考え方との関係で、雇止め法理の考え方が機能する余地がありうるのかを順次検討していく。

（2）法定主義及び形式主義の論理およびその意義

まず、法定主義についてみると、この考え方は、任用の手续や個々の任用行為の内容を法令の定めるところにしたがって羈束するという考え方であり、任期付任用の更新打ち切りの場面では、任用関係の内容を実態判断や当事者の合理的意思解釈によって定めることを否定する根拠や、法令上に任期満了に伴う任用関係の当然終了の規定がある場合にそれが文言どおりの効果を持つ根拠として用いられてきた。こうした法定主義の趣旨は、公務員による公務遂行に対する民主的統制の確保という観点から、公務遂行の適法性を確保する手段の一環として公務の担い手である公務員の地位の法的根拠を明確化すること、及び、公務員の任用それ自体について、公務の受益者かつ潜在的公務就任権者たる国民・住民の利益に適合するよう（国民・住民の利益に反する任用が行われないよう）、任用に関する決定を任命権者及び個々の公務員・公務応募者に委ねる範囲について、法令で一定の枠をはめることにあると考えられる。特に、公務の中核を担う、いわゆる正規職員の任用については、公開された就任機会への応募者の中から能力の実証に基づいた任用を行うといういわゆるメリット・シ

システムの理念に基づいた任用制度と結びついて、一面において国民・住民の公務就任機会を保障し、他面において、任用から政治的影響を排除しつつ公務員を通じて国民・住民に提供される公務の質を確保することが、その主要な趣旨になっているといえる。

次に、形式主義についてみると、この考え方は、個々の任用行為の存在や具体的内容を、人事異動通知書等の所定の様式を踏んで行われる任用行為の内容に沿って形式的に判断するという考え方であり、任期付任用の更新打ち切りの場面では、法定主義と同じく任用関係の内容についての実態判断や合理的意思解釈の余地を否定する根拠とされるほか、更新打ち切り後には新たな任用行為がない限り任用関係の存在が認められないという形で、任用関係の継続に対する保護を否定する根拠として用いられてきた。こうした形式主義は、これを導き出す手がかりとなる規定（たとえば人規8-12 75条）がある場合にはその解釈として導きうるものであるが、より一般的には、現行公務員法の基本的な趣旨ないし構造から解釈論的に導き出される法理ということになると考えられる。そして、その趣旨は、公務の遂行に対する権限や責任の所在を明確化する観点から、任用関係の存在や内容についての形式的明確性を確保する必要性があることと、こうした明確性の確保は任用関係の当事者のうち、公務の遂行（行政活動）の実施主体により近い立場に立つ任命権者側の責任において実現すべきものと考えられることに求められよう。

このような法定主義、形式主義の考え方は、現行公務員法の主要な解釈原理の一つと考えられる国民・住民の利益の保護に、公務の民主的統制、公務遂行の適正性の確保、公務就任権の保障等の点で密接に関わる法理ということができ、これを上述のような内容を持つものとして現行公務員法の下における法理として承認するときには、任用関係の当事者の合理的意思解釈に依拠して公務員の任用関係に雇止め法理を適用する余地を排除するだけでなく、信義側を媒介とした信頼保護の法理という形で雇止め法理を適用する可能性に対しても、法定主義・形式主義を貫徹する要請が優先することになる⁹⁶⁾と考えられる。

もっとも、形式主義の内容及び妥当性や、法令による規律の密度が薄い領域

における法定主義の妥当範囲は、現行公務員法の解釈として自明のものとはまではいえないと考えられるところであり、学説においても、本稿にいう法定主義・形式主義に概ね相当する考え方の精査を通じて、公務員の任用に関する行政法理論に立脚した法理は（少なくとも、本稿でいういわゆる臨時・非常勤職員の更新打ち切りについては）当事者の合理的意思解釈を通じた雇止め法理の適用を排除するものではないという見解（Ⅳの②c（統合説））が提起されている。そこで、統合説の主張を主として念頭に置きつつ、法定主義・形式主義の妥当性及び具体的内容について更に検討を進めることとしたい。

統合説と上述した法定主義・形式主義の考え方との違いは、突き詰めると（いわゆる臨時・非常勤職員について見られる）任用に関する法令の明示的規律がない部分（統合説にいう「隙間事項」）に適用される実体的法規範について、当事者自治に委ねられていると考えるか、このような部分についても現行公務員法の解釈として（つまり法令の規律が全く及ばないわけではなく）形式主義の考え方が及ぶと考えるかの違いであり、この問題の前提として、公務員の任用が行政処分の形で行われることに何らかの実体法的意味があると考えるか否か（統合説はこれを否定し、上述した形式主義は任命権者の意思の優先という実体的法規範の存在を肯定する）が問題になっているといえる。そして、任用行為が行政処分に該当することの実体法的意味を否定する統合説の論拠は、任用関係における「公権力性」が、実体法的意味を伴う概念たる行政行為に該当するために必要な「担保力を伴った一方性」を欠くことに求められている。

筆者の私見によれば、法定主義や形式主義の考え方は、公務員の任用関係を当事者以外の第三者である国民・住民の利益を直接的に考慮に入れた形で法的に規整すべきことから生じてくるものということになる。こうした観点からは、

96) 行政法領域における信義則の適用については、一般的に、法律による行政の原則に抵触する形で当事者の信頼を保護するという形で信義則が機能する余地について否定的である。塩野・前掲注54) 書75頁など。

任用関係の実体法上の内容を、当事者間の関係のみに着目してそこにおける（公）権力性の内容・程度という観点のみから考察することは必ずしも適切でなく、各当事者と第三者たる国民・住民との関係が当事者間の関係にどのような影響を及ぼすかという視点も加味した検討が必要であるように思われる。また、公務員の任用は、それ自身が行政活動の目的なのではなく他の行政活動を遂行するための手段であり、かつ、行政活動の直接的な担い手である公務員の地位の設定と直接結びつくものであることを考えると、任用の場面では、こうした第三者との関係の考慮を、公務員の勤務関係の規律のあり方という観点だけでなく、公務員によって行われる行政活動の適法性・適正さの確保という観点からも行う必要性が、たとえば勤務条件の場合と比べると強くなるものと考えられるべきである。一方、統合説が念頭に置く、（本稿でいう）いわゆる臨時・非常勤職員の任用については、いわゆるメリット・システムの理念に基づく任用制度が定められている正規職員の場合と異なり、国民・住民の利益を考慮する任用制度の構造になっていない以上、こうした利益を考慮することで形式主義（及びそれをもたらす前提としての法定主義）を持ち込むのは適当でないとの考え方も成り立ちえよう。しかし、いわゆる臨時・非常勤職員の任用更新打ちりに雇止め法理の考え方を及ぼすことの実質論的妥当性が感じられるような場面では、こうした職員の勤務の実体が正規職員のそれに接近している場合が多いと考えられ、そのような場合には、正規職員の場合と同様に国民・住民の利益という視点を取り入れた検討を行う実質的必要性はやはり存在するものと考えられる。したがって、筆者としては、いわゆる臨時・非常勤職員についても、国民・住民の利益の考慮という視点を取り入れた検討を行う必要性は、正規職員の場合と比べて弱まることはありえようが、完全に否定することはできないものと考えられる。

以上のことから、筆者としては、先に述べたような内容・趣旨の法定主義・形式主義の考え方の妥当性は肯定されるべきであり、これによって任期付任用公務員の更新打ちりについて雇止め法理に依拠した保護を及ぼす可能性は、原則的には排除されることになると考える。すなわち、当事者の合理的意思解釈

に依拠した雇止め法理の考え方は、それが勤務関係の当事者間のみで利害調整を完結させる枠組みであるが故に、国民・住民の利益を直接考慮した枠組みで検討する必要性に基づいて排除されることとなり、信義則に基づく信頼保護に依拠した雇止め法理の考え方についても、原則的には、現行公務員法の規定ないし解釈から導かれる法定主義・形式主義の考え方がこれに優先することになる。

（3）雇止め法理の論理が機能する可能性

もっとも、このように、雇い止め法理を通じた保護の可能性が、法定主義、形式主義の考え方によって排除されるのは、これらの考え方が、任用関係の継続に対する公務員の期待を実現する上での規範的なレベルでの障害に当たるからだと考えられる⁹⁷⁾。そうすると、仮に何らかの理由で、法定主義や形式主義の貫徹が妨げられる事態が生じるとしたら、その範囲内では、雇い止め法理の考え方に基づく保護の余地が生ずると考えることも可能だといえる。

それでは、このように、法定主義、形式主義の貫徹が妨げられる事態が生ずる余地はあると考えるべきなのか。また、仮にあるとしたら、どのような場合がそれに該当すると考えられるか。筆者は、以下の3つの場合について検討を要すると考える。

第1に、既に(2)で触れた点であるが、いわゆる臨時・非常勤職員のように、任用に関する法令の規律の密度が薄い任期付任用⁹⁸⁾については、(2)で前述したように、そのことを理由として国民・住民の利益の考慮という観点から法定

97) 法定主義や形式主義の存在が、(それが法的に保護されるか否かという法的評価を伴わないという意味での)事実としての任用継続に対する期待の程度を左右すると考えることは、日常生活における法の機能を過大評価した過度にリーガリスティックな考え方であるというべきであろう。

98) たとえば、一般職非常勤国家公務員については人規15-15 1条により、競争試験、選考によらない任用が認められており、地方公務員の特別職非常勤嘱託員等については、任用手続に関する法律上の規制は一切存在しない。また、臨時的任用については、正式任用の例外としてのその性質上、いわゆる自由任用が認められている。

主義・形式主義を妥当させる必要性が完全に排除されるとはいえないにせよ、これらの考え方を貫徹させる必要性は、任用手続についてより詳細な規律を受ける任期付任用の場合と比べて弱いものになっていると考えられる。

第2に、いわゆる臨時・非常勤職員については、法が本来予定していると考えられる任期付任用の趣旨を逸脱した形で、恒常的な業務の遂行や、本来正規職員が行うべき業務の遂行の目的で用いられることが少なくないといわれるところであるが、このような任期付任用本来の趣旨を逸脱した活用がなされている場合、このことは、法定主義・形式主義の貫徹を妨げる要素として考慮されうべきである。すなわち、法が本来予定していると思われる任期付任用は、時限的な労働力需要の充足を目的としたものであるといえるところ、(2)で述べたように法定主義・形式主義が原則的に雇止め法理による保護の必要性に優越することの実質論的妥当性は、法が本来予定する任期付任用が、将来の任用継続に対する期待の生じにくいものであることによって、少なくとも部分的に支えられていると考えられる。そして、上述のような形で任期付任用が法が本来予定する趣旨を逸脱した形で用いられ、そのことが、公務員に対して将来の任用継続に対する期待を新たに作出もしくは拡大している場合、雇止め法理における信頼保護の必要性は公務員法においても求められる労働法的考慮に裏打ちされたものであることや、当該公務員はそのような期待を前提として（雇止めに至るまでの間）既に労務を提供していること（これらの点で、行政法における信頼保護法理としての信義則が問題になる一般的な状況とは異なっていると考えられる）を考えると、このような期待の保護を法の正しい解釈（法定主義・形式主義）に反するものとして単純に否定することは適切とはいえないというべきである。むしろ、このような場合には、当事者間の衡平を図るという信義則の機能等を根拠として、任期付任用が法の本来予定する趣旨を逸脱する度合いに応じて、法定主義、形式主義を貫徹させるという考え方が後退し、雇止め法理の考え方に基づく保護の余地が生ずると考えることが可能であろう。

もっとも、このような考慮との関係でも、前述の第1点の場合と同様、いわ

ゆる臨時・非常勤職員の任期付任用が法が本来予定する趣旨を逸脱して用いられている場合、その勤務実態が正規職員のそれに接近し、このことは、法定主義・形式主義の貫徹を妨げることに對する妨げとなりうるものが、同時に考慮されるべきである。

第3に、更新打ち切りの理由が政治的動機に基づくなど、公務員法上の任用制度の原則に反したものである場合⁹⁹⁾には、そのことは、法定主義、形式主義の原則にかかわらず、任用関係の継続に一定の保護を与える根拠になりうるといえる。すなわち、このような公務員法上の任用の原則に反した任命権者の行為を許容しないという考え方は、任用に関する法の要請にむしろ適うものであり、その限りでは法定主義との実質的な抵触がないことになる。ただし、この場合にも、政治的動機に基づく等の任用制度の原則に反した任用の排除というここでの問題以外の面で法定主義や形式主義との調整をどのように行うかという問題はなお残ることになる。

(4) 任用上の地位の保護と損害賠償の相違

以上の検討からすると、任期付任用公務員の更新打ち切りに対して雇止め法理の考え方に基づく保護を及ぼしうるかについては、(3)で挙げた要素に基づき、法定主義・形式主義の貫徹が後退することによって、雇止め法理の考え方に基づく保護の余地が生じるという形で両者の調整を図る枠組みの下で検討すべきことになるが、こうした枠組みの下での調整のあり方は、1で示したように、問題となる救済が任用上の地位の保護であるか、損害賠償であるかによって変わってくるものと考えられる。

すなわち、任用上の地位を保護する救済が認められるためには、雇止め法理

99) 従来の裁判例においては、既に述べたとおり政治的動機等を代表とする、更新打ち切りの不当性を、主として損害賠償の場面における保護の根拠とするものが見られた。筆者としては、法定主義、形式主義との関係を考える上で、こうした更新打ち切り理由の不当性のうち、公務員法上の任用制度の趣旨、特に、いわゆるメリット・システムの理念に反する更新打ち切り理由かどうか、という点が重要になると考える。

の考え方が、法定主義や形式主義の考え方に基づいて妨げられることなく、全面的に妥当する必要があるということになるので、(3)で挙げた事項の考慮に基づく法定主義・形式主義の後退は、その全面的な排除といえる程度にまで徹底される必要があることになる。(3)で指摘したように、これら各事項には、法定主義・形式主義の貫徹を妨げる根拠としてそれぞれ限界があると考えられることからすれば、その実現の余地はかなり限られたものになろう。

これに対し、私見の枠組みにおいては、上記のように任用上の地位を保護する救済が認められるに至らない場合であっても、法定主義・形式主義の貫徹を妨げる事情の存在が認められる場合には、法定主義・形式主義が後退した部分については、将来の任用継続に対する公務員の期待が法的保護の対象となることが認められ、その侵害を損害賠償によって救済する余地があるということになる。

4 結論：具体的救済のあり方

任期付任用公務員の更新打ち切りに対する「出口規制」による救済のあり方について、ここまで検討してきたことの概略は、以下のとおりまとめられる。

- ・更新打ち切りに対する法的保護の根拠は、信義則を媒介として、任命権者の関与の下に作出された公務員の任用継続の期待に一定の保護を与える法理という形で公務員の任用関係にも適用の余地があると考えられる、雇止め法理の論理に求めることができる。
- ・このような雇止め法理の論理に基づく救済の可能性は、原則論としては、「地位確認否定法理」特に、その中の法定主義および形式主義に基づいて排除されることが正当化されるが、同時に、法定主義・形式主義の貫徹を妨げる根拠になりうる事情が存在することも認められる。
- ・このように、法定主義・形式主義の貫徹が妨げられる場合、その範囲内で、雇止め法理の論理に基づく救済の余地が存在するが、こうした救済の余地が

認められるための基準は、地位確認等の任用上の地位を保護する救済と、損害賠償による救済とで異なり、後者の方が救済の余地が広く認められる。

以下、こうした検討の経緯に沿って、任用上の地位を保護する救済と、損害賠償による救済のそれぞれについて具体的検討を行い、本稿の結論とする。なお、既に述べたことの繰り返しであるが、ここでの結論は、「入口規制」にかかる現行の立法や判例をいわば所与のものとするを前提にしているものである。任期付任用公務員の更新打ち切りをめぐる問題の十全な検討は、こうした「入口規制」の問題をも視野に入れたものである必要があるが、本稿との関係では、こうした検討は将来的な課題として留保されている。

（1）任用上の地位を保護する救済の可能性

まず、任用上の地位を保護する救済についてみると、3(4)で検討したように、こうした救済が認められるためには、雇い止め法理を通じた保護に対する、法定主義・形式主義の観点からの妨げが完全に排除される必要があると考えられる。そのためには、3(3)で挙げた法定主義・形式主義の貫徹を妨げうる要素のうち、1点目だけでは不十分であり、2点目、3点目で挙げた任命権者の不適切な行為（いわゆる臨時・非常勤職員についての任期付任用の本来の趣旨を逸脱した活用、政治的動機に基づくなどの任用制度の趣旨に反した動機・理由での更新打ち切り）が極めて重大といえる水準にまで達していることが必要であるとともに、更に次のような点が考慮されなければならないであろう。

- ①（いわゆる臨時・非常勤職員との対比において）法令によって任用手続を詳細に規律された任期付任用については、いかに重大な任命権者の不適切な行為があろうとも、それによって、法定主義、形式主義の要請を完全に否定し去ることは困難であると思われる。
- ② いわゆる臨時・非常勤職員については、法定主義・形式主義の貫徹を妨げる要素が強まると、同時に、このような職員の勤務実態が正規職員のそれに接近することになると考えられるので、任用上の地位を保護する救済を認め

ることによって、正規職員の任用制度、特にメリット・システムの理念に基づく任用の趣旨が損なわれないことへの配慮が必要になるとされる¹⁰⁰⁾。

- ③ 3(3)で挙げた考慮要素だけでは、任用関係の存在及び内容の明確化を図るという形式主義の要請と、任用上の地位が認められるためには新たな任用行為が必要であるというその帰結を完全に否定し去ることは困難であると思われる。

もっとも、このうち②の点については、メリット・システムの理念である、公務就任機会の公開や、能力の実証に基づく任用が、類似の職務に従事する正規職員との間で均衡が保たれているといえる程度に実現されているのであれば、問題は一応解消されるといってよいと考えられる。この点は、従来の裁判例や学説ではあまり問題にされていないが、筆者としては、任期付任用公務員の更新打ち切りに対して任用上の地位を認める救済の余地を論ずるうえで、こうした点も考慮に入れる必要がある（こうした点を考慮に入れることで、はじめて任用上の地位を保護する余地が出てくる）と考える¹⁰¹⁾。

また、③の点については、救済を求める訴訟形式として義務付け訴訟（行政事件訴訟法3条6項）を用い、任命権者に新たな任用を求めるという形で救済を図るのであれば、問題は一応解消されるといえる。

以上をまとめると、任期付任用公務員の更新打ち切りに対して任用上の地位

100) いわゆる臨時・非常勤職員のうち、特別職に位置づけられる（したがって、公務員法の適用対象から基本的に除外される）地方公務員制度上の臨時・非常勤嘱託員等（地公法3条3項3号）についても、（仮に本稿の前提に従い、特別職に分類することそれ自体は許容されとしても）このように勤務実態の正規職員のそれへの接近という事情があることから、任用手続の適正化、特にメリット・システムの理念との関係を考慮する必要があるものとする。

101) この点については、こうした考慮を解釈論のレベルで行うことの当否が問題になりえよう。しかし、筆者は、いわゆる臨時・非常勤職員について任期付任用が公務員法の趣旨に反しないことを比較的緩やかに認める裁判例の状況（前掲Ⅰ参照）を前提とするなら、これとバランスの取れた「出口規制」の論理を構築する上で、解釈論の枠組みの中に公務員法上の任用制度の趣旨との抵触を問題にする考慮要素を取り入れ、それによって「出口規制」を通じた保護の余地を（一定の範囲で）認める余地を肯定すべきと考える。

を保護する救済のあり方に関する筆者の見解は、次のとおりである。

- ① 任用更新の回数、通算勤続期間、更新手続のあり方、更新に関する任命権者側の言動等の事実関係に照らして、仮に民間部門の有期労働契約の事案であれば雇止め法理の下で解雇権濫用法理の類推適用が認められる程度に、事実としての公務員の任用継続に対する期待が存在している。
- ②（いわゆる臨時・非常勤職員の場合において）恒常的業務や正規職員が本来従事すべき業務に従事するものとして任用が行われるなど、任期付任用本来の趣旨を逸脱した任用が行われている、政治的動機に基づく更新打ち切りなど、公務員法上の任用制度の趣旨に反する更新打ち切りが行われた、等の点で、任命権者側に法の趣旨を極めて重大に逸脱した行為があり、このことを考慮すると、法定主義や形式主義に基づいて任期満了による勤務関係の当然終了という扱いをすることが著しく不公正であると認められる¹⁰²⁾。
- ③ 当該公務員の任用について公務就任機会の公開や、能力の実証による任用などのメリット・システムの理念に沿った扱いが類似の職務に従事する正規任用公務員との均衡が保たれているといいうる程度になされており、当該公務員の任用を継続させても公務員法上の任用制度の基本趣旨を損なうことがないといえる。

いわゆる臨時・非常勤職員について以上の要件が全て満たされる場合、更新打ち切りは解雇ないし免職処分に準じたものとしてその適法性を審査され、不適法であるとされる場合には、行政事件訴訟法37条の2 5項後段にいう、行政庁（任命権者）が処分（新たな任期付任用）をしないことが裁量の逸脱濫用と認められるときに該当するものとして、義務付け訴訟による救済が認められるべきである^{103, 104)}。

102) ここでいう「極めて重大」、「著しく不公正」とは、法定主義、形式主義の考え方をほぼ全面的に排除することを正当化する程度を意味するので、相当に厳しい基準ということになる。

(2) 損害賠償による救済の可能性

以上のように、筆者の見解によれば、任期付任用公務員の更新打ち切りに対して任用上の地位を保護する救済の余地は（ゼロではないものの）かなり限られたものになるが、これに対し、損害賠償による救済については、3(4)で示したとおり、より広くこれを認める余地があるものと考え。より具体的には、任用上の地位を保護する救済との関係ではこれを妨げることとなる考え方のうち、更新打ち切り後の任用上の地位を設定することに対する妨げとなっているものは、損害賠償による救済との関係ではそのようなものとして考慮する必要がないことになる。

そうすると、損害賠償による救済との関係での更新打ち切りの違法性判断は、次のようなものになるというべきである。

まず、任期付任用の本来の趣旨を逸脱した形での任用が行われていることは、法定主義、形式主義の貫徹を妨げることとなり、このような任命権者の関与の下に作出された任用継続への公務員の期待は、それが民間部門であれば雇止め法理を通じた保護の対象になっていると認められるような事実関係の下では、

103) 本文中では、義務付け判決認容の実体的要件である行政事件訴訟法37条の2 5項との関係のみを取り上げたが、筆者の見解においては、任用関係の存在を認めるためには、任命権者による任用行為が必要という原則は維持すべきものとされること、及び、このような救済が必要とされるのは労働法的考慮によるものであるところ、こうした労働法的考慮という観点からは、勤務関係の存否は労働者のもっとも基本的な権利・利益にかかわる問題であることからすれば、同条1項が定める義務付け訴訟提起の要件も満たされるというべきである。

104) (いわゆる臨時・非常勤職員との対比において) 法令によって任用手続を詳細に規律された任期付任用については、更新打ち切りに対して任用上の地位の保護を認める救済の余地は基本的でないものと考え、任用継続に対する事実としての期待の存在に加えて更新打ち切り理由の不当性が極めて重大であり、かつ、当該公務員の任用が専門的な官職への選考に基づく任用など特殊なものであって公務就任機会の公開の必要性が一般の場合より低いとともに更新打ち切り後の次の任用に向けた能力の実証が事実上行われていると評価しうる、というような特別な場合には、義務付け訴訟による救済の余地が生じることもありえよう。

法的保護の対象になるといえる。ここでは、こうした任期付任用の本来の趣旨からの逸脱によって任期付任用公務員の勤務実態が正規職員のそれに接近することや、任用行為の存在・内容の明確化の要請に基づく保護の後退は考慮しなくてよいので、上記のように法的に保護される任用継続への期待が破られた場合には、そのことがそのまま、損害賠償の根拠となる違法性を根拠付けることになるといえる。また、任用継続を期待させる任命権者側の言動や、更新打ち切りの手続において、公務員の任用継続への期待に十分な配慮がなされていたかという点¹⁰⁵⁾も、任用上の地位を保護する救済の場合と比較すれば柔軟に違法性判断の枠組みの中で考慮されうるといえよう。

次に、政治的動機に基づく更新打ち切り等の公務員法上の任用制度の趣旨に反する理由での更新打ち切りについては、公務員法上、このような理由に基づく任用上の措置が排除されるべき必要性が高いことに照らすと、このような任用制度の趣旨に反する理由で更新を打ち切られないことに対する期待が損害賠償の根拠となる公務員の被侵害利益に該当することはもちろんであるし、また、損害賠償による救済の場面では、このような被侵害利益の存在は、任用制度の趣旨に反する理由が考慮されなければ任用が更新されていたであろう事実上の蓋然性が認められる場合には広く肯定されてよいものと考えている。

なお、任期付任用公務員の更新打ち切りに対する損害賠償による救済については、大阪大学事件最高裁判決が提示する枠組みが裁判実務上に定着しつつあるが、Ⅲ2で検討したように、その枠組みの理解の仕方は、なお様々な見解が見られている。筆者の考えによれば、同最高裁判決にいう「特別な事情」の意義は、上記のような観点から判断されるべきこととなる¹⁰⁶⁾。

損害賠償による救済との関係で検討すべき事項としてはこのほか、賠償額算定の根拠及び方法の問題がある。ここまでの検討からすれば、損害賠償による救済は、通常、任用上の地位の保護が認められない状況を前提とした救済にな

105) この点は、情報システム研究機構（国情研）事件第一審判決（地位確認請求に関する判断）や、損害賠償に関する中野区事件判決等で重視されていた。

ると考えられるので、賠償の費目として更新打ち切り後の報酬相当額をそのまま逸失利益とすることは基本的にできず、慰謝料の支払いを認めることになるものと考えられる。ただし、私見として提示した上記の判断枠組みにおいては、更新打ち切りの違法性を認める根拠となる公務員の利益は、任用関係の継続に対する期待が（一定の範囲内で）法的保護を受けることによって認められることになるので、こうした、任用継続の期待に対する法的保護の強さに応じた形で、報酬額が慰謝料算定の際に考慮されるべきである¹⁰⁷⁾。

以上をまとめると任期付任用公務員の更新打ち切りに対する損害賠償による救済のあり方に関する筆者の見解は、次のとおりである。

- ① 仮に民間部門の有期労働契約の事案であれば雇止め法理の下で解雇権濫用法理の類推適用が認められる程度に、事実としての公務員の任用継続に対する期待が存在しており、

かつ、

（いわゆる臨時・非常勤職員の場合において）恒常的業務や正規職員が本来従事すべき業務に従事するものとして任用が行われるなど、任期付任用本来の趣旨を逸脱した形で任命権者側の行為が上記の期待の作出に関与している、公務員に上記期待を抱かせるような言動をしている、更新打ち切りの手続における上記期待の存在に対する配慮が十分でない、等の任命権者側の行為に鑑みると、任用関係の継続そのものが認められないことの故に損害賠償との関係でも更新打ち切りの違法性を否定することが不公正と評価できる場

106) このような私見の下では、同最高裁判決が「特別な事情」に該当する場合として挙げる、任命権者が任用継続を「確約ないし保障」した場合は、限定列举的に解されるべきではなく、任期付任用の趣旨を逸脱した任命権者の関与の下に公務員の任用更新への期待が作出された場合のうち、このような任命権者の関与がもたら任用継続の期待を持たせる言動という形でなされた場合を例示的に挙げたものと位置づけられるべきことになる。

107) たとえば、こうした任用継続の期待に対する法的保護が、任用上の地位の保護が認められる程度に準ずる水準に達しているなら、慰謝料額は、更新打ち切り後一定期間の報酬相当額を実質的に考慮した形で定められるべきであろう。

合

- ② 政治的動機に基づく更新打ち切りなど、公務員法上の任用制度の趣旨に反する更新打ち切りが行われた場合において、このような更新打ち切りがなければ任用関係が継続していたであろう事実上の蓋然性が認められる場合のいずれかに該当する場合には（大阪大学事件最高裁判決にいう「特別の事情」があるものとして）、当該公務員の更新に対する期待への法的保護が認められる程度に応じた額の慰謝料請求が認められるべきである¹⁰⁸⁾。

108) 損害賠償による救済については、（いわゆる臨時・非常勤職員との対比において）法令によって任用手続を詳細に規律された任期付任用についても、本文記載の枠組みの下で（その具体的な適用の仕方についてはいわゆる臨時・非常勤職員の場合と異なる場合もあるうが）救済が認められうるものとする。

学校における人種統合と アフーマティヴ・アクション (2・完)

——アメリカ連邦最高裁ロバーツ・コートの新たな動向——

藤井 樹 也

はじめに

1 *Seattle School District No. 1*判決の内容 (以上、2号)

2 *Seattle School District No. 1*判決の検討

おわりに (以上、本号)

2 *Seattle School District No. 1*判決の検討

(1) 概要

前章でその内容を概観した *Seattle School District No. 1*判決は、アメリカ連邦最高裁2006-2007年開廷期最終日に判決が言い渡された直後から、各種メディアによって大きく報じられた。なかには、同判決によって *Brown* 判決が後退したのかどうかという点を問題とする報道も少なからず見られたように思われる。このような問題提起は、反対意見を執筆した Breyer 判事が、同判決の言い渡し当日に21分間という異例の長時間をあてて反対意見を読みあげ⁴²⁾、本件プランを無効にすると *Brown* 判決の約束を危うくするとして Roberts 相対多

42) Joan Biskupic, *School Diversity Programs in Doubt*, USA TODAY, http://www.usatoday.com/news/washington/2007-06-28-scotus-schools-race_N.htm (2007年12月16日最終確認).

数意見を批判したことからみても⁴³⁾、決して的外れな捉え方だとはいえない。また、同判決で問題になった人種による分類を使用する学校割り当てプランは、初中等教育における人種統合を目的とする制度であったが、*Brown* 判決以降もっぱら是正の対象とされてきたのが初中等教育を含む公立学校における人種分離の問題であったことを考えると⁴⁴⁾、問題の共通性を指摘することが出来る。アファーマティヴ・アクションの是非が争われた *Bakke* 判決や *Grutter* 判決、*Gratz* 判決において、とくに高等教育における入学制度の合憲性が問題となっていたと理解すれば、その対比が明瞭になる。

しかし、本件プランを過去における差別的な人種別学制度に対する救済としての人種統合施策の一つと理解して、*Brown* 判決や *Swann* 判決などの諸先例の延長線上に位置づけるか、あるいは、ひろく教育制度における人種的多様性を現実化する施策の一つと理解して、*Bakke* 判決や *Grutter* 判決、*Gratz* 判決などのライン上に位置づけるかという問題は、同判決に対する法的評価にかかわるだけでない。この問題は、アメリカ社会における人種問題をどのように理解するか、奴隷制以来のアメリカの歴史における人種問題の現状をどう認識するかという、社会的、歴史的な根本問題にかかわっているように思われる。

2007年8月に改版された SULLIVAN & GUNTHER のケースブック（第16版）は、はやくも *Seattle School District No.1* 判決を収録している⁴⁵⁾。同書は、同判決を *Brown* 判決や *Swann* 判決の直後には配置せず、*Grutter* 判決および *Gratz* 判決の次に配置し、両判決で決定的な票を投じた O'Connor 判事の交代に言及しつつ、以下のような内容の問いを發している。*Grutter* 判決と *Gratz* 判決の理論は、公

43) 127 S.Ct. at 2837 (Breyer, J., dissenting).

44) *Brown* 事件で併合された4事件のうち、同事件の象徴となった Kansas 事件の原告 Linda Brown が小学生であったことから、同事件はとりわけ初等教育における人種別学問題をひろく認識させたといえる。See RICHARD KLUGER, SIMPLE JUSTICE : THE HISTORY OF *BROWN V. BOARD OF EDUCATION* AND BLACK AMERICA'S STRUGGLE FOR EQUALITY 408-410 (1975). なお、South Carolina 事件の原告は小学生と高校生、Virginia 事件の原告は高校生、Delaware 事件の原告は小学生と高校生であった。*Brown*, 347 U.S. at 486 n.1.

45) KATHLEEN M. SULLIVAN & GERALD GUNTHER, CONSTITUTIONAL LAW 552 (16th ed. 2007).

立学校区が生徒を割り当てる唯一の基礎として、人種的アイデンティティを用いる場合にも妥当するか。このような文脈でも、多様性が *compelling interest* となるか。かりにそうなるとしても、この利益を実現するためのさらに人種中立的な手段はないか。K-12 (幼稚園から高等学校まで) のコンテキストでは、選抜プロセスと違って、すべての生徒が包含され学校割り当てがゼロ・サム・ゲームになるので、大学のコンテキストとは異なるのではないか⁴⁶⁾。たしかに、ケースブックの章立ては、教育上の配慮や編集上の便宜などの諸事情によって左右されるので、これのみを手がかりに同判決の学問的な位置づけを軽々に論じることは出来ない。ただ、これらの設問から、少なくとも同判決と *Grutter* 判決および *Gratz* 判決との関係に大きな関心が寄せられていることをうかがうことはできよう。

以上のような諸問題を考えるため、まず、同判決と二系統の先例、すなわち、*Brown* 判決～*Swann* 判決などの諸先例、および、*Bakke* 判決～*Grutter*・*Gratz* 判決などの諸先例との間に、どのような関係があるのかを考察する必要がある。

(2) *Brown* 判決との関係

- (a) 連邦最高裁の変遷 アメリカの連邦裁判所は、ウォーレン・コート初期にあたる1954年の *Brown* 判決以降、学校における人種分離の撤廃と人種統合の実現という困難な課題と格闘してきたが、強制バス通学のように平等な状態を人為的に創出しようとする手段については、賛否両論がつきまとった。*Brown* 判決から2007年の *Seattle School District No.1* 判決にいたる50年余りの間に、ウォーレン・コート (1953～1969)、バーガー・コート (1969～1986)、レンキスト・コート (1986～2005)、そして、ロバーツ・コート (2005～) と、連邦最高裁のメンバーは変遷をかさね、その姿勢も少しずつ変容を遂げてきた。
- (b) 社会科学的データへの依拠 *Brown* 判決では、公立学校における人種別学

46) *Ibid.*

制度の是非が問題になったが、全員一致の意見をまとめた Warren 法廷意見は、「公立学校における白人児童と有色人種児童の分離は、有色人種児童に有害な影響を与える」、「法的に強制された人種分離は、黒人児童の教育的・心理的発達を遅らせる傾向がある」という Kansas 事件下級審による認定を引用して、*Plessy* 判決がこの認定と矛盾する部分を否定し⁴⁷⁾、「公教育の分野では、『分離すれども平等』法理の適用の余地はない」、「分離された教育施設は本質的に不平等である」と述べ、平等保護条項違反の主張が認められた⁴⁸⁾。

このように、心理学等の成果を引用して差別を認定する根拠としたことが⁴⁹⁾、*Brown* 判決の大きな特徴であったが、*Seattle School District No.1* 判決においても、社会科学的数据の信頼性が一つの争点となっている。すなわち、Breyer 反対意見は、compelling interest の民主的側面を説明する文脈において、「人種分離されていない学校の黒人および白人の生徒は、人種分離された学校の生徒よりも人種的偏見が少ない」、「人種分離されていない学校での異人種との交流により、異人種間の社会性および友情の増大がもたらされる」という研究結果、人種的に統合された学校の出身者は、卒業後に人種分離されていない職場で働く傾向があるという研究結果、学校における人種分離の解消が、居住における人種分離を減少させるという研究結果を例示した⁵⁰⁾。これに対して、Thomas 同意意見は、生徒の学業成績などに応じてグループ分けをした結果、特定の人種が集中してしまう可能性があること、異人種の混合により人種的態度が改善するかどうかは不明とする調査結果や人種的態度がむしろ悪化するという研究

47) *Brown*, 383 U.S. at 494-495.

48) *Brown*, 383 U.S. at 495.

49) *Brown*, 383 U.S. at 494 n.11. 社会科学の成果の引用による判決正当化をめぐる議論については、毛利透「人種分離撤廃の現実と法理論（二）—憲法訴訟における事実解釈の研究—」国家学会雑誌 107 巻 7・8 号 1 頁、30～45 頁（1994）を参照。また、*Brown* 判決に対する社会科学からの批判については、以下の文献を参照。JOHN P. JACKSON, JR., SCIENCE FOR SEGREGATION: RACE, LAW AND THE CASE AGAINST BROWN V. BOARD OF EDUCATION 118-178 (2005).

50) *Seattle School District No.1*, 127 S.Ct. at 2822 (Breyer, J., dissenting).

結果の存在などを指摘して、Breyer 反対意見のいう *compelling interest* の民主的側面を否定したのである⁵¹⁾。このように、*compelling interest* の有無という異なる文脈においてではあるが、人種分離に関する社会科学の成果をめぐる議論が現在でも依然としておこなわれていることは興味深い。ただ、社会科学的な仮説について、科学的に確実な証明がそもそも可能であるのかという問題があり、とりわけ人種問題のような社会的な論争については複数の仮説が並立するのがむしろ普通であると考え、社会科学的な真偽を法的議論の決め手にすることは依然として容易ではないように思われる。

(c) 連邦裁判所の救済権限 つぎに、*Brown* 事件の救済について、連邦最高裁は、1955年の *Brown II* 判決において、連邦裁判所がエクイティ権限に基づき、「可及的速やかに (*with all deliberate speed*)」、当事者を人種差別なしに公立学校に入学させるための必要かつ適切な手続をとるべく、事案を連邦地裁に差し戻した⁵²⁾。その後、連邦裁判所は人種分離の解消作業への関与を強いられる。バーガー・コート初期にあたる1971年の *Swann* 事件で問題になったのは、人種を考慮して学区の区割りをおこない、都心と郊外との間で強制バス通学を実施する連邦地裁による救済プランであった。全員一致の Burger 法廷意見は、エクイティ救済権限をひろく認め、当該プランの合理性を否定できないとする一方で、*Brown (I)* 判決の要求が完全に満たされれば、制度は「一元的 (*unitary*)」となり、連邦地裁による救済が不要になると述べ、救済が無限に継続するわけではないことを付言したのである⁵³⁾。

このように、*Swann* 判決のうちに、連邦裁判所による広範な救済権限を承認する要素と、際限のない人種統合に歯止めをかける要素とが内在しており、そこにバーガー・コートのアンビヴァレントな性格をみる見方もあろう。そして、

51) *Seattle School District No. 1*, 127 S.Ct. at 2780-2781 (Thomas, J., concurring).

52) *Brown II*, 349 U.S. at 301. なお、1954年判決を *Brown I* 判決、1955年判決を *Brown II* 判決と表記して両者を区別することが多いが、本稿ではとくに混同のおそれがある場合を除いて、1954年判決を単に *Brown* 判決と表記する。

53) *Swann*, 402 U.S. at 31-32.

*Seattle School District No.1*判決において、*Swann*判決に対する理解もまたその争点の一つとなっており、その一因として*Swann*判決そのものに内包された両面性を指摘することも可能であろう。一方で、Breyer反対意見は、教育政策の遂行に関して学校当局には伝統的に広範な権限が付与され、黒人生徒と白人生徒の比率を学校区全体の人口比を反映したものにすることも可能であり、これが教育政策として学校当局のひろい裁量権に含まれるという*Swann*判決の一節を引用した⁵⁴⁾。そして、この裁量権を根拠に、裁判所による人種分離解消の命令が存在していない場合や、法的な人種分離制度の存在が証明できていない場合でも、人種に基づく人種分離解消施策の遂行が可能であることを基礎づけようとした。他方で、Roberts相対多数意見は、Breyerが引用する*Swann*判決の一節が傍論にすぎないこと、*Swann*判決当時、本件で問題になっているような人種による分類に厳格審査が適用されることが確定していなかったこと、*Swann*判決が許容される手段について何も明らかにしていないこと、Breyerが補強証拠として引用する下級審判決が本件とは無関係なものであることを指摘したのである⁵⁵⁾。*Swann*事件はNorth Carolina州における過去の人種別学制度に対する救済命令の合理性をめぐる事件であり、*Seattle School District No.1*事件との事案の相違を考慮すると、*Swann*判決に依拠するためには事案から離れた一般化を余儀なくされるという問題が生じる。たしかに、Seattleでは、1978年にNAACPとの合意により強制バス通学が実施され、Jefferson Countyでも、1975年の裁判所による統合命令ののち、強制バス通学が実施されていたが⁵⁶⁾、本件両プランが過去の人種別学制度と直接対応していない点で、*Swann*判決からダイレクトに結論を導き出すことには相当な困難が伴わざるをえないのである。

(d) バーガー・コートからレンキスト・コートへ その後、バーガー・コート

54) *Seattle School District No.1*, 127 S.Ct. at 2811-2812 (Breyer, J., dissenting) (quoting *Swann*, 402 U.S. at 16).

55) *Seattle School District No.1*, 127 S.Ct. at 2762 (opinion by Roberts, C.J.).

56) *Seattle School District No.1*, 127 S.Ct. at 2804, 2807-2808 (Breyer, J., dissenting).

は、1974年の *Milliken I* 判決で学校区をまたがる救済を原則として否定しつつ⁵⁷⁾、1977年の *Milliken II* 判決で差戻後の連邦地裁による公金支出命令を伴う学校区内での救済を肯定した⁵⁸⁾。さらに、レンキスト・コート期になると、重点的な予算配分をうけるマグネット・スクールの創設などの間接的な手段による人種統合命令の是非が争われるようになったが、1990年の *Jenkins I* 判決では、連邦地裁による直接の課税命令が救済権限を越えるとされ⁵⁹⁾、1995年の *Jenkins II* 判決では、教職員の給与増額命令を含む教育改善プログラムの命令が連邦地裁の救済権限を越えるものと判断された⁶⁰⁾。 *Jenkins II* 判決では、Rehnquist 法廷意見に O'Connor、Scalia、Kennedy、Thomas が同調したのに対して、Souter 反対意見に Stevens、Ginsberg、Breyer が同調し、5対4に分かれたが、Kennedy が法廷意見に同調していることと、反対意見が *Seattle School District No.1* 判決の反対意見とまったく同一の4名であったことが注目される。ただし、*Jenkins II* 事件では、過去の人種別学制度の救済として、人種との直接の関連性が希薄なプログラムを連邦裁判所が命令することが問題になったのに対して、*Seattle School District No.1* 判決では、過去の人種別学制度の直接の救済とは別個に、人種に基づくプランを学校区が実施したことが問題になった点で、両事案は好対照をなしており、両事件における Kennedy 判事の微妙なスタンスは、このような事案の違いにも由来しているように思われる。

以上のように、連邦最高裁は、*Brown* 判決以降50年以上にわたって、法的あるいは事実上の人種分離の解消という社会的課題に向きあってきた。しかし、1970年以降人種統合の成果はあがっておらず、むしろ分離が進行していると

57) *Milliken v. Bradley*, 418 U.S. 717 (1974).

58) *Milliken v. Bradley*, 433 U.S. 267 (1977).

59) *Missouri v. Jenkins*, 490 U.S. 33 (1990).

60) *Missouri v. Jenkins*, 515 U.S. 70 (1995). *Brown* 判決から同判決にいたる40年間に生じた社会的背景の変化については、藤倉皓一郎「裁判所による人種別学解消措置の限界」藤倉皓一郎＝木下毅＝高橋一修＝樋口範雄編『英米判例百選 (第3版)』70頁、71頁 (1996) を参照。

いう調査もある⁶¹⁾。また、*Brown* 判決によって、連邦裁判所が直接・間接に人種統合を促進したというテーゼに疑問を投げかける議論もある⁶²⁾。さらに、*Brown* 判決の正しさ自体を疑問視し、「分離すれども平等」法理を徹底したほうが、アメリカの黒人の地位がより向上したはずだという見解もあり⁶³⁾、*Brown* 判決以降の人種統合の努力の成果について、現状では評価がわかれている。もっとも、裁判所の役割や判決の意義が社会を良い方向に変革させることにあるという見方自体にも、そもそも疑問の余地があろう。いずれにせよ、*Seattle School District No.1* 判決が、*Brown* 判決後の積極的な差別解消措置の意義についての評価が不確実となり、人種統合施策が際限なく継続することへの不安が入り交じる状況のなかで下されたことを、認識しておく必要がある。

(e) Color-Blind な憲法の観念 *Seattle School District No.1* 判決の Thomas 同意

61) *The Supreme Court, 2006 Term — Comment, Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No.1 : Voluntary Racial Integration in Public Schools*, 121 HARV. L. REV. 98, 98-99 (2007), Gary Orfield & Chungmei Lee, *Racial Transformation and the Changing Nature of Segregation* 10 tbl.3 (2006), http://www.civilrightsproject.ucla.edu/research/deseg/Racial_Transformation.pdf, Gary Orfield & Chungmei Lee, *Historic Reversals, Accelerating Resegregation, and the Need for New Integration Strategies* 24 tbl.8 (2007), http://www.civilrightsproject.ucla.edu/research/deseg/reversals_reseg_need.pdf.

62) GERALD N. ROSENBERG, *THE HOLLOW HOPE : CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE?* 70-71, 155-156 (1991), MICHAEL J. KLARMAN, *FROM JIM CROW TO CIVIL RIGHTS : THE SUPREME COURT AND THE STRUGGLE FOR RACIAL EQUALITY* 344-364 (2004). Rosenberg の問題提起を詳細に検討するものとして、早瀬勝明「ブラウン判決は本当にアメリカ社会を変えたのか (一)、(二・完)」山形大学法政論叢 35 号 61 頁、75～94 頁、36 号 1 頁、2～27 頁 (2006) を参照。Klarman の著書については、勝田卓也「著書紹介 マイケル・J・クラーマン『ジム・クローから公民権へ』(1)、(2・完)」法学雑誌 52 卷 1 号 182 頁、2 号 384 頁 (2005) を参照。また、*Brown* 判決の意義を評価するものとして、勝田卓也「ブラウン判決再考」法学雑誌 53 卷 3 号 711 頁 (2007) を参照。

63) DERRICK BELL, *SILENT COVENANTS : BROWN V. BOARD OF EDUCATION AND THE UNFULFILLED HOPES FOR RACIAL REFORM* 20-28, 196-197 (2004) (1954 年の時点で *Plessy* 判決を再確認することにより平等を追求する代替的選択肢があったことを示しつつ、*Brown* 判決は分離すること自体が不平等であると見なしたが、人種差別をより広い文化的条件のなかで理解する可能性を閉ざす結果となり、同判決の実現は失敗に終わったと指摘する)。

意見は、「われわれの憲法は color-blind である」という *Plessy* 判決 Harlan 反対意見の考え方を支持し、Breyer 反対意見を批判している⁶⁴⁾。Color-blindness の観念により人種による分類を一切否定する考え方は、一面で *Brown* 判決と同じ「分離すれども平等」法理の否定をもたらすが、他面で人種による優遇措置であるアファーマティヴ・アクションの否定につながる。*Plessy* 判決当時と現在とにおける、color-blind 理論の意味が異なることを重視し、その否定的側面を“color-blind racism”と呼びこれを批判する立場も見られるところである⁶⁵⁾。つまり、*Brown* 判決の結論の正当性を前提とするにしても、その理由をどのように考えるかにより、*Seattle Dchool District No.1* 事件に対する理解が異なってくる可能性があるものであり、この点でも、同判決と *Brown* 判決との関係が単純ではないことに注意が必要である。

(3) *Bakke* 判決および *Gratz & Grutter* 判決との関係

(a) *Bakke* 判決 バーガー・コート中期にあたる 1978 年の *Bakke* 判決では、高等教育機関（メディカル・スクール）への入学におけるマイノリティ優遇措置、すなわち、入学定員 100 名のうち 16 名をマイノリティの特別枠とする、いわゆるクォータ制の合憲性が問題とされた。連邦最高裁では、これを合憲とする 4 判事と連邦法違反とする 4 判事とが対立し、折衷的な Powell 意見が結論を左右することとなった。ここから、バーガー・コートの両面性ととともに、二派が分裂し中間派がキャスティング・ヴォウトを投じるという、レンキスト・

64) *Seattle School District No.1*, 127 S.Ct. at 2782-2788 (Thomas, J., concurring) (citing *Plessy*, 163 U.S. at 559 (Harlan, J., dissenting)).

65) EDUARDO BONILLA-SILVA, RACISM WITHOUT RACISTS : COLOR-BLIND RACISM AND THE PERSISTENCE OF RACIAL INEQUALITY IN THE UNITED STATES 25-49 (2003)(①抽象的リベラリズム、②本性論、③文化的レイシズム、④レイシズムの軽視という、4 類型の “color-blind racism” の典型的な考え方があることを指摘する)。See also Keith R. Walsh, Book Review : *Color-Blind Racism in Grutter and Gratz : Racism without Racists : Color-Blind Racism and the Persistence of Racial Inequality in the United States*. By Eduardo Bonilla-Silva, 24 B. C. THIRD WORLD L.J. 443, 446-449, 465-467 (2004).

コートで一般化した図式の原形を見出すこともできようが、連邦法違反と考えた4判事のうちに、RehnquistとStevensが同居していたことも興味深い。Powell意見は、人種的マイノリティの利益となる区分にも厳格審査を適用すべきだとして、①過去の差別の救済と、②多様性の確保を正当かつ実質的な利益であると認めつつ、前者はこの事例に無関係であるとした。また後者によっては、特別枠を設定する硬直的な入試システムを正当化できないとしてこれを違憲としつつ、人種をプラス評価の一要素とする入試制度が許容される余地を認めたのである⁶⁶⁾。

後述するように、*Bakke*判決当時の連邦最高裁において他の同調者がいなかったPowell意見の立場の主要部分は、その後、レンキスト・コートで多数の判事によって支持されるに至った。*Seattle School District No.1*判決でも、Roberts法廷意見は、厳格審査を適用しつつ、①過去の意図的差別の効果を是正する利益と、②高等教育における多様性の利益とがcompelling interestにあたるとして、本件両プランの合憲性判断をおこなっているが、この枠組みはPowell意見によって示されたものを基本的に踏襲するものである。そして、Roberts法廷意見は、(i)目的審査においてcompelling interestと認められる多様性を高等教育における多様性に限定し、(ii)手段審査においてもnarrowly tailoredであると認められるためには人種による分類の使用が多様性の幅広い考慮の一部であることが要求されるとして、(i)については後述の*Grutter*判決を、(ii)については*Grutter*判決が*Bakke*判決Powell意見を引用している部分をその根拠として援用した⁶⁷⁾。しかし、このような理解が*Bakke*判決Powell意見から一義的に導かれるとは必ずしもいえない。むしろ、後の事例における先例解釈を通じて明らかにされた判例理論が、*Seattle School District No.1*判決の結論を左右したと理解するほうが自然であろう。

(b) バーガー・コートからレンキスト・コートへ バーガー・コート末期から

66) *Bakke*, 438 U.S. at 269 (opinion by Powell, J.).

67) *Seattle School District No.1*, 127 S.Ct. at 2751-2754 (opinion by Roberts, CJ.).

レンキスト・コート中期にかけての連邦最高裁では、主として公共事業の請負や事業免許の付与などの分野におけるマイノリティ業者優遇施策の合憲性が争われた諸事例をつうじて、徐々に多数派が形成され、アファーマティヴ・アクションに関する判例理論が固められていった⁶⁸⁾。バーガー・コート末期にあたる1980年の*Fullilove*判決では、マイノリティ企業を優遇する予算支出を義務づける連邦プログラムの合憲性が争われ、修正14条5項に基づく連邦議会の救済権限を根拠に当該プログラムを合憲とするBurger意見が判決となった⁶⁹⁾。さらに、レンキスト・コート期にはいると、1989年の*Croson*判決において、公共事業の請負に関してマイノリティ企業を優遇する市条例の合憲性が問題になり、依然として各判事の意見が多岐に分かれたが、厳格審査を適用して当該条例を違憲とする立場に、結果的には6名の判事が賛成した⁷⁰⁾。しかし、1990年の*Metro Broadcasting*判決では、放送免許の付与に際してマイノリティ企業を優遇する連邦の措置の合憲性が問題となり、Brennan法廷意見は、事案が*Croson*判決とは異なるとして、中間審査を適用して合憲判断を下した⁷¹⁾。けれども他方で、厳格審査の適用を主張するO'Connor反対意見に3名が同調し、連邦の措置にも原則として厳格審査を適用すべきだという立場を支持する判事は4名となった⁷²⁾。そして、1995年の*Adarand*判決では、公共事業の下請業者

68) *Bakke*判決以降のアファーマティヴ・アクション判例については、吉田仁美「アメリカにおけるアファーマティヴ・アクションの合憲性審査基準の動向」同志社法学53巻7号566頁、577～624頁(2002)を参照。

69) *Fullilove*, 448 U.S. at 453 (opinion by Burger, CJ., joined by White, J. and Powell, J.). なお、この事件でも、RehnquistとStevensが違憲の結論を支持するグループに属していた。*Id.* at 522 (Stewart, J., dissenting, joined by Rehnquist, J.), at 532 (Stevens, J., dissenting).

70) *Croson*, 488 U.S. at 507-508 (opinion of the court by O'Connor, J., joined by Rehnquist, CJ., White, J., Stevens, J. and Kennedy, J.), *id.* at 520 (Scalia, J. concurring in the judgment). なお、相対多数意見は、連邦議会の権限が問題になった事例である*Fullilove*判決を区別している。*Id.* at 490 (opinion by O'Connor, J., joined by Rehnquist, CJ. and White, J.).

71) *Metro Broadcasting*, 497 U.S. at 552 (opinion of the court by Brennan, J.).

72) *Id.* at 602-610 (O'Connor, J., dissenting, joined by Rehnquist, CJ., Scalia, J. and Kennedy, J.).

の選定の際にマイノリティ企業を優遇する連邦プログラムの合憲性が問題になり、O'Connor 法廷意見（Rehnquist、Kennedy、Thomas、Scalia が同調）は、連邦、州、地方政府のいずれによって課される人種による分類に対しても厳格審査が適用されるとして、*Metro Broadcasting* 判決を明示的に変更し⁷³⁾、事案を原審に差し戻した。これにより、5対4の僅差ではあったが、あらゆるアファーマティヴ・アクションに厳格審査を適用する連邦最高裁の立場が明確になったといえる。*Seattle School District No. 1* 判決の Roberts 法廷意見も、この立場を前提に厳格審査を適用した⁷⁴⁾。

これらレンキスト・コート期の諸判例と *Seattle School District No. 1* 判決の関係を考える上で、Kennedy 判事の立場に注目しておきたい。Kennedy は、Powell 判事の退任の後、Reagan 大統領による Robert Bork の指名とその失敗などの紆余曲折を経て、1988年2月に連邦最高裁入りした。これは、Rehnquist 長官就任のわずか1年半後のことであり、連邦最高裁における Kennedy は、これまでほとんどレンキスト・コートとともにあったということもできよう。Kennedy は当初、Bork の華々しさと対比により、地味な実務家のイメージが強かったが、連邦最高裁における在職期間が長くなるにつれ、徐々にその個性を発揮しはじめたように思われる。

Kennedy は、*Croson* 判決においては一部同意・一部結論同意意見を執筆し、連邦によるアファーマティヴ・アクションと州によるアファーマティヴ・アクションとを区別する考え方に反対し、州の権限を軽視すべきでないこと、最も厳格な審査を適用すべきことを指摘した⁷⁵⁾。また、*Metro Broadcasting* 判決においては反対意見を執筆し、厳格審査の適用を主張する O'Connor 反対意見に同意しつつ、*Plessy* 判決の「分離すれども平等」と「不平等だが好意 (benign)」を対比させ、合憲判決を下した法廷意見を強く批判した⁷⁶⁾。そのうえで、

73) *Adarand*, 515 U.S. at 227.

74) *Seattle School District No. 1*, 127 S.Ct. at 2751-2752.

75) *Croson*, 488 U.S. at 518-520 (Kennedy, J., concurring in part and concurring in the judgment).

Adarand 判決では O'Connor 法廷意見に同調したのであった。このうち、*Metro Broadcasting* 判決 Kennedy 反対意見だけをみると、color-blind 論者であるかのような印象を抱かせる部分もある。しかし、*Croscon* 判決以降の意見を総合すれば、Kennedy は当初から、厳格審査を満たすアファーマティヴ・アクションがあり得るという立場をとっていたと理解することも可能であり、*Seattle School District No.1* 判決 Kennedy 同意意見によって、その考えの一端が表明されたと理解することも可能であろう。

(c) *Gratz & Grutter* 判決 つぎに、レンキスト・コート末期にあたる 2003 年の *Gratz* 判決と *Grutter* 判決では、Michigan 大学の学部およびロー・スクールにおける入学者選抜手続の合憲性が争われ、結果的には O'Connor 判事の立場が両事件の結論となった⁷⁷⁾。*Gratz* 事件では、学部における入学者選抜方法の合憲性が問題とされ、Rehnquist 法廷意見 (O'Connor, Scalia, Kennedy, Thomas が同調) は、厳格審査を適用し、人種のみを理由として自動的にポイントを付与する方法が、compelling interest として主張されている多様性を実現するために narrowly tailored である手段だとはいえず違憲だと判断した⁷⁸⁾。他方で、*Grutter* 事件では、ロー・スクールにおける入学者選抜方法の合憲性が問題とされ、O'Connor 法廷意見 (Stevens, Souter, Ginsberg, Breyer が同調) は、厳格審査を適用し、*Bakke* 判決 Powell 意見に言及して学生集団の多様性が compelling interest であることを認め、さまざまな多様性の考慮の一つとして人種をプラス評価の対象とする方法は、narrowly tailored だといえることができるとして合憲と判断したのである⁷⁹⁾。

Seattle School District No.1 判決において、両先例との関係は詳細に検討され、Roberts 法廷意見は、人種の考慮は多様性の一要素でなければならないこと、問題となった割り当てプランが *Gratz* 事件の硬直的な学部入学者選抜方法により近いこと、高等教育の特殊性の考慮が必要であることを、両先例から導きだした⁸⁰⁾。これに対して、Breyer 反対意見は、*Grutter* 判決から、初中等教育に

76) *Metro Broadcasting*, 497 U.S. at 631-638 (Kennedy, J., dissenting, joined by Scalia, J.).

おける多様性も当然 *compelling interest* だといえること、問題となった割り当てプランが *Grutter* 事件の柔軟なロー・スクール入学者選抜方法により近いことを、両先例から導きだしたのである⁸¹⁾。

ここでも、両事件における Kennedy 判事の立場を確認しておくことが有益である。一方で、*Gratz* 判決で Kennedy は Rehnquist 法廷意見に同調した。他方で、*Grutter* 判決でも Kennedy は Rehnquist 反対意見に同調したが、個別に反対意見を執筆し、厳格審査を適切に適用されていないとして法廷意見を批判した⁸²⁾。このことからすると、同じく厳格審査とされていても、*Seattle School*

77) *Gratz*, 539 U.S. 244, *Grutter*, 539 U.S. 306. 両判決についてはすでに多くの優れた検討がある。さしあたり、紙谷雅子「大学とアファーマティブ・アクション *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306, 123 S.Ct. 2325 (2003) および *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244, 123 S.Ct. 2411 (2003) — 州立大学および州立のロー・スクールにおける人種を意識した入学判定手続の合憲性—出願者の個別的な属性として人種を考慮することは、多様な学生集団を構成するという非常に重要な利益を促進する（ロー・スクールの手続は合憲）が、特定の人種、民族出身者に一律ポイントを加算することは、多様性を促進するという州の主張する非常に重要な利益を促進することにはならない（大学の手続は違憲）とされた2つの事例」アメリカ法2004年1号53頁、56～65頁（2004）、吉田仁美「高等教育におけるアファーマティブ・アクション」関東学院法学13巻3号49頁、63～113頁（2003）、吉田仁美「アファーマティブ・アクションと平等保護の展望」比較法研究66号231頁、235～237頁（2004）、植木淳「アファーマティブアクションの再検討—『厳格審査』と『多様性』—」北九州大学法政論集32号1頁、2～18頁（2004）、賀川真理「アメリカの高等教育におけるアファーマティブ・アクション論争—カリフォルニア州とミシガン州の比較考察—」阪南論集社会科学編40巻1号1頁、10～12頁（2004）、日吉和子「米国高等教育機関におけるアファーマティブ・アクションについて—ミシガン大学、同ロースクールの入学者選考に関する最高裁判決—」城西大学語学教育センター研究年報創刊号27頁、30～36頁（2005）、安西文雄「アメリカ合衆国の高等教育分野におけるアファーマティブ・アクション」立教法学67号1頁、11～14頁（2005）、山内久史「高等教育における人種的アファーマティブ・アクション—ミシガン州立大学2事件判決（2003年を契機として—）帝京国際文化18号111頁、119～123頁（2005）、小林富久子＝出野由紀子＝杉本香織＝田村亮＝中垣垣太郎「アメリカ高等教育におけるアファーマティブ・アクションの経緯—ブラウン判決50周年にあたって—」早稲田教育評論20巻1号313頁、321～328頁（2006）を参照。See also ROBERT ZELNICK, SWING DANCE: JUSTICE O'CONNOR AND THE MICHIGAN MUDDLE 166-178 (2004), BARBARA A. PERRY, THE MICHIGAN AFFIRMATIVE ACTION CASES 135-156 (2007).

District No. I 判決 Kennedy 同意意見の厳格審査基準は、Breyer 反対意見の厳格審査基準よりも厳しい基準であったという見方も可能であるように思われる。

(d) **人種的ゲリマンダリング** さらに、1990年代半ば以降のレンキスト・コート中後期における一連の人種的ゲリマンダ事件と、*Seattle School District No. I* 判決との関係を看過することができない⁸³⁾。連邦最高裁は、1993年の *Shaw I* 判決で、異常な形状のマイノリティ多数選挙区 (majority-minority district) を含む州による選挙区割り為人種を理由とする選挙区割り以外のものとは考えられないとして、その合憲性を厳格審査で判断すべきだとして事案を連邦地裁に差し戻した⁸⁴⁾。また、1995年の *Hays* 判決では、選挙区内に居住する者のスタンディングを肯定する一方で、選挙区外に居住する者には、特別な個人的損害を証明しないかぎりスタンディングが認められないと判断し⁸⁵⁾、*Miller* 判決では、原告によって人種が支配的なファクターであることの立証がなされているとして厳格審査を適用した連邦地裁の判断を支持し、当該選挙区割りを違憲と判断した⁸⁶⁾。さらに、1996年の *Shaw II* 判決で連邦最高裁は、厳格審査を適用し、主張された利益 (過去の差別の是正、Voting Rights Act § 5 の遵守、同法 § 2 の適用の回避) による正当化ができないとして当該選挙区割りを違憲とし⁸⁷⁾、*Vera* 判決でも、厳格審査を適用して当該選挙区割りを違憲

78) *Gratz*, 539 U.S. at 249 (opinion of the court by Rehnquist, CJ.).

79) *Grutter*, 539 U.S. at 311 (opinion of the court by O'Connor, J.).

80) *Seattle School District No. I*, 127 S.Ct. at 2753-2754 (opinion of the court by Roberts, CJ.).

81) *Seattle School District No. I*, 127 S.Ct. at 2822, 2825 (Breyer, J., dissenting).

82) *Grutter*, 539 U.S. at 387 (Kennedy, J., dissenting).

83) Voting Rights Act の成立以来の歴史と人種的ゲリマンダリングをめぐる諸問題については、木下智史「合衆国における人種的少数者の投票権保障 (一)~(四)・完」神戸学院法学 25 卷 3 号 83 頁、4 号 95 頁 (1995)、27 卷 1・2 号 111 頁 (1997)、29 卷 2 号 41 頁 (1999)、倉田玲「ゲリマンダリングと合衆国の投票権法制 (上)、(下) 一代表を選出する機会の平等—」立命館法学 268 号 1323 頁 (1999)、269 号 24 頁 (2000) を参照。

84) *Shaw v. Reno*, 509 U.S. 630 (1993).

85) *United States v. Hays*, 515 U.S. 737 (1995).

86) *Miller v. Johnson*, 515 U.S. 900 (1995).

とした⁸⁸⁾。その後、2000年の *Sinkfield* 判決では、マイノリティ多数選挙区に隣接する白人多数選挙区に居住する者のスタンディングを否定したが⁸⁹⁾、2001年の *Easley* 判決では、*Shaw I・II* 事件で問題になった選挙区の再区割りについて、人種が支配的なファクターであるとは認められないとして連邦地裁の違憲判断を覆した⁹⁰⁾。そして、ロバーツ・コート初年度にあたる2006年の *LULAC* 判決で連邦最高裁は、ラテン系多数選挙区を解体し代替選挙区を新設する再区割りを Voting Rights Act § 2 違反であると認定し、修正1条および平等保護条項違反の問題の判断を回避する一方で、他の選挙区の変更によるアフリカ系住民の投票権の希釈が違法であるという主張をしりぞけた⁹¹⁾。

これらの人種的ゲリマンダ事件における Kennedy 判事の立場は、以下のとおりである。*Shaw I* 判決で Kennedy は、人種を理由とする選挙区割りに厳格審査で判断すべきだという O'Connor 法廷意見に同調した。また、*Hays* 判決でも、スタンディングを否定する O'Connor 法廷意見に同調した。さらに、*Miller* 判決では、人種を理由とする選挙区割りに厳格審査を適用して違憲とする結論を支持する法廷意見を自身が執筆した。さらに、*Shaw II* 判決 Kennedy は、厳格審査を適用して選挙区割りを違憲とする Rehnquist 法廷意見に同調し、*Vera* 判決でも厳格審査を適用して選挙区割りを違憲とする O'Connor 相対多数意見に同調したが、後者では独自の同意意見を執筆し、マイノリティ多数選挙区を創設するすべてのケースに厳格審査が適用されることを強調した⁹²⁾。そ

87) *Shaw v. Hunt*, 517 U.S. 899 (1996).

88) *Bush v. Vera*, 517 U.S. 952 (1996).

89) *Sinkfield v. Kelley*, 531 U.S. 28 (2000).

90) *Easley v. Cromartie*, 532 U.S. 234 (2001). 同判決にいたる諸事例については、東川浩二「合衆国における90年代の人種的ゲリマンダリング訴訟の展開(1)、(2・完)―*Easley v. Cromartie* (2001)を契機として」金沢法学45巻1号1頁(2002)、2号1頁(2003)、東川浩二『『合憲の』人種的ゲリマンダリングを定義する―最高裁が語らなかった合憲性の基準―』選挙研究19号73頁(2004)を参照。

91) *League of United Latin American Citizens v. Perry*, 126 S. Ct. 2594 (2006).

92) *Vera*, 517 at 999 (Kennedy, J., concurring).

の後、*Sinkfield* 判決は *per curium* であったが、*Easley* 判決では、連邦地裁の違憲判断を支持した Thomas 反対意見に同調し、Breyer 法廷意見に同調した O'Connor との立場の違いを印象づけた。そして、*LULAC* 判決では、厳格審査を適用して選挙区割りを一部合憲・一部違憲とする意見を自ら執筆した。このように Kennedy は、人種的ゲリマンダ事件においても一貫して厳格審査の適用を主張し、違憲判断を支持してきたが、2006 年の *LULAC* 判決にいたって、はじめてマイノリティ多数選挙区の解体に反対したのである。ただし、*LULAC* 事件は政治的動機が濃厚なマイノリティ多数選挙区の解体と代替選挙区の新設の違法性が問題となった事例で、主として政治的ゲリマンダリングの合法性が争点となっており、人種的ゲリマンダリングの合憲性が正面から争われた従来の諸事件とは事案が異なる。したがって、*LULAC* 判決を境に Kennedy が人種的ゲリマンダリングに寛容な姿勢に転じたと断定することは容易ではないが、*LULAC* 判決における Kennedy 意見のなかに、*Seattle School District No. 1* 判決における Kennedy 同意意見の予兆を読み取る見解があるので、これについては後述する。

(4) ロバーツ・コートの新たな動向

(a) 人種分離制度の撤廃かアファーマティヴ・アクションか *Seattle School District No. 1* 事件に関しては、論者による評価がさまざまに分かれるか⁹³⁾、問題となった人種に基づく割り当てプランの許容性を考えるうえで一つのカギと

93) 本稿で紹介する諸見解のほか、以下のものを参照。Recent Case, *Constitutional Law - Equal Protection - Ninth Circuit Holds That High School Racial Balancing Plan Does Not Violate the Equal Protection Clause.* - *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District, No. 1*, 426 F.3d 1162 (9th Cir. 2005) (en banc), 119 HARV. L. REV. 1915, 1922 (2006) (*Grutter* 判決の硬直的な厳格審査を無理に適用するのではなく、強度の合理性審査を適用すべきだという), Samuel Estreicher, *Equal Protection: The Non-Preferment Principle and the "Racial Tiebreaker" Cases*, 2006-2007 CATO SUP. CT. REV. 239, 242-250 (2006-2007) (人種による目的を人種中立的な手段によって実現しなければならないという厚遇禁止原則 (non-preferment principle) によって、連邦最高裁判例の立場を説明できるという)。

なるのが、当該プランを過去の人種分離制度を撤廃するための方策の一環と理解するか、アファーマティヴ・アクション施策と理解するかという点である。

この点について、*Seattle School District No.1*判決のRoberts法廷意見は、①Seattleでは過去の人種分離制度も裁判所による人種統合命令もなかった、②Jefferson Countyでは過去の人種分離制度があり裁判所による人種統合命令がだされたが、後に裁判所によって一元化の達成が認定され人種統合命令が解除されたとして、過去の差別を是正する利益による正当化を否定した。この立場は、当該プランを新たなアファーマティヴ・アクション施策と理解する考え方だといえよう。これに対して、Breyer反対意見は、歴史的な文脈を重視して法的な人種分離と事実上の人種分離との区別を相対化し、compelling interestの一要素として過去の人種分離を是正する利益が認められることを指摘した。この見解は必ずしも明瞭ではないが、当該プランに過去の差別の救済手段として正当化される面があることを濃厚に示唆する考え方だと思われる。

もっとも、この問題はアファーマティヴ・アクション概念の理解の仕方にも左右される。アファーマティヴ・アクションを広義に理解し、過去の人種分離制度を撤廃するための方策をも含むと考えれば、上記の区別は相対化されるからである。安西文雄教授は、アファーマティヴ・アクション概念を以下のように分類する。すなわち、①学生集団の多様性の実現など、将来に向けて望ましい社会を実現する目的で実施される「前向き」のアファーマティヴ・アクションと、過去の差別の救済する目的で実施される「後向き」のアファーマティヴ・アクションとの区別、②「後向き」のアファーマティヴ・アクションに関して、「具体的な特定の差別」に対する救済としてのアファーマティヴ・アクションと、「一般的な社会的差別」に対する救済としてのアファーマティヴ・アクションとの区別、③手段に関して、限定的な手段による「弱い」アファーマティヴ・アクションと、プラス方式（マイノリティであることをプラス要素として加点する方法）、クォータ方式（一定割合をマイノリティに割り当てる方法）など、積極的・直接的な手段による「強い」アファーマティヴ・アクションとの区別、そして、④教育分野、雇用分野などの分野ごとに区別して考え

る「混合的方策」と、そうでない方法との区別である⁹⁴⁾。

ここにいう「具体的な特定の差別」に対する「後向き」の救済(上記①②)をアファーマティヴ・アクション概念に含める場合、平等権侵害に対する救済とアファーマティヴ・アクションとの区別が相対化され、*Brown II*判決以降の連邦裁判所の命令による人種統合と *Seattle School District No.1* 事件で問題となった割り当てプランとの区別も相対化されよう。しかし、Roberts 法廷意見はこのような考え方をしりぞけ、個人的権利の侵害に対する救済と多様性を実現するための社会的施策との間に一線を画した。また、厳格審査の適用により、特定分野における「弱い」アファーマティヴ・アクション(上記③④)だけが、最小限度の手段として具体的文脈のなかで例外的に正当化される余地が認められるにすぎない。これによりロバーツ・コートは、人種分離制度撤廃の延長上に人種グループ間の平等を無制限に追求する集団主義的な立場を否定し、人種差別の問題を個人主義的に理解する立場を示したといえることができよう⁹⁵⁾。

Seattle School District No.1 事件で問題となった割り当てプランをアファーマティヴ・アクションとして正当化するためには、人種グループ間の平等を重視する集団主義的な平等観に立脚する必要がある。しかし、人種グループ間の平等という観念そのものに、困難な問題が内包されている。*Seattle School District No.1* 事件で問題となった割り当てプランにおいては、①Seattleでは非白人(nonwhite)と白人(white)を、②Jefferson Countyでは黒人(black)とその他(other)を区別してそれぞれ前者を優遇したが、それによりラテン系、アジア系など、白人でも黒人でもない人種グループの処遇に相違が生じることとなった。ある観点からはマイノリティまたは弱者だといえるが、別の観点からは弱者だとはいえないような人種グループをどのように位置づけ、歴史的・文化的背景の異なる多様な人種グループをどのように分類し、どのような

94) 安西・前掲注(77)3~6頁。

95) 人種分離制度の撤廃と人為的な人種統合との間に、個人主義と集団主義の相違を指摘するものとして、嶋津格「法における平等の発展—その論理と歴史—」アステイオン58号69頁、76~86頁(2002)を参照。

優遇を実施すれば人種グループ間の平等が達成されるのかを客観的に判定することは容易ではない⁹⁶⁾。*Seattle School District No.1*事件は、際限のない人種統合政策が、人種による分類の困難性やマイノリティの同定不可能性といった袋小路で行き詰まる可能性を暗示しているように思われる。学説においても、Breyer 反対意見の立場が、①修正 14 条を侵害して法の支配を危うくし、②人種を理由に権利を決定して市民個人を危うくし、③際限のない人種の対立をもたらして社会を危うくすると指摘し、人種による分類の限界を指摘する見解がある⁹⁷⁾。また、際限ない人種統合政策は、アメリカ社会の人種的分断という新たな問題を生じさせる危険と背中合わせであり、この点を基準に施策の合憲性を考慮すべきだとする見解もある⁹⁸⁾。

(b) **Kennedy 判事の動向** ロバーツ・コートにおいて今後カギを握る可能性があるのは、Kennedy 判事の動向である。*Seattle School District No.1* 判決において、4 対 4 に二分された他の 8 判事の立場を、Kennedy の中間的な意見が緩和する役割を演じた⁹⁹⁾。すなわち、かりに Kennedy 結論同意意見が許容されると認める一般的なやり方で人種を考慮した方法の合憲性が問題になれば、反対意見の 4 判事に Kennedy を加えた 5 名の多数によってそれを合憲とする余地

96) 多人種化や人種混合が教育現場において生じさせる困難な状況については、以下の文献を参照。Simon Cheng, *Interracial Status as a Double-Edged Sword: The Educational Experience of Interracial Children*, in LESSONS IN INTEGRATION: REALIZING THE PROMISE OF RACIAL DIVERSITY IN AMERICAN SCHOOLS 145 (Erica Frankenberg & Gary Orfield eds., 2007).

97) J. Harvie Wilkinson III, *The Supreme Court, 2006 Term — Comment, The Seattle and Louisville School Cases: There is No Other Way* 121 HARV. L. REV. 158, 181-182 (2007).

98) Neil S. Siegel, *Race-Conscious Student Assignment Plans : Balkanization, Integration, and Individualized Consideration*, 56 DUKE L. J. 781, 851-858 (2006) (人種的分断への影響を基準に判断すると、Jefferson County のプランはこの基準を満たす可能性が高いが、Seattle のプランは微妙だと指摘する)。

99) なお、Goodwin Liu は、手段の最小限度性 (narrow tailoring) の審査を人種が支配的ファクターであるかどうかという基準によって行うべきだとして、別の観点からの中間的な解決を主張していた。Goodwin Liu, *Seattle and Louisville*, 95 CALIF. L. REV. 277, 313-317 (2007)。

が残されたのである。Kennedy 結論同意意見がこのような余地を残したことから、同判決のインパクトが小さいことを指摘する見解がある¹⁰⁰⁾。少なくとも厳格審査を適用するのであれば、人種に基づく割り当てプランが違憲とされることはある程度予測されたことでもあった¹⁰¹⁾。

前述のように Kennedy は、アファーマティヴ・アクションに関する先例において、早期から厳格審査の適用を主張してきたが、*Grutter* 事件において厳格審査を適用しつつ合憲とする O'Connor 法廷意見に反対しつつ、個別の反対意見を執筆したように、他の 8 判事と一線を画する独自のスタンスを示してきた。また、人種的ゲリマンダリングに関する先例においては、Kennedy は一貫して厳格審査の適用を主張してきた。このことから Kennedy は、人種に基づくアファーマティヴ・アクションに厳格審査を適用し、合憲となる場合を例外的にしか認めない立場を一貫してとり、*Seattle School District No.1* 事件においてもその立場を継続したという理解が自然であるように見える。

しかしこれに対して、Kennedy 判事の立場のなかに微妙な変化を読みとる見解がある。Heather K. Gerken は、*Bakke* 判決や *Grutter* 判決でなく、前述の *LULAC* 判決の Kennedy 意見のなかに、*Seattle School District No.1* 判決における Kennedy 同意意見の予兆を認め、両意見をつうじて、Kennedy の立場が、あらゆる人種的ゲリマンダリングを否定する color-blind アプローチから、教育分野において人種を意識した政策の採用を容認する立場へと変化したと指摘して、この新たなアプローチを積極的に評価する¹⁰²⁾。そして、アイディアリストである Kennedy とプラグマティストであった Powell や O'Connor との違いを

100) James E. Ryan, *The Supreme Court, 2006 Term — Comment, The Supreme Court and Voluntary Integration*, 121 HARV. L. REV. 131, 133 (2007).

101) Eboni S. Nelson, *Parents Involved & Meredith : A Prediction Regarding The (Un) Constitutionality of Race-Conscious Student Assignment Plans*, 84 DENV. L. REV. 293, 324-328 (2004) (最高裁判決に先立ち、厳格審査の適用による違憲判決を予測した)。

102) Heather K. Gerken, *The Supreme Court, 2006 Term — Comment, Justice Kennedy and the Domains of Equal Protection*, 121 HARV. L. REV. 104, 108-122, 130 (2007).

指摘し、Kennedyの立場が、教育以外の分野における柔軟な妥協には直結しないことを指摘するのである¹⁰³⁾。

もっとも、*Seattle School District No.1*判決におけるKennedyの立場を従来の延長上に位置づけることも十分に可能であり、Gerkenの仮説が成立すると直ちに断定することは困難である。ただ、他の8判事が4対4に二極化するなかでKennedyが決定票を投じる状況は、*Seattle School District No.1*判決に先立つ連邦一部出産妊娠中絶禁止法の合憲判決¹⁰⁴⁾など、他の社会的争点をめぐる重要判決においても生じており、ロバーツ・コートにおいて今後、Kennedyの動向が重要なカギとなることは否定できない¹⁰⁵⁾。

おわりに

ロバーツ・コートは、判事たちが厳しく対立するなかで、人種に基づく学校割り当てプランに違憲判断を下すことによって、際限のない人種統合施策に一応の歯止めをかけた。このことは、平等の問題を集団主義的ではなく個人主義的に理解しようという志向を、アメリカ社会がなお持ちつづけていることを示している。この点は、個人主義よりも集団主義の傾向が強く、平等の問題を禁忌視して優遇措置の永続化や既得権化を放任する傾向があるとされる日本においても、注目すべきことである。Kennedyの結論同意意見は、連邦最高裁における両極の立場を緩和する位置にあり、その今後の動向が注目される¹⁰⁶⁾。

103) *Id.* at 105, 121.

104) *Gonzales v. Carhart*, 127 S. Ct. 1610 (2007).

105) Charles Whitebread, *The Conservative Kennedy Court? What a Difference a Single Justice Can Make: The 2006-2007 Term of the United States Supreme Court*, 29 WHITTIER L. REV. 1, 64-74, 145 (2007) (諸分野の先例におけるKennedyの動向を分析し、連邦最高裁の顕著な右傾化傾向が持続するかどうかのカギをKennedyが握っていると指摘する)。

106) 本稿は、平成18・19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。

失念株と不当利得

弥 永 真 生

- I. 問題の所在
- II. 平成19年最判の事案ならびに第1審判決及び原審判決
- III. 平成19年最判の判旨
- IV. 株式の無償割当て・分割または剰余金の配当がなされた場合
- V. 失念株と株主に割当てを受ける権利を与えてなされた募集株式等の発行等
- VI. 新株予約権の無償割当てがなされた場合
- VII. 統一慣習規則の適用の有無

I. 問題の所在

最判平成19年3月8日¹⁾（以下、平成19年最判という）は、名義書換がなされていない段階で、株式の分割及び利益配当が行なわれ、譲渡人が利益配当を受け、また、譲渡した株式に係る株式の分割により増加した株式を表章する株券の交付を受け、その株式を譲渡したという事案について、法律上の原因なくして代替性のある物を利得したが、利得した物を売却処分した者は、原則として、売却代金相当額の金員の不当利得返還義務を負い、損失者は代替物による返還を請求できないとした。

本稿はこの判決を契機として、失念株をめぐる法律関係に関する裁判例を概観し、若干の考察を加えようとするものである。

1) 民集61巻2号479頁、判時1965号64頁、判タ1237号148頁、金判1272号58頁。

Ⅱ．平成19年最判の事案ならびに第1審判決及び原審判決

1 事実

X₁及びX₂（原告・被控訴人・上诉人）は、平成12年2月15日、訴外Aを通じて、それぞれ、訴外Bを転換対象銘柄とする他社株式転換特約付社債を購入し、同年5月18日、その償還として、B株式会社の株式各29株（本件親株式）を取得し、X₁らは、平成12年10月31日、Aから本件親株式に係る1株券合計58枚の交付を受けたが、その際、本件親株式につき名義書換手続をしなかったため、本件親株式の株主名簿上の株主は、かつて本件親株式の株主であったY（被告・控訴人・被上诉人）のままであった。

その後、Bは、平成14年1月25日開催の取締役会において、同年3月31日を基準日として普通株式1株を5株に分割する旨の株式分割（本件株式分割）の決議をし、同年5月15日、これを実施した。そこで、Yは、本件親株式の株主名簿上の株主として、そのころ、Bから本件株式分割により増加した新株式（本件新株式）に係る1株券232枚（本件新株券）の交付を受けた。また、Yは、Bから本件新株式に係る配当金として、1万4235円（税金を控除した額）の配当を受けたほか、平成14年11月8日、第三者に対して本件新株式を売却し、売却代金5350万2409円（経費を控除した額）を取得した。

そこで、X₁らは、平成15年10月10日ころ、Bに対し、本件親株式について名義書換手続を求め、そのころ、Yに対し、本件新株券及び配当金の引渡しを求めた。

ところが、Yは、日本証券業協会が定める「株式の名義書換失念の場合における権利の処理に関する規則（統一慣習規則第2号）」により、本件新株券の返還はできないなどとして、X₁及びX₂それぞれに対し、各6105円のみを支払った。

そこで、X₁らが、Yは法律上の原因なくX₁らの財産によって本件新株式の売却代金5350万2409円及び配当金8万0590円の利益を受け、そのためにX₁らに損失を及ぼしたと主張して、それぞれ、Yに対し、不当利得返還請求権に基

づき、上記売却代金の2分の1である2675万1204円（円未満切捨て。以下同じ。）及び上記配当金の2分の1である4万0295円の合計金相当額である2679万1499円ならびにこれに対する訴状送達の日翌日である平成16年4月16日から支払済みまで民法所定の年5分の割合による遅延損害金の支払を求める訴えを提起したのが本件である。

2 第1審判決（東京地判平成17.2.17 民集61巻2号488頁）

X₁らの請求一部認容

「Yは、本件元株式の株式分割の際にその名義株主であったことから、本件新株式を取得し、これを表章する本件新株券232枚を取得したこと、本件新株式に関する利益配当として合計1万4670円を取得したことを認めることができる。

そうすると、Yは、本件新株券や本件新株式やこれに基づく利益配当をX₁らとの関係では法律上の原因なくして、X₁らの損失のもとに利得したこととなるから、これをX₁らに返還すべき義務を負う。」

「この点、X₁らの主張によれば、Yが本件新株券全部を売却したことで、合計5350万2409円の利得を得たこと、これについて法律上の原因のないことは、証拠上、これを認定することができる。

しかし、株式は、市場における投資の対象として大量に繰り返し取引されることを本質とし、通常、株券自体の個性に着目して取引されることはないいわゆる代替物であって、様々な事情からその時価は常に大きく上下する具体的な可能性を有し、実際に常に変動しているものであり、しかも、市場における調達がいつでも可能なものであるから、Yが本件新株券全部を売却して売却代金を得たからといって、その売却代金全額をもって、常にX₁の損失があったと即断することはできないというべきである。

むしろ、前記の株式の属性に照らせば、いわゆる株式分割による失念株が発生した場合、利得者が利得したのはあくまでも一定数の株式であり、損失者が被った損失は一定数の株式であると捉えるべきであって、その株式の分割時の

時価や売却時の時価，さらには口頭弁論終結時の時価ではないというべきである。

もっとも， X_1 が不当利得返還請求権の行使の態様として，一定数の株式の返還に代えて，これと同価値の金銭の損失を被ったと主張してその価額の返還を求めることも妨げられる理由はないものの，その際の損失は，原則として， Y が当該一定数の株式を調達して返還する際の価格，すなわち，口頭弁論終結時の時価であると解するのが相当である。

なお，かかる原則を貫くと，例えば口頭弁論終結時の株価が分割時に比して著しく高騰している場合には Y にとって極めて不利となるのではないかとの批判があるが，一方で， Y が利得した一定数の株式について具体的な株券の発行を受けないままこれを保持し続けている場合や，株券の発行を受けたもののこれをそのまま保持している場合には，口頭弁論終結時の時価を X_1 の損失と捉えたとしても， Y が具体的に同額を利得していると認められるのであるからこれを返還すべきは当然であり，他方で， Y が利得した一定数の株式について具体的に株券の発行を受け，かつ，当該株券を売却して具体的に売却益を得たことの立証があった場合や，具体的な株券の発行を受けてはいないものの，保管振替機関の口座簿の記載等からこれを全て売却したことが明らかな場合には，一定数の株式の利得が金銭的には当該売却益に留まることが例外的に明らかとなったといえ，不当利得は，その売却益の額を限度として成立するものというべきである。」

そして， Y は， X_1 らに対し，それぞれ，口頭弁論終結時における本件新株式の価格相当額2680万7484円及び配当金1万4670円の2分の1である7335円の合計額である2681万4819円から既払額6105円を差し引いた2680万8714円の不当利得返還義務を負うとして，上記金額の範囲内である X_1 らの請求をいずれも認容した。

3 原審判決（東京高判平成17.7.27 民集61巻2号503頁）

控訴一部認容、一部棄却

「本件新株式は上場株式であり代替性を有するから、Yの得た利益及びX₁らが受けた損失は、いずれも本件株式分割により増加した本件新株式と同一の銘柄及び数量の株式である。

したがって、X₁らが本件新株券そのものの返還に代えて本件新株式の価格の返還を求めることは許されるが、その場合に返還を請求できる金額は、売却時の時価によるのでなければ公平に反するという特段の事情がない限り、Yが市場において本件新株式と同一の銘柄及び数量の株式を調達して返還する際の価格、すなわち事実審の口頭弁論終結時又はこれに近い時点における本件新株式の価格によって算定された価格相当額である。」

「本件においては上記特段の事情は認められないから、X₁らのYに対する請求は、それぞれ、事実審の口頭弁論終結日の前日である平成17年5月17日のBの株式の終値である1株16万1000円に116株を乗じた1867万6000円に配当金1万4235円の2分の1である7117円を加えた額から既払額6105円を差し引いた1867万7012円及びこれに対する遅延損害金の支払を求める限度で理由がある。」

Ⅲ. 平成19年最判の判旨

平成19年最判は原審判決を破棄し、以下のように自判した。

「受益者が法律上の原因なく代替性のある物を利得し、その後これを第三者に売却処分した場合、その返還すべき利益を事実審口頭弁論終結時における同種・同等・同量の物の価格相当額であると解すると、その物の価格が売却後下落したり、無価値になったときには、受益者は取得した売却代金の全部又は一部の返還を免れることになるが、これは公平の見地に照らして相当ではないというべきである。また、逆に同種・同等・同量の物の価格が売却後に高騰したときには、受益者は現に保持する利益を超える返還義務を負担することになるが、これも公平の見地に照らして相当ではなく、受けた利益を返還するという不当利得制度の本質に適合しない。

そうすると、受益者は、法律上の原因なく利得した代替性のある物を第三者

に売却処分した場合には、損失者に対し、原則として、売却代金相当額の金員の不当利得返還義務を負うと解するのが相当である。大審院昭和18年（オ）第521号同年12月22日判決・法律新聞4890号3頁は、以上と抵触する限度において、これを変更すべきである。」

「以上によれば、上記原則と異なる解釈をすべき事情のうかがわれない本件においては、Yは、X₁らに対し、本件新株式の売却代金及び配当金の合計金相当額を不当利得として返還すべき義務を負うものというべきである。」

IV. 株式の無償割当て・分割または剰余金の配当がなされた場合

株式の無償割当てを受ける権利及び剰余金の配当を受ける権利は株主権の内容をなすものと考えられ、また、株式の分割は単に株式の数を増加させるものにすぎないから、株式の分割により増加した株式は株主に帰属すると考えられる。したがって、本判決より前の裁判例も一貫して、利益の配当、株式の分割、株式の無償交付及び株式の無償割当増資につき、株主名簿上の株主（株式譲渡人）の不当利得の成立を認めてきた²⁾。

2) ③ 東京地判昭和30.11.30民集16巻4号872頁、下民集6巻11号2540頁

「およそ、会社が一定の日時現在の株主名簿上の名義株主に対し株主としての権利行使を許せば、たとい、その者が実質的に権利を有しない場合にも会社は免責せられ、また、当時の名義株主以外の者はたとい実質的に株主権を有していても、会社に対し株主権を以て対抗し得ないのは、会社が株主を集团的かつ画一的に取扱う必要上、事務処理の為の技術的要請からやむをえずこの程度の形式性を以て満足するの外ないとして対会社関係においてのみ認められた例外的措置に過ぎない。

従つて、対会社以外の関係すなわち本件のように没収の確定判決を受けた被告人と右判決により株主権を原始取得した国との関係では、専ら実質的な権利関係に即して解決せられなければならない。

もし、本件の場合にも前記の形式性を貫くべきものとし、XがYとの関係においても、実質上株主権者たることを主張し得ないとするならば、Yの刑事責任を律した経済関係罰則の整備に関する法律第4条が刑法第19条の特別規定として賄賂の没収及び追徴を必要なものとし、この法律違反被告事件の被告人に対しては絶対に犯罪による不法の利得を保持させてはならないとする法意にももとのことなるであろう。

このような場合には、Vの場合と異なり、株主名簿上の株主はなんら経済的出捐を要せず、株主名簿上の株主に利得が認められる場合には、株主名簿上の株主は失念株主の損失の下に利得していると考えられる。そして、剰余金の配当（利益の配当）の場合は、新株予約権（新株引受権）の行使と異なり、株主名簿上の株主による新株予約権（新株引受権）の行使なくして、株主名簿上の株主に利得が生ずるから、損失と利得との間の因果関係は問題とはならない³⁾。同様に、株式の分割や株式の無償割当ての場合にも、株主名簿上の株主の行為なくして、株主名簿上の株主に利得が生ずるから、損失と利得との間の因果関係は問題とならない⁴⁾。

従つて、没収株式がXに移転した昭和29年6月13日以後を基準時とする利益配当、無償交付新株（これは「株式会社の再評価積立金の資本組入に関する法律」によるもので、実質的には再評価積立金の株式配当であり、従来の株式に内包されていた価値を分割して株主に与えるものに外ならない。）もXに帰属すべきこととなる。」

④ 東京高判昭和32.4.26民集16巻4号876頁、下民集8巻4号423頁（③の控訴審判決）

「Yが受領した上記3会社の昭和29年下期の配当金合計金46,113円と、A株式会社の新株式2,800株は、いずれも、Yが昭和29年10月30日現在で上記3会社の株主であること、同日当時A株式会社の株主であることを前提としているものであることは上段認定のとおりであり、上記認定のような株式の没収は、右株式を取得したことによる利得を一切奪う趣旨であることは、没収の性質上明である」。

⑦ 最判昭和37.4.20民集16巻4号860頁（④の上告審判決）

「本件株券没収の判決確定と同時に、少くともYとXとの関係においては、右株券に表彰される株主権はXに移転すると解すべきである」。

⑪ 東京地判昭和56.6.25判時1028号106頁

「Yは、前記1000株の株式を昭和54年2月15日に売却し、同月20日代金の精算をしている以上、右日時以降右株式の配当を自己が受領する権限のないことも当然知っていたものと認められる。

そうすると、Yは、右株式の配当たる新株や配当金を、Xに対する関係では、法律上原因なくXの損失のもとに利得したことになるから、これをXに返還する義務がある。」

3) 塩田親文『「失念株」の問題について（2・完）』民商法雑誌30巻4号37頁（1955年）、菅原菊志「失念株をめぐる諸問題」商事法務192号18頁（1960年）参照。

4) 岩原紳作<判批>ジュリスト845号112頁（1985年）。

1 剰余金の配当の場合

剰余金の配当がなされた場合には、配当額（源泉徴収された税額の還付を受けられない場合には源泉徴収後の手取り額）が株主名簿上の株主の利得額であると考えられる⁵⁾。

2 株式の分割または無償割当ての場合

株式の無償割当てまたは分割によって交付された株式は、失念株主に（実質的に）帰属すると考えられることから、株主名簿上の株主が当該銘柄の株式を保有し続けていた場合には、失念株主は株主名簿上の株主に対して当該銘柄の株式の引渡しを請求することができると解されてきた（平成19年最判が変更した大判昭和18.12.22新聞4890号3頁のほか、③判決⁶⁾、④判決⁷⁾、⑦判決⁸⁾、⑩判決⁹⁾及び⑧山口地判昭和42.12.7下民集18巻11・12号1153頁¹⁰⁾。また、最判昭和43.12.12民集22巻13号2943頁¹¹⁾参照）。なお、この場合に、失念株

-
- 5) ⑥東京地判昭和37.4.12下民集13巻4号728頁、岩原・前掲注4) 112頁。ただし、前掲⑩判決。
- 6) 「従つてYはXに対し右不当利得にかかる配当金及び新株式の返還をなすべく、又本件口頭弁論終結時である昭和30年10月17日における日清紡株式の最終価額が1株金277円であることは公知の事実であるから、若し株券の引渡ができないときは、YはXに対し履行に代る損害賠償として1株金277円の割合により計算した2,800株分金775,600円を支払う義務を有する。」
- 7) 「A株式の新株式は、不当利得として、YはAに返還する義務があるといわなければならない。……Yが上記A株式会社の新株式2,800株を昭和30年春頃他に売却したことは当事者間に争がないから、Yの得た売却代金は、右新株式に代つて、Xの損害との間には不当利得の関係が成立していると認めるを相当とする。」
- 8) 「株主名簿上の株主として交付を受けた本件……無償交付の新株（またはその売得金）を不当利得としてXに返還すべき義務のあることは明らかである。」
- 9) 「YはXに対し本件株券を引渡すべきである。」
- 10) 「不当利得の返還は、原物返還を原則とし、これが不能なときは、これにかわる価額の返還が認められているところであつて、本件でYが利得した特定の株式たる係争の新株を他へ売却した以上、その引渡を求めることは不能に帰したといえるから、Xが金銭的請求をするのは寧ろ当然であ」る。

主が株主名簿上の株主に対して株式の引渡請求を行う根拠として、これまでの裁判例は不当利得の返還請求権を想定しており、不当利得返還請求との関連では、民法の解釈上も、利得された物それ自体（原物）を受益者が保持していれば、受益者は原物を返還すべきであるとするのが通説である¹²⁾。また、このような結論は、無償割当てあるいは株式分割によって交付された株式は株主名簿上の株主ではなく失念株主に帰属し、株主名簿上の株主はすでに親株を譲渡している以上、少なくとも会社法131条2項との関係では善意無重過失ではありえないし、そもそも有償取得ではないので、会社法131条2項の適用の余地はないから、失念株主は所有権に基づいて返還請求をすることができるからであると説明することも可能である。

これに対して、引渡請求を受ける前に当該銘柄の株式を売却していたため、株式を引き渡すことができない場合には、どの時点の株価を基準として、利得額が算定されるのかという問題がある。

この点について、平成19年最判の原審判決は、受益者は事実審口頭弁論終結時の時価相当額の金員の不当利得返還義務を負うとしたのに対して、平成19年最判は、「受益者は、法律上の原因なく利得した代替性のある物を第三者に売却処分した場合には、損失者に対し、原則として、売却代金相当額の金員の不当利得返還義務を負うと解するのが相当」としており、引き渡すことができない株式数に対応する売却代金相当額を不当利得として失念株主に返還すべきであるという立場をとっている。

すなわち、平成19年最判は、売却代金が不当利得返還の対象となると判断しており、これは、大阪高判昭和57.12.24 判時1079号53頁¹³⁾などと同じよ

11) 「Xは、Yに対し、破産法47条5号の規定に従い不当利得に基づく財団債権として、前示配当金および新株の給付を請求することができるといわなければならない。」

12) 我妻栄・債権各論下1（民法講義）1054頁（岩波書店、1972年）、四宮和夫・事務管理・不当利得・不法行為（上巻）74頁（青林書院、1981年）、新版注釈民法（18）438-439頁【田中整爾】（有斐閣、1991年）、藤原正則・不当利得法129頁（信山社出版、2002年）など参照。

うに、不当利得返還義務者が現実を得た利得を基準とするものである。たしかに、不当利得の制度が不当利得者に利益を吐き出させるという機能を有していることからこのような解釈も可能である。しかし、理論的な首尾一貫性及び利益衡量の観点からは必ずしも説得的ではないようにも思われる。

まず、平成19年最判は、「その返還すべき利益を事実審口頭弁論終結時における同種・同等・同量の物の価格相当額であると解すると、その物の価格が売却後に下落したり、無価値になったときには、受益者は取得した売却代金の全部又は一部の返還を免れることになり、「逆に同種・同等・同量の物の価格が売却後に高騰したときには、受益者は現に保持する利益を超える返還義務を負担することになるが」、いずれも「公平の見地に照らして相当ではな」とし、また、後者の場合には、受益者は「現に保持する利益を超える返還義務を負担することになる」（圏点一筆者）ため「受けた利益を返還するという不当利得制度の本質に適合しない」と述べるが、これは、「受けた利益」と「現存利益」とを混同した議論なのではないかとも考えられる。すなわち、株主名簿上の株主が得た利得は当該株式であると解するのであれば¹⁴⁾、本来、失念株主が返還請求できるのは株式の分割または株式の無償割当てによって交付を受けた株式であり、株主名簿上の株主が、たまたま、いつ処分したかによって、受けた利益の額が異なるというのは適当ではないように思われる。すなわち、もし、交付を受けた株式（原物）が利得であるというのであれば、交付を受けた時点の時価が返還すべき利益の額の算定基礎となるのが論理的であり¹⁵⁾、たとえば、交付を受けた後に価格が下落し、受益者が下落後の価格で売却した

13) 「Xは、本件手形が満期に決済されている以上、Yが満期に手形金1000万円を入手したもものとして前示の充当計算をすべきである（その場合の過払額は709万7661円となる。）と主張するけれども、不当利得の制度の趣旨は現実の財産状態の不公平を是正することにあるものと解されるから、前示のとおりYが本件手形により550万円しか入手していない（具体的にこれ以上の利得を得たと認めるべき証拠はない。）以上、同金額に基づいて利得を算定するのが相当である。」

14) 岩原・前掲注4) 112頁。

場合には、当該売却代金相当額の金員を返還すれば、「その利益の存する限度」で返還したことになると解すれば、受益者にとって酷な結果にはならない。

他方、交付を受けた後に価格が上昇し、受益者である株主名簿上の株主が上昇後の価格で売却した場合には、その差額は受益者が時機を見計らって売却したことによるのであるから、売却代金全額が失念株主の損失と因果関係を有する利益であると考えする必要は必ずしもないであろう¹⁶⁾。

いずれにせよ、株式の分割または無償割当てのケースにおいては、株式の価格が上昇すれば失念株主が引渡請求し、下落すれば引渡請求しないというような投機の危険を考慮する必要もない¹⁷⁾。

また、平成19年最判のとった立場は必ずしも従来裁判例と首尾一貫しているともいえない。

まず、大判昭和11.6.30判決全集3輯7号17頁及び同昭和12.7.3民集16巻1089頁はいずれも売却代金相当額について不当利得返還義務の存在を認めている。しかし、いずれにおいても被告は善意であったと認定されており、現存利益の額が問題とされたものであり、利得の額が売却代金相当額に限られるという趣旨ではないのではないかと解される。しかも、大判昭和16.10.25民集20巻1313頁は、悪意ではないかと思われる受益者に対する不当利得返還請求の事案について、「Yハ何等法律上ノ原因ナクシテ株券ノ占有ヲ利得シタルコトト為リ之カ返還ヲ為スヘキ義務アルコト勿論ナリト雖モ右ノ場合ニ於ケル返還義務ハ法律上前示説明ノ如ク不当利得ニ基ク返還義務ナルヲ以テ其ノ受ケタル利益（即株券ノ占有）カ現ニYニ存スルカ又ハ既ニ他ニ移転シタルモYカ之

15) 田中・前掲注12) 462頁、四宮・前掲注12) 76頁注(1)参照。もっとも、現物返還の効果にできる限り近いものに行おうとするのであれば、価値賠償義務の発生時点が算定の基準時とされるべきであるという指摘もある（藤原・前掲注12) 138頁）。

16) もっとも、有償増資の場合と異なり、株式の分割または無償割当てのケースにおいては、株主名簿上の株主は株式を無償で取得したのであるから、その株式を保有しつづけるという投資意思決定の果実を株主名簿上の株主に与える必要はないと考えることもできよう。

17) 岩原・前掲注4) 112頁。

ヲ取戻スコト可能ナルニ於テハYハ原物返還ヲ為スヘキ義務アルヘキモ若シ然ラスシテ原物返還不能ナル場合ハ金銭ニ見積リ価格返還ヲ為スヘキモノト解スルヲ妥当トスヘク」（圏点一筆者）と判示しており、「金銭ニ見積リ価格返還ヲ為ス」とされている以上は、売却代金ではなく、事実審口頭弁論終結時における時価を基準とすることを前提としていると解するほうがより自然である。平成19年最判によって変更された大判昭和18.12.22新聞4890号3頁も、当該事案においては、受益者が悪意であるため、「其ノ売却代金ニ相当スル対価金額ヲ不当利得トシテ返還ヲ命スヘキモノニ非ス」としたものと評価する余地がある。

もっとも、④判決¹⁸⁾及び⑦判決¹⁹⁾は、特に理由を詳しく示すことなく、売却代金相当額が利得額であると解している。ただし、きわめて特殊な事案に関するものであるが、⑧判決²⁰⁾（株主割当増資の事案）は、新株取得時の新株の市場価格と払込金額との差額を利益の額であるとしている。また、⑫判決²¹⁾は株式分割の事案について、当該株式に対応する株券を特定できないことを理由として株券の引渡しに代えて不当利得の返還をすべきであるとするが、悪意

18) ④ 東京高判昭和32.4.26民集16巻4号876頁、下民集8巻4号423頁

「Yの得た売却代金は、右新株式に代つて、Xの損害との間には不当利得の関係が成立していると認めるを相当とするから、進んで、その金額について判断する。Yは1株金240円と主張するが、その処分した日時と処分した金額については、なにも立証しないから、右新株式1株について、Y主張のように、東京証券取引所の昭和30年3月及び4月の平均値の平均である金271円56銭で処分したと推定するを相当とする。」

19) ⑦ 最判昭和37.4.20民集16巻4号860頁

「Yが、右判決確定後本件株式につきXに名義書換がなされるまでの間に、株主名簿上の株主として交付を受けた本件利益配当金及び無償交付の新株（またはその売得金）を不当利得としてXに返還すべき義務のあることは明らかである。」（圏点一筆者）

20) ⑧ 山口地判昭和42.12.7下民集18巻11・12号1153頁

「Yが返還すべき利得の額について判断するに、……Yが新株を取得した昭和38年3月1日における新株1株の市場価額が462円で、その払込額が50円であることが認められるので、Yは、当時1株につき412円、1000株合計412,000円に相当する利益を得、Xは同額の損失を受けたものといえることができる。」

の受益者となるに至った時点での市場価格に基礎として、現存利益の額を算定するものとしており、この判決を合理的に説明しようとすれば、株券を引き渡せない（あるいは引き渡すことを要しない）が、売却していない場合には、取得時の市場価格が受けた利益の額であると考えるのが最も自然である。株券を引き渡せない（あるいは引き渡すことを要しない）が売却していない場合と売却した場合とで受益者が受けた利益の額が異なると解するのは整合性を欠くと思われる。

なお、最判平成10.12.17集民190号889頁及び名古屋地判平成12.3.29金判1096号20頁はいずれも売却代金相当額の不当利得返還請求を認めているが、この2つの事案においては、売却代金を利得したと考えられる時点と異なる時点で株式（株券）の利得があったとは考えられないので、平成19年最判の立場を支持する先例とはならない。

以上に加えて、受益者が利得した銘柄と同一銘柄の株式を、利得後も売買しているような場合に、どの株券がそれらの売買契約の履行として引き渡されたかによって、利得の額が異なると解することには問題があるように思われるが、売却代金額を基準として算定するとそのような問題が生ずる。これに対して、株式を利得した時点での市場価格または算定すればそのような問題は生じない²²⁾。そして、かりに、原物返還が原則であるというのであれば²³⁾、受益者としては株式を保有し続けければ（時効取得するまでは売却しなければ）、受益者が自腹を切らなければならないという事態は生じない。そして、株式の分割または無償割当ての場合には、株主名簿上の株主は経済的出捐をしていない以上、保有し続けて受益者が損害を被るということもないから、自腹を切る可能性をなくすためには保有し続けなければならないということでも問題は生じないと思われる。

21) ⑫ 東京地判平成16.7.15金判1225号59頁。

22) 事実審の口頭弁論終結時における市場価格を基準として算定しても、このような問題は生じない。

23) 我妻・前掲注12) 1054頁、田中・前掲注12) 438頁、藤原・前掲注12) 129頁など。

なお、平成19年最判は、受益者は損失者に対して「原則として」売却代金相当額の金員の不当利得返還義務を負うとしており、例外があることを認めている。この例外は「受益者が相当の才覚と努力により客観的に相当な額より相当高額に売却した場合」や「受益者が代替物のある物を悪意の第三者に売却処分し占有改定の方法で引き渡した場合」などを想定しているようであるが²⁴⁾、後者の場合を含め、そもそも、第三者が善意取得していない場合には所有権に基づいて失念株主は当該株式（原物）の引渡しを請求できると解する余地があるのではないと思われるし、前者の場合にも損失と因果関係を有する利得の範囲の問題として考察すべきように思われる。

また、不当利得に基づく請求における利得額について、平成19年最判のような立場によったとしても、株主名簿上の株主としては自己の所有物でないことは認識していたのであるから、失念株主は株主名簿上の株主に対して不法行為に基づく損害賠償を求めることができ、この場合には、事実審口頭弁論終結時における当該銘柄の株式の価格が賠償すべき額の基準となるものと考えられる（③判決²⁵⁾、⑪判決²⁶⁾）。そうであれば、平成19年最判の原審判決が事実審口頭弁論終結時の時価相当額の返還を認めたのは、実質的には、不法行為に基

24) 中村心<判解>ジュリスト1344号87頁（2007年）。

25) 「従つてYはXに対し右不当利得にかかる配当金及び新株式の返還をなすべく、又本件口頭弁論終結時である昭和30年10月17日におけるA株式の最終価額が1株金277円であることは公知の事実であるから、若し株券の引渡ができないときは、YはXに対し履行に代る損害賠償として1株金277円の割合により計算した2,800株分金775,600円を支払う義務を有する。」（圈点一筆者）

26) 「ところで、Xは、右のとおり本件株券の引渡しを求めるとともに、その引渡ができないときは、金578000円（本件株券の配当時における市場価格）とこれに対する配当の日の翌日からの遅延損害金の支払を求めている。

まず、その引渡請求は、明らかに特定物……の引渡請求であり、それ故、引渡ができないときは、将来の執行が不能なときを意味しているといえる。このように、特定物の引渡を求めると同時に将来の執行不能を条件とする填補賠償を請求する場合、その填補賠償額は、本件最終口頭弁論期（昭和56年1月29日）におけるその特定物の時価でなければならぬ。

づく損害賠償を認めたものと理解することも可能かもしれない。

V. 失念株と株主に割当てを受ける権利を与えてなされた募集株式等の発行等

会社法の下で、株主に割当てを受ける権利を与えてなされる募集株式の発行等における「割当てを受ける権利」は、その譲渡性が認められていないことを別とすれば、平成17年改正前商法の下での新株引受権に相当する。

1 失念株主は株主名簿上の株主に対して何らの請求もできないとする見解

かつては、新株引受権は譲渡当事者間においても、名実とも株主名簿上の株主である譲渡人に帰属し、譲受人は譲渡人に対し何らの請求もできないとする見解（①判決²⁷⁾、②判決²⁸⁾及び⑤判決²⁹⁾）も有力であった³⁰⁾。この見解は、具体的な新株引受権をどのような方法で株主に与えるかは株主総会あるいは取締役会が任意に決定できることから、新株引受権を付与する前に株式が譲渡されたからといって新株引受権もこれに随伴して移転したと解すべきではないこと、及び、新株が実質上失念株主に帰属すると解すると、失念株主は、株式の市場価格が低迷している間は黙っていて、市場価格が上昇したときには、にわかに新株の引渡しを求め、逆に株主名簿上の株主は、株式の市場価格が高騰している間は黙っていて、その低落したときには、にわかに新株の引取りを求め

27) ① 東京地判昭和27.7.21民集14巻11号2165頁

「資本増加にあたり旧商法（以下昭和25年法律第167号による改正前の商法を指す。）第348条第4号の規定に従ひ株主総会の決議をもつて株主に対しその所有株式数に応ずる一定の割合で与えられる新株引受権は、特別の措置により株主たる地位に対し附与される特別の権利であつて、いわゆる株主権の当然の内容を為すものではない」

「XはY等が第二新株を取得したことは、法律上原因なくしてXの財産により、Xの損失において不当に利得したものでありそうでないとしても、Xのためにその事務を管理したものであると主張する。ところで、本件の如く、株主総会の資本増加の決議において増資新株の一定部分につき一定時現在の株主に一定の割合で引受権を与えた場合、これが新株引受権は何人に帰属するか、先ず判断されなければならない。

るということを容認する結果になり、信義則を乱し、取引の安全を害することを根拠とする。

既にのべたように、新株引受権はこれを有する者が新株の割当を受け得る権利（商法第280条ノ4参照）であつて、資本増加に伴う新株の発行につき会社（取締役）の有する割当の自由を制限する効力を有する権利である。かかる新株引受権は、定款又は旧商法第349条に定める手続によつて予め与えられていない限り一般に同法第348条第4号に従ひ資本増加に関する株主総会の決議によつて与えられた者がこれを有する。而して、本件第二新株については、既に認定したように、昭和23年7月8日の訴外会社の株主総会において、「同年9月15日午後4時現在の株主」に引受権を与える旨定めているから、右日時における株主は、これが引受権を有するわけである。この場合右日時における「株主」とは、会社に対する関係においては、右日時において、会社に対し株主たる資格を有するものであるといはなければならない。けだし会社（取締役）は引受権を有する者の新株引受の申出に対して必ず割当をなすべき拘束を受けるのであるが、会社を拘束するかかる申出をすることができる株主を会社に対しその資格を有する者に限る必要のあることは株主たる地位に伴い当然に生ずる権利の行使の場合に比し何らの逕庭なく会社法上当然の事理だからである。

新株引受権は、会社に対する関係ではこのように解されるものであるが、実質上株主たるものがその責に帰すべき事由によつて株式の名義書換の請求をしなかつたため会社に対する関係において引受権を取得することができなかつた場合（いわゆる忘失による場合はその典型的場合である。）株式名義人に対する関係はどうなるかというに、この関係においても実質上の株主が株主たる地位に対し付与された新株引受権に関する主張をすることはこれをゆるさないものと解するのが相当である。けだし、実質上株主権を取得した者が会社に対する関係において引受権を有しないものとされるにかかわらず、株式名義人に対しなお引受権に関する主張をなすべきものとするならば、実質上の株主権者は、株式名義人によつて引受けられた新株の市場価額の振わない間は固く緘黙して語らざるに引きかえ、新株の市場価額が上昇したときは俄かに新株の引渡を求めるであらうし、反対に、会社から付与された引受権を行使して新株を取得した親株の名義人は、新株の市場価格の上昇している間は固く緘黙して語らざるに引きかえ、新株の市場価格が低落したときは、俄かに実質上の株主権者に対し新株の引取を求めるであらう。これらの場合請求をうけた者は、互にその請求を拒みえないこととなり、思わざるの時に思わざるの不利益を帰せしめられる破目に陥る虞があるのであつて信義則を紊り、取引の安全を害すること甚しいからである。」

2 新株引受権（募集株式の割当てを受ける権利）は失念株主に帰属するとする見解

新株引受権が株主名簿上の株主である譲渡人に割り当てられた場合であっても、譲渡人と譲受人との間では、新株引受権は譲受人に帰属するとする見解（⑥判決³¹⁾、⑧判決³²⁾及び⑨判決³³⁾）が、平成17年商法改正前においては通説となっていた³⁴⁾。

この見解は、会社の決定により具体化した株主権が、抽象的株主権の移転に随伴するとはかぎらないが、具体的株主権が株式の譲渡人と譲受人のいずれに帰属するかは、当該譲渡当事者間の約定の問題であって、むしろ、別段の合意がないかぎり、具体的株主権も株式の譲渡に伴い実質的には譲受人に帰属すると解されること、株主に新株引受権を与える場合、新株割当日現在の株主名簿上の株主が新株引受権を有することになるが、これは新株発行の手続を画一化・簡素化し、株式をめぐる紛争を防止する等のためであって、実質上の株主でない株主名簿上の株主に名実とも新株引受権を与えるものではないこと、株

28) ② 東京高判昭和28.6.12民集14巻11号2177頁（①の控訴審判決）

「株式によつて表彰せられる株主権は株式の譲渡によつて譲受人に移転せられるから、その株主権の内容をなす権利、例えば利益配当請求権、残余財産分配請求権等は、株式の譲渡によつて当然その譲受人に移転せられることは謂うまでもない。しかし増資新株引受権（改正前の商法による）のごときは特に定款中に株主に割当つべきことを規定している場合は格別、株主権の内容をなす権利ではなく、株主総会の決議によつて、一定時の株主に割当てられる特別の権利であるから、X等主張のように将来発生すべき増資新株引受権が株式の譲渡に伴い当然譲受人に移転せられるものと解することはできない。そして本件においては、訴外A株式会社は一定時（第二新株について言えば、昭和23年9月15日午後4時現在）の株主に対して新株の引受権を附与したのであつて、ここに謂う株主とは、実質上、株主であるか否かを問わず、株主権をもつて会社に対抗しうる株主、すなわち株主名簿に株主としてその氏名及び住所の記載されている者を指称するものと解するのを相当とする。（もつとも株主として株主名簿に記載されていることは、株主の会社に対する対抗要件にすぎないから会社において株主名簿に記載されていない実質上の株主を、株主と認めてその者に新株引受権を与えることは会社の任意であるが）したがつて右新株を引受け、払込をなしたY等は、それぞれ自己の権利としてその株式を取得したものと謂うべきである」。

主名簿上の株主が新株引受権を有するとすれば、株主名簿上の株主は増資含みの高値で新株を譲渡しながら、新株のプレミアムも利得することとなって二重の利得を得させることになり公平を欠くこと、新株の市場価格が短期間のうちに払込金額を割ることは通常ありえないし、また、時機を失した請求に対しては信義則の法理で対処することができること³⁵⁾などを根拠としてあげていた。

29) ⑤ 最判昭和35.9.15民集14巻11号2146頁（②の上告審判決）

「新株引受についての商法の規定は如何というに昭和25年の改正後のことはともあれ、その改正前は法348条4号により定款に定めないときは、新株引受権を与うべき旨及びその権利の内容は株主総会の決議事項とされていたのである。されば、原判示によれば定款に別段の定のあることの主張、立証のない本件においては、前示第二新株は株主総会の決議に基づいて発行されたもので、この新株引受権をどんな方法で株主に与えるかは一にその決議の内容によつて定まつたのであるが、前示のとおり、右総会の決議は昭和23年9月15日午後4時現在の株主に対し株式1株につき1.4株の割合で新株引受権を与えるというのであり、ここに昭和23年9月15日午後4時現在の株主というは、その日時において実質上株主であるか否かを問わず会社が法的な立場において株主として所遇することのできる者、すなわち株主名簿に登録されていて会社に対抗できる株主という意味であることは疑を容れないところであるから、前示のようにX先代において前示譲受株式について会社に右日時までに名義書替手続をすることを失念し遂にこれをしていなかつたという以上は同人において右株式につき新株引受権を取得するに至らなかつたものであること言をまたないところであり、そして一方前示のとおり右日時に株主名簿に登録されていて右新株を引受け払込を了したというYらはそれぞれ自己の権利として本件株式を取得したものと認めざるを得ない。しかして右のような新株引受権はいわゆる株主の固有権に属するものではなく、前示商法の規定に基き株主総会の決議によつて発生する具体的権利に外ならずかかる具体的権利をどのような方法で株主に与えるやは前示商法の規定がある以上株主総会の任意に決定できるところであるから、その権利の帰属者を前示のように一定日時において株主名簿に登録されている株主と限定することは毫も差支なく会社の処置として固より適法であり、かかる適法な処置があつた以上はXら先代のYらとの間に本件株式について前示のような譲渡行為があつて、YらからX先代に対しいわゆる株主権が移転されたからといつて、前示新株引受権もこれに随伴して移転したものと解すべきではない。」

「なお、実質上株主権を取得した者と親株の名義人とが新株の市場価額の上昇又は低落により互に自己に有利な請求をすることを許すときは、信義則を紊り、取引の安全を害するに至ることのある」。

(1) 不当利得

株主名簿上の株主である譲渡人が新株引受権を行使して新株を取得するのは形式的には正当であるが、実質的には不当であって、形式的に正当な権利の帰属関係を実質的の公平の見地から調整を図る不当利得制度の目的からみて、譲渡人がそのような利益を保有することは法律上の原因なくして譲受人に帰属すべき財産により利益を受けたものといえんとする見解が多数説である³⁶⁾。

この見解は、譲渡人は法律上の原因なくして譲受人に帰属すべき財産によって利益を受けたことになるとして不当利得を根拠に新株そのものの引渡しを請求することができるとする見解³⁷⁾と譲渡人が新株引受けによって得た利益を返還請求することができるとする見解³⁸⁾とに分かれていたが、株主名簿上の株主が払込みをしなければ、新株を取得することがない以上、新株そのものを不当利得であると解することは穏当ではなかろう。なぜなら、募集株式の割当

30) 松田二郎・会社法概論273頁(岩波書店、1968年)。

31) 「株主が新株引受権を有する場合において、株式を譲り受けた者がその名義書換をしないうちに新株発行の決議がされて株主名簿上の株主に新株が割り当てられた場合に、その新株引受権が実質上株式譲受人に帰属するか、はたまた株式譲渡人に帰属するかは一応問題である。昭和25年の商法改正前の事案に関し最高裁判所は、株主総会が増資による新株を何人に与えるかはその自由であるとの前提に立ち、一定日時の株主名簿上の株主に新株を割り当てる旨決議した場合においては、当該株主のみが増資新株の引受権を取得し、右の日時以前に株式を取得した者でもその日時までに名義書換をしない者はその引受権を取得しないと解した(昭和35年9月15日最高裁判集14巻11号2146頁)が、当裁判所は右見解に、重大な疑義ある点を感じないわけにはゆかない。けだし、会社(株主総会)が株主に増資新株の引受権を与えるのは、会社の実質上の構成員である株主の利益をはかるためであつて、すでに実質上会社の構成員から離脱した株主名簿上の株主の利益をはかるためではないと解すべきだからである。したがつて、会社(株主総会)が一定日時の株主名簿上の株主に増資新株の引受権を与えるのも、それは単に会社が増資新株発行手続の簡素化をはかる方便に出たものであつて、その意は実質上の株主にこれを与える方法として名義上の株主にこれを与え、その結果、会社には免責の効力を付与させ、爾後の解決はこれを当事者間の処置に任せようとするだけのことにすぎないものと認むべきである。名義書換をしない株主に対し会社がその株主たることを否定しうることは、何ら右の結論に影響を与えない。

てを受ける権利（かつての新株引受権）を株主名簿上の株主は不当利得したと考えられ、募集株式の割当てを受ける権利と新株との間には同一性はないと考えられるからである³⁹⁾。

もし、平成19年最判の考え方と整合的に考えるとすれば、払込みがなされた場合には、その時点で、募集株式の割当てを受ける権利を処分したと評価して、その時点での経済的価値を不当利得したと解することになろう。

右の理は商法改正の後においても異ならない。改正商法は会社が新株引受権を与える場合を法定し、株主以外の者に新株引受権を与える場合を厳重に規整して株主の利益を保護しているが（280条ノ2、280条ノ4）、ここにいう株主はこれを実質上の株主と理解しなければ意味をなさないものである。たとえば、他人名義で株式を保有する者がある場合において、その他人に名実ともに株主としての新株引受権を与えることを認めては、株主の利益保護の法意が没却されるといわざるをえない。それ故に改正商法は新株引受を有する株主としてこれを一定日時における株主名簿上の株主に限定すべき旨定むべきことを規定しているが（280条ノ4、2項）、これは単に新株発行手続の画一化および簡素化をはかるための配慮であつて、これにより実質上の株主でない名義株主に名実ともに新株引受権が与えられるものというをえない。ところで、株式譲受人が名義書換をしない場合は、あたかも他人（株式譲渡人）名義で株式を保有する場合と異らず、新株引受権の関係でもこれと全く同様に解すべきである。

説をなす者は、かかる結論を是認するときは、株価が額面を割っている場合にも株式譲受人に株式譲渡人に対する新株の引取義務を認めなければ均衡を失し信義則に反すると主張する。しかし、かかる場合に新株が発行されることは通常考えられないだけでなく、かかる新株を引き受けた株式譲渡人は自己の責任においてこれを引き受けたものと認むべきであるから（新株発行後信義則上相当と認むべき期間内に新株引渡の請求をしなければ、株式譲受人は株式譲渡人に対する新株引渡請求権を失うと解する余地がある）、右の非難は当たらない。」

「東京証券取引所における会員間の証券取引に関しては、昭和26年以前より株式譲受人たる会員が名義書換をしない間に新株の発行があり、株式譲渡人たる会員においてその割り当てられた新株を引き受けてこれを取得したときは、譲渡人より一定の報酬をえてその新株を譲受人に返還すべき慣習があり、同取引所は統一慣習規則を設けて右の慣習を規則に取り入れたことが認められるが、この事実は前示の結論を裏づけるものといわなければならない。けだし、この場合の新株引受権が実質上株式譲受人に帰属するものと解さなければ、かかる慣習が生じ東京証券取引所の規則中にこれを取り入れる根拠がないからである。」

しかし、すでに検討したように、募集株式の割当てを受ける権利を不当利得したと解するのであれば、割当てを受けた時点での経済的価値を基準として不当利得の大きさを判断することが首尾一貫すると考えられる。もっとも、募集株式の割当てを受ける権利を株主に与えてする募集株式の発行等との関係では、払込みをするか否かは一種の投資判断であり、また、払込みをすることによって払込人はリスクを負担することを考慮すると、失念株主には払込みの意思がない可能性がありうるので、株主に割当てを受ける権利を与えてする募集株式の発行等との関係では、株主名簿上の株主は原則として善意の受益者であると考えられる⁴⁰⁾。すなわち、不当利得において「善意」とは受益者が受益につき法律上の原因がないことを知らないことを意味するのが通常用語法であるが⁴¹⁾、少なくとも株主に割当てを受ける権利を与えてする募集株式の発

32) 「株式譲渡後未だ名義書換手続未了の間に新株が発行され、株主に新株引受権が与えられた場合、その引受権は譲渡人に帰属するのか、或は譲受人に帰属するのかが問題となる。この点に関して、譲渡当事者間の法律関係とこれらの者の会社に対する法律関係を区別して考える必要がある。会社との関係では、会社は割当日における株主名簿上の株主、即ち譲渡人に新株引受権を付与すれば足り、譲渡人が自己の名義で引受払込をして新株を取得できることはいうまでもない。しかしながら、そのことから直ちに、譲渡当事者間においても、新株引受権が名実ともに譲渡人に帰属するとの見解にはたやすく賛成し難い。譲渡当事者間において、新株引受権がいずれに帰属するかは、本来譲渡契約の趣旨に従うべきところであるが、株式の譲渡に伴い、名義書換前と雖も譲渡人は実質的に株主権を失い、これが譲受人に移転する以上、株主資格にもとづいて生ずべき新株引受権もまた、反対の意思が明かでない限り、実質的には譲受人に帰属するとするのが、当事者の通常の意味に合致するものとする。たとえ、新株引受権が株主のいわゆる固有权に属するものでなく、取締役会の決議によって始めて与えられる権利であるとしても、株主資格に基いて生ずるものである以上、それは本来実質的な株主の保護を目的としているものである。会社が割当日における名義上の株主に新株引受権を与えることが許される所以は、新株発行手続の簡易化をはかり、集团的処理の便宜のために出たものであつて、取締役会の決議が右目的を超え、更に譲渡当事者間の法律関係まで一律にこれを決める趣旨を含むものと解することはできない。しかしして本件において、Yが親株を売却するに当たり、反対の意思を明かにしたと認めるべき資料は何も提出されていないから、新株引受権は社団関係の上では譲渡人たるYに帰属するが、XY間のいわば債権関係の上では譲受人たるXに帰属すると解するのが相当である。」

行等との関係では、失念株主が権利を行使する意思を有していることを株主名簿上の株主が知らないことを意味すると解するのが適当であると解される⁴²⁾。

したがって、株主名簿上の株主が払込みを行って募集株式を取得し、失念株主が払込期日後に株主名簿上の株主に対して請求したときは、現存利益として、株主名簿上の株主が当該株式を売却した後であれば売却代金額と払込金額との差額を、請求を受けた時に所有していた場合には募集株式の発行等から請求時

33) ⑨ 大阪地判昭和45.2.26判時612号89頁

「新株引受権は法律上当然に株主に認められるものではなく、原則として取締役会の決議によって初めて与えられる権利である（昭和41年法第83号による改正前の商法280条の2の1項5号）から、当該新株引受権が何人に帰属するかは、特段の場合を除き、取締役会の決議内容の解釈にかかる問題であるところ、本件A株式会社の取締役会の決議が、昭和38年8月1日現在の株主名簿に登録された株主に対して新株引受権を与えるというものであることは前示のとおりである。

そこで右決議内容を文字通りに解釈すれば、新株引受権の与えられた株主とは、実質上の株主であるか否かを問わず右割当日において株主名簿に登録された株主ということになる訳であり、しかして株式会社のもつ社团的画一性の要請、株式をめぐる紛争の防止等の見地からみれば右の解釈も亦一理を有するのであるが、しかし、商法が新株引受権を与える場合においていわゆる割当自由の原則の範囲内で株主とそれ以外の者との取扱に差異を設けるにつき、株主以外の第三者に対比して想定している株主とは実質上の株主と解すべきであり、右差異の眼目は主として、会社の構成員に非ざる第三者のため、実質上の株主がその利益を侵害せられることを防止する点に置かれていると認められること（前記改正前の商法280条の2の2項参照。なおこの理は上記改正後の同条1項8号、2項によって一層明らかである）に徴すると、法が、株主名簿に記載はされているが実は既に株主権を譲渡したような者までを元来の新株引受株主と考えているとは解し難く、従って新株引受株主につき一定日時の株主名簿上の株主に限定することを要求した商法280条の4の規定は、新株発行手続の画一化及び簡素化のための便宜的規定であり、その法的狙いはむしろ免責的効果の付与にあるものとみられるのである。果して然りとすると、一般に取締役会の行う決議も右の趣旨に沿って理解すべきであり、しかして本件の上記決議についても、特に一般と異なる解釈を為すべき特段の事由も認められないから、右決議の趣旨は、その文言にもかかわらず、会社との関係ではさておき、株式の譲渡当事者間の関係においては、株主名簿上の記載の如何にかかわらず実質上の株主を新株引受権者とみることを否定するものではないと解するのが相当である。従って本件にあっては、右新株引受権者は、譲受人たるXと解すべきである」。

までの低値と払込金額との差額を、それぞれ失念株主は請求できると解するべきであろう（民法703条）。

他方、払込みをしなかった場合には株主名簿上の株主に現存利益はないから、返還すべき不当利得は存在しないことになるし⁴³⁾、株主名簿上の株主は、失念株主との関係で払込みをなす義務を負っていない以上、払込みをしなかったときであっても損害賠償する必要はない。これと表裏の関係の議論であるが、払込みをした株主名簿上の株主は、株価が払込金額以下に下落した場合、失念株主に対し、募集株式と引き換えに払込金額の償還を事務管理に基づいて求めることはできない。なぜなら、失念株主の意思に反した場合には失念株主は現存利益の範囲内で償還すれば足りるし（民702条3項）、意思に反しないとしても漫然と保有していたことは善管注意義務に違反するから失念株主は損害賠償請求権を取得し、相殺できるからである⁴⁴⁾。

なお、例外的な場合であるが、失念株主が払込金相当額を提供して払込期日前に株主名簿上の株主に請求したときには、募集株式の引渡しを求めることが

34) 大隅健一郎＝今井宏・会社法論 上巻〔第3版〕486-487頁（有斐閣、1991年）、田中誠二・三全訂会社法詳論上401-402頁（勁草書房、1993年）、鈴木竹雄＝竹内昭夫・会社法〔第3版〕164頁注（12）（有斐閣、1994年）、龍田節・会社法〔第9版〕229頁（有斐閣、2003年）、前田庸・会社法入門〔第10版〕289頁（有斐閣、2005年）、江頭憲治郎・株式会社・有限会社法〔第4版〕190頁注（15）（有斐閣、2005年）など。

35) 西原寛一「失念株」会社法演習Ⅲ 26頁（有斐閣、1963年）。

36) 大隅健一郎「株式の譲渡」株式会社法講座Ⅱ 675頁（有斐閣、1956年）、竹内昭夫・会社法の理論Ⅰ 214頁（有斐閣、1984年）、堀口亘「失念株」会社法演習Ⅰ 135頁（有斐閣、1983年）、大隅＝今井・前掲注34) 487頁、鈴木＝竹内・前掲注34) 164頁注（12）、龍田・前掲注34) 230頁、前田・前掲注33) 289頁、江頭・前掲注34) 190頁注（15）、星野孝「所謂『失念株』について」ジュリスト39号33頁（1953年）など。

37) 長谷部茂吉「失念株と増資新株の帰属」法律のひろば14巻3号8頁（1961年）、田中・前掲注34) 404頁など。また、小規模閉鎖会社においては株式の引渡しを請求できるとする最近の見解として、鳥山恭一<判批>法学セミナー605号126頁（2005年）及び山本為三郎<判批>法学研究78巻9号69頁（2005年）などがある。

38) 大隅＝今井・前掲注34) 487頁、鈴木＝竹内・前掲注34) 164頁注（12）、龍田・前掲注34) 230頁、前田・前掲注34) 289頁、江頭・前掲注34) 190頁注（15）など。

できると解するべきであろう。そして、この場合には、払込みをせずに割当てを受ける権利をむだにしたときは株主名簿上の株主は失念株主に対して損害を賠償しなければならないと考えるべきであろう。

（2）準事務管理

株主名簿上の株主は自己のためにする意思で新株引受権を行使するのが通常であるから、「他人のためにする意思」を欠き、事務管理の成立は認められないが、準事務管理の概念を認め⁴⁵⁾、事務管理の規定を類推適用すべきであるとする見解も存在した⁴⁶⁾。

この見解によると、株主名簿上の株主は新株あるいは売得金を返還すべき義

39) また、事務管理という法律構成によらないで、株主名簿上の株主から失念株主への移転をどのように認めるのかという問題もある（吉本健一〈判批〉商事法務1791号58頁（2007年））。

なお、失念株の事案に関するものではないが、最判昭和43.12.12民集22巻13号2943頁は、「Xが本件株式につき取戻権を有する以上、右破産宣告後、右株式の名義人がYであったため、Yにおいて、右株式の配当金および右株式につき株主に割り当てられた新株を取得すれば、これは、その実質的利益の帰属すべきXの損失においてYの利得したものとすべく、Xは、Yに対し、破産法47条5号の規定に従い不当利得に基づく財団債権として、前配当金および新株の給付を請求することができるといわなければならない。」としている。また、千葉地判平成15.5.28金判1215号52頁は「閉鎖会社である有限会社においては、社員にとって、通常、外部者を排除して社員相互の信頼を維持し、かつ、既存の持分比率が維持されることが重要な権利であるから（有限会社法51条参照）、増資の際、名義上の社員が、出資引受権の割当てを受け、払込をし、会社から持分の付与を受けた場合、実質的な社員と名義上の社員との間の実質的な公平を図るために不当利得の法理を適用し、実質的な社員は、名義上の社員に対し、名義上の社員により払い込まれた増資分の出資金を支払うことと引き換えに、名義上の社員に付与された持分それ自体の取得を求めることができる」と判示した。しかし、前者についてはその根拠が必ずしも明確に示されておらず、被告が適切な主張を行わなかったため、このような判決となった可能性がないわけではない。また、後者は、失念株の事案に関するものではなく、被告は社員としての地位に基づかないで出資引受権の割当てを受けたものであって、実質的な社員には落ち度がないという事案の特殊性に基づくものであると解する余地もある。山本・前掲注37) 68-69頁及び吉本・前掲57-58頁も参照。

務を負い（民701条・645条⁴⁷⁾、失念株主に対して払込金額を含む有益費用の償還を請求できることになる（民法702条）。なお、失念株主の時機を失した募集株式の引渡請求に対しては信義則を適用して拒絶でき（⑥判決参照）、募集株式の値下がりによる株主名簿上の株主からの引取り請求に対しては、事務管理者（株主名簿上の株主）の管理開始の通知義務の懈怠（民法699条）や管理方法の失当（民法697条）により拒否できるとする見解もある⁴⁸⁾。

もっとも、事務管理または準事務管理の成立を認めた公表裁判例は存在しないようである（①判決⁴⁹⁾、②判決⁵⁰⁾、⑨判決⁵¹⁾、⑩判決⁵²⁾）。

40) 少なくとも、失念株主が払込期日以後に株主名簿上の株主に対して請求した場合にはそのように解するべきであろう。竹内昭夫・判例商法 I 86 頁（弘文堂、1976 年）、江頭憲治郎・株式会社法 201 頁注（14）（有斐閣、2006 年）。ただし、関徳彦「株式譲渡後の名義株主による新株・配当の不当利得」商法における論争と省察 550 頁（商事法務研究会、1990 年）は反対。

41) 藤原・前掲注 12) 155 頁参照。

42) 実際、株式の引渡し請求を認め、または取得時の株式価格を基準とした不当利得返還請求を認めた裁判例（③判決、④判決、⑦判決、⑧判決及び最判昭和 43.12.12 民集 22 卷 13 号 2943 頁）は、いずれも、「失念株主が権利を行使する意思を有していることを株主名簿上の株主が知らな」かったとはいえない事案に関するものである。他方、利益配当・株式配当との関連での⑩判決は悪意をより広く認定している（ただし、⑫判決）。

43) この場合には、失念株主の損失と因果関係を有する株主名簿上の株主の利益がないと説明すべきなのかもしれない。

44) 竹内・前掲注 40) 87-88 頁参照。

45) 準事務管理という概念を認めないのが現在の多数説のようである。我妻・前掲注 12) 927 頁以下、新版注釈民法（18）321-323 頁[平田春二]（有斐閣、1991 年）など参照。ただし、四宮・前掲注 12) 43 頁。

46) 塩田・前掲注 3) 38 頁、菅原・前掲注 3) 18 頁、高鳥正夫・会社法の諸問題 526 頁（慶應義塾大学法学研究会、1973 年）、中島史雄「失念株再論」金沢法学 29 卷 1 = 2 号 334 頁（1987 年）。なお、田中・前掲注 34) 402 頁は、不当利得または準事務管理のいずれにもとづいても失念株主の請求権が認められるとする。

47) ただし、菅原・前掲注 3) 18 頁は、差額分の支払請求のみを認める。

48) 塩田・前掲注 3) 38 頁、菅原・前掲注 3) 18 頁、高鳥・前掲注 46) 526 頁。また、新版注釈会社法（3）176 頁 [松岡誠之助]（有斐閣、1986 年）。

VI. 新株予約権の無償割当てがなされた場合

1 行使前に失念株主から新株予約権の移転を求められた場合

無償割当てによって交付された新株予約権は失念株主に帰属すると考えられるので、株主名簿上の株主は失念株主にその新株予約権を移転しなければならない（⑧事件の事案はこの場合に近い）。

2 失念株主から新株予約権の移転を求められる前に新株予約権を行使した場合

株主名簿上の株主が善意の受益者であると考えられるとすれば、新株予約権の行使後、株式の売却前に失念株主が請求した場合には、失念株主が不当利得返還請求をするまでの間の株式の低値が新株予約権の行使にあたって払い込んだ金額を上回る部分が返還すべき現存利益であると考えらるべきであろう。株主

49) 「XがY等に対する関係において新株引受権の主張をすることがゆるされない以上、…Xのために事務管理をしたものともいえない。」

50) Y等には「訴外Aの相続人であるX等に対し右株式を譲渡しなければならない法律上の義務はない。したがって、またY等の右新株の取得は右訴外Aの事務を管理したものと謂いえない……から、事務管理……の問題を生ずる謂われがない。」

51) 「Xの準事務管理の主張につき案ずるに、わが法の下においてそのような法律構成ないし権利関係を肯認するに足る法的根拠に乏しいものというべきであるのみならず、一般に株主は新株引受権が与えられたとしてもその新株の市場価額の変動等の予測その他諸般の事情を考慮して新株引受権を行使するかしないかの自由を有し、又その権利は有償割当の場合一定の申込期日迄に株金の払込をしないときは消滅する権利であるところ、本件においてはXの受託者たる訴外Bが名義書替を失念し、結局Xにおいて新株の申込及び払込をしなかったこと上述のとおりであり、他方Yが元来Xの有する新株引受権を行使して新株を取得したとしても、それは自己の負担と危険において自己のためになされたものであると看做しうるから、右新株引受権の行使を客観的に他人の事務と即断することはできず、従ってこれを他人の事務であるとし、それを前提とする準事務管理の成立も亦認め難いところといわなければならない。

してみると、Xの本件株式の引渡請求ないし代償請求は、たとえXが新株の引受権者であるとしても、いわゆる準事務管理に基く請求としてはこれを認め難……い。」

名簿上の株主が取得した株式を売却した場合には、売却代金相当額が新株予約権の行使にあたって払い込んだ金額を上回る部分が返還すべき現存利益であると考えらるべきであろう。

もともと、株主名簿上の株主は経済的出捐をまったくしていない以上、リスクを負っていないので、株主名簿上の株主には新株予約権を引き渡せるようにしておくことが求められるとも考えられ、そうであれば、新株予約権を時効取

52) 「本件株式を譲受けたXは、その譲受けの時から直ちに株主権者となり、反面これと同時に、譲受人は株主権者でなくなったことを自覚するのであるから、譲渡人の為した新株引受行為につき準事務管理が成立するものとし、これを否定した原判決を論難するものであるところ、そもそも株式譲渡の効力に関する理論のうち、その譲渡当事者間の効力に関する理論と、会社その他の第三者に対する効力に関する理論とは、それぞれ別異の側面の関係を規制すべき使命を持ち、その妥当する側面に応じて適宜使い分けられることを期待するいわば次元を異にする理論であつて、これによると右両側面の矛盾のない同時規制の試みは、本来難事であるのみならず、通常はその必要を見ないところである。いわゆる資格説も、問題点の言い替えとはなつても、事の実質的な解決に格別寄与するものではない。これを本件について見るに、本件株式の譲受人が、X主張のように、譲受行為のみで、譲渡当事者間では直ちに株主権を取得したといつても、その権利の内容を実現するためには、これとは別側面の理論の適用なくして達し得ないもの、即ち、その実現は、譲受人が右譲渡を会社に対して主張するに必要な手続を履践することによつてのみ、これを達成し得るものであつて、譲受行為のみで取得した株主権というものは、右の意味でいわば「条件付」でのみ満足し得る権利に過ぎず、この場合の株主権の「実質」性は、右の限度を出るものではないのである。しかも一般に株式譲受人は、株式相場変動による応急的、投機的意図あるいは財産秘匿の意図等よりして、直ちに名義書換を欲しない場合も往々存在することは顕著な事実であつて、その結果、譲渡株式について、相当な時期に名義書換が行われないままで経過する多くの場合にもそれが単なる手続の遅滞か、失念か、故意（一種の権利放棄と見られる）に因るのかは、必ずしも容易に判別し難いものであることは、当然に推測され、本件で採り上げられた商慣習成立の基盤も、この辺に求められるものと考えられぬ訳ではない。そうすれば、この事態の反面として、株式譲渡人が、譲渡株につき割当てられた新株を引受けたり、配当金を受領したりする行為も、必ずしも譲受人のためにする意思を以つて行うものとは到底考えられないものとなることも、理の当然というべく、これに加えて、原判決が示すように、新株の正当な引受権者においてさえ、果してその引受権を行使するか否かは、その者が利害を考慮の上、その任意により決するものであるところから、譲渡人において必ず引受行為も、その者自身の負担と危険においてなされる同人自身のための行為と見られる余地が存する」。

得するまでは、悪意の受益者であると解して、新株予約権取得時における新株予約権の価値相当額の不当利得返還義務を負うと考えるのが妥当かもしれない。

3 失念株主から新株予約権の移転を求められる前に新株予約権を売却した場合

株主名簿上の株主は善意の受益者であると考えられるとすれば、売却代金相当額が現存利益にあたり、不当利得として失念株主に返還すべきであると解すべきであろう。もっとも、株主名簿上の株主を善意の受益者とみることには疑義が残り、2と同様の議論が当てはまるかもしれない。

4 新株予約権を行使せずに、行使期間が経過した場合

株主名簿上の株主としては、失念株主から引渡しを求められる可能性に鑑みて、新株予約権を行使しないことが考えられる。したがって、この場合には、株主名簿上の株主には利得がないと解され⁵³⁾、したがって、不当利得の返還義務を負わず、また、行使する義務を負っていないので失念株主に対して損害賠償する必要はない。

Ⅶ. 統一慣習規則の適用の有無

日本証券業協会は、協会員間の取引によって生じた失念株の処理につき、統一慣習規則第2号「株式の名義書換失念の場合における権利の処理に関する規則」（昭和50年6月20日）を定めているが、平成19年最判は、（少なくとも）協会員でない者との関係では、統一慣習規則第2号の適用がないことを前提としている可能性がある⁵⁴⁾。

裁判例においては、当初、このような規則は、協会員間の取引に関する商慣

53) この場合には、失念株主の損失と因果関係を有する株主名簿上の株主の利益がないと説明すべきなのかもしれない。

習であって、協会員相互以外にはこのような商慣習の存在は認められない（①判決及び⑥判決）とされていたが⁵⁵⁾、その後、非協会員も協会員を通じて取引所でする取引については、商慣習、事実たる慣習または普通取引約款としての拘束をうけるとされるという見解が下級審裁判例（⑨判決⁵⁶⁾及び⑩判決⁵⁷⁾及び学説⁵⁸⁾において有力になった。

さらに、非協会員間の取引についても、信義則の具体的発現として、これに

54) 平成19年最判の第1審判決は、「統一慣習規則自体が、その第1条において、「この規則は、会員が自己名義の株式を他の会員に譲渡したのち、当該株式に対する利益の配当、交付金若しくは清算金等の交付又は新株式若しくはその他の株式の割当て（以下「権利」という。）を受けた場合において、その取得した配当金、交付金若しくは清算金等（以下「配当金等」という。）又は割当てられた新株式若しくはその他の株式（以下「新株式等」という。）を当該株式の名義書換えを失念した譲受人である会員（以下「譲受会員」という。）に返還するための処理を円滑にすることを目的とする。」と規定して、日本証券業協会の会員間において適用されるものであることを明示している以上、これを適用したり類推適用することができないことは明らかである。また、確かに、本件統一慣習規則が会員と会員を通じた取引を行った非会員との間でも事実たる慣習ないし商慣習法として適用されることを肯定する裁判例や学説があるものの、反対の趣旨の裁判例や学説も少なくないことに照らし、本件統一慣習規則が会員と会員を通じた取引を行った非会員との間でも適用される旨の事実たる慣習が成立していることを認めるに足りる証拠はないというほかない」と判示している。

55) 名義書換を拒絶された顧客から株式を買い戻した証券会社が増資新株の割当を受けた株式譲渡人に対して引渡しを求めた事案に関する東京高判昭和27.3.18下民集3巻3号370頁も同趣旨。

56) 「大阪証券業協会に対する調査囑託の結果によれば、協会員間の取引において名義書替を失念した場合の配当金の処理については、譲渡人は譲受人から配当金額（ただし源泉徴収所得税額を控除）の50パーセント以下に相当する金額の支払を受けて当該配当金を返還すべきものとする統一慣習規則が定められており、このことは、非協会員が仲買人たる右協会員を通じて売買取引をするについても準用される慣行になっていることが認められる。控訴人は協会員、非協会員間の取引については右統一慣習規則は適用されない旨主張するが、株式取引は証券取引所において協会員を介して行われ、そこには右認定のように右規則によって処理される慣習があるから、非協会員が協会員を通じて右証券取引所において取引をする以上、非協会員も右慣習もしくは普通取引約款の効力としての拘束力を受けると解しても何ら不当ではない。」

準じた解決を認めるべきではないかという指摘もあった⁵⁹⁾。

しかし、⑪判決は、「Yは、日本証券業協会員であるAを通じて取引を行なった場合、X、Yのような協会員でなくとも、右規則が適用されるとする商慣習があるというけれども、かかる慣習の存在を認めるに足る証拠はない。もっとも、Yの主張にそう学説もないわけではないが、他方有力な反対説もあり、このことは右慣習の存在の否定にもつながるといえよう。右規則が協会員間の証券取引の単純明確化を目的として制定されたことにかんがみると、協会員以外の一般私人間の証券取引に関してまで、それが協会員を介してなされたとの一事によって、右規則を適用しなければならない合理的根拠はみいだしがたく、やはり、右の取引の法律関係には、民法等の一般法理を適用するのが正しいと考えられる。」と判示した。

また、学説としても、証券会社間の慣行を一般顧客は知りうる立場にはないことなどを根拠として、統一慣習規則の非協会員に対する拘束力を否定する見解も強く唱えられている⁶⁰⁾。また、かりに同趣旨の規定を証券会社と顧客との間の契約書に設けるとすると、現在では、消費者契約法上の問題が生ずる可能性もある。なぜなら、消費者契約法10条は、「民法、商法（明治32年法律

57) 「原審は、所掲の証拠により、「協会員間の取引において、名義書換を失念した場合の配当金の処理については、譲渡人は譲受人から配当金額（ただし源泉徴収所得税額を控除）の50パーセント以下に相当する金額を返還すべきものとする統一慣習規則が定められており、このことは、非協会員が仲買人たる右協会員を通じて売買取引をするについても準用される慣行になつている」との事実、即ち非協会員が協会員を通じてする取引に、右協会員間の取引につき定められている統一慣習規則が準用される事実たる慣習の存在することを認定したうえ、右事実たる慣習に法的拘束力を認めても不当ではない旨判断したものであることが明らかであつて、原判決挙示の証拠によれば、右認定はできない訳ではない。」

58) 塩田・前掲注3) 41頁、菅原・前掲注3) 18頁、西原・前掲注35) 30頁、田中・前掲注34) 403頁、大隅＝今井・前掲注34) 488頁注(14)など。

59) 西原・前掲注35) 30頁。

60) 鈴木＝竹内・前掲注34) 165頁注(14)、鈴木竹雄＝河本一郎・証券取引法〔新版〕414頁（有斐閣、1984年）、岩原・前掲注4) 111頁、前田庸・会社法入門〔第11版〕257頁（有斐閣、2006年）など。

第48号) その他の法律の公の秩序に関しない規定の適用による場合に比し、消費者の権利を制限し、又は消費者の義務を加重する消費者契約の条項であって、民法第1条第2項に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方的に害するものは、無効とする。」と規定するところ、統一慣習規則が定めるようなルールは消費者の権利を制限するものであり、消費者の利益を一方的に害するものであると解されうるし⁶¹⁾、消費者契約法9条は「当該消費者契約の解除に伴う損害賠償の額を予定し、又は違約金を定める条項であって、これらを合算した額が、当該条項において設定された解除の事由、時期等の区分に応じ、当該消費者契約と同種の消費者契約の解除に伴い当該事業者が生ずべき平均的な損害の額を超えるもの」は当該超える部分(1号)について消費者契約の条項を無効とする」と定めており、失念株の場合に統一慣習規則が定める額が株主名簿上の株主に生ずる平均的損害額に相当するとは考えにくいからである。

61) 上場有価証券等の売買との関連では、証券会社を通じないで、一般の投資者が取引することはきわめてまれであることを考慮すると、証券会社と顧客との交渉力の格差は大きいと考えられるし、現実にも証券会社側が一方的に約款を作成しており、顧客との間の交渉の結果、そのような条項が含まれたり、排除されたりすることは考えにくいという事実を照らせば、信義則違反と評価される可能性がないとはいえないであろう。落合誠一・消費者契約法151-152頁(有斐閣、2001年)参照。

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
川 田 琢 之	筑波大学大学院ビジネス科学研究科 企業法学専攻准教授
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准教授

筑波ロー・ジャーナル 3号

2008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
肥後 治樹
平林 英勝
元永 和彦
弥永 真生

准教授 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

准教授 上山 泰
徳本 穰
藤井 樹也

編集者
制作
印刷所

筑波ロー・ジャーナル編集委員会
株式会社TKC
倉敷印刷株式会社

TSUKUBA LAW JOURNAL

No.3 March 2008

Articles

- Biotechnologie und Menschenwürde **Koichi AOYAGI** 1
- Recent Developments in International Trusts **Makoto Arai** 29
- Independence of Exertion of Powers by Fair Trade Commission:
Case Studies and Legal Analysis **Hidekatsu Hirabayashi** 67
- Legal Protection for Fixed-term Public Employees against Non-
renewal of Their Employee Status: A proposal for a New Legal
Theory with Reference to the Recent Case Laws
..... **Takuyuki Kawata** 99
- Racial Integration in Schools and Affirmative Action (2):
New Trends in Roberts' Supreme Court of the United States
..... **Tatsuya Fujii** 161

Case Note

- Unregistered Shares and Unjust Enrichment **Masao Yanaga** 183

ISSN:1881-8730