

筑波ロー・ジャーナル

14号

2013年8月

論 説

制限行為能力制度に基づく取消権の実効性

——成年後見センター・リーガルサポートのアンケート調査結果を踏まえて——

.....上山 泰 1

銀行監督上の失敗と国家賠償責任

——イタリア——

.....弥永 真生 31

研究ノート

財産権《制約》の類別に関する一試論

——憲法判断対象たる法令の類別という観点から——

.....大石 和彦 65



目次

論 説

制限行為能力制度に基づく取消権の実効性 ——成年後見センター・リーガルサポートのアンケート調査結果を踏まえて——	上山 泰 1
--	--------

銀行監督上の失敗と国家賠償責任 ——イタリア——	弥永真生 31
--------------------------------------	---------

研究ノート

財産権《制約》の類別に関する一試論 ——憲法判断対象たる法令の類別という観点から——	大石和彦 65
--	---------

論説

制限行為能力制度に基づく取消権の実効性

——成年後見センター・リーガルサポートのアンケート調査結果を踏まえて——

上 山 泰

- I. はじめに
- II. 本アンケートの意義—取消権の実効性をめぐる議論の課題—
- III. アンケート結果の紹介と分析
 - (1) アンケートの概要
 - (2) 取消権行使の実態
 - (a) 取消権行使の検討と現実の行使の頻度
 - (b) 取消権行使の対象となった法律行為
 - (c) 取消権不行使の理由
 - (d) 現行制度に対する評価
- IV. おわりに

I. はじめに

平成25年6月19日、「障害を理由とする差別の解消の推進に関する法律（障害者差別解消法）」が成立した。これにより、国連の「障がいのある人の権利に関する条約」（以下、権利条約）の批准に向けた国内法の整備は大きな山を越えた。既に権利条約の批准国は133¹⁾にのぼっており、日本政府の対応は遅きに失した感は否めないものの、ようやく批准の具体的な見通しがたったといえる。

しかし、これで国内法の整備が完了したとみなすわけにはいかない。筆者の専門とする民法の領域においても、権利条約12条との関係上、現行の法定後

1) 直近では、2013年6月3日にノルウェー、6月11日にパラオ、7月18日にシンガポールがそれぞれ批准している（パラオは選択議定書も併せて批准）。

見制度が重大な修正を迫られていると思われる²⁾。詳細は既存の別稿³⁾に譲るが、権利条約12条は、判断能力不十分者の法的な保護・支援のあり方に関して、代理・代行的意思決定から自己決定支援（意思決定支援）⁴⁾へのパラダイム転換を求めている。そして、国連の障害者権利委員会による国際モニタリングの動向⁵⁾を見る限り、このパラダイム転換に向けた要請は、年々、厳格化してきているように思われる⁶⁾。もし我々がこの要請を忠実に履行しようとするならば、制限行為能力制度と法定代理権制度から構築された伝統的な成年後見制度の仕組みを、原則的に支援付き意思決定（supported decision-making）の仕組みへと置き換えていくことが必要になる。筆者は、こうした近年の国際的な議論の方向性を、基本的には正当であると考えているが、しかし、その一方で、権利条約の理念をわが国の民法の中で具体化していくためには、さまざまな水準における法的・社会的な環境整備が必須であるといわざるをえない。

2) たとえば、法政大学大原社会問題研究所・菅富美枝編『成年後見制度の新たなグランド・デザイン』（法政大学出版局、2013年）に収録された、上山泰・菅富美枝「成年後見制度の理念的再検討—イギリス・ドイツとの比較を踏まえて—」3-38頁、上山泰「現行成年後見制度と障がいのある人の権利に関する条約12条の整合性—「小さな成年後見」の視点から—」39-116頁、菅富美枝「「意思決定支援」の観点からみた成年後見制度の再考—イギリス2005年意思決定能力法からの示唆—」217-261頁のほか、成年後見法研究10号（2013年）に収録された、新井誠「障害者権利条約と横浜宣言」3-14頁、田山輝明「障害者権利条約と成年後見制度—条約12条と29条を中心に—」23-35頁等を参照されたい。岡孝「東アジアにおける成年後見制度の比較」民事研修667号（2012年）5頁も権利条約との関係での制限行為能力制度見直しの必要性に触れる。さらに、当事者団体である日本障害フォーラムによる「障害者権利条約法務省関連の項目についての意見書（2009年8月20日・第9回政府意見交換会）」（<http://www.normanet.ne.jp/~jdf/yobo/20090820.html>）も、権利条約12条と現行法定後見制度との不整合を指摘している。

3) 前掲上山（注2）39-116頁。

4) 自己決定支援（意思決定支援）の理念に関して、イギリス法を素材として綿密な分析を試みた先行業績として、菅富美枝『イギリス成年後見制度にみる自律支援の法理—ベスト・インタレストを追求する社会へ—』（ミネルヴァ書房、2010年）がある。

5) これまでに公表済みのチュニジア、スペイン、ペルー、ハンガリー、アルゼンチン、中国に対する総括所見（concluding observation）における各国の成年後見制度に対する評価については、前掲上山（注2）97-101頁を参照されたい。

本稿では、この準備作業の1つとして、成年者に関する制限行為能力制度⁷⁾の廃止・縮減の可能性を探るために、わが国最大の専門職後見人団体である「公益社団法人成年後見センター・リーガルサポート」(以下、リーガルサポート)⁸⁾が実施した、おそらくは本邦初の取消権行使の実態に関するアンケート調査(「取消権行使についてのアンケート」)について、その結果⁹⁾の紹介と分析を試みることにする。なお、本稿の執筆に当たっては、筆者がこのアンケート項目の作成等に協力した経緯もあり、リーガルサポートのご厚意により、特別に許可を受けて、未公表の自由記載部分を含むアンケートの全集計データを閲覧

-
- 6) 2010年に公表された国連人権高等弁務官事務所による”Monitoring the Convention on the Rights of Persons with Disabilities – Guidance for human Rights Monitors”は、モニタリング方法の具体例を示しているが、この中で、12条に関する遵守すべき義務(Obligation to respect)のチェック・ポイントの1つとして、「本人の障がいに基づいて、その法的な行為能力(legal capacity to act)を障がい者から完全にあるいは部分的に剥奪する法的なメカニズムが存在しているか?(例:障がい者を代理し、障がい者の代理人として行動する他者を選任するための法的手続、完全後見あるいは限定後見(full or partial guardianship))」という項目を挙げている(p.55)。
- 7) 本稿では、未成年者の取消権は検討の対象外とする。このため、本稿での「判断能力不十分者」という表記は、判断能力の不十分な成年者のみを指すこととお断りしておく。
- 8) 公益社団法人成年後見センター・リーガルサポートは、日本司法書士会連合会が中心となり司法書士を正会員として設立された法人である。平成25年4月1日時点での会員数は6379人、全国司法書士会員数20979人の約3割が入会している(月報司法書士495号(2013年)89頁参照)。なお、平成24年の法定後見人選任の件数32263件のうち、約2割に当たる6382件を司法書士が占めており(最高裁判所事務総局家庭局「成年後見関係事件の概況—平成24年1月～12月—」参照)、司法書士はわが国の第三者後見人に関する最大の供給母体となっている。少なくとも現状では、選任されている司法書士の全てがリーガルサポートに加入しているわけではないが、近時、東京家裁では、専門職後見人の監督体制強化を目的に、司法書士を選任する場合には、原則的にリーガルサポートが提出している名簿搭載者を対象とする取り扱いを始めたようである。わが国の「専門職後見人」は、あくまでも各資格領域に関する専門家であるにすぎないので、第三者後見人としての適性担保には専門資格職であるという事実だけでは不十分である(上山泰『専門職後見人と身上監護(第2版)』(民事法研究会、2010年)3-6頁)。したがって、成年後見職務に特化した継続研修等の体制を確保しておく必要があり、東京家裁の対応は正鵠を射たものと評価できる。

させていただいたことを付言しておく¹⁰⁾。

II. 本アンケートの意義—取消権の実効性をめぐる議論の課題—

権利条約12条の「法的能力（legal capacity）」の対象として、日本法上の行為能力が含まれると考えた場合、終局的には制限行為能力制度の完全廃止が議論の俎上に載ることになる。ここで仮に廃絶までは免れるとしても、少なくとも、近時の成年後見法領域における国際標準といえる法理念である「必要最小限の介入原則」からすれば、行為能力の制限は、本人の現有能力と個別具体的なニーズに比例した必要最小限の範囲にとどめる必要がある¹¹⁾。しかしながら、わが国の民法学説には、わずかな例外¹²⁾を除いて、この点に関する問題意識が希薄であり、現在進行中の民法（債権関係）改正作業においても、意思能力や代理等の関連規定に関する議論がある一方で、行為能力それ自体については検討の対象から外されている¹³⁾。実務法曹も同様に、一部の例外¹⁴⁾を除けば、むしろ取消権の拡大によるパターンリスティックな本人保護を重視しているように見受けられる。たとえば、任意後見人への同意権・取消権付与を提

9) このアンケート結果は、同法人のWebサイトで公表されている（[http:// www.legal-support.or.jp/act/other.html](http://www.legal-support.or.jp/act/other.html)）。なお、この結果は、途中集計の段階ではあるが、平成24年5月26日に開催された日本成年後見法学会第9回学術大会のシンポジウムでも、岩井英典司法書士によって紹介され、その分析が示されている（成年後見法研究10号（2013年）45-50頁参照）。

10) このアンケートを実施したリーガルサポート制度改善検討委員会の岩井英典司法書士には、今回のデータ閲覧に当たっても多大なご尽力をいただいた。また、松井秀樹理事長をはじめとするリーガルサポート関係者には、この場を借りて、あらためて感謝申し上げたい。

11) こうした問題意識から、2010年の日本成年後見法学会第7回学術大会では、筆者を座長とする第2分科会「能力制限の廃止・縮減—能力制限なき後見支援の可能性を求めて」が開催された。その成果が、成年後見法研究8号（2011年）に収録された、上山泰「制限行為能力制度の廃止・縮減に向けて—第2分科会問題提起—」20-34頁、菅富美枝「イギリス法における行為能力制限の不在と一般契約法理等による支援の可能性」35-50頁、熊谷士郎「日本法における消費者保護法理・意思無能力法理等の活用可能性」51-60頁である。

唱する日弁連の立法提言¹⁵⁾は、この象徴といえるだろう。

こうした状況は、平成11年民法改正によって、「自己決定の尊重」、「残存能力（現有能力）の活用」、「ノーマライゼーション¹⁶⁾」等の権利条約とも親和性のある現代的理念が成年後見制度に持ち込まれたにもかかわらず、依然とし

12) 注2及び注7に掲げた諸文献のほか、四宮和夫・能見善久『民法総則（第8版）』（弘文堂、2010年）43頁が、従来のわが国の後見制度は、本人の行為能力を制限することで財産の喪失から保護するという「消極的保護」の側面に重きを置いていたが、制度設計としては、本人の行為能力を制限せずに、本人の保護のための措置を充実することも考えられると指摘している。また、大村敦志「『能力』に関する覚書」ジュリスト1141号（1998年）16-22頁、及び、河上正二『民法総則講義』（日本評論社、2007年）72-73頁は、法定代理権が、制限行為能力制度に基づく取消権と同様に、本人の自己決定権を侵害するリスクを持つことを正当に指摘している。

13) 法制審の議論での実質的なたたき台であった、民法（債権法）改正検討委員会「債権法改正の基本方針」NBL904号（2009年）でも、行為能力は検討対象から外されている。他方、同じく法制審の参考資料とされた、民法改正研究会編「法律時報増刊 民法改正国民・法曹・学界有志案」（2009年）は、行為能力を含む成年後見を対象に含めてはいるが、該当箇所の改正案の主眼は親族編中の成年後見関係規定を総則編に移動して、関連条文の体系的整序を図ることにあったようであり、制限行為能力の縮減という視点は見当たらない。むしろ、「後見開始の審判以前の行為の取消し」や「被保佐人による無償での利益供与行為に関する保佐人の同意権拡張」といった新設規定案をみる限り、能力制限の範囲を拡張して、パターンリスティックな本人保護を強化する姿勢が強いように見受けられる。

14) 権利条約との関係上、制限行為能力制度の改正が必要となることを指摘する実務家の文献として、池原毅和「法的能力」松井亮輔・川島聡編『概説障害者権利条約』（法律文化社、2010年）183-199頁、赤沼康弘「法定後見制度の改善・改正の展望」新井誠・赤沼康弘・大貫正男編『成年後見法制の展望』（日本評論社、2011年）494-508頁等がある。平田厚『権利擁護と福祉実践活動—概念と制度を問い直す—』（明石書店、2012年）も、成年後見制度を含む権利擁護制度全般を念頭に権利条約と親和的な自己決定支援のあり方を論じている。

15) 2009年7月16日付け日本弁護士連合会「任意後見制度に関する改善提言」。この解説として、高江俊名「日本弁護士連合会「任意後見制度に関する改善提言」の解説」実践成年後見32号（2010年）109-117頁がある。

16) ノーマライゼーションという用語はわが国の官僚用語として定着しているが、権利条約との整合性の文脈では、「社会的包摂（social inclusion）」の概念を用いる方が好ましいように思われる。

て、わが国では旧来からの「本人の（客観的）保護」の理念をいささか過剰に重視する風潮が強いことを端的に示すものである。もちろん、平成11年民法改正では、「自己決定の尊重」等の新理念と「本人の（客観的）保護」との「調和」が目指されたわけであって、後者を前者に置き換えようとしたわけではない。また、判断能力不十分者に対する法的支援の仕組みから完全にパターンリズムの要素を払拭することも、そもそも現実性を欠く話だろう。したがって、たとえば悪質商法からの被害回復の場面のように、「本人の（客観的）保護」の視点が前面に出る状況の存在までを否定する必要はない。しかし、今後、権利条約が批准された暁には、判断能力不十分者を単なる保護の客体として扱うのではなく、可能な限り、自らの意思で社会に参画していく積極的な法主体として再定位することが強力に求められることになるだろう。

このとき、法政策上、最大の難所の1つとなるのが、「制限行為能力制度に基づく取消権を廃止あるいは縮減しても、適正な保護がなお可能か？」という率直な疑問である。たとえば、悪質商法のような事案での本人の救済が、意思無能力法理や民法90条の適用といった他の民法上のより一般的な仕組みや、あるいは消費者保護法制の中で、制限行為能力制度に基づく取消権によるのと同じ程度まで実効的に図れるのであれば、少なくとも、その限りで制限行為能力制度を縮減することは可能であろう。そして、仮に平成11年民法改正を通じて導入されたノーマライゼーションという新理念を、直接の対象であった成年後見法領域を超えて、民法全般にわたる現代的な法原理であると位置づけること¹⁷⁾ができれば、契約法や消費者法の一般法理を拡充していくことで、現在の制限行為能力制度を段階的に縮減し、終局的には廃止に導くという政策論が、理念的にも十分に説得的なものになるだろう。筆者は、こうした議論の方向性を積極的に支持する1人であるが、これに加えて、これまで、いささか無反省に当然の前提とされてきた取消権の実効性についても、丁寧な検証作業を

17) 内田貴『債権法の新時代—「債権法改正の基本方針」の概要—』（商事法務、2009年）21頁は、こうした理解の可能性を示唆する（ただし、内田自身は否定的）。

行うべきではないかと考えている。

もちろん、ごく一般的な抽象論として、制限行為能力制度に基づく取消権が判断能力不十分者の保護に関する最強の切り札であることに異存はない。意思無能力、公序良俗違反、錯誤、詐欺等の民法上の他の救済策や消費者契約法上の取消権に比べて、制限行為能力制度に基づく取消権には、主張・行使や立証の容易さの面で圧倒的なアドバンテージがある。また、同様の容易さを持つ特商法等のクーリング・オフと比べても、行使期間の点で明らかな優位性があるといえるだろう。さらに、判断能力不十分者の救済に当たっては、救済手段の行使についても適正な支援が必要である点に留意しなければならない。たとえば、本人がクーリング・オフを自力では主張できない状態にある場合には、その行使を現実にサポートする者が身近に存在しない限り、実効性はゼロということになりかねないからである。こうした観点からは、取消権という救済手段と、その現実の行使を担保する保護機関¹⁸⁾の選任とを組み合わせた成年後見制度の基本構造には一定の合理性があることを再確認しておく必要があるだろう。

しかし、こうした優位性を承認したうえで、それでもなお、現在の取消権が本人の実際の救済につながっているかについては再検証する余地がある。たとえば、「日常生活に関する行為」に関しては、法定後見全類型に渡って、取消権が排除されている（民法9条但書き、13条2項、17条1項）。いわゆる悪質商法事案の一部も含めて、現実に本人自らが結ぶ売買等の契約対象の多くは、少なくとも形式的には日用品に該当することも少なくないため、取消権による原状回復の可能性は、実際にはかなり狭い可能性がある。また、本来、取消権が機能するのは、本人による法律行為が少なくとも外形的には存在する場合であるので、本人が遷延性意識障害の状態にあるなど、そもそも現実に法律行為

18) なお、自己決定支援の観点からいえば、必ずしも救済手段の行使が保護機関の法定代理権の範囲に含まれていることまでは必要ない。本人自身が何らかの救済手段を行使することを支援するのも、保護機関の重要な役割と考えてよいし、なによりも、いわゆる「見守り機能」を通じて、適切な救済手段があるにもかかわらず、本人がこれを行使できずに放置されているという状況を未然に防止することこそが重要だからである。

を行える状況にないときは、その射程外である¹⁹⁾。こうしてみると、取消権が現実に機能する領域は、一般に想像されているほど大きくないのではないかとこの疑問が生じるだろう。さらに、取消権の持つ中核的機能である原状回復機能についても、その実効性には疑問がないわけではない。たしかに不動産取引における登記回復請求のような場面では、取消権による原状回復が有効に機能する蓋然性が高い。しかし、計画的な悪徳商法による被害事案などの場合では、加害者の捕捉自体が困難であったり、あるいは、加害者の取得した財産が既に消尽あるいは隠匿されていたりするために、法的に取消権を行使したところで、現実の被害回復を十分に達成できないという事案は珍しくないのではないか。逆に、良識的な契約相手方であれば、法的な取消権行使を待つまでもなく、インフォーマルな交渉を通じて、十分な原状回復（合意による契約の解消と交付した財産の取り戻し等）を図ることが可能な場合もあるだろう。たとえば、池原毅和弁護士は、『成年後見実務の中で取消権が実際に行使された事例はほとんど聞かれない。少なくとも成年後見人や支援者が十分に日常的なコミュニケーションをとっていれば取消権を行使しなければならないような事態は起こりにくい。取消権を行使しなければならないような場合は成年後見人が成年被後見人とのコミュニケーションを怠っていたか、悪意のある相手方が成年被後見人を食い物にしようとして接近してきているような場合がほとんどであろう。前者は支援の充実によって解決されるべき問題であり、後者はむしろ障害のある人に対する搾取や虐待の防止、あるいは、消費者保護の法律によって解決されるべき問題である。…成年後見制度と行為能力の制限は論理必然的な関係に立つものではなく、成年後見の実務においても有効性があるのは日常的なコミュニケーションであって取消権や同意権が多大な効果を発揮しているわけではない。』²⁰⁾と主張している。取消権を現実に行使する事案は少ない旨の

19) ただし、この場合でも、実務的には、当該契約に関する本人の不関与に代えて、取消権の行使を主張することによって、事実上、立証責任に関する負担軽減を図れるという役割を果たす可能性は残るかもしれない。

実務家からの指摘²¹⁾ はほかにもあるし、権利条約の批准を見据えて議論を進めていくなれば、判断能力不十分者に対する契約法領域における支援についても、濃密な社会的支援や環境整備による被害予防という観点こそが重視されるべき²²⁾ であって、取消権による原状回復は、むしろ次善の支援手法として、文字通りの最後の手段と捉えることが望ましいだろう。

しかし、いうまでもなく、実務上、取消権が行使された事例が皆無であるというわけではないし、任意後見人への取消権付与を求める日弁連提言が示すように、伝統的な法律家の間における取消権信仰は根強いものがある。こうした状況下において、取消権の実効性について、単なる抽象論や、あるいは逆に、実務家の個別的な経験のみに基づいた議論を重ねたとしても、結局はある種の水掛け論に終始することになりかねない。その意味で、取消権の行使実態に関する実証研究が強く望まれていたといえるが、今回の取消権行使に関するアンケートは、わが国最大の専門職後見人団体による大規模な調査であり、第一級の研究資料といってよいだろう。アンケートの内容は、次の通りである。

[参考資料] アンケート内容

取消権行使についてのアンケート

Q1 貴方は補助人、保佐人、成年後見人に就任していますか。

- ①はい、就任しています（したことがあります）。・・・ Q2へお進みください。
②いいえ、就任したことはありません。・・・ Q9へお進みください。

Q2 貴方が今までに経験した補助人、保佐人、成年後見人の総数は何件ですか

- ①補助人 計 () 件 ・・・ Q3へお進みください。
②保佐人 計 () 件 ・・・ Q5へお進みください。
③成年後見人 計 () 件 ・・・ Q5へお進みください。

Q3 補助人には同意権が付与されています（いました）か。

①同意権が付与されていた。計（ ）件・・・Q4へお進みください。
資料提供のお願い

【差し支えなければ、補助人に付与されていた同意権の内容を裏面に記載いただき
か、登記事項証明書の同意権欄の写しを提供いただけると幸いです。】

②同意権は付与されていなかった。・・・Q5へお進みください。

Q4 補助人に同意権が付与されていた理由は何ですか。（複数回答可）

- ①本人の財産に株式や賃貸物件等の管理に高度な判断能力を要するものがある。
②補助開始申立て以前から、本人が何らかの財産被害にあった。
③本人が在宅生活のため、消費者被害が予想される。
④本人が浪費傾向にあり、財産を失う恐れがある。
⑤その他（ ）

Q5 貴方は補助人、保佐人、成年後見人として取消権行使を検討したことはありますか。
また、そのうち実際に行使したのは延べ何回程度ありますか。【差し支えなければ、裏
面に事例を紹介いただけませんか。】

①取消権行使を検討したことがあるのは、
後見（延べ ）回、保佐（延べ ）回、補助（延べ ）回
そのうち、実際に取消権を行使したのは、
後見（延べ ）回、保佐（延べ ）回、補助（延べ ）回
である。・・・Q6以下へお進みください。

②取消権行使を検討するようなことはなかった。・・・Q9へお進みください。

Q6 貴方が取消権を検討あるいは行使した事案の被後見人等（本人）は何人ですか。

取消権を検討した事案の人数は、
被後見人（ ）人、被保佐人（ ）人、被補助人（ ）人
そのうち、取消権を行使した事案の人数は、
被後見人（ ）人、被保佐人（ ）人、被補助人（ ）人

Q7 貴方が検討した取消権の対象となった法律行為は何ですか。また、そのうち実際に取
消権を行使した場合は、その回数もご回答ください。（複数回答可）

- ①預金引出等（うち行使 回） ②保険（うち行使 回）
③借入れ（うち行使 回） ④保証（うち行使 回）
⑤売買（うち行使 回） ⑥賃貸借（うち行使 回）
⑦贈与（うち行使 回） ⑧遺産分割（うち行使 回）
⑨相続放棄等（うち行使 回） ⑩請負（うち行使 回）
⑪その他（ ）うち行使 回

Q8 貴方が取消権行使を検討したが結局行使しなかったのはなぜですか。それぞれの回数もご回答ください。(複数回答可)

- ①事情説明や警告等により相手が任意に応じ問題が解決した。 計 () 回
- ②消費者契約法や意思表示の瑕疵など他の法理で対応した。 計 () 回
- ③日常生活に関する行為に該当すると考えた。 計 () 回
- ④取消権を行使しても被害が回復されないと判断した。 計 () 回
- ⑤取消権を行使する相手方が特定できなかった。 計 () 回
- ⑥本人の自己決定権の行使を尊重した。 計 () 回
- ⑦本人に不利益が生じなかった。 計 () 回
- ⑧取消権を行使することによって、本人との関係が悪くなるおそれがあった。 計 () 回
- ⑨その他 () 計 () 回

Q9 貴方は現行の成年後見制度における行為能力の制限についてどう考えますか。

- ①制限の範囲をもっと拡張すべきである。
(拡張すべき内容)
- ②現行の制限のままでよい。
- ③制限の範囲を縮減すべきである。
(縮減すべき内容)
- ④制限は全て廃止すべきである。
- その他ご意見等があればお書きください。
()

回答者 () 支部

差し支えなければお名前の記載をお願いいたします。()

ご回答ありがとうございました。

20) 前掲池原(注14)191-192頁。

21) 赤沼康弘弁護士も、日本成年後見法学会第9回学術大会のパネルディスカッションの中で『考えてみると、私自身も今まで取消権を使ったことがありません。成年後見制度が始まってからずっと、常時10数件後見事案にかかわっています。今も10数件の後見・保佐事案を持っていますが、過去に1度もないのです。』と語っている(成年後見法研究10号(2013年)49頁)。

Ⅲ. アンケート結果の紹介と分析

(1) アンケートの概要

本アンケートは、平成24年4月に、リーガルサポート制度改善検討委員会によって、リーガルサポートの名簿登録会員約4200名²³⁾を対象に実施された（同年5月末回答締切り）。回答者数は1263名。このうち、法定後見人（成年後見人、保佐人、補助人）への就任経験のある者が1135名、就任経験のない者が124名、不明が4名となっている（Q1回答結果）。今回の調査内容は取消権の行使実態であるため、専門職後見人としての活動経験を有する1135名が主な対象となる。

ただし、一般に専門職後見人は複数の案件を保有しているのので、調査対象に含まれる法定後見事案の総数は7313件である（1人あたり平均6.4件）。そして、その内訳は、成年後見類型5777件（79.0%）、保佐類型1089件（14.9%）、補助類型447件（6.1%）となっている。平成12年4月の現行制度開始以降、わが国の法定後見の類型別申立比率は、おおよそ、成年後見類型85%、保佐類型10%、補助類型5%の目安で推移してきているので、わが国全体の分布にも近いものとなっている²⁴⁾（以上、Q2回答結果）。

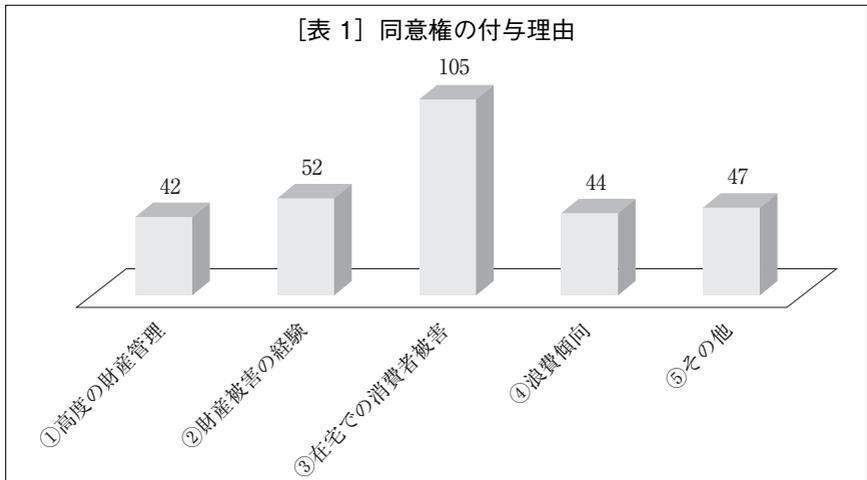
さらに補助類型の場合、補助人に同意権が付与されている事案のみが対象と

22) 八杖友一「経済被害を防ぐための成年後見制度の役割と限界」老年精神医学雑誌22巻7号（2011年）829-832頁も、高齢者の財産被害について、取消権を含む成年後見制度の限界を指摘しつつ、こうした被害予防に対しては、成年後見人を含めた地域の見守りネットワークによる支援体制の構築が重要であると指摘する。また、大村敦志「高齢化社会と消費者問題・成年後見—リフォーム商法を素材に悪質商法への対応策を考える—」岩村正彦編『高齢化社会と法』（有斐閣、2008年）74-75頁も、高齢者の消費者被害への対応策として、近隣の見守りというソフトな手法の有効性とその問題点について触れている。

23) リーガルサポートでは、専門職後見人としての適性を厳格に担保するために、一定の研修の修了が、家庭裁判所に提出される推薦名簿への搭載要件となっている。したがって、このアンケートの対象者は、家庭裁判所から実際に専門職後見人として選任される具体的な可能性がある者ということになる。

なるわけだが、447件のうち、同意権付与のある事案238件（53.2%）、付与のない事案173件（38.7%）、不明36件（8.1%）となっている（Q3回答結果）。今回の結果では、被補助人の過半数が制限行為能力者となっていたわけだが、従来、この点に関する統計資料はほとんど存在しなかったこともあり、補助類型の利用実態を探るうえで貴重な参考資料になるだろう。なお、同意権付与の理由（複数回答可）としては、①「本人の財産に株式や賃貸物件等の管理に高度な判断能力を要するものがある」42件（14.5%）、②「補助開始申立て以前から、本人が何らかの財産被害にあった」52件（17.9%）、③「本人が在宅生活のため、消費者被害が予想される」105件（36.2%）、④「本人が浪費傾向にあり、財産を失う恐れがある」44件（15.2%）、⑤「その他」47件（16.2%）となっている（Q4回答結果：[表1]）。

自由記載による「その他」回答の理由として最も目立ったものが、本人の親族からの財産被害予防である。具体的には、「問題のある親族からの財産的加



24) 平成21年までの統計については、上山泰「成年後見制度の運用状況—新制度10年間の通信簿—」前掲（注14）新井・赤沼・大貫64-66頁を参照されたい。なお、直近の平成24年の場合、成年後見類型82.0%、保佐類型12.4%、補助類型3.6%となっている。

害から本人を守るため」、「本人は親族から生活費援助の申入れを断られない性格で際限なく送金しようとするため」、「将来、遺産分割の際に争いになる可能性がある」、「本人の介護を補助してくれていた者（内妻的存在）との金銭関係を心配した」、「遺産分割協議に際し、威圧的な兄弟姉妹がいた」、「親族間紛争が予想されたため」、「相続財産である不動産を息子に処分されないため」、「以前に親族からの搾取があった」、「相続手続において、他の相続人の意向に流される恐れがあった」、「本人の財産管理をめぐって親族間に争いがあった」、「親族が贈与をせまる」等、多数の指摘があった。専門職後見人事案は、親族に後見人の適格者がいない場合が中心なので、この結果自体は驚くべきことではない。しかし、親族からの搾取をはじめとする親族間紛争は消費者保護法制では救済できないため、制限行為能力制度に代替する法的救済手段を検討するには、この要素を見過ごすべきではないだろう。他方、選択肢の中では在宅生活での消費者被害を防止したいという③の理由が最多であり、全体の36%を占めているが、この領域については消費者保護法制の拡充等による対応を検討する意義が特に大きいといえるだろう。

このほか、①に類する「その他」の自由記載として「空き家になっている不動産を処分するか管理継続するか等の判断が必要」、「後日、本人所有物件に担保提供の予定があったため」、「入院費用（約500万程度）を支払うため売却が必要であった」等がある。不動産は概して資産価値が高いうえ、民法859条の3の立法趣旨にもみられるように、居住用不動産の場合には、本人の身上監護の観点からも特に処分に慎重な判断が必要となる。たとえば、「唯一の不動産、自宅マンションの保留の為」という回答が示唆するように、居住用不動産の搾取は本人の生存基盤を脅かしかねない。このため、本人所有不動産の処分が補助人の同意権の対象とされている例が多いのではないかと推測される。

もう1つ注目される「その他」の自由記載が、本人の希望を理由とした回答である。たとえば、「本人の意思による将来のための予防」、「浪費まではないが、本人自身が預金の使い過ぎを気にしていた [ため]」、「施設入所契約が前提だったので、自分で選択して、契約して欲しかったので」、「本人の希望によ

り（主に心理的なもの）、「本人の要望」、「本人が他人におどされている事情から、本人の希望申出があった」、「被補助人自身が確認して、自分の意思でつけた（調査官報告より）」等があった。そもそも補助制度における同意権・取消権は、自己決定の尊重の観点から、本人が自己の意思（本人の請求あるいは同意）によって、その付与を選択した場合にのみ与えられる形式になっている（民法17条1項、2項）²⁵⁾。したがって、同意権が付与された事案の全てに、本人の少なくとも消極的な同意はあったはずであるが、これらの事案では、同意権付与に対して、本人が特に積極的であったということであろう。この場面では、本人が、ある種の自衛的な予防措置として、自ら積極的に行為能力の制限を望んだ場合（いわば「自己決定に基づく制限行為能力制度」）に関して、権利条約12条との整合性をどのように理解するべきかという原理的な課題が浮き彫りになるように思われる²⁶⁾。

(2) 取消権行使の実態

(a) 取消権行使の検討と現実の行使の頻度

さて、本題の取消権行使の実態であるが、本アンケートでは、「行使の検討

25) 小林昭彦・原司『平成一一年民法一部改正法等の解説』（法曹会、2002年）141-143頁参照。

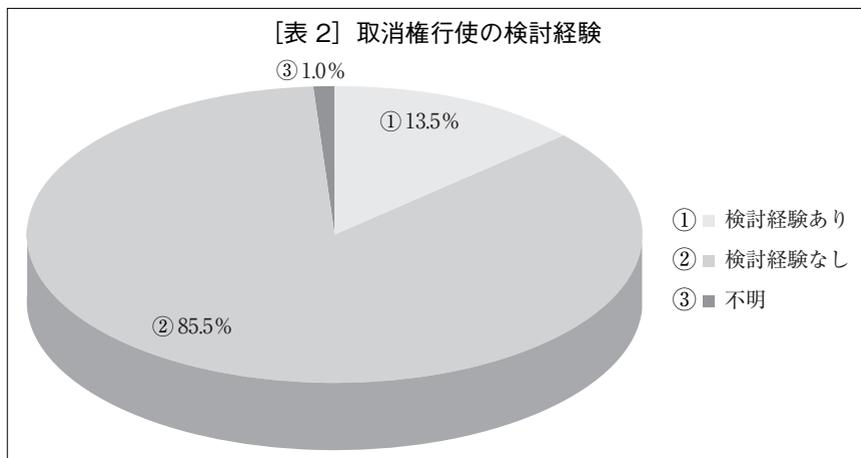
26) 代理権の設定に本人の意思的関与がある、保佐人・補助人の法定代理権についても同質の問題が生じる。権利条約12条との関係では、本人の自己決定に基づく他者決定（代理権）の可能性という視点から、通常の任意代理権、任意後見人の任意代理権、保佐人・補助人の法定代理権、成年後見人の法定代理権の各類型について、体系的に整理し直す必要があるように思われる。この際、本人に意思能力が存在することを前提とする保佐・補助の両類型では、本人の委任による通常の任意代理権を利用せずに、あえて保佐人・補助人に法定代理権を付与する理由についても検討が必要だろう。なお、自己決定支援の視点を推し進めた場合、法定後見（特に補助類型）と任意後見の差異は相対化されることにも注意が必要である。この点については、上山泰「任意後見契約の優越的地位の限界について」筑波ロー・ジャーナル11号（2011年）97-132頁、上山泰「法定後見・任意後見・自己決定支援（意思決定支援）—2009年欧州評議会閣僚委員会勧告の紹介を含めて—」実践成年後見45号（2013年）64-77頁を参照されたい。

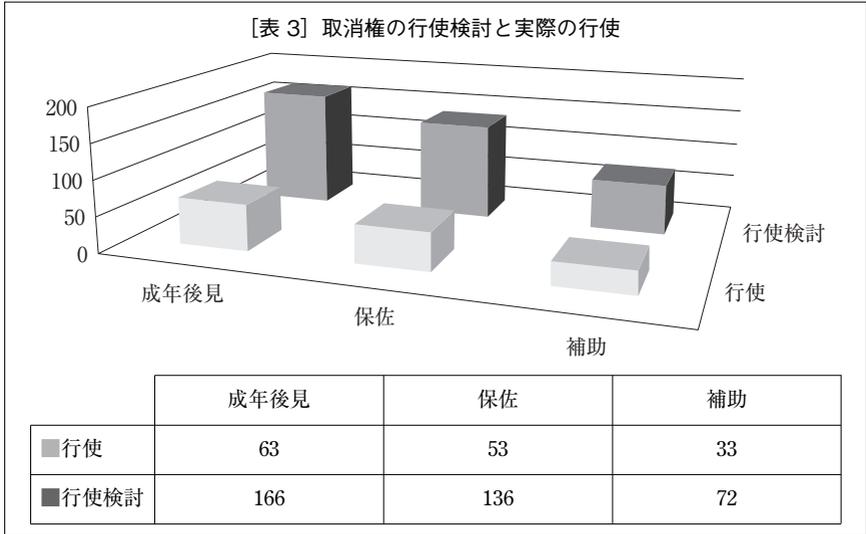
経験」と、「実際の行使経験」の2段階を区分し、それぞれ全体の集計に加えて、類型別の集計が行われている。

まず、前者について、法定後見人就任経験のある1135人の中で、①「取消権行使を検討したことがある」者が153人（13.5%）、②「取消権行使を検討するようなことはなかった」者が970人（85.5%）、③不明12人（1.0%）となっている（Q5回答結果：[表2]）。

次に、「取消権行使を検討したことがある」と回答した者を対象として、「そのうち実際に行使したのは延べ何回程度ありますか」と、実際の行使経験を尋ねており、この回答結果が類型別にまとめられている。これによると、成年後見類型の場合は、行使の検討が166回、実際の行使が63回、保佐類型の場合は、行使の検討が136回、実際の行使が53回、補助類型の場合は、行使の検討が72回、実際の行使が33回となっている（Q5回答結果：[表3]）。取消権行使の検討が実際の行使にまで至ったのは、成年後見と保佐で約4割、補助では半数近くということになる。逆にいえば、いずれの類型でも半数程度は、結局、取消権が行使されなかったわけであるが、この理由については、後述するQ8回答結果で明らかにされている。

リーガルサポートが公表した結果では、法定後見事案全体での取消権行使の

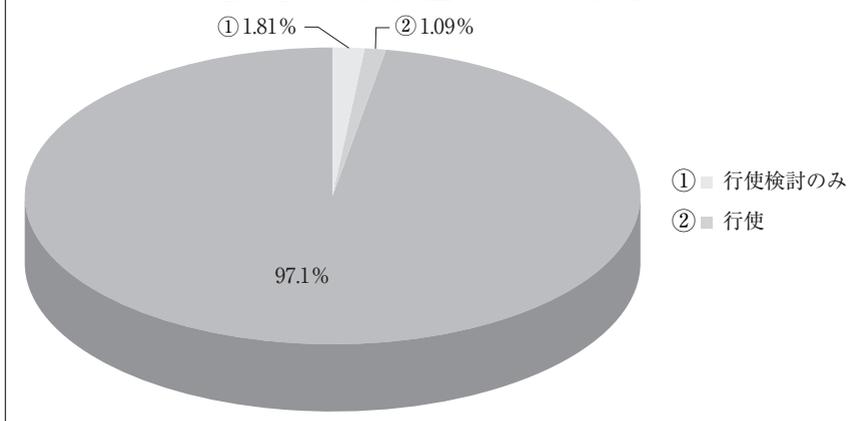




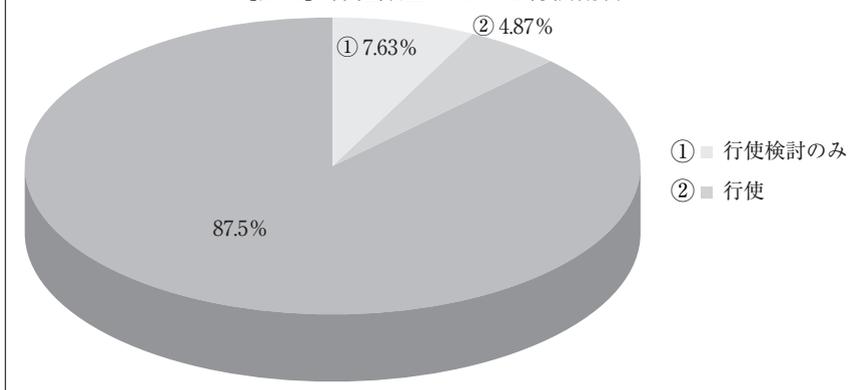
頻度を確認するため、各類型の総数を分母とした取消権の行使検討と行使の割合も示されているので、一応、この点も紹介しておこう。これによると、成年後見類型の場合は、行使の検討が2.9%、実際の行使が1.09%、保佐類型の場合は、行使の検討が12.5%、実際の行使が4.87%、補助類型の場合は、行使の検討が30.3%、実際の行使が13.9%となっている（Q5回答結果：[表4] [表5] [表6]）²⁷⁾。

27) ただし、次のQ6回答結果で明らかになるように、1つの事案で、複数回、行使の検討と実際に行使がされた例が含まれているので、法定後見事案全体における、行使検討事案と実際の行使事案の割合を精確に示しているわけではない。また、リーガルサポートの統計処理では、補助総数の分母を447件として、行使の検討が16.1%、実際の行使が7.38%と算出しているが、本稿では、同意権が付与されている238件のみを分母として再計算した。

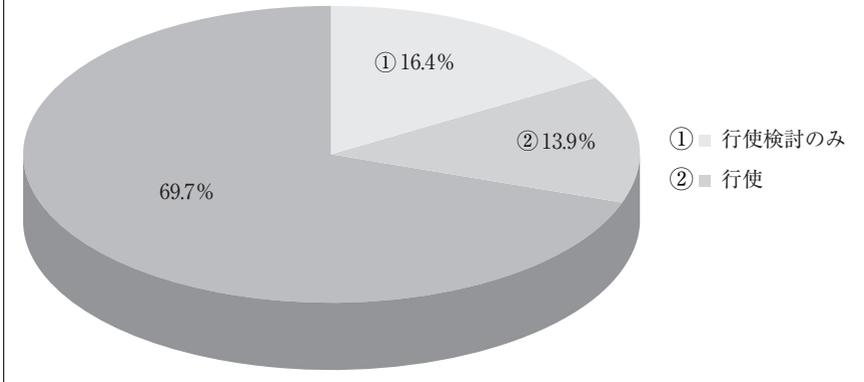
[表 4] 成年後見類型における行使割合



[表 5] 保佐類型における行使割合



[表 6] 補助類型における行使割合



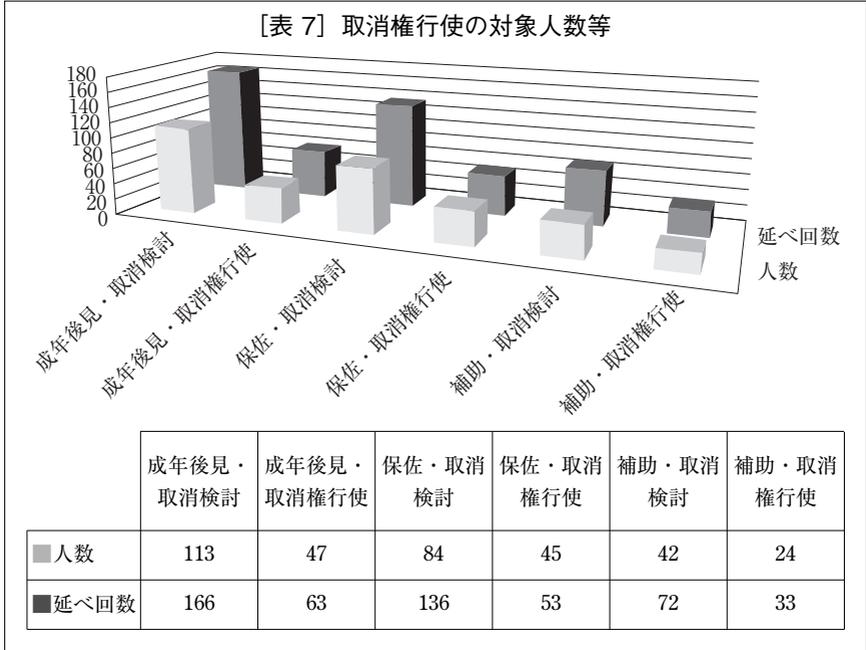
[表4] [表5] [表6] を並べると一目瞭然であるが、取消権の行使が検討され、実際に行使がされる頻度は、本人の現有能力の程度に比例している。つまり、現有能力が最も高い被補助人が取消権の恩恵を最も受けており、現有能力が最も低い成年被後見人の保護には取消権はあまり利用されていないということである。実は、こうした事実は、成年後見実務に関わっている者からすれば、経験則上、容易に想像できる結果なのだが、制度設計上は非常にやっかいな問題を提起することになる。わが国の成年後見制度は、判断能力の低下が大きいほど、取消権による保護の必要性も高いという想定の下に、取消権の対象範囲を設定している。これは、たしかに抽象論としては一理あるわけだが、しかし、先のアンケート結果にも示されているように、現実のニーズはこれほど単純ではない。たとえば、いわゆる植物状態にある遷延性意識障害の患者は明らかに成年後見類型の対象者となるが、この場合、本人自らが主体的に法律行為を行うことはそもそも想定できないので、法定代理権のニーズこそ非常に高いものの、取消権に対する具体的なニーズはほとんどゼロといってよい。これは極例としても、3類型の振り分けが条文の額面通りに行われている限り²⁸⁾、成年被後見人が単独で積極的に法律行為に関わるという場面は、事実上、ある程度限定されているといえる。したがって、個別具体的な事案における現実の取消権

ニーズを一切勘案せずに、日常生活に関する行為を除く財産的法律行為について、包括的な取消権を一律に付与している現行制度には問題があるというべきことになる。他方、現有能力の高い被補助人の場合は、自ら積極的に取引に関与する場面も多く、その分、不当な取引に巻き込まれるリスクも大きい。このため、たしかに取消権ニーズは高くなるわけだが、その反面、自己決定の尊重がより重視されるべき現有能力の高い被補助人に対して、取消権の範囲を闇雲に広げることは、当然ながら許されない。制限行為能力制度の廃止・縮減という政策目的の達成に当たって、最も悩ましいのが、この被補助人相当の者に対する支援であり、現に存在する取消権ニーズの受け皿となる法的あるいは社会的な支援環境をいかに構築していくかが、今後の重要な鍵となるだろう。また、取消権行使の現実のニーズと、本人の現有能力の程度が反比例しているという事実は、制限行為能力制度の理論的基礎付け、ないし、正当化にあたっては看過できない問題を提起していると思われる。

さて、次にアンケートのQ6では、「取消権を検討あるいは行使した事案の被後見人等（本人）は何人ですか」と尋ねている。この結果は、成年後見類型の場合、行使の検討が113人、実際の行使が47人、保佐類型の場合、行使の検討が84人、実際の行使が45人、補助類型の場合、行使の検討が42人、実際の行使が24人となっている（Q6回答結果：[表7]）。いずれの類型においても、対象人数よりも検討及び行使の延べ回数の方が多いため、取消権の行使が複数回問題となった成年被後見人等がいるということになる。これも、おそらくは実務の経験則に合致する結果だと思われるが、取消権に対する具体的なニーズは、事案（本人）ごとに異なることが示されているといえるだろう。

28) ただし、現実には、欠格事由回避等の理由から、現有能力だけで評価した場合は成年後見類型に相当する者について、保佐や補助が利用されている事案も存在する。今回のアンケートでも、補助人への同意権付与の理由として、「補助であるが、実質上、後見に近く、失職を防ぐ為に（欠格事由など）補助開始申立てを行ったという事情がある為」と回答した例が存在する。したがって、取消権が行使された成年後見事案については、本人の現有能力が本当に成年後見相当であったかについても精査する必要があるように思われる。

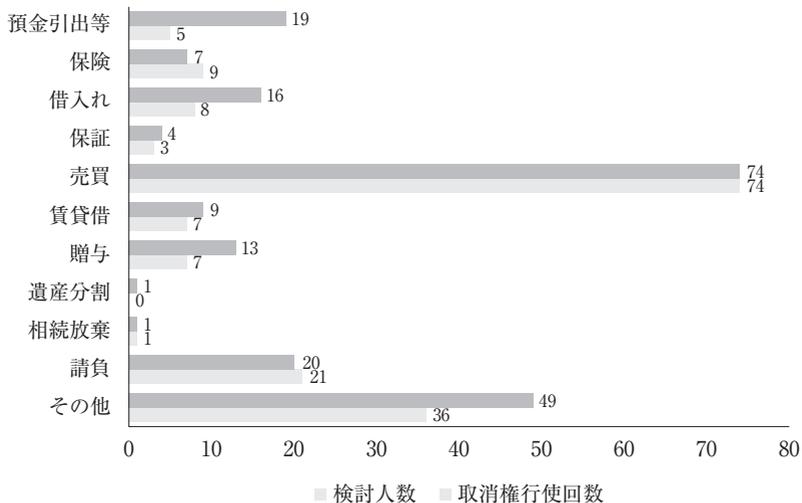
[表 7] 取消権行使の対象人数等



(b) 取消権行使の対象となった法律行為

アンケートのQ7では、取消権行使を検討した経験のある153人を対象として、実際に取消権が行使された法律行為の内容について尋ねている。結果は、①預金引出等について検討経験がある者の「人数」が19人（以下、検討）、実際に行使された「回数」が5回（以下、行使）。以下同様に、②保険が検討7人、行使9回、③借入れが検討16人、行使8回、④保証が検討4人、行使3回、⑤売買が検討74人、行使74回、⑥賃貸借が検討9人、行使7回、⑦贈与が検討13人、行使7回、⑧遺産分割が検討1人、行使0回、⑨相続放棄が検討1人、行使1回、⑩請負が検討20人、行使21回、⑪その他が検討49人、行使36回となっている（Q7回答結果：[表8]）。これをみる限り、取消しを検討しても、必ずしも取消権行使による解決には結びつかない法律行為と、検討の結果が高確率で実際の取消権行使につながりやすい法律行為があるようにも見受けられ

[表 8] 取消権の対象となった法律行為



る。売買や請負では、検討の頻度が高く、取消権の行使も非常に多い。これらは悪質商法の対象領域とも重なるので、契約内容の不当性が高い事案が多かったのではないかと推測される。賃貸借、保険、保証についても、検討頻度はそこまで高くないが、取消権行使の確率は高い。これは本人に生じる不利益の程度が大きな契約類型であることが関係しているのかもしれない。検討頻度は高いが、取消権行使の回数は少ないのが、預金引出等、借入れ、贈与である。預金引出の場合、引き出された金銭が浪費されれば問題が生じるが、引出しそれ自体にとどまる限りは、本人の経済的不利益は少ないので（利息分の損失等が考えられるくらいか）、取消しには至らなかった可能性が考えられる。借入れ、贈与については、本人の経済的不利益が大きくなる可能性が高いので、取消権不行使には別段の事情があったと思われるが、この点については、後述のQ8との関係での分析が必要だろう。

①その他として検討対象となった行為の中で、特に目立つものは、新聞購読契約10人、電話サービス関連契約（携帯電話利用契約、電話回線工事契約等）

5人、テレビ受信契約（NHK受信契約、CSテレビ受信契約）4人等がある。いずれも、本人が複数の同質の契約を結んでいる場合があることも特徴的である（たとえば、新聞購読契約の場合、一度に4紙の契約を結んでいたという事案が回答されている）。また、投資関連（商品取引、投資信託）も4人が挙げている。これらは全て、判断能力不十分者が公正さを欠く取引に巻き込まれやすい類型として留意が必要であろう²⁹⁾。なお、新聞購読契約等については、民法9条但書きの「日常生活に関する行為」への該当性も問題になりえる。本人の自己決定の尊重という観点からは、本条の適用範囲を広く捉えることが望ましいともいえるが、ここでの回答が示すように、特に被補助人や被保佐人等の活動的な本人が実際に巻き込まれやすい取引には、「日常生活に関する行為」のボーダーライン上にあるものも少なくない。このため、保護の実効性の視点から、その適用範囲を狭く捉えるべきとする見解が、学説上はむしろ有力である³⁰⁾。さらに、ここでは、個別的には正当な同質の取引行為を一定期間内に反復したときの対応が問題となる³¹⁾。

特に、異なる相手方との間で同質の取引が繰り返されたような場合は、個々の取引行為を直ちに不公正と評価することは難しいが、たとえば訪問販売事案における過量販売に対する撤回・解除権（特商法9条の2）の仕組みを参照して、「日常生活に関する行為」への該当性の解釈に当たって、「取引の反復性に対する相手方の認識または認識可能性」という要素を持ち込むことが考えられる。つまり、本人が既に同質の取引を行っていることによって、今回の取引が、当該具体の本人にとっては、もはや「日常生活に関する行為」を超えるものと

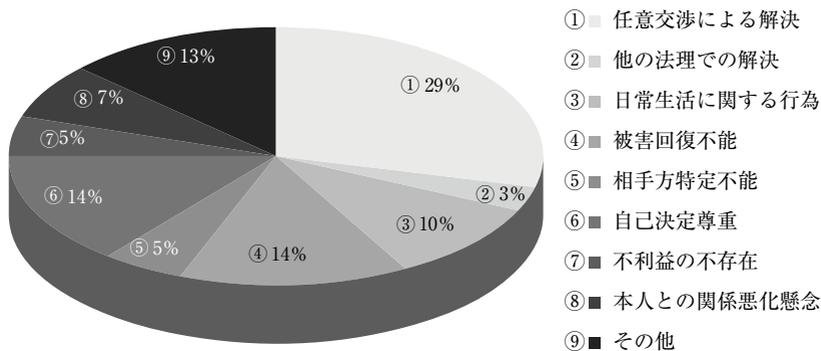
29) 国民生活センターが平成20年9月4日付で発表した「判断力が不十分な消費者に係る契約トラブル—認知症高齢者に係る相談を中心に—」（http://www.kokusen.go.jp/pdf/n-20080904_1.pdf）によると、2003年から2008年度にかけて判断能力不十分者からの相談が多かった商品・役務の上位10項目は、①ふとん類（5121件）、②健康食品（3543件）、③サラ金・フリーローン（3118件）、④浄水器（2394件）、⑤新聞（2330件）、⑥リフォーム工事（2251件）、⑦商品一般（2089件）、⑧電話情報サービス（1894件）、⑨アクセサリ—（1868件）、⑩和服（1211件）となっている。

なっているという事情について、相手方に認識可能性があった場合には、民法9条但書きの適用を排除することが検討されても良いだろう。

（c） 取消権不行使の理由

アンケートのQ8は、取消権行使を検討した経験のある153人を対象として、「取消権行使を検討したが結局行使しなかった」理由について尋ねている（複数回答可のため221の不行使理由が回答されている）。結果は、①「事前説明や警告等により相手が任意に応じ問題が解決した」64回（29%）、②「消費者契約法や意思表示瑕疵など他の法理で対応した」7回（3%）、③「日常生活に関する行為に該当すると考えた」22回（10%）、④「取消権を行使しても被害が回復されないと判断した」30回（14%）、⑤「取消権を行使する相手が特定できなかった」10回（5%）、⑥「本人の自己決定権の行使を尊重した」32回（14%）、⑦「本人に不利益が生じなかった」12回（5%）、⑧「取消権を行使することによって、本人との関係が悪くなるおそれがあった」15回（7%）、⑨「その他」29回（13%）である（Q8回答結果：[表9]）。⑨「その他」の中には、②と⑦に分類可能なものがそれぞれ3件、①④⑥⑧に分類可能なものがそれぞれ1件あったほか、本人死亡事案2件、現在進行中の事案3件等が含まれている。

[表 9] 取消権不行使の理由



取消権の実効性という視点からみると、不行使理由のうち、③④⑤がまさに現行取消権の機能不全領域（本人保護のために、取り消したくても取り消せなかった事案）といえるが、これらの総計は約3割になる。

また、取消権の廃止・縮減の視点からは、取消権に代わる受け皿となる救済方法に関わる①②が重要になるが、こちらの総計も3割強である。なお、Q8の回答はチェック方式のため、②の代替手段が具体的に何であったかは不明であるが、⑨「その他」として自由記載で回答されたもののうち、②に分類可能な3件をみると、「消滅時効の援用」、「クーリング・オフ」、「契約無効主張」となっている。

⑦は取消権の行使による本人保護が不要な事案であり、⑥と⑧の評価は分かれるとは思うが、取消しによる本人保護の必要性が比較的小さく、少なくとも中長期的な支援の観点からは本人の自己決定への強制介入を避けた方が好ましいと判断されたということであろう。これらの総計もほぼ3割弱となる。

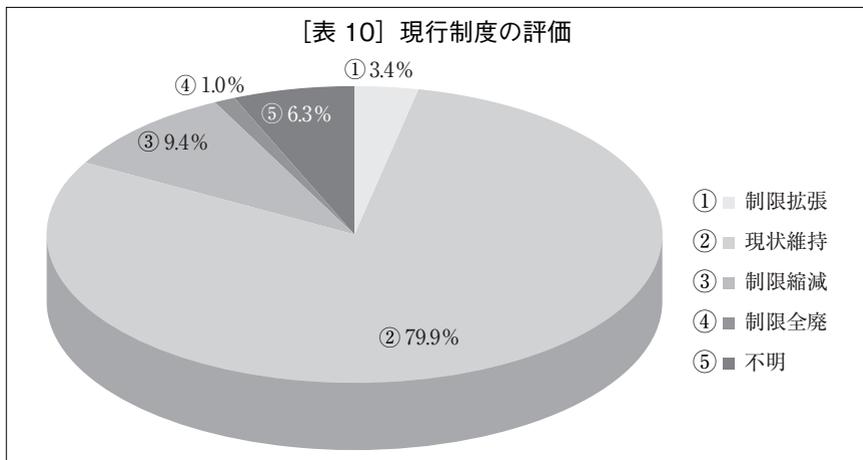
30) 立法担当官は、民法761条の「日常の家事に関する法律行為」の範囲に関する判例（最昭44・12・18民集23・12・2476）の解釈と同様、「本人が生活を営むうえにおいて通常必要な法律行為」とする（小林昭彦・大門匡編『新成年後見制度の解説』（金融財政事情研究会、2000年）100頁）。これに対し、学説では、761条と9条但書きとの制度趣旨の違いを指摘して、制限行為能力者の保護のために、9条但書きの適用範囲は、761条よりも限定的に解するべきとするものが多い。たとえば、磯村保「成年後見の多元化」民商法雑誌122巻4・5号（2000年）480頁は、「日用品の購入に準ずるような、日々の生活を行うのに不可欠と考えられる行為に限られる」とし、須永醇「日常生活に関する行為」の法理についての覚書 須永醇『須永醇 民法論集』（酒井書店、2010年）43頁は、「本人の生活に危険を生じさせない程度の日常生活上の軽微なもの」とする。河上正二『民法総則講義』（日本評論社、2007年）83頁、佐久間毅『民法の基礎1 総則 [第3版]』（有斐閣、2008年）93頁も同様である。

31) 前掲須永（注30）43-44頁、前掲河上（注30）83頁参照。また、債権法改正に関する法制審議会での意思能力取消に関する例外規定をめぐる議論も参考となろう（商事法務編『民法（債権関係）部会資料集 第1集<第2巻>』（商事法務、2011年）。たとえば、同書227頁の鹿野発言（『外形上は日常生活に関すると思われるような行為が、不必要に繰り返し行わされて、それによってその弱い立場にある者が食い物にされるということがあってはならない』）参照。

後述のように、最終的には、「取消権の抑止力（威嚇効果）」といった要素も視野に入れて検討する必要があるが、「取消権以外の方法で本人が救済できた事案」と、「取消権があるにもかかわらず、本人が現実には救済できなかった事案」の双方を合わせて6割強もあったということは、取消権の実効性を考えるうえで重要な事実であるというべきだろう。

(d) 現行制度に対する評価

本アンケートは、最後のQ9において、現行制度の評価を尋ねている。この問題は、法定後見人への就任経験のない者も含めた総回答者1263人が対象となっているが、その結果は、①「制限の範囲をもっと拡張すべきである」43人（3.4%）、②「現行の制限のままでよい」1009人（79.9%）、③「制限の範囲を縮減すべきである」119人（9.4%）、④「制限はすべて廃止すべきである」12人（1.0%）、⑤「不明」80人（6.3%）となっている。回答者の約8割が現状維持を望んでおり、やはり、わが国の法律家が制限行為能力制度の問題性をあまり感じていないことが明瞭に現れている。なお、③④の回答についても、制限の廃止・縮減の具体的対象を見ると、その大半が選挙権とその他の欠格事由という「成年後見制度の転用問題」³²⁾に関する指摘であり、設問の本来の対



象である民法上の財産的法律行為に関する制限能力の廃止・縮減を直接念頭に置いた回答は、実はそのうちの1割強にとどまっている。

IV. おわりに

成年被後見人の選挙権制限に対する違憲訴訟（東京地判平25・3・14判例時報2178・3）が提起されるまで、大多数の憲法学者がその問題性に無自覚であったのとまったく同様に、わが国の民法学者や実務法曹の大半は、現行の制限行為能力制度の問題性にさほどの関心を寄せてはいない。しかし、冒頭に触れたとおり、わが国が権利条約を批准すれば、国際モニタリングという黒船の襲来によって、現在の制限行為能力制度の大幅な見直しを余儀なくされる可能性は高い。そろそろ我々は、近い将来の法改正を見据えて、具体的な準備を始めるべきではないだろうか。まずは、これまで無批判に前提とされていた取消権の実効性に関する実証的な検証作業が必要である。本稿で紹介した成年後見センター・リーガルサポートによる大規模なアンケート調査は、まさにそのための格好の素材だといえる。むろん、本稿での筆者による分析はきわめて不十分なものにすぎず、種々の反論もあると思われる。しかし、いうまでもなく、このことは本アンケートの資料的価値それ自体をいささかも損なうものではない。1人でも多くのわが国の法律家が、本稿で紹介したデータをそれぞれの視点から精査して、取消権の実効性について再考する機会を持つことを、筆者としては心から期待したい。

さて、本アンケートは貴重な資料ではあるが、もちろん、これによって、わが国の取消権に関する運用実態のすべてが明らかにされたわけでない。ここで、あえて本アンケートの限界について触れるならば、その1つは回答者の属性にある。本アンケートの回答者は司法書士のみであり、他職種の専門職後見人や

32) 「成年後見制度の転用問題」については、上山泰「身上監護に関する決定権限一成年後見制度の転用問題を中心に」成年後見法研究7号（2010年）41-52頁、上山泰「公職選挙法改正と成年後見制度の転用問題」週刊社会保障67巻2731号（2013年）44-49頁等を参照されたい。

親族後見人は含まれていない。たとえば、法的紛争性が特に強い事案については弁護士を専門職後見人に選任することが多いが、こうしたハードケースについては、もっと取消権ニーズが強いのではないかといった反論は、当然に予想される場所である。また、逆に、親族後見人事案に取消権ニーズがどれほど存在するのかというのも、興味深い疑問である。現状では、事案の特性に応じて、法人後見人、各職種の専門職後見人（弁護士、司法書士、社会福祉士等）、親族後見人、市民後見人等が棲み分けているので、法定後見制度全体の取消権ニーズを検証するためには、他の属性の後見人類型との比較対照は欠かせない作業である。今後、今回と同様の調査が、他の専門職団体等でも実施されることを期待したい。いずれにしても、本アンケートの結果を過渡に一般化してとらえることには慎重であるべきだろう。

また、立法政策について議論する際には、「取消権の抑止力（威嚇効果）」の問題も視野に入れておく必要がある。本アンケートのQ8において、取消権不行使事案のうち約3割程度が、「事前説明や警告等により相手が任意に応じ問題が解決した」ため、取消権を行使せずにすんだということであるが、ここで、相手方との交渉において取消権の存在が有利な材料として働いていた可能性を見落とすべきではなからう。こうした、いわば「切り札としての取消権」を失ってもなお、相手方との任意交渉による救済を同程度まで確保できるかは議論の余地があるからである。

最後に、取消権の廃止・縮減自体には立法的解決が必要となるが、こうした将来の法改正の成果を無理なくわが国の実務に定着させていくためには、実務の運用改善を含めた社会的な環境整備への事前の取り組みが必須である。たとえば具体策の1つとしては、民法858条が規定する本人意思尊重義務に基づく取消権の謙抑的運用³³⁾を、実務的に定着させていくことが考えられる。現行

33) 上山泰『成年後見と身上配慮』（筒井書房、2000年）106-111頁、前掲上山（注8）210-218頁。菅富美枝「民法858条における「本人意思尊重義務」の解釈—本人中心主義に立った成年後見制度の実現—」法政論集250号（2013年）129-153頁。

法上、同意権・取消権の設定の次元では採用されていない「必要性の原則」を、民法858条の解釈を通じて、取消権の行使という運用の次元で具体化しようということである。本アンケートでも、取消権の不行使理由を尋ねたQ8に対する回答をみると、⑥「本人の自己決定権の行使を尊重した」(14%)、⑦「本人に不利益が生じなかった」(5%)の2つを併せた約2割が、こうした発想と親和的な姿勢であると評価できるだろう。成年後見人等の意識が、今後さらにこうした方向に進んでいけば、法改正を待たずに、実際の過干渉リスクを大幅に削減できることになるだろう。さらにいえば、わが国の制限行為能力制度が取消権付与という浮動的有効型の仕組みを採用しているため、成年後見人等が実際に取消権を行使しない限り、結果的には、本人による法律行為が社会的に承認されることになるという事実注目するならば、特別な法改正を待たずとも、取消権の謙抑的運用を通じて、「必要最小限の介入原則」の要請を実質的には満たせる可能性もあるといえる³⁴⁾。最後に、取消権の廃止・縮減が単なる要支援者の放置へとつながらないように、消費者保護法制の拡充や、社会福祉的な支援体制の整備といった、判断能力不十分者のための重層的な支援環境の構築を通じて、適正な保護の受け皿づくりに配慮すべきことも重要である。

[付記]

* 本稿は、科学研究費補助金（平成23-25年度基盤研究(C)課題番号23530087「障害者権利条約と統合的な制限行為能力制度の再構築」（研究代表者上山泰）に基づく研究成果の一部である。

（かみやま・やすし 筑波大学法科大学院教授）

34) 前掲上山（注8）210-11頁、前掲上山（注2）105頁。

銀行監督上の失敗と国家賠償責任

——イタリア——

弥 永 真 生

- 1 国家賠償責任と公務員個人の責任
- 2 金融監督上の失敗と監督当局の責任
- 3 *Sgarlata* 事件判決及び *Cassa di Risparmio di Prato* 事件判決
- 4 *Francovich* 事件判決と *Vitali* 事件判決
- 5 *HVST* 事件判決
- 6 2006年委任立法令第303号

1 国家賠償責任と公務員個人の責任

憲法28条は、「国及び公共団体の上級職員と普通職員が、その行為において他人の権利を侵害したときは、刑事、民事及び行政に関する法律に従い、直接に責任を負う。この場合、民事上の責任は国及び公共団体にも及ぶものとする」¹⁾と規定しているが²⁾、1957年1月10日大統領令第3号（Decreto del Presidente della Repubblica 10 gennaio 1957, n. 3. Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato）により、公務員個人の責任は悪意または重大な過失があったときに限定されている（22条・23条）³⁾。

イタリア法の下では、契約外責任（不法行為）の領域における私人間の関係を規律する法は、法律に別段の定めがある場合ならびに公的主体の性質、その活動及び関係の特異性ゆえにそれらの規範を適用することができない場合を除

1) この条文は、制定過程における修正の積み重ねの結果、憲法起草者が当初意図していたものからは、かなり変質したものであると評価されている（Murusi [1986]）。すなわち、草案では、憲法が定める自由権を侵害した場合の公務員の責任が定められていた（22条）。

き、行政機関との関係でも適用されると解されるべきであるとされており⁴⁾、国家賠償責任の成否は契約外責任（responsabilità extracontrattuale）の規定により規律されている（e.g. Caranta [1993b]; Caranta [2001]; Bronzetti [1991]）。もっとも、判例においては、行政機関の責任には市民法典 2049 条⁵⁾ や 2051 条⁶⁾ の適用はないと解されている。

-
- 2) “estende” という文言からは、公務員が責任を負い、国や公共団体は第 2 次的な責任を負うと解するのが自然であり、国などの責任は補完的なものであるとも考えられるが（See e.g. Amorth [1948] p.67）、公務員に対する委縮効果を生じさせないために、破棄院及び憲法院は異なる解釈をとってきた。まず、憲法 28 条の責任は、公務員の責任を補完するものではなく、連帯（in solidum）責任であり、被害者は、公務員に対しても、国などに対しても、また両方に対しても、責任を追及できるとした（Cass., 29 gennaio 1964, *Giust.civ.*, 1964, 263; Cass., 5 gennaio 1979, *Giur.it.*, 1979, I, I, 954）。また、憲法院は、判事の責任について、一般法に含まれている規範や原則から国家の責任を判決が導き出すことを妨げるものはないと判示していた（Corte cost., 14 marzo 1968, *Giur.cost.*, 1968, 288, con nota di Casetta, E., *La responsabilità dei funzionari e dei dipendenti pubblici — una illusione del costituente?*, *Foro amm.*, 1968, II, 1193 con nota di Capotosti, A., *Profili costituzionali della responsabilità dei magistrati*）。さらに、公務員の個人責任を定める（ただし、後掲注 3 参照）憲法 28 条を施行するための法令、とりわけ、1957 年大統領令第 3 号 22 条・23 条のように公務員の個人責任を制限する規定との関係で、裁判所は、公務員の個人責任が認められない場合であっても、行政機関が損害賠償責任を負うことがありうるという立場をとっている。すなわち、公務員の個人責任を制限する法令の規定は行政機関自体の責任を制限するものではなく、公務員に軽過失があるにすぎない場合であっても、行政機関は市民法典 2043 条に基づいて損害賠償義務を負うことがあるというのである（Cass., s.u., 20 gennaio 1964, *Giust.civ.*, Mass., 1964, fasc.58; Corte cost., 14 marzo 1968, *Giur.cost.*, 1968, 288）。
- 3) もっとも、現行憲法制定前においては、公務員は、行政に参与している限り、純然たる法理論上は、行為を行い、意思を持つ機関と異なる存在ではなく（Casetta [1953] p.109）、第三者に対して責任を負うのは機関それ自身であり、公務員ではないというのが原則であった。
- 4) Cass., 27 marzo 1972, *Foro it.*, 1972, I, 2021 (a 2022)。たとえば、*Cannada Bartoli* は、行政機関の民事責任は、特別の領域を除き、通常の規範によって処理されるという前提に基づいて検討されるべきであるとしている（*Cannada Bartoli* [1976] p. 29）。
- 5) C.Regno, 14 gennaio 1925, *Foro it., Rep., voce* Responsabilità civile, nn 144-145. See also Cass., 5 settembre 1985, *Giur. it.*, 1986, I, I, 863, con nota di Messuti, M.S.
- 6) See e.g. Cass., 27 marzo 1972, *Foro it.*, 1972, I, 2021.

契約外責任について市民法典 2043 条は、「故意または過失によるいかなる行為も、他人に不当な損害 (danno ingiusto) を引き起こすものは、その行為者にその損害を賠償すべき義務を負わせる」と規定している。市民法典 2043 条の下では、不法行為責任の成立要件は、行為 (作為または不作為)、責任能力、非難可能性 (故意または過失)、不当な損害及び因果関係⁷⁾ であるが、故意または過失は、刑法典 43 条の定義によるものとされている。刑法典 43 条は、ある作為または不作為の結果であり、かつ、法律によって犯罪の構成要件であるとされている有害または危険な事象が行為者によってその作為または不作為の帰結として予見されかつ企図されたものであるときには、犯罪は故意によるものであると定めている (第 1 項)。また、ある事象が行為者によって予見されたが企図されなかったものであり、不注意、慎重さの欠如、技能の欠如または法律、規則、命令もしくは指示の不遵守によって生じたときには、犯罪は過失によるものであると定めている (第 3 項)。

損害は、通常、法的に保護されている利益に対する侵害であるが、他の主体の法的領域の不当な侵害によって損害が引き起こされたときに、その損害は不当なものとして損害賠償の対象となる (Certoma [1985] p.367)。言い換えるならば、適法な理由によって引き起こされたものでないときには不当な損害であるとされる (Watkin [1997] p.253)。

近年まで、国家賠償責任に係る判例は、ある損害が不当なものであるとされるのは、他の法的規定によって正当化されない行為によって侵害または損害が生じたこと (*non jure*) 及び正当な利益 (*interesse legittimo*)⁸⁾ と対比される⁹⁾ 権利 (*diritto soggettivo*)¹⁰⁾ が侵害されたこと (*contra ius*) とがみたまれるとき¹¹⁾ であるとしてきた¹²⁾。通常、権利とは「法制度によって承認されかつ保護さ

7) 因果関係については、たとえば、Trimarchi [1967] ; Realmonte [1967] ; Geri [1983] pp.187 ss.; Franzoni [1993] pp.84 ss.; Carbone [1997] pp.51 ss. など参照。

8) See e.g. Cass., s.u., 30 giugno 1969, *Giust.civ.*, 1969, 1832.

9) See e.g. Cerulli Irelli [1997] p.369.

10) See e.g. Cass., 18 febbraio 1997, *Giust.civ.Mass.*, 1997, fasc. 268.

れている利益の満足のために行為する権能」あるいは「関連する規範において示された限度内で行為する権限、言い換えるならば、所与の法的状況との関連である立場をとる法的可能性」であると定義されている (Certoma [1985] p.20)。他方、正当な利益は、「行政が、権利を損ないまたは拡張する、その権限を有効に行使しているという外観」または「行政がその権限の行使を規律する規範に従って、その権限を行使しているという外観」であると定義される (Certoma [1985] p.23)。

権利 (*diritti soggettivi*) と正当な利益とを分ける規準をめぐっては、さまざまな見解が示されてきたが¹³⁾、たとえば1999年7月22日破棄院判決¹⁴⁾は、権利と正当な利益との区別は、前者は後者と異なったやり方で保護され、かつ、広く保護されると述べている¹⁵⁾。

また、正当な利益と権利との相違点を保護される価値に求める見解も存在する。すなわち、権利は、それ自体が当然に保護に値する価値に対応し、正当な利益は公益と衝突しない限りにおいて保護される価値に対応するというのである (See Galleotti [1954] pp.13-16; Zanobini [1958] pp.185 e 187; Cerulli Irelli [1997] p.376, Coccozza e Corso [1994] pp.201-203. See also Cassese [1995] pp.463-465)。しかし、1999年7月22日破棄院判決は、権利の基礎にある個人の利害と正当な利益の基礎にあるそれとの間には、本質的な違いはないとして、この考え方に与しない (rec.5)。

さらに、権利は個人が自律的に実現することができる価値に対応するもの

11) See e.g. Cass., 11 febbraio 1995, *Dir. proc. amm.*, 1997, 358, con nota di D'orsogna, D., *Danno da "reato" e comportamento illegittimo dell'amministrazione: verso l'"ingiustizia" dei danni derivanti dalla lesione di interessi legittimi*, *Foro amm.*, 1995, 1822, *Giust. civ.*, 1996, I, 2395 e Cass., s.u., 23 novembre 1985, *Giust.civ.*, 1986, I, 734, *Foro it., Rep.*, 1986, voce Responsabilità civile, n. 126.

12) See e.g. Bellini [2011] pp.23-25. See also Di Majo [2009] p.5, Monateri [1998] p. 812 et seq. なお、ローマ法における *non jure* と *contra ius* とが類義であるかどうかについては議論がある。See e.g. Valditara [2005] p.33 e n.245, Cannata [1969] pp.307-308 e n.1.

13) See e.g. Angeletti [1988] e Nigro *et al.* [1988].

(身体的自由など)であるのに対し、正当な利益は政府の能動的な関与によってのみ実現できる価値(建築許可¹⁶⁾など)に対応するものであるという見解もある(See Cerulli Irelli [1997] p.374. See also Cassese [1995] pp.463-465)。しかし、判例・通説は、個人が自律的に実現できる価値であるにもかかわらず、正当な利益としてしか保護されない、不利益を与える行政行為に関連する利益(interessi oppositivi)¹⁷⁾という概念を認めている¹⁸⁾。

14) See e.g. Cass., s.u., 22 luglio 1999, *Foro it.*, 1999, I, 3201, con nota di Caranta, R., *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità* (Nota a Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500/SU, Com. Fiesole c. Vitali), *Foro it.*, 1999, I, 3212, con nota di Fracchia, F., *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi all'affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della suprema corte lascia aperti alcuni interrogativi* (Nota a Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500/SU, Com. Fiesole c. Vitali), *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 1126, con nota di Greco, G., *Interesse legittimo e risarcimento dei danni: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina*, *Giur. cost.*, 1999, 3217, con nota di Satta, F., *La sentenza n. 500 del 1999: dagli interessi legittimi ai diritti fondamentali*, *Foro it.*, 1999, I, 3221, con nota di Romano, A., *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi?* (Nota a Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500/SU, Com. Fiesole c. Vitali), *Foro it.*, 1999, I, 3226, con nota di Scoditti, E., *L'interesse legittimo e il costituzionalismo - Conseguenze della svolta giurisprudenziale in materia risarcitoria* (Nota a Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500/SU, Com. Fiesole c. Vitali), *Riv. amm. rep. it.*, 1999, 597, con nota di Tarullo, S., *Le prospettive risarcitorie del danno "ingiusto" cagionato dalla p.a. tra il d.lgs. n. 80/98 e la sentenza delle Sezioni Unite n. 500/99*, *Giur. cost.*, 1999, 4045, con nota di F.G. Scoca, *Per un'amministrazione responsabile* e Azzariti, G., *La risarcibilità degli interessi legittimi tra interpretazioni giurisprudenziali e interventi legislativi. Un commento alla sentenza n. 500 del 1999 della Corte di Cassazione*, *Giorn. dir. amm.*, n. 9/1999, 832, con nota di Torchia, L., *La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di Birnam*. See also Cerulli Irelli [1997] p. 369.

15) 憲法24条1項は、「何人も、自己の権利及び正当な利益の保護のために、訴えを提起することができる」と規定するが、同113条1項は、「行政の行為に対しては、通常裁判所または行政裁判所において権利及び正当な利益に係る裁判上の保護が、常に認められる」(第1項)と定める一方で、同条3項は、「行政の行為を取り消すことができる裁判所、取り消すことができる場合及び取消しの効果は、法律で定める」としている。また、同103条1項は、「国務院その他の行政裁判所は、行政との関係で、正当な利益を擁護し、法律で定める一定の事項については権利を擁護するための裁判権を有する」と定めている(圏点一引用者)。

以上に加えて、行政の活動は、行為規範 (*norme d'azione*) と関係的規範 (*norme di relazione*) という2つの種類の異なった条項によって規律されているという整理をして、説明する見解も有力である。行為規範は、公益のみを考

(前頁よりつづき)

そして、1865年3月20日法律第2248号 (Legge 20 marzo 1865, n. 2248, Allegato E - Per l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia) の2条は、行政庁による命令などに関係するものであっても、民事上の権利または政治的権利 (*diritto civile o politico*) に関する事件については通常裁判所が管轄を有すると定めており、正当な利益が争点となる事件については行政裁判所が管轄を有すると定めていた (1条)。そこで、権利が争点なのか正当な利益が争点なのかによって、管轄を有する裁判所が異なることとされていた (Manca, Corrao and Longo [1992] p.Italy-23; Certoma[1985] p.251; Cass., s.u., 1 ottobre 1982, *Giust. civ.*, 1982, I, 2916; Cass., 18 novembre 1977, *Giust. civ.*, 1978, I, 19; Cass., 15 novembre 1983, *Foro it., Rep.*, 1984, I, 1009; Cass., 15 ottobre 1980, *Foro it.*, 1981, I, 2530; Cass., 14 ottobre 1972, *Foro it.*, 1972, voce Responsabilità civile, n.100)。そして、たとえば、不利益を与える行政行為に関連する正当な利益についての損害賠償は、行政裁判所が違法な行為の無効を宣言した場合に、通常裁判所が命じることになるとされていた (*See e.g.* Del Duca [1984] pp.232-233. *See also* Angeletti [1980])。

しかし、2000年7月21日法律第205号 (Legge 21 luglio 2000, n. 205 - Disposizioni in materia di giustizia amministrativa” corredato delle relative note) 7条による改正 (この改正は、憲法院の2000年7月17日の違憲判決[Corte cost., 17 luglio 2000, n. 292, *Foro it.*, 2000, I, 2393, con annot. di Barone, A. e nota di Travi, A., Giurisdizione esclusiva e legittimità costituzionale] をうけたものである) 後1998年委任立法令第80号 (Decreto legislativo 31 marzo 1998 n. 80 - Nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa, emanate in attuazione dell'articolo 11, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59) 33条1項は、金融、保険その他の監督を含む公役務 (*pubblici servizi*) に関する紛争を行政裁判所の専属管轄とし、また、同35条1項は、同33条及び34条の下で行政裁判所の管轄とされている事項 (2000年改正前においては行政裁判所が専属管轄を有する事項) については、行政裁判所が損害賠償を命じるものと定めた。そして、破棄院が、1998年7月1日 (1998年委任立法令第80号の施行日) より前の証券取引委員会またはイタリア中央銀行の損害賠償責任に関する事案は、*Vitali* 事件のように行政裁判所が専属管轄を有する場合を除き、通常裁判所の管轄に属すると判示する一方で (Cass., 6 aprile 2001, n.149)、憲法院は、1998年7月1日以降2000年8月10日 (2000年法律第205号の施行日) より前の期間に係るものについては、2000年法律第205号の7条が遡及効を有することに鑑みて、行政裁判所も管轄を有するとの判断を示した (Corte cost., 12 luglio 2002, ordinanza, n. 340)。

慮する行政の活動を規律するものとして定められているものであり、行為規範を前提とする個人の地位は正当な利益である。すなわち、行為規範は、行政に対してその権限の行使を規制する条項に従って行動することを要求することを正当化するととどまる。他方、関係的規範は、行政と個人との間の関係を規律するものとして定められている規範を含み¹⁹⁾、関係的規範は個人に実体的な権利を与えるものである。

(前頁よりつづき)

なお、一金融、保険その他の監督が公役務に含まれることは明示されていたものの、「公役務」の範囲をめぐることは、見解が分かれていた。すなわち、國務院は「公役務」を広く定義していたのに対し (e.g. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 30 marzo 2000, ordinanza, n.1)、破棄院は、「公役務」の概念をあまりに広く画するべきではなく、行政裁判所が専属管轄を有する領域は例外的なものであるという解釈をとっていた (e.g. Cass., s.u., 30 marzo 2000, n.71, Urb. app., 2000, 602, con nota di Garofoli, R., *L'art. 33 d.lgs. n. 80/1998 al vaglio della Cassazione e del Consiglio di Stato*; Cass., s.u., 30 marzo 2000, n.72; Cass., s.u., 12 novembre 2001, n. 14032)。See De Falco [2003] p.45; Iannello [2005] pp.84ff.; Scotti [2003] p.45; Goggiamani [2001] pp.18ff. For details, see also Villata [2008].

これらの経緯を経て、現在では、2010年委任立法令第104号 (Decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 - Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo) は、正当な利益に関するものみならず、133条及び2009年6月18日法律第69号が定める事項については権利に関する損害賠償につき管轄を有するものと定めている (7条1項5項7項)。そして、同133条1項c) は銀行、保険及び証券市場の監督を行政裁判所の専属管轄として定めている。

16) 建築許可との関係において、たとえば、1980年3月25日憲法院判決 (Corte cost., 25 marzo 1980 n. 35, Giust. civ., 1980, I, 993, con nota di Morelli, M.R., *Responsabilità civile di pubbliche amministrazioni per risarcimento del danno patrimoniale da lesione di interessi legittimi dei privati: rilancio di una problematica*, *Giur. cost.*, 1980, I, 262, *Foro amm.*, 1980, I, 2107)、銀行業の免許に関して、1988年3月25日破棄院判決 (Cass., s.u., 25 marzo 1988, *Banca, borsa, tit. cred.*, 1989, II, 7)。そして、免許の拒絶などが裁判所によって無効とされることによって当然に損害賠償責任が生ずるものではないと解されてきた。すなわち、行政行為の違法性は、「不当」であることを意味するものではないとされてきた (See e.g. Tassone [1992])。

17) See e.g. Visintini [1987] pp.373-374.

18) See e.g. Cass., s.u., 22 luglio 1999, rec.8.

そして、伝統的には、正当な利益の侵害に対する損害賠償は、市民に不利益を与える行政行為に係る正当な利益 (*interesse legitimo oppositivo*) に関するものに限られ、行政による有利な行為に係る正当な利益 (*interesse legitimo pretensivo*) に関するもの場合には認められないとされてきた (Cassariono [1990] p.25)。

有利な行為に関する正当な利益の侵害に対して損害賠償を認めなかった例としては、建築物の安全性についての監督が適切になされなかったため (*For details, see e.g. Bernardini [1988]*)、住居用建物が崩壊したという事案に係る破棄院判決があるが (Cass., s.u., 17 novembre 1978, n. 5346, *Giust. civ.*, 1979, I, 17)、破棄院は、地方公共団体に与えられている権限は、住居の最低限の衛生的環境というより一般的な利益を考慮に入れつつも、社会経済的観点からも景観的にも町村の調和ある開発という公益を保護することを目的としているとし、法令の規定は特定の個人に権利を与えるものではないとの判断を示した²⁰⁾。すなわち、当該法令の規定からは権利は導かれず、正当な利益のみが導かれ、これは、地方公共団体に賦与されている権限の多くが裁量的なものであることによる。栄養摂取のための製品を破棄するようとの命令が違法なものであった場合において、食品流通の認可を所管する行政庁の責任が争われた事案においても同様の判断がなされた²¹⁾。

これらの裁判例の事案は視点を変えてみるならば、行政に裁量が認められているものであり (*See Sorace [2000] p.147*)、そのような場合には、個人には権利は認められず、行政庁が監督義務を負っている場合でも、せいぜい、正当な利益が認められるという考え方が通常は妥当していたといえそうである²²⁾。

2 金融監督上の失敗と監督当局の責任

はやくも、1958年には、金融監督上の失敗に係る監督当局の責任について、

19) *For details, see e.g. Gucciardi [1957]*.

20) これに対しては、学説は批判的であった (*e.g. Postiglione [1979]*)。

21) Cass., s.u., 9 novembre 1989, n. 4708, *Giust. civ. Mass.*, 1989, fasc. 11.

Banco De Calvi 事件判決²³⁾ が判断を示した。この事件は、十分な資金を保有していなかった *De Calvi* に対して「銀行 (banco)」という名称の使用を認めたことは銀行法 (Legge 7 marzo 1938, n. 141 conversione del Regio Decreto Legge 2 marzo 1936, n. 375-Disposizioni per la difesa del risparmio e per la disciplina della funzionecreditizia) に違反するし、*De Calvi* に不正行為があると投資家が指摘した後も、*De Calvi* の活動を適切に監督しなかったとして、投資家が、財務大臣とイタリア中央銀行に対して損害賠償を請求したというものである。しかし、ジェノバ控訴裁判所は、銀行監督は公益のために行われ、個々の市民の利益のためになされるものではなく、1936年銀行法に含まれる銀行監督規定は行為規範 (norme d'azione) である以上、裁判管轄を有しないとして、訴えを却下した²⁴⁾。

その後、*Banca Bertolli*²⁵⁾ 事件及び *Banca Privata Italiana*²⁶⁾ 事件において、ローマ控訴裁判所も、預金者及び投資家からの損害賠償請求を退けた。すなわち、*Banca Privata Italiana* 事件判決は、イタリア中央銀行の監督活動は子会社または親会社の利益を保護することを目的とするのではなく、経済行為と銀行

22) See also Cass., s.u., 15 novembre 1983, *Foro it.*, 1984, I, 1009; Cass., s.u., 18 novembre 1977, *Giust. civ.*, 1978, I, 19. ただし、テナントを退去させる命令を理由なく執行しなかったことについて、賠償責任を認めたものとして、Trib.Milano, 20 novembre 1980, *Foro Pad.*, 1980, I, 341がある。

23) App.Genova, 15 gennaio 1958, *Banca, borsa, tit. cred.*, 1958, II, 52 con nota di Pallini, P., *Improprietà dell'azione aquiliana. Carattere interno delle norme della legge bancaria.*

24) なお、*De Calvi* は為替業務に主として従事していたものであり、イタリア中央銀行ではなく、イタリア為替局 (Ufficio Italiano Cambi) が主たる監督権限を有していたのであり、イタリア中央銀行としては、*De Calvi* が不当に預金の受け入れを行っていることに気付いた場合に初めて、注意義務を負うことになったはずであると指摘されている (Pallini [1958] pp.55-56)。

25) Trib. Roma, 30 aprile 1963, *Banca, borsa, tit. cred.*, 1964, II, 106.

26) Trib. Roma, 27 aprile 1977, *Banca, borsa, tit. cred.*, 1978, II, 90. con nota di Capriglione, F., *Discrezionalità del provvedimento amministrativo di messa in liquidazione coatta di un'azienda di credito e pretesa risarcitoria del socio.*

業務の健全で秩序正しい遂行についての公益を保護することのみを目的とするとして、行政裁量の範囲を超えて、私人の権利を有責に侵害した場合を除き、イタリア中央銀行に対する損害賠償請求は認められないという立場をとった。この判決は、イタリア中央銀行は機会と適法性（*opportunità e legittimità*）に照らして、まさに裁量を行行使しているとしたものの、抽象論としては、単なる正当な利益の性質を有するにとどまらず、私人が被った損害賠償請求が認められる権利の存在がありうることを示唆した。もっとも、裁判所は、預金者が主張しているものは不法行為訴訟によっては保護されない²⁷⁾ 債権の侵害であり、市民法典2043条によって損害賠償をうけることができるのは、絶対権ないし基本権（*diritti assoluti o primari*）、すなわち、法システムによって対世的に保護されている権利（*diritti protetti erga omnes*）の侵害によって生じた損害であるとした²⁸⁾。*Banco Ambrosiano* 事件判決²⁹⁾、*Perfin-Montedison* 事件判決³⁰⁾ 及び“*Zoppi SIM*” 事件判決³¹⁾ は、投資家は、正当な利益に対する損害を被っただけでは十分ではなく、権利に対する損害を被ったときにのみ行政に対して損害賠償を求めることができるが、公的主体による監督活動は、公益のみのために

27) これは、債権侵害に対する損害賠償を認めた1971年1月26日破棄院判決（Cass., s.u., 26 gennaio 1971, n. 174）（詳細については、後掲注43参照）とは整合しない判示である。

28) 他方、株主は会社財産の減少によって間接的に損害をうけるにすぎないとした。

29) Cass., s.u., 29 marzo 1989, n. 1531, *Banca, borsa, tit. cred.*, 1990, II, 425, con nota di Marzona, N., Limiti (attuali) e prospettive del raccordo tra tutela del risparmiatore e funzione di controllo, *Foro it.*, 1991, I, 3205, con nota di Condemi, M., *Giur. it.*, 1990, I, 439, con nota di Vella, F., Proposta di avvio della procedura di liquidazione coatta amministrativa nei confronti delle imprese bancarie e responsabilità degli organi di vigilanza. 1986年1月9日ミラノ地方裁判所判決（Trib. Milano, 9 gennaio 1986, *Giur. comm.*, 1986, II, 427, con nota di Cera, M., Insolvenza del Banco Ambrosiano e responsabilità degli organi pubblici di vigilanza）も、アンブロシアーノ銀行の破綻により損失を被った株主のイタリア中央銀行に対する請求を、株主は、適切な監督がなされることにつき正当な利益を有しているにとどまり、権利を有していないとして、棄却した。

30) Trib. Milano, 23 giugno 1997, *Giur. it.*, 1998, 100.

31) *For details, see* Dimundo [1988].

なされるものであり、行政の裁量が認められる権限の行使を含んでいるから、投資家は正当な利益のみを有し、権利を有しないとして、原告の請求を棄却した。

また、*Cassa Conti* 事件判決³²⁾ は、銀行免許の付与が拒絶され、行政裁判所はその拒絶が違法であるとの判断を示した事案に関するものであるが、原告である *Cassa Conti* は銀行市場に参入する絶対権を有していなかった（正当な利益しか有していなかった）として、損害賠償を認めなかった。

3 *Sgarlata* 事件判決及び *Cassa di Risparmio di Prato* 事件判決

Sgarlata 事件³³⁾ において、破棄院は、原則として、公的主体は、裁量が認められる権限の行使にあたっては、適法性、公平性及び効率的運営を定める憲法 97 条³⁴⁾ をふまえ、一般的な注意義務を尽くして³⁵⁾、行為しなければならないと判示した³⁶⁾。そして、これらの原則に違反したことによって、行政が権利に損害を与えた場合には、市民法典 2043 条に基づいて損害賠償責任を負うことになるとした。他方、証券の募集と売出しを認可したことにつきイタリア中央銀行に落ち度があったと主張された *Cassa di Risparmio di Prato* 事件にお

32) Cass., s.u., 25 marzo 1988, n. 2579, *Foro it.*, 1988, I, 3328, *Giur. it.*, 1989, I, I, 1191, con nota di Livi, M. A., *In tema di irrisarcibilità del danno prodotto dalla lesione di un interesse legittimo, Dir. banco merc. fin.*, 1989, 194, con nota di Stella Richter, P., *Illegittimità dell'azione amministrativa e risarcimento del danno.*

33) この事件は、事件当時、銀行以外の金融機関を所管していた元産業・商業・工芸大臣を被告とするものであったという点で珍しい。損害賠償請求は公的主体を被告としてなされるのが一般的だからである (*For details, see e.g. Clarich* [1991] p. 207, 233 ss.)。

34) 第 1 項は、「行政組織は、行政の能率的運営と公平を確保するように、法律で定める。」と規定している。

35) *neminem laedere* (直訳すると「誰も害さない」) の原則に従って行動しなければならないとされている。このような原則は、1920 年代後半から形成され (Cass., 11 giugno 1927, *Foro it.*, 1927, I, 934; Cass., 31 maggio 1927, *Giur.it.*, 1927, I, I, 1240, *Foro it., Rep.*, 1927, voce Responsabilità civile, n.274; Cass., s.u., 19 giugno 1936, *Foro it.*, 1936, I, 1487)、*Sgarlata* 事件判決の時点では一般論として確立した判例の立場であった (Cass., 11 giugno 1979, *Giur.it.*, *Rep.* 1979, 3545, n.45; Cass., 29 giugno 1981, *Rass. avv. Stato*, 1982, I, 929)。

36) Cass., s.u., 2 giugno 1992, n. 6667, *Resp. civ. prev.*, 1993, 576.

いて、破産院は、監督当局の過失ある行為の結果として損害を被った投資者は、*De Chirico* 事件判決³⁷⁾ で認められた財産の完全性に対する権利 (*diritto all'integrità del patrimonio*) という権利を有すると判示した³⁸⁾。

なお、*Banca Popolare di Fabrizia* 事件についての1993年7月22日破産院判決³⁹⁾ も原告の請求を棄却した。

4 *Francovich* 事件判決と *Vitali* 事件判決

不当な損害とされるための要件として、*non jure*であり、かつ *contra jus*であることを要求する、従来判例は、公共調達に関するルールに違反した場合につき共同体法が定める損害賠償規定及び加盟国の責任に関する欧州司法裁判所の判例法に違反すると指摘され、また、学説からも強い批判をうけていた (*See e.g. Monateri [1998] p.622; Greco [1999] p.1108*)。

37) Cass., s.u., 4 maggio 1982, *Giur. it.*, 1983, I, 1..

38) Cass., s.u., 27 ottobre 1994, n. 8836, *Banca, borsa, tit. cred.*, 1995, II, 525, con nota di Lener, R., *La Cassazione chiude (definitivamente?) il dibattito sulla natura delle « quote » delle casse di risparmio*, e Scognamiglio, C., *Responsabilità dell'organo di vigilanza bancaria e danno meramente patrimoniale*, *Le società*, 1995, 353, con nota di Tarzia, G., *Le partecipazioni dei privati nelle casse di risparmio: il verdetto della Cassazione*, *Giur. comm.*, 1996, II, 170, con nota di Galletti, D., *Partecipazione al capitale di Casse di Risparmio: configurazione e limiti tipologici*. *See also* Trib. Prato, 13 gennaio 1990, *Banca, borsa, tit. cred.*, 1991, II, 63 e 249, con nota di Camardi, C., *Note problematiche in tema di emissione di quote di partecipazione al patrimonio da parte di Casse di Risparmio*, e Bollino, G., *Ora anche per la giurisprudenza le modificazioni per le Casse di risparmio sono legittime*; App. Firenze, 20 maggio 1991, *Banca, borsa, tit. cred.*, 1991, II, 459, con nota di Lener, R., *Osservazioni in tema di emissione di «quote di risparmio» da parte di casse di risparmio*, *Giust. civ.*, 1991, I, 2431, con nota di Santarsiere, V., *Delle quote di risparmio. Nullità del negozio di sottoscrizione per il vincolo perpetuo*.

39) Cass., s.u., 22 luglio 1993, n. 8181, *Foro it.*, 1994, I, 1853, con nota di Scoditti, E., *Un'apertura giurisprudenziale su violazione di interessi legittimi e responsabilità civile*, *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, 306, con nota di Bontempi, *Banca, borsa, tit. cred.*, 1994, II, 119, con nota di Galanti, E., *Diritti ed interessi di fronte all'esercizio di poteri autoritativi delle autorità di controllo*.

実際、*Francovich* 事件判決により、正当な利益の事案において国家賠償責任を否定するイタリアの実務は、当該問題に関する欧州司法裁判所の立場と公式に抵触することとなったと指摘されている⁴⁰⁾。そして、*Francovich* 事件判決は、都市計画の変更が問題となった *Vitali* 事件に係る 1999 年破棄院判決⁴¹⁾ につながった。

Vitali 事件破棄院判決は、民法典 2043 条の解釈を変更して、不当な損害という要件をみだすためには、損害が正当化できる理由なしに生じたものであり (*non jure*)、法秩序にとって重要な利益の侵害であれば、権利に影響をもたらすものであること (*contra jus*) を要しないとされた。すなわち、損害が存在し、権利であれば正当な利益であれば、法秩序にとって重要な利益についての損害であり、公的主体の行政行為または不作為と損害との間に因果関係があり、かつ、行政の過失ある、無謀なまたは故意の行為が存在する場合には、公的主体は、民法典 2043 条に基づいて損害賠償責任を負うことになる。もっとも、行政行為の違法性からは行政当局の行為に過失が当然に認められるわけではなく、憲法 97 条が定める適法性、公平性及び効率的運営に違反したときに認められるとした⁴²⁾。

Scarso は、この判例変更の背景には、判例における賠償されるべき損害の領域の漸進的な拡大、研究者から繰り返し加えられた強い批判ならびに国内及び EU の立法という 3 つの要素があったと整理している (*Scarso* [2006] p.99)。

すなわち、破棄院は、この結論を導くにあたって、私人間関係においても私人と行政機関との間の関係においても、判例上、賠償されるべき損害の範囲が拡大されてきたことを指摘した。絶対的な権利ではなく、相対的な権利である債権の侵害によって生じた損害の賠償が認められており⁴³⁾、また、純粹経済損失の場合にも、損害賠償を認めるために、権利であると裁判所が位置付ける場合⁴⁴⁾ が従前からあったことを指摘した。そして、家族内⁴⁵⁾ あるいは家族類

40) See e.g. Barone e Pardolesi [1992] ; Cafagno [1992] ; Caranta [1992] ; Cartabia [1992] ; Russo Spina [1992] ; Ponzanelli [1992].

似の関係における⁴⁶⁾ 経済的性質を有する「正当な」期待に与えられる保護に言及した。これらをふまえて、破棄院は、従来の裁判例においては、一貫性も骨組みもなく、権利の侵害にあたると偽装して、これらの損害を賠償の対象と

41) Cass., s.u., 22 luglio 1999, n. 500, *Foro it.*, 1999, I, 2487, con osservazioni di Palmieri, A, e R.Pardolesi, *Foro it.*, 1999, I, 3201, con nota di Caranta, R., *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, Fracchia, F., *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi all'affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della Suprema Corte lascia aperti alcuni interrogative*, Romano, A., *Sono risarcibilità: ma perché devono essere interessi legittimi?*, e Scoditti, E., *L'interesse legittimo e il costituzionalismo - Conseguenze della svolta giurisprudenziale in materia risarcitoria*, *Giur. it.*, 2000, I, 21, con nota di Moscarini, L. V., *Risarcibilità degli interessi legittimi e termini di decadenza*, *Giur. it.*, 2000, I, 1381, con nota di Pizzetti, F.G., *Risarcibilità degli interessi legittimi e danno ingiusto. Se un giorno d'estate la Corte di Cassazione*, *Foro amm.*, 1999, 1990, con osservazioni di Iannotta, R. e note di Delfino, B., *La fine del dogma dell'irrisarcibilità dei danni per lesione di interessi legittimi: luci ed ombre di una svolta storica*, e Caianello, V., *Postilla in tema di riparto fra giurisdizioni*, *Foro amm.*, 2000, 349, con nota di Soricelli, G., *Appunti su una "svolta epocale" in merito ad un'interpretazione costituzionalmente orientata sulla pari dignità tra diritto soggettivo ed interesse legittimo: una decisione a futura memoria?*, *Giust. civ.*, 1999, I, 2261, con nota di Morelli, *Urb. app.*, 1999, 1067, con nota di Protto, M., *Crolla il muro dell'irrisarcibilità delle lesioni di interessi legittimi: una svolta epocale?*, *Corr. giur.*, 1999, 1367, con note di Di Majo, A., *Il risarcimento degli interessi "non più solo legittimi"*, e Mariconda, V., *Si fa questione d'un diritto civile ...*, *Danno e resp.*, 1999, 965, con note di Carbone, Monateri, Palmieri-Pardolesi, Ponzanelli, Roppo, *Giorn. dir. amm.*, 1999, 832, con nota di Torchia, L., *La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di Birnam*, *Giur. cost.*, 1999, 3217, con nota di Satta, F., *La sentenza n. 500 del 1999: dagli interessi legittimi ai diritti fondamentali*, *Giur. cost.*, 1999, 4045, con note di Scoca, F.G., *Per un'amministrazione responsabile*, e Azzariti, G., *La risarcibilità degli interessi legittimi tra interpretazioni giurisprudenziali e interventi legislativi. Un comment alla sentenza n. 500 del 1999 della Corte di Cassazione*, *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 1108, con nota di Greco, G., *Interesse legittimo e risarcimento dei danni: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina*, *Riv. giur. Edilizia*, 1999, I, 1329, con nota di Parisio, V. .

42) もっとも、国務院は、この規準は網羅的ではないとして、行政行為の一般原則違反の重大性に注目して判断するという考え方を示している (Consiglio di Stato, sez. IV, 14 giugno 2001, n. 3169)。

して認めてきたと指摘し、このような理論構成は、権利の侵害のみが市民法典2043条の下で「不当な損害」であると解するルール⁴⁷⁾を維持するためには必要であったと論じた。

また、破棄院は、公共調達に関するルールに違反した場合に損害賠償を認めるEC指令89/665/EEC⁴⁸⁾に言及し、行政機関の免責は共同体法に抵触すると

43) See e.g. Cass., s.u., 18 dicembre 1987, *Foro it.*, 1988, I, 2321, *Giur.it.*, 1989, I, 1, 537, con nota di Alessandri, A., *Pignoramento presso terzi e tutela aquiliana del credito*, *Banca, borsa, tit. cred.*, 1990, II, p. 199, con nota di Monte, M., *Una nuova ipotesi di «lesione del credito» nella giurisprudenza delle sezioni unite*, *Giust.civ.*, 1988, I, 2053, con nota di Bove, M. e Cass., 22 settembre 1986, *Giust. civ. Mass.*, 1986, fasc. 8, *Foro it., Rep.*, 1986, voce Responsabilità civile, n.96.

なお、債権侵害に対する損害賠償を認めた裁判例として知られている最初のものは、App.Torino, 23 gennaio 1952, *Foro it.*, 1952, I, 219, *Resp.civ. prev.*, 1952, 173のようであるが、破棄院は、1971年1月26日判決（Cass., s.u., 26 gennaio 1971, n. 174, *Giur. it.*, 1971, I, 1, 681, con nota di Visintini, G., *In margine al caso Meroni*, *Giust. civ.*, 1971, I, 201, con nota di Santosuosso, F., «*La nuova frontiera*» della tutela aquiliana del credito, *Foro it.*, 1971, I, 342 e 1284, con nota di Busnelli, F.D., *Un clamoroso «révirement» della Cassazione: dalla «questione di Superga» al «caso Meroni»* e di Jemolo, A.C., *Allargamento di responsabilità per colpa aquiliana*)で債権侵害に対する損害賠償を認める立場に転じた。

44) Cass., 3 aprile 1995, *Riv. dir. comm.*, 1995, II, 295, *Giust.civ.*, 1995, I, 2423, *Corr.giur.* 1995, 1082, con nota di Flumighi, F., *Danni del socio e danni della società*, *Le società*, 1995, 1544; Cass., 4 febbraio 1992, *Foro it.*, 1992, 2127, con nota di Simone, R.; *Foro.it.*, 1993, I, 3359, con nota Roppo, V., *Diffamazione per « mass media » e responsabilità civile dell'editore*, *Giur.it.*, 1993, I, 1, 862; *Resp.civ.prev.*, 1992, 778; Cass., 25 luglio 1986, *Nuova giur.civ.*, 1987, I, 386, con nota di Libertini, M., *Concorrenza sleale — Lesione della reputazione di prodotto — Applicazione analogica*; Cass., 4 maggio 1982, *Foro it.*, 1982, I, 2864, *Giust.civ.*, 1982, I, 1745, con nota di Di Majo, A., *Ingiustizia del danno e diritti non nominate*, *Giust.civ.*, 1982, I, 3103, con nota di De Cupis, A., *Il diritto di libertà negoziale*.

45) Cass., 22 febbraio 1995, *Foro it., Rep.*, voce Danni civili, n.235; Cass., 6 dicembre 1982, *Foro it.*, 1983, I, 1630, con nota di Jannarelli, A., *Non imputabilità penale e danno morale: le acrobazie senza rete delle sezioni unite*, *Giust.civ.*, 1983, I, 1155, con nota di Cossu, C., *Imputabilità e risarcimento del danno non patrimoniale*, *Giur.it.*, 1984, I, 1, 150, con nota di Mastropaolo, F., *Morte del minore provocata da un non imputabile e risarcimento*.

46) Cass., 28 marzo 1994, *Giust.civ.*, 1994, I, 1849.

指摘した。国内法としては、1998年委任立法令第80号に言及し、当該委任立法令によって、通常裁判所と行政裁判所との管轄の配分は、正当な利益と権利とに注目するものではなくなったとし、どの利益が保護に値するかを先験的に定めることはもはやできなくなったとの見方を示した。

なお、金融監督以外の領域における監督上の失敗に基づく賠償責任が認められたものとして、血液製剤についての厚生大臣による監督が不適切であったどうかに関する裁判例が多く存在する (*For details, see Izzo [1999]*)。これについては、*Vitali*事件破棄院判決であっても、民法典2043条に基づく損害賠償責任を認めた1998年11月27日のローマ地方裁判所の判決⁴⁹⁾を嚆矢として、国家賠償責任が認められていた^{50, 51)}。*Vitali*事件判決の枠組みに照らしても、憲法32条1項は、共和国は、健康を個人の基本的権利として、また、公益として保護すると定めているため、健康に関して個人が被った損害は、法秩序にと

47) このルールが憲法3条(法の前の平等—すべての市民は等しく社会的な尊厳を有し、性別、人種、言語、宗教、政治的見解、人格及び社会的条件の違いにかかわらず、法の前に平等である)、24条(出訴権)(注15参照)及び113条(行政訴訟)(注15参照)と整合的であるかについて、憲法院は判断を求められた。しかし、問題となっている紛争の解決にとっては、当該争点は仮想的な意義しか有さず、現実的な意義を有しない (*rilevanza della questione é meramente ipotetica, e non attuale*) として、憲法院は却下した (Corte cost., 8 maggio 1998, ordinanza n.165, *Foro.it.*, 1998, I, 3485, con nota di Caranta, R., *Danni da lesione di interessi legittimi: la Corte Costituzionale prende ancora tempo*, *Corr.giur.*, 1998, 651, *Giust.civ.*, 1998, I, 1763, *Giur.it.*, 1998, 1929)。これは、1953年3月11日法律第87号 (Legge 11 marzo 1953, n. 87 - Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale) が付随的審査制を採用しているためである (23条)。

48) Council Directive 89/665/EEC of 21 December 1989 on the coordination of the laws, regulations and administrative provisions relating to the application of review procedures to the award of public supply and public works contracts, OJ L 395, 30.12.1989, p. 33.

49) Trib. Roma, 27 novembre 1998, *Foro it.*, 1999, I, 313, *Questione giustizia*, 1999, 548 con nota di Lamorgese, A., *Emoderivati infetti e responsabilità civile, Danno e resp.*, 1999, 214, con nota di Izzo, U., *La responsabilità dello Stato per il contagio da HIV ed epatite di emofilici e politrasfusi: i limiti della responsabilità civile*. See also App.Roma, 23 ottobre 2000, *Danno e resp.*, 2001, 106, con nota di Izzo, U., *La responsabilità dello Stato per il contagio da HIV ed epatite di emofilici e politrasfusi: oltre i limiti della responsabilità civile*.

って重要なものと解される可能性が高いと説明することができる。

5 HVST事件判決

破棄院は、*Vitali*事件で採用したアプローチを以後の判決においても踏襲し⁵²⁾、金融監督上の失敗との関連では、2001年の*HVST*事件判決⁵³⁾で適用した。

*HVST*事件は、有価証券の公募における目論見書の虚偽記載に関連して、すなわち、1985年に募集を行った会社が破産宣告を受け、*HVST*が清算に入ったこと⁵⁴⁾をうけて、株式の引受人は、民法典2395条（前各条の規定は、取締役の故意または過失ある行為により直接に損害を被った個々の社員または第三者が有する損害賠償請求権に影響を与えない）に基づいて、募集を行った会社の社長に対して損害賠償請求訴訟を提起するとともに⁵⁵⁾、証券取引委員会に対して、適切な監督を行わなかったとして、目論見書中の不正確な情報によって

50) *e.g.* Trib. Roma, 14 giugno 2001, *Corr. giur.*, 2001, 1204 con nota di Carbone, V., *Danno e resp.*, 2001, 1072 con nota di Izzo, U., *La responsabilità dello Stato per il contagio da HIV ed epatite di emofilici e politrasfusi: oltre I limiti della responsabilità civile*; Trib. Roma, 27 novembre 1998, *Foro it.*, 1999, I, 313; App. Firenze, 7 giugno 2000, *Foro it.*, 2001, I, 1722; Trib. Roma, 15 giugno 2001, *Rass. dir. farmaceutico*, 2001, 488; Trib. Napoli, 15 gennaio 2002, *Giur. napoletana*, 2002, 121; Trib. Roma, 10 giugno 2002, *Giur. merito*, 2002, 1250; Trib. Roma, 19 dicembre 2002, *Giur. merito*, 2003, 631; Trib. Bari, 20 marzo 2004, *Dir. e Giust.*, 2004, 28.

51) なお、2003年4月23日法律命令第89号（Decreto-legge 23 aprile 2003, n.89 - Proroga dei termini relativi all'attività professionale dei medici e finanziamento di particolari terapie oncologiche ed ematiche, nonché delle transazioni con soggetti danneggiati da emoderivati infetti）及び2003年6月20日法律第141号（Legge 20 giugno 2003, n.141 - Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 23 aprile 2003, n. 89, recante proroga dei termini relativi all'attività professionale dei medici e finanziamento di particolari terapie oncologiche ed ematiche, nonché delle transazioni con soggetti danneggiati da emoderivati infetti）の3条により、2003年に感染した患者に対して9850万ユーロ、2004年から2005年に感染した患者に対して1億9850万ユーロ、それぞれ支払うことで、訴訟が終結した。 *For details, see e.g. Izzo* [2003].

52) *e.g.* Cass., 18 febbraio 2000, n. 1814, *Foro it.*, 2000, I, 1857, *Giust. civ.*, 2000, I, 2655; Cass., 28 marzo 2000, n. 3726, *Danno e resp.*, 2000, 878; Cass., 11 novembre 2000, n. 14432, *Giust. civ. Mass.*, 2000, fasc. 259.

被った損害の賠償を求めた。破棄院⁵⁶⁾は、原告の請求原因の性質について民事裁判所が判断を示すべきかどうかという問題との関連で検討を加えたが、傍論として、証券取引委員会の活動を規律する法律は、投資家の保護を目的とするものではなく、公益を目的とするものであって、引受人には権利を与えていないとした。この立場によれば、証券取引委員会による監督上の失敗の結果、引受人が損害を被ったとすれば、請求原因はないということになる。

この破棄院の考え方に沿って、ミラノ地方裁判所は、投資者は正当な利益を有するにとどまるとして、その請求を棄却し⁵⁷⁾、ミラノ控訴裁判所も原告の請求を棄却した⁵⁸⁾。もっとも、理由は異なり、投資家は *De Chirico* 事件判決で

53) Cass., 3 marzo 2001, n. 3132, *Giust. civ.*, 2001, I, 907, con nota di Giacalone, G., *Prospetto non veritiero e responsabilità della Consob*, *Foro it.*, 2001, I, 1139, con nota di Palmieri, A., *Responsabilità per omessa o insufficiente vigilanza: si affievolisce l'immunità della p.a.*, *Corr.giur.*, 2001, 880, con nota di Visentini, G. e A. Bernardo, *La responsabilità della Consob per negligenza nell'esercizio dell'attività di vigilanza*, *Giur.it.*, 2001, I, 2269, con nota di D'Auria, M., *La responsabilità della Consob*, *Profili civilistici*, *Giur.comm.*, 2002, II, 12, *Le società*, 2001, 565, con nota di Anello, P. e S. Rizzini Bisinelli, *Responsabilità della Consob per omissione di vigilanza e risarcibilità del danno*, *Resp.civ.prev.*, 2001, 562, con nota di Caranta, R., *Responsabilità della Consob per mancata vigilanza e futuri problemi di giurisdizione*, *Banca, borsa, tit. cred.*, 2002, II, 19, con nota di Perrone, A., *Falsità del prospetto e responsabilità civile della Consob*, *Danno e resp.*, 2001, 505, con nota di Cristiani, D., *La Cassazione afferma la responsabilità della CONSOB per falsità in prospetto: una occasione mancata e un vecchio principio?*.

54) Trib. Milano, 10 maggio 1985, *Foro it.*, 1986, I, 560.

55) See Trib. Milano, 17 luglio 1997, *Foro it.*, *Rep.*, 1997, voce Società, n. 666.

56) Cass., s.u., 14 gennaio 1992, *Banca, borsa, tit. cred.*, 1992, I, 393, con nota di Marzona, N., *Le posizioni soggettive del risparmiatore secondo il giudice della giurisdizione: una difficile tutela*, *Foro it.*, 1992, I, 1421, *Giust.civ.*, 1992, I, 2727.

57) Trib. Milano, 11 marzo 1996, *Foro it.*, *Rep.*, 1997, voce Responsabilità civile, n.169; *Foro pad.*, 1997, I, 233.

58) App.Milano, 13 novembre 1998, *Foro it.*, *Rep.*, 1999, voce Responsabilità civile, nn. 274 e 291, *Dir. e pratica società*, 7, 1999, 65 con nota di Marinoni, R., *Controllo della Consob e diritti soggettivi del risparmiatore*, *Le Società*, 2001, 570.

認められた財産の完全性に対する権利という実体的な権利を有していると認められた上で、契約外責任が認められる要件をみたさないとの判断を示した。

すなわち、まず、当時の法律の規定⁵⁹⁾の下では、証券取引委員会には、登録書類に含まれている情報を評価するための調査権限が与えられていなかったことを指摘した。

また、目論見書には、証券取引委員会は、当該投資の価値をレビューしていない旨、当該目論見書の公表は当該目論見書により提供される情報が真実かつ完全であることを保証することを意味しない旨及び発行者のみが目論見書に含まれる情報について責任を負うものである旨の警句が含まれていたが、原審と同様、その有効性を承認した。

さらに、ミラノ控訴裁判所は、損害は、高値で取得することにつながる誤った投資判断によって生じたものであって、証券取引委員会の作為または不作為と投資家が被った損害との間には因果関係がないとした。そして、募集を行った会社による不正行為についてのニュースがマスコミで報じられたため、リスクは投資家に知られていたと判断した。

これに対して、破棄院は、証券取引委員会は、開示される情報の完全性と真実性を確認するために予防的にも事後的にもその権限を行使すべきであり、そうしないことは、投資家に対して損害賠償責任を負うことにつながり得るとした。そして、ミラノ控訴裁判所が投資家は *De Chirico* 事件判決で認められた財産の完全性に対する権利という実体的な権利を有していると認めたことを支持し、それは *Vitali* 事件判決が定立した法準則と首尾一貫するとした。そして、不実の情報を過失によって流布することは、投資家をリスクが高いビジネスに同意するように誤導するものであって、投資家に経済的損失を生じさせるものであって、この要素は、損害を被った投資家の地位は、目論見書に含まれた情報の名宛人である潜在的な対象者の地位と区別するのに十分であるとした。

その上で、破棄院は、証券取引委員会は、目論見書に含まれている情報が事

59) Legge 7 giugno 1974, n.216 come modificato dalla Legge 23 marzo 1983 n. 77.

実に反することを確認した時は、公募を止めるように命ずる義務を負っていたとし、1974年6月7日法律第216号（Legge 7 giugno 1974, n. 216-Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 8 aprile 1974, n. 95, recantedisposizioni relative al mercato mobiliare ed al trattamento fiscale dei titoli azionari）の18条及び18-*quarter*条は、証券取引委員会に登録の全過程におけるエンフォースメントの権限を与えていたとの判断を示した。主観面についても、*Sgarlata*事件判決を踏襲して、公的主体は、適法性、公平性及び効率的運営を定める憲法97条をふまえ、一般的な注意義務を尽くして行為しなければならないという一般論を述べた上で、目論見書に含まれていた不実の情報は、文書のレビューにおける通常の注意を払えば、発見できかつ発見すべきであったもの（*ex actis*）であるとして、この事件における証券取引委員会の行為は重大な過失にあたるとした。

また、破棄院は、目論見書に含まれていた2つの警句について、第一審や原審と異なり、投資家が証券取引委員会の重過失につき挙証責任を負うという効果をもたらすものではなく、これらの免責条項は法律に反する（*contra legem*）ものであり、それらの警告文言は、目論見書の登録は証券取引委員会がその公募について評価したことを意味するものではない旨を告知するものと位置付けることができるにすぎないとした。

さらに、因果関係についても、契約外責任法にも適用される刑法典41条⁶⁰⁾にしたがって原因の競合を考慮に入れつつ、証券取引委員会がその権限を適時かつ適切に行使していたとしたらどのような結果になったかの予想に基づいて決定されるべきであるとした。そして、募集を行った会社の行為に関する報道について、破棄院は、それらの報道は募集を行った会社の不動産及びその投資

60) 第1項は、「先行の、同時のまたは後行の原因の競合は、それが犯人の作為または不作為から独立していても、作為または不作為と結果との間の因果関係を排除しない」と、第2項第1文は、「後行の原因は、それだけで結果をもたらすのに十分な場合には、因果関係を排除する」と、第3項は、「前2項の規定は、先行の、同時のまたは後行の原因が他人の不法行為にある場合でも、これを適用する」と、それぞれ、定めている。

について公衆に助言するには不十分であり、証券取引委員会は、投資家に損害が生ずることを防止する義務を負っていたとする一方で、募集を行った会社の不正行為に関する報道は民法典 2056 条⁶¹⁾ 及び 1227 条⁶²⁾ が規定する過失相殺において考慮に入れられるべきであるとした。

このような判断を示して、破棄院は原判決を破棄し、差し戻したが、差し戻後のミラノ控訴裁判所判決は、破棄院が示した原則を適用し、過失相殺をすることなく、投資家の損害賠償請求を認容した^{63)、64)}。

なお、憲法 47 条 1 項は、「共和国は、あらゆる形態の貯蓄を奨励し、保護する。共和国は信用の供与を規制し、調整し、かつ監督する」と規定しているが、1993 年銀行法 (Decreto Legislativo 1 settembre 1993, n. 385-Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia) 5 条 1 項は、「信用監督当局は、監督対象

61) 契約外責任について、第 1 文は、「被害者に支払われるべき賠償は、第 1223 条、第 1226 条及び第 1227 条の規定に従って決定されなければならない」と定めている。

62) 「債権者の過失ある行為が損害の発生に競合した場合には、賠償はその過失の程度及びそれから生じた結果に従い減額される」(第 1 文)。「賠償は債権者が通常の注意を用いることによって避けることができる損害については支払われない」(第 2 文)。

63) App.Milano, 21 ottobre 2003, *Le Società* 2004, con nota di Fanti, F., *Vigilanza suimercati, responsabilità della Consob e risarcibilità del danno*, *Contratti*, 2004, 329, con nota di Santucci, G.M., *Responsabilità della Consob per omessa vigilanza*, *Corr. giur.*, 2004, 933 con nota di Tina, A., *Responsabilità della Consob per omessa vigilanza sulla veridicità delle informazioni contenute nel prospetto informative*, *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, I, 213 con nota di Guastalla, E.L., *Falsità del prospetto informativo, danno agli investitori e responsabilità civile della Consob* e Andò, B., *Nesso di causalità fra omessa vigilanza e danno risentito dagli investitori. Criteri di quantificazione del danno*, *Giur. it.*, 2004, 800, con nota di Mignone, G., *Vigilanza Consob e responsabilità: brevi osservazioni sul tema*, *Foro it.*, 2004, I, 584, con nota di Caputi, L. See also Tuozzo, M., *La Consob è, dunque, responsabile in concreto*, *Contr. e impr.*, 2004, II, 590; Russo, S., *Responsabilità della Consob per mancato controllo del prospetto*, *Giur. comm.*, 2004, II, 659; Santucci, G.M., *Responsabilità della Consob per omessa vigilanza colposa*, *I Contratti*, 2004, 337.

64) なお、証券取引委員会は、この判決に対して破棄院に上訴しなかった (See *II Mondo*, 25 giugno 2004, n. 25, p.32 (quoted in: Tuozzo, M., *La Consob è dunque responsabile in concreto*, *Contr. e Impr.*, 2004, p. 593))。

者の健全かつ慎重な運営、金融システム全体の安定性、効率性及び競争力ならびに信用に関する規定の遵守に関して、本委任立法令によって付与された監督権限を行使する」とのみ規定しており、銀行監督の目的として投資者・預金者の保護は明示していない⁶⁵⁾。もっとも、破棄院は、2003年3月2日判決において、監督当局との関係で、投資家や預金者は権利を有しているとの判断を示した⁶⁶⁾。

そして、銀行監督においては、専門的な裁量の余地が認められており、裁判所が監督当局の判断をレビューできる範囲が問題となるが、専門的裁量が認められる行政庁の行為について、かつては、裁判所は、特定の専門的テストを採用することなく、重大な過失または誤りがないことを確認するにとどまっていた⁶⁷⁾。しかし、行政裁判所が専門家の意見を求めること（*consulenza tecnica d'ufficio*）ができ、損害賠償を命ずるにあたって、それを判断材料とすることができるようになって（1998年委任立法令第80号35条3項及び2000年法律第205号16条）以来、行政庁が実施した判断過程全体をレビューするようになった⁶⁸⁾。もっとも、行政庁がした判断の実体を司法審査することを避けるために、裁判所は区別をしており、ある行政庁の判断に異なる利益あるいは対立する利益のバランスを図ることが含まれている場合には、専門的な合理性と最終的な判断の一貫性のみをチェックするのが判例の傾向である。

65) 1993年銀行法（*For details, see e.g. Di Giorgio, Di Noia and Patti [2000] ; Alpa [2004]*）制定にあたっては、消費者保護の観点が考慮要素の1つとされていた。とりわけ、銀行法96条は預金保護スキームについて規定しており、預金者（消費者）保護が考慮に入れられているといえることができる。

66) Cass., s.u., 2 maggio 2003, *Corr. giur.*, 2003, 734, *Foro it.*, 2003, I, 1685, *Guida al dir.*, 2003, n. 26, 49, *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, II, 397, *Giur. banc.*, n. 18, 98.

67) *See* Consiglio di Stato, sez. VI, 3 ottobre 1994, n. 1473; Consiglio di Stato, sez. VI, 1 settembre 2000, n. 4658.

68) Consiglio di Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601; Consiglio di Stato, sez. IV, 6 ottobre 2000, n. 5332; Consiglio di Stato, sez. V, 5 marzo 2001, n.1247; Consiglio di Stato, sez. IV, 6 ottobre 2001, n. 5287, *Foro it.*, 2002, III, 414, con nota di Giardino, E.; Consiglio di Stato, sez. VI, 11 dicembre 2001, n. 6217.

6 2006年委任立法令第303号

*HVST*事件判決を前提として、監督当局は軽過失の場合にも責任を負うという見解も有力であったが⁶⁹ (Blandini [1999] p.325)、監督当局が損害賠償責任を預金者や投資家に対して負うのは重過失または故意の場合に限定すべきであるとする見解も唱えられていた (e.g. Vignocchi [1988] p.1003; D'Auria [2001] pp.2269 ss.; Andò [2001] p.161; Scotti [2002] pp.12ss.. *See also* Rossi [2003] pp.670 ss.)。

他方、上述の裁判例、とりわけ*HVST*事件判決からは、監督当局が責任を負うのは重過失がある場合に限定されるという帰結は導き出せないという見解も少なくなかった (Fanti [2004] p.60; Romagnoli [2001] p.759; Perrone [2002] p.25; Palmieri [2001] p.1141. *See also* Tina [2004] p.944)。しかも、銀行監督当局の責任を制限することは、憲法47条に違反するおそれがあるという指摘もあった (*See also* Princigalli [1992] p.124)⁶⁹。

しかし、2006年12月29日委任立法令第303号 (Coordinamento con la legge 28 dicembre 2005, n. 262, del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (T.U.B.) e del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (T.U.F.)) 4条3項により、2005年12月28日法律第262号の24条が改正され、6-*bis*項が「第1項に掲げる監督庁〔イタリア中央銀行、証券取引委員会、年金基金監視委員会〔Covip〕—引用者〕及び競争・市場監督庁 (Autorità garante della concorrenza e del mercato) の監督職務の遂行にあたり、その機関の構成員及び被用者は故意 (dolo) または重大な過失 (colpa grave)⁷⁰をもってなした行為から生じた損害の賠償の責に任ずる」と規定するに至った。

この改正は、政府の提案書 (Atto del Governo sottoposto a parereparlamentare

69) なお、*Monateri*は、監督当局が個々の預金者に対して損害賠償責任を負うこととするか、法令によって免責を認めるかは政策的な判断であると指摘していた (*Monateri* [1998b] p.808)。

n. 26, Schema di decreto legislativo recante adeguamento del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, nonché delle altre leggi speciali alle disposizioni di cui alla legge 28 dicembre 2005, n. 262 (5 settembre 2006)) では、国際通貨基金によるイタリアにおける監督体制についての評価において指摘されたことを受けて、国際的な基準に合致させるために必要であると考えられたからであるとされている (Relazione illustrative dello schema di decreto legislative di coordinamento e di adeguamento del T. U. B, del T. U. F. e delle altre leggi speciali alla legge per la tutela del risparmio, Articolo 4, Comma 2)。すなわち、国際通貨基金の2004年のレポート (IMF Country Report No.04/133, *Italy: Detailed Assessment of Compliance with the Basel Core Principles for Effective Banking Supervision*) では、イタリアのシステムは、監督者に対して、その職務を遂行するにあたって善意で講じた措置から生じた裁判における法的保護を与えていないと指摘され (para.28 [p.13] ; p.30)、監督当局及びその役職員に対して法的保護を与えるよう法律改正を検討すべきであるとの勧告を受けた (Table 6 [p.78])。また、国際通貨基金の2006年のレポート (IMF Country Report No.06/112, *Italy: Financial System Stability Assessment, including reports on the Observance of Standards and Codes on the following topics: Banking Supervision, Payment Systems, Insurance, Securities Regulation, Securities Settlement and Payment Systems, Monetary and Financial Policy Transparency, and Anti-Money Laundering*

70) 1988年4月13日法律第117号 (Risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati) 2条3項が、裁判官の責任に関して、重大な過失の意義を規定している (弁明の余地がない過失による重大な法律違反、弁明の余地がない過失の結果、議論の余地なく否定される事実を認定したこと、弁明の余地がない過失のため、議論の余地なく存在が認められる事実を認定しなかったこと、及び、法律によって認められた場合または理由を付すことなく人身の自由に関する判決を言い渡したことは重大な過失にあたる) のとは異なり、どのような場合に重大な過失にあたるのかについては定められていない。

and Combating the Financing of Terrorism) においても、監督当局及びその役職員はその職務の遂行にあたり善意で講じた措置から生じた裁判において賠償責任を負う状況が続いていると指摘された (para. 76 [p.43])。この指摘に対して、イタリア中央銀行は、監督当局及びその役職員を、その職務の遂行にあたり善意で講じた措置に対して第三者によって提起される裁判の可能性から法的に保護することの重要性については検討を開始していると回答していた (para. 79 [p.44])。そして、元老院における意見聴取において、イタリア中央銀行の総裁である *Draghi*⁷¹⁾ も証券取引委員会の委員長である *Cardia*⁷²⁾ もこのような責任制限に対して適切であるとの見方を示した。

この委任立法案に対して、元老院の第1常設委員会（憲法）は問題なし (non ostativo) との意見を述べたが^s (Legislatura 15^a-1^a Commissione permanente-Resoconto sommario n. 15 del 25/10/2006)、第6常設委員会（金融及び財政）と第10常設委員会（産業、通商及び旅行）の合同委員会は条件付賛成 (favorevole condizionato) という意見を表明した。すなわち、『政府提案第26号に対する第6常設委員会及び第10常設委員会合同委員会の承認意見 (Parere approvato dalle Commissioni 6^a e 10^a riunite sull'atto del Governo N. 26)』においては、条件8として、故意または重大な過失による場合を除き、監督当局及びその役職員の行為によって生じた損害を賠償する責任を免責する委任立法案の第4条を修正する必要があるとされていた (Legislatura 15^a-Commissioni 6^o e 10^o riunite-Resoconto sommario n. 7 del 08/11/2006)。このような意見に至った背景には、2006年9月26日開催の第6常設委員会の会議において、*Cantoni* 元老院議員が軽過失による行為も貯蓄者に損害を与える可能性が高いとして強い懸念を表明し (Legislatura 15^a-6^a Commissione permanente-Resocontosommario n. 17 del 26/09/2006)、同年10月17日開催の第6常設委員

71) Legislatura 15^a - 6^a Commissione permanente - Resoconto sommario n. 17 del 26/09/2006.
See also Draghi [2006] pp.10-11.

72) Legislatura 15^a - 6^a Commissione permanente - Resoconto sommario n. 19 del 27/09/2006.

会及び第10常設委員会合同委員会の会議において、*Eufemi* 元老院議員も国際通貨基金から指摘された国際的基準との調和を図るものであるとはいえ、受け入れがたい (*condivisibile*) と述べていたことがあった (*Legislatura 15^a-Commissioni 6° e 10° riunite-Resoconto sommario n. 2 del 17/10/2006*)。

他方、代議院の委員会では、第5委員会（予算、大蔵及び計画）は賛成意見 (*Parere favorevole*) を表明し (*Commissione V-SOMMARIO-Martedì 10 ottobre 2006, p.88*)、第6委員会（金融）及び第10委員会（生産、商業及び旅行）合同委員会も意見付承認意見 (*Parere approvato dalle Commissioni*) を表明したが (*Commissioni Riunite VI e X-SOMMARIO-Mercoledì 15 novembre 2006, p.10*)、監督当局の責任の制限を定める規定の新設についての意見は付されなかった。なお、第6常設委員会及び第10常設委員会合同委員会では、監督当局の責任の制限を定める規定の新設について、国際通貨基金による指摘のほか、この規定に類似した責任制限規定はすでに存在し、たとえば、市民法典2236条は、特別な困難さを伴う専門的問題の解決を含む専門的サービスを提供する者は、悪意または重大な過失 (*dolo o di colpa grave*) がない限り損害賠償責任を負わないと定めており、判例も、この条項は、参照されるべき基準⁷³⁾ がどのようなものであれ、適用される一般的な原則を定めており⁷⁴⁾、不法行為責任にも適用があるとしている⁷⁵⁾ という点も論拠として指摘されていた (*Commissioni Riunite VI e X-SOMMARIO-Mercoledì 4 ottobre 2006, p.48*)。

このような改正後2005年法律第262号24条6-*bis*項は、イタリア中央銀行など及びその機関の構成員・被用者が職務の遂行にあたり損害賠償責任を負う旨

73) Cass., 7 maggio 1988 n. 3389, *Dir. e prat. assicur.*, 1989, 497.

74) *e.g.* Cass., 1 agosto 1996, n. 6937, *Giust. civ. Mass.*, 1996, 1091, *Giur. bollettino legisl. tecnica*, 1997, 4047; Cass., 8 luglio 1994, n. 6464, *Giur.it.*, 1975, I, 1, 790, *Rass.dir.civ.* 1996, 342.

75) Cass., 17 marzo 1981 n. 1544, *Mass.Foro.it.*, 1981, 346, *Giust. civ. Mass.*, 1981, fasc. 3; Cass., 8 novembre 1979 n. 5761, *Giust. civ.*, 1980, I, 340; Cass., 20 novembre 1998, n. 11743, *Foro it.*, Rep., 1998, voce Professioni intellettuali, n. 165; Cass., 26 marzo 1990, n. 2428, *Giur. it.*, 1991, I, 1, 600. 学説の状況については、たとえば、Cazzaniga e Cattabeni [1988] p.490 参照

を定めたものであるが、市民法典 2043 条などとの関係については明示的に定めが置かれていないため、理論的には 3 つの解釈の可能性がある（See Andò [2008] pp.61-62）。すなわち、(1)一般的な契約外責任のシステムでは損害賠償責任を負わない場合にも重大な過失または故意が認められるときには、監督庁などが責任を負うという仕組みを導入したという解釈、逆に、(2)契約外責任の一般的なシステムと異なり監督庁などが責任を負う場合を重大な過失または故意が認められるときに限定したという解釈、及び、(3)この規定は、契約外責任の一般的なシステムにおいてまたは判例においてすでに黙示的に採用されている解決を明文化したものであるという解釈である。

参考文献

- Alessi, R. [1968a] *voce* Responsabilità civile dei funzionari e dei dipendenti pubblici, *Novissimo digesto italiano*, XV, UTET: 657-660
- Alessi, R. [1968b] *voce* Responsabilità civile della pubblica amministrazione, *Novissimo digesto italiano*, XV, UTET: 660-667
- Alessi, R. [1972] *L'illecito e la responsabilità degli enti pubblici*, Giuffrè
- Alpa, G. [2004] The Harmonisation of EC Law of Financial Markets in the Perspective of Consumer Protection, *European Business Law Review*, vol.14, no.3: 347-365
- Amorth, A. [1948] *La Costituzione italiana*, Giuffrè
- Andò, B. [2002] Responsabilità della Consob per inadeguato controllo di prospetto falso alla luce della legge n. 216/1974, *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2002, I: 161-173
- Andò, B. [2008] *Il problema della responsabilità delle autorità di vigilanza sui mercati finanziari*, Giuffrè
- Angeletti, A. [1980] *Aspetti problematici della discriminazione delle giurisdizioni e stato amministrativo*, Giuffrè
- Angeletti, A. [1988] L'interesse legittimo tra provvedimento amministrativo e criteri discretivi, in: *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Giuffrè, vol. III: 53-76
- D'Auria, M. [2001] La responsabilità della Consob, *Profili civilistici*, *Giur.it.*, 2001, I: 2273-2274
- Barone, A. e R. Pardolesi [1992] Il fatto illecito del legislatore, *Foro it.*, 1992, IV, 145-150
- Bartolini, A. [2003] Il risarcimento da attività amministrativa tra inadempimento, responsabilità precontrattuale e danno da contatto, *Urb. app. (Urbanistica e appalti)* 2003: 939

- Bellini, F. [2011] *Responsabilità. Tema con variazioni*, Giuffrè
- Bernardini, M. [1988] *Contenuto della proprietà edilizia*, Giuffrè
- Blyth, T. and E. Cavalli [2001] The liability of the Financial Services Authority after Three Rivers, *Journal of International Financial Markets*, vol.3, no.5: 199-204
- Bozzi, C. [1962] voce Interesse e diritto, *Novissimo digesto italiano*, VIII, UTET: 844-858
- Bronzetti, G. [1991] *La responsabilità nella pubblica amministrazione*, CEDAM
- Cafagno, M. [1992] Ordinamento comunitario e responsabilità per lesione di interessi legittimi, *Riv. it. dir. pubbl. com. (Rivista italiana di diritto pubblico comunitario)* 1992, 147-163
- Camardi, C. [1991] Note problematiche in tema di emissione di quote di partecipazione al patrimonio da parte di Casse di Risparmio, *Banca, borsa, tit. cred.*, 1991, II: 77-93
- Cannada Bartoli, E. [1976] Introduzione alla responsabilità della pubblica amministrazione, in: Cannada Bartoli, E. (a cura di), *La responsabilità della pubblica amministrazione*, UTET: 18ff.
- Cannata, C. A. [1969] *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico*, La Goliardica
- Caranta, R. [1992] La responsabilità oggettiva dei pubblici poteri per violazioni del diritto comunitario, *Giur. it.* 1992,1,1,1169
- Caranta, R. [1993a] Governmental liability after Francovich, *Cambridge Law Journal*, vol. 52, no. 2: 272-297
- Caranta, R. [1993b] *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione: sistemi e tecniche*, Giuffrè
- Caranta, R. [1999a] From fault to illegality: shifting patterns in governmental liability, in: Gambaro, A. and A. M. Rabello (eds.), *Towards a New European Jus Commune, Essays on European, Italian and Israeli Law, in occasion of 50 years of the E.U. and of the State of Israel*, Harry and Michael Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, The Hebrew University of Jerusalem: 621ff.
- Caranta, R. [1999b] La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità, *Foro it.* 1999, I: 3201-3212
- Caranta, R. [2001] *Attività amministrativa ed illecito aquiliano: la responsabilità della P.A. dopo la L. 21 luglio 2000*, Giuffrè
- Carbone, V. [1997] Il rapporto di causalità, in: Alpa, P.G. e M.Bessone (a cura di), *La responsabilità civile*, vol. II, UTET
- Cartabia, M. [1992] Omissioni del legislatore, diritti sociali e risarcimento dei danni (A proposito della sentenza «Francovich» della Corte di Giustizia delle Comunità europee), *Giur. cost.* 1992, II, 505-519
- Casetta, E. [1953] *L'illecito negli enti pubblici*, Giappichelli

- Casetta, E. [1991] voce Responsabilità civile della pubblica amministrazione, *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXVI, Istituto della Enciclopedia italiana: 1-7
- Casetta, E. [1997] voce Responsabilità della pubblica amministrazione, *Digesto discipline pubblicistiche (Digesto pubbl.)*, XIII, UTET: 210-223
- Casetta, E. [2006] *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè
- Cassarino, S. [1990] *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Giuffrè
- Cassese, S. [1995] *Le basi del diritto amministrativo*, 3ª edizione, Garzanti
- Castronovo, C. [1995] L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto, Le ragioni del diritto, *Scritti in onore di Luigi Mengoni. Le ragioni del diritto*, tomo I, Giuffrè: 147-240
- Castronovo, C. [2006] *La nuova responsabilità civile*, 3ª edizione, Giuffrè
- Cavallaro, M. [2004] *Potere amministrativo e responsabilità civile*, Giappichelli
- Cazzaniga, A. e C. M. Cattabeni [1988] *Compendio di medicina legale e delle assicurazioni*, UTET
- Certoma, G. L. [1985] *The Italian Legal System*, Butterworths
- Cerulli Irelli, V. [1997] *Corso di diritto amministrativo*, Giappichelli
- Clarich, M. [1987] Sul modello di responsabilità civile dell'art. 28 Cost. (spunti da un confronto con le esperienze storniere e con la prassi interpretativa), *Giur. cost. (Giurisprudenza costituzionale)* 1987, I: 1854-1874
- Clarich, M. [1991] The Liability of Public Authorities in Italian Law, in: Bell, J. and A. W. Bradley (eds.), *Governmental liability: a comparative study* (UKNCCL) : 228-248
- Cocozza, F. e G. Corso [1994] Le situazioni soggettive. Le libertà dei singoli e delle formazioni sociali. Il principio di eguaglianza, in : Amato, G. E A. Barbera (dir.), *Manuale di diritto pubblico*, 4ª edizione, Strumenti
- Comporti, G. D. [2003] *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli
- Comporti, M. [1985] Presunzioni di responsabilità e pubblica amministrazione: verso l'eliminazione di privilegi ingiustificati, *Foro it.* 1985, I: 1497-1507
- Comporti, M. [2000] Le presunzioni di responsabilità, *Riv. dir. civ.* 2000, I: 615-661
- Contessa, Cl. [2005] Il riparto di giurisdizione in materia di responsabilità della Pubblica Amministrazione, in: Caringella, F. e M. Protto (a cura di), *La responsabilità civile della Pubblica Amministrazione*, Zanichelli: 511-645
- Corsaro, L. [1991] voce Responsabilità civile, I) Diritto civile, *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXVI, Istituto della Enciclopedia italiana: 1-37
- Corsaro, L. [1998] voce Responsabilità per fatto altrui, *Digesto delle discipline privatistiche*, sezione civile, XVII, UTET: 383-391
- Del Duca, L. F. [1984] The Expanding Role of International and Comparative Law Studies

- An overview of the Italian legal system, *Dickinson Law Review*, vol. 88, no.2: 221-236
- Draghi, M. [2006] *Indagine conoscitiva sulle questioni attinenti all'attuazione della legge 28 dicembre 2005, n. 262, recante "Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari"*, Audizione del Governatore della Banca d'Italia, Senato della Repubblica 6^a Commissione permanente (Finanze e Tesoro), 26 settembre 2006
- Dimundo, F. M. [1998] Responsabilità degli organi di vigilanza: il caso Sgarlata e il caso Zoppi, *Fallimento*, 1998: 931ff.
- De Falco, V. [2003] *I servizio pubblico tra ordinamento comunitario e diritti interni*, CEDAM
- Fanti, F. [2004] Vigilanza sui mercati, responsabilità della Consob e risarcibilità del danno, *Le società*, 2004: 58-64
- Ferrara, L. [2003] *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, Giuffrè
- Figorilli, F. [1996] *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo (dal processo al procedimento con pluralità di parti)*, Edizioni Scientifiche Italiane
- Franzoni, M. [1993] *Dei fatti illeciti, Artt. 2043-2059*, Zanichelli
- Galleotti S. [1954] *The Judicial Control of Public Authorities in England and Italy*, Stevens
- Geri, V. [1983] Il rapporto di causalità in diritto civile, *Resp.civ. prev.*, 1983: 187-209
- Di Giorgio, G., C. Di Noia and L. Patti [2000] *Financial Market Regulation: The case of Italy and a proposal for the Euro Area*, Financial Institutions Center, Wharton School, University of Pennsylvania, Working Paper Series 00-24
- Goggiamani, F. [2001] La doverosità nei servizi pubblici, *Riv. giur. quad. pubbl. servizi*, 2001: 18ff.
- Greco, G. [1991] Interesse legittimo e risarcimento dei danni: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina, *Riv. it. dir. pubbl. com.* 1999: 1126-1131
- Gucciardi, E. [1957] *La giustizia amministrativa*, CEDAM
- Iannello, C. [2005] *Poteri pubblici e servizi privatizzati: l'idea di servizio pubblico nella nuova disciplina interna e comunitaria*, G. Giappichelli
- Izzo, U. [1999] Blood, Bureaucracy and Law: Responding to HIV-Tainted Blood in Italy, in: Feldman, E. and R. Bayer (eds.), *Blood Feuds: AIDS, Blood, and the Politics of Medical Disaster*, Oxford University Press: 213-241
- Izzo, U. [2003] Sangue infetto e responsabilità dello Stato, *Danno e Responsabilità* 2003 (n.8-9) : 907-910
- Di Majo, A. [2009] Discorso generale sulla responsabilità civile, in: Lipari, N. e P. Rescigno. (dir.), *Diritto civile*, volume IV, tomo III, Giuffrè: 3-52
- Manca, G., A. Corrao and L. Longo [1992] Italy, in: Sheridan, M. and J. Cameron (eds.), *EC Legal Systems: An Introductory Guide*, Butterworths

- Markesinis, B. S. et al. [1999] *Tortious liability of statutory bodies: a comparative and economic analysis of five English cases*, Hart Publishing
- Merusi, F. [1996] La responsabilità dei pubblici dipendenti secondo la Costituzione: l'art. 28 rivisitato, *Riv.trim.dir.pubb.* 1986: 41-75
- Merusi, F. e M. Clarich [1991] artt. 28, in: Branca, G. e A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Rapporti civili, artt. 27 e 28, Zanichelli: 356-393
- Monateri, P. G. [1998a] Responsabilità civile, *Digesto delle discipline privatistiche*, sezione civile, XVII, UTET: 1-12
- Monateri, P. G. [1998b] *Le fonti delle obbligazioni, La responsabilità civile* (Sacco, R. (dir.), *Trattato di Diritto civile*, tomo 3), Utet
- Montalenti, P. [2002] Responsabilità civile e mercato finanziario: organo di controllo e false informazioni da prospetto, *Analisi giuridica dell'economia*, 1/2002: 255-268
- Nigro, M. et al. [1988] ma che cos'è questo interesse legittimo?, *Foro amministrativo* 1988: 317-368
- Pallini, P. [1958] Improprietà dell'azione aquiliana. Carattere interno delle norme della legge bancaria, *Banca, borsa, tit. cred.*, 1958, II: 52-58
- Palmieri, A. [2001] Responsabilità per omessa o insufficiente vigilanza, si affievolisce l'immunità della pubblica amministrazione, *Foro it.*, 2001, I: 1141ff.-**
- Pascuzzi, G. [2005] L'uropeizzazione della responsabilità civile, *Lex Aquilia*, n. 2, Zanichelli: 1-2
- Pecchioli, N. [2007] *Incoraggiamento del risparmio e responsabilità delle autorità di vigilanza*, G.Giappichelli Editore
- Perrone, A. [2002] Falsità del prospetto e responsabilità civile della Consob, *Banca, borsa, tit. cred.*, 2002, II: 19-29
- Ponzanelli, G. [1992] L'Europa e la responsabilità civile, *Foro it.*, 1992, IV: 150-154
- Postiglione, A. [1979] La tutela della salute nell'urbanistica e la responsabilità della p.a. nel caso di rovina di edificio, *Giust. civ.*, 1979, I: 22-32
- Princigall. A. M. [1992] *La responsabilità civile degli organi di vigilanza bancaria*, Cacucci editore
- Proto, M. [2001] La responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi come responsabilità da contatto amministrativo, *Resp.civ. e prev.* 2001: 213-238
- Realmonte, F. [1967] *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Giuffrè
- Romagnoli, G. [2001] La Consob e la sollecitazione all'investimento; esercizio di poteri ed obblighi verso gli investitori, *Giur. comm.*, 2001, I: 747-763
- Rossi, F. [2003] Tort Liability of Financial Regulators. A Comparative Study of Italian and English Law in a European Context, *European Business Law Review*, vol. 14, no. 6: 643-671

- Russo Spena, F. [1992] La Corte di giustizia ridefinisce la responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario, *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992: 163-174
- Scarso, A. P. [2006] Tortious Liability of Regulatory Authorities, in: Koziol, H. and B.C. Steininger (eds.), *European Tort Law 2005*, Springer: 94-116
- Scoca, F. G. [1999] Per un'amministrazione responsabile, *Giur. cost.*, 1999: 4045-4062
- Scotti, O. [2002] Diffusione di informazioni inesatte e tutela degli investitori: configurazione della responsabilità della Consob per omessa vigilanza, *Giur. comm.*, 2002, II: 12-32
- Scotti, E. [2003] *Il pubblico servizio: tra tradizione nazionale e prospettive europee*, CEDAM
- Sicliari, D. [2007] *Costituzione e autorità di vigilanza bancaria*, CEDAM
- Sorace, D. [2000] *Materiali del diritto amministrativo*, 3ª edizione, CEDAM
- Tarullo, S. [2001] La colpa della pubblica amministrazione nel nascente modello di responsabilità risarcitoria per lesione dell'interesse legittimo. Proposte e prospettive, *Tribunali amministrativi regionali* 2001, II, 193-215
- Tassone, S. [1992] Ancora sul risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi, *Giur. it.* 1992, I, 1: 303-312
- Tina, A. [2004] Responsabilità della Consob per omessa vigilanza sulla veridicità delle informazioni contenute nel prospetto informativo, *Corr. giur.*, 2004: 933-950
- Torchia, L. [1999] La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di Birnam, *Giornale dir. ammin. (Giornale di diritto amministrativo)* 1999: 848ff.
- Travi, A. [2003] La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo fra azione di adempimento e azione risarcitoria, *Diritto processuale amministrativo* 2003, 222-235
- Torrente, A. [1958] La responsabilità indiretta della pubblica amministrazione (appunti), *Riv. dir. civ. (Rivista di diritto civile)* 1958, I: 278-290
- Trimarchi Banfi, F. [2001] Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi, Giappichelli
- Trimarchi, P. [1967] *Causalità e danno*, Giuffrè
- Trimarchi, P. [1970] voce Illecito, b) diritto privato, *Enciclopedia del diritto*, XX, Giuffrè: 90-111
- Tuozzo, M. [2004] La Consob è, dunque, responsabile in concreto, *Contr. e Impr. (Contratto e Impresa)*, 2004 (20 (2)) : 590-594
- Valditara, G. [2005] *Damnum iniuria datum*, 2ª edizione, Giappichelli
- Vella, F. [2002] La responsabilità civile delle autorità di vigilanza sui mercati finanziari: alla ricerca di un equilibrio tra "immunità" e tutela degli investitori, *Analisi giuridica dell'economia*, 1/2002: 295-310
- Vignocchi, G. [1988] Sulla responsabilità dello Stato e della Pubblica amministrazione per l'esercizio del controllo sugli enti bancario-creditizi, in: *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, v. III, Giuffrè: 991-1016

- Villata, R. [2008] *Pubblici servizi. Discussione e problem*, Giuffrè
Visintini, G. [1987] *I fatti illeciti*, CEDAM
Watkin, T. G. [1997] *The Italian Legal Tradition*, Ashgate
Wise, M. [1978] *Italian Penal Code*, Sweet & Maxwell
Zanobini, G. [1958] *Corso di diritto amministrativo*, v. I, 8ª edizione, Giuffrè
Zito, A. [2003] *Il danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa*, Editoriale Scientifica

(やなが・まさお 筑波大学大学院ビジネス科学研究科企業法学専攻教授)

財産権《制約》の類別に関する一試論

——憲法判断対象たる法令の類別という観点から——

大石和彦

はじめに

- 1 薬事法判決と森林法判決との間の比較不可能性
 - i) 法規範の2タイプ
 - ii) 2判決における違憲審査対象はそれぞれどちらのタイプか
- 2 「財産権の行使の自由」に対する制約
 - i) それは「財産権の内容」を定めることなく自由の制約の一つである
 - ii) それは憲法（何条）の保護範囲に含まれるか
- 3 「既得権侵害」と《事後法による予測の攪乱》との間
むすび

はじめに

「全体として、憲法学上の財産権論の業績は決して多いとはいえない¹⁾、さらにはより広く「憲法上保障された権利の実現が、法律による具体化ないし制度構築に依拠する場面」に関する日本の研究は遅れて来たといわれるが²⁾、その一方、最近では「前国家的」（「自然」、「天然」の）自由に対する制約の合憲性について論ずるための「作法」（としての「三段階審査」等）とは異なる、財産権を含む「国家（法制度）依存的権利」に対する制約（？）の合憲性につき論ずるための「作法」の特徴とはいかなるものか、という問題意識が、おそ

1) 石川健治「財産権②」小山剛・駒村圭吾編著『論点探求 憲法（第2版）』（弘文堂、2013）254頁。

2) 渡辺康行「立法者による制度形成とその限界」法制研究76巻3号（2009）250頁。

らくは法科大学院制度がかなりの程度手伝って、学生向けの著述の中でも、一種定番化しつつあるという状況もまた、見て取れるようにも思われる³⁾。あるいは、さしあたり対象を財産権に特化していえば、基本的には以下のような問題意識もまた既に定番化しているように思われる⁴⁾。

憲法29条2項が「財産権の内容は法律で…定める」としている以上、同条1項にいう「侵してはならない」財産権なるものも、結局は法律（国会）が定めたそれに過ぎないということになりそうだ。とすると、憲法29条1項は行政権（さらには裁判所？）を拘束するに過ぎず、財産権自体の造物主である国会（形式的意味の法律）は拘束し得ない（憲法の教科書類において平等権が語られる際の定番の語彙を用いていえば、「法適用」違憲〔より今風にいえば「処分違憲」〕はあり得ても「法内容」違憲はありえない）ことになる。それでもあえて法律の内容の違憲を語ろうとするのであれば、法律が既に発生している権利（既得権）を「事後的」に侵害する場面に限られよう⁵⁾。では、「事後法」による既得権侵害の事例には当たらないはずの森林法共有林分割制限規定事件⁶⁾において法内容違憲判断がなされたことは、いかにして説明されるのか…

3) そうした問題意識に立つ近時の学生向け著述の例として、小山剛『憲法上の権利の作法（新版）』（尚学社、2011）、宍戸常寿『憲法 解釈論の応用と展開』（日本評論社、2011）149頁、駒村圭吾「憲法訴訟の現代的展開（第15回）〔第2部 自由権以外の権利と論証の型〕財産権」法セミ684号（2012）68頁など。

4) そうした問題意識に立つと思われる例として前掲注1および注3の諸論稿、さらに安念潤司「憲法が財産権を保障することの意味」長谷部恭男編著『リーディングス現代の憲法』（日本評論社1995）137頁など。

5) 「事後法」による財産権制約の合憲性に関するリーディング・ケースとして最大判昭和53年7月12日・民集32巻5号946頁をあげることには注意が必要であることについては、本稿3にて後述。

6) 最大判昭和62年4月22日・民集41巻3号408頁。

こうした定番の問題意識は、憲法上の権利としての財産権（憲法が財産権を保障すること）とはどのようなものか、という視角から見た場合のものといえる⁷⁾。また、憲法学である以上、このように憲法上の権利、またはそれを保障する憲法の側に焦点を当てて思考の出発点とすることは至極当然といえる。これに対し本稿は、財産権制約に対する憲法判断の可否およびその手法について考える作業の出発点段階で、上記問題意識とは別の方向から、つまり財産権または憲法の側から見た場合の視角というより、それに対する《制約》とはどのようなものか、あるいは、財産権を制約する《法律》（つまりは憲法判断のものさしとしての憲法29条ではなく《憲法判断の対象》）がどのようなものなのか、という視角から考察して行くことの可能性を探ろうとする、ささやかな試みである。

1 薬事法判決と森林法判決との間の比較不可能性

i) 法規範の2タイプ

まずは経済的自由権分野を代表する上記2判例が、本稿の視角から見た場合、どのように見えるのか、ということから説明を始めることにしたい。

「～の自由」というときの「～」とは、人間が《現実世界》で行う何らかの《行為》（不作為含む。）である⁸⁾。この「自由」を《制約》する（つまり、憲法上の自由権規定をものさしとした違憲審査の対象たる）諸法令（地方の例規

7) 前掲（注4）安念論文の表題参照。

8) 赤坂正浩『憲法講義（人権）』（信山社、2011）11頁は、「憲法上の権利の保護対象」として、①行為、②状態、③法的地位の3つをあげたうえ、②の例としてはプライバシーを、また③の例としては財産権をあげている。本稿上記箇所は、このうちさしあたり①を想定している。また同書151頁にいわく、「29条の保護対象は、他の人権のように事実的な行為や状態ではなく、はじめから法的な権利なのである」。これを逆言すれば、「～の自由」というときの「～」とは、国家による「法的な」評価以前（「前国家的、な、あるいは「天然」、「自然」）の「事実的な」、つまり本稿上記箇所という《現実世界》における行為ということになる。

含む。)は、何らかの共通属性を持つのであろうか。また、持つとして、それらの間の共通属性とは、どのようなものであろうか。

人間が現実に行う行為をコントロールするための一番手っ取り早い方法は、ある行為に対し国家が不利益（制裁）を加えることを定める法規範を定立施行することである。このタイプの規範の典型例はいうまでもなく刑罰法規であるが、刑罰の他、過料、反則金、追徴課税、（行政上の義務違反者の氏名・法人名の）公表の他さらに、民事上の損害賠償義務の履行強制や行政上の強制執行をも、義務の不履行（不法行為から生じた損害賠償責任の不履行含む）に対して科される「制裁」としてさらに広く考えるなら、民事上の損害賠償法や、さらには行政上の強制執行の根拠法もまた、刑罰法規と基本的に同じ構造を持つものであるとの説明が可能となり、以上まとめて、「義務賦課規範」、「義務づけ規範」あるいは「行為規範」などと総称されることがある⁹⁾。これらの法規範の特徴は、誰かが《現実》に行った行為または不作為（構成要件該当行為、権利侵害、債務不履行…）に着目して、《現実》の世界に直接働きかけ（一般予防効果および特別予防効果を発生させ、被害者を救済し、債権者を満足させ、行政上の目的を実現し）ようとする点にある¹⁰⁾。

これに対し、上記とは異なるタイプの規範の典型は憲法である。すなわち憲法は、国または公共団体の機関（例えば国会）に対し規律（形式的意味の法律）の定立改廃権限を積極的に与えると同時に、その権限行使のあり方を消極的に

9) 田中成明『現代法理論』（有斐閣、1984）58頁、同『法理学講義』（有斐閣、1994）52頁、同『現代法理学』（有斐閣、2011）66頁では「義務賦課規範」、尾吹善人『日本憲法』（木鐸社、1990）5頁以下、同「憲法規範の変性？」新正幸・鈴木法日兄編『憲法定定と変動の法理—菅野喜八郎教授還暦記念—』（木鐸社、1991）383頁以下（尾吹善人『憲法の基礎理論と解釈』（信山社、2007）428頁以下に再録）では「義務づけ規範」、新正幸『憲法訴訟論（第2版）』（信山社、2010）305頁以下では「行為規範」と呼ばれている。

10) 「義務賦課規範」の特徴については、拙稿「『立法不作為に対する司法審査』・再論—それでも規範は二種なのか？—」立教法学82号（2011）130頁、同「『憲法判断の対象』としての《規範》と《行為》—『義務賦課規範』・『権能付与規範』区別論の観点から—」筑波ロー・ジャーナル11号（2012）25頁でも論じた。

制限してもいる。つまり憲法は、法律以下の下位規範に対して法的効力が付与されるための要件を定めている。清宮四郎いわく、「およそ、一つの法規範が適法に存立し、通用するためには、それを定立する権能の所在（定立権者）、定立の手續および様式ならびに定立の内容を定める法規範が、前もって別に存立し、通用していなければならない」¹¹⁾。そこにいう「法規範」を清宮自身は「授権規範」と呼ぶが、ここで「授権」とは、(法規範を定立改廃する)権能を付与する、という意味であるから、これを「権能付与規範」と呼ぶ例もある¹²⁾。清宮は上掲引用部において、「授権」の要素として、第1に下位規範「定立権者」の指定、第2に下位規範「定立の手續および様式」の指定、第3に下位規範の「内容」に関する制限、以上3つをあげる。国会を「唯一の立法機関」だとする日本国憲法41条や、政令制定権を内閣に与える同73条六号などは第1の要素に当ろう。また法律制定改廃手續についていえば、憲法59条が上記第2の要素に当るし、憲法56条および57条1項も、法案審議に適用される限りにおいてその意味を持つであろう。さらに憲法98条1項によれば、憲法上の基

11) 清宮四郎『憲法Ⅰ〔第三版〕』（有斐閣、1979）16頁以下。

12) H・L・A・ハート（矢崎光圀監訳）「法の概念」（みすず書房、1976）105頁以下では「変更のルール（rule of change）」と呼ばれている。日本の文献では、田中・前掲3書（注9）は「権能付与規範」、尾吹前掲論文（注9）は「授権規範」、新前掲書（注9）は「権限規範」と呼んでいる。

なお松井茂記『日本国憲法（第3版）』（有斐閣、2007）が、憲法は「刑法・民法といった行為規範」すなわち「第1次のルール」とは異なり、国会に立法権を授権する面では「変化のルール」であり、裁判所に司法権を授権する面では「裁決のルール」であるが、「とりわけ…ハートのいう認知のルールとしての性格を強くもっている」とするの、基本的には本文で述べた法規範2タイプ論と同種であろう（もっともハート〔前掲邦訳書106頁〕は、民法上の規範のうちの全てを1次ルールだと言っているわけではなく、そのうち私人が法律行為により権利義務関係に変更を加える権能を付与するルールを2次ルール〔の一つとしてのrule of change〕に数えている）。本稿での検討対象たる「授権（権能付与）規範」は、ハートの言葉でいえば「2次ルール」のうち専ら「変更のルール」に限られるであろうが、これはあくまで本稿の目的との関係上、議論対象をさしあたりそのように限定したまでのことであって、憲法（中いくつかの規範）がハートいうrule of recognitionやrule of adjudicationに相当するという松井のような見方を否定するつもりは毛頭ない。

本的人権規定等に反する法令は「効力を有しない」。これは法令等の「内容を定める法規範」（つまり上記第3）の例であろう。つまり憲法は、法律をはじめとする下位規範の定立権者および定立手続を定め、さらに下位規範の内容に縛りをかける規範だという意味で「法の法」、「規範の規範」だといえることができる¹³⁾。もちろん授權規範（権能付与規範）の例は憲法にはとどまらない。行政処分の根拠規定もそれに該当しようし、農地法3条7項は、私人に対し法律行為権能を付与する規範のうち、行政庁から「認可」を受けることを、法律行為発効のための手続的要件の一つとして加重するもの、つまり上記のうち第2の例といえることができようし、また民法90条は法律行為の内容に関する縛り、すなわち上記第3の要素の例ということになる。これら「権能付与規範」も、もちろん実定規範である以上、間接的には《現実世界》の人間の活動に影響するのではあるが、上記の通り「規範の規範」として、直接的にはその下で定立改廃される下位規範（憲法という上位規範から見た場合の下位規範としての法律、行政処分の根拠規定という上位規範から見た場合の下位規範としての個別具体的処分など）という《観念的世界》の事象をコントロール対象としている¹⁴⁾。

なお、上記区別は、当該法規範を見る者の観点により、相対的であり得る。例えば、行政上の不利益処分（典型例としては公務員や生徒・学生に対する懲戒処分）の根拠法は、処分権者を主体として見れば処分権能付与規範（授權規範）であろうが、懲戒処分の対象者を主体として見れば、懲戒対象行為をした者に対して懲戒処分という《制裁》を科す義務賦課規範に見えることであろう。

ii) 2判決における違憲審査対象はそれぞれどちらのタイプか

では、薬事法違憲判決¹⁵⁾において違憲判断対象とされた薬事法6条2項および4項（当時）とは、上記2タイプ（「義務賦課規範」と「権能付与規範」）の

13) 清宮・前掲書（注11）16頁。

14) これについても前掲（注10）の2拙稿で述べた。

15) 最大判昭和50年4月30日・民集29巻4号572頁。

うちのいずれ（を構成する一部）か。被治者が現実世界で行う行為をコントロールする（＝自由を制約する）ため、許可制といった手段も多く用いられるが、許可制という概念は、許可を得ないで行った行為は処罰されることを込みにして説明されることが多い（例えば現行薬事法4条1項および84条一号）。だとすると、結局は許可制なるものの本体も、不許可行為を処罰する「義務賦課規範」だということになる。薬事法判決が違憲としたのも、許可要件の一つ（「適正配置」要件）を定める規定であって、上記のような許可制を構成する一部であった。つまり薬事法判決において違憲とされた薬事法6条2項および4項（当時）は、まぎれもなく「義務賦課規範」（を構成する一部）であったわけである。また、このことは、本稿の視角から見た場合、上記規定が制約対象とした「営業」というものが、《現実》世界における人間の《行為》であることと、密接不可分である。

では、森林法違憲判決における違憲審査対象とは、どのようなものであったか。そこで違憲とされた森林法186条（当時）の規定は以下の通りである。

森林の共有者は、民法第256条第1項（共有物の分割請求）の規定にかかわらず、その共有に係る森林の分割を請求することができない。但し、各共有者の持分の価額に従いその過半数をもって分割の請求をすることを妨げない。

ちなみに上掲森林法の当時規定が言及する民法256条1項、さらに同258条（当時）は以下の通り。

256条 各共有者ハ何時ニテモ共有物ノ分割ヲ請求スルコトヲ得但五年ヲ超エ
サル期間内分割ヲ為サル契約ヲ為スコトヲ妨ケス
(2項略)

258条 分割ハ共有者ノ協議調ハサルトキハ之ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得

前項ノ場合ニ於テ現物ヲ以テ分割ヲ為スコト能ワサルトキ又ハ分割ニ因リテ著シク其価格ヲ損スル虞アルトキハ裁判所ハ其競売ヲ命スルコトヲ得

上記民法（当時）上の規定は、上記2タイプ規範（「義務賦課規範」と「権能付与規範」）分類論から見れば、「（各）共有者」および「裁判所」に対し、共有物をめぐる法関係（個別具体的規範）を変更する権能を付与する、後者のタイプであり、上記民法上の規定の特別法たる森林法の上記当時規定も（他の共有者との関係で使用収益行為が制約される状態を永續させるという点を度外視すれば）この点同じということになる。

つまり、薬事法判決における違憲審査対象法令は、「職業」という《現実世界》における人間の活動を制約する義務賦課規範（を構成する一部）であったのに対し、森林法判決におけるそれは、《現実世界》における人間の行為を直接制約対象とするのではなく、「分割請求権」という法規範そのもの、つまりは《観念的》事象を「制約」の対象とする「権能付与規範」（を構成する一部）という、本来両者ずいぶん異なるものであったわけである。両者の違いを、もっと解りやすく、これまた定番化した今風の対比¹⁶⁾を用いていえば、薬事法の規定は、自由に対する、正真正銘の「制約」であるが、森林法の規定は、民法258条が用意している国（裁判所）による「援助」（私人の権利実現に手を貸してやるという一種のサービス）を受けられなくしているに過ぎないともいえる。

森林法判決をはじめとする財産権制約に関する諸判例が、いわゆる「積極目的規制・消極目的規制二分論」に立つものではない、という認識もまた既に定番化している。もっとも、小売商業特措法判決のある箇所を見れば、同二分論（少なくともそのうちの一方、すなわち積極目的規制に対しては立法府の広範な裁量が認められるべきであり、「明白性の基準」が妥当すべきこと。）は財産権制約についてこそ妥当すべきだ、という見方もあり得よう¹⁷⁾。もっとも、

16) 例えば芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第5版）』（岩波書店、2011）172頁注十〔高橋増補部分〕。

オリジナル・テキストとしての薬事法判決において示された目的二分論は、あくまで「職業の許可制」が「職業の自由に対する強力な制限である」ことを前提とした「職業の許可制」二分論であったことに鑑みれば¹⁸⁾、少なくとも最高裁の判例をベースとした（それを真正面から否定するのではない、というルールの下に）議論を展開する限り、森林法判決で目的二分論が採られたかどうか、採られなかったとしてそれが妥当であったかどうかにつき議論するのであれば、森林法186条（当時）による「制約」が、薬事法6条2項および4項（当時）による制約と比較して、それに負けないくらい「強力な制限である」といえるのかどうかにも（その点にまずは）意が払われてしかるべきではなかったか。それを本稿の視角から見た場合の見え方はこうである。そもそも両者は、比較

17) 最大判昭和47年11月22日・刑集26巻9号586頁いわく、「憲法は、全体として、福祉国家的理想のもとに、社会経済の均衡のとれた調和的發展を企図しており、その見地から、すべての国民にいわゆる生存権を保障し、その一環として、国民の勤労権を保障する等、経済的劣位に立つ者に対する適切な保護政策を要請していることは明らかである。このような点を総合的に考察すると、憲法は、国の責務として積極的な社会経済政策の実施を予定しているものということができ、個人の経済活動の自由に関する限り、個人の精神的自由等に関する場合と異なつて、右社会経済政策の実施の手段として、これに一定の合理的規制措置を講ずることは、もともと、憲法が予定し、かつ、許容するところと解するのが相当であり、国は、積極的に、国民経済の健全な発達と国民生活の安定を期し、もって社会経済全体の均衡のとれた調和的發展を図るために、立法により、個人の経済活動に対し、一定の規制措置を講ずることも、それが右目的達成のために必要かつ合理的な範囲にとどまる限り、許されるべきであつて、決して、憲法の禁ずるところではないと解すべきである。」「義務をともなう」ものとしてワイマール憲法153条3項により名指しされたのが「所有」であつたことに鑑みれば、昭和47年判決の語る上記事理は、財産権について妥当するものでなくてはならないはずであろう。

18) 今さらいうまでもないことであるが、念のため確認しておく、薬事法判決が目的二分論を語つたとされる以下部分、すなわち「それが社会政策ないしは経済政策上の積極的な目的のための措置ではなく、自由な職業活動が社会公共に対してもたらす弊害を防止するための消極的、警察的措置である場合には、許可制に比べて職業の自由に対するよりゆるやかな制限である職業活動の内容及び態様に対する規制によつては右の目的を十分に達成することができないと認められることを要するもの、というべきである」の冒頭にいう「それ」とは「職業の許可制」を指すことは、それが置かれた文脈から明らかである。

不能である。あるいは、もしあえて両者を比較するなら、後者は国家によるサービス拒否ととらえることも可能であり、だとすると、それは「制約」といえるかどうかすら、実はあやしい。

2 「財産権の行使の自由」に対する制約

i) それは「財産権の内容」を定めることではなく自由の制約の一つであるもともと「財産権分野の憲法判例」の中にも、《現実世界》における人間の一定の《行為》を規制する刑罰法規（＜義務賦課規範）が違憲主張の対象とされた例がある。いわゆる「奈良県ため池条例事件」¹⁹⁾である。同事件で違憲主張の対象となった「ため池の保全に関する条例」（昭和29年奈良県条例38号）²⁰⁾の規定（当時）は以下の通りである。

第4条 何人も、左の各号の一に該当する行為をしてはならない。

一（略）

二 ため池の堤とうに竹木若しくは農作物を植え、又は建物その他の工作物（ため池の保全上必要な工作物を除く。）を設置する行為

三（略）

第9条 第4条の規定に違反した者は、3万円以下の罰金に処する

これが「義務賦課規範」に当たることは明白である。

19) 最大判昭和38年6月26日・刑集17巻5号521頁。

20) 現行（本稿執筆当時）規定については以下サイトに拠った。

http://www.pref.nara.jp/somu-so/jourei/reiki_honbun/k401RG00000647.html

なお現行規定の下では、「知事がため池の保全上支障を及ぼすおそれがなく、かつ、環境の保全その他公共の福祉の増進に資すると認めて許可した」場合には、4条2号所定の行為をすることができる。

高辻正巳は、上掲条例につき「財産権の内容」（憲法29条2項）を定めるものではなく、「財産権の行使の自由の制限」であるとした上、財産権の内容に関する定めと、財産権の行使の自由の制限とを区別すべきだとした²¹⁾。赤坂正浩は、「他の人権のように事実的な行為や状態ではなく、はじめから法的な権利」であるという点に、財産権の保護対象の特徴を見出したが²²⁾、「財産権として財産的利益を自己のために主張することができる国法で保障される力の中身」（傍点本稿筆者）という、高辻が「財産権の内容」について与えた説明は、まさにそれが「事実的」すなわち現実世界の事象とは対極にある、「法的」すなわち《観念的》事象であることを思わせられる。

ところで、「財産権の内容」に関する規定の例として高辻があげるものとしては、民法、著作権法の他に、鉱業法および漁業法の以下規定（当時）²³⁾がある。

鉱業法

第7条 まだ掘採されない鉱物は、鉱業権によるのでなければ、採掘してはならない。但し、左の各号に掲げる場合は、この限りでない。

- 一 可燃性天然ガスを営利を目的としないで、単に一家の自用に供するとき。
- 二 鉱業権の目的となつていない石灰石、ドロマイト又は耐火粘土を営利を目的としないで、単に一家の自用に供するとき。

21) 高辻正巳「財産権についての一考察」自研38巻4号（1967）3頁、同著『憲法概説（全訂第2版）』（良書普及会、1980）138-141頁。奈良県ため池条例事件上告審判決（上掲注19）に付された入江俊郎裁判官補足意見も同様の区別論に立つ。また佐々木惣一『改訂 日本国憲法論』（有斐閣、1952）419-420頁も、「財産権の内容」が公共の福祉に適合的かどうかという問題と、その「行使」が公共の福祉に適合的かどうかという問題とを区別すべきだとしている。

22) 赤坂・前掲書（注8）151頁。

23) 高辻・前掲論文（注21）が引用する規定は昭和36年の、また高辻・前掲書（注21）が引用する規定は昭和55年の、それぞれ有斐閣『六法全書』に拠った。

第12条 鉱業権は、物権とみなし、この法律に別段の定めがある場合を除く外、不動産に関する規定を準用する。

漁業法

第9条 定置漁業及び区画漁業は、漁業権又は入漁権に基くのでなければ、営んではならない。

第23条 ①漁業権は、物権とみなし、土地に関する規定を準用する。

②民法（明治29年法律第89号）第二編第九章（質権）の規定は定置漁業権及び区画漁業権（特定区画漁業権であつて漁業協同組合又は漁業協同組合連合会の有するものを除く。次条、第26条及び第27条において同じ。）に、第八章から第十章まで（先取特権、質権及び抵当権）の規定は特定区画漁業権であつて漁業協同組合又は漁業協同組合連合会の有するもの及び共同漁業権に、いずれも適用しない。

上掲諸規定のうち、鉱物法12条および漁業法23条は、「財産権として財産的利益を自己のために主張することができる国法で保障される力の中身」という、まさに観念的（「法的」）事象について定めるもので、要するに鉱物権、漁業権に対して国が保護（サービス）を与えることを予定する点で、現実の行為を規制する、ため池条例のような「義務賦課規範」とは対極的なものであるように思われる。ただ、現実の行為を規制する「義務賦課規範」という点では、上掲鉱物法7条および漁業法9条も同じである（両規定には、鉱物法191条1項一号および漁業法138条一号〔いずれも当時の規定〕において、それぞれ罰則が設けられていた。）。もっとも、ため池条例は、ため池の堤とうに対し何らかの財産権を有する者に対して適用される限りにおいて、当該財産権の持ち主の行為を制約するが、鉱業法および漁業法の上掲規定は、当該財産権の持ち主以外の者の行為を規制する（財産権の主体から見れば、国家による保護〔サービス〕が提供される）点において大きな違いがある²⁴⁾。

一方、「財産権の行使」とは、高辻によれば、その内容を実現（現実化）す

る「行為」または「人の所為」であるとされる。また彼は、「財産権をおかしてはならないという憲法の規定が…財産権を行使して、その内容を実現することをさまたげてはならないという趣旨を含む」とした上で、「財産権の行使」については、その「自由」に対する制限という言葉を使っている。このことから判るとおり、「財産権の行使」として高辻が想定しているのは、「法的」または観念的事象ではなく、《現実》の世界における人間の《行為》である。したがって「財産権の行使の自由を不法に妨げられない自由」を制約する法規範は、他の自由権制約の場合と同じように、刑罰法規を典型とする義務賦課規範ということになりそうだし（実際、高辻が財産権行使の自由の制限の例として引用する法令の多くは、違反行為に対して罰則を置いている。）、さらには、「財産権の行使」の制約の場合、「財産権の内容」に対するその場合とは異なり、他の自由権との違い（具体的制度設計に当たる立法府の裁量に対する敬讓）という点に過度に神経質になる必要も無い、という立場も不可能ではなさそうに思えてくる。

ii) それは憲法（何条）の保護範囲に含まれるか

ため池条例の上掲規定は、当該財産権の持ち主が当該財産権を権原として行った行為のみならず、「何人も」その行為をした場合には、規制の対象としているため、それがそもそも《財産権に対する》制約といえるのかどうかも問題とし得ないではないであろう²⁵⁾。このように、「権原の存否に直接の関心を寄せることなく」、専ら害悪の除去を「直接の関心事として」行われる規制は、「今様にいえば…間接的・付随的規制」²⁶⁾ということになろうが、「間接的・付随的」であることから直ちに憲法上の権利の制約としての悪質性が贖罪され切るとは限らない²⁷⁾。また、「何人」にも及ぶ規制が、たまたま当該財産権の持

24) 財産権侵害行為に対し不法行為責任を問うことも、財産権の主体以外の者による財産権侵害行為に対して不利益（広義の制裁）を加えることを通じ、財産権を保護するという点でこれと同じであろう。

ち主に適用された場合、財産権との関係で、「処分審査」や、当該ケースに適用される限りにおいて法令違憲かどうかの判断を行うことは、それこそ「今様にいえば」、不可能ではなさそうである。なお、奈良県ため池条例事件上告審判決において入江俊郎裁判官補足意見は、「財産権の内容をいかに定めるか」の問題と、「財産上の権利の行使が制限されるに至ること」の問題とを分けた上、当該ケースは後者に該当し、「憲法29条2項」の問題ではないとした。もっとも同裁判官は、被告人の行為を「憲法…の保障する財産権の行使の埒外」とする法廷意見に参加しているが、「憲法…の保障する財産権の行使」という書き振りは、少なくとも一定範囲の「財産権の行使」につき、憲法の保障が及ぶことを前提としているように読める。この点、高辻は、「財産権を侵してはならないという憲法の規定が、…財産権を行使して、その内容を実現することをさまたげられてはならない趣旨を含むものであることは、…当然のことであろう」とした上で、「財産権を行使してその内容を実現する自由を制限することも、それが公共の福祉に適合するゆえんであるかぎりは、そもそも憲法の容認するところにはほかならない」として、「財産権の行使」の自由に対する制限

25) 例えば道路法43条の主語も「何人も」であり（同法100条三号に罰則がある。）、その中から「道路を構成する敷地、支壁その他の物件について」私権を有する者（同法4条参照）を排除する理由は、同規定の目的に鑑みて、無いであろうから、同規定も本文と全く同じ問題を提起する。

これに対し、例えば高辻・前掲書（注21）141頁が財産権行使に対する制約の例として引用する消防法5条および罰則である同法41条一号は、「消防長又は消防署長」による「当該防火対象物の改修、移転、除去、工事の停止又は中止その他の必要な措置をなすべき」旨の命令に従わなかった「権原を有する関係者」を処罰対象とする。

26) 『憲法判例百選Ⅰ（第5版）』（2007）217頁 [石川健治]。

27) 例えば、精神的自由権分野のケースではあるが、エホバの証人剣道受講拒否事件上告審判決（最二小判平成8年3月8日・民集50巻3号469頁）は、「…本件各処分は、その内容それ自体において被上告人に信仰上の教義に反する行動を命じたものではなく、その意味では、被上告人の信教の自由を直接的に制約するものとはいえないが、しかし、被上告人がそれらによる重大な不利益を避けるためには剣道実技の履修という自己の信仰上の教義に反する行動を採ることを余儀なくさせられるという性質を有するものであったことは明白である」として、学校側主張を退けている。

が合憲とされるためには、「公共の福祉に適合する」という形での正当化を要求しており、少なくとも教科書中の一般論としては、「財産権を行使してその内容を実現する自由」が「財産権を侵してはならないという憲法の規定」の保護範囲に含まれること自体、当然の前提としており、さらに上記「入江裁判官の補足意見は、本文と同旨」とする²⁸⁾。

確かに高辻の議論を見ていると、1962年の論文の中では「財産権の一般的内容を制約する規定」の一つとして挙げられていたはずの農地法4条1項が²⁹⁾、後の単行書では「財産権を行使してその内容を実現する自由」に対する制約の例として引用されている³⁰⁾、あるいは、なぜその文脈で引用されるべきなのか、本稿筆者の現時点での頭では十分理解できなかったもの³¹⁾があることも事実で、本稿が想定するような単純な二分法が高辻の議論に本当に適合的か、細かい点では、疑問が残らないわけではない。だが、高辻のアプローチは、憲法（財産権）の側ばかりでなく、財産権を制約する（あるいは、違憲審査対象となる）法令の側の類別という観点に立つものであるという点で、財産権に対する制約を条例で規定できるか、という当時の文脈から切り離してもまだ、財産権制約の合憲性に関する議論の型（作法？）の探求に向けた現在進行中の作業に対して示唆する部分もあるのではないかと思った次第である。

3 「既得権侵害」と《事後法による予測の攪乱》との間³²⁾

「事後法」による財産権制約の合憲性に関しては、最大判昭和53年7月12

28) 高辻・前掲書（注21）140-141頁。

29) 高辻・前掲論文（注21）6頁。

30) 高辻・前掲書（注21）141頁。

31) 例えば高辻・前掲書（注21）141頁において、財産権を行使してその内容を実現する自由」に対する制約の例として消防法16条の4（火事のときに危なそうな設備の検査に際し手数料を納めなくてはならない旨の定め）をなぜことさら選んで挙げなくてはならないか、現時点では十分腑に落ちたとはいえない。

日・民集32巻5号946頁がリーディング・ケースとされてきた。だが、財産権制約的「事後法」関係ケースとして、より新しくは最二小判平成15年4月18日・民集56巻2号331頁があり、さらに納税者にとって不利益な税法改正に関する最一小判平成23年9月22日・民集65巻6号2756頁および最二小判平成23年9月30日・集民237号519頁も、租税行政が財産権の制約に当たるとすれば、その例に加わるであろうが（実際それら2事案で上掲昭和53年判決を引いている最高裁は、そのように考えているのであろう。）、より新しい判例が無かった平成15年以前ならともかく、平成23年判決も出た現時点で、なおも昭和53年判決を「事後法」による財産権制約の合憲性に関するリーディング・ケースとして引用し続けることが、果たして妥当かどうか。念のため述べると、暁と判例は新しいほど良いなどという調子の話をしているのではない。新しい判例が出て、新しい判例が先例を変更しない（部分がある）場合には、依然先例が重要であることはいうまでもない（いまだに白山比咩神社事件を読む前に津地鎮祭事件を、あるいは衆院小選挙区制導入後の判決を読む前に中選挙区制時代の定数配分規定に関する昭和51年判決を、まずは読む必要があるように）。その点、確かに上記平成23年の2判決も昭和53年判決を、まさに依拠すべき先例として引用していることは確かなので、そういう観点からまさに、昭和53年判決は読まれるべき先例なのかもしれない。私も、昭和53年判決が依然読まれるべき判決であると思う。しかし、それにしても引っかかるのは、昭和53年判決が平成15年判決や平成23年2判決の先例とされていることである³³⁾。

問題は、ここでいう「事後法」とは何なのか（例えば憲法39条第1文が禁ずる刑事事後法の問題構造と何が同じで何が異なるのか）、である。刑事事後法の「事」とはいうまでもなく構成要件該当《行為》（不作為含む）のことで

32) この問題については、拙稿（上記平成23年判決および最一小判平成23年9月22日・民集65巻6号2756頁に関する評釈）判評642号（2012）2頁（判時2151号148頁）で述べた。

33) 平成15年判決自身は昭和53年判決を引用しないが、昭和53年判決を法廷意見の中で引用する平成23年2判決の調査官解説（小林宏司・ジュリ1441号110頁）が、平成15年判決を引用する。

あり、その行為が処罰対象になるがゆえその行為をしないという選択を当該行為時点で可能ならしめるために、当該行為をするに先立ち、行為者に対し、当該行為を禁ずる刑罰法規が示されていなければならない。つまり、事前の法が行為選択の指針となって、法が定める不利益を被らなくても済む別の行為を選択しうることに、ここでのポイントがある。

こうした観点から見た場合、昭和53年判決での違憲審査対象法令を、憲法39条第1文が禁ずる刑事事後法と同じ意味で「事後法」ということには問題がある。上記昭和53年判決のケースにおいても、「事後法」施行前のもっと早くに国に対し当該農地の売り払いを求める、という《行為》が、原告が事前に法改正を知り得ていたなら選び得た、別の選択肢として観念可能だ、という人がいるかもしれないが、そうしたところで農林大臣（当時）が応じなければ、結局「事後法」により売り払いの対価は値上がりしていた（法の定める不利益を被った）であろう。「事後法」による不利益を免れられたかどうかは、ひとえに農林大臣が売り払いに応じたのが「事後法」施行の前か後かにかかっていたのであって、原告の《行為》のタイミング選択は、決定的ではなかった。

また、そもそも上掲昭和53年判決における違憲審査対象法令が制約している憲法上の権利、すなわち財産権は、被治者が現実世界で行う《行為》の「自由」ではない。それは、当該財産的利益の実現に対し国家の助力を求めうる観念的地位である。この点でそもそも、財産権につき、刑罰法規のような「自由」または現実の《行為》の「規制」と同じような意味での「事後法」というものを観念しうるのかどうかといったことが本来問題とされなければならなかったはずなのである。さらに同判決は、当該個別具体的権利が生じたのは、「国が買収によって取得し農林大臣が管理する農地について、自作農の創設等の目的に供しないことを相当とする事実が生じた」時点としているので（さらに同判決の背景にある最大判昭和46年1月20日・民集25巻1号1頁もこの点同旨）、同判決における「事後法」なるものの「事」も「国が買収によって取得し農林大臣が管理する農地について、自作農の創設等の目的に供しないことを相当とする事実」と解さざるを得まい³⁴。とすると、この「事実」が原告の《行為》

ではない点において既に、憲法39条による刑事事後法の禁止が想定するモデルから離れているのである。

納税者にとっての税法の不利益改正法を、同法施行前に行われた「長期譲渡」にも遡及適用する同改正法附則つき最二小判平成23年9月30日・集民237号519頁は上記昭和53年判決を引用しつつ合憲としたが、同平成23年判決の千葉勝美裁判官補足意見の中には「売却処分後に租税特別措置法が改正され、長期譲渡所得に係る損益通算の廃止が、年度当初の1月1日に遡って適用された場合は、いわば既得の利益が遡及的に立法により奪われるのに等しい状況が生ずることになる。また、納税者は、通常、売却処分時点で施行されている税制

34) 当該権利発生の時点につき昭和53年判決法廷意見は、「改正前の農地法80条によれば、国が買取によつて取得し農林大臣が管理する農地について、自作農の創設等の目的に供しないことを相当とする事実が生じた場合には、当該農地の旧所有者は国に対して同条二項後段に定める買取の対価相当額をもつてその農地の売払いをを求める権利を取得するものと解するのが相当である（最高裁昭和42年（行ツ）第52号同46年1月20日大法廷判決・集民25卷1号1頁参照）」と語る一方、「同法の施行前において既に自作農の創設等の目的に供しないことを相当とする事実の生じていた農地について国に対し売払いを求める旨の申込みをしていた旧所有者は、特別措置法施行の結果、時価の七割相当額の対価でなければ売払いを受けることができなくなり、その限度で買取の対価相当額で売払いを受けうる権利が害されることになることは、否定することができない」とする部分（傍点本稿筆者）があって、確かに後者の部分を読むと、「自作農の創設等の目的に供しないことを相当とする事実」にプラスして、「国に対し売払いを求める旨の申込みをしていた」ことが、旧所有者に当該「権利」が発生する要件と考えているかにも見えなくもない。もっとも、同判決に付された岸上裁判官補足意見の中に見出される「多数意見の趣旨は、わたくしの理解するところによれば、買取農地について自作農の創設等の目的に供しないことを相当とする事実が生じた場合には、その買取農地の旧所有者は国に対し当該農地の売払いを求める権利を取得し、その反面、国は旧所有者の求めに応じて当該農地の売払いを承諾すべき義務を負う、という私法上の権利義務の法律関係が両者間に発生すると解すべきものであつて（多数意見の引用する大法廷判決参照）、この法律関係は旧所有者が売払いの申込みをした後においても基本的には変わることはなく、依然旧所有者は右の権利を有し国は右の義務を負担するという法律関係が存在するにとどまり、この関係は高辻意見がいわれるような『権利の内容を超えて現存する個別の法律関係』とみることができるとは異なるものではない、というのである。」との部分（傍点本稿筆者）、

を前提にして、課税対象所得を計算し、損益通算による利益を考慮の上で経済活動を選択するのであり、損益通算の制度が売却処分より前の暦年当初に遡って廃止されることは、このような納税者に予期せぬ損害を被らせることになり、その額も多額に及ぶこともあり、その点で財産権を事後的に立法によって変更された場合と類似した状況となる。」という2文が見出される。このうち第1文は「既得権侵害」問題を、第2文は行為選択時の予測可能性が「事後法」によって確保されなかったことを指摘する。憲法39条はこれらのうち第2文と重なる。義務賦課規範と権能付与規範という類別論から見た場合、租税法規(のうちの主体部分)は、課税処分という個別具体的規律を定立する権能を課税庁に付与する「権能付与規範」だということになる。だが一方、租税法規は、納税者が現実に行う行為の選択にとって重要な指針としても機能している。

(前頁よりつづき)

さらに高辻裁判官意見の「仮に、多数意見に従い、農地法80条の規定上、買取農地の旧所有者は、当該農地について自作農の創設等の目的に供しないことを相当とする事実が生じた場合には、国に対しその売払いを求める権利を取得するものであり、その反面において、旧所有者がその権利を行使したとき、国は、その求めに応じ当該農地の売払いをなすべき義務を負うものであるとすれば、その権利は、元来が売払いを求める権利なのであるから、同意見がいうように、当該農地についての売買『契約が成立するためには更に国の売払いの意思表示又はこれに代わる裁判を必要とするような権利』であるのが当然であるけれども、旧所有者が同条の規定に基づき国に対して右の売払いを求める権利を取得し、これを既得の権利として保有するにとどまっているのではなく国に対して行使し、その権利の内容である売払いを求める旨の意思表示をしたときは、そのことによつて直ちに、国において当該旧所有者に対し右の売払いをなすべき義務を履行しその売払いを応諾する意思表示をなすべき拘束を受けるという法律関係が、国との間に設定され、その法律関係について司法的保障を享受する当該旧所有者は、法の規律するところによつておのずから、同法80条二項が売払いの対価として定める買取の対価相当額をもつて当該農地の買受けを実現し、経済上の利益を収受するということになる。」との表現(傍点本稿筆者)は明らかに、当該農地について自作農の創設等の目的に供しないことを相当とする事実が生じた時点で直ちに(旧所有者側による売り払い申し込みを待たずに)当該「権利」が発生するもの(と法廷意見が考えている)との理解であるといえよう。なお、これに対し、宍戸・前掲書(注3)153頁は売り払いの申し込みを「権利」発生のための(もう一つの)要件とする立場か。さらに、駒村・前掲(注3)70頁【図】の③に関する説明。

つまり納税者にとって、自分が行う行為がもたらす課税（または税額の増大）は、刑罰法規が構成要件該当行為に対してもたらす財産刑と比べ、ある行為を行ったことに対してもたらされる金銭的不利益という点で異なるところはなく、その意味で租税法規は、納税者の目から見れば、事実上義務賦課規範的に機能しているものと言いうる。近代立憲主義が想定する、刑事事後法のもたらす害悪というものが、被治者が現実に行う行為の選択する際の指針の喪失、攪乱による「自然（天然）の自由」に対する侵害であるとすれば、法改正以前に行われた取引行為に対し改正規定を遡及適用した本件改正法附則もまた、私人が行う取引行為の攪乱をもたらしうる点で、刑罰法規ではないにせよ、それでもなお本来の意味での「事後法」と言い得るものであった。これに対し、昭和53年の事案は、「既得権侵害」の事案ではあったが、事後法による予測可能性の侵害に関する事案ではなかったことになる。

むすび

以上、財産権「制約」の、自由権「制約」との違いにつき、森林法判決と薬事法判決との比較において問題提起した上、財産権分野においても、自由権制約（≡義務賦課規範）の場合とさほど異ならない構造場面として、「財産権の行使を妨げられない自由」に対する制約、さらには事後法による（既得権侵害ケースとは区別された）予測の攪乱の場面がありうる、との指摘を行った。もちろんいずれも「単なる思い付き」の域を出ないものであり、今後さらに多くの事案を見ながら、一般論として耐えうるものか検証し、さらに一般理論自体の練成に向けた一層の考究も続けていかなければならないと考えている。が、このたびはとりあえず以上をもって、現時点での報告としておきたい。

（おおいし・かずひこ 筑波大学法科大学院教授）

筑波ロー・ジャーナル 14号

2013年8月発行

発行者 筑波大学大学院 筑波大学法科大学院
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
〒112-0012 東京都文京区大塚 3-29-1 TEL/FAX 03-3942-6897
TEL 03-3942-5433
FAX 03-3942-5434

教授 池田 雅則
大野 雅人
大野 正道
大湖 真喜子
川田 琢之
潮海 久雄
平嶋 竜太
本田 光宏
弥永 真生
山田 務

准教授 木村 真生子
小林 和子
藤澤 尚江

教授 植草 宏一
大石 和彦
大塚 章男
上山 泰
北 秀昭
下井 康史
田村 陽子
徳本 穰
森田 憲右

准教授 岩下 雅充
姫野 博昭
渡邊 卓也

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

TSUKUBA LAW JOURNAL

No. 14 August 2013

Articles

Is the Restriction of Capacity to Act in Adult Guardianship Effective in Practice?
.....**Yasushi Kamiyama** 1

Negligent Banking Supervision and Governmental Liability
—Italy
.....**Masao Yanaga** 31

Note

Some Sorts of “Limitation” on Property Rights :
From the Perspective of Dualism of Duty-imposing and Power-conferring
Norm
.....**Kazuhiko Oishi** 65

ISSN:1881-8730

Edited by Tsukuba Law Journal Editorial Board
University of Tsukuba, Tokyo, Japan