

筑波ロー・ジャーナル

19号

2015年11月

論 説

イギリスにおける法曹主体の法曹養成 ——法科大学院の発展経緯に着目して——	田中 正弘	1
フランスにおける動産質権の実行	直井 義典	25
銀行監督上の失敗と国家賠償責任 —— EU 構成国 ——	弥永 真生	61
不公正な取引方法事案における市場の画定に についての検討	山田 務	95



筑波ロー・ジャーナル編集委員会

目次

論 説

イギリスにおける法曹主体の法曹養成 ——法科大学院の発展経緯に着目して——	田中 正弘	1
フランスにおける動産質権の実行	直井 義典	25
銀行監督上の失敗と国家賠償責任 —— EU 構成国——	弥永 真生	61
不公正な取引方法事案における市場の画定についての検討	山田 務	95

イギリスにおける法曹主体の法曹養成

——法科大学院の発展経緯に着目して——

田中正弘

はじめに

- I. 公立大学と私立大学（営利機関の定義）
- II. 先行研究の検討（イギリスの法曹養成における階層問題）
- III. 法科大学院の発展経緯
 - (1) 中世の大学における法学の位置づけ
 - (2) 法曹院の設立
 - (3) 弁護士の二元主義
 - (4) 独自の法曹養成
 - (5) 法曹養成改革
 - (6) 法科大学院の新設
- IV. 論考
- V. まとめ

はじめに

2009-10年度に「イギリス」（本稿はイングランドとウェールズのみを扱う）のバリスターと呼称される弁護士の「見習い」（pupil）に登録された人の出身大学（学士課程）は、オックスフォード（13.5%）、ケンブリッジ（10.2%）、ユニバーシティ・カレッジ・ロンドン（4.1%）など、歴史のある機関で占められている¹⁾。ところが、法曹界に多くの人材を輩出している日本の大学とは異なり、これらのイギリス「旧大学」（old or pre-1992 universities）は法科大学院を有していない。それどころか、公的な資金で運営される大学が大多数を

1) Bar Standards Board (2011) Bar Barometer Trends in the Profile of the Bar, p.45.

占めているイギリスで、法曹志望の学生の約7割は、本稿で示すように、学費を主要な収益源としている「営利機関」(定義は第一節で示す)が運営する法科大学院で学んでいる。

イギリスでは、なぜ、法曹界に進む学生の多くが営利機関の法科大学院に在籍しているのであろうか。この疑問への解を探る目的で、本稿はイギリスにおける法科大学院の発展経緯を分析してみたい。具体的には、法曹団体がイギリス法曹養成の計画・管理・運営の主導権を握り続けた構図を明示し、①イングランドの旧大学が法科大学院を設けなかった理由、②その代わりに、イングランドの営利機関が法科大学院を設置し、その規模の拡大に成功した理由、③イングランドの「新大学」(new or post-1992 universities)やウェールズの旧大学が自らの法科大学院を設けた理由を、それぞれ歴史的な文脈で説明する。

本稿は第一節において、営利機関の定義を明確にするため、イギリスにおける「公立」(public)大学と「私立」(private)大学の区別、および「非営利」(not for-profit)大学と「営利」(for-profit)大学の区別を議論しておく。第二節では、先行研究の検討を簡潔に行う。第三節では、イギリスの法科大学院の発展経緯を、法曹団体が法曹養成の主導権を得た経緯、および大学(研究者教員)ではなく、法曹(実務家教員)自らが法曹養成の計画・運営・管理に関わり続けた経緯を、詳細に描写する。第四節において、主に第三節の分析結果を基に、先記した疑問への回答を試みる。そして第五節で、議論のまとめを述べる。

上記の論述に入る前に、日本とは異なる、イギリスにおける「法科大学院」の意味をここで明確にしておきたい。イギリスにおける法科大学院とは、法曹養成コースの提供を法曹団体に正式に認可された高等教育機関のことである。なお、法曹養成コースの提供に(大学の特権である)学位授与権は求められないので、非大学機関を法科大学院として認可することは、違法ではない。この点で、大学制度の枠内に作られている(設置審査を経て文部科学大臣に認可される)日本の法科大学院とは制度自体の設計が異なる。この差を踏まえて、本論に入りたい。

I. 公立大学と私立大学（営利機関の定義）

オックスブリッジなどのイギリスの旧大学が公立大学であるのか、私立大学であるのかは、学校教育法によって設置者別に区別される日本の大学と比べると、はっきりしない。例えば、OECDの説明を借りれば、「イギリスにおいて事実上全ての高等教育は『政府に依存する私立機関』（government-dependent private institutions）によって提供される」²⁾。OECDが定義する「政府に依存する私立機関」とは、教育のための「基盤的経費の50%以上を政府機関から受け取る」³⁾私立大学のことを意味する。なお、この基盤的経費に研究のための公的補助金は含めないこととされる。

OECDは公立大学と私立大学の定義も提示している。「教育機関が公立と分類されるのは、①公的な教育機関によって直接管理・運営されているか、②委員が公的な機関に任命される理事会や、政府機関によって直接管理・運営されている場合」⁴⁾である。同様に、「教育機関が私立と分類されるのは、公的な機関の選任ではない委員が大多数を占める理事会や、非政府組織によって管理・運営されている場合」⁵⁾である。

OECDの定義に従えば、イギリスの旧大学は政府のコントロールから独立した大幅な自治権を保持してきたことから、私立大学といえなくもない。イギリスの旧大学の大幅な自治権は、自立自営の「法人」(corporation)としての特権を、国王(女王)の「設立勅許状」(Royal Charter)で保証されてきたという歴史に基づく⁶⁾。とはいえ、これらの旧大学と異なり、1960年代～70年

2) Organisation for Economic Co-operation and Development (2012) Education at a Glance, p.327.

3) Organisation for Economic Co-operation and Development (2008) Glossary of Statistical Terms, Government-dependent Private Institution, p.234.

4) Organisation for Economic Co-operation and Development (2008) Glossary of Statistical Terms, Public Education Institution, p.432.

5) Organisation for Economic Co-operation and Development (2008) Glossary of Statistical Terms, Private Education Institution, p.422.

代に急増した新たな高等教育機関の「ポリテクニク」(polytechnic)は地方教育当局の厳格な管轄下に置かれ、自治権や学位授与権を有していなかった⁷⁾。こうして、公的な教育機関に直に管轄されるポリテクニクの「公的部門」(public sector)と、自立自営の法人格を得ている旧大学の「私的部門」(private sector)という、二つの相異なる機関が共存する「二元制度」(binary system)がイギリスで適用されることとなる。ただし、二つの部門は共に政府の財政支援を得ていたという点で、公的機関と呼ばれることもあった⁸⁾。なぜなら、1983年3月に公的な財政支援に頼らないが設立勅許状を有する、バッキンガム大学が誕生したためである。

1990年頃を境として、イギリスは、公私立大学の区分に関する重要な転換点を迎えることとなった。その転換点となる要素は三つあった。その要素の一つは、ポリテクニクが、「1988年教育改革法」(Education Reform Act 1988)によって自立自営の法人格を与えられ、さらに「1992年継続・高等教育法」(Further and Higher Education Act 1992)の施行で大学に昇格したことである⁹⁾。その結果、二元制度が解消され、公的部門が私的部門に統一された¹⁰⁾。

要素の二つ目は、大学における「企業家主義」(entrepreneurialism)の普及

-
- 6) 横尾壮英 (1999)『大学の誕生と変貌～ヨーロッパ大学史断章～』東信堂、139-152頁。
 - 7) 安原義仁 (2012)「日英高等教育改革の比較考察一質と水準の保障に着目して―」『日英教育研究フォーラム』16、5-25頁。
 - 8) Shattock, Michael (2009) "Entrepreneurialism and the Knowledge Economy in Europe : Some conclusions", in M. Shattock (Ed.) *Entrepreneurialism in Universities and the Knowledge Economy : Diversification and organizational change in European higher education*, Berkshire : The Society for Research into Higher Education & Open University Press, pp.200-206.
 - 9) 秦由美子 (2009)「イギリスの大学の管理運営と組織文化」『教育学研究』76 (2)、50-64頁。
 - 10) 秦 (2009 : 56)によると、新しい大学の自治の度合いは多様であり、例えば、ハンバーサイド大学 (現在のリンカーン大学) では、「地方教育委員会の影響力を残したままの大学昇格となった」のである。自治の度合いについては、秦由美子 (2014)『イギリスの大学 対位線の転移による質的転換』東信堂でも、詳しく論じられている。

である。クラーク（Clark）によると、「企業家大学とは、自己責任で自らの事業の実施方法を刷新することに積極的に取り組む」¹¹⁾機関のことである。クラークは、イギリスの企業家機関の一例として、ウォーリック大学の取組を紹介している。この大学は、1980年頃の大学補助金の大幅な削減に対応するために、営利活動の推進に努めた。例えば、工学分野での産学連携を奨励し、ロールス・ロイスなど、300社近い企業と実用・実利的な研究活動を開始している。また、経営大学院を収益源と見なし、定員の拡大と留学生の受入を強化した。そして、会議場などの民間活用を促し、賃貸による利益を拡大していった。その結果、1995-96年度に、これらの営利活動を含めた「その他の収益」の金額が総収入の47%（教育のための基盤的経費が38%で、研究のための競争的資金が15%）を占めるようになり、最も大きな収入源となったのである¹²⁾。

転換点となる三つ目の要素は、公的な財政支援に頼らない私立高等教育機関の増加・拡大と、その後の大学の称号の獲得である。大学の称号を持つイギリスの私立機関（2014年2月時点）は、前記したバッキンガム大学以外に、「BPP大学」（BPP University）、「法科大学」（University of Law）、リージェンツ・ユニバーシティ・ロンドンがある。例えば、BPP大学は1992年に開校した「BPP法科大学院」（BPP Law School）を起源とする株式会社立大学である。2007年に学位授与権を「枢密院」（Privy Council）に認められ、2013年に大学の称号を用いる権利を得た¹³⁾。現在は法学・経営学・保健学分野などの専門職課程

11) Clark, Burton R., (1998) *Creating Entrepreneurial Universities : Organizational Pathways of Transformation*, Oxford : Pergamon, p.4.

12) Ibid, pp.11-38.

13) 村田（2010：15）の説明によれば、イギリスにおいて、「『大学』（University）名称を使用するためには、1992年継続・高等教育法（Further and Higher Education Act 1992）第76条に基づき枢密院の認可が必要である。『大学』名称を使用できる機関となるためには、①『教育学位』（taught degree）授与権を有すること、②フルタイム換算で4,000人以上の高等教育課程の学生が在学していること、③当該セクターとしての良好なガバナンスの原則への配慮を証明できること、の3つの要件を満たす必要がある」（村田直樹（2010）「イギリスの大学・学位制度：イングランドを中心に」、大学評価・学位授与機構（編）「学位と大学 イギリス・フランス・ドイツ・アメリカ・日本の比較研究報告」、13-91）。

だけでなく、学士・修士課程なども並置する総合大学（学生数8,000人弱）へと発展している。

以上のように、イギリスの大学は、自主自立の法人格を持つ機関で占められ、自らの財源を自ら獲得する経営努力に励んでおり、株式会社立大学などの新たな設置形態も発展しつつあることから、従前の公立・私立という区分では、現状を説明するには不十分となった。なぜなら、例えば、先記した OECD の定義では、イギリスの旧大学や株式会社立大学は同じ私立大学といえるし、さらに加えて、多様な財源を開拓した大学は株式会社立大学と同様に、政府に依存しない（政府の補助金が基盤的経費の50%未満となる）機関に移行しつつあるためである。

よってレヴィ（Levy）は私立大学を「動機」（motive）に応じて非営利機関と営利機関の二つに分類することを提案している¹⁴⁾。その動機とは、マーギンソン（Marginson）の説明によると、「公共財」（public good）の生産を意味する¹⁵⁾。大学は非営利・営利の区別なく、社会に貢献する人材を供給するという意味で、公共財を生産している。しかし、両者の決定的な差異は、「イギリス学長会議」（Universities UK）の説明では、非営利機関は自らの余剰金を公共財の生産に再投資することへと動機づけられているのに対して、営利機関は余剰金を企業や個人、投資家へと還元することに動機づけられていることである¹⁶⁾。

したがって本稿では、公的な資金を受け取っているために、収益活動も含めた全行動の最終目的が公共財の生産であるべきだと見なされる私立機関を「公的な資金で運営される」（publicly-funded）大学と呼称する。その一方で、余

14) Levy, Daniel C., (2009) "For-Profit versus Nonprofit Private Higher Education", *International Higher Education*, 54, pp.12-13.

15) Marginson, Simon (2011) "Higher Education and Public Good", *Higher Education Quarterly*, 65 (4), pp.411-433.

16) Universities UK (2010) *The Growth of Private and For-Profit Higher Education Providers in the UK*. p.14.

剰金を一部の利害関係者に配当することを制約されていない私立機関を営利機関と呼ぶ。なお、バッキンガム大学やリージェンツ・ユニバーシティ・ロンドンのように、公的資金を授受していないが、最終目的は公共財の生産だと公言する私立機関を非営利機関とし、他の大学と区別したい。

イギリス（2014年2月現在）において営利機関と呼べる高等教育機関（理由は後説する）は、民間企業が設立した「BPP大学」（BPP University）、「カプラン法科大学院」（Kaplan Law School）、「アシュリッジ経営大学院」（Ashridge Business School）の3校と、法曹団体が運営する「法科大学」（University of Law）の1校、計4校ある。また、2001年にシティ大学ロンドン（旧大学）の傘下に入り、2008年にシティ法科大学院と改称された、「法曹院」（Inns of Court School of Law）も、法曹団体が設立した機関であった。

このように、イギリスの営利機関は全て専門職大学院を核とした組織であり、さらに、アシュリッジ経営大学院以外は、法科大学院（BPP大学は法科大学院を中心とする大学）である。なぜだろうか。

学納金に依存する営利機関が、公的な資金で運営される大学と競争するのは、容易ではないと予想される。しかし冒頭で述べたように、イギリスでは法曹界に進む学生の多くが営利機関の法科大学院に在籍している。この理由をイギリスの法学教育に関する先行研究の知見から直接導き出すことは難しい。というのも、先行研究は大別して、①大学（学士課程）の法学教育に着目したもの、②弁護士制度の発展に着目したもの、③法曹養成の階層問題に着目したものが存在するが、法科大学院の設置者に着目した先行研究は管見の限り見当たらないからである。なお、本稿は第三節で、先行研究の①②を参照しつつ、法科大学院の発展経緯を説明する。よって、次節で代表的な先行研究③を簡潔に記述しておきたい。

II. 先行研究の検討（イギリスの法曹養成における階層問題）

イギリスの法曹養成における階層問題の先行研究は、数多く蓄積されてきた。例えば、バーミンガム（Birmingham）他によると、1950年代に、大学の法学

部 (学士課程) に進学した学生の8割強が上位二つの階層 (高度専門職と管理職) の家庭出身者であった。そして、1990年代を迎えても、この階層出身者が法学部学生の6割程度を占めていた¹⁷⁾。また、1950年代の法曹は概ね白人男性のみで構成されていたが、「バリスター水準評議会」(Bar Standards Board) によると、2010年の時点で、34%のバリスターが女性であり、新人に限ると、44%が女性であった¹⁸⁾。また、アジア系やアフリカ系などのマイノリティー出身の法曹も増えつつある。

上記に加え、イギリス弁護士事務所に蔓延する学歴主義に関する優れた研究が行われてきた。例えば、弁護士 (主にソリシター) 事務所は法科大学院の学生の授業料を賄ったり、生活費を補助したりしているが、ロルフ (Rofle) とアンダーソン (Anderson) によると、その奨学生の選抜過程において、弁護士事務所では旧大学 (特にオックスブリッジ) の卒業生を優遇する偏った傾向が見られる¹⁹⁾。同様の偏った傾向は、バーミンガム (Birmingham) とホッジソン (Hodgson) の研究²⁰⁾やシナー (Shiner) の統計データ²¹⁾、およびシモンズ (Simmons) の報告²²⁾でも示されている。

イギリスの弁護士事務所が旧大学卒業生を優遇している傾向は、二つの問題を内包している。その一つは「新大学」(new or post-1992 universities) 卒業

17) Birmingham, Vera, Hall, C and Webb Julian (1996) Access and Participation in Undergraduate Legal Education, Bristol : University of the West of England, Faculty of Law Working Paper.

18) Bar Standards Board (2011) op. cit. p.13.

19) Rofle, Heather and Anderson, Tracy (2003) "A Firm Choice : Law firms' preferences in the recruitment of trainee solicitors", *International Journal of the Legal Profession*, 10 (3), pp.315-334.

20) Birmingham, Vera and Hodgson, John (2001) "Desiderata : What lawyers want from their recruits", *The Law Teacher*, 35 (1) , pp.1-32.

21) Shiner, Michael (1997) Entry into the Legal Profession—The Law Student Cohort Study, Year 4, London : The Law Society.

22) Simmons, Richard (2009) "So you want to be a lawyer?", *Lawyer2B*, <http://12b.thelawyer.com/careers/so-you-want-to-be-a-lawyer/134634.article>

生は減多に奨学生になれないので、法科大学院の高額な授業料を支払うために借金をしなければならないことが多く、進学を断念する者が続出していることである。一方で、旧大学卒業生は（その多くは経済的に豊かであるのに）奨学生として、金銭的な不安を抱えずに勉学に励むことが出来る可能性が高い²³⁾。

もう一つの問題は、法科大学院修了後に弁護士事務所の見習いとして雇われ、実地研修を終えないと実務に就くことが出来ないという決まりがあるが、新大学卒業生は見習いで雇われる上で弁護士事務所の不当な差別を受けやすいため、法科大学院修了後に法曹の道を断念する者が多々いることである²⁴⁾。対照的に、弁護士事務所の見習いになることを期待されているため、法科大学院修了後の進路を心配する必要はない。

イギリスの法曹養成、特に弁護士事務所の見習いの選抜・雇用段階において、学歴主義が強く影響することは、後述するように、学歴主義の弊害に悩まされた新大学が自らの法科大学院を設置する動機となった。

上記の点を踏まえた上で、イギリスの法科大学院の発展経緯を次節で記述する。

Ⅲ. 法科大学院の発展経緯

(1) 中世の大学における法学の位置づけ

法学は古い学問である。中世ヨーロッパの大学では、一般的に、医学、神学、哲学と共に、法学が教えられていた。例えば、世界で最古のボローニャ大学は、既存の法律学校を発展的に改組して誕生している。このため設立当初において、法学部が最も大きな局部であった²⁵⁾。また、ボローニャ大学と同様、パリ大学、サラマンカ大学、プラハ大学、ウブサラ大学など、各言語圏で最初に設立され

23) Sullivan, Rosaline (2010) Barriers to the legal profession, Legal Services Board.

24) Sommerlad, Hilary (2007) "Researching and Theorizing the Processes of Professional Identity Formation", *Journal of Law and Society*, 34 (2), pp.190-217.

25) プラール、ハンス＝ヴェルナー著、山本尤訳 (1988)『大学制度の社会史』法政大学出版局、47-54頁。

た大学にも規模の大きな法学部が早期から存在していた。これらの大学は法曹養成の中心地として栄え、後発の大学のモデルとなった。

中世のオックスブリッジでも、設立当初から法学関連の学部があり、教会法やローマ法が教えられていた。ところが、裁判所の判例の積み重ねで発展してきた国内法である「コモン・ロー」(common law)の講座がオックスフォード大学で初めて公式に認められたのは、1758年のことなのである。しかも、講座の教員は僅か2名という状態が1840年代頃まで続いていた²⁶⁾。なお、19世紀初頭には、ケンブリッジ大学、ユニバーシティ・カレッジ・ロンドン、キングス・カレッジなどにも類似の講座が作られたが、極めて小規模であった。

イギリスの大学が実用的な法学を長い間指導しなかったのは、法曹養成機能が歴史的に大学教育に組み込まれなかったことが大きい。なぜなら、1292年に発布された国王令状によって、法曹養成への法曹以外の者の参与が認められなかったためである²⁷⁾。このため、中世のイギリスにおける法曹養成は、法曹団体が直接管理運営する、「法曹院」(Inns of Court)が独占することになる。

(2) 法曹院の設立

法曹院の設立経緯は明らかとなっていない。通説によると、裁判所が置かれたウェストミンスターの「旅籠」(inn)に寝食した弁護士が後輩を指導したことが法曹院の起源だといわれている²⁸⁾。その胎動は12世紀頃には確認できるので、オックスブリッジと同程度の歴史を持つ古い機関である。法曹院は、15

26) 深田三徳 (1970)「イギリス近代法学教育の形成 (二)」『同志社法学』21 (4)、1-28頁。

27) 大木雅夫 (1987)「イギリスにおける法曹養成」『時の法令』1313、67-73頁。なお、1292年発布の国王令状がいつまで効力を発揮していたかについては不明であるが、19世紀後半に大学が法曹養成に関わる試みを繰り返した事実を鑑みると、この時期までには失効していたと考える方が自然であろう。よって、1975年の法曹養成改革で大学が法曹養成に組み込まれるまで、法曹団体が法曹養成を独占し続けられたのは、国王令状による効力で守られていたというより、法曹団体自らの政治力で守り続けたというほうが正しいのではなからうか。

28) 吉川精一 (2011)『英国の弁護士制度』日本評論社、11頁。

世紀から17世紀にかけて黄金期を迎える²⁹⁾。当時は「訴訟好きの時代」と呼ばれるほど裁判事件が相次ぐ時流であったため、実用的な法律知識だけでなく、一般教養も教授する法曹院に上流階級は自らの子弟を競って入学させた。このため、当時の法曹院の名声と学力水準はオックスブリッジを凌ぐほどであった³⁰⁾。

法曹院の構成員は、主に三階級に分かれていた。最も高い階級に「ベンチャー」(bencher)、次に「バリスター」(barrister)、底辺に「学生」(student)がいた。弁護士であるベンチャーは法曹院の管理・運営を独占的に行い、教育も担った。バリスターは「模擬裁判」(moot)で弁論するように、学生の中から指名された者である。なお、模擬裁判の「壇に呼ばれる」(called to the bar)という表現は、弁護士の資格を得るという意味で現在も広く用いられている。事実、当時から、バリスターに指名された者は裁判所での弁論権を与えられ、弁護士の有資格者と見なされていたのである³¹⁾。

また、法曹院で年2回行われた重要な行事に「法令読会」(reading)がある。この法令読会とは、最初に、優れたバリスターが「朗読者」(reader)に選ばれ、次に、朗読者は自ら選択した法令の自己解釈を披露し、そして、他のバリスター(およびベンチャー)の批判を受けて、適宜反論するという実践演習であった³²⁾。この演習は、日本の法科大学院で採用されている、判例研究などの「ソクラテス・メソッド」に近いといえる。なお、法令読会の朗読者に選ばれるということは、ベンチャーへの昇進の道が開けることを意味した。また、卓越したベンチャーの中から裁判官が選ばれるようになった。こうして、学生→弁護士→裁判官という一本のルートが確立し、法曹一元³³⁾がイギリスで制度化されることとなった。

29) Ibid, 12頁。

30) Ibid, 12頁。

31) Ibid, 13頁。

32) Ibid, 14頁。

(3) 弁護士二元主義

法曹院には、バリスター以外に「アトニー」(attorney)と呼ばれる弁護士も学んでいた。アトニーの主な業務は、裁判所に提出する書類の作成や諸令状の発行手続、訴訟手数料の支払いなど、裁判に関わる専門的な事務作業であった。ただし、16世紀中頃までは、アトニーも裁判所での弁論権を与えられており、バリスターとの区別は明確ではなかった。この区別が後に明確になった契機は、アトニーが法曹院から閉め出されたことにある³⁴⁾。なぜなら、法曹院から閉め出されるということは、彼らが法廷弁論権を失うことを意味したためである。

当時の法曹院は、教育だけでなく、弁護士の資格付与や規律維持、懲戒なども担っていた。このため、資格付与・規律維持組織を失ったアトニーの全体的な能力と倫理が低下してしまった。特に18世紀になると、追いはぎ同士の訴訟の代理人となったアトニー自身が、実は追いはぎであったという事件が明るみに出るなど、道義の退廃が社会問題化した³⁵⁾。その上、アトニーの補助的な法律事務を担う「ソリシター」(solicitor)と呼ばれる弁護士が登場するなど、社会的評価の低い弁護士が増加しつつあった。

そこで、アトニーとソリシターは共同して、自らを規制する自治団体である「法曹協会」(Law Society)を1739年に組織した。この協会は、その後約100年間、非公式な団体であったが、1831年に設立勅許状を受けて、公に認められた法人組織へと発展している。法曹協会の主な目的は、アトニーとソリシターの資質と地位の向上にあった。その目的のために、不正を行った同僚の

33) 法曹一元に該当する原語は英語にはない。弁護士から裁判官が選ばれる英米の制度を表すために日本の法曹が考案した用語で、日本弁護士連合会にとって、その実現は悲願とされている。詳細は、小林正啓(2010)『こんな日弁連に誰がした?』平凡社新書、156-183頁、を参照のこと。

34) Maute, Judith, L. (2003) "Alice's Adventures in Wonderland: Preliminary Reflections on the History of the Split English Legal Profession and the Fusion Debate 1000-1900 A. D.", *Fordham Law Review*, 71 (4), 1357-1371.

35) 吉川精一(2011) op. cit., 24頁。

懲罰（資格停止）を断行する傍ら、職域の拡大・独占のためのロビー活動に努めた。例えば、法曹協会は異業者も参入していた不動産譲渡手続業務の独占に成功している³⁶⁾。加えて、下位の裁判所の弁論権を巡る争いでバリスターに勝利するという快挙も成し遂げたのである。

ソリシター（1873年にアトニーの名称は廃止、ソリシターに統一された）の法曹協会に対抗して、バリスターは自らの利害調整団体として、「弁護士評議会」（Bar Committee、1895年に Bar Council へ改称）を1883年に組織している。そして、この評議会がバリスターの職域確保に取り組んだのである。その結果、バリスターは上位の裁判所での弁論権を有するが、代理人にはなれない一方で、ソリシターは下位の裁判所での弁論権しか持たないが、代理人になれるという、分業体制（弁護士の二元制度）が確立した³⁷⁾。そして、この二元制度が、二つの異なる法曹養成へとつながるのである。

(4) 独自の法曹養成

弁護士評議会と法曹協会はバリスターとソリシターの分業に応じて、それぞれ個別に法曹養成を担うこととなる。弁護士評議会は法曹院が有するバリスターの資格認定・懲戒機能を取り上げて、それらを弁護士評議会の責務とした一方で、18世紀頃から低下していた法曹院の教育機能の再強化に着手した。法曹協会は、「法学校」（School of Law）を1903年に設立して、ソリシターの養成を始めた。なお、法曹協会の法学校や弁護士評議会の法曹院への入学要件に大学の学士号は含まれていなかったため、大学教育との連携は皆無に近かった³⁸⁾。

36) Maute, Judith, L. (2003) op. cit.

37) ただし、2007年の法改正により、バリスターは代理人になることが認められ、ソリシターは上位の裁判所での弁論権が認められた。バリスターとソリシターという名称は存続しているが、彼らの分業は現在では曖昧なものとなっている。

38) Boon, Andrew and Webb, Julian (2008) "Legal Education and Training in England and Wales : Back to the future?", *Journal of Legal Education*, 58 (1), pp.79-118.

大学教育との連携関係は皆無に近いといっても、法曹院や法学校への入学生は大学の卒業生（ただし、その大多数は法学部以外の卒業生）で占められていた。よって、大学から連携を持ちかけることもあったが、弁護士評議会と法曹協会は大学との連携に否定的であった。例えば、ロンドン大学の法学部は、1884年から1904年にかけて、法曹院と密接に連携することを何度も試み、ある時は法学部のカリキュラム決定の全権を法曹院に譲るという提案までしたのに、全ての試みを弁護士評議会に拒絶されてしまっている³⁹⁾。

弁護士評議会や法曹協会が大学との連携を拒絶した理由は、ブーン（Boon）とウェブ（Webb）の指摘によると、「大学は学生に実践への適切な準備を与えられないという、実務家ならではの心配」⁴⁰⁾にあった。というのも、当時の大学は研究大学への移行期にあり、カリキュラムをより学問的に専門分化させた内容に改める傾向が見られたためである⁴¹⁾。加えて、吉川によると、「法律とは職業のための『技術』であって（中略）大学で教えるべき科目ではないという抜き難い思想（にも原因があった。それから、）大学で法律を教えているのは実務家として成功できなかったからだ」⁴²⁾という、大学教員に対する蔑視も影響していた。

法学部が法曹養成に組み込まれなかったことが、法学部の発展と法学研究者の増加を阻害することとなった。特に、法学研究の厚みに乏しいことがイギリスの法律の体系化を（フランスなどに比べて）遅らせた原因と考えた議会や大法官は、諮問委員会を設け、大学を法曹養成に組み込む改革案を何度も提示させている。それらは「1846年の特別委員会勧告、1898年のロンドン大学法制定、1913年のハルディン・コミッション報告、1934年のアトキン委員会報告、1963年のヘイワース委員会報告」などであるが、いずれにおいても弁護士評

39) Ibid, p.87.

40) Ibid, p.88.

41) Tanaka, Masahiro (2005) *The Cross-Cultural Transfer of Educational Concepts and Practices : A Comparative Study*, Oxford : Symposium Books.

42) 吉川精一 (2011) op. cit., 96-97頁。

議会と法曹協会の強固な反対で実現されることはなかった⁴³⁾。弁護士評議会と法曹協会が大学との連携を最終的に受け入れるのは、1971年に公布された「法学教育に関する委員会報告」(Report of the Committee on Legal Education、オームロッド報告)で、法曹養成を大学教育も含めた三段階にするという提案がなされた時のことである。

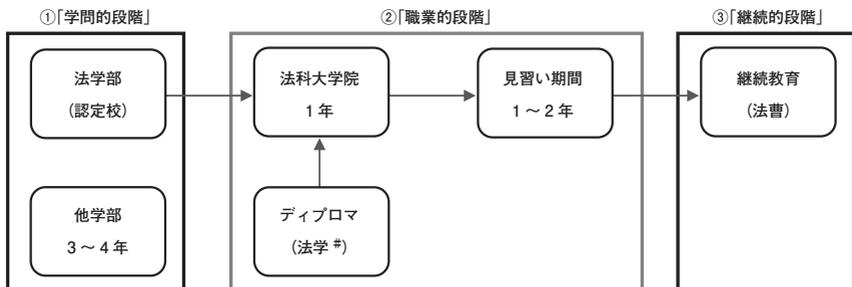
(5) 法曹養成改革

オームロッド報告の法曹養成改革案に基づき、1975年に新しい法曹養成制度が発足した。現在も用いられているこの新制度の特徴は、法曹養成を下記のような三段階(図1)に区別していることである⁴⁴⁾。

図1のように、新制度の下で法曹養成の①「学問的段階」は大学が、②「職業的段階」と③「継続的段階」は法曹団体が、それぞれ担う体制となった。ただし、①「学問的段階」の法学部(認定校)とは、正確には法曹団体に適格認定された法学プログラムを意味する点に注意が必要である。なぜなら、プログラム提供は大学の担当ではあるものの、その教育の内容と質は法曹団体が間接的に管理していることになるためである。

法学教育に関する委員会が大学教育も含めた三段階の法曹養成制度を提唱し

図1：イギリスの三段階的法曹養成



43) Ibid., 99頁。

44) 鯉越溢弘 (2006)「イギリスの法曹養成制度」『法律時報』78 (2)、71-73頁。

た背景には、佐々木によると、以下のような問題意識があった。イギリスの「大学法学学位はそれ自体では法律専門職の資格要件とはなっていない。大学法学部は実務家から孤立しており、この点は医学部と対照的である。大学法学学位が実務資格付与の主要な部分として容認されるならば、この傾向は逆転され、資格付与の課程それ自体、修正され改善される」⁴⁵⁾。また、委員会は下記文言を追加した。

過去において専門職から大学を区分してきた、学問的（academic）と職業的（vocational）、理論的（theoretical）と実務的（practical）との間の伝統的なアンチ・テーゼは双方の調整（adjustment）によって排除されなければならない⁴⁶⁾。

「双方の調整」を行うために大学教育を法曹養成制度に組み込む必要があると、委員会は判断したのである。

1975年以後、法曹養成に組み込まれた大学の法学部は、提供すべき科目を法曹協会や弁護士評議会に指定されることとなった。このことは結果的に大学教育の職業教育化を促したと、法学教育に関する委員会の判断は後に批判されている⁴⁷⁾。その一方で、法曹希望者が進学するようになったことから、法学部は定員拡大の恩恵を受けることも出来た。そして、1990年代には、法科大学院の新設も盛んに行われたのである。

（6）法科大学院の新設

1980年代までのイギリスには、法科大学院は僅かに2校しか存在しなかった。その2校とは、前述した弁護士評議会の「法曹院」（1967年に Inns of Court を Inns of Court School of Law に改称）、および法曹協会の「法学カレッジ」(College of Law、1962年に法学校を発展的改組、2012年に University of Law に改称)

45) 佐々木信（1973）「イギリスの大学法学教育—1971年『法学教育委員会報告書』紹介—」『駒澤大学法学部研究紀要』31、105-142頁。

46) Ibid., 137頁。

47) Ibid., 137頁。

であった。しかし、1990年代に入ると、この2校で法曹需要の急拡大に対応することが物理的に難しくなったことから、大学による法科大学院の設置を認可する（②「職業的段階」への大学の参入を法曹団体が認める）動きが見られるようになる。具体的に、法学カレッジが独占してきた「ソリシター養成コース」(Legal Practice Course : LPC) が1993年に大学に開放され、続けて法曹院が独占する「バリスター養成コース」(Bar Vocational Course : BVC) も1997年に大学へと開放されている。その結果、それらのコースを提供する法科大学院が乱立した。法科大学院を新たに設けたのは大別して三種類の機関である。つまり、①新大学（旧ポリテクニク）、②ウェールズ旧大学、③営利機関である。

新大学が設置した法科大学院の一例として、ノッティンガム・トレント大学の「ノッティンガム法科大学院」(Nottingham Law School) を挙げられる。この法科大学院は、LPC を1993年に、BVC を1997年にそれぞれ開講した。その上、学士課程で法学以外の学士号を取得した学生に法科大学院への進学を認めるバイパスコースといえる、「法学ディプロマ」(Graduate Diploma in Law : GDL) や、多様な「法学修士」(Master of Laws : LL.M) と「法学博士」(Ph. D. in Law) も提供しており、イギリスの法科大学院（ただし、営利機関の法科大学院は除く）の中でも規模の大きな機関へと短期間で発展している。

ウェールズの旧大学が有する法科大学院には、卓越した研究大学で組織されたラッセル・グループに属する、カーディフ大学の「カーディフ法科大学院」(Cardiff Law School) などがある。この法科大学院はラッセル・グループで唯一 BVC を提供した機関として注目された。なお、LPC、GDL、LL.M、Ph. D. も提供する、ウェールズで最大の総合的な法科大学院である。

営利機関が設立した法科大学院の例には、持株会社 BPP が運営する BPP 法科大学院がある。持株会社 BPP は1976年に3名の出資者によって設立された教育産業の営利企業で、1987年にロンドン証券取引所に上場している。この企業は1992年に BPP 法科大学院を創設し、その1年後に LPC の提供を開始している。BVC の提供も開始し、2007年には BPP 法科大学院の学位授与権が認められた。現在は7つの分校 (Birmingham、Bristol、Cambridge、Leeds、

Liverpool、London、Manchester）を持つ、（公的な資金で運営される大学の法科大学院を凌ぐ）規模の大きな法科大学院となった。ちなみに、持株会社BPPは、フェニックス大学を運営するアメリカ営利企業のアポロ・グループに、2009年に買収されている。

イングランドの旧大学は1990年代以降も自らの法科大学院を設けていない。唯一の例外は1905年に誕生したシェフィールド大学である。この大学はLPCを提供する法科大学院を1994年に発足させている。

2014年2月の時点で、「バリスター養成コース」（Bar Professional Training Course：BPTC、2010年にBVCを改称）を提供する法科大学院は表1のとおりである。同じ時点で、「ソリシター養成コース」（LPC）を提供する法科大学院は、表2のとおりである。これらの表に示されているように、数の上では新大学（旧ポリテクニク）の法科大学院が最も多い。ただし営利機関の法科大学院は分校を多く持ち、かつ定員も大きいこと（法科大学院全体の7割程度）が見て取れる。学費は、設置者に関わらず、ロンドンが高く、地方は安い。

ここでいくつかの疑問が生じる。1990年代以降に、イングランドの旧大学は、シェフィールド大学を例外として、なぜ法科大学院を設けなかったのだろうか。

表1：BPTCを提供する法科大学院（2014年2月）

機関名	分類	定員（人）	学費（年）
City Law School	元営利機関（旧法曹院）	FT：420、PT：60	FT：£17,000
University of Law-Birmingham	営利機関（旧法学校）	FT：132、PT：36	FT：£13,450
University of Law-London		FT：250、PT：48	FT：£17,700
BPP Law School-Leeds	営利機関	FT：48、PT：48	FT：£14,265
BPP Law School-London		FT：264、PT96	FT：£17,450
BPP Law School-Manchester		FT：48	FT：£14,265
Kaplan Law School	営利機関	FT：120	FT：£17,350
Cardiff Law School	ウェールズの旧大学	FT：84	FT：£12,100
Manchester Metropolitan University	新大学	FT：108	FT：£13,250
Northumbria University	新大学	FT：100、PT：24	FT：£12,500
Nottingham Trent University	新大学	FT：120	FT：£13,400
University of the West of England	新大学	FT：84、PT48	FT：£12,965

出典：Bar Standards BoardがHPで公開しているデータを基に著者が作成
FTはフルタイム、PTはパートタイムを意味する。

表2：LPC を提供する法科大学院（2014年2月）

機関名	分類	定員（人）	学費（年）
City Law School	元営利機関(旧法曹院)	FT：176	FT：£12,500
University of Law-Birmingham	営利機関（旧法学校）	FT：4750 PT：2000	FT：£11,500
University of Law-Bristol			FT：£11,500
University of Law-Chester			FT：£10,950
University of Law-Guildford			FT：£11,800
University of Law-Leeds			FT：£10,950
University of Law-London			FT：£14,750
University of Law-Manchester			FT：£10,950
BPP Law School-Birmingham	営利機関	FT：2915	FT：£11,280
BPP Law School-Bristol			FT：£11,280
BPP Law School-Cambridge			FT：£11,280
BPP Law School-Leeds			FT：£10,560
BPP Law School-Liverpool			FT：£10,560
BPP Law School-London			FT：£14,370
BPP Law School-Manchester			FT：£10,560
Kaplan Law School	営利機関	FT：300	FT：£13,750
University of Sheffield	イングランドの旧大学	FT：180	FT：£10,350
Aberystwyth University	ウェールズの旧大学	FT：60	FT：£10,000
Cardiff Law School	ウェールズの旧大学	FT：200	FT：£10,295
Swansea University	ウェールズの旧大学	FT：100	FT：£9,100
University of South Wales	新大学	FT：90, PT：40	FT：£9,000
Anglia Ruskin University	新大学	FT：70, PT：30	FT：£9,800
Birmingham City University	新大学	FT：120	FT：£9,000
Bournemouth University	新大学	FT：66	FT：£11,000
De Montfort University	新大学	FT：80, PT80	FT：£8,500
Leeds Metropolitan University	新大学	FT：75, PT45	FT：£7,500
Liverpool John Moores University	新大学	FT：72, PT72	FT：£8,585
London Metropolitan University	新大学	FT：99	FT：£8,900
Manchester Metropolitan University	新大学	FT：168	FT：£9,500
Northumbria University	新大学	FT：160	FT：£9,400
Nottingham Trent University	新大学	FT：350, PT120	FT：£11,400
Staffordshire University	新大学	FT：125, PT25	FT：£9,900
University of Central Lancashire	新大学	FT：60, PT48	FT：£7,900
University of Derby	新大学	募集停止	
University of Hertfordshire	新大学	FT：80	FT：£10,500
University of Huddersfield	新大学	FT：80, PT35	FT：£9,000
University of Lincoln	新大学	募集停止	
University of Plymouth	新大学	FT：80	FT：£9,000
University of the West of England	新大学	FT：340	FT：£10,300
University of West London	新大学	FT：60	FT：£9,470
University of Westminster	新大学	FT：120, PT：64	FT：£11,500
University of Wolverhampton	新大学	FT：60, PT30	FT：£9,250

出典：Solicitors Regulation Authority が HP で公開しているデータを基に著者が作成
FT はフルタイム、PT はパートタイムを意味する。

その逆に営利機関は、なぜ法科大学院の設置に前向きだったのだろうか。また、新大学やウェールズの旧大学は、なぜ自らの法科大学院を新設したのだろうか。この疑問に対して、次節で回答を試みてみたい。

IV. 論考

イングランドの旧大学が法科大学院を設けなかった理由は、三つ考えられる。その一つは、本稿第二節で述べたように、法曹を志望する学生は弁護士評議会の法曹院か法曹協会の法学カレッジに進学するというエリートコースが確立されていたため、自前のコースを作る必要性がなかったことである。二つ目の理由は、法科大学院は実務家教員のみで原則構成されている⁴⁸⁾ため、研究者教員にとってポストの増加とは見なせず、法科大学院を設置する魅力に欠けていたことである（対照的に、日本の法科大学院は研究者教員が多数派である）。三つ目の理由は、法科大学院の法曹養成コース（BPTC と LPC）は、法曹実務のための事前研修のコースであり、修士や博士などの学位を授与するコースではない⁴⁹⁾ことである。言い換えると、BPTC や LPC は、学位授与権の保持に誇りを感じていた旧大学が提供すべきコースだとは見なされなかったのである。

旧大学が法科大学院の設置を見送った上記の三つの理由は、営利機関にとって法科大学院の設置へと誘引される理由となった。特に、法科大学院の設置に学位授与権を必要としないことは、学位授与権を得られないことが（大学教育という市場への）最大の参入障壁であった営利機関にとって、魅力的なことであった。また、既存の法科大学院を運営する弁護士評議会や法曹協会が（会員の利益確保・拡大を最終目的とする）営利機関であり、かつ、二つの機関が

48) 実務基礎教育の在り方に関する調査研究プロジェクト（2005）「イギリスおよびドイツにおける法曹養成制度の調査記録」（暫定簡略版）、3頁。

49) BPTC を修了した学生に Postgraduate Diploma in Bar Practice が、LPC を修了した学生に Postgraduate Diploma in Legal Practice がそれぞれ授与される。これらの学位は伝統的な学位（修士や博士）と異なるため、学位授与権がなくても授与できる。なお、BPTC や LPC のコース受講者がいくつかの科目を追加的に履修した場合に、LLM を与える機関が多くなってきた。

自らの法科大学院の運営を公的な資金ではなく、授業料収入に頼っていたことも、株式会社という異なる形式の営利機関の参入を促したといえる。なお、法科大学院の授業料は、公的な資金で運営される大学でも（1998年に大学に授業料が設定される前から）高額に設定されていたことから、営利機関が競争で不利な状況に置かれることはなかった⁵⁰⁾。

新大学はポリテクニクの時代から法学部を保有していたところが多く、昔から職業志向の法学教育を提供していた⁵¹⁾。よって、新大学法学部には実務家教員も多く所属していたので、法科大学院の設立に旧大学のような抵抗感はなかった。加えて、弁護士評議会の法曹院と法曹協会の法学カレッジは入学者の選抜を書類審査と面接のみ（ペーパーテストは抜き）で判断していたために、旧大学の成績優秀者が選ばれる傾向が顕著なことや、第2節で述べたように、弁護士事務所の奨学金制度に旧大学出身者を優遇する学歴主義が蔓延していたことなどにより、ポリテクニクの法学部卒業者は法曹養成のエリートコースから不当に除外されていた⁵²⁾ことも、新大学が自ら法科大学院を設置する強い動機となった。

ウェールズの旧大学が自ら法科大学院を設置したのは、政治的要因が大きい。それはつまり、1997年に立法権を持つウェールズ議会が創設されたことにある。ウェールズ議会が域内の法律を自ら策定できるということは、ウェールズ独自の法曹養成が必要になったことを意味した。ただし、その法曹養成を担ったのは、ウェールズでは、旧大学が中心となった。というのも、ロンドンに本拠を構える弁護士評議会や法曹協会はウェールズの法律を指導する法科大学院の設置を表明しなかったし、市場の小さなウェールズに営利機関が参入してくることも、期待できなかったからである。その上、ウェールズには、新大学が1校（University of South Wales、元 Polytechnic of Wales）しか存在しなかったために、旧大学が法曹養成を担わざるを得なかったのである。

50) BPP 大学訪問調査、2013年9月23日

51) Boon, Andrew and Webb, Julian (2008) op. cit., p.84.

52) Shiner, Michael (1997) op. cit.

以上の理由で、イングランドでは、歴史のある法曹院や法学カレッジ以外に、営利機関や新大学が運営する法科大学院が混在することとなり、ウェールズでは、旧大学の法科大学院が多数を占めることになった。

V. まとめ

法曹養成は法曹が行う。これは700年以上継承されてきたイギリスの伝統的な考え方である。法曹養成プロセスに大学が加わったのは最近のことではない。しかも、大学教育（学士課程）で何を教授しなければならないかは、法曹団体に厳格に規定されているのである。正確には、大学の法学部が法曹養成プロセスに加わるには、「バリスター水準評議会」（Bar Standards Board）と「ソリシター規制機関」（Solicitors Regulation Authority）が協同して定めた科目を提供し、両組織の適格認定（アクレディテーション）を必ず授与されなければならない⁵³⁾。ちなみに、適格認定されていない法学部（法学プログラム）を卒業していても、法科大学院にそのまま進学することは出来ない。

法学部の適格認定は、上記の二つの機関が定めた6つの科目を、適切な水準で提供していると判断された場合に、与えられる。大学3年間で履修する科目数は10～14程度⁵⁴⁾なので、その内の約半分は規定された科目といえる。したがって、大学側のカリキュラム設定の自由は、法曹団体によって限定されることになる。

法科大学院のカリキュラム設定の自由は、大学の法学部よりもさらに限定的なものである。バリスター養成コース（BPTC）の内容はバリスター水準評議会が、ソリシター養成コース（LPC）の内容はソリシター規制機関が、それぞれ厳格にほぼ全ての科目にわたって定めているためである。その上、最近の趨勢として、大手の弁護士事務所と提携し、その事務所の得意とする職務領域（例

53) Bar Standards Board and Solicitors Regulation Authority (2014) Academic Stage Handbook.

54) 田中正弘 (2013) 「成績評価の内部質保証制度構築に関する比較研究—イギリスの事例を鏡として—」『高等教育研究』16、243-261頁。

えば、知財関連など)を重点的に教えるカリキュラムを提供するなど、法曹と密に連携する法科大学院が増えている⁵⁵⁾。なぜなら、先記したように、弁護士事務所に見習いとして雇用されなければ、法科大学院を修了しても法曹の実務に就けないという決まりがあるために、弁護士事務所の意向に沿うことは、法科大学院の生き残り戦略として重要だからである。それから、法科大学院は実務家教員によって構成されるため、教員派遣を依頼する点でも、法曹との連携は密である必要がある。

上記のことを鑑みるに、イギリスの法科大学院は昔も今も、法曹の法曹による法曹のための職業研修の場であって、学問の自由を重んじる研究者育成の場とは明らかに異なる。このことは、本稿で議論したように、イングランドの旧大学が法科大学院を設置しなかった理由の一つとなっている。言い換えれば、旧大学が参入しなかった法科大学院というニッチ市場は、授業料が従前から高く設定されていたこともあって、営利機関が自らを発展させられる貴重な「すきま領域」となり得たのである。さらにその「すきま領域」で発展した営利機関は、2004年に学位授与権や大学名称使用権の認可基準が緩和された時流に乗って、「大学」(university)へと成長しつつある。

【謝辞】

本研究は基盤研究(B)(H24-27)「専門職養成カリキュラムをめぐるステークホルダーの合意形成に関する実証的研究」(研究代表:橋本鉦市)の助成を受けて実施した成果の一部である

(たなか・まさひろ 筑波大学大学研究センター准教授)

55) 吉川精一(2011) op. cit., 184頁。

フランスにおける動産質権の実行

直井義典

序

第1章 動産質権の実行方法

第2章 民事執行手続による実行

第3章 質権者への質物の帰属

第4章 流質契約

結語

序

わが国では近時、従来からの不動産を中心とした金融に代わり、動産・債権を担保とした金融の重要性が高まってきており、そのことは平成16年の動産・債権譲渡特例法改正やABLに関する議論の深まりにも現れている。動産の担保化にあたっては、担保権設定者からの占有移転が不要であることから譲渡担保が主として用いられる。ところが、ABLにおいては在庫品の評価・換価・処分に関わる評価機関も存するものの、一般に、譲渡担保の実行はそれが非典型担保であることもあって当事者に委ねられているのが実情である。

他方、フランスでは従前より質権に基づくものを含め動産執行一般への裁判所の関与の度合いは低い。そして、2006年の担保法改正によって、流動型集合物の質入れならびに占有非移転型質権が認められ、わが国の流動集合動産譲渡担保にあたるものが民法典によってカバーされることとなった。

このようにフランスにおいては、わが国で集合動産譲渡担保として扱われている領域について、裁判所の関わりが相対的に低いものの法定の手段によって動産質権の実行がなされているのである。

こうしたフランスにおける動産質権実行の方法について考察することは、わが国において動産譲渡担保権の実行方法を適正なものとする、動産質の実行方法として私的実行を導入する可能性を検討する際の基礎資料を提供することとなるものと考えられる。

そこで本稿では、フランスにおける動産質権の実行方法について考察を加えることとする。

ただ、その前に一点注意しておかなければならない点がある。それは、フランス法における動産の定義がわが国のそれとは異なるという点である。フランス民法¹⁾527条は、財産は性質または法律の定めるところに従って動産とされると規定しており、ここには無体動産が含まれている（529条）。

本稿の対象は、こうした動産概念のうち有体動産の質権（*gage de meubles corporels*）に限定する。わが国では動産とは不動産以外の有体物（日本民法86条2項・85条）、ならびに無記名債権（86条3項）と定義されるから、わが国における動産担保について考察するにはフランスの有体動産質について考察すれば足りるものと解されるからである。

また、商法上認められている商事質（*gage commercial*）についても、質権の対象が有体動産に止まらないことから、民法上の動産質権に関係する点を除いては本稿の検討対象からは除外する²⁾。

以下第1章で動産質権の実行方法にはいかなるものがあるのかを列記し、第2章から第4章において各実行方法の内容を検討していくこととする。

1) 以下、フランス民法については法令名を省略する。

2) なお、商事質については実行方法が簡略化されており、後述する質権者への質物の帰属・流質契約による（商法L. 521-3条4項は2347条・2348条を準用する）ほか、宣誓を行った仲買人の仲介による公売を裁判所の許可なしに実施することが可能である（商法L. 521-3条1条）。

第1章 動産質権の実行方法

(1) 総論

動産質権の実行方法を定めるのが2346条から2348条である³⁾。

2346条⁴⁾「担保された債務の弁済がない場合には、債権者は質権の設定された財産の売却を裁判所に命じてもらうことができる。この売買は、民事執行手続きについて予定されている方式に従って行われ、これと異なる合意をすることはできない。」

2347条「①債権者は、弁済としてその保管している財産を自分に帰属させるよう、裁判所に命じてもらうこともできる。

②〔質権の設定された〕財産の価値が、担保された債務の金額を超える場合には、残余额は債務者に返還され、もし他に質権債権者がいる場合には、それは供託される。」

2348条「①質権設定時又はその後に、担保された債務の履行がない場合には、債権者が質権の設定された財産の所有者になるということを合意しておくことができる。

②通貨・金融法典の意味で組織された市場における財産の公定価格がない限り、〔質権の設定された〕財産の価値は、当事者の合意により又は裁判所により任命された鑑定人によって、所有権移転時を基準として決定される。これに反する一切の合意は、記載がされていないものとみなされる。

③〔質権の設定された〕財産の価値が、担保された債務の金額を超える場合には、残余额は債務者に返還され、もし他に質権債権者がいる場合には、それは供託される。」

3) 2006年担保法改正以前の質権実行方法については、下村信江「フランスにおける動産質(2)」近畿大学法科大学院論集3号(平成18年)51頁以下に紹介されている。

4) 2006年担保法改正条文の翻訳は、平野裕之=片山直也「フランス担保法改正オールドナンス(担保に関する2006年3月23日のオールドナンス2006-346号)による民法典等の改正及びその報告書」慶應法学8号(平成19年)163頁以下によった。

このように、民事執行手続に則った売却（差押売却）（2346条）^{5,6,7)}、質権者への質物の帰属（目的物の付与 attribution）（2347条1項）⁸⁾、流質（2348条1項）の3つの方法が認められている。このうち流質は2006年の担保法改正によって認められたものである。また、2006年の担保法改正によって非占有移転型質権が認められるようになったが、質権実行方法に関しては占有移転型質権の場合との違いはない⁹⁾。

(2) 強制売買条項（clause de voie parée）

これらの実行方法のほか、質権の実行方法としては、強制売買条項¹⁰⁾に基づく実行も考えられる。強制売買条項とは、被担保債権の不履行があった場合に

-
- 5) 競売においては2332条2号によって質権者は一般債権者に優先して弁済を受けることができる（同号の「先取特権」という表現は優先弁済を受け得ることを意味すると解されている（下村・前掲(2)52頁））。
 - 6) Ph. Hoonakker, *Procédures civiles d'exécution*, 4^eéd., 2015, n°27は担保権者は差押えができることを明言する。担保目的物の第三取得者も差押を受けるとする Hoonakker, *op. cit.*, n°53も同様。
 - 7) 質権は権利である以上、質権者は質権を自己への帰属方式によって実行することを強制されず（Cass. com., 3 nov. 1983, JCP G 1984. II. 20234.（質権者と保証人の争いである。））（これに対して、保証人がいる場合には質権者は質物を自己に帰属させるべく義務付けられるとする見解（D. Legeais, *Sûretés et Garanties du Crédit*, 9^eéd., 2013, n°469.）もある。）、強制競売によって実行することも強制されない（Cass. com., 10 oct. 2000, B.IV. n°151.（被担保債権の債務不履行時に質権の目的である株式を譲渡しなかった事例である。））（L. Aynès = P. Crocq, *Les sûretés, la publicité foncière*, 8^eéd., 2014, p.258 note75 ; M. Bourassin = V. Brémond = M. -N. Jobard-Bachelier, *Droit des sûretés*, 2^eéd., 2010, p.447 ; Ph. Simler = Ph. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, 5^eéd., 2009, n°628.）。したがって、実行が遅れたために担保目的物の評価額が下がったとしても担保権者は設定者に対して責任を負わない（M. Cabrillac = Ch. Mouly = S. Cabrillac = Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, 2010, 9^eéd., p.779 note2.）。
 - 8) 後述のように清算金の支払が義務付けられるが、逆に質物価格が被担保債権額を下回る場合、質物を自己に帰属させると残余額については債権が残存する。
 - 9) 白石大「フランスにおける動産・債権担保法制の現在」比較法学（早稲田大学）46巻2号（平成24年）69頁。

は、担保権者は担保目的物を裁判所の手続によることなく自ら第三者に処分しそれによって得られた売却益から被担保債権を回収することとする条項であり、わが国の譲渡担保で用いられている処分清算型に対応する。しかし、この方法は従前から旧民事訴訟法742条により禁じられていたところ¹¹⁾であり、2006年の担保法改正によっても認められていない¹²⁾。その理由は、質権者が裁判所の関与なしに任意に売却できるとすると、売却価格が被担保債権の残額を上回る場合には、それが物の実際の価格よりも低い価格で満足してしまう可能性がある点に求められている¹³⁾。すなわち、債務者ならびにその一般債権者の保護が目的とされているのである¹⁴⁾。しかし、これだけの理由であれば流質にも妥当するはずであり¹⁵⁾、流質は認められる¹⁶⁾にも拘らず強制売買条項は

10) 山口俊夫編『フランス法辞典』（東京大学出版会・平成14年）629頁は *clause de voie parée* を不動産強制売買条項と訳しているが、強制売買の目的となるのは不動産に限られないことから、本稿では強制売買条項と訳す。

11) 旧民法742条は1841年6月2日の法律によって導入されたものであるが、それ以前には強制売買条項を有効とした破産院判決（*Cass. civ., 20 mai 1840, S. 1840. 1. 385.*）があった。

ただし、契約締結または担保権設定よりも後に合意された場合には債権者の圧力の下に締結されたものとは言えないから有効とするのが判例である（*抵当権の事案ではあるが、Cass. civ., 25 mars 1903, D. 1904. 1. 273* など）。フィリップ・デュビシヨ「物的担保法の経済的効率性」慶應法学15=16号（平成22年）174頁は、すでに獲得した保護を放棄することは可能であることを理由として現行法の下でも同様の理解を示す。これに対して、2006年の改正法が例外なしに強制売買条項を無効と規定したことから、2006年改正以降もこの判決が維持されるかは再考を要するとする見解もある（*Bourassin = Brémond = Jobard-Bachelier, op. cit., n°1694.*）。この点、2346条の文言上は *sans que la convention de gage puisse y déroger*（質権設定契約においては民事執行手続について予定されている方式に反することはできない）とされているのみであるから、*la convention de gage* よりも後に強制売買条項を別途合意することは可能としてよいのではないか。

12) 下村・前掲論文（3・完）近畿大学法科大学院論集9号（平成25年）107頁。動産については2346条第2文で質権設定契約によって民事執行手続によらずに質物を売却するものと合意することはできないと規定されている。2346条第2文は強行規定である（*Bourassin = Brémond = Jobard-Bachelier, op. cit., n°1694.*）。*Simler = Delebecque, op. cit., n°627* も2346条は強制売買条項を禁止する趣旨であるとする。

13) *Bourassin = Brémond = Jobard-Bachelier, op. cit., n°1694* ; *Aynès = Crocq, op. cit., n°512.* デュビシヨ・前掲174頁。

禁止される理由としては不十分である。この点についてはエネス¹⁷⁾が次のように説明する。流質は債権者に対して利益と同時に所有権の負担も移転するものであるのに対して、強制売買条項は設定者ならびに一般債権者保護を目的とした執行方法を回避することを可能とするものに過ぎないことによる。

強制売買条項は無効であるが、その効果は質権設定契約全体、あるいは被担保債権の発生原因となった契約にまで及ぶものだろうか。判例は、質権設定契約自体が無効となるわけではないとする¹⁸⁾。すなわち、質権実行方法に関する合意のみが無効となるわけであるから質権は有効に存続し、当事者は法定の実行方法から選択することができる。質権が有効である以上、被担保債権の発生原因となる契約の効力に影響がないのは言うまでもない。強制売買条項が無効とされる理由が債務者保護にあることに鑑みると、それが無効であることによって被担保債権の発生原因である契約までもが無効となるとするのは疑問である。多くの場合、消費貸借契約に基づく貸金債権が被担保債権となるものと考えられるが、消費貸借契約が無効とされた場合には債務者は原状回復義務を負うこととなる。その結果、債務者は即時に金銭を返還しなければならなくなり、かえって債務者の保護にならないからである。質権設定契約自体を無効と

14) F. Vinckel, *Droit de l'exécution forcée*, 2008, n°95 は、債務者を保護するため強制執行法は公序であるとする。

15) 現に、G. Wiederkehr, *Pacte comissoire et sûretés conventionnelles Études offertes à Alfred Jauffret*, 1974, p.675 は、流質契約の禁止の目的は債務者保護にあるとする（通説が流質契約の無効は公序であると解することはヴィーダーケーアも認めつつも、事後に締結された流質契約が有効であることを理由に通説を批判している（Wiederkehr, *op. cit.*, pp.675-676.））。また、Ch. Hugon, *Les incidences sur les sûretés réelles des voies d'exécution*, in S. Cabrillac = Ch. Albigès = C. Lisanti, *Évolution des sûretés réelles : regards croisés Université-Notaria* 2007, P.115 も、債権者ならびにその一般債権者の保護を挙げる。

16) 後述するように流質契約は2348条で認められ、流抵当も、目的不動産が債務者の主たる住居である場合を除いて認められている（2459条）。

17) L. Aynès, *Le nouveau droit du gage, Droit & patrimoine*, n°161, p.53.

18) 2006年改正前に無効とされていた流質契約に関するものであるが、Cass. civ1, 16 mars 1983, B. I. n°100. この判決については、下村・前掲(2)54頁で触れられている。

したとしても、いずれ債権者は担保の差し入れを要求する。特に、消費貸借契約締結時に担保差し入れが合意されていた場合には、債務者は新たに担保を差し入れることが義務付けられる。従って、質権設定契約自体を無効としても、再度担保権を設定しなければならなくなり、債務者の保護となるわけではない。以上のように、強制売買条項のみを無効とする判例の考え方は妥当なものと言える^{19,20)}。

(3) 各実行方法相互の関係

民法によって認められた実行方法のうちのいずれを選択するかは当事者の自由である。ただし、いずれかの方法をいったん選択した後にその方法による質権実行前に別の方法によって質権を実行することができるかは別問題である。流質契約締結後に問題となることから、流質契約の性質との関係で後述する。

また、設定者の一般債権者との競合関係の処理は質権実行方法によって異なる。民事執行手続による場合、質権設定後に生じた動産保存の先取特権（2332-3条1項1号）、賃金（動産については2331条4号）の上位先取特権（*superprivilège*）、司法上の費用、租税などが質権に優先する²¹⁾。このため、担保割れが生じてい

19) Bourassin = Brémond = Jobard-Bachelier, op. cit., n°1694 ; Simler = Delebecque, op. cit., n°622 も判例に賛成する。

20) 強制売買条項のみを無効とした場合、債権者には強制売買条項の使用を停止するインセンティブが働かないのではないかとこの疑問もある。すなわち、後日質権設定者との間で紛争が生じた場合には質権実行方法を変更すれば足り、紛争が生じなかった場合には強制売買条項がそのまま効力を有することとなるから、債権者は無効とされることを知りつつも強制売買条項を存置する可能性もあるのである。Wiederkehr, op. cit., p.675 も、債権者は流質契約が無効になってもそれほど困ることはないのに対して、債務者は消費貸借が有効とされることに関心を有していると指摘している。わが国では消費者契約法9条をめぐって同様の指摘がなされているところである（潮見佳男編著『消費者契約法・金融商品販売法と金融取引』（経済法令研究会・平成13年）82頁〔松岡久和〕）。

この問題につき、判例は流質契約が契約の決定的な原因（*la cause déterminante du contrat*）となっていた場合には被担保債権発生原因たる契約全体が無効となるものと判示しており、これによって問題が生じないようにしている。

なくとも、質権者が十分に債権を回収することができない可能性があるのである。こうした事態に対応する方法として留置権行使とならんで挙げられているのが、質権者への質物帰属ならびに流質契約といった配当手続を必要としない動産質の実行方法なのである²²⁾。したがって、他の債権者との競合を避けるという点では、質権者への質物帰属ならびに流質契約が債権者にとって望ましい実行方法であるということになる。

さらに、設定者倒産時に質権者にもたらす効果が質権の実行方法によって異なる。この点は、各実行方法について後述する。

第2章 民事執行手続による実行

(1) 総論

動産質権者は民事執行手続によって質権を実行することができる。担保権実行に関する特殊な手続があるというわけではない²³⁾。

民事執行手続については、民事執行法典（Code des procédures civiles d'exécution）で定められている²⁴⁾。以下に見るように民事執行手続の大半は、裁判所が介在することなく進められる点に特徴がある²⁵⁾。

21) このため、質権はあまり優遇されているとは言えないとも評されている（Bourassin = Brémont = Jobard-Bachelier, op. cit., n°1695.）。

22) Bourassin = Brémont = Jobard-Bachelier, op. cit., n°1982 ; F. Macorig-Venier, Le pacte comissoire (et les sûretés réelles mobilières), Revue Lamy droit des affaires, n°14, 2007, p.79.

23) Vinckel, op. cit., p.75は、民事執行手続によって利益を受けるのは無担保債権者ばかりでなく、優先権を有する債権者も同様に利益を受けるとし、Vinckel, op. cit., n°91 et 99にも、同様の記述がみられる。

24) この法典は1991年7月9日の法律第650号及びその適用に関する1992年7月31日のデクレ755号に由来する。これらには不動産執行に関する部分がなかったが民事執行法典は不動産執行部分を加えて2011年12月19日のオルドナンス2011-1895号、2012年5月30日のデクレ2012-783号によって制定されたものである。本稿の扱う動産執行部分については1991年の法律ならびに1992年のデクレとの差異はほとんどないことから、条文の翻訳は、これらの翻訳である山本和彦「試訳・フランス新民事執行手続法及び適用デクレ」法学58巻2号400頁以下、3号574頁以下、5号980頁以下（いずれも平成6年）によった。

一般に、民事執行の対象となるのは、債務者の有する全財産（民事執行法典 R. 221-6条）²⁶⁾ならびに物上保証人が有する担保目的物である（2334条）²⁷⁾。もっとも、質権の執行に関しては質物のみが対象となることは言うまでもない。ただし、質権者であっても一般債権者として権利行使をすることはできるのだから、債務者の有する財産を執行対象とすることは可能である^{28, 29)}。

(2) 差押え売却

本稿で問題とする有体動産質の実行対象となるのは有体動産であるが、有体動産の執行は差押え売却（*saisie-vente*）³⁰⁾により、これについては民事執行法典 L. 221-1条以下ならびに R. 221-1条以下が規定をおく。

25) Vinckel, *op. cit.*, p.75.

26) もっとも、差押債権者の債権額が535ユーロ（民事執行法典 R. 221-2条）に満たない場合に債務者の住居内にある動産を差し押さえようとする場合には、裁判所の許可がない限り、預金勘定または労働報酬への執行が功を奏しなかつたのでなければならない（民事執行法典 L. 21-2条）とされ、差押禁止動産（民事執行法典 L. 112-2条）の定めもある。

とはいえ、占有移転型質権においては動産が債務者の住所内に存するというのではなく、また占有非移転型質権の場合は債権額が535ユーロを下回することは考え難いことから、質権との関係で民事執行法典 L. 221-2条の適用が問題となることはない。また、差押禁止動産については執行ができない以上、当初から質権の目的とすることが考え難い。

27) この規定は、他人の債務の保証のために合意された物的担保一般に適用される（Vinckel, *op. cit.*, n°151.）。

28) この点、わが国では抵当権については、394条1項が抵当不動産の代価から弁済を受けない債権の部分についてのみ抵当権者は他の財産から弁済を受けることができるものと規定し、抵当権者自身が抵当権の実行に先立って一般債権者として執行手続をなすことは許されていない。

29) N. Cayrol, *Droit de l'exécution*, 2013, n°372は、債務者の有する財産に執行可能であることの根拠として責任財産の範囲に関する2284条と債権者平等の原則を定める2285条とを挙げる。

30) Cayrol, *op. cit.*, n°520は、これが強制競売の唯一の方法ではなく、他の明文規定がない場合に有体動産に適用される手続にすぎないことに注意を喚起する。有体動産に関する執行方法としてはほかに引渡差押え、差止差押え、特殊なものとして自動車に対する執行処分規定がある。

確定しかつ履行期の到来した債権を確証する執行名義を有する債権者は、差押え売却手続を行うことができる。執行名義については民事執行法典 L. 111-3 条が定めを置く。同条 4号は執行文の付された公正証書を執行名義としており、質権に関しては通常は同号が用いられるものと解される。

差押え売却の第1段階として、設定者への弁済催告書（commendement）の送達（signification）がなされる（民事執行法典 L. 221-1条）。弁済催告書には、執行名義、履行期の到来した請求債権の元本・費用・利息、利率、8日以内に³¹⁾債務を弁済すべき³²⁾旨の催告、弁済がないときは動産の強制売却措置をとり得る旨の警告が記載されていなければならない（民事執行法典 R. 221-1条）。弁済催告書は、執行吏（huissier de justice）³³⁾自身が送達しなければならない³⁴⁾。

このように弁済催告書の送達によって執行手続を開始することに対しては、債権者の債権行使の意図が債務者に伝わることから、不正直な債務者が差押対象となる財産を移動させたり浪費したりしようとする可能性があるとの指摘もなされている³⁵⁾。もっとも、占有移転型の質権の場合はこのリスクは極めて低い³⁶⁾。

31) 8日以上の期限を債務者に付与することはできるが、2年以内にかなる執行行為もなされなかった場合には再度弁済催告書を送達しなければならなくなる（民事執行法典 R. 221-5条）。

32) この8日という期間は債務者からすると債務を弁済するための猶予期間として機能し、債務者はその間は差押えを免れる利益を受けることとなる（Cayrol, op. cit., n°522.）。Vinckel, op. cit., n°97は、これによって債務者が自発的に履行する最後の可能性が与えられるとする。

33) 執行吏については、山本和彦『フランスの司法』（有斐閣・平成7年）414頁以下。特に差押手続における執行吏の業務内容については同420頁。

34) 山本・前掲420頁。

35) Vinckel, op. cit., no635. 山本・前掲74頁も同様。Cayrol, op. cit., p.288 note225は、執行逃れを避けるには、債権者は保全差押をしておくほかないとする。

36) Cabrillac = Mouly = Cabrillac = Pétel, op. cit., 738も、占有移転がなされることで、質権設定者による質物の隠匿・加工・第三者による善意取得の可能性が排除され質権の実行が容易になるという事前差押機能が生じると指摘する。

(3) 差押え

弁済催告書の送達から8日経過しても任意弁済がなされない場合³⁷⁾、第2段階として、通常は差押えがなされることとなる³⁸⁾。しかし、質権の原則型は占有移転型であり、すでに質権者が質物の占有を得ている以上、差押えは不要ではないかとの疑問が生じる。この点については、差押えは不要であり直接に売却手続を開始することができる³⁹⁾。しかしながら、執行権限がある場合であっても、2346条により、設定者に通知の上で裁判所によってなされなければならない。また、占有非移転型質権の場合であっても、設定者が目的物を自発的に質権者に引き渡した⁴⁰⁾ときは、占有移転型質権の場合と同様に考えられている。これらの場合、裁判所の執行か意思決定が差押え行為の地位を占めることとなる⁴¹⁾。

差押手続の詳細は民事執行法典 R. 221-9条以下に定められている。差押えは債務者所有の動産の所在するすべての場所で行うことができ、その動産を第三者が占有していることは差押えの妨げとはならない⁴²⁾(民事執行法典 R. 221-9条)。差押え過程で差押書 (acte de saisie) が作成され、その対象となった財

37) 民事執行法典 R. 221-10条。

ただし、裁判所は債務者に対して担保権実行に猶予期間を与えることができる (Bourassin = Brémont = Jobard-Bachelier, op. cit., n°1693 ; Simler = Delebecque, op. cit., n°629.)。

38) この際、債務者に対し先行差押えの有無が質問され、債務者が当然に差押物の管理者となる旨および差押物を勝手に処分した場合は横領罪等で訴追される旨を債務者に警告するとともに、1か月の任意売却期間が与えられる旨が伝えられる。

39) Cabrillac = Mouly = Cabrillac = Pétel, op. cit., n°1042. また、Aynès = Crocq, op. cit., n°512も、質権者が質物を占有しているときは差押えはできないとする。

40) 設定者にはこのような義務がある (民事執行法典 R. 222-2条以下)。

41) なお、すでに質権者が占有している質物に対して設定者の一般債権者が差押えをしようとしてきた場合、S. Guinchard = T. Moussa = R. Lauba, Droit et pratique des voies d'exécution, 8eéd., 2015, 711. 52が民事執行法典 L. 221-1条・R. 221-9条にいう「第三者」には賃借人・受寄者・使用借人・質権者が含まれるとするように、第三者の占有する動産差押手続の問題となる。この場合は、占有者は留置権の主張により差押えを拒絶できることとなろう (民事執行法典 R. 221-29条)。

産の処分は禁止される（民事執行法典 L. 141-2条1項・R. 223-13条1項）。差押書には、差押えの根拠とされる執行名義、詳細な特定がなされた差押物の目録、差押物の処分は禁止され債務者の管理下に置かれる旨等が記載される（民事執行法典 R. 221-16条・R. 221-23条）。執行吏は必要な場合には差押物の写真を撮ることもできる（民事執行法典 R. 221-12条）⁴³⁾。差押え可能な財産がないあるいは債務者の財産が価値を有していないといった理由で差押えができない場合は、執行吏は無資産調書（un procès-verbal de carence）を作成する（民事執行法典 R. 221-14条）。

有体動産に関しては差押えの効果は対象財産の処分が禁止されることに尽きており、差押えを受ける質権設定者または第三者は差押え対象物の管理人とみなされる（民事執行法典 L. 141-2条2項）ことから、差押対象財産の占有奪取は行われず消費財の場合を除き従前の使用を継続できる（民事執行法典 R. 221-19条1項）。

質権設定者の下で差押え手続がなされこれに設定者が立ち会っていた場合は、執行吏は差押物の処分は禁止され債務者の管理下に置かれる旨等を債務者に口頭で告知する（民事執行法典 R. 221-17条1項）。それ以外の場合、すなわち、質権設定者の下で差押手続がなされたが設定者が立ち会わなかった場合、ならびに、第三者の下で差押手続がなされた場合には、差押書の写しが設定者に⁴⁴⁾送達される（民事執行法典 R. 221-18条・R. 221-26条）。第三者の下で差

42) ただし、第三者が占有しその者の住居に所在する動産を差押える時は、執行裁判官の許可を要する（民事執行法典 L. 221-1条3項）。

43) 隠匿・浪費の立証を容易にすることを目的とする。ただし、私生活保護のため、執行吏はネガを譲渡することはできない。（Vinckel, op. cit., n°640.）

44) 法文上は債務者とされているが、動産質の目的物差押えについては設定者と理解されることとなる。そうだとすると、被担保債権の債務者と設定者が異なる場合に債務者には差押えがなされた旨の通知はなされないのが疑問となる。民事執行法典 R. 221-26条の趣旨が差押債務者自身による任意売却の機会を保障することにあることからすると、差押えまでなされた時点では被担保債権の債務者に弁済の機会を保障する必要はないから被担保債権の債務者には通知は不要と解することとなろうか。

押手続がなされた場合は、送達は差押えから8日以内になされる（民事執行法典 R. 221-26 条）。

(4) 売却手続

ここで差押え売却は第3段階の売却手続に至る。もっとも、売却手続とはいえそれはもっぱら強制売却を指すものではなく、任意売却⁴⁵⁾も許される点に特徴がある。

民事執行法典 L. 221-3 条・R. 221-30 条1項は、差押書の通知から⁴⁶⁾1か月以内であれば、質権設定者は差し押さえられた動産の売却を自ら行うことができるとする⁴⁷⁾。このように通知がなされることによって、設定者には1か月間の任意売却の期間が確保されるとともにこの期間内で売却に最も有利と考えられる日を選択することができる。この任意売却制度は1991年の法律によって初めて導入されたものであるが、その目的は、時間ならびに競売費用を節約するとともに、より高価での売却を可能にすること、競売では不確定な落札価格を差押債権者の同意を得た上で売主買主間で決定することで不確定性を排除することにあつた⁴⁸⁾。

任意売却において問題となるのは、売却価格の適正さをいかにして確保する

45) 任意売却の手続については、山本・前掲74頁。

46) 質権設定者の下で差押え手続がなされこれに設定者が立ち会っていた場合には、差押書の写しが直ちに設定者に交付され、この交付が送達と同視される（民事執行法典 R. 221-17 条2項）。

47) 動産については不動産の場合と比べても特に任意売却が奨励されているとの指摘がある。すなわち、不動産については民事執行法典 L. 322-1 条が任意売却は裁判所の許可を受けた場合にのみなすとされているのに対して、動産については1か月間は裁判所の許可なしに任意売却が実施できるから、動産の場合の方が任意売却が容易にできるというのである（Vinckel, op. cit., n°650.）。しかし、動産の任意売却には期間の制限があること、一般に不動産の方が動産よりも価値が高いと解されるために裁判所の関与が求められているとも考えられることから、果たして動産の場合に特に任意売却が奨励されているものと言えるのかは疑問である。

48) 山本・前掲74頁、Cayrol, op. cit., n°553 ; Vinckel, op. cit., n°649

かという点にあるが、この点については次のように処理されている。設定者に対して買受の申し出があった場合、設定者はその申し出を書面により執行吏に通知し、執行吏は債権者に通知する（民事執行法典 L. 221-3条3項、R. 221-31条1項・2項）。任意売却を実施するには債権者の同意が必要である。執行吏から通知を受けた債権者は任意売却の申し出に同意するか否かを15日以内に回答することが求められ、回答しない場合には同意したものとみなされる（民事執行法典 R. 221-31条3項）。債権者が同意しない旨の回答をした場合⁴⁹⁾には、強制売却が実施されることとなる。

代金は、売却に責任を負う差押債権者の執行吏のもとに供託されなければならない。買受申出人が自らの提示した供託期間⁵⁰⁾内に供託をしない場合は強制売却がなされることとなる（民事執行法典 R. 221-32条1項・3項）。動産の所有権移転ならびに引渡しは代金の供託を条件とし（民事執行法典 R. 221-32条2項）、それまでは動産の移転は許されない⁵¹⁾。

任意売却がなされないときは強制売却、すなわち公の競売が実施されることとなる（民事執行法典 L. 221-3条1項・R. 221-33条1項）。公の競売手続の詳細は民事執行法典 R. 221-33条以下で定められている。公の競売手続においては、担保権者自身も競落人となることができる⁵²⁾。

49) この同意しない旨の回答が設定者を害する意図に基づくものである場合に限り債権者は責任を問われる（民事執行法典 L. 221-3条4項）ため、こうした意図がない場合、仮に強制売却価格が任意売却の申し出額よりも低くなったとしても債権者は責任を負わない。

また、債権者が責任を負うとされているのみであるから、強制売却手続が中止されて任意売却に戻るというわけではない。

50) 供託期間は民事執行法典 R. 221-31条1項により債権者に通知され、債権者はこの供託期間も判断材料として任意売却に同意するか否かを決定しているわけであるから、供託期間内に供託がなされないと債権者の同意の前提が満たされないこととなる。

51) Vinckel, op. cit., n°650.

52) Bourassin = Brémond = Jobard-Bachelier, op. cit., n°1693 ; Simler = Delebecque, op. cit., n°629.

(5) 配当 (distribution)

以上のように任意売却または強制売却によって質物が換価されると第4段階として配当がなされることとなる。

質権者の優先権は、特別先取特権と同順位とされる⁵³⁾。その結果、設定者の一般債権者と競合した場合には優先弁済を受けることができる。ところが、前述したように、質権設定後に生じた動産保存の先取特権、賃金の上位先取特権、司法上の費用、租税などが質権に優先する。

債権者は債務者の有するあらゆる財産に執行をかけることができるため、担保権等の優先権が存する財産も執行対象となる可能性がある。そうした場合には、優先権はこの配当段階で主張されることとなる⁵⁴⁾。ただし、占有移転型質権の場合は質権者が占有しているわけであるから留置権(2286条1項2号)が主張されることによって事実上差押え売却が実施できないこととなる。

確定しかつ履行期の到来した債権を確証する執行名義を有する債権者は、参加申立 (opposition) によって配当加入することができる (民事執行法典 L. 221-1条2項)⁵⁵⁾。参加申立は配当手続の開始前、すなわち売却完了までになされなければならないとするのが理論的であろう。しかし、法律上、参加申立は被差押財産の検認 (vérification)⁵⁶⁾までになすべきものとされる (民事執行法典 L. 221-5条・R. 221-41条2項)。これはあくまでも実務上の都合によるものと説明されている⁵⁷⁾。

53) Bourassin = Brémond = Jobard-Bachelier, op. cit., n°1982.

54) Vinckel, op. cit., n°129は、他の債権者のために担保権が設定されている財産についても、無担保債権者は執行をかけることができる。もっとも、配当段階において追奪される (évincé) リスクを負うことになる、と説明する。

55) 参加申立をすることが「差押え上の差押えは存しない」との古い格言に抵触するのではないかが問題となるが、参加申立は差押えにあたらぬものと説明される (Cayrol, op. cit., n°697.)。

56) ここにいう検認とは、民事執行法典 R. 221-36条1項によって売却に責めを負う司法補助吏が強制売却前になす差押物の構成及び性状の確認のことを指す。

57) Cayrol, op. cit., n°698.

このようにして参加申立を行った債権者の有する債権も含めて配当がなされることとなる。

債権者が1人のときは、強制売却の日または任意売却の代金が供託された日から1か月以内にこの債権者に対して代金が払い渡される（民事執行法典 R. 251-1条1項）。質権の実行の場合は債権者が1人ということが多いと思われる。

これに対して債権者が複数の場合は、売却に責めを負う者⁵⁸⁾が代金配当案を作成する（民事執行法典 R. 251-2条1項）。担保権者については、売却代金は担保権の順位に従って配当され、無担保債権者については2285条により按分されることになるから、代金配当案はこれにしたがって作成される⁵⁹⁾。代金配当案は、強制売却の日または任意売却の代金が供託された日から1か月以内に債務者（質権設定者）及び債権者⁶⁰⁾に通知される（民事執行法典 R. 251-4条1項）。そして所定の期間内に異議がなければ代金配当案が確定する（民事執行法典 R. 251-5条1項）。異議が提起された時は和解の勧誘がなされ（民事執行法典 R. 251-6条1項）、それも不調に終わった時は執行裁判官に対して裁判の申立がなされ（民事執行法典 R. 251-8条1項）執行裁判官による裁判で決定される⁶¹⁾。

(6) 倒産手続との関係

設定者に倒産手続が開始された場合には民事執行手続によって質権を実行することはできるか⁶²⁾。

58) 任意売却の場合は競売吏あるいはそれを欠く場合には執行吏である。競売吏については、山本・前掲422頁以下。

59) Aynès=Crocq, op. cit., p.258は、先取権者である質権者は、売却代金から優先して弁済を受けることができるとする。

60) この債権者には、所定の期間内に申し出なかったために配当の際に考慮されない者も含まれる。

61) 執行裁判官による裁判手続については、民事執行法典 R. 121-14条以下。

62) 質権の実行と倒産手続との関係については、白石・前掲62頁以下（占有移転型質権について）、69頁以下（占有非移転型質権について）が詳しい。

倒産手続開始決定がなされると最長6か月の観察期間(*période d'observation*)が設定される(商法 L. 621-3条1項)。倒産手続開始によって、手続開始前に発生していた債権の弁済は禁止される(商法 L. 622-7条 I 1項)。また、観察期間中は、すでに開始されていた執行手続は中断され、新たに執行手続を開始することもできない(商法 L. 622-21条 II)ので、執行手続に従った質権の実行はできないこととなる。

第3章 質権者への質物の帰属

(1) 総論

2347条1項によれば、債権者は裁判所に対して質物を自己に帰属させるよう命じてもらうことができる⁶³⁾。

この方式においては、所有権移転時期は裁判所が質権者への帰属を決定したときとされる^{64, 65)}。したがって、その決定後に設定者に倒産手続が開始されても、質権者には何らの影響もない。

2347条2項が清算金支払について定めを置いているため裁判所は質物を評価しなければならないが、そのために鑑定人を指名することができる。しかしな

63) 営業の質入(商法 L. 142-1条以下)についてはこの方法は排除されている(商法 L. 142-1条2項)。その理由はおそらく特殊な財産や顧客に対して質権者が有する権利を説明しづらいこと、営業の質入が導入された1909年段階では今日のような担保の隆盛を想定しておらず倒産時の平等を追及したことによると考えられる(Aynès=Crocq, *op. cit.*, n°514.)。このことは逆に言えば、質権者への質物の帰属は倒産時の質権の効力を強化する制度として構想されていることを意味するものと言えよう。

64) 株式質の事例であるが、Cass. com., 24 janv. 2006, B. IV. n°15.

Legeais, *op. cit.*, n°469もこの判決に賛成する。

65) 占有移転型質権の場合はすでに質権者が質物の占有を有しているから引渡差押(*saisie appréhension*) (民事執行法典 L. 222-1条・R. 222-1条以下)は不要である(Bourassin=Brémond=Jobard-Bachelier, *op. cit.*, n°1693; Simler=Delebecque, *op. cit.*, n°628.)。これに対して占有非移転型質権の場合は、設定者が質物を任意に質権者に引き渡さない限り、引渡し差押えによって占有を移転させる必要がある。白石・前掲69頁は、占有非移転型質権の場合には目的物は設定者の手元にあるため、質権者としてはまず目的物の占有を確保する必要がある点、占有非移転型質権は不利であると指摘する。

がらこれは義務ではないと解されている⁶⁶⁾。

また、この方式では質物が直接に質権者に帰属することとなるから他の債権者との競合は生じず、前述のように国税・倒産手続費用等（商法 L. 622-17条・L. 641-13条）・上位先取特権者の存在とは無関係に所有権を取得できる⁶⁷⁾。後述するように、設定者が裁判上の清算状態になった場合であってもこの結論が維持され、この点で質権者への帰属方式は質権者にとって大変有利な制度であると評価される⁶⁸⁾。

（前頁よりつづき）

なお、2347条1項が「その保管している財産」と定めていることから占有非移転型質権についても同条が適用されるかが問題となりうる。原材料が占有非移転型質権の目的物とされた事例である Cass. com., 6 mars 1990, B. IV. n°67も特にこの問題に言及することなく当然に同条を適用している。学説上は、商法 L. 642-20-1条が質権あるいは留置権の目的物の取戻（1項）を帰属清算（2項）と結びつけていることを理由として、帰属清算は占有移転がある質権の場合にのみ認められるとする見解もあるが、判例がこれを否定したこともあって支持する者は少ないようである（Aynès=Crocq, op. cit., n°514.）。

66) 物の価値は、当事者の合意または裁判所の任命による鑑定人によって、所有権移転時に決定される（Legeais, op. cit., n°469.）。Simler=Delebecque, op. cit., n°630は、鑑定人によって決定されることが多いものの、当事者間に合意がない場合には、裁判所が価格決定権限を有するとする。

鑑定人の評価または裁判上の手続によって価格決定を行う義務は、債権者が即時に要求しなかった場合には物の名目的価値と同じものとするとの当事者の暗黙の意思を認めることによって、判例上は緩和されていた（株式質の事例であるが、Cass. com., 15 nov. 2005, B. IV. n°228.）。Legeais, op. cit., p.331 note23は、2006年改正前の判例を適用することはできないとし（Simler=Delebecque, op. cit., p.547 note6も2006年改正法の下でもこの判決を維持できるかは疑問であるとする。）、2005年判決を、当事者によって認められた評価に基づいて質物の帰属がなされたのであれば専門家の鑑定によらなくても質権者に有効に帰属させることができるとした事例と理解する。これは、2006年改正によって鑑定をする場合には鑑定人によるべき義務が課されたものと理解し、2348条2項が公定価格ある場合に鑑定人を不要とする部分は類推適用できないとの趣旨だろうか。しかし、帰属清算の説明であるにもかかわらず直後に2348条2項に言及していることから、こうした見解に立つとは考えられない。

67) Cass. com., 6 janv. 1998, B. IV. n°9は、質権者が留置権を有していない場合であっても、上位先取特権に妨げられることなく帰属清算が可能とする（職業上の設備・材料の質入れの事例である。）。

他面、質権者にとってデメリットがないわけではない。質権者が当該質物の所有権取得に関心がなくかつ再売却も容易でないような場合、所有権を取得してもそれは質権者にとって重荷となるのみである⁶⁹⁾。また、起草者は競売には費用も時間もかかり複雑であることからこの制度を取り入れたものと考えられるが、裁判所、場合によってはさらに鑑定人が関与する以上迅速性には疑問があり、鑑定費用が掛かることから安価性についても疑問が抱かれている⁷⁰⁾。これらのデメリットがあるために、銀行をはじめとする実務ではこの制度は長きにわたりあまり使われてこなかったと言われている。

(2) 質物帰属権限の性質

質権者は質物を自己に帰属させるよう裁判所に命じてもらうことが「できる」わけだから、質権者は権利行使するか否かを自由に決定することができる⁷¹⁾。価額の評価にあたって鑑定人を用いるか否かについては当事者の合意によって決定できるとするのが判例である⁷²⁾。

また、同一物上に複数の質権者がいる場合⁷³⁾であっても、質権者は質物を自己に帰属させることができる。後順位の質権者は先順位の質権者の権利を尊重しなければならないというにすぎない⁷⁴⁾。

(3) 倒産手続との関係

設定者に倒産手続が開始された場合に、質権者への質物帰属を主張すること

68) Cabrillac = Mouly = Cabrillac = Pétel, op. cit., n°1091.

69) Aynès = Crocq, op. cit., n°514. Hugon, op. cit., p.120 も、質権者は再売却にかかる費用も勘案しなければならないとする。

70) Cabrillac = Mouly = Cabrillac = Pétel, op. cit., n°1090.

71) Cabrillac = Mouly = Cabrillac = Pétel, op. cit., n°1092.

72) Cass. com., 15 nov. 2005, B. IV. n°228. これに対して Cabrillac = Mouly = Cabrillac = Pétel, op. cit., n°1093 は鑑定人を用いることは義務であるとする。

73) 占有非移転型質権が認められたことで、こうした状況が出現しうることとなった。

74) Cass. com., 3 juin 2008, B. IV. n°114.

はできるか。

質権者への質物の帰属による質権実行は、裁判上の清算手続に入った場合のみ認められる（商法 L. 642-20-1条2項）。裁判上の清算との関係では、質権者は質物の帰属を主張することができ、他の債権者と競合関係に立たない⁷⁵⁾。また、この場合に質権者は債権の存在を申し出さえすればその認可を待たずして質物を自己に帰属させることができる（商法 L. 642-20-1条2項）⁷⁶⁾。これに対して、設定者が裁判上の清算手続に入らずに営業が継続される場合は、質物を質権者に帰属させると企業再生の妨げとなるので、質権者への帰属は否定される。また、設定者に裁判上の更生（redressement judiciaire）手続が開始されさらに質物が留保所有者に引き渡された場合には、質権者をはもはや質物の自己への帰属を主張することはできない⁷⁷⁾。

第4章 流質契約

(1) 総論

流質は2006年の担保法改正によって初めて認められた実行方法であり⁷⁸⁾、それ以前は旧2078条2項によって禁止されていた^{79,80)}。

流質が禁止されていたのは、以下の理由による。金銭を借り受けようとする者は借り受けの際に貸主の要求に従わざるを得ず、たとえ被担保債権額に比して質権の目的物の価額が高いものであっても融資を受けるために流質を受諾す

75) Cass. com., 6 mars 1990, B. IV. n°67.

76) Cass. com., 28 mai 1996, B. IV. n°144.

77) Cass. com., 5 avr. 1994, B. IV. n°146. 現実の占有もしていないことから、質権の即時取得も否定される。

78) 現在でも、消費者信用についての消費法典 L. 311-23条3項、在庫商品の質入（gage des stocks）についての商法 L. 527-2条など、流質契約を禁止する規定がある。

79) これに対して明文の禁止規定を欠く抵当権については、破産院は流抵当契約を有効としていた（Cass. civ1, 25 mars 1957, B. I. n°149；Cass. civ1, 26 déc. 1961, B. I. n°622. [いずれも、不動産質権に関する旧2088条は類推適用されないという。]）。いずれも抵当権設定と同日に別の文書で抵当目的物の売却を合意したものである。

80) Aynès, op. cit., p.52は、流質を認めた点が2006年の法律の最も新しい点であるとする。

る危険性がある、というのである⁸¹⁾。債権者が流質を通じて暴利を得る恐れがあるということである。この理由付けは、わが国で論じられているものと同様である。

この結果、旧法の下においても流質は上記の理由付けが妥当する限りで禁止されるに止まり⁸²⁾、判例は消費貸借契約締結後に締結された流質契約は有効であると解していた⁸³⁾。学説もこうした判例の動向に好意的であった。また、さらに進んで流質契約を全面的に有効とすべきとする見解もあった。ヴィーダーケアによれば、流質契約は質権者にとっても設定者にとっても有益なものであって、設定者を過度に保護することは信用を破壊する。そして、設定者にとって自己の財産が債務者に割り当てられるのは、高い費用をかけて第三者に安値で売却されるよりも望ましいことでありうる⁸⁴⁾。2006年以前から質権者への質物の帰属は認められているが、手続が重く複雑で費用のかかるものであるという点で完全なものではない、とされる⁸⁵⁾。また現行法の下での見解であるが、ケロールも、所有権留保の隆盛との関係では流質契約の禁止は理解しがたいものであるという。すなわち、所有権留保とは物の売却代金を担保するために売主

81) A. Dadoun, La date du transfert de propriété en execution du pacte comissoire, *Droit & patrimoine*, n°187, p.42 ; S. Hébert, Le pacte comissoire après l'oeudonnance du 23 mars 2006, *D. 2007*, p.2052 et s, n°2 ; Macorig-Venier, *op. cit.*, p.80.

ダドゥンは、この理由づけによれば消費法典 L. 311-32条3項と民法2459条但書における流質・流抵当の禁止は正当化できるが、商法 L. 527-2条が在庫商品の質入について流質を禁止するのは正当化できないとする (Dadoun, *op. cit.*, p.42 note2.)。Hébert, *op. cit.*, n°18も、商法 L. 527-2条には疑問を呈し、流質契約の有用性は弁済の迅速性にあるが商事信用の場合にはこうした迅速性は要求されないのかと問う。

82) 被担保債権を発生させる契約と同時に締結された流質契約は無効であるが、強制売買条項の場合と同様、無効の効力は流質契約のみに及び質権設定契約自体は有効とされていた。

83) *Cass. civ1*, 17 nov. 1959, B. I. n°480.

Hébert, *op. cit.*, n°3も、債務者の利益が害されない限りで、2006年改正以前でも流質契約は認められていたとする。さらに、*Cass. com.*, 5 oct. 2004, B. IV. n°176は、旧2078条の保護法益は債務者保護という私的な利益であるから放棄が可能であり、質権設定後に質物の売却を質権者に委託しても旧2078条に反するものではないとする。

が所有権を留保しておくものであるが、流質契約もまた競売においては質物の競落代金上の優先権を質権者が取得していたのに代わって所有権を取得する点で同様であるというのである⁸⁶⁾。

こうした状況下で流質契約の効力が、占有移転型質権ならびに占有非移転型質権のいずれについても、合意がなされたのが担保設定時であっても後日であっても認められることとなったわけである^{87,88)}。占有非移転型質権についても流質契約が認められると解する理由としては、2348条には占有移転型質権の場合に限定する文言がないこと、起草者は占有非移転型質権に好意的であり流質契約が否定されるとしたら債権者から不満が出るであろうことが挙げられている⁸⁹⁾。

(2) 設定者ならびに一般債権者保護の手法

従前、流質契約が禁止されていた理由からすると、流質契約を認めるには、設定者ならびに一般債権者を保護し、債権者が暴利を得ることのないような手当てが求められることとなる。それは質物の客観的評価を可能とする制度と債

84) こうしたヴィーダーケーアの指摘は2006年の改正の際にも影響を与えたものと思われ、Hébert, *op. cit.*, n°3は、消費の活性化が2006年の法律の目的であり、流質契約の認容はこうした目的に仕えるものであるとする。すなわち、流質契約を認めることによって担保権を迅速かつ排他的に行使することができるようになり、こうしたメリットが債権者に与えられることによって信用供与が活発になされるようになるという。Dadoun, *op. cit.*, p.42も、2006年の改正当時、契約自由、信用ならびに消費の活性化を推進する見解が優位となっていたことを指摘する。

85) Wiederkehr, *op. cit.*, p.662.

86) Cayrol, *op. cit.*, n°271. 同所では、当事者が合意しており第三者も害されない場合にまで流質契約を禁止する必要はなく、強制執行によるよりも当事者意思に基づいた執行方法による方が望ましいと考えるのであれば、流質契約は公序の例外として限定的に認容されるとするよりも設定者が窮境に陥った際に用いることのできる和解的ルールとして位置付けるべきだとする。

87) F. Martin = B. Gérard-Godard, *Le pacte commissaire*, JCP N, 2011, 1183, n°5.

占有非移転型質権の場合に目的物の占有確保を図らねばならない点は、質権者への質物の帰属による質権実行の場合と同様である。

権者の不当利得を防止する制度の導入によって果たされることとなる。2348条2項が義務付ける鑑定人による評価制度⁹⁰⁾と同条3項が義務付ける清算金の支払制度とがそれである⁹¹⁾。もっとも、これらの制度で十分に流質契約に対する懸念が払拭されているのかを検討する必要がある⁹²⁾。

この検討は、これらの規定が強行規定であるかという形でなされている。仮に任意規定であるとすれば、設定者保護は画餅に帰することとなるからである。

当事者の合意によっても質物の評価額を決定することはできず鑑定人が質物の評価を行うべきことについては、設定者ならびに設定者の一般債権者の利益に鑑み強行規定と解することで異論はない⁹³⁾。そして、鑑定人による評価額が裁判所を拘束するかについては、これを認めることが紛争を減らすことになるとする見解が見られる⁹⁴⁾。

88) 2348条のほか、商事質に関する商法 L. 521-3条4項、ならびに、不動産抵当に関する2459条（債務者の主たる住居については禁止）、債権質に関する2365条が流質契約を肯定する。

他方、在庫商品の質入（商法 L. 527-2条）や有価証券質（Cass. com., 13 janv. 1965, B. III. n°41.）では流質契約は禁止されている。それでは、在庫品の質入れとしての要件を満たす場合に、民法上の質権として、流質契約を可能とすることはできるか。技術的にも法律上も可能ではあるとしつつも、エネスは結論をはっきりとは述べていない（Aynès, op. cit., p.52.）。脱法行為とは思われるが禁止されるとはしないのは、在庫品質入れにおける流質禁止の合理性に疑いがある（前述の Dadoun, op. cit., p.42 note2はこの見解である）ためと思われる。Cass., 19 fév. 2013, B. IV. n°29は、在庫商品の質入の事案で原判決を破毀して商法の規定が優先適用されると判示したが、当事者間の合意では民法を適用するものとされていた。貸主である銀行が流質を実行したのに対して、その後倒産した借主の管財人が異議を申し出て、破毀院はその異議を認めている。

89) Hébert, op. cit., n°9.

90) Aynès, op. cit., p.52 ; Hébert, op. cit., n°22は、これによって債務者保護が図られているとする。

91) 清算金支払は、債権者は担保によって利得してはならないとの一般原則のあらわれとされる（A. Gogos-Gintrand, Le pacte comissoire : Une institution dangereuse par nature, Revue de la recherché juridique, 2011, p.401 et s, n°25.）。

92) Gogos-Gintrand, op. cit., n°2.

93) Aynès, op. cit., p.53 ; Dadoun, op. cit., p.44.

しかしこのように鑑定額に拘束力を認める前提として、鑑定人の公正さが保証されなければならない。しかし、鑑定人指名の方法について民法は何も決めていない。もし当事者の合意によることができるとすると、債権者の圧力の下で債務者は債権者が選任した鑑定人に同意するであろうことは見やすい道理である。その意味では、債務者にとっては裁判所の選任する鑑定人によるのがよいということになる。しかしこれは、流質契約というのは裁判所を排することを目的としていることに反する。しかも、裁判所の選任する鑑定人によると費用が掛かり、担保権実行の迅速性も損なわれることとなる。以上の考慮の上で、売買代金評価に関する 1592 条と同様の条件で鑑定人は選任されるべきであると主張されている⁹⁵⁾。

他方、清算金の支払が強行規定であるかについては見解が分かれているようである。

強行規定ではないとする見解の論者は、2348 条 3 項には同条 2 項と異なり「これに反する定めは書かれないものとみなす」との定めがないことを根拠とする。そして、この差額を質権者への報酬であると構成する⁹⁶⁾。この結果、差額がいかに多額に及ぼうとも裁判所による統制が及ばないことが懸念される。そこで別の論者は強行規定ではないとしつつも、担保物権の有する付随的性質も鑑みてこの差額は違約罰であると構成するべき⁹⁷⁾であり、裁判所による審査対象となるという⁹⁸⁾。

しかし多くの論者は清算金支払が強行規定であることを自明の理として、清算金の支払確保の方法に議論の重点を置いている。

議論の中心は清算金支払請求権への先取特権付与の可否である。

94) Simler = Delebecque, op. cit., n°632. 評価額の当否を巡っての紛争継続が避けられるという趣旨と思われる。

95) Hébert, op. cit., n°23.

96) Aynès, op. cit., p.53.

97) Gogos-Gintrand, op. cit., n°5 もこうした構成がすでに 19 世紀半ばには主張されていたことを指摘する。

98) Aynès = Crocq, op. cit., n°515.

流質契約は代物弁済と性質づけられることを前提とした場合、先取特権規定の類推適用は許されないことから清算金支払請求権は無担保債権となる⁹⁹⁾。

反対にこれを肯定する見解の論者は、流質契約を売却または購入の意思表示と性質決定し、動産売主と同様に、設定者には先取特権が認められるものと説く¹⁰⁰⁾。この見解に対しては、後述するように売却または購入の意思表示構成をとると流質契約においては合意が2つあることとなるが、契約の一部が売買にあたるからと言って売買契約と全く同視して先取特権を付与することはできないのではないかとの批判がなされる¹⁰¹⁾。

先取特権付与のほかに、設定者は解除が可能とする見解もある¹⁰²⁾。しかしこれも流質契約を売買契約と性質決定し清算金の不払いは質権者の債務不履行にあたるとの考え方を前提とするものであって、前述の批判が当てはまることとなる。

このように、清算金の支払確保の方法に関する議論は流質契約の性質決定の問題と密接に関係しているのである。

(3) 流質契約のメリット・デメリット

2006年の担保法改正によって全面的に認められることとなった流質契約は学説上どのように評価されているか。エベールは流質契約のメリット・デメリットを以下のように説く¹⁰³⁾。まずメリットとしては、すでにヴィーダーケーアの説いていたことと重なるわけであるが、質権者への処分価格が競売価格より

99) Voy., Gogos-Gintrand, op. cit., n°26.

100) Simler = Delebecque, op. cit., n°630 ; Cabrillac = Mouly = Cabrillac = Pétel, op. cit., n°1089.

なお、Hébert, op. cit., n°35は流質契約の実行を代物弁済と構成しつつ先取特権を認めている。代物弁済のよる質物の給付を売買と構成するということか。その意味では、エベールの見解は、流質契約そのものを代物弁済と構成する見解とは一線を画するものとするべきであろう。

101) Gogos-Gintrand, op. cit., n°26.

102) Cabrillac = Mouly = Cabrillac = Pétel, op. cit., n°1089.

103) Hébert, op. cit., n°4.

も高額となること、債務者が競売費用を負担しなくてよいことが挙げられる。他方、デメリットとしては、競売手続には一定程度の時間がかかることからその間は事実上債務者に期限の利益が付与されていたわけであるが、この利益が失われることが挙げられる。いずれも設定者の視点に立った指摘であり、設定者の受けるデメリットは事実上のものにすぎず法的に保証されたものではなかったことから、流質契約の導入は好意的に受け止められるものと評価できる。またシムルール＝デレベックも、2348条は実務のニーズに応え、担保権の実行が迅速かつ安価で実行できるものと好意的に評価している¹⁰⁴⁾。

もっとも流質契約に上記以外のデメリットが全くないわけではない。流質契約の問題点として挙げられているのは、債権者が所有権を押し付けられること、鑑定人選任段階で誰を選任するかが債権者の正直さと当事者の力関係に依っていること^{105,106)}、所有権移転と鑑定の日とが一致しないので債務者は清算金の額を知らないままに所有権を失うことになりかねないこと¹⁰⁷⁾である^{108,109)}。

104) Simler = Delebecque, *op. cit.*, n°632

105) Legeais, *op. cit.*, n°470は、専門家による鑑定が義務付けられていることによって設定者が保護されているとする。

106) この危険性については、Cabrillac = Mouly = Cabrillac = Pétel, *op. cit.*, n°1088も指摘している。

107) この問題を回避すべく当事者間の合意によって所有権移転時期を遅らせることはできるが、これは流質契約の有する支払の迅速性というメリットを損なうものであるから債権者としては受け入れがたい。また、裁判上の鑑定人指名によると評価完了までに日数がかかることになってしまう。

108) Gogos-Gintrand, *op. cit.*, n°22-25。ゴゴーガントランは、これらのデメリットは被担保債権の弁済期が到来すると質物の所有権が自動的に移転すると解することによってもたらされるものであるとして、所有権移転時期は被担保債権の弁済期ではないとする。

109) このほか、具体的な説明はないものの、期待されたほどの成果は上がっていないとの印象を述べるものもある（Martin = Gérard-Godard, *op. cit.*, p.49. この論文の著者はいずれも公証人であることから、公正証書に流質契約が挿入されることが少ないなど公証人実務で流質契約があまり用いられていないことを意味するものだろうか。）。

(4) 流質契約の性質・所有権移転時期・他の実行方法との関係

流質契約を締結した場合、質権者は流質以外の方法によって質権を実行することができなくなるのか。また、流質契約の効力はどの時点で発生するのか、すなわち、所有権移転の時期はいつなのか。民法典には、流質契約の実行により債権者が所有権を取得するための手続が特に定められていないことから問題となる¹¹⁰⁾。これらの点は、流質契約の法的性質論とも関連して論じられてきた。

なぜこれらの問題が重要性を有するのか。それは設定者に倒産手続が開始された場合に質権者が債権の回収を図れるか否かに大きな差異が生じるからである。後述するように、設定者について倒産手続が開始されるとそれ以降は流質契約を実行できなくなる。したがって、流質契約の効果を享受したければ、倒産手続開始以前に流質契約の実行が完了している、すなわち質物の所有権が質権者に移転している必要があるのである。また、価格が変動する物が質物とされている場合には、被担保債権の回収額ならびに清算金の額が変動することとなることも、これらの問題に重要性をもたらす。

次に、これら3つの問題、すなわち流質以外の方法による質権実行の可否、所有権移転の時期、流質契約の法的性質論がなぜ相互に関連するのかを説明する。それは、法的性質の構成の仕方により流質契約以外に流質契約を実現するための新たな合意を要するか否かが異なり、新たな合意が必要であるとすればその合意がなされるまでは所有権が移転することはないという関係が見られることによる。そして、何らかの形で質権を実行できることとなった時点で流質契約の効果によって所有権が自動的に設定者から質権者に移転するものと解すると、流質以外の方法で質権を実行する余地はなくなるのである。このようにして、上記の3つの問題は一体となって説明されることとなる。

それでは、具体的にどのような説明がなされているのか。

流質契約の法的性質については、代物弁済とするもの、売却または購入の意

110) Martin = Gérard-Godard, op.cit., n°17は、不動産の場合は公証人の役割が重要であるが動産の場合は依拠するものがないという。

意思表示であるとするもの、任意債務（obligation facultative）であるとするもの、非典型契約であるとするものが見られる。

このうち代物弁済とする見解の論者¹¹¹⁾は、流質契約締結時点では価格が決定されているわけではないから当初の給付目的物とは異なる給付が約束されていると言えること¹¹²⁾、流質契約は被担保債権発生原因たる契約の付随的なものとして位置付けられる以上清算金支払は義務と解すべきことを理由とする。また別の論者¹¹³⁾は以下のように説く。流質契約を締結することによって債権者は流質契約によって質権を実行することを義務付けられ、他の実行方法を選択することはできなくなる¹¹⁴⁾。その結果、当事者が別段の意思表示をしない限り所有権は債務者の不履行時に別段の意思表示を要することなく移転することとなる^{115, 116, 117)}。

こうした構成に対しては、代物弁済においては当初の契約によって定められたのと異なる給付目的物が定められる必要があるにも拘らず、流質契約においては当初合意された質物の所有権が質権の実行において移転するに過ぎない点が批判される。代物弁済によって本来の債権に代わる新たな債権が発生するわけではないが、代物弁済とは当初予定された債務の不履行があつてはじめて認められるものであるから、債務不履行がないうちから代物を弁済することはできないというのである¹¹⁸⁾。そうだとすれば、本来の給付とは異なる代物による給付がなされることを債権者が承諾したときにはじめて質物の所有権は移転

111) Dadoun, op. cit., p.44 note15.

112) Aynès=Crocq, op. cit., n°686も同様の指摘をする。

113) Aynès=Crocq, op. cit., n°515. エネス=クロックは流質契約の付随性には言及しないが、被担保債権発生原因たる契約に付随するからこそ、債権者には債権回収にあたって流質契約のみ履行しないという選択が否定されるものと考えられる。

なお、エネス=クロックは質権の説明においては流質契約の法的構成について言及していないが、抵当権者への抵当目的物の帰属に関する記述を流抵当に準用することで、代物弁済説に立つことを明らかにしている（Aynès=Crocq, op. cit., n°686 et 687.）。

114) 反対に、質権者には選択権があるものとする（Cabrillac=Mouly=Cabrillac=Pétel, op. cit., n°1089.）と、債権者の意思のみで所有権移転の有無が決定されることとなり、設定者や設定者の一般債権者の利益に反することとなるとする（Aynès=Crocq, op. cit., n°515.）。

することとなる。

また、ペロションは、流質契約の効果が債務不履行時に自動的に発生すると解すると以下の不都合が生じるとする¹¹⁹⁾。すなわち、このように解した場合、債権者から設定者に質物の所有権が再移転されない限りは支払が1回遅れたのみで期限の延期はできなくなってしまう。債権者としても、自己が望まない時

115) Aynès=Crocq, op. cit., n°515. もっとも、履行期の経過のみでは遅滞を生じないから債務不履行時は履行期とは一致しないという。

Aynès, op. cit., pp.52-53も同様に、当事者の合意がない限りは、不履行が明らかとなった時点、すなわち督促が功を奏しなかった期日であるとする。その理由は、ただ履行期を経過したのみでは債務者の非 (faute) とはならず、当事者は債権者に競売と所有権取得 (流質) のいずれかの選択を認めることができることに求められる。もっともエネスは、流質契約に選択権が含まれているわけではないから、選択権を認めることが明確にされていなければならないとしており、原則として質権者には競売選択権はないと解するものであろう。

なお、Dadoun, op. cit., p.44は、当事者は流質契約において期限の到来のみで、事前に支払催告をすることなく所有権が移転するものと決定することも自由であるという。

116) 論者は、所有権移転時期は鑑定日とはならないことに注意を促している (Dadoun, op. cit., p.44.)。Aynès, op. cit., p.53も、所有権移転が鑑定の日まで延期されるのではなく、鑑定人は所有権移転の日の価格を決定しなければならないということだとする。

117) このほか、Dadoun, op. cit., p.45は、代物弁済は例外的な支払方法を定めたものであるから、倒産手続開始後には支払方法の合意があるのみと構成され、商法 L. 632-1条 I 4号の適用を回避できる点も代物弁済構成のメリットであると主張する。しかし、代物弁済が認められるためにはあらためて債権者が承諾する必要があるのであるから、この承諾行為を無視して倒産規定を回避できるとするのは疑問である。

118) Gogos-Gintrand, op. cit., n°10-12. さらに、債務者について倒産手続が開始された場合、支払停止から裁判上の更生手続または清算手続開始までの間の期間において代物弁済がなされると、支払停止後になされた契約に基づく弁済は無効である (商法 L. 632-1条) から代物弁済は無効であるが、流質契約ではそのようなことはないことも代物弁済説に対する批判として主張される。(Gogos-Gintrand, op. cit., n°19.)

119) F. Pérochon, Les interdiction de paiement et le traitement des sûretés réelles, D. 2009. 651 et s, n°11.

ただし、Pérochon, op. cit., n°10は、2348条1項の文言からも、2458条・2459条の文言の対比からも所有権が不履行時に自動的に移転することとなることを認め、また、当事者がこうした契約を締結することは許されると言う。

期に不動産の所有者となってしまうというデメリットがある。被担保債権の弁済がほとんど終了している時点で不履行が生じた場合には、清算金の額が非常に高くなってしまふ。質権者への質物の帰属においては質権者が質物の所有権を取得するには裁判所への願い出を要するのとバランスが取れない。自動的に移転するとすることで債権者は強制執行ができなくなり金銭を手に入れることができなくなる。流質は債権者の利益のために締結されるものであって、それを行使するか否かは債権者の自由であるはずである、というのである¹²⁰⁾。

売却または購入の意思表示とする見解¹²¹⁾によれば、流質契約は不履行時になされる一方的な売買または購入の意思表示と構成され、価格はこの意思表示がなされた時点で決定されるという。そして、所有権移転時期は債権者の実行意思が表明された時ということとなろう¹²²⁾。流質契約が債権者の利益のために締結されることを重視すると流質を実行するか否かは債権者の任意であり、債権者が競売を選択することも許されてよいというわけである¹²³⁾。

120) Macorig-Venier, op. cit., p.83 も、無体動産の質権に関する 2365 条が「質権者は…自己に帰属させることができる」としていること、2348 条の文言に反するわけではないことを理由として所有権は自動的に移転するものではなく、少なくとも事前に債権者から設定者に対する催告がなされなければならないとする。

121) Simler = Delebecque, op. cit., p.441 note3. ただし、流抵当に関する記述である。

122) Cabrillac = Mouly = Cabrillac = Pétel, n°1089. ただし、流質契約の法的構成については明らかにしていない。

Hébert, op. cit., n°29 はこの見解の亜種とも言うべき見解を主張する。エペールによれば、占有移転型質権の場合は質権者が設定者に所有権移転の宣言を行うことによって所有権が移転し、非占有移転型質権の場合は所有権は合意によって移転するものとされる（このほか、エペールは質物が有体物か無体物か、不動産か動産かという区分も導入するが、本稿では有体動産質のみを扱うことから触れない）。この見解に対しては、Dadoun, op. cit., p.43 note6 が、占有移転の有無によって区別する理由が明確ではない、債務者が占有している財産の所有権移転については流質契約締結時に債務者が所有権移転に合意している以上、改めて債務者の同意を得なければならないとされる理由はないと批判する。

123) Cabrillac = Mouly = Cabrillac = Pétel, op. cit., n°1089. ただし、当事者の契約によって義務とすることも可能という。質権者に選択権を与える点は、Hébert, op. cit., n°27 も同様だが、流質契約の法律構成は不明である。

この構成に対しては、所有権は一方的意思表示によって移転するわけではなく合意によって移転するものと見るべきである、質権の設定契約と所有権を移転させる一方的意思表示という2つのものが存するわけではなく、物の譲渡は当初設定された義務の履行方法に過ぎないと批判がなされている¹²⁴⁾。

また、所有権移転時期に関してはダドゥンが次のように説く¹²⁵⁾。債務不履行時に所有権が移転すると解することには、倒産手続が開始されたり裁判所によって弁済猶予期間（1244-1条）が付与されたりした場合に質権を迅速に実行できるというメリットがあるが、質権者の実行意思が表示されるのを待ったのではこれらのメリットは失われてしまうというのである。

第3の見解として主張されるのが任意債務構成である。選択債務と異なり任意債務においては、債務者はある一定の給付をすることを義務付けられているが、他の給付をすることによって債務から解放される。流質契約においては、債務者の恣意によって補完的給付を選択することはできず、また、債権者の選択によるものでもない任意債務と言えるのである。債権者は弁済として補完的給付を受け入れなければならない¹²⁶⁾のである¹²⁷⁾。この見解によれば流質契約締結時から補完的給付の内容は確定しており流質契約以外の合意がなされるわけではないから、債務不履行によって自動的に流質契約の効力が発生することとなるはずである。現に、この説を主張するゴゴーガントランは、債権者には流質によらずに強制競売を要求する選択権はないとする¹²⁸⁾。

第4の見解である非典型契約説を主張するマルタン＝ジェラール＝ゴダールは、当事者間の合意の内容を検討すべきことを説く¹²⁹⁾。そして、流質契約に

124) Gogos-Gintrand, op. cit., n°13.

125) Dadoun, op. cit., p.42. ただし、これは特約がない場合の話であり、Dadoun, op. cit., p.44は当事者の合意によって債権者の選択によって初めて所有権が移転するものと決めることも許容している。

126) この点は、Gogos-Gintrand, op. cit., n°16でも述べられている。合意により債権者は選択権を留保できることについては、Gogos-Gintrand, op. cit., n°22。

127) Gogos-Gintrand, op. cit., n°14-15.

128) Gogos-Gintrand, op. cit., n°15.

おいては、債務不履行が所有権移転の停止条件となるが、契約により1179条の遡及効は排除されたものと解し、その理由を、流質契約締結時から貸主が目的物の所有者となされるというのは当事者の予期せぬところだからであるとする¹³⁰⁾。しかしマルタン＝ジェラール＝ゴダールは、債務不履行があれば即座に所有権が移転すると主張するわけではなく、それはあくまでも流質契約を実行する条件が満たされたに過ぎないとする。そして、実行のための条件が満たされても、債務者が不履行状態を脱する機会を与えるとともに債権者がどの時点で流質契約を実行するのが適切であるかを判断する機会を与えるべく、別個の実行手続が不可欠であるとする。具体的には、所有権移転は財産価値の確定ならびに清算金支払があって初めて生じるとするのが当事者意思に合致するという。もっとも、当事者が契約によって債務不履行の時点で所有権移転が生じるものと明定することは可能という¹³¹⁾。この場合も、鑑定がなされるまでは所有権移転の解除が認められるとしており¹³²⁾、流質契約を実行するか否かは債権者の選択に委ねられている。

以上のように様々な見解が主張されているが、いずれの見解も学界の大多数の支持を集めるには至っていない。

(5) 所有権移転の対象

流質契約を実行する際に、すべての質物の所有権が質権者に移転されることとなるのか。すでに一部弁済がなされていた場合には特に被担保債権残額と質権の目的物価額との差が大きくなることから問題となる¹³³⁾。担保物権には不可分性が認められているから、担保目的物の全体が債権者の所有となるのが原則である。その理由としては、2348条が物の価値によって規定ぶりを変えて

129) Martin = Gérard-Godard, op. cit., n°21 et s.

130) Martin = Gérard-Godard, op. cit., n°33.

131) Martin = Gérard-Godard, op. cit., n°36-37.

132) Martin = Gérard-Godard, op. cit., n°44.

133) Gogos-Gintrand, op. cit., n°28-29.

いないことが挙げられている¹³⁴⁾。しかしながら、質物が分割可能で一部の質物の所有権を取得すれば債権回収に十分な場合に、債権者は質物全体の所有権取得を強制されるのか。1244条の反対解釈から、債権者は回収に足りる量が決定できるならばそれ以上の所有権取得は義務づけられないと説明されている¹³⁵⁾。したがって、質物が分割可能物である場合については、所有権が移転される質物の量が債務の額に対応するように、所有権移転の前に評価がなされるべきとされる¹³⁶⁾。

(6) 倒産手続との関係

最後に、倒産手続における流質契約の効力はいかなるものなのかを検討する。

流質契約は保護手続 (procédure de sauvegarde) においては、締結も実行もできないものとされている (商法 L. 622-7条 I 3項)¹³⁷⁾。そこで、流質契約実行の時期、すなわち所有権移転の時期はいつであるかが重要な問題となり、前述したように倒産手続に拘束されないために所有権移転時期の早期化が図られるのである^{138, 139)}。

商法 L. 622-7条 I 3項に対しては、流質契約の最も機能すべき場面を奪うものであるとの批判が提起されている¹⁴⁰⁾。

このうち、締結の禁止については、設定者の倒産手続開始後に流質契約が締結されたことが稀であるためにほとんど問題は生じないとされる¹⁴¹⁾。とはい

134) Gogos-Gintrand, op. cit., n°32.

135) Gogos-Gintrand, op. cit., n°33. この場合、債権者には、全体の所有権を取得するか、一部に止めるかの選択権がある。(Gogos-Gintrand, op. cit., n°34.)

136) Gogos-Gintrand, op. cit., n°35.

137) L. 631-14条1項 (裁判上の更生)、L. 641-3条1項 (裁判上の清算) も同様である。

138) Dadoun, op. cit., p.45 ; Pérochon, op. cit., n°10 も同様の指摘をする。

139) このほか所有権移転時は、危険の移転時期ならびに債権の消滅時期を決定するうえでも重要であると指摘されている (Hébert, op. cit., n°28.)。

140) Aynès = Crocq, op. cit., n°515 ; Aynès, op. cit., p.53 ; Macorig-Venier, op. cit., p.85. 白石・前掲62頁。

141) Pérochon, op. cit., n°8.

え、流質契約が事業継続に必要な融資を受けるための不可欠の条件とされている場合、条文上、受命裁判官が流質契約を許可¹⁴²⁾できないことが問題視されている¹⁴³⁾。

実行禁止との関係では、流質契約実行の禁止については、債権支払自体がすでに一般的に禁止されているのだから無用の規定であるとの見解がある¹⁴⁴⁾が、これは規定の内容に批判を加えるものではない。規定内容を批判するものとしては、前述のとおり裁判上の清算の場合は質物の帰属が認められることから、流質契約についても同様に、債権の届出のみで認可を待たずして質権者が流質契約を実行できるという規律を類推適用すべきと提案する学説がある¹⁴⁵⁾。

結語

フランスにおける動産質権実行方法を見たときに、わが国との相違点として真っ先に目が行くのはわが国では禁じられている流質契約を認めるに至った点であろう。そしてその理由が、民事執行手続に基づく競売や質権者への質物の帰属によるよりも流質契約の方が質権の実行を安価かつ短期間で実施できるものと考えられたことによるのも、より利用しやすい担保物権制度を構築するという意味で十分理解可能であり、担保権実行の効率化はわが国も目指すべきと

142) 質権ならびに抵当権の設定合意をするためには受命裁判官の許可が必要とされている（商法 L. 622-7 条 II 項）。

143) Pérochon, op. cit., n°8. ペロションは、受命裁判官の許可は担保権を設定することの危険性に対処するために要求されているのであって担保権の実行方法そのものに危険性があるわけではないことからすると、担保権設定に加えて担保権実行方法にまで司法上のコントロールを及ぼすのは行き過ぎであるとする。

144) Pérochon, op. cit., n°9.

145) Cabrillac = Mouly = Cabrillac = Pétel, op. cit., n°1095. この見解は明文に反するようにも見えるが、Cabrillac = Mouly = Cabrillac = Pétel, op. cit., p.823 note33 は、商法 L. 622-7 条 I は商法 L. 643-2 条の規定する 3 か月の期間を経過すれば適用されないと の解釈論を提示することによって提案の正当化を図る。商法 L. 643-2 条は、法律上の清算開始決定から 3 か月経過しても清算人が質物を清算しない場合は、質権者等は、認可を待たずして個別執行ができるとする条文である。

ころと考えられる。ただ注意すべきは、従来流質契約が禁止されてきた理由である設定者ならびにその一般債権者の保護という視点が捨て去られたわけではなく、質物の客観的評価の実現ならびに清算金支払の確実化が特に重視されていることである。前者については法文自体が鑑定人による評価を求めているところであり、後者については有力説が質権者に先取特権を付与すべきものと主張している。わが国で担保権特に動産譲渡担保の私的実行を行う場合、現状ではこれらの点に法律上十分な配慮がなされているかは疑問があるところであり、フランスの議論から学ぶところはあるだろう。

また、わが国では譲渡担保権の実行方法として処分清算型と帰属清算型とを自由に選択できるとされているが、フランスでは処分清算型に対応する強制売買条項はいまだに禁じられていることは注目されてよい。これが禁じられる理由として挙げられるのは、質物の処分は民事執行手続を介してなされなければならないとの考え方である。ところがここで注意しなければならないのは、フランスにおいては裁判所が民事執行手続に関与する主たる目的は手続の公正を図ることにあり、設定者による任意売却が認められているように、裁判所自身がイニシアチブを取って競売を実施することにあるわけではないということである。したがって、強制売買条項を禁じて民事執行手続に従うべく定めても当事者にとってそれほど大きな負担となるとは考え難い。これに対してわが国では裁判所主導の競売手続の費用面・時間面でのコストの大きさを嫌って非典型担保の利用ならびにその実行がなされている側面がある。フランスの民事執行制度は執行吏・競売吏制度によって支えられているところが大きく、これをわが国に即時に導入することはできない。しかし、現状のように裁判所のコントロールから完全に離脱した所で担保権の実行を行うのでは、設定者やその一般債権者の利益が守られる保証はない。そのためにはABLにおいて用いられている担保目的物を評価する機関¹⁴⁶⁾の拡充を図り、処分清算を制約することが試みられてよいのではないか。

146) 現状ではこれらの評価機関の評価対象は在庫商品を主としており、これをあらゆる種類の動産にまで拡大していくには困難が予想される。

論説（直井）

本稿は、平成27年度の科学研究費補助金・基盤研究（c）による研究成果の一部である。

（なおい・よしのり 筑波大学法科大学院准教授）

銀行監督上の失敗と国家賠償責任 —— EU 構成国 ——

弥 永 真 生

- I 概観
- II ポルトガル
 - 1 国家賠償責任の枠組み
 - (1) 1967年11月21日法令第48051号
 - (2) 憲法
 - (3) 2007年12月31日法律第67号
 - 2 Banco Espírito Santo 事件
 - 3 ポルトガル中央銀行の役職員の保護
 - 4 ポルトガル中央銀行の責任
 - (1) 監督における落ち度
 - (2) 損害賠償を求めることができる者の範囲
 - (3) 純粹経済損失
 - (4) 輕過失免責の可能性
- III EU 拡大により EU 構成国となった国々
 - 1 ブルガリア
 - 2 キプロス
 - 3 チェコ
 - 4 エストニア
 - 5 ハンガリー
 - 6 ラトビア
 - 7 リトアニア
 - 8 マルタ
 - 9 ポーランド
 - 10 ルーマニア
 - 11 スロベニア
 - 12 スロバキア

I 概観

すでに別稿で紹介したように¹⁾、ほとんどのヨーロッパ諸国においては、監督当局の責任を合理的な範囲に限定する方策が講じられ、あるいは、限定されている。大きく分けると3つのパターンがある。

最も多いと思われるのは、イギリス（金融サービス及び市場法、Schedule 1、19条1項）、アイルランド（1942年中央銀行法33AJ条2項）、ベルギー（金融部門及び金融サービスの監督に関する2002年8月2日法律68条）、ルクセンブルク（1998年12月23日金融部門監督委員会を創設する法律20条2項）、イタリア（2006年12月29日委任立法令第303号による改正後2005年12月28日法律第262号24条6-bis項）、オランダ（2012年6月7日法律による改正後金融監督法1：25d条）など、故意または重過失がない限り責任を負わないと法定するものである（第1の類型）。

第2の類型は、責任を負う相手方を限定するものである。たとえば、ドイツは、銀行監督は公益のみのために行われると規定するが、これは、ドイツなどでは、故意がある場合はともかく、純粹経済損害についての不法行為責任が認められるのは、第三者保護効のある法律の規定や契約が存在するときに限定されていることによる。また、オーストリアにおいては、金融監督当局は監督対象金融機関以外に対しては損害賠償責任を負わないものとされている（金融市場監督庁法3条1項）。

第3の類型は、法令上は明示的な限定が加えられていないが、判例において制約を課しているというものである。これに属するのは、拡大前EU構成国で

1) 「銀行監督上の失敗と国家賠償責任（1）」筑波ロー・ジャーナル1号（2007年）77-94頁、「銀行監督上の失敗とEU（EC）法違反に基づく国家賠償責任」筑波ロー・ジャーナル2号（2007年）45-68頁、「銀行監督上の過失と国家賠償責任（2）イギリス」筑波法政44号（2008年）27-51頁、「銀行監督上の失敗と国家賠償責任：イタリア」筑波ロー・ジャーナル14号（2013年）31-63頁、「銀行監督上の失敗と国家賠償責任：スペイン」筑波ロー・ジャーナル15号（2013年）79-109頁、「銀行監督と国家賠償責任」『会社・金融・法〔下巻〕』（商事法務、2013年）487-525頁。

はフランス及びギリシャであり、少数にとどまる。もっとも、フランスでは、判例上、軽過失にとどまるときには賠償責任を認めないとされており、ギリシャにおいても、金融機関に対する規制・監督に係る当局の義務は個々の預金者というよりは公衆一般との関係で負うものであると理解されている。

ギリシャ、スイス及びオーストリアにおける状況については稿を改めて紹介することとし、本稿においてはポルトガルの状況を概観し、また、EU 拡大により EU 構成国となった国々における状況を簡単に眺めることとする。

II ポルトガル

1 国家賠償責任の枠組み

(1) 1967年11月21日法令第48051号

2007年12月31日法律第67号の制定前においては、1967年11月21日法令第48051号²⁾が国家賠償責任について規定していた³⁾。すなわち、国その他の公的主体は、その機関または職員によって、その職務の遂行またはその結果としてなされた落ち度 (culpa) による違法行為 (actos ilícitos) によって生じた、第三者の権利またはその第三者の利益を保護することを目的とする法令の規定違反につき、私法上、その第三者に対して損害賠償責任を負うとされていた (2条1項)⁴⁾。

2) Decreto-lei n.º 48 051 de 21 de Novembro de 1967, Diário do Governo, 1.ª série, n.º 271, 2041-2042.

3) ポルトガルにおける国その他の公的主体の民事責任に関する法文、学説及び判例の沿革については、たとえば、Cordeiro [2010] p.625-652 参照。

4) また、国その他の公的主体の委員会 (titulares do órgão) の構成員及び行政官 (agentes administrativos) は、その権限を越えて行い、または故意に行った第三者の権利またはその第三者の利益を保護することを目的とする法令の規定違反につき、私法上、その第三者に対して損害賠償責任を負うとされ (3条1項)、故意になされた場合には、国その他の公的主体は当該委員会の構成員または行政官と連帯して賠償責任を負うとされていた (3条2項)。

なお、1966年民法典の制定過程においては、行政行為に基づく不法行為責任を民法典の対象とするか否かが検討されたが、対象外とすることとしたため、法令第48051号において定められたという経緯がある。判例においては、当該加害行為を対象とする法的・制度的枠組みに照らして、ある行為が行政行為か私法的行為であるかを区別してきた⁵⁾。すなわち、行政機関または公務員によって公的権限の行使にあたって、すなわち、公法のルールの下で、かつ、それに従って公的職務を執行するにあたってなした行為は、強制力の行使を伴わなくとも行政行為とされてきた。

不法行為は、違法性、落ち度、損害及び加害と違法行為との因果関係が要件とされるが、法令第48051号の6条は、本法令の適用にあたっては、法令の規定及び一般に適用される原則に反する法律行為、そのような規定及び原則または遵守すべき技術的ルール及び一般的な慎重性に反する有形の行為（actos materiais）は、違法（ilícito）とみなされると規定していた。

(2) 憲法

1976年憲法22条⁶⁾は、「国及びその他の公的主体は、その職務の遂行における作為または不作為及び当該職務遂行を原因とする作為または不作為であって、権利、自由及び保障の侵害または第三者への損害をもたらすものについて、その機関の構成員または公務員もしくは職員と連帯して、民事上の責任を負う。」⁷⁾と規定する⁸⁾。他方、憲法271条1項は、「国及びその他の公的主体の公務員及び職員は、その職務の遂行における作為または不作為及び当該職務遂行

5) Tribunal de Conflitos de 5 de Novembro de 1981 (proferido no processo n.º 124), Tribunal de Conflitos de 20 de outubro de 1983 (proferido no processo n.º 153). *See also* Supremo Tribunal Administrativo de 26 de Setembro 2000 (proferido no processo n.º 46024).

6) 1982年改正前は21条であった。

7) 以下、1976年憲法の日本語訳は、国立国会図書館調査及び立法考査局『各国憲法集（8）ポルトガル憲法』（2014年2月）に依拠している。

8) この規定の趣旨については、たとえば、Canotilho e Moreira [2007] p.426 e segs. 及び Simão [2011] p.143 参照。

を原因とする作為または不作為であって、市民の法的に保護された権利または利益の侵害をもたらすものについて、民事上、刑事上及び懲戒上の責任を負う。この場合において、訴訟または手続きは、いかなる段階においても、上位機関の許可によらない。」と規定するとともに、同条4項は、「法律は、国及びその他の公的主体がその機関の役員ならびに公務員及び職員に対する求償権を有する条件について規律する。」と定めている。

したがって、1967年11月21日法令第48051号の内容は憲法に織り込まれたと理解されていた⁹⁾。

(3) 2007年12月31日法律第67号

2001年7月に、政府は、国家賠償責任に関する法案(Proposta)第95/VIII号¹⁰⁾を議会に提出した。立法趣意書では、ポルトガル法としては初めて(pela primeira vez na ordem jurídica portuguesa)、政治的、立法的または行政的任務の遂行から生じた損害についての国家の契約外責任(不法行為責任)を包括的に対象とする制定法であり、とりわけ、司法上の任務から生じた損害賠償を定める初めての立法であるとされ(Exposição de motivos, 1)、裁判所によって長年にわたって形成されてきたさまざまな結論を法律に盛り込むことが有用であると考えられたためであるとされていた(Exposição de motivos, 2)。

法案第95/VIII号は、議会の解散により、審議未了のため、廃案となったが、翌立法期(第9立法期)には、社会党の議員から、法案第95/VIII号の全部をほぼそのまま含む法案(Projeto de Lei)第148/IX号¹¹⁾が議会に提出された。第1読会終了後に、議会が解散され、法案第148/IX号も廃案となった¹²⁾。

9) 憲法290条2項(1976年制定時には293条)は「この憲法の施行より前の通常の法は、この憲法またはこの憲法に定める原則に反しない限りにおいて、維持される。」と定めている。

10) Aprova o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do estado (Revoga o Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967).

11) Lei da responsabilidade civil extracontratual do Estado (Revoga o Decreto-Lei n.º 48 051, de Novembro de 1967).

法案 (Proposta de Lei) 88/IX 号¹³⁾などを経て、2006年1月20日に、法案 (Proposta de Lei) 56/X 号¹⁴⁾が提出され、2007年12月31日法律第67号¹⁵⁾ (以下、2007年法という) として公布され、これが、現在、ポルトガルにおける国家賠償責任を規律している¹⁶⁾。

2007年法1条では、この法律と一体を成す附属書 (anexo) に定められた国その他の公法上の法人の不法行為 (契約外責任) の制度を承認するものとされている。そして、この法律は、行政作用の行使から生じた損害についての民事責任の特別な制度を保護するものであって (2条1項)、公法上の法人に適用される私法上の不法行為責任に対する法令上のすべての参照を覆すとしている (2条2項)。

附属書1条1項によれば、立法、司法及び行政作用の行使から生じた損害が

12) <<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=19271>>.

13) Aprova o regime jurídico da responsabilidade civil extracontratual do Estado
<<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=19821>>.

14) Aprova o regime da responsabilidade extracontratual civil do Estado e demais entidades públicas
<<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=21144>>.

15) Lei n.º 67/2007 de 31 de Dezembro. Aprova o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas, Diário da República, 1.ª série, n.º 251, 9117-9120. なお、Lei n.º 31/2008 de 17 de Julho, Proceda à primeira alteração à Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, que aprova o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas, Diário da República, 1.ª série, n.º 137, 4454により、7条2項について改正がなされている (これは、欧州委員会が、2007年法は、2004年10月14日欧州司法裁判所判決 (後掲注19) を適切かつ完全に遵守するものとはなっていないとして、罰則金の支払いを命ずることを欧州司法裁判所に申し立てたため、2007年法で十分に対応しているが、紛争を避けるためという理由で行った改正である。cf. Judgment in Case T33/09 *Portugal v Commission*; Judgment in Case C-292/11P *Portugal v Commission*).

16) *Gomes* は、2007年法はポルトガル憲法の基本原則を実現するために不可欠な立法であると評価している (*Gomes* [2008] p.11)。

対象とされ、同条2項によれば、行政作用の行使には、公権力の行使における、または行政法の規定により規律されている作為及び不作為が含まれる。同条3項は、この法律は、特別法の定めにかかわらず、行政及び司法作用の行使における作為もしくは不作為、またはその行使の結果生じた損害についての機関の役員 (*titular de órgão*)、職員 (*funcionário*) 及び公務員 (*agent público*) の責任をも規律すると定め、同条4項はこの法律の規定は当該機関の他の従業員 (*trabalhador*) の責任にも適用されるとする。さらに、同条5項は、これらの規定は、公権力の行使における、または行政法の規定または原則により規律されている作為及び不作為により生じた損害についての私法上の法人及びその従業員、役員、代表者または補助者の責任にも適用されると定めている¹⁷⁾。

附属書7条1項は、機関の役員、職員または代理人の軽過失による、行政作用の行使における作為もしくは不作為、またはその行使の結果生じた損害についての賠償責任は、国その他の公法上の法人のみが負うと定めている¹⁸⁾。他方で、同条3項は、国その他の公法上の法人は、損害が機関の役員、職員または代理人の特定の行為の結果として生じた場合でなくとも、また、行為または不作為の主体を証明することができない場合であっても、その損害が当該役務の異常な実施 (*funcionamento anormal do serviço*) に帰すべきときには損害賠償責任を負うとしている¹⁹⁾。そして、同条4項は、その状況と平均的な結果のパターンに照らして、損害を防止しうるために行うことが合理的に求められることを行わないときに役務の異常な実施があるとする。また、附属書9条は、違法性 (*Illicitude*) について定めている。すなわち、憲法の規定、法律の原則ま

17) *For details, see e. g. Barra* [2011] p.138.

18) *For details, see e. g. de Mesquita* [2009] p.19.

19) これは、2004年10月14日欧州司法裁判所判決 (*Judgment in Case C-275/03 Commission v Portugal*) が、公共調達分野で共同体法違反による被害者に対する損害賠償を落ち度または許害を立証することを条件として認める国内法を廃止しなかったことは構成国としての義務を果たしていないと判示したことを背景としている。なお、このような定めが設けられていることにつき、*Barra* は、国その他の公法上の法人の損害賠償責任は独特であると評価している (*Barra* [2011] p.142)。

たは規制上のルールに違反または専門的ルールまたは注意義務を破った機関の役員、職員及び代理人の行為または不作為であって権利または法的に保護された利益を侵害した行為は違法であるとみなされるとされ（第1項）、7条3項の規定に従って、役務の異常な実施の結果、権利または法的に保護された利益を侵害したときにも違法であるとされている（第2項）。ここでいう違法性には客観的な違法性のみならず主観的な違法性が含まれている²⁰⁾。

さらに、附属書10条は、落ち度（culpa）について定めている。すなわち、機関の役員、職員及び代理人に落ち度があるかどうかは、それぞれの事案の状況に照らして、役員、職員または代理人に要求されることが合理的な注意と技能によって判断されなければならないとされ（第1項）、故意または重過失があったことが示される場合は格別、違法行為がなされた場合には軽過失があったことが推定されるとする（第2項²¹⁾。そして、法律により定められている他の場合に加え、民事責任の一般原則を適用することによって、正当な注意を欠いた場合には、軽過失が推定されるものとされる（第3項²²⁾。

狭義の落ち度（culpa）、すなわち、過失（negligência）とは、認識のある過失、すなわち、軽率、思慮に欠けるような慌てもしくはだらしなさ（leviandade, precipitação, desleixo）による注意義務違反、または、認識のない過失、すなわち、不注意もしくは能力不足（descuido, imperícia ou inaptidão）により、事実を知らなかったもしくは正当な注意を払ったとすればそのようには行動しなかったように行動したことを意味する。

1967年法令第48051号が、他の法律上の規準がない場合には、それぞれのケースに応じたよい家父の注意（diligência de um bom pai de família）に照らして

20) Cadilha [2009] p.254 e segs..

21) なお、民法典487条1項は、法令上、落ち度を推定する規定が設けられている場合を除き、被害者が行為者に落ち度があったことを立証しなければならないと規定している。

22) なお、第4項は、複数の者が責任を負うときは民法典497条の規定が適用されると定められている。なお、民法典497条1項は、「複数の者が損害について責任を負う場合、これらの者は連帯債務者として責任を負う。」と定めている。

判断するとする民法典487条を参照していたのに対し、2007年法では、文言上は、熱心な代理人と行為者に求められる注意と合理的な適合性が要件とされている。注意の水準との関連における重過失が、すべての基準、負っているすべての注意義務を無視することであることとの対比からは、大部分の人にだれもが原則として払うような注意を払わないことをさせるようなこと²³⁾ということになる。落ち度の法的な判断基準の変化に伴い、平均的な注意を払う被用者像及び当該事案における代理人の知識を考慮に入れるという、被用者の側に着目した役務のルールを無視することになる。

他方、よい家父という考え方を適応し、追及するというアプローチからは、平均的な注意 (*diligência média*)²⁴⁾を払わなかったことが落ち度であるということになる。これは、合理人基準²⁵⁾または法と経済学における「平均人 (*average person*)」基準に相当するものであるが、活動する専門家的環境及びその知識の結果、もはや、平均的な職員が平均的な人として注意を尽くすことを要求するものではなくなっている²⁶⁾。

附属書は、国などは、このように過失責任の枠組みにおいて賠償責任を負うものとしつつ、国などの機関の役職員などが違法な行為を行ったときには、落ち度が推定されるものとしており²⁷⁾、違法性阻却の不存在、有責性阻却の不在

23) Varela [1998] p.598, nota 1.

24) Cadilha [2009] p.145.

25) Almeida Costa [2009] p.583 e 584.

26) *See also* Cadilha [2011] p.197-198.

27) 他方、故意または重過失（その職階に照らし求められるよりも明らかに劣った注意と熱心さ (*diligência e zelo*) をもって）による行為による損害については、国その他の公法上の法人と行為者との連帯責任が定められている（附属書8条）。そこで、たとえば、*Caupers* は、軽過失は、劣った注意と熱心さをもって加害者が行為したが、しかし、その職階に照らし求められるよりも明らかに劣ってはいないときに認められると整理している (*Caupers* [2011] p.330)。故意または重過失によるものであることを主張する場合には、原告は、違法性、行為者の落ち度、損害及び違法行為と損害との因果関係を立証しなければならぬと解されている (*cf. Amaral* [2011] p.720 e segs.)。なお、故意による加害行為の類型については、たとえば、*Gomes* [2008] p.42 参照。

在、関連を有しない被害の不存在及び因果の中断事由の不存在が責任を負う要件とされると指摘されている²⁸⁾。

2 *Banco Espírito Santo* 事件

2014年に、*Banco Espírito Santo* が36億ユーロの半期損失を計上した後、ポルトガル中央銀行は、同年8月3日に同行を支配し、翌日、同行を分割した。すなわち、問題のない資産及び負債をブリッジバンクである *Novo Banco* に移転し、残りの資産及び負債を *Banco Espírito Santo* に残し、*Banco Espírito Santo* は不良銀行 (*banco mau*) として存続することになった。

そこで、たとえば、消費者保護協会 (*Defesa do Consumidor, DECO*) は、2000人以上の株主を代表して、*Banco Espírito Santo* 及びその関連会社の真の状況について警告を受けないで損害を被ったとして、ポルトガル中央銀行及び証券取引委員会に対して損害賠償を求める訴えを提起した²⁹⁾。*DECO*によれば、ポルトガル中央銀行及び *Maria Luís Albuquerque* 大蔵大臣は、*Banco Espírito Santo* が株式を公募し、また、健全銀行と不良銀行とに分割をする前に、*Banco Espírito Santo* が有していた問題を認識していたにもかかわらず、*Banco Espírito Santo* についてなんらの措置も講じなかった。遅くとも2013年には、*Espírito Santo* グループの非金融部門の問題を把握し、それが銀行部門に与える影響があるにもかかわらず、ポルトガル中央銀行総裁は、*Banco Espírito Santo* の解散 (上述の分割) を決定する数日前には、同行には支払能力がある旨を言明していた。そこで、「この言明は、重大な過失によってなされたものであり、

28) Otero [2010] p.966 e segs..

29) このほかにも訴訟が提起されていることにつき、たとえば、*Accionistas do BES responsabilizam Carlos Costa por "gravíssima negligência"*
<<http://www.publico.pt/economia/noticia/accionistas-do-bes-responsabilizam-carlos-costa-por-gravissima-negligencia-1683534>>, *BES: Quase 500 pequenos acionistas apresentam duas ações populares na Justiça*
<<http://www.publico.pt/economia/noticia/quase-500-pequenos-accionistas-do-bes-apresentam-duas-accoes-populares-na-justica-1676176>> 参照。

株式を取得し、または売却せずに持ち続けた多くの投資者にとって欺罔的であった」と原告は主張している。また、解散の決定につながるようになった、深刻な監督上の失敗があったとも主張している³⁰⁾。

3 ポルトガル中央銀行の役職員の保護

上述したように、一般原則として、国その他の公法上の法人の機関の役員、職員または代理人に軽過失のみがある場合には、国その他の公法上の法人のみが損害賠償責任を負い、当該役員、職員または代理人は責任を負わない（2007年法附属書7条1項）。

このように、軽過失の場合には役職員等は個人では責任を負わないとされているのは、立法上の政策的配慮に基づくものであり、役職員等の注意や関与が不十分である場合には民事責任を負うとすれば生ずるおそれがある、行為を控えるということ——これは行政の効率性に悪影響を与えるという結果にもなる——を回避することを目的とするものである³¹⁾。また、*Caupers* も、行政庁の役職員や代理人によってなされた行為について、被害者がその者に対してのみ、かつ直接的に損害賠償を請求できる可能性を法定することは、公行政活動の通常の実施に対して深刻な帰結をもたらす可能性があるとする。すなわち、代理人が、——判断に緊急性が求められる場合には生ずる可能性が高いが——状況を十分に評価できずに自己の行為によって他人に害を与える可能性に直面すれば、躊躇し、上司に相談し、結局、なんらの行為もせず、そのような不作為がより多くの損害を生じさせることがあると指摘している³²⁾。

30) Desenvolvimento sobre as ações a correr termos em tribunal 001

<<http://www.associacaoodeinvestidores.com/index.php/comunicados/comunicados-publicos/320-lesados-bes-desenvolvimento-001-desenvolvimento-sobre-as-accoes-a-correr-termos-em-tribunal-001>>, Clientes avançam com novas ações judiciais contra o BES, Ricardo Salgado e Novo Banco (22 Abr, 2015)

<http://www.rtp.pt/noticias/economia/clientes-avancam-com-novas-acoes-judiciais-contra-o-bes-ricardo-salgado-e-novo-banco_n822332>.

31) Cadilha [2011] p.144, Maças [2011] p.67-68.

他方、機関の役員、職員または代理人に重過失または故意がある場合に、当該役員等及び国その他の公法上の法人が連帯して、損害賠償責任を負い、国その他の公法上の法人が損害を賠償したときには、国その他の公法上の法人は当該役員等に対して求償権（*direito de regresso*）を有する（2007年法附属書8条1項から3項）³²⁾。

これに対して、信用機関及び金融会社の一般規則³⁴⁾の12条3項は、ポルトガル中央銀行（*Banco de Portugal*）の決定により第三者に損害が生じた場合には、加害者の個人的な民事責任は、その行為が犯罪行為にあたる場合を除き、ポルトガル中央銀行による償還請求訴訟によってのみ、かつ、行為の重大性にかんがみて正当化される場合に限り、追及することができると定めている。

そこで、2007年法附属書8条3項と信用機関及び金融会社の一般規則12条3項との適用関係が問題となる³⁵⁾。これは、前者が後に定められたルールだからである。ここで、前者が一般法、後者が特別法という位置づけであるとすれば、後者が優先的に適用されることになるが、2つのルールの間では、役員等が個人的に責任を負う範囲及び直接責任を負う範囲についての差異が存在するにとどまり、信用機関及び金融会社の一般規則12条3項ではポルトガル中央銀行が有する求償権については言及されておらず、一般原則に従い、求償権を行使する義務を負っているということになりそうである。しかし、信用機関及び金融会社の一般規則12条3項が銀行監督における責任というデリケートなものであり、活動を抑制し、また、職務執行の独立性を損なうおそれがあることに着目して、個人的かつ直接の責任について特則を設けたものであるとすると、

32) Caupers [2004] p.20.

33) 償還を請求しなければならないかどうかについて、学説は分かれているが（*See e. g.* Vieira de Andrade [2008]）、たとえば、*Gomes*は償還を請求することは義務であると解している（*Gomes* [2008] p.30）。*Maças*も同様である（*Maças* [2011] p.68）。また、*Cadilha* [2011] p.171-175参照。

34) Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (aprovado pelo Decreto Lei n° 298/92, de 31 de dezembro).

35) *Maças* [2011] p.68.

立法当時においても、求償権の行使の行使は任意であったと解さないと意味を成さないと *Maças* は述べている³⁶⁾。

また、信用機関及び金融会社の一般規則12条3項については、行政上の保障 (*garantia administrativa*) または職員の保障 (*garantia dos funcionários*) の不平等の新たな形態を設けることによって、憲法22条、271条及び13条³⁷⁾に違反するのではないかという疑義が生ずるおそれがあると指摘されている³⁸⁾。

4 ポルトガル中央銀行の責任

(1) 監督における落ち度

ポルトガル中央銀行が銀行監督上の過失により、監督対象銀行の株主や預金者等に対して、賠償責任を負うというのは、通常、監督における落ち度 (*culpa in vigilando*) によるものである。

附属書10条3項の下で、監督における落ち度は、規制当局がある個人の一定の行動または活動、市場運営を監督またはコントロールする義務を懈怠し、その結果、不法な行為がなされ、第三者が損害を被った場合にあるものとされる³⁹⁾。すなわち、規制当局が、監督またはコントロールを行わず、または不十分に行ったことによって、損害が生じた場合に監督における落ち度があったとされるが、命令を発したり、ある決定を行う義務を履行しなかった場合と、監督や検査を行うという観点から、適切な措置を講じることを怠った場合との両方を含む。

36) *Maças* [2011] p.69.

37) 1 全ての市民は、等しい社会的尊厳を有し、法の前に平等とする。

2 何人も、血統、性別、人種、言語、出身地、宗教、政治的もしくはイデオロギー的な信条、教育、経済状況、社会的身分または性的指向を理由として、特権を受けず、利益を受けず、損害を受けず、いかなる権利も剝奪されず、またはいかなる義務も免除されることはない。

38) *Maças* [2011] p.69. cf. *Catarino* [2010] p.349.

39) cf. *Raposo* [2006] p.69. 不作為による損害賠償責任については、たとえば、*Cortez* [2003] p.33 e segs., *Cadilha* [2011] p.146-151 参照。

しかし、監督における落ち度が認められるためには、単に行為をしなかったことまたは純然たる無活動（*simples inércia ou pura inactividade*）では不十分であり、違法性が認められるためには、法律、規則または専門的ルールから生ずる作為義務が必要とされ、かつ、作為義務違反が法的に保護されている権利または利益を害することになることが要件とされる（2007年法附属書9条1項）⁴⁰⁾。

しかも、監督における落ち度との関係で問題となるのは、規制当局ではなく、規制対象である主体の行為によって損害が引き起こされているという点が問題となる。すなわち、監督当局の不作为が、損害の独立した、かつ、もっばらの原因ではなく、併存する原因（*concausa*）にすぎないときに⁴¹⁾、その損害を監督当局に帰責できるかという問題がある⁴²⁾。因果関係の存在のレベルだけではなく、損害に対する寄与度も問題となる。そして、検査などにおいて監督当局の広範な裁量が認められていることは因果関係の立証をさらに難しくする⁴³⁾。

（2）損害賠償を求めることができる者の範囲

銀行監督上の落ち度がある場合に、どの範囲の者が損害賠償を請求できるかという問題も重要である⁴⁴⁾。監督対象である銀行、その預金者、投資家及び株主を含む第三者に損害が生ずる可能性があり、法律上、保護されている権利として、信用力、名声及び評判なども想定できる。損害を被った者について、法的に保護されている権利または利益の侵害が認められるかというメルクマール

40) 不作为による責任（*responsabilidade in ommitendo*）と監督における落ち度による責任（*responsabilidade in vigilando*）との区別については、たとえば、Raposo [2006] p.69-70 参照。なお、民法典486条は、単純不作为は、その他の法律上の要件が存在する場合、または、法律または法律行為に基づいて当該行為をなす義務が存在する場合に、損害賠償義務を生じさせると規定している。

41) *cf.* Cortez [2003] p.37.

42) *cf.* Cadilha [2011] p.147. STA (Supremo Tribunal Administrativo) de 22 de Junho de 2010 (Processo n.º 755/09). ただし、STA de 25 de novembro de 1998 (Processo n.º 38 737).

43) Maçãs [2011] p.70-71.

44) 信用機関及び金融会社の一般規則12条3項は、第三者（*terceiros*）とのみ定めており、それを制約するような修飾語は付加されていない。

が適用されるが、監督当局（の役職員等）が違反した基準がどのような特定の法的利益の実効的保護を立法趣旨として有していたのかが第1の判断基準であり、つぎに、主たる公益の補完物（*complemento de um interesse público primacial*）が考慮に入れられるべきであると指摘されている⁴⁵⁾。すなわち、保護効のある法律の範囲及び目的の範囲内に入る法的利益が保護対象とされる。

銀行監督のうち、行為規制は銀行の顧客を直接的な保護範囲に含めているが、健全性の監督のルールがその目的としていること、保護範囲に含めているものが何かについてはよりデリケートな問題がある。なぜなら、健全性監督は金融セクターの安定性、堅牢性及び金融セクターに対する信頼という公益を保護することを中核としているからである⁴⁶⁾。もっとも、金融の安定性が憲法上保護されている価値であることに加え、憲法101条が、「財政制度は、貯蓄の形成、蓄積及び保護ならびに経済的及び社会的な発展に必要な財政資金の投入を保障するように、法律により構築される。」（圏点—引用者）と規定していることから、預金者や投資家個人を保護することも目的とされているという主張がある⁴⁷⁾。そして、預金者や投資者の保護は総体的利益の保護の単なる反射的效果にとどまらず⁴⁸⁾、法がある法益を保護しようとしているのは特定のある私益を保護するために必要または適切であるからであると考えられる⁴⁹⁾。

しかし、この憲法上の保護は、預金保護基金⁵⁰⁾による保護によって実現されているという評価も可能である⁵¹⁾。

45) *cf.* de Andrade [2011] p.60-61.

46) ただし、健全性の監督は、個々の金融機関の安全性と安定性をコントロールし、金融機関の健全で慎重な経営を確保するものである。

47) Canotilho e Moreira [2007] p.1082.

48) Maças [2011] p.72.

49) de Andrade [2011] p.61.

50) 信用機関及び金融会社の一般規則 154 条以下。

51) Maças [2011] p.72-73.

(3) 純粋経済損失

銀行の健全性監督上の落ち度がある場合に、たとえば、監督対象銀行の株主が被る損害は純粋経済損失 (danos puramente patrimoniais)⁵²⁾である。反対説も現れてきているが⁵³⁾、従来通説は、純粋経済損失について、不法行為に基づく賠償請求を否定してきた⁵⁴⁾。

そして、*Calvão da Silva* は、監督における公益を考慮に入れると、純粋経済損失について損害賠償請求を認めることは、最も適切 (adequada) でも、よりバランスがとれている (proporcionada) わけでも、最も公正 (justa) でもないとする。そして、株主との関係では、株主の損害は会社が被った損害と分離できず、反射的な損害⁵⁵⁾であり、賠償請求を認めると、二重の損害賠償を認めることになるとする⁵⁶⁾。

(4) 軽過失免責の可能性

ポルトガル中央銀行の役職員や代理人に、その任務を遂行するにあたって、軽過失があった場合に、ポルトガル中央銀行が不法行為責任を負わなければならないかどうかについては、憲法22条のみならず、その他の憲法上の原則及び中央銀行の位置づけと役割とを考慮に入れて、慎重に検討すべき問題であると指摘されている⁵⁷⁾。

たとえば、*Gonçalves* は、ポルトガル中央銀行などのように、その任務と要

52) *For details, see e.g. Leitão* [2009].

53) *See e.g. Monteiro* [1989] p.545-582. また、*Pinto* [2004] p.178 参照。

54) *e.g. Jorge* [1968] p.302 e segs., *Monteiro* [1989] p.181 e segs. e 188 e segs., *Pinto* [2004] p.178, de *Albuquerque e Pereira* [2004] p.230 e segs., *Leitão* [2010] p.120 e segs., da *Frada* [2011] p.75. *See also Bussani and Palmer* (eds.) [2003]. また、1966年民法典の起草者である *Serra Vaz* は法律に特段の規定がある場合を除き、純粋経済損失は不法行為責任の対象とはならないという立場をとっていた (*Serra Vaz* [1959] [1960])。

55) *See e.g. de Albuquerque e Pereira* [2004] p.246.

56) *Calvão da Silva* [2008] p.170 e segs., *Leitão* [2010] p.121, *Esteves* [2013] などとも同旨。この点は、ポルトガルにおいて最も議論が活発な論点の1つである。

57) *Gonçalves* [2012] p.4.

求事項について固有の複雑性が認められる、意思決定主体に対しては、受忍されるべきリスクの余地 (*uma margem de risco tolerável*) を認める必要があるとする⁵⁸⁾。

すなわち、ポルトガル中央銀行は金融システムの安定性について責任を負う一方で (ポルトガル中央銀行設置法⁵⁹⁾12条c号)、信用機関及び金融会社の行為及び健全性を監督する責任を負っている (ポルトガル中央銀行設置法17条)。行為規制は、投資者及び消費者を保護し、金融商品の性格についての情報の非対称性を緩和するために、金融機関の行為、活動、顧客及び他の機関に対する対応の準則に焦点をあてたものである。他方、健全性の監督は、金融活動及びの安定性と安全性を確保し、重要なシステミック・リスクを解消しようとするものである。金融機関の規制当局及び監督当局は、このような複数の目的を同時に実現するという困難さに直面していると理解されている⁶⁰⁾。

そして、規制を最小限にとどめることは資本の流入を促進するかもしれないが、情報の質を低下させ、監督当局の注意のレベルを劣化させるおそれがある。このような場合には、ポルトガル中央銀行は、規制は純然たる公式なまたは法律尊重主義的な手法に基づくことができず、逆に、競争上の不利益と消費者に対する有害な効果を防止するために、効率性と競争力という目的、法外かつ専門的な規準に照らして、しかも、会社が活動している市場を特徴づける構造的要素を考慮に入れて⁶¹⁾、行動せざるをえなくなる可能性がある。

58) Gonçalves [2012] p.4. *See also* Gomes [2008] p.36 e segs., Maçãs [2011] p.156 e 157.

59) Lei Orgânica do Banco de Portugal, aprovada pela Lei nº 5/98, de 31 de Janeiro, altera a Lei Orgânica do Banco de Portugal, tendo em vista a sua integração no Sistema Europeu de Bancos Centrais.

60) Pina は、規制と監督の予想に反する効果の背景には、規制・監督当局の側が金融機関の流動性または支払能力についての危機について懸念を持つような、金融機関の財政状態についての包括的な情報を有していないことなどがあると指摘している (Pina [2005] p.126)。それにもかかわらず、流動性または支払能力についての危機がある場合には、ポルトガル中央銀行は金融機関を救済するために、あるいは金融機関の破たんから生ずる損害を最小限にとどめるために、何らかの方策 (前者としては最後の貸し手としての機能を引き受け、後者としては金融機関の更生または清算) を講じざるをえなくなることがある。

このような多くの、しかも複雑な任務がポルトガル中央銀行に与えられていることは、軽過失の場合に免責されることを正当化する根拠となると *Gonçalves* は主張する。このような例外は、ポルトガル中央銀行（及び、これを通じて、その機関の役員）と監督対象となっている金融機関との間での絶え間ない紛争と混乱が生ずることを防ぐ必要性からも提唱されるとする⁶²⁾。

また、憲法267条2項は、「法律は、行政の分権化及び集中排除の適切な方式について定めるものとする。ただし、行政の活動の必要とされる効率性及び統一性ならびに所管の機関の指揮、監督及び後見保護の権能を妨げない。」と定めており、行政の実効性と効率性は憲法上の原則の1つとされているが、この観点からは、ポルトガル中央銀行の任務の合理的な追求のためには、より広い許容範囲とリスクをとる余地を与えることが必要とされると指摘されている。

そして、*Cordeiro* によれば、ポルトガル中央銀行は、すばやく、かつ実効的でなければならないとされている。それは、行政裁判所の遅さゆえに、銀行業のダイナミックな速さに直面して、金融システムの機能と信頼性を確保するためには、ポルトガル中央銀行は、司法審査による実効的なコントロールなしにその監督権限を行使できるようにする必要があるからであると主張されている⁶³⁾。

以上に加えて、憲法266条2項は、「行政の機関及び職員は、この憲法及び法律に服するとともに、その職務の遂行において、平等、比例、公正、不偏不党及び信義の原則を尊重して、行動しなければならない。」として、比例性の原則を定め、同条1項は、「公行政は、市民の法的に保護された権利及び利益を尊重して、公益の追求を目的とする。」と定めている。そこで、*Gonçalves* は、公益の追求⁶⁴⁾を根拠として、特別な任務と一定の特徴（独立性と高い専門的複雑性）を有する主体については、その地位の要件と整合的なシステムから利益

61) Pina [2005] p.141-142.

62) *Gonçalves* [2012] p.8.

63) *Cordeiro* [2012] p.904.

64) *Amaral* [2011] p.40.

を受けられると考えるべきであるとする。すなわち、軽過失の場合に、役職員などが個人的責任を負わないことが正当化できるのであれば、公的主体も免責できるのではないか、公的主体に影響を与えることは、事実上、不可避的にその役職員に影響を与えるはずだからであると論じている⁶⁵⁾。Gomes も、ますます複雑化する行政サービスを前提とすると、憲法上保護されている価値との均衡上、異常な損害を被った被害者にのみ不法行為に基づく損害賠償請求を認めるという余地を検討する必要があるという見解を示している⁶⁶⁾。Maças も比例性の原則を根拠として、公的主体が責任を負う場合を異常な損害に限定することが適切であるという立場をとっている (Maças [2011] p.67, note 36)。

Maças は、さらに、憲法 102 条が「ポルトガル中央銀行は、国の中央銀行とし、法律及びポルトガル国が拘束される国際規範の定めるところにより、その職務を遂行する。」と定めており、ポルトガル中央銀行は、憲法上の主体であって、自律性を有し、独立した地位を有するもの⁶⁷⁾であることに着目する。そして、裁判官などに対する求償権の行使は義務的ではないことをふまえると、その役職員に軽過失のみが認められる場合にはポルトガル中央銀行は損害賠償責任を負わないと解することにも相当の根拠があるという論拠を示している。すなわち、2007 年法附属書 14 条 1 項は、裁判官及び検察官については、その職務の遂行から生じた損害については、刑事責任を別として、直接には賠償責任を負わないが、それらの者が故意または重過失により行為したときには、国は求償権を行使できると定めているが、同条 2 項は、裁判官に対して求償権を行使するかどうかの決定は、懲戒権限を行使することができる所轄機関⁶⁸⁾が非公式に、

65) Gonçalves [2012] p.10 e 11.

66) Gomes [2008] p.36-37.

67) なお、憲法 267 条 3 項は「法律は、独立した行政主体を創設することができる。」と定めている。

68) 憲法 217 条は、「司法官高等評議会は、法律の定めるところにより、司法裁判所の裁判官の任命、配置、転任及び昇任ならびに懲戒の実施に関する権限を有する。」と定めている。したがって、司法官高等評議会が求償権の行使に関する権限も有することになる。

または司法大臣の申立てに基づいて行うとしており、求償権の行使は義務的ではない⁶⁹⁾。このような定めが設けられているのは、裁判官の独立性を担保しようとする趣旨に基づくものであり、そうであれば、ポルトガル中央銀行に与えられている独立性を損なわないという観点から、ポルトガル中央銀行の責任が限定されるということも説明がつくということを、*Maças* は、示唆している。

参考文献

- de Albuquerque, Pedro e Maria de Lurdes Pereira [2004] A responsabilidade civil das autoridades reguladoras e de supervisão por danos causados a agentes económicos e investidores no exercício de actividades de fiscalização ou investigação, in : Cordeiro, António Menezes e Ruy de Albuquerque (coord.), *Regulação e Concorrência : Perspectivas e Limites da Defesa da Concorrência*, Almedina : 203-248
- Almeida Costa, Mario Júlio de [2009] *Direito das Obrigações*, 12ª Edição, Almedina
- Amaral, Diogo Freitas do [2011] *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 2ª Edição, Almedina
- de Andrade, Vieira [2011] *A Justiça Administrativa*, Almedina
- Esteves, Leandro Caldas [2013] Da (des) intervenção do Estado na economia por via da devolução de atribuições para as entidades reguladoras independentes—Breve incursão pelo instituto jurídico da responsabilidade civil administrativa, *JusJournal*, N.º 1698, 28 de Maio de 2013, JusNet 97/2013
- <http://jusjournal.wolterskluwer.pt/Content/Document.aspx?params=H4sIAAAAAAEAO29B2AcSZYJi9tynt_SvVK1-B0oQiAYBMk2JBEOzBiM3mkuwdaUcjKasqgcpIVmVdZhZAzO2dvPfee--999577733ujudTif33_8_XGZkAWz2zkrayZ4hgKrIHZ9-fB8_IorZ7L0nb3b4ubd3__4vvMzrpqiWn-3t7N7bub_LHxTn10-r6ZvrVf7ZeVY2-f8D58Q3XTUAAAA=WKE>
- Barra, Tiago Viana [2011] A responsabilidade civil administrativa do Estado, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 71, n.º I : 111-206
- Bussani, Mauro and Vernon Valentine Palmer (eds.) [2003] *Pure Economic Loss in Europe*, Cambridge University Press
- Cadilha, Carlos Fernandes [2009] O Novo Regime de Responsabilidade Civil do Estado e demais Entidades Públicas pelo Exercício da Função Administrativa, *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n.º 11 (1º Semestre 2009) : 245-263
- Cadilha, Carlos Alberto Fernandes [2011] *Regime de Responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas—Anotado*, 2ª Edição, Coimbra Editora

69) cf. Cadilha [2008] p.234

- Calvão da Silva, João Nuno Cruz Matos [2008] *Mercado e Estado*, Almedina
- Canotilho, José Joaquim Gomes e Vital Moreira [2007] *Constituição da República Portuguesa—Anotada*, 4ª Edição, Vol. I, Coimbra Editora
- Canotilho, José Joaquim Gomes e Vital Moreira [2010] *Constituição da República Portuguesa—Anotada*, 4ª Edição, Vol. II, Coimbra Editora
- Catarino, Luis Guilherme [2010] *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros*, Almedina
- Caupers, João [2004] Os malefícios do tabaco, Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 236/04, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 46 : 3-20
- Caupers, João [2011] *Introdução ao Direito administrativo*, 10ª Edição, Âncora
- Cordeiro, António Menezes [2010] *Tratado de Direito Civil Português*, livro II, tomo III, Almedina
- Cordeiro, António Menezes [2012] *Manual de Direito Bancário*, 4ª Edição (Reimpressão), Almedina
- Cortez, Margarida [2003] A responsabilidade civil da Administração por omissões, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 40 : 32-38
- da Frada, Manuel A. Carneiro [2011] *Direito Civil—Responsabilidade Civil—O Método do Caso*, Almedina
- Gomes, Carla Amado [2008] *Três textos sobre o novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, A. A. F. D. Lisboa
- Gonçalves, João Mendonça [2012] *Da culpa leve na responsabilidade civil extracontratual do Banco de Portugal*
<[http : //www.institutovaloresmobiliarios.pt/estudos/pdfs/1382450188da_culpa_leve_na_responsabilidade_civil_extracontratual_do_banco_de_portugal_jg_vf.pdf](http://www.institutovaloresmobiliarios.pt/estudos/pdfs/1382450188da_culpa_leve_na_responsabilidade_civil_extracontratual_do_banco_de_portugal_jg_vf.pdf)>
- Gonçalves, Pedro Costa [2006] Direito Administrativo da Regulação, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, Vol. II, Coimbra Editora : 535-573
- Jorge, Fernando de Sandy Lopes Pessoa [1968] *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Centro de Estudos Fiscais da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, Ministério das Finanças
- Leitão, Adelaide Menezes [2009] *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, Almedina
- Leitão, Luis Manuel Teles de Menezes [2010] A responsabilidade civil das entidades reguladoras, in : *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*, Vol. III, Coimbra Editora : 113-122
- Machete, Rui Chancerelle de [2011] Estatuto e Regime das Entidades Reguladoras, em especial dos Bancos Centrais, in : *Estudos de Direito Público PLMJ*, Coimbra Editora : 7-34 (=

- [2012] in : Puig, Manuel Rebollo (coord.), *La regulación económica : en especial, la regulación bancaria : actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, Iustel : 83-104)
- Maças, Fernanda [2011] Responsabilidade civil das entidades reguladoras, *Cadernos de Justicia Administrativa*, n.º 88 : 57-74 (= [2012], in : Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado e João Carlos Loureiro (coords.), *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Vol. I, Coimbra Editora : 425-455)
- de Mesquita, M. J. R. [2009] *O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas e o Direito da União Europeia*, Almedina
- Monteiro, Jorge Sinde [1989] *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou Inforrmações*, Almedina
- Morais, Carlos Blanco de [2011] As Autoridades Administrativas Independentes na ordem jurídica portuguesa, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 61, n.º 1 : 101-154
- Moreira, Vital e Fernanda Maças [2003] *Autoridades Reguladoras Independentes –Estudo e Projecto de Lei–Quadro*, Coimbra Editora
- Otero, Paulo [2010] Causas de exclusão da responsabilidade civil extracontratual da administração pública por facto ilícito, in : *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. II, Coimbra Editora : 965-985
- Pina, Carlos Costa [2005] *Instituições e Mercados Financeiros*, Almedina
- Pinto, Eduardo Vera-Cruz [2004] A regulação pública como instituto jurídico de criação prudencial na resolução de litígios entre operadores económicos no início do século XXI, in : Cordeiro, António Menezes e Ruy de Albuquerque (coord.), *Regulação e Concorrência : Perspectivas e Limites da Defesa da Concorrência*, Almedina : 159-202
- Raposo, João [2006] Novas fronteiras da responsabilidade civil extracontratual da Administração, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 58 : 67-73
- Serra Vaz, Adriano Paes da Silva [1959] Responsabilidade de terceiros no não cumprimento das obrigações, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 85 : 345-360
- Serra Vaz, Adriano Paes da Silva [1960] Requisitos da responsabilidade civil, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 92 : 37-136
- Simão, Jorge André Carita [2011] A responsabilidade civil das autoridades reguladoras, *Revista de Concorrência e Regulação*, ano II, n.º 6 : 117-165
- Sousa, Marcelo Rebelo, e André Salgado Matos [2007] *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Dom Quixote
- Varela, João de Matos Antunes [1998] *Das Obrigações em geral*, 9ª Edição, Vol. I, Almedina
- Vieira de Andrade, José Carlos [2008] A Responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa na nova lei sobre responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entes publicos, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 137, n.º 3951 : 360-371

Ⅲ EU 拡大により EU 構成国となった国々

2004年5月1日以降にEU構成国となった国々の状況を概観すると、本章のような状況となっている⁷⁰⁾。

世界銀行が2012年に行った調査（World Bank [2012]）は、監督対象銀行に生じた損害に係る賠償責任については、下表のような結果を示している。

1 ブルガリア

ブルガリアにおける金融監督当局はブルガリア中央銀行（Българска народна банка）と金融監督委員会（Комисията за финансов надзор）とであるが、いずれも政府の一部と位置付けられており、不適切な監督を行ったことによる損害賠償責任は、国家及び自治体賠償法（Закон за отговорността на държавата и общините за вреди⁷¹⁾）の規定によって規律されている。国家及び自治体賠償法の1条1項は、国及び自治体は、国の機関も

	12.9 監督に従事するスタッフは、善意で行った行為または不作為によって監督対象銀行に生じた損害について賠償責任を負うことがあるか	12.9.1 そうであれば、2006年から2011年の間に、賠償責任を負うとされたことはあるか	12.10 監督機関は、その行為によって監督対象銀行に生じた損害について賠償責任を負うことがあるか	12.10.1 そうであれば、2006年から2011年の間に、賠償責任を負うとされたことはあるか
ブルガリア	なし	なし	なし	—
キプロス	なし	—	あり	なし
エストニア	なし	—	あり	なし
ハンガリー	なし	—	あり	あり
ラトビア	あり	なし	あり	なし
リトアニア	あり	なし	あり	なし
マルタ	なし	なし	あり	なし
ポーランド	なし	—	なし	—
ルーマニア	なし	あり	あり	なし
スロベニア	なし	—	あり	なし
スロバキア	あり	なし	あり	あり

70) 本章は、Dijkstra [2012] を参考にしつつ、各国の状況を調査したものである。

しくは自治体の当局または公務員が行政行為にあたってまたはそれに関連してなした法令に違反した行為、作為または不作為によって自然人または法人に生じた損害について責任を負うものとしている⁷²⁾。金融監督委員会の責任については明文の規定は設けられていないが、ブルガリア中央銀行の責任については、2006年金融機関法 (Закон за кредитните институции)⁷³⁾がブルガリア中央銀行、その機関及び権限を委譲された者は故意に行った場合を除き、監督上の任務の遂行にあたって講じた損害について責任を負わないと定めている(79条8項)⁷⁴⁾。

71) Обн. ДВ. бр. 60 от 5 Август 1988 г., изм. ДВ. бр. 59 от 9 Юли 1993 г., изм. ДВ. бр. 12 от 9 Февруари 1996 г., доп. ДВ. бр. 67 от 27 Юли 1999 г., изм. ДВ. бр. 92 от 10 Ноември 2000 г., изм. ДВ. бр. 105 от 29 Декември 2005 г., изм. ДВ. бр. 30 от 11 Април 2006 г., изм. ДВ. бр. 33 от 21 Април 2006 г., изм. ДВ. бр. 43 от 29 Април 2008 г., изм. ДВ. бр. 17 от 6 Март 2009 г., изм. и доп. ДВ. бр. 38 от 18 Май 2012 г., изм. и доп. ДВ. бр. 98 от 11 Декември 2012 г.

72) Lawyers Bulgaria の英訳

<<http://www.lawyersbulgaria.org/content/2011/599/act-on-the-liability-for-damage-incurred-by-the-state-and-the-municipalities/>> に依拠している。

73) Обн. ДВ. бр. 59 от 21 Юли 2006 г., изм. ДВ. бр. 105 от 22 Декември 2006 г., изм. ДВ. бр. 52 от 29 Юни 2007 г., изм. ДВ. бр. 59 от 20 Юли 2007 г., изм. ДВ. бр. 109 от 20 Декември 2007 г., изм. ДВ. бр. 69 от 5 Август 2008 г., изм. ДВ. бр. 23 от 27 Март 2009 г., изм. ДВ. бр. 24 от 31 Март 2009 г., изм. ДВ. бр. 44 от 12 Юни 2009 г., изм. ДВ. бр. 93 от 24 Ноември 2009 г., изм. ДВ. бр. 95 от 1 Декември 2009 г., изм. ДВ. бр. 94 от 30 Ноември 2010 г., изм. ДВ. бр. 101 от 28 Декември 2010 г., изм. ДВ. бр. 77 от 4 Октомври 2011 г., изм. ДВ. бр. 105 от 29 Декември 2011 г., изм. ДВ. бр. 38 от 18 Май 2012 г., изм. ДВ. бр. 44 от 12 Юни 2012 г., изм. ДВ. бр. 52 от 14 Юни 2013 г., изм. и доп. ДВ. бр. 70 от 9 Август 2013 г., доп. ДВ. бр. 109 от 20 Декември 2013 г., доп. ДВ. бр. 22 от 11 Март 2014 г., изм. и доп. ДВ. бр. 27 от 25 Март 2014 г., изм. и доп. ДВ. бр. 35 от 22 Април 2014 г., изм. ДВ. бр. 53 от 27 Юни 2014 г., изм. ДВ. бр. 14 от 20 Февруари 2015 г., доп. ДВ. бр. 22 от 24 Март 2015 г., изм. и доп. ДВ. бр. 50 от 3 Юли 2015 г.

74) 英訳 <http://www.dgrv-sofia.org/upload/Credit_Institutions_Act.pdf> に依拠している。

2 キプロス

キプロスにおける金融監督当局は、キプロス中央銀行（Κεντρική Τράπεζα της Κύπρου）であるが⁷⁵⁾、1997年銀行法（Νόμος ο οποίος προνοεί για τη ρύθμιση των τραπεζικών εργασιών. No 66 (1) 1997）では、キプロス中央銀行またはその役職員は、故意または重過失によることが示されない限り、銀行法またはそれに基づく規則の下での中央銀行の任務と責任の遂行にあたって、なされ、または懈怠されたいかなることについても訴訟その他の法的手続きにおいて損害賠償責任を負わないとされている（Part XII, art 32 (1)）。

3 チェコ

チェコにおける金融監督当局はチェコ中央銀行（Česká národní banka）であり、その損害賠償責任は国家賠償法（Zákon č. 82/1998 Sb）⁷⁶⁾によって規律される。国家賠償法によれば、国の名において、国、国の行政権の行使を委譲された自然人もしくは法人（公務員 [úřední osoby]）または委譲された権限の行使により損害が生じたときに限り自治体（3条）が権限を行使する過程においてなした違法な決定または不適切な行政行為と因果関係を有する損害については、国が賠償責任を負う（13条1項2項）。不適切な行政行為には、法定の期限までに決定をせず、または行為をしなかったことが含まれる（13条1項2文）。そして、チェコ中央銀行による金融機関の監督は公権力の行使にあたるため、チェコ中央銀行による違法な決定または不適切な行政行為によって自

75) ただし、共同組織金融機関は協同組合監督・開発局の管轄である。

76) Zákon ze dne 17. března 1998. o odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu veřejné moci rozhodnutím nebo nesprávným úředním postupem a o změně zákona České národní rady č. 358/1992 Sb., o notářích a jejich činnosti (notářský řád), ve znění zákona č. 120/2001 Sb., nálezu Ústavního soudu č. 234/2002 Sb., zákona č. 539/2004 Sb., zákona č. 160/2006 Sb., zákona č. 41/2009 Sb., zákona č. 41/2011 Sb. a zákona č. 396/2012 Sb.

然人または法人が被った損害につき、国が責任を負うことになる⁷⁷⁾。

4 エストニア

エストニアにおける金融監督当局は、金融監督庁（Finantsinspektsioon）であるが、2001年金融監督法（Finantsinspektsiooni seadus）⁷⁸⁾の58条は、金融監督行為による権利の侵害または引き起こされた損害についての監督庁の責任及び侵害された権利の回復及び引き起こされた損害の支払いの根拠及び手続きは法律で定めると規定しており、2002年国家賠償法（Riigivastutuse seadus）⁷⁹⁾を参照している。そして、国家賠償法7条1項は、公法的関係において公的機関の違法な行為によりその権利を侵害された者は生じた損害を防止することができず、かつ、国家賠償法3条、4条及び6条に定める方法によって権利の保護または回復を得ることによって損害を免れることができない場合には、損害の賠償を求めると定め、12条1項1文は、その活動によって損害を生じさせた公的機関は、被害者に対して損害賠償責任を負うとする。また、7条2項は行為の懈怠から生じた損害賠償は、遅滞なく行政行為が行われず、または措置が講じられず、かつ、それによって人の権利が侵害された場合に請求できるとし、12条1項2文も遅滞なく行政行為を行わず、または措置を講じなかった公的機関は行為の懈怠によって生じた損害を賠償する責任を負うと定

77) 損害賠償責任を認めたものではないが、2009年4月21日最高裁判所判決（Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 21.4.2009, sp. zn. 25 Cdo 1011/2007）参照。この事件について、最高裁判所の従来判例（2004年2月26日判決 [sp. zn. 25 Cdo 953/2003]、2004年6月30日判決 [sp. zn. 25 Cdo 1536/2003]、2003年12月18日判決 [sp. zn. 25 Cdo 803/2003] など）と同様、2006年2月21日プラハ地方裁判所判決（č. j. 12 C 160/2003-87）は、他のすべての救済手段がつくされた後でなければ、賠償を請求することはできないとし、2006年9月14日に、プラハ控訴裁判所も、倒産手続きが終結していない以上、損害額が確定していないとして、控訴を棄却した（č. j. 20 Co 209/2006-119）。

78) RT I 2001, 48, 267. 英訳 <<http://www.legaltext.ee/text/en/X50008K5.htm>> に依拠している。

79) RT I 2001, 47, 260. 英訳 <<http://www.legaltext.ee/text/en/X40075K2.htm>> に依拠している。

めている。

ただし、13条1項は、その損害が予見不可能であった程度、損害を防止する上での客観的障害、権利侵害の重大性、私法上生じたとすれば被害者側に課せられた損害賠償請求上の制約その他損害を全額賠償することを不公正とするような状況を賠償額の決定にあたっては考慮にいれなければならないとしている。

なお、7条3項が直接の財産的損害と所得の喪失が賠償の対象となると定めているのに対し、13条1項は損害賠償義務を負う者が損害を生じさせることにつき落ち度がなかった場合には所得の喪失は賠償することを要しないと定めており、国家賠償責任は無過失責任であることが前提とされていると理解する余地がある。もっとも、同条3項は、公的機関が公的任務の遂行に必要な注意を完全に払ったとしても、その損害が防止できなかったであろうときには、公的機関は損害賠償責任を負わないと定めているため、過失責任であるという解釈の余地もありそうであるが (Dijkstra [2012] p.353)、これは因果関係がない場合には賠償責任を負わないという趣旨であるという見方も可能である。

5 ハンガリー

ハンガリーの金融監督当局は、2013年までは金融監督庁 (Pénzügyi Szervezetek Állami Felügyelete) であったが、現在はハンガリー国立銀行 (Magyar Nemzeti Bank) である。金融監督庁またはハンガリー国立銀行の民事責任についての特別法は存在しないため、1959年民法典 (以下、旧民法典)⁸⁰⁾ が適用されると考えられていた。旧民法典349条1項は、政府による行政の領域で生じた損害の賠償責任は当該損害が一般的な法的救済によって緩和されえないか、被害者が損害の緩和のための通常の法的救済を用いることができない場合のみ認められるとしていた⁸¹⁾。そして、旧民法典339条1項は法律に反して他人に損害を

80) 英訳 <<http://www.angelfire.com/mn2/reformclub/hunc1.html>> に依拠している。

81) *For details, see e. g. Borbás [2008].*

与えた者は、通常、その状況の下で期待されるように行動したことを立証しない限り、その損害を賠償する責任を負う旨を定めていた。

他方、2014年3月15日から施行されている（新）民法典の6：548条1項は、行政の領域で生じた損害の賠償責任は、公権力の行使における行為または不作為から当該損害が生じた場合に限り、かつ、その損害が一般的な救済または行政上の判断についての司法による審査手続きにおいて、緩和されえない場合にのみ認められるとする。そして、同条2項は、行政の領域で生じた損害の賠償責任は、公権力を行使する法人が負うとし、また、公権力を行使する者が法人でない場合には、損害賠償責任は、問題となっている行政主体がそれに代わって行為している法人格を有する行政主体が負うとする。

金融監督庁またはハンガリー国立銀行の責任についてもこれらが妥当とすると考えられる。しかし、これまで、監督上の過失を理由として、金融監督庁の責任が追及された事案につき、裁判所は原告の請求を棄却している。たとえば、首都控訴裁判所は、金融監督庁に対する損害賠償請求が認められるためには、金融監督庁の不法な決定または不作為が発生した損害を直接引き起こしたことが要件の1つとなるが、当該事件においてはこの要件が満たされていないとし⁸²⁾、また、行政権限の行使との関係で人格権が侵害された場合に不法行為が成立するためにはその被害者の人格権を保護する法令の根拠が必要であると判示している⁸³⁾。

6 ラトビア

ラトビアの金融監督当局は、金融・資本市場委員会（Finanšu un kapitāla tirgus komisija）であるが、金融機関法（Kredītiestāžu likums）⁸⁴⁾は、法定された金融・資本市場委員会の任務の遂行における行為によって第三者に生じた

82) *e. g.* BDT (Birósági Döntések Tára) 2010/1/8. Fővárosi Ítéltábla 5.Pf.21.145/2008/5 ; ÍH (Ítéltáblai Határozat) 2011/3/117. Fővárosi Ítéltábla 5.Pf.20.017/2010/9.

83) ÍH 2011/3/117.

84) 英訳 <http://www.fktk.lv/texts_files/Credit_Institution_Law_08.doc> に依拠している。

損害について、金融・資本市場委員会は、故意または重大な過失があった場合に限り、賠償責任を負うと定めている（111条6項）。

7 リトアニア

リトアニアの金融監督当局は、リトアニア銀行（Lietuvos banko）である。2011年改正⁸⁵⁾前1994年リトアニア銀行法（Lietuvos Respublikos Lietuvos banko įstatymas）⁸⁶⁾の461条1項は、預金受入機関または支払機関の監督上の任務の遂行に関連してリトアニア銀行またはリトアニア銀行の職員の違法行為により生じた損害は損害を被った者がリトアニア銀行またはリトアニア銀行の職員の過失（kaltės）によって当該損害が生じたことを証明した場合に限り賠償されると規定していた。2011年改正後は、同法45条が、金融市場監督の遂行に関連してリトアニア銀行またはリトアニア銀行の職員の違法行為により生じた損害は損害を被った者がリトアニア銀行またはリトアニア銀行の職員の過失によって当該損害が生じたことを証明した場合に限り賠償されると規定している。

8 マルタ

マルタの金融監督当局は、金融サービス庁（Financial Services Authority）であるが、金融サービス庁法（Chapter 330 Malta Financial Services Authority Act）⁸⁷⁾の29条は、金融サービス庁ならびに金融サービス庁の理事会、協働委員会、監督審議会、経営及びリソース評議会（Board of Management and Resources）、法務室（Legal Office）及び役職員は本法の下での任務の遂行または任務の遂行とされることにおいてなしたくないことまたはなさなかつたことについても、その作為または不作為が悪意（in bad faith）によるものであることが示されない限り、賠償責任を負わないと定めている⁸⁸⁾。

85) Nr. XI-1666, 2011-11-17, Žin., 2011, Nr. 145-6812.

86) 1994 m. gruodžio 1 d. Nr. I-678.

87) Act XXXIV 1988.

9 ポーランド

ポーランドの金融監督当局は、金融監督庁 (Komisja Nadzoru Finansowego) とポーランド国立銀行 (Narodowy Bank Polski) である。

2006年7月26日金融市場監督法⁸⁹⁾の33条6項により、1997年8月29日銀行法⁹⁰⁾が改正され、改正後銀行法133条4項は、金融監督庁、ポーランド国立銀行及び銀行監督活動を行う責任を負っている者は銀行、外国銀行の駐在員事務所、金融機関の支店の活動に対する金融監督庁による監督ならびに2002年9月12日電子支払手段法に基づく電子マネー発行機関及び外国電子マネー発行機関の支店に対する監督の遂行に関連する行為または不作為から生ずるいかなる損害についても、それらの行為または不作為が法令に従っている限り、賠償責任を負わないと定めている。

なお、憲法77条1項は、何人も、公的機関の違法な活動により生じた損害の賠償を受ける権利を有すると定めており、民法典 (Kodeks Cywilny) 417条1項は、公権力の行使の過程における違法な行為または不作為から生じた損害賠償義務を、大蔵省、地方当局及び法律によって与えられた公権力を行使するその他の法人は負うと定めている。そして、この条項については、違法であれば賠償義務を負い、過失の有無は問われないと解するのが判例の立場である⁹¹⁾。すなわち、憲法裁判所2001年12月4日判決⁹²⁾は、法学文献に示されて

88) なお、Puđdu [2014] によれば、これまで、マルタ金融サービス庁に対して、損害賠償請求がなされたという先例はないとのことである。

89) Ustawa z dnia 21 lipca 2006 r. o nadzorze nad rynkiem finansowym. Dziennik Ustaw (Dz. U.) 2006 nr 157 poz. 1119.

90) Obwieszczenie Marszałka Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 13 maja 2002 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu ustawy–Prawo bankowe. Dz.U. 2002 nr 72 poz. 665.

91) 詳細については、たとえば、Bagińska [2003] 参照。

92) SK 18/00, Dz. U. nr145poz. 1638. なお、憲法裁判所が判断を下したのは、オンブズマン、下院及び民法典起草委員会の意見を求めたところ、それらの間に憲法77条の直接適用可能性及び民法典417条ないし420条の憲法適合性について意見の相違がみられたことを背景としている (Bagińska [2003] p.195)。

いる複数の見解⁹³⁾を検討した上で、新憲法の制定により、民法典417条の下では原告は被告の過失を立証しなければならないとしてきた過去約30年間の解釈⁹⁴⁾はその有効性と法的論拠を失ったとし⁹⁵⁾、民法典417条は公務員の過失を立証することを要求していないという解釈を示した。

10 ルーマニア

ルーマニアの金融監督当局は、ルーマニア国立銀行（Banca Națională a României）である。ルーマニア憲法52条1項は、行政行為または適法な期間内にその求めを公的機関が解決しなかったことによって正当な利益または権利を公的機関によって侵害された者は、その主張する権利もしくは正当な利益の確認、当該行為の無効及び損害の賠償を求めることができると定め、同条2項は、この権利の行使の条件と制限については基本法（lege organică）によって定めるとしている。そして、これをうけて、行政争訟に関する2004年12月2日法律第554号（Lege nr. 554 din 2 decembrie 2004. Legea contenciosului administrativ）が制定されている。

ルーマニア国は、国際通貨基金との間の2001年10月17日付の覚書（Memorandum on Economic and Financial Policies of the Government of Romania 2001-02）において、バーゼル委員会のコアプリンシプル1（5）に沿って、銀行の監督者に免責と法的保護を与える方策を講じるとしていた（パラグラフ24）⁹⁶⁾。そこで、2004年ルーマニア国立銀行法（Lege nr.312 din 28 iunie

93) Granecki [2000], Kępiński i Szczepaniak [2000], Łętowska [1999], Safjan [1999a]. *See also* Safjan [1999b].

94) *See e.g.* Kosik [1961], Łętowska [1979].

95) 憲法77条は厳格責任を定めていると理解されていた。 *See e.g.* Safjan [1999a], Safjan [1999b], Safjan [2001].

96) もっとも、国際通貨基金の2003年報告書においては、ルーマニア国立銀行の理事及び職員はその任務を遂行するにあたって善意でなした行為または不作為につき民事上または刑事上の制裁を課されないが、それらの行為を法的手続きにおいて防御する費用は保障されていないという指摘がなされた（IMF [2003] p.24）。

2004. *Lege privind Statutul Băncii Naționale a României*) 25条3項は、ルーマニア国立銀行の理事及び健全性監督を行うルーマニア国立銀行の職員は、その者が善意でかつ正当な注意を払ってなし、またはなさなかった、法律によって定められた健全性監督の任務に関連する行為または事柄については、いかなる民事上または刑事上の制裁の対象ともされないと定め、同条4項は、第3項の下でその者に対して提起された司法手続きに関連する費用はルーマニア国立銀行が負担すると定めている。したがって、ルーマニア国立銀行自体は損害賠償責任を負うことがあり得ることが前提とされている。

11 スロベニア

スロベニアの金融監督当局は、スロベニア中央銀行 (Banka Slovenije) である。国家賠償責任に関する特別法は存在しないため、債務法典 (*Obligacijski zakonik, Št. 001-22-117/01*)⁹⁷⁾ 中の不法行為責任に関する規定が適用される⁹⁸⁾。債務法典の131条1項は、他人に損害を与えた者は、自己の有責性なしに損害が発生したことを証明しない限り、賠償の責任を負うと定め、同135条は故意または過失により損害が生じた場合に有責性が認められるとする。また、同148条は、法人の機関がその職務執行中にまたはそれに関連して行った行為により第三者に損害を与えた場合には、法人が不法行為責任を負う旨を、同147条は、使用者は被用者がその作業中にまたはそれに関連して行った行為により第三者に損害を与えた場合には、被用者が当該状況の下で必要とされるように行為したことを示さない限り、賠償責任を負う旨を、それぞれ定めている。

97) 英訳 <http://www.uil-sipo.si/fileadmin/upload_folder/zakonodaja/povezano/Obligations-Code_Slovenia_2001.pdf> に依拠している。

98) *See European Court of Human Rights, Case of Y. v. Slovenia (Application no. 41107/10)*, Judgment of 28 May 2015, para. 65 (Article 148 of the Code of Obligations regulating the liability of legal persons for damage inflicted by one of their subsidiary bodies...also applies to the determination of the State's liability for damages).

12 スロバキア

スロバキアの金融監督当局は、スロバキア国立銀行 (Národná banka Slovenska) である。金融市場監督法 (č. 747/2004 Z. z.)⁹⁹⁾ の43条1項は、金融市場の監督の範囲内での公権力の行使においてスロバキア国立銀行によって生じさせられた損害賠償責任は他の法律によって定めるとしており、公権力の行為において生じさせられた損害の賠償についての法律 (č. 514/2003 Z.z.)¹⁰⁰⁾ の4条1項 h) は、スロバキア国は、監督業務の行使においてスロバキア国立銀行が行った不適切な行政 (nesprávnym úradným postupom) から生じた損害について責任を負うと定めている。そして、不適切な行政とは公権力の行使において措置を講じるべき公的機関の義務違反であるとされている。

参考文献

- Bagińska, E. [2003] Liability of Public Authorities for Damage to Individuals : is Article 77 of the Polish Constitution a Model Solution?, in : Bodnar, A. *et al.* (eds.), *The emerging constitutional law of the European Union : German and Polish perspectives*, Springer : 185-208
- Borbás Beatrix [2008] The Tendencies of State Immunity and State Liability in Hungary—Past, Present and Future, in : Ádám Antal (szerkesztő), *PhD tanulmányok*, vol.7 : 41-51
- Dijkstra, R. J. [2012] Liability of Financial Supervisory Authorities in the European Union, *Journal of European Tort Law*, vol.3, no.3 : 346-377
- Granecki, P. [2000] Odpowiedzialność cywilna Skarbu Państwa za szkodę wyrządzoną działaniem swojego funkcjonariusza (wybrane zagadnienia), *Palestra*, 2000, nr 11-12 : 16-29
- IMF [2003] *Romania : Financial System Stability Assessment, Including Reports on the Observance of Standards and Codes on the following topics : Banking Supervision, Securities Regulation, Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism, Monetary and Financial Policy Transparency*, IMF Country Report No. 03/389
- Kępiński, M. i R.Szczepaniak [2000] O bezpośrednim stosowaniu art. 77 ust. 1 Konstytucji,

99) Zákon o dohľade nad finančným trhom a o zmene a doplnení niektorých zákonov. 英訳 <http://www.nbs.sk/_img/Documents/_Legislativa/_BasicActs/A747-2004.pdf> に依拠している。

100) Zákon o zodpovednosti za škodu spôsobenú pri výkone verejnej moci a o zmene niektorých zákonov v znení zákona.

Państwo i Prawo, 2000, nr 3 : 79-84

Kosik, J. [1961] *Zasady odpowiedzialności państwa za szkody wyrządzone przez funkcjonariuszów*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich

Łętowska, E. [1979] Charakter odpowiedzialności za szkody wyrządzone przy wykonywaniu funkcji publicznych i jej stosunek do odszkodowawczej odpowiedzialności kodeksowej, in : Radwański, Z. (red.), *Studia z prawa zobowiązań*, Państwowe Wydawnictwo. Naukowe : 83-102

Łętowska, E. [1999] W kwestii zmian przepisów k.c. o odpowiedzialności za szkody wyrządzone działaniem władzy publicznej, *Państwo i Prawo*, 1999, nr 7 : 75-82

Puddu, S. [2014] *The protection of depositors in the event of a bank failure : the liability of financial supervisory authorities and deposit-guarantee schemes*

<<http://www.csb-advocates.com/malta-law-articles/protection-depositors-bank-failure-liability-financial-supervisory-authorities-deposit-guarantee-scheme>>

Safjan, M. [1999a] Odpowiedzialność Państwa na podstawie art. 77 Konstytucji RP, *Państwo i Prawo*, 1999, nr 4 : 3-18

Safjan, M. [1999b] Jeszcze o odpowiedzialności Skarbu Państwa na podstawie art. 77 Konstytucji, *Państwo i Prawo*, 1999, nr 9 : 79-83

Safjan, M. [2001] Konstytucja a odpowiedzialność władzy publicznej, *Rzeczpospolita*, 24/25 grudnia 2001

<<http://archiwum.rp.pl/arttykul/366704-Konstytucja-a-odpowiedzialnosc-wladzy-publicznej.html>>

World Bank [2012] *New Bank Regulation and Supervision Survey*, 2012

<<http://econ.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTDEC/EXTGLOBALFINREPORT/0,,contentMDK:23267421~pagePK:64168182~piPK:64168060~theSitePK:8816097,00.html>>

本研究は JSPS 科研費 24653019 (金融監督と国家賠償責任) の助成を受けたものです。

(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)

不公正な取引方法事案における市場の 画定についての検討

山 田 務

- I 問題意識
- II 不公正な取引方法事案における市場の画定に係る判決・審決等
 - 1 判決
 - 2 審決
 - 3 公正取引委員会のガイドライン
- III 不公正な取引方法事案における市場の画定の検討
 - 1 市場の画定
 - 2 競争の実質的制限事案における一定の取引分野（市場）の画定方法との関係
 - 3 不公正な取引方法事案（自由競争減殺型）における具体的な画定方法
 - 4 競争手段の不公正型事案及び自由競争基盤侵害型事案と市場
- IV おわりに

I 問題意識

市場¹⁾における有効な競争機能が損なわれることが、対市場効果要件（弊害要件）の判断基準となっている違反行為の場合には、対市場効果要件該当性の評価は、市場の範囲についての評価と密接に関係している。

例えば、私的独占等の違反行為の対市場効果要件は、「一定の取引分野における競争を実質的に制限すること（こととなる場合）」とされており、違反行為の認定に当たっては、「一定の取引分野」の特定が必要となる。

1) 本稿では、競争が行われる取引分野として評価し得る範囲をいう。私的独占等の違反行為の場合、一定の取引分野がこの市場に該当する。

一方、不公正な取引方法については、市場の範囲の特定は定義上要件となっていない。しかし、不公正な取引方法のうち、公正競争阻害性が自由競争減殺型の事案については、自由競争減殺の反競争性に係る性格は、競争の実質的制限と同質的なものとされている²⁾。このため、このような事案についても、公正競争阻害性（対市場効果要件）の認定に当たっては、公正競争阻害性の有無についての検討対象となる市場の範囲を特定すること（画定）³⁾が必要になると考えられる。

実際、自由競争減殺型の不公正な取引方法事案についても、従来、公正競争阻害性の認定に際し、検討対象となる「市場」を画定することが必要である旨明らかにした判決等があり、個別事案において、公正競争阻害性が生じている「市場」の範囲が争点となっている判決・審決もみられる⁴⁾。

しかし、従来、不公正な取引方法事案については、公正取引委員会の処分である排除措置命令書においては、事実欄の記載において、検討対象となった市場の範囲に関連する事実認定が行われており、これらの記載から検討対象となった市場を想定することもできるが、事実欄及び法令の適用欄においては、検討対象となった市場の画定やその明示は行われていない^{5,6)}。また、一部のものを除くと、公正取引委員会の不公正な取引方法に関するガイドラインにおいても、不公正な取引方法事案における市場の画定の必要性、画定方法等につ

2) 例えば、金井貴嗣他「独占禁止法（第5版）」（弘文堂 平成27年）（第7章不公正な取引方法第1総説（川濱昇））においては、「自由な競争が侵害される場合（自由競争減殺と呼ばれる。）というのは、いわば競争の実質的制限を萌芽的にとらえたものと評価できる。」とされており、白石忠志「独禁法講義（第7版）」（有斐閣 平成26年）（第5章）においては、「不公正な取引方法の弊害要件は、不当な取引制限や私的独占の弊害要件である「競争を実質的に制限する」よりも広いと考えられている。そのような違いがあるとしても、質的には同じである。」とされている。

3) 本稿では、以下においては、市場の範囲を特定することを市場の画定として表現している。

4) これらの判決・審決においても、市場の画定が条文上の要件となっていないため、公正競争阻害性を判断する検討対象市場については、「取引の場」「取引の分野」「競争区域」「検討対象市場」等、事案によって多様な表現が用いられている。

いて特段考え方は示されていない。

独占禁止法に係る法令遵守が強く求められている中で、不公正な取引方法についても、違法性基準を明確にしていく必要がある。特に、不公正な取引方法の中心的要件である公正競争阻害性についての理解を深める上で、その解釈や判断基準を明確にするとともに、公正競争阻害性の認定と密接に関係する市場の画定方法について考え方を明らかにすることも必要と考えられる⁷⁾。また、この観点からは、個別事案に係る排除措置命令書においても、市場の画定・明示を行っていくことが適当と考えられる⁸⁾。

平成27年4月から審判制度が廃止され、排除措置命令が公正取引委員会の最終処分と位置づけられたことを踏まえると、その必要性は高くなっていると考えられる。

また、不公正な取引方法の規制基準の明確化の手段として、市場シェアに基づくセーフハーバー基準の設定が求められるところ⁹⁾、その前提として、不公正な取引方法事案における市場の画定方法についての考え方を整理する必要がある

-
- 5) 最近の事例としては、クアルコム事件(排除措置命令 平成21年9月28日。審判手続中)、大分大山農業協同組合事件(排除措置命令 平成21年12月10日)、ジョンソン・エンド・ジョンソン事件(排除措置命令 平成22年12月1日)、アディダスジャパン事件(排除措置命令 平成23年3月2日)がある。
 - 6) 公正取引委員会の排除措置命令書において、市場の画定及びその明示が行われていない理由づけとしては、不公正な取引方法については、定義上要件となっていないこと、公正競争阻害性の内容に多様性があるが、その内容によって差を設けずに統一的な書きぶりを行っていること等が考えられる。
 - 7) 白石忠志「独禁法講義(第7版)」(有斐閣 昭和26年)(第2章第2節市場)においては、独禁法の世界では、市場を觀念することにより、議論の視覚化が図られてきている旨、指摘されている。
 - 8) 波光巖他編「解説独占禁止法」(青林書院 平成27年)(第6章知的財産権と独占禁止法(栗田誠))においては、公正取引委員会のガイドライン「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針(平成19年)」について論じる箇所、当該ガイドラインに関し「不公正な取引方法についても、競争減殺が問題となる限り、市場画定が必要であることを公取委が公式に表明したことは特筆すべき点である(不公正な取引方法に係る排除措置命令書においても、画定した市場を明記することが適切である。)」とされている。

あると考えられる。

本稿では、以上の問題意識に基づき、不公正な取引方法事案（自由競争減殺型）における市場の画定問題に係る論点について整理・検討を行ったものである。

II 不公正な取引方法事案における市場の画定に係る判決・審決等

不公正な取引方法については、市場の画定は明示的な要件となっていない。しかし、従来、不公正な取引方法の対市場効果要件である「公正競争阻害性（自由競争減殺）」の有無を判断するためには、検討対象となる市場の画定を行う必要があるとの考え方が判例などで示されてきている。

1 判決

(1) 東洋精米機事件（東京高裁判決 昭和59年）¹⁰⁾

本件は、精米機等の食糧加工機の製造業者である東洋精米機が、販売業者との間で、他社製品の取扱いを禁止することなどを内容とする特約店契約を締結、実施したことに對し、公正取引委員会が昭和28年一般指定告示¹¹⁾7号（排他条件付取引）等に該当し、独占禁止法19条に違反するとして審決に対する取消請求事件である。

本件取消請求訴訟において、東京高裁は、昭和28年一般指定告示7号の判断に当たり、次のように、特定の「取引の場」において公正競争阻害性が認められることが必要であるとの考え方を明らかにしている。

9) 「規制改革実施計画」（平成26年6月24日閣議決定）においては、流通・取引慣行ガイドラインについて、流通分野における垂直的制限行為に関する事業者の予見可能性を高めるため、その見直しが決定されており、セーフハーバーに関する基準や要件等について所要の検討を平成26年度開始することとされている。

10) 東京高裁判決 昭和59年2月17日（昭和56年（行ケ）第196号）

11) 昭和28年公正取引委員会告示第11号により指定された不公正な取引方法をいう。

「したがって、本件特約店契約が右の不公正な取引方法7に該当するためには、原告の右契約の締結行為によって、食糧加工機製造業者が販売業者を通じて小精米用食糧加工機を米穀小売業者に供給するという取引の場における公正な競争が阻害されるおそれがあると認められることが必要である」

また、その公正競争阻害性の判断要素として、一定の取引の分野における行為者の地位、当該特約店契約を締結している販売業者の数、競争関係にある事業者の系列化の状況等を挙げている。

判決では、取引の場や取引の分野という表現が用いられているが、「対象市場を区分し類型化することができる取引の場があるときは、ここにさらに局限された独立の取引の場が存在すると認めるのが相当である」との記載があることを踏まえると、検討対象となる市場を画定し、その上で当該市場における公正競争阻害性の有無を判断する考え方が示されている。

(2) 都営芝浦と畜場事件（最高裁判決 平成元年）¹²⁾

原告と被告の属する市場の範囲についての認定が、公正競争阻害性の判断に大きく関係していることを示した事案として、都営芝浦と畜場事件がある。

本件は、三河島で食肉処理場を営んでいる日本食品（原告・上告人）が、芝浦で食肉処理場を営んでいる東京都（被告・被上告人）が設定したと場料について、昭和57年一般指定告示¹³⁾6項（不当廉売）に該当し、独占禁止法19条に違反するとして、損害賠償請求訴訟を提起した事案である。

第一審である東京地裁¹⁴⁾は、東京都23区内に上記2社のみが存在し、両者が競争関係にあることを認定する一方、全国的な市場が形成されているとの被告の主張については、これを立証する証拠がないとして、被告が原価を著しく下回ると場料を徴収し原価割れ営業を継続したことにより、競争関係に立つ原

12) 最高裁判決 平成元年12月14日（昭和61年（オ）第655号）

13) 昭和57年公正取引委員会告示第15号により指定された不公正な取引方法をいう。

14) 東京地裁判決 昭和59年9月17日（昭和56年（ワ）第14211号）

告の事業活動を困難にさせたものとして、不当廉売に該当し独占禁止法19条に違反するとした。

一方、控訴審である東京高裁¹⁵⁾は、上記2社は、少なくとも北は岩手県から南は神奈川県まで1都11県に及ぶ広い地域内における59のと畜業者とそれぞれ競争関係に立っていると評価し、行為者の意図・目的等とともに、当該市場の状況を判断要素とした上で、控訴人の廉売行為がその競争区域において公正競争阻害性を有するものと認めるべきかは多分に疑問の存するところであって、不当廉売に該当しないとした。

最高裁も、「不当廉売規制に違反するかどうかは、専ら公正な競争秩序維持の見地に立ち、具体的な場合における行為の意図・目的、態様、競争関係の実態及び市場の状況等を総合考慮して判断すべきものである。」との考え方を示した上で、原審の事実認定、法適用を認め、上告を棄却している。

上記において、競争関係の実態及び市場の状況を判断することは、その前提として、市場の画定が必要なことを示している。

(3) ビル設備総合管理請負契約更新拒絶等差止請求事件（東京高裁判決 平成19年）¹⁶⁾

市場の画定の必要性を明確に示す判例としては、ビル設備総合管理請負契約更新拒絶等差止請求事件がある。

本件は、ビルの維持管理・保安警備業務を行う者（ユー・エス・システム。原告）が、汐留地区内の西街区に所在する一つのビルについて総合管理業務を請け負っていたところ、その契約更新を拒絶されたことに対し、当該行為が、昭和57年一般指定告示1項（共同の取引拒絶）、13項（拘束条件付取引）、又は15項（競争者に対する取引妨害）に該当し、独占禁止法19条に違反するものとして、同法24条に基づき、差止請求訴訟を提起した事案である。

15) 東京高裁判決 昭和61年2月24日（昭和59年（ネ）第2513号）

16) 東京高裁判決 平成19年1月31日（平成17年（ネ）第3678号）

本件については、東京地裁¹⁷⁾及び控訴審である東京高裁のいずれにおいても、不公正な取引方法に違反しないものと判断されたが、争点の一つとして、市場の範囲の問題が争われた。

すなわち、原告（控訴人）は、公正競争阻害性の有無を判断する市場として、本件ビル管理業務又は汐留地区内の西街区内のビル管理業務が画定されるとしたところ、裁判所は、市場の地理的範囲については、汐留地区を超えてその周辺地域を含む範囲に及んでいると判断した。

本件においては、東京高裁判決において、次のとおり、公正競争阻害性の有無を判断する前提として、市場の画定が必要であることを明らかにしている。

「公正競争阻害性を判断するに当たっては、一定の供給者群と一定の需要者群との間に成立する自由競争の場である「市場」の範囲を画定した上で、行為が当該市場における参入と自由な競争を妨げられるものかどうかを検討すべきであるが、その「市場」の範囲の画定については、取引の対象となる商品等、取引の行われている地域、取引の相手方等の要素を考慮することが必要である。

控訴人は、独占禁止法24条に基づく差止請求については、市場の画定を要件とすべきでないとか、その主張立証責任を差止請求を求められた側に負わせるべきと主張する。しかし、独占禁止法は公正かつ自由な競争を促進するために競争を制限ないし阻害する一定の行為及び状態を規制する法律であり、競争が行われる市場を画定しない限り、公正競争阻害性の判断は不可能であるから、市場の画定を要件とせずに差止請求を認めるべきであるとの主張は採用できないし、差止請求という重大な結果を招来する請求について、市場の画定の主張立証責任を差止請求を求められた側に負わせるべきであるとの主張も採用できない。」

17) 東京地裁判決 平成17年6月9日（平成16年（ワ）第12052号）

上記判示内容をみると、不公正な取引方法の各行為類型によって、市場の画定の必要性に差異があるか否かという点については、特段考え方が示されていない。しかし、本件においては、昭和57年一般指定告示1項、13項又は15項該当性が争点となったところ、自由競争減殺を公正競争阻害性とする一般指定告示1項及び13項については、その該当性の判断に当たっては、市場の範囲に係る認定を一つの判断要素として位置付けているのに対し¹⁸⁾、一般指定告示15項については、競争関係にある者に対する行為という要件に該当しないことのみを理由に、一般指定15項該当性を否定している。

争点の整理などの記述を見ると、一般指定告示15項については、競争手段の不正さの観点から公正競争阻害性を判断しており、画定された市場における競争状況への直接的な影響（反競争性）を公正競争阻害性の判断要素としていないため、市場の画定が要件として位置づけられなかったものと考えられる。

また、本件では、一般指定告示1項又は13項の該当性を判断するための市場の画定に際しては、ビル管理業務の内容、契約状況、参入状況、需要者の存在地域、供給者の事業活動の状況・活動地域等の証拠を基に、需要者（供給者）からみた代替性の観点に基づく検討が行われている。

2 審決

不公正な取引方法に係る公正取引委員会の審決において、市場の画定が争点となった事案として、マイクロソフト事件（審判審決 平成20年¹⁹⁾がある。

本件は、マイクロソフトが、国内のパソコンメーカー（OEM業者）との間で、パソコンにウィンドウズを搭載し出荷することを許諾する契約を締結していたところ、当該契約に含まれていた非係争条項（本件ウィンドウズ等に関して、OEM業者が特許権侵害を理由に、マイクロソフト等に対し侵害訴訟提起等を

18) 控訴人が、本件ビル管理業務等について市場が形成され、その中で競争が行われていることから、本件行為は公正競争阻害性があると主張したのに対し、裁判所は、市場の範囲が異なるとして、控訴人の主張を認めていない。

19) 審判審決 平成20年9月16日（平成16年（判）第13号）

行わない旨の条項)について、昭和57年一般指定告示13項(拘束条件付取引)に該当し、独占禁止法19条違反とされた事案である。

本件審決では、公正競争阻害性の判断基準に係る記述においては、公正競争阻害性の有無の判断に当たり、市場の範囲の特定が必要である旨を明示的に記載していないが、「公正競争が阻害されたか否かを検討する対象となる市場」を「検討対象市場」と称し、当該市場における公正な競争秩序への悪影響の有無を評価することにより、マイクロソフトの非係争条項の違法性の有無を判断している。

また、「検討対象市場」の画定については、マイクロソフトの「公正競争阻害性を判断する前提として、まず、検討対象市場を画定すべき」との主張に対し、問題となる行為により影響を受ける範囲、すなわち、本件非係争条項により、研究開発意欲が損なわれる蓋然性のある技術分野を検討し、それにより影響を受ける取引市場を、「検討対象市場」とし、その市場における公正な競争秩序への悪影響の有無を判断すべきとしている。

これは、公正競争阻害性の有無と検討対象市場を一体的に認定するものであり、本件非係争条項の適用範囲、本件非係争条項の不合理性、OEM業者が本件非係争条項の付された直接契約の締結を余儀なくされたか否か、OEM業者のパソコンAV技術の研究開発意欲が損なわれる蓋然性、パソコンAV技術取引市場における競争への悪影響、パソコン市場における競争への悪影響等についての検討を踏まえて、最終的に、「本件非係争条項は、パソコンAV技術取引市場²⁰⁾におけるOEM業者の地位を低下させ、当該市場における被審人の地位を強化して、公正な競争秩序に悪影響を及ぼすおそれを有するものである。そして、……、本件非係争条項には、パソコンAV技術取引市場における公正な競争秩序への悪影響を覆すに足る特段の事情も認められないことから、……本件非係争条項の付された直接契約の締結及び本件非係争条項によるOEM業

20) 本件審判において、検討対象市場として、審査官はパソコンAV技術取引市場及びパソコン市場を、マイクロソフトはAV技術取引市場を主張している。

者の事業活動の拘束行為は、公正競争阻害性を有し、一般指定告示第13項の不当な拘束条件付取引に該当する」と結論付けている。

3 公正取引委員会のガイドライン

不公正な取引方法が関係する公正取引委員会のガイドラインにおいて、市場の画定の必要性についての考え方を明示的に示しているものとして、「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」（平成19年。以下「知財ガイドライン」という。）がある。

知財ガイドラインでは、「第2独占禁止法の適用に関する基本的考え方、2市場についての考え方」において、次のように記載している。また、下記の考え方は、不公正な取引方法のうち自由競争減殺型が対象となることを明らかにしている²¹⁾。

- 〔1〕 技術の利用に係る制限行為について独占禁止法上の評価を行うに当たっては、原則として、当該制限行為の影響の及ぶ取引を想定し、当該制限行為により当該取引の行われる市場における競争が減殺（競争減殺には、競争の実質的制限の観点から検討する場合と、不公正な取引方法のうち第4-1-(2)に記載の観点²²⁾から検討する場合があります、本項ではこれらの両方を指す。）されるか否かを検討する。……
- (2) ……技術の利用に係る制限行為について独占禁止法上の評価を行うに当たっては、制限行為の影響が及ぶ取引に応じ、取引される技術の市場、

21) 知財ガイドラインにおいては、公正競争阻害性については、上記の競争減殺の観点のほか、競争手段として不当かどうか、また、自由競争基盤の侵害となるかどうかを検討すべき場合があります、その際は、ライセンシーの事業活動に及ぼす影響の内容及び程度、当該行為の相手方の数、継続性・反復性等を総合的に勘案し判断することになるとしており、市場の画定については、自由競争減殺型の行為に限定した記述となっている（第4不公正な取引方法の観点からの考え方、1基本的考え方）。

22) 不公正な取引方法のうち、競争減殺効果の観点から公正競争阻害性を判断する場合をいう。この競争減殺効果の表現は、本稿における自由競争減殺効果と同じ意味である。

当該技術を用いて供給される製品の市場、その他の技術又は製品の市場を画定し、競争への影響を検討することになる。」

その他、不公正な取引方法が関係するガイドラインは多くのものがあるところ、これらについては、対象となる行為についての公正競争阻害性の判断要素として、対象商品の市場全体の状況、行為者及び競争者の市場における地位等が列記されているのが一般的となっている²³⁾。

このように、公正競争阻害性の認定に当たり、市場の状況、市場シェア等を考慮するとされており、市場の画定がその前提となることが示されているが、市場の画定の必要性や画定方法等についての考え方は特段明示されていない。

Ⅲ 不公正な取引方法事案における市場の画定の検討

1 市場の画定

私的独占等の違反行為は、「一定の取引分野における競争を実質的に制限すること（こととなる場合）」を要件（対市場効果要件）としている。「一定の取引分野」が規定されている理由については、独占禁止法制定当初の解説書²⁴⁾に

23) 「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」（平成3年。以下「流通・取引慣行ガイドライン」という。）においては、垂直的制限行為の公正競争阻害性の有無の判断要素として、次のものを列記している。

- ① いわゆるブランド間競争（メーカー間の競争及び異なるブランドの商品を取り扱う流通業者間の競争）の状況（市場集中度、商品特性、製品差別化の程度、流通経路、新規参入の難易性等）
- ② いわゆるブランド内競争（同一ブランドの商品を取り扱う流通業者間の競争）の状況（価格のバラツキの状況、当該商品を取り扱っている流通業者の業態等）
- ③ 垂直的制限行為を行うメーカーの市場における地位（市場シェア、順位、ブランド力等）
- ④ 垂直的制限行為の対象となる流通業者の事業活動に及ぼす影響（制限の程度・態様等）
- ⑤ 垂直的制限行為の対象となる流通業者の数及び市場における地位
（第2部流通分野における取引に関する独占禁止法上の指針、3垂直的制限行為に係る適法・違法性判断基準）

よれば、「係る文言の存する理由は、競争の制限が実質的であるかどうかの判断は常に係る競争が行われる全範囲を基準としてなされるべきものであり、単に、一業者と一業者との関係に着目して判断すべきものでないとの趣旨をあらわしたものであろう。」とされている。

公正競争阻害性のうち自由競争減殺が、競争の実質的制限と、市場における反競争性に係る性格面で同質的なものであれば、上記の考え方は、自由競争減殺型の不公正な取引方法にも該当し、競争が行われている市場を画定し、当該市場において公正な競争を阻害しているか否か判断を行う必要がある。

2 競争の実質的制限事案における一定の取引分野（市場）の画定との関係

競争の実質的制限事案における一定の取引分野の画定方法、判断要素については、「企業結合審査に関する独占禁止法の運用指針」（平成16年。以下「企業結合ガイドライン」という。）や「排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針」（平成21年。以下「排除型私的独占ガイドライン」という。）において記載されている。

このうち、企業結合ガイドラインにおいては、「一定の取引分野は、企業結合により競争が制限されることとなるか否かを判断するための範囲を示すものであり、一定の取引の対象となる商品（役務を含む。）の範囲、取引の地域の範囲（地理的範囲）等に関し、基本的には、需要者にとっての代替性という観点から判断される。また、必要に応じて供給者にとっての代替性という観点も考慮される」としている（第2一定の取引分野、1一定の取引分野の画定の基本的考え方。なお、上記引用は、一部略している。）。

また、代替性を基準とする、一定の取引分野についての画定方法として、「仮想独占者テスト」²⁵⁾の考え方が示されており、当該テストにおける価格引上げ基準（小幅ではあるが、実質的かつ一時的でない価格引上げ基準。SSNIP基準）として、「目安として、通常、引上げの幅については5%から10%であり、期

24) 公正取引委員会事務局編「改正独占禁止法解説」（唯人社 昭和29年）

間については1年程度のものを指す」としている²⁶⁾。

また、上記「仮想独占者テスト」とは別に、上記2つのガイドラインにおいては、需要者等からみた商品の代替性の程度について判断する際の考慮事項と考え方について、商品の範囲及び地理的範囲に分けて詳細に記載されている。

不公正な取引方法の公正競争阻害性のうち、自由競争減殺については、「市場支配力よりも低いレベルの力、またはその前段階の力を形成する場合や、市場支配力の維持・強化の程度が競争の実質的制限のレベルに達する以前の段階ないし危険性でとらえようとするものである。」²⁷⁾と解されている。

このように、不公正な取引方法（自由競争減殺型）は、競争の実質的制限を要件とする違反行為に比べて、市場への影響力の水準が低い段階又は市場支配力の行使の水準が低い段階における競争制限の状態を規制するものであり、ある特定の市場において、競争制限行為があった場合に、認定できる反競争性の水準の違いにより、適用条文が異なる関係にある。

25) 需要者にとっての代替性をみる「仮想独占者テスト」は、ある地域において、ある事業者が、ある商品（役務を含む。）を独占して供給しているという仮定の下で、当該独占事業者が、利潤最大化を図る目的で、小幅ではあるが、実質的かつ一時的ではない価格引上げをした場合に、当該商品及び地域について、需要者が当該商品の購入を他の商品又は地域に振り替える程度を考慮し、振替の程度が小さいために、当該独占事業者が価格引上げにより利潤を拡大できるような場合には、その範囲を市場と捉えるもので、振替の程度が大きいため、利潤を拡大できない場合には、近接する類似的商品を含めて、同様のテストを行い、市場の画定を行う手法をいう。供給者にとっての代替性についても類似のテストを行う。

26) EU・米国においても、関連市場の画定の方法として、仮想独占者テストの考え方が示されているところ、価格引上げ基準に関しては、EUのガイドライン（「Commission notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law」1997年）では、価格引上げ幅として、5%から10%の基準を用いる旨、また、米国のガイドライン（「Horizontal merger guidelines」2010年）では、価格引上げ幅として、通常5%を用い、当該産業、行為者に応じてその前後の数値を用いる旨、記述されている。一方、EU、米国とも、価格引上げの期間については、具体的な期間の基準は示されていない。

27) 金井貴嗣他「独占禁止法（第5版）」（弘文堂 平成27年）（第7章不公正な取引方法第1総説（川濱昇））

競争が行われ得る範囲についての評価は、競争制限行為の有無、内容とは独立に行われるものと考えられる。また、適用条文の違いにより、市場の画定方法に差異を設けた場合、同一の行為に対し、2つの条文の適用が行われるおそれが生じるという問題がある。

したがって、不公正な取引方法の事案においても、市場の画定方法については、競争の実質的制限事案の場合と同様であり、上記2のガイドラインの内容が参考になると考えられる。

3 不公正な取引方法事案（自由競争減殺型）における具体的な画定方法

(1) 実際の画定方法

上記のとおり、一定の取引分野の画定に当たっては、理論的には、需要者（供給者）にとっての代替性という観点から市場が画定されるところ、事後的な違反事件の処理に当たっては、個別事案ごとに、行為要件に該当する行為に係る取引及びそれにより影響を受ける範囲を検討し、その競争が実質的に制限される範囲を、最終的に一定の取引分野として画定している²⁸⁾。

不公正な取引方法についても同様であり、前記Ⅱ2及び3記載のマイクロソフト事件審判審決及び知財ガイドラインが示すように、思考手順としては、行為要件に該当する行為により影響が及ぶ取引の範囲（市場）を検討し、次に、当該想定された市場を前提に、当該市場において、行為要件に該当する行為が公正競争阻害性をもたらすか否か検討が行われ、公正競争阻害性が認定された場合には、最終的に、公正競争阻害性が認定された範囲を、市場として画定・決定される²⁹⁾。

ア 想定市場の画定

当初の想定市場については、行為要件に係る取引及びそれにより影響を受けると考えられる取引に着目し、当該取引対象商品³⁰⁾を供給している事業者（行為者、競争者）の取引先を調査し、それを基にして、一定の市場の範囲（商品の範囲、取引の地理的範囲）が画定される。

排除行為の場合、事業者は、需要者の選好や市場における競争実態・競争関係、すなわち代替関係を十分把握しており、市場が限定していること（他の類似的商品や他地域における当該商品の需要を奪うことが容易でないこと）を認識しているために、新規事業者等の競争的な行動に対し、自己の収益悪化を懸念して排除行為を行い、また、排除行為後の市場における競争関係の変化を期待・意図して（すなわち、排除後の新規参入、他の既存事業者の拡張がないと想定して）、競争者の排除を行っている」と評価することも可能である。

また、価格維持を目的とする行為についても、競争関係の範囲（市場の範囲）を認識しており、価格維持が可能な範囲で維持行為を実施していると評価することもできる。

これらの行為者の競争実態の認識についての評価は、想定市場の画定に際し、行為要件に該当する行為の影響の及ぶ取引に着目して、市場を画定する根拠になりうる。

28) シール入札談合刑事事件（東京高裁判決 平成5年12月14日（平成5年（の）第1号））においては、「『一定の取引分野』を判断するに当たっては、…違反者がした共同行為が対象としている取引及びそれにより影響を受ける範囲を検討し、その競争が実質的に制限される範囲を画定し一定の取引分野を決定するのが相当である。」とされている。

また、排除型私的独占ガイドラインでは、「一定の取引分野は、不当な取引制限と同様、具体的行為や取引の対象・地域・態様等に応じて、当該行為に係る取引及びそれにより影響を受ける範囲を検討し、その競争が実質的に制限される範囲を画定し決定されるのが原則である。また、排除型私的独占は、単独の事業者によって行われることが多く、……このため、排除型私的独占に係る一定の取引分野の画定については、排除行為に係る取引及びそれにより影響を受ける範囲を検討する際に、必要に応じて、需要者（又は供給者）にとって取引対象商品と代替性のある商品の範囲又は地理的範囲がどの程度広いものであるかとの観点を考慮することになる。」（第3一定の取引分野における競争を実質的に制限すること、1一定の取引分野）との考え方が示されている。

私的独占事案である NTT 東日本事件（審判審決 平成19年3月26日、東京高裁判決 平成21年5月29日、最高裁判決 平成22年12月17日）においても、一定の取引分野の範囲が争点となり、需要者等にとっての代替性についての評価も踏まえて認定が行われている。

29) このことは、事後的な事案においては、市場の画定と公正競争阻害性の認定が一体的に行われることを示している。

30) 以下本稿においては、「商品」については、役務を含む表現として用いている。

実際にも、事業者の社内資料において、市場における競争実態、競争者の分析・評価や対策等が示されている場合には、これらの証拠が市場画定の裏付けとなる³¹⁾。

排除型私的独占ガイドラインでは、排除型私的独占は、単独の事業者によって行われることが多いこと等を理由として、「排除行為に係る取引及びそれにより影響を受ける範囲を検討する際に、必要に応じて、需要者（又は供給者）にとって取引対象商品と代替性のある商品の範囲又は地理的範囲がどの程度広いものであるかとの観点を考慮することになる。」³²⁾としている。

これは、価格カルテル等の不当な取引制限の事案においては、行為の性格から、反競争性が認定しやすいのに対し、通常、単独行為が問題となる私的独占事案については、当該行為を評価する場合には、市場の範囲を明らかにしないと反競争性が判断しにくいいため、市場の画定に当たっての基本的考え方を確認的に明示したものと考えられる。

このため、不公正な取引方法事案においても、上記の検討作業においては、必要に応じて、需要者等にとっての代替性についての評価を踏まえながら³³⁾、想定市場が画定されることとなる。

また、市場については、需要者にとっての代替性の程度の違いにより、重層的に形成されることから、複数の想定市場が画定される場合もあると考えられる。

なお、いわゆるブランド品についても市場の画定についての考え方は同様と考えられる。

31) 大野志保「海外注目事例からみえてくる競争法実務の着眼点 第5回 米国：ビール製造販売事業者の企業結合審査と問題解消措置」(NBL1058号(2015.9.15))において、米国の企業結合審査に当たり、当事会社の競争実態・社内戦略を示す社内資料が、市場画定等に利用され、重要な証拠となっていることが論じられている。

32) 脚注28参照

33) 企業結合ガイドライン（第2）、排除型私的独占ガイドライン（第3、1）に示された考慮要素に基づき、評価が行われる。

イ 最終的な市場の認定

想定市場（複数の場合には、いずれかの市場）において公正競争阻害性が認定された場合には、当該想定市場が最終的な市場として画定される。

自由競争減殺型の公正競争阻害性については、行為要件に該当する行為により、①有効な競争主体が排除される場合、②商品の価格が維持されるおそれがある場合に認められる。

また、これらの認定に当たっては、行為の意図・目的、行為の形態・手段の不正さ、競争者の事業活動に与える影響の状況（競争制限的影響、競争促進的影響）のほか、市場（想定市場）の状況（行為者の市場シェア、被排除事業者の市場シェア・特徴（新規参入事業者、革新的事業者、低価格事業者等）、価格の動向等）等が判断要素となる。

審査の結果、公正競争阻害性が認定されない場合には、当該行為については違法性がないものと評価されることになる。

排除措置命令書においては、市場の画定・明示は行われていないが、公正競争阻害性の認定に当たっては、上記のように市場の状況が判断要素となっており、過去の事案においても、行為者の市場における地位の認定のほかにも、次のように、市場の状況に関連する事実認定が行われている。

例えば、岡山県北生コンクリート協同組合事件³⁴⁾（平成21年一般指定告示³⁵⁾14項（競争者に対する取引妨害）では、生コンの商品特性から需要者である建設業者の購入先が限定されていることが認定されている。また、神戸電鉄タクシー事件³⁶⁾（平成21年一般指定告示14項（競争者に対する取引妨害））では、鉄道駅で降車した者や駅周辺を訪れた者がタクシーを利用する場合、近隣の他の駅などに移動した上でタクシーに乗車することは想定し難く、このことは運賃等に多少の差があったとしても変わりはないことが認定されている。

34) 排除措置命令 平成27年2月27日

35) 平成21年公正取引委員会告示第18号により指定された不公正な取引方法をいう。

36) 大阪高裁判決 平成26年10月31日（平成26年（ネ）第471号）

(3) 自由競争減殺効果の認定範囲と代替性の観点からの評価

上記(2)の思考手順によれば、想定市場については、行為要件に係る取引及びそれにより影響を受ける取引（商品）に着目し、それを前提として画定が行われ、公正競争阻害性が認められる範囲が最終的に市場として画定されることとなる。このように、自由競争減殺効果が認められるということは、その範囲については、他からの競争が遮断されていることを示しており、その範囲において市場が形成されていると評価できる。また、下記のとおり、公正競争阻害性の認定基準自体、需要者等にとっての代替性の評価と密接に関係していると考えられ、最終的に画定された市場については、改めて、代替性に基づく画定という理論的な観点からも裏付け・確認ができると考えられる。

ア 有効な競争主体の排除の認定範囲と代替性の観点からの評価

事業者が市場から排除されること（事業者にとって、当該事業活動の実施が困難になること）が認定できるということは、他の事業者の排除行為により、事業者（被排除事業者）の競争能力が低下したり、需要が減少したり、また、そのおそれがある場合に、被排除事業者にとっては、事業活動への悪影響を打ち消すための対応が容易にできないことを意味していると考えられる。

具体的には、当該被排除事業者は、①当該事業について、別の代替的な需要先を容易に確保できなかつたり、②既存の需要先との取引を継続するために、当該需要先に対し、他の類似的な事業を提供しても容易に需要を確保できない状況にあることを示していると考えられる。

このことは、当該被排除事業者の困難になった事業については、需要者の立場からみて商品又は地理的範囲の面で代替性のある事業が存在しておらず、困難になった事業の範囲（商品の範囲、取引の地理的範囲）で、事業者間の競争が行われていることを示している。

また、行為者が排除行為を行う場合には、当該事業について新規参入が困難な状況が一般的と考えられ、供給者の立場からみても代替性がないものと評価できる。

イ 商品の価格維持のおそれの認定範囲と代替性の観点からの評価

特定の行為により、対象商品について価格維持のおそれが認定できる場合、価格維持のおそれが認定できる範囲（商品の範囲、取引の地理的範囲）をもって市場と画定されるが、価格維持の効果があることは、需要者が他の商品や他の地域に需要をシフトすることによって価格維持効果を回避できないこと、また、他の商品を生産している事業者による事業転換・参入も困難なことを示している。

5 競争手段の不正型事案及び自由競争基盤侵害型事案と市場

判決・審決やガイドラインにおいては、不公正な取引方法事案のうち、市場の画定問題が議論されているのは、公正競争阻害性が自由競争減殺型のものに限られている。

これは、自由競争減殺型のものが、市場における有効な競争機能が直接的に侵害されることを問題視するのに対し、その他の公正競争阻害性の側面を持つ行為については、市場における競争機能との関係では、より間接的な侵害行為を問題視していることによると考えられる。

(1) 競争手段の不正型

競争手段の不正な行為は、行為の性格自体がいわゆる能率競争を阻害するものとして規制が行われており、公正競争阻害性の認定に当たり、競争が行われている範囲を示す市場の画定は、不可欠なものとはいえない。

競争手段の不正型事案についても、公正競争阻害性の判断に当たっては、行為の広がりも一要素となっており、市場の画定を伴う市場の大きさもその要素となるが、行為者の事業規模、取引相手方の数、行為内容の波及性等の観点からも行為の広がりを評価することはできる。

最近の平成21年一般指定告示14項（競争者に対する取引妨害）の排除措置命令事案³⁷⁾をみると、公正競争阻害性として、競争手段の不正さと自由競争減殺効果の両方を認定し得る事案であり、また、自由競争減殺効果のみを公正

競争阻害性として認定されている事案と比べても、自由競争減殺効果に係る事実認定の記述内容についても大きな違いはない³⁸⁾。

このため、一般指定告示14項の事案でも、自由競争減殺効果を認定する場合には、市場の画定・明示を行うことが適当と考えられる。

前記の神戸電鉄タクシー事件では、一般指定告示14項の公正競争阻害性については、競争手段の不公正さのみを理由として独占禁止法19条違反としており、公正競争阻害性の検討対象となる市場の画定を行っていないが、一般指定告示14項の要件である競争関係の判断に当たり、本件タクシー待機場所において、タクシーを利用する者は、当該タクシー待機場所と他の場所との間でタクシー利用について代替性がないことを認定しており、また、独占禁止法24条の要件の判断（被告の行為により、原告らに著しい損害を生じ、又は生じるおそれがあるか否か）に当たっては、妨害行為により、被告は、原告から、本件タクシー待機場所において、タクシー利用者との間で旅客自動車運送契約を締結する機会をほぼ完全に奪ったものと認定していることから、本件事案においても、自由競争減殺の側面があり、当該公正競争阻害性の生じている市場として、本件タクシー待機場所における旅客自動車運送サービスの市場が認定できると考えられる。

(2) 自由競争基盤侵害型

自由競争基盤侵害については、取引関係において、自由かつ自主的な取引が阻害されること自体を公正な競争を阻害するものとして規制が行われており、公正競争阻害性の認定に当たり、競争が行われている範囲を示す市場の画定は、不可欠なものとはいえない。

独占禁止法2条9項5号（優越的地位の濫用行為）の公正競争阻害性として、当該取引の相手方はその競争者との関係において競争上不利になる一方で、行

37) 昭和57年一般指定告示15項の事案も含む。

38) ディー・エヌ・エー事件（排除措置命令 平成23年6月9日）、岡山県北生コンクリート協同組合事件（排除措置命令 平成27年2月27日）

為者はその競争者との関係において競争上有利になるおそれがあることも指摘されている³⁹⁾が、これも、当該行為の性格について、他の事業者との競争関係を踏まえて問題性を指摘したものであり、市場の画定とは直接関係しないものである。

また、自由競争基盤侵害型事案でも、公正競争阻害性の評価に当たり、行為の広がりも一要素となっているが、上記(1)と同様に考えられる。

なお、優越的地位の濫用行為規制については、優越的地位にある事業者を一方の当事者とする狭い市場が画定でき、当該市場において市場支配力を有する事業者の濫用行為を規制するものと位置づける見解がある⁴⁰⁾。この場合には、公正競争阻害性の検討対象市場の明示が必要になると考えられるが、優越的地位の濫用行為の公正競争阻害性を優越ガイドラインのように解する場合には、本稿で議論している違反行為の明確性の確保という観点からは、取引関係における優越性の認定について明確さが確保されていればよく、当該市場を公正競争阻害性の検討対象となる市場と位置づけ、明示する必要性はないと考えられる。

IV おわりに

以上によれば、不公正な取引方法のうち、自由競争減殺型事案（競争手段の不公正さと両方の公正競争阻害性を有する事案も含む。）については、公正競争阻害性の検討対象市場を画定・明示することが適当と考えられる。

不公正な取引方法事案における排除措置命令書において、公正競争阻害性の解釈とその認定の根拠をできるだけ具体的に示すとともに、その検討対象市場の明示を行うことは、不公正な取引方法の規制内容の明確化、法令遵守の推進に資するものと考えられる。

（やまだ・つとむ 筑波大学大学院ビジネス科学研究科企業法学専攻教授）

39) 優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方」（公正取引委員会 平成22年。以下「優越ガイドライン」という。）（第1優越的地位の濫用規制についての基本的考え方）

40) 白石忠志「独占法講義（第7版）」（有斐閣 平成26年）第8章第6節

お詫びと訂正

以下の箇所に誤りがありました。お詫びして訂正いたします。

『筑波ロー・ジャーナル 18号』

裏表紙 1 本目の原稿の執筆者名

誤) Akiko Otsuka

正) Akio Otsuka

筑波ロー・ジャーナル 19号

2015年11月発行

発行者 筑波大学大学院

ビジネス科学研究科企業法学専攻

〒112-0012 東京都文京区大塚3-29-1

TEL 03-3942-5433

FAX 03-3942-5434

筑波大学法科大学院

〒112-0012 東京都文京区大塚3-29-1

TEL/FAX 03-3942-6897

教授 大野 雅人
大淵 真喜子
岡本 裕樹
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
渡邊 絹子

助教 上山 一

教授 植草 宏一
大石 和彦
大塚 章男
北 秀昭
京野 哲也
田村 陽子
徳本 穰
森田 憲石

准教授 岩下 雅充
白石 友行
直井 義典
日野 辰哉
渡邊 卓也

助教 奥山 光幸

編集者
制作
印刷所

筑波ロー・ジャーナル編集委員会

株式会社TKC

倉敷印刷株式会社

TSUKUBA LAW JOURNAL

No.19 November 2015

Articles

- The Development of Law Schools in England and Wales
—A Niche Marketing Strategy by For-profit Universities—
.....**Masahiro Tanaka** 1
- Réalisation du gage en France
.....**Yoshinori Naoi** 25
- Negligent Banking Supervision and Governmental Liability
— Portugal and EU New Member States —
..... **Masao Yanaga** 61
- Market Definition in the Case of Unfair Trade Practices
.....**Tsutomu Yamada** 95

ISSN:1881-8730