

筑波ロー・ジャーナル

2号

2007年12月

論 説

- 改正信託法と事業信託……………新井 誠 1
スクイズアウトにおける「事業目的基準」の有用性
……………大塚 章男 15
銀行監督上の失敗とEU(EC)法違反に基づく国家賠償責任
……………弥永 真生 45
学校における人種統合とアフーマティヴ・アクション(1)
——アメリカ連邦最高裁ロバーツ・コートの新たな動向——
……………藤井 樹也 69
消費者契約における取消権と不当利得法理(2・完)
……………丸山絵美子 85

講 演

- ドイツ移民法・統合法成立の背景と動向
……………ハンス・ゲオルク マーセン 105
(Dr.jur.Hans-Georg Maaßen)



筑波ロー・ジャーナル編集委員会

目 次

論 説

改正信託法と事業信託

.....新井 誠 1

スクイズアウトにおける「事業目的基準」の有用性

.....大塚章男 15

銀行監督上の失敗と EU (EC) 法違反に基づく国家賠償責任

.....弥永真生 45

学校における人種統合とアファーマティヴ・アクション(1)

——アメリカ連邦最高裁ロバーツ・コートの新たな動向——

.....藤井樹也 69

消費者契約における取消権と不当利得法理 (2・完)

.....丸山 絵美子 85

講 演

ドイツ移民法・統合法成立の背景と動向

.....ハンス・ゲオルク マーセン 105

改正信託法と事業信託

新 井 誠

- I. 期待される事業信託の活用例
- II. 新信託法と事業信託
- III. 旧信託法下の事業型信託との差異
- IV. 事業の移転
- V. 事業信託の展望
- VI. 消極財産と信託財産
- VII. 消極財産と債務引受
- VIII. 自己信託との併用

2006年信託法改正のトピックの1つに事業信託を認めたことが挙げられている。事業信託とは、特定の事業そのもの（事業経営権）を信託の対象とすること¹⁾である。すなわち、会社法467条以下所定の事業譲渡の「事業」に類似したものを信託財産（債務の引受、契約の地位の譲渡を含む概念）とする信託のことである。ここでいう「事業」は、現会社法施行前の旧商法245条に規定されていた営業譲渡の「営業」と同一であり²⁾、旧商法下での営業譲渡にかかる判例（最大判昭40.9.22民集19巻6号1600頁）によれば、「営業」（＝「事業」）とは、「一定の営業目的のため組織化され、有機一体として機能する財産（得意先関係等の経済的価値のある事実関係を含む）」とされている。具体的には、

1) 四宮和夫『信託法〔新版〕』（有斐閣、1989年）133-134頁

2) 神田秀樹『会社法〔第七版〕』（弘文堂、2005年）282頁

論説（新井）

営業用財産に製造・販売等のノウハウ、従業員との雇用関係、得意先との販売契約、仕入先との原料の買付契約等であり³⁾、それらを合わせた総体が「事業」なのである。かくして、事業信託というときの事業とは、一個の独立した財産として委託者から受託者に譲渡ないし処分することが可能である。事業自体の移転については、上記のように旧商法・会社法にも規定があり可能であるといえる。

Ⅰ. 期待される事業信託の活用例

新信託法が可決・成立した参議院の会議録⁴⁾によると、事業信託に対しては産業界からの期待の声が大変大きいとされ、経済産業省がその活用例を5つに類型化していたとのことである。すなわち、①従来なら営業譲渡の形態をとる必要のあった高い収益が見込める特定部門の信託による切り分け、そしてそれを担保とする資金調達が可能になるということ、②ハイリスクの新規事業に着手するに当たって、倒産隔離目的などで自己信託が活用され得るということ、③クレジット・リース会社がクレジット債権を自己信託することで資金調達が出来るということ、④債権回収業者、いわゆるサービサーが回収金を自己信託をして倒産リスクを回避するということ、⑤知的財産信託、たとえば特許権等、製造・販売事業の一体的な信託をすることによって流動化資金調達などを進めるということである。

ここで、旧信託法下でも行われていたいわゆる土地信託に代表される事業型信託との差異を述べておこう。土地信託は、委託者が保有する土地の有効利用や処分を目的に設定される不動産信託の一種で、受託者が信託された土地を信託目的に従って管理・運用する結果として、賃貸あるいは分譲といった事業を営むものである⁵⁾。どのような建物を建設し、どのような賃貸事業を営むのか、

3) 田中和明「事業の信託に関する一考察(上)」NBL829号(2006年)50-51頁

4) 参議院法務委員会議事録4号(2006年11月30日)

5) 三菱信託銀行信託研究会「信託の法務と実務(4訂版)」(きんざい、2003年)523-528頁

またどのように資金を調達するのかといった採算・収支計算を含む事業計画の立案や開発行為の実施が、委託者の承諾を得て、受託者によって信託事務として執行される。しかし、これは、不動産賃貸業自体の信託ではない。すなわち、信託財産を管理・運用する結果として、事業を営むもので、その事業が信託行為の定める目的の遂行上必要であるならば信託事務として行えるものと解されていた⁶⁾わけである。事業信託との差異の具体的要素としては、事業信託の受託財産たる事業自体は当然に債務を含むものであるのに対して、従来の土地信託における受託財産は消極財産を含まない積極財産のみで構成されることである。

また、委託者が信託宣言を行って相当の期間内に受益権を投資家に売却すれば、特定の事業部門に連動した配当を行うトラッキング・ストック⁷⁾と同様のことが、より徹底した形で行うことができ、より低いコストによる資金調達や機動的な事業変更が可能となるとされる。トラッキング・ストック類似の簡易な会社分割手段として事業の信託による受益権の発行を行うこと、事業信託として企業的な利用あるいは事業再生の活用が挙げられている⁸⁾。

事業信託の際に信託宣言の手法を活用すれば、次のようなメリットがあるとされる。

まず、事業部門に関する権利関係の主体を変更せずに済む。また、事業譲渡を実施する場合において、これまでは一部門を完全に売買していたが、ある期

6) 早坂文高「事業型商事信託」金商1261号(2007年)173頁

7) トラッキング・ストックとは、特定の事業部門や子会社の業績に株価を連動させて、利益配当を行う株式のことである。株式の発行は親会社が行うため、調達した資金は親会社に入る。企業が普通株式を発行する場合、企業内の事業業績は総合的に評価されるため、業績の良い事業部門は、コングロマリット・ディスカウント(高成長・高収入の見込みのある事業が、低い評価を受ける)の傾向がある。しかし、事業部門を分社化して株式公開を行うと、支配力低下を招いてしまう。そこで考え出されたのがトラッキング・ストックである。トラッキング・ストックを発行すると、会社分割を行わずに資金調達が行え、事業部門や子会社に対する支配力を維持することができる。

8) 勝田信篤「信託宣言について」清和法学12巻2号(2005年)17頁

論説（新井）

間に限定して特定の事業部門を売却することが可能となる。他社と事業提携を行う場合には、他の会社に事業提携に関連する部門につき信託宣言をしてもいい、自らが受益権の一部を保有するという形にすれば、他社の倒産リスクをも免れることができる。事業譲渡において、事業上の瑕疵というリスクを回避するために、売却代金の一部を保留したいという場合、コストをかけて会社を設立することをしなくとも柔軟にそれを実施できるとともに、資金調達の容易化等が可能となる⁹⁾。

ただし、新信託法下においても信託宣言による資金調達は行うことができないとする私見の立場からは、信託宣言と事業信託の組み合わせによる上掲トラッキング・ストック的機能の有効性については疑問とする。

Ⅱ．新信託法と事業信託

要綱試案は、事業信託につき特段の提案をしていなかった¹⁰⁾。さらに新信託法においても、その条文中にも事業信託という用語は用いられていない¹¹⁾。それでは、なぜ新信託法が事業信託を導入したとされるのか。以下で論ずる。

(1) 信託財産責任負担債務

信託行為の目的とされる信託財産に関して旧信託法は、その1条で、「信託ト称スルハ財産権ノ移転其ノ他ノ処分ヲ為シ」と規定し、信託財産はまず「財産権」でなければならないとしていた。この「財産権」については、金銭に見積もれるものであること、および積極財産であること、が有効要件であるとされている。後者に関しては、(a)債務自体を信託することは認められず、(b)積極

9) 勝田・前掲注8) 17頁

10) 法務省民事局参事官室「信託法改正要綱試案 補足説明」(2005年)においては「事業の信託」として触れられているが、それについては後述する。

11) 前掲注4) 参法4号議事録には、「法律の上からいいますと、事業をまとめて譲渡する、それを信託するということをこの法律が新たに可能にしたということは実はございません」という政府参考人(法務省)の答弁がある。

財産と消極財産（債務）とを含む包括財産の信託も認められない（通説）とされていた¹²⁾。「事業」は、上述したように債務を行うのが通常であろうから、旧信託法下では信託財産になり得ないということであった¹³⁾。債務以外にも、従業員との雇用契約等も受託可能資産とはなり得ないとされたのであろう。

消極財産を信託することはできないと解されていた旧信託法に対し、新信託法21条1項3号は、「信託前に生じた委託者に対する債権であって、当該債権に係る債務を信託財産責任負担債務とする旨の信託行為の定めがあるもの」については「信託財産責任負担債務となる」と規定した。これにより、旧信託法では認められないとされていた、委託者が負担する債務（消極財産）を受託者が信託財産として引き受けることが可能になったとされる。前述したように新信託法は事業信託につき直接規定してはいないが、立法過程において補足説明は、同条規定を根拠として事業信託が可能になると解説¹⁴⁾していた。

(2) 一定の目的の達成のために必要な行為

また、旧信託法制定の過程で、特定の事業そのものを信託の対象とすることは、事業経営はリスクを伴い、安全確実を旨とすべき信託会社にとって不適当である等の理由でついに認められなかった¹⁵⁾とされる。旧信託法下において信託とは、「他人ヲシテ（中略）財産ノ管理又ハ処分ヲ為サシメル」ことであ

12) 四宮・前掲注1) 132-133頁

13) 山田昭『信託立法過程の研究』（勁草書房、1981年）245頁

14) 前掲注10) 補足説明4頁「これまでも、受託者に債務を帰属させることは、信託の成立後に、民法の一般原則に従って債務引受の手続きをとれば可能であると解されてきた。しかしながら、信託の成立後に、債権者の承諾を得て委託者から受託者に債務を移転することはできるが、信託の設定当初からこのように債務を移転することはできないと構成しなければならない合理性はないから、信託の設定当初から債務を引き受けることができることを明確にすることにしたものである。このように措置がされることにより、積極財産の価額が消極財産の価額を下回る形の信託の設定も可能となり、さらに、いわゆる事業の信託を行うことも可能となると考えられる。」

15) 山田・前掲注13) 245頁

論説（新井）

るから、信託行為の目的とされる信託財産としての財産権に関しない行為（たとえば従業員の管理・評価等）を受託者に委託することは、「受託者として財産の管理又は処分をせしめること」には該当しないということとなろう。

これに対し、新信託法2条1項は、信託を「財産の管理又は処分及びその他の当該目的の達成のために必要な行為をすべきものとする」と定義した。財産の管理・処分に限らず、必要な法律上及び事実上の行為を受託者に為さしめることを可能とすることが明確となったのである。すなわち、一定の事業を遂行することを受託者に委託することが同項により可能となった、つまり事業信託が可能になったと解することができるのである。

Ⅲ. 旧信託法下の事業型信託との差異

旧信託法下においては、消極財産を信託することはできないと解されていたことは既述した。しかし、旧信託法下で行われていた土地信託についても、信託行為の目的とされる信託財産たる「土地」には固定資産税などの支払い債務が当然に付着している。「土地・建物」の信託の場合では、固定資産税はもちろんのこと、賃借人への敷金・保証金の返還債務も付着しているであろう。これらはいわゆる消極財産であるが、信託の目的たる積極財産が担保物件を負担していることは差し支えなく（旧信託法16条1項）、また財産権自体に付随する負担（例、公租公課）をとともなうことは妨げない¹⁶⁾とされていたので、旧信託法下でも問題とはならなかったのである¹⁷⁾。また、事業型とはいっても受託者は、土地等の単一の財産を受託し、その管理・処分の結果としての事業を営む（換言すれば、信託財産によって営まれる事業である）に過ぎない。

それに対し、事業信託において受託者が負担する債務は、積極財産に付随す

16) 四宮・前掲注1) 133頁

17) なお、積極財産が担保物件を負担していることは差し支えなくとも、それにかかる被担保債権（委託者の債務）を信託することは認められていなかったようである。たとえば、1,000万円のローン残務が残っている時価5,000万円の不動産物件を、その残務も併せて信託することは認められないとされていたのである。

るものだけに止まらない。事業信託における消極財産の種類は多岐に亘る。たとえば、手形債務や従業員への労働債務、買掛債務、賞与支払いのための借入金等々であるが、これらは、事業信託の目的たる積極財産に付随しているものではないということである。また、事業信託における「事業」について、これは、積極財産の管理・処分の結果としての事業を超えたものである。

Ⅳ. 事業の移転

株式会社が特定の事業を信託することによって受託者に移転するには、会社法の事業譲渡（467条以下）によることとなろう。たとえば、事業の全部または重要な一部の信託譲渡をする場合には、効力発生日の前日までに株主総会の特別決議によって、当該行為にかかる契約の承認を受けなければならない。また、会社分割とは異なり、当該事業にかかる債務や契約上の地位を受託者に移転するためには、個別に相手方の同意を得ることが必要となる。このような会社法上の規定は、自己信託の場合も適用されることが定められた（新信託法266条2項）。

Ⅴ. 事業信託の展望

事業信託を限定責任信託や受益証券発行信託、あるいは自己信託として設定することが考えられているようである。特に、自己信託との併用に関しては、期待が寄せられているようである。すなわち、得意先との取引関係や従業員との雇用関係を変更せずにその事業を切り出すことができる。また、限定責任信託と組み合わせれば、事業リスクを自社から切り離し、その事業のみを責任財産としたノンリコースの資金調達が可能となる¹⁸⁾ 等である。

しかし、信託宣言を用いた資金調達にかかる一般信託法上の有効性に関しては、私見は懐疑的である。

18) 早坂・前掲注6) 176頁

VI. 消極財産と信託財産

旧信託法下においては、単に消極財産のみを信託財産とする信託が認められないばかりでなく、積極財産と消極財産とを含む包括財産を対象とする信託についても、その設定は許されないとされていた。四宮博士は、「消極財産をも受託者に帰属させようというのなら、民法の一般原則に従って、受託者による債務の引受の手続をとらなければならない¹⁹⁾」とする。また、道垣内説は、「決して、信託財産とか、信託といった者が、債務者になるわけではない。それらには法人格はなく、債務者にはなれないのである²⁰⁾」から「信託設定時に債務が信託財産に含まれ得ないことはもちろん、設定後も債務が信託財産になることはない」として、そもそも債務は信託財産に含まれるものではなく、設定後に生じた信託事務の処理に関連した債務も含めて、受託者個人が債務を負うに過ぎない（債務に関しては、旧信託法15条が規定する信託財産の独立性に該当しない）とする。つまり、そもそも「信託財産たる債務を觀念すべきではない²¹⁾」とするのである。

上掲道垣内説によると、信託行為の目的とされる消極財産に付着した公租公課についても、それは、信託財産たる債務ではなく受託者個人に属する債務に過ぎないということとなる。果たして、そうであろうか。信託財産たる不動産は、通常、信託登記がなされるであろう。信託登記がなされた不動産についてはそれが信託である旨を第三者に対しても対抗できる。しかし、それに付着した公租公課という債務については別異であるなどということがありうるのだろうか。

思うに、信託にかかる債務について、それを「消極財産たる信託財産」とみるか「受託者個人に属する債務」とみるかは、所詮対抗要件の問題、延いては

19) 四宮・前掲注1) 133頁

20) 道垣内弘人「新しい信託法理論の展望と課題」同ほか編『新しい信託法の理論と実務』金商1261号(2007年)8頁

21) 道垣内弘人「最近信託法判例批評(7)」金法1597号(2000年)68頁

その債務にかかる責任財産の範囲の問題に集約されるのではないだろうか。

ある債務の債権者は、その債務者の一般責任財産を担保として期待する（要するに債務者の信用力に期待する）であろう。ところが、債権者の承知しない間にその債務が信託され、債務者が受託者に替わってしまったとしたら、すなわち、もはや原債務者の信用力に期待することができなくなるならば（代わって、受託者の信用力を期待することができるにしても）、債権者は即座にそれに満足せねばならないという道理はない²²⁾。債権者は、当該債権につき（それが受託者に信託譲渡されたとはいえども）原債務者にその履行の請求ができるし、当該債権につき債務不履行があれば（原債務者と受託者との間で当該財産につき信託契約が有効に成立していたとしても）原債務者の一般責任財産にかかっていけるのである²³⁾。そして、それは当然の事理なのである。そのために、信託財産である旨の対抗要件として、換言すれば、委託者からの倒産隔離効果を具現させるための対抗要件として、民法467条の規定が信託にも準用されているのである。その対抗要件が具備されていたのであれば、後は、当該債権者がその債権にかかる責任財産として期待できるのはその信託に属する財産のみなのか、あるいは受託者個人の一般責任財産をも担保として期待できるのかの差異である。

民法467条規定の対抗要件を具備しているだけであれば、債権者は、受託者個人の一般責任財産にも強制執行することができる（原債務者の一般責任財産にはかかっていけない）。上掲道垣内説の「信託財産たる債務を觀念すべきではなく受託者個人が債務を負うに過ぎない」ことの証左である。しかし、債務を伴った信託が価格変動等で債務超過となり、受益者が受益権を放棄すれば、受託者はその信託債務を最終的に負担せざるを得なくなる。それを避けるため、

22) 原債務者の格付がBB-であるのに対し、受託者のそれがAA+であるというような場合は、経済合理性のみを勘案すれば、通常、満足しないことはないであろうか。

23) 物上担保があるのなら、それからの優先弁済（別除権）をも期待するであろう。債務者が当該被担保債務を信託する際にその担保目的物自体も信託するのであれば、信託財産たる当該信託財産（担保物件）からの優先弁済も期待できる（旧信託法16条1項）。

上記対抗要件具備の際に、受託者が債権者との間で、責任財産を信託財産に限定するとの「責任財産限定特約」をつけることができれば、債権者が責任財産として期待できるのはその信託に属する財産のみということとなる。その特約の結果として「信託財産たる債務」が観念されうるに至るのである²⁴⁾。

VII. 消極財産と債務引受

次に、いわゆる「消極財産」の受託と受託者による「債務の引受」の関係について考察を加えたいと思う。

消極財産が信託行為の目的とされる信託財産となりうるかを論ずる際の消極財産とは、債務にほかならない。したがって、上の命題は、債務が信託財産となり得るかと言い換えることができる。ということは、消極財産を信託財産とするということは、受託者が債務を引き受けるということにほかならないのである。

受託者として債務を引き受けるには、信託が発効していなければならない²⁵⁾、したがって信託設定時には債務引受ができないとされてきたようである。信託設定後であれば、受託者として債務の引受をすることができるというのである。しかし、その債務が信託の目的とされる信託財産ではないというのであれば、その債務引受は、いかなる（信託の）一定の目的に従うことになるのであろうか。信託設定後に受託者が引き受けた債務は、受託者が一定の目的に従って管理・処分する財産ではないというのだから、何のために債務引受を

24) 責任財産限定特約が付された信託債務につきこれを「受託者個人の債務」とであると観念せねばならないとすれば、旧信託法39条所定の帳簿および財産目録にはこの債務は載らないということになる。土地信託等において調達した資金ないしその代位物（その資金で建築した建物）は帳簿の資産サイドに記載されるが、その債務は負債サイドに記載されないということであれば、それはバランスしなくなってしまう。当該債務は「受託者個人の債務」に過ぎないというのであれば、おそらく、負債サイドに「受託者の求償権」という項目が立つことになるのだろう。しかし、「信託財産たる債務を観念すべきではない」というのであれば、そもそも負債サイドが存在しないということだから、「受託者の求償権」を負債サイドに立てることもできないはずである。

行うのが不明となる。信託財産たる他の積極財産の管理・処分を行うために必要な債務というものは想定され得ないのである。積極財産を巧く管理・処分するためには、純粋な債務の増加は、むしろ障害以外の何者でもない。一定の目的が「信託財産を毀損せしめる」とか「信託財産の価値を極小化する」ということでない限り、純粋な債務は不要である。

なお、債務引受は、土地信託において（信託設定後に）行われる資金調達という債務とは区別されねばならない²⁶⁾。土地信託における資金調達は、債務も増加するが同額の借り入れ資金も流入するので、差し引きゼロとなり、信託財産に毀損を生ぜしめることとはならない²⁷⁾。また、当該債務の負担は、一定の目的に適うものである。然るに、信託設定後に債務引受を行うということは、その分信託財産価値を減ずるに過ぎない。そのような受託者の行為（債務引受）が、一定の目的に合致するはずはなかろう。事業信託を論ずる際の消極財産とは、委託者の「この消極財産を（も）巧く管理してくださいね」という

25) 旧信託法1条の規定振りから、消極財産の信託（委託者から受託者への債務の移転）については、（信託成立の要件である「財産権ノ移転（其ノ他ノ処分）」の目的物たりえないので）信託設定時における移転は否定的に解されていた（信託が発効していなければ、債務引受人がまだ受託者とはなっていないからともいえるかもしれない。しかし、信託とか信託財産には法人格がないので債務者になり得ないという見解を正当とするならば、受託者としての債務引受という概念も否定されるであろう）。なお、受託者による債務の引受が、信託の成立後であれば可能なものが設定当初にはできないとすることの非合理性から、新信託法では信託設定時から債務の引受が可能であることが明文化された（2条9項、23条1項）。

26) この債務については、債務者が当初から受託者である。受託者以外の債務を受託者が引き受けることとはならないので、債務引受ではないということに留意せねばならない。

27) 消極財産（借入金）を受け入れることによって信託勘定のバランスシート上の負債が増加するが、同時に資産も同額増加するということである。それに比して、債務引受の場合は、負債のみが増加することとなり、バランスしなくなるということである。負債サイドにはもともと信託受益権が立っているから、債務引受によって増加した負債の分だけ信託受益権の額を減ずればよいという考えも採れなくはないが、そうであれば信託受益権の額以上の債務引受はできない（債務超過になってしまうから）はずである。しかし、そのような議論が行われたことはないようである。

委託の目的たる財産であり、それ（消極財産の管理）が一定の目的に含まれていなければならないのである。

新信託法上の信託の対象である「財産」には、いわゆる消極財産たる債務は含まれないので債務を信託することはできず、「委託者と受託者との合意に基づいて委託者の債務を受託者が（信託財産で）引き受けることができるに過ぎない」とする見解²⁸⁾に対しては、以上の検討より疑問を禁じえない。同見解はさらに、「債務引受を行うことによって、実質的には、積極財産および消極財産を信託したのと同様の状態を作出すことは可能であり、（中略）積極財産は信託されるものの消極財産については債務引受の形式が取られることになる」としている。信託において委託者から受託者へ移転される債務につき「消極財産の信託」と呼ぶか、「受託者による債務引受」と呼ぶかの定義の問題であれば、それは「決め」の問題である。しかし、それが信託の一定の目的の対象となるものでないならばそれは信託ではないし、対象であるならば信託財産として捉えるべきものといえよう。

少なくとも、当該債務の引受が新信託法2条1項にいわゆる「一定の目的の達成のために必要な行為」でなければならない。信託の目的の達成のために必要な行為の対象であるならば、信託設定後でなければ委託者から受託者に移転することができないなどということとはあり得ない。諾成的信託にあっては、信託設定（信託契約の締結）と同時に受託者が債務引受をすることができるのであって、積極財産の信託譲渡が行われた後でなければ債務引受はできないなどということはない。委託者から受託者への財産の移転とともに設定される信託においても、受託者は設定と同時に債務引受をすることができる、つまり消極財産を含む包括財産の受託は可能であると解するべきなのである。

旧信託法下における「受託者による債務の引受ならいいが、消極財産を信託財産とすることはできない」との理解は、上述したように妥当なものではなかった。消極財産を信託の目的とされる信託財産とするということは、債務を引

28) 寺本昌弘ほか「新信託法の解説(2)」金法1794号（2007年）22頁

き受けることにほかならないからである。また、新信託法下でも、上記の「委託者の債務を受託者が（信託財産で）引き受けることができるに過ぎない」との見解は妥当であるとはいえない。「債務を信託財産で引き受ける」ということは、消極財産を信託財産として引き受けることにほかならないからである。信託用語の定義の問題なのかもしれない²⁹⁾が、要は、上述のとおり、債権者が受託者の一般責任財産をも担保として期待できるかということがポイントなのである。

VIII. 自己信託との併用

私見は、自益型の信託宣言は新信託法下においても認められていないと考える。したがって、I.で紹介した事業信託の活用例とされるもののうち、①特定部門の信託を担保とする資金調達、②ハイリスクの新規事業に着手するに当たって、倒産隔離を目的とする自己信託、③クレジット・リース会社がクレジット債権を自己信託することでの資金調達、についてはいずれも自己信託の委託者兼受託者が当初全部受益者であることが前提となっているようであり、新信託法下でもこれらは信託としては認められないといわざるを得ない。

29) 受託者の引き受ける債務を「消極財産（としての信託財産）」と呼称するのではなく、単に「受託者責任」とするという「呼び方」の問題なのかもしれない。しかし、その債務が受託者に帰属することとなる限りにおいて、信託財産と呼んで差し支えないように思う。

論説

スクイーズアウトにおける 「事業目的基準」の有用性

大 塚 章 男

- I. はじめに
- II. スクイーズアウトをめぐる最近の動向
- III. アメリカ会社法における事業目的基準の分析
- IV. スクイーズアウトに対する若干の私見（まとめに代えて）

I. はじめに

会社法において、合併対価の柔軟化により、現金対価による合併（交付金合併“cash-out merger”）や三角合併が認められ、これにより、消滅会社の株主を引き継がず締め出す（squeeze-out）ことができる。また、略式組織再編行為が新設され、吸収合併においては、A会社がB会社の総株主の議決権の90%以上を有するとき、B会社において株主総会決議を要しないこととなった。したがって、公開買付で90%以上の議決権を取得できれば、上記の略式合併の手続を踏むことにより、被支配会社の総会決議を要せず、交付金合併を行って、被支配会社の少数株主を締め出すことができる。

スクイーズアウト¹⁾（squeeze-out）とは、支配株主（controlling shareholders）が少数株主（minority shareholders）を会社から強制的に締め出すことをいう。その手法としては、米国では、合併、二段階合併（公開買付＋略式合併）、株式交換、株式併合、資産譲渡＋解散などがある。日本でもこの多くの採用が

論説 (大塚)

可能であろう²⁾。また、スクイーズアウトが行われる場面としては、(二段階)合併、ゴーイング・プライベート (非公開化)、親子会社間の合併などがある³⁾。

スクイーズアウトを行う動機として、公開にともなう管理コスト高の回避⁴⁾、敵対的買収からの防衛⁵⁾、経営効率の改善などがあげられる。しかしながら、締め出される少数株主の利益はどのように保護されるべきかについてはまだ検討が十分なされていない。

Ⅱ. スクイーズアウトをめぐる最近の動向

(1) 最近のスクイーズアウトの事案

スクイーズアウトの件数について特に調査した資料は見当たらないが、MBO (management buy-out) や100%子会社化の件数は10年前と比べ確実に

1) フリーズアウト (freeze-out) とも言う。日米のスクイーズアウトに関する最近の主な著書・論文として以下がある。中東正文『企業結合・企業統治・企業金融』(以下、「中東・企業結合」)(信山社、1999年)、柴田和史「現金交付合併と正当な営業上の目的の法理に関する一試論」(以下、「柴田・試論」)柴田和史=野田博編『会社法の現代的課題』(法政大学出版局、2004年)、高橋衛「支配株主による少数株主の締め出しに関する考察(1)―公開買付と略式合併を用いた締め出しの場合を中心に―」北九州私立大学法政論集32巻4号27頁(2005年)、西本強「フリーズアウトに関するデラウェア州法上の問題点ⅠⅡⅢ」商事法務1793号20頁、1794号44頁、1796号40頁(2007年)、野田博「企業買収・組織再編の法的手段―交付金合併導入を機縁とした議論の展開を中心に―」法律時報79巻5号26頁(2007年)、笠原武朗「少数株主の締め出し」・片木晴彦「企業組織再編―対価の柔軟化と少数株主の保護―」森淳二郎=上村達男編『会社法における主要論点の評価』(中央経済社、2006年)。

2) 会社法においては全部取得条項付種類株式制度を用いる方法もあるが、本稿の検討外とする。

3) Brudney & Chirelstein, A Restatement of Corporate Freezeouts, 87 YALE L. J. 1354, 1356 (1978) [hereinafter cited as Brudney & Chirelstein, Restatement of Freezeouts].

4) 法的コスト、上場コスト、会計コストなどに大別される。米国では、特にサーベンス=オクスリー法の施行が管理コストを押し上げているとされる。

5) 敵対的買収に対する究極の防御方法はgoing-privateであるとされる。

増加しており、特にMBOにおいて顕著なものがある⁶⁾。

MBOにおいて生じる問題点を一般に知らしめた事案として、焼肉店の「牛角」などを展開する株式会社レックス・ホールディングスが、2006年11月にMBOを実施し、非上場化したケースがある。同社はTOBを実施して92%の株式を保有するに至り⁷⁾、その後全部取得条項付種類株式を発行して完全子会社化を図った⁸⁾。

(2) 最近の証券取引法の改正

証券取引法（金融商品取引法）、及びその施行令及び関係府令のうち、公開買付制度・大量保有報告制度の見直しに係る部分について2006年12月に改正が行われた⁹⁾。

改正点は多岐に及ぶが本稿の論点に関連する範囲に限れば、まず、買付後の所有割合が2/3以上の場合、全ての株式に対しTOBを行うことが条件とされた（全部勧誘義務）¹⁰⁾。また、買付後の所有割合が2/3以上となる買付をする場合、公開買付者に応募株券等の全部の買付義務が課されることとなった（全部買付義務）¹¹⁾。これは、手残り株をかかえることになる零細な株主が著しく

6) MBOについて見れば、96年、97年は各1件、0件だったものが、02年から06年は、各42件（766）、34件（1669）、43件（418）、67件（2975）、80件（7017）となっている（括弧内は金額ベースで単位億円、億未満は切捨て）。MARR2007年6月号20頁参照。

7) 投資ファンドのアドバンテッジパートナーズが出資する投資子会社がTOB（株式公開買付）をするという形を取った。

8) 2005年12月期の決算短信が2度も訂正され、MBO実施の際の買付価格が意図的な業績下方修正等で不当に安く設定されたとして、一部個人投資家が公正な株式買取価格の決定を求め裁判となっている。

9) 最近の解説として、黒沼悦郎「公開買付制度・大量保有報告制度の改正」法律のひろば2006年11月号19頁。内間裕＝森田多恵子「公開買付制度・大量保有報告制度の改正と実務への影響上中下」商事法務1790号20頁、1791号44頁、1792号12頁（2007年）。なお、2007年9月30日に金融商品取引法が施行されているが、本稿では、証券取引法として表示する。

10) 証取法27条の2第5項、施行令8条5項3号。

不安定な地位に置かれることが懸念され、これに対応する改正である¹²⁾。

(3) MBOをめぐる議論

a 証券取引法の改正

対象会社の取締役はTOBの公開買付者でもある。経営陣は安く有利な条件で買付けたいと望むが、一方、経営陣は企業価値（株価）を高める責務を負っている。MBOにおいては対象会社の取締役に構造的な利益相反の問題が存する。また、取締役と株主との間には情報の非対称性の問題もある。したがって、MBOにおいては買付価格につき第三者機関の評価が重要となる。

公開買付の開示に関する内閣府令（2006年12月施行）では、MBOや親会社による子会社株式の公開買付けの場合については、株主との関係において経営陣等の利益相反が問題となることがあり得ることから、買付価格の算定評価書を第三者から取り、それを踏まえて実際の算定をしている場合には、公開買付届出書に当該算定評価書の写しの添付を求めている¹³⁾。また、公開買付届出書に、買付価格の公正性を担保するための措置、公開買付に至った意思決定過程、利益相反を回避する措置を講じているとき（例えば社外取締役や特別委員会の関与）は、その具体的内容の各記載が求められている。

b 企業価値研究会によるMBO報告書

経産省の企業価値研究会は2005年5月に「企業価値報告書」を公表したが、これにはMBOの場面では、情報の非対称性が大きく、利益相反の問題が存することに加えて、買付価格の妥当性等について株主・投資家がインフォームド・ジャッジメントを行うことが難しい点が指摘されていた。さらに企業価値研究会は、2007年8月、「企業価値の向上及び公正な手続確保のための経営者

11) 証取法27条の13第4項、施行令14条の2の2。

12) 全部買付義務を認めたことにより、上場廃止をちらつかせて応募に追い込む強圧的公開買付が行われにくくなるという効果もある。

13) 証取法27条の3第2項、他社株府令13条1項8号。

による企業買収（MBO）に関する報告書」¹⁴⁾を公表した。この報告書はMBOを対象としているが、MBOは公開買付＋スクイーズアウトにより100%株式取得を行うことを前提としており、この点に関する考察は本稿でも参考となる¹⁵⁾。

(4) 会社法上の議論と本稿の課題

単に合併条件が不公正であっても、承認決議の取消事由にあたらない限り、それは会社法上の合併無効原因とはならないというのが現在の多数説である。反対株主には株式買取請求権による救済があるだけである。

これに対し、少数株主を締め出すことを主要な目的として、現金対価合併を行う場合は、承認決議に決議取消原因があると通常は考えるべきであるとする見解がある¹⁶⁾。この見解は、特別決議によって少数株主を締め出す結果となる組織再編行為が認められるのは、その組織再編行為に「正当な事業上の目的」があるという以外には正当化できないとする¹⁷⁾。また、少数株主を排除する目的でペーパー・カンパニーを存続会社とし対象会社を消滅会社とする交付金合併を行う場合、合併目的の不当性を理由に合併無効を認めるべき事案があることは否定できず、このような事案では特別利害関係人の議決権行使による著しく不当な決議として決議の瑕疵を理由に合併無効となる場合が少なくない、とする見解もある¹⁸⁾。これらの見解は、正当な事業目的の欠如が不当決議と

14) <http://www.meti.go.jp/press/20070802008/mbo.pdf>で入手可能である。

15) MBOにおける同報告書の議論は、親子会社間のスクイーズアウトにも基本的に妥当するとする。同21頁。

16) 弥永真生『リーガルマインド会社法（第10版）』382頁注8）（有斐閣、2007年）。

17) 要綱試案段階で、少数株主の締め出しを可能とするような少数株主に対する売渡請求権を90%以上保有の株主に認める案が示されていた経緯を重視する。しかし、日本は、イギリス、ドイツ流の強制買取制度を採用せず、米国流の交付金合併を採用した、ともいえるのではないか（詳細は後述）。

18) 江頭憲次郎『株式会社法』786頁注(1)（有斐閣、2007年）。さらに、江頭憲次郎ほか「（座談会）『会社法制の現代化に関する要綱試案』をめぐって」商事法務1685号8頁、21頁〔江頭発言〕（2003年）。

論説（大塚）

して決議取消事由となるとする見解である。

この見解の妥当性を検証するためには、会社法831条1項3号の決議取消事由として事業目的の正当性を問うことの妥当性を、最低限、考察すべきことになる。本稿の目的の一つは、米国会社法の「事業目的基準（business purpose test）」を検討し、日本法に対する示唆を得ることにある。

Ⅲ. アメリカ会社法における事業目的基準の分析

(1) 概観

a 日米の法制度の違い

アメリカにおいては、合併対価につき制限はなく、交付金合併や三角合併が多く行われてきており、また short-form merger が認められている。制度構築の点において、今回の改正により日本の会社法はアメリカにほぼ追いついたといえる。それでは、合併に反対する少数株主にはどのような救済方法が用意されているか。

日本法においては、違法又は不当な合併に異議を唱える株主に対し与えられた主な救済方法には、合併無効訴訟（828条1項7号・8号）、決議取消訴訟（831条1項）、（反対株主の）株式買取請求（785条、797条等）、取締役に対する損害賠償請求（423条）、略式合併につき差止請求（784条2項、796条2項）などが考えられる。これに対し、アメリカ会社法（すなわち多くの州の会社法）においては、衡平法上の救済方法として、合併差止め（injunction）、合併取消し（rescission）、損害賠償請求などが、また制定法上の救済として、株式買取請求¹⁹⁾（appraisal right）が認められている²⁰⁾。

19) デラウェア州一般会社法262条、カリフォルニア州会社法1201条など。なお、模範事業会社法（“MBCA”）の認める appraisal rights の対象はデラウェア州のそれより広い。See MBCA §13.02(a).

20) See Cox & Hazen, Corporations, 593-98 (1997).

b 信託義務の肯否

アメリカにおいては、支配株主²¹⁾が会社および少数株主に対して信託義務(fiduciary duty)を負うことは争いがない。会社の多数株主は、取締役や役員と同様に、会社および株主全員のための受託者の立場にあり、多数株主は少数株主に対して信託義務を負うとされる。取締役が信託義務を負うのなら、取締役会を支配しうる権限を有する支配株主が取締役と同等の信託義務を負うのもまた当然である²²⁾。

連邦最高裁は、多数派は支配権を有するが、その権限を行使するときには、会社自身または役員および取締役と同様に、少数派に対して信託関係を有すると判示した²³⁾。この判断はその後維持され、その後の連邦最高裁判決で、ダグラス判事は、「取締役が受託者であると同様に、支配株主または株主グループもまた受託者である」との有名な意見を示した²⁴⁾。これはエージェンシー理論に裏打ちされた概念である²⁵⁾。

以上の理論はデラウェア州においても同様に肯定されてきた。すなわち、支配株主は、取締役を選任し、会社に根本的変更をもたらす決議を成立させることによって、少数株主に重大な損害を加える可能性がある。このゆえに、一般

21) 支配株主(controlling shareholders)は、議決権の過半数を有する場合の他、大規模公開会社においては、これに満たなくても、最大多数派であれば認められる。いずれにしても、支配株主であるか否かは、その信託義務の有無の局面で問題とされる。See Cox & Hazen, *supra* note 20, at 250-51. なお、水島治「会社間の支配従属関係の確定—デラウェア州における支配株主の画定を参考として—」桐蔭法学10巻2号1頁(2004年)。

22) この論点に関しては、青木英夫「支配株主の信託的義務(二・完)—イギリス法およびアメリカ法を中心として—コンツェルン関係における大株主の責任(00)-(2)-」独協法学38号1頁(1994年)参照。

23) See *Southern Pac. Co. v. Bogert*, 250 U. S. 483, 487-88 (1919).

24) *Pepper v. Litton*, 308 U. S. 295, 306 (1939).

25) 例えば、Bainbridge, *Mergers and Acquisitions*, 208-09 (2003). 支配株主は代位責任(vicarious liability)に基づき取締役の行為につき責任を負うものであり、その適用の際、取締役会の独立性が問われる、とする。See *Summa Corp. v. Trans World Airlines, Inc.*, 540 A.2d 403 (Del. 1988).

論説 (大塚)

に、支配株主の行為は取締役の行為と同視され、支配株主は取締役と同様な信託義務に服する²⁶⁾。

以上に対し、日本では、多数株主・支配株主に信託義務を認める見解は賛同を得るに至っていない²⁷⁾。

(2) デラウェア州の事業目的基準に関する判例法

a 視点

スクイズアウトにおいては、当該取引の目的、および当該取引の公正性²⁸⁾の2つの要件が問題とされてきた。正当な事業目的を問う構成は、後述のように、デラウェア州ではSinger事件判決以降一時採用されたがその後放棄された²⁹⁾。制定法の遵守とは別枠でこの正当な事業目的が要求されることになるが、正当な事業目的が要求されるのは、多数株主の信託義務に基づくものである。また、他のいくつかの州では、取引の公正性を精査する前提として正当な事業目的の存在の証明を求めている。なお、この事業目的基準は、合併場面に限定されるわけではなく、取締役側が支配権を維持するために新株を自己に発行する場合にも適用されてきた³⁰⁾。

26) Zahn v. Transamerica, Corp., 162 F.2d 36 (3rd Cir. 1947). See Cox & Hazen, *supra* note 20, at 256-57. さらに後編注31)のSinger判決を参照。

27) 肯定的な見解として、別府三郎『大株主権力の抑制措置の研究』(嵯峨野書院、1992年)、出口正義『株主権法理の展開』(文眞堂、1991年)、否定的な代表的見解として、江頭憲治郎『結合企業法の立法と解釈』(有斐閣、1995年)など。

28) いわゆる「完全公正基準」についてのデラウェア州法の分析は、西本・前掲注1)により概観できる。

29) Singer事件判決とその後の進展については、see Brudney & Chirelstein, Restatement of Freezeouts; Easterbrook & Fischel, Corporate Control Transactions, 91 YALE L.J. 698 (1982); Weiss, The Law of Take Out Mergers: A Historical Perspective, 56 N.Y.U.L. REV. 624 (1981). See also Brudney & Chirelstein, Fair Shares in Corporate Mergers and Takeovers, 88 HARV. L. REV. 297 (1974) [hereinafter cited as Brudney & Chirelstein, Fair Shares].

30) Lichtenberger v. Long Island Mach. Sales Corp., 420 N.Y.S.2d 507 (App. Div. 1979).

b 事業目的基準の確立

事業目的基準を論じるには、まず、デラウェア州最高裁の下した Singer 事件、Tanzer 事件および Roland 事件での一連の判決を検討する必要がある。

i Singer v. Magnavox 事件判決³¹⁾

Singer 事件は、二段階合併の類型に属する事案である。公開買付で対象会社の株の 84.1% を取得した後に、完全子会社を対象会社に吸収合併させて、少数株主をキャッシュ・アウトした。

〔事実〕

North American Philips (“Philips”) は、Magnavox Corporation (“Magnavox”) の普通株式についての公開買付を行うために、100% 子会社の North American Philips Development (“Development”) を設立した。公開買付により、Development は Magnavox の発行済普通株式の 84.1% を取得した。その後、Development は Magnavox に対する支配をより強固なものにするため、Magnavox の残余株式全部を合併によって取得することを目的として、Development の 100% 子会社として T.M.C. Development Corporation (“TMC”) を設立した。そして Magnavox の株主総会において、同社の株式 1 株に対し現金 9 ドルを合併対価とする条件の TMC と Magnavox の合併（以下、「本件合併」）が承認され遂行された。

その後、Magnavox の株主である Singer は、①本件合併は Philips が Development を通じて Magnavox の単独株主になるために、Magnavox から少数株主を極めて不当な合併対価で強制的に締め出すことを唯一の目的としたものであるから詐欺的 (fraudulent) であり、また、②本件合併において少数株主に交付される合併対価が極めて不当であるから、被告取締役及び支配株主である Development は少数株主に対し負っている信託義務に違反していると主張して、本件合併の取消 (nullify) と損害賠償を求めて訴えを提起した。

31) Singer v. Magnavox Co., 380 A.2d 969 (Del. 1977).

論説 (大塚)

Chancery Courtは、被告らの却下申立に対し、少数株主の排除以外に事業目的が全くないということだけを理由に合併が詐欺的であるとはいえず、また、合併対価について不満があるならば原告の救済は株式買取請求権によるべきであると判示し、訴え却下を認めた。そこでSingerが上訴した。

〔判決〕

Singerの主張①につき、裁判所は、詐欺か否かということではなく、信認義務の適用によって判断することになるとした。そして、有効な事業目的のためだけに合併は行われなければならないか否かについて制定法は何も触れておらず³²⁾、事業目的の検討は、Magnavoxの多数株主と少数株主との間の相反する主張を検討することから始めるべきとした。

「Magnavoxの多数株主であるDevelopmentが、Magnavoxの財産を処分するときには、Magnavoxの少数株主に対して信認義務を負うことはデラウェア州において確立した法理である。……先例たるSterling事件³³⁾の『親子会社間の合併(interested merger)』において、最高裁は、親会社は、合併の両側に立つ多数株主として、少数株主に対する『完全な公正さ(entire fairness)を証明する責任』を負っており、十分に『裁判所による精査に合格』しなければならないことを、当州の確立した法理として、承認した。³⁴⁾」「例えば、会社の役員と取締役³⁵⁾、及び支配株主³⁶⁾が、その会社と少数株主に対し、誠実、忠誠、忠実及び公正といった信認義務を負うというのが、確立したデラウェア州法である。³⁷⁾」

その上で、Magnavox株に公正な価格を提供しているのだから信認義務を果

32) Id. at 975.

33) Sterling v. Mayflower Hotel Corp., 93 A.2d 107 (Del. 1952).

34) 380 A.2d. at 976. 引用は see Sterling, 93 A.2d at 109-10.

35) 取締役につき Guth v. Loft, Inc., 23 Del.Ch. 255, 5 A.2d 503, 511 (Del. 1939) を引用している。

36) 支配株主につき前掲注33)のSterling事件とBennett v. Breuil Petroleum Corp., 34 Del.Ch. 6, 99 A.2d 236 (Del. 1953) を引用している。

37) 380 A.2d at 976-77.

たしていると主張する被告に対し、裁判所はこの主張を拒否した。被告の主張は、株主の権利とは唯一投資価値であり、これはデラウェア州一般会社法 262 条の株式買取請求権で保護されるとするものである。この見解は、少数反対株主は所有する株式の公正な価格を要求すること以外のいかなる権利も有しないとするものであるが、この見解は裁判所により拒否された³⁸⁾。その上で、少数株主が理由なく合併を妨害できないのと同じように、多数株主は交付金合併で少数株主を排除するためだけに合併を行うこともできないとした³⁹⁾。

交付金での少数株主の締め出しが唯一の合併目的である場合、デラウェア州裁判所は合併目的に無関心ではられない⁴⁰⁾。先例として、支配株主が少数株主を締め出すために新株発行を行ったとされる Bennett 事件判決⁴¹⁾の「主たる目的として少数株主の締め出し目的を有している多数株主による行為は、価格の公正さに関係なく、損害賠償の対象となる」との判示部分、さらに、支配権維持の目的での新株発行が問題となった Condec 事件判決⁴²⁾の「他者からの支配権の奪取のような不当な目的で株式を発行することはできない」との判示部分を引用している⁴³⁾。

ここで裁判所は次の2つの原則を抽出する。まず、ある会社行為の目的が少数株主に対し負っている信認義務に違反しているとされる場合、衡平法裁判所はその会社行為を精査する義務を負う。次に、会社を自由に支配する者は、会社の権限と財産に対し支配力を行使する際には、少数株主に対し信認義務を負い、自己の支配力を永続させるために右の権限を行使するときには信認義務の違反となる⁴⁴⁾。結論として「少数株主を締め出すという唯一の目的のために

38) Id. at 977-78.

39) Id. at 978.

40) Id. at 979.

41) Bennett, *supra* note 36, 99 A.2d at 239.

42) Condec Corporation v. Lunkenheimer Company, 43 Del.Ch. 353, 230 A.2d 769, 775 (Del. 1967).

43) 380 A.2d at 979.

44) Id. at 980.

論説 (大塚)

なされた251条の合併は、会社手続の濫用である」⁴⁵⁾と判示し、いわゆる「事業目的基準 (business purpose test)」を採用した。

〔コメント〕

Singer事件判決は、スクイーズアウトの場面での多数株主の信託義務を再定義したことにおいて重要であり、この信託義務は完全公正基準⁴⁶⁾と事業目的基準によって判断されるということである。多数株主は、少数株主への公正価格の提供をもって、その信託義務からは解放されない⁴⁷⁾。適法な目的でなされた現金合併も、さらに完全公正基準による司法審査の対象となる。そして、多数株主が支配の永続化を目的としてその権限を行使することは少数株主に対する信託義務に違反するのであり、少数株主の締め出しを唯一の目的として会社の権限を利用することは「会社手続の濫用」であってこの信託義務に違反する。正当な事業目的が欠けている場合⁴⁸⁾、株式買取請求権による救済は不適切なので、「衡平法が求める救済」を与えることになる⁴⁹⁾。

Singer事件判決は、誰の事業目的を問題とすべきかについては明言されなかった。少数株主をも利するものでなければならないのか、多数株主のそれで考えればよいのかである。すなわち、少数株主・子会社にとっては正当な事業目的と認められないが、多数株主・親会社にとっては正当な事業目的と認められる場合も事業目的基準を充たすと考えてよいのである。

45) Id.

46) Singer判決は、Sterling判決 (see supra note 33) で宣言されながら事実上有名無実化していた「完全な公正の基準」を再確認した点においても意義がある。

47) 380 A.2d at 977.

48) サマリー・ジャッジメント申立においては、原告が適法な目的の不存在の証明責任があるが (Temple v. Combined Properties Corp., 410 A.2d 1375 (Del. Ch. 1979))、仮差止請求においては、被告がその存在の証明責任を負う (Young v. Valhi, Inc., 382 A.2d 1372 (Del. Ch. 1978))。

49) 380 A.2d at 980.

ii Tanzer事件判決⁵⁰⁾

この問題について解答を示したのがTanzer事件判決であるが、これは、Singer事件判決の約一カ月後に下された。この事案は、親子会社間の合併の類型に属する。

〔事実〕

親会社 International General Industries, Inc. (“IGI”) は、子会社 Kliklok Corporation (“Kliklok”) の普通株式の81%を保有していたが、IGIはシェル・カンパニー KLIK Corporation (“KLIK”) を設立し、これを Kliklok に合併させることによって、Kliklok の少数株主をキャッシュ・アウトすることを企てた。これに対して、Kliklok の少数株主である原告らが、合併の唯一の目的は IGI に利益をもたらすことにあるとして、仮差止命令を求めたのが本件である。

〔判決〕

親子会社間の合併の唯一の目的は親会社の長期的資金調達を可能にするためであったが、原告はこれを少数株主に対する信託義務の違反であると主張した。デラウェア州最高裁判所は、少数株主のいなくなった Kliklok の資産を利用して IGI が資金を調達するという目的は正当な事業目的にあたると判断し、仮差止申立を否定した Chancery Court の判断を支持した。本判決は、合併が信託義務違反とならないために必要とされる事業目的は、多数株主・親会社側の事業目的であれば足りることを明言したことで重要である。

まず裁判所は、真の問題は、Kliklok の企業利益には関係なく、IGI が自社の事業目的のため合併ができるかであると摘示した。ただし、裁判所は、事業目的基準は、「曖昧であり、悪く言えば、これが述べているのは結果であって権利義務ではない」とも指摘している⁵¹⁾。

裁判所は、そもそも株主は自己の利益 (personal profit) にしたがって議決権を行使する権利があり⁵²⁾、ただし、これは他の株主に対して負う義務によっ

50) Tanzer v. International General Industries, Inc., 379 A.2d 1121 (Del. 1977).

51) Id. at 1123.

論説 (大塚)

て制限されているとし、まず株主の議決権行使の権利を出発点としている⁵³⁾。その上で、IGIは多数株主として自分自身の企業利益に従って議決権を行使できるものの、Kliklokを合併するについてのIGIの目的は誠実 (bona fide) なものでなければならない、とする。そして、誠実な目的があっても、IGIは、さらにSinger判決やSterling判決が課すところの少数株主に対する「完全公正」義務を充たしていることを証明しなければならないとし、結論として、多数株主に合併の完全公正性を証明させるため差し戻させた⁵⁴⁾。

このように、最高裁判所は、Tanzer事件の判決において、多数株主・親会社にとっての正当な事業目的は、Singer判決のいう事業目的基準を満たすものであると判示した。しかしながら、少数株主の排除それ自体が正当な事業目的であるとまでは言っていない。

iii Roland事件判決⁵⁵⁾

Tanzer事件決定によって一層明確化された事業目的基準は、略式合併 (short form merger) についても適用されるか。被告が指摘するStauffer事件判決⁵⁶⁾で述べられたように、略式合併の目的が90%株主に少数株主を排除する手段を与えることにあるならば⁵⁷⁾、略式合併には事業目的テストの適用はないことにもなりそうである。Roland事件において、この点についての判断がなされた。

【事実】

Roland International Corporation (“Roland”) の株式の97.6%を保有する多

52) See Ringling Bros.-Barnum & Bailey Com. Shows v. Ringling, 29 Del. Ch. 610, 53 A.2d 441, 447 (1947).

53) 379 A.2d. at 1124.

54) Id.

55) Roland International Corp. v. Najja, 407 A.2d 1032 (Del. 1979).

56) Stauffer v. Standard Brands, Inc., 41 Del.Ch. 7, 187 A.2d 78 (1962).

57) 407 A.2d. at 1036.

数株主が少数株主を締め出すことを目的として、まず Landro Corporation (“Landro”) を設立し、そして Landro を存続会社として合併を行って Roland の少数株主をキャッシュ・アウトしようとした。これには、略式合併が用いられた。少数株主らは信託義務違反による損害賠償を求めてクラス・アクションを提起した。Chancery Court は被告 Roland の訴状却下の申立を却下したため、Roland は上訴した。

〔判決〕

裁判所は Singer 判決の事業目的基準と信託義務に関する見解を踏襲した。被告は、通常合併（デラウェア州一般会社法 251 条）と略式合併（同 253 条）との違いを指摘し、Singer 判決では、子会社との通常合併をするため、親会社が誠実な目的を証明しなければならないが、253 条の場合、同条自体が略式合併の正当な目的について決定的な前提を与えていると主張していた⁵⁸⁾。裁判所は 253 条を遵守しても Singer 事件判決の信託義務は省略できないと判示した⁵⁹⁾。そして、「多数株主の義務は、支配力が大きくなったからといって、縮小しないし、また、少数株主の権利は、支配力が小さいからといって、それによって左右されることはない。したがって、合併の場面で負う信託義務は、通常合併か略式合併かを問わず、単一であり、『発行済株式の少なくとも 90%』（253 条）の支配権を有する者と、90%未満の多数を支配する者等に等しく生じる」とした⁶⁰⁾。

最高裁判所は、Singer 判決や Tanzer 判決とは異なり、Roland 判決で問題となっている合併は古典的な going-private 取引であって、合併は少数株主を排除するため選択された手段にすぎず、この種の合併は「信託義務の法の厳格な遵守を要求する」と説得的に論じられてきたもので、同裁判所もこれに賛同すると述べていることに注意すべきである⁶¹⁾。このように、事業目的テストを略

58) Id. at 1035-36.

59) Id. at 1036.

60) Id.

61) Id. at 1037.

論説（大塚）

式合併にも適用する旨を宣言した。最高裁は、Chancery Courtの判断を支持した。

このように、Roland事件決定は、株主利益が排除される合併類型や事実関係によって法的対応が異なるとの見解を拒否したことに意味がある。

iv 小括

以上3件の判決によって明らかにされた事業目的基準に関するデラウェア州最高裁判所の見解は次のようにまとめることができる。

まず、事業目的基準とは、合併によって多数株主が少数株主を締め出すことの適否を判断する際に用いられる基準であり、少数株主を締め出すことを唯一の目的とする合併は許されないが、正当な事業目的が存在する場合その合併は許される。

合併に正当な事業目的が要求されるのは、多数株主が少数株主に対して負担する信託義務（fiduciary duty）に由来する。正当な事業目的を伴わない会社の行為により少数株主を排除することは、多数株主の信託義務に違反する。ただし、この信託義務は、正当な事業目的が存在することのみによって完了するものではなく、さらに、合併取引全体における完全公正性（entire fairness）をも要求する。正当な事業目的と完全公正性は、被告である多数株主・親会社側がその証明責任を負う。この信託義務は、多数株主が会社法上の手続を遵守したこと、あるいは少数株主が株式買取請求権を有することをもって免除されない。

通常合併に関しても略式合併（Roland判決）に関しても事業目的基準は適用される。また、締め出し合併の類型如何を問わず、すなわち、二段階合併（Singer判決）、親子会社間の合併（Tanzer判決）、ゴーイング・プライベート（Roland判決）のいずれの類型においてもこの基準が適用される。

正当な事業目的には、多数株主や親会社自身の事業目的も含まれる。多数株主・親会社の事業利益を促進することを示す事実を作り出すことは容易であるから、この基準は単なる形式的なものになりやすい⁶²⁾。他方で、事業目的基

準が課されることにより裁判所と会社の負担が増加し、会社は合併における不確実性を抱えこむこととなった。

c 事業目的基準の放棄

その後の1983年のWeinberger判決⁶³⁾は、締め出し合併に対してデラウェア最高裁が従来用いてきた事業目的基準を放棄し、完全公正基準のみによることを示した判決として有名である。この事件は、関連会社の合併の類型に入れることができよう。

〔事案〕

コングロマリット企業のThe Signal Companies, Inc. (“Signal”)はUOP, Inc. (“UOP”)の株式を公開買付(1株21ドル)により50.5%まで取得し、同社を子会社化した。その3年後、SignalはUOPを投資先として有望と判断し、UOPの残余株式(49.5%)の全部を取得することとし、その方法として、Signalは完全子会社を設立し、その子会社とUOPとの間で1株21ドルで現金合併を行うこととした。

これに対して、本件合併に反対したUOPの少数株主が、「衡平法上の取消し(equitable rescission)」と損害賠償を求めてクラス・アクションを提起した。理由は、不適切な対価を提供したこと、また、少数株主排除の目的のみで締め出しを行ったことにより、多数株主のSignalはその信託義務に違反した、というものだった。

〔決定〕

デラウェア州最高裁は、まず、ある会社の取締役が取引の双方に立つ場合(すなわち利益相反取引となる場合)、取引条件について、最大の誠実さと最も

62) See Bainbridge, *supra* note 25, at 225.

63) Weinberger v. UOP, Inc., 457 A.2d 701 (Del. 1983). 本判決についてはこれまで日本でも研究がなされてきており、神田秀樹「合併と株主間の利害調整の基準—アメリカ法」鴻常夫先生還暦記念『八十年代商事法の諸相』(有斐閣、1985年)、岡田豊基「親子会社間の締め出し合併における少数株主の保護」商事法務1171号30頁(1989年)など参照。

論説（大塚）

慎重な公正さを証明しなければならず、取引の完全公正性の証明責任は絶対的な要件であるとした⁶⁴⁾。そして、締め出し合併は完全公正基準（entire fairness standard）を満たさなければならないとし、これは公正な取引（fair dealing）と公正な価格（fair price）の2つから構成されるとした⁶⁵⁾。同判決は、取引の公正さについては、その取引の時期、その構成や交渉の態様、取締役に対する情報開示、取締役・株主による承認の態様等が考慮されるとする。そして、当該合併の内容が、当事会社双方にとって最善の利益となることを立証しなければならないとする。他方、価格の公正さについては将来予測を含むより柔軟な評価方法を採用すべきとし、従来のデラウェア・ブロック（Delaware Block）方式や加重平均方式を破棄した⁶⁶⁾。

最高裁は最後の部分で簡単に事業目的基準について言及している。親子会社間の合併に公正基準⁶⁷⁾が長く適用されてきたこと、今では拡張された株式買取請求の救済が可能となったこと、救済を行う裁判官（Chancellor）の裁量の幅が広がったこと、以上から見れば、Singer, Tanzer, Roland 各判決の事業目的要件は少数株主にその他の重大な救済を与えるとは思えない、したがって、この要件はもはや有効とすべきではない、と判断した⁶⁸⁾。

結局、合併の状況と少数株主への価格を公正とした Chancery Court の判決を破棄し差戻した。

（3）他州における事業目的基準

デラウェア州においては事業目的テストに関する判例が上述のような軌跡を描いて展開されたのであったが、他州ではどうであろうか。Weinberger 判決

64) Id. at 710.

65) Id. at 711. 但しこの2つの構成要素は別個に考察されるのではなく、事案は全体として「完全公正」を判断するものとして見なければならないとする。

66) Id. at 712-13.

67) See *Sterling v. Mayflower Hotel Corp.*, supra note 33.

68) 457 A.2d at 715.

後の他州の判断を中心に分析する。

a 事業目的基準を肯定した州

i ニューヨーク州

事業目的基準を採用している州としては、まずニューヨーク州がある。ニューヨーク州においては、下級審レベルでは、事業目的テストを採用した判例が集積されてきていた⁶⁹⁾。Weinberger判決の後に、ニューヨーク州最高裁判所は、*Alpert v. 28 Williams Street Corp.*⁷⁰⁾ 事件において、事業目的基準を採用することを判示した。この事件は、閉鎖会社の支配株式を取得した者が残存少数株主の締め出し合併を企てたもので、二段階合併の類型に属する。

〔事案〕

マンハッタンのオフィスビルは79 Realty Corporation (“Realty Corporation”)に保有されており、同社の唯一の財産であった。同社の株式の約2/3はKimmelmanとZaudererという2組の夫婦が保有し、原告らは26%を保有していた。このビルを購入する目的で設立されたリミテッド・パートナーシップMadison 28 Associates (“Madison Associates”)は、別途、名義上の取得者として、完全保有会社である28 Williams Street Corporation (“Williams Street”)を設立した。上記2組の夫婦の承諾・協力を得て、これは実行に移され、Realty CorporationがWilliams Streetと合併し、Realty Corporationが存続会社となる計画が総会で承認された。当該ビルは、Madison Associatesに保有されている新Realty Corporationに保有されることとなり、少数株主は同社から締め出されることとなった。

少数株主の原告らは、当初求めた合併の差止請求が認められなかったため、主張を変更して、衡平法上の救済である合併の取消し(rescission)を追加した。

69) *Alpert*, infra note 70, 473 N.E.2d at 28 に記載の下級審判決を参照。

70) *Alpert v. 28 William St. Corp.*, 63 N.Y.2d 557, 473 N.E.2d 19 (N.Y. 1984).

〔判決〕

最高裁判所は、「二段階合併を通して多数株主が少数株主の持分を排除することは、全体として観察された取引が少数株主に対して公正であり、かつ会社の独立した事業目的によって正当化される限り、多数株主の信託義務に違反するものではない」⁷¹⁾と述べ、完全公正性基準と事業目的基準との両者を採用することを宣言した。本件では、両基準は満たされていると判断され、合併取消しの訴えは認められなかった。

最高裁は、(多数株主と少数株主との間の)株主の平等扱いからの逸脱が正当化される場合があり、それは、誠実な事業目的によれば、その逸脱が会社の最善の利益に資する場合である。その際、[少数株主を別異に取り扱うことの]利益は大きいことは必要でないが、会社のためのもでなければならない。そして、正当な会社目的と不当な会社目的との違いは何かと言えば、前者については、少数株主の排除が会社に一般的な利益をもたらすという目的を促進することであるとした⁷²⁾。ここで、事業目的は「独立した会社の利益」に資するものであり、「独立した会社の目的」でなければならないとされている。これは、デラウェア州の事業目的基準の一連の判例で、Tanzler判決が、多数株主・親会社にとっての正当な事業目的で足りるとしたことと比べ、重要である⁷³⁾。

この事件で主張された事業目的は、賃料を最大化させるために必要な広範な修繕やビル改修のための外部資金の導入を図る目的であった⁷⁴⁾。そして、裁判所は、追加の外部資本が必要であると誠実に信じたことの証明はあり、さらに、原告（少数株主）の持分を排除しない合併では、当該資本は得られなかったことが立証されている。したがって、原告の株式を消滅させる合併の承認は、追加資本を得るという会社の一般的な利益を促進するという誠実な事業目的によって支持されるとしたのである⁷⁵⁾。このように、会社の唯一の資産を保全

71) 473 N.E. 2d at 24.

72) Id. at 28.

73) この点を指摘するものとして、中東・企業結合46頁。

74) 473 N.E. 2d at 23-24.

するために必要な資金を調達するという目的が、少数株主の持分の排除を正当化する事業目的にあたると判断された。

ニューヨーク州の事業目的基準は会社自体の目的を対象とし多数株主の事業目的を対象としていない点で、デラウェア州の事業目的基準よりも厳格なものである⁷⁶⁾。

ii マサチューセッツ州

事業目的基準を採用している州としては、他にマサチューセッツ州がある。Coggins v. New England Patriots Football Club, Inc. 事件⁷⁷⁾において、マサチューセッツ州最高裁判所は、締め出し合併の審査において事業目的基準が有益であると判示した。本件は対象会社の資産を利用したゴーイング・プライベートの事案である。

〔事案〕

Sullivan はアメリカン・フットボールのチームを買収し、その後 the American League Professional Football Team of Boston, Inc. を設立して、同社がチームを所有する形態とした。当初、同社は Sullivan のほか 9 名が出資していたが、その間で支配権の争いが生じた。Sullivan は議決権付株式の全てを取得することに成功し、会社は the New England Patriots Football Club, Inc. (“Old Patriots”) に改称された。Sullivan はこの際資金調達のために、銀行から約 534 万ドル余を借り入れた。借り入れの条件として、Sullivan は Patriots を再編して、会社の収益を個人借り入れの返済に充て、かつ、会社の財産はその担保に供されることになっていた。Sullivan の個人債務を会社が引き受けるため、会社法上、無議決権株を排除する必要があった。Sullivan は the New Patriots Football Club, Inc. (“New Patriots”) を設立し、その後、Old Patriots の議決権

75) Id. at 29.

76) この点を指摘する日本の文献として、中東・企業結合 52-53 頁注 (153)。

77) Coggins v. New England Patriots Football Club, Inc., 492 N.E.2d 1112 (Mass. 1986).

論説（大塚）

付株式を消却し、無議決権株式を1株当たり15ドルで現金と交換する条件で、New PatriotsとOld Patriotsとの合併が承認された。原告は、Old Patriotsの無議決権株式10株を保有していたが、決議に反対し、株主を代表して合併取消し又は損害賠償を求めて訴えを提起した。

〔判決〕

最高裁判所は、本件締め出し合併の唯一の目的は多数株主が会社の信用および資産を私的に利用することにあるとして、事業目的基準を満たさないと判断した。

最高裁は、まず、Singer判決とWeinberger判決に触れた上で、デラウェア州裁判所の採用する公正基準は、マサチューセッツ州のそれに近いものであるが、デラウェア州裁判所と異なり、マサチューセッツ州では支配株主が少数株主を排除する取引を審査する際には、公正基準に加えて、事業目的基準が有用であるとした⁷⁸⁾。

すなわち、支配株主の信託義務の濫用の危険は締め出し合併では特に大きいので、その締め出しは適法な会社の目的の促進のためでなければならない。そして事業目的の促進が図られるのであれば、次に取引の公正さを検証することになる、とした⁷⁹⁾。「利己的な所有権 (selfish ownership)」も承認されているが、この権利は多数株主の少数株主に対する信託義務と比較衡量されなければならないとして、被告にまず適法な事業目的についての証明責任を負わせた⁸⁰⁾。

原告らは、本件合併に適法な事業目的はなく、Sullivanの個人的利益のみを目的としたものと主張しており、最高裁は地裁判決の「被告らは、合併が多数株主の個人的利益とは無関係の有効な会社の目的に資することを証明していない。合併の唯一の目的は、Sullivanが負う〔個人〕債務の返済を可能にするPatriotsの再編を実行することにある」などの判示部分を肯定した。結論とし

78) Id. at 1116-17.

79) Id. at 1118.

80) Id. at 1118-19.

て、有効な事業目的は認められないため、これ以上、公正基準を検討する要はないとした⁸¹⁾。

ニューヨーク州の事業目的基準と同様に、マサチューセッツ州の事業目的基準が会社の事業目的を対象とするものであることを最高裁が宣言したことが注目される。これに対し、デラウェア州における *Tanzer* 事件判決の事業目的基準を適用すれば、多数株主が会社の信用や資産を私的に利用するという目的を有していれば、事業目的基準を満たしてしまうことになったかもしれない。

なお、原告らは合併の取消しと地位回復を求めていたが、最高裁は、違法な締め出し合併に対する通常の適切な救済方法はその取消しであるが、取消が会社にとっての最善の利益かを考えれば、訴訟開始から年数を経過していることなどを考慮し、合併取消しではなく、損害賠償に限定されるべきとしたことも注目される⁸²⁾。

iii その他の州

上記2州の他にも、インディアナ州⁸³⁾、ニュージャージー州⁸⁴⁾、オハイオ州⁸⁵⁾などで事業目的基準を採用している。

オハイオ州は、閉鎖会社の事案で、発行可能株式数を減じるため定款変更をし、会社が端株を購入するような逆株式分割 (reverse stock split) を行うには事業目的が必要であるとした。この取引の効果は20%の保有割合を約4%に希釈化することであった。会社が制定法に従っており、かつ少数株主に対し公正価格を提案している限り、公正性基準のみでは閉鎖会社の多数株主が思いつきで少数株主を排除することを認めることになるので、少数株主の利益保護の

81) Id. at 1119.

82) Id.

83) See *Gabhart v. Gabhart*, 370 N.E.2d 345 (Ind. 1977).

84) See *Berkowitz v. Power/Mate Corp.*, 342 A.2d 566 (N.J. Super. Ct. Ch. Div. 1975).

85) See *Kelly v. Wellsville Foundry Inc.*, 2000 Ohio 2667; 2000 Ohio App. LEXIS 6287 (Ohio App. 2000).

論説 (大塚)

ためには事業目的基準を課すことが必要であるとした⁸⁶⁾。

b 事業目的基準を拒否した州

カンザス州⁸⁷⁾、ミネソタ州⁸⁸⁾、ウエスト・バージニア州⁸⁹⁾、ウィスコンシン州⁹⁰⁾、メリーランド州⁹¹⁾、ケンタッキー州⁹²⁾、イリノイ州⁹³⁾などが事業目的基準の採用を拒否している。この中で、事業目的基準を拒否するにつき特段の理由を挙げている州を見てみよう。

ウエスト・バージニア州最高裁は、多数株主の動機を探索する試みは無駄な行為 (“catch the wind in a net”) であり、多数株主が会社利益を危うくすると考える少数株主を排除することには合理性があるとし、目的の如何を問わないとした⁹⁴⁾。メリーランド州最高裁は、もっともらしい事業目的を作出することは困難ではなく、裁判所はそのような目的の有効性や重要性を精査する必要がない (またその能力もない) こと、また、事業目的は必ずしもより重要な関心事 (つまり完全公正) に関連していないことなどを不要とする理由にしている⁹⁵⁾。

(4) 事業目的基準の評価

事業目的基準は、アメリカではどのように評価されたか。

86) Id. at 14.

87) See *In re Heston Corp.*, 870 P.2d 17, 43-45 (Kan. 1994).

88) See *Sifferle v. Micom Corp.*, 384 N.W.2d 503, 508 (Minn.Ct.App. 1986).

89) See *Persinger v. Carmazzi*, 441 S.E.2d 646 (W.Va. 1994).

90) See *Rosenstein v. CMC Real Estate Corp.*, 522 N.E.2d 221, 224-25 (Ill.App.Ct. 1988). 本判決で扱っているのはウィスコンシン州事業会社法である。

91) See *Lerner v. Lerner Corp.*, 750 A.2d 709 (Md. 2000).

92) See *Yeager v. Paul Semonin Co.*, 691 S.W.2d 227 (Ky. Ct. App. 1985).

93) See *Teschner v. Chicago Title & Trust Co.*, 322 N.E.2d 54 (Ill. 1974).

94) *Persinger*, supra note 89, 441 S.E.2d at 654.

95) *Lerner*, supra note 91, 750 A.2d at 722-23.

事業目的基準に対してはその有用性に対して疑問の声が少なくなかった。これは事業目的基準を拒否した州の裁判所の判文を見ればその理由の一端は明らかであろう。締め出し合併はしばしば利益を生むのでそれを一律に禁止することは正当化できないという認識が強くなったこと、また、締め出しを遂行する者はもっともらしい事業上の理由を容易に作り出すことができることもその大きな理由であろう⁹⁶⁾。特に、Tanzer判決によれば、正当な事業上の目的の判断基準が少数株主の保護のために何か特別な要件を付け加えたかについては疑問が生ずるところである⁹⁷⁾。また、例えば、Brudney & Chirelsteinは、締め出し合併を、二段階合併、ゴーイング・プライベートおよび関連会社間の合併の三類型に分けて考察し、結局いずれの場合においても事業目的基準は不要であるとしている⁹⁸⁾。事業目的基準は実務家からも批判がなされてきた⁹⁹⁾。このような議論を背景に、デラウェア州では、Weinberger事件判決により事業目的基準は放棄されることとなった。

Ⅳ. スクイズアウトに対する若干の私見（まとめに代えて）

事業目的基準を日本でも導入することが適切か否かについては、前記Ⅱ(4)で簡単に触れたように、議論がある。不要説¹⁰⁰⁾は、そもそも会社法で交付金合併が認められたことを重く見る、また、あいまいな「正当な事業目的」によっ

96) See Robert Clark, *Corporate Law*, 514 (1986); Bainbridge, *supra* note 25, at 225.

97) 柴田・試論41-42頁は、事業目的基準は、少数株主の救済は株式買取請求権に限定されるところの立場から解放し、多数株主に信託義務を課してこれに違反したとき合併の差止めや無効といった結論を導き出すことを可能にしたことに意義があると説く。

98) Brudney & Chirelstein, *Restatement of Freezeouts*, at 1376.

99) Herzel & Colling, *Establishing Procedural Fairness in Squeeze-Out Mergers After Weinberger v. UOP*, 39 *Bus. Law.* 1525, 1529 (1984). 同書は、事業目的テストは混乱をもたらす以外に何の役にも立たず、社会的に有用な取引をより高価なものにしてその数を減少させるであろうという。

100) 藤田友敬「企業再編 対価の柔軟化・子会社の定義」ジュリスト1267号109頁（2004年）、田中亘「組織再編と対価柔軟化」法学教室304号81頁（2006年）、石綿学「会社法と企業再編－交付金合併を中心に」法律時報78巻5号64頁（2006年）など。

論説 (大塚)

て事後的に合併を無効とすれば取引を混乱させる、という点にあるのであろう¹⁰¹⁾。ただし、この前段の理由は、交付金合併が認められてきた米国でも上述のように争いがあるわけで、一概には言えないところである。必要説¹⁰²⁾は、余りにも不当な締め出し合併につき事業目的基準を適用することで合併無効を認めて、これを救済しようという趣旨にも思える。これは、著しく不当な合併条件を無効原因とすべきか、という従来から存在する論点とも共通点があるようにも見える¹⁰³⁾。二段階合併が実行される場合、合併条件の正当性等を前提とする限り（すなわち第1段の買付価格と第2段の交付金とが同一条件であれば）、少数株主の排除それ自体が「正当な事業目的」と解されるはずである、とする見解もある^{104) 105)}。

事業目的基準を要求するか否かは、スクイーズアウトの有用性、「正当な事業目的」基準の有用性、また救済方法として決議取消訴訟の沿革¹⁰⁶⁾とその守備範囲、さらには、スクイーズアウト制度についての他の諸制度（公開買付制度など）との整合性などから検討すべきと考える。

まず、スクイーズアウトの一般的な必要性・有用性については大方の賛同が

101) 特に、前掲注100)の藤田、田中、石綿の該当部分参照。

102) 江頭・前掲注18)、弥永・前掲注16)の他に、柴田・試論、上村達男「会社の設立・組織再編」商事法務1678号9頁、13頁(2004年)、前田＝中村＝北原＝野村「[座談会]新会社法と企業社会」法律時報78巻5号6頁[前田発言](2006年)などがある。中東正文「M&Aを巡る最近の動向」監査役524号15頁注20)(2007年)は必要説か。笠原・前掲注1)118-19頁は締め出しに「正当な理由」を要求する。

103) 否定説が現在の多数説と思われる。例えば江頭・前掲注18)762頁注2)、前田庸『会社法入門(第11版)』671頁(2006年)など。

104) 片木・前掲注1)250、253頁。笠原・前掲注1)129-30頁も同旨。第1段の買付価格と第2段の合併交付金とが同一条件であれば公正と推定されるという位置づけは、会社法831条1項3号の決議取消訴訟の問題としても、相応しいと考える。なお、両者が同一条件であるべきという点は、アメリカでも従来から提唱されてきた。Brudney & Chirelstein, Restatement of Freezeouts, at 1361.

105) 二段階合併につき、アウトサイダーによる買収は、それ自体当該取引を正当化させるに十分な経済的目的を有するとみなされなければならないとする有力な見解もある。See Brudney & Chirelstein, Restatement of Freezeouts, at 1362.

得られるであろう。この点、二段階合併、ゴーイング・プライベート、親子会社間の合併といった3類型で考える Brudney & Chirelstein は以下のように論じている。二段階合併については、第一段の公開買付は独立当事者間の取引 (arm's length transaction) なので、目的も公正性も問う必要がない¹⁰⁷⁾。ゴーイング・プライベートは一律に禁止されるべきであるが¹⁰⁸⁾、関連会社の合併は、会社自身に利益をもたらす場合が少なくないから一律の禁止は望ましくない¹⁰⁹⁾。いずれにしても、スクイズアウトの種類により差が生じるのは当然のことであろう¹¹⁰⁾。

事業目的基準の有用性であるが、アメリカの判例分析から、次のことが言えよう。正当な事業目的は誰の事業目的を考えるかが重要であり、仮に、事業目的を厳格に解釈し (こう解釈してこそ意味があるが)、少数株主をも利するものでなければならぬとすれば、多数株主ないし親会社に過大な負担を課すことになり、スクイズアウトの場面でこれを充たすことは殆ど不可能となるであろう。この点を日本において考えれば、そもそも合併対価の柔軟化が認められた趣旨に照らし、軽々に交付金合併を制限すべきではないし、また、あいまいな「正当な事業目的」によって事後的に合併を無効とすれば利害関係人の混乱は計り知れない。多数株主 (特別利害関係人) による不当決議という観点から合併条件の公正性が決議取消事由として考慮されることからすれば、日本で

106) 不当決議による決議取消訴訟はドイツ商法に流れを汲む制度である。日本の商法上そもそも特別利害関係人の議決権は排除されていた (旧商法 239 条 5 項) が、昭和 56 年に改正され、決議取消事由として追加された (旧商法 247 条 1 項 3 号)。同条の条項は会社法 831 条 1 項 3 号のそれと同じである。上柳克郎ほか編『新版注釈会社法 (5)』310 頁以下 [岩原執筆] (有斐閣、1986 年)、龍田節「株式会社における議決権ないし多数決の濫用」 [末川先生古稀記念 権利の濫用中] (有斐閣、1962 年)、鴻常夫ほか『株主総会 改正会社法セミナー(2)』 (有斐閣、1984 年) など参照。

107) Brudney & Chirelstein, Restatement of Freezeouts, at 1361-62, 1376.

108) Id. at 1365-70.

109) Id. at 1370-76.

110) 但し、現在ではゴーイング・プライベートさえも禁止されるべきものとは考えられていない。例えば前掲注 14) の「MBO 報告書」参照。

論説 (大塚)

も、公正基準が採用され得る¹¹¹⁾。合併無効の原因としては、これで十分であろう。アメリカと比べた場合、今後の方向としては、従来十分に活用されてこなかった反対株主の株式買取請求権を日本で機能させていくことも重要であろう¹¹²⁾。

決議取消訴訟の沿革と守備範囲の点であるが、私見では、会社法831条1項3号の不当決議に、取引の目的を、少なくとも決定的要因として、読み込むことは困難なのではないかと考えている。この点は別稿に譲りたい。

今後特に活用が予想される二段階合併（公開買付＋略式合併）を考えた場合、公開買付制度との整合性も問題となろう。この点について事業目的基準の適用の可能性について若干敷衍して論じることとする。

米国1934年証券取引所法の公開買付制度では、全部買付けの規制はなく、按分比例の買付けに徹しており、各州の会社法の解釈、裁判所の判断で二段階の強圧的（coercive）な公開買付けに対する少数株主保護が図られている。

これに対し、イギリスでは、義務的公開買付制度¹¹³⁾を前提としつつ、公開買付によって90%以上の株式を取得した場合には、残る少数株主の株式の譲渡を請求する権利を有する¹¹⁴⁾。ドイツも、同じく、義務的公開買付制度¹¹⁵⁾を前提としつつ、95%以上の株式を取得した場合には、株式譲渡請求権を有する¹¹⁶⁾。

111) 藤田・前掲注100)は、合併対価が不当な場合、特別利害関係人の議決権行使がある限り、決議取消事由となるとする。賛成である。

112) 藤田友敬「新会社法における株式買取請求権制度」江頭憲次郎先生還暦記念『企業法の理論（上巻）』（商事法務、2007年）。

113) 議決権の30%以上を取得した場合、または、30%以上50%以下の議決権を有する者が追加で議決権を取得した場合、買付者は全部買付義務がある。シティコード規則9.1条参照。イギリスの公開買付規制はシティコードによる。英独の公開買付規制について、飯田秀総「公開買付規制における対象会社株主の保護」法協123巻5号912頁（2006年）を参照。

114) Companies Act 1985 § 429。The Companies Act 2006 § 979に承継されている。

115) 議決権の30%以上を取得した場合、買付者には全部買付義務がある。但し、EUやイギリスと異なり、ドイツではスクイズアウトには公開買付が先行することを要しない。有価証券取得及び買収法35条参照。ドイツの公開買付規制は同法による。

以上のように、公開買付規制についていえば、アメリカでは全部買付義務がないのに対し、イギリスとドイツでは30%以上を取得した買付者には原則として全部買付義務がある¹¹⁷⁾。日本は、前記Ⅱ(2)のように、買付後2/3以上となる場合全部買付義務を初めて規定し、アメリカ式を離れ、英独式へ移行したかのように見える。

他方、会社法についていえば、イギリスとドイツは(公開買付によって)90%(又は95%)以上の株式を取得した場合強制買収制度が用意されている¹¹⁸⁾のに対し、アメリカと日本はこれを採用しておらず、キャッシュ・アウトの適否は交付金合併・略式合併の枠組みの中で解決されることになる¹¹⁹⁾。

このように、日本は二段階合併の第2段の場面で、アメリカと同じように、裁判所による合併条件の実体審査を求めることになる。英独のように公開買付規制で厳格に買収規制をかけなくても、米国は、会社法の解釈において、完全公正基準などの多数株主の信託義務遵守の観点から判例が集積しており、また裁判所の柔軟な対応によって、強圧的な二段階買収も抑えられる。

公開買付規制における全部買付義務について、なぜ日本はアメリカ式を維持

116) ドイツ会社法327a条。ドイツ法につき、斉藤真紀「ドイツにおける少数株主締め出し規整(一・完)」法学論叢155巻5号1頁、6号38頁(2004年)、福島洋尚「株式会社法における少数株主の締め出し制度—ドイツ株式法を中心として」柴田和史・野田博編『会社法の現代的課題』(法政大学出版局、2004年)など参照。

117) これは少数株主保護のための立法ではあるが、全部買付義務発動の基準を下げると、買収資金の負担が倍以上になることから、コスト高によるM&Aを阻害する要因となる。

118) なお、2004年のEU公開買付指令は、まず、スクイズアウトを行う前に必ず全株主に対し公開買付の申込を行わなければならないとする(公開買付前置主義)。そして、買付者が株式・議決権の90%以上を保有するか、公開買付によって株式・議決権の90%以上を取得した場合に、残りの全株式を強制的に買い取ることができる。他方、少数株主側は、買付者に対し、株式の買い取り請求を行うことができる。EU公開買付指令については、北村雅史「EUにおける公開買付規制」商事法務1732号4頁(2005年)、野田輝久「EUにおける企業買収—EU公開買付指令—」法律時報79巻5号58頁(2007年)など参照。

119) 日本は、現代化の要綱試案段階で、90%以上保有の株主に少数株主に対する売渡請求権を認める案が示されていたが採用されなかった。これは英独の方式をとらなかったものである。

論説 (大塚)

しなかったのか。アメリカでは二段階合併の第1段の公開買付の場面における判断基準が確立されており、強圧的であったり、開示義務違反がない限り、完全公正基準は適用されない¹²⁰⁾。確かに制度として全部勧誘義務や全部買付義務を認めるのは少数株主の保護には厚いといえようが、買収を抑制する原因ともなりえる。

いずれにしても、制度として全部勧誘義務や全部買付義務を認めた以上は、これに従う限り、正当な事業目的を別個独立の要件としてこれを要求することが改めて疑問視されよう¹²¹⁾。また、二段階合併の第2段につき、(第1段に事業目的基準が要求されなかったにも拘わらず) 事業目的基準の適用を求めることは、二段階合併が全体として1つのシナリオであることに反するであろう。以上からも、日本での事業目的基準の適用は妥当ではないといえようか。

以上簡単に、日本の法システム上、事業目的基準を要求することが妥当か否かを検討してきたが、答えは否定的であるといえよう。

120) See *In re Siliconix Inc. S'holders Litig.*, 2001 WL 716787, at 7 (Del. Ch. 2001). さらに *In re Aquila, Inc. S'holders Litig.*, 805 A.2d 184 (Del. Ch. 2002) 参照。この点に関する最近の論文として、Guhan Subramanian, *Fixing Freezeouts*, 115 Yale L.J. 2 (2005)。

121) あるべき法制を検討したものとして、中東正文「M&A法制の現代的課題[上]—実務と理論の架橋—」商事法務1658号10頁、13頁(2003年)、福島・前掲注116) 233頁など。

論説

銀行監督上の失敗と EU (EC) 法違反に基づく国家賠償責任

弥 永 真 生

- I. 共同体法違反に基づく加盟国の国家賠償責任
- II. 銀行監督と共同体法上の加盟国の国家賠償責任
- III. 共同体法上の加盟国の国家賠償責任と国内法上の免責条項
- IV. ヨーロッパ人権条約と国家賠償責任

I. 共同体法違反に基づく加盟国の国家賠償責任

欧州司法裁判所 (European Court of Justice) の判例法上、ヨーロッパ共同体加盟国は、ヨーロッパ共同体法に違反する行為または懈怠によって個人に損害を与えた場合には、その損害を賠償する義務を負うとされている。

すなわち、*Francovich* 事件判決¹⁾ は、加盟国のヨーロッパ共同体法違反により個人がその権利を侵害された場合に損害賠償を受けることができないとすれば、共同体法の十分な実効性は損なわれ、共同体法が付与する権利の保護は弱められることになるという実質的な根拠及び EEC 条約 (Treaty establishing the European Economic Community) 5 条²⁾ (当時)³⁾ を形式的な根拠として、ヨーロッパ共同体法違反に基づく加盟国の国家賠償責任を認めた⁴⁾。

1) Joined Cases C-6/90 and C-9/90 *Francovich and Bonifaci v. Italy* [1991] ECR I-5357. 須網 [1992] 12 頁参照。

そして、*Francovich* 事件判決は、加盟国の国家賠償責任の成立要件は、損害を引き起こした共同体法違反の性質に左右されるとし⁵⁾、加盟国が指令を期限内に国内法化しなかった場合には、指令が規定する結果が個人への権利付与を伴うこと、指令の規定に基づいて権利の内容が特定可能であること、及び、加盟国の義務違反と損害との間に因果関係が存在することが要件となるとした⁶⁾。他方、加盟国に広範な裁量が認められる分野での立法措置に関して、*Brasserie du Pêcheur and Factortame III* 事件判決⁷⁾ は、加盟国は、違反された共同体法が個人に対する権利付与を意図するものであること、違反が十分に重大であること、及び、加盟国の義務違反と損害との間に直接の因果関係があることという3つの要件をみたす場合に、ヨーロッパ共同体法上、国家賠償責任を負うものとした。すなわち、*Brasserie du Pêcheur and Factortame III* 事件判決は、加盟国の国家賠償責任とヨーロッパ共同体の賠償責任⁸⁾ とは、他に正当な事由がない限り、同じ成立要件に服するべきであるとして、ヨーロッパ共同体の契約外の損害賠償責任を定める EC 条約 288 条 2 段⁹⁾ の解釈として「十分に重大な違反」という要件が要求されていることに鑑み¹⁰⁾、「十分に重大な違反」が

2) 「加盟国は、この条約に基づく、または共同体の機関によってとられた行動の結果として生ずる義務の履行を確保するために、一般的なものであるか特定されたものであるかを問わず、あらゆる適切な措置を講じなければならない。加盟国は、共同体の任務の実現を促進しなければならない。加盟国はこの条約の目的の実現を妨げる可能性のあるいかなる措置も控えなければならない。」

3) 現在の EC 条約 (Treaty establishing the European Community) 10 条がこれに相当する。

4) Joined Cases C-6/90 and C-9/90 *Francovich* [1991] ECR I-5357, paras. 33-36.

5) Joined Cases C-6/90 and C-9/90 *Francovich* [1991] ECR I-5357, para. 38.

6) Joined Cases C-6/90 and C-9/90 *Francovich* [1991] ECR I-5357, paras. 39-40.

7) Joined Cases C-46/93 and C-48/93 *Brasserie du Pêcheur v. Germany and R v. Secretary of State for Transport, ex p Factortame (Factortame III)* [1996] ECR I-1029.

8) Case 4/69 *Lütticke v. Commission* [1971] ECR 325 は、EEC 条約 215 条（現在の EC 条約 288 条）パラグラフ 2 に基づき共同体が損害賠償責任を負う要件として、その行為の違法性、損害の発生及びその行為とその損害との間の因果関係の3つをみたす必要があるとする。ただし、後掲注 10) の *Zuckerfabrik Schöppenstedt* 事件判決。

ヨーロッパ共同体法に違反した場合の加盟国の損害賠償責任の成立についても、要件の1つとなると判示した。

しかし、*Dillenkofer* 事件判決¹¹⁾ は、*Francovich* 事件判決が示した成立要件と *Brasserie du Pêcheur and Factortame III* 事件判決が示した成立要件とは実質的には同一であるとして、*Brasserie du Pêcheur and Factortame III* 事件判決が示した要件をヨーロッパ共同体法に違反した場合に加盟国が損害賠償責任を負うとされるための一般的な要件であるとし、この解釈は、その後の裁判例においても維持されている¹²⁾。

(1) 違反された共同体法が個人に対する権利付与を意図するものであること

これまで、欧州司法裁判所は、EC 条約 28 条（輸入の自由）¹³⁾、29 条（輸出の自由）¹⁴⁾、39 条（労働者の移動の自由）¹⁵⁾、43 条（営業の自由）¹⁶⁾ 及び 56 条

9) 「契約外の責任に関して、共同体は、加盟国の法に共通する一般原則に従って、機関または職員がその義務の遂行時に引き起こした損害を賠償する」。

10) 損害の原因とされる行為が、経済政策手段を含む立法行為である場合には、個人保護のための上位法規の十分に明白な違反がなければ、共同体は賠償責任を負わないと解されている (Case 5/71 *Zuckerfabrik Schöppenstedt v. Council* [1971] ECR 975)。これは、共同体の機関が個人に不利となるような公益的観点からの立法措置をとる場合に、損害賠償請求の可能性があることによって、適切な決定をすることが抑制されることがないようにするためであると説明されている (Joined Cases 83 and 94/76, 4, 15 and 40/77 *HNL v. Commission* [1978] ECR 1209, para.5)。なお、ある行為または懈怠が立法的性質のものであり、共同体の機関が広範な裁量を有する分野で行為する場合に、経済政策手段を含む立法行為にあたると解されている (Van der Woude [1997] p.112)。

11) Joined Cases C-178/94, C-179/94, C-188/94 and 190/94 *Dillenkofer v. Germany* [1996] ECR I-4845。

12) Case C-127/95 *Norbrook Laboratories v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food* [1998] ECR I-1531, para.107; Case C-319/96 *Brinkmann v. Skatte ministeriet* [1998] ECR I-5255, para.25; Case C-140/97 *Rechberger v. Austria* [1999] ECR I-3499, para.21; Case C-424/97 *Salomone Haim v. Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein* [2000] ECR I-5123, para.36; Case C-150/99 *Sweden v. Stockholm Lindöpark AB* [2001] ECR I-493, para.37; Case C-118/00 *Larsy v. Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants (INASTI)* [2001] ECR I-5063, para.36; Case C-244/01 *Köbler v. Austria* [2003] ECR I-10239, para.51。

(資本の移動の自由)¹⁷⁾ は、個人に権利を付与するものであると判示してきており¹⁸⁾、派生法 (secondary legislation) のさまざまな条項についても、欧州司法裁判所は、それらが個人に権利を付与するものであると認めてきた¹⁹⁾。

ただ、指令との関係では、共同体の規範が個人に権利を付与するものでなければならないという要件と指令の直接効²⁰⁾ が認められる要件、すなわち、その条項が、目的事項ならびに意図されている受益者及び指令に定められた結果を実現する義務を課されている者がだれであるが明確であり、十分に厳密 (precise) であって無条件であるという要件との関係が問題となる²¹⁾。

13) 「加盟国間では、輸入に対する数量的制限その他同等の効果を有するすべての措置は禁止される」。Case C-46/93 *Brasserie du Pêcheur v. Germany* [1996] ECR I-1029.

14) 「加盟国間では、輸出に対する数量的制限その他同等の効果を有するすべての措置は禁止される」。Case C-5/94 *R. v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Hedley Lomas* [1996] ECR I-2553.

15) Case C-48/93 *R v. Secretary of State for Transport, ex p Factortame (Factortame III)* [1996] ECR I-1029.

16) 「以下の規定の枠組みの中で、ある加盟国の国民の他の加盟国の領域内における営業の自由を制限することは、禁止される。この禁止は、いずれかの加盟国の国民が、いずれかの加盟国の領域内で代理店、支店または子会社を立ち上げることにに対する禁止にも適用される」(第1項)。「営業の自由には、資本に関する章の規定に従って、設立先の国の法律が自国民に課す条件の下で、自営業として活動を開始し、遂行する権利や、企業、とりわけ第48条第2パラグラフの意味における会社を立ち上げ、運営する権利が含まれる」(第2項)。Case C-424/97 *Salomone Haim v. Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein* [2000] ECR I-5123

17) 「本章に定められた条項の枠組みの中では、加盟国間及び加盟国と第三国間の資本の移動に対する制約は禁止される」(第1項)。「本章に定められた条項の枠組みの中では、加盟国間及び加盟国と第三国間の決済に対する制約は禁止される」(第2項)。Case C-302/97 *Konle v. Austria* [1999] ECR I-3099.

18) 現在のところ、いわゆる共同体の外部関係の領域に属する法準則の違反に基づく損害賠償責任が認められた事案はないが、理論的には認められる可能性がある (Gasparon [1999] pp.605-624)。

19) この要件をみたさないことによって、加盟国の国家賠償責任を認めなかった欧州司法裁判所の公表裁判例は、後述する *Peter Paul* 事件判決のみのようである (cf. Dougan [2005] p.106)。

Francovich 事件判決において、欧州司法裁判所は、すでに、直接効を生じさせるほどには十分に厳密でない指令に関して、国家賠償責任の存在を認めていたが、*Brasserie du Pêcheur and Factortame III* 事件判決において、欧州司法裁判所は、直接効の要件をみたす条項に対する違反についてのみ損害賠償が認められるという主張を明示的に退けた（パラグラフ 20）。この結果、国家賠償責任は、「加盟国の他の救済手段を行使した後あるいは他の救済手段と同時に行使することをその行使の条件としないという原則をその文言が示している限り、自律的な、独立した救済手段」であり²²⁾、「個人の権利は、その権利の内容を貨幣的価値で十分な厳密性をもって定量化し、その権利者がだれであるかを確実性をもって決定することができる場合には、*Francovich* 事件判決との関係では特定できる」²³⁾ ことになった。すなわち、違反された共同体法の条項が保護することを意図していた者のグループに被害者が属している場合に限り、共同体法の下での違反に基づき賠償を請求することができることになる²⁴⁾。

Francovich 事件判決が示唆するように、加盟国はある指令の条項に定められている権利に係る債務者として責任を負うのではなく、共同体の二次法を国内法化する義務を怠ったことによって責任を負うのであるから、当該指令を実施する責任を負う者がだれであるかを特定することは、必ずしも、国家賠償責任の成立を認める前提ではない。したがって、ある指令が公的当局ではなく私人に義務を課している場合にも、加盟国は国家賠償責任を負う余地がある²⁵⁾。

20) Case 26/62 *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen* [1963] ECR
1. 詳細については、たとえば、Prechal [1995]、Prechal [2002]、Jans en Prinssen [2002]
など参照。

21) 詳細については、たとえば、Prechal [2006] 参照。

22) Eeckhout [1998] p.70.

23) Anagnostaras [2003] p.358.

24) cf. van Greven, Lever and Larouche [2000] p.894.

(2) 違反が十分に重大であること

Brasserie du Pêcheur and Factortame III 事件判決は、十分に重大な違反があったか否かは、共同体の賠償責任の成否²⁶⁾と同様、加盟国の機関が明白かつ重大にその裁量の限度を無視したか否かによって判断され²⁷⁾、明白かつ重大に裁量の限度を無視したか否かを判断するにあたって、権限を有する裁判所は、違反された法規定の明確性 (clarity and precision)、その法規定が国内または共同体の機関に委任した裁量の程度、違反及び生じた損害が故意によるものであるか非自発的 (involuntary) なものであるか、法についての過誤について言い訳できるか否か、共同体の機関がとっている立場が共同体法に反する懈怠や国内措置または慣行の採択または維持に寄与する可能性のあるものであったという事実などを考慮することができると判示している²⁸⁾。

なお、ヨーロッパ共同体の契約外の損害賠償責任を定める EC 条約 288 条 2 段の解釈と同様²⁹⁾、加盟国は、事実行為に基づいて国家賠償責任を負うこともあるし、不作為に基づいて国家賠償責任を負うこともあると解されている³⁰⁾。

25) たとえば、営業所以外で締結された契約に関する不公正な商業上の実務から消費者を保護することを目的とする Council Directive 85/577/EEC of 20 December 1985 to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises (OJ L 372, 31.12.1985, p.31) の解釈に関する *Faccini Dori* 事件判決 (Case C-91/92 *Faccini Dori v. Ecreb* [1994] ECR I-3325) 参照。

26) 共同体の責任については、*HNL* 事件判決 (Joined Cases 83 and 94/76, 4, 15 and 40/77 *HNL* [1978] ECR 1209) が共同体の機関が広範な裁量を行使して立法した場合には、権限行使の限度を明白かつ重大に無視したのではない限り、共同体の賠償責任は生じないものとすると同時に (para.6)、被害者の被った損害が一定限度を超えていないことを「十分に重大な違反」が認められないとした根拠の1つとしてあげていた (para.7)。

27) Joined Cases C-46/93 and C-48/93 *Brasserie du Pêcheur and Factortame* [1996] ECR I-1029, para.55.

28) Joined Cases C-46/93 and C-48/93 *Brasserie du Pêcheur and Factortame* [1996] ECR I-1029, para.56.

29) Joind Cases 169/83 and 136/84 *Leussink-Brummelhuis v. Commission* [1986] ECR I-2801. cf. Gilsdorf und Oliver [1997] p.5/235, para. 30.

30) Case C-112/00 *Schmidberger* [2003] ECR I-5659.

(3) 加盟国の義務違反と損害との間に直接の因果関係があること

欧州司法裁判所は、オーストリアがパッケージ旅行指令（90/314/EEC）を適切に国内法化しなかったことが問題とされた *Rechberger* 事件判決³¹⁾ において、オーストリアが原告の損害は「全く例外的で予見不能な事象」の連鎖の結果であり、直接の因果関係はないと主張したのに対し、もし、指令が正しく国内法化されていれば、そのような事象は代金の返還または旅行者の本国帰還の障害とはならなかったのであるから、直接の因果関係があると判示している。

なお、過失の存在がヨーロッパ共同体法に違反した場合の加盟国の損害賠償責任の成立要件であるかについて、欧州司法裁判所は、国内法上の過失概念に関連する特定の客観的要因及び主観的要因は「十分に重大な違反」であるか否かの判断と関連するが、「十分に重大な違反」概念を超えて過失の存在を賠償責任成立の要件とすることはできないと解している³²⁾。そして、悪意または違法行為を現実に認識していたことを原告が立証することを要件とする、イギリスにおける「公的機関の職務過誤（misfeasance in public office）」について、そのような権限の濫用は立法機関については想定しがたいので、そのような立証を要求することは、損害賠償請求が認容されることを不可能あるいは過度に困難にするものであり、「十分に重大な違反」概念を超えるものであると解している³³⁾。

II. 銀行監督と共同体法上の加盟国の国家賠償責任

ヨーロッパ閣僚理事会及びヨーロッパ議会は、信用機関（銀行等）及びその監督に関してさまざまな指令³⁴⁾ を制定し、加盟国はそれらの指令を国内法化している。しかし、銀行等に関する指令には監督当局の責任についての条項は

31) Case C-140/97 *Rechberger* [1999] ECR I-3499.

32) Joined Cases C-46/93 and C-48/93 *Brasserie du Pêcheur and Factortame* [1996] ECR I-1029, paras.75-80.

33) Joined Cases C-46/93 and C-48/93 *Brasserie du Pêcheur and Factortame* [1996] ECR I-1029, para.73.

含まれていない³⁵⁾。

1 *Peter Paul* 事件

そこで、銀行監督当局について、*Francovich* 事件判決が示した規範が適用されるかどうかが問題となるが、ドイツの連邦最高裁判所からの付託³⁶⁾ をうけて、*Peter Paul* 事件³⁷⁾ 判決³⁸⁾ において、欧州司法裁判所は、EC 銀行指令を、信用機関に対する不適切な健全性規制について、加盟国に *Francovich* 事件判決の下での損害賠償責任を生じさせるようには解することができないと判示した。

すなわち、欧州司法裁判所は、まず、預金保険指令³⁹⁾ は、預金保険スキームの構成員である信用機関になされた預金が払い戻されない場合に預金者を保護するために導入されたものであって、預金保険指令、とりわけ、その3条2

34) First Council Directive 77/780/EEC of 12 December 1977 on the co-ordination of laws, regulations and administrative provisions relating to the taking up and pursuit of the business of credit institutions (OJ L 322, 17.12.1977, p.30); Second Council Directive 89/646/EEC of 15 December 1989 on the co-ordination of laws, etc, relating to the taking up and pursuit of the business of credit institutions and amending Directive 77/780/EEC (OJ L 386, 30.12.1989, p.1); Directive 94/19/EC of the European Parliament and of Council of 30 May 1994 on deposit-guarantee schemes (OJ L 135, 31.05.1994, p.5) など。その後、Council Directive 73/183/EEC of 28 June 1973 on the abolition of restrictions on freedom of establishment and freedom to provide services in respect of self-employed activities of banks and other financial institutions (OJ L 194, 16.7.1973, p.1)、指令 77/780/EEC、指令 89/646/EEC、Council Directive 89/647/EEC of 18 December 1989 on a solvency ratio for credit institutions (OJ L 386, 30.12.1989, p.14)、Council Directive 92/30/EEC of 6 April 1992 on the supervision of credit institutions on a consolidated basis (OJ L 110, 28.4.1992, p. 52) 及び Council Directive 92/121/EEC of 21 December 1992 on the monitoring and control of large exposures of credit institutions (OJ L 29, 5.2.1993, p.1) を統合して、Directive 2000/12/EC of the European Parliament and of the Council of 20 March 2000 relating to the taking up and pursuit of the business of credit institutions (OJ L 126, 26.5.2000, p.1) が制定され、現在では、Directive 2006/48/EC of the European Parliament and of the Council of 14 June 2006 relating to the taking up and pursuit of the business of credit institutions (OJ L 177, 30.6.2006, p. 1) となっている。

項から5項は、信用機関を監督する責任を負っている加盟国の当局の職務が公益のためにのみなされるべきであるとして、加盟国の国内法の下では監督当局による瑕疵のある監督から生じた損害賠償を個人が求めることができないとする当該加盟国のルールの適用を排除するものと解釈してはならないとした⁴⁰⁾。

また、EC銀行第1指令、EC銀行第2指令及び信用機関の自己資金に関する指令89/299/EECには預金者にそのような権利を与える明文の規定はないとした上で⁴¹⁾、EC銀行第1指令及びEC銀行第2指令を含む、信用機関の健全性の監督に関する他の指令は、それらの指令の前文から明らかなように、信用機関に関する加盟国の立法について、「免許及び健全性の監督体制の相互承認を確保するために必要かつ十分な」本質的な調和を実現することを目的としていたと判示した⁴²⁾。たしかに、調和化の目的の1つは預金者保護であり、これらの指令によって、多くの監督上の義務が課されることになったが、調和化は、相

35) EC第1銀行指令(77/780/EEC)の制定過程において、ドイツ政府は、指令は加盟国の銀行監督当局の預金者に対する責任を生じさせるものではない旨を定めることを提案したが、ヨーロッパ委員会はこれに反対し、そのような規定は設けられなかった。Andenas and Fairgrieve [2002] p. 768.

36) EEC条約177条(現在のEC条約234条)パラグラフ3は、加盟国の裁判所または審判所であって、各国内法上は司法的救済がそれ以上ない裁判所または審判所(すなわち、最終審裁判所・審判所)に継続した事案において、共同体法の解釈問題が提出された場合には、その裁判所または審判所は、その問題を欧州司法裁判所に付託しなければならない(shall)と定めている。

37) この事件についてのドイツの国内裁判所の判決の詳細については、稿を改めて取り上げる予定である。

38) Case C-222/02 *Peter Paul, Cornelia Sonnen-Lütte and Christian Mörkens v. Bundesrepublik Deutschland* [2004] ECR I-9425.

39) Directive 94/19/EC of the European Parliament and of the Council of 30 May 1994 on deposit-guarantee schemes (OJ L 135, 31.5.1994, p. 5).

40) Case C-222/02 *Peter Paul* [2004] ECR I-9425, para.32. これは、法務官(Advocate General)であったStix-Hacklの意見に依拠したものであった(Opinion of Advocate General Stix-Hackl in Case C-222/02 <<http://curia.europa.eu>>, paras. 74-85)。

41) Case C-222/02 *Peter Paul* [2004] ECR I-9425, para.41.

互承認や本国による健全性監督の適用などを確保するために「本質的、必要かつ十分な」範囲に限定されており⁴³⁾、監督に瑕疵があった場合に監督当局が預金者との関係で負う損害賠償責任についての国内法の調和化は相互承認や本国による監督などを確保するために必要なものとは思われないから⁴⁴⁾、これらの指令が、瑕疵のある監督によって預金の払戻しを受けることができなくなった預金者に損害賠償を求める権利を与えるものではないとした⁴⁵⁾。そして、銀行監督の複雑性、多くの異なる利害の関与及び監督当局の責任は多くの加盟国では存在しないことなどに照らして⁴⁶⁾、各国の監督当局の責任についてのルールの調和化は必要とは考えられなかったようであると指摘されている（パラグラフ 44）⁴⁷⁾。

そして、欧州司法裁判所は、共同体法に違反した場合の国家賠償責任は、とりわけ、「違反された法のルールが個人に権利を与えることを意図したものである」場合に限り認められ、この場合には指令が個人に権利を与えたと見ることができないと判示した。

42) Case C-222/02 *Peter Paul* [2004] ECR I-9425, para.37. もっとも、欧州司法裁判所は、EC銀行第1指令は信用機関にとっての共通市場の実現に向けた「第1歩にすぎない (no more than a first step)」と指摘してきていた (Case 166/85 *Criminal Proceedings against Bullo and Bonivento* [1987] ECR 1583, para.7, Case C-222/95 *Société civile immobilière Parodi v. Banque H. Albert de Bary et Cie* [1997] ECR I-3899. See Cresswell et al. [1991] chapter 4.)。

43) Case C-222/02 *Peter Paul* [2004] ECR I-9425, para.42.

44) Case C-222/02 *Peter Paul* [2004] ECR I-9425, para.43.

45) Case C-222/02 *Peter Paul* [2004] ECR I-9425, para.40. これは、法務官 (Advocate General) であった Stix-Hackl の意見に依拠したものであった (Opinion of Advocate General Stix-Hackl in Case C-222/02 <<http://curia.europa.eu>>, paras. 121-127)。

46) もっとも、このような事実認識は、必ずしも正しくないことについて、たとえば、Tison [2005] p.645 参照。

47) cf. Horspool [2006] p.229.

2 *Three Rivers* 事件

他方、*Three Rivers* 事件⁴⁸⁾ について、イギリスの貴族院は、共同体法の解釈について、欧州司法裁判所に付託することなく、EC 銀行第1指令⁴⁹⁾ が個々の預金者に権利を付与しているかどうか、そのような権利の内容が特定できるか⁵⁰⁾ について検討を加えた⁵¹⁾。もっとも、このように欧州司法裁判所に付託しないという選択に対しては、*Three Rivers* 事件は *CILFIT* 事件判決⁵²⁾ が示した規準⁵³⁾ をみたしておらず、明白な行為 (*acte clair*) と解することは合理的ではなかったのではないかという批判が加えられている⁵⁴⁾。すなわち、*CILFIT* 事件判決は、共同体法の正しい適用があまりに明白であって合理的な疑いの余地を全く残さないという結論に到達する前に、各国の裁判所は、その問題が他の加盟国の裁判所や欧州司法裁判所にとっても同じく明白であるという確信を得なければならないとしているが⁵⁵⁾、*Three Rivers* 事件においてそのような確信

48) *Three Rivers District Council and others v. Bank of England (No 3)* [1996] 3 All E.R. 558 and 634 (Q.B.D.); *Three Rivers District Council and others v. Bank of England* [1999] 4 All E.R. 800, [2000] 2 WLR 15, [2003] 2 AC 1 (C.A.); *Three Rivers District Council and others v. Bank of England* [2000] 3 All E.R. 1, [2000] 2 WLR 1220, [2003] 2 AC 1 (H.L.); *Three Rivers District Council and others v. Bank of England* [2001] UKHL 16, [2001] All E.R. 513, [2003] 2 AC 1 (H.L.). 詳細については、拙稿「銀行監督上の過失と国家賠償責任 (2)」(本誌第3号掲載予定) 参照。

49) First Council Directive 77/780/EEC of 12 December 1977 on the co-ordination of laws, regulations and administrative provisions relating to the taking up and pursuit of the business of credit institutions (OJ L 322, 17.12.1977, p.30).

50) もっとも、*Three Rivers* 事件についての貴族院判決は、ある共同体法の条項が個人に権利を与えているか、そして、その権利は特定できるかという *Francovich* 事件判決の要件ではなく、共同体法が直接効力を有するためには、その条項は明確 (*precise*)、明白であって無条件のものでなければならないという見解によっているようである。*Three Rivers District Council and others v. Bank of England* [2000] 3 All E.R. 1, [2000] 2 WLR 1220, [2003] 2 AC 1 (H.L.).

51) *Three Rivers District Council and others v. Bank of England* [2000] 3 All E.R. 1, [2000] 2 WLR 1220, [2003] 2 AC 1 (H.L.).

52) Case 283/81 *CILFIT srl and Lanificio di Gavardo v. Ministry of Health* [1982] ECR 3415.

を得ることができたといえるのかについては疑義があるのではないかということである。

3 *Peter Paul*事件判決の問題点⁵⁶⁾

Francovich 事件判決の法理によれば、加盟国は、不作為に基づいても国家賠償責任を負う可能性があることから、理論的には、加盟国が不適切な銀行監督に基づき国家賠償責任を負う余地はある⁵⁷⁾。そして、上述したように、欧州司法裁判所は、従来、個人に対する権利の付与という要件を柔軟に解釈し、共同体法が個人の利益を保護することを意図していればよいものとし、その規定自体が強行可能な権利を個人に付与していることまでは要求していない⁵⁸⁾。そして、少なくとも健全性規制については、EC銀行指令が預金者の利益のために制定され、預金者を保護するという目的を有していることには疑いはない。

53) *CILFIT* 事件判決のパラグラフ 21 は、提出された問題が共同体法と無関係である場合及び争われている共同体法の規定が欧州司法裁判所によってすでに解釈されている場合 (Cases 28-30/62 *Da Costa* [1963] ECR 31) のほか、共同体法の正しい適用があまりに明白であって合理的な疑いの余地を残さないか、これらのいずれかが確実である場合には欧州司法裁判所に付託することを要しないものとしている。そして、そのような可能性の存否は、共同体法の特質、共同体法の解釈において生ずる特別の困難、及び、共同体内で司法判断が分かれる危険を考慮して判断しなければならないとされている。パラグラフ 17 から 20 においては、可能性の存否の判断にあたっては、共同体の立法が数カ国語によって起草され、各言語のものが同等に正文とされること、共同体法はそれ独自の用語を用いており、共同体法における法概念と各国内法の法概念とが同一の意味を持つとは限らない点、及び、共同体法のあらゆる規定は、共同体法の諸規定全体の文脈において、それに照らして解釈されなければならない、共同体法の諸目的を考慮に入れ、また争われている規定が適用される時点における共同体法の発展状況も考慮にいれなければならない点を念頭に置かなければならないと判示されている。

54) Horspool [2006] p.227. もっとも、Allott [2001] pp.9-10.

55) Case 283/81 *CILFIT* [1982] ECR 3415, para.16.

56) *Peter Paul* 事件判決に対しては、批判的な学説が多いようである。たとえば、Betlem [2004]; Tison [2005]; Dougan [2005] 参照。

57) Wissink [2002] p.97.

58) Tridimas [2001] p.328.

なぜならば、まず、EC銀行指令を統合した Directive 2000/12/EC of the European Parliament and of the Council of 20 March 2000 relating to the taking up and pursuit of the business of credit institutions (OJ L 126, 26.5.2000, p.1) の前文 (65) では信用機関の監督は預金者の利益を保護するためになされたとされ、3条では預金者を保護することを意図した規則とコントロールに服さない者が預金受入れ業務を行なうことが禁止され、4条では、加盟国に預金者保護のための適切な規則を定めることが要求されているからである。また、欧州司法裁判所も消費者保護の観点から銀行の免許と健全性規制の重要性を強調してきたからである⁵⁹⁾。

さらに、EC銀行第1指令などに、預金者に権利を与える明文の規定がないことを欧州司法裁判所は指摘しているが、たとえば、*Dillenkofer* 事件判決⁶⁰⁾において、パッケージ旅行指令には個人に対して権利を与える旨の明文の規定が存在しなかったが、欧州司法裁判所は、パッケージ旅行の主催者が支払われた金銭の返却と支払不能の場合の顧客に対する賠償について十分な安全性を確保する義務を負う旨を定める当該指令の7条を根拠として権利の付与があったと認めた⁶¹⁾。すなわち、*Dillenkofer* 事件判決において、欧州司法裁判所は指令の明文の文言ではなく目的に注目して権利が与えられたと認定していたのであって、*Peter Paul* 事件判決とは異なるアプローチによっている。しかも、*Dillenkofer* 事件判決は、責任との関係で権利の付与を導く消費者保護の意図を当該指令が有していたことを当該指令の前文に言及して認定したのであって、この点でも、*Peter Paul* 事件判決は先例とは首尾一貫しない⁶²⁾。

59) Case C-441/93 *Panagis Pafitis and Others v. Trapeza Kentrikis Ellados AE and Others* [1996] ECR I-1347, para. 49, Case C-222/95 *Parodi v. Banque H. Albert de Bary* [1997] ECR I-3899, para. 22, Case C-366/97 *Romanelli* [1999] ECR I-855, para. 11.

60) Joined Cases C-178/94, C-179/94, C-188/94 and 190/94 *Dillenkofer v. Germany* [1996] ECR I-4845.

61) これは、*Rechberger* 事件判決 (Case C-140/97 *Rechberger* [1999] ECR I-3499) でも踏襲された。

62) See Betlem [2004].

以上に加えて、ヨーロッパ委員会がEC条約288条に基づいて負う可能性のある監督責任に関する裁判例とも *Peter Paul* 事件判決は整合的ではない⁶³⁾。すなわち、*Francesconi* 事件判決⁶⁴⁾ は一当該事件においてはヨーロッパ委員会の行動に違法な点がないとされ、ヨーロッパ共同体は責任を負わないものとされたが—原則として、ヨーロッパ委員会は監督上の瑕疵について責任を負うとされ、加盟国のしかるべき主体がその任務を果たさない場合には共同体法の遵守を確保するためにヨーロッパ委員会が介入しなければならない場合があるとされた⁶⁵⁾。そして、現在では、共同体の責任と共同体法に違反した場合の加盟国の責任とはパラレルに考えられているのである⁶⁶⁾。

このように考えると、「預金者は健全性監督当局に対して措置を講ずる権利を有するか否か」が先決問題として付託されたことに欧州司法裁判所が引きずられたため、*Peter Paul* 事件判決のような書きぶりになった可能性もあるし⁶⁷⁾、銀行監督の領域に *Francovich* 事件判決の法理を適用することの財政上あるいは政策上の含意を欧州司法裁判所の判事が考慮に入れた可能性も否定できない⁶⁸⁾。

63) See Betlem [2004].

64) Cases 326/86 and 66/88 *Benito Francesconi and others v. Commission of the European Communities* [1989] ECR 2087.

65) Schultz *et al.* [2004] p.240. See also Opinion of Mr Advocate General Lenz delivered on 25 May 1989 [1989] ECR 2087.

66) cf. Case C-352/98 *P Bergaderm and Goupil v. Commission* [2000] ECR I-5291, para.42.

67) Binder [2004] pp.467-468.

68) Tison [2005] pp.679-680. なお、欧州司法裁判所は、預金保険指令の前文(24)をふまえて、加盟国の国内法の下で監督当局を免責することが許される根拠として、預金保険指令に定められた預金者に対する補償が確保されていることをあげているが(パラグラフ50)、*Peter Paul* 事件はドイツが預金保険指令を国内法化し、施行する前に生じた事件であり、もし、このような一般論が成り立つとすれば、免責条項は無効であるという解釈の余地があることになりそうである。なお、欧州司法裁判所は預金保険指令が特別法であると認定していないが、預金保険指令が特別法でないとすれば、預金保険が整備されていることによって、監督当局の責任が免責されることを正当化することは難しいのではないという指摘もある。

Ⅲ. 共同体法上の加盟国の国家賠償責任と国内法上の免責条項

欧州司法裁判所は、加盟国の国内法が最上級審裁判所の裁判によって生じた損害に関する国家賠償責任を明示的に排除しているにもかかわらず、Köbler 事件判決⁶⁹⁾において、加盟国の最上級審裁判所の判決がヨーロッパ共同体法に違反している場合にも、加盟国がヨーロッパ共同体法上、国家賠償責任を負う可能性があることを認めた⁷⁰⁾。これは、損害賠償を認めても、その原因となった判決が無効となるわけではないから、既判力に反するわけではないからである。もっとも、「十分に重大な違反」があるとされるか否かにあたっては、司法作用の特性及び正当な法的安定性の要請を考慮しなければならないとして、裁判官が明白に適用法規を誤ったというような例外的な場合にのみ⁷¹⁾、国家賠償責任は認められるとしている。

Ⅳ. ヨーロッパ人権条約と国家賠償責任

1 ヨーロッパ人権条約と国の積極的義務

ヨーロッパ人権条約の起草時には、国家は条約に規定された基本的権利及び自由を侵害してはならないという、いわば消極的な義務を負うにすぎないと解されていたが⁷²⁾、欧州人権裁判所は、条約に規定された基本的権利及び自由が保護される状況を確保するために国家が積極的な措置をとる義務を負う場合がある、私人による侵害からでも個人を保護する義務を国家は負うという立場をとるに至った⁷³⁾。

69) Case C-244/01 Köbler [2003] ECR I-10239.

70) 欧州人権裁判所も、たとえば、*Dulaurans v. France* (n° 34553/97) [2000] ECHR 109 において、ヨーロッパ人権条約にある加盟国の最上級審裁判所が違反した場合には、当該加盟国は損害賠償責任を負うものと判示している。

71) Case C-244/01 Köbler [2003] ECR I-10239, para.53.

72) Eissen [1961] p.174.

73) 詳細については、たとえば、小畑 [1986] [1987]、中井 [1996] [1997]、申 [1999] などを参照。

まず、*Marckx* 事件において、私生活及び家庭生活、住居ならびに通信の尊重を定めるヨーロッパ人権条約 8 条⁷⁴⁾ に関して、欧州人権裁判所は、8 条の目的は本質的には個人を公権力による恣意的な干渉から保護することであるが、「この第一義的な消極的義務に加えて、家庭生活の実効的『尊重』に固有の積極的義務が存在する」と判示した⁷⁵⁾。

また、「締結国は、その管轄の中にあるすべての者に対し、この条約の第 1 節に定義する権利及び自由を保障する」と定める 1 条を根拠として、人権が確保された状況を作り出す義務を国が負っているとする欧州人権裁判所の裁判例も積みあがっている⁷⁶⁾。

さらに、集会及び結社の自由を規定する 11 条に関して「個人と個人との関係においても、必要であれば積極的措置がとられるべきことを要求する場合がある」とも判示されている⁷⁷⁾。

もっとも、積極的義務が認められると、締結国にかなりの財政的あるいは制度的負担が生ずることになるので⁷⁸⁾、欧州人権裁判所は、国家には、どのよ

74) 「すべての者は、その私生活、家族生活、住居及び通信の尊重を受ける権利を有する」(第 1 項)。「この権利の行使に対しては、法律に基づき、かつ、国の安全、公共の安全もしくは国の経済的福利のため、無秩序もしくは犯罪の防止のため、健康もしくは道徳の保護のため、または他の者の権利及び自由の保護のため民主的社會において必要な干渉以外のいかなる公の機関による干渉もあってはならない」(第 2 項)。

75) *Marckx v. Belgium* (n° 6833/74) [1979] ECHR 2 (13 June 1979), para.31. その後も、欧州人権裁判所は、8 条に関して、「実効的な私生活の保護のためには積極的義務が存在し、個人と個人とが関係する領域においても、この義務は私生活の尊重が確保されるような措置をとることを含む」と判示している (*X and Y v. The Netherlands* (n° 8978/80) [1985] ECHR 4 (26 March 1985), para.23. この事件を紹介したものとして、中井 [1996] 46-48 頁)。

76) *Young, James and Webster v. United Kingdom* (n° 7601/76; no 7806/77) [1981] ECHR 4 (13 August 1981), para.49; *Costello Roberts v. United Kingdom* (n° 13134/87) [1993] ECHR 16 (25 March 1993), para.26.

77) *Plattform "Ärzte für das Leben" v. Austria* (n° 10126/82) [1988] ECHR 15 (21 June 1988), para.32. この事件を紹介したものとして、中井 [1996] 50-52 頁。

78) See *Airey* [1979] ECHR 3, para.26.

うな方法が権利及び基本的自由の実効的尊重にとって必要であるかを決定する広範な裁量（評価の余地 [margin of appreciation]⁷⁹⁾）があるという立場をとってきた⁸⁰⁾。たとえば、8条に関して、締結国は「社会と個人の必要性及び財政面を十分に考慮して、条約の遵守を確保するためにどのような措置がとられるべきかを決定する広範な評価の余地を有する」⁸¹⁾と指摘されている⁸²⁾。

2 生命に対する権利（2条）と国の積極的義務

欧州人権裁判所は、ヨーロッパ人権条約2条との関連でも、少なくとも抽象的には、国家の積極的義務⁸³⁾を認める判決をいくつか下している⁸⁴⁾。

たとえば、*Osman* 事件判決は、2条1項に関する国家の義務には、実効的な刑法規定を制定して犯罪を防止し、かつ、そのような規定に違反することを防止し、阻止し、処罰するための法執行機関を設けて、生命に対する権利を確保する義務が含まれるとし、一定の状況の下では、他の者の犯罪行為によって生命を脅かされている個人を保護するための実効的な措置をとる積極的義務を国家は負うものとした⁸⁵⁾。

79) 詳細については、たとえば、Macdonald [1992] 及び Brems [1996] 参照。

80) 従来から、欧州人権裁判所は、国際裁判所の裁判官よりも正確に判断することができる立場に国家はあるという事実を承認し、ヨーロッパ人権条約上の権利を制限する方法については、自らを第二次的な判断機関であると位置づけ、国家に裁量権（評価の余地）を認めてきたが、これが積極的義務との関係でも採用されたということができる。See *Handyside v. United Kingdom* (n° 5493/72) [1976] ECHR 5 (7 December 1976), para.49.

81) *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. United Kingdom* (n° 9214/80; n° 9473/81; n° 9474/81) [1985] ECHR 7 (28 May 1985), para.67. また、8条との関連で、*Rees v. United Kingdom* (n° 9532/81) [1986] ECHR 11 (17 October 1986), para.37 参照。

82) 8条との関係で詳細な検討を加えたものとして、たとえば、Arai [1998] 参照。

83) Trechsel [1999] pp.671-686 参照。

84) 委員会もヨーロッパ人権条約2条から積極的義務が生ずるという見解を示している（たとえば、*Dujardin and others v. France*, Application No. 16734/90, *Decisions and Reports of the European Commission of Human Rights*, Vol.72, p.236.）。

85) *Osman v. United Kingdom* (n° 23452/94) [1998] ECHR 101 (28 October 1998), para.115.

しかし、他方で、現代社会における警察行動の困難さ、人間の行動の予測不可能性、優先順位や資源を踏まえて行われた実際上の選択などを考慮に入れると、そのような積極的義務は、国家に不可能または不つりあいな重荷を負わせることがないように解釈されなければならないとし、第三者の犯罪行為によって特定の個人の生命への現実で差し迫った危険が存在していることを国家が知っていたか、または知っているべきであって、権限を行使すれば合理的に考えてそのような危険を回避することができたであろう当該権限の範囲内の措置を講じなかった場合に、積極的義務違反が認められるという基準⁸⁶⁾を欧州司法裁判所は示した⁸⁷⁾。

3 財産権と国の積極的義務

人権及び基本的自由の保護のための条約についての議定書（ヨーロッパ人権条約第1議定書）の1条前段は、「すべての自然人または法人は、その財産を平和的に享有する権利を有する。何人も、公益のために、かつ、法律及び国際法の一般原則で定める条件に従う場合を除き、その財産を奪われない。」と定めている。

欧州人権裁判所は、*Öneryildiz*事件判決⁸⁸⁾において、*Bielelectric Srl v. Italy*事件中間判決（4 May 2000）⁸⁹⁾を踏襲して、第1議定書1条の下で実質的に定立された原則を再確認した。すなわち、その条項によって保護される権利の、真の、実効的な行使は妨害しないという加盟国の義務のみに依存するものではなく、保護のための積極的な措置を、とりわけ当局が講ずることを申立人が正当に期待できる措置と申立人による所有物の実効的な享有との間に直接的な結び

86) この基準はその後の裁判例においても踏襲されている。*Mahmut Kaya v. Turkey* (n° 22535/93) [2000] ECHR 129 (28 March 2000), paras. 85 and 86; *Kilic v. Turkey* (n° 22492/93) [2000] ECHR 128 (28 March 2000), paras. 62 and 63.

87) *Osman* [1998] ECHR 101, para. 116.

88) *Öneryildiz v. Turkey* (n° 48939/99) [2004] ECHR 657 (30 November 2004).

89) *See* n° 36811/97 [2000] ECHR 784 (16 November 2000).

つきがある場合には、要することがあると判示している（パラグラフ134）。

4 監督当局についての国内法上の免責条項と裁判を受ける権利

ヨーロッパ人権条約6条1項第1文は、「すべての者は、その民事上の権利及び義務の決定または刑事上の犯罪の決定のため、法律で設置された、独立で、かつ、公正な裁判所による妥当な期間内の公正な公開審理を受ける権利を有する」と裁判を受ける権利を定めている。

この条項に関して、欧州人権裁判所は、*Golder*事件判決において、一般に受け入れられた国際法の原則としてのウィーン条約法条約（Vienna Convention on the Law of Treaties）31条2項がいうように、条約前文は条約の一部をなし、前文は一般に条約の趣旨目的を考察する上で有用であるという前提に立った上で、ヨーロッパ人権条約の前文は自由及び法の支配という共通の遺産を有する諸国の決意を述べており、民事上の問題について、裁判所へのアクセスの可能性なしには法の支配を考えることはできないから、裁判所へのアクセス権は6条1項に内在する要素であると判示した⁹⁰⁾。そして、このような解釈は、その文脈において、かつ、ヨーロッパ人権条約の趣旨目的を考慮して読んだ6条1項第1文の文言そのものに基づくとした⁹¹⁾。

また、前掲 *Marckx* 事件判決をふまえて、欧州人権裁判所は、*Airey* 事件判決において、「裁判所にアクセスする実効的権利を保障する義務は」積極的義務のカテゴリーに属すると判断し⁹²⁾、さらに「条約は今日の状況のなかで解釈されなければならない、また、条約が取り扱う分野において、個人が現実的で実効的な方法で保護されることを目的としなければならない」と述べた⁹³⁾。

他方、ヨーロッパ人権条約6条1項は、条約を実施する加盟国の実体法（substantive law）の内容を決定づけることを意図していないと解されている

90) *Golder v. United Kingdom* (n° 4451/70) [1975] ECHR 1 (21 February 1975), para.34.

91) *Golder* [1975] ECHR 1, para.36.

92) *Airey v. Ireland* (n° 6289/73) [1979] ECHR 3 (9 October 1979), para.25.

93) *Airey* [1979] ECHR 3, para.26.

論説（弥永）

が⁹⁴⁾、「手続的」と「実体的」とを区別することは実務上は必ずしも容易ではない。そして、「手続的」と「実体的」という表現には条約の目的に照らして一義的かつ自律的な意味を与え、ある法の性格が手続的であるか実体的であるかは純粋な国内的性質を考慮に入れて決定すべきではないこともたしかである⁹⁵⁾。しかし、上記 *Osman* 事件判決において当該事案において申立人に対して警察は何らの注意義務も負っていなかったとした控訴裁判所の判決から6条1項違反が生じたとされたこと⁹⁶⁾を別とすれば、同条項は、当該加盟国の国内法上存在しない「市民権 (civil rights)」を創出するために用いることができないことは確立した裁判例であると考えられる⁹⁷⁾。

そして、監督当局が個々の預金者との関係で注意義務を負っていないと解するのであれば、そもそも、実体法上、法的責任を負わないのであるから、監督当局についての国内法上の免責条項は実体法上の問題であると指摘されている⁹⁸⁾。

また、かりに免責条項が手続的な性質を有するとしても⁹⁹⁾、ヨーロッパ人権条約6条1項は裁判所に対するアクセスを絶対的に保障するものではなく¹⁰⁰⁾、正当な目的があり、比例的で法的安定性が認められる場合には制約が許されることが考えられており¹⁰¹⁾、金融市場の適切な規制は明白に望ましい目的である、規制者は必然的に限られた資源の範囲内で活動しており、そのような資源を濫訴に対する防御のために割くことは公益に合致しない、金融市場の監督において規制者には裁量の幅が必然的に必要である、困難な選択をしなければならないことがあり、この関連では、ネグリジェンスの一般原則を適用することは合

94) たとえば、Lester and Pannick [2004] para.4.6.5 参照。

95) *König v. Germany* [1978] 2 EHRR 170.

96) *Osman* [1998] ECHR 101, paras. 131-140.

97) *Lithgow v. United Kingdom* [1986] 8 EHRR 329; *Powell and Rayner v. United Kingdom* [1990] 12 EHRR 355 など。Lester and Pannick [2004] para.4.6.5 も参照。なお、*Osman* 判決の立場は、*Z. v. United Kingdom* [2002] 34 EHRR 97 によって退けられている。

98) Proctor [2005] p.87.

理的ではない、監督の対象となっている金融機関の破綻から生ずる経済的損失が巨大になることがあること及び監督者の責任はせいぜい二次的なものであることに照らせば、規制者が損失を負担することを期待するのは合理的でない、免責条項があっても裁判所へのアクセスが絶対的に拒否されるわけではなく、預金者としては悪意を立証すれば救済を受けることができるのであるから免責条項は合理的でありつりあいがとれているという理由をあげて、悪意または合理的な注意を欠いたことを立証しない限り¹⁰²⁾、責任を負わない旨を定める国内法上の免責条項は同条項に違反するとは判断されない可能性が高いと *Proctor* は論じている¹⁰³⁾。

さらに、*Proctor* は、ヨーロッパ人権裁判所が、外国、その外交官及び条約によって創設された国際機関の免責について、公正な裁判をうける権利に対する不つりあいな制約ではないと判断していること¹⁰⁴⁾ を引き合いに出して、金

99) もっとも、ヨーロッパ人権条約6条1項に倣って設けられたグレナダ憲法8条8項 (Any Court or other authority prescribed by law for the determination of the existence or extent of any civil right or obligation shall be established by law and shall be independent and impartial; and when proceedings for such determination are instituted by any person before such Court or other authority, the case shall be given a fair hearing within a reasonable time.) を前提として、グレナダ控訴裁判所は、Eastern Caribbean Central Bank Law (1983) の50条2項 (東カリブ中央銀行、その財産及びその資産は、どこに所在しだれが占有しているかを問わず、東カリブ中央銀行がその免責をある手続きとの関係で明示的に放棄した範囲及び契約の条項により放棄した範囲を除き、すべての類型の司法手続きの対象外とされる (enjoy immunity)) が定める免責は絶対的なものではなく、憲法8条8項が定める公正な裁判を受ける権利と整合しない限りにおいて適用がない可能性があるとした (*Capital Bank International Ltd. v. Eastern Caribbean Central Bank*, 10 March 2003<<http://www.common-lit.org/int/cases/ECarSC/2003/26.pdf>>)。

100) たとえば、*Ashingdane v. United Kingdom* [1985] 7 EHRR 528, para.57, *Fayed v. United Kingdom* [1994] 18 EHRR 393, para. 65。

101) たとえば、*Tinnelly & Sons Ltd v. United Kingdom* [1998] 27 EHRR 249, para. 72。

102) cf. *Ashingdane* [1985] 7 EHRR 528, paras. 57-60.

103) イギリスの2000年金融サービス及び市場法が定める免責条項との関係で、*Proctor* [2005] pp.88-89.

融機関の監督当局についての国内法上の免責条項は「評価の余地」の範囲内にあると主張している¹⁰⁵⁾。

- 小畑郁 [1986] 「ヨーロッパ人権条約における国家の義務の性質変化——「積極的義務」をめぐる人権裁判所判決を中心に(1)」法学論叢 119 巻 2 号
- 小畑郁 [1987] 「ヨーロッパ人権条約における国家の義務の性質変化——「積極的義務」をめぐる人権裁判所判決を中心に(2・完)」法学論叢 121 巻 3 号
- 西連寺隆行 [2003] 「EC 法上の国家賠償責任における「十分に重大な違反」概念 (1)」上智法学論集 47 巻 2 号
- 西連寺隆行 [2004] 「EC 法上の国家賠償責任における「十分に重大な違反」概念 (2)」上智法学論集 47 巻 3 号
- 申恵手 [1999] 人権条約上の国家の義務 (日本評論社)
- 須網隆夫 [1992] 「EC 指令に従わない加盟国の責任と EC 裁判所——フランコビッチ事件判決」法学セミナー 448 号
- 中井伊都子 [1996] 「私人による人権侵害への国家の義務の拡大(1)——ヨーロッパ人権条約の解釈をめぐって」法学論叢 139 巻 3 号
- 中井伊都子 [1997] 「私人による人権侵害への国家の義務の拡大(2・完)——ヨーロッパ人権条約の解釈をめぐって」法学論叢 141 巻 2 号
- 中井伊都子 [2000] 「ヨーロッパ人権条約における国家の義務の範囲」国際法外交雑誌 99 巻 3 号
- Alink, M.J. [2006] Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, in: British Institute of International and Comparative Law, *Aansprakelijkheid van Toezichthouders*
- Allott, P. [2001] EC directives and misfeasance in public office, *Cambridge Law Journal*, Vol. 60, Part I
- Andenas, M. and D.Fairgrieve [2002] Misfeasance in public office, governmental liability, and European influences, *International & Comparative Law Quarterly*, Vol.51, No.4
- Arai, Y. [1998] The margin of appreciation doctrine in the jurisprudence of Article 8 of the European Convention on Human Rights, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol.16
- Arora, A. [2006] The statutory system of the bank supervision and the failure of BCCI, *Journal of Business Law* (August 2006) 487
- Betlem, G. [2004] Comments to Case C-222/02 Paul and Others v. Germany, in: Betlem, G. *et al.*, *Post-Francovich judgments by the ECJ*

104) *Al-Adsani v. United Kingdom* [2002] 34 EHRR 273, *Fogarty v. United Kingdom* [2002] 34 EHRR 302, *Waite and Kennedy v. Germany* [1999] 30 EHRR 261.

105) Proctor [2005] p.89.

- <http://www.ecl.nl/categorieen/intro.asp?ssc_nr=871>
- Betlem, G. [2005] Torts, a European ius commune and the private enforcement of Community law, *Cambridge Law Journal*, Vol. 64, Issue 1
- Binder, J.-H. [2004] The Advocate-General's opinion in Paul and others v Germany? Cutting back state liability for regulatory negligence?, *European Business Law Review*, Vol.15, Issue 3
- Brems, E. [1996] The margin of appreciation doctrine in the case-law of the European Court of Human Rights, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Bd.56
- Cresswell, P.E. et al. [1991] *Encyclopedia of Banking Law*, Lexis Law Publishing
- Dougan, M. [2005] Legal Developments, *Journal of Common Market Studies*, Vol. 43, Issue 1
- Eissen, M.A. [1961] La Convention et les devoirs de l'individu, in: *La Protection internationale des droits de l'homme dans le cadre européen* (Annales de la Faculté de droit et des sciences politiques et économiques de Strasbourg, 10), Dalloz
- English, R. [2001] The Decline and Fall of Osman, *New Law Journal*, Vol.151
- European Parliament, Committee of Inquiry into the crisis of the Equitable Life Assurance Society [2007] *Report on the crisis of the Equitable Life Assurance Society* (2006/2199 (INI)) (23.5.2007, FINAL A6-0203/2007)
- Gasparon, P. [1999] The transposition of the principle of Member State liability into the context of external relations, *European Journal of International Law*, Vol.10, No.3
- Gilsdorf, P. und P.Oliver [1997] Artikel 215, in: von der Goeben, H., J.Thiesing und C.-D.Ehlermann (hrsg.), *Kommentar zum EU-, EG-Vertrag*, Bd.5, 5.Aufl., Nomos
- Horspool, M. [2006] European Community Law, in: British Institute of International and Comparative Law, *Aansprakelijkheid van Toezichthouders*
- Jans, J.H. en Prinssen, J.M. [2002] Direct Effect: Convergence or Divergence? A Comparative Perspective, in: Prinssen, J.M. en A.Schrauwen (eds), *Direct Effect*, European Law Publishing
- Lester of Herne Hill and D. Pannick [2004] *The European Convention on Human Rights*, 2nd ed., NexisLexis
- Macdonald, R.St.J. [1992] The margin of appreciation in the jurisprudence of the European Court of Human Rights, in: *Collected Courses of the Academy of European Law*, Vol.1, Book 2, Martinus Nijhoff
- Prechal, S. [1995] *Directives in European Community Law. A Study of Directives and Their Enforcement in National Courts*, Clarendon Press
- Prechal, S. [2002] Direct effect reconsidered, redefined, rejected, in: Prinssen, J.M. en A. Schrauwen (eds), *Direct Effect*, European Law Publishing
- Prechal, S. [2006] Member state liability and direct effect: what's the difference after all?, *European Business Law Review*, Vol.17, No.2

論説 (弥永)

- Proctor, C. [2005] Regulatory liability for bank failures . The Peter Paul case, *Euredia* 2005/1
- Schulze, R. *et al.* (eds.) [2004] *A Casebook on European Consumer Law*, Hart Publishing
- Tison, M. [2005] Do not attack the watch dog! Banking supervisor's liability after *Peter Paul*, *Common Market Law Review*, Vol. 42, Issue 3
- Trechsel, S. [1999] Spotlights on Article 2 ECHR, The right to life, in: Benedek, W. *et al.* (eds.), *Development and developing international and European law*, Peter Lang
- Tridimas, T. [2001] Liability for breach of Community law: growing up or mellowing down?, *Common Market Law Review*, Vol. 38, Issue 2
- Van der Woude, M.H. [1997] Liability for administrative acts under article 215 (2) EC, in: Heukels, T. and A. McDonnell (eds.), *The action for damages in Community law*, Kluwer Law International
- van Greven, W., J. Lever and P. Larouche [2000] *Tort Law*, Hart Publishing
- Wissink, M.H. [2002] Staatsaansprakelijkheid voor falend banktoezicht, *Sociaal-Economische Wetgeving*, 50e jaargang, nr.3

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

論説

学校における人種統合と アファーマティヴ・アクション(1)

——アメリカ連邦最高裁ロバーツ・コートの新たな動向——

藤 井 樹 也

はじめに

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

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

おわりに

はじめに

アメリカ連邦最高裁は、2006-2007年開廷期の最終日にあたる2007年6月28日に、学校における人種統合を目的として、人種による分類にもとに通学校を割り当てる制度を違憲とする、*Seattle School District No. 1* 判決を下した¹⁾。同判決は、一方で学校における人種分離を違憲とした*Brown* 判決²⁾ から50年以上が経過した現在、人種分離に対する救済施策をなお継続すべきなのか、さらには、*Brown* 判決自体を再考すべき時期にきているのかという点から注目された。他方で、大学におけるアファーマティヴ・アクションを一部違憲とした2003年の二判決³⁾ との関係で、学校における人種統合政策を、過去の人種分

1) *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District, No. 1*, __ U.S. __, 127 S.Ct. 2738 (2007).

2) *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

3) *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244 (2003), *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003).

論説（藤井）

離に対する救済施策として正当化すべきなのか、それとも、新たなアファーマティヴ・アクション施策として正当化すべきなのかという観点からも関心を集めた。レンキスト・コートのあとを承け、この判決の日で2年目を終えたロバーツ・コートは、徐々にではあるが新たな傾向を示しつつあるように見える。本稿では、まず、*Seattle School District No. 1* 判決の内容を概観し、そのうえで、若干の検討を加えることにする。

1 Seattle School District No. 1 判決の内容

(1) 概要

本事件は、人種による分類をもとに学校を割り当てる制度の違憲性を主張する原告が、学校区を相手どって訴えを提起した二つの事件（Seattle 事件と Jefferson County 事件）からなる。いずれの事件においても、学校区は、学校区全体の人種の構成割合をもとに各学校における人種比率の許容範囲を定め、個々の生徒の人種を理由として通学すべき学校を決定しており、人種を理由として特定の学校への入学を拒否された生徒の親たちが、この制度が修正 14 条の平等保護条項に違反すると主張して訴えを提起したものである⁴⁾。

(2) Seattle 事件

Seattle 事件で問題になったのは、公立高校 10 校からなる Seattle School District No.1（第一学校区）が 1998 年に採用した生徒の学校割り当てプランである（同プランは 1999 年から 2002 年までの 3 年間実施された）。当該プランによると、9 年生（中学校の最終学年）が通学を希望する学校区内の高校を、順位をつけて選択できる。そして、第一希望の志願者が定員を超過した人気校が

4) (1)～(3)に記述する本件事実の概要については、Roberts 法廷意見 I を参照。127 S.Ct. at 2746-2750. なお、Massachusetts 州 Lynn における同様のプランの合憲性が争われた別事件でも、連邦下級審で合憲判断が示されたが、連邦最高裁は certiorari 請求を受理しなかった。Comfort v. Lynn School Committee, 418 F.3d 1 (1st Cir. 2005) (en banc), cert. denied, 546 U.S. 1061 (2005).

ある場合、一連の“tiebreaker”（決定要因）によって入学者を決定する。第一のtiebreakerは、兄弟姉妹が在学中であることである。第二のtiebreakerは、学校における人種構成と生徒個人の人種である。すなわち、当時学校区全体において公立校への入学者の41%が白人（white）、59%が非白人（nonwhite）であったが、志願者超過校において、人種割合が全体の割合から10ポイントを超えて乖離すると、同校は“integration positive”（要統合）とされ、人種バランスを是正するのに役立つ人種の生徒であることが、入学者を決めるtiebreakerとされるのである。さらに、学校と居住地との近さが第三のtiebreakerとされた。

Seattleでは、過去に学校での人種分離が制度化されていたことはなく、裁判所によって人種統合命令がだされたこともなかったが、人種による偏った居住の効果を是正するために上記の方法が採用された。Seattleでは白人の多くは北部に、非白人の多くは南部に居住しており、高校4校が北部に、5校が南部に、1校が中部に所在していた。

2000-2001年度には、志願者超過の5校のうち、北部所在の3校が、前年度入学者のうち白人比率が51%を超過したため“integration positive”となり、非白人の生徒を余計に割り当てられた。また、南部所在の1校は、黒人比率が69%を超過したため“integration positive”となり、白人の生徒を余計に割り当てられた⁵⁾。

原告Parents Involved in Community Schoolsは、人種を理由に希望校への入学を拒否された生徒、または入学を拒否される可能性がある生徒の親たちが組織する非営利団体であった。ある生徒は、改善中の病気（注意欠陥障害および失読症）があるため、小規模の遺伝子工学プログラムがある高校（北部所在）への入学を希望したが、人種がtiebreakerとなって入学を拒否された。Parents Involvedは、人種を理由に学校を割り当てるのは修正14条の平等保護条項、

5) 残る1校（中部所在）は“integration positive”ではなかったが、過年度に非白人が過剰となって白人に多くの割り当てが実施されていた。

1964年 Civil Rights Act の Title VI および Washington 州 Civil Rights Act に違反すると主張して本件訴訟を提起した。

連邦地裁は、学校区勝訴の summary judgment (正式事実審理を経ない判決) を下した。同地裁は、人種を tiebreaker とすることは州法違反とはいえず、当該プランは compelling government interest (絶対的な政府利益) のため狭く限定されており (narrowly tailored)、厳格審査を満たすので連邦憲法違反ともいえないと判断した⁶⁾。連邦控訴裁 (9th Cir.) は、当初、Washington 州 Civil Rights Act に照らして人種を tiebreaker とすることは許されないとして原審を破棄したが⁷⁾、2002-2003 年度までに事件の決着が見つからないことが判明したため、この判決を無効とし⁸⁾、州法の問題について州最高裁に意見確認を行った⁹⁾。Washington 州最高裁は、同州 Civil Rights Act が禁止するのは人種または性別を理由とする優遇プログラムのみで、当該学校区の自由選択プラン (open choice plan) のように人種に中立的なプログラムは禁止されないと判断し、事案を連邦控訴裁に返送した¹⁰⁾。連邦控訴裁の合議法廷は、人種的多様性 (racial diversity) を実現し、人種的孤立化 (racial isolation) を防止することは compelling government interest だといえるが、人種を tiebreaker にする Seattle の制度はこの利益を達成するため狭く限定されているとはいえないとして、連邦憲法違反を理由に、再び地裁判決を破棄した¹¹⁾。これに対して、連邦控訴

6) Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District, No. 1, 137 F.Supp.2d 1224 (W.D.Wash. 2001).

7) Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District, No. 1, 285 F.3d 1236 (9th Cir. 2002).

8) Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District, No. 1, 294 F.3d 1084 (9th Cir. 2002).

9) Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District, No. 1, 294 F.3d 1085 (9th Cir. 2002).

10) Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1, 149 Wn.2d 660, 72 P.3d 151 (Wash. 2003).

11) Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District, No. 1, 377 F.3d 949 (9th Cir. 2004).

裁の全員法廷は再弁論を認め、合議法廷の結論を覆して、Seattleのプランがcompelling government interestのため狭く限定されているという原審の結論を支持した¹²⁾。

(3) Jefferson County 事件

Kentucky州Jefferson County Public Schoolsは、Louisvilleで公立学校を運営する組織である。1973年に連邦裁判所が同郡には人種分離された学校制度が存在すると認定し¹³⁾、1975年に人種統合命令が発せられたのち、2000年に過去の人種分離政策の残滓が最大限解消されたという認定により人種統合命令が解除された¹⁴⁾。2001年に、Jefferson Countyは新たな生徒割り当てプランを採用した。当時学校区内の全生徒の34%が黒人、残り66%のほとんどが白人であったが、同プランによると、すべてのノンマグネット・スクールで黒人が最低15%、最高50%となるよう求められる。小学校レベルでは、地理区分に応じて居住地校が割り当てられ、各小学校は人種統合を促進するため学校群(clusters)にグループ化されている。第一・第二希望を記入しなかった志願者は、学校区により、収容人員と人種のガイドラインに基づいて、学校群のなかのノンマグネット・スクールを割り当てられる。すなわち、人種割合の上限を超えた学校には、人種のバランスを崩す生徒を入学させない。学校区内のノンマグネット・スクール間の転校申請に対しても、収容人員と人種のガイドラインに基づいて、不許可とすることが認められる¹⁵⁾。

原告(Meredith)は、当該学校区に転入し、息子(Joshua = 非黒人)の幼

12) *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District, No. 1*, 426 F.3d 1162 (9th Cir. 2005).

13) *Newburg Area Council, Inc. v. Board of Education of Jefferson County*, 489 F.2d 925 (6th Cir. 1973).

14) *Hampton v. Jefferson County Board of Education*, 102 F.Supp.2d 358 (W.D.Ky. 2000).

15) 中学・高校では、人種のガイドラインに反しない限りで居住地校への割り当てがなされるが、マグネット・スクールへの志望も許され、高校ではノンマグネット・スクールへの自由入学制度(open enrollment plan)が適用される。127 S.Ct. at 2750 n.7.

論説（藤井）

稚園への入学を申請したが、近隣校（居住地から1マイル）はすでに満員だったため、学校群内の Young 校（居住地から10マイル）に割り当てられた。Meredith は、別の学校群内の Bloom 校（居住地から1マイル）への転校を申請したが、収容人員に余裕があったにもかかわらず、Young 校（黒人が46.8%）における人種統合にマイナス効果があるとの理由で転校は不許可とされた。そこで Meredith は、修正14条の平等保護条項違反を主張して本件訴訟を提起した。

連邦地裁は、人種的に多様な学校を維持するという、Jefferson County が主張する compelling interest のため、当該プランは狭く限定されていると判断した¹⁶⁾。連邦控訴裁（6th Cir.）は、per curium で原審をそのまま支持した¹⁷⁾。

（4）連邦最高裁判決

（a）Roberts 法廷意見 Roberts 長官の執筆した意見の一部（Parts I, II, III-A, C）に他の4判事（Scalia, Thomas, Alito, Kennedy）が同調して法廷意見を形成したが、残りの部分（Parts III-B, IV）には Kennedy 判事が同調せず別に結論同意意見を執筆したため、その部分は相対多数意見となった。人種による分類に基づく割り当てプランを容認した原判断を破棄し、事案を差し戻すという結論は、5対4の判断である。法廷意見の内容は以下のとおりである。

まず、連邦最高裁の管轄権について、Seattle は、原告が主張する損害は切迫していないと主張する。つまり、志願者超過かつ “integration positive” である学校への入学を志望しない限り影響をうけないので、損害が仮想的（speculative）にすぎるといっているのである。しかし、この主張は認められない。なぜなら、原告グループには、小・中・高校生の子がいるが、小・中学生も将来高校入学を拒否される可能性がある以上、損害は消え去らないからである。人種に左右される制度での競争を強いられることを、平等保護条項のもと損害だとす

16) McFarland v. Jefferson County Public Schools, 330 F.Supp.2d 834 (W.D.Ky. 2004).

17) McFarland v. Jefferson County Public Schools, 416 F.3d 513 (6th Cir. 2005).

るのが先例である¹⁸⁾。また、Seattleは本訴係属中に人種をtiebreakerとするのを中止したが、学校区は制度の合憲性を強く主張しており、勝訴すれば人種の使用を再開しない保証はなく、自主的に中止しただけではmootとならない¹⁹⁾。さらに、Jefferson Countyは管轄を争っていないが、JoshuaのBloom校への転校がその後認められたものの、人種のガイドラインはすべての学年に適用されるので、Joshuaが中学に入学する際に再び人種に基づく割り当てをうける可能性がある。原告Meredithは管轄をみとめるに十分な損害を主張している。

つぎに、政府が人種による分類に基づいて利害の配分を行うときには、厳格審査により審査しなければならない。人種による分類は非常に有害で、正当化理由と分類との間に最も厳密な関連がある場合以外は許されない²⁰⁾、人種による分類の使用がcompelling government interestを達成するため狭く限定されていることを、学校区が立証しなければならない。先例は、二種類の利益をcompellingであると認めている。第一は、過去の意図的差別の効果を是正する利益である。しかし、Seattleでは過去に人種分離制度はなく、裁判所による人種統合命令もなかった。また、Jefferson Countyでは過去に人種分離制度があり、人種統合命令がだされたが、2000年に一元化が達成されたとして人種統合命令が解除されたので、過去の差別の効果を是正する利益を根拠とすることはできない。Compellingとされる第二の利益は、高等教育における多様性の利益である²¹⁾。Grutter判決では、この利益は人種だけでなく、多様性に資するあらゆる要素を含むとされた²²⁾。つまり、各志願者を人種グループの一員としてだけでなく個人としてとらえることが肝要であり、人種による分類の

18) Citing *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200, 211 (1995), *Northeastern Florida Chapter, Associated General Contractors of America v. Jacksonville*, 508 U.S. 656, 666 (1993).

19) Citing *Friends of Earth, Inc. v. Laidlaw Environmental Services (TOC), Inc.*, 528 U.S. 167, 189 (2000).

20) Citing *Gratz*, 539 U.S. at 270 (quoting *Fullilove v. Klutznick*, 448 U.S. 448, 537 (1980) (Stevens, J., dissenting)).

21) Citing *Grutter*, 539 U.S. at 328.

論説（藤井）

使用が多様性の幅広い考慮の一部であることが、狭く限定されているかどうかの判断にとって重要とされた。しかし本件において、人種は、多様な人間、文化、思想、観点との接触を実現するより広汎な努力の一部とはいえ、人種だけが決定的となる。学校区は、生徒による選択などの他の要素も考慮されると主張するが、人種が考慮される場合にはこれが決定的となる。人種は一要素にすぎないのでなく、人種こそが考慮要素なのである（*the factor*）。*Gratz*判決で違憲とされたMichigan大学の学部入試と同様、本件プランは志願者を個別に審査せず、非個人的・機械的やり方で人種による分類に依拠している。さらに、多様性についての見方も一面的で、人種を白人（white）か非白人（nonwhite）か（Seattle）、黒人（black）かその他（other）か（Jefferson County）に区別するだけである。Seattleプランでは、白人50%、アジア系50%で、アフリカ系、先住民系、ラテン系がゼロでも人種のバランスがとれているが、アジア系30%、アフリカ系25%、ラテン系25%、白人20%では不可とされ、このような制度が幅広い多様性を実現するとはいい難い。*Grutter*判決前には、連邦控訴裁は人種に基づく割り当てプランを違憲としてきたが、*Grutter*判決後、合憲とするものがあらわれた²³⁾。しかし、*Grutter*判決は高等教育の特殊性を考慮しており、厳格審査に際してはこのコンテキストを無視できない。本件下級審は、幅広い多様性と高等教育の特殊性という制約を無視して*Grutter*判決を拡張し、初等・中等教育における人種に基づく割り当てを合憲としたが、*Grutter*判決は本件に適用されない。

さらに、人種による分類が生徒の割り当てに微小な効果しか及ぼしていない

22) *Id.* at 337. 法廷意見は、海外経験、語学能力、逆境を克服した経験、地域奉仕の経験、他分野での成功などを多様性の具体例として例示する *Grutter* 判決を引用する。 *Id.* at 338. そして、多様性の利益とは、単なる民族的多様性だけでなくずっと広範囲の資質・特徴の考慮を意味し、人種・民族はその重要だが一要素にすぎないという、*Bakke* 判決 Powell 意見が引用される。 *Id.* at 324-325 (citing and quoting *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265, 314-315 (1978) (opinion of Powell, J.)).

23) 本件下級審のほか、*Comfort*, *supra* note 4 があげられる。

ことは、他の手段が効果的であることを示している。人種を tiebreaker にする Seattle の制度は、少数の生徒の通学校を変更するのみであった²⁴⁾。同様に、Jefferson County の制度も微小な効果を及ぼすのみであった²⁵⁾。人種をさらに活用せよというのではないが、人種による分類のインパクトが小さいことは、この分類の必要性を疑わせる。Grutter 判決では、マイノリティを3倍に増やすため人種の考慮が不可欠だとされたが、本件では、Jefferson County のガイドラインが人種統合の目標を定め、運営者に権限を付与すると主張される程度である。しかし、人種を二分して生徒を分類し割り当てを行うのは極端なアプローチであり、このような曖昧な目的で正当化することはできない。また、両学校区は、人種による分類以外の手段を検討したことも立証していない。狭く限定されているというには、人種中立的な代替手段を真剣に検討することを要する。しかし Seattle では他の手段がほとんど考慮されずにしりぞけられ、Jefferson County は他の手段を検討した証拠を示していない。

(b) Roberts 相対多数意見 つぎに、他の3判事 (Scalia, Thomas, Alito) の同調しか得られずに相対多数意見となった、Roberts 意見の残りの部分 (Parts III-B, IV) の概要は以下のとおりである。

まず、両学校区は、Grutter 判決で認められたものとは別の利益を主張する。Seattle は、学校における人種の偏在を緩和し、人種ごとに偏在した居住パターンにより非白人が学校へのアクセスを妨げられないようにすると主張し、

24) 2000-2001 年度において、人種を tiebreaker にする制度による影響を受けたのは約 307 名で、入学状況が判明している 293 名のうち、209 名は志望校の一つに入学し、そのうち 87 名は人種を tiebreaker としない場合と同じ学校に入学した。84 名は志望リストにない学校に割り当てられたが、そのうち 29 名は人種と tiebreaker としない場合と同じ学校に割り当てられ、3 名は欠員待ちにより志望者超過の学校に入学したため、人種の tiebreaker によって不利益な効果をうけ、志望リストにない学校に割り当てられたのは 52 名のみであった。127 S.Ct. at 2759-2760.

25) 小中学校では 95 % の生徒が第一または第二志望校に入学し、転校 (約 5 %) が認められないのは 35 % にすぎず、人種のガイドラインに基づく不許可はさらに少数だと推定され、Jefferson County はこれを 3 % 程度と見積もっている。Id. at 2760.

Jefferson County は、人種的に統合された環境で教育を施す利益を主張する。人種的多様性を追求するのだから、人種に依拠するのは理にかなっているというのである。人種的多様性が、テストの成績や他の客観的基準に明瞭なインパクトを及ぼし、社会化に関する無形の便益をもたらすかについての争いをここで解決する必要はない。人種による分類がこの目的を達成するために狭く限定された手段でないことが明らかだからである。本件プランは人種のバランスだけに向けられているが、この目標は先例によって繰り返し不当とされてきた。本件プランは、教育上の便益を達成するのに必要な人種的多様性の程度でなく、各学校区に特有の人種統計から導かれているが、教育上の便益を達成するのに必要な人種的多様性の程度が各学校区の人種統計に一致する証拠は示されていない。Seattleにおいて、白人50%、アジア系50%（多様性あり）が、アジア系30%、アフリカ系25%、ラテン系25%、白人20%（多様性なし）よりも教育上有効とされる証拠も示されていない。Jefferson Countyでも、「その他」に分類されたJoshuaに割り当てられたYoung校は46.8%が黒人であり、Joshuaの転校と黒人またはその他グループのYoung校での孤立化とは無関係であった。いずれについても、人種による割り当てという極端な方法は、主張される目的を達成するために不必要である²⁶⁾。Grutter判決では、目標値は多様な学生集団を実現するのに必要な不確定の「意味ある数」とされ、ロースクールが志願者数から逆算したのではないとされた²⁷⁾。本件では、人種のバランスは人口統計から算出された。求められる多様性のレベルから前向きに算出したのではなく、後向きに人種バランスの達成を目指したことは、先例に照らし致命的な欠陥である。人種のバランスをとることがcompelling interestだと認めると、アメリカ社会すべてで人種の均衡を図ることが正当化されてしまうが、

26) SeattleのFranklin高校（南部所在）の例によると、2000-2001年度に人種をtiebreakerとした結果、アジア系30.3%、アフリカ系21.9%、ラテン系6.8%、先住民系0.5%、白人40.5%となったが、人種をtiebreakerとしなければ、それぞれ39.6%、30.2%、8.3%、1.1%、20.8%であり、十分に多様だったというのである。Id. at 2756-2757.

27) Grutter, 539 U.S. at 136, 335-336.

これは、市民を個人として扱うという平等保護の保障と矛盾する。人種のバランスをとることを人種的多様性と言い換えて *compelling state interest* に転嫁することはできない。両学校区は、人種的多様性、人種の孤立化の防止、人種統合など、その利益をいろいろな表現で呼ぶが、人種のバランスをとることとの違いを示す定義を提示していない。Jefferson County はその利益を人種統合と呼ぶが、人種統合は人種の比例までを要求するものではなく、過去の人種分離の残滓もすでに解消したと認定されている。

つぎに、Breyer 反対意見は、過去の意図的差別を是正する *compelling interest* による正当化を試みるが、州行為による人種分離と他原因で生じた人種のアンバランスとの区別が重要である。反対意見が依拠する *McDaniel* 判決は²⁸⁾、人種分離制度に対して人種に基づく救済を認めた事例であり本件に適用できない。*Swann* 判決²⁹⁾ が人種に基づく救済を認めたという捉え方も不適切である。*Grutter* 判決が人種のバランスをとることを *compelling interest* と認めたというのも読み過ぎである。また、慈悲深い動機による人種使用への異なる審査基準の適用は、人種による分類すべてに厳格審査を適用すべきだという先例を無視している。さらに、反対意見が目的によって手段を正当化している点、狭く限定される手段の審査が先例と異なる点も問題であり、各地の教育委員会への敬讓を求める点も平等保護に関する先例と矛盾する。

人種による分類の必要性が明らかでないなら、そのコストを否定することはできない。人種により人民を区分する政府行為は、本質的に疑わしい (*suspect*)。なぜなら、人種的劣等の観念を助長し、人種的敵対政策をみちびき³⁰⁾、個人を肌の色で判断すべきとの考えを増大させ³¹⁾、人種による判断とアメリカが人種ブロックに分かれているという観念を強めるからである³²⁾。*Brown* 判決は、人種を理由に分離しているという事実を違憲判決の根拠とし、*Brown II*

28) *McDaniel v. Barresi*, 402 U.S. 39 (1971).

29) *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, 402 U.S. 1 (1971).

30) *Citing City of Richmond v. J. A. Croson Co.*, 488 U.S. 469, 493 (1989).

31) *Citing Shaw v. Reno*, 509 U.S. 630, 657 (1993).

判決は、人種以外の理由で入学を決定する制度の完成が求められるとした³³⁾。*Brown*判決前には、人種を理由にどここの学校に通え、通えないかを子供たちは教えられた。人種を理由とする差別をなくす方法は、人種を理由とする差別をやめることにほかならない。

(c) Thomas 同意意見 まず、法的な人種分離と人種のアンバランスは異なる。SeattleとLouisvilleで人種のアンバランスの危険があるとしても、人種分離へ逆行する危険はない。両学校区には、過去の人種分離を救済する利益が認められない。人種を理由とする決定は、compelling interestのため狭く限定されていない限り禁止される。過去に人種別学制度があった場合に人種に基づく是正措置が例外的に認められるが、本件プログラムはそのような救済措置だとはいえず、政府に責任がある過去の差別の是正であるともいえない。単なる人種のアンバランスに対する救済は認められない。

つぎに、本件プランはcompelling state interestに仕えるとはいえず、厳格審査を満たさない。人種による分類すべてに厳格審査を適用すべきであるが、反対意見がいう人種統合の三側面をあわせても、各々以上にcompellingにはならない。つまり、①本件プランは過去の差別を救済する利益によって正当化できず、②強制的な人種混合は教育上の便益をもたらさず、③民主的側面とされるものは人種のバランスをとることにほかならず、それ自体違憲であり、反対意見が依拠するデータも不確かなものである。*Grutter*判決が認めた多様性のcompelling interestも、高等教育に特有なもので本件に妥当しない。

さらに、反対意見が否定するcolor-blindな憲法という観念³⁴⁾を支持すべきであり、人種に基づく決定は違憲である。

(d) Kennedy 一部同意・結論同意意見 Kennedy判事は、連邦最高裁に管轄があること、当該プランがcompelling interestのため狭く限定されているとは

32) Citing *Metro Broadcasting, Inc. v. Federal Communications Commission*, 497 U.S. 547, 603 (1990) (O'Connor, J., dissenting).

33) Citing *Brown v. Board of Education of Topeka*, 349 U.S. 294, 300-301 (1955).

34) Citing *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 559 (1896) (Harlan, J., dissenting).

いえず違憲であることについては Roberts 法廷意見に同意したが、残る部分には同調せず結論同意意見を執筆した。その概要は以下のとおりである。

まず、相対多数意見と異なり、多様性は compelling な教育目標だと認められる。決定が compelling interest のために狭く限定されていることを立証するため、政府は人種による決定がどのようになされたかを証明しなければならないが、Jefferson County はこの前提を満たしていない。ガイドラインに従って Joshua の人種を理由に幼稚園の転校を拒否したという主張と、幼稚園にはガイドラインが適用されないという主張とが矛盾している。厳格審査を適用する場合、曖昧な部分を政府に有利なように解釈してはならない。また、Seattle 事件では、なぜ白人と非白人というおおざっぱな分類を使用したのか、それにより主張される目標がどのように実現されるのかの説明がないため、目的のため狭く限定されていることが示されておらず、厳格審査を満たさない。

つぎに、相対多数意見は、人種を考慮してもよいと考えられる場合にまで、それを考慮要素にすることができないという硬直的な主張をしている。相対多数意見は、すべての人に人種にかかわらず平等な機会を保障する政府の正当な利益を軽視しすぎである。公立学校の運営にあたり、学校の人種構成を考慮して生徒の多様性を促進する一般的政策を採用することは許される。その際、一般的なやり方で人種を考慮した方法を採用することは可能である³⁵⁾。しかし両学校区は、人種の孤立を防止するために、人種による個人の分類以外の方法がないことの裏付けを示していない。

さらに、反対意見は、先例に基づいて人種による分類が許されるというが、それは誤りである。Gratz 判決は、本件プランよりも人種に依拠する度合いがはるかに少ない手続を、大学入学という文脈において違憲としたのであり、Grutter 判決は、あらゆる多様性の要素を考慮する柔軟な制度を合憲としたが、

35) その例として、新設校の場所の選定、人種構成に配慮した校区の線引き、特別プログラムへのリソース配分、生徒・教員の個別的なリクルート、その他人種ごとの入学状況、成績、その他の統計の考慮などがあげられる。127 S.Ct. at 2792.

論説（藤井）

本件 Seattle のプランは機械的な制度であった。また、法的な人種分離と事実上の人種分離の区別は重要であり、法的な人種分離の救済の文脈において人種による分類の使用が許される場合があると考えられてきた。しかし、本件で問題とされる差別は法的行為の結果生じたものではない。また、反対意見が参照する本件下級審判事の意見は、人種による分類の危険性を看過するものである。

人種的孤立化を防止し、生徒の多様性を実現する *compelling interest* は認められるが、すべての生徒を人種に基づいて分類し、その分類に基づいて学校を割り当てることは許されない。

(e) Stevens 反対意見 Stevens 判事は Breyer 反対意見に同調しつつ、以下を付け加えた。それによると、Roberts 意見が *Brown* 判決に依拠しているのは残酷な皮肉である。同意見は、人種を理由にどの学校に通え、通えないかを教えられたのが、黒人の子供だけだったことを忘れている。また、厳格審査の硬直的な適用は、先例と相容れない。

(f) Breyer 反対意見 Breyer 判事の反対意見に他の3判事（Stevens, Souter, Ginsburg）が同調した。その内容は詳細を究めるが、要旨は以下のとおりである。

Seattle と Louisville では、事実上の人種分離が生じていた。Seattle では、大多数の黒人が都心に居住したため、都心の学校と郊外の学校との人種分離が生じた。そして、人種分離の違憲性を主張する訴訟が提起されたため、人種に基づく学校割り当てや強制バス通学などの是正プランが採用された。さらに、政府機関への不服申立てをうけ、白人校と黒人校を学年ごとにミックスするいわゆる Seattle プランが採用され、同プランを変更しようとするイニシアティブは違憲とされた³⁶⁾。その後、人種構成の変化をうけて制度改正がなされ、本件プランが導入された。他方、Louisville では、*Brown* 判決によって人種分離制度を維持できなくなり、割り当て制度が導入されたが、分離状態は解消され

36) *Washington v. Seattle School District No. 1*, 458 U.S. 457 (1982).

なかった。そして、違憲訴訟が提起された結果、1975年に人種統合命令が下され、校区変更や強制バス通学などが実施された。その後、生徒の選択を重視する新プランを修正した本件プランが導入され、2000年に人種統合命令が解消された。いずれの人種統合の努力にも、過去の差別の救済という面があった。歴史に照らすと、法的な (de jure) 人種分離と事実上の (de facto) 人種分離との区別が無益であることも明らかである。Seattleでは、裁判所の命令なしに自主的に人種統合がはかられ、Louisvilleでも、裁判所命令に先だって人種に基づく救済が図られていた。

憲法が分離撤廃を要求しない場合でも、平等保護条項は、各地方で人種に基づく措置をとることを許容している。Swann判決によれば、学校当局には教育政策のため広汎な裁量があり³⁷⁾、裁判所命令がない場合³⁸⁾、法的な人種分離が示されない場合であってもよい³⁹⁾。Roberts相対多数意見は、以上が、①裁判所命令がある場合に限られる、②Swann判決の傍論にすぎない、③その後の判例⁴⁰⁾で変更されたというが、いずれも誤りである。その後の判例によると、厳格審査は人種による分類すべてを同様に扱う意味ではなく、コンテキストの考慮が必要とされる。本件では厳格審査の必要はないが、先例に照らし厳格審査を適用し、これを満たせば当然よりゆるやかな審査も満たすことになる。

本件で問題なのは、①過去の人種分離を是正する利益 (歴史的・救済的側面)、②分離学校での教育へのマイナス効果を防止する利益 (教育的側面)、③多元的社会を反映した教育環境を実現する利益 (民主的側面) である。Grutter判

37) Quoting *Swann*, 402 U.S. at 16, *North Carolina Board of Education v. Swann*, 402 U.S. 43, 45 (1971), *Bustop, Inc. v. Los Angeles Board of Education*, 439 U.S. 1380, 1383 (1978).

38) Citing *McDaniel*, 402 U.S. at 41.

39) Citing *Board of Education of City School District of New York v. Harris*, 444 U.S. 130, 148-149 (1979).

40) *Adarand*, 515 U.S. at 227, *Grutter*, 539 U.S. at 326, *Johnson v. California*, 543 U.S. 499, 505 (2005).

決から、初等・中等教育においてもこれら利益は当然compellingだといえる。また、本件プランは、人種に基づく基準により限界部分を定めるのみであり、*Grutter*判決で合憲とされた方法など人種に基づく他の手段よりも負担が少なく、その導入プロセスも目的に応じて狭く限定されたやり方だった。つまり、①人種の使用が限定され、②人種以外の要素に大きく依拠し、③制度の修正が行われ、④過去のプランとの比較がなされ、⑤他の手段もないことから、本件プランはcompellingな目的のため狭く限定されており、厳格審査を満たすということが可能である。

Louisvilleで人種統合命令が解除される前にプランが合法だったなら、命令解除後も合法のはずである。また、人種に基づく当初のSeattleプランを阻止する州民投票を違憲とした先例⁴¹⁾が、当該プランを違憲と考えていたとは思えない。

相対多数意見により、人種による分類を使用する多数のプランが影響をうけ、人種に基づく基準を選択する政府の裁量が制限される結果を招く。

結論として、本件プランは平等保護条項の要求を満たしている。その理由は、①LouisvilleとSeattleの歴史から人種分離を克服する努力が明らかであること、②*Brown*判決以降人種に基づく自主的または強制的な措置が認められてきたこと、③本件プランがcompelling state interestのため狭く限定されていること、④相対多数意見が重大な弊害を招くことである。本件プランを無効にすることは、*Brown*判決の約束を危うくする。最高裁とアメリカは、本判決を後悔することになろう。

41) *Seattle School District No. 1*, 458 U.S. 457.

論説

消費者契約における取消権と 不当利得法理 (2・完)

丸 山 絵美子

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

IV. 不当利得法理に関する従来の議論との関係

1 検討の対象

本稿Ⅱでは、消費者契約の取消の効果に関し、「やり得」の回避や「利得の押しつけ」問題が言及される意図として、第一に、過責の考量論にみられるように、当事者の非難可能性を考慮した調整的清算を不当利得法で行うべきという方向性を示している、第二に、消費者契約における違法行為の抑止や取消権行使に対する実質的制限を回避するという目的（かかる目的は役務の価値返還請求を否定するクーリング・オフ規定の立法趣旨としても確認できるものである）を達成するため価値返還請求権を否定する方向性を示している、第三に、支出利得における「利得の押しつけ論」を参考に、受益者の自己決定に問題のある取引において、事業者が積極的に費用投下を行ったが、受益者の主観からみて価値増加がない場合に価値返還を拒絶するという方向性を示している、という三つの理解の可能性が少なくとも存在するのではないかという分析を行っ

論説 (丸山)

た。また、このような方向性の提示には、従来の不当利得法における議論の中でも、「当事者の過責の考量と返還義務範囲の縮減」及び「無効・取消を導く規範の保護目的と利得消滅の抗弁、返還債権の遮断」、「支出利得における押しつけられた利得論」に関する議論が影響していることから、ここでは、「不法原因給付」の制度理解の確認もあわせて、その内容を検討することにより、各々の方向性に内在する問題やそこにおいて示唆される本質的課題を明らかにする。そして、このような検討を踏まえた上で、消費者契約の清算を巡る議論の特徴を指摘し、消費者契約法及び特商法に基づく取消の効果に関して、さしあたりの試論と今後の検討課題を提示する。

2 不当利得法における関連議論

(1) 過責の考量論

我が国の不法利得法に関する学説は、不当利得制度自体を、当事者の帰責性、有責性、非難可能性など主観的態様をも考慮して効果を導くことができる制度として位置づけるか、価値中立的制度として位置づけ調整的清算の可能性を原則として否定する⁴⁸⁾ かにについて見解が分かれている。ここでは、本稿の問題意識との関連から、過責の考量的アプローチ⁴⁹⁾ の説くところを中心に確認す

48) 詐欺者や強迫者からの同時履行の抗弁権行使、被害者の元での目的物の損傷・滅失といった問題においても、給付不当利得における原状回復義務の内容は、契約の取消・無効原因に対する有責性によって影響を受けないという立場を貫く見解として、好美清光「不当利得法の新しい動向について(下)」判タ387号32頁、藤原・前掲注45) 169-171頁。また、被害者保護については、相互の不当利得返還請求権が消滅する事態でも、詐欺・強迫の被害者は自らの経済的出捐を不法行為を根拠に取り戻すことが可能であると説明されている(加藤雅信『財産法の体系と不当利得法の構造』475頁注(四〇)参照(有斐閣、1986年))。

49) 不当利得を理由とする清算の場面において当事者の過責等を考慮する見解にあっても、どのような過責を、どのような問題において清算のあり方に反映させるかについて見解の一致をみておらず、また、もっぱら詐欺・強迫における同時履行の抗弁権や目的物の損傷・滅失の場面についてのみ検討を示している見解も少なくない。ここでは、当事者の非難可能性、無効取消の原因付与といった広義の過責を考慮要素として不当利得による清算のあり方を示している場合を、広く過責の考量的アプローチと呼ぶことにする。

る。

現存利益の認定において当事者の過責を考量するという考え方を打ち出した谷口知平教授は、他の財産減少の免脱、支出の節約という観点から現存利益を認定するとしても、一定の目的をもってなされた支出・消費について、本来、利得の消滅を認めることは理論上困難となるが、そうすると、価格返還の場合に現存利益返還を認める規定の存在意義は失われてしまうので、衡平実現の観点から、当事者双方の過責（悪意・善意、社会的に非難される行為・容態も含む広い意味）を考慮し、返還義務の範囲とりわけ現存利益の存否や範囲を決定すべきであると説いた⁵⁰⁾。この谷口教授の見解に示唆されるところが多いとして我妻栄博士は、民法703条にいう現存利益の解釈に際し、利得が終局的に自分に帰属したと信じたことに起因する縮減は返還義務を軽減するが、それ以外の事由による縮減は返還義務を軽減しないという考えを示した上で、さらに、法律上の原因を欠くに至った事情の所在、原因力の大小などもまた、返還義務範囲を決定する要件として考慮されるべきとする⁵¹⁾。その後の学説において過責の考量的アプローチは、主として詐欺・強迫を理由とする取消の場面において、詐欺者・強迫者側の同時履行の抗弁権行使を否定すべきという趣旨⁵²⁾において、あるいは目的物の損傷・滅失の場面で詐欺・強迫者に対する被害者の価格返還義務の縮減を説くに際して⁵³⁾、確認できる。もっとも、近時の見

50) 谷口知平『不当利得の研究 再版』333頁～444頁（有斐閣、1965年）。

51) 我妻栄『民法講義V。債権各論 下巻一』〔一五七二〕～〔一五七六〕（岩波書店、1972年）。

52) 四宮和夫『現代法律学全集10 事務管理・不当利得・不法行為（上）』100頁、127頁（青林書院新社、1981年）。

53) 澤井裕『テキストブック 事務管理・不当利得・不法行為〔第3版〕』38頁（有斐閣、2001年）。澤井教授は、価格返還義務を、債務不履行による損害賠償責任と位置づけた上で、売主が詐欺・強迫をした場合、買主の帰責事由なき毀滅につき価格返還義務は縮減し、売主の返還義務は全額認められるとし、また買主が自己のための注意を怠って毀滅した場合に、過失相殺の類推による減額を認める。広中俊雄『債権各論講義 第六版』409頁（有斐閣、1994年）、谷口知平＝甲斐道太郎編『新版注釈民法(18) 債権(9)』440～441頁〔田中整爾〕（有斐閣、1991年）も参照。

解の中でも、広く過責の考量的アプローチを行うことを支持するような叙述もみられる。河上正二教授は、詐欺者・強迫者などの行為の違法性を不当利得制度において顧慮することについて、不当利得制度が公正・公平に根ざした制度であることを顧慮するならば、ある程度まで返還請求者の主観的態様などの特殊性を勘案すべきではないかと説き、公平の観点からのスクリーニングと調整を経てはじめて同時履行関係を論ずべきであるとして、詐欺者・強迫者の同時履行の抗弁を否定するのが妥当であるとする。さらに、原物の滅失リスクについて、無効・取消原因をいずれが与えたのかといった点についての評価を踏まえた上で、なお利得の消滅を主張し得るかどうかを考える必要があると説く⁵⁴⁾。

過責の考量的アプローチからみれば、不法原因給付制度も、不法性の比較を行い、不法性の高い方からの返還請求権を遮断するという思考過程をたどるものとして捉える限り、過責の考量論と連続するものとしての位置づけが与えられることになる。

原物の滅失・損傷時のリスク分配等において、無効・取消原因の所在や当事者の非難性の度合いも踏まえて判断を行うという過責の考量的アプローチは、衡平説の立場に属する見解のみならず、類型論的思考を支持する論者にもみられるものである。かかる過責の考量的アプローチを検討するに際し、重要となる考察点は、10年以上前に示された次の二つの見解に示されている。一つは、原状回復的損害賠償と契約の有効性評価に関する検討において行われた潮見佳男教授の問題提起である。すなわち、「過責の衡量」に現れているような衡量過程を、それを支える諸原理の提示とともに、不当利得類型論で再評価する余地はありはしないか、とりわけ給付不当利得が契約法の「影の体系」であるな

54) 河上正二「契約関係解消に伴う清算」磯村保＝鎌田薫＝河上正二＝中舎寛樹『民法トリアル教室』337、342、346頁（有斐閣、1999年）。もっとも、すでに角田准教授が指摘するように（角田・前掲注20）58頁、68頁注19）、清算基準を考慮するに際し取消権行使が実質的に制限されることの回避をも説く河上教授の見解は、過責にとどまらない要素の考慮も行うものであろう。

ら、契約に対して考慮される視点⁵⁵⁾が利得法にも反映していくことが否定できないのではなかろうかという問題提起である⁵⁶⁾。もう一つは、松岡久和教授の分析である。給付利得返還債権の発生根拠は、法律上の原因なく給付が現になされているという客観的不適法状態であり、過責の考量を、牽連性確保や付随的利益調整⁵⁷⁾の問題を超えて行うことは、制度原理から限定されざるを得ず、かかる意味での不適法状態を残す不法原因給付制度なども限定的例外的なものとして理解されることになる、との指摘である⁵⁸⁾。

過責の考量的アプローチは、有責性・非難可能性の高い当事者に、清算において厳しくあってよいという発想をもつものであるが、上記の見解で指摘された原理間衡量的アプローチの必要性和給付利得制度固有の原理からの制約という観点からは、過責の考量的アプローチには次の問題が存在することを指摘できよう。第一に、清算のあり方を決める衡量要素は当事者の過責に限定されず、より広い視野で法規範に内在している衡量要素と衡量過程を示す必要があるのではないか、第二に、仮に、清算過程に過責の考量的アプローチを取り入れるとしても、給付者の非難可能性の高さのみに着目して、受益者の利益状況にかかわらず、価値返還請求等を全面的に否定するところまで進むとすれば、給付不当利得法の基本枠組み⁵⁹⁾と抵触することになりはしないか、さらにそのような効果は非難可能性の高い当事者への制裁的ニュアンスを帯びることになりそうであるが、制裁目的を達成する手段として広く価値返還請求等を否定することが妥当か、が問われることになる。

55) 後見的保護の思想、市場秩序維持・公正取引確保という政策的原理、自己決定保障思想といった契約の有効・無効判断を支えるような視点のことであろうか（潮見佳男「規範競合の視点から見た損害論の現状と課題（2・完）」ジュリ1080号94頁参照（1995年））。

56) 潮見・前掲注55) 95頁注（12）。

57) 給付された物それ自体ではなく、それから生じた収益（使用利益等）や受益に関して支出した費用、目的物の滅失損傷時の責任などのことである（四宮・前掲注52）83頁以下、128頁以下。山田幸二「不当利得責任と過失の考量にかかわる近時の判決例の内在的検討」判タ513号58頁（1984年）も参照）。

58) 松岡久和「原状回復法と損害賠償法」ジュリ1085号89～90頁（1996年）。

(2) 規範の目的考慮論

双務契約の巻き戻しにおける効果論において利得消滅の抗弁が認められるのは、無効・取消規範の保護目的がそれを要請する場合であるとの見解は、ドイツにおける議論に示唆を受け⁶⁰⁾、藤原正則教授が、明確に打ち出すところである⁶¹⁾。藤原教授は、不当利得制度をニュートラルな財貨移転の清算制度として位置づけつつ、無効・取消を認める規範の保護目的が価値中立的清算を認めていない場合に、利得消滅の抗弁等を認めるという立場をとる。例えば、制限行為能力者の取消に関する民法121条但書きやクーリング・オフの清算規定は、保護目的から原則とは異なる清算が命じられている典型例であるが⁶²⁾、詐欺・強迫による取消の場合については、「詐欺取消を認めた規範(96条)の保護目的の具体化では、学説の間でも必ずしも見解の一致がな」く、かつこの問題は不当利得制度を「ニュートラルな財貨の回復手段か、帰責性も併せて清算のあり方を規律する制度なのか」という点に、その方向性は依存している」とし、双務契約における対価的契機を重視して、被強迫者・被詐欺者についても、給付物の偶然滅失による価格賠償義務を認める立場に立つ⁶³⁾。規範の保護目的がどのような清算を命じているかについての具体的帰結に相違はあるものの、清算過程を導く規範の保護目的から利得消滅を根拠づけるという説明は、近時、浸透をみせている⁶⁴⁾。

このような規範目的考慮論においては、不法原因給付制度に関し、708条本

59) 現行民法の不当利得法の枠組みでは、給付本体に関する不当利得返還請求の否定は、民法708条の不法原因給付に該当する限度で行われており、民法708条の要件を満たさない場合に、利得者に主観的価値(出費の節約)が語り得るようなケースにおいてまで、利得返還義務を全面的に否定するという解釈は、現行不当利得法の解釈として困難ではないかという問題である。

60) 藤原・前掲注45) 191頁 注(172)等。同「西ドイツ不当利得法の諸問題」『西ドイツ債務法改正鑑定意見の研究』391頁以下(日本評論社、1988年)。

61) 藤原・前掲注45) 62頁、126頁。

62) 藤原・前掲注45) 169頁、175頁。

63) 藤原・前掲注45) 169～171頁。

文の適用の是非を決定するのは禁止規範の保護目的であり、そのような意味で「不法」も解釈すべきであると説明され⁶⁵⁾、取締法規違反の行為についても、私法上も無効となるか否か、さらには不法原因給付として不当利得返還請求をも否定されるべきか否かは、取締法規の目的とその重要性等を考慮して判断されることになる⁶⁶⁾。

清算ルール（不当利得）の特則が設けられるとき、そのような特則が、清算関係を導く取消・無効規定の目的と密接に関連して根拠づけられることに異論はあるまい。しかし、解釈論にせよ、立法論にせよ、利得の縮減や範囲を決定する際の指導原理がない限りは、規範目的の名の下で恣意的判断に陥る危険性がある。規範目的考慮論にあつては、公序良俗に関して展開されているような無効や不法原因給付の判断にかかわる衡量基準に関する議論⁶⁷⁾が、公序良俗以外による取消・無効の清算場面においても、利得の縮減やその範囲を論じるに際して不可欠となるのではなかろうか。とりわけ双務契約の清算の場面では、自己決定権保障や財産権保障、弱者保護、違法行為抑止効果、違法行為者への制裁などの諸要素が、どのように整序され、どのような基準で清算過程に影響を与えるのか、それは消費者取引とそれ以外の取引領域とで異なるのかなど問われることになる。また、明文の特則のないところで、現行法の解釈論として、規範目的を理由に利得の縮減が検討される場合、その縮減範囲を決する道具立てとしては、民法703条における「現存利益」への縮減、民法708条による返還請求の否定、不当利得の特別規定（民法121条但書きやクーリング・オフの清算規定⁶⁸⁾）等を類推適用し、あるいはその趣旨を援用するなどの方法

64) 潮見佳男『債権各論Ⅰ 契約法・事務管理・不当利得』286頁、296頁（新世社、2005年）、奥田昌道＝潮見佳男編『法学講義 民法6 事務管理・不当利得・不法行為』26頁、27頁、33～34頁〔小野秀誠〕（悠々社、2006年）、角田・前掲注20）58頁、滝沢昌彦＝武川幸嗣＝花本広志＝執行秀幸＝岡林伸幸『ハイブリット民法4 債権各論』185頁〔花本広志〕（法律文化社、2007年）。

65) 藤原・前掲注45) 91～94頁。

66) 山本敬三『公序良俗論の再構成』252～260頁（有斐閣、2000年）。

67) 山本・前掲注66) 参照。

が考えられるが、双務契約の清算において民法703条704条の適用を排除する見解にあっては、無効・取消規範の評価・効力からダイレクトに利得縮減の範囲を決することも可能ということになるのか。

（3）「押しつけられた利得」論と給付利得法

「押しつけられた利得論」は、支出利得において展開されてきた議論である⁶⁹⁾。すなわち、他人が、勝手に自宅の壁を綺麗に塗り替えた場合など、自己に対し、他人が費用を投下し、かつ事務管理や民法196条等による処理が妥当しない場合、費用投下を受けた受益者の不当利得返還義務をいかに考えるかという問題である。ここでは、一方的な費用の投下に対し、受益者が価格返還義務を負うとすると、実質的に取引の強制を認めるのに等しく、自己決定権の侵害ともなり得ることが指摘され、多くの見解は、受益者の財産計画に照らして価値実現できる範囲に価値返還請求権を限定する方向性を示している⁷⁰⁾。

本来、支出利得という非給付利得類型において展開されてきた「押しつけられた利得論」が、給付利得、とりわけ消費者契約の清算の場面において、言及されるようになった理由はどこにあるのか。例えば、給付利得において「押しつけ」問題に言及する河上正二教授の見解においては、詐欺・強迫等によって受領した役務や物の実質的支配は、自己の意思に基づくものとは言えないのではないかといった問題意識が鮮明である⁷¹⁾。不当利得制度を価値中立的制度として捉え、利得消滅の抗弁を容易には認めず、原物返還不能時には客観的価

68) 一定期間に限り無条件に契約からの解放を認めるクーリング・オフと取消・無効規範とでは、要件面での共通性は語り難いため、厳密な意味での「類推適用」を行うことは本来的には困難であろう（広中俊雄「第五講 類推による欠缺補充」『民法解釈方法に関する十二講』40頁以下（有斐閣、1997年）参照）。ただし、クーリング・オフの清算規定（既履行役務への対価請求の禁止）を設けた際の趣旨・思考（クーリング・オフ逃れの回避等）が、取消・無効の場面でも妥当する場合があることは確かである。

69) 角田・前掲注20) 56～57頁

70) 四宮・前掲注52) 52頁、204～205頁、好美清光「不当利得の類型論」私法48号44～45頁（1986年）、藤原・前掲注45) 302～303頁、潮見・前掲注64) 302頁など。

値による清算を志向する見解にあっても、給付と反対給付の不等価性は考慮され、時価30万円の中古車を売主の詐欺によって50万円で購入し買主の運転ミスで大破した後に取消をしたという場合には、買主は30万円、売主は50万円を返還すべきなどと説明される⁷²⁾。しかし、このような説明は客観的時価での清算を説くにとどまり、顧客の真の同意があるからこそ価値を語れるサービス給付ケースの問題は考慮されにくい。例えば、害虫のいない家への害虫駆除サービスの提供は、消費者が「害虫はいないかもしれないが、念のために行いたい」と自ら希望してサービスを受けた場合は、合意された対価での価値を有することになる。これに対し、事業者から「害虫がいる」と不実告知や詐欺を受け、あるいは強迫・威迫による畏怖困惑状態で害虫がいない家に対する駆除サービスを受けた場合、事業者の側でも当該サービスが当該顧客にとっては価値がないものと認識できる事例であるにもかかわらず、同種のサービスを市場で手に入れようとした場合の平均的客観的価値を顧客に負担させるべきであろうか。「傾いている」と訪問販売業者に偽られて行った住居のリフォームや「このままではボロボロの肌になる」とエステティシャンに偽られて受けたエステティックサービスの事例も同様である⁷³⁾。このような事例で、消費者に対し提供された役務や消費された物について、市場平均的な価値相当の金額を事業者が得られるとするならば、全く取引をするつもりがなかった者に、事業者の一連の行為により取引の強制が実現されるに等しい⁷⁴⁾。たしかに、取り消し得るものであるとしても、契約は成立しているという点は、支出利得の場面とは決定的に異なる。しかし、給付不当利得において利得の押しつけ問題に言及する視点は、清算過程においても、取消権によって保護しようとした自己決定権保障への配慮が必要となり得ること（このような観点は、最終的には、

71) 河上・前掲注54) 346頁、また消費者契約法の運用についても同様の見解が示されていることは先に確認した通りである。その他、花本・前掲注64) 192頁は、民法548条2項を参照しつつ、無効規範の保護目的を根拠に、被詐欺者は「いらない物を押しつけられている」ことから、詐欺者が危険を負担すべきことを説いている。

72) 好美・前掲注48) 32頁。

角田准教授の指摘するように規範の保護目的の問題として⁷⁵⁾、さらには、その背後にある原理間考量の視点から捉えていく必要があるが)を認識させる契機となる。

(4) 各議論の関係

以上、関連議論の内容を確認し、各々の方向性に内在する問題として指摘したところからは、民法703条704条を機械的に適用するという立場をとらない限り⁷⁶⁾、清算過程において利得の縮減やその範囲を決するには、関連法規範の目的さらにはそれを支える諸原理の析出と衡量基準の検討が必要であり、過責の考量的アプローチは当事者の非難可能性の高さや無効・取消原因の付与といった広義の帰責原理を清算過程においても考慮する視点を提供し、給付利得法において押しつけられた利得に言及するアプローチは自己決定原理に対する配慮が清算過程においても必要となることを示唆するものと捉えることも可能であろう。もちろん、不当利得制度において当事者の過責といった主観的態様

73) もっとも、この種の事例は、特商法においては契約の締結を必要とする事情に対する不実告知として取消の対象となる事例であるが、消費者契約法においては、不実告知の対象となる重要事項に当たるか否かが争いがあり、さらに、そもそも不実告知であることを事後的に立証することが非常に困難な事例である。特商法6条の2等の合理的な根拠を示す資料の提出のような制度は、直接には行政庁の負担軽減を狙うものではあるものの、結果的には消費者の立証負担軽減にも資するものであり、このような制度の充実・拡大といったことも検討を要しよう(後藤巻則「情報に関する民事ルール生成と契約法理への示唆」早稲田法学80巻3号53頁以下(2005年)参照)。

74) 詐欺強迫による取消の場面については、私的所有の相互承認関係という契機が欠けているとして、他人の財貨からの不当利得問題と位置づける見解もあったところである(川村泰啓「『所有』関係の場で機能する不当利得制度(一三)」判評144号15頁以下(1971年))。

75) 角田・前掲注20) 56～57頁。

76) 類型論においては、双務契約の清算について民法703条704条の適用を排除する見解も多いが、他方で、類型的思考を支持しつつ民法703条704条の枠組も維持して、契約類型に応じた修正を加えるアプローチ(例えば、磯村保「契約の無効・取消の清算」私法48号45頁以下(1986年)など)も有力である。

を考慮すること自体に否定的な立場は有力であり、また詐欺・強迫による取消の事例等において調整的巻き戻しを意図する見解もその多くは付随的利益の調整において、これに言及するにすぎない傾向にあることにも留意すべきであるが、規範目的を考慮することと、清算内容を決する際に当事者の広義の過責を考慮要素の一つとすること自体は、理論的に排他的関係に立つものではない。そして、いかなる事例において、いかなる要素が考慮され、いかなる範囲の利得縮減をもたらすかは、取消・無効規範の保護目的、さらには、法規範を支える諸原理のレベルに立ち返り、かつ給付不当利得法の基本枠組み（道具立て）との整合性や不当利得法固有の原理的制約をも踏まえて考察する必要がある。

3 消費者契約における取消の効果に関する議論の特徴と位置づけ

以上の整理を前提に、消費者契約の清算に関する議論の特徴をみると、まず、近時の議論においては、もっぱら価値返還請求（役務を中心に、見解によっては商品の消費・使用利益等も含めて）についてその請求を否定し、あるいは返還範囲を縮減すべきことが主張され、現物の返還請求まで否定することは意図されていないという特徴がある。また、事業者による利得の押しつけ状況、取消権行使の無意味化回避、事業者の悪性の高さ、事業者の「やり得」回避等が、利得の縮減や価値返還請求を否定する理由として挙げられており、消費者側の利益保護の側面にも、事業者の非難可能性の側面にも着目する言及がなされているという特徴を指摘できる。したがって、消費者契約の清算に関して展開されている近時の議論は、清算過程において、単純に善意・悪意の区別にに基づき民法703条704条を機械的に適用することを否定した上で、取消権の付与によって図ろうとした消費者の自己決定権保護の貫徹（取消権行使の実質的意義の確保）と違法行為の抑止や制裁的機能の要請双方を考慮し、かつその目的達成に必要な効果論の構築を志向しているものが多いが、その理論や具体的帰結はいまだ収斂していない状況にあると評価できる。

そして、とくに事業者側の悪性や違法性の高さを理由に、あるいはやり得の回避を目的として、消費者の利得状況にかかわらず一律に価値償還請求を否定

するという場合には、給付不当利得法に、予防効あるいは制裁的色彩をもたらしことを帰結するが、このような方向性は、近時、不法行為の領域を中心に盛んに議論されている「民事法と制裁・抑止機能⁷⁷⁾」に関する議論との連続性を意識した検討が必要な問題として位置づけられる⁷⁸⁾。不法行為法における制裁・抑止に関する議論とは、不法行為法が反射的に制裁・抑止機能をもつことを超えて、制裁や抑止という目的を実現するため、被害者の「損害」を超える賠償責任の肯定や「損害」の規範的解釈による利益の吐き出しなどを論ずるというものである。給付不当利得法において、従来の傾向からすれば不法原因給付に当たらないような事例に対しても、違法行為抑止や制裁の目的から、受益者の利得状況にかかわらず、全面的に価値返還請求を遮断するという帰結を採用すべきか否かは、目的達成手段としての適切性の問題としても位置づけられることになろう。

V. 課題と展望

本稿においては、消費者契約の清算について展開されている諸見解とそれに関連する不当利得に関する従来の議論内容を確認し、消費者契約の清算を巡る

77) 制裁目的と抑止目的の違いについても、本来慎重の検討すべきであるが、本稿では、この点の詳細に立ち入らない。窪田充見「不法行為法と制裁」『石田喜久夫先生古稀記念民法学の課題と展望』667頁以下（2000年）、高橋則夫「刑罰と損害賠償」現代刑事法62号37頁以下（2004年）、国民生活センター『消費者取引分野の違法行為による利益の吐き出し法制に関する研究』（2004年）、潮見佳男「著作権侵害を理由とする損害賠償・利得返還と民法法理」民商156巻5・6号216頁以下（2005年）、廣峰正子「信義則による不法の抑止と制裁」立命302号147頁以下（2005年）、三谷仁美「民事制裁概念」法学ジャーナル77号215頁以下（2005年）、木村裕二「消費者被害と違法収益吐き出し制度について」国民生活研究46巻1号1頁以下（2006年）、後藤巻則「損害賠償と制裁」法時78巻8号54頁以下（2006年）など参照。侵害利得と違法利益の吐き出しについては、村田大樹「侵害利得における返還内容の多様性」同志社法学56巻5号355頁以下（2005年）も参照。

78) 消費者契約の清算問題にみられる近時の見解と不法行為法等における抑止・制裁にかかる近時の議論動向との共通性については、東北大学消費者法問題研究会において、米村滋人准教授からも指摘のあったところである。

議論の特徴を指摘し、今後検討されるべき課題を抽出するものに過ぎず、一定の解釈論や立法論を展開するほどの準備作業をいまだなし得ていない。しかしながら、現実には発生している被害事例への対応や立法的手当を検討する必要性という状況を前に、現時点でのさしあたりの考察として、解釈論としての試論とそれに伴う課題、あり得る立法（消費者契約法等での手当）の方向性と検討すべき課題を、簡潔に提示しておくこととしたい⁷⁹⁾。

1 解釈論の試み

消費者契約の清算を巡る近時の問題意識に示されているように、事業者側の詐欺・強迫、あるいは不実告知・故意による事実不告知・退去妨害等によって締結された契約に基づき、誤認・困惑等の状況にある消費者に対し役務等の費用投下がなされ、消費者が厳格な価値返還義務を負う結果、取消権付与が無意味化するような事態は避けられなければならない。この点、清算はあくまで客観的価値に基づいて行うという立場を貫き、不法行為法による解決を探るという道もあるが、不法行為法における損害賠償算定に関する議論を踏まえた検討が必要であり、また、不法行為法であれば、既に役務等が享受された事例においても、消費者の主観的価値に即するような形で、損益相殺等が問題とならずに、賠償額が算定されるというのであれば、価値返還が問題となるような事例では、取消制度など持ち出さず、すべて不法行為の問題として処理した方がよいということになりかねない。また、客観的価値返還を出発点とするとしても、近時の悪質商法にみられるような、契約内容に即さない質の悪いサービスや商品については、厳格にその客観的価値が査定されるべきであろうが（補強の用をなさない杜撰な補強工事、やせる効用のないダイエット食品、美容成分の含まれない美容液は、一般市場においても客観的に価値のないものと評されよ

79) ただし、本稿の検討の射程は、はじめの課題設定に示した通り、表見的に成立した契約の目的に即して役務の受領や商品の使用・消費が行われた場面にさしあたり限定しており、原物が消費者の元で滅失・損傷した事例は射程外としている。

論説（丸山）

う)、さらに、たとえ一定の客観的価値をもっていると評価せざるを得ないケースであっても、表見的法律関係において保護しようとした自己決定権保障を貫徹する必要があること（事業者側の一連の行為によって実質的な取引強制となるような事態を回避する必要性）、事業者による虚偽の情報提供や意図的な重要事実の秘匿、不当な働きかけという状況下で、消費者は対価決定をしており、そのような対価決定に対する事業者の信頼は保護に値しないことなどが、清算過程においても適切に考慮される道を探る必要があるのではなかろうか。清算の局面において、取得されたもの（客観的価値）を利得と捉えることから出発するとしても、取消権付与の実質的意義を確保するという目的と、事業者の積極的又は故意による違法行為に起因しての受益であることを考慮して（表見的法律関係で考慮されている自己決定原理や広義の帰責原理を清算過程に反映させて、あるいはこのような配慮が取消規範に内在しているとして）、事業者からの価値返還請求に対しては、現存利益（出費の節約⁸⁰⁾）の範囲で返還すればよいという消費者からの利得縮減の抗弁を認めていくことが考えられる。この場合、判例は今なお民法703条704条に即して処理しているとの評価に立つ場合には⁸¹⁾、畏怖や困惑に陥れられた被害者に民法704条の悪意受益者責任の趣旨は妥当しないとして、民法703条をさしあたりの根拠条文として、上記の理由から利得縮減を導くことが考えられ、あるいは民法703条704条の適用は双務契約の清算では排除されることを出発点とするのであれば、上述の自己決定権保障のために与えられた取消規範の実質的意義を確保するという目的等を強調し、かつその目的達成に必要な範囲での効果論として現存利益（出費の節約）への返還範囲の縮減を導くということになろうか⁸²⁾。かかる方向性は、消費者契約以外において、事業者の違法行為によって契約が締結され、積極的費用投下や消費が促されたような事例にも、妥当し得る射程を有するも

80) 出費の節約概念については、川角由和『不当利得とはなにか』175頁以下（日本評論社、2004年）参照。

81) 沖野・前掲注1) 40頁。

のとなる。

その他、解釈論としては、クーリング・オフの清算規定を支える原理が、役務提供契約の取消の場面にも妥当することを理由として、既履行役務に対する対価請求を否定する特商法上の規定の趣旨や法意を類推し、同様の清算ルールを妥当させるという方向性も考えられるが、すでに述べたように、クーリング・オフの要件と取消要件の違いから厳密な意味での類推適用を語ることは難しいのではないかという疑問があり、また、クーリング・オフの清算規定は、消費者の利益状況にかかわらず役務に対する一切の価値返還請求を否定している。これは、クーリング・オフ期間が経過するまでは、事業者がクーリング・オフを無意味化させるような行動をとらせないようにするという「一定期間に限定しての予防効付与⁸³⁾」という色彩が強い。消費者契約の取消の場面において、消費者にとって利益か否かにかかわらず、事業者からの一切の価値返還請求を否定するところまで必要かが問われることになるだろう。

2 立法論

まず、消費者契約取消時の清算について、何らかの立法的手当をするという場合には、そのような特則を設ける目的を明らかにする必要がある。この場合に考えられる目的として、一つは、消費者の取消権行使を不当に抑止しない

82) 価値返還請求の全面否定ではなく、目的達成に必要な範囲での縮減という点では、大津地判平成15年10月3日（LEX/DBデータベース）が参考となる。同判決は説明義務違反という不法行為を理由に損害賠償請求がなされた事例であるが、当初から教育訓練給付制度を利用してのパソコン講座受講を希望して来訪した原告に対し、被告パソコン教室が予約制の場合には給付制度が利用できない旨の正確な説明を怠った場合に、給付制度が利用できなければそもそも講座を受講しなかったので代金すべてが損害であるという原告の主張を退けて、給付制度を利用することができたであろう限りにおいて損害とするのが相当であるとしている。もっとも、過失による説明義務違反の事例であり、過失相殺も2割行って被告が支払うべき損害を確定している。

83) このような趣旨からすれば、軽微な書面不備があったため、契約締結から長期間経過後にクーリング・オフが認められる場合、役務の対価請求否定に関するルールがそのまま妥当してもよいかは、議論の余地のあるところであろう。

(取消権を与えた意義を貫徹させる) という目的、もう一つは、事業者の違法行為を抑止し、さらに進んで悪質性の高い事業者制裁を課すといった目的が考えられる。いずれにせよ、設定される清算規範が、当該目的達成のための手段として適切かつ必要なものであり、さらに契約当事者にとどまらない関係当事者の利害に照らして当該ルールを設定することが正当化されなければならない。

(1) 消費者の取消権行使を不当に抑止しないという目的

この目的の達成は、すでに述べた解釈論的対応を、規定として具体化するという方向性を意味することになる。すなわち、消費者が、事業者の不実告知や威迫がなかったならば、当該給付には主観的価値を見いださず、契約をしなかったという場合、事業者の積極的な、あるいは故意による違法行為によって誤認・困惑状態に陥った消費者に対して提供された役務等について市場価値での厳格な清算を消費者に要求することは、事業者の違法行為によって消費者の望んでいなかった契約を強制する道を認めるに等しく、場合によっては、取消権行使を無意味化してしまう。かかる事態に対し、取消権行使を不当に抑止しないという目的を達成するため、消費者契約法及び特商法の取消権が行使された際には、価値返還義務の範囲を現存利益（消費者の主観的財産計画に照らしての利益）に限定することを明文で定めることが考えられる。もっとも、このような提案に対しては、次のような異なるレベルでの批判があり得よう。第一に、消費者に客観的（市場）価値での清算義務を課しても、不法行為法によってかかる事態に対応することは可能であり、不当利得法に消費者の主観を基準とするような清算ルールを持ち込む必要はないのではないか。第二に、現存利益ということではなく、事業者からの不当利得返還請求、少なくとも価値返還請求はすべて排除しない限り、立証問題を考えても、十分な消費者保護は達成できないのではないか。第三に、なぜ消費者契約に特有の取消権だけにかかる特別ルールを設けることが正当化されるのか、といった批判である。第一の批判については、すでに述べたように、不法行為法に問題を投げた場合に妥

当な解決が導かれるか否かも検討が必要であり、また価値返還請求が問題となるような事例はすべて不法行為法によらざるを得なくなるという問題もあることから、不当利得法における一定の対応が模索されるべきものとする。第二の批判については、まず、ここで原物の返還請求可能性を否定することまでは目的達成に必要ではなく、むしろ原物返還の否定は民法708条の適用の可否の問題として位置づけるべきである。また、消費者にとって主観的利益があるような場合に、その利益を当該消費者に保持させ続けることも目的達成のために不可欠とまでは言えない⁸⁴⁾。消費者にとって利益か否かにかかわらず、事業者の不当利得返還請求を否定すべきとすれば、それは、理論的には、むしろ次にみる違法行為の抑止や制裁という目的との関係で考えるべきものとなる。第三の批判については、上記のような目的を、本来、消費者契約に限定して語ることは難しく、詐欺や強迫の場面にも同種の思考は妥当することから、消費者契約法等におけるルール化は、いわば確認規定的なものとして位置づけられることになるのではなかろうか。

（2）違法行為の抑止・違法行為への制裁

事業者が不実告知や威迫によって消費者契約を締結しても、一切事業者には利得が残らないようにし、あるいは純益以上の吐き出しをも要求されるとすれば、不実告知や威迫行為を行ってもうまみはないということになり、当事者のみならずそれ以外の者にとっても、当該規範は、違法行為の抑止の効果をもたらすことになる。また、とくに故意によるなどの悪質な事業者に対しては厳しい清算規定を課すという場合には、そのような規定は制裁の趣旨が明確に含まれることになる。

まず、制裁機能の付与に関しては、これを民事法における不当利得の特別規定を設ける際の主たる目的の一つとしてよいかが問われるであろうし、とくに

84) ただし、立証問題の回避及びルールの明瞭さ確保という観点を、消費者保護政策として強調し、全面的価値返還請求否定を支持するという立場はあり得よう。

消費者契約法や特商法の取消に限って悪質な事業者制裁をかけるという場合には、その正当化根拠も考える必要がある。例えば、取締法規を私法が支援すべきという立場を採り、特商法上の禁止行為違反にも該当する場合には、他の場合よりも厳格な清算規定が置かれてよいという考え方もあり得ようが、一定の目的実現のために公法私法が協働すると捉える場合には、特商法対象取引以外の取引において、不実告知や威迫行為を行った事業者と対比したとき、特商法対象取引の事業者には、民事上の取消規範が手当てされ、それに加えて刑罰や行政上の不利益の賦課という形ですでに制裁手段が予定されているのに、むしろなぜ特商法対象取引の事業者にだけ、民事規定の効果論においてもさらに厳しい制裁を課すことが正当化されるのかの説明をされなければならないことになる。消費者契約に対する清算ルールの特則を設ける場合に、制裁の観点を前面に出すことには、いずれにせよ疑問がある。

では、違法行為抑止という目的はどうか。違法行為の抑止についても、民事不当利得の特別規定を設けるに際しての主目的として適切かという問題が出てくるであろうし、また消費者契約についてののみかかる目的が妥当するものなのかも問われよう。この点に関しても、おそらく多様な意見があり得るところであるが、消費者契約においてとくに違法行為抑止の目的を持ち出すことについては、次のような説明が考えられる。すなわち、消費者契約における被害には、同種の悪質商法により集団的被害が発生しやすいという特徴があり、かかる特徴に鑑み、消費者契約においてはとりわけ違法行為の抑止が重要な課題となるという説明は可能であろう。ただし、違法行為抑止の目的を達成するために、個別の消費者に利得をとどめるという手段を採用することが妥当か否かは、別の問題である。というのは、事業者の違法行為を抑止するという目的を達成するために、本来は返還すべき（消費者の主観からしても利益である）利得を消費者にとどめるという場合には、仮に、被害者集団を救済するための事業者の資力が十分ではない場合、一方では被害にあったことによってかえって利益を得る消費者と、他方では迅速に対応できなかったため損失すら回復できない消費者とが出現する可能性があるからである。ここでも、消費者が自身で迅速に

対応するインセンティブを与え違法行為抑止機能を消費者が担う制度設計をした方がよく、実際に利得の保持といっても僅かなものであり、かつ事業者は対価を全額返還するが消費者は役務等への価値返還債務を負う必要がないというルールは明確であるとして、消費者に利得を保持させる（事業者からの価値返還請求を全面的に否定する）制度を支持する見解と、迅速に自身では行動できないような消費者にも平等に救済されるチャンスを与えるような制度が望ましいとして、事業者に違法活動によって得た収益すべてを吐き出させ、それをプールする制度を設けた上で、個別消費者の被害に応じて被害の回復金を配分するといったシステムを構築するといった方向性を志向する見解もあり得よう⁸⁵⁾。消費者契約においては、とりわけ事業者の違法行為を抑止するという目的を達成することが望ましいとしても、消費者被害の現実や制度の実効性・効率性の観点も踏まえつつ、利害関係者全体の利益状況を見据えて、どのような図式を描くべきか検討すべきことになろう。

※本稿は、平成18年度～文部科学省科学研究費補助金（若手研究B）「消費者契約における契約解消法理の研究」の研究成果の一部である。

85) 国民生活センター・前掲注77)において、消費者基金制度の構想などが提言されているが、この種の制度における分配コストや帰属先、実効性の問題等も指摘されているところである（池田清治「競争秩序と消費者」NBL 863号80頁（2007年）参照）。また、「犯罪被害財産等による被害回復給付金の支給に関する法律」も参考になろう（谷滋行「組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律の一部を改正する法律」および「犯罪被害財産等による被害回復給付金の支給に関する法律」金法1782号39頁以下（2006年）参照）。

講演

ドイツ移民法・統合法成立の背景と動向¹⁾

ハンス・ゲオルク マーセン²⁾

はじめに

外国人法は欧州では今や、国家公務員法などの個別行政法の特別な分野以上の意味を持つようになってきている。外国人法並びに外国人政策は、高齢化社会の現在と未来を作り出すという意味で、欧州では日常の政治的争点となっている。2006年12月14日、15日の欧州理事会の首脳会議では、移民政策が「21世紀の幕開けとして欧州連合（EU）の最優先課題の一つ」とされた³⁾。欧州

1) 本稿は、2006年10月12日に筑波大学法科大学院にて、英語で講演した内容に加筆訂正を加え、マーセン優子が日本語に翻訳したものである。講演、紀要への掲載にあたっては、筑波大学法科大学院の新井誠、藤原静雄両教授にご尽力いただいた。ここに記して御礼申し上げる。

2) 筆者（Hans-Georg Maaßen）は、ドイツ連邦共和国連邦内務省外国人法課課長、ベルリン自由大学行政法並びに欧州法担当非常勤講師。法学博士。

3) 欧州理事会議長の決議案、理事会文書16879/06, CONCL 3, Nr. 21 (http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/de/ec/92219.pdf).

は今日、世界の移民流入の中心となっているためである。国連人口基金 (UNFPA)⁴⁾ の最新の世界人口報告によれば、世界の移民人口1億9,100万人のうち3分の1に当たる6,400万人が欧州に流入している。この様子を端的に示しているのが、毎年アフリカから地中海を渡って欧州にやってくる数千人に及ぶ移民であろう。スペインは、2005年だけでも、70万人の移民を受入れている。また一般の関心を引くことは稀だが、いわゆるグリーンボーダー (検問所のない国境地帯) や空路からの不法入国者も存在する。非合法移民は、公けに知られることはないが、一時的な現象といったものではなく継続的なプロセスであると言える。

外国人法はまた、2001年9月11日以降、テロの脅威を背景に、世間の人々の意識に上ることとなった。アメリカ合衆国で起きたテロは、外国人の犯行によるもので、その数名が、一時的に、ドイツに学生の子分で滞在していた。またマドリッド (2004年3月11日)、ロンドン (2005年7月7日) で起きたテロも、外国人または移民背景を持つ者の犯行だった。2006年7月31日にドイツで起きた鉄道爆弾テロ未遂事件もドイツの大学での学業を目指すレバノン人学生によるものであった。外国人またはその国に帰化した移民の統合 (インテグレーション) など欧州で起きている問題は、2005年の秋にフランスの都市近郊で起きた暴動によって世界中で話題になった。このような事象は、外国人法が、外国人の社会統合のための重要な手段となりうることを示している。しかしこのような問題とは別に、外国人法はまた、国際的な観光、学術交流、高資格労働者の労働市場へのアクセス緩和にも役立っている。

法律学上は、ドイツの外国人法は非常に複雑で、ほとんど手のつけられない研究領域と言える⁵⁾。複雑な様相は、ドイツの外国人法が、国内法と欧州法との混合物であることに起因する。欧州法は外国人法及び難民法では優先的

4) <http://www.unfpa.org/about/report/2005/index.htm> 参照

5) 文献としては、Hailbronner, Asyl- und Ausländerrecht, Stuttgart 2006 ; Renner, Ausländerrecht Kommentar, 8 Auflage, München 2005 ; Maaßen, Ausländerrecht, 18. Auflage, Stuttgart 2007 などがある。

意味を持つためである。さらに、ジュネーブ難民条約（1951）や「市民的及び政治的権利に関する国際規約」（1966）などの種々の国際的法手段が大きな影響力を持っていることもその理由である。

本稿ではまず、ドイツ国内の外国人法について触れ、その後、欧州の移民法の動向について報告する。

1 移民法による新規定の概要

欧州、なかでもドイツは、外国人の移民先として人気が高い。ドイツの経済力、社会福祉制度、生活様式の自由などがその理由として考えられよう。現在670万人以上いる外国人は、一時的にドイツに滞在している者ばかりではない。この数十年のうちにドイツに移住してきた外国人のうちの多くが、ドイツでの継続的な在留を望んでいる⁶⁾。欧州連合全体の人口に占める外国人の割合が4.5%であるのに対し、ドイツでは8.1%である。主な出身国はトルコ（約180万人）で、イタリア、旧ユーゴスラビア、ギリシャ、ポーランドがこれに続く。

これに加え、毎年数百万人の外国人の短期滞在者がドイツにやってくる。欧州の中心という地理的な条件も手伝って、ドイツは重要な目的国でもあり、また通過国でもあるのである。国境を越えた交流が、政治、経済、世界貿易の範囲を越えて、意味を増しているといえる。

また、庇護希望者の数も多い。しかし、送り出し国で政治的な迫害を受けている者よりも、飢餓、失業、路上生活、内戦、暴力などから逃れて来るものが多く、一般的に生活の質の向上を目指して来る者が多い。ただ、庇護希望者数は近年減少し続けており、1992年には約43万8千人であったものが、2006年にはおよそ2万1千人となっている。

6) 統計資料は全てケルン市にある外国人中央登録簿のデータによる。ドイツや欧州に居住する外国人に関する統計データは、ドイツ連邦統計局 (<http://www.destatis.de/>) や欧州統計局 (<http://epp.eurostat.ec.europa.eu>) のウェブサイトからも入手可。

論説 (ハンス・ゲオルク マーセン)

2004年12月31日までのドイツの外国人法は、1990年に制定されたものであった⁷⁾。この法律は、当時は、それまでの1965年の旧外国人法と異なり、外国人政策上の様々な変化に対応する時代に見合った近代的な法的手段をなすものとして、重要な改革と歓迎された。1990年の外国人法は、1992年に新しい難民庇護手続法が加わり、また1993年には、庇護基本権の改正に伴い再び改定された⁸⁾。当時の法律では、次の3点が目的であった。

- 合法に滞在し、継続的にドイツでの生活を希望する外国人とその家族に対する滞在法上の規定による統合
- 国境を越えた国際関係の促進及びドイツ外国人法の欧州連合への適合
- 欧州連合域外国からの外国人移住の制限

しかしながら、2000年初頭、ドイツでは当時の外国人法に対し、公けの議論が巻き起こった。まずは、ドイツ経済が国内の労働市場では得られない高資格の人材を必要としているのにも関わらず、外国人法では、外国人の移住が留保なしに制限されていることに対し、国内の関心にそぐわないのではないかと、との意見に関する議論であった⁹⁾。当時「間違った外国人」がドイツにきている、という見解が広まっていった。高資格の大学卒業者で、経済や学術の分野で求められている人材に対し、「間違った外国人」とは、資格を持たず、社会福祉に頼って生活し、労働市場に組み入れられない経済難民などを指した。経済界では、世界貿易のネットワークが常に密になっていくなか、グローバルな競争にドイツが勝ち残るためには、その競争に大きく貢献する企業が、ドイツにその拠点を定めることが必須である、という意見が代表的なものとなっていた。その際、外国人法は、「優秀な人材を確保するための競争」を阻むもので

7) 1990年7月9日公布の外国人法。連邦公報第一部 (BGBl. I) 1354頁参照。

8) 1993年7月23日に公布された難民手続法、連邦公報第一部 (BGBl. I) 1361頁参照。

9) 詳細は、Kissrow & Maaßen (2004) 1頁以降を参照。

あると認識されるようになったのである。激化する国際競争にあって、ドイツ経済が必要とする自由裁量の余地に十分配慮した移民政策が存在しない、というのがその理由だった。この議論の火付け役となったのは、2000年のシュレーダー独首相（当時）による「グリーンカード」発行提案である。この提案により、IT分野の外国人専門技術者の入国、滞在許可手続きが緩和された¹⁰⁾。

この公けの議論は、当初、外国からの高資格者をドイツで雇用する際の外国人法上の規定に対する批判であったが、次第に当時の外国人法に対する他の批判も加わった。なかでも、継続的にドイツに滞在する外国人の統合に関する明確な規定が外国人法にないことが、批判の対象となっていた。外国人のドイツ社会への統合が不十分であることが、社会政策上の問題としてクローズアップされるようになったのである。ドイツは移民国家か否か、という政治的な論争との関連で、外国人政策の新たな重点として「統合」が、政党の違いを越えて、関心を集めるようになった。

このような討議を背景に、2001年夏、連邦内務省は移民法に関する法案を公表した。2001年9月11日のテロ事件後には、外国人過激派対策に関するかなりの規定がこれに追加された。この移民法の制定は、法制定に関わる連邦議会と連邦参議院（州の代表）における多数派構成が異なるために、困難を極めた¹¹⁾。が、約3年という長きを経て、ようやく2004年夏にほぼ全会一致で可決され、2005年1月1日の施行に漕ぎつけた¹²⁾。

以下、この移民法の中でもドイツの外国人政策の重点をなす規定分野4点をあげて解説していく。

10) 2000年7月11日、情報通信テクノロジー部門の外国人高資格技術者に対する労働許可に関する命令が公布された（連邦公報 第一部BGBl. I、1146頁参照）。但しこの命令は、新移民法により失効した。

11) この法律の採決では、連邦参議院においてブランデンブルク州が憲法上規定の州統一票に反し、不統一票を表明したために、憲法上興味深い問題を投げかけることとなった。最終的には、連邦憲法裁判所の判決により、採決が無効となり、立法手続きは再び繰り返された。詳細についてはKissrow & Maaßen (2004) 1頁以降を参照。

12) 連邦公報第一部 (BGBl. I) 1950 頁。

(1) 労働移民

前述の公的議論の主な契機は、特に経済界の側から出た労働市場への外国人のアクセスの規制緩和に対する要請であった。移民法によって、労働移民に関する法律は様々な点で刷新された。例えば、従来、滞在許可と労働許可の手続きとが、別々に行われていたものを、内部の同意手続きにより一括することとなった。就労の許可は、労務局が内部で同意した場合、外国人局によって、一括して滞在許可資格とともに付与されることになった。外国人にとっては、申請手続き上の無駄が省かれるようになったわけである。

法的規律の中心をなすのは、経済界や学界が必要とする高資格を有する外国人専門技術者に門戸を開く、柔軟な法手段を作ろうという考え方であった。移民法は、確かに、高資格労働者にとって、かなりの改善を盛り込んだと言える。この種の人々は最初から、将来的に継続的滞在が許可される可能性が保証される。有高資格者とは、滞在法 (AufenthG)¹³⁾ 第19条第2項によれば、特殊な専門知識を持つ学者、高い地位にある教育関係者や研究助手、年収約1,300万円相当 (84,000ユーロ) 以上の専門家や特別な職業経験を持つ管理職職員を指す。一緒に来る家族や後から呼び寄せる家族にも就業の権利が与えられる¹⁴⁾。しかしながら、十分な資格を持たない者や資格の全くない者にとっては逆に、移住は制限される¹⁵⁾。高資格についての規制にある条件を満たさない有資格者にとっても、基本的にはドイツでの就労の可能性は限られることになった。ただし、理由のある個々のケースに関しては、公共の利益になると認められる場合や、労働省の法規命令により許可された就労の場合は例外となる¹⁶⁾。十分

13) 英語版の滞在法も、インターネットで閲覧可。

http://www.bmi.bund.de/cln_012/nn_122730/Internet/Navigation/EN/ActsAndRegulations/actsAndRegulations_node.html_nnn=true。この他に、ドイツ外国人法に関する英語の情報は下記を参照のこと。<http://www.zuwanderung.de/english/index.html>

14) 滞在法第29条。

15) 滞在法第18条第3項。

16) 滞在法第39条第1項。

な資格を持たない外国人に対するこのような厳しい規制は、ドイツが4百万人の失業者を抱え、9.5%という高い失業率が長期化していることが理由とされている。

移民法は、外国の投資家のドイツ労働市場へのアクセスを容易にするためのものでもある。ドイツ経済や雇用に好影響をもたらすと判断される場合、自営業者の受入れを緩和する法的基盤が整った。自営業者は、通常、資本金が最低約1億6,000万円相当（100万ユーロ）に達し、10名以上の雇用を創出する場合、滞在許可を付与されることになった¹⁷⁾。

外国人留学生には、ドイツでの学業を魅力あるものにするため、アルバイトに関する規制が緩和された。大学機関の学生助手としてのアルバイトは無制限で可能となり、それに加え、民間企業でも年間90日間の就労が可能となった¹⁸⁾。この他に、移民法では、正規に学業を修了した外国人学生に求職活動のため、卒業後1年間の滞在許可を与えることが可能となった¹⁹⁾。この意図は、ドイツの高等教育を受けた専門家が、国内市場で必要とされるにも関わらず、他の工業国へ流出してしまうのを防ごうというものである。従来は、学業修了後は、規則上ドイツを出国しなければならなかった。

新移民法の施行後、これまで上記の規定によって得た経験は、概ね肯定的なものと言える。2005年には約2,300名のIT産業の外国人専門技術者が労働許可を取得、900人が卓越した資格を有するという理由で、入国後すぐに無期限の滞在許可を取得している²⁰⁾。また外国人留学生の数も、大学授業料の導入にも関わらず増え続け、18万人を超えている。ドイツの大学を卒業した外国人

17) 滞在法第21条。

18) 滞在法第16条第3項。

19) 滞在法第16条第4項。

20) 移民法評価報告書を参照のこと。

http://www.bmi.bund.de/cln_012/nn_122688/Internet/Navigation/DE/Service/Downloads/Downloads.html__nnn=true。さらにCernota, Der Evaluationsbericht zum Zuwanderungsgesetz, Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik (ZAR), 2006, S. 388.

のうち1,300名が卒業後ドイツで就職先を得ている。しかしながら、これまでの経過から、ドイツ労働市場の活性化に移民法が果たせる役割は、一部でしかないということも明らかになった。高資格の外国人専門技術者には、外国人法や労働法よりも、報酬、労働条件、生活条件、文化、言語、また天候などの方が、移住地の選択により重要な要因となるためである。

(2) 統合

他の欧州諸国と同様、ドイツはこれまで移民国家ではないと主張してきた。しかし実際には、過去半世紀に多くの外国人がドイツにやってきている。ドイツ連邦共和国の最新のマイクロセンサス（小国勢調査）によれば、ドイツに住む人の五分の一、1,530万人がいわゆる移民背景を持つ。つまり移民あるいはその子孫がドイツ全人口の20%を占めることになる²¹⁾。ドイツ国籍を持つのは、その内800万人である。これは、人口比として増え続けるグループであり、その統合が既に社会政策上の課題となっていることを示している。2010年には、40歳以下の人口の約40%が移民背景を持つこととなろう。反面、ドイツ語が十分話せず、同じ国や地域の出身者が多く住む地区に住み、ドイツ語なしで生活している人々も多く存在する。これは、今日西ヨーロッパのどの国の大都市部でも見られる現象と言える。ドイツ語の十分にできない都市部の若者は、ドイツ社会で就職先を見つけることは困難であり、このような状況が生活保護の受給や犯罪に結びつきやすい。政治も社会も、このような問題に対応していく必要がある、という理由により、移民法は外国人の統合に関する規定を初めて設けることとなった。

滞在法によれば、統合政策は、「要求と促進」(Fordern und Fördern)を目指す。ドイツに住む外国人はドイツ社会の一員として社会に統合することが「要求」されるが、それと同時に、国はそのための基本的対策を用意し統合を「促進」する、ということである。

21) 2005年版マイクロセンサスは、右記URLよりダウンロード可。<http://www.destatis.de>

滞在法第43条には、国の施す統合プログラム（語学コース並びにオリエンテーションコース）の最小限の枠組みが法律上が定められている。ドイツ国内に継続的に滞在する外国人は、統合プログラムへの参加の権利を得る。ドイツ語力が十分でない場合は、参加は義務付けられる²²⁾。外国人がこの義務を履行しない場合は、所管の外国人局が義務違反並びに不参加のもたらす影響について説明することになっている。参加を怠った場合、当人が滞在許可を延長する際に考慮され²³⁾、延長が認められない可能性も出てくる。社会保障給付を受けている者については、統合プログラムへ参加しない場合、その期間、給付金を減額することも可能となっている²⁴⁾。統合プログラムへの参加は、規定上継続的な在留権を得るための前提条件ともなっている（滞在法第9条第2項第2文、定住許可）。さらに、プログラム修了者がドイツ国籍取得を希望する場合、前提条件である滞在年数が通常の8年から7年に短縮される。

統合プログラムは、十分なドイツ語力を身につけるのに必要な600時間の語学コースと、ドイツの法秩序、歴史、文化を学ぶ30時間のオリエンテーションコースから成る²⁵⁾。語学コースは、基礎コースと発展コースが各300時間あるが、それも各々100時間ずつのモジュール（下位プログラム）からなっている。統合プログラムへの参加の権利を与えられた外国人は、コースを提供する団体を所定のリストから自由に選ぶことができ、参加申し込みをする。参加者は、1時間（1授業単位）につき、1ユーロ（約160円）を自己負担することが義務付けられており、残りの額は連邦政府が負担する。

既にドイツ語能力がある場合、コース担当機関がレベルテストを行い、どのプログラムから開始するかを決定する。このレベルテストの結果により、最初のモジュールまたは途中のいくつかのモジュールの一つから始めることにな

22) 滞在法第44a条第1項。

23) 滞在法第8条第3項。

24) 滞在法第44a条第3項。

25) 連邦公報（2004年12月13日）第一部（BGBl. I）3370頁、統合プログラム令第10条以降を参照。

る。途中でも「飛び級」が可能、また、自己負担により、繰り返し受講することも可能である。全体の履修時間が600時間を越えない限りにおいては、モジュールの再履修は超過料金なしで可能となる。さらに、学習速度がゆっくりのコースや通常の速度のコースから、速習コースへ移ったり、その逆も可能である。基本的には、統合コースは、全日コースで25週間となっている²⁶⁾。しかし、子どもがいたり、仕事でどうしても時間がとれない場合など、一週間最低5時間というコースに参加することも可能である。また、同様の理由で、午後コースや夜間のコースもあり、全日コースから一日数時間のコースへの変更もできる。

語学コースの基本的なテーマとしては、買い物、公共の交通手段の利用、役所での手続き、住居探し、余暇の過ごし方など、日常の場面が取り上げられている²⁷⁾。ドイツ語の手紙や電子メールの書き方、各種用紙の記入の仕方、電話のかけかた、求人の応募の仕方などを学ぶ。発展コースでは、基礎コースのテーマを広げ深める。基礎コースと発展コースの修了時には、中間テストがある。これは、それまで身につけた能力の測定でもあり、また統合プログラムの修了テストの準備ともなる。

語学コースに続き、オリエンテーションコースが行われる。このコースでは、ドイツの法秩序、文化、歴史などについて学ぶ²⁸⁾。参加者は、ドイツ社会の一員としての権利と義務についての情報を得るほか、各地域の特性や文化、歴史的背景についても学ぶ。この他のテーマとしては、信仰の自由、寛容、平等など、ドイツの民主主義制度の価値観についてのものがあげられよう。

オリエンテーションコース修了時には、自主的にドイツ語で表現、理解でき、また社会生活において、第三者の助けを借りずに必要な情報を得て、将来の生活に役立てられることが求められる。修了試験は、語学テストとオリエンター

26) 統合プログラム令第11条第1項。

27) 統合プログラムの内容や実施に関する詳細、特に最新の年次報告などについては、連邦移民・難民庁のサイトを参照のこと。http://www.bamf.de

28) 滞在法第43条参照。

ションコースの内容に関するテストからなる。

政治的に争点となったのは、統合プログラムの費用と、既にドイツに在住する外国人にプログラムへの参加を義務付けるか否か、という点であった。国会の立法手続中、既にドイツに在住する外国人に関しては、社会保障の給付を受けていたり、特に統合が必要であると認められた場合において、定員に余裕がある場合に限り、外国人局が参加を義務付けることができる、とすることによって一致した。費用に関しては、連邦側が、州政府に対して、必要額を拠出することで解決を見た。現在連邦政府が拠出する額は、年間およそ420億円（2億6,600万ユーロ）である。これに加えて、参加者自ら支払う費用がある。社会保障を受給していない場合、授業料の約半額を支払うことになっている²⁹⁾。

さらに、移民法では、連邦内務省が、州、自治体、外国人担当代理人並びに様々な社会福祉事業実施機関などとの合意の上、全国の統合プログラムを開発することが定められており、特に、連邦、州、自治体や民間の団体の提供している既存のコースをとりまとめ、今後の開発に関する勧告を行う。

統合プログラムは、2005年1月1日実施開始以来、その意義が認められてきているといえる。2005年には、全国で統合プログラムのコース数8,200、参加者は115,000人を超えた。外国人局において、ドイツ語力不足や統合上の問題のため、コース参加を義務付けられたのは、約61,000人であった³⁰⁾。ただし、現在、統合プログラム規則の改善を検討中である。特に、統合を拒むケースの取扱いに関して討議されており、対策として、滞在許可の停止や罰金制度などが検討されている。

(3) 治安問題

外国人法は、外国人によるテロ行為や犯罪を防止するための重要な手段でもある。この際、危険人物の入国を防止すること、また、既に入国している場合

29) 統合プログラム令第9条。

30) 統合問題を担当している連邦移民・難民庁の示すところを参照。http://www.bamf.de

でも犯罪が行われておらず刑事訴追が不可能な時に、即時の送還が可能か否かが肝心である。移民法が国内の治安上持つ意味を、以下に四点を挙げて示したい。

1. 移民法では、危険人物の入国制限や強制退去に対応できるよう改善策が盛り込まれた。例えば特定の国（これをここでは以下簡単に「問題国」と呼ぶことにする）の国籍保持者は、査証の発給前に、ドイツ並びに欧州連合諸国の全ての治安当局のデータバンクで調べることになった³¹⁾。その際、当該外国人の招待者に関しても、諜報機関に登録されている人物か否かを調査する。さらに新しい法規定により、当該外国人が特にテロ活動を支援する可能性があると考えられる場合などに、治安上の理由で以前より容易に、査証の発給拒否や国境での入国拒否が可能となった³²⁾。
2. 危険人物が既に国内に入国している場合、即時に送還が可能か否かが問題となる。いわゆる退去強制令（滞在法第58a条）の導入により、滞在終了のより迅速な手続きが可能となった。退去強制令では、連邦内務省あるいは各州の内務省が、特別な危険やテロ脅威への対策として、「事実に基づく危険予測」をもとに、外国人に国外退去を命じることができる。内務省がそのような決定を下した場合、即時の執行が可能であり、権利保護に関しては、ドイツの最高行政裁判機関である連邦行政裁判所での一審のみが保障されることとなった。当該外国人にとっては、実際に送還される前の長期にわたる審級を重ねる裁判手続きができなくなったわけである。
3. さらに、合法的な滞在の取消しが可能となる退去強制事由が新しく盛り込まれた。例えば、禁止団体の指導者や、犯罪行為などを煽るイスラム原理主義過激派説教師などいわゆる「精神的テロ犯」が対象である³³⁾。
4. しかし危険人物と認められる外国人でも、その送還先において政治的迫

31) 滞在法第73条。

32) 滞在法第5条第4項並びに同第54条第5項、第5a項。

害、拷問、非人道的または品位を傷つける扱いを受ける可能性がある場合は、国際的な権利救済手段により退去強制は許されない³⁴⁾。担当局に諜報機関の情報による嫌疑がなく、裁判上有効な証拠がないために、当該外国人に対する刑法上の手続きがとれないこともしばしばある。このような人物による危険を回避するため、移民法では、危険人物とみなされる外国人に、担当局への届け出、移動の制約、携帯電話の使用禁止などのように罰則付きでコミュニケーションの禁止を命じることができる³⁵⁾。

2006年7月31日、イスラム原理主義過激派の二人のレバノン人留学生による、ドイツの都市間列車2線への爆弾テロ未遂事件が起きた。幸い構造上のミスで爆発はしなかったが、もし爆発していたら、多くの犠牲者が出ていたところであった。この事件や2001年9月11日の米国でのテロの犯行者の一人がドイツの大学の留学生であったという事実を背景に、現在、外国人留学生によるテロ行為防止に向けて対策が検討されている。そのためには、入国前の治安対策をとっておくことが欠かせない。結果として、外国人局と治安担当局の協力体制強化が必須となるであろう。

外国人法の治安関連の規定を適用する際の基本的な問題の一つは、危険とみなされる外国人に関する多くの情報が諜報機関によるもので、通常の裁判手続き証拠資料とできないことである。というのも、情報源は守秘義務により公けにできないためである。ドイツの訴訟法の基本了解事項では、訴訟相手に反証を示す機会を与えるため、証拠資料は訴訟手続きにおいて公けにされなければならない。しかしながら、諜報機関によって得られた証拠資料の場合、文字通り証人の死を招く結果ともなりかねない。こうした事情に鑑み、現在、訴訟法

33) 滞在法第54条第7号、第55条第2項第8号。

34) 1984年12月10日の「拷問及び他の残虐な、非人道的な又は品位を傷つける取扱い又は刑罰に関する条約」第3条。1950年11月4日「人権及び基本的自由の保護に関する欧州条約」第3条。1966年12月19日の「市民的及び政治的権利に関する国際規約」第7条。

35) 滞在法第54a条。

の改定が検討されている³⁶⁾。

(4) 退去強制処分

外国人によるテロ危険対策としては、違法滞在者の退去強制処分も密接に関わっている。西欧諸国では、違法滞在者が送り出し国への送還を拒み、問題となっている。また送り出し国側が、受入れを拒むケースもある。これは、それらの国々にとって違法滞在者からの送金が重要な外国為替資源となるためである。違法滞在の外国人の中には、パスポートやその他の書類を処分してしまい、国籍を偽るなどして身元を隠しているものも少なくない。

このような違法滞在者の送還を容易にする目的で、移民法では、滞在に制限を加えることができる。例えば、各自治体など移動できる空間を制限する、帰国者収容施設に居住することを義務付ける、生活扶助などの社会保障を必要最低限のものに抑える、などといった対策を定めている。さらに、18ヶ月までの送還拘留が可能となった。これは、自由意志による帰還を促し、帰還に必要な書類の早期調達を可能にするためである。この他、「問題国」との受入れ協定締結によって、送還を容易にすることが定められている³⁷⁾。

身元確認を確実なものとするため、送還で問題となる国の国籍保持者が査証申請をする際は、写真撮影や指紋採取が可能となった³⁸⁾。さらに、身元や国籍に関して偽った届出をした場合の罰則が設けられた。

2 その他の改革

以上、移民法の扱うテーマの広さが理解いただけたかと思う。上記以外に重要な事項ではあるが、本稿では詳細には取り扱えないテーマとして、内政上争

36) 移民法の評価報告書を参照のこと。URLは前掲注20) 参照。

37) ドイツはこれまでに29カ国と受入れ協定を結んでいる。Lehnguth, Maaßen & Schieffer, Rückführung und Rückübernahme, Starnberg 1998 参照。

38) 滞在法第49条第3項第5号。

点となっている人道的配慮による在留並びに外国人家族のドイツへの呼寄せに関するものがある。人道的配慮による在留に関しては、庇護を要求する者、戦争や紛争地域からの難民、経済難民に、どのような条件のもとで在留権を与えるべきか、というのが論点である。外国人家族のドイツへの呼寄せに関しては、ドイツ人あるいは合法に在留している外国人の、配偶者や子どもにどのような条件のもとで在留権を与えるか、という点が議論の対象となっている。

移民法施行から約2年経過した今、ドイツの外国人法はさらに大きな改革の時期を迎えている。これは、欧州連合が外国人政策の多くの領域を既にその管轄下に置いていることに起因している。1990年代初頭、欧州連合はマーストリヒト条約により、査証法の領域で立法の権限を得た。これは、加盟国間の国境検問がなくなったため、意義のあることであった。というのも、国によってそれぞれ異なる査証規定を守るのは、国境検問廃止後は、到底不可能なことであったからである。難民に関しても、かなりの問題を抱えている欧州では、加盟国が庇護・難民政策で統一的政策をとる方向で一致した。上記に加え、最近では外国人・庇護政策のほとんど全ての領域で、欧州連合に権限が移行してきている³⁹⁾。欧州連合は、過去数年間に、外国人・庇護の分野で約11の指令を発布しており、加盟各国は欧州連合指令の国内法化を義務付けられている。例外規定が適用される英国とアイルランドを除き、欧州連合加盟国では、この指令により、外国人法の重要分野が統一化されることとなる。このうち、現在ドイツが国内法化を進める重要な4点を例として挙げ、外国人法における欧州統一化プロセスの意義について述べてみたい。

家族の再統合に関する指令（2003/86/EC）⁴⁰⁾は、欧州連合域内の国民又は欧州連合域内で長期生活している第三国国民の配偶者、子ども及び他の家族が入国、在留権を取得する際の条件を定めている。この指令は、ドイツでも現在

39) 2001年2月26日付け改正の欧州共同体（EC）設立条約（ニース条約）第61条から第69条まで。

40) EU指令の本文は、欧州連合加盟国全ての公用語で、閲覧可能である。<http://eur-lex.europa.eu/>

国内法化が進められているが、外国人が入国前に一定の語学能力を身につけていることを、査証発給の条件とすることが可能になっている。ただしこれは欧州法上の義務付けではない。ドイツでは、呼寄せられる配偶者に、既にドイツ大使館における査証取得時に、平易なドイツ語力の証明を義務付けることを定める予定である。これによって、配偶者のドイツの生活条件への適応可能性を確認しようというものである。オランダでは既にそのような規定を設けている。但し、ビジネスマンや高学歴保持者など、特定の外国人には例外を認めることになっている。

「長期間居住する第三国国民の滞在資格に関する理事会指令」(2003/109/EU)は、欧州連合加盟国の永住許可に関する異なる規定を一本化するものである。この指令によれば、第三国国民は、合法的滞在期間が5年を超えれば永住権を与えられる。この永住権があれば、他の欧州連合加盟国でも定住ができ、労働市場へのアクセス、社会保障といった点でその国の国民とほぼ同様の権利を与えられる。例えば、ドイツに継続的に居住する第三国国民は、イタリアなどの欧州連合加盟国に移住して定住することが可能なわけである。

第三の指令は、「学術研究者に関する指令」(2003/86/EC)である。この指令により、欧州連合域外からの学術研究者の許可手続が統一される。欧州連合加盟国が、外国人研究者に、在留、高等教育機関における講義、修了資格の共通認定、労働条件、社会保障、課税に関する一定の権利を保障することを義務付ける特別な手続が定められている。また学術研究者には、欧州連合域内の他の研究機関で働けるよう、簡易な手続で域内転居も可能となっている。

最後の例は、「学生に関する指令」(2004/114/EC)である。これは学生の入国、在留また労働に関する条件を定めるものである。この指令により、欧州連合域内の大学で学業を希望する外国人学生にとっては、パリ、ベルリン、ローマなど志望大学の場所の如何に関わらず、外国人法上の条件は同一のものとなる。欧州連合域内を旅行することも可能であり、また基本的には、他の欧州連合加盟国で学業を継続することも可能となる。

3 欧州域内の統合化

欧州連合は長い間、司法政策、内政に関しては中心的役割を果たしてこなかった。しかしこの15年ほどで締結されたマーストリヒト条約やアムステルダム条約によって、状況は徐々に変化してきている。欧州の政策は、外務、財務のほか、以前であれば、農業や経済の閣僚のものと考えられてきたが、今日では、内務、法務の各大臣が政策に関わっている。2006年12月14日、15日に行われた欧州連合政府首脳の欧州理事会の決議案が示しているように、今日、国際移民は、欧州の政治アジェンダの最重要課題の一つである⁴¹⁾。グローバル化や移民の増加は欧州のどの国でも見られる現象である。また、地中海を越えて欧州に押し寄せる難民によっても明らかなように、このような現象は今後益々増え続けるであろう。

1999年タンペレで行われた欧州理事会で、欧州連合は既に将来の方針を決定しており、それ以来、移民・庇護政策の統一調整では大幅な改革が進んでいる。国境管理体制の統一化に向けての準備が行われ、また警察の協力体制も改善された。2004年には、欧州理事会は、「欧州連合における自由・安全及び司法分野の強化に関するハーグ・プログラム」と呼ばれる新規の多年次計画を採択した。このハーグ・プログラム第一部の自由に関する部分には、主に下記のようなテーマが含まれている。

1. 欧州庇護庁の設立に向けて、共通の庇護制度を2010年までに実現する。
2. 特に非合法移民対策を強化し、移民の制御と管理を改善する。
3. 移民問題に関して第三国との協力体制を強化する。協力体制の強化とは、第三国との協力で移民の管理を改善する一方、第三国が非合法移民の再受入れを行うようにすることを指す。
4. 合法移民に関する規定を段階的に設ける。

41) 前掲注3) 参照。

5. 第三国からの移民の社会への統合を行う。ただし統合政策に関しては欧州連合レベルでの法規制はできないため、ある程度の困難が予想される。

本質的には、以上の5つのテーマが欧州の移民政策を特徴づけるものであると言えよう。ハーグ・プログラムによって、全会一致の原則から、共同決定手続きに変更された。(ただし、合法移民と統合に関しては別。) この共同決定手続きにより、内務理事会や法務理事会では、移民の分野で欧州の法令についての決議をする際に、個々の加盟各国の意見が否決される可能性も出てきた。

ここで、上記の5つのテーマの中から、一つを選び、少し詳しく見ていきたい。欧州の移民政策で特別な意味で重要性を持つ非合法移民に関する事項である。非合法移民は、単なる法改正や欧州指令の発布などによって、対応できるものではない。法的に規制するには、非常に複雑で、同時にまた個々の状況に左右されるためである。非合法移民を防止するには、欧州連合地域に接する国境警備の徹底、また送り出し国である第三国との関係強化に努める外はない。

非合法移民への効果的対策は、積極的な移民制御政策をとる欧州にとって重要な課題であり、また今後もあり続けるであろう。最近のニュースでその悲惨な状況が報道されたこともあり、地中海域並びに北アフリカを経由してくる移民が一般の注目を集めているが、ドイツにとっては、欧州連合の東欧と東南ヨーロッパの隣国地域が、これまで事実上非合法移民の対策に重要な役割を果たしてきている。中央ヨーロッパ～東欧（ポーランド、チェコ、スロバキア、ハンガリー、スロベニア）及び東南ヨーロッパ（イタリア、マルタ、ギリシャ、キプロス）を通るのが主要な移民ルートである。とりわけ、ウクライナは、重要な通過国としてあげられよう。この国を通してアジアの国々や旧ソビエト連邦の国々からの移民の波が欧州連合の東側国境に押し寄せるのである。さらにまた、中東からバルカン、東南ヨーロッパを通して来るルートも、スロベニアさらにまた、多少ではあるがハンガリーの欧州連合国境を脅かしている。

上述したように、非合法移民を欧州レベルで防止するには、欧州国境を効果的、継続的に管理するしかない。そのため、2005年5月には、欧州国境警備庁

(European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders = FRONTEX) が設置された。欧州国境警備庁は、欧州刑事警察機構（ユーロポール）に並び、第二の欧州治安局としての役目を果たすことになるであろう⁴²⁾。欧州国境警備庁は、ドイツが中心となって推進し、活動を支援している。その重要課題は、欧州連合国境を守る加盟国の国境警察の協力体制づくりで、特に共同出動の際などの調整を行う。これには、非常事態における各国の専門家チームの投入、各国人事交流措置、共同送還、非合法移民の危険度分析、それに国境警察の訓練や再教育などの統一化なども含まれる。欧州国境警備庁は、この際、第三国と直接協力体制を組むことも可能であり、また非合法移民に関する基礎情報を増強するため、欧州刑事警察機構と共同で状況把握と情報分析を行う。これによって、欧州国境警備庁は、当該分野で加盟国の負担を軽減することができる。但し、欧州連合国境の実際の管理は、それぞれの国の国境警察の任務である。これは、国家主権のためのみならず、効果的な人材、資材投入のためでもある。

このほか、非合法移民対策のためばかりでなく、移民への対処、その制御のためにも、人員や設備投資の面で、送り出し国や通過国への支援が必要となる。これらの国々は、欧州連合側からの資金・技術面でかなりの援助を期待しているのである。それに伴いハーグ・プログラムには、庇護・難民政策に、欧州連合内の統一政策にとっては補助的ではあるが不可欠な要素として、欧州連合の外交関係を強化することが盛り込まれている。欧州連合国境の移民増加の与える影響は、移民制御と制限の分野で欧州連合が結束した外交政策をとるための新たな努力を促した少なくとも一つの要因であったとも言える。

非合法移民対策上の欧州連合外交政策の重点としては以下の点があげられる。第一に、貧困と流出の原因への対策をとること、開発援助政策において移民問題を考慮に入れることで、送り出し国から欧州連合への流出の原因に関して長期的対策をとることである。第二に、特に地中海域、東欧諸国との協力体

42) 欧州国境警備庁に関する詳細は、<http://www.frontex.europa.eu> を参照のこと。

制を強化することによって、難民受入れ体制の強化に欧州連合が貢献することである。欧州委員会は送り出し国と通過国との外交上、2005年9月に「地域保護プログラム」というパイロットプロジェクトを発表した⁴³⁾。これには、通過国にとって、ジュネーブ難民条約の義務の履行、受入れ体制の強化、各地域への統合や登録の改善、移民マネジメント等が可能となるよう、欧州連合が資金面、人員・機材面での援助を行うことなどが盛り込まれている。パイロットプロジェクトの対象は、通過国としてウクライナ、ベラルーシ、モルダビア、送り出し国としてアフリカ大湖地域となっている。

移民政策での第三国との協力体制の重点の一つに、送還政策がある。非合法移民に対する対策と同様、送還の問題もまた欧州連合外交の移民政策の中心的課題の一つであると言える。欧州連合域内に非合法に入国または在留している移民は、自由意志により、あるいは必要な場合は、強制的に帰還しなければならない。国際慣習法上は自国民の再受入れが義務付けられてはいるが、この実施や、特に国籍を持たない者や第三国者の受入れには、送り出し国や通過国との再受入れ協定の締結が必要となるのが実際である。送還政策の分野では、欧州連合と加盟国の関心は変わってはいないが、この送還政策も、欧州連合全体としての移民政策との関連で見られるようになってきており、再受入れ協定の締結も、欧州連合が交渉を行うことが多くなってきている。

このほか、非合法移民の送還の際、通過国の協力も必要となる。ドイツ政府は、第三国との協力体制を検討する際にも、欧州連合の他の政治分野で送還の問題を取り上げるべきだとしている。つまり、当該国の再受入れの是非や非合法移民対策の度合いなどによって、外交、経済、開発援助政策といった全く異なる分野でも、今後の協力体制に配慮すべきであるというのがドイツの立場である。

以上ドイツの移民法、統合法の動向を概観してきたが、現在ドイツまた欧州

43) 欧州委員会文書 KOM (2005) 388 確定版。

全体において、外国人法が新たな局面を迎えており、新しい解決策を模索すべき状況にあることを明らかにできたかと思う。新たな局面とは、一方でグローバル化、経済界の求める外国からの高資格者人材への門戸開放、また欧州の統合化のプロセスである。これにより、外国人法の規制の緩和が期待される。しかし他方、テロの脅威により、治安に対する要請が増した。この点では、外国人法の分野で、かなり規制の強化が求められることになるだろう。しかしながら、世界に開かれた欧州連合と治安維持という両者が考慮されるべきであり、外国人法は政策上受入れられる形で、この緊張関係のバランスをうまくとっていく必要がある。どのような代償を払ってでも治安を優先し、外国人法や外国人政策を厳格にしていくという態度は、欧州ではもはや政策上受入れられない。今後の治安状況の変化をまずは見守って行かなければならない。いずれにしても、ドイツ、欧州の外国人法の今後は、治安状況の動向にかなり左右されることになるであろう。

執筆者紹介（掲載順）

新 井 誠	筑波大学法科大学院教授
大 塚 章 男	筑波大学法科大学院教授
弥 永 真 生	筑波大学大学院ビジネス科学研究科 企業法学専攻教授
藤 井 樹 也	筑波大学法科大学院准教授
丸 山 絵美子	筑波大学大学院ビジネス科学研究科 企業法学専攻准教授
ハンス・ゲオルク マーセン	ドイツ連邦共和国連邦内務省 外国人法課課長

筑波ロー・ジャーナル 2号 2007年12月発行

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

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

教授 青山 慶二
池田 雅則
江口 隆裕
大野 正道
肥後 治樹
平林 英勝
元永 和彦
弥永 真生

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

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

准教授 上山 泰
徳本 稯
藤井 樹也

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

TSUKUBA LAW JOURNAL

No.2 December 2007

Articles

- New Trust Law and Business Trust**Makoto Arai** 1
- Significance of Business Purpose Test in Squeeze-out Transactions
.....**Akio Otsuka** 15
- Negligent banking supervision and Member State liability for
breach of Community law.....**Masao Yanaga** 45
- Racial Integration in Schools and Affirmative Action(1)
New Trends in Roberts' Supreme Court of the United States
.....**Tatsuya Fujii** 69
- Consumer Law and Restitution(2).....**Emiko Maruyama** 85

Lecture

- Die aktuelle Entwicklung des deutschen Einwanderungs- und
Integrationsrechts.....**Dr.jur.Hans-Georg Maaßen** 105

ISSN:1881-8730