

# 筑波ロー・ジャーナル

7号

2010年3月

## 論 説

- 憲法と条約の相剋—「第三の道」を求めて—……青柳 幸一 1  
商法における会計基準の受容(7)—イギリス(2)—  
……弥永 真生 51  
借入破産における原状回復請求権の法的性質  
……岡 伸浩 79  
フランス少子化対策の系譜—出産奨励策から一般施策へ—  
(2・完結)……江口 隆裕 103



# 目 次

## 論 説

憲法と条約の相剋——「第三の道」を求めて—— .....	青柳幸一	1
商事法における会計基準の受容(7) ——イギリス(2)—— .....	弥永真生	51
賃借人破産における原状回復請求権の法的性質 .....	岡 伸浩	79
フランス少子化対策の系譜 ——出産奨励策から一般施策へ—— (2・完結) .....	江口隆裕	103



# 憲法と条約の相剋

——「第三の道」を求めて——

青 柳 幸 一

- I. はじめに
- II. VCCR36条に関するICJ判決と連邦最高裁判決
- III. Medellin v. Texas 判決
- IV. Medellin v. Texas 判決における2つのパズル
- V. むすびに——イデオロギッシュな対立を超えて

## I. はじめに

驚異的な技術革新、国境を越える人・モノ・カネの活発な動き、社会の複雑さの増大が引き起こしているグローバル化は、国内の政治的権力にも国際的ガバナンスを求める。さらに、グローバル化の進展は、権力分立論に新たなディレンマ、すなわち、国内権力の国際的委任の問題を惹起する<sup>1)</sup>。この点で最も進んでいるのは、「国家結合」(Statenverbund)と特徴づけられ<sup>2)</sup>、現在27カ国が加盟するヨーロッパ連合(以下、EUと略記。)である。「欧州連合条約および欧州共同体設立条約を修正する条約」(リスボン条約)<sup>3)</sup>は、2000年に発布された欧州連合基本権憲章に法的拘束力を与えるばかりでなく、関税同盟、域内市場の機能に必要な競争ルールの設定、ユーロ導入加盟国の金融政策、共通漁業政策の下での海洋生物資源の保護、共通通商政策に関するEUの排他的

---

1) See J.O. McGinnis, *Medellin and the Future of International Delegation*, 118 *Yale L. J.* 1712, 1714 (2009). なお、国際的委任の概念については、C. A. Bradley & J. G. Kelly, *The Concept of International Delegation*, 1 (2008) 参照。

2) BVerfGE 89, 155 (156).

権限を認め、EUを代表する「大統領」（正式には、欧州理事会常任議長）を置き、分散していた対外的な窓口を「外相」（正式には、外務・安全保障上級代表）に集約し、欧州議会の権限を拡大する等、「国家連邦」であるEUの権限を一層強化する。2008年6月12日に実施された国民投票で否決されたためにリスボン条約発効に向け最大の懸案事項となっていたアイルランドでも、2009年10月2日に実施された2度目の国民投票では、賛成67.13%、反対32.87%で、憲法改正およびリスボン条約批准が承認された。その後、ポーランドが10月10日に、そしてチェコが11月3日に批准書に署名したので、6条2項の規定（「最後の批准書が寄託された月の翌月1日に発効する」）によって、同年12月1日にリスボン条約は発効した<sup>4)</sup>。

国内権力の国際組織への委任は、憲法上の基本原理にかかわる重大な問題を惹起する。たとえば、リスボン条約によるEUの超「国家性」の強化に対しては、信頼できる研究者からも、それがもたらす加盟国の憲法の「終焉」<sup>5)</sup>への懸念が表明されている。このような国家主権自体が問題となる場合以外にも、国際組織への権力の委任は、国際機関・組織の権限と国内における権力分立をめぐる問題を惹起する。政治部門で起こるのが通例であるが、近時それが司法部門でも起こっている。国際司法裁判所（International Court of Justice: ICJ）、ヨーロッパ人権裁判所（European Court of Human Rights）、米州人権裁判所

---

3) 欧州憲法条約からリスボン条約については、Scheller Andreas「ヨーロッパの平和を目指す欧州連合（EU）のゆくえ——欧州憲法条約からリスボン条約へ」阪大法学58巻3-4号753頁以下（2008年）等参照。リスボン条約の翻訳を含む著書として、小林勝『リスボン条約』（2009年）、鷺江義勝（編著）「リスボン条約による欧州統合の新展開」（2009年）があり、EUと構成国の権限関係をテーマにした論稿として、豊崎光衛「リスボン条約と国内法」経済法5号3頁（1962年）、中西優美子「リスボン条約」海外事情56巻4号21頁（2008年）等がある。

4) 外務省「リスボン条約の批准移管するアイルランド国民投票の結果（可決）」（available at [http://www.mofa.go.jp/area/ireland/lisbon\\_09.html](http://www.mofa.go.jp/area/ireland/lisbon_09.html)）参照。さらに、リスボン条約に関するニュースについては、欧州委員会の公式サイトEUROPA>Treaty of Lisbon>News（[http://europa.eu/lisbon\\_treaty/news/index\\_en.htm](http://europa.eu/lisbon_treaty/news/index_en.htm)）参照。

(Inter-America Court of Human Rights) 等の判決国内の裁判所にとって、ICJ 判決等の self-executing 性に関する判断が不可避なものとなってきている<sup>6)</sup>。

2008年3月25日に、アメリカ連邦最高裁判所（以下、連邦最高裁と略称。）は、Medellin v. Texas (552 U.S. 491) 判決である。そこでは、領事関係に関するウィーン条約 (Vienna Convention on Consular Relations [以下、VCCRと表記]) 36条に関する ICJ 判決と国内裁判所の関係に関する興味深い判決を下した。アメリカに対して州裁判所が下した死刑判決の再審査と再考慮 (review and reconsideration : 以下、併せて再審理と表記) を命じた ICJ 判決は、州の裁判所を直接拘束するか否かが争われた。本判決は、ICJ 判決の self-executing 性<sup>7)</sup>、条約に関する大統領権限と議会権限等、グローバル化時代の権力をめぐる「最も広範囲の議論を含む」<sup>8)</sup> 判決である。そして、注目されるのが、VCCR36条違反をめぐる同種の事件に関して、2006年9月19日に下されたドイツ連邦憲法裁判所判決が、アメリカ連邦最高裁判決と異なる判断を示していることである。両裁判所の判断の違いは、国内権力の国際的委任をめぐる比較憲法上の検討という点で、さらには本稿のテーマである憲法と条約相剋をめぐる考察にも、有益な素材を提供するように思われる。

---

5) Vgl. D. Murswiek, Das Ende des Grundgesetzes, Süddeutsche Zeitung vom 17. April 2009.

与党キリスト教社会同盟 (CSU) に所属する連邦議会議員ら 50 名余は、リスボン条約がドイツ連邦共和国基本法に違反するとして連邦憲法裁判所に違憲審査 (抽象的規範統制) を求めた。2009年6月30日、連邦憲法裁判所は、リスボン条約はドイツ連邦共和国基本法に反しないとしたが、他方で、欧州連合の政策決定に関与する点で国内法の改正が必要であるとした (BVerfGE)。連邦憲法裁判所の判決を受けて、連邦議会で9月8日に、連邦参議院で9月18日にそれぞれ改正法案を可決し、9月25日に大統領が批准文書に署名した。

6) See generally J. Ku, International Delegations and the New World Court Order, 81 Wash. L.Rev. 1, 24 - 41 (2006).

7) self-executing という用語は、多義的な用語であり、また様々に訳出されている (岩沢雄司『条約の国内適用可能性』(1985年) 参照)。本稿では、基本的に言語のまま表記し、用語の多義性ととの関係で当該文脈での意味を明示することが必要と思われる場合に訳語をあてることとする。

8) C.A. Bradley, Self - Execution and Treaty Duality, 2009 Sup. Ct. Rev. 131, 131 (2008).

## II. VCCR36条に関するICJ判決と連邦最高裁判決：Medellin v. Texas 判決に至るまで

### 1. VCCR36条の趣旨・目的

1963年に、「領事関係が古くから諸国民の間に確立されてきたことを想起し」、国際連合（以下、国連と略称。）憲章の様々な目的及び原則のうち「友好関係の促進に……留意し」、「領事関係並びに領事上の特権及び免除に関する国際条約も、また、国際組織及び社会制度の相違に拘わらず、諸国間の友好関係の発展に貢献することであろうことを信じ」<sup>9)</sup>て、VCCRが締結された。

問題となる36条「派遣国の国民との通信及び接触」は、以下のような条文である。

#### 1 派遣国の国民に関する領事任務の遂行を容易にするため、

(a) 領事官は、派遣国の国民と自由に通信し、かつ、面接することができる。派遣国の国民は、同様に、派遣国の領事官と通信する自由及び面接する権利を有する。

(b) 接受国の権限ある当局は、派遣国の領事機関の領事管轄区域内において、派遣国の国民が逮捕された場合、裁判に付されるために抑留若しくは留置された場合、又はその他の方法により拘禁された場合において、当該国民の要請があるときは、その旨を遅滞なく当該派遣国の領事機関に通報しなければならない。逮捕、抑留、若しくは留置又は拘禁されている者から領事機関にあてたいかなる通信も、接受国の権限ある当局により遅滞なく、送付されなければならない。同当局は、当該者がこの規定に基づき有する権利について遅滞なくその者に告げなければならない。

(c) 領事官は、抑留、留置又は拘禁されている派遣国の国民を訪問し、その

---

9) VCCR、選択議定書、ICJ規程、国連憲章の条文の日本語訳は、大沼保昭編集代表『国際条約集—2009—』によった。

国民と面談し及び文通し、並びにその国民のために弁護人を斡旋する権利を有する。領事官は、さらに、判決に従いその管轄区域内において抑留、留置又は拘禁されている派遣国の国民を訪問する権利を有する。ただし、領事官が自己のために行動することに対し、抑留、留置又は拘禁されている国民が明示的に反対するときは、領事官は、このような行動を執らないものとする。

2 1に掲げる権利は、接受国の法令に合致して行使されるものとする。もっとも、この条の規定に基づいて与えられた権利の目的を十分に実施することができるものでなければならない。

派遣国の国民の保護は、「古い時代には、これこそ、領事官の本来の任務であった」ほど、「領事任務のうちで、もっとも重要なものの一つ」<sup>10)</sup>といえる。Medellin判決で争点となったのは、36条1項(b)の第3文、すなわち、接受国の「当局は、当該者がこの規定に基づき有する権利について遅滞なくその者に告げなければならない」、という規定である<sup>11)</sup>。第3文には、第1文の、逮捕等された場合の当該派遣国の領事機関へ通報義務と異なり、「当該国民の要請があるとき」という条件が付されていない。一般にVCCR36条1項(b)の定める権利を知らない者が多いと思われるので、むしろ、第3文の本人への通知義務が先行し、そして第1文の本人の「要請があるときに」領事機関への通報義務という流れになるであろう。このような現実を踏まえれば、派遣国の国民の保護という「もっとも重要な」領事任務を果たすためには、接受国側の本人への通知義務が必要不可欠といえる。

10) 横田喜三郎『領事関係の国際法』273頁（1974年）。

11) VVCR36条に関しては、R. E. Woodman, *International Miranda? Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations*, 70-JUL J. Kan. B. A. 41（2001）等参照。なお、「遅滞なく」とは、ICJによれば「3労働日以内」（*Avena*, 2004 I.C.J.12, 52, P97）を意味する。

## 2. VCCR36条1項(b)をめぐるアメリカとICJ

まず、VCCR36条1項(b)をめぐって、Medellin判決以前にアメリカが当事国となったICJ判決を中心に、みておきたい。

(1) U.S.A. v. Iran ([Jan. 12, 1980])。

VCCR草案作成当時（1960年代はじめ）、アメリカは、領事への通告を厳格に遵守させる保証を求めた。その理由は、当時、アメリカ市民が東側諸国で逮捕されても、東側諸国はアメリカ領事にそのことを知らせなかったことであった<sup>12)</sup>。

1979年1月に、A. R. Khomeiniを指導者とする反体制勢力によるイラン革命が発生し、国王はエジプトへ亡命し、革命は成功した。その後、元国王は「がんの治療のため」にアメリカへの入国を求め、アメリカ政府は「人道的見地」からその入国を認め、元国王はアメリカに入国した。

イスラム法学校の学生らは、アメリカが元国王を受け入れたことに反発し、11月4日にテヘランにあるアメリカ大使館を占拠し、領事を含むアメリカ人外交官や警備のために駐留していた海兵隊員とその家族の計52人を人質に、元国王のイラン政府への身柄引き渡しを要求した。

アメリカはイランを相手どり、VCCR条約36条違反を理由にICJに提訴した。アメリカは、領事が誘拐されたことはイランにいるアメリカ市民の領事へのアクセスを奪う、と主張した。1980年1月12日、ICJは、アメリカ国民はVCCR条約36条の権利を有しているとして、アメリカの主張を認める判決を下した<sup>13)</sup>。

---

12) VCCR成立時の議論については、Official Records of the United Nations Conference on Consular Relations, U.N. Goaor, U.N. Doc. A/CONF.25/1-16 prov. Ed. (1963) 参照。

13) U.S.A. v. Iran, 1979 I.C.J. 7; 1980 I.C.J. 3. この判決については、小田滋・国際司法裁判所「テヘランにおけるアメリカ大使館人質事件」ジュリスト1244号252頁以下（2003年）によって紹介されている。アメリカ大使館人質事件ICJ判決については、B. G. Ramcharan, He Good Offices of the United Nations Secretary-General in The Field of Human Rights, 76 A.J.I.L. 130 (1982) 等参照。

## (2) Faulder 事件

次に、ICJではなく、南北アメリカのすべての国が加盟している米州機構(OAS)の米州人権裁判所に提訴された事案であるが、VCCR36条1項(b)違反が問題となったFaulder事件について見ておきたい。なぜなら、この事案は、Medellin事件のときの大統領であったGeorge W. Bushがテキサス州知事の時代に起きた事件であり、知事としてBushがVCCR36条1項(b)違反問題に直面しているからである。

1977年に、テキサス州に住むカナダ国籍のJoseph Stanley Faulderは、殺人罪で死刑判決を受けた。Faulderは、VCCR36条1項(b)の権利を告知されなかった。1992年にカナダ領事がFaulderと接触した後に、カナダは、Bushテキサス州知事(当時)に抗議し、寛大な措置を求めた。カナダのL. Axworthy外務大臣(当時)がアメリカのM. K. Albright国務長官(当時)にこの事件への連邦政府の介入を求めた。Albright国務長官は、Bush知事宛の1998年11月27日付の書簡で温情的救済という政治的解決を求めたが、Bush知事はそれを拒否した。Faulderは、死刑執行を延期する救済を求める州裁判所および連邦裁判所への提訴に引き続いて、米州人権裁判所へも提訴した。その訴えにおいて、Faulderは、テキサス州が、拷問禁止条約、米州人権条約およびアメリカ権利宣言に違反する、残酷で、非人道的で、品位を貶める取り扱いをしている、と主張した。米州人権裁判所は、この訴えが解決するまで死刑執行を延期するようアメリカに求める予防的処置を発した。しかし、この処置は無視された<sup>14)</sup>。1999年6月16日に、第5巡回控訴裁判所はFaulderの控訴を棄却した。その翌日、Faulderの死刑は執行された<sup>15)</sup>。

---

14) 米州人権裁判所は、Faulderの死刑執行後であったが、勧告的意見(The Right to information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law, Advisory Opinion OC-16/99, 1999 Inter-Am.Ct.H.R. (Ser. A) No.16 (Oct. 1, 1999)を出している。

(3) Paraguay v. U.S.A. (1998)

1993年に、パラグアイ国籍をもつAngel Francisco Breardは、ヴァージニア州で、レイプと殺人の罪で死刑判決を受けた。しかし、逮捕の際にも、そして起訴の際にも、Breardは、VCCR36条の権利を告知されなかった。

1998年4月3日、パラグアイは、アメリカを相手どり、VCCR36条違反でICJに提訴した。1998年4月9日、ICJは、ICJの最終決定が下されるまでは死刑を執行しないように、アメリカに指示した。

1998年4月14日、後述するBreard v. Greene判決において、連邦最高裁は、人身保護令状請求を否認した。ヴァージニア州知事は死刑執行の延期を拒否し、同日死刑が執行された。

パラグアイは、Breardの死刑が執行されてしまったので、ICJへの提訴を撤回した<sup>16)</sup>。

(4) Federal Republic of Germany v. U.S. (1999 I.C.J. 9; 2001 I.C.J., 466)

1984年に、アリゾナ州で、ドイツ国籍をもつWalter LaGrandとKarl LaGrand兄弟が銀行強盗の際に銀行員を殺し、死刑判決を受けた。

1992年まで、LaGrand兄弟に対してVCCR36条の権利が否定されていた事実が、明らかにならなかった。しかし、1998年10月、第9巡回控訴裁判所は、

---

15) *Faulder v. Johnson*, 81 F.3d 515 (5th Cir. 1996). cert. denied, 519 U.S. 955 (1996). *Faulder v. Johnson*, 99 F. Supp. 2d 774 (S.D. Tex.1999) ; *Faulder v. Johnson*, 178 F.3d 741 (Fifth Cir., 1999). なお、Faulder 事件に関しては、S. Babcock, *The Role International Law in the United States Death Penalty Cases*, 15 *Leiden J. Int'l L.* 367 (2002) が詳しい。さらに、G. D. Gisvold, *Note: Strangers in a Strange Land: Assessing the Fate of Foreign Nationals Arrested in the United States by State and Local Authorities*, 78 *Minn. L. Rev.* 771 (1994); McGuinness, *Medellin, Norm Potrtal, and The Hoirizontal Integration of International Human Right*, 82 *Notre Dame L. Rev.* 755, 805 (2006); M. Warren, *Bordering on Discord*, *J. Inst Jurist. Int'l Stud.* 79, 88 (2006). V. D. Dinh, *Structures of Governance: "Fixing" International Law with Lessons from Constitutional and Corporate Governance*, 3 *NYU J. L. & Liberty* 423, 438 (2008) 等参照。

16) *Order of 10 November 1998*, I.C.J. Report 1998, p. 426 (Discontinuance).

人身保護令状請求を否認した [LaGrand v. Stewart, 133 F.3d 1253 (9th Cir. 1998)]. 連邦最高裁は、裁量上訴を否認した (525 U.S. 971 [1998])。

1999年2月23日、Karlの死刑が執行された。ドイツは、1999年5月3日にWalterの死刑執行が予定されていたので、その阻止を求めてICJに提訴した。死刑執行の日に、ドイツは連邦最高裁にも提訴したが、連邦最高裁は、その管轄権を否定した (Federal Republic of Germany v. U.S., 526 U.S. 111 [1999])。

アリゾナ州知事は予定どおり死刑を執行すると明言し、その夕方にWalterの死刑が執行された。ドイツは、Paraguay v. USA事件におけるパラグアイとは異なり、さらなるVCCR36条に違反する事態が起こることのないようにすることを求めて、ICJに提訴した。

2001年6月27日、ICJは、LaGrande判決 (F.R.G. v. U.S.) を下した。当該判決は、VCCR条約36条の権利を侵害された外国籍の者に対する州裁判所の判決を実効的に再審理しなければならないとし、そしてVCCR36条の下での権利の効果的な執行を保障することをアメリカに求めた<sup>17)</sup>。

(5) Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Avena判決:2004 I.C.J. 128)

メキシコは、メキシコ国籍をもち、アメリカで犯罪を犯し、死刑を含む有罪判決を受けたAvenaほか合計51名に関するVCCR36条の権利侵害を理由にアメリカをICJに提訴した。その51名のなかには、Medellinも含まれていた。

2004年3月31日、ICJは、アメリカのVCCR36条違反を認め、アメリカにMedellin死刑判決の再審理を義務づけ、さらに、州の手続的懈怠ルールを顧慮することなしに再審理することを求めた<sup>18)</sup>。

---

17) See e.g., S. Baker, *Germany v. United States in the International Court of Justice*, 30 Ga. J. Int'l & Comp. L. 277 (2002); M. Weisburd, *Executive Power and Foreign Affairs: International Decisions, Domestic Courts, and the Foreign Affairs Power*, *Cato Sup. Ct. Rev.* 287 (2005). なお、本判決は、国際司法裁判所判例研究会 (坂元茂樹) 「ラグラン事件」国際法外交雑誌 101 巻 1 号 101 頁以下 (2002 年) で紹介されている。

### 3. VCCR36条をめぐる連邦最高裁判決

Medellin事件に至るまでに、連邦最高裁は、VCCR36条をめぐる2つの判決を下している。

(1) *Breard v. Greene* (523 U.S. 371 [1998])

1993年に、パラグアイ国籍をもちアメリカで暮らすAngel Francisco Breardは、ヴァージニア州で逮捕され、レイプと殺人の罪で死刑判決を言い渡された。連邦最高裁は、裁量上訴を認めなかった(513 U.S. 971)。

1996年に、Breardは、逮捕および起訴の際にVCCR36条の権利を告知されていなかったとして、VCCR36条違反を理由に連邦人身保護令状を求めて連邦地方裁判所に提訴した。連邦地方裁判所は、Breardが州の地方裁判所に訴えを提起していなかった点で手続的懈怠がある等として、訴えを斥けた(949 F. Supp 1255 [1996])。連邦第4巡回控訴裁判所も、原審の判断を支持した(134 F3d 615 [1998])。1998年4月14日、連邦最高裁は、上訴を斥けた<sup>19)</sup>。

Breard判決はper curiamであったが、法廷意見は、Rehnquist長官、

---

18) *Avena*判決に関しては、L. E. Carter, Compliance with ICJ Provisional Measures and Meaning of Review and Consideration on Consular Relations: *Avena* and other Mexican Nationals, 25 Mich. J. Int'l 117 (2003); A. M. Tranel, The Ruling of International Court of Justice in *Avena* and other Mexican Nationals: Enforcing the Right of Consular Assistance in U.S. Jurisprudence, 20 Am. U. Int'l Rev. 403 (2005); R. A. Valencia et al., *Avena* and the World Court's Death Penalty Jurisdiction in Texas, 23 Yale L. & Poly Rev. 455 (2005); N. S. Smartt, What Breard and its Progeny mean for *Avena* and other Mexican Nationals, 19 Temp. Int'l & Comp. L. J. 163 (2005); S. L. Karamanian, Symposium: "Outsourcing Authority?" Citation to Foreign Court Precedent in Domestic Jurisprudence Briefly Resuscitating the Great Writ: the International Court of Justice and the U.S. Death Penalty, 69 Alb. L. Rev. 745 (2006); D. S. Mathias, Current Development: The 2008 Judicial Activity of the International Court of Justice, 103 A.J.I.L. 527 (2009)等参照。

19) See e.g., C. M. Vazquez, Breard and the Federal Power to Require Compliance with ICJ Orders of Provisional Measures, 92 Am. J. Int'l L. 683 (1998); S. Djajic, The Effect of International Court of Justice Decisions on Municipal Courts in the United States: *Breard v. Green*, 23 Hastings Int'l & Comp L. Rev. 27 (1999).

O'Connor, Scalia, Kennedy,そしてThomas各裁判官の意見を表明するものである。それに対して、Souter裁判官がステイットメントを述べ、Stevens裁判官、Breyer裁判官、Ginsburg裁判官が反対意見を書いている。

Breard判決における争点は、VCCR36条が憲法6条2項の最高法規条項を通じて、州の手続的懈怠ルールに対する「切り札」となり得るのか否か、である。連邦最高裁は、訴えを棄却した。その主たる理由は以下の2点である。第1に、VCCR36条は、個人の権利を直接保障するものではない。第2に、VCCR批准後に、議会が手続的懈怠ルールを法律に採用していることからして、後法優先原則のもとで当該法律がVCCRに優先する。したがって、VCCR36条は、州の手続的懈怠ルールに対する「切り札」ではない。ICJのVCCR36条の条文解釈に対して「敬意を払った考慮」を与えるが、その解釈は州の裁判所に対する拘束力を有しない。

Stevens裁判官反対意見は申請の延期を認めることを、Breyer裁判官反対意見とGinsburg裁判官反対意見は死刑執行を延期すべきであると、する。

(2) Sanchez-Llamas v. Oregon, 548 U.S. 331 (2006)

第IV章で見るドイツ連邦憲法裁判所判決の事件とSanchez-Llamas事件とは、事実が類似している。そして、前者ではSanchez-Llamas判決におけるBreyer裁判官反対意見が引用・言及されている。それゆえ、両判決の比較検討のために少々詳しくSanchez-Llamas判決の内容を見ておきたい<sup>20)</sup>。

---

20) See e.g., M. J. Kadish & C. C. Olson, Sanchez-Llamas v. Oregon and Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations: the Supreme Court, the Right to Consul, and Remediation, 27 Mich. J. Int'l L. 1185 (2006); J. G. Ku, Sanchez-Llamas v. Oregon: Stepping Back from the New World Court Order, 11 Lewis & Clark L. Rev. 17 (2007); M. E. McGuinness, Sanchez-Llamas, American Human Rights Exceptionalism and the VCCR Norm Portal, 11 Lewis & Clark L. Rev. 47 (2007).なお、Sanchez-Llymas判決については、林美香(アメリカ法2007-1、144頁以下)が紹介している。

〈事実の概要〉

2つの事件が、本件において併合審理されている。

第一の事件は、メキシコ国籍をもつ Moises Sanchez-Llamas が、警察との銃撃戦ののちに逮捕されたことに端を発する。Sanchez-Llamas は、メキシコ領事機関に通報できることを告知されないまま、取り調べにおいて発砲に関して自己に不利な供述を行った。その後、Sanchez-Llamas は VCCR36 条の権利を告知されなかったことを理由の一つとして、この供述を裁判の証拠から排除するように求めた。

オレゴン州裁判所は、この主張を斥け、Sanchez-Llamas を有罪とした。同州控訴裁判所も州最高裁判所も、この判断を支持した。州最高裁判所は、領事関係条約 36 条が司法手続で執行可能な個人の権利を付与するものではない、とも判示した。

もう一つの事件において、ホンジュラス国籍をもつ Mario Bustillo は殺人の疑いで逮捕、起訴されたが、ホンジュラスの領事機関に通報できることを告知されなかった。第 1 審では有罪判決が下され、控訴審もこれを支持した。その後 Bustillo は、人身保護令状の発給を求めて提訴したが、そこで初めて VCCR36 条の権利が侵害されたことを申し立てた。しかし、Bustillo は、それ以前の裁判において VCCR36 条の権利侵害を申し立てていなかった。それゆえ、Bustillo 主張は、手続上の懈怠があるとして斥けられた。ヴァージニア州最高裁判所も、この判断を支持した。

連邦最高裁は、上訴を棄却した（5対4判決）。

法廷意見は Roberts 首席裁判官が執筆し、Scalia, Kennedy, Thomas, Alito 各裁判官が同調している。Stevens と Souter 各裁判官が同調する反対意見は、Breyer 裁判官が執筆している。Ginsburg 裁判官は、結論の点で法廷意見に同意し、Breyer 反対意見の Part II の部分に同意した。

法廷意見は、VCCR36 条が国内の司法手続において執行可能な権利を個人に付与するか否かについては判断せず、それが付与されているとの仮定のもとで議論を進める。

〈Sanchez-Llamas 事件法廷意見〉

Sanchez-Llamas は VCCR36 条上の権利について当局から告知されなかったことを理由に、警察で行った供述を証拠から排除するよう主張する。しかし、連邦最高裁の州に対する監督権限には、連邦制度上の制約がある。Sanchez-Llamas の主張するような連邦最高裁による州の司法手続への介入に根拠があるとすれば、それは条約でしかありえない。Sanchez-Llamas は VCCR36 条 2 項に依拠して、この条約違反に対して司法手続上の救済措置が求められる、と主張する。しかし、VCCR は、その 36 条の権利を「接受国の法令に反しないように行使する」と定める。接受国の法令にあたるアメリカの法制度においては、Sanchez-Llamas の主張するような証拠排除法則は、第 4 修正、第 5 修正違反に対する救済として用いられる。先例も、憲法に違反する取調べや捜査、並びに適正手続に反して得られた自白などの限られた場合にのみ、証拠排除を認めている。これに対して、VCCR36 条の権利は証拠収集とは関係がなく、ただ外国人が当局を介して領事機関へ通報する権利を保障しているにすぎない。この権利を告知されなかったことが信頼性の低い自白に直結する可能性は低く、証拠を排除することが適切とされる第 4 修正、第 5 修正の違反とは事情が全く異なる。それゆえ、供述の証拠排除を VCCR36 条違反の救済措置とすることは、きわめて均衡を失する。さらに、Sanchez-Llyamas が VCCR36 条に基づいて主張する利益は、適正手続の保障等で憲法、法律によって保護されている。また、VCCR 上の権利は、証拠排除以外の方法でも実現できる。

VCCR も、証拠排除法則に関する先例も、警察への供述を証拠から排除することが、VCCR 違反に対する適切な救済措置であることを示していない。

〈Bustillo 事件法廷意見〉

Bustillo は、VCCR36 条に依拠する請求に対しては手続的懈怠ルールを適用できない、と主張する。本裁判所はすでに Breard v. Greene, 523 U.S. 371 (1998) において、類似の主張を却けている。しかし、Bustillo は、Breard 判決が本件を拘束する先例ではない、と主張する。そのなかで特に重要なのは、ICJ の LaGrand 事件、Avena 事件両判決に関する主張である。ICJ によって下さ

れた両判決では、アメリカ当局が条約に違反して外国人に対する条約上の権利の告知を怠ったために手続的懈怠が発生したとされた。ICJによれば、手続的懈怠ルールを適用したために、これらの外国人はこの条約違反に対する法的な意味づけを認められなかった。Bustilloは、これらのICJ判決を理由にBreard判決の再検討を主張した。

法廷意見は、次のように判示した。

ICJによるVCCRの解釈は敬意をもって考慮するが、それはBreard判決の示した条約解釈の変更を余儀なくするものではない。ICJの判決は裁判当事国のみしか拘束せず、さらにICJ内においてさえ先例拘束性をもたない。また、ICJは国家間の紛争の処理を主たる目的としており、国連憲章の関連規定も、ICJ判決の不履行の救済措置として国連安全保障理事会による国際的な救済を予定している。このようなICJの構造および目的からは、ICJの解釈がアメリカの裁判所を拘束するという意図は全く読み取れない。さらに、Avena事件判決後に、アメリカは、VCCRに関する紛争解決についてICJの管轄権を認める選択議定書から脱退した。アメリカがもはやICJの管轄権を認めていない分野において、ICJの見解に決定的な重みを与えることには疑問がある。

また、ICJによる条約解釈といえども、条約の文言を超えることはできない。手続的懈怠ルールは、VCCR36条2項にいう「接受国の法令」にあたる。LaGrand事件判決でICJは、手続的懈怠ルールを適用することはVCCR36条の「権利の目的とするとを十分に達成する」義務に反すると結論づけた。ICJのこの判断は、対審構造におけるこのルールの重要性を見落としている。VCCR36条の権利の目的を十分に達成する義務をICJのように理解するならば、手続的懈怠ルールだけではなく、訴訟当事者に適切な時間の枠内での請求提示を要求するいかなるルールも、VCCR36条の要求に負ける結果になる。このICJの解釈を採用することは、VCCR36条の権利は「接受国の法令に反しないように行使する」とする明確な文言を無意味にする。したがって、Breard判決の結論のとおり、VCCR36条の権利に関する請求にも、他の請求の場合と同様に、手続的懈怠ルールが適用し得る。

〔Breyer 裁判官反対意見〕（Stevens、Souter 各裁判官同調）

VCCR36 条は、個人に対して司法手続で援用できる権利を付与する。証拠排除が VCCR 違反に対する適切な救済である場合がありえる VCCR36 条の権利に関する請求においては、手続的懈怠ルールを排除しなければならない場合があり得る。

〔Ginsburg 裁判官同意意見〕

Ginsburg 裁判官は、一方で、VCCR36 条は個人に司法手続で援用できる権利を付与する、という点は Breyer 裁判官反対意見に同調する。しかし、他方で、証拠排除および手続的懈怠ルールに関しては、法廷意見の結論に同調する。

### Ⅲ. Medellin v. Texas 判決

#### 1. 事実経過

本件に関する事実経過を年表ふうに纏めると、以下のようになる。

1993 年 6 月 24 日 メキシコ国籍を有し、3 歳からアメリカで暮らし、事件当時「黒と白」ギャング団の一員であった Jose Ernesto Medellin が、仲間と一緒に 2 人の少女をレイプし、殺害した。1993 年 6 月 29 日午前 4 時頃、Medellin は逮捕された。

同日 5 時 54 分～7 時 32 分の間に、警察職員は、Medellin にミランダ警告を告げた。しかし、VCCR36 条の権利は、Medellin に告知されなかった。

1994 年 10 月 11 日 Medellin v. State : 死刑判決

1997 年 3 月 19 日 Medellin v. State (Tex. Crim. App.) : 原判決支持

\* Medellin は、有罪宣告後の救済として、VCCR36 条約違反を理由に州人身保護令状の発給を求めて提訴した。

2001 年 1 月 22 日 Ex parte Medellin (339th Dis. Ct.) : 手続的懈怠ルールにより、請求否認

2001 年 10 月 3 日 Ex parte Medellin (Tex, Crim. App.) : 控訴棄却

\* Medellin は、テキサス州の刑事手続が VCCR 条約違反であることを理由に、連邦人身保護令状の発給を求めて提訴した。

\* Medellin は、上訴適格性の証明書（Certificate of Appealability:COA）を求めて申立て

2003年4月17日 Medellin v. Cockrell, (S.D. Texas) : COA を否認し、VCCR36条違反の訴えも棄却

\* Medellin は、連邦控訴裁判所にCOAを求めて申立て

2003年6月25日 Medellin v. Cockrell (S.D. Tex.) : 人身保護令状の請求を棄却し、COAも否認

\* 2004年3月31日 ICJ : Avena 判決

2004年5月20日 Medellin v. Dretke (371 F. 3d 270 [5th Cir. Tex.]) : COA 否認

第5巡回控訴裁は、前述したBreard判決を引用しつつ、VCCR違反を理由とする請求は手続的懈怠ルールに服する。かりにVCCR違反の訴えが手続的懈怠でなかったとしても、VCCR36条は、個人が執行できる権利を与えるものではない。

2004年12月10日 Medellin v. Dretke (543 U.S. 1032) : 裁量上訴を認める

\* 2005年2月28日 Bush大統領覚書

①将来に向けてこの条約の問題についてICJの管轄を認めた選択議定書から脱退する

②州裁判所がAvena判決に従うことで、条約を遵守する

\* 連邦最高裁は、裁量上訴許可を取り消し、事件を連邦控訴審に差し戻す

\* Medellin は、大統領覚書とICJ判決に依拠して、再度連邦人身保護令状の発給を求めて提訴

2005年5月23日 Medellin v. Dretke, 544 U.S. 660 [Medellin I 判決]

2006年11月15日 Ex parte Medellin, 223 S.W. 3d 315 (Tex.Crim.App.) : 棄却 : Avena判決も大統領覚書も、「拘束力のある連邦法」ではない。

2007年4月30日 Medellin v. Texas (550 U.S. 917) : 裁量上訴を認める。

2008年3月25日 Medellin v. Texas : 棄却 [Medellin II 判決]

## 2. 法廷意見

法廷意見は、Roberts長官により執筆され、Scalia, Kennedy, Thomas, Alito各裁判官が同調している。法廷意見の要旨を、論点ごとに纏めることとした。

### (1) 国際条約の self-executing 性

self-executing な条約は、そのまま国内法の効力を有する。したがって、条約が self-executing なものでない限り、連邦議会が国内法化する立法を行わなければ、条約は拘束力のある国内法とはならない。ICJ 判決が self-executing であるか否かは、関連条約のテキストから判断する。VCCR の選択議定書は、ICJ の管轄に関する規定であって、判決の効果や執行力については何も定めていない。その執行をどのように行うかは、締約国に委ねられている。国連憲章 94 条 1 項の "undertakes to comply" は、その文言からしてアメリカの州の裁判所を拘束しない。したがって、VCCR に関する ICJ 判決は、国内立法がなされない限り、合衆国の裁判所を拘束する連邦法ではない。

### (2) 大統領権限

#### 〈大統領覚書〉

憲法上、大統領覚書によって、州の手続法を無視して、51 人のメキシコ人の請求について確定した判決の再審査を州政府に義務づけることはできない。大統領覚書も、それ自体としては、拘束力のある連邦法ではない。

大統領権限は、*Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952) における Jackson 裁判官の補足意見によれば、3 つに分類される。すなわち、① 議会が明示的に授権していれば、完全に大統領の権限である、② 議会が「同意」(acquiescence) すれば、大統領は権限を行使できる、③ 議会が大統領に禁止も授権もしていない領域である。本件の場合、第 3 類型に該当する。

条約から州に条約の遵守を義務づける権限が導き出されることに、議会は黙示の同意を与えていない。議会は大統領に、ICJ における訴訟代理権を与えてはいる。しかし、それは、自動執行的でない条約を自動執行的な条約に変える

までの権限を大統領に与えるものではない。

本件にかかわる条約も ICJ 判決も自動執行力のあるものではないので、議会が新たに授權しない限り、大統領が国際法を国内法化する権限を条約から導き出すことは認められない。また、ICJ 判決の執行を州に強制することも、議会の授權の範囲外である。

#### 〈大統領の外交権限〉

大統領の命令も、憲法に基づいて発せられなければならない。国際法違反であることを理由にテキサス州にその是正を求める命令を発する権限は、そもそも憲法第2編の大統領権限には含まれていない。

政府は、行政協定を用いて外国との様々な問題を解決してきており、それを判例は合憲としている。しかし、本件における大統領覚書は、州法上の人身保護令状の発給を強制するものであり、外国との問題解決のための行政協定とは異なる。

大統領独自の外交権限には、州に対して条約遵守を義務づける権限は含まれていない。そのような権限に対して議会が黙示の同意を与えることが長い伝統になっているということは、全くない。

#### 〈憲法第2編3節の「法を適切に執行する」権限〉

ICJ 判決自体がそのまま連邦法にならないので、そのような判決を執行する権限は憲法第2編3節に含まれない。

#### (3) 憲法6条2項：最高法規条項（supremacy clause）における「法」

連邦法であるならば、最高法規条項によって州法も拘束される。

条約の国際法の効力と国内法の効力は、別のものである。条約が最高法規条項のもとで「法」といえるためには、憲法の定める手続に従って、議会によって国内法化されなければならない。国内法化された国際法は、「法」として合衆国を支配する。本件にかかわる条約は国内法化されていないので、ICJ 判決は、憲法6条2項にいう「法」とはいえない。

### 3. Stevens 同意意見

Stevens 裁判官は、Breyer 反対意見の英知を讃える。そして、最高法規条項のテキストと歴史、そして法廷意見が引用する先例は、本件で争われている Avena 判決が非自動執行的であることを支持しない、と法廷意見を批判する。しかし、他方で、国連憲章 94 条 1 項の “undertakes to comply” という文言の解釈の点で、Stevens 裁判官は、法廷意見に賛成する。

憲章 94 条 1 項の “undertakes to comply” という文言は、合衆国に ICJ 判決に即座に従うことを要求するものではなく、むしろ「ICJ 判決を執行するために追加的処置をとることを約束する」ことだけを意味する。とりわけ、それは、合衆国の裁判所が ICJ 判決の遵守を保証することを意味するものではない。それは、政治部門のための文言である。実際に、政治家は、どのように ICJ 判決を遵守するかばかりでなく、ICJ 判決を遵守するか否かさえ決定できる。“undertakes to comply” という文言は、合衆国が ICJ の決定に従う「べし」(shall)、あるいは従わ「ねばならない」(must) ということの意味するものではない。

Avena 判決に従うことによるテキサス州のコストは、最小限であろう。他方で、Avena 判決を尊重することを拒否することによるコストは、重大である。それは、必要不可欠な利益である国家の名誉を害する。「私が同調する法廷意見は、テキサス州によるさらなる適切な行動を閉め出してはいない」と述べる Stevens 裁判官は、テキサス州が再審理すべきであると信じている、といえるであろう。

### 4. Breyer 反対意見 (Souter, J, & Ginsburg, J. 同調)

Souter 裁判官と Ginsburg 裁判官が同調する Breyer 反対意見は、Avena 判決自体が self-executing であるか否かよりも、Avena 判決のための基礎を為す条約群が self-executing であるか否かに焦点を合わせて、考察している。その際、反対意見の主張の主たる「場」は、憲法 6 条 2 項の最高法規条項である。

反対意見は、6 条 2 項のなかの “all” という文言を強調する。条文によれば、

すべての条約が「国の最高法である」。そして、「すべての州の裁判官は、それに拘束される」。ICJ判決に関連して合衆国によって約束された条約上の義務は、議会によって制定された法律と同じように、「裁判所を拘束する」。

しかしながら、反対意見は、特定の条約の規定が「テキスト上の明瞭さ」をもってself-executingであるか否か、明確に応答する先例はない、と指摘する。さらに、もし条約が明確に規定はself-executingであると述べていたならば、多くの国はそのような条約に加入しないであろう、とも反対意見は指摘する。このように、条約の規定の文言が決定打にならないので、反対意見は、連邦最高裁が争われた条約をself-executingであると認めている先例を分析する。

先例の分析から、反対意見は、self-executingか否かを判断する7つの「文脈に特定の基準」（context-specific criteria）を抽出する。それは、①文言、②個人の権利の創設、③論理的帰結、④個別的判断（judgment-by-judgment）アプローチ、⑤個別的判断には、立法的基準よりも司法的基準の方が適切である、⑥当該条約を自動执行的としても他の部門との憲法上の衝突がなく、当該条約が新しい私的訴権を含まないこと、⑦議会及び大統領の賛否、である。反対意見は、条約の主題と7つの要素からしてAvena判決におけるICJの判断がアメリカを拘束し、Avena判決はさらなる立法を必要とせず拘束力のある国内法になる、と結論づける。

国連憲章94条1項の“undertaken to comply”という文言を、反対意見は、法廷意見よりも狭く解釈する。反対意見によれば、この文言は「現在の執行義務」を創出する。そして、反対意見は、Avena判決を執行しないことが「実効的な国際組織を創り出す……長期にわたる努力を掘り崩すことになる」、と警告する。

反対意見は、大統領覚書の合憲性について詳述していない。しかし、そのことは、大統領権限に関する法廷意見の見解に同意していることを意味するわけではない。反対意見は、法廷意見と異なり、大統領の外交権限をJackson3類型の第2類型と位置づける。すなわち、議会がそのような権力の執行を認定もしなければ禁止もしていない領域に関する権限である。したがって、反対意見

によれば、本件における大統領覚書は、大統領権限として容認されることになる。

反対意見は、法廷意見の結論がもたらす影響に関しても、法廷意見を批判する。法廷意見は、外国でのアメリカに対する評判を落とす可能性を増す。法廷意見が先例を適切に考慮することに失敗したことは、判決を無視する国民を生み出すかもしれない。本判決によって国際裁判所の判決の執行がますます今後困難になり、そしてそれゆえに「われわれの憲法が拠って立つ法の支配を弱体化する」。

#### IV. Medellin v. Texas 判決における2つのパズル

Medellin II 判決に関してシンポジウムが開催されるなど、とりわけ国際法研究者から注目を集めている判決であり、多くの論稿<sup>21)</sup>が公表されている。

法廷意見は、2つの理論上のパズルを惹起している。第1のパズルは条約の自動執行性についてであり、第2のパズルは大統領権限についてである。これら2つのパズルは、いずれも、憲法解釈、条約解釈の問題でもある。これらのパズルを紐解く前に、Medellin 事件をめぐる一連の判決の位置づけを明らかにしておきたい。

##### 1. Medellin 判決の位置づけ

###### (1) 本判決後の動向

本判決後も、Medellin をめぐる訴訟は続く。

2008年7月16日 ICJは、再度メキシコの訴えを取り上げて、アメリカに条約違反の死刑執行を停止する義務があることを確認する判決を下す。

2008年7月22日 Medellin v. Quarterman, (S.D. Tex.) : 請求棄却

2008年7月31日 Ex parte Medellin, 280 S.W. 3d 854 (Tex, Crim, App.) : 棄却

\* Medellin は、再度、連邦最高裁に死刑の停止を求める申立てを行う。

2008年8月5日 Medellin v. Texas, 129 S.Ct. 360 [Medellin III 判決] : 棄却

Medellin III 判決における対立のポイントは、連邦議会の動きへの評価である。

反対意見は、連邦議会にこの問題に対処するための立法の動きがあるので、いったん死刑の執行を停止して、連邦政府の見解を聞くために訟務長官の意見を聴取すべきである、と主張した。しかし、法廷意見は、2004年にICJがAvena

---

21) Medellín II 判決に関する論稿として、The Supreme Court Leading Cases, 122 Harv. L. Rev. 276 (2008); Bradley, *supra* note 8; Bradley, The Bush Administration and International Law, 4 Duke J. Const. Law & Pub. Pol'y 57 (2009); C. M. Cerna, The Right to Consular Notification as a Human Right, 31 Suffolk Transnat'l L. Rev. 419 (2008); J. Cerone, Making Sense of the U.S. President's Intervention in Medellín, 31 Suffolk Transnat'l L. Rev. 279 (2008); S. Charnovitz, AGORA: Medellín: Revitalizing the U.S. Compliance Power, 102 A.J.I.L. 551 (2008); Dinh, *supra* note 15; B. Geslison, Recent Development: Treaties, Execution, and Originalism in Medellín v. Texas, 128 S. Ct. 1346 (2008), 32 Harv. J.L. & Pub. Pol'y 767 (2009); M. D. Hallerman, Medellín v. Texas: The Treaties that Bind, 43 U. Rich. L. Rev. 797 (2009); S. N. Herman, Twentieth Annual Supreme Court Review: Criminal Procedure Decisions from the October 2007 Term, 25 Touro L. Rev. 625 (2009); T. Marks, The Problems of Self-Execution: Medellín v. Texas, 4 Duke J. Const. Law & Pub. Pol'y 191 (2009); M. A. McCall et al., Criminal Justice and the U.S. Supreme Courts 2007-2008 Term, 36 S. U. L. Rev. 33, 67-70 (2008); M. E. McGuinness, International Decisions: Medellín v. Texas, 102 A.J.I.L. 622 (2008); J. Goldsmith & D. Lovinson, Law for States, 122 Harv. L. Rev. 1791 (2009); S.L. Metz, Note: Medellín v. Dretke and Medellín v. Texas, 36 Cap. U.L. Rev. 1131 (2008); J. F. Murphy, Medellín v. Texas: Implications of the Supreme Court's Decision for the United States and the Rule of Law in International Affairs, 31 Suffolk Transnat'l L. Rev. 247 (2008); M.S. Paulsen, The Constitutional Power to Interpret International Law, 118 Yale L. J. 1762 (2009); J. J. Paust, Medellín, Avena, The Supremacy of Treaties and Relevant Executive Authority, 31 Suffolk Transnat'l L. Rev. 301 (2008); J. Quigley, President Bush's Directive on Foreigners under Arrest: A Critique of Medellín v. Texas, 22 Emory Int'l L. Rev. 423 (2008); Quigley, "If You Are Not a United States Citizen ...": International Requirements in the Arrest of Foreigners, 6 Ohio St. J. Crim. L. 661 (2009); I. Shapiro, International Law and the War on Terror, 2007-08 Cato Sup. G. Rev. 63 (2007-2008); P. B. Stephan, Open Doors, 13 Lewis & Clark L. Rev. 11 (2009); C. M. Vazquez, The Separation of Powers as a Safeguard of Nationalism, 83 Notre Dame L. Rev. 1601 (2008); E.A. Young, Supranational Rulings as Judgments and Precedents, 18 Duke J. Comp. & Int'l L. 477 (2008) 等がある。

なお、Medellín II 判決における連邦主義に関しては、PANEL DISCUSSION: Medellín v. Texas: PANEL 2: Presidential Power and Federalism, 6 Geo. J.L. & Pub. Pol'y 160 (2008); C. Jackson, The Anti-Commandeering Doctrine and Foreign Policy Federalism-The Missing Issue in Medellín v. Texas, 31 Suffolk Transnat'l L. Rev. 335 (2008) 等がある。

判決を下してから4年余りあったのに、連邦議会はこの問題への対処をしてこなかったことを挙げて、死刑執行を延期しなかった。

同日：テキサス州は、死刑を執行した。

(2) 3つのMedellin判決における見解の分布

3つのMedellin判決における見解の分布は、以下のとおりである。

① Medellin I判決：5（4：1）対4（per curiam）

多数意見：Rehnquist, Scalia, Kennedy, Thomas

同意意見：Ginsburg（ScaliaがPart IIのみ同調）

反対意見：O'Connor, Stevens, Breyer, Souter

② Medellin II判決：6（5：1）対3

多数意見：Roberts, Scalia, Kennedy, Thomas, Alito

同意意見：Stevens.

反対意見：Breyer.; Souter, Ginsburg.

③ Medellin III判決：5対4（per curiam）

多数意見：Roberts, Scalia, Kennedy, Thomas, Alito

反対意見：Stevens, Breyer, Souter, Ginsburg.

Medellin事件に関する3つの判決の分析との関係で、まず指摘されるのは裁判官の交代の影響である。

Rehnquist長官からRoberts長官への交代は、どちらも条約に対する憲法優位派であるので、その点での変化はないといえる。それに対して、O'Connor裁判官の後任として選ばれたAlito裁判官への交代は、国内法・国際法調和派から憲法優位派への交代といえるものであった。この交代は、Medellin II判決とMedellin III判決が示しているように、この種の問題に関して、いわば安定的多数派をつくり出したといえるであろう。

第2に注目されるのは、多数・少数の組合せに関する点である。この点でとりわけ注目されるのが、そもそも国内法・国際法調和派であるStevens裁判官である。Stevens裁判官は、Medellin II判決では結論において法廷意見に同意

している。Stevens 裁判官が法廷意見に与した理由は、すでに見たように、国連憲章 94 条の条文解釈であった。Medellin II 判決における Stevens 裁判官の同意意見に調停的役割を見る指摘もある。それは、結果に対するキャストイング・ポートを握ろうとする、いわば「政治的」動きではなく、多数意見と少数意見との間のイデオロギー的および哲学的隔たりに橋を架ける試み<sup>22)</sup>としての評価である。

### (3) Medellin II 判決に対する総体的評価

まず、Medellin II 判決の判例法上の位置づけを確認しておきたい。

判例は ICJ 判決に直接的効力を与えてきてはいないので、その点では Medellin II 判決は判例の重大な変更というわけではない<sup>23)</sup>。ただし、連邦最高裁が条約に基づく請求を、条約が非自動執行的であることのみを理由に否定した初めての判決ではある<sup>24)</sup>。さらに、連邦最高裁の歴史を通してても、「最も広範囲の議論を含む」<sup>25)</sup> 判決であるといえるであろう。

そのうえで、Medellin II 判決法廷意見への相対的評価をみてみると、一方で、「穏当で、かつ入念な」<sup>26)</sup> 判決である等と、法廷意見を高く評価する声がある。他方で、とりわけ国際法学者と実務家から、失望と不安の声が起こっている。「国際的法共同体に衝撃波を送った」<sup>27)</sup>、クリントン大統領時代の国務省の高官で、現在 Yale Law School の Dean である Harold Koh は、「外交サークルに大

---

22) R.M. Landers, *The New Federalization Movement and the Roberts Court*, 42 *Suffolk U. L. Rev.* 77 (2008)

23) C. A. Bradley, *Medellin: Intent, Presumptions, and Non-Self-Execution Treaties*, 102 *A.J.I.L.* 7540, 547 (2008)

24) Vasquez, *Medellin: Less than Zero?*, 102 *A.J.I.L.* 563 (2008).

25) Bradley, *supra* note 8.

26) Posting of Paul Stephan to *Opinio Juris* <<http://opiniojuris.org/2008/03/25/medellin-v-texas-modest-and-fairly-careful/>>.

27) See J. K. Levit, *The International Court of Justices and Foreign Nationals on Death Row in the U.S.: Does Medellin Matter?*, 77 *Fordham L. Rev.* 617, 617 (2008).

混乱を生み出す」<sup>28)</sup>ことを案じている。さらに、本判決は司法の多国籍主義 (transnationalism) への一撃である<sup>29)</sup>、連邦最高裁は国際的義務の履行においてより良い役割を果たすことを放棄した<sup>30)</sup>、といった指摘もある。

## 2. 法廷意見における第1のパズル：条約の self-executing 性

法廷意見における第1のパズルは、条約の self-executing 性をめぐる問題である。すでに、条約の self-executing 性に関するアメリカ判例についても詳細な研究<sup>31)</sup>がすでになされているが、本稿での検討に必要な限りで要約しておきたい。

### (1) self-executing / non-self-executing 論の形成

アメリカ判例における条約の self-executing 論には、長い歴史がある。その萌芽は、18世紀末にまで遡り、19世紀前半に self-executing と non-self-executing 論が初めて明確に区別され、そして20世紀半ばに条約の self-executing / non-self-executing の区別論が世界へと広まることとなった。

#### ① Ware v. Hylton, 3 Dall. 199 (1796) Iredell 裁判官同意意見

Medellin II 判決における Breyer 反対意見が言及している<sup>32)</sup> Ware v. Hylton, 3 Dall. 199 (1796) における Iredell 裁判官同意意見のなかに、条約の self-executing 性と non-self-executing 性を区別する萌芽を見出すことができる。本判決で問題となったのは、イギリスとの平和条約4条（「双方の債権者は…債務の回収に対して何の法的妨害も受けないと合意される」）である。

28) H. H. Koh, A Community of Reason and Rights, Introduction, 77 Fordham L. Rev. 583 (2008).

29) M. E. McGuinness, Three Narratives of Medellin v. Texas, 31 Suffolk Transnat'l L. Rev. 227 (2008).

30) C. G. Buys, The United States Supreme Court Misses the Mark, 24 Conn. J. Int'l L. 39, 52 (2009)

31) 岩沢・前掲注7 157-217頁参照。

32) 552 U.S., at 541-44.

Iredell 判事は、その同意意見において、“executed”な条約規定と“executory”な条約規定を区分している。“executed”と“executory”という区別は契約法に由来する区別であり、self-executing 性の有無とは異なる内容の言葉ではあるが、「両者の区別の萌芽」<sup>33)</sup>を読み取ることはできる。

② Foster v. Neilson, 27 U.S. (2 Pet.) 253 (1829)

“self-executing”な条約と“non-self-executing”な条約を初めて明確に区別したのは、1829年の Foster v. Neilson である。

Foster 判決は、Medellin II 判決の法廷意見でも引用されている判決なので、少々詳しく見ておきたい。

争点となった条約は、1819年のアメリカとスペインの間で締結された土地割譲条約である。原告は、1804年にスペイン総督からミシシッピ川の東に存在する土地を付与されたと主張し、1819年のアメリカとスペインの間の条約を援用しつつ、当該土地の明渡しを求めた。当該条約2条で、スペイン国王が合衆国に対してミシシッピ川の東に存在し国王に属するすべての領土を割譲すると規定している。そして、その割譲された土地に関して、8条で、1818年「以前に陛下又は陛下の合法的な当局によってなされた土地の付与は、すべてその土地を占有している者に対して……是認かつ確認される (shall be ratified and confirmed)」と規定している。

Marshall 連邦最高裁長官は、棄却判決において、「われわれの憲法は、条約を国の法であると宣言している。したがって、条約は、何の立法規定の補助なくしてそれ自身で作用するときは、裁判所において立法府の法律と同等のものとなさなければならない。しかし、規定の文言が契約を意味する場合や、当事国のいずれかが特定の行為を行うことを約束する場合には、条約は、司法部門ではなく、政治部門に向けられている。それが裁判所の準則になる前に、立法府がその契約を執行しなければならない」とする。そのうえで、スペイン国王によってなされた付与は「ここに是認される」(are hereby confirmed)で

---

33) 岩沢・前掲注7。

はなく、「それらの付与は占有している者に対して是認かつ確認される」(shall be ratified and confirmed) という8条のテキストを「契約の文言であるように思われる」と捉え、条約のself-executing性を否定した。

③ *Fujii v. State*, 217 P.2d 481 (1950年)

1950年にカリフォルニア州最高裁判所で下された *Fujii v. State* 判決が、周知のように、self-executing条約という概念を世界に広めた。

日本国籍を有する原告は、1913年以降は継続的にアメリカに居住していた。1948年に、原告は、カルフォルニア州で土地を購入した。しかし、州は、市民権取得の資格がない外国人の土地所有を制限する外国人土地法に基づいて、その土地を没収した。第一審の裁判所は没収を適法と認めたが、カルフォルニア州控訴裁判所は、この外国人土地法は人種又は皮膚の色に基づいて日本人を差別しているから国連憲章に反し執行されえない、と判示した。

カリフォルニア州最高裁は、国連憲章の人権関係規定はself-executingではない、と判示した。州最高裁がself-executingか否かを判断した基準は、「条約の文言によって表明される締約国の意思」であり、もし条約の文言がはっきりしない場合には「その執行をめぐる事情」の参照である。そして、州最高裁は、国連憲章前文や1条が「個々の加盟国に法的義務を課すこと又は私人に権利を創設することを意図していない」こと、55条や56条も「批准により直ちに私人に裁判可能な権利を創設する意思を示すような命令的性質と確定性を欠いている」ことから、国連憲章のself-executing性を否定した。

(2) self-executing概念の多義性

Medellin II 判決法廷意見自らも「"self-executing"というラベルは、場合によって、異なる意味を伝えるために用いられてきている」<sup>34)</sup>と述べているように、self-executingは多義的な用語である。それは、岩沢雄司によれば<sup>35)</sup>、国

---

34) 552 U.S., n.2, at 505

35) 岩沢・前掲注7、162-66頁、281-310頁参照。

内適用可能性と直接適用可能性とに大別できる。

Medellin II 判決の法廷意見が self-executing / non-self-executing を定義しているのは、本文ではなく、注2 (552 U.S., at 505) においてである。法廷意見は、self-executing を「自動的に (automatically) に国内的効力を有することと定義し、non-self-executing を「国内的に執行可能な…効力を有するか否かは、議会によって制定される履行立法次第である」と定義している。self-executing / non-self-executing に関するこの短い言及から、2つのことが指摘できる。一つは、両者を国内的効力の有無で区別していることであり、他の一つは、「自動的に」という言葉が「履行立法を必要としないで」という意味で使われていることである。ただし、法廷意見は、他の箇所では、「もし ICJ 判決が自動的に執行可能な国内法とみなされるならば、それらは即時的かつ直接的に州と連邦の裁判所に対して拘束力を有すると思われる」<sup>36)</sup>とも述べている。そこでは、「自動的に執行可能」という言葉が「直接的拘束力」と結びついている。ここにも、self-executing / non-self-executing の概念をめぐる不明瞭さを垣間見ることができるように思われる。

### (3) 条約の self-executing 性に関する学説

条約の self-executing 性に関する学説は、3つに大別できる。それは、強い推定説、個別・具体的判断説、そして反・自動執行的条約説である。

強い推定説は、条約は自動執行的条約であると強く推定する<sup>37)</sup>。それに対して、反・自動執行的条約説は、議会の「明瞭なステイトメント」(clear

---

36) 552 U.S., at 510.

37) See e.g., C. M. Vazquez, *The Four Doctrines of Self-Executing Treaties*, 89 *Am. J. Int'l L.* 695 (1995); Vazquez, *Treaties as Law of the Land: The Supremacy Clause and the Judicial Enforcement of Treaties*, 122 *Harv L Rev* 599 (2008); L. Henkin, *Foreign Affairs and the United States Constitution* 199 (2d ed 1996); M. S. Flaherty, *History Right? Historical Scholarship, Original Understanding, and Treaties as "Supreme Law of the Land"*, 99 *Colum L Rev* 2095 (1999); J. J. Paust, *Self-Executing Treaties*, 82 *Am J Int'l L* 760 (1988).

statement) がない限り、条約は非自動執行的条約とする<sup>38)</sup>。そして、個別・具体的判断説は、どちらとも強く推定せず、個別的に判断する<sup>39)</sup>。

Medellin II 判決法廷意見は、非・自動執行的条約説と反・自動執行的条約説との折衷の見解と言えようか。個別に判断するが、自動執行的条約といえるための要件として議会の「明瞭なステイメント」を求めている。反対意見は、個別的に検討するのではあるが、原則として自動執行的条約であると推定されるという立場といえよう。

問題となった ICJ 判決の州裁判所への直接的拘束力に関しては、法廷意見は否定する。ここで問題となる条文は、すでに挙げた VCCR36 条以外に、その選択議定書と ICJ 規程である。それは、以下のような条文である。

〈紛争の義務的解決に関する選択議定書〉

この議定書及び千九百六十一年三月二日から同年四月十四日までウィーンで開催された国際連合の会議において採択された外交関係に関するウィーン条約（以下「条約」という。）の当事国は、条約の解釈又は適用から生ずるあらゆる紛争を、自国に関するものである限り、他の解決方法が当事国により合理的な期間内に合意される場合を除くほか、国際司法裁判所の義務的管轄に付託する希望を有することを表明して、次のとおり協定した。

第1条 条約の解釈又は適用から生ずる紛争は、国際司法裁判所の義務的管轄の範囲内に属するものとし、したがって、これらの紛争は、この議定書の当事国である紛争のいずれかの当事国が行なう請求により、国際司法裁判所に付託することができる。

---

38) J. C. Yoo, *Globalism and the Constitution: Treaties, Non - Self - Execution, and the Original Understanding*, 99 Colum L Rev 1955 (1999); Yoo, *Treaties and Public Lawmaking: A Textual and Structural Defense of Non - Self - Execution*, 99 Colum L Rev 2218 (1999).

39) Bradley, *supra* note 23; Bradley, *Federal Judicial Power and the International Legal Order*, 2006 Supreme Court Review 59; Curtis A. Bradley, *International Delegations, the Structural Constitution, and Non - Self - Execution*, 55 Stan. L. Rev. 1557 (2003).

〈国際司法裁判所規程〉

第34条1項 国のみが、裁判所に継続する事件の当事者となることができる。  
第59条 裁判所の判決は、当事者間において且つその特定の事件に関してのみ拘束力を有する。

法廷意見は、VCCR、選択議定書、およびICJ規程の文言から、それらはICJ判決に直接的効果を与える明白な指示を規定していない<sup>40)</sup>、と主張する。

反対意見は、ICJ判決の州裁判所への直接的拘束力よりも、ICJ判決の基礎にある国連憲章の自動執行性に議論の焦点を当てている。反対意見は、VCCR条約、選択議定書、ICJ規程の自動執行性を肯定する<sup>41)</sup>。

(4) 国連憲章94条1項の解釈：憲法解釈方法

ICJ判決のself-executing性に関する論拠をめぐる争点は、国連憲章94条1項の解釈である。これに関して、法廷意見と反対意見の間には、法解釈方法論上の顕著な相違が存在する。

法廷意見は、テキスト中心主義（a text-centered approach）である。それを反対意見は、3つの悪しき点、すなわち、①悪しき表現（自動執行性に関する明示的なテキスト上の表現）、②悪しき基準（明瞭さ）、③悪しき場所（条文の文言）、と批判する<sup>42)</sup>。

反対意見は、多くの要素を比較衡量する分析（a multifactored balancing analysis）であり、個別的判断アプローチを採る。法廷意見は、反対意見の個別的判断アプローチの曖昧さを批判する。

反対意見のアプローチは、確かに、後述するように、曖昧さを残す。他方で、法廷意見のテキストを中心としたアプローチは、厳格な解釈というよりも、テ

---

40) 552 U.S., at 504-08.

41) 552 U.S., at 551-62.

42) 552 U.S., at 562.

クストを強調する形式主義的解釈であり、さらにいえば、自らの結論を防禦できるようにテキストを解釈しているように思われる。

(5) 国連憲章94条1項の解釈：“undertake to comply”の意味

国連憲章におけるICJに関する規定は、以下のとおりである。

国連憲章：第14章 国際司法裁判所

第92条 国際司法裁判所は、国際連合の主要な司法機関である。この裁判所は、附属の規程に従って任務を行う。この規程は、常設国際司法裁判所規程を基礎とし、且つ、この憲章と不可分の一体をなす。

第93条 1 すべての国際連合加盟国は、当然に、国際司法裁判所規程の当事国となる。

2 国際連合加盟国でない国は、安全保障理事会の勧告に基いて総会が各場合に決定する条件で国際司法裁判所規程の当事国となることができる。

第94条 1 各国際連合加盟国は、自国が当事者であるいかなる事件においても、国際司法裁判所の裁判に従うことを約束する。

2 事件の一方の当事者が裁判所の与える判決に基いて自国が負う義務を履行しないときは、他方の当事者は、安全保障理事会に訴えることができる。理事会は、必要と認めるときは、判決を執行するために勧告をし、又はとるべき措置を決定することができる。

法廷意見のテキスト主義は、とりわけ“undertake to comply”の解釈を通して示される。法廷意見によれば、それは、「アメリカがICJ判決と一致すべきこと、あるいは一致しなければならないことを規定していない」<sup>43)</sup>。

しかし、法廷意見は、94条1項だけでその解釈を決定し尽してはいない。さらに、94条1項に隣接する、あるいは関連する条文を掛け合わせて解釈している。掛け合わされている条文は、まず94条2項である。

---

43) 552 U.S., at 508-09

法廷意見によれば、94条2項は安全保障理事会を通した処理を示している<sup>44)</sup>。法廷意見は、さらにICJ規程59条を引き合いに出す。それによれば、個人がICJ判決から直接的恩恵を受けることはできない。

法廷意見のテキスト主義の強調は、自動執行的条約と非自動執行的条約との区別をめぐる問題が、そしてそれを決定するために連邦最高裁が条約のテキストを審査してきた長い歴史と結びつく。法廷意見は、自ら「今日法廷が用いた一テキストに訴える一解釈的アプローチは、少しも新奇なものではない」<sup>45)</sup>と述べ、Foster判決とPercheman判決という、条約のself-executing性に関する「古典的判決を引用している」<sup>46)</sup>。

すでに見たように、Foster判決は、確かに、条文の文言に焦点を合わせていた。また、Foster判決と同じ事案を扱ったU.S. v. Percheman (32 U.S. 51 [1833])判決も条文の文言に焦点を合わせている。しかし、Percheman判決は、当該条約のスペイン語版を審査した後に、この条約の規定の効力に関してその見解を変更している。その理由は、英語訳では、「依然として批准と確認せずに残すべき (shall)」となっていることである。つまり、「べし」(shall) という文言が用いられていることから、その拘束力を認めている。

テキスト中心主義アプローチそれ自体は、否定されるべきアプローチであるわけではない。解釈方法としてのテキスト中心主義アプローチの限界の問題はおくとして、解釈方法におけるMedellin II判決の法廷意見の問題性は、それが純粋にテキスト主義アプローチを採っているとは言えないところにあると、思われる。

#### (6) 法廷意見におけるテキスト主義の2つの破綻

法廷意見は、純粋にテキスト主義アプローチを採っているわけではない。法

---

44) 552 U.S., at 509 & n.6.

45) 552 U.S., at 514.

46) See D.J. Bederman, AGORA: Medellin: Medellin's New Paradigm for Treaty Interpretation, 102 A.J.I.L. 529, 532 (2008).

廷意見のテキスト主義の第1の破綻は、自動的執行性をめぐる問題を、廷意見は、むしろ「意図」の問題としている<sup>47)</sup> 点に現れる。つまり、廷意見は、テキストを超えて、自動執行的効力のために「明瞭なステイトメント」を強調しており、究極の争点は条約の自動的執行性という「意図を伝える」か否かということになる。

廷意見のテキスト主義は、さらなる破綻を来しているように思われる。そもそも、テキスト主義によって国連憲章94条1項自体を解釈しようとするとき、そこには解釈上の問題が存在する。それは、94条1項の”undertake to comply”という文言自体が多義的であることである。

この問題に気づいているのは、廷意見ではなく、Stevens 同意意見である。Stevens 裁判官は、ICJ判決にアメリカにおける自動執行的効力を認める、あるいは認めない限りで、多義的であると指摘している<sup>48)</sup>。Breyer 反対意見は、Stevens 裁判官の指摘を受けて、国連憲章94条1項の文言は「完全に多義的」である、と指摘する<sup>49)</sup>。

”undertake”という言葉は、多義的である。日本語に訳す場合にも、「義務を負う」、「請け負う」、「保証する」、「約束する」のうちどれを訳語として選択するかによっても、その意味合いが変わりうるように、多義的である。したがって、国連憲章94条の意味を文言だけからICJ判決の自動執行性を確定することは、そもそも困難いえよう。この破綻は、テキスト主義という解釈方法が抱える根本的問題と結びついている<sup>50)</sup>。

#### (7) 廷意見の「明瞭なステイトメント」(clear statement) ルール

「明瞭なステイトメント」ルールは、従来から、裁量論において他の政治部門への敬讓論と結びついて主張されてきている<sup>51)</sup> ものである。その意味では、

47) 552 U.S., at 505.

48) 552 U.S., at 532-35.

49) 552 U.S., at 553-54.

50) 青柳幸一「憲法八九条後段と「協働」社会」同『人権・社会・国家』438-441頁参照。

「明瞭なステイトメント」自体は、判例においても目新しいものではない。この点での *Medellin II* 判決法廷意見の目新しさは、ルールを条約の国内法的効力をめぐる問題にも拡大して適用したことである<sup>52)</sup>。

かりに「明瞭なステイトメント」ルールに賛成したとしても、問題が残る。条約の *self-executing* 性をめぐって長く続く問題の一つは、「誰の」意図か、という問題であった。国際的には、合衆国の条約作成者なのか、それとも条約締結の当事国すべてなのか、である<sup>53)</sup>。国内に眼を転じれば、アメリカにおける条約作成者は、大統領と上院である。両方、あるいはどちらの「明瞭なステイトメント」なのか。法廷意見は、*non-self-executing* な条約を国内法化するためには議会による履行立法が必要であるという視点から、議会の「明瞭なステイトメント」を求めている。

議会の「明瞭なステイトメント」という要件は、「*self-executing* 性を見出すための厳しい条件」<sup>54)</sup> といえる。他方で、議会の「明瞭なステイトメント」を求めることは、一般的にいえば、執行府への包括的委任から結果として起こり得るかもしれない民主的責任性の喪失にかかわって検討すべき問題ではある<sup>55)</sup>。

しかし、この条件も、ある種の教義上のパズルを作り出す。なぜなら、反対意見が指摘するように、「明瞭なステイトメント」がない場合にも、先例は当該条約の *self-executing* 性について検討しているからである。法廷意見が *self-executing* 性に関して注3 (at 1357) で引用している *The Third Restatement of the Foreign Relations Law of the United States* (1986) も、議会の意図が鍵で

---

51) See e.g., W. N. Eskridge, J. & P. P. Frickey, *Quasi-Constitutional Law: Clear Statement Rules on Constitutional Lawmaking*, 45 *Vand. L. Rev.* 593 (1992); C. R. Sunstein, *Nondelegation Canons*, 67 *U. Chi. L. Rev.* 315. 330-37 (2000).

52) See J. G. Ku, *Medellin's Clear Statement Rule: A Solution for International Delegations*, 77 *Fordham L. Rev.* 609, 614-15 (2008).

53) Bradley, *supra* note 23, at 543-45.

54) McGinnis, *supra* note 1, at 1730.

55) 552 U.S., at 506.

あるとしているが、「明瞭なステイトメント」は要求していない。

Medellin II 判決法廷意見は、行政権への委任に関する「明瞭なステイトメント」の要求が、non self-executing ドクトリンを通して条約の文脈にも適応させ、国際裁判所に権限を委任する意図の「明瞭なステイトメント」を求めた。「明瞭なステイトメント」要件は、司法権の国際裁判所への委任を禁止するものではないが、外交問題に関する議会権限の重視という権力分立論と結びついて、それを制限し、かつコントロールする機能を有する<sup>56)</sup>、といえるであろう。

#### (8) 反対意見の7つの要素論

では、反対意見の7つの要素によって条約のself-executing性をjudgment-by-judgmentに決定するという方法には、問題はないであろうか。

まず第1に、反対意見が挙げる7つの要素は、具体的判断基準でなく、要素⑤のように、一般的な論拠にとどまるものもある。むしろ、7つの要素のうち多くは、判断要素というよりも、議会よりも司法が判断する方が適切であることの理由であるように思われる。また、条約が個人の権利を創設している場合を判断要素として挙げているが、この要件については、すでに岩沢が分析している<sup>57)</sup>ように、従来から見解が分かれている。個人の権利を創設する条約にself-executing性を認めるのは、一つの見解ではある。しかし、この問題をめぐる従来からの論争を踏まえれば、条約が個人の権利を創設しているか否かが、直ちに当該条約のself-executing性を決定することにはならない、といえよう。そして、そもそも反対意見が挙げる判断要素の多さが、逆に、当該条約

---

56) Ku, *supra* note 52, 609.

57) VCCR36条と個人権の保障については、すでに見たように、ICJは肯定し(2004 I.C.J. 12, 106(1)-(2), 153(4))、連邦最高裁は否定している(Breard; Sanchez-Llamas; Medellin)。国際法研究者の間では、肯定説が有力なようである(See Paust, *supra* note 21, n. 16 at 306)。VCCR36条が個人権を保障する規定と解したとしても、さらにICJ判決のself-executing性が別途問題にはなる(See e.g., Ku, *International Delegations and the New World Court Order*, 81 Wash. L. Rev. 1, 20-23. さらに、岩沢・前掲注7、166-71頁、289-94頁参照)。

の self-executing 性の判定において不明確さをもたらすおそれがある。反対意見の7つの要素論も、条約の self-executing 性に関する明確な判定をもたらすものとは言い難いように思われる。

### 3. 憲法6条2項（Supremacy Clause）の解釈

#### (1) 理解・位置づけの相違

法廷意見は、最高法規条項自体を真剣に検討していない。法廷意見のポイントは、6条2項の国の最高法規である「法」に含まれるのは、self-executing な条約というだけである。

それに対して、反対意見の主張の中心をなすのは、すでに述べたように、憲法6条2項である。反対意見によれば、本件における核心的争点は、憲法6条2項の最高法規条項がテキサス州に *Avena* 判決を執行することを要求するか否かである。反対意見は、「法」に条約が含まれると解釈する。なぜなら、6条2項が、明文で、“all treaty”と、そして「州の裁判所を拘束する」と規定しているからである。ここでは、反対意見がテキストの文言および「原意」に忠実に解釈していることになる。法廷意見に与している裁判官には、周知のように、自ら原意主義者と宣言している Scalia 裁判官と Thomas 裁判官がいる。さらに、Roberts 長官と Alito 裁判官は、上院での承認のための聴聞の際に、それぞれ「原意主義者の解釈にかなりの sympathy を示した」<sup>58)</sup>、といわれる。しかし、本判決では、彼らは通常と異なり、6条2項の「原意」を尊重しなかったようにみえる。

---

58) L. Rosenthal, *Does Due Process Have an Original Meaning?*, 60 Okla. L. Rev. 1, 3 (2007). さらに、Vazquez, *supra* note 37 も参照。

なお、原意主義に関しては、P. Brest, *The Misconceived Quest for the Original Understanding*, 60 B.U. L. Rev. 204 (1980); D. A. Farber, *The Originalism Debate*, 49 Ohio St. L. Rev. 1085 (1989); R. E. Barnett, *An Originalism for Nonoriginalism*, 45 Loy. L. Rev. 611 (1999); S. M. Griffin, *Rebooting Originalism*, 2008 U. Ill. L. Rev. 1185 (2008); T. B. Colby, *The Federal Marriage Amendment and the False Promise of Originalism*, 108 Colum. L. Rev. 529 (2008); D. A. J. Telman, *Medellin and Originalism*, 68 Md. L. Rev. 377 (2009) 等参照。

## (2) 合衆国憲法6条2項の成立事情

1781年の連合規約の下では、条約を締結するのはCongress（連合会議）の権限とされていたが、条約を実施するのは各州の権限とされており、Congressは各州に対して条約を実施するように勧告することしかできなかった。やがて、多くの州が1783年のイギリスとの平和条約を実施しないという事態が起り、連合規約はその欠陥を露呈した。すでに岩沢が指摘している<sup>59)</sup>ように、1788年のアメリカ合衆国憲法6条2項のSupremacy Clauseは、このようなことを背景として成立した。

このような制定の背景からすると、反対意見の理解自体は誤ってはいないといえよう。しかし、6条2項の「原意」が何かについては、議論がある。たとえば、近時、John Yooは、憲法起草者の始原的な理解は、条約が議会の立法権限の範囲内の事項に取りかかる場合には、条約は国内法として機能しないというものであった、と主張している<sup>60)</sup>。Yooの見解には批判<sup>61)</sup>もあり、ここでの「原意」が何であるかは、他の場合と同様に論争的である。「原意」が何であるかにかかわらず、確かなことは、6条2項が制定された背景が今日の状況とは異なるし、条約の内容や性質も変化していることである。

テキストの文言は解釈の出発点であるし、条文を解釈するに際して制定当時の事情や「原意」も重要な資料であり、探求すべきものである。しかし、テキストの文言だけでは、多くの場合、条文の意味を決めきれない。また、制定当時の事情や「原意」の探求で条文の意味を決定することも、かりに「原意」が確定できたとしても、困難である。憲法6条2項の条文の文言、制定事情、そして「原意」は、それらだけで条文の意味を決定できないことを示しているように思われる。

---

59) 岩沢・前掲注7、157頁。

60) See Yoo, *supra* note 38.

61) Flaherty, *supra* note 37; Vazquez, *Laughing at Treaties*, 99 *Colum. L. Rev.* 2154 (1999).

#### 4. ドイツ連邦憲法裁判所判決

##### (1) 「批准後の他の署名国での理解」

法廷意見は、国連憲章94条1項の文言を「国内の裁判所への指令ではない」<sup>62)</sup> としたうえで、条文の文言に加えて「交渉と草案作成の歴史、署名国の批准後の理解をも考慮する」<sup>63)</sup> し、署名国の批准後の理解が条文上の議論を「確認する」<sup>64)</sup> と述べている。

「署名国の批准後の理解」に関して、法廷意見は、国内裁判所に直接適用している国に関する証拠はない<sup>65)</sup>、とする。確かに、ICJ判決が国内裁判所を直接拘束するとしている国はないであろうが、次の見るように、ICJ判決に一定の憲法上の位置づけをしている国はある。したがって、法廷意見が述べていることは、ICJ判決の内容に一定の効力を認める国の存在という点で見れば、法廷意見の言い方は「ことによると過度に広汎である」<sup>66)</sup> ともいえるであろう。

##### (2) ドイツ連邦憲法裁判所判決 BVerfG 判決 2BVR2115/01, 2BVR2132/01, 2BVR348/03 vom 19. 09. 2006

2006年9月19日、ドイツ連邦憲法裁判所は、Sanchez-Llamas事件と極めて似た事案において、アメリカ連邦最高裁の判決とは対照的な結論を導き出している。

連邦憲法裁判所は、国際条約の順守を達成するために連邦最高裁とは異なるアプローチを示している。被告は、トルコ国籍をもつ2人と、セルビア・モンテネグロ国籍を持つ2人が異なる犯罪捜査の過程において逮捕された。彼らは、ドイツの刑事手続法によって保障される被告人として権利を告げられた。しかしながら、検察当局は、VCCR36条の権利を告げることを怠った。4人の被告

---

62) 552 U.S., at 508.

63) 128 S. Ct., at 507.

64) 128 S. Ct., at 516.

65) 128 S. Ct., n. 10 at 516.

66) J. Townsend, Note: *Medellin Stands Alone*, 34 *Yale J. Int'l L.* 463, 465 (2009).

人は、それぞれ州裁判所から強盗殺人罪で懲役11年の刑を言い渡された。被告人たちは、領事へのアクセス権について何も知らされなかった。地方裁判所も、その権利に気づかなかった。

VCCR36条のもとの権利が侵害されているとして、4人は連邦最高裁判所に上訴した。しかし、上訴は認められなかった。連邦最高裁判所は、ICJのLaGrand判決に依拠してVCCR36条が個人の権利を保障していることを認めた。しかし、連邦最高裁判所は、次のように判示した。VCCR36条の権利の目的は実効的でない刑事防禦から外国人を護ることではないし、また言語能力が十分でない彼らが法を知らなかった可能性があり、それゆえに生じた結果から外国人を守ることではない。とくに外国人は、領事の援助なしに有罪を認める陳述を行うことに対して保護されていない。VCCR36条1項(b)は、社会的な接触を有していない外国における拘留者の説明できない失踪に対して保護するものである。

この判決に対して、被告は、連邦憲法裁判所に憲法異議(Verfassungsbeschwerde)を申し立てた。申立人は、VCCR36条のもとの保障された権利を告げないことは、基本法によって保障された市民権の侵害であると主張した。

連邦憲法裁判所は、VCCR36条のもとの保障された権利を告げないことは、基本法によって保障された公正な裁判を受ける権利を侵害するとして、連邦最高裁判所の判決を破棄し、差し戻した。

### (3) ICJ判決に敬意を払った考察の不足

連邦最高裁の先例は、アメリカの裁判所がICJ判決に「敬意を払った考察」を行うべきである、と判示している<sup>67)</sup>。

先例には、ICJ判決を引用する判決もある。たとえば、国際法の下での「紛

---

67) *Breard*, 523 U.S., at 375; *Sanchez-Llamas*, 548 U.S., at 355-56; *Medelin II*, 552 U.S., n.9 at 513.

争」を構成するものは何かについて ICJ 判決をガイダンスとして用いた *Reid v. Covert*, 354 U.S. 1, 61 (1957)、ICJ 事件と同じ事案において ICJ 判決を「注目に値する」として引用した *U.S. v. Louisiana*, 470 U.S. 93, 107 n.10 (1985)、海岸の境界紛争の決定において、ICJ で用いられた決定方法を承認した *U.S. v. Main*, 475 U.S. 89,99 (1986) 等である。

しかし、実際は、連邦最高裁は、ICJ 判決を非常にわずかしか考察しないか、あるいは完全に無視している<sup>68)</sup>。Medellin 判決も、簡単に検討するだけに止っており、むしろ無視していると言えるであろう<sup>69)</sup>。

## 5. 法廷意見における第2のパズル：大統領権限

### (1) 大統領権限：権力分立と連邦主義

Medellin 事件をめぐる大統領覚書の内容のうち、ICJ にかかわる「紛争の義務的解決に関する選択議定書」からの「脱退」は、アメリカが外国にいる自国民の権利を護る国際法上の重要な手段を失うことを意味する。それゆえ、選択議定書からの「脱退」に関しては、政策としての妥当性が問われる<sup>70)</sup>。他方で、大統領覚書が VCCR36 条の権利にかかわって州の裁判所での再審理を受け入れたことに関しては、その合憲性が問われる。Medellin 事件をめぐる大統領覚書は、ICJ 判決もその点では同様なのであるが、先例にないことを行おうとした。つまり、合法的な州の刑事手続ルールを覆すことである。したがって、先例に基づけば、そして Medellin II 判決法廷意見のように先例よりも厳しい基準を設定すればなおさら、憲法上容認されないことになる。

法廷意見は、大統領には法律を作成する権限はないことを強調する。

確かに、大統領覚書内容は、形式的には、権力分立と連邦主義原則に反して

---

68) See *Breard*, 523 U.S., at 375, *Sanchez - Llamas*, 548 U.S., at 353.

69) See R. Greffenius, Comment: Selling Medellin, 23 Am. U. Int'l L. Rev. 943, 959-71 (2008).

70) Buys, *supra* note 30, at 51-52. なお、外交問題と大統領権限については Weisburd, (*supra* note 16) 等を、条約権限と連邦主義については、Bradley, *The Treaty Power and American Federalism*, 97 Mich. L. Rev. 390 (1998) 等を参照。

いる。したがって、その意味では、法廷意見の結論が誤っている、とはいえない。しかし、重要な実質的意味においては、問題を残す判決である。なぜなら、アメリカの国際的責任をほとんど考慮していないし、外交関係に本件が与えるインパクトを考慮する大統領の見解をほとんど考慮していないからである<sup>71)</sup>。

### (2) 大統領権限をめぐる近時の判決との相違

Medellin 判決における大統領権限に対する消極的態度は、一見すると、とりわけ Rehnquist Court における大統領権限の容認との違いが際立つ。たとえば、大統領権限と州法をめぐる American Insurance Ass'n v. Garamendi (539 U.S. 396 [2003]) 判決である。

Garamendi 判決は、行政協定によって開示に関する州の手続準則に優先する大統領の権限を支持した。ナチスによって保険収益の支払いを受ける権利を奪われた人々の請求にかかわる事案であるが、現在のドイツ政府は、彼らの請求に応じるための基金の設立に同意している。大統領は、カリフォルニア州が保険会社に課す開示法がこの計画を妨害し、そして大統領がその外交問題権限によってカリフォルニア州法に優先することができる、と主張した。Garamendi 判決は、大統領の政策と一致しない州法に対して前者が優先することを認めた。

Garamendi 判決と Medellin II 判決との相違の理由の説明は、可能である。

Garamendi 判決では、大統領自身が外交政策に関する自らの見解を促進するために行動した事案である。それに対して、Medellin II 判決で問題となったのは、国際機関に権限を委ねるための行動であった。

### (3) Jackson3 類型論の変形

Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer, 343 U.S. 579 (1952) 判決において、

---

71) See e.g., Gissvold, *supra* note 15; S. Baker, *Germany v. United State in the International Court of Justice*, 30 Ga. Int'l & Comp. L. 277, 301-303 (2002).

Black 法廷意見は、大統領の執行行為に対して明確な憲法上の基礎を求めた。いわば、法廷意見は、形式主義の立場に立った。

それに対して、Jackson 同意意見は、機能主義的アプローチを採った。

Jackson 裁判官の3類型論は、分析する際に有用なので、下級審で用いられていた。

やがて、*Dames & Moore v. Regan*, 453 U.S. 654 (1981) 判決で、連邦最高裁が Jackson3 類型を明示的に採用した。その理由は、「分析的に有益である」(Rehnquist 法廷意見) ことであった。

しかし、*Madellin II* 判決の法廷意見による Jackson3 類型の用い方には、問題がある。

① *Youngstown* 判決は、執行行為の憲法上の審査に関する事件である。しかし、法廷意見は、憲法上の権限を有する大統領による主張を検討しているのではなく、「関連条約が…… [*Avena* 判決を] 履行する権限を与える」という大統領による主張を検討している。「Jackson 裁判官の有名な3種の構成が、この領域における (in this area) 執行行為の評価のための受容された枠組を与える」<sup>72)</sup> といっているが、「この領域」という言葉で何を意味するのかが不明である<sup>73)</sup>。

② 法廷意見は、Jackson の第2類型の定義を変更している。Jackson は第2類型を、「権限の議会による認可あるいは否認のいずれもない行為」と定義している。しかし、法廷意見は、議会の「同意」と定義している。法廷意見は、第2類型を狭めている。

③ 本件における大統領の権限の主張を、反対意見は第2類型と分類しているが、法廷意見は第3類型と分類している。関連条約は、法廷意見によれば、non-self-executing な条約であり、大統領が州の裁判所にそれらを執行するこ

---

72) 128 S. Ct., at 1350.

73) See I. Wuerth, *Medellin: the New, New Formalism?*, 13 *Lewis & Clark L. Rev.* 1, 6 (2009).

とは「黙示的に禁止される」<sup>74)</sup>。他方で、Hamden 判決において、Stevens 法廷意見は、注で Jackson3 類型に触れているが、問題となった行為を明示的に Jackson3 類型のいずれかに位置づけることはしなかった。Kennedy 同意意見が、関連法令が「ある種の軍事法廷のための権限を与える」一方で、「それはまた制限を課す」ことを理由に、大統領の行為を第3類型と位置づけた。本件は Hamden 事件と異なり、VCCR 条約や選択議定書、国連憲章に添うように大統領が行動したものである。法廷意見は、第3類型を拡大して適用している<sup>75)</sup>。

## 6. 本判決で残された問題

### (1) VCCR36 条告知の困難さ

本件の事実にかかわる問題は、Medellin がいつ自分がメキシコ国籍を有していることを告げたか、である。

Medellin I 判決における O'Connor 反対意見 (544 U.S., at 675) は、Medellin は、逮捕されたときに自分はメキシコの Laredo の生まれだと伝えた、と事実認定をしている。それゆえ、O'Connor は、「彼はメキシコ領事と接触できることを知らされることなく、逮捕され、拘留され……死刑の判決を受けた」、と主張した。

しかし、テキサス刑事控訴裁判所が2008年に下した Ex parte Medellin 判決における Holcomb, J. が同調する Cochran, J. 同意意見は、Medellin をめぐる事実にに関して、次のように述べている。Medellin は、3歳でアメリカに。逮捕されたときにはこの土地に18歳までの15年間住み、流ちょうに英語を話す。し

---

74) 552 U.S., at 527.

75) Wuerth は、ここに法廷意見の形式主義が最も明瞭に現れている、と指摘する (Wuerth, supra note 73, at 9)。M. J. Turner も、Jackson3 類型の変型、そして Hamden 判決と本判決による新しい基準の創出を指摘しつつ、その新しい基準はむしろ Jackson3 類型よりも Black の見解に似ている、と指摘する (Turner, Comment: Fade to Black: The Formalization of Jackson's Youngstown Taxonomy by Hamadan and Medellin, 58 Am. U. L. Rev. 665, 670 [2009])。

かし、彼はアメリカの市民権を取らなかったし、求めようとしなかった。逮捕されたときもトライアルのときも、彼は合法的にメキシコ市民であった。彼が有罪判決後4年経つまで、彼は、自分がメキシコ市民であることを執行官にも裁判所職員にも、決して語らなかった<sup>76)</sup>。

「メキシコで生まれた」ということが、犯罪を行ったときにアメリカの国籍を有していないことと、必ずしもイコールではない。「メキシコで生まれた」と告げられた場合、自治体の法執行関係者が国籍について尋ねることは当然のことであるならば、O'Connorの指摘は正しいと言えよう。他方で、州裁判所裁判官の本件における事実評価は、その難しさを窺わせもする。

## (2) VVCR36条のテキストとそれを執行する「現場」との懸隔

VVCR36条をめぐる事実に関する、もう一つの問題は、VVCR36条のテキストとそれを執行する「現場」との懸隔の問題である。

アメリカは、1998年からの5年間で、パラグアイ、ドイツ、そしてメキシコからと、VCCR36条違反でICJに提訴されている。このようなVCCR36条違反事案の多発という状況は、アメリカで、何らかのミスでたまたまではなく、いわば制度的に起きてしまう違反のパターンが存在することを窺わせる<sup>77)</sup>。VCCR36条違反を引き起こしてしまう制度とは、Medellin判決法廷意見の基礎をなす連邦主義である。

アメリカの場合、刑事事件にかかわるのは、典型的には州や地方自治体の法執行機関である。彼らは、VCCR36条の権利について、きちんと情報を得ていない<sup>78)</sup>。国際関係は連邦権限、州に関することは州の権限と厳格に区別する

---

76) 280 S.W. 3d 854, 859-60 (Tex. Crim. App. 2008)

77) See J. K. Levit, Does Medellin Matter?, 77 Fordham L. Rev. 617, 619 (2008). ただし、すべての地方自治体がVCCR36条を知らない、あるいは無視していることを意味してはいない。Levitによれば、オクラホマ州のTulsa Countyでは、外国籍の者が刑事事件の容疑者として逮捕された場合には、拘留から24時間以内に法執行機関によってVCCR36条が通告されているということである (Id., at 624)。

連邦主義が、建国以来深く根ざしている。このような連邦主義が、VCCR36条のテキストとその「現場」との懸隔を一層大きなものにしていてもいえるであろう<sup>79)</sup>。

### (3) 残された法的問題

このような事件事実あるいは「現実」にかかわる問題以外に、Medellin II判決が残した重要な法的問題は、以下の2点である。

- ①問題となる条約が法廷意見の定義で self-executing な条約（条文）とされる場合、当該条約（条文）は州裁判所を直接拘束するのか。
- ②議会が条約を履行する連邦法を制定したが、州がそれに従わない場合、どのように考えるのか。

## V. むすびに：イデオロギッシュな対立を超えて

本稿の冒頭で指摘した国内権力の国際的委任をめぐって、学説でも、合憲説と違憲説とが対立している<sup>80)</sup>。違憲説の主要な論拠は、憲法の権力分立規定であり、1条2項の選任条項と3条の司法権条項である。選任条項に基づく議

78) S. Djajic, The Effect of International Court of Justice Decisions on Municipal Courts in United States: Breard v. Greene, 23 Hastings Int'l & Comp. L. Rev. 27, 29-30 (1999).

79) 日本も、VCCRを批准し、1983年11月2日からVCCRが日本にも発効した。同日付で、「領事関係に関するウィーン条約の発効と同条約締結国との間における領事関係について」という名称の法務省刑事局長通達が出されている。そして、犯罪捜査規範（昭和32年国家公安委員会規則第2号）も改正され、232条2項でVCCR36条にかかわる本人への告知および領事機関への通報が定められた。これらを受けて、警視庁をはじめ各道府県警が訓令を定めている。例えば、富山県警は、1984年7月23日付で、「領事関係に関するウィーン条約の発効等に伴う警察措置について（例規通達）」（<http://police.pref.toyama.jp/sections/6102/kunrei/13keijikikaku/2ryoujikannkeinikannsuruuinjyouyakunohaxtukoutounitomonaukeisatusoti.pdf>）を出している。

このことについては、法務省刑事局企画官加藤俊治氏から御教示いただいた。厚く御礼申し上げます。

論によれば、直接的な国内的効力を伴った国際的委任を是認すると、国内法のもとで有しているアメリカ市民の権利を国際組織が変更することを許容することになり、それは「各州の人民によって選出された」議員で構成される議会の権限に抵触する、と主張する。同様に、国際法廷の判決に国内裁判所への直接的効力を是認すると、かりに国際裁判所の判決が連邦法に関して誤った判断をしたとしても、連邦裁判所が国際裁判所の判断を覆す上訴権限を有していないので、国際裁判所の判決の誤りを是正することができないことになり、それは憲法3条に違反する、と主張する<sup>81)</sup>。

司法のレベルでの国内権力の国際組織への委任を否定した Medellin 判決の法廷意見の基礎には、国際的委任違憲説と同様に、特定の権力分立論がある。さらに、Medellin 判決で国内裁判所における ICJ 判決の直接的適用が争点になったので、判決の基礎には特定の連邦主義論も存在する。法律制定権限に関する法廷意見の権力分立論自体は、正しい。また、連邦と州の関係について州権を優先させる見解も、一つの見解ではある。しかし、そのような形式的解釈の適切性が、Medellin 判決においてアメリカが負う条約上の義務をめぐる事案であることからして、問われる。

まず、外交問題に関する権力分立である。憲法2条は、大統領の条約締結権限に関して、上院の「助言と同意」を要件としている。確かに、建国後100年間は、「大統領は、国際的な法作成において非常に制約された役割を果たした」だけであった<sup>82)</sup>。しかし、20世紀になると、連邦最高裁も、「大統領だけが、国家の代表として語り或いは聞く権限を有する。大統領は、上院の助言と同意

---

80) See, e.g., J. C. Yoo, *The New Sovereignty and the Old Constitution: The Chemical Weapons Convention and the Appointments Clause*, 15 *Const. Comment.* 87 (1998); J.G. Ku, *The Delegation of Federal Power to International Organizations: New Problems with Old Solutions*, 85 *Minn. L. Rev.* 71 (2000); Bradley, *supra* note 39; E. T. Swaine, *The Constitutionality of International Delegations*, 104 *Colum. L. Rev.* 1492 (2004); McGinnis, *supra* note 1, at 1736-60.

81) Yoo, *id.*, at 96-97. See Yoo, *supra* note 38.

のもとで条約を策する。しかし、大統領だけが交渉する。交渉の場面では、上院は入り込むことはできない。そして、議会自身には、それに侵入する権限がない<sup>83)</sup>、と述べ、国際的な「法作成」に関する権限の実像を認めるようになる。とりわけ第二次世界大戦後には、1983年に下されたINS v. Chadha (462 U.S. 919) が象徴的に示しているように、アメリカでは、国際法における大統領の「法作成」権限が広く認められてきている。政府間における行政協定の締結ばかりでなく、国家間における条約の締結においても、大統領が国家を代表し、諸外国は大統領を通してアメリカ国民の「声」を聞く。

このような「現実」を踏まえたうえで、外交問題に関する大統領権限に関して議論が起きている。一方で、大統領権限をできる限り広く認める見解が主張されている<sup>84)</sup>。しかし、そのような見解は、権力観のバランスを崩し、憲法の基本的仕組みを壊しかねない。大統領は、アメリカにおける国際的な「法作成」の重要なアクターではあるが、唯一のアクターではない。国際法における「民主主義の不足」<sup>85)</sup>が払拭しえないならば、国際的な「法作成」に関する大統領と議会（上院）の協働が必要であり、両者の適切なバランスを探求する必要がある<sup>86)</sup>。

Mesellin II 判決の法廷意見の形式的解釈論の前景には、憲法と国際法に関する特定の見解が存在する。そもそも、アメリカでは、国内法と国際法の二元論 (dualism) が根強く主張されている<sup>87)</sup>。二元論からは、当然に、国際法と自治

---

82) O. A. Hathaway, *Presidential Power over International Law*, 119 *Yale L. J.* 140, 145 (2009).  
ただし、早くも G. Washington 大統領の時代に、上院の「助言と同意」は、実際には「同意」に縮減された、という指摘もある (Henkin, *supra* note 37, 177)。

83) *U.S. v. Curtiss-Wright Export Corp.*, 299 U.S. 304, 319 (1936).

84) See e.g., J. Hoo, *Foreign Affairs and Separation of Power in the Twentyfirst Century*, 2005; Hoo, *The Power of War and Peace* 182-214 (2005).

85) J.O. McGinnis & I. Somin, *Should International Law Be Part of Our Law ?*, 59 *Stan. L. Rev.* 1175, 1177 (2007).

86) 両者の適切な均衡を探求する最近の論稿として、Hathaway (*supra* note 82, at 239-266) がある。

体法の本質的な相違も指摘されることになる。前者は、主権国家間の法であるのに対して、後者、すなわち、自治体法は、州内で適用され、そしてその市民の関係を規律する法である<sup>88)</sup>。確かに、国際法と国内法は、その構造、性質を異にする。しかし、両者は、全く交わることのない法秩序ではない。国内裁判所は、国際法において有意義な役割を果たす。なぜなら、「実際、国際的な法ルールが裁判官によって適用される多くの場合、始まりは、国際法廷ではなく、国内の法廷である」<sup>89)</sup>。国際法は国内の法メカニズムに大きく依拠しているおり、国際法と国内法の「相互交流」という側面を踏まえた考察も必要であると思われる。このことは、憲法と国際法の関係に関する問題のアプローチ自体の再検討に結びつく。それは、国際法における最も不明確な概念である self-executing、相異なる理解もあり得る権力分立論や連邦主義論からのみ直線的に答えを導き出すのではないアプローチである。

筆者は、すでに、憲法と条約がその基本構造を異にすることを踏まえたうえで、人権保障に関して憲法と条約の等位的位置づけを示唆している<sup>90)</sup>。人権保障における憲法と国際法の等位的関係に関して興味深い素材を提供するのは、EC派生法の適用可能性をドイツ基本法上の基本権に照らして審査する権限に関するドイツ連邦憲法裁判所の判決の変遷である。

周知のように、連邦憲法裁判所は、自らの審査権限を留保した1974年の

---

87) McGinnis & Somin は、厳格な二元論の新しい正当化を試みている (McGinnis & Somin, *supra* note 85)。それに対して、憲法と条約の関係に関してより柔軟なアプローチ採る論者もいる。そのような立場を代表するのは、C. A. Bradley である。Bradley は、条約が国際政治の領域と法の領域との双方で機能していることを意味する二重性 (duality) という視点から憲法と条約の関係を考察している (See Bradley, Breard, *Our Dualist Constitution ,and the International Conception*, 51 *Stan. L. Rev.* 529 (1990); Bradley, *supra* note 8)。

88) See I. Brownli, *Principle of Public International Law*, 7th ed., 31-32 (2008).

89) M. Janis, *A Introduction to International Law* 83 (1993). See e.g., C.C. Schreuer, *Decisions of International Institutions before Domestic Courts* (1980); B. Confronti, *International Law and the Role of Domestic Legal System* (1993); L. Erades, *Interaction between International and Municipal Law* (1993).

Solange - I 決定<sup>91)</sup>、原則として裁判権を行使しないとした1986年10月22日のSolange - II 決定<sup>92)</sup>、そして1993年10月12日の、Solange - IIIともいわれるEU創設に関する条約（マーストリヒト条約）の合憲性が争われたマーストリヒト判決<sup>93)</sup>では、EC裁判所との協力関係のなかで裁判権を行使すると述べている。この変遷の理由は、EC法における基本権保護の水準とドイツ基本法における基本権保護の水準の相違に関する変化である。EC法には、当初基本権を保障するものがなかった。そこで、連邦憲法裁判所は、Solange - I 決定では、欧州裁判所のEC法解釈を、いわば「受容」するための2つの要件として、基本権カタログがEC議会により議決されること、そしてそのカタログが「基本法の基本権カタログに匹敵する」ことを挙げた。EC法における基本権保障が進められてきているなかで下されたSolange - II 決定では、基本法上の基本権保護と本質的に同視でき、EC裁判所の判決等を通じて基本権の本質的内容を保障する基本権保護が保障されている限りにおいて、基本法の基本権を基準に審査しない、と判示した。そして、マーストリヒト判決において、連邦憲法裁判所は、異議申立人の基本権がヨーロッパの基本権として異なった内容になるとする主張を斥け、EUにおける基本権の水準が著しく低下することはない、と判示した。さらに、「I はしがき」で言及したリスボン条約批准にかかわって①リスボン条約の批准にかかる法律、②同条約の批准に伴う基本法の改正にかかる法律、③EUの政策に関する連邦議会と連邦参議院の権利拡充・

---

90) 青柳幸一「憲法と条約」法学教室141号46-47頁（1992年）参照。

91) BVerfGE 37, 271 (285).

92) BVerfGE 73, 339 (387). 本判決については、奥山亜喜子「欧州共同体の派生法に対する連邦憲法裁判所の裁判権」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例（第2版）』426頁以下（2003年）参照。

93) BVerfGE 89, 155. 本判決については、川添利幸「欧州連合の創設に関する条約の合憲性」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例（第2版）』432頁以下（2003年）、西原博史「ヨーロッパ連合の創設に関する条約の合憲性」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの最新憲法判例（第2版）』395頁以下（2006年）、岡田俊幸「ドイツ連邦憲法裁判所のマーストリヒト判決」石川明／櫻井雅夫編『EUの法的問題』193頁以下（1999年）参照。

強化にかかる法律の合憲性を争う6件の憲法異議が、ドイツ連邦憲法裁判所に提起された。憲法裁判所は、2009年6月30日、①と②の法律に関しては、連邦憲法裁判所の解釈に従う限り合憲としつつ、③の法律については違憲とする判決を下した<sup>94)</sup>。EU・ECにおける欧州裁判所の判決と連邦憲法裁判所との関係という点で注目されるのは、リスボン条約判決が基本権保護の審査権限について何も論じていないことである。

連邦憲法裁判所の見解の変遷の基礎に、憲法における人権保障と国際法における人権保障を等位的に捉えたうえで、両者の内容を検討するアプローチを看取できるように思われる。

条約（ICJ判決）のself-executing性の問題としてではなく、人権保障に関する憲法と条約の等位的把握という基本的立場に立ったうえで、Medellin事件で問題となったVCCR36条を個別的・具体的に検討すると、それはどのように位置づけられるであろうか。

Medellin事件における問題を一般化して言えば、外国人が犯罪の容疑者となった場合の適正手続保障の問題といえる。日本国憲法31条は、判例および多数説によれば、手続に関する適正さも保障している。適正な手続として挙げられるのは、周知のように、告知・聴聞、防禦の機会が与えられていることである。しかし、外国人が犯罪の容疑者である場合には、それだけでは十分な保障とはいえない。実際に防禦可能な機会が与えられることも必要であると思われる。自分の国の領事官と会うことができ、通信できることは、十分な防禦の機会を与える意味でも基本的に必要なことと思われる。そのような解釈が不当ではないならば、VCCR36条の権利内容は、日本国憲法31条の適正手続条項の一部をなすものといえる。

本稿におけるMedellin判決の分析および検討からも、イデオロギッシュな議論を超えて、個別的・具体的な検討に基づいた憲法と条約の関係論の構築が一層求められているように思われる。

---

94) BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009 (NSW 2009, S. 2267).

# 商事法における会計基準の受容(7)

—イギリス(2)—

弥 永 真 生

- (1)オーストラリア (『筑波ロージャーナル第4号』)
- (2)オランダ (『筑波法政第45号』)
- (3)ドイツ(1) (『筑波ロージャーナル第5号』)
- (4)ドイツ(2) (『筑波法政第46号』)
- (5)カナダ(1) (『筑波ロージャーナル第6号』)
- (6)カナダ(2)
- (7)イギリス
  - 1 会計法における会計関連規定
  - 2 会計原則についての勧告書の作成・公表 (以上、『筑波法政第47号』)
  - 3 会計基準委員会と会計基準審議会 (以下、本稿)
  - 4 真実かつ公正なる概観と会計基準

## 3 会計基準委員会と会計基準審議会

### (1) 会計基準委員会

各会計士団体は、会計実務についての勧告等を作成・公表し、たとえば、イングランド・ウェールズ勅許会計士協会は、1942年から1969年までに、29の会計原則勧告書を公表したが、これらは、最善の会計実務の指針として勧告するものであって (Institute of Chartered Accountants in England and Wales [1942] p.354 [Accounting Principles], Editorial [1943] p.145)、(監査を受ける) 会社の会計実務に対してはもちろんのこと、会員の監査実務に対しても拘束力を有するものとは考えられていなかった<sup>1)</sup>。

しかし、会計実務に相当程度の多様性が生じ、会社間比較が困難である、会

社が採用する会計処理や表示の原則・手続が明示されていない、指針とされる会計原則に準拠しているか否か、準拠していないのはどのような理由に基づくのかなどについて情報が明示されない、などの問題が認識されるようになった。そして、会計士団体が適切な行動に出なければ、政府による介入も予想される状況となった (Storrar and Peebles [1983] p.3)<sup>2)</sup>。

そこで、イングランド・ウェールズ勅許会計士協会は、1969年12月に『1970年代の会計基準についての趣意書 (Statement of Intent on Accounting Standards in the 1970's)』を公表した。この趣意書においては、可能な限り明確な、最善の会計実務に関する権威ある文書を公表することによって、会計実務上の多様性の範囲を縮小すること、特定の会計基準から離脱する場合にはその旨を開示すること、新たな会計基準の草案を広く公表することによって、意見を表明する機会を与えること、改善された会計基準が法律やその他の規制

---

1) Leach [1981] p.4, Storrar and Peebles [1983] p.3. 詳細については、たとえば、Edwards [1989] ch. 19 参照。Sharp [1971] p.243 は、勧告書は純粹に助言的なものであり、イングランド・ウェールズ勅許会計士協会の会員はそれを採用するように会社の取締役を説得するのに困難を覚えており、取締役がそれを採用することを拒めば、会員ができることはほとんどなかったと指摘している。さらに、各会計団体が公表する文書は、「アメリカの会計士協会が公表する同種の勧告書と違って、法的な重みが全くない」という指摘もあった (A True and Fair View, The Economist, 30 August 1969, p.43)。もっとも、勧告書に従って、計算書類が作成されていないことを理由に、監査報告において限定を付す例も見られたようである (Rees [1943] p.75)。また、Cohen 委員会報告書においては、会社の計算書類においてより多くの情報が提供される傾向は、会計士団体が公表する、計算書類の様式と計算書類に含まれるべき情報に関する、価値の高い勧告によって強化されてきたと指摘されていた (Board of Trade, Report of the Committee on Company Law Amendment, 1944-45, Cmd. 6659, para. 97 [p.54])。そして、1948年会社法の成立後、会計士が意見を形成するにあたってよりどころとしたのは第1に法令であるが、第2にイングランド・ウェールズ勅許会計士協会の会計原則勧告書であるという指摘もなされていた (Robson [1949] p.541)。

2) See Willmott [1985] p.49, Editorial [1976] p.1. See also Hopkins [1980] p.123 and 125 [statement made by John Grenside]. なお、Accounting Standards Committee [1981] においても、プライベート・セクターが設定した会計基準の遵守度があり高くなければ、国家が介入してくるに違いないと指摘されていた (para. 4.6)。

において奨励されるように、会計基準の設定改廃の計画を継続することなどが勧告された。

プライベート・セクターである会計士団体によって規範性が認められる会計基準を設定しようとする、このような計画は、政府の暗黙の了解と激励を受けたといわれており（Accounting Standards Committee [1981] para. 1.2）、イングランド・ウェールズ勅許会計士協会は、1970年に会計基準起草委員会（Accounting Standards Steering Committee）を設けた。まもなく、アイルランド勅許会計士協会及びスコットランド勅許会計士協会が会計基準起草委員会の後援者となり、1971年には公認会計士協会（後の公認会計士勅許協会 [ACCA]）と原価・管理会計士協会（後の管理会計士勅許協会（CIMA））が、1976年には公共財政・会計勅許協会が協賛するに至ったため、会計基準起草委員会は、1976年2月に、会計団体諮問委員会（Consultative Committee of Accountancy Bodies, CCAB）<sup>3)</sup>の一委員会として、会計基準委員会（Accounting Standards Committee, ASC）へと名称を変更した。

会計基準委員会は、財務報告に関する会計基準を継続して検討し、会計団体諮問委員会を構成する会計団体の理事会に会計実務基準書（Statement of Standard Accounting Practices, SSAP）とその解説文書を提案することを主要な任務としていた。会計基準委員会の委員は会計団体諮問委員会を構成する会計士協会から選出され、その費用は、各会計団体が、会計基準委員会に送っている委員の数<sup>4)</sup>に比例して負担していた。会議は非公開とされており、3分の2以上の多数によって可決された基準案は各会計団体の理事会に送付され、各

3) 会計団体諮問委員会は、イングランド・ウェールズ勅許会計士協会（ICAEW）、アイルランド勅許会計士協会（ICAI）、スコットランド勅許会計士協会（ICAS）、公認会計士協会（ACA）、原価・管理会計士協会（ICMA）及び公共財政・会計勅許協会（CIPFA）という6つの団体が構成するものとして、1974年に創設された。詳細については、たとえば、Hopkins [1980] pp.15-30参照。

4) 委員の数は23名以内とされ、イングランド・ウェールズ勅許会計士協会は12名、スコットランド勅許会計士協会は3名、それ以外の会計団体はそれぞれ2名とされていた（会計基準委員会規約7条）。

会計団体の理事会がそれぞれ、承認し<sup>5)</sup>、会計実務基準書として公表するものとされていた。

会計実務基準書への『説明的序文』は、会計実務基準書は「厳格なルールの体系的な法典」であることを意図したものではないとしつつ (Institute of Chartered Accountants in England and Wales [1971] para. 5)、会員に対して、財務諸表に関して、会計基準を遵守するか、重要な離脱を開示し、それが正当であることを示すことを確保する責任を引き受けることを期待するとし、それを明白に怠ったときは職業基準委員会による調査の対象となるとしていた (Institute of Chartered Accountants in England and Wales [1971] para. 3. See also Sharp [1971] p.242)<sup>6)</sup>。1985年会社法の下では、原則として、すべての会社は監査人を選任しなければならない (384条1項)、監査人は、原則として、イングランド・ウェールズ勅許会計士協会は、スコットランド勅許会計士協会、アイルランド勅許会計士協会または公認会計士勅許協会の会員でなければならないものとされていたから (389条1項3項)、会計実務基準書が会社にとって直接的な規範性を有しないとしても、監査人にとっての規範性を有することによって (ただし、離脱規定が存在するため、絶対的な強制力があつたわけではない。後述4参照)、会計実務基準書から離脱は監査報告書における限定につながり、反射的に、規範性を有していたという面は認められた<sup>7)</sup>。

- 
- 5) 現実には、他の5つの会計団体が承認することを前提として、各会計団体の理事会は会計実務基準書の公表を承認していた。
- 6) もっとも、会長の当初の提案においては、会計実務基準書に従わないことが直ちに懲戒手続きの対象となることまでは提案されておらず (Tentative Proposals for Strengthening Accounting and Auditing Standards, 27 October 1969, para. 8)、評議会は「すべての会員が確立された会計基準に従って財務諸表が作成されること、そうでない場合には離脱を計算書類本体、そうでなければ監査報告書において開示することを確保するために最善の努力を払うことを勧告する」とされていた (id. para. 8)。
- 7) たとえば、*Bromwich* は、会計基準委員会にイギリス政府が与えている権威は黙示的なものであると指摘していた (*Bromwich* [1985] p.84)。他方、*Gower* は、会計団体諮問委員会及び会計基準委員会による会計基準の設定は、「通常、いかなる形式の法的承認もなしになされている」と指摘していた (*Gower* [1984] para. 6.39)。

しかし、会計基準委員会については、会計団体諮問委員会の委員の構成、会計実務基準書の公表の非適時性、計算書類の利用者のニーズが反映されていないこと、会計実務基準書の設定過程の不透明性、会計基準間の首尾一貫性の欠如 (Paterson and Smith [1979] p.54) といった問題が指摘され (Accounting Standards Committee [1978] para. 1.8)、また、会計実務基準書への準拠性を確保するための法的裏付けの必要性も主張されるようになった。そこで、会計基準委員会は、会計基準設定過程の改善案を検討するために、再検討グループを設置し、『会計基準の設定: 会計基準委員会の報告と勧告』(ワッツ報告書) ((Accounting Standards Committee [1981])) が作成・公表された。この報告書においては、利用者側の代表を会計基準委員会の委員に含めることによって、公共の利益や利用者のニーズを明確に認識するように努力すること (para. 3.6)、会計基準設定過程をガラス張りにすること (para. 3.12)、概念フレームワークについての研究を行うこと (para. 7.1)、上場会社が会計基準に準拠しない事案を検討するために会計基準不遵守合同審査会を設置すること (para. 4.8) などが勧告された。

これをうけて、1982年8月に改善策が実施に移され、たとえば、1982-1983年度には、20名の委員には、産業界から5名、利用者から5名、パブリック・セクターから2名、学界から1名の委員が含まれ、会計団体からの委員(各団体から1名以上という要件の下で)は7名と委員の構成が大幅に変更された。他方、会計基準不遵守合同審査会の設置は実現しなかった。これは、会計団体諮問委員会の構成団体の1つである公認会計士協会が、このような審査委員会が存在することは、監査人の専門家としての判断に疑いをさしはさむことになり、監査人の地位や監査報告書の地位が大きく後退することになりかねない、監査報告における限定が抑止力として働かなくなるなどとして反対したこと (See Editorial [1981] p.23)<sup>8)</sup> などによる。

## (2) 会計基準審議会

会計団体諮問委員会及び会計基準委員会による会計基準の設定・公表につい

ては、職業会計士団体の完全な支配下にあるプライベート・セクターによって設定された会計基準は会計専門家の外部の人々には十分に受け入れられない傾向がある、最終的に確定された基準が妥協の産物となることが多い、基準設定に時間がかかりすぎる、会計基準の遵守状況をモニタリングし、遵守を強制する有効な手段を欠いているなどという問題が指摘され (Editorial [1987b] p.5, Editorial [1989a] p.3)、会計団体諮問委員会は 1987 年 7 月に会計基準設定の体制を改革することを決議し (Editorial [1987a] p.1)、同年 11 月に、Dearing を委員長とする検討委員会を設置した。1988 年 9 月に会計団体諮問委員会に答申された報告書 (Review Committee [1988]) は、財務報告評議会 (Financial Reporting Council, FRC)、会計基準審議会 (Accounting Standards Board, ASB) 及び財務報告審査会 (Financial Reporting Review Panel, FRRP) という 3 つの機構を設置することを提案した。すなわち、財務報告評議会は、会計基準審議会の作業プログラムを監視し、また、健全な会計実務が育成されるように提言や助言を行い、会計基準審議会が会計基準の設定・公表を行うこととし、財務報告審査会は大規模会社の計算書類、とりわけ会計基準からの離脱がなされている計算書類について、審査を行うことを提案した。会計基準審議会は会長を含めて 9 名以内の委員から構成され、いずれも有給とするが、会長とテクニカル・ディレクターはフルタイムとすること、委員は指名委員会の決議に基づき、財務報告評議会が任命すること、会長とテクニカル・ディレクターは会計士の有資格者でなければならず、他の委員も会計に関する高度の見識・能力を備えたものでなければならぬとすること、会計基準審議会は財務報告評議会 (保

---

8) 他方、証券取引所または証券業評議会 (Council for the Securities Industry) もエンフォースメントに参加することを躊躇し、証券取引所は、いったんは、会計基準からの重大な離脱についての合同審査会を創設することに同意したが (See Hopkins [1980] pp.130-132, Accounting Standards Committee [1981] para. 4.8)、結局は設置されなかった。なお、上場会社が正当な理由がなく、会計基準から離脱した場合に、上場の停止や廃止というサンクションを加えるという発想に対しては、財務諸表の利用者も被害を受けるという批判が加えられていた (Paterson and Smith [1979] p.55)。

証有限会社)の子会社(保証有限会社)とすることなどに加え、委員の3分の2以上の賛成により、会計基準を確定・公表できることとすること及び緊急問題タスク・フォース(Urgent Issues Task Force)を設置することなどを提言した。

なお、財務報告審査会は、財務報告審査会が計算書類の訂正が必要であると認めたにもかかわらず、それに会社が応じない場合には、証券取引所及び会計団体諮問委員会構成団体に対して、制裁を発動することを求め、場合によっては、計算書類の訂正を求めて民事訴訟を提起すべきであるとされた。

この提案を踏まえて、1990年8月1日に会計基準審議会、財務報告審査会及び財務報告評議会という体制が整備された。他方、1989年改正後1985年会社法245A条は、国務大臣は、計算書類が会社法に準拠して作成されているかどうかについて疑義があるときは、これを会社に通告し、会社の説明または計算書類の訂正を求めることができ、同245B条および245C条は、国務大臣または国務大臣が適当と認める者は、瑕疵のある計算書類の訂正を求めて訴訟を提起できる旨を定めた。また、同256条3項は、国務大臣は、会計基準や会社法の会計規定からの離脱を調査し、これらを遵守させるために必要な措置をとる機関を認可することができることと定めていたが、1991年会社(瑕疵のある計算書類)(権限者)令(SI 1991/13)は、財務報告審査会をそのような機関として指定した<sup>9)</sup>。同様に、2006年会社法でも、455条が、国務大臣は、計算書類が会社法に準拠して作成されているかどうかについて疑義があるときは、これを会社に通告し、会社の説明または計算書類の訂正を求めることができる旨を、456条及び457条が、国務大臣または国務大臣が適当と認める者は、瑕疵のある計算書類の訂正を求めて訴訟を提起できる旨を、それぞれ定めている。そして、これをうけて、2008年会社(瑕疵のある計算書類及び取締役報告書)(権限者)ならびに計算書類及び報告書の監督(規定主体)令(The Companies

---

9) 後には、2005年会社(瑕疵のある計算書類)(権限者)令(SI 2005/699)が同様に定めていた。

(Defective Accounts and Directors' Reports) (Authorised Person) and Supervision of Accounts and Reports (Prescribed Body) Order (SI 2008/623) の第2項が、会社法456条との関係で、財務報告違反審査会を指定している。

#### 4 真実かつ公正なる概観と会計基準

##### (1) 真実かつ公正なる概観

イギリス会社法中の会社の計算に関する規定の特徴の1つは「真実かつ公正なる概観 (true and fair view) と離脱規定である。

##### 1) 会社法における規定

1844年登記法35条は、会社は「完全かつ公正な (full and fair)」貸借対照表を作成しなければならないとし、1845年会社統合法25条では、資産および負債の真実な (true) 描写 (statement) と損益についての明瞭な概観を示す正確な (exact) 貸借対照表の作成に言及し、取締役にそのような計算書類の作成を義務づけていた。さらに、1856年株式会社法<sup>10)</sup>を経て、1879年会社法7条は「完全かつ公正な」貸借対照表という概念を再導入し、監査人は貸借対照表が財政状態について「真実かつ正確な (true and correct) 概観」を示しているか否かについて意見を述べるべきであるとした。その後、貸借対照表の公開と監査を義務づけることを提言したDavey委員会報告書 (1895年) をふまえて (paras. 51 and 52) 制定された1900年会社法23条では、貸借対照表の公開を義務づけず、「完全かつ公正な」貸借対照表の要求はなくなったが、監査人は貸借対照表が財政状態について「真実かつ正確な (true and correct) 概観」を示しているか否かについて意見を述べるべきであるとされていた<sup>11)</sup>。

「真実かつ公正なる概観」の要求は、1945年会社法改正委員会報告書

---

10) 任意規定であるTable Bの84条は、監査人は貸借対照表が「完全かつ公正な」ものであり、会社の営業状態の真実かつ正確な概観を示すよう作成されているかについての意見を表明すべきであるとする規定であった。1862年会社 (統合) 法Table Aの94条 [任意規定] も同様であった。

(Cohen 委員会報告書)<sup>12)</sup>における勧告に基づいて、1947年会社法13条1項で初めて導入され、会社法規定の統合によって、1948年会社法149条1項は「会社のすべての貸借対照表は当該会計年度末の会社の財政状態の真実かつ公正なる概観を与えなければならない、会社のすべての損益計算書は当該会計年度の会社の利益または損失に関する真実かつ公正なる概観を与えなければならない」と規定していた。ここで、従来の「真実かつ正確」という表現の代わりに「真実かつ公正」という表現が採用された理由はCohen 委員会報告書には示されていないが、Cohen 委員会報告書ではこれまで与えられていた情報よりはるかに多い情報を株主に提供すべきであるという考えがとられていたから (para. 5)、表現を変更して、従来との相違を示したものとみることでもできる。また、Cohen 委員会における審議の過程において、「正確」という語はあまりにも厳格で強い印象を与える表現であり、絶対的に正しい会計処理方法が存在することを暗示するため適当ではないという見方もイングランド・ウェールズ勅許会計士協会から提示されていたところである (cf. Institute of Chartered Accountants in England and Wales [1944] p.2)。他方、同条4項が「商務省は、会社の取締役の申し立てによりまたはその同意の下に、その会社について会社の貸借対照表または損益計算書に記載すべき事項に関するこの法律の要求のいずれかを(本条1項の要求を除く)会社の事情に適用させるために修正することができる」と定めていたことから、この段階においても、真実かつ公正なる概観を確保するために会社法の明文の規定から離脱することが予定されていたことが判明するが、商務省が関与することになっていた点が現行法と異なっている。

1981年会社法149条2項は、貸借対照表および損益計算書は真実かつ公正なる概観を与えなければならないとし、同条3項では「真実かつ公正なる概観」

11) これは、1907年会社法19条2項b号、1908年会社法113条2項b号、及び1929年会社法134条1項b号に受け継がれた。

12) Board of Trade, *Report of the Committee on Company Law Amendment*, 1944-45, Cmd. 6659.

の要求は付則および会社法の他のすべての規定に優先するとされ、同項b号では特別な事情から、法律の規定を適用することが第2項の真実かつ公正なる外観を示す妨げとなる場合には、当該規定から離脱しなければならない旨が定められた。

1989年改正前1985年会社法228条2項は、「貸借対照表は当該会計年度末における会社の財政状態の真実かつ公正なる概観を与えなければならない、損益計算書は当該会計年度の会社の利益または損失の真実かつ公正なる概観を与えなければならない」と規定していた。そして同条第3項は第2項が1985年会社法第4付則の要求及び会社の計算書類または計算書類の附属明細書の記載されるべき事項に関する1985年会社法のすべての規定に優先すると<sup>13)</sup>、同条第5項は、貸借対照表または損益計算書に関連する要求に従うことが、特別な事情のために、第2項を遵守する妨げとなる場合には、取締役は貸借対照表または損益計算書の作成にあたって（第2項を遵守するために必要な限りにおいて）それらの要求から離脱しなければならないと、それぞれ定めていた。

そして、（1989年改正後）1985年会社法226条2項は「貸借対照表は当該会計年度末における会社の財政状態（state of affairs）の真実かつ公正なる概観を与えなければならない、損益計算書は当該会計年度の会社の利益または損失の真実かつ公正なる概観を与えなければならない」と、同条5項は「特別な状況下において、上記の諸規定を遵守すれば、真実かつ公正なる概観を示さなければならないという要求と対立することになる場合には、会社の取締役は真実かつ公正なる概観を示すために必要な範囲で、当該規定から離脱しなければならない。……」と、それぞれ定めていた。

2006年会社法396条も、この発想を踏襲し、同条2項は、「年度計算書類は、(a)貸借対照表の場合には、当該会計年度末における会社の財政状態の真実かつ公正なる概観を与えなければならない、(b)損益計算書の場合には、当該会計年度の会社の利益または損失の真実かつ公正なる概観を与えなければならない」と、

---

13) 1989年会社法による改正により第3項のような規定は削除された。

同条5項は、「特別な状況下において、上記の諸規定を遵守すれば、真実かつ公正なる概観を示さなければならないという要求と対立することになる場合には、会社の取締役は真実かつ公正なる概観を示すために必要な範囲で、当該規定から離脱しなければならない。……」と、それぞれ定めている。

## 2) 裁判例における「真実かつ公正なる概観」

1947年会社法で「真実かつ公正なる概観」の要求が導入される前の「真実かつ正確な概観」の解釈をめぐっては、通常定款において信託された権限に基づいて秘密積立金を取締役が設定していることを知りつつ、監査人は「会社の貸借対照表が会社の業務の真実かつ正確な概観を示すように作成されている」との意見を表明できるかが問題となっていた。たとえば、*Newton v. Birmingham Small Arms Co. Ltd.* [1906] 2 Ch. 378においては、傍論であるが、「貸借対照表は、会社の財政状態が悪くとも記載されているとおりである (at least as good as there stated) ことを示すのが第一の目的である」としており、「真実かつ正確」とは貸借対照表が全体としてミスリーディングではないことを意味すると同時に、資産の価値は悪くとも記載されているとおりであることを意味するという理解が一般的であった<sup>14)</sup>。

また、*Re Press Caps Ltd.* [1949] Ch. 434, 1 All ER 1013において、所有不動産 (freehold property) が取得原価から減償却累計額を控除した金額で貸借対照表に計上されていたところ、その金額は、当該不動産の売却可能価額とは大幅に異なり、真実な概観を示していないと主張されたのに対して、*Somervell* 判事は、取得原価から減償却累計額を控除した金額で貸借対照表に計上することは一般的な実務であることを理由として、そのような主張を退けた<sup>15)</sup>。

---

14) 判例の網羅的な検討を行ったものとしては、たとえば、Chastney [1975] 参照。また、1929年法134条1項に関する監査人や取締役の一般的解釈がそのようなものであったことについて、de Paula [1948] pp.1-2参照。さらに、Benson 卿は、1948年会社法前においては、計算書類が株主及び大衆に事実より悪い状況を示すものであれば、その計算書類は受け入れられるものであったと指摘している (Benson [1989] p.45)。

もっとも、「真実かつ公正なる概観」の定義を示した裁判例はみあたらないし、明文化された会計基準から離脱すべきであるとした裁判例も存在しないようである (cf. Radcliffe [1990] p.329)<sup>16)</sup>。

### 3) 会計実務基準書と監査基準

会計基準委員会が公表した会計実務基準書19号『投資不動産の会計』は会社法が要求する減価償却をせずに公開市場価値で投資不動産を評価することを要求し、これは真実かつ公正なる概観を確保するという目的による会社法の要求からの離脱であると説明していた (para. 17)<sup>17)</sup>。また、会計基準審議会『会計基準の序文』のパラグラフ18においては<sup>18)</sup>、真実かつ公正なる概観を与えるために会計基準の要求から離脱する必要がある状況があることを認めている<sup>19)</sup>。

他方、イングランド・ウェールズ勅許会計士協会の監査基準書では、「真実

- 
- 15) 真実かつ公正な概観が示されているかどうかの判断にあたって、裁判所は、実務を尊重する傾向があった。*Re Grierson Oldham and Adams Ltd.* [1967] 1 All ER 192も参照。
- 16) しかも、真実かつ公正な概観の実現のために、会計実務基準書及び会社法の規定から離脱したと被告人が主張した事案において、裁判所がその主張を認めなかったものとして、*Argyll Foods* 事件判決 (未公開。Ashton [1986] pp.3-12参照) がある。
- 17) 会計実務基準書19号が公表されるはるか前の事件であるが、*Re Press Caps Ltd.* [1949] Ch. 434は、不動産を現在市場価格ではなく償却原価法 (取得原価マイナス減価償却累計額) で計上していたことはミスリーディングであるとの主張を、通常の会計実務に従っていたことを根拠として、退けた。
- 18) 会計基準審議会の前身であるイングランド・ウェールズ勅許会計士協会『説明的序文 (Explanatory foreword)』 (Institute of Chartered Accountants in England and Wales [1971]) のパラグラフ3及び会計基準委員会の1986年改訂後『会計実務基準書への説明的序文』 (reproduced in: *Accountancy*, vol.98, No. 1117, 1986, pp.145-146) のパラグラフ5も同様に述べていた。
- 19) Moore [2008] は、会計基準を真実かつ公正な概観を実現するための最も確実なガイドとみる裁判所のアプローチから、財務諸表が真実かつ公正な概観を示すことを確保するために適用されるべき専門的判断を適用することなく、関連する基準に従うという過程に還元されるということが直ちに導かれるものではないと指摘している (para. 45)。

かつ公正な概観を示すために、やむをえず会計基準から離脱するというこゝもあろう」し、まれに、取締役が会計基準に準拠して財務諸表を作成しても、監査人としては、「当該基準に従うことは真実かつ公正な概観を示す妨げになると判断することもある」とされてきた<sup>20)</sup>。現在は、イギリスでは、基本的には、脚注を付加するなどしつつも、国際監査基準を国内の監査基準として用いているが、『国際監査基準（連合王国及びアイルランド）700（改訂後） 財務諸表に関する監査人の報告書』（2009年3月）のパラグラフ18は、「財務諸表が会計基準その他の適用されるべき法的要求事項に従って作成されたことのみに基づいて、その財務諸表が真実かつ公正な概観を示していると結論付けることは監査人にとって不十分である」と定めている。もっとも、同パラグラフ59では、会計基準からの離脱は、ほとんどすべての事案において、限定付意見または不適正意見の表明につながると指摘している。

## (2) 会計基準の認知

*Cohen* 委員会報告書において、損益計算書は、受け入れられた会計原則 (accepted accountancy principles) に従って作成されなければならないと、すでに、指摘され<sup>21)</sup>、*Jenkins* 委員会報告書においても、計算書類を歴史的原価基準で作成する場合に真実かつ公正な概観を示すためには補足的情報が必要でありうるが、どのような情報が必要とされるか、計算書類が真実かつ公正な概観を示しているかを判断する目安と実務的処理の基準は、主として、イングランド・ウェールズ勅許会計士協会の会計原則勧告書などの専門家団体のイニシ

---

20) Statement on Auditing, U.17, *The Effect of Statements of Standard Accounting Practice on Auditors' Report*, 1971 (reproduced in: *Accountancy*, vol. 82, No. 931: 154).

21) Board of Trade, *Report of the Committee on Company Law Amendment*, 1944-45, Cmd. 6659, para. 103 [p.57]. なお、1948年会社法については、1948年会社法で新設された規定の多くは、会計士の現に行っている実務を反映したものであり、よい実務を拘束力を有する義務としたとか (Finer and Sturgess [1948] p.9)、勅許会計士協会の勧告書が示した会計原則は1948年会社法に組み入れられたと指摘されている (Murphy [1956] p.23)。

アタイプによって確定することが望ましいとされていた<sup>22)</sup>。

また、1970年代後半から会計基準に対して法的な裏付け (legal backing) を与えるべきであるという議論がなされた。すなわち、カナダのように、計算書類は、企業会計委員会が設定し、会計団体諮問委員会が承認する会計基準に準拠して作成しなければならないというような包括規定を設けるという提案 (たとえば、Stamp and Marley [1970] p.150, Stamp [1981] p.177, Perks [1983] p.430, Bromwich [1985] pp.93-94 and 117-118, Taylor and Turley [1986] p.184) や、行政委任立法 (statutory instrument) によって、個々の会計基準を法的に認知するというアプローチの余地も提案されてきた (Taylor and Turley [1986] p.184)<sup>23)</sup>。しかし、会計基準委員会『会計基準の設定:意見照会文書』(Accounting Standards Committee [1978]) では、会計実務基準書に法的裏付けを与えるならば、会計実務基準書に準拠していない計算書類の届け出を会社登記官が受理しないということも起こりうるが、会計実務基準書がイギリス議会のコントロールの及ばない私的機関によって設定されている現在では、会計実務基準書に法的強制力を持たせるという案には強い反対が起きるのであろうと指摘され (See Jack [1977] p.102)、また、会計実務基準書を法令に取り込むという案には、起草上の困難と公布の遅延が生じ、また、会社登記官が違反した計算書類の受理を拒絶するというやり方には多額の費用と実務上の困難が予想されると論じられ、会計基準委員会は、法によるエンフォースメントは実行可能でもないし、望ましいことでもないと考えとしていた (para. 3.7)。そして、会計基準委員会『会計基準の設定』(Accounting Standards Committee

---

22) Board of Trade, *Report of the Company Law Committee*, 1962, Cmnd. 1749, para. 334 [pp.131-132].

23) たとえば、Carty [1987] p.20 は、会計基準の実質的内容を会社法に導入することを要請すべきであると提言していた。また、会計基準委員会は、計算書類に物価変動の影響を反映させるべきであるという一般的要求事項を法律に導入するよう政府に要請することを、会計団体諮問委員会の構成団体に対して提言したが (Accounting Standards Committee [1985])、各会計団体はこの要請を行わなかった。

[1981])においても、連合王国及びアイルランド共和国の立法府は、カナダのような形で、法の制定権を移譲する状況にないし (would not be prepared to delegate)、そのようなことは期待できないという見方を示していた (para. 4.2. See also para. 8.3)。Gowerも会計基準を法的に承認することはおそらく時期尚早 (premature) であると指摘しつつ (したがって、会計基準の法的承認については勧告事項に含めていない)、すべての会計基準を法的ルールとすることは、過度の厳格性をもたらし、変動する環境に迅速に適應することをさらに困難にするが、省 (または委員会) に、財務報告との関連で、規則によって、指定された公認自主規制団体によって定められた基準に従うことを要求する権限を与えることが望ましいのではないかとしていた (Gower [1984] para. 6.40)<sup>24)</sup>。

*Dearing* 委員会報告書は、大規模会社は、その計算書類の注記において、その計算書類が適用されるべき会計基準 (applicable accounting standards) に準拠して作成されているか否か、重要な離脱を行っている場合にはその旨と理由を開示すべきこと、計算書類が真実かつ公正な概観を示していない場合には、裁判所に対して、その訂正を求める民事訴訟を提起する権限を国務大臣または特定の機関に与えるべきこと、あらゆる訴訟において、会計基準は裁判所の支持を得ているとする一般的前提を置くべきであること、重大な離脱が行われている場合には計算書類作成者が真実かつ公正なる概観を示していることの立証責任を負うとすべきであることなどを提言した (Review Committee [1988])。この背景には、*Dearing* が、会計基準の規範性を法律によって確保することには、会計基準が硬直的になり、現実の経済社会の変化に迅速に対応できない、法律の力によって会計基準の規範性を確保しようとすると、会計基準の設定にあたって政治的な介入が避けられなくなる、会計基準の設定が遅延化する、財務諸表の作成者及び利用者の手から会計基準を取り上げてしまう結果となると

---

24) このような定めをすれば、被監査会社にとっては会計基準は強制的ではないから、会計士としては何もできないという主張の余地はなくなり、自主規制団体として公認された会計団体が会計基準委員会の会計基準の遵守を実効的にエンフォースすることが可能になると述べていた。

というような問題点があるという考え方をとっていたことがあった<sup>25)</sup>。

これらの議論を背景として、1989年改正後1985年会社法256条1項は、会社法にいう「会計基準」とは、規則で定める機関が発行する標準的な会計実務書 (statements of standard accounting practice) をいうと定め、会計基準 (指定機関) 規則 (SI 1990/1667) が、後には、2005年会計基準 (指定機関) 規則 (SI 2005/697) が、その機関として会計基準審議会 (Accounting Standards Board) を定めていた。

同様に、2006年会社法464条1項は、Part 15における「会計基準」とは、規則で定める機関が発行する標準的な会計実務書をいうと定め、2008年会計基準 (指定機関) 規則 (SI 2008/651) の Regulation 3によって会計基準審議会がその機関として定められている。

このように、会計基準審議会の発行する財務報告基準書は会社法上の会計基準として認知されている。そこで、「真実かつ公正なる概観」の要求と会計基準との関係が問題となる。

### (3) 「真実かつ公正なる概観」の要求と会計基準との関係

まず、会社法あるいは会計基準に定められた具体的な計算規定の遵守は「真実かつ公正なる概観」を保証しないというのがイギリスにおける広く受け入れられた理解である<sup>26)</sup>。すなわち、いかなる会計処理が「真実かつ公正なる概観」の要求に応えたものといえるかは、個々の会社の事情、おかれている状況によって決定されるのであり、そのように考えるからこそ、離脱が要求される場合があるのである。そして、会計基準委員会が公表した会計実務基準書に従

---

25) *Dearing* は、会計基準の規範性を直接、法律によって確保するという考え方に対しては、反対の立場をとっていた (Editorial [1989b] p.6, Sugden [1989] p.78)。

26) *Jenkins* 委員会報告書パラグラフ 332 から 334 及び『会計基準の設定』(Accounting Standards Committee [1981]) パラグラフ 2.18 以下参照。See also McGee [1992] p.110 (この文献の内容を紹介したものとして、たとえば、岸田 [1992] pp.279ff.及び片木 [1994] pp.21ff.)。

うことが真実かつ公正なる概観を与えると、法律の明文によって推定することは回避されていると指摘されていた (Hoffman and Arden [1983] p.154)。

しかし、*Lloyd Cheyham & Co. v. Littlejohn & Co.* [1986] PPC 389 は、承認された実務慣行に従っていない旨の記載がないかぎり、計算書類の利用者は計算書類が承認された実務慣行にしたがって作成されていると想定する権利を有するから、「会計実務基準書は反証を許さない決定的な (conclusive) ものではないが、……採用されるべき正しい基準が何であるかについての非常に強い証拠であり、正当化事由がない限り、これからの離脱は義務違反とみなされるであろう。」としていた。また、真実かつ公正なる概観は会計報告の受領者となる者の合理的な期待を満足させるに十分であることを要求し、受領者は通常受け取るべきものを受け取ることを期待するが、通常受け取るべきものは会計士の一般慣行によるとする意見が評議会によって表明されている。その上で、裁判所は認められた会計原則を遵守することは計算書類が真実かつ公正なる概観を提供していることの一応の証拠 (*prima facie* evidence) とするであろうと指摘されていた。また、*Prudential Assurance v. Newman Industries plc* [1980] 2 All ER 841, [1981] Ch.257 において、*Vinelott* 判事は、会計基準は柔軟性を欠く包括的な法典ではないが、実務の単なるガイドや実務を示すものを超えるものであるとした<sup>27)</sup>。

そして、*Hoffman/Arden* 意見書 (1983年9月13日) (Hoffman and Arden [1983])<sup>28)</sup> は、*Odeon Associated Theatres Ltd v. Jones* (Inspector of Taxes) [1971] 1 WLR 442<sup>29)</sup> をふまえて、「裁判所は受け入れられた会計原則の遵守を

---

27) もっとも、*Re Thorn EMI plc* [1989] BCLC 612, [1988] BCC 698 において、*Harman* 判事は、会計実務基準書第22号が定める会計処理は重大な誤解を、通常、生じさせようと指摘した。同様に、*Balloon Promotions Ltd. v. Wilson* (Inspector of Taxes) [2006] STC 167 においては、会計実務基準書第22号に示された定義にかかわらず、のれんは「会計原則ではなく、法的原則に従って理解されるべきである」と判示されている。

28) なお、*Hoffman* と *Arden* は、1984年3月20日付補充意見書 (Hoffman and Arden [1984]) を執筆している。

その計算書類が真実かつ公正なるものであることを推定させる証拠 (*prima facie evidence*) として取り扱う。同様に、受け入れられた原則からの離脱はその計算書類が真実かつ公正なるものでないことを推定させる証拠である。……会計基準委員会の役割は一般に受け入れられた会計原則であるべきと考えるものを定式化することである。したがって、決算書が真実かつ公正であるかを判断すべき裁判所にとっての会計実務基準書の価値は二重である。第1に、それは読者が真実かつ公正に作成されることが意図された決算書に合理的に期待できる標準についての専門家の重要な意見書である。第2に、会計士は専門家として会計実務基準書に従わなければならないので、読者は、計算書類は定められた基準にしたがって作成されると期待する。」としていた (paras. 9 and 10)<sup>30)</sup>。これは、その当時においては、会計団体諮問委員会の構成団体の会員である会計士は会計基準委員会『会計実務基準書の説明的序文 (Explanatory forward to the Statements of Standard Accounting Practice)』のパラグラフ9から12に基づいて、会計実務基準書を遵守する義務を負っていたことを背景とする<sup>31)</sup>。

---

29) この判決における *Pennycuik* 判事のアプローチは、たとえば、*Gallagher v. Jones (Inspector of Taxes)* [1994] Ch. 107において、*Bingham* 卿によって支持されている。すなわち、*Bingham* 卿は、事業による利益または損失を確定する通常の方法は、商業上の会計の受け入れられた原則を適用することであると、判例法が、当該の状況に適用され、当該の状況に適用されるべき2つ以上のルールの1つではなく、真の事実と整合せず、またはそのほか事業による真の利益または損失を決定するにふさわしくないことが示されていない、商業上の会計の一般に受け入れられたルールの適用をどのように覆することができるのかを理解することは困難であると判示した (at 134)。また、貴族院も、たとえば、*HMRC v. Willam Grant & Sons Distillers Limited* [2007] UKHL 15において、このアプローチを採用している。

30) スコットランドについては、*Hope* [1984] p.65参照。なお、*Bairstow v. Queen's Moat House plc* (19 July 1999)において、*Nelson* 判事は、*Hoffman/Arden* 意見書に言及し、裁判所が、受け入れられた会計原則を遵守することを計算書類が真実かつ公正であることの一応の証拠 (*prima facie evidence*) として扱い、受け入れられた原則からの離脱は計算書類が真実かつ公正でないことの一応の証拠として扱うことを、*Hoffman* と *Arden* は、的確に予見したと評価している。そして、このような見解は、1989年会社法によって強化され、その後の規則によってより妥当するようになったと判示した。

また、1981年会社法の第1附則の90条は、実現利益との関係で、本附則にいう実現利益とは、計算書類が作成された時点において会計目的のための実現利益の決定との関連で一般に受け入れられた原則（principles generally accepted）に従って実現利益として取り扱われるものをいうと定めていた。「一般に受け入れられた（generally accepted）」会計原則を1981年会社法は定義していなかったが<sup>32)</sup>、*Associated Portland Cement Manufacturers Ltd. v. Price Commission* [1975] ICR 27において、1973年反インフレーション法（Counter-Inflation Act 1973 (c.9)）に基づく価格委員会の命令中の「継続的に適用されている一般に受け入れられた会計原則に従って算定された減価償却」という文言の解釈をめぐって、高等法院の*Donaldson*判事は、その会計方法がどの程度広く用いられているかは重要ではなく、「一般に（generally）」という修飾語は、一般的な利用者と結び付けられるものではなく、専門家（profession）によって、その方法が許容される（permissible）方法と認められているかが問題であるとした。*Denning*卿も、控訴裁判所において、「一般に受け入れられた会計原則」とは「一般に承認された（approved）会計原則」を意味すると考えられるとし、それは、許容されるまたは正当である（legitimate）であると、一般に、会計専門家によってみなされている原則を意味し、実際に適用している会社が1社しか存在しなくとも十分であるとした。控訴裁判所の他の2名の判事も*Denning*卿の意見に同調し、*Pennycuick*判事も一般に受け入れられた会計原則に従うとは会計士である専門家によって一般に受け入れられた会計原則に従うことであり<sup>33)</sup>、「受け入れられた」という語は「承認された」

31) ただし、Gower [1984] para. 6.39及びPerks [1983] p.428参照。

32) 政府は、1981年会社法案を公表した時に、会計問題に関する細則を定めるのは会計専門家の責務であることを示唆していた（cf. Woolf, Tanna and Singh [1985] p.29）。また、たとえば、Chasney [1982] p.64は、会計基準は、法が限界を定めた枠内で適用されるべき、最も信頼をおける指針となると主張していた。さらに、Wyld [1983] p.94は、*Associated Portland Cement Manufacturers Ltd. v. Price Commission*判決の考え方に照らし、会計実務基準書は「一般に受け入れられた会計原則」を構成することは明らかであるとしている。

と同義であり、「一般に」という語は、そのような専門家の大多数によって受け入れられていることを意味するとし、また、*John* 判事も、現実に採用している会計士とその顧客の割合が少ないことは関係ない (irrelevant) であると指摘した。

同様に、1985年会社法では、一般に受け入れられた会計原則・実務 (generally accepted accounting principles or practice) という語が、企業結合が合併 (merger) と認められる要件の中で用いられていたほか、実現利益・損失の定義において用いられていた。すなわち、企業結合が合併と認められる要件の一つとして「方法が一般に受け入れられた会計原則または実務に従っていること」が挙げられ (第5附則パラグラフ10(1)(d))、実現利益及び損失とは「一般に受け入れられた原則にしたがって実現したものとして取り扱われる会社の利益または損失」であると定義されていた (262条3項)<sup>34)</sup>。後者との関連では、会計団体諮問委員会のテクニカル・リリース481号 (1982年9月) が、実現利益の決定のための「一般に受け入れられた原則」は、「新たな第8附則……に示された法的原則、会計実務基準書 (SSAP)、そして特に SSAP 第2号で言及されている基本的会計概念との関連で考察されるべきである」と指摘した<sup>35)</sup>。

さらに、1989年改正後1985年会社法256条1項および2006年会社法464条1項ならびにこれらの規定を前提とした会計基準 (指定機関) 規則によって会計基準審議会がその機関として定められているため、会計基準審議会の発行する財務報告基準書は会社法上の会計基準として認知されている。そして、会社法

---

33) 『インフレーション会計』(サンディランズ報告書) (*Inflation accounting. Report of the Inflation Accounting Committee, 1974-75, Cmnd. 6225*) のパラグラフ548も、実務上は、会計専門家によって健全な (sound) 会計原則として受け入れられていることを意味するとしている。

34) 2006年会社法853条4項も同じ定義を与えている。

35) イングランド・ウェールズ勅許会計士協会及びスコットランド勅許会計士協会は、2009年8月に、*Guidance on the determination of realised profits and losses in the context of distributions under the Companies Act 2006* という詳細なテクニカル・リリースを公表した。

の研究者である *Mayson* らは、裁判所がある計算書類が真実かつ公正な概観を示しているか否かを判断しなければならないとしたら、その計算書類が会計士一般の実務と考えられるものに従って作成されたかどうか以外のどのような規準を適用できるかを見出すことは困難である」と指摘していた (*Mayson, French and Ryan* [1989] p.218)。また、会計学の研究者である *Rutherford* は、一般に受け入れられた会計原則を遵守することが唯一の真実かつ公正なる概観の信頼性を有する解釈であるという立場をとっていたし (*Rutherford* [1985] pp.492-493)、*Lee* も『『真実かつ公正な概観』は……可能な限り正確な数値、さもなければ合理的な見積値を用い、それらを、現在の会計実務の限度内で、できる限り客観的な写像を示すようにアレンジし、意図的な (willful) バイアス、歪曲、ごまかしまたは重要な事項の隠ぺいなく、受け入れられた会計原則に従って作成された計算書類の表示を意味するものと一般に理解されている』(圏点一筆者)と指摘していた (*Lee* [1981] p.280)。さらに、*Higson* も法的な解釈は財務報告基準書及び会計実務基準書を会計専門家の最善の実務上の判断の表現と見ることに基づいていることに留意しなければならないとしている (*Higson* [2003] p.150)。

以上に加えて、*Moore* は、実際問題として、会計基準がより詳細になり、それらからの離脱を正当化することが難しくなっているため、関連する会計基準に従っていない財務諸表が真実かつ公正な概観を示すあるいは適正な表示を実現することを裁判所に納得させる余地は非常に限られており、関連する会計基準を遵守することは真実かつ公正な概観を示すあるいは適正な表示を実現すると主張する余地はそれに応じて増していると述べ、裁判所は、会計基準を真実かつ公正な概観を実現するための最も確実なガイドとみるアプローチをとるようになってきているとしている (*Moore* [2008] paras. 44 and 45)<sup>36)</sup>。

しかし、法律の明文によって、財務会計基準書に従うことによって真実かつ公正なる概観を与えることを推定することは回避されていると指摘されてきた (*McGee* [1992] pp.115-117)。すなわち、会社は会計基準審議会の会計基準に従うことを強制されるのではなく、財務諸表に会計基準審議会の会計基準に

準拠して作成したか否か、重要な離脱がある場合にはその詳細と理由を開示することが求められているにすぎない（2006年会社法396条5項、2008年大規模及び中規模会社及び連結（計算書類及び報告書）規則（SI 2008/410）第1附則45条<sup>37)</sup>。しかも、中小会社はこのような開示すら要求されていない（2008年大規模及び中規模会社及び連結（計算書類及び報告書）規則4条2項a号<sup>38)</sup>。このような規定ぶりとなったことについては、政府は会計基準に法的裏づけを与えることを避けたと評価されている（Ernst & Young and the Institute of Chartered Accountants of Scotland [1989] pp.35-36）。また、前述したように、*Dearing* 委員会報告書（Review Committee [1988]）は、あらゆる訴訟において会計基準は裁判所の支持を得ているとする一般的前提を置くべきであるとし、重大な離脱が行われている場合には計算書類作成者が真実かつ公正なる概観を示していることの立証責任を負うとすべきであるとしたが<sup>39)</sup>、この提案は1989年会社法では受け入れられなかったという経緯がこのことを裏付けている。さらに、会計基準からの離脱の財務的影響の開示を要求していないのも会計基準に法的な効力を与えないという趣旨であると指摘されている（Ernst & Young and the Institute of Chartered Accountants of Scotland [1989] p.35）。結局、会計基準審議会の公表する会計基準には、直接的な法律上の効力や効果が認められていないという点では争いはないようである（*See Gower* [1984]

---

36) なお、*Arden* は、裁判所は「真実かつ公正」に同時代的（contemporaneous）解釈を与えるであろうとし、「裁判所はそれがイギリス法に初めて導入された時または第4号指令が採択された時にそれが有していたまたは有していた可能性のある意味づけをしないであろう。裁判所は問題となっているその会計上の表示がなされた時の意味を与えるであろう。このように、真実かつ公正なる外観は継続的な転生の対象となっている」と指摘している（*Arden* [1997] p.676）。

37) 2006年会社法施行前においては、1989年会社法第1附則7条（1985年会社法第4附則36A条）。

38) 2006年会社法施行前においては、1989年改正後1985年会社法246条1項a号。

39) もっとも、*Dearing* 委員会報告書は会計基準に法的な裏づけを与えることは必要以上の法至上主義を招き、基準の迅速な改正を妨げるとしていた（para. 10.2）。

para. 6.39)<sup>40)</sup>。

ただし、会計基準審議会『会計基準への序文 (Forward to Accounting Standards, 1993)』は、「会計基準は財務諸表に特定のタイプの取引その他の事象が反映されるべきかについての権威ある記述であり、したがって、財務諸表が真実かつ公正なる概観を示すためには、会計基準の遵守が通常 (normally) 必要である」とする (パラグラフ 16)。そして、『会計基準への序文』に添付されている *Arden* 意見書 (*Arden* [1993]) も、1983年の *Hoffman/Arden* 意見書と同趣旨であり、「会計基準の発行の直接的な効果は、裁判所がその基準の遵守が真実かつ公正の要求をみたすために必要であると判断する可能性 (likelihood) を生じさせることである」とする (パラグラフ 10)。そして、その可能性はその基準が実務で受け入れられる度合いによって高まるとされるが、基準が会計基準審議会によって発行された場合には、かりにそれに対する支持が十分でなくとも、会計基準審議会の基準設定主体としての地位、基準の採択までになされた調査・討議・意見照会のプロセス、会計基準の変化しやすい性質に照らして、裁判所は会計基準審議会の意見に特別な重きを置かなければなら

---

40) 1972年6月に公表された『上場認可規程 (Admission of Securities to Listing)』において、証券取引所は、「計算書類が会計士団体によって承認された会計実務基準書に従って作成されていないという意見を監査人が表明した場合には、他の会計処理方法を採用した理由についての取締役の陳述書」を要求するにいたった (*The Stock Exchange* [1972] para. 9)。すなわち、証券取引所は上場会社に対して、イングランド・ウェールズ勅許会計士協会その他の会計士団体が承認した基準に従って計算書類を作成することを求め、会計実務基準書からの重要な離脱がある場合または会計実務基準書に従わない場合には、その旨及びその理由を開示することを求めている (*The Stock Exchange* [1972] note 28)。その結果、Accounting Standards Committee [1978] は、上場会社はほぼ会計実務基準書に準拠してきたと指摘していた (para. 1.6)。そして、会計基準委員会の創設後も、『上場認可規程』は、上場の要件としての目録見書に含まれる報告書は、「連合王国及びアイルランドにおける主要な会計専門家団体によって承認された会計基準に従わなければならない」と定め (chap. 3, para. 4)、計算書類が内国会社が適用すべき標準的な会計実務から大きく離脱した場合には、その取締役はその理由を述べなければならないものとし、適用すべき標準的な会計実務のよりどころとしては、会計実務基準書 (SSAP)、財務報告基準書 (FRS) 及び国際会計基準が挙げられていた (paras. 21(a) and 21.1)。

ないとする。*Dearing* 委員会報告書では、「一般に受け入れられた会計実務に対して、したがって、また、十分に確立された会計基準を裁判所は支持すると予想されるが、設定されたばかりの会計基準については不確実な点がある」とされていたのに対し、この意見書では、かりに会計基準審議会の発行した会計基準に対する支持が十分でなくとも、会計基準審議会の基準設定主体としての地位に言及がなされ、裁判所がその意見に重きを置くことが適切であるとされた背景には会社法において会計基準審議会が認知されたことがあるのではないかと推測される。

なお、財務報告評議会は、緊急問題タスク・フォースの決定は、真実かつ公正なる概観を形成する実務体系の一部とみなされると指摘している (Financial Reporting Council [1991] pp.5-6)。

## Bibliography

- Accounting Standards Committee [1978] *Setting Accounting Standards: A Consultative Document*, Accounting Standards Committee
- Accounting Standards Committee [1981] *Setting Accounting Standards*, Accounting Standards Committee
- Accounting Standards Committee [1985] *Policy Statement by the Accounting Standards Committee on Accounting for the Effects of Changing Prices*, Technical Release 604, Institute of Chartered Accountants in England and Wales (reproduced in: *Accountancy*, vol. 97, No. 1110: 18-19)
- Arden, M.H.[1993] *The true and fair requirement, Opinion*, 21 April 1993
- Arden, M.H.[1997] True and fair view: a European perspective, *European Accounting Review*, vol.6, No.4: 645-649
- Ashton, R.K.[1986] The Argyll Food Case. A Legal Analysis, *Accounting and Business Research*, vol.17, No.65: 3-12
- Baxter, W.T.[1981] Accounting Standards - Boon or Curse ?, *Accounting and Business Research*, vol.12, No.45: 3-10
- Benson, H.[1989] *Accounting for Life*, Kogan Page
- Bird, P.[1974] Standard accounting practice, in: Edey, H.C. and B.S. Yamey (eds.), *Debits, Credits, Finance and Profits*, Sweet & Maxwell:1-14
- Bromwich, M.[1985] *The Economics of Accounting Standards Setting*, Prentice - Hall

- Carty, J.[1987] A memorandum to Sir Donald Dearing, *Accountancy*, vol.100, No.1131: 19-20
- Chasney, P.[1982] Statute and standards in conflict on accounting for stock, *Accountancy*, vol.63, No.1067: 62 - 64
- Chastney, J.G.[1975] *True and Fair View: a study of the history and meaning of true and fair and a consideration of the impact of the fourth directive* (Occasional paper, No.6), Institute of Chartered Accountants in England and Wales
- Cooper, D., T.Puxty, T.Lowe and H.Willmott [1989] The accounting profession, corporatism and the state, in: Chua, W.F., T.Lowe and T.Puxty (eds.), *Critical Perspectives in Management Control*, MacMillan: 245 - 270
- Edey, H.C.[1977] Accounting standards in the British Isles, in: Baxter, W.T. and S.Davidson (eds.), *Studies in Accounting*, Institute of Chartered Accountants in England and Wales: 294 - 305
- Editorial [1943] The Institute and Accounting Principles, *The Accountant*, vol.108, No. 3563: 145 - 146
- Editorial [1976] Government fires a warning shot at the profession, *Accountancy Age*, vol. 7, No.7 (13 February 1976): 1
- Editorial [1981] How the Association sees the ASC, *Accountancy*, vol.92, No.1055: 23
- Editorial [1987a] A fundamental review, *Accountancy*, vol. 100, No. 1128: 1
- Editorial [1987b] ASC may become mirror image of FASB, *Accountancy*, vol. 100, No. 1128: 5
- Editorial [1989a] Dearing appointed to implement new regime, *The Accountant*, No.5831: 3
- Editorial [1989b] Act now, Dearing says, *Accountancy*, vol.103, No.1145: 6
- Edwards, J.R.[1989] *A History of Financial Accounting*, Routledge
- Ernst & Young and the Institute of Chartered Accountants of Scotland [1989] *Guide to the Companies Act 1989: A comprehensive analysis and interpretation of the changes in company law brought by the Companies Act 1989*, Kogan Page
- Financial Reporting Council [1991] *The Financial Reporting Council: the Accounting Standards Board: the Financial Reporting Review Panel; A Brief Outline*, Financial Reporting Council
- Finer, M. and H.A.C. Sturgess [1948] *The Companies Act, 1948*, Eyre & Spottiswoode
- Gower, L.C.B. [1984] *Review of Investor Protection, Report: Part I, 1983/84 Cmnd. 9125*
- Higson, A. [2003] *Corporate Financial Reporting: theory and practice*, Sage Publications
- Hoffman, L. and M.H. Arden [1983] Legal opinion on 'true and fair', *Accountancy*, vol.94, No. 1083: 154 - 156
- Hoffman, L. and M.H. Arden [1984] *Supplementary Joint Opinion*, 20 March 1984

- Hope, J.A.D. [1984] True and fair: the Opinion of Scottish Counsel, *The Accountants' Magazine*, vol.88, No.932: 65
- Hopkins, L. [1980] *The Hundredth Year*, MacDonald and Evans
- Institute of Chartered Accountants in England and Wales [1942] Council Meeting (2 December 1942), *The Accountant*, vol. 107, No. 3549: 354 - 355
- Institute of Chartered Accountants in England and Wales [1944] The Institute on company law - III, *The Accountant*, vol. 111, No. 3630: 1 - 2
- Institute of Chartered Accountants in England and Wales [1971] *Explanatory Foreword* (reproduced in: *Accountancy*, vol. 82, No.930, 1971, p.61)
- Jack, R.B.[1977] A lawyer looks at CCA - 1, *The Accountant's Magazine*, vol.81, No.849: 101 - 103
- Leach, R.[1981] The birth of British accounting standards, in: Leach, R. and E.Stamp (eds.), *British Accounting Standards: the first 10 years*, Woodhead - Faulkner
- Lee, G.A.[1981] *Modern Financial Accounting*, 3rd ed., Nelson
- Mayson, S.W., D.French and C.L.Ryan [1989] *Company Law*, 5th ed., Blackstone
- McGee, A.[1992] The 'true and fair view' debate: A study in the legal regulation of accounting, in: Freedman, J. and M.Power (eds.), *Law and Accountancy: Conflict and Cooperation in the 1990s*, Paul Chapman: 106 - 120
- Moore, M.[2008] *The True and Fair Requirement Revisited, Opinion*, 21 April 2008
- Murphy, M.E.[1956] *Accounting: a social force in the community*, Melbourne University Press
- Parker, R.H. [1988] Regulating financial reporting in the UK, USA, Australia and Canada, in: Nobes, C.W. and R.H.Parker (eds.), *Issues in Multinational Accounting*, St. Martin's Press: 62 - 80
- Paterson, R. and D.Smith [1979] ASC - the immediate need for reform, *Accountancy*, vol.90, No.1032: 54 - 56
- de Paula, F.R.M.[1948] *Developments in Accounting*, Pitman (*reprinted in 1978*, Arno Press)
- Perks, B.[1983] Legal backing for SSAPs ? , *The Accountant*, vol.188, No.5635: 428 - 430
- Pixty, A.G., H.C.Willmott, D.J. Cooper and T.Lowe [1987] Modes of regulation in advanced capitalism: locating accountancy in four countries, *Accounting, Organizations and Society*, vol.12, No.3: 273 - 291
- Radcliffe, G.W.[1990] Accounting standards and the judiciary, *Accounting and Business Research*, vol.20, No.80: 329 - 336
- Rees, P.M.[1943] Accounting Principles, *The Accountant*, vol. 109, No. 3583: 75 - 77
- Review Committee [1988] *The Making of Accounting Standards*, Institute of Chartered Accountants in England and Wales

- Robson, T.B.[1949] Fifteen months' experience of the Companies Act, 1948, *The Accountant*, vol. 121, No. 3909: 539 - 545
- Rutherford, B.A.[1985] The true and fair view doctrine: a search for explication, *Journal of Business Finance and Accounting*, vol.12, No.4: 483 - 494
- Rutherford, B.A.[2007] *Financial Reporting in the UK. A history of the financial accounting standards committee, 1969 - 90*, Routledge
- Sharp, K.[1971] Accounting standards after 12 months, *Accountancy*, vol. 82, No. 933: 239 - 245
- Stamp, E.[1981] The Watts report and the enforcement problem, *The Accountant's Magazine*, vol. 85, No. 900: 176 - 177
- Stamp,E. and C.Marley [1970] *Accounting Principles and the City code: the case for reform*, Butterworths
- The Stock Exchange [1972] *Admission of Securities to Listing*
- Storrar, A.C. and H.B. Peebles [1983] The development of financial accounting and reporting standards in the United Kingdom, *Managerial Finance*, vol.9, No.2: 1 - 9
- Streeck, W. and P.C.Schmitter [1985] Community, market, state, - and associations ? The perspective contribution of interest government to social order, in: Streeck, W. and P.C. Schmitter (eds.), *Private Interest Government: beyond market and state*, Sage Publications: 1 - 29
- Sugden, A.[1989] Dearing Report: the author replies, *Accountancy*, vol. 104, No. 1152: 77 - 78
- Taylor, P. and S.Turley [1986] *The Regulation of Accounting*, Basil Blackwell
- Timbrell, D. Y.[1977] When Are Accounting Principles Generally Accepted, *Canadian Business Law Journal*, vol. 2, No. 1: 77 - 81
- Underdown, B. and P.J.Taylor [1985] *Accounting Theory and Policy Making*, Heinemann
- Willmotto, H.[1985] Setting accounting standards in the UK: the emergence of private accounting bodies and their role in the regulation of public accounting practice, in: Streeck, W. and P.C. Schmitter (eds.), *Private Interest Government: beyond market and state*, Sage Publications: 44 - 71
- Willmotto, H.[1986] Organising the Profession: a theoretical and historical examination of the development of the major accountancy bodies in the U.K., *Accounting, Organizations and Society*, vol. 11, No. 6: 555 - 580
- Woolf, E., S.Tanna and K.Singh [1985] *The Regulatory Framework of Accounting*, 2nd ed., Macdonald and Evans
- Wyld, R.[1983] 'Generally accepted accounting principles'—what does it mean ? , *Accountancy*, vol. 94, No. 1075: 64

片木晴彦 [1994] 「会計包括規程の役割について」 龍田節・森本滋（編）『商法・経済法の諸

論説（弥永）

問題』（商事法務研究会）：21-43

岸田雅雄 [1992] 「イギリスにおける『真実かつ公正なる概観』の法理」石山卓磨 = 上村達男  
（編）『公開会社と閉鎖会社の法理』（商事法務研究会）：279-298

科学研究費補助金基盤研究(B)「商事法における会計基準の受容」（平成19年度～平成21年度）  
（課題番号19330019）による研究成果の一部である。

# 貸借人破産における 原状回復請求権の法的性質

岡 伸 浩

- I. はじめに
- II. 貸借人破産の場合の解除権の行使
- III. 破産手続開始決定前の解除と原状回復請求権
- IV. 破産手続開始決定後の解除と原状回復請求権
- V. 東京地方裁判所平成20年8月18日判決
- VI. まとめ

## I. はじめに

1 本稿では、貸借人の破産手続開始決定後に賃貸借契約が解除により終了した場合、賃貸人の貸借人に対する原状回復請求権を破産法上の破産債権（破産法2条5項）として扱うべきか、それとも財団債権（破産法2条7項）として扱うべきか、という問題を検討する。この問題については、東京地方裁判所民事第20部（破産再生部）では、基本的に財団債権として扱っている<sup>1)</sup>のに対して、大阪地方裁判所第6民事部では、破産債権として扱っており<sup>2)</sup>、破産

---

1) 東京地方裁判所民事第20部（破産再生部）の運用では、基本的に破産手続開始決定前に契約が終了していた場合には、原状回復費用は破産債権となるが（破産法103条2項）、開始決定後に契約が終了した場合は、財団の範囲内で財団債権（同法148条1項4号又は8号の類推適用）として支出するとしている。また、実務では、費用負担以外の方法で義務を清算する旨の和解をする例が多いといえる。

2) 大阪地方裁判所第6民事部編『破産・個人再生の実務Q&Aはい6民です お答えします』146頁以下（大阪弁護士協同組合、2008）。

手続上、頻繁に生じる問題でありながら、実務上、両裁判所における運用が全く異なるという事態が生じている。こうした違いは、どのような理解から生じるのか、いずれの結論が妥当かについて検討を加えることとする。

2 上記問題を検討するにあたって、「賃借人が破産者となり、破産手続開始決定直後に賃借人の破産管財人が破産法53条1項により賃貸借契約を解除して、賃貸人に対して賃借目的物をそのままの状態で明け渡した場合、賃貸人が有する原状回復請求権ないし原状回復費用請求権は財団債権となり、破産管財人は賃貸人に対して原状回復費用全額を支払わなければならないか。」という問題を設定する<sup>3)</sup>。

## II. 賃借人破産の場合の解除権の行使

### 1 破産管財人からの解除

賃貸借契約において、賃貸人には契約期間中賃借人に目的物を使用収益させる義務及びその他の付随的義務（修繕義務等）が発生し、賃借人には賃料の支払いや目的物の返還その他の義務が発生する（民法601条、同616条、同597条等）。賃貸借期間中に賃借人について破産手続が開始された場合、残りの期間について両当事者の上記義務が残存することとなり、当該賃貸借契約は双方

---

3) 一般に賃貸借契約が終了した場合、賃借人には原状回復義務が生じるが、この原状回復義務を賃借人自身が履行して原状回復を実施する場合と賃貸人が原状回復を実施してその費用を賃借人に請求する場合がある。それぞれの場面に照らして、原状回復請求権とは、賃借人が負う原状回復義務の履行を賃貸人が請求する場合を意味するのに対して、いったん賃貸人が実施した原状回復によって生じた費用を賃借人に請求する場合は、原状回復費用請求権の行使の場面であり、厳密には両者は区別されるべきであると考えている。もっとも、これらは賃貸人と賃借人のいずれが原状回復を実施するかの違いはあるものの本質的な相違は認められないことから、本文中では、原状回復請求権ないし原状回復費用請求権、又は原状回復請求権としてまとめて記述しているが、その法的性質を論ずるにあたっては、いずれも同様の意味として位置づけている。なお、同様の位置づけとして、大阪地方裁判所第6民事部編・前掲146頁。

未履行の双務契約となるものと解される。

よって、賃借人が破産した場合、破産管財人は、破産法53条1項に基づき、双方未履行の双務契約の規律にしたがって、当該賃貸借契約を解除するか、又は破産者の債務を履行して相手方の債務の履行を請求するかの選択権を有することとなる。

## 2 賃貸人からの解除—法定解除権・倒産解除特約に基づく約定解除権<sup>4)</sup>

(1) 法定解除権—破産手続開始決定前に既に賃借人の債務不履行がある場合  
破産手続開始決定前に、既に賃借人の賃料不払等の債務不履行を理由に民法上の法定解除権が発生している場合がある(民法415条、同541条)。このような場合には、賃貸人は破産手続開始決定後にこれを行行使することが可能である<sup>5)</sup>。

---

4) 賃貸人からの解除については、旧民法621条が特則を規定し、民法上賃借人の破産宣告〔現：破産手続開始決定〕があった場合は、賃貸人と賃借人の破産管財人の双方が賃貸借契約の解約申入れができるとされ、解約によって生じた損害賠償は、請求することができないとされていた。このような建前に対して、不動産の賃貸借で賃借人の破産のみを理由に賃貸借契約を解除できるとすると賃借人は不利益を被る、破産財団は賃借権という財産的価値を喪失してしまう、賃借人が破産した場合であっても破産手続開始決定後の使用収益に対する賃料は財団債権になるから特段賃貸人を保護する必要性は乏しい、さらに損害賠償が請求できなくなるという点は破産管財人に委縮的效果を及ぼし妥当でない、といった批判がなされていた。そこで多数説や判例は、賃借人破産の場合、賃借人に信頼関係を破壊する事由や解約の正当事由がない限り、賃借人が破産したという一事をもっては、賃貸借契約を解除することはできないとして旧民法621条を制限的に解釈していた(最判昭和48・10・30民集27巻9号1289頁)。平成16年破産法改正によって、旧民法621条は削除され、賃借人破産の場合の処理は、双方未履行の双務契約に関する破産法の規定の適用によると解されている。

5) 伊藤眞著『破産法・民事再生法』[第2版] 274頁(有斐閣、2009)、全国倒産処理弁護士ネットワーク編『論点解説破産法』[上] 107頁[小林信明](金融財政事情研究会、2005)。

(2) 約定解除権—倒産解除特約による解除

① 実務上、多くの賃貸借契約は、例えば「破産手続開始申立て、再生手続開始申立て、更生手続開始申立て、又は特別清算手続開始申立てがあったとき」は、「催告を要せず直ちに本契約を解除することができる」といった定めを用意している。このような倒産処理手続開始申立て等を契約の解除事由とする特約を倒産解除特約とか倒産解除条項という<sup>6)</sup>。

② 倒産解除特約の効力をめぐっては、これを有効とする見解、無効とする見解、再建型倒産処理手続では無効とするという折衷の見解等が対立している<sup>7)</sup>。

③ 倒産解除特約の効力をめぐっては、以下のような判例がある。

ア 最判昭和57年3月30日（民集36巻3号484頁）

この判決は、会社更生手続との関係で倒産解除特約が無効である旨判示した。すなわち、同判決は、機械の所有権留保付売買の事案において、「買主たる株式会社に更生手続開始の申立の原因となるべき事実が生じたことを売買契約解除の事由とする旨の特約は、債権者、株主その他の利害関係人の利害を調整しつつ窮境にある株式会社の事業の維持更生を図ろうとする会社更生手続の趣旨、目的（会社更生法1条参照）を害するものであるから、その効力を肯認しえない」として倒産解除特約にもとづく売買契約の解除は効力を有しないと判示している。

イ 最判平成20年12月16日（金判1308号40頁）

この判決は、民事再生手続との関係で倒産解除特約が無効である旨判示した。具体的には、フルペイアウト方式によるファイナンス・リース契約中のユーザーについて民事再生手続開始の申立てがあったことを契約解除事由とする倒産解除特約の効力につき、「少なくとも、本件特約のうち、民事再生手続開始の

---

6) 山本和彦ほか著『倒産法概説』216頁〔沖野眞己〕（弘文堂、2006）。

7) 山本克己ほか編『新破産法の理論と実務』239頁〔深山雅也〕（判例タイムズ社、2008）。

申立てがあったことを解除事由とする部分は、「民事再生手続の趣旨、目的に反するものとして無効と解するのが相当である」とする。そして、その理由を民事再生手続の趣旨・目的とそこにおける責任財産や担保目的物の取扱い等に求めている。すなわち、「民事再生手続は、経済的に窮境にある債務者について、その財産を一体として維持し、全債権者の多数の同意を得るなどして定められた再生計画に基づき、債務者と全債権者との間の民事上の権利関係を調整し、債務者の事業又は経済生活の再生を図るものであり（民事再生法1条参照）、担保の目的物も民事再生手続の対象となる責任財産に含まれる。ファイナンス・リース契約におけるリース物件は、リース料が支払われない場合には、リース業者においてリース契約を解除してリース物件の返還を求め、その交換価値によって未払リース料や規定損害金の弁済を受けるという担保としての意義を有するものであるが、同契約において、民事再生手続開始の申立てがあったことを解除事由とする特約による解除を認めることは、このような担保としての意義を有するにとどまるリース物件を、一債権者と債務者との間の事前の合意により、民事再生手続開始前に債務者の責任財産から逸出させ、民事再生手続の中で債務者の事業等におけるリース物件の必要性に応じた対応をする機会を失わせることを認めることにはかならないから、民事再生手続の趣旨、目的に反することは明らかというべきである」と判示している。

④ このように判例はいずれのケースにおいても倒産解除特約を無効であると判示したが、これらの判例の射程範囲をどのように理解すべきかが問題となる。

上記判例は、いずれも会社更生手続や民事再生手続といったいわゆる再建型倒産処理手続における判断であり、これを清算型倒産処理手続の典型である破産手続においてもそのまま妥当するとして倒産解除特約を一律に無効とする解釈には、疑問が残る。仮に倒産解除特約を一律に無効とするのであれば、倒産状態になる前に私的自治・契約自由の原則のもとで当事者双方が自由な意思に基づき合意した内容が、なぜ倒産という局面において当然に無効を来すのか、という点を合理的に説明する必要がある。本稿では、この問題を中心論点とし

て扱うものではないが、私見は、会社更生手続、民事再生手続といった再建型倒産処理手続については、更生手続開始申立て又は再生手続開始申立てを理由とする倒産解除特約は、再建というそれぞれの手続の目的（会社更生法1条、民事再生法1条参照）に抵触する限りにおいて無効<sup>8)</sup>であるのに対し、清算型倒産処理手続である破産手続については（破産法1条参照）、破産手続開始申立てを理由とする倒産解除特約は、契約自由の原則に照らし、依然として有効であると解するものである<sup>9)</sup>。實際上、例えば、売買契約や賃貸借契約において、買主や賃借人について破産手続開始の申立てがされた場合、売主や賃借人はもはや売買代金や賃料の支払いを受けることができなくなる蓋然性が高いのであって<sup>10)</sup>、そのような場合に備えて契約関係を解除して、破産による損害の極小化を図ろうとすることには十分な合理性があるし、その必要性も認めることができる<sup>11)</sup>。したがって、倒産解除特約は、破産手続との関係では、有効であると解すべきである<sup>12)</sup>。

- 
- 8) 最判平成20・12・16は、別除権としての担保権の実行に対して、責任財産の範囲、再生手続の趣旨・目的との関係で倒産解除特約の効力を無効としている。
- 9) いわゆる折衷説であり、本稿で紹介した最判昭和57・3・30（会社更生手続の場合）、最判平成20・12・16（民事再生手続の場合）は、いずれも再建型倒産処理手続に関して倒産解除特約の効力を否定しており、私見と同様の文脈で理解されるべきものであると考える。なお、同様の立場として、園尾隆司ほか編『新・裁判実務体系・新版破産法』216頁〔富永浩明〕（青林書院、2007）。また、破産手続の場合であっても倒産解除特約を有効とすると相手方は常に破産管財人に対して解除権を主張できることとなるが、それは、破産法が破産管財人に履行か解除かの選択権を付与した破産法53条1項の趣旨に反するとして無効であるとする立場も主張されている（伊藤・前掲274頁。なお、伊藤眞教授は、同様の理由で民事再生法49条1項又は会社更生法61条1項との関係で、民事再生手続又は会社更生手続の場面でも解除権の行使は制約されるべきであるとする）。仮にこのように解するのであれば、例えば破産法53条1項を強行法規と解する必要がある。
- 10) 破産手続開始決定後の賃料債権は、財団債権（破産法2条7項）となるものの、破産手続開始決定前の未払賃料が生じた場合等、一定の不利益を被る可能性は否定できないといえよう。
- 11) 同様の趣旨の指摘として、西謙二＝中山孝雄編『破産・民事再生の実務(中)』〔新版〕33頁〔堀田次郎〕（金融財政事情研究会、2009）。

⑤ 以上の倒産解除特約の効力に関する私見によれば、賃借人に破産手続開始の申立てがあった場合は、当該倒産解除特約は有効であり、賃貸人と賃借人の間では、解除の効果が生じることとなる。賃貸借契約解除の効果がいつの時点で生じるかは、個々の倒産解除特約の文言の解釈に帰着すると解されるが、例えば、破産手続開始申立てを原因とする場合であれば、申立てと同時に、破産手続開始決定前に既に解除の効果が生じていることとなる。倒産解除特約に基づく解除の効力が発生した時点で原状回復請求権が発生するとすれば、原状回復請求権は、破産手続開始決定前の原因に基づいて生じた財産上の請求権に該当するから、破産債権（破産法2条5項）となるものと解する。

### Ⅲ. 破産手続開始決定前の解除と原状回復請求権

1 破産手続開始決定前に賃料不払の債務不履行や倒産解除特約等を理由に、賃借人が既に賃貸人から賃貸借契約を解除されていた場合には、賃貸人の賃借人に対する原状回復請求権も破産手続開始決定前に発生していると認めることができる<sup>13)</sup>。

---

12) 実務上もその効力を否定していない（西＝中山編・前掲〔中〕33頁〔堀田〕）。名古屋地判平成2・2・28金判840号30頁は、ユーザーに和議開始の申立てがあったことをリース契約解除の理由とする特約の効力につき、会社更生手続との関係で倒産解除特約を無効とした最判昭和57・3・30を挙げたうえで、「会社更生法は企業を解体清算させることが利害関係人の利害のみならず広く社会的、国民経済的損失をもたらすことを考慮して制定されたものである。これと異なる趣旨、目的をもつ和議法に照らし本件特約が無効であるということとはできないし、他に本件特約を無効とする理由を見出すことはできない。」とする。なお、反対の立場として、伊藤・前掲274頁。また、伊藤眞教授は、売買契約の買主等が持つ不安の考慮は、いわゆる不安の抗弁の問題として配慮されるべきであると指摘する（伊藤眞「更生手続申立と契約の解除」『新版会社更生法』金判719号75頁）。また、東京地判平成10・12・8金判1072号48頁は、売主が倒産した場合には買主は従前の売買契約を解除できる旨の特約がある場合でも、買主は、売主の破産管財人からの代金請求に対して、当該特約に基づく解除を主張して代金の支払いを拒むことはできないとした。

13) 賃貸人が賃借人に代わって賃貸物件の原状回復を実施していれば、破産手続開始決定前に既に金銭債権としての原状回復費用請求権が発生していることとなる。

2 この破産手続開始決定前に既に発生している原状回復請求権は、破産手続開始決定によって金銭化されることになり（破産法103条2項1号イ）、破産債権（破産法2条5項）として、届出によって行使することになる（破産法100条1項<sup>14)</sup>。

#### IV. 破産手続開始決定後の解除と原状回復請求権

では、賃借人の破産手続開始決定後に賃借人の破産管財人が破産法53条1項に基づいて当該賃貸借契約を解除した場合、賃貸人の賃借人に対する原状回復請求権は、破産法上いかなる法的性質を有すると理解すべきであろうか。

##### 1 財団債権説と破産債権説

この問題について、賃貸人の有する原状回復請求権は、財団債権であると考ええる立場（以下「財団債権説」という。）と破産債権であると考ええる立場（以下「破産債権説」という。）が対立している。冒頭でも指摘したとおり、実務の運用においても東京地方裁判所民事第20部が財団債権として扱うのに対して、大阪地方裁判所第6民事部は破産債権として扱う点で大きく異なる。

##### 2 財団債権説とその根拠

この問題について、私見は破産債権説に賛成するものであるが、まず反対の立場である財団債権説をその論拠とともに概観する。

---

14) 実務上は、賃貸目的物についての物理的な意味での原状回復は、目的物が破産管財人の管理に服していれば破産管財人が業者に発注して行うか、賃貸人と賃借人の破産管財人が協議のうえ、複数の業者から費用の見積もりの提出を受けて、より低廉な費用で対応可能な業者に原状回復を委託して処理するのが一般である。西謙二＝中山孝雄編『破産・民事再生の実務(上)』[新版] 261頁 [山崎栄一郎]（金融財政事情研究会、2009）。なお、賃貸目的物に特殊な仕様の設備が存在する等の理由で、躯体の損傷を避けるため賃貸人が指定する特定の業者でなければ、原状回復工事を実施できないといった事情がある場合には、賃貸人指定の業者が対応し、原状回復費用について賃借人の破産管財人と協議のうえ処理を決する場合もある。なお、園尾ほか編・前掲214頁 [富永]。

財団債権説は、賃貸人が有する原状回復請求権を財団債権であるとする根拠規定を財団債権について定めた破産法148条に求め、個別の場面に応じて同条1項各号に当てはめている。

(1) 破産法148条1項各号の制度趣旨

破産法上、財団債権は破産債権に先だって、破産手続外で随時弁済を受けることができる（破産法2条7項、同151条。なお、財団不足の場合の弁済方法等について同152条）。財団債権説を検討する前提として、関連する財団債権（破産法148条1項各号）の趣旨を確認すると次のとおりである。

① 破産法148条1項4号

破産法148条1項4号は、「破産財団に関し破産管財人がした行為によって生じた請求権」を財団債権とする。この趣旨は、破産債権者の利益の実現をその職務とする破産管財人の行為によって生じた請求権である以上、破産債権者全体にこれを負担させ公平を図るべきであるという点にある。

例えば、破産財団のために破産管財人が行った借財、賃借、雇用、和解等の私法上の行為によって生じた請求権、破産管財人の不法行為によって生じた損害賠償請求権等がこれに該当する<sup>15)</sup>。なお、破産管財人の不作為によって第三者に損害が生じたときも、当該損害に係る損害賠償請求権は財団債権となると解されている<sup>16)</sup>。

② 破産法148条1項7号

破産法148条1項7号は、破産管財人が破産法53条1項の規定により債務の履行を選択する場合において、相手方が有する請求権を財団債権とする。この趣旨は、破産管財人が履行を選択した場合、相手方が有する請求権は、破産者と締結していた双務契約に基づくものであり、本来であれば破産債権となるどころ、相手方は破産財団に対してその義務を履行しなければならないのに、そ

---

15) 加藤哲夫著『破産法』[第5版] 273頁（弘文堂、2009）。

16) 伊藤・前掲229頁。

の対価としての請求権が破産債権として割合的満足しか得られないとすると双務契約の本質に反して不公平であるため<sup>17)</sup>、財団債権として保護し、公平を図った点にある<sup>18)</sup>。

③ 破産法148条1項8号

破産法148条1項8号は、破産手続の開始によって双務契約の解約の申入れ（53条1項又は2項の規定による賃貸借契約の解除を含む。）があった場合に破産手続開始後その契約の終了に至るまでの間に生じた請求権を財団債権とする。この趣旨は、例えば、賃貸借契約や雇用契約等といった継続的契約の場合、破産管財人による解除（破産法53条1項）や相手方からの解約申入れがなされても（民法631条）直ちに契約関係が終了するのではなく、一定期間契約関係が存続することがあり得るが、このような契約関係が存続する期間内は、破産財団が相手方からの給付を受けるので、反対給付である相手方の請求権も公平の見地から財団債権とした点にある<sup>19)</sup>。

(2) 以上を前提に財団債権説は、それぞれの場面における原状回復請求権の財団債権性を次のように説明する。

① 賃借人の破産管財人が破産法53条1項により賃貸借契約の履行を選択し、破産者（賃借人）の債務を履行して相手方（賃貸人）の債務の履行を請求した後に当該賃貸借契約が終了した場合は、原状回復請求権は、破産法148条1項7号の適用（又は類推適用）により「第53条第1項の規定により破産管財人が債務の履行をする場合において相手方が有する請求権」として、財団債権となる<sup>20)</sup>。

② 賃借人の破産管財人が破産法53条1項により賃貸借契約を解除した場

---

17) 破産法53条1項に基づき破産管財人が履行を選択した場合、相手方はそれに応じて債務を履行しなければならないが、相手方はこれを拒絶することはできないと解されている。加藤・前掲236頁参照。

18) 竹下守夫編『大コメンタール破産法』583頁 [上原敏夫]（青林書院、2007）。

19) 伊藤・前掲231頁。中島弘雅著『体系倒産法Ⅰ』188頁（中央経済社、2007）。

合は、破産法148条1項4号、8号<sup>21)</sup>の適用（又は類推適用）により財団債権となる<sup>22)</sup>。

③ 賃貸人と賃借人の破産管財人が賃貸借契約を合意解除した場合には、原状回復請求権は、破産法148条1項4号の適用（又は類推適用）により財団債権となる<sup>23)</sup>。

合意解除という行為を破産法148条1項4号の定める「破産財団に関し破産管財人がした行為」と捉え、原状回復請求権は、これによって生じた請求権に該当するとする。

④ 賃借人の破産手続開始後に賃貸人から破産法53条2項に基づいて賃借人の破産管財人に対して確答催告があり、期間内に破産管財人から確答がないため解除となった場合は、賃貸人の原状回復請求権は、破産法148条1項8号により財団債権となる<sup>24)</sup>。

### 3 破産債権説とその根拠——私見

(1) 本稿の立場は、賃借人が破産手続開始決定を受け、賃借人の破産管財人

---

20) 園尾ほか編・前掲215頁〔富永〕。全国倒産処理弁護士ネットワーク編・前掲〔上〕111頁〔小林〕。

21) 桜井孝一ほか編『倒産処理法制の理論と実務』288頁〔瀬戸英雄〕（別冊・金融・商事判例、2006）は、賃借人の破産管財人が解除を選択した場合の原状回復義務について、「目的物返還義務が破産手続開始前に抽象的に発生していることを理由に破産債権とする考え方もあり得ようが、破産管財人のなした解除を原因として発生した債務であるから、原状回復請求権は財団債権になると解されている（破産法148条1項4号、8号）」と紹介する。

22) 伊藤・前掲278頁注64。伊藤眞教授は、破産管財人が賃借人の原状回復義務を履行せず、賃貸人自らが原状回復を行う場合の費用請求権について、破産管財人の行為に起因する債務である以上、破産債権者が共同で負担することを受忍しなければならないから、破産法148条1項4号又は8号の財団債権になると解すべきであるとする。他に園尾ほか編・前掲215頁〔富永〕。西＝中山編・前掲〔上〕261頁〔山崎〕（ただし、類推適用とする）。全国倒産処理弁護士ネットワーク編・前掲〔上〕111頁〔小林〕。

23) 園尾ほか編・前掲215頁〔富永〕。西＝中山編・前掲〔上〕261頁〔山崎〕。

24) 園尾ほか編・前掲215頁〔富永〕。

が破産法53条1項に基づき賃貸借契約を解除した場合に賃貸人が有する原状回復請求権は、破産債権と解すべきであると主張するものである。

(2) 根拠としては、以下の各点を挙げることができる。

① 発生原因事実が破産手続開始決定前である点

本稿で設定した問題の場面のように破産手続開始決定の直後に破産管財人が破産法53条1項に基づき賃貸借契約を解除する場合には、原状回復請求権の発生原因事実である毀損行為や設備設置行為等は、すべて破産手続開始決定前に生じている。それにもかかわらず、破産債権（破産法2条5項）でなく、財団債権（破産法2条7項）とすることは不合理である<sup>25)</sup>。

② 解除の時期による不均衡

破産手続開始決定の前の時点で賃借人が賃借目的物に通常損耗を超える損耗を与えたり、設置物を設置したという事実は同じであるにもかかわらず、解除による賃貸借契約終了の時期が破産手続開始決定の前であれば、原状回復請求権は破産債権となり、開始決定の後であれば、財団債権となるのは、明らかに均衡を失する<sup>26)</sup>。破産手続開始決定の前か後かというわずかな時間的先後によって、原状回復請求権が破産債権となったり、財団債権となったりすることとなるが、この理由を合理的に説明するのは困難である。仮に、財団債権説のように解すると、破産手続開始決定前に破産申立代理人等が賃貸借契約を事前に解除していたか否かによって開始決定後の破産財団の負担が軽くなったり重くなったりして異なる事態が生じることとなり、明らかに不合理である。

③ 財団債権の共益的性質との抵触

破産法148条1項所定の財団債権は、破産手続全体の利益のための債権又は破産債権者全体の利益になるものとして公平の観点に照らして共益的性質を有

---

25) 全国倒産処理弁護士ネットワーク編・前掲 [上] 111頁 [小林]。園尾ほか編・前掲215頁 [富永]。

26) 全国倒産処理弁護士ネットワーク編・前掲 [上] 111頁 [小林]。

するものであり、破産手続の遂行に必要な費用や第三者の負担において破産財団が利益を享受する場合の第三者の反対給付請求権等であると解されている。このような財団債権の基本的な特質に照らして考えると、賃借人による目的物の原状変更を発生原因とする原状回復請求権は、破産債権者全体の犠牲において破産財団が負担すべき共益的性質を有するものとはいえない<sup>27)</sup>。特に問題となる破産法148条1項4号及び8号との関係では以下のように主張することができる。

ア 破産法148条1項4号（類推）適用（財団債権説の根拠）への批判

破産法148条1項4号は「破産財団に関し破産管財人がした行為によって生じた請求権」を財団債権としている。既に検討したとおり、この趣旨は、破産債権者の利益を代表する破産管財人の行為に起因して生じた請求権である以上、破産債権者全体すなわち破産財団で負担するのが公平であるとする点にある。しかし、原状回復請求権は破産手続開始前の時点での賃借人が行った賃借目的物に対する通常損耗を超える原状変更に起因するものであり、破産手続開始決定と同時に選任される破産管財人の行為によって発生したものとはいえない。したがって、これを財団債権として破産債権者全体すなわち破産財団が負担すべき合理的理由はない<sup>28)</sup>。

イ 破産法148条1項8号（類推）適用（財団債権説の根拠）への批判

破産法148条1項8号は、「破産手続開始後その契約の終了に至るまでの間に生じた請求権」を財団債権とする。既に検討したとおり、この趣旨は賃貸借契約をはじめとする継続的契約関係においては、破産管財人による解除（破産法53条1項）や相手方からの解約申入れ（民法631条）がなされても、直ちに契約関係が終了するわけではなく、一定期間契約関係が存続する場合があります。このことを想定し、この間に破産財団は相手方から給付を受けることとなるので、この給付と反対給付の関係に立つ相手方の請求権を公平の見地から財団債権と

27) 大阪地方裁判所第6民事部編・前掲146頁。園尾ほか編・前掲215頁〔富永〕。

28) 大阪地方裁判所第6民事部編・前掲146頁。

した点にある。このような趣旨に照らして考えると、破産法148条1項8号にいう「破産手続開始後その契約の終了に至るまでの間に生じた請求権」とは、その発生原因との関係では、「破産手続開始後その契約の終了に至るまで〔の原因〕に〔よって〕生じた請求権」であると解釈すべきである<sup>29)</sup>。しかし、賃貸人の原状回復請求権は破産手続開始決定前にその発生原因が存在するものであり、これに該当しない。

#### ④ 価値判断の当否

さらに価値判断としても破産債権説が妥当であると考えられる。

賃借人破産の場合における賃貸人の原状回復請求権は破産債権か財団債権かという問題は、要は、原状回復費用の負担を賃貸人に負わせることが妥当か、破産債権者全体すなわち破産財団に負わせることが妥当かという問題に帰着することになる。

一般に建物賃貸借契約における賃貸人は、賃貸借契約の締結に際して、一種の約定担保である敷金を取得している状況にある<sup>30)</sup>。契約自由の原則に照らせば、賃貸人としては、賃貸借契約を締結するに当たり、敷金をどの程度確保しておくかを賃借人と協議し決定することができるし、賃貸借契約が正常に機能している時点で将来の原状回復費用を賄えない可能性があると考えた場合は、賃借人に対して敷金の積み増し請求を行う等して、不測の事態に対応する状況にある。賃貸人にとっては、原状回復請求権ないし原状回復費用請求権が発生した場合は、敷金の範囲では、実質的にこれを相殺して回収できる立場にあり、敷金から控除してもなお超過分が生じた場合にはじめて現実の回収の

---

29) 大阪地方裁判所第6民事部編・前掲146頁。なお、加藤・前掲274頁注9は、破産法148条1項8号の財団債権の例として、「たとえば賃借人破産で、手続開始から解約申入れのときまでの賃貸人の賃料請求権および引渡時までの損害金などである。」と説明する。

30) 判例は、敷金返還請求権の法的性質について、賃貸借契約終了後家屋明渡義務の履行までに生ずる賃料相当額の損害金債権その他賃貸借契約により賃貸人が賃借人に対して取得する一切の債権を担保するものであり、敷金返還請求権は賃貸借契約終了後家屋明渡完了時まで生じた右被担保債権を控除してなお残額がある場合に、その残額につき具体的に発生するものとする（最判昭和48・2・2民集27巻1号80頁）。

場面が生じることとなる。このような場面で、仮に財団債権説に立つと、賃貸人は敷金という担保の範囲内の原状回復費用分を実質的に回収したうえで、超過分をさらに財団債権として一般破産債権者全体に優先して破産財団から回収することを意味する。しかし、そのような優先性を基礎づける根拠は見当たらない。むしろ賃貸人にとって敷金という約定担保の範囲を超過した原状回復費用分は、いわば別除権不足額と同様の位置づけにあるといえ、別除権不足額を破産債権であるとする不足額責任主義（破産法108条1項本文）の趣旨に照らし、破産債権とすべきであり、特段の優先性を基礎づける根拠は見出し難い<sup>31)</sup>。

#### ⑤ 破産法53条1項の解除権の行使との関係

財団債権説は、破産管財人による破産法53条1項の解除権の行使が破産法148条1項4号の「破産管財人がした行為」に該当すると主張する。しかし、仮にこのように解すると破産管財人としては、自らが破産法53条1項によって解除権を行使することによって、原状回復請求権を財団債権とする確定的な根拠を付与することを意味する。しかし、このような解釈は、破産管財人にとっては自らの解除権行使によって財団債権を増殖し、破産財団を減少させることを意味し、多額の原状回復費用の発生が予測される等の場面によっては、萎縮的な影響を与えかねない<sup>32)</sup>。実務上、破産管財人が破産法53条1項による

---

31) 同様の趣旨として、堀政哉「敷金が未払賃料や原状回復費用等全部を賄うに足りない場合における処理について」銀行法務21・704号・大阪倒産実務交流会（2009）。同論文は、「大多数の債権者が低率の配当に甘んじ、貸倒れを計上している中、賃貸人は敷金により、債権のうち、かなりの割合を回収することができているのである。その賃貸人を他の一般債権者らの負担においてさらに財団債権として保護するのが、はたして公平なのかについても検討を要するところ」であると指摘する。また、中西正「賃貸借契約と破産手続」銀行法務21・704号・大阪倒産実務交流会コメント（2009）。

32) 全国倒産処理弁護士ネットワーク編『破産実務Q&A150問』279頁〔伊山正和〕（金融財政事情研究会、2007）は、破産法53条により破産管財人に与えられた選択権の行使には時間的な制約はないものの、破産債権者に対する関係で善管注意義務に違反しているという問題が生じる可能性があることを指摘して、注意を喚起する。

解除を選択することなく、貸貸人側との交渉によって和解する例が多いのも破産管財人が解除権行使の前段階での話し合いによる決着を望むからといえよう<sup>33)</sup>。

## V. 東京地方裁判所平成20年8月18日判決<sup>34)</sup>

以上のとおり、本稿は、貸借人破産の場合の貸貸人の原状回復請求権を破産債権として位置づけるべきであると主張するものである。しかし、近時の裁判例として、東京地方裁判所平成20年8月18日判決（以下「本判決」という。）は、貸借人破産の場合の原状回復費用請求権について、一定の場面で財団債権とすべきであると、その根拠を「破産法148条1項4号及び8号の適用又は類推適用」に求めている<sup>35)</sup>。本稿の立場からは、本判決には、以下のとおり種々の疑問がある。

### 1 事案の要旨

(1) 破産者A株式会社（平成19年9月7日破産手続開始決定。以下、破産手

---

33) 西=中山編・前掲 [上] 261頁 [山崎] は、「破産手続開始決定後に貸借契約が終了する場合は、破産管財人が原状回復義務を負い、原状回復費用は財団債権（破148条1項4、8号の類推適用）として弁済されることになる。」としたうえで、「破産財団の規模いかんによって全額を負担して原状回復をするのが困難という場合もあり、法人破産の場合で事業用の賃借土地上ないし賃借建物内の残置物を撤去するための費用を支出できないようなときは深刻な問題になる。」と指摘する。実務家として同様の感想を持つ。さらにこのような状況があることから、「実務上は、そのような場合でも安易に残地物の管理処分権を破産財団から放棄するのではなく、破産管財人が貸貸人との間で原状回復に関する和解をし、自然人である代表者に当該物を譲渡するなどして、現実に原状回復を行える者を明確にしておくというようなこともある。」として破産管財人による和解処理を紹介する。このような和解交渉の見込みとの関係で、破産管財人は莫大な原状回復費用が発生する場合に破産法53条1項の解除権を明確に選択して行使する前に交渉に臨み、和解によって原状回復費用の処理の問題を解決するのが実務の通常感覚であるといえよう。

34) 判時2024号37頁・判タ1293号299頁・金法1855号48頁。なお、本判決は、貸借契約中の解約予告期間に関する条項や敷金等の放棄条項、違約金条項等が解除に際して破産管財人を拘束するかという別の問題も含んでいる。

続開始決定の前後を通じて「破産会社」という。)の破産管財人である原告が、破産会社が賃借していた建物(以下「本件建物」という。)の賃貸人であった被告に対し、本件建物の賃貸借契約は、破産法53条1項に基づく解除により終了したとして、保証金返還請求権に基づき、破産会社が契約締結時に預託した保証金から未払賃料及び遅延損害金並びに原状回復費用の合計を控除した残額及びこれに対する訴状送達の日翌日から支払済みまで民法所定の年5パーセントの割合による遅延損害金の支払いを求めて訴えを提起した。

(2) これに対して、被告が原告に対し、破産手続開始決定日以降の未払賃料及び原状回復費用は財団債権であり、保証金返還請求権から控除されないとして、その未払賃料及び原状回復費用並びに各履行期から支払済みまで約定利率年14パーセントの割合による遅延損害金の支払いを求めて反訴を提起した。

## 2 判旨

「破産法148条1項4号及び8号は、破産管財人が破産手続の遂行過程でした行為によって発生した債権を財団債権としているが、これは、破産手続上、発生することが避けられず、債権者全体の利益となる債権、又は破産管財人が債権者全体のためにした行為から生じた債権であるから、これを財団債権として優遇することにあると解される。……賃借人は、本件賃貸借契約が終了した場合、終了後1か月以内に本件建物を原状回復して賃貸人に明け渡さなければならないという原状回復義務を負っているところ(同契約20条1項)、原告は、

---

35) なお、敷金返還請求権に債権者のために質権を設定していた不動産賃借人の破産手続開始決定後、破産管財人が破産財団から賃料等を支払わず、賃貸人との間で未払賃料等及び原状回復費用に敷金を充当する旨を合意した結果、質権が消滅した場合、質権設定者としての義務違反が問題となった事案で、東京高判平成16・10・19(金判1258号41頁、判時1882号33頁)は、「原状回復費用については、本件宣告[現：開始決定]後賃料と同様財団債権となるが」として、特に根拠を示すことなく、原状回復費用の法的性質を財団債権であるとす。

破産手続開始決定後、本件建物を約1か月間使用した後、破産法53条1項に基づき平成19年10月23日をもって本件賃貸借契約を解除し、同日、原状回復義務を履行しないまま本件建物を明け渡したのであるから、このような場合、原告は、本件建物を明け渡した時点で、原状回復義務の履行に代えて、賃貸人に対し原状回復費用債務を負担したものと解するのが相当である。その結果、賃貸人である被告が原告に対して取得した原状回復費用請求権は、原告が破産管財人として、破産手続の遂行過程で、破産財団の利益を考慮した上で行った行為の結果生じた債権といえるから、破産法148条1項4号及び8号の適用又は類推適用により、財団債権と認められる。よって、原状回復費用請求権が破産債権であるとする原告の本案前の主張は理由がない。」

### 3 検討

(1) 本判決は、賃貸人の原状回復費用請求権は財団債権であるとし、その根拠として、破産法148条1項4号及び8号の適用又は類推適用を挙げる。

しかし、まず、法条の適用として、異なる根拠規定を「及び」で接続し、しかも、「適用又は類推適用」という曖昧な適用関係を提示する点に賛成できない。さらに内容的にも、本判決が財団債権の根拠として挙げた破産法148条1項4号及び同8号は、いずれも原状回復費用請求権の財団債権性の根拠としては、疑問である。

#### (2) 破産法148条1項4号との関係

まず本判決は、破産手続開始決定後、破産管財人が管財業務のため賃借目的物である本件建物を約1か月の間使用していたことが、破産手続遂行上破産財団の利益を考慮した破産管財人の行為によるものであるとして、原状回復請求権は、「破産財団に関し破産管財人がした行為によって生じた請求権」であるから、破産法148条1項4号に基づき財団債権であるとする。

しかし、本判決は、破産管財人が使用していた期間に対応する本件建物の賃料の問題と原状回復請求権の扱いを混同するものであり、賛成できない。すな

わち、破産管財人が破産手続開始決定後、約1か月の間本件建物を使用していたのが管財業務遂行のためであれば、その間の目的物使用の対価である賃料は、破産財団の共同の利益のために要した費用といえるから、破産法148条1項4号により当然に財団債権となると解すべきである。もっとも、このような理解と賃借人の有する原状回復請求権が財団債権となるかは別個の問題である。なぜなら、原状回復請求権の本質は、賃貸借契約において賃借人が行った目的物の使用から通常損耗を超える費用が発生した場合にこれを賃借人に負担させる請求権であり、破産管財人の行為によって生じた請求権とはいえないからである。原状回復請求権は、破産管財人による建物の使用の事実の有無や使用期間の長短によってその内容が変わるものではなく、破産管財人の行為（本判決では、約1か月使用后、解除・明渡し）が原状回復請求権を根拠づけるわけではない。原状回復請求権の本質に照らせば、あくまでも、賃借目的物を原状に回復させる必要が生じるのは、賃借人が賃借目的物に通常損耗を超える変更を加えたからに他ならない。したがって、破産管財人が行った目的物の約1か月間の使用の事実やその後の解除・明渡しといった行為自体が原状回復請求権の基本的形成やその額の多寡に影響を与えるものではないのである。

この点に関連して、本判決が破産管財人の行為のうち、何をもって破産法148条1項4号の「破産管財人がした行為」と捉えているか、必ずしも明らかではないが、事案に即して考えると、次の3点のいずれかであると考えられる。

① まず第1に、破産管財人が約1か月間本件建物を使用した事実である。しかし、このことは、破産手続開始決定以後の目的物使用の対価である賃料（又は賃料相当損害金）が破産法148条1項4号に基づいて財団債権となることを意味するに止まり、破産法148条1項4号に基づいて原状回復請求権を破産債権とすることまでを正当化する根拠とは解されない<sup>36)</sup>。

② 第2に、破産管財人の行った解除とその後の明渡しを破産法148条1項4号の「破産管財人がした行為」と考える立場もあり得よう。しかし、同号は、もともと破産債権者全体の利益を代表する破産管財人の行為に起因する以上、

破産財団で負担するのが公平であるという趣旨で規定されたものである。ところが、後に検討するように原状回復請求権は、破産手続開始決定前の賃借人の原状変更行為に起因するものであり、破産管財人の行為に起因するものではない。原状回復請求権は、解除・明渡しを停止条件とする権利であり、解除・明渡しは、原状回復請求権が顕在化するための契機となる行為であるに過ぎず、原状回復義務自体の基本的要素は、既に賃借人によって破産手続開始決定前に発生していると考えられる。したがって、原状回復請求権は、破産法148条1項4号にいう「破産管財人がした行為によって生じた請求権」とはいえない。

③ 第3に、破産管財人が管財業務のため本件建物を約1か月間使用した後、解除し明け渡したという一連の行為を、破産法148条1項4号の「破産管財人がした行為」と考えることもあり得よう。しかし、管財業務のために使用していた期間に相当する賃料を破産財団のために拠出した共益的性質を有する費用として破産法148条1項4号によって財団債権とすることは可能であっても、原状回復請求権の財団債権性を根拠づけることはできないと考える。

### (3) 破産法148条1項8号との関係

次に本判決は、原状回復請求権が賃借人の破産管財人が行った本件賃貸借契約の解除・明渡しによって発生することを前提として、賃借人の破産手続開始決定後に破産管財人が破産法53条1項に基づいて本件賃貸借契約を解除し、本件建物の明渡しを行っていることから、これによって発生した賃借人の原状回復費用請求権は、「破産手続開始後その契約の終了までの間に生じた請求権」（破産法148条1項8号）に該当するとしている。

ここでは、賃貸人の原状回復費用請求権の発生時期をいかに解するかが問題

---

36) この事実から原状回復費用の財団債権性を基礎づけることができるとすれば、破産管財人が破産手続開始決定後、1か月間の管財業務の遂行のため目的物を使用した際に通常損耗を超える原状回復の対象が発生した場合であろう。しかし、その場合であっても破産手続開始決定前に生じた原状回復の対象までも全て財団債権とすることには、やはり疑問がある。

となる。この点を検討するためには、原状回復請求権ないし原状回復費用請求権の本質に遡る必要がある。原状回復請求権は、賃借人が賃貸借契約の目的物を使用していた期間に生じた通常損耗を超える損傷や自ら付設した造作等を対象とするものである<sup>37)</sup>。その意味で原状回復義務は賃貸借契約に付随する用法遵守義務や善管注意義務といった賃借人の義務に違反した場合に生じる損害賠償債務の実質を有しており、破産手続開始決定前の時点で当該義務違反行為によって通常損耗を超えた損耗が発生した場合は、その時点で原状回復義務の発生原因事実は生じており、解除・明渡しを停止条件としているにすぎないと考える。したがって、原状回復請求権の基本的な要素は、賃借人が目的物について通常損耗を超える損耗を発生させたり、造作を付設する等の行為をした時点で既に存在していると考えらるべきである。賃借人の破産手続開始決定後に行われた破産管財人の解除とその後の目的物の明渡しは、この原状回復請求権を顕在化させる契機であって、原状回復請求権が行使可能な状態になったことを意味するに過ぎない。また、既に述べたとおり破産法148条1項8号が「破産手続開始後その契約の終了に至るまでの間に生じた請求権」を財団債権とした趣旨は、賃貸借契約をはじめとする継続的契約では、破産管財人が解除権を行使する等しても一定期間契約が存続し、その間、相手方から給付を受けること

---

37) 原状回復義務の範囲として通常損耗までも敷金の範囲から充当する旨の通常損耗負担特約の効力について最判平成17・12・16(判時1921号61頁)は、「賃借人は、賃貸借契約が終了した場合には、賃借物件を原状に回復して賃貸人に返還する義務があるところ、賃貸借契約は、賃借人による賃借物件の使用とその対価としての賃料の支払を内容とするものであり、賃借物件の損耗の発生は、賃貸借という契約の本質上当然に予定されているものである。それゆえ、建物の賃貸借においては、賃借人が社会通念上通常の使用をした場合に生ずる賃借物件の劣化又は価値の減少を意味する通常損耗に係る投下資本の減価の回収は、通常、減価償却費や修繕費等の必要経費分を賃料の中に入れてその支払を受けることにより行われている。」として、建物の賃借人が賃借中に生ずる通常損耗についての原状回復義務を負わせることは「賃借人に予期しない特別の負担を課すことになる」と判示する。本稿でもこのような理解に基づき、原状回復請求権ないし原状回復費用請求権という場合、賃借人の通常の使用形態に基づく通常損耗を超える損傷や賃借人が付設した設備等の造作を撤去することやそれに要する費用を想定するものである。

を前提に、この給付にかかる相手方の破産財団に対する反対給付請求権を公平の観点から財団債権としたものである。しかし、賃貸人が賃借人（破産管財人）に対して有する原状回復請求権は、その発生時期に照らして考えても、一定の給付と破産財団に対する反対給付請求権という関係に立たず、この趣旨があてはまらない。したがって、賃貸人の原状回復請求権を破産法148条1項8号を根拠に財団債権とすることはできないと考える。

#### （4）財団債権とする条文の適用関係の当否

本判決は、原状回復請求権を財団債権とする根拠を「破産法148条1項4号及び8号の適用又は類推適用」に求めている。しかし、このような法条の適用関係は極めて曖昧かつ不明確である。果たして、4号と8号を「及び」で繋げる意味はどこにあり、それぞれの対象となる破産管財人の行為は何か、「適用又は類推適用」とは何か、適用なのか、類推適用なのか、類推適用であるとするれば、類推の基礎を何に求め、どの点で適用ではなく類推とするのか明らかではない。このような条文の適用は、判決理由中の判断として検証可能性を見出すことが困難であり、不合理であると言わざるを得ない。

#### （5）小活

以上のとおり、本判決の事案において、破産法148条1項4号・8号のいずれについても原状回復請求権を財団債権とする根拠とならないものと解する。

## VI. まとめ

以上検討したように賃借人破産の場合における賃貸人の原状回復請求権の法的性質は、破産債権（破産法2条5項）であると解する。個別の事情によって、財団債権性を主張する場合は、破産法148条1項各号の趣旨に照らして検討し、いずれかに該当する場合にはじめて財団債権となると解すべきである<sup>38)</sup>。このような解釈から、賃借人の通常損耗を超える場合に生じる賃貸人の原状回復請求権や原状回復費用請求権が賃借人の破産手続開始決定によって破産債権と

なるのは、賃貸人に不利益なのではないかという疑問が生じうる。しかし、この点については、本稿で検討したように、通常、賃貸人は契約自由の原則のもとで賃貸借契約から生じる一切の債務を担保すべく一種の約定担保としての敷金契約を締結している。したがって、賃貸人はその範囲で保護されるべきであり、むしろ敷金の範囲を超えた原状回復請求権ないし原状回復費用請求権を財団債権として破産債権者全体（破産財団）に負担させ、賃貸人が一般破産債権者よりも優先的地位に立つことを合理的に説明することは困難であると考えられる。

---

38) なお、本稿では、紙数の都合上触れることができなかつた課題として、明渡請求権と原状回復請求権の関係がある。この問題について、大阪地方裁判所第6民事部編・前掲147頁、堀・前掲25頁以下参照。



# フランス少子化対策の系譜

——出産奨励策から一般施策へ—— (2・完結)

江口 隆裕

- 1 はじめに
  - (1) フランス少子化対策研究の意義
  - (2) 少子化対策と出産奨励策又は家族政策——用語の問題——
- 2 国家と人口政策
  - (1) 紀元前～中世
  - (2) 16世紀～18世紀
  - (3) マルサスの人口論
  - (4) 人口政策学の現在
- 3 フランス家族政策の変遷
  - (1) 19世紀～第一次世界大戦まで
  - (2) 第一次大戦後の家族手当の形成
  - (3) 1930年代～第二次大戦——任意的制度から強制的制度へ——
  - (4) 1944年～49年——戦後の社会保障計画と現行制度の誕生——
  - (5) 1950年代～70年代—右派政権の時代—
  - (6) 1981年～94年——左派政権の誕生と保革共存下の家族政策——(以上、前号)
  - (7) 1994年以降——全国家族会議の設置と家族政策の総合化——
  - (8) 全国家族会議と家族協会
  - (9) 小括
- 4 フランスの家族政策に関する見解
  - (1) 家族政策に関する考え方
  - (2) 家族政策の思想
  - (3) 家族政策の範囲
- 5 フランス家族政策の課題
  - (1) 導入された新たな手法
  - (2) 家族政策を巡る今日的課題

### 3 フランス家族政策の変遷〔承前〕

#### (7) 1994年以降—全国家族会議の設置と家族政策の総合化

##### (a) 2度目の保革共存内閣と全国家族会議の設置

1993年5月にバラデュール（E. Balladur）を首相とする2度目の保革共存内閣が誕生し、シモーヌ・ベイユ（S. Veil）都市・健康・社会大臣の下で、シモーヌ・ベイユ法と呼ばれる1994年7月25日の家族に関する法律が成立する<sup>57)</sup>。この法律では、現金給付中心であったフランスの家族政策に対し、職業生活と家庭生活の両立（conciliation vie familiale/vie professionnelle）、大きな子ども（grands enfants）<sup>58)</sup>対策、住居対策、そして全国家族会議（Conférence nationale de la famille）の創設などの多様な施策を定め、新たな改革の方向性を示した。

同法では、まず、「家族は社会がその基礎をおく本質的な価値の1つである。国家の未来は、家族にかかっている。それゆえ、家族政策は総合的（globale）でなければならない」（1条）と家族政策の意義及びあり方を定めた上で、育児親手当の第3子から第2子への拡充とパート労働への拡大、在宅育児手当の引上げの期間延長などの給付改善を定めたほか、市町村における保育サービス推進計画の作成（11条）、家族運動団体や関係機関によって構成される全国家族会議の開催（41条）、家族政策評価報告書の国会への提出（42条）などを定めた。その背景には、1990年代初めになると、社会から排除され不安定化した家族の増大、家庭内教育の欠如と低年齢化する青少年犯罪の増加、親権を濫用する親の増加など家族の絆の弱体化・崩壊が大きな政治問題となり、虐待さ

---

57) Philippe Steck, “Les prestations familiales”, Comité d’histoire de la sécurité sociale, *La sécurité sociale – son histoire à travers les textes tome IV – 1981-2005*, chirat, 2005, p150.

58) 若い大人（jeunes adultes）とも言い、本来なら青年期に入って親から自立すべきにもかかわらず、自立しない（できない）若者を意味する。わが国のパラサイトシングルに近い概念だが、フランスでは、これをテーマにした映画の題名にちなんでタンギ青年（jeune homme Tanguy）と呼ぶこともある。（<http://fr.wikipedia.org/wiki/Adulcescence>）

れた幼児の受入れや、社会から排除された親と社会のつながりを保つための相談支援体制の確立など、家族を支援するための総合的なサービスが求められるようになっていたという社会の変化があった<sup>59)</sup>。

また、同法では、大きな子ども対策として、家族給付の対象となる子どもの年齢引上げも定めた(22条)<sup>60)</sup>。その理由としては、当時、家族手当は18歳までしか支給されなかったため、大学に入りもっとも費用のかかる時期の負担がすべて親にかかってしまうこと、他方、親には従来のような年功による賃金の上昇が期待できなくなっていること、加えて、社会参入最低所得保障(RMI)は25歳からしか受給できないことが挙げられている。このため、同法では、遅くとも1999年12月までに、家族手当の対象年齢を20歳(ただし、親に扶養され、その収入がスライド制最低賃金(SMIC)の55%以下であることが条件だった。)に引き上げ、さらに、学生や職業訓練中の者に対する住宅援助、単親手当(API)、家族補足手当、家族手当等については22歳まで引き上げることが規定した。その後、1997年12月29日のデクレ<sup>61)</sup>によって家族給付の対象年齢が18歳から19歳に、1998年12月29日のデクレ<sup>62)</sup>によって19歳から20歳に引き上げられている。

なお、1993年7月には、一般社会拠出金の料率が2.4%に引き上げられ、その使途が家族手当だけでなく、老齢連帯基金<sup>63)</sup>の老齢最低所得保障にも拡大されている。

(b) ジュベ・プランとジスロ報告——家族政策の総合化——

1995年5月、共和国連合(RPR)のシラクが大統領に就任し、ジュベ(A. Juppé)を首相とする中道右派政権が誕生する。ジュベは、同年11月、ジュ

---

59) Ribes et de Montalembert, op. cit., p140.

60) Philippe Steck, note57) p153-154.

61) Décret n° 97-1245 du 29 décembre 1997.

62) Décret n° 98-1213 du 29 décembre 1998.

63) 国民連帯基金が1994年に改組され、老齢連帯基金(Fonds de Solidarité Vieillesse : FSV)になった。

ペ・プランと呼ばれる社会保障改革案を作成した<sup>64)</sup>。これは、医療費の抑制に重点を置いたものであったが、社会保障予算法の創設による社会保障制度に対する国会の関与の強化、社会保障債務償還拠出金（*contribution pour le remboursement de la dette sociale* : CRDS）（料率は0.5%）の導入など、社会保障制度全般にわたる改革が行われた。家族給付に関しては、その財政再建を図るため、緊急的措置として、家族給付の引上げの凍結・抑制などが行われたほか、それまで非課税であった家族手当に対する課税が提言された<sup>65)</sup>。

1996年5月に開かれた最初の全国家族会議は、ジュベ・プランで提言された家族手当に対する課税の是非を巡って紛糾し、この問題への対応は、会計院の検事長であったジスロ女史（H. Gisserot）に委ねられた。彼女は、1997年2月、ジスロ報告と呼ばれ、「家族の総合的な政策のために」と題する報告書を提出し、家族手当に対する課税は見送り、住居関係予算の増額、失業によって親から自立できない若い大人対策、省横断的な組織の設置など総合的な家族政策に関する提言を行った<sup>66)</sup>。これを受け、同年3月に開かれた全国家族会議では、家族手当への課税は見送るとともに、大きな子ども対策など年齢に応じた家族政策のあり方が議論された。

(c) 社会党内閣下での所得制限導入と家族政策の見直し

1997年6月1日の総選挙で左派が勝利し、右派のシラク大統領の下で、社会党のジョspan（L. Jospain）を首相とする第三次保革共存内閣が誕生する。その直後の6月12日には、全国家族会議が開かれ、住居個別助成（APL）などについて議論が行われた。ところが、その1週間後の6月19日に行われた首相信任演説の際に、ジョspanは、緊縮財政の下、貧困家庭に対する再分配を強

---

64) ジュベ・プランについては、江口隆裕「医療保険制度と医療供給体制」藤井良治・塩野谷祐一編『先進諸国の社会保障6 フランス』（東京大学出版会、1999年）219頁及び伊奈川・前掲注49）244頁以下。

65) Philippe Steck, note57) p160-161, 165.

66) Philippe Steck, note57) p165-166 及び Gisserot H el ene, Tichoux Corinne et Tricot Christiane, *Pour une politique globale de la famille*, La documentation française, 1997.

化するためとして、突然、家族手当への所得制限導入を表明した。この問題については、マスコミも大々的に取り上げたものの、同年12月19日の1998年社会保障予算法において、家族係数も含めた家族給付全体の見直しの一環として（同法の付属文書2.1.3）、それまで普遍的給付として位置づけられてきた家族手当に所得制限を設けることが決定された（同法23条）。

しかし、この所得制限の導入については、事前に家族手当金庫の理事会と協議していなかっただけでなく、家族運動を展開している家族協会（Association familiale）も、家族手当の普遍性を維持すべきであり、所得再分配の強化は家族係数などの税制で行うべきであるとして反対していた。しかも他方、政府は、所得の高い家族に対する在宅育児手当の受給要件の緩和を同時に決定していたのである。

このように政府の矛盾した決定に対する反対が強まったため、政府は、3人の女性学識経験者<sup>67)</sup>に新たな家族政策のあり方について検討を委ねた。この検討の結果は、その後の全国家族会議での議論に反映されていくことになる。結局、政府は、1年間だけ所得制限を実施した後、1999年社会保障予算法<sup>68)</sup>においてこれを廃止し、家族手当の普遍性を回復させることにしたが（同法18条）、その代わりに家族係数による税控除額の上限を引き下げて中高所得層への課税を強化し、ほぼ同じ財政効果を達成した<sup>69)</sup>。

(d) 家族政策の総合化に向けた努力

その後、全国家族会議に関する省横断委員会、そして2000年3月には家族担当大臣が設置され、家族政策の見直しが始まった。家族手当等の受給年齢が

---

67) Ribes et de Montalembert ,op.cit., p140では、家族社会学者のイレヌ・テリー（Irène Théry）、社会党国会議員のドミニク・ジロー（Dominique Gillot）及び家族法学者のフランスワーズ・デュキュウエデフォス（Françoise Dekeuwer-Defosse）とされている。これに対し、Philippe Steck, note57) p167では、イレヌ・テリー及びドミニク・ジローのほか、社会党の女性元老院議員ミッシェル・アンドレ（Michèle André）、会計院主任評定官で男性のクロード・テロ（Claude Thélot）の4人の名前が挙げられている。

68) LOI n° 98-1194 du 23 décembre 1998.

69) Philippe Steck, note57) p167.

引き上げられたほか、以下のような改正が行われている。また、この間、1999年10月には、家族のあり方に大きな影響を与えることになる、婚姻関係にないカップル（異性を含む。）に対して一定の法的保護を与える民事連帯契約（PACS）に関する法律<sup>70)</sup>が成立している。

- ・2000年8月1日の政令によって、乳幼児の保育体制が改革され、入所要件及び決定手続を見直して保育所（crèche）を利用しやすくするとともに、保育ママ（assistante maternelle）の大幅増員が一体的に行われた。これによって、6.5万人の幼児を受け入れるために4.2万人の常勤保育ママを増やし、74万人の幼児を保育所又は自宅で受け入れるために30万人の非常勤保育ママが増員されることになった。2005年6月27日の法律は、そのための処遇の改善と資格制度の強化を図った。
- ・2001年1月から親看護手当（allocation de présence parentale）が創設された。これは、重度の障害や病気を持った子どもを看護するために、その親が職業活動を中断し、又は減少させた場合に支給される手当であり、2006年5月から親看護日々手当（allocation journalière de présence parentale）に改められている。
- ・2002年社会保障財政法によって、父親休暇（congé de paternité）が創設された。これは、子どもが生まれたり、養子をとった場合に、父親が11日を上限として休暇を取れるという制度であり、母親を助けるだけでなく、父親が育児に参加することも目的としている。実際、この制度が導入された初年には、60%近い父親がこの休暇を取得している。
- ・2002年3月4日の法律は、児童の利益を図るため、子どもが両親によって育てられる権利を強化し、両親の婚姻状況にかかわらず親権行使と調和できるようにした。また、同法は、未成年者の売春を禁止し、要保護未成年者に対して監督者を指定できるようにした。

以上のように、この時期から、フランスの家族政策は、現金給付だけでなく、

---

70) LOI n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité.

家庭生活と職業生活の両立を可能とするための様々な保育サービス、児童虐待への対応など家族政策の総合化のための施策を具体化するようになる。これは、家族政策が、出産奨励策としての性格を脱し、家族の自由な選択を保障する一般施策としての性格を持つことにつながって行く。

(e) 右派政権下での継続的努力

2002年5月には、国民運動連合（UMP）のラファラン（J-P. Raffarin）内閣が誕生し、保革共存は解消した。しかし、政権が変わっても、家族政策の総合化を目指す政策の方向性に大きな変更はなく、また、家族政策決定に果たす全国家族会議の役割も変わらなかった。その後、2003年12月18日の2004年社会保障財政法に基づき、給付の簡素化及び保育方法選択の公平等を図る観点から、乳幼児手当（APJE）、養子手当、育児親手当（APE）、在宅育児手当（AGED）及び認定保育ママ雇用家族援助（AFEAMA）という、乳幼児保育に関連する5つの手当が廃止され、以下の4つの手当からなる乳幼児保育給付（prestation d'accueil du jeune enfant : PAJE）に統合され、2004年1月から実施されている<sup>71)</sup>。

- ・ 出産・養子一時金（prime à la naissance ou à l'adoption）：生後7か月目までの乳児等に支給される一時金（2009年現在、894.19ユーロ/月）で、所得制限がある。
- ・ 基礎手当（allocation de base）：3歳までの子どもの養育費を補填するために支給されるもの（2009年現在、子ども1人につき178.84ユーロ/月）で、所得制限がある。
- ・ 就業自由選択補足手当（complément de libre choix d'activité : CLCA）：3歳未満の子どもを育てるために離職し、又はパート就労に変更した親に支給されるもの（2009年現在、完全離職の場合には376.05ユーロ/月が支給され、基礎手当と併給できる。）。2005年7月1日から、就業自由選択補足手当

---

71) 手当額については、MÉMENTO PRATIQUE FRANCIS LEFEBVRE Social 2009, Francis lefevre, 2009による。

(complément optionnel de libre choix d'activité : COLCA) が追加され、第3子以降について、受給期間を短縮する代わりに手当額を増額することができるようになった。

- ・保育方法自由選択補足手当 (complément de libre choix du mode de garde) : 1人以上の子どもを有する親が、出産休暇の後に職業活動を再開した場合に、6歳未満の子どもの育児費用を補填するために支給されるもので、保育ママの雇上げ費又は在宅保育の費用に充てられる。所得制限はないが、支給額は家族の収入によって異なる。

なお、2004年には、社会保障再建計画が立てられ、それまでに累積した社会保障債務500億ユーロが社会保障債務償還金庫 (Caisse d'amortissement de la dette sociale : CADES) に新たに移管され、社会保障債務償還拠出金の対象とされるとともに、当初は2008年までとされていた償還の期限が撤廃された(2004年8月13日の法律)。その後、2005年社会保障予算法審議の際に、議員提案によって社会保障財政法に関する組織法が制定され、社会保障債務償還金庫への新たな債務の移管は禁止されることになった<sup>72)</sup>。

(f) 家族に対する支援方策の拡大

2005年5月には、シラク大統領の下でド・ヴィルパン (D. de Villepin) 内閣が誕生し、2007年3月5日には、家族に関連する2つの法律が成立した。1つは、児童保護の改革に関する法律<sup>73)</sup> であり、他の1つは、非行の予防に関する法律<sup>74)</sup> である。

前者は、第1編で、児童保護の目的は、両親が未成年者の教育、監護及び扶養に関する責任を果たす上で直面する困難を予防するため、必要な関与を行うことであると規定した上で、子どもに対する聴聞手続及び司法的保護と社会保障上の保護との関係 (第2編)、児童保護のための関与条項 (第3篇)、専門職

---

72) [http://fr.wikipedia.org/wiki/Contribution\\_pour\\_le\\_remboursement\\_de\\_la\\_dette\\_sociale](http://fr.wikipedia.org/wiki/Contribution_pour_le_remboursement_de_la_dette_sociale).

73) LOI n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance.

74) LOI n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance.

の資格の認証（第4編）などを定めている。後者は、総則（第I章）の後に、社会及び教育事業に基づく予防規定（第II章）、財産侵害の制限及び近隣とのトラブル予防のための規定（第III章）、統合に基づく規定（第IV章）、自虐行為及び他害行為の予防に関する規定（第V章）、薬物中毒の予防に関する規定及び追加条項（第VI章）、未成年者の非行予防に関する規定（第VII章）、罰則・賠償及び公益労働に関する規定（第VIII章）などを定め、社会事業及び家族法典だけでなく、刑法、刑事訴訟法、民法など多数の関係法令にまたがる改正が行われている。

#### (8) 全国家族会議と家族協会

ここで、フランスの家族政策決定に大きな影響を与えてきた全国家族会議と家族協会について述べておきたい。

##### (a) 全国家族会議

前述のように、1996年及び1997年の全国家族会議は、家族手当への課税、さらには所得制限導入を巡る議論の渦中で開かれたが、それ以降も、毎年6月前後に以下のようなテーマで行われている<sup>75)</sup>。実際のところ、全国家族会議のテーマを何にするかは、首相が大統領と相談して決めるようであり、国民に対するメッセージとして政治的にも重要な意味を持っているとのことである<sup>76)</sup>。

- ・ 1998年…家族住居手当の家賃上限の統一等
- ・ 1999年…住居手当の支給対象年齢の21歳への延長等
- ・ 2000年…住居個別助成の改革
- ・ 2001年…親の責任分担と職業生活・家族生活の両立及び若い大人の自立

75) Philippe Steck, note57) p164-172及び労働・社会関係・家族・連帯及び都市省の家族会議のHP参照 (<http://www.travail-solidarite.gouv.fr/espaces/famille/grands-dossiers/conferences-famille/conferences-famille.html>)。

76) 同会議の実際の運用については、2008年7月に同会議の事務を担当する省横断家族委員会 (délégation interministérielle à la famille) で行ったヒアリングによる。

- ・ 2003年…乳幼児の受入れ（乳幼児保育給付（PAJE））
- ・ 2004年…青年期
- ・ 2005年…家族、女性の雇用そして子どもの欲求及びインターネットからの子どもの保護
- ・ 2006年…家族の連帯
- ・ 2007年…学校外での時間

全国家族会議については、1994年7月25日の家族に関する法律41条で、「政府は、毎年、家族運動及び関係組織にふさわしいものとして全国家族会議を組織する」と規定されている。会議の構成員は、関係閣僚、上下両院といった国の行政機関、立法機関のほか、地方議会の代表、家族協会連合の代表、労使代表、家族手当金庫など関係組織の代表、学識経験者など50人を超えるメンバーによって構成され、家族に関する重点政策を実質的に決定する役割を担っている。具体的な構成員は、家族協会連合や関係省・組織以外はその年のテーマに応じて変更され、近年は、総勢40～50人の規模に達していた。

全国家族会議の成果としては、何よりもまず、それまで家族手当金庫や家族協会連合といった関係者だけで決められ、現金給付と児童サービス中心であったフランス家族政策の決定過程に、より幅広い関係者が参画し、税法や民法も含めた幅広い視点が入り入れられたことが挙げられる。具体的には、租税との調整だけでなく、家族生活と職業生活の両立、家族の住居、共同親権、家族に関する民法上の権利の見直しなどが議論の大きな柱となってきた。これに対し、会議のテーマ選定が不十分であるとか、特に近年は、労使間や財務省との調整も含めた事前の調整がなされ過ぎているのではないかといった批判もあるが、やはり、同会議が家族政策の総合化に果たした役割は大きいと言えよう<sup>77)</sup>。

全国家族会議のこのような活用方法は、政策決定過程に関係者が参加し、その意見を反映できるという意味で社会民主主義的仕組みを制度化したものと評

---

77) Philippe Steck, “Les conférence de la famille et l'évolution de la politique familiale”, *Droit social* n° 6, 2002, p587-588.

価できる<sup>78)</sup> 反面、家族政策決定過程の政治化—従来のような左右の路線対立という意味の政治化ではなく、政策の決定に際してどのように演出をすれば国民の支持が得られるかというポピュリズム的配慮が優先するという意味での政治化—の傾向をもたらしたようにも思われる。

2007年5月、サルコジ (N. Sarkozy) 大統領の下でフィヨン (F. Fillon) 内閣が誕生したが、全国家族会議は開催されないままであった。その後、2008年10月30日のデクレ<sup>79)</sup>により、人口・家族高等評議会 (Haut conseil de la population et de la famille) と全国家族会議を引き継ぐ組織として、新たに家族高等評議会 (Haut conseil de la la famille) が定められ、同評議会は2009年6月に発足している。

#### (b) 家族協会

フランスでは、19世紀末から、人口減少に対し危機感を抱いた知識人らによって、多子家族に対する様々な支援、例えば、住宅や教育、税の軽減などの支援の必要性が主張され、そのための民間団体による運動が展開されてきた。このような実績を背景に、自分たちの組織を作り、これを公認して欲しいという家族運動家の要望に応える形で、まず、1942年12月29日のグノー法<sup>80)</sup>によって、家族団体の創設が認められた。その後、戦後の新たな社会を構築するに際し、ド・ゴールによって、労働者と使用者に加え、家族が第三の社会的当事者として位置づけられたという<sup>81)</sup>。その結果、1945年3月3日のオルドナンスによって、フランスのすべての家族の一般的利益を守るための団体として、家族協会が位置づけられた<sup>82)</sup>。

現在は、社会事業及び家族法典第Ⅱ篇第1部家族の第1章に「家族協会」と

---

78) Ibid., p588.

79) Décret n° 2008-1112 du 30 octobre 2008 créant un Haut Conseil de la famille.

80) LOI du 29 décembre 1942 dite Gounot relative aux associations familiales.

81) 2008年7月にUNAFで行ったヒアリングによる。

82) 家族協会については、*Qu'est-ce que l'Union nationale des associations familiales*, l'Archipel, 2006に詳しい。

して規定されている。これによると、家族協会は、1901年7月1日の社団法に基づく非営利社団であって、家族及び結婚した子どものいないカップルなどを再結集し、全体又はあるカテゴリーの家族の経済的及び精神的な利益を守ることを目的とするとされている（L211-1条）。家族協会は、県単位（100の県連合）、広域単位（22の広域連合）及び1つの全国組織から成り、全国組織として家族協会全国連合（Union nationale des associations familiales：UNAF）がある（L211-2条）。

家族協会全国連合及び家族協会広域連合は、その目的を達成するため、公的機関に対して意見を述べ、公的な各種委員会等にその代表を出し、さらには、家族のための公的サービスを受託し、また、民事訴権を行使する権限が認められている（L211-3条）。家族協会全国連合によると、80万の家族が家族協会傘下の団体に再結集し、また、家族の利益を代弁するため、国、地域、県、市町村の各種会議にその代表を参加させており、その数は全国で2万5千人を超えているということであった<sup>83)</sup>。

### （9）小括

フランスの家族手当は、1860年、当時のフランスにとって重要な職種であった船員から始まった。その後20年以上続いた大不況さなかの1891年、労働者階級の困窮という社会問題に対応するためだけでなく、無神論的社会主義の台頭に対抗するためにローマ教皇の回勅が出され、経営者に対して労働者の生活の必要性に配慮した「正当な賃金の観念」に基づく賃金の支払いを求めた。この考え方は、次第にカトリック王国フランス社会に浸透し、第一次大戦までに40ほどの企業で家族のための付加賃金が支払われ、1897年には、国の公務部門の労働者にも家族給付が始められた。もっとも、家族手当は、経営者にとっても生活給の名の下に賃金全体の引上げを抑制できるというメリットがあった。

---

83) 前掲注81)に同じ。

第一次大戦後には、インフレと労働力不足の中で、賃上げを求める労働者とこれを抑制したい経営者との妥協の産物として家族手当がその存在意義を高め、1918年には、経営者が共同で家族手当を支給するための調整金庫が創設された。同時に、これは、経営者側による賃金カルテルという側面も有していた。1917年には、公務員に対する家族手当が創設されている。

その後、第一次大戦による多数の戦死者と急激な出生率の低下を受け、1920年代には様々な出産奨励策が実施されるようになる。企業による家族手当も大いに普及したが、1930年代になると、企業間の公平な競争という観点から制度の強制加入化が求められるようになり、1932年の Rondri 法によって家族手当の強制加入が実現する。

しかし、いったん家族手当が法制化されると、調整金庫への国の介入が始まる。まず家族手当の対象者が農業や自由業の被用者に拡大され、その内容も最低給付額を定めるなど国の政策意図を反映したものになっていく。

1939年には、人口問題への危機感を背景に、家族法典が制定された。同法典は、出産奨励策としての性格が顕著であり、子どもが3、4人いて、男はパンを稼ぎ、女は子どもの面倒をみるという家族像を前提としていた。このため、手当の支給対象を第2子以降に重点化するとともに、職業活動を行っているすべての者に適用を拡大した。

パリ解放後、1945年には社会保障計画が作られ、46年には家族手当金庫が設立される。さらに、1946年8月22日の法律によって、家族手当の受給者の範囲が全国民に拡大され、家族手当は、労働者のための手当から子どもを持つすべての国民のための手当へとその性格を変えることになった。ただし、非就労者の場合には、職業活動に従事できないことを証明しなければならないとされ、この限りで、家族手当と職業活動との関連性は、完全には切断されていなかった。

1946年8月22日の法律では、家族給付として、家族手当のほか、単一賃金手当、出産手当及び産前手当を規定しており、これらはいずれも所得制限のない普遍的性格の給付であった。フランスの家族給付が賃金の上乗せとしての付

加賃金から発展したという経緯を考えれば、それは当然の帰結であった。しかし、1946年に家族手当がすべての国民を対象とする一般的性格のものとなり、その後1970年代に入り財政問題が顕在化するにつれて、給付費の抑制が強く求められるようになると、普遍的性格をどこまで遵守すべきかが問題となる。この間、1948年には住居手当が創設され、これだけは栄光の30年と呼ばれた経済成長とともに発展していく。1949年時点で、家族給付は社会保障給付の4割を占め、社会保障の中心的な役割を果たしていた。

1950年から70年にかけて、家族手当制度について大きな改正は行われず、その実質的な給付水準は低下し、社会保障給付費に占める割合も18%まで低下した。その背景には、戦後のベビーブームによって出生率が改善したという事情がある。

しかし、1964年頃から10年間、出生数が急激に低下するベビーバスタが始まる。1970年代に入ると、家族給付費を抑制しつつ、真に必要な者に給付を行う給付の重点化が行われた。孤児や障害者のための手当が創設され、さらには住居手当を子どものいない世帯にも支給するようになる。このような給付の重点化によって、フランスの家族政策は、子どもを持つ家庭を対象とする家族給付から、真に必要な者に給付を行う社会給付へと変質していく。さらに1976年には、単親家庭に対する最低所得保障を目的とする単親手当が創設された。これは、職業活動との関連性を求めず、賃金の上乗せとしての性格ももたない最低所得保障制度であるという点で、従来の家族給付とは根本的に性格を異にするものであった。

なお、1980年には、ジスカールデスタン大統領の下で、第3子の出産に対し1万フランを支給する極端な出産奨励策が講じられている。

1981年に社会党のミッテランが大統領に就任し、左派政権がはじめて誕生する。当初、家族給付は大幅に引き上げられたが、経済政策の失敗から緊縮財政への転換を余儀なくされ、家族給付も削減されて行く。1986年に誕生した保革共存内閣では、育児親手当が保守派のイデオロギーに利用されることもあった。結局、1980年代にも家族給付は縮小を続けた。

1990年代になると、多くの家族が貧困に直面し、家族のきずなが弱体化している実態が明らかとなる。このため、フランスの家族政策にあっても、手当支給という現金給付を中心とした施策だけでなく、各種保育サービスや虐待への対応といった、家族を社会的に支援するための家族政策の総合化が求められるようになる。これは、家族政策が、出産奨励策としての性格を脱し、家族の自由な選択を保障する一般施策としての位置付けを持つことにつながっていく。このような政策転換は、1994年のシモーヌ・ベイユ法によって明確に打ち出されていたが、翌1995年のジュベ・プランにおける家族手当への課税の提言、さらに1997年に社会党内閣の下で決定された家族手当への所得制限導入（ただし、これは翌年撤回された。）も、それらに反対する世論に押されて新たな家族政策のあり方に関する議論を深めることになったという意味で、逆説的ではあるが、重要な契機となった。ちなみに、1994年時点で、社会保障給付に占める家族給付の割合は、11%にまで低下していた<sup>84)</sup>。

なお、1990年に導入された一般社会拠出金は、まず家族手当に充当された。これは、時期的にかなり遅れたものの、負担面から家族政策の一般化を裏付けるものである。

その後、2000年代に入ると、保育体制の充実をはじめ、父親休暇の創設、乳幼児手当等5つの手当の乳幼児保育給付（PAJE）への統合が行われ、さらには、児童の保護や犯罪予防を図る観点から、刑法、刑事訴訟法、民法など幅広い分野にまたがる改正が行われている。

また、1996年以降、特に2000年代に入ってから、家族政策の決定に際して幅広く専門家や関係者の意見を聴く、開かれた家族政策形成の場として、全国家族会議が重要な役割を果たすようになった。

---

84) Philippe Steck, note 57) p156.

## 4 フランスの家族政策に関する見解

### (1) 家族政策に関する考え方

ここで、フランスにおける家族政策に関するいくつかの考え方を紹介しよう。

#### (a) 家族機能社会化論

ビショは、「家族政策——若者、投資そして未来」（1992年）において家族機能社会化論とも呼ぶべき議論を展開する<sup>85)</sup>。

彼は、産業革命以前の家族の機能を分析し、その基本は家族内における世代間扶養にあったとする。すなわち、親は、家族の生活に必要な生産物を生産し、子どもを産み育て、自分の職業を受け継ぐのに必要な教育を子供に与える。これに対し、子どもは、一人前になるまでの間は親に扶養され、一人前になると、親の職業を受け継ぎ、やがて年老いた親を扶養する。ナポレオン法典では、この伝統的な扶養義務の継承を、子に対する親の扶養義務、そしてこれを受けた親に対する子の扶養義務として規定した。これを経済的にみると、親は子に対して投資し、その見返りとして、将来子どもによって扶養される関係にあると捉えることができ、子どもは“貧乏人にとっての資本 (capital du pauvre)”と観念できた。

しかし、18世紀になって産業革命が勃興すると、このような家族内の扶養関係は崩壊していく。企業による大量生産、貨幣経済、商品市場の普及によって、生産単位は家族から工場に変わり、人々は工場で働き、賃金を得て、市場で生活物資を購入するようになる。子どもは、職を求めて遠く家族を離れ、親を扶養しないこともしばしば起きた。市場経済は個人主義を助長し、かつてのような家族内扶養を維持することは困難になる。親が長生きするようになったにもかかわらず、子どもによる老後の扶養を期待することはできなくなり、他方、子どもの教育にはより長い期間と費用がかかるようになった。

---

85) Bichot, op.cit., p17-30.

このため、19世紀から20世紀初めにかけて、高齢者にとって、老後の生活をどうやって維持するかは大きな問題となった。ベル・エポックと呼ばれた20世紀初頭には、“子づくりよりも貯蓄を (Faites des épergnes, pas des enfants)” が中産階級の合言葉となり、彼らは貯蓄に励み、フランスの出生率は急速に低下した (図-3 [前号130頁] 参照)。同時に、19世紀から20世紀初頭にかけて、労働者階級を中心に、年金そして教育費の無償化を求める政治的要求が始まった。さらに、1914年から18年にかけて起きた第一次世界大戦によって多数の戦死者が出ると、家族手当に対する要望は強まって行く。

ビショは、このように家族の基本的機能として家族内の世代間扶養機能に着目し、これが産業革命などの社会の変化によって機能しなくなり、世代間の扶養機能が社会化 (socialisé) されることによって、年金、特に賦課方式の年金制度に置き換わるだけでなく、教育の無償化や家族手当の必要も生じるとする。というのも、年金制度を維持するためには、子どもの数を増やすだけでなく、必要な教育を受けた質の高い子どもを養育しなければならないが、子どもによる老後の扶養は期待できなくなるため、親が子どもに投資するインセンティブを欠くようになる。特に、賦課方式の年金制度の下では、子どもの養育に対する投資の果実は社会全体で享受するにもかかわらず、子育て費用はその親だけに負担させるというのでは、誰も子どもを産もうとしなくなる。他方、出産は個人の自由で、国はこれに干渉できない。したがって、国ができるのは、子どもへの投資者 (親) に公的な財政援助を行うことだけであり、これが家族政策の基本的な役割であるとする<sup>86)</sup>。

ビショによると、家族政策の基本は、家族が果たしていた扶養機能を社会化することであり、したがって、出産、母性及び小児の保護、子育て、教育、医療、青少年の文化・スポーツ、職業訓練、そして年金までもがこれに含まれることになる。

---

86) キャリー・前掲注8) 218-219頁も同旨。

(b) 「家族政策」否定論

これに対し、コマイユ (J. Commaille) らは、「それぞれの家族のための政策」(2002年)<sup>87)</sup>の中で「家族政策」のあり方自体を問題にする。まず、「家族」というものは一定の社会的役割を果たすために社会的に作られてきたものであり、個人はこれに従わされてきた。従来の家族政策は、このような伝統的家族像を継承するためのもので、その意味で思想的かつ政治的であるとする。他方、現実の家族は、離婚や片親の増大などによって多様化しており、これからの「家族のための政策」は、個人の私生活における自由を基本とした上で、個人主義化 (individualisation) と個人の自律化 (autonomisation) を基本としなければならない。特に、これまでの伝統的な家族にあっては女性が常に犠牲となっており、これを改めるためには、日常生活の民主主義 (démocratie du quotidien) の実現が必要である。そのためには、個人の自由と両性の平等を基本として、親としての責任、子育てに対する責任を夫婦が等しく分かち合い、社会がこれを支援することが必要となる。その際、国が出生率の向上などの大義名分の下に、超越的な立場から個人の私生活に介入することは、否定されなければならない。貧困や育児支援など家族が抱えるリスクは、社会一般のリスクと捉えることができ、公共活動 (action publique) として推進する必要があると主張する。

(c) 総合的家族政策論

また、リブら<sup>88)</sup>は、1990年代以降の家族が置かれた危機的状況を踏まえ、新たな家族政策は、総合的な社会経済政策でなければならないと主張する。かつての家族政策や社会政策の目標は、個人を体制規範に適応させるようにする

---

87) Jacques Commaille, Pierre Strobel et Michel Villac, *La politique de la famille, la découverte*, 2002, p3-5 et100-105.なお、本書のタイトルである la politique de la famille とは、一般的な「家族政策」(politique familiale)ではなく、多様化する家族の態様に応じた「その家族のための政策」を意味しており (Ibid., p101)、このため、本文では、これを「それぞれの家族のための政策」と訳した。

88) Ribes et de Montalembert, op. cit., p141.

ことであったが、現在は、体制規範が緩み、むしろ国が個人の置かれた状況にいかにか配慮するかが重要となっている。個人を既存の仕組みに従わせるのではなく、個人が家族のきずな、社会とのきずなを再構築できるように支援しなければならない。

このような観点から家族政策を考えると、健康面では、妊娠から成人に至るまでの治療や予防も含めた医療、事故や入院、障害、その他あらゆる形態の傷病、さらには要介護までもがその対象となる。また、経済面では、貧困な家庭の問題だけでなく、失業、税制、多重債務、消費者保護が含まれる。さらに、学校と親との関係といった教育問題、余暇やバカンスにおける排除や不平等、非識字対策も含めた異文化の受容、移民を中心とする排除された家族の社会的統合も含まれてくる。

このように、この見解では、家族のきずなの回復を目標とするという点で家族政策という言葉が用いられているだけであり、内容としては、個人や家族を対象とする社会経済政策全般が含まれることになる。

## (2) 家族政策の思想

ところで、フランスの家族政策の根底には、出産奨励主義 (natalisme)、家族主義 (familialism) 及び社会主義 (socialism) の3つの思想が混在していると言われている<sup>89)</sup>。

出産奨励主義とは、言うまでもなく、国家の人口に対する配慮を基本とする考え方であり、19世紀当時は、人口規模がその国の戦争能力を反映することから大きな影響力を持った。この考えは、ニュアンスを変えながら常に登場し、現在でも、子どもを持つことを容易にするという意味では、家族政策の中に生きている。

フランスでは、従来から家族は特別な社会的位置付けを有しており、私法及び社会法の領域でも必要な配慮が行われてきたとされている。家族主義とは、

---

89) Damon, op.cit., p50-51.

このように配慮がなされてきた「家族」を維持して行こうとする考え方であり、家族の形態が多様化した今日にあっても、多様な家族を維持するという意味で、家族政策に反映されている。

次に、社会主義であるが、ここでは、家族政策は常に社会政策的な目的を有しているという程度の意味で用いられている。その淵源が援助にあるという意味で家族政策は社会主義的であり、その援助によって困窮に陥っている人々に幅広く補足的な所得を保障し、家族のきずなを維持できるようにするという意味で家族政策として位置づけられる。このような社会主義的考え方は、1970年代以降に給付の重点化が行われ、所得制限が導入されるようになると、家族政策による垂直的な所得再分配を目指す文字通りの社会主義者だけでなく、支出の効率化を求める自由主義者によっても支持されるようになった。

### （3） 家族政策の範囲

以上のように、フランスの家族政策については、その基本に関して多様な見解が存在する。しかし、それらは、その発展段階や政策の着眼点に対応したものと捉えることができ、したがって、互いに相反するものとも考えるのは適当ではないだろう。そこで、次に、現在の家族政策が法律上どのように位置づけられているかを検討しよう。

#### （a） 社会事業及び家族法典が規定する家族政策の範囲

現行の社会事業及び家族法典第1篇第1部総則第2章「家族政策」では、「家族がその子どもを育てるのを支援するため、特に次の給付が与えられる」と規定し（L. 112-2条）、以下の給付等を列挙している。

- 1) 社会保障法典L. 511-1条及び農業法典L. 732-1条に規定する家族給付（筆者注：乳幼児保育給付、家族手当、家族補足手当、住居手当、障害児教育手当、家族支援手当、新学期手当、親看護日々手当）
- 2) 社会保障法典第Ⅷ編第Ⅳ部に規定する乳幼児監護のための雇用支援<sup>90)</sup>
- 3) 租税一般法典に規定する条件での税の減免
- 4) 政令で規定する条件での国鉄運賃の軽減

- 5) 教育法典L. 531-1からL. 531-5条までに規定する条件での教育支出のための給付（筆者注：中等教育（コレージュ及びリセ）の学生に対する奨学金）又は政令で規定する条件での授業料の軽減
- 6) 司法官、公務員、軍人及び公企業の職員に対する特別給付
- 7) この法典に規定する条件での社会扶助給付

ここで留意すべきは、第一に、「家族がその子どもを育てるのを支援する」ことが、依然として家族政策の目的とされていることである。既述のように、フランスの家族政策は、家族をもたない者も対象とするという点で、家族給付から一般的な社会給付へと変質しているにもかかわらず、本法典では「子どもを育てる」ことを明示している。しかし、これは、その主な目的を述べたものと理解すべきであろう。

第二に、ここには、例えば、近年特に重視されている保育所や保育ママといったサービスが含まれていないなど、3で述べた家族政策の範囲よりもはるかに狭い内容となっている。しかし、本条は、家族に支給される現金給付ないしこれに準ずるものを列挙しているにすぎず、家族政策の範囲をこの範囲に限定する趣旨ではないと考えられる。これは、条文上、「特に（notamment）」と規定され、例示に過ぎないことが明示されていること、また、これに続くL.112-3条において、児童保護（protection de l'enfance）に関し親の教育上の責任を含めた家族に対する幅広い支援が規定されていることによって裏付けられる。

#### (b) 具体的な支出

家族政策をどう考えるかによって家族政策の範囲も異なってくるのは既述の通りだが、一般的には、以下の給付等が含まれると考えられている<sup>91)</sup>。これに対し、家族機能社会化論の立場では、これらのほかに、無償化された教育費、

90) 社会保障法典第Ⅷ編第Ⅳ部は、2004年社会保障予算法（LOI n° 2003 - 1199 du 18 décembre 2003）によって削除されている。

91) Damon, op.cit., p66 及び Commaill, Strobel et Villac, op.cit., p9-10

児童・青少年のための医療費、青少年のための文化・スポーツの振興費、さらには職業訓練費なども含まれることになる<sup>92)</sup>。

①出産・家族関係支出：440億ユーロ（国内総生産の2.7%）<sup>93)</sup>

この中心は家族給付であるが、医療費や所得保障給付を含めた出産保険関係給付、保育サービスをはじめとする子どものための各種社会サービス、国鉄などの交通機関の家族割引などが含まれる。なお、家族給付には、所得制限がないものだけでなく、所得制限のあるものも含まれる。

②家族の貧困及び住居関係支出：80億ユーロ（国内総生産の0.5%）：これには、住居手当などの住宅援助及び貧困・社会的排除関係の社会給付がある。

③家族係数、保育費用、教育費等の税の軽減：100億ユーロ（国内総生産の0.8%）

ただし、家族係数については、そもそも生活形態に対応した平等な課税（水平的平等）を実現するためのものであり、家族政策のためではないとの見解がある。

④年金関係給付：110億ユーロ（国内総生産の0.7%）

3人以上の子どもを16歳まで育てた受給者への加算年金（老齢連帯基金に対してその費用の60%を負担）のほか、主婦のための老齢保険負担、さらに、かつては女性にだけ認められ、現在では公務員の男性にも認められている育児休業期間の拠出期間への加算がある。

以上の家族政策関係費用をまとめると約730億ユーロとなり、2003年時点でフランスの国内総生産（PIB）の4.6%に相当する規模となる。

ちなみに、1(1)で述べた「「子どもと家族を応援する日本」重点戦略」に添付されている「フランスの家族関係社会支出（2003年）の日本の人口規模への換算」と題する資料では、同じ2003年時点におけるフランスの家族関係社会支出は479億ユーロで、対GDP比3.02%となっており、上記範囲よりかな

---

92) Bichot, op.cit., p28-29. キャリー・前掲注8) 212頁も同旨。

93) 数値は、2003年現在。

り狭く捉えられていることになる。

## 5 フランス家族政策の課題

最後に、以上のような展開を遂げてきたフランス家族政策の課題について述べ<sup>94)</sup>、本稿の締め括りとしてたい。

### (1) 導入された新たな手法

これまで、フランスの家族政策は、家族手当全国金庫（CNAF）、家族協会全国連合（UNAF）そして国立人口研究所（INED）という家族主義の三者を拠り所としてきたが、これについては、次のような手法の変化が生じている。

#### (a) 全国家族会議

すでに述べたように、会議設置当初の混乱期を脱すると、フランスの家族政策は、毎年開かれる全国家族会議によって実質的に決定されるようになった。会議に先立ち、毎年のテーマに応じた専門家による報告書が作成され、会議の準備が行われてきた。毎年テーマを変えて行う方法に限界があるとも言われていたが、2007年5月にサルコジ（N. Sarkozy）が大統領に就任してからは開催されず、2009年6月、新たに家族高等評議会が発足している。

#### (b) 家族手当金庫と県の役割の改革：目標・管理協約の導入

家族手当金庫は、これまでも県レベルで、しかし必ずしも県とは同じではない地域を単位として設置されていたが、今後は、県と一致した地域単位に設置されることになった。また、地方独自の社会政策を担う県と緊密な連携をとった上で、社会参入最低所得保障（RMI）、単親手当（API）成人障害者手当（AAH）などの管理は県に委任されることになった。このため、国は、金庫に対する要求事項を定めた目標・管理協約（Convention d'Objectifs et de Gestion : COG）<sup>95)</sup>を家族手当全国金庫と締結し、それに基づいて全国金庫と

94) Marc de Montalembert, note 36) p156-157.

95) 社会保障における目標・管理契約については、伊奈川・前掲注49) 115頁以下。

県の家族金庫との間で複数年にわたる管理契約を締結することになった。これは、公役務の契約化（contractualisation）の一環であり、これによって公的サービスの近代化、管理運営の透明化を図ろうとするものである。ちなみに、2005-2008年については、政策実績の確立、サービスの質の向上及び経済性の向上の3つが目標とされている。

(c) 地方分権

1982年の地方分権以降、児童及び家族政策の分野では、地方、特に県の役割が大きくなっており、母性及び児童の保護や児童に対する社会扶助で中心的な役割を果たしている。さらに、地方の自由と責任に関する2004年8月13日の法律<sup>96)</sup>によって、県は、子どもに関するニーズとサービス資源の評価を行い、それに対する対策を記載した基本計画を作成することになった。

(2) 家族政策を巡る今日的課題

(a) 社会の変化と家族の多様化

フランスでは、男女の自由な結びつき、離婚、同性愛など生き方の多様化によって、親権は、社会規範的観点から与えられるものでなく、親としての条件に応じて付与されるものとなり、家族を形成する中心は子どもになった。このため、子どもが自分の出自を知る権利、離婚手続の修正、再構成家族における新たな配偶者の地位と親権の行使、認知、扶養義務、同性愛カップルの親権へのアクセスといった新たな問題が起きており、これまでの「家族の権利」の基本にあった考え方では、今日的問題を解決できなくなっている。

なお、家族の多様化に関連し、フランスの統計では、「家族」とは、「子どもの有無にかかわらず、2人以上によって構成される既婚または未婚のカップル、または1人または複数の独身の子どもを持つ1人の成人によって構成される世帯」と定義されていたが、2004年の国勢調査から、「カップル」には、「異性だけでなく、同性の2人が、必ずしも同じ世帯でなく生活している場合」も含

---

96) LOI n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales

まれることになった<sup>97)</sup>。

また、平均寿命の伸長は、家族モデルに関し、3世代モデルから4世代モデルへの転換を迫っている。同時に、避妊、自由な結合、PACS、合意離婚、再構成家族、単親など家族形態も大きく変化し、カップルは、その存続だけによって規定されるようになっていく。他方、多くの若者は、以前よりも家族に依存し続けるようになり（パラサイト化）、親は、成人した子どもと要介護の親の両方を支えなければならなくなっている。このような状況に対応し、親の介護問題に備えるため、2007年社会保障予算法<sup>98)</sup>で、新たに家族支援休暇（congé de soutien familial）が導入された。介護問題は、現在、フランスで第5のリスクとして議論されているが、介護に関する制度のあり方を見直せば、家族政策の範囲を見直すことにもつながるであろう。

#### (b) 家族生活と職業生活の両立

かつてソヴィが描いていたような、子どもが3、4人いて、男はパンを稼ぎ、女は子どもの面倒をみるという古典的な家族像は、今ではすっかり失われており、家族生活は、家族の自由な選択を保障することを目的とするようになっていく。今日では、仕事が子どもに優先し、女性の多くは、30歳を過ぎてから3、4年の間隔で2人の子どもを生むことを望んでおり、家族政策に対しては家族生活と職業生活の両立にプライオリティを置くことを求めている。しかし、一部の例外を除いて、企業は、シニアの要望に対するほどには、このような女性の要望に真剣に答えていない。このため、子どもの受入れ体制づくりが重要となり、2006年11月には、乳幼児計画（plan petite enfance）が作成された。

その背景には、保育体制の改革にもかかわらず、依然として不十分な保育事情がある。30%の親は希望する保育方法を選択できず、幼児教育を受けていない3歳未満の子どもの40%は母親が世話をしている。3歳未満の子どもの

---

97) Conseil d'analyse économique, *La famille, une affaire publique*, La documentation française, 2005, p 23.

98) LOI n° 2006-1640 du 21 décembre 2006.

1/3は保育サービスを受けられず、その多くは母親や祖母が世話をしているという報告もあり、35万から50万人分の保育サービスが必要だと言われている。このため、乳幼児計画には、保育所の定員を1.2万人分、保育ママを6万人分増やすことなどが盛り込まれた。

(c) 家族の支援と親性

フランスでは、親の地位や役割がゆるんできており、夫婦（le conjugal）や両親（le parental）という概念と区別するため、新たに親性（parentalité）という概念が作られた<sup>99)</sup>。この概念に対しては、公共の秩序のために家族への公権力の介入を容易にするものではないかといった批判があるものの、他方、特にパリ郊外の住民を念頭に、多くの社会的問題の基本的な責任は親の機能低下にあることが指摘されている。

このような中で、2006年3月31日の機会の平等のための法律<sup>100)</sup>は、学校の長期欠席や学校内でのトラブルを防止するため、親責任契約（contrat de responsabilité parentale）を導入し、親が契約への署名を拒み又は契約に違反するような場合には、家族給付の一部又は全部を停止できることにした。さらに、2007年3月5日の非行の予防に関する法律<sup>101)</sup>では、家族に警告を発する権限を市町村長に与えるなど、家族に対して市町村長などが介入できる権限の強化を図っている。

さらに、子育てに関する情報を提供したり、親同士が情報を交換したり、親を支援するための親支援情報ネットワーク（Réseaux d'écouter, d'appui et d'accompagnement des parents : REAAP）も作られている。

以上のように、フランスでは、社会の変化と家族の多様化に対応し、家族の絆を維持するための広範、かつ、多様な社会的取組みが行われている。これらの施策がどのような成果を挙げるかについては、今後の状況を見守る必要がある。

---

99) Marc de Montalembert, note 36) p157.

100) LOI n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances.

101) 前掲注74)。

ろう。

(注) 本研究は、科研費（19530044）の助成を受けたものである。

執筆者紹介（掲載順）

青 柳 幸 一	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
岡 伸 浩	筑波大学法科大学院准教授
江 口 隆 裕	筑波大学大学院ビジネス科学研究科 企業法学専攻教授

## 筑波ロー・ジャーナル 7号

2010年3月発行

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

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

教授 青山 慶二  
飯守 一文  
池田 雅則  
江口 隆裕  
大野 正道  
潮海 久雄  
弥永 真生  
山田 務

准教授 大淵 真喜子  
川田 琢之  
小林 和子  
平嶋 竜太  
柳 明昌

助教 藤澤 尚江

教授 青柳 幸一  
新井 誠  
植草 宏一  
大塚 章男  
小幡 雅二  
上山 泰  
北 秀昭  
徳本 稜  
藤村 和夫  
藤原 静雄  
宮城 啓子  
山浦 善樹

准教授 岡 伸浩  
照沼 亮介

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.7 March 2010

## Articles

- Conflict between Constitutional Law and Treaty - Searching for a  
"Third Way"..... **Koichi Aoyagi** 1
- Legal Status of Accounting Standards(7):The United Kingdom(2)  
..... **Masao Yanaga** 51
- Legal Nature of the Claims by the Lessor against the Lessee to  
Restore the Original Conditions of the Real Estate  
..... **Nobuhiro Oka** 79
- The progress of family policy in France(2)  
.....**Takahiro Eguchi** 103

ISSN:1881-8749