

筑波ロー・ジャーナル

34号

2023年6月

論 説

質権における占有概念の日仏比較 ——自動車に対する担保に示唆を得て	直井 義典	1
コロナ危機と法 ——ドイツの法対応	村山 淳子	23
弁護士の中立公正義務の理論的分析(2)	森田 憲右	67
双方可罰性の原則と罪刑法定主義	渡邊 卓也	93

研究ノート

日本相殺法概観(2)	岡本 裕樹	111
---------------------	-------	-----



目次

論 説

質権における占有概念の日仏比較 ——自動車に対する担保に示唆を得て	直井 義典	1
コロナ危機と法 ——ドイツの法対応	村山 淳子	23
弁護士の中立公正義務の理論的分析 (2)	森田 憲右	67
双方可罰性の原則と罪刑法定主義	渡邊 卓也	93
研究ノート		
日本相殺法概観 (2)	岡本 裕樹	111

質権における占有概念の日仏比較

——自動車に対する担保に示唆を得て——

直 井 義 典

はじめに

第1章 フランスの自動車質

第2章 わが国の自動車抵当

第3章 考察

はじめに

わが国の民法上、質権と抵当権とを分けるものは占有移転の有無である（342条・369条1項）。質権の特徴として占有移転が挙げられるのは、フランス法においても同様である。

こうした共通性にも拘らず、自動車の担保化手段としてわが国が自動車抵当を制度化したのに対して、フランスでは自動車質という制度が用いられている。こうした相違を生じさせるものは何か。それが占有概念の相違にあることを明らかにし、わが国における質権の特質としての占有移転の通則的な位置づけについて再検討をする手がかりを得ることとしたい。

以下、第1章ではフランスにおける自動車質制度について、そこにおける占有概念を中心として検討をする。次に第2章では、わが国の自動車抵当制度について、なぜ質権ではなく抵当が自動車の担保手段として選択されたのかを考察する。フランスの制度の説明を先行させるのは、自動車独自の担保制度の構築についてはフランスが先行したこと、質権における占有の問題にフランスが

いかに取り組んだのかについて説明してからのほうが、わが国がこの問題を回避したのがいかなる理由によるものであったのかが明確になると考えられることによる。そして第3章では、前章までの結果を踏まえて日仏の質権における占有概念の相違ならびにこの相違が担保手段選択に与えた影響を明らかにし、わが国における質権の目的についての占有移転概念が果たして質権の通則と位置づけるにふさわしいものであるのかを検討する。

第1章 フランスの自動車質

(1) 担保に関するフランス民法の規定は、2021年9月15日のオルドナンスによって比較的大きな改正を受けた¹⁾。2023年1月1日に施行されたこの改正によって、自動車質は一般の有体動産質として位置付け直され²⁾、対抗要件に関する2338条2項³⁾を除いては自動車質に関する規定は存しなくなった。

現行規定では自動車が質権設定の目的となることと公示の手段、登録の効果が明らかとなるのみであって、なぜ自動車に質権を設定することができるかは明らかではない。自動車の担保化手段に関する日仏の相違をもたらした理由を探るという本稿の関心からは2021年改正前の規定、すなわち2006年改正の規定の方が有用である。

2006年改正法は、第4部担保第2編物的担保第2小編動産上の担保第2章有体動産質（gage de meubles corporels）の第2節として、自動車質に関する以下3か条の規定を置いていた⁴⁾。

2351条「登録がなされた陸上自動車又はトレーラーに質権が設定される場合には、質権は、コンセイユ・データのデクレによって定められる条件の下に

-
- 1) 2021年改正における自動車質規定の変容については、Ph. Simler, *La réforme du droit des sûretés*, 2022, n°69. もっとも、改正とは無関係であるためか、自動車質における占有の位置づけについて論じるところはない。
 - 2) Y. Blandin, *Réforme du droit des sûretés*, 2022, p.163にある新旧対照表でも、旧2351条が2338条2項と対応するとされるものの、旧2352条・旧2353条については2021年改正後は対応規定がないとされている。

公的行政機関になされた届出によって第三者に対抗可能となる。」

2352条「届出受付証の交付によって、質権者は質権の設定された財産について占有を保持しているものとみなされる。」

2353条「質権の実行は、債務者の〔商人か非商人かという〕資格の如何を問わず、2346条から2348条に規定する規範に服する。」

ここでは、自動車については質権 (gage) が設定しうること、届出が第三者⁵⁾ 対抗要件⁶⁾であること、届出受付証の交付により質権者は質物を占有しているものとみなされることが明らかにされている。

(2) ここで2006年改正におけるフランス民法における担保物権の分類、とりわけその中の gage の位置づけについて整理しておく。

フランス民法第4部担保第2編物的担保は、第1小編一般規定、第2小編動

3) 2338条2項「2342条の場合を除き、登録がなされた陸上自動車又はトレーラーに設定された質権は、コンセイユ・データのデクレによって定められる条件の下に公的行政機関になされた台帳への登録によって公示される。質権が登録されることによって同一の自動車には新たに質権の登録をすることができなくなる。」

第1文にいうコンセイユ・データのデクレは、2023年2月14日のデクレ2023-97号である。

なお、2342条は、占有移転非移転型質権が設定された代替可能物が譲渡された場合の設定者の義務に関する規定である。同条に言及されたことによって自動車質が占有非移転型質権と位置付け直された可能性がある。また、2006年改正の下において質権者は自動車売主や購入資金提供者に限られていなかったことから、複数の異なる債権者間で質権の競合が起きる可能性が指摘されていた (M. -E. Mathieu, *Les nouvelles garanties de financement*, 2007, n°130.) が、第2文によりその可能性が排除されている。このように、2021年改正は内容面での変更も伴っているが、この点の検討は2021年改正の全体像との関係で後日に行うこととしたい。

4) 2006年改正法の翻訳に当たっては、平野裕之=片山直也訳「フランス担保法改正オールドナンス (担保に関する2006年3月23日のオールドナンス2006-346号) による民法典等の改正及びその報告書」慶應法学8号 (平成19年) 163頁以下を参照した。

5) 後述する1953年のデクレに関する解釈であるが、この「第三者」には善意の特定承継人が含まれる (Cass. civ1, 16 janv. 2013, n°12-12. 226.) ばかりでなく、悪意の特定承継人も含まれる (Cass. civ1, 3 juill. 1996, B. I . n°298.)。

6) あくまでも対抗要件であって、効力要件ではないことは破毀院判決によっても確認されている (Cass. civ1, 10 juill. 1996, no94-18. 324, B. I . n°312.)。

産上の担保、第3小編不動産上の担保に分けられる。第2小編はさらに第1章動産先取特権、第2章有体動産質（gage）、第3章無体動産質（nantissement）に分けられ、第3小編はさらに第1章不動産先取特権、第2章不動産質（gage）、第3章抵当権、第4章先取特権及び抵当権の登記、第5章先取特権及び抵当権の効果、第6章先取特権及び抵当権の滌除、第7章先取特権及び抵当権の消滅に分けられていた⁷⁾。

このようにフランス民法典はまず担保の目的が動産であるか不動産であるかによって分類をする⁸⁾。その上で約定担保物権に限れば、動産については質権、不動産については質権と抵当権、さらに担保目的での所有権移転を認める。動産質は目的が有体動産か無体動産かによって区別がなされる。もともと、無体動産質についての2355条5項は債権質を除いた無体動産質権（nantissement）については特則がない限り有体動産質（gage）の規定を適用することとしているから⁹⁾、おおむね、債権以外の動産質の規定と債権質の規定が置かれているものと整理される¹⁰⁾。そして自動車質は、債権以外の動産質の中に位置づけられるわけである。

自動車について用いられる gage という法技術の観点から整理すると、有体動産と不動産の gage が別々に規定されている。gage についての統一的な規定は存在しない。

7) その後2009年に第2小編第4章担保目的で留保又は譲渡された所有権と第3小編第8章担保のために譲渡された所有権が追加されたが、第3小編のうち第4章から第7章は2021年のオルドナンスにより廃止され、2009年に追加された第8章が第4章とされている。

8) この点は2021年改正後であっても変わっていない。D. Legeais, *Droit des sûretés et garanties du credit*, 13^e éd., 2019, n°481（以下、「Legeais, op. cit.」とは本書をさすものとする。）は、担保目的物の性質による区分がまずなされていることを、gage が占有移転型と占有非移転型の双方を含むものとなっている原因としている。

9) ただし、2021年改正により擬制留置権に関する2286条1項4号は適用対象から除外されている。

10) この点につき Mathieu, op.cit., n°60は、2355条5項は「奇妙な準用（un curieux renvoi）」の仕方をしている。有体動産質と無体動産質の共通規定の節を作り、債権質の余地を留保しておけば良いのではないか、という。

不動産質 (gage immobilier) が設定された場合には、設定者から不動産の占有移転 (dépossession) がもたらされ (2387 条) この点で抵当権と区別される。これに対して有体動産質の場合、そこには設定者からの占有移転を伴うものと伴わないものが含まれ、両者は第三者対抗要件が異なる (2337 条 1 項・2 項)。このように、2006 年改正法の下では同じ gage の名称を用いながら、不動産質権と有体動産質権との共通の特徴として占有移転を位置づけることはできない。しかし、占有非移転型の有体動産質権が導入されたのは 2006 年のことであり、それ以前は有体動産質は占有移転を特徴としていた (旧 2071 条)^{11, 12)}。もっとも、2006 年改正以前は不動産質には gage ではなく antichrèse という名称が与えられていたことから、やはり占有移転が目的物を問わない gage 一般の特徴であったとすることはできない。

(3) 自動車質に関する民法典の規定の起源は 1934 年 12 月 29 日の法律¹³⁾にまで遡ることができる。その後、細かな修正を除けば、1953 年 9 月 30 日のデクレ 53-968 号を経て¹⁴⁾、現行規定に至る。

1934 年の法律 2 条 1 項では、自動車の売主、売掛債権の譲受人、手形割引人、購入資金提供者に質権が与えられていた¹⁵⁾。そして同条 3 項は、質権設定届出の受付証は質権者に引き渡されなければならない、この受付証の引渡しによって、質権者は自動車を占有下に置き続けているものとみなす。すでにこの時点で、占有とみなすという現在の 2352 条と同内容の規定が置かれていたわけである。

11) Legeais, op.cit., n°454 は、2006 年改正によって gage から物的性質が失われたとする。

12) 2006 年改正法の下で不動産について占有非移転型質権を認めることができるかについては、Mathieu, op.cit., n°146。

13) 同法の立法の経緯については、伊藤英樹「フランスの自動車質(1)」愛知学院大学論叢 法学研究 23 卷 3-4 号 (昭和 55 年) 5 頁以下に詳しい。

14) 1957 年までの修正については、R. Sommade, La vente à credit, 1959, n°417。

15) 2006 年改正によって、質権者に関する制約はなくなった。これによって後順位の自動車質権者が登場する可能性が生まれ、自動車質の第三者対抗力についての理解に影響がある可能性が考えられる (2006 年改正以前の段階で、不動産公示に関する 1955 年 1 月 4 日のデクレにいう意味での第三者の観念を継受することに疑問を呈する、伊藤・前掲(1)26 頁以下も参照。) が、本稿では扱わない。

ここでは自動車の物理的な引渡しはないものの、受付証の引渡しによって質権者による自動車の占有が擬制されている¹⁶⁾。これは、質権との性質決定を正当化するために擬制的な占有移転を規定したものと考えられる。

それではなぜ、自動車の担保手段として質権が選択されたのか。

1934年の法律の目的は、買主倒産時の売主あるいは購入資金提供者の保護¹⁷⁾にある¹⁸⁾。世界恐慌により経済情勢が不安定な中、自動車の販売を促進するために売主保護手段を与えることが求められた¹⁹⁾。しかしながら破毀院²⁰⁾は、停止条件付売買は第三者に対抗できないものとし、所有権留保付売買においては買主が自動車を無断で転売してもそれに対するサンクションもなく、また買主が倒産しても売主には自動車の取戻が許されていなかった²¹⁾。そこで自動車についての新たな担保手段が求められたのである。

16) Note par H. G., D. 1936. 4. 89は旧2076条の要求する債務者からの占有移転に代えて特別な登録がなされると言うが、条文の文言に反してまで、この説明を、占有移転の要件を不要としてそれに登録を置き換えたものと読む必要はないだろう。

17) Note par H. G., D. 1936. 4. 90は、自動車の購入時のみ質権が設定されるという点が航空機抵当との相違であるという。

18) 倒産の増加については下院（Chambre des députés）におけるパレス（Parès）報告で指摘されている（A. Ch. Dedé, *Traité pratique de la vente à credit des automobiles*, 1937, p.179.）。

この法律のタイトルが「自動車の取得を容易化する法律」であるにも拘らず質権設定による自動車売主の利益のための法律であることについては、H. Capitant, *La vente à temperament des automobiles*, D. H. 1935.9も指摘する。

なお、第2次世界大戦以後は、この法律のタイトル通り信用供与が得やすくなることによって購入者が利益を受けていることが指摘されている（*Exposé des motifs*, D.1953.401.）。

19) *Exposé des motifs*, D. 1953. 401; E. Le Corre-Broly, *Le gage sur véhicule automobile source d'interrogations*, D. 2014. 440, n°1.

20) Cass. req., 27 juill. 1895, D. P. 96. 1. 57; Cass. req., 21 juill. 1897, D. P. 98. 1. 269; Cass. civ., 28 mars 1934, D. H. 34. 249; Cass. civ., 22 oct. 1934, D. H. 1934. 569. これらの判例については、道垣内弘人『買主の倒産における動産売主の保護』（有斐閣・平成9年）108頁以下、114頁以下で紹介されている。

21) ドイツが所有権留保の効力を認容していたのとは対照的であるとの指摘もなされている（Capitant, *op.cit.*, p.10.）。

しかし当初のマラングル (Malingre) の提案で付与されたのは、質権ではなく動産先取特権 (旧2102条) であった²²⁾。この提案に対しては、債務者が目的物を占有する限りでしか先取特権が存続しない、すなわち自動車が転売されると先取特権が消滅する点で売主保護が不十分だと強い批判²³⁾が元老院でなされた。こうした問題点があるために、質権が付与されることとなったのである²⁴⁾。

この法律に対しては、後年、創設以来満足のいくような形で機能しているとの評価もなされた²⁵⁾ところではあるが、当初、カピタンによって強く批判された。

カピタンは、第1に、この法律においては自動車質の内容が規定されていないこと²⁶⁾を批判する²⁷⁾。もっともこの点は立法の内容というよりも表現形態に関わるものであるからそれほど大きな問題ではない。

カピタンの批判の第2点は、この法律が質権付与という方針によった点に関わる。カピタンは、動産売買先取特権 (旧2102条4号) に依拠するのではなく質権を付与するという方針もあり得るものだとしつつも、留保所有権を第三者に対抗できるとした方が明快であった、とする²⁸⁾。そしてカピタンが、売主は留保所有権を第三者、とりわけ債権に代位した者に譲渡することができない

22) マラングルの提案は、Dedé, op.cit., p.178に掲載されている。そこでは旧2102条9号に「自動車の販売代金又は代金支払いのための貸付から生じた債権」に先取特権を付与することが提案されていた。

23) Capitant, op.cit., p.11によれば、パレス報告では先取特権の問題点として競売に費用が掛かることが指摘されている。1934年の法律3条は、この問題に対処すべく、質権は商法93条にしたがって実行されるものと規定した。

24) Note par H. G., D. 1936. 4. 89.

25) Exposé des motifs, D. 1953. 401. J. Hémar, Les droits du créancier au profit duquel un véhicule a été constitué en gage, D. 1963. 49, n°2も同様。

26) 2条は「質権を保存するために」すべきことを規定するものの、質権の内容そのものについて定めるものではない。

27) Capitant, op.cit., p.12.

28) Capitant, op.cit., p.12.

と立法者が考えたために所有権留保構成を推進しなかったのであろうと推測していることから、カピタンが留保所有権の譲渡は可能かつ第三者にも対抗できるものと考えていたことがうかがわれる。そしてカピタンは質権付与では仕組みが複雑になるという。所有権留保に比べてどのような点が複雑であるのかは必ずしも明らかではないが、所有権留保が当事者間の約定のみで設定できるのに対して、質権の場合は質権設定の届出受付証の質権者への引渡しを要する点を問題視するものだろうか。

カピタンの批判の第3点が本稿の関心に特に関連する。それは、1934年の法律が、質権者は質権の目的物を占有していなければ先取権を行使できないと定める旧2076条を準用した点である。カピタンはこれを想定外であるとし、ここでは占有移転のない質権が規定されているとの指摘を行っている²⁹⁾。すなわち、質権においては目的物の占有移転が要件とされるにも拘らず、占有移転を欠くということである。このようにカピタンは、質権においては目的物の物理的な占有移転が不可欠であると解しており、なおかつ、暗黙の前提として、自動車質についても質権である以上は民法上の質権の場合と同様の要件が課されるものと解していた。これに対して、前述の通り1934年の法律2条3項は質権者が自動車を占有するものとみなしているわけである。このみなし規定がgageの本質を侵害するものということになるのかが問われる必要がある。

(4) 自動車の担保手段としては質権が選択されたわけであるが、1917年7月5日の法律は河川運航船について、1924年5月31日の法律14条は航空機について、それぞれ担保手段として抵当権を選択している。後者は前者に着想を得たものである³⁰⁾。1924年の法律は12条1項で、航空機は民法の適用に関しては動産であるとしつつ、所有権の移転に書面を要求し、登録を第三者対抗要件とする。

確かに、ホテル証券・石油証券等の各種ワラントでは占有移転なき質権が

29) Capitant, op.cit., p.12.

30) Note, D. 1925. 4. 41(1)4.

用いられてはいるものの、自動車質は自動車の信用売主の利益保護のために航空機抵当に近い立法措置をとることが求められたために導入されたものであるとの説明³¹⁾に接し、さらに、わが国では自動車についても船舶や航空機についても抵当権が選択されていることを思い起こす時、フランスでなぜ自動車についても抵当権の設定を制度化するのではなく質権を選択したのかという疑問が生じる。

この点については、1924年の法律に対する説明が有益であると思われる。そこでは、1924年の法律における登録は自動車のそれと異なり単なる社会秩序のための登録³²⁾ではなく、土地台帳と同様の登録台帳であり、航空機の所有者は公権力によって、航空機を占有するものとして登録されるとの説明がなされている³³⁾。すなわち、それぞれの登録制度の有する意義が異なるということである。

こうした登録制度の目的の違いによって、担保手段としての質権と抵当権の選択の相違が説明されるのである。

(5) それでは、自動車質において占有移転が要件とされ、かつ、ここには占有移転があると言えるのだろうか。2006年改正以前は民法典上の質権では占有移転が必須であったためにこれが問題となる。自動車質においては占有移転がないから自動車質という制度は体系上受け入れられないとするカピタンの批判を回避するには2つの解答の方法がある。

1つの解答としては、自動車質は特別法によって認められたものであるから、民法典の定める質権とは異なる特質を有する質権、すなわち占有非移転型の質

31) Note par H. G., D. 1936. 4. 90.

32) 自動車の登録によって所有者を明確にすることを通じて、事故の際の責任の所在等を明確にするという趣旨である。

33) Note, D. 1925. 4. 42(1). Capitant, op.cit., p.11でも、各種ワラントの場合と同様に、自動車の登録は権利関係を第三者に公示することを目的としていないとの指摘がなされる。なお、Ph. Bihr, L'opposabilité aux tiers du gage constitué sur un véhicule automobile, D. 1970. 70は、1953年のデクレと不動産登記に関する1955年1月4日のデクレにおける「第三者」の意味の違いを指摘する。

権も認められるのだとすることが考えられる^{34,35)}。近時の学説の多くはこの見解に立っており、2006年改正によって民法典には占有非移転型質権が導入されたことを想起するとき、改正以前と比べてもこうした説明には理由があるようにも思われる³⁶⁾。

しかし、そもそも占有非移転型質権は実質的には動産抵当である以上は *gage* として整理したのは不適切であるとの批判がある³⁷⁾ことから、自動車抵当に対しても *gage* として整理するのは不適切だとの批判が当てはまりうる。これに対しては、フランス民法典には *gage* の通則がないことから不動産質においては抵当権との区別の必要上占有移転が求められるが、有体動産質においてはこうした必要性がないから *gage* が占有移転型と占有非移転型の2種を内包すること自体はおかしくないとの反論も考えられるところであり、先の批判は第1の解答を放棄するための決定打とはならない。

第2の解答は、自動車質についても占有移転が要求され、また、占有非移転

34) ここまで明確ではないが、P. Crocq, *Le gage avec ou sans dépossession, après la loi du 4 août 2008 et l'ordonnance du 18 décembre 2008, Cahiers de droit de l'entreprise*, 2009, n°4, p.27; J.-B. Seube, *Droit des sûretés*, 9^eéd., 2018, n°291; L. Aynès=P. Crocq, *Droit des sûretés*, 13^e éd., 2019, n°519は、自動車質を占有移転なき質権と整理する。特にスープはこのように解するのは「当然 (naturellement)」とする。

また、Le Corre-Broly, *op.cit.*, n°1は、2006年改正までは質権については設定者からの占有移転が要件であったことから自動車質について立法することが必要であったとしており、自動車質は占有移転型質権に包摂されないものと理解している。

35) 近時も、民法典の *gage* や *nantissement* の規律が特別法上の *gage* や *nantissement* の規律にまで及ぶものではないとの見解が見られる (Mathieu, *op.cit.*, n°76)。

36) 2340条2項は、占有非移転型質権が設定された動産が後に占有移転型質権の目的となった場合、占有移転型質権者が留置権を有していても、占有非移転型質権の公示がなされていれば、こちらが優先するものと定めており、占有移転型質権としては物理的な占有による留置権を生ぜしめるもののみが想定されているようにも見える。

37) Legeais, *op.cit.*, n°390 et 481.

このことは、ルジェが占有移転の有無により担保の仕組みに変化が生じることから、占有移転の有無による区分は妥当なものであり続けるとしている (Legeais, *op.cit.*, n°456.) ことにもよる。

型質権は認められないとの理解を前提に、自動車質においても占有移転がある、と解するものである³⁸⁾。1934年の法律ですでに認められていた擬制占有を、占有移転はないが占有移転があったのと同様に扱う³⁹⁾というのではなく、物理的な占有移転はないものの *gage* において求められる占有移転の範疇には入るものとして扱うわけである。この立場によれば質権において求められる占有移転の中には物理的な占有移転と擬制的占有移転の双方が含まれることとなり、カピタンの見解は、*gage* の本質であった占有移転を物理的な占有移転に限定するものと解する点で狭きに失する、と評することになる。近時の学説のうちにはこうした見解に立つものもある。ルジェは、自動車質を特殊な占有移転を伴う質権のうちの特殊なものとして位置づけているのである⁴⁰⁾。

ルジェが擬制占有による占有移転を認める大きな理由は、自動車質権者に留置権を付与する点にある^{41, 42)}。これが第2の解答を支持すべき積極的理由となる。

38) 2006年改正によって非占有移転型質権が認められたことから、この説明は改正前に妥当するものとなる。改正後は、質権の定義はそれほど問題とならず、自動車質は占有移転型質権に位置づけられることとなる。

39) なお、Legeais, *op.cit.*, n°486は、占有非移転型質権の場合は公示が占有移転に代わる (*remplace*) というように占有移転とは全く別物として扱っている。

40) Legeais, *op.cit.*, n°479. 書籍の章立てがこのようになっているばかりでなく、本文でも自動車質が占有移転型質権であることを明言している。

なお、Y. Picod, *Droit des sûretés*, 3^eéd., 2016, n°216は、擬制によって質権者は占有移転型質権者と同様の地位に置かれるとする (同様の記述は2006年改正以前の H., L. et J. Mazeau=F. Chabas, *Leçons de droit civil, Sûretés Publicité foncière*, 7^eéd. par Y. Picod, 1999, n°91ですでになされていた)。自動車質についても占有移転があるとするもののようにも読めるが、占有移転がないからこそ擬制によって占有移転があるのと同視するのだとも読め、いずれの見解に立つものかははっきりしない。

41) D. Legeais, *Le nouveau droit du gage portant sur un véhicule automobile*, JCP E., 2007, n°1482, n°8. Aynès=Crocq, *op.cit.*, n°446は、ここで示された自動車自体についての留置権と自動車登録証 (*carte grise*) の留置権とは別物であることに注意を促す。後者は、登録証という書面を物理的に手許においておくという意味で通常の留置権であって、目的物が自動車そのものではない点と自動車質に優先権を付与する効果を持つものではない点で限定的な効果しかないものとされる。

もっとも2008年改正によって占有非移転型質権者に対しても留置権が認められるようになった（2286条1項4号）ことから、2008年改正後には自動車質において占有移転があるという必要はないとも思える。しかし、商法L.622-7条2項によれば、観察期間内や再生計画実施中は占有非移転型質権者の有する擬制留置権は倒産手続に対して対抗力を有しないものとされており、占有移転型質権者の有する留置権よりも弱い効力しか認められない⁴³⁾。そのため、擬制占有においても占有移転があるとする必要があるのである。

ところが、2008年改正法以前においても、占有移転を認めなければ留置権が認められないというわけではなかった。擬制占有の効果として留置権が認められると言えは足りたからである。判例も留置権を認めており⁴⁴⁾、学説にも擬制的留置権が認められるとするものがある⁴⁵⁾。

判例によれば自動車質権者の有する留置権には以下のような効力が認められる。国税当局が有する先取権との関係では、この先取権がほとんどすべての他

42) なお、Mathieu, *op.cit.*, n°151は不動産質と抵当権を比較して、不動産質の利点は質権者に留置権が認められる点にあるとしていた。

43) Legeais, *op.cit.*, n°493. E. Le Corre-Broly, *Le gage sur véhicule automobile source d'interrogations*, D. 2014. 440, n°14 et s.

なお、2021年改正においてもこの擬制留置権が存置された点には批判がある（Ch. Gijbers, *Le gage et les sûretés sur créances*, *Revue des contrats*, 2021, Tirage special, n°11.）。

44) Cass. com., 15 janv. 1957, B. III .n°20（本判決は、伊藤・前掲(2)5頁で紹介されている。）； Cass. com., 13 janv. 1987, B. I . n°10. この留置権は登録した日から第三者に対抗可能である（Cass. civ., 3 juill. 1996, B. I . n°298.）。

45) Aynès=Crocq, *op.cit.*, n°446, Mathieu, *op.cit.*, n°129. 伊藤・前掲(2)14頁にも「擬制的留置権」との表現が見られる。判例には「擬制的留置権」との表現は見られない。

2008年改正後において、この擬制的留置権の根拠条文はどこに求められることになるのだろうか。エネス＝クロックは擬制的留置権の根拠条文を明確にしていないが、2286条1項4号だとすると自動車質を占有移転なき質権と位置づけていることとなり自動車質権者には擬制的占有が付与されているとのエネス＝クロック自身による説明と矛盾することとなるから、ここでの擬制的留置権の根拠は2286条1項1号と見るべきであろう。エネス＝クロックは「留置権の非物質化」が見られるとするが、これは留置権の目的を物理的に占有しているわけではないことを表現したものであって、留置権の根拠が有体物から乖離していることを意味するものではなく、2286条1項4号を根拠と解する必要はない。

の担保に優先するような強い効力を持つ先取権であるにも拘らず、自動車質権者の留置権が優先するものとされている⁴⁶⁾。他方で、擬制的占有に基づく留置権であることによる弱さとしては、自動車が自動車質権者によって転売された場合に留置権が失われ売却代金について他の債権者との競合にさらされること⁴⁷⁾、また、自動車が修理された際に自動車修理業者が有する物理的占有に根拠を置く留置権には劣後することが挙げられる⁴⁸⁾。

もっとも、擬制占有の効果として特別な効果を有する留置権を認めたとの説明が可能であることから、占有非移転型質権では留置権が認められていなかったというだけでは第2の解答を積極的に支持すべき理由とはならない。

以上のように自動車質における占有移転の有無をめぐる見解の相違があるわけであるが、私見としては占有移転があるとするルジュの見解に従っておきたい。確かに、判例の認める留置権の内容は自動車質に特有の面があり、特別法によって自動車質という占有非移転型質権に独自の内容を有する留置権が認められたと解することもできなくはない。しかし、2006年改正によって自動車質が民法典に包摂されたことから、特別法によって認められた質権であることを根拠とするのは適切ではない。そして自動車質権に基づく留置権の内容として判例が認めるものは、占有非移転型質権者の有するそれよりも強力なものである。2021年改正によって自動車質に関する規定が対抗要件に関するそれを除いてすべて廃止されたことから、自動車質についてのみ独自に留置権の内容を観念することはもはや困難であると考えられる。

(6) 不動産質についても、設定者が目的不動産の収益ができないという不便

46) Cass. com., 15 janv. 1957, B. III . n°20.

47) Cass. com., 15 janv. 1957, B. III . n°21. したがって、自動車が売却される前に財の帰属を受けておくことが他の債権者に先んじて債権を回収するためには重要であるとされる (Aynès=Crocq, op.cit., n°446.)。

48) Cass. com., 11 juin 1969, B. IV . n°221. この判決については、伊藤・前掲(2)7頁以下に紹介がある。伊藤・前掲(1)20頁以下は、この判決と自動車保険者は質権公示手続によって対抗できる第三者には該当しないとする Cass. civ1, 17 juin 1969, D. 1970. 21 とに依拠して、擬制的占有の実効性は決して十分とは言えないとする。

を緩和するために質権の目的不動産を設定者が占有する制度が判例⁴⁹⁾によって認められた⁵⁰⁾。antichrèse-bailである⁵¹⁾。物理的な占有が設定者の下にありながら質権の効力を認める制度として自動車質と類似することから、ここで取り扱うこととする。

2006年改正法による2390条は、改正前の判例を取り入れて⁵²⁾「債権者は、占有を失うことなしに、第三者又は債務者自身に対して不動産を賃貸することができる。」と定める。

質権者は賃貸によっても占有を失わないものとされることから、antichrèse-bailは占有移転を伴う約定不動産担保として位置づけられる⁵³⁾。他方で、2388条1項・2項は抵当権に関する多くの規定を不動産質権に準用していることから、約定抵当権の一種とも説明される⁵⁴⁾。ただし、抵当権とは異なり質権者には占有があることから留置権も認められ、質権者は設定者に倒産手続が開始された場合に強い保護を得ることができる⁵⁵⁾。antichrèse-bailの有するもう1つの利点として、抵当権が設定されるよりも安価に財を収益できる点が指摘されている⁵⁶⁾。

第2章 わが国の自動車抵当

(1) わが国の自動車抵当は昭和26年に制定された自動車抵当法によって導入

49) Cass. civ.3, 18 déc. 2002, B. III . n°261

50) Mathieu, op.cit., n°137; Legeais, op.cit., n°646.

51) antichrèse-bailについては、直井義典「動産質における占有移転の意義」筑波ロー・ジャーナル31号（令和3年）88頁注33でふれた。

52) Legeais, op.cit., n°646.

53) 仮に質権設定の後すぐに債務者に賃貸されたとしても、擬制的買戻し売買 (vente à réméré) と債務者から債権者への引渡しによって有効に設定される (Mathieu, op.cit., n°150.)。

54) Mathieu, op.cit., n°138. 旧2072条が nantissement の一種としていたのとは位置づけが異なる。

55) Mathieu, op.cit., n°138.

56) Mathieu, op.cit., n°149.

されたものである。

この制度が導入された理由は以下のようなものである。本法制定以前は占有を保持しながら自動車を担保に供するには所有権留保・譲渡担保によるしかなかったが、これらの方法では権利関係の実態を外部から把握することが困難であり、相手方の不信行為によって自己の権利を失う恐れがあるなどの欠陥があった。そこで自動車抵当を制度化したというのである。また、この制度の導入への課題として、目的物である自動車の同一性を確保する方法および抵当権の存在を示す適当な公示制度という技術的問題⁵⁷⁾を解決する必要があったが、昭和26年の道路車両運送法制定により自動車登録ファイルによる自動車の登録制度（同法4条⁵⁸⁾・車台番号の打刻（同法29条以下）による同一性の確認方法が確立されたことでこの問題が解決されたために、このタイミングで自動車抵当が導入されることとなった⁵⁹⁾。さらに、第2次世界大戦に伴う経済的混乱により、自動車買主への融資制度を確立することが求められたのも、この時期に自動車を担保目的物とする担保制度が制定された理由である。

(2) 自動車が民法上の動産である⁶⁰⁾ことを前提としつつも、道路車両運送法による登録を受けた自動車には原則として抵当権が設定できる（自動車抵当法

57) 山川一陽「自動車・航空機・建設機械抵当」加藤一郎＝林良平編代『担保法大系 第3巻』（金融財政事情研究会・昭和60年）173頁も、この2点がもともと不動産を対象とした抵当制度の目的物として動産を取り入れるにあたって解決すべき基本的な問題点であったとする。

58) 登録原簿と自動車の物質的原状の同一性は、自動車検査制度（道路車両運送法58条以下）によって確保される。すなわち、自動車検査に基づいて交付される自動車検査証が常に自動車に備え付けることが要求され（同法66条1項）、自動車の登録申請に検査証の提示が要求されることによって、自動車登録原簿の記載と自動車検査証の記載の同一性が確保され、結局、自動車登録原簿と自動車の同一性が確保されるわけである（山川・前掲174頁）。このように、自動車の同一性確保については自動車検査制度も大きな役割を果たしている。

59) 酒井栄治『自動車抵当法』（特別法コンメンタール）（第一法規出版・昭和47年）1頁。自動車登録ファイルに登録された自動車に限って自動車抵当の客体となりうる理由を、動産たる自動車に抵当権の客体としての素地を与えるためとする横梯次『担保物権法』（有斐閣・昭和56年）289頁も参照。

2条・3条)。同法4条が「占有を移さないで」と明記していることから、ここには占有移転はない。そのため、占有移転を要件とする質権を持ち出す余地はなく、また、立法過程やその後の条文解釈において質権が出てくることもない。擬制的占有は全く想定されておらず、フランス法とは前提が大きく異なるものと言えそうである⁶¹⁾。

もっとも、制度内容はフランス法と大きく異なるものではなく、同法5条は道路運送車両法に規定する自動車登録ファイルに登録することが第三者対抗要件であるとする。登録記録証書が抵当権者に引き渡されることなどは要求されていない。なお、自動車の登録に関しては、「元来、自動車の登録は自動車に関する実態の把握、自動車の安全の確保・盗難の予防等の陸運行政上の目的から設けられたものであり、所有権の公示手段としての意味は第二次的である。したがって、自動車についての登録の申請は、所有者の任意によるものではなく、義務として強制されている。」⁶²⁾との説明がなされている。

自動車に質権を設定することは禁止されている（同法20条）が、これは担保権の優先順位確定基準が登記・登録と占有の二系列となって相互の優先順位の決定において混乱を来すこと、質権を設定すると設定者が自動車を使用できなくなって社会的・経済的見地から望ましくないことによる⁶³⁾。

自動車抵当と先取特権が競合する場合、抵当権は330条1項の第1順位の先取特権と同順位とされる（同法11条）。この点、動産質も334条に同様の規定

60) 酒井・前掲1頁、石井眞司＝西尾信一編『特殊担保 その理論と実務』（経済法令研究会・昭和61年）133頁〔石井眞司〕。

61) 五十嵐徹『各種動産抵当に関する登記』（日本加除出版・令和2年）4頁も自動車に質権を設定できない理由を、「質権は、債権者による継続占有が対抗要件となるため、設定者が使用しながら担保化することができないから」と説明しており、ここでも設定者から物理的に占有を奪うことが質権の要件とされている。

62) 酒井・前掲5頁。

63) 道垣内弘人編『新注釈民法(6) 物権(3)』（有斐閣・平成31年）476頁〔直井義典〕。道垣内弘人『担保物権法 第4版』（有斐閣・平成29年）265頁は、自動車抵当の利用促進を理由とする。

を有しているが、自動車抵当権は動産質権と同等以上の保護を受けるべきものだから、動産質権の先取特権に対する順位関係を自動車抵当権にも踏襲したと説明される⁶⁴⁾。また、自動車抵当権者が330条1項の第2順位・第3順位の先取特権者が存することを知っていたとき、330条2項の適用に関して、334条においては質権者が後順位となると解されていることから334条と自動車抵当法11条とを同一に解し、抵当権者は優先権を行うことができないものと解すべきであろうとの見解が見られる⁶⁵⁾。この点は、自動車抵当を動産質権と同様に解するものと言える。

設定者の倒産手続においても、質権と抵当権は同様の扱いを受ける（破産法2条9項・65条1項、民事再生法53条1項・2項、会社更生法2条10項）。

第3章 考察

(1) 以上のフランスの自動車質権ならびにわが国の自動車抵当の概観からは以下のような知見が得られる。

第1に、いずれも経済的な大混乱の時期に制定された制度であるという点では共通している。フランスは産業保護、わが国では融資の活性化という点で重点に違いはある。しかし、フランスではその後に信用供与の容易化が主目的となっているし、買主の融資を活性化するためには買主倒産時の売主の債権回収可能性を高めておく必要があるという意味で2つの目的は連動しているから、それぞれの目的は大きく異なるものではない。

第2に、フランスでは質権、わが国では抵当権が選択された理由としては2点を指摘することができよう。

一方では、民法の体系の相違である。フランスではまず動産担保と不動産担保とを分けて、それぞれについて担保手段が規定される。有体動産の *gage* と不動産の *gage* とは別々に定められており、相互に共通の規律を設けるとい

64) 酒井・前掲19頁。

65) 酒井・前掲20頁。

発想は弱いものと考えられる。そのために、有体動産質については占有移転型質権のほかに占有非移転型の質権が認められているのに対して不動産質においては占有移転型質権のみが認められるというように、同じgageであっても内容には相違がある。これに対してわが国ではパンデクテン方式が採用されていることもあって、質権や抵当権といった担保の手段が先に規定され、その中で担保の目的ごとの規律がなされる。その結果として、質権の総則が形成される。こうした体系の相違を前提とすると、フランスでは有体動産に用いられる担保手段として抵当権を選択する余地がなく質権を活用することが考えられ、わが国では質権の共通の要素として物理的な占有移転がある以上は質権を選択する余地がなく抵当権を用いることとなる。

他方で、選択された担保手段の相違をもたらした理由としては、占有概念の違いをも挙げることができる。フランスで自動車に質権の設定が可能であるのは、擬制的占有移転が認められているためである。これに対して、わが国では質権において求められる占有移転が物理的なそれに限られている、すなわち擬制的占有移転は認められていないことから、当然のごとく自動車抵当が選択されている。質権設定者による代理占有を禁止する345条は、わが国において擬制的占有移転を認めないことの現れである⁶⁶⁾。

第3に、自動車の登録が不動産登記とは異なり物権変動の対抗要件具備を主目的とする制度ではないという点は両国で共通していた。フランスは航空機の場合との相違により、自動車については質権の導入を選択した。これに対してわが国では登記・登録制度の目的の相違は特に問題とされることなく抵当制度が選択されている。これは、特別法についても民法典と異なる占有移転概念は採用しえず、質権においては物理的な占有移転が要求されるのだという観念の強さを反映したものと評価できる。

第4に、わが国では自動車の担保手段としては抵当制度を選択したものの、

66) 伊藤英樹「フランスの自動車質(2)」愛知大学論叢法学研究24巻1=2号(昭和55年)2頁も、345条と対比してフランスにおける擬制占有に現実の占有同様の効力が付与されている点に注目する。

その効果は質権を設定した場合と同様である。これに対してフランスでは擬制的占有移転を認めることによって質権者には留置権が認められる。占有非移転型質権においても擬制留置権が認められることとなったが、倒産手続におけるこれらの留置権の効力には差異があることから、2006年改正法の下において擬制的占有移転を観念する学説が存在する理由は、倒産手続との関係にあったとすることができる⁶⁷⁾。

以上より、わが国において自動車質ではなく自動車抵当が採用された最大の理由は、質権における占有移転とは物理的占有移転のみを指すのであって擬制占有を含まないという点にあることが明らかとなる。

(2) 質権における占有移転に擬制的占有が含まれないことは、わが国では344条・345条で定められている。最判昭和37年10月12日裁判集民事62号867頁は、占有改定の方法による質物の引渡しでは345条の法意⁶⁸⁾に徴して質権は成立しないと判示する。この理由づけについては所有権が占有改定で対抗力を得ることとのバランスの悪さが指摘されるが、質権が留置権を本質とする担保物権であるとの理由により、学説上も結論は支持されている⁶⁹⁾。質権の成立要件としての引渡しや占有移転の概念と留置権の有無が連動することは、フランスにおいて擬制占有の場合は占有移転があることから擬制留置権ではなく一般の留置権が付与され、他方で占有非移転型質権の場合、質権者には擬制留置権のみが付与されることとも符合している。

67) 本稿ではフランスで自動車質が選択された理由について焦点を当てたために、自動車質において擬制的占有が認められる効果としては留置権が付与されること以外は触れていないが、追及権が認められている点では抵当権相当の扱いをされていることが指摘される(伊藤英樹「フランスの自動車質(3)・(完)」愛知学院大学論叢法学研究24巻3=4号(昭和56年)2頁)。なおカピタンは、即時取得が認められず自動車質の追及効が認められることで中古車購入者がいなくなるであろう点も批判している(Capitant, op.cit., p.13.)。

68) なお、345条はボアソナード草案・旧民法債権担保編・法典調査会提出原案のいずれにも見られない、特異な規定である。そのため、元来いかなる趣旨で設けられた規定であるのかは明らかではない。

69) 道垣内編・前掲479頁[直井]。

したがって、自動車の担保手段につき立法をするにあたって質権ではなく抵当権を選択したことは、わが国の法解釈としては極めて妥当なことであったと評価できる。

問題は、344条・345条が質権の総則規定とされている点である。

動産質・不動産質について、物理的な占有移転を観念できることは言うまでもない。これに対して権利質において占有移転を観念できるかは、問題がある。物権はあくまでも有体物を目的とするものであって権利の上には質権類似の準質が成立するにすぎないとの見解も当初は有力であり、法典調査会でも「権利質」を「准質」とする提案が可決されている。そこで権利質を有体物質入の場合に近接させるべく、旧363条・365条は証書の移転をもって占有移転を観念していた。現在でも520条の7・520条の17が同様の規定を置く。この点は、証書の交付をもって占有とみなしていたフランスの自動車質と類似するとも言える。このように権利質についてあたかも擬制的占有を認めたかのような扱いがなされる場合もあるものの、一般的に権利質について占有移転が観念できるというわけではない。

フランスにおいては債権質には有体動産質や債権以外の無体動産質とは別個の規定が適用されるのであり、しかも書面による締結を効力要件とし（2356条1項）、証書の日付により当事者間に効力を生じた第三者に対抗できるものとする（2361条）。そのため、仮にわが国のように占有移転概念を狭く解したとしても、債権質については有体動産質等とは別個の説明が妥当するとの説明が可能である⁷⁰⁾。債権以外の無体動産質についても、擬制占有が認められていることにより、質権であることの正当化は容易である。ましてや2006年改

70) Legeais, *op.cit.*, n°514によれば、占有非移転型質権の認められていなかった2006年改正以前は、債権質は占有移転型質権として理解されていた。ここで占有移転の方法として考えられていたのは、債務者に対する公正証書による通知又は公正証書による承諾と、債権者に対する証書の引渡しである。もっとも、学説は一致してこれは技巧的なものとしていた。技巧的としつつも占有移転型質権に包摂している点で、本文での記述とは異なり、わが国よりも広い占有移転概念を採るものである。

正により占有非移転型質権が導入されているのであるから、この場合にも問題は生じない。

これに対してわが国では、質権の総則で狭い内容の占有移転概念を採用している。証書移転が可能な権利質については総則の例外と説明することはできるが、権利移転に証書の移転を要しない場合⁷¹⁾については総則の内容がそのまま適用されることとなる。そのために、権利質について占有移転を物理的に観念できるかが直接に問題とならざるを得ず、これを解決するために法典調査会では準質という区分を設けることが試みられたのである。

権利質における占有移転の問題を解決するためには、フランス法に倣ってわが国にも擬制占有概念を導入するか、344条・345条を動産質・不動産質にのみ適用される規定とするか、いずれかの選択をする必要があると考える。前者の選択には、権利質の説明が容易なものとなり質権総則が真に総則たりうるという利点がある。しかし、フランスと異なり倒産手続において留置権の果たす役割が小さいわが国では、不動産について質権と抵当権とを明確に区別しておくことにも意義があるのではないか。そこで、後者の選択によるべきものと考ええる。

* 本稿は、2022年度科学研究費補助金・基盤研究（C）による研究成果の一部である。

（なおい・よしのり 筑波大学ビジネスサイエンス系教授）

71) 特別法上の質権では、株式の登録質（会社法146条以下）や電子記録債権の質入（電子記録債権法36条1項）などが考えられる。

コロナ危機と法

——ドイツの法対応

村 山 淳 子

- 第1章 序論
- 第2章 ドイツ法制の基本構造
 - 1 比較の前提となる違い
 - 2 形式、実質におよぶ法治原理
 - 3 連邦制の採用
 - 4 EU法との協調
- 第3章 コロナ危機対応の体系
 - 1 基本法レベルの緊急事態法の不適用
 - 2 法律レベルの緊急事態法の制定
 - 3 中央行政省への権力の集中
- 第4章 医療の強制にかかわる法制
 - 1 医療の強制にかかわる従来法制
 - 2 コロナ危機に対応した医療の強制
 - 3 小括——コロナ危機対応法制における人権制約手法
- 第5章 医療の供給にかかわる法制
 - 1 医療の供給にかかわる従来法制
 - 2 権利としての予防接種
 - 3 コロナ危機に対応した医療の供給確保法制
 - 4 小括——法規命令と法律の棲み分け
- 第6章 結論
 - 1 コロナ危機の特性
 - 2 対応法領域
 - 3 時限的、事項限定的な対応
 - 4 中央行政省への権力の集中
 - 5 形式、実質にわたる法治原理の貫徹
 - 6 医学的指標の法規化
 - 7 防御反応の存在

第1章 序論

わが国では「コロナ禍」と呼ばれた、COVID-19感染症の蔓延による長期にわたる社会不安と経済混乱は、今般、沈静化をみせつつある¹⁾。

この期にいたり、社会科学を研究する者は、この一連の出来事を自らの専門分野の学術体系の中において位置づけ、その特性をふまえた知見を析出する努力をせねばならない。本稿は、法律学の分野から、その一端をなす研究成果をめざすものである。

法律学の観点から「コロナ禍」をみるならば、想起される先行研究は、災害等の緊急事態の対応をめぐる非常時法論²⁾である。パンデミックという、災害とは異なる特性を有する非常事態に対して、いかなる特質を備えた法対応の類型を構想しうるだろうか。

本稿は、これまでの非常時・災害法研究の成果との連続性を意識しつつ、衛生上の非常事態の特性に応じた非常時法制のモデルを提示しようとするものである³⁾。

この目的を達成するために、本稿は、コロナ危機の前後のドイツ法制の「動き」に注目して、その構造を動態的に分析し、パンデミックの法対応の特質をあきらかにする。

ドイツは、平時の法において、人権保護や法治原則という点において、わが国に先ずる国であるといえる⁴⁾。かの国が、平時の法理と、パンデミック対

1) 2023年3月31日の状況認識である。わが国についていえば、新型コロナウイルス感染症は感染症法上の第5類に引き下げられることが予定され、マスク着用をはじめ、さまざまな規制が解除され、コロナ前の日常が戻りつつある。本稿の対象とするドイツの状況については、後出注(146)参照。

2) 東日本大震災を題材にとった第77回日本私法学会シンポジウム『震災と民法学』論究ジュリスト6号(2013年)4頁以下、災害医療をテーマとした第49回日本医事法学会のシンポジウム『災害医療と法』年報医事法学35号(2020年)91頁以下等多数。最近では、大橋洋一編『災害法』(有斐閣、2022年)。

3) 大橋編・前掲注(2)特に1頁以下〔大橋洋一〕も、典型的な法制研究を志向している。

応とのあいだで、いかなる衡量を行い、そしていかなる構造上の特質ある変化をもって対応したのか。ドイツの経験と選択は、将来のわが国にとって示唆たり得るだろう。

第2章 ドイツ法制の基本構造

1 比較の前提となる違い

非常時の法対応の分析は、相応する従来法制の理解にもとづいたものでなければならぬ。

一般に、ドイツ法制は、基本的な体系と論理においてわが国の法制と類似するといわれる。しかし、とくに本稿テーマとの関係では、ナチス政権による独裁を経験していること（この歴史的背景の影響は広範に及ぶ⁵⁾、連邦国家であること、そして近年 EU 法と協調関係にあることなど、前提とせねばならない重要な相違点が存在する。このことを前提に、ドイツの法対応の法律学上の意味を考究せねばならない。

本章では、とくに本稿テーマの日本法との比較の前提とせねばならない、ドイツ法制のわが国との基本構造上の違いを抽出しよう。

2 形式、実質におよぶ法治原理⁶⁾

ドイツは、先進国の中でも突出して、法治原理がゆきわたった国である。規則を重視する気質や文化、また戦後はナチス独裁政権に対する反動から、ドイ

4) ドイツ法に対する一般的認識といってよいだろう。コロナ対応に関しても、この観点からドイツ法に注目する論者は多い。横田明美『コロナ危機と立法・行政』（弘文堂、2022年）はじめに i 等。

5) ナチス・ドイツ時代への反省や警戒を背景にかたる論稿は独・日ともにみられる。日本では、大林啓吾編『コロナの憲法学』（弘文堂、2020年）100頁以下〔石塚壮太郎〕等。

6) ドイツにおける形式的な法治国家原理と実質的な法治国家原理につき、村上淳一＝守矢健一＝ハンス・ペーター・マルチュケ『ドイツ法入門〔改訂第9版〕』（有斐閣、2018年）47頁以下を参照した。ほか、ボード・ピエロートほか／永田秀樹ほか『現代ドイツ基本権（第2版）』（法律文化社、2019年）等も参照。

ツの法治原理は形式・実質におよび、法制の隅々にまで行き渡っている。

形式的に、すべての国家行為は、法によって根拠づけられ、そして限界づけられる。これにより、人は国家行為を事前に予測することができ、また、事後的にその適法性を審査することができる。

さらに、戦後の基本法により、ドイツの法治原理は実質的・内容的な面にまでおよぶようになった。基本法1条1項および2項は、基本権に実定法を超える普遍的な価値を認める⁷⁾。同条に抵触する基本法の改正は許されない（基本法79条3項）。

それゆえ、基本権は、法律の規定または法律の根拠に基づいて制限されうることが、基本法に明記されている場合でなければ、制限されない。そして、基本権を制限する法律は、制限する基本権の名称と基本法の条文を、法律の中で挙示しなければならない（以上、基本法19条1項⁸⁾）。また、（そうであっても）基本権の本質的内容を侵害するような制限は許されない（基本法19条2項⁹⁾）。

3 連邦制の採用¹⁰⁾

(1) 基本法に従った連邦と州の権力分配

ドイツは連邦国家である¹¹⁾。敗戦後¹²⁾、連合国の介入を受ける中、ナチス独裁体制¹³⁾に対する反動を背景に、ドイツは伝統的な連邦制に立ち返る選択をし、基本法で連邦主義を表明して制度化した。この連邦制は、ドイツにとって（基

7) 基本法1条1項「人間の尊厳（Würde des Menschen）は不可侵である。これを尊重し、かつ、これを保護することは、すべての国家権力の義務である」、同法同条2項「それゆえに、ドイツ国民は、世界のすべての人間共同体、平和及び正義の基礎として、不可侵にして譲り渡すことのできない人権（Menschenrechte）を信奉する」（以上、初宿正典『ドイツ連邦共和国基本法』（信山社、2018年）2頁）

8) 基本法19条1項「この基本法によって基本権が法律により、又は法律の根拠に基づいて制限されうる限度において、その法律は、一般的に適用されるものでなければならず、単に個々の場合にのみ適用されるものであってはならない。さらにその法律は、〔制限する〕基本権を条項を示して挙げなければならない」（初宿・前掲注（7）12頁）

9) 基本法19条2項「いかなる場合でも、基本権はその本質的内容において侵害されてはならない」（初宿・前掲注（7）12頁）

本法改正によっても変えられぬ) 本質的な体制であると意味づけられている¹⁴⁾。

ドイツ連邦制のもとでは、連邦諸州は独立の国家権力 (Staatsgewalt) を有している。それが、基本法の分配ルールに則り、立法・行政・司法権にわたり、権力を連邦と分かち構造になっている。とくに本稿テーマとかかわるのは、立法権と行政権 (執行権) の分配ルールである。以下にて、順次概要を述べよう。

立法権は、原則として州に属する。基本法で定める事項についてのみ、連邦に属する (基本法70条)。そして、連邦法は州法に優位する (基本法31条)¹⁵⁾。これが原則である。

この原則に立って、以下のように事項ごとに立法権が分配される。すなわち、①連邦が専属的に立法権を有する事項 (基本法71条、73条)¹⁶⁾、②連邦が競合的に立法権を有する事項のうち、②-1核心的管轄を有する (連邦が立法権を行使しなかった限度でのみ、州に立法権が認められる) 事項 (基本法72条1項、

10) ドイツの連邦制に関する研究は、歴史的研究を中心に、多数存在している。本稿では、制度の本質・概要を知るための基本的内容をもつ書籍と近時の改革の動向を伝える文献を参照した。前者として村上=守矢=マルチュケ・前掲注(6)42頁以下。後者として、渡辺富久子「ドイツ連邦制改革をめぐる一」114頁以下、山口和人「道州制を考える視点—日独比較を中心に—」19頁以下。

11) 基本法20条1項「ドイツ連邦共和国は、民主的かつ社会的な連邦制国家である」(初宿・前掲注(7)13頁)

12) 連邦制の成立要因につき、北住痘炯一『ドイツ連邦憲法体制の成立』(成文堂、2023年)445頁以下参照

13) 1933年、ヒトラー政権のもとで、内閣に絶対的権限を付与する全権委任法が成立した。

14) 基本法79条3項「基本法の変更によって、連邦の諸ラントへの編成、立法に際しての諸ラントの原則的協力、又は、第1条及び第20条にうたわれている基本原則に触れることは、許されない」(初宿・前掲注(7)48頁)(ラントLandは州のことである。以下、同書訳の基本法の条文について同様)

15) 基本法31条「連邦の法はラントの法に優先する」(初宿・前掲注(7)21頁)。なお、憲法については、基本法28条1項1文が「ラントにおける憲法適合的秩序は、この基本法の趣旨に即した共和制的・民主的及び社会的な法治国家の諸原則に適合していなければならない」と規定する(初宿・前掲注(7)17頁)

16) 外交、国防、国籍、通貨等

74条)¹⁷⁾、②-2 必要的管轄を有する（生活関係の均等化や法的・経済的統一に必要な限りで、連邦に立法権が認められる）事項（基本法72条2項)¹⁸⁾、そして②-3 逸脱可能管轄を有する（州が連邦とは異なる立法をすることができる）事項（基本法72条3項)¹⁹⁾が定められる。以上の基本法の定めのない残余事項が州の管轄になる²⁰⁾。本稿テーマは、主に②-1に属する。

戦後、基本法制定後に、連邦が競合的立法事項の重要部分（②-1にあたる部分）をほとんど立法したため、實際上、連邦が立法権を掌握している。

執行権は、原則として、州に属する（基本法30条、83条²¹⁾）。執行権については例外が限られている。すなわち、連邦固有行政について、連邦が執行権を有する（基本法87条～89条²²⁾）。加えて、連邦委任行政として、連邦の委託を受けて州が執行する事項がある（同法85条²³⁾）。なお、1969年基本法改正以来、連邦と州の共同の任務（Gemeinschaftsaufgaben）が導入され、拡充されてきた（91a～91e 条）。

17) 民法、刑法、刑事訴訟法等

18) 外国人の滞在・居住、社会福祉関連

19) 自然保護、水管理、大学制度等。

2006年の連邦制改革前は、大綱的立法事項（連邦が大綱法を示し州が実施法を制定する事項が存在してきた（基本法旧75条）（同条の内容について、初宿・前掲注(7)44頁注(86)参照）。しかし、2006年の連邦制改革により廃止され、基本的には②-3の競合的立法事項に移行した。

20) 教育制度、文化政策、地方自治制度、警察制度等

21) 基本法30条「国家の権限の行使および国家の任務の遂行は、この基本法が別段の定めをせず、又は許していない限度において、ラントのなすべき事項である。」（初宿・前掲注(7)21頁）。基本法83条「ラントは、この基本法が特別の定めをなし、又は特別の定めを認めていない限りにおいて、その固有事務として連邦法律を執行する。」（初宿・前掲注(7)50頁）

22) 外交、連邦財政、航空、連邦国防等

23) 高速道路や核エネルギーなど。

州が固有事務として連邦法を執行する場合には、連邦はその適法性の監督しか行うことができない（基本法84条3項1文）。委任事務として行う場合、連邦は指示ならびに適法性・合目的性の監督を行うことができる（基本法85条3項及び4項）。

(2) 連邦と州の協調関係

ドイツの連邦制は、協調型連邦制 (kooperativer Föderalismus) といわれている²⁴⁾。これは、「連邦を構成する主体間の交渉、調整、妥協を特色」とする政策決定方式と定義される²⁵⁾。かかる体制のもと、政策の合意形成は、連邦と州、そして州間で、公式または非公式な協議ないし交渉を通じて、行われてきた²⁶⁾。

そのため、とりわけ連邦法の執行において²⁷⁾、「政策の錯綜」²⁸⁾(連邦の立法と行政に州が関与し、とくに州が、法の執行権を担うことから、政策が1つの主体(連邦)の中で完結しえないという現象)²⁹⁾が指摘され、政策の迅速な決定と責任の明確性を阻害すると批判されてきた³⁰⁾。これを受け、2006年の連邦制改革は、大綱的立法事項の廃止、同意法律の削減など、州の自己責任と多様性を重視する競争的連邦主義³¹⁾を取り入れる方向で立法権分配の見直しを行っている。

このような連邦制を前提にしてはじめて、コロナ危機に対応したドイツ法の構造上の変化の意味を考究することができる。

24) 第二次大戦の敗戦からの復興のため、政策権限の集中と地域間の不均衡の解消の必要から制度化され、確立・発展してきた(渡辺・前掲注(10)115頁参照)。

25) 山口・前掲注(10)22頁。同31頁で「連邦と州の権限の結合と相互依存の度合いが強い」と説明する。

26) 北住・前掲注(12)444頁参照。典型的な公式の制度を挙げると、連邦法は、(州の代表機関である)連邦参議院の審議を経なければ成立しない。一定の種類の連邦法の成立には、連邦参議院の同意を要する。連邦の発する法規命令又は命令には、執行権を管轄する州の同意が必要である(80条2項、84条2項、85条2項)などがある。

27) 連邦参議院の制度、連邦法の執行における連邦・州の官僚の密接な調整など

28) 山口・前掲注(10)22頁(「連邦および州の政策が、それぞれの主体自身の中で完結せず、互いが相手の領域に深く関与し、連邦と州、州と州との間の協力によって多大の調整のコストをかけて公的課題が遂行されるという体制」を指している)

29) 山口・前掲注(10)31頁参照

30) 山口・前掲注(10)31頁参照

31) 山口・前掲注(10)31頁

4 EU法との協調

ドイツ法は、1990年代後半からヨーロッパ化したといわれる。これは、ヨーロッパ法との協調を意味している。

ヨーロッパ条項といわれる基本法23条1項の1文は、「統一された欧州を実現するために、ドイツ連邦共和国は、欧州連合の発展に協力するが、この欧州連合は、民主的、法治国家的、社会的及び連邦的な諸原則及び補完性（Subsidiarität）の原理（筆者注：EU条約により、EUは、構成国によるよりもEUによる方がより良く目標を達成できる場合に限り活動することができる）とされる）に義務づけられており、本質的な点でこの基本法の基本権保障に匹敵する基本権保障を有しているものとする」³²⁾と定める。

また、1990年のドイツ統一条約には、「ドイツの統一はヨーロッパの統合とヨーロッパの平和秩序の形成に寄与すべきである」と明記された。

そして、いまやドイツは、ヨーロッパの統合を支え、リードする国の1つとして承認されている。

伝統的に全体と部分のバランスの中にあったドイツ³³⁾が、ナチス政権による中絶、東西分断、そして再統一を経て、再び「ヨーロッパ的な普遍性を前提としてのみ国民的個性の発展が可能である」との思想を持つに至ったのだと分析される³⁴⁾。

EU法は、ドイツ国内法に優位する。EUが制定する拘束力ある法規範には、①規則 *Verordnung*（直接的効力がある）、②指令 *Richtlinie*（構成国で国内法化する必要がある³⁵⁾）、そして③決定 *Entscheidung*（名宛人だけを拘束する）がある。勧告（*Empfehlung*）や意見（*Stellungnahme*）は、法的拘束力はもた

32) 初宿・前掲注(10)14頁以下

33) 村上=守矢=マルチュケ・前掲注(6)8頁は、もともとドイツの伝統は求心力と遠心力、全体と部分のバランスにあるとする、本質的な評を述べている。

34) 同書6頁以下参照

35) 達成されるべき結果について構成国を拘束するが、方式と手段の選択は構成国にゆだねる。

ないが政治的効果を担う。

本稿テーマの考察においては、医薬品の承認制度、EU 域内での移動制限など、特定の事項ないし領域について、EU 法との協調関係を前提にせねばならない。

第3章 コロナ危機対応の体系

以上のような特性ある基本構造を有するドイツは、コロナ危機に対応し、一時的あるいは恒久的に、なぜ、どのような体系上もしくは価値衡量上の変更を行ったのか。あるいは、行わなかったのか。本章では、まず、パンデミックに対応したドイツ法制の体系上の変化ないし不変化を考察しよう。

1 基本法レベルの緊急事態法の不適用³⁶⁾

多くの諸国と同様、ドイツの基本法も緊急事態条項を有している。

しかし、ヒトラー政権下での緊急事態法の反動から³⁷⁾、ドイツ基本法における緊急事態法は、諸外国と比べ範囲と限度において限定されている。ドイツ基本法が対応している緊急事態は、外的緊急事態と内的緊急事態とに区分される³⁸⁾。前者に対応する法は、基本法 115a 条の定める防衛緊急事態条項である（一般的に、これがドイツ基本法の緊急事態条項として取り上げられる）。内的緊急事態は、基本法上に散在する。それは、①「自然災害または特に重大な災厄事故」（基本法 35 条 2 項 2 文、3 項の規定に対応）³⁹⁾、②「連邦若しくはラントの存立又はその自由で民主的な基本秩序に対する差し迫った危険」（基本法

36) 大林編・前掲注(5)100頁以下〔石塚〕を参照した。国立国会図書館調査及び立法考査局編『米国・フランス・ドイツ各国憲法の軍関係規定及び緊急事態条項』（国立国会図書館、2019年）15頁以下〔河島太郎〕も参照。

37) 大林編・前掲注(5)101頁〔石塚〕は、ワイマール憲法が、とりわけヒトラー政権のもとで、緊急事態によって憲法体制が有名無実化したことへの反省から、ドイツの緊急事態憲法は、事項的に限定され、手続・権限上も控えめなものになったとする。

38) 大林編・前掲注(5)102頁以下〔石塚〕の整理を参考にした。

39) 初宿・前掲注(7)23頁

87a 条4項、91条の規定に対応)⁴⁰⁾、③「公共の安全及び秩序を維持し又は回復するために……特別な重要性を有する場合」（基本法35条2項1文の規定に対応）に区分できる。以上の基本法上の緊急事態法は、州と連邦の権力分配を、時間および事項を限定して変更し、連邦に権力を移行させる内容である。

コロナ危機——つまり、衛生上の緊急事態は、ドイツでは、基本法の想定する緊急事態に該当するとは判断されず、基本法上の緊急事態法は適用されなかった。もっとも、適用可能性が全くない事例であったという位置づけではない。①には流行病（Massenerkrankungen）も含まれるとされるところ、そうであれば該当する⁴¹⁾。また、権利制限に反対して各地で起こったデモについても、適用可能性が指摘されていた⁴²⁾。そして、コロナ危機の中、基本法を改正し、衛生上の緊急事態に対応した条項を追加することも主張されていた⁴³⁾。

2 法律レベルでの緊急事態法の制定

緊急事態法は法律のレベルで制定された。

すなわち、2020年3月27日に、連邦法である「全国規模の流行状況において住民を保護する法律」（以下、住民保護法という）⁴⁴⁾が成立し、その中で、感染症予防法（Infektionsschutzgesetz）の改正が行われた。ドイツ法のコロナ危機対応は、基本的に、この感染症予防法の改正を頻回繰り返し⁴⁵⁾、これを根拠として行われた。

40) 初宿・前掲注(7)54頁、58頁

41) Vgl. Ipsen, Notstandsverfassung und Corona-Virus, Recht und Politik, Bd. 56, Heft2, 2020, S. 122

42) 大林編・前掲注(5)103頁〔石塚〕

43) 出口雅久「日独交流160周年記念オンライン国際シンポジウム『コロナ・パンデミックと憲法問題』」立命館大学国際平和ミュージアム紀要23号（2021年）3頁以下におけるショルツ Scholz 教授の講演／出口訳（5頁）

44) Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 27. März 2020 (BGBl I S. 587)

45) 横田は感染症予防法の「多段改正」と表現している（横田・前掲注(4)49頁等）。

この法対応は、感染症予防法5条1項の定める連邦議会による「全国規模の流行状況 (eine epidemische Lage von nationaler Tragweite)」の認定を「前提」⁴⁶⁾として、それが有効である限りにおいて(つまり、廃止されるか失効するまで)、さまざまな措置が発動するという構造になっている。

この「前提」と位置づけられている、「全国規模の流行状況」の認定(Feststellung)は⁴⁷⁾、条文の示す2つの理由⁴⁸⁾いずれかをもって、「ドイツ連邦共和国全域で公衆衛生に対する深刻な危険が存在している」(同法5条6文)場合に、連邦議会がその裁量をもって⁴⁹⁾行う。

この法対応は、事項限定的、かつ時限的なものである⁵⁰⁾。既存の条文には手を加えず、それに限定的な条項を書き加え、それが適用される場合には、必要な抑制や例外設定をおこなう建付けとなっている⁵¹⁾。感染症予防法は第一次改正後、COVID-19感染症の蔓延状況に応じて、幾度もの法改正によって延長、再延長が行われ、後に3か月ごとの更新制⁵²⁾となっている。

以下【図1】にて感染症予防法の構成を示し、主要改正箇所を下線を付した。

46) 認定 (Feststellung) の法的性質については、直接の法的効果に向けられたものではなく、個々の事例に関連する具体的な法的効果の前提の1つにすぎないとされる (Gerhardt, Infektionsschutzgesetz, 6. Aufl., 2022, § 5, Rn. 9; Kießling/Hollo, IfSG, 3. Aufl., 2022, § 5, Rn.7)。また、これは、争うことのできる独立の手続ではないとされる (Gerhardt, ebd., § 5, Rn. 9; Kießling/Hollo, ebd., § 5, Rn.7)

47) 石塚はこれを、政府による「緊急事態宣言」が発出されたわが国と対比して、議会を主体とすることを強調する (大林編・前掲注(5)101頁〔石塚〕)。

48) 5条6文はさらに、2つの号を設けて、かかる危険が存在していることの理由の位置づけで (Gerhardt, a. a. O. (Note 46), § 5, Rn. 6)、2つの選択肢を挙げている。すなわち、1. 世界保健機関 (WHO) が国際的な規模の保健衛生上の緊急事態を宣言し、ドイツ連邦共和国内に危険な伝染病が持ち込まれるおそれがあること、あるいは、2. ドイツ連邦共和国の幾つもの州にわたって、危険な伝染病が爆発的にまん延するおそれがあるかまん延していることである。

49) Vgl. Kießling/Hollo, a. a. O. (Note 46), § 5, Rn. 7

50) 石塚はこれを「法律上の緊急事態法」と位置付けている (大林編・前掲注(5)101頁〔石塚〕)。

51) 横田・前掲注(4)4頁も参照。

（第4章および第5章の箇所は後述で改めて取り上げる）。28c条と5c条を除き⁵³⁾、時限条項である。

【図1】 コロナ危機後のドイツ感染症予防法の構成

下線部分が主要改正箇所

- 第1章 総則規定 1～3条
- 第2章 調整、+ 全国規模の流行状況の認定 4条、5条+5a条、5b条、5c条
- 第3章 監視 6条～15a条
- 第4章 伝染病の予防 16条～23a条 + 20a条、20b条、22a条
- 第5章 伝染病の制圧 24条～32条 + 28a～c条
- 第6章 特定の施設、企業および人物に対する感染予防 33条～36条
- 第7章 水 37～41条
- 第8章 食品を扱う者に対する衛生上の要求 42条、43条
- 第9章 病原体を取り扱う活動 44条～53a条
- 第10章 法律の執行と管轄官庁 54条～54b条
- 第11章 共同体法との協調 55条
- 第12章 特別なケースにおける補償 56条～67条
- 第13章 裁判上の方法、費用 68条、69条
- 第14章 刑罰および過料規定 73条～76条
- 第15章 移行規定 77条

3 中央行政省への権力の集中

パンデミックという事実は、迅速、かつ州を超えた統一的な法対応を要請した⁵⁴⁾（そこには、情報のすみやかな流通の許容も含まれている）。

52) 2021年3月29日「全国規模の流行状況の延長に関する規定に関する法律」Gesetz zur Fortgeltung der die epidemische Lage von nationaler Tragweite betreffenden Regelungen v. 29.03.2021 (BGBl. I S, 370) は、時限条項を撤廃し、3か月ごとの更新制とした。

53) 28c条が時限条項でない理由については後述の内容を参照。

この要請に応えるために、中央行政省である連邦保健省への法規命令制定権限を含む執行権の付与が、感染症予防法の改正という法律の根拠をもって行われた。この現象は、ドイツ法の既存の権力分配ルールとの間で、以下の2つの緊張関係を意味している⁵⁵⁾。

第一に、連邦制との緊張関係⁵⁶⁾である。中央行政省である連邦保健省に執行権を付与することは、執行権を主に州に分配してきた連邦制のもとで、法律を根拠に、一時的・限定的にはあっても、州から連邦に執行権を移すことを意味している。この緊張関係を意識して、これらの根拠となる法文には、「州の権限を害することなく (unbescadet)」、あるいは (州の代表たる)「連邦参議院の同意なく」という意識的な記述がみられる。

第2に、議会民主制との緊張関係である。行政省である連邦保健省に法規命令制定権限を付与することは、コロナ危機対応に関する政策決定を、行政が行うことを意味している (この動きに対し、連邦議会による「全国規模の流行状況」の認定 (5条1項) を「前提」としたことは、審議過程における連邦議会の抵抗の成果⁵⁷⁾であると評価されている)。

第4章 医療の強制にかかわる法制

以上のようなドイツ法制の体系上の変化ないし不変化のもとで、コロナ危機

54) 横田・前掲注(4)12頁参照 (「2020年3月以降の立法は、州を越えた感染症にいかに対応するのか、そのための連邦政府の権限をどのように設定するのかという問題への対処を常に迫られていた。」)

55) 基本法の定める国家の組織の構造に対して重大な影響が指摘された (Kingreen, Die Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite durch den Deutschen Bundestag-Rechtsgutachten für die Fraktion der Freien Demokraten im Deutschen Bundestag, 11. 6. 2020, Rechtgutachten, S. 17)

56) 横田・前掲注(4)12頁

57) 大林編・前掲注(5)105頁〔石塚 参照 (短期間の立法であったにもかかわらず「素晴らしい行動力を発揮し、認定権限を自らの側に引き寄せた」) Gärditz, Die Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, MedR, Bd. 38, Heft9 (2020), S. 741を邦訳して引用

に第一次的に対応した法領域では、従前のいかなる制度と体系になぜいかなる変更が加えられたのか。

本章では、医療の強制を含む行動制限⁵⁸⁾にかかわる法制⁵⁹⁾の変化を考察する。伝染病の予防ないし制圧を目的とするこの領域に、従来、いかなる法制が存在し、そしてコロナ危機に対してなぜいかなる変更が加えられたのか。

1 医療の強制に関する従来法制

(1) 感染症予防法

ドイツにおいて、公衆衛生法の地位にある法律は、連邦法である感染症予防法（Infektionsschutzgesetz, IfSG）⁶⁰⁾である。本法律の射程は、わが国の感染症法より広く、検疫法や予防接種法の内容にも及んでいる。

基本法は、「公共の危険を伴う、又は人畜を媒介する伝染病に対する措置…」を競合的立法事項（②-1）と定める（74条1項19号）⁶¹⁾。この権限分配に従い、連邦が立法した連邦法が、感染症予防法である。基本法の原則に従い、同法の執行権は州が有している。連邦の権限は、（連邦保健省所轄の）ロベルト・コッホ研究所の調整権限（同法4条）など最低限にとどまっていた。

58) 要求（Geboten）と禁止（Verboten）を意味している（感染症予防法28c条参照）

59) EU 域内移動制限については、本文ではふれない。EU 域内移動については、EU 法の規制を受けるところ、2021年5月20日に、EU レベルでの「EU 全域で有効なデジタル証明書」（いわゆるワクチン・パスポート）制度が導入された。このパスポートの発行は各加盟国で行い、全加盟国で有効とされる。さらに、各国システムの相互接続が行われる。EU 法のドイツ国内法化として、文書のデジタル化・システム化・偽造対策に関する法制の整備が行われた（以上、濱野恵「【EU】域内移動制限の協調に関する EU 理事会勧告」外国の立法 No.286-1（2021年）2頁以下、濱野恵「【EU】EU デジタル COVID 証明書規則の公布、域内移動制限の協調に関する EU 理事会勧告の再改正」外国の立法 No.288-2（2021年）2頁、濱野恵「【EU】域内移動制限の協調に関する EU 理事会勧告の全面改正」外国の立法 No.291-1（2022年）2頁以下等参照）

60) 「人を媒介する感染症の予防及び制圧に関する法律」Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen（Infektionsschutzgesetz）vom 20. 7. 2000（BGBl I S. 1045）

61) 初宿・前掲注(7)41頁

ドイツ感染症予防法は、その1条1項で、「ヒトを媒介する伝染病を予防し、感染症を早期に認識し、そのさらなる蔓延を防止すること」を目的とする旨を定めている。そして、そのための保護措置（行動制限）を定める28条の1項4文にて、本法律により制限されうる基本権として、身体の不可侵性（基本法2条2項1文）、人格の自由（基本法2条2項2文）、集会の自由（基本法8条）、移動の自由（基本法11条1項）、そして住居の不可侵性（基本法13条1項）を挙示するのである。

かかる感染症予防法下で、従来、「伝染病の予防」（同法第4章）および「伝染病の制圧」（同法5章）のために、以下のような医療の強制ないし行動制限がさだめられてきた。

(2) 予防接種の間接的な強制

直接的な強制の根拠となりうる規定自体は存在していた。すなわち、感染症予防法20条6項は、「重篤な経過をたどる伝染病が発生し、その疫学的な蔓延が見込まれる場合」に、連邦保健省が、連邦参議院の同意を得たうえで、感染の恐れのある国民に予防接種その他特別な予防法を受けることを命ずる法規命令を制定できる旨を規定していた。この規定でいう「重篤な経過をたどる伝染病」には、COVID-19感染症も該当するといわれている⁶²⁾。しかし、この法規命令は発せられることはなかった。

コロナ危機の直前、麻疹の予防接種に関して、罰則はないながら、間接的な強制が行われた⁶³⁾。すなわち、2020年2月10日、麻疹予防法⁶⁴⁾による感染症予防法の改正で、同法に20条8項が挿入され、特定の施設（保育施設、避難所、

62) Rixen in Huster/Kingreen Hdb.InfSchR Kap. 5 Rn. 24; Kießling/Gebhard, a. a. O. (Note 46), § 20, Rn. 27

63) 直接的な強制力をもたないとして、BT-Drs. 19/13452, 2, 27; Kießling/Gebhard, a. a. O. (Note 46), 2022, § 20, Rn. 38. 間接的な強制であると述べるものとして、Gerhardt, ebd., § 20 Rn. 33b（間接的、部分的）

64) Masernschutzgesetz v. 10. 2. 2020 (BGBl I S.148)

学校）に入所ないし訪問するにあたり、十分な予防接種を受けていることを証明する義務が課された。麻疹が感染力の強い深刻な伝染病であること、ワクチンの有効性がリスクに比して高いこと、そして対象者個人と「同時に」共同体の保護のためであることが法案理由では強調されている⁶⁵⁾。もっとも、罰則はなく、当該施設への入所や訪問を諦めることでこの義務を免れることができた⁶⁶⁾。麻疹の予防接種に関するこの規律の構造は、後述するコロナ危機下での施設就業者に対する（罰則のある）間接的な強制と類似性が指摘され、条文の利用関係がある。

(3) 監視、隔離、そして職業活動禁止

「伝染病の制圧」のための措置として、感染症予防法28条～32条は、患者等の特定の名宛人を対象に、伝染病を制圧する（Bekämpfung）ための処分とそれに関する一般的規律を定めている。

すなわち、患者等が確認された（あるいは、故人が患者等であったことが判明した）場合、一定条件のもとで、州の所轄官庁が監視（同法29条）、隔離（同法30条）、そして職業活動禁止（同法31条）のほか、必要な保護措置を行うことができる（同法28条⁶⁷⁾）。そして、上記措置の条件の下で、州政府は、伝染病制圧のために相応の要請と禁止を法規命令によって発令する権限を授權されている（同法32条）。もっともこれらの規定は、適用例がない⁶⁸⁾。

2 コロナ危機への段階的対応

公衆衛生と個人の自律は普遍的なテーマである。ドイツのコロナ危機対応において、医療の強制を含む行動制限は、人権保護との関係で、最も争われたテーマであった。このテーマをめぐり、ドイツの法対応は揺れ動いた。ごく短期間

65) 法案理由 BT-Drs.19/13452,26

66) Gerhardt, a. a. O. (Note 46), § 20 Rn. 33b

67) 28条は29～31条に対して一般条項の位置づけにある（28条1項1文の文言参照）。

68) 横田・前掲注(4)42頁

に頻回の法改正が繰り返されたことは、行動制限に関するドイツの政策判断が安定しなかったことを物語るものでもある。

本稿では、法改正の累積のすべてを時系列的に網羅するのではなく、時系列を意識しつつ、規制方法の法学的特徴によって独自に区分し、全体を5期に分けて考察する。

(1) 第1期 非公式な合意に基づく法の逸脱的運用

前述したように、ドイツでは、従来、感染症予防法の28条～32条を根拠として、患者等を対象に感染症の制圧のための行動制限を行う仕組みが存在してきた。

COVID-19感染症の急拡大に接した初期、ドイツは、形式的には従来法制に則って、しかし実質的には州政府と連邦政府の代表者の非公式な合意に基づいて、その範囲と程度において従来法制の想定を超えるような⁶⁹⁾適用をして、初めの行動制限を行ったのである。

すなわち、2020年03月12日に、連邦政府と州政府の代表者の合意に基づき、社会的接触回避等を規制する「コロナウイルスの蔓延に対するガイドライン (Leitlinien gegen Ausbreitung des Coronavirus)」⁷⁰⁾、さらに16日の蔓延危険度中から高への引き上げを受け、22日にはドイツ全土におよぶ強力な規制を内容とするガイドライン⁷¹⁾を発した。以上を受けて、各州政府は、感染症予防法28条および32条を根拠に、ガイドラインの内容に則した州政令を発令したのである。

この方法は、いわば、形式的には従来法制を用いながら、しかし実質的には、

69) この点につき、横田・前掲注(4)10頁の分析を参照した

70) 基本方針およびイベントの禁止等の措置を示した。Bundesregierung, <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/leitlinien-zum-kampf-gegen-die-corona-epidemie-vom-16-03-2020-1730942> (2023年3月31日最終アクセス)

71) 規制内容は、他者との接触、公共空間における距離の確保、会合の禁止、飲食業や身体接触を伴うサービス業の禁止など、「振り返れば……第一次ロックダウン」といえる内容であった(横田・前掲注(4)2頁)

連邦政府と州政府の非公式な合意に基づき、連邦統一の、厳しい規制を行うものであるといえる。

(2) 第2期 追認的な法制化

いわば正式に、法律の改正をもって、権力分配の変更が行われたのは、第2期になってからである。

すなわち、前述した2020年3月27日に住民保護法が成立し、その中の感染症予防法の改正⁷²⁾により、連邦議会の「全国規模の流行状況」の認定を前提として、事項限定・時限的に、コロナ感染症対策に関する執行権が連邦保健省に移行した。

本期の改正内容は、感染症予防法の従来法制に28a条（コロナ規制のための特則⁷³⁾）を付加し、第1期で実施された措置および発せられた州政令を類型化して列挙して⁷⁴⁾、それらに法律上の根拠およびデータ保護法上の位置づけを与えるというものである。

それとともに、（宗教行事や介護施設入居者面会など）行動規制を安易に行ってはならない類型を挙げて規制の補充性を明記するなど、規制に必要な考慮事項を定めている。

そして、規制の重要な基準とされた「7日間指数」⁷⁵⁾が法律の規定で定義され、規制内容との対応関係が示された（28a条3項）。

72) 前出注(44)参照

73) 28a条「COVID-19の拡大の防止のための特別な保護措置」として、長文多数にわたる規定がおかれた。

74) カタログ化して通例（Regelbeispiele）として挙げるものであって、他の場合を排除する閉じられたものではない（Vgl. BT-Drs. 19/23944, 31; Gerhard, a. a. O. (Note 46), § 28a, Rn. 9）

75) 直近7日間以内における住民10万人当たりのコロナウィルスの新規感染者数であると法律によって定義されている。連邦保健省の管轄するロベルト・コッホ研究所が州および市郡ごとに把握して公表している（Robert Koch Institut, https://www.rki.de/DE/Content/InfA/N/Neuartiges_Coronavirus/Daten/Fallzahlen_Kum_Tab.html（2023年3月31日最終アクセス））。

この期の対応は、第1期の非公式合意に基づく逸脱的な法運用に、法律上の根拠を与え、必要な考慮事項を加えた、いわば法的な「追認」⁷⁶⁾と枠づけ（歯止め）を意味している⁷⁷⁾。

(3) 第3期 緊急ブレーキ条項とその例外

この期において、新たな構造的特徴がはっきりと現れた。本稿では、その前段階から叙述しよう。

① 前段階——連邦と州の代表者の合意に基づく規制緩和策

この期を特徴づける構造的変化の前段階には、第1期にみられたのと同様、連邦と州の代表者の非公式な合意の段階があった。

すなわち、2021年3月、感染拡大に歯止めがかかり始めたことから、連邦首相と州首相は、ワクチン接種証明等の提示を条件に、社会経済活動の再開を段階的に行う見通しにつき合意した。その際、感染が再拡大したときには規制を再有効化するという「緊急ブレーキ (Notbremse)」の合意が付された⁷⁸⁾。

この規制緩和策が一部実施され、感染再拡大に転じたため、連邦と州は「緊急ブレーキ」の発動に合意した。しかし、「緊急ブレーキ」の適用について各州の反応にはバラつきがあり、適用しない州もあったのである。

② 「連邦緊急ブレーキ条項」の制定

そのため、①の合意内容を法制化し、連邦全域に統一的に発効する規制を法律で行う必要性が認識された。2021年4月22日に、第4次住民保護法改正⁷⁹⁾の中で、第4次感染症予防法改正が行われ、同法28b条をもって、2021年4月

76) 横田・前掲注(4)10頁の分析

77) 横田・前掲注(4)4頁も参照（「従来からの規制根拠規定である28条・32条そのもの内容には手をつけず、それらに基づいて規制が行われる場合には、一定の枠をはめるという方法」）

78) 7日間指数の減少した地域から、順次、社会経済活動を、陰性証明、ワクチン接種証明、または回復証明の提示の条件付きで再開していく5段階のステップが示された。緊急ブレーキとは、7日間指数が3日間連続で100を超えた場合、その翌々営業日以降、規制が再有効化するということである。

23日～6月30日までの「連邦緊急ブレーキ（Bundesnotbremse）」条項がおかれた。

この「連邦緊急ブレーキ」条項は、法律によって定義された科学的指標である7日間指数⁸⁰⁾に対応して、一定の数値基準に該当する地域内に、自動的に再規制を有効化することを内容とするものである⁸¹⁾。

この「連邦緊急ブレーキ」条項による行動制限がきわめて強力であったため⁸²⁾、基本権侵害（執行府への権限付与の範囲が不明確、制限が過剰、科学的知見との関係など）を理由とする憲法訴訟⁸³⁾、また不合理な保護措置の取消・仮救済命令を求める行政訴訟が多数提起された⁸⁴⁾。例えば、2021年11月9日の連邦憲法裁判所決定⁸⁵⁾は、外出制限等に対する憲法異議を斥けている。

③ コロナ保護措置例外規則の発令

①の合意内容の法制化のもう1つとして、第4次改正感染症予防法28c条は、連邦議会・連邦参議院の同意を要するとの特則を付したうえで、ワクチン接種者・検査済者・それらと同等の者に関する保護措置の軽減または例外を定める法規命令制定権限を連邦保健省に付与することを定めた⁸⁶⁾。

本条に基づき、連邦保健省は、上記特則を受け、連邦議会・連邦参議院で

79) Viertes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 22.04.2021 (BGBl. I S. 802)。本法（条項法律）は、第1条 感染症予防法改正、第2条 社会法典第3編改正（就労促進）、第3条 社会法典第5編改正（医療保険）、第4条 施行日から構成されている。

80) 前掲注(75)再参照

81) ロベルト・コッホ研究所の示す7日間指数が100を超える日が3日連続する群及び独立都市内において自動的に再規制を有効化するというもの

82) とくに、夜間の外出制限に厳しい批判があったほか、州に立法管轄のある学校の授業への規制は連邦制と抵触するものであった。

83) VGH München, Beschluss v. 04. 10. 2021-20 N 20. 767 等

84) 小山剛「コロナ禍の自由と安全」法律時報93巻13号（2021年）2頁以下で紹介の裁判例等参照。

85) Beschluss vom 19. 11. 2021-1 BvR 781/21

86) 28c条「ワクチン被接種者、被検査者、そしてそれらと同視する者に関する特別規定の命令制定権限」の規定による。

の同意を得たうえで、コロナ保護措置例外規則⁸⁷⁾を発令した。本規則は、ワクチン接種、回復、そして検査陰性証明を提示する者（すなわち、免疫があると推定される者、および陰性であることを証明できる者）について、感染症予防法第5章に基づく要請と禁止を軽減・免除することを定めるものである。

この措置に対して、ワクチン接種率20%にみたない中でワクチン接種者に特権（Inpfprivilegien）を認めることになり不平等であるとの世論が発生した⁸⁸⁾。しかし、これに対しては以下のように反論されている。すなわち、そもそも基本権の制限には正当化事由が必要であって、規制は科学的知見に基づく利益衡量に裏打ちされたものでなければならないところ、ワクチン接種等の上記条件を充たした者については、行動制限が科学的にみて意味をもたなくなる以上、正当化事由が失われることになる。そうであれば、基本権の制限は当然に止めなければならない⁸⁹⁾、と。これは政策上の裁量ではなく、憲法上の要請に基づく措置である⁹⁰⁾、と。

(4) 第4期 ワクチン接種の間接的な強制

この期において、コロナワクチン接種に関し、はっきりと新局面を迎えたといえる。本項目では、同時期に現れた、対象を未接種者に絞った行動規制強化と併せて叙述しよう。

① ワクチン未接種者に対する規制の強化

連邦ブレーキ条項の失効後、2021年12月10日改正法による感染症予防法28b条によって⁹¹⁾、ワクチン未接種者のみを対象にした強力な行動規制が行われている⁹²⁾。それは、未成年、幼年者、生活必需品の店など、きわめて限られ

87) Verordnung zur Regelung von Erleichterungen und Ausnahmen von Schutzmassnahmen zurn Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 (SchAusnahmV)

88) Vgl. Kießling, a. a. O. (Note 46), § 28c, Rn. 2

89) Gerhardt, a. a. O. (Note 46), § 28c, Rn. 1. また、当時の連邦司法相の立場（横田・前掲注(4)103頁）

90) Kießling, a. a. O. (Note 46), § 28c, Rn. 2

た例外しか許さない、社会経済活動全般にわたる非常に強力なものであった⁹³⁾。以下の②の措置と時期的にも重なり、政策判断として通底している。

② 施設就業者に対するワクチン接種の罰則を伴う間接的な強制⁹⁴⁾

①の時期と重なり、一部の施設の就業者に対して、事実上（あるいは、間接的に）⁹⁵⁾、ワクチン接種が義務化されるに至った。罰則付きであること、時限条項であることを除き、麻疹の予防接種の強制と規律内容や構造が類似している（そのため、麻疹予防接種条文を利用している関係にある）⁹⁶⁾。

2021年12月10日に、「COVID-19予防接種を強化し、他の COVID-19 パンデミック関連規定を改正する法律」⁹⁷⁾が成立し、その中の感染症予防法の改正によって、2022年12月31日までの時限的措置として、20a 条が加えられた。

本条の目的は、第一義的には、接種者本人ではなく、高齢者や病前の者などの特別に脆弱な (vulnerablen) 人的グループに属する者をコロナ・ウィルスの感染から保護することにあると明言されている⁹⁸⁾。その目的のために、20a

91) 連邦プレーキ条項に対する批判をふまえ、より長期に、より小さな人的集団に対する規制に修正したという位置づけがなされている (BeckOK InfSchR/Johann/Gbriel IfSG, § 28b, Rn. 3a, 10. Edition; Vgl. Gerhardt, a. a. O. (Note 46), § 28b, Rn. 2)

92) 映画館・レストラン等での2G ルールの徹底 (例外は18歳未満等の者、生活必需品の店のみ)、社会的接触制限の強化 (未接種者が参加する私的な集まりには、同世帯者と他世帯者2名までしか参加できない) など

93) 職場、保健施設、そして公共交通機関への立ち入りの制限を含む

94) 山本陽太「医療・介護従事者に対するワクチン接種証明義務は有効か?—感染症予防法20a条の施行停止を求める仮命令申立てに関するドイツ連邦憲法裁判所2022年2月10日決定」独立行政法人労働政策研究・研修機構 (JILPT) のHP [最終アクセス日: 2023年3月31日] 参照

95) 「事実上」というのは等価値の機能を有するという意味であり、後出連邦憲法裁判所の捉え方である。学説では、部分的、間接的な義務と表現されるのが一般的である (Gerhardt, a. a. O. (Note 46), § 20a, Rn. 5. 6. u. a.)。

96) Vgl. Gerhardt, ebd., § 20a, 7a

97) 「COVID-19 予防接種を強化し、他の COVID-19 パンデミック関連規定を改正する法律」 (Gesetz zur Stärkung der Impfprävention gegen COVID-19 und zur Änderung weiterer Vorschriften im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie vom 10. Dezember 2021 (BGBl. I S. 5162))

条8項にて、(接種対象者の) 身体の不可侵性の基本権が制限されることが明示されている。

この措置の対象となるのは、特定の職場で働く (tätig) 者である。20a 条1項は1号~3号1文で、対象となる職場を詳細に挙げる。それは以下【表2】のとおり、3グループに分類することができる。

【表2】⁹⁹⁾

グループ1：医療施設（1項1文1号に対応）

グループ2：高齢者、障害者、要介護者の世話および訓練のための完全ないし一部入院施設（1項1文2号に対応）

グループ3：外来の介護関連サービス施設（1項1文3号に対応）

上記就業者について、医学的な禁忌 (Kontraindikation) を理由に接種不能な者を除き (20a 条1項2文)、ワクチン接種か快復のいずれかの証明ができるようにしなければならないとする (20a 条1項)。これを担保 (確保) するために、以下の方法をとる¹⁰⁰⁾。

該当就業者は、2022年3月15日までに、施設や企業の管理者に、①ワクチン接種証明書 (1号)、②快復証明書 (2号)、③妊娠証明書 (3号) または④禁忌証明書 (4号) のいずれかの証明書を提出する義務を負う (20a 条1項1文)。

後出2022年2月10日連邦憲法裁判所決定の中で、証明書①②の内容の規定のあり方¹⁰¹⁾につき、合憲性に疑義が呈されたのをうけ、2022年3月の改正感染症予防法¹⁰²⁾22a 条1項および2項において定義され、そこにおいて具体的な

98) Gerhardt, a. a. O. (Note 46) ., § 20a, Rn. 6. Vgl. BT-Drs. 20/188; auch Gerhardt, ebd., § 20a, Rn. 2ff. とくに憲法適合性については、BT-Drs.20/188および2022年4月27日連邦憲法裁判所決定 (後出注(106))、auch Gerhardt, ebd., § 20a Rn. 9ff.

99) Gerhardt, ebd., § 20a Rn. 19f. の整理に従った。

100) 山本陽大「職場における感染防止をめぐる法政策」独立行政法人 労働政策研究・研修機構 (JILPT) のHP [最終アクセス日: 2023年3月31日] 参照。

基準が示された¹⁰³⁾。

証明書が提出されなかった場合、施設や企業の管理者は、所轄の保健所（Gesundheitsamt）に報告しなければならない（20a 条2項2文）。そして、保健所は当該就業者に対し、当該施設・企業における就業を禁止することができる（同条5項3文）。

未提出の就業者には秩序違反（Ordnungswidrigkeit）として2,500ユーロを上限とした過料が課される（同法73条1a 項7h 号）。これは、行政罰としての罰金である。

2022年3月16日以降の新規就業者については、就業開始前までに上記証明書を提出しなければならない。提出しない場合には、その者は雇用されない。

③ 連邦憲法裁判所決定

本措置に対しては、適用企業ならびに施設就業者（医師等）らから、憲法訴訟が提起されたが¹⁰⁴⁾、（本訴にともなう仮命令の発出の申立てに関する）2022年2月10日連邦憲法裁判所決定¹⁰⁵⁾、（その本訴である）2022年4月22日連邦憲法裁判所判決¹⁰⁶⁾で、いずれも斥けられた。

とくに本訴である2022年4月22日連邦憲法裁判所判決では、施設勤務者に限定した規制であることを前提に、当時の科学的知見に基づき、主に基本法2条2項1文の規定する人身を害されない権利としての基本権（ほか、基本法12条1項の規定する職業の自由に関する基本権）との関係で、比例原則の考え方

101) 当初、コロナ保護措置例外規則2条3号および5号で要件が規定され、具体的内容についてはポール・エリッヒ研究所がロベルト・コッホ研究所と協議して Web サイト上で定める方法がとられていた。

102) Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und anderer Vorschriften v. 18. 3. 2022 (BGBl I S. 466)

103) Gerhard, a. a. O. (Note 46), § 20a, Rn. 1a, 13c

104) 山本・前掲注(94) 参照

105) BVerfG Beschl. v. 10.2.2022-1 BvR 2649/21

なお、山本・前掲注(94)に全文の邦訳が掲載。先立って提起された憲法訴訟を前提に、仮命令の発出の申立てに対する判断を簡潔に示した内容である。

106) Beschluss vom 27. April 2022-1 BvR 2649/21

に則った衡量判断が行われている。

(5) 第5期の徴候 国民一般に対するワクチン接種の強制

その後、国民一般に対するワクチン接種の強制が政治的議論の俎上に上がったことを加えておく。すなわち、2022年4月に、連邦議会において、年齢を区切った国民一般に対するワクチン接種義務化の法案が提出された¹⁰⁷⁾。

法案提出段階で、与党内で意見は一致せず、政府案としては提出できず、与党3党（社会民主党〔SPD〕、緑の党〔BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN〕、自由民主党〔FDP〕）の議員グループによって法案が提出された。その内容は、感染症予防法の改正により、60歳以上の国民を対象に、ワクチン接種を義務付けるというものである。この法案のほか、複数の義務化法案、また義務化反対の法案が提出されている。

票は拮抗したが、各法案いずれもが連邦議会で否決された¹⁰⁸⁾。この結果に対しても、賛否両論がある¹⁰⁹⁾。

3 小括——コロナ危機対応法制における人権制約手法

公衆衛生と個人の自律の調整は、伝統的なテーマである。これが、パンデミック下でいっそう先鋭化し、不確実性を加え、雇用や経済問題を取り込み複合化して喫緊の回答を迫ったといえる。この問いに対し、ドイツはいかなる特徴をもった規制方式や規制内容で応じたのか。

① 逸脱的運用と追認的な法制化

パンデミックに対する初期（また、その後の感染拡大期にもみられた）対応として、連邦と州の代表者の合意を実質的な根拠として、既存の法制を本来の

107) 中村容子「下院で新型コロナワクチン接種義務化法案を否決、義務化のめど立たず」日本貿易振興機構（JETRO）HP [最終アクセス日：2023年3月31日]

108) 賛成296、反対378、棄権9で否決となった。

109) 例えば、医療従事者からは、一般への接種義務付けの拡大なくば、医療従事者への義務化は正当化できないとの意見も寄せられている。

想定を逸脱するような範囲と程度で適用し、その後、追認的に、法的根拠や配慮措置等が手当されるという現象をみいだすことができた。固有のバックボーンを有する、非常時における、1つの、応急的な対処方法である。

② 直接に法律上の規定を根拠とした規制

行動制限は、直接に法律上の規定を根拠として、明確な範囲画定と例外設定をもって行われた。すなわち、外出制限やワクチン接種の間接的強制は、連邦保健省の法規命令ではなく、直接に感染症予防法に規定をおいて行っている。これが、人権制約に対する事前の予測、事後的な司法審査、ときに事後的救済をも可能ならしめた。

② 科学的指標の法規化という手法の多用

行動制限については、科学的指標を法規化する手法が多用された。第2期の行動規制では、感染症予防法5条で、ロベルト・コッホ研究所の示す7日間指数を法律上定義したうえで、規制内容の対応関係を条文に明記した。また、とくに第3期の連邦緊急ブレーキ条項は、「7日間指数」に対応して法定された基準に該当した地域について、自動的に、規制を再開するというものである。これは、迅速な対応を要する事態にあって、行政機関の恣意的判断を排除する仕組みである。

第5章 医療の供給にかかわる法制

次に、本章では、医療の供給にかかわる法制の変化ないし不変化を考察する。安全な医療・医薬品を供給するための諸制度は、各国共通に有するところである。この領域に、従来、ドイツではいかなる法制が存在し、そしてコロナ危機に対応してなぜいかなる変更が加えられたのか。あるいは、加えられなかったのか

1 医療の供給にかかわる従来法制

(1) 医薬品承認制度¹¹⁰⁾——国内法と国外法による多層的な規制構造

ドイツにおける医薬品および医療機器に対する規制は、ドイツの国内法、EU法、そして条約等の国際法規範の適用を受け、または影響下にある（とく

に医薬品法は、後述のとおり、ヨーロッパ化している)。以下にて、とくに本稿テーマとかわる医薬品に対する規制について、多層的に存在する諸規範を概観しよう。

① 国内法規範——医薬品法

ドイツ基本法は、「公共の危険を伴う、又は伝染性の人畜の病気に対する措置、医業その他の治療業及び医療営業に対する許可、並びに、薬局制度、薬剤、医薬品、治療薬、麻酔薬及び毒薬の法」を競合的立法事項と定める（基本法74条1項19号¹¹¹⁾）。これに従い、連邦が立法した連邦法が医薬品法（Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln, Arzneimittelgesetz-AMG）である。

医薬品法は、その1条で、「住民への医薬品の適正な供給のために……医薬品の流通の安全、特に医薬品の品質、有効性および安全性（Unbedenklichkeit）を確保すること」を目的とする旨を規定する¹¹²⁾。医薬品法の本来的な機能としては、①医薬品の安全性の保証、②医薬品の供給の確保、そして③新たな疾病の調査・研究が挙げられるところ、①が最も重要な任務であると位置づけられる¹¹³⁾。

医薬品法の構成を【表3】にて示す。このうち、特に本稿テーマとかわるのは、第3章「医薬品の製造」、第4章「医薬品の承認」、第7章「医薬品の販売」、そして第16章「医薬品から生じた損害に対する責任」である。

110) Vgl. Spickhoff/Heßhaus, Medizinrecht, 4. Aufl., C. H. Beck, 2022, AMG. 天田悠「ドイツの医薬品承認制度」医事法研究第5号（信山社、2022年）153頁以下、ウルリッヒ・M・ガスナー（上野純也訳）「ドイツにおける医薬品・医療機器に関する法規制システムの制度概要」明治大学ELM＝明治大学法学部比較法研究所『新たな薬事制度を求めて』（尚学社、2020年）15頁以下参照

111) 初宿・前掲注(7)41頁

112) 本規定は、2021年9月27日改正（Gesetz zum Erlass eines Tierarzneimittelgesetzes und zur Anpassung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften vom 29. 9. 2021, BGBl. I S. 4530）で動物用の医薬品に関係する文言などが改められたが、本稿テーマには影響のない変更である。

113) ガスナー／上野・前掲注(110)20頁参照

【表3】医薬品法の構成

第1章	本法の目的、概念規定、適用領域	1条～4b条
第2章	医薬品の要件	5条～12条
第3章	医薬品の製造	13条～20d条
第4章	医薬品の許可	21条～37条
第5章	医薬品の登録	38条～39d条
第6章	臨床試験における人の保護	40条～42c条
第7章	医薬品の販売	43条～53条
第8章	安全と品質管理	54条～55a条 56条～61条（削除）
第10章	医薬品リスクの監視・収集・評価	62条～63k条
第11章	監督	64条～69b条
……略……		
第16章	医薬品から生じた損害に対する責任	84条～94a条
第17章	刑罰および過料規定	95条～98条

② EU法規範、国際法規範

ワクチンを含む一定の医薬品については、EC規則（Regulation（EC）No 726/2004）¹¹⁴⁾が、ドイツを含むEU加盟国に直接適用される（ドイツ医薬品法はヨーロッパ化しているといわれる所以である）。

さらに、医薬品の承認の判断基準や安全規制について、国際規範による調整や統一化が行われている。米国の食品医薬品局〔FDA〕、欧州委員会〔EC〕、日本の厚生労働省、米国研究製薬工業協会（医薬品の製造団体）、欧州製薬団

114) Regulation（EC）No 726/2004 of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004, Laying down Community procedures for the authorisation and supervision of medicinal products for human and veterinary use and establishing a European Medicines Agency（人用および動物用の医薬品の承認および監督のための共同体の手続きを定め、欧州医薬品庁を設立する）

体連合会、日本製薬工業協会からなる医薬品規制調和会議（ICH）が、基準や提出文書のフォーマットを定めており、ドイツを含むヨーロッパ諸国はこれに従っている。

(2) 医薬品の製造および販売に対する規制の概要

医薬品に関しては、上記多層的な法規範により、おもに製造および販売に関して、所轄官庁の承認を条件とするという方式で、規制が行われている。

このうち、ワクチンを含む¹¹⁵⁾一部の医薬品の承認については、欧州医薬品庁（European Medicines Agency-EMA）による中央承認審査手続によらねばならない。中央承認審査については、EU法であるEC規則（Regulation（EC）No 726/2004）が直接適用される。中央審査においては形式的な決定権限は欧州委員会にあって、同委員会はほとんど欧州医薬品庁の決定に従っている。そして、ドイツのポール・エールリッヒ研究所は、この欧州医薬品庁が管轄する委員会の1つである。

以上の規制の対象となる（もしくは法規命令によりこれを免れる）医薬品の使用によって人身被害が生じた場合、一定の制限を受けるが、製薬事業者が危険責任を負う（医薬品法84条¹¹⁶⁾）。

2 権利としての予防接種

ドイツでは、予防接種を受けることは、医療保険の被保険者の権利である。従来、各保険者が任意に予防接種を給付として行ってきたところ、2007年の法定疾病保険競争強化法によって、特定の対象予防接種が共通の公的保険医療の給付とされた。以下に全制度の概要を述べよう¹¹⁷⁾。

115) ワクチン等のウィルス性疾患に適応する新しい作用物質を含むヒト用医薬品（Regulation（EC）No 726/2004 4条1項、3条、別表1）は中央審査手続きの対象である。

116) 詳細は条文を参照。

117) 松本勝明「ドイツにおける予防接種政策」海外社会保障研究 Autumn 2015 No.192 25頁以下参照

(1) ドイツの公的保険医療¹¹⁸⁾

まず、利用されるドイツの公的医療保険制度について概説しよう。

ドイツは、保険による医療保障制度をとり、その9割が公的医療保険である法定疾病保険（gesetzliche Krankenversicherung）である¹¹⁹⁾。この法定疾病保険に関する規律は社会法典第5編（SGB V）が定める。

法定疾病保険では、保険者である法定疾病金庫（gesetzliche Krankenkasse）¹²⁰⁾と保険医¹²¹⁾とのそれぞれの連邦レベルの連合体（つまり、連邦疾病金庫中央連合会と連邦保険医協会）が連邦枠組契約（Bundesmantelvertrag）を締結する¹²²⁾。それにしたがって、法定疾病金庫の

118) 以下2・3番目の段落は、村山淳子「ドイツの医療法制—医療と法の関係性の分析—」西南学院大学法学論集43巻3・4号（2011年）243頁以下の叙述を基にしている。

119) 他方、民間医療保険が医療保険の1割ほどを占め、医療保険の重要な要素であり続けている。

2007年の法定疾病保険競争強化法（GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz）によって、公的医療保険に加入する義務がない者にも、公的医療保険に任意に加入するか、公的医療保険を代替する基礎的内容の民間医療保険に加入することが義務づけられ、もって、（わが国とは違う意味で）ドイツは国民皆保険を実現した。

この改革により、ドイツの民間医療保険は、公的医療保障をも担うこととなり、私法上の契約でありながら、公的責任に応じた法規制を受けるようになった。すなわち、民間医療保険の保険者は、給付と保険料の点で公的医療保険と同等以上の全保険者一律の基礎タリフで、保険契約を締結することを義務づけられ、解約することができない。

このような仕組みの中、予防接種権についても、民間医療保険の被保険者は、公的医療保険の被保険者と同等以上には保障されていた。

120) 前身は職種ごとの共済金庫であったものが、そのまま法定疾病保険の保険者となった。国から独立した公法上の法人で、労使が自主管理する。

1996年以降、保険者の金庫選択権が拡大してゆき、2007年の法定疾病金庫競争強化法では、被保険者に加入疾病金庫の包括的な選択権がみとめられた。

121) 外來の保険医療を行う開業医である。保険医になるためには、保険医協会の管轄ごとの認可委員会の認可を受けなければならない。

122) 社会法典第5編87条に基づき、連邦疾病金庫中央連合会と連邦保険医協会との連邦枠組契約によって、「保険医の診療に関する基本的な事項」に関して取り決められる。そこには、診療報酬算定基準である統一評価基準（Einheitlicher Bewertungsmaßstab, EBM）も含まれる。

州レベルの連合会と各保険医協会¹²³⁾とが包括契約（Gesamtvertrag）を締結する。それにもとづき、各保険医協会が所属の保険医に診療報酬の配分を行い、それによって各保険医が現物給付として¹²⁴⁾被保険者および（一定要件のもとで）家族に医療を行う仕組みとなっている（以上は外来医療で、入院医療の場合は、また別の法律関係が成立する）。

この法定疾病保険制度は、保険者自治（労使自治、金庫自治）を基本原則としている。そのもとでは、国は法的監督を行うにとどまり、被保険者と保険者の代表による自主管理組織が制度の運営を行う。この原則により、法定疾病金庫は国民の生活実態に則した規制と決定を行うことができるとされる¹²⁵⁾。

(2) 公的保険医療給付としての予防接種

以上の公的保険医療の仕組みにおいて、従来、各法定疾病金庫は、規約を定めて、各々、任意に、予防接種を保険医療の給付として行ってきた。

これが、2007年の法定疾病保険競争強化法によって、社会法第5編20d条および20i条に基づき、特定の予防接種につき、統一的に、公的保険医療の給付とされたのである（対象外の予防接種については、従前のおり、各法定疾病金庫の規約による）。

この制度の対象となる予防接種は以下のように決定される。まず、i ロベルト・コッホ研究所に設置され、多様な分野の専門委員からなる予防接種委員会（Ständige Impfkommision, STIKO）が、科学的知見に基づき予防接種のリスクと便益を考慮して、価値の高い予防接種を対象に、勧告を行う（感染症予

123) 全国にある保険医協会が、さらに連邦保険医協会を構成している。いずれも公法上の法人である。

124) 給付範囲については、連邦保険医協会、ドイツ病院団体、および連邦疾病金庫中央連合会で組織される連邦共同委員会が策定する指針によって定められる（社会法典第5編91条、92条）。

125) 地方自治に近い考えである。津田小百合「ドイツ疾病保険における事業者の役割」健保連海外医療保障128号（2021年）9頁参照（生きた民主主義と国家からの距離を確保できるとする）。

防法20条2項)¹²⁶⁾。次に、ii 保険者側の代表者であるドイツ病院協会ならびに疾病金庫連邦中央連合会と診療側の代表者である連邦保険医協会により設置される連邦共同委員会（Gemeinsamer Bundesausschuss）が、通常は予防接種委員会の勧告を踏襲した内容で¹²⁷⁾、予防接種指針（Schutzimpfungs-Richtlinie）¹²⁸⁾を定める。そして、iii この予防接種指針に基づき、法定疾病金庫ないしその州レベルの連合会と各保険医協会が、予防接種の実施に関する契約を締結する（以上、社会法典第5編132e条1項）。

以上の制度により、公的医療保険の被保険者は、特定の予防接種を、公的医療保険の給付として、無償で受けることができるのである。

なお、法定疾病金庫は、予防接種の実施を管轄する州当局と協力して、被保険者が予防接種を受けることを促進する義務を負っている（社会法典第5編20d条3項）。そのため、法定疾病金庫は、被保険者に対して、予防接種を受けるように啓発、相談、情報提供を行わねばならない。この義務は、前述の間接的な義務化の文脈に組み入れられてゆく¹²⁹⁾。

2 コロナ危機に対応した医療の供給確保法制

コロナ危機に対応した医療の供給を確保するための動きは、①ワクチンを含む医薬品等の供給確保（1）、②コロナワクチン接種を受ける権利の保障（2）、

126) これまで勧告された予防接種には、標準予防接種（Standardimpfung）（年齢に応じて受けるべき予防接種であり、ジフテリア、B型肝炎、インフルエンザ、麻疹、風疹、水ぼうそう等）と特別な蔓延状況や危険がある場合に受けるべき予防接種（コレラ、チフス等）がある（松本・前掲注(117)27頁の表1参照）

127) 勧告と指針の関係につき松本勝明「ドイツ医療保険における予防接種の位置づけ」社会保険旬報2551号（2013年）29頁

128) Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses über Schutzimpfungen nach 20d Abs.1 SGB V .

129) 2015年に麻疹の流行を背景とした健康増進・予防強化法が成立し、保険医療の定期健康診断に予防接種状況の確認と相談助言が含まれるようになるとともに、幼児が保育施設に入所する前に、予防接種による健康の保護に関して医師の相談助言を受けたことを証明することが求められるようになった。

そして③医療トリアージに対する規制である (3)。

(1) ワクチンを含む医薬品等の供給確保

1) 法的根拠

2020年3月27日の第1次改正感染症予防法は、その5条2項1文4および5号で、全国規模の流行状況下に限り、医薬品等の供給を確保するための措置を行う権限を連邦保健省に付与した¹³⁰⁾(下記【表3】参照)。それを根拠として、連邦保健省は、医薬品等の供給を確保するために、広範にわたる措置を実施した。

これらの措置は、①直接に法律に規定されたもの(そのうえで、法規命令でさらに詳細に規定されたものを含む)と、②法律を根拠として連邦保健省が発した法規命令に規定されたものに分けることができる。

【表3：医薬品等の供給確保のための措置を行う連邦保健省の主な権限】

- ① (包括的に) 医薬品等の供給を確保するための措置 (4号)¹³¹⁾
- ② 法令の例外の許可 (4号 a)¹³²⁾
- ③ 医薬品等の譲渡の強制または禁止 (4号 e)
- ④ 売却、販売、価格形成ならびに設定、支給、報酬に関するルールを定めること (4号 f)
- ⑤ 医薬品等の不足時に、その供給の優先順位に関するルールを定めること(同上)¹³³⁾
- ⑥ 特許権の放棄・制限 (5号)

130) 感染症予防法5条2項は「全国規模の流行状況の範囲内で、連邦保健省には、州の権限を害することなく、以下の権限が与えられる」とし、4号および5号にて医薬品の供給等を確保するために具体的に付与されている権限を挙げている。

131) 以下 a～g に対して補充的な位置づけにある

132) 医薬品法、麻酔剤法、薬局法、社会法典第5編、輸血法、治療薬広告法の規定およびそれらを根拠に発せられる法規命令、医療機器法上の規定、そして人体の防護装具に関する規定を挙げる。

133) 「ワクチンを含む医薬品の入手が制限されている場合に、特定の人的な集団のために、連邦と州による医薬品の販売もしくは利用の優先権を予定するルールを定めること」。

2) 法律に直接に規定された事項

感染症予防法5条2項1文4および5号は、連邦保健省に、以下の事項を行う権限を付与することを明記している。

すなわち、①ワクチンを含む医薬品等を確保するための措置を講ずること、②①の措置の対象となる医薬品等の製造・販売に関する既存の法令（具体的法律名を列挙）の例外を許可すること、③①の措置の対象製品の市場における譲渡（または不譲渡を）義務付けること、④医薬品等の供給の優先順位を定めること、そして⑤特許権の制限を行うことである。

①は条文の体裁上、後出の規定を受け皿的に補充する包括的条項の位置づけになっている。②は既存の法令に例外を許容すること自体を定めるものであり、これを根拠に当該法令にいかなる例外が許容されるのか、その具体的内容については定めていない（その意味では、①に近い）。③は営業活動を侵害ないし制限を加えることを意味し、⑥は特許権を侵害ないし制限することを意味している。そして、⑤は、本質的な基本権である基本法1条の保障する人間の尊厳にふれかねない。当初、その具体的な内容は法規命令にゆだねられていたところ、最終的に、（具体的な優先枠や優先順位含め）感染症予防法で明記されるに至っている。

3) 法律を根拠とする法規命令で規定された事項

他方、連邦保健省は、2020年5月26日、感染症予防法5条を根拠に、法規命令である医療必需品供給確保規則¹³⁴⁾を制定した。そこに何をどこまで規定しているかは、上記2)と対応関係にある。

まず、①連邦保健省による医薬品等の調達及び販売について、(①のストレートな具体化といえるが)本規則で初めて規定された(2条1項)。

次に、②医薬品法および医薬品取締規則の例外の許容について、具体的な許

134) Medizinischer Bedarf Versorgungssicherstellungsverordnung-MedBVS (BAnz AT 26.05.2020 V 1)

容事項を以下のごとく各項ごとに挙げている。

②-1①で未承認医薬品の調達・販売を行う場合、連邦上級官庁による審査の結果をふまえた判断を行うべきこと（3条2項）、そして、未承認医薬品の販売は、連邦上級官庁による品質保障とリスク・ベネフィットの関係がポジティブであることの認定がなければ、許可されないこと（3条3項）が規定される。

②-2医薬品法84条（製造事業者等の危険責任）の特則（例外）として、①の対象医薬品につき、コロナウィルスまん延対応のために連邦保健省が流通させ、かつ、医薬品法違反が損害を生じさせる可能性が高い場合には、製造事業者等は、その使用効果に関し、故意または重大な過失があるときを除き、責任を負わないことが規定される（3条4項）。

このように、未承認医薬品の調達と流通、それにともなう危険責任の一部制限を認めることについては、法律上の規定をおくことなく、連邦保健省が法規命令を発して定めている¹³⁵⁾。

(2) コロナ・ワクチン接種請求権の保障

1) 公的医療保険制度の利用

従来、ドイツでは、価値の高い特定の予防接種については、予防接種委員会の勧奨に基づき、公的保険医療の給付として、その接種は被保険者の権利として無償で保障されてきた。

コロナ危機において、ドイツでは、コロナ・ワクチン接種権の保障を、この公的保険医療制度を利用し¹³⁶⁾、改正された感染症予防法を根拠とする連邦保健省の法規命令によって、公的保険医療の給付対象予防接種にコロナワクチンを追加することで実現した。

135) なお、後述するコロナワクチン接種規則により、コロナワクチンについては、医薬品法規による承認前であっても、科学的知見により医学的に正当とされる場合には、接種可能とされている（コロナワクチン接種規則1条2項）

136) 医療が保険制度によって組織化され、医療に対する国の統制がゆきわたっていることが、ワクチンの効率的な普及に寄与した側面がある。

すなわち、感染症予防法5条2項および社会法典第5編20i条3項¹³⁷⁾は、連邦保健省に、（ロベルト・コッホ研究所の常設予防接種委員会と疾病金庫中央連合会と協議の上で）被保険者がさらなる特定の予防接種または特定の予防措置を受ける権利を有することを、法規命令によって決定する権限を付与した（この中に、SARS-CoV-2ワクチンが含まれている）。連邦保健省は、それを根拠に、法規命令であるコロナ・ワクチン接種規則¹³⁸⁾を制定した。そこでは、コロナ・ワクチン請求権者として、法定保険ならびに民間保険の被保険者（1条1項2文1号）、ドイツ国内に住居（通常の居所）を有する者（2号）、（後述優先順位付規定で定義された）施設で治療・介護等を受けているかそこに勤務する者（3号）などが挙げられている¹³⁹⁾。

公的保険医療の給付についての決定権限が、労使の自治的な決定から、中央行政官省による決定に移行していることが注目される。

2) ワクチン接種の優先順位の決定

そして、ワクチンの不足下において、ワクチン接種の優先順位が、2で述べたワクチン供給の優先順位と同様、（当初、連邦保健省が法規命令によって定めたものが、最終的に）感染症予防法によって規定を有するにいたっている。

当初は、コロナ予防接種規則において、接種請求権者間の優先順位を定めるのみであった。そこでは、年齢、有病者、妊婦、それらと緊密な関係にある者、（貧困層含む）職業、あるいは（2回目接種、ブースター接種の場合には）接種間隔・接種の回数などの要素によって優先順位が決められた。2021年1月～4月までのワクチン接種をめぐる状況や議論の変化中で、頻繁に改正され、追加・詳細化・順番繰り上げなどが行われている。

137) 「連邦保健省は、常設予防接種委員会と疾病金庫中央連合会と協議の上、連邦参議院の同意を得ることなく、被保険者がさらなる特定の予防接種その他特別な予防措置を受ける権利を有することを法規命令によって決定する権限を有する」

138) Coronavirus-Infverordnung-CoronaInfV (BAnz AT 21. 12. 2020 V 3)

139) その後、改正を重ねる中で、優先順位とともに、変化がある。

しかし、その後、2021年3月29日の感染症予防法改正¹⁴⁰⁾により、同法に直接の関連規定をもつに至った。すなわち、本改正で追加された20条2a項は、その1文で、コロナワクチン接種の目的としてとくに以下を挙げる。つまり、①「重度または死に至る病気の進行を減らすこと」(1号)、②「コロナウイルスの感染の阻止」(2号)、③「重度または死に至る病気の進行のリスクが特に高い人の保護」(3号)、④「障害、就業、または入所に起因して感染リスクが特に高い人の保護」(4号)、そして⑤「国家の中核機能、重要なインフラ、生活に必要なサービスの中心領域、そして公的な生活を維持すること」(5号)を掲げた(下線は筆者)。そのうえで、第2文で、ワクチン不足時にあって上述のワクチン接種に関する法規命令が接種の優先順位をつける場合には、この接種目的に合わせた順位付けをするように求めている。上記目的規定は、個人の法益と、公衆の健康・公共の福祉の慎重な衡量判断に基づくものである¹⁴¹⁾。

(3) 医療トリアージへの立法対応を求める連邦憲法裁判所判決¹⁴²⁾とその後の立法対応

「医療トリアージ」とは、多数の重傷(症)者がいる場合に、その中から救命の可能性が高い患者を優先して、医療を行うことをいう。

ドイツでは、コロナによる医療トリアージに関し、立法対応といえるものは存在していなかった。しかし、従前からの医療トリアージに関する議論と、それに対応する医療の備えがあったことを基礎として、とくに「人間の尊厳」を本質的な価値として守る憲法秩序との整合性を意識した提言が、学術団体ならびに公的機関によって公表されている。

140) 「国内の感染状況に合わせた規律に改めるための法律」Gesetz zur Fortgeltung der die epidemische Lage von nationaler Tragweite betreffenden Regelungen vom 29. 3. 2021 (BGBl. I 370) の中の感染症予防法改正による

141) BT-Drs.19/26545, 18; Gerhardt, a. a. O. (Note 46), § 20 Rn. 10a

142) 本項目については、土井健司編著『コロナ禍とトリアージを問う』(青弓社、2022年) 30頁以下〔加藤泰史〕を主に参照した。

すなわち、2020年3月25日、ドイツ集中治療・救急治療医学会（DIVI）など医学・生命倫理学系7学会の共同による「COVID-19パンデミックを背景とする救急医療資源および集中医療資源の分配に関する決定」¹⁴³⁾が公表された。ここでは、治療の成功の見込みという医学的基準に則ること、そして年齢、社会的地位、基礎疾患・障害の有無を基準としないことが明記された。

続いて、2020年3月27日、ドイツ倫理評議会が特別提言「コロナ危機における連帯と責任（Solidarität und Verantwortung）」を公表した¹⁴⁴⁾。基本的にDIVI臨床倫理提言を許容したうえで、とくに人工呼吸器やECMOの事後的取外しを禁止している。

いずれの提言も、「人間の尊厳」を本質的価値とする憲法的秩序との整合性を意識し、社会的役割や予測生存年数によって、功利主義的に、人間の生命の価値を比較考量することを禁止する内容となっている（とくに、社会的役割を基準としてはならない点において、公衆衛生からくるワクチン接種の優先順位との違いに留意されたい）。

その後、障害者や基礎疾患保有者らが、立法機関による医療トリアージの基準作成を求めて憲法訴訟を提起した。2021年12月28日連邦憲法裁判所判決は、障害者差別を禁止する基本法3条3項2文¹⁴⁵⁾を理由として、立法機関はパンデミック下でのトリアージから障害者を保護するための措置をすみやかに講じなければならず、それを怠ったことを違憲とした。

その後、この判決を背景に、2022年12月20日感染症予防法5c条による伝染病トリアージ規制に至った。

143) Deutsche Interdisziplinäre Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI) et al (DIVI et al, "Entscheidungen über die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und der Intensivmedizin im Kontext der COVID-19-Pandemie", 25. 03. 2020 (<https://www.divi.de/empfehlungen/publikation/covid-19-dokumente/covid-19-ethik-empfehlung>) [最終アクセス日：2023年3月31日])

144) <http://www.ethikrat.org/> (最終アクセス日：2023年5月19日)

145) 基本法3条3項2文「何人も、その障害（Behinderung）を理由として不利益を受けてはならない」初宿・前掲注(7)3頁

5 小括——法規命令と法律の棲み分け

医薬品の安全供給や医療資源の適正分配の問題は、従前から存在する医療政策上のテーマである。しかし、これが、パンデミックによる緊急の必要や不足の中で顕在化・先鋭化し、深刻な回答を迫ることになった。

コロナ危機下、医療の供給を確保するために、改正された感染症予防法ならびに社会法典第5編を根拠に、連邦保健省が、広範な執行権をふるった。この点において、全対応を通じて変わらない構造がみてとれる。

しかし、前章と異なり、このテーマでは、法律上の規定を直接の根拠とする場合と、法律を根拠に法規命令による場合とで、規制方法に棲み分けがみられた。一方で、ワクチン不足時の供給ならびに接種の優先順位の決定、さらに、コロナトリアージに関しても、ルールを法律で直接定めることが求められている。他方で、ワクチンの製造・承認・販売のすべての段階で、法律による抽象的な根拠づけに基づき、連邦保健省の法規命令によって既存法令の例外を含む措置が認められているのである。

第6章 結論

以上のドイツ法制の考察により、パンデミックという1つの非常時の類型に対し、いかなる法対応の在り方が構想できるのだろうか。独特の歴史、それを背景とする独自の法思想、それらと結びついた固有の法の体系を有するドイツ法制の変化から、わが国にも通ずる普遍的なモデルをみいだすことはできないだろうか。

1 コロナ危機の特性

COVID-19感染症の蔓延という事態¹⁴⁶⁾は、非常事態の中でも、いくつかの実際立った特性を有している（以下は、各国においてそう変わらない）。

第1に、科学的知見の不確実性である。未知のウィルスに対する不確実で流動的な科学的知見に基づいて、重要な政策決定を積み重ねてゆかねばならなかった。

第2に、時間的制約である。人命が次々に失われてゆく、深刻な危険が迫る中で、喫緊の対応を迫られたのである。

むろん、非常時の法対応であっても、客観的事実をふまえ、それとの間で合理的な連関関係が求められることに変わりはない。しかし、上記のような特性ゆえに、その立法政策判断に揺れや不精確があったことはドイツにあっては否めない¹⁴⁷⁾。そのプロセスも含めて、本対象は考察されねばならない。

2 対応法領域

ドイツ法制において、コロナ危機に対応した領域は、どこであったか。この問いは、非常時法の射程——政策判断に帰せられる問題¹⁴⁸⁾にかかわっている。

ドイツにおいて、コロナ危機への対応は、感染症の蔓延そのものに対する第一次的対応と、第一次的対応が生じた事態に対する第二次的対応に分けて考えられる。

第一次的対応は、個別行政法を主とする公法領域の対応である。すなわち、連邦法である感染症予防法が中心的な役割を果たした¹⁴⁹⁾。もっとも、コロナ危機対応は、防災（基本法30条及び70条により州の管轄）の事項にも属している。たとえば、バイエルン州では、バイエルン防災法に基づく災害事態認定がなされている¹⁵⁰⁾。

146) ドイツの感染状況については、在ドイツ日本大使館のウェブサイトの新型コロナ関連情報 (https://www.de.emb-japan.go.jp/itpr_ja/konsular_coronavirus200313-1.html [最終アクセス日：2023年3月31日]) に掲載され、随時更新されている。なお、寺井麻也「ドイツにおける新型コロナウイルスへの対応」健保連海外医療保障 No128（2021年）31頁以下も参照。

147) 現地に在住した横田は、はじめての感染者報告からわずか2か月の間に、「急速な感染拡大と医療資源の枯渇、そして積み重なる死亡者数を前に、あれよあれよという間に規制が厳しくなり、ロックダウンが行われ、最初の感染症予防法改正が行われた」と表現している（横田・はじめに i）。

148) 大橋・前掲注(2)1頁以下

149) 「全国規模の流行状況」の認定要件にも、「公衆衛生に対する深刻な危険」との文言がある。

そして、第二次的法対応といえるのは、在宅勤務・ワクチン接種などのための労働環境を整備する労働・雇用関係法、個人・団体に対する経済・財政支援のための税法・経済法、医療体制を整備し病院を支援する病院関係法領域での対応である。

このようにコロナ危機に対するドイツの法対応は、第二次的対応を含めると、広範多岐にわたり、今後も拡大が予想される。政策判断であるゆえに、各国偏差がありえようが、類似の体制の国ではかなりの共通点がみうけられる。

3 時限的、事項限定的な対応

ドイツにおいて、コロナ危機への対応は、いずれも、効力ないし適用において、事項と時間を限定した対応であった（その結果、延長、再延長、あるいは追加措置、強化措置が法律によって繰り返された）。かかる条項を、既存の条文はそのままに、書き加えるという方法がとられたのである¹⁵¹⁾。

たしかに、伝統的テーマに対する（より先鋭化された、しかも喫緊の問いに対する）回答、したがって従来の法発展の延長線上でとらえられ、恒久的な示唆を含んでいるともいえる。しかし、あくまで例外的対応であり、これを恒久法の解釈・適用に還元するためには、解釈上の1段階をふまねばならない。

4 中央行政省への権力の集中

社会において発生する諸問題の解決を誰にゆだねるかを決定することは、1つの法秩序にとって重要なテーマの1つである。コロナ危機に対し、この点についてドイツは以下のような決定を行っている。

パンデミックに対応する迅速かつ効率的な政策のために、ドイツ法制は、行

150) 井田敦彦「COVID-19と緊急事態宣言・行動規制措置—各国の法制を中心に—」国立国会図書館調査と情報—ISSUE BRIEF—1100号（2020年）7頁参照

151) 横田・前掲注(4)4頁参照（「従来からの規制根拠規定である28条・32条そのもの内容には手をつけず、それらに基づいて規制が行われる場合には、一定の枠をはめるという方法」）

政（執行）権限を中央行政省である連邦保健省に集中させた。これは、連邦制における州から連邦への権限移行、そして三権分立における立法権から行政権への権力の移行を意味している。

ドイツの連邦制は、連邦と州の垂直的な権力分立を意味するものであって¹⁵²⁾地方分権や地方自治¹⁵³⁾とは異質なものである¹⁵⁴⁾。しかし、パンデミックにおける迅速かつ効率的な対応の必要に応えるための民主的國家の権力分配のあり方が中央行政府に権力を集中させることであるという点では、大きな示唆を与えるものである。

5 形式、実質にわたる法治原理の貫徹

ドイツにおいては、形式・実質にわたる法治原理が、コロナ危機対応における人権の制約の限界を画する機能を発揮した。

行動制限やワクチン接種の強制、あるいはワクチン供給ならびに接種の優先順位など、とりわけ基本権の制限（あるいは、憲法秩序の変更）は、法律（Gesetz）の規定によって直接に定めて行われた。さらに、基本権に実定法を超えた普遍的価値を認め、憲法的秩序、とくに人間の尊厳の保護との整合性を意識するドイツ法の特性は、コロナ・トリアージをはじめとする、医療倫理が問題となる局面で端的に表れている。

6 医学的指標の法規化という手法——医学的判断と行政的判断の関係

ドイツのコロナ危機対応法制を、医療・保健政策における決定権限という

152) それが、立法・行政・司法の水平的な権力分立を補完している（山口・前掲注(22)24頁参照）

153) 最大判昭和38・3・27刑集17巻2号121頁によれば、「新憲法の基調とする政治民主化の一環として、住民の日常生活に密接な関連をもつ公共的事務は、その地方の住民の手でその住民の団体が主体となって処理する政治形態を保障せんとする趣旨に出たものである」

154) この意味では、公的医療保険の対象予防接種の決定権限が、保険者自治から連邦保健省に移行したことのほうが、わが国にとって示唆的であるかもしれない。

視点からみると、以下のような棲み分けを看取できる。

① 行動制限やワクチン接種の間接的強制、あるいはワクチン接種等の優先順位の設定など、基本権の制限（ないしそれと機能的に等価とみとめられる措置）においては、科学的基準を直接に法規化する手法が用いられた（7日間指数や緊急ブレーキ条項などが典型例である）。これにより、（専門家集団による決定をまてない）緊急対応にあっても、行政的判断の介入を排除している。

② ①以外——つまり、未承認医薬品の使用許可やコロナワクチン接種の保険追加など、とくに医療の供給にかかわる事項については、（専門家集団との協議などを経るとしつつも）最終的な決定権限が専門家集団から連邦保健省への移行することを受容している。

7 防御の力の存在

コロナ危機に対応するドイツ法の動きにおいては、非常時法の動きとそれに抗する平時法原理による防御反応という構図をみてとることができる¹⁵⁵⁾。

たしかに、一方では、感染症の蔓延に対応すべく、例外的・一時的に、権力分配構造および保健政策決定過程に変更がみられた。

しかし、他方で、それに対する防御反応として現れた、権力移譲や基本権への介入を一時的・一定限度にとどめよう、あるいはそれらによる人権侵害を事後的審査で是正しようとする動きがみられた。連邦議会による「全国規模の流行状況」の認定、累積してゆく膨大な法律条文、そして多数の憲法訴訟の提起はその例であるといえよう。

ドイツのコロナ危機対応法制が、手続・実体ともに、人権保護との関係で歯止めがかけられたのは、かかる構図のもとで防御の力が存在してきたからであると評価できる。これは、ドイツ連邦共和国の健全性の証である。

155) 同様の見方をするものとして、例えば、大林編・前掲注(5)〔石塚〕は「法治国家的対応」と「民主国家的対応」を強調する。また、横田・前掲注(4)はじめにii参照（「立法府・行政府・司法府において、強度な権利制限とそれに対し歯止めをかける動きとが同時に機能したからこそこのような措置が可能となった」）

論説（村山）

【謝辞】本稿はJSPS 科研費JP20K01439の助成を受けた研究成果である。なお、本稿の内容は、比較法学会第86回総会シンポジウム「ワクチン法制の比較：新型コロナウイルス感染症パンデミックの前と後」における報告予定内容と関連があり、本シンポジウム準備会からも貴重な示唆を受けた。

〈参考文献について〉

以下にて、本論文の全般にわたり参照した主要な参考文献をあげる。

Gerhardt, Infektionsschutzgesetz, 6. Auflage, C. H. Beck, 2022

Kießling, IfSG, 3. Aufl., C. H. Beck, 2022

大林啓吾編『コロナの憲法学』（弘文堂、2020年）100頁以下〔石塚壮太郎〕

横田明美『コロナ危機と立法・行政』（弘文堂、2022年）

（むらやま・じゅんこ 筑波大学ビジネスサイエンス系教授）

弁護士の中立公正義務の理論的分析(2)

森 田 憲 右

- 第1 はじめに（中立公正をめぐる事例とその問題意識）
- 第2 中立公正さが問題となる場面と利益相反の関係
- 第3 利益相反を検討する上での出発点としての「依頼者」
- 第4 中立公正を検討する上での「依頼者」とその類型化 （以上、前号）
- 第5 **【類型 A：双方型】**（依頼者と別の依頼者との利益相反）について、弁護士の中立公正さが問題となる場合
 - 1 **【類型 A：双方型】** について
 - 2 **【類型 X ①：依頼者同士型】** 複数依頼者間における中立公正さ
 - 3 **【類型 X ②：依頼内容型】** 委任内容における中立公正さ
- 第6 **【類型 B：非双方型】**（依頼者と他の立場や役割との間の利益相反）について、弁護士の中立公正さが問題となる場合
 - 1 **【類型 B：非双方型】** について
 - 2 **【類型 Y ①：規定型】** 弁護士法25条4号・5号、職務基本規程27条4号・5号 （以上、本号）
 - 3 **【類型 Y ②：非規定型】** 弁護士法制に個別規定がない場合
- 第7 まとめ

第 5 **【類型 A：双方型】**（依頼者と別の依頼者との間の利益相反）について、弁護士の中立公正さが問題となる場合

1 **【類型 A：双方型】** について

【類型 A：双方型】 について、弁護士の中立公正さが問題となり得る場面を検討する。

弁護士法には25条1号ないし3号（弁護士法人や外国法事務弁護士の場合は

同条6号ないし9号）に規定がある。

【類型A：双方型】の場合も【類型B：非双方型】の場合も、いずれも事件の同一性が要件となる。両者の差異は、【類型A：双方型】の場合は、実質的・具体的な利益相反の有無が問題となり、利益相反が顕在化していることを要するが、【類型B：非双方型】の場合は実質的・具体的な利益相反の有無は問題とならないところにある。

【類型A：双方型】においては、弁護士の中立公正さが問題となり得る場合として、【類型X①：依頼者同士型】複数依頼者間において中立公正さが求められる場合と【類型X②：依頼内容型】その委任内容に中立公正さが求められる場合とが考えられる。

以下では、2つの場合を分けて検討する。

2 【類型X①：依頼者同士型】複数依頼者間における中立公正さ

弁護士は複数の依頼者から共同依頼を受ける場合がある。この場合、弁護士は複数の依頼者のうち一方に与してはならない。一方の依頼者に与すると、他の依頼者の利益を害することとなるし、職務の適正とその信頼を損なう。したがって、弁護士は依頼者間において中立公正でなければならない、ときには依頼者間において調整を行う場合がある。このことは【類型B・非双方型】【類型Y②非規定型】における破産管財人や遺言執行者が利害関係人間ないし相続人間において調整を行いつつ中立公正でなければならないことと近似し、あたかも【類型X①：依頼者同士型】と同列に論じられる危険性がある¹⁾。しかし、むしろそのような誤解や危険性が生じるからこそ、中立公正が多義的であること故に、類型化をする意味がある。上記二類型のそれぞれにおいて中立公正は、依頼者の有無という重大な差異があり、全く別の法的根拠・法的性質であることを見逃してはならない。

1) 解説220頁によれば「中立公正な第三者的職務を行おうとする場合について、本条〔職務基本規程81条〕の適用がある場合も含め、職務基本規程27条、28条等の適用があるか否か、あるとして該当条項はいずれとなるかは難しい問題である。」などという。

【類型 X ①・依頼者同士型】においても、更に複数の依頼者の代理をする場合と複数依頼者間の調整型業務をする場合とがあるので、2つの場合に分けて検討をする必要がある。

(1) 複数の依頼者の代理

複数の依頼者が第三者と対立している場合、複数の依頼者を代理することは、依頼者間で利益相反が顕在化していない限り、許される。

典型的な事例として、遺産分割協議ないし遺産分割調停において、弁護士が複数の相続人から受任を受けて代理人となる場合が挙げられる。遺産分割は、被相続人の遺産を分配するものであるから、特定の相続人の利益を最大限追求することとなれば、自ずと他の相続人が不利益を被ることとなるので、相続人は互いに利益相反関係に立つ。しかし、例えば、弁護士は、複数の相続人から唯一の遺産である預貯金を相続分のおりに分割する場合であってもこれまでのいきさつから別の相続人と直接連絡を取り合いたくないので当該複数の相続人の代理人になってもらいたいとの依頼を受ける場合があれば、複数の相続人から遺産の範囲、特別受益ないし寄与分をめぐって他の相続人と紛争状態にあることから連携している当該複数の相続人の代理人になってもらいたいとの依頼を受ける場合もある。このような場合、当該複数の相続人間では、利益相反が顕在化しているとはいえ、むしろ当該複数の相続人がそれぞれ別の弁護士に依頼をするよりも1人の弁護士に依頼をすることの方がより精神的・経済的に優位性があり依頼の趣旨に合う。

職務基本規程32条は、「弁護士は、同一の事件について複数の依頼者があってその相互間に利害の対立が生じるおそれがあるときは、事件を受任するに当たり、依頼者それぞれに対し、辞任の可能性その他の不利益を及ぼすおそれのあることを説明しなければならない。」と規定するが、複数の依頼者を代理することができることを前提としている。

もっとも、このような場合絶えず利益相反が顕在化するおそれはあるのであるから、予め「辞任の可能性その他の不利益を及ぼすおそれ」のあることを説

明する義務を負う。説明の具体的内容としては、ABA 模範規則が参考になる。同規則 1.7 条(b)によれば、利益相反が顕在化していない複数依頼者を代理する要件として、(1)弁護士が依頼者全員に対して有能かつ誠実に代理行為を提供できると合理的に信じられること、(2) 当該代理行為が違法ではないこと、(3) 同一または他の訴訟事件において一方の依頼者による他の依頼者に対する請求が含まれないこと、(4) 書面による事前の説明がなされていることが必要とされる。また、同条のコメント 30、31によれば、複数の依頼者間において、秘密特権を付されず、守秘義務は解除されて情報を共有することが求められる。

このように弁護士は複数依頼者を代理する場合、依頼者全員に対して忠実義務を負うこととなるので、依頼者全員に対して中立公正に対応することとなるし、万一、複数の依頼者間において利益相反が顕在化してもなお弁護士が職務を続行すると、弁護士法 25 条 1 号及び職務基本規程 27 条 1 号違反が問題となるので、職務基本規程 42 条によれば「依頼者それぞれに対し、速やかに、その事情を告げて、辞任その他の事案に応じた適切な措置を採らなければならない」とされる。

(2) 複数依頼者間の調整型業務

複数の依頼者が第三者と対立するのではなく、複数依頼者同士の利害が形式的に対立している場合に、その調整を依頼される場合がある。いわゆる調整型の業務といわれるものである。

このような場合、複数の利害関係者間において、1 人ないし一部が「依頼者」であるのか、関係者全員が「依頼者」であるのか、あるいは、全員が「依頼者」ではなく弁護士が「中立の第三者」の立場として関与するののかについて不分明となるおそれがあるから、いずれであるかを確定しておく必要がある。

2 人ないし一部が「依頼者」であり、他の関係者が相手方であるときは、前記 (1)（複数の依頼者の代理）の場合である。

これに対して、関係者全員が「依頼者」であり、弁護士が対立する関係者全員の利害を調整することを依頼されたときはどうか。

前記(1)と同様に遺産分割協議の事例を挙げてみると、全相続人間において対立関係にはなく、すでに遺産分割協議の方向性や内容が決まっており、ただ法的処理において遺漏がないように、1人の弁護士に協議書のとりまとめなどについて依頼をする場合がある。おそらく大半の相続処理は、対立関係が顕在化しない状況下において、税理士や司法書士においてすでに取り決められた協議内容を書面化して相続税申告や相続登記手続等をするであろうが、弁護士においても同様の相続処理をすることの依頼を受けることは可能である。全相続人間において依頼前に協議内容が完全に確定している場合が考えられるが、他方、全相続人間において特定の論点について対立しておりその先の相続処理が停滞している場合に特定の信頼できる弁護士の法的知見や助言を求めた上で全相続人において相続処理を進めようと予定している場合も考えられる。

この場合、形式的に利害対立する関係者から同時に依頼を受けることとなるので、弁護士法25条、職務基本規程27条・28条などの適用が問題となるが、利害関係者全員において利益相反が顕在化していないのであれば、利益相反規制に抵触するものではないと解される。

この点、利益相反規制に抵触しないとする結論を導く根拠として、弁護士が代理人として行うものではないことを指摘する見解がある²⁾。しかし、弁護士法25条1号は、「依頼者」の意義について、依頼を承諾して代理人として活動する場合のほか「相手方の協議を受けて賛助」する場合をも規定しており、必ずしも代理人として活動したことを前提としていない。また、禁止される「職務」は弁護士法3条1項にいう「職務」すなわち「一般の法律事務」であって、代理行為に限定するものではない。とすれば、代理人として行うものではないことを根拠として、弁護士法25条1号などが適用されないとするのは相当でない。また、調整型業務においては同条などの適用範囲ではないことを前提とすると、例えば、その後当事者間で調整が不可能となった後においても弁護士

2) 解説82頁、遠藤直哉「中立型調整弁護士モデルの展望」(宮川光治ほか編著「変革の中の弁護士—その理論と展望」有斐閣1993.3) 296頁

が当該業務を継続している場合に、調整型業務を捉えて同条などの適用を問題とすることができなくなるという不都合が生じる。

複数の利害関係者間で紛争が生じ対立していても、当該全関係者において信頼できる弁護士からの助力を得て合意に達しようと考えた上で当該弁護士に依頼する場合、当該弁護士は全関係者の共通の利益のために行動して法的解決を試みることを期待されているのであるから、全関係者の共同依頼による限り利益相反が顕在化しているとはいえない。関係者全員の依頼は、弁護士に調整型業務として合意した範囲（個々の依頼者に着目すれば、その調整にあたり、本来の要求である最大限の利益追及が制限されたり、情報共有のためにその秘密保護が制限されたりするが、それでもなお全関係者において解決の迅速さ・低廉さ・円満さを優先することを共通認識とするもの）では、関係者全員の利益相反は顕在化していない。なぜなら、ここにいう「利益」は、依頼内容に応じて取り決められるものであるからである。このように考えると、調整型業務の場合に弁護士法25条1号などが適用されないのは、利益相反が顕在化していないことをもって根拠とすべきである。

弁護士は、依頼者全員から上記合意範囲における依頼内容を確定した上で、受任をすることとなる³⁾。これによれば、調整型業務の場合であったとしても、弁護士の忠実義務の内容は前記（1）（複数の依頼者の代理）の場合と異なることなく、職務基本規程32条⁴⁾などの規律を受ける。職務基本規程32条、42条は、相手方のいる複数依頼者に限定しているものではなく、相手方のいない複数依頼者間の代理行為ではない中立型調整行為についてもその適用を想定しているものと解される。

そして、調整型業務の場合においても、（1）（複数の依頼者の代理）の場合と同様に、万一、弁護士が上記合意範囲を逸脱して一方当事者に肩入れしたり

3) ただし、全当事者が合意範囲を理解すること、それを書面化すること、合意を維持することは事実上困難であり、弁護士がそのような役割を担うことを避けることが想定されるから、現実問題として極めて限られるものと思われる。

4) ABA 模範規則 1.7 条(b)

して、利益相反が顕在化してもなお職務を続行すると、弁護士法25条1号の違反が問題となるので、職務基本規程42条が適用される。

(3) 弁護士が複数の依頼者ないし全関係者を「依頼者」とするとき、弁護士は、依頼者全員に対して共同の忠実義務を負う。その場合、弁護士には依頼者間において中立公正さを求められる⁵⁾。しかし、ここでの中立公正さは、対立する当事者間における本来の意味での中立公正ではない。中立公正さは複数の依頼者からの依頼の一内容をなしているにすぎないから、依頼者に対する忠実義務に組み込まれたものであって、委任事項について慎重に検討を要することはあり得たとしても、あえて、弁護士の中立公正義務として独立した理論構成をする必要はないものと思われる⁶⁾。

これに対して、弁護士がいずれの関係者をも依頼者とすることなく中立の第三者として行動する場合は、【類型B：非双方型】の問題である。

3 【類型X②：依頼内容型】委任内容における中立公正さ

前掲大阪高決は、責任調査委員会を論じる上で、第三者委員会についても言及している。第三者委員会の委員と会社の訴訟代理人との兼併の問題は、新たな問題として提起されている。前掲大阪高決は、責任調査委員会の委員に独立性・中立性・公正性が求められることから、利益相反規制に抵触するとの結論を導き出している。確かに、責任調査委員会や第三者委員会の各委員は、会社とは利害関係がないことや職務の中立公正を標榜していることから、これにより同一事件において会社の代理人となることが利益相反規制に抵触することが導かれるとの論理もあながち否定し得ないかのような誤解を生む。

しかし、多義的な概念から論証を試みることは極めて危険である。ここに中

5) ABA 模範規則1.7条コメント30

6) ABA に関していえば、弁護士が依頼者を指定しない第三者として活動するときは、ABA1.12条、2.4条が適用されるが、依頼者を指定するときは、通常の利益相反規定であるABA1.7条が適用される。

立公正を理論的に分析し類型化をする意味がある。委員の立場や職務内容を子細に検討すれば、委員の独立性・中立性・公正性は、【類型 X ②・依頼内容型】にあたるものであり、これは、弁護士が特定の依頼者から独立性や中立公正な職務の依頼を受ける場合である。この類型で最も参考とすべき事案としては、会社の独立役員と会社の訴訟代理人との兼併の問題があるので、先にその問題から検討を加える。

（1） 会社の独立役員と会社の訴訟代理人の兼併

独立役員とは、会社法、金融商品取引法、金融商品取引所規則等の法令等により定められ、客観的独立性が要求される⁷⁾。弁護士が独立役員となるとき、会社と委任契約を締結することとなるから、「依頼者」は会社である。

会社の独立役員に顧問弁護士が就任することができるか、あるいは、会社の独立役員が会社の訴訟代理人となることができるかという問題がある。監査役が会社の使用人を兼ねることができないとする会社法335条2項は、業務執行への従属の危険が高い地位にある者が監査役を兼任することを禁じる一般予防規定であるとされている。顧問弁護士や訴訟代理人が会社の業務執行への従属危険性があるとみれば客観性独立性が要求される独立役員の兼併は同条により禁止されるという結論に導かれ、従属危険性がないとみれば許容されるという結論に導かれる⁸⁾。昭和61年2月18日最判（民集40.1.32）は、会社の独立役員と会社の訴訟代理人の兼併について、会社法335条2項（旧商法276条）に抵触するものではないし、双方代理にあたるものとはいえないとしている⁹⁾。

ここでは、独立性・中立性・公正性は、会社の業務執行について、他の役員から従属されないという意味で用いられており、それを担保するために、就

7) CGコード原則4-9、日弁連2019年3月14日改訂社外取締役ガイドライン

8) 大塚英明「弁護士である監査役の訴訟代理の可否」有斐閣・会社法判例百選〔第4版〕144頁

9) 弁護士法30条にいう使用人には、監査役や顧問弁護士は含まれない（条解260頁、高中正彦「弁護士法概説第4版」148頁）。

任時に利害関係がないことが要求されている。独立役員に会社との利害関係がないことを求められることは、後述する「中立の第三者」に近似する印象を受ける。しかし、独立役員依頼者は会社である。依頼者である会社が独立役員たる弁護士に求めているのは、他の役員らの違法不当な行為や責任の追及に手心を加えないといった厳格な職務内容であり、そのような会社との委任契約の内容に基づいた弁護士の独立性（職務基本規程2条・20条）である。このように考えると、依頼者である会社から独立役員を依頼される場合と依頼者である会社から訴訟代理人に依頼される場合とは利益相反関係にあたらないとした最高裁判例は、会社法上の利益相反にあたらないという結論にとどまらず、弁護士法制における利益相反にあたらないとの結論にも妥当する。

会社の独立役員と会社の訴訟代理人との兼任が利益相反にあたらないとする結論は、事件の同一性があると否とにより影響を受けるものではない。しかし、弁護士が訴訟代理人として活動する際に他の役員による業務執行に従属したとされる個別具体的な事実関係が認められる場合、弁護士は独立役員としての客観性独立性に違背することとなり、会社法上会社に対する善管注意義務・忠実義務違反に問われる¹⁰⁾。そして、弁護士法制上、弁護士は独立して職務を行うからこそ認められた独立役員と訴訟代理人との兼任について、依頼者である会社の信頼を裏切ったのであるから、実質上取締役個人への服属従属を捉えて、職務基本規程28条3号に違反することとなり得る。

以上のとおり、独立役員である弁護士が独立・中立公正と標榜したとしても、その場合の中立公正さは会社との委任契約の内容として善管注意義務・忠実義務の一部に組み込まれている。独立役員である弁護士に問題とされる利益相反は、忠実義務違反としての利益相反である。この場合、あえて、利益相反規制の特殊類型としての弁護士の中立公正義務を検討する必要はない。

10) 大塚145頁

(2) 第三者委員会の委員

ア 前掲大阪高決は、第三者委員会について言及していたが、前掲最決は、責任調査委員会の設置経緯や設置目的に言及して判断をしたにとどまり、第三者委員会については言及していない。とはいえ、前掲大阪高決において第三者委員会についても新たな問題として提起されていることから、以下では、第三者委員会委員に就任した場合について検討する。

イ 日弁連2010年12月17日改訂「企業等不祥事における第三者委員会ガイドライン」によれば、同ガイドラインが対象とする第三者委員会とは、企業や組織において、犯罪行為、法令違反、社会的避難を招くような不正・不適切な行為等（不祥事）が発生した場合および発生が疑われる場合において、企業等から独立した委員のみをもって構成され、徹底した調査を実施した上で、専門家としての知見と経験に基づいて原因を分析し、必要に応じて具体的な再発防止策等を提言するタイプの委員会をいう。第三者委員会は、依頼の形式にかかわらず、企業等から独立した立場で、企業等のステークホルダーのために、中立・公正で客観的な調査を行うとされ、企業等と利害関係を有する者は、委員に就任することができないとされる。利害関係人を有する者として、顧問弁護士はこれに該当し、企業等の業務を受任したことがある弁護士や社外役員は直ちにこれに該当するものではなくケースバイケースで判断されることになろう、とされる¹¹⁾。

第三者委員会の委員の場合、会社の顧問弁護士は就任することができないとされている点で、前記（1）の独立役員に比べて、実質的には、より客観性独立性が要求されているといえる。

ウ 企業の第三者委員会の形式的な依頼者は会社（企業）であり、真の依頼者はすべてのステークホルダーであるとされる¹²⁾。しかし、第三者委員会の委員は、会社の独立役員と同様、会社との間で委任契約を締結した上で客観性独

11) 田中亘「会社法[第3版]676頁参照

12) 日本弁護士連合会弁護士業務改革委員会編「『企業等不祥事における第三者委員会ガイドライン』の解説」

立性が要求されるものであるから、「依頼者」は会社である。

これに対して、地方公共団体において、地方自治法138条の4第3項に基づき執行機関の附属機関としての第三者（調査）委員会の設置を条例で制定している例¹³⁾や、いじめ防止対策推進法14条3項の規定に基づき教育委員会の附属機関としての第三者委員会の設置を条例で制定している例があり、委員には守秘義務あるいは中立公正義務が課されている。この場合、機関の長が委員の委嘱をすることとなるが、その法的地位については、依頼者から切り離されて、中立の第三者として定められたり、みなし公務員と規定されたりするか否かにより、【類型A：双方型】か【類型B：非双方型】かが区別される。法律や条例でみなし公務員ないし中立の第三者として規定されない限り、第三者委員会の委員についての「依頼者」は会社（企業）その他委嘱者である。

第三者委員会の委員がその職務終了後に、会社の役員に対する責任追及のための損害賠償請求訴訟の訴訟代理人に就任することについては、独立役員に関する前掲最判の論理に従えば、特定訴訟行為の訴訟代理人に業務執行への従属の危険性は認められないから、これを許容することができる¹⁴⁻¹⁶⁾。

しかし、上記はあくまで委員が職務終了後に初めて依頼を受けた場合に妥当する。仮に、委員がその就任中に、会社の役員に対する損害賠償請求の訴訟代理人に就任することを意図していた場合¹⁷⁾、第三者委員会の中立公正な判断やそれに対する信用は損なわれるおそれが大きく、委員の会社に対する善管注意義務・忠実義務に違反することとなる。その場合、弁護士に求められる委員としての中立公正さは、第三者委員会の委員の客観性独立性を伴う委任契約の善管注意義務・忠実義務から導かれ、それに違反したときは、前記(1)(会社の独立役員)と同様、実質上取締役あるいは監査役個人への服属従属と捉えて、職務基本規程28条3号に違反するか、あるいは報酬名目で委員の公正な職務をおろそかにしたということをもって同規程28条4号違反となり得る¹⁸⁾。

13) 伊藤倫文「地方公共団体における第三者調査委員会について」自由と正義 Vol73No.8、23頁

このように考えると、第三者委員会委員の弁護士に求められる中立公正さは会社との委任契約の内容としての善管注意義務・忠実義務の一部として組み込まれていることから、忠実義務違反として利益相反を捉えることができる。換言すれば、弁護士が依頼者に対して忠実義務を負う場合、本来依頼者の意思や指示に反することは許されないのに対して、独立役員や第三者委員会委員の場合は、中立公正さや独立性を求めることにより依頼者である会社の個別具体的な意思や指示に従わないことをもって忠実義務違反に問われないという内容の委任契約を締結するものであり、これにより、その職務の趣旨や信頼を担保している。その点からすると、独立役員や第三者委員会委員が負う法的義務は、

-
- 14) 本村健ほか「第三者委員会・設置と運用 [改訂版]」119頁によれば、「企業等においては、企業等に生じた損害の金銭的回復を目指すことを検討することはさしつかえない。しかしながら、その検討は、委員会を組成するならば、第三者委員会とは別に関係者の法的責任追及を目的とする委員会を組成すべきである（第1部第1.1.(3)の脚注1）。なぜなら、第三者委員会は、『依頼の形式にかかわらず、企業等から独立した立場で、企業等のステーク・ホルダーのために、中立・公正で客観的な調査を行う』ものであるため（第1部第2.）、調査対象とした不祥事に関し、第三者委員会の委員や補助者が企業等の代理人として活動することは、それらの者が企業等から独立した立場であったのかにつき疑念を生じさせかねないからである。」とされる。
 - 15) 会社顧問弁護士は会社の使用人に準ずる継続的利害関係が認められる危険性があるとして独立役員の就任を認めないとする見解がある。このような見解に立ったとしても、特定の訴訟行為の訴訟代理人においては同程度の危険性は認められず、独立性は害されていないと解することができる。
 - 16) 第三者委員会の収集した証拠を不正不当に利用することの問題は、守秘義務違反等の問題であり、利益相反とは別の検討を要する。
 - 17) 会社において、第三者委員会の委員に在任中の弁護士にその後の訴訟代理人の依頼を想定していないことが前提である。会社が上記を想定しているということは考えがたいが、仮に、会社が上記を想定している場合、第三者委員会の中立公正とは名ばかりとなるので、依頼内容が内部委員会の性質にとどまることとなり忠実義務違反にはあたらない。しかし、その場合には虚偽公表ないし虚偽告知についての責任が生じることとなるが、別論である。
 - 18) 職務基本規程28条4号の適用範囲について、経済的利益の相反か否かではなく、利益相反の重大性、すなわち誠実かつ忠実な職務遂行が重大な制約を受けるか否かという実質的な基準によるべきであるとする見解があるが（蜂須賀24頁）、この見解を前提としたとしても、同条の適用を検討することは可能であると思われる。

依頼者である会社との委任契約の内容の問題に収斂され、依頼者以外（役員個人、ステークホルダー）との法的信頼関係にまではみ出して規律されるべきものではない。したがって、あえて、利益相反規制の特殊類型としての弁護士の中立公正義務を検討する必要はないものと思われる。

エ これに対して、委員の職務終了後においても訴訟代理人に就任することは許されるべきではないという考えがあり得る。

1つの考え方としては、真の依頼者をすべての利害関係人であるとして、破産管財人や遺言執行者と同列に扱うものである。しかし、破産管財人や遺言執行者の場合、調整型業務であること故に利害関係人に対して善管注意義務が法定されているのであり、これに対して、第三者委員会の委員は、依頼者である会社との委任関係の内容として独立性・中立公正さを保持するということとどまり、法律により、調整型業務を担うものとして利害関係人に対して善管注意義務を負っているものではない。第三者委員会委員の弁護士には中立公正さが求められるといっても、それは会社との委任契約の内容であることから、会社との委任契約関係に基づく善管注意義務・忠実義務の一内容をなすにとどまり、中立公正さを公表したことをもってすべてのステークホルダーに対して中立公正義務まで負うものではない。

別の考え方としては、第三者委員会の意義からすれば、委員は依頼者その他から圧力を受けないで、独立した第三者的立場から、評価・意見を述べる鑑定人であるとして、依頼者を措定しない「中立公正な第三者」と捉えることが想定される。中立の第三者の擬律については、米国とドイツの取扱いが参考になる。ABA 模範規則 1.12 条によれば、第三者の中立者として事前説明・同意がない限り、当該会社の訴訟代理人に就任することは禁じられる。ドイツ BRAO43 条 a(6) 項によれば、兼職における利益相反が問題となる。日本の場合、仮に、第三者委員会委員の法的性質について、「中立の第三者」として位置づけられると解すると、弁護士法 25 条 4 号・5 号ないし職務基本規程 5 条・6 条違反が問題となる。しかし、現在において、第三者委員会の委員は、法定されておらず、会社から依頼を受けた鑑定人であり、「中立の第三者」たる鑑定人

ではない。

オ 立法論としては、日弁連第三者委員会ガイドラインの趣旨を徹底しようとするれば、第三者委員会の委員は中立の第三者鑑定人として位置づけられることも考えられる。そのような法整備がなされたとき、弁護士の中立公正さは、弁護士法25条4号・5号ないし職務基本規程5条・6条の問題となる。

しかし、現行の制度や実務による限りは、第三者委員会委員と会社の訴訟代理人の兼任は、利益相反規制にはかからず、会社に対する善管注意義務違反・忠実義務違反と認められる個別具体的な事情があってはじめて、職務基本規程28条3号・28条4号違反が問題となる。

そして、このように考えると、前掲大阪高決において、責任調査委員会委員について、その独立性・中立性・公正性から、利益相反規制に抵触するとの判断を導いた論証は、誤りであったことが明らかとなる。

4 まとめ

【類型A：双方型】（依頼者と別の依頼者との間の利益相反）について、弁護士が複数依頼者間において中立公正さを堅持しなければならない場合や独立性・中立公正さが求められる職務を依頼されている場合について検討を加えてきた。これらは、依頼者との委任契約において中立公正さが求められているのであり、その違反は忠実義務違反として、利益相反規制である弁護士法25条1号ないし3号、職務基本規程27条1号ないし3号及び28条2号・3号等に抵触するかどうかの問題となる。この類型において弁護士に求められる中立公正さは、弁護士の依頼者に対する誠実義務・忠実義務の一内容にすぎず、あえて中立公正義務として取り上げる必要はない。

第6 【類型B：非双方型】（依頼者と他の立場や役割との間の利益相反）について、弁護士の中立公正さが問題となる場合

1 【類型B：非双方型】について

【類型B：非双方型】は、依頼者と別の依頼者との双方代理の場合ではなく、本来的な利益相反を取り扱うものではない。したがって、利益相反が顕在化・現実化していることを要件とはしない。とはいえ、【類型B：非双方型】の場合でも、利益相反と類似し、利益相反が禁止される利益や趣旨に反する場合がある。そこで、【類型B：非双方型】について、個別具体的な利益相反状況の有無という要件とは異なる規制をする必要がある。しかし、規制を及ぼすにしても、何らの基準や制度を設けずに個別具体的事例ごとに是非々の判断をしたり、あるいは、基準や制度を設けても広範に規制をしたりすることは、相当でない。そこで、各国では、【類型B：非双方型】について、それぞれ制度を定めるが、その適用範囲を巡って、過度な規制にあたらないようにする配慮が必要となり、逆に、利益相反に近似する行為を新たに規制対象とする必要性が指摘されたりするなどして、社会的背景事情や政策的見地を加味しつつ腐心をしてその改正が試みられている。

日本では、弁護士法25条4号・5号等が設けられる。同条の制定は戦前まで遡り、以来、それを引き継いだ昭和24（1949）年現行弁護士法が制定され、以後実質的な法改正は進んでいない¹⁹⁾。平成16（2004）年職務基本規程により適用範囲は拡大されたが、その後改正は行われておらず、例えば遺言執行者をめぐっては懲戒議決例など解釈運用により規制されている状況にある。

【類型B：非双方型】については、中立公正が問題となり得る場合として、①【類型Y①：規定型】（弁護士法25条4号・5号及び職務基本規程27条4号・5号）を検討するとともに、②【類型Y②：非規定型】として、いわゆる公的職務について検討を加える。

19) 弁護士法人の導入に伴い、弁護士法25条6号ないし9号が付加されたにとどまる。

2 【類型 Y ①：規定型】 弁護士法 25 条 4 号・5 号、職務基本規程 27 条 4 号・5 号（公務員、ADR の手続実施者）²⁰⁾

(1) 弁護士法 25 条 4 号・5 号の趣旨

弁護士法 25 条 4 号の趣旨については、「旧法では、範囲を広げて公務員一般を対象とし、一層弁護士事務の公正たるべきことを期し、それがそのまま本号に引き継がれている。その趣旨は、将来弁護士として事件の依頼を受けることを予定して公職にある間に事件の処理に手心を加え、あるいは公職在職中の縁故等を誇張して事件依頼者に対し過大な信用をもたせる弊害があるばかりでなく、公職の立場で取り扱った事件について立場をかえて弁護士として依頼者のためにその処理を失当として非難すること、又は反対に、公職在職中の処理にこだわって弁護士としての処理に無理をおかすことがあっては、弁護士としての品位、信用を失墜させるから、このようなことがないように配慮したものとされており²¹⁾、また、特に判事・検事等は当該事件の内容を当事者双方の面から知悉することができるため、退官後これを利用して事件を行うことは、弁護士としての品位、信用を失墜させることも考慮されたものである。」、「この中で公務員の職務執行の公正担保というのは、4 号の直接の趣旨というよりその反射的效果として認められるものと解される。」、「5 号の趣旨も 4 号とほぼ同じである」とされる²²⁾。また、職務基本規程 27 条 4 号及び 5 号の趣旨についても、同様とされる²³⁾。

もっとも、上記趣旨説明については、抽象的なものにとどまり、拡大解釈されるおそれがある。現に前掲大阪高決は、会社の責任調査委員会の委員について拡張ないし類推適用している。そこで、これらの規定の趣旨について今一度

20) 本稿では、解説の定義に従う。解説 86 頁によれば、ADR とは、仲裁法に定める仲裁人、仲裁廷や ADR 基本法に基づき認証を受けた紛争解決機関のほか、広く裁判外の紛争解決手続機関をいい、手続実施者とは、仲裁手続の仲裁人、斡旋手続の斡旋員等紛争を解決するために中立的公平な立場で手続に参与する者をいう。

21) 矢野邦雄「判批」『最高裁判所判例解説民事篇昭和 42 年度』（法曹会、1973 年）96 頁

22) 条解 202 頁

23) 解説 77 頁

敷衍して更なる類型化を検討する必要がある。

(2) 沿革

弁護士法25条4号は、ドイツの弁護士法を継受している。1878年ドイツ弁護士法RAO31条によれば、弁護士は裁判官として裁判に関与した事件の依頼を受けることを禁じており、明治26(1893)年旧々弁護士法14条は、判事検事奉職中取り扱いたる事件について職務を禁じていた。これは主として弁護士となる資格を有する裁判官検察官がその職にあった当時職務上取り扱った事件について、退官後弁護士として、これに関与することを禁ずるものである²⁴⁾。昭和8年(1933)年旧弁護士法24条は、公務員として職務上取り扱った事件と仲裁事件により仲裁人として取り扱った事件を対象を拡げた。ドイツ弁護士法BRAO45条(1)項1号a)・b)は、弁護士法25条4号・5号とほぼ同一の規定である。その後、平成16(2004)年職務基本規程が制定され、同規程27条5号は、仲裁人以外に、「仲裁、調停、和解斡旋その他の裁判外紛争解決手続機関の手続実施者」を主体に加えた。

(3) ドイツと米国との比較

ドイツ及び米国の規定は概要以下のとおりである。

	ドイツ (BRAO)	米国 (ABA 模範規則)
公務員 (検察官)	45条(1)①a) 公的機能行使の関与が弁護士の独立性に影響、受任後含む、免責条項なし	1.11条 組織内弁護士の利益相反の特別規定 受任後含む、例外規定あり
裁判官	45条(1)①a) 同上	1.12条 中立の第三者 受任後含む、免責条項あり
仲裁人	45条(1)①b) 同上	1.12条 同上
ADR 手続実施者	45条(1)①b) ③、43a ④⑥ 組織内での活動が弁護士の独立性に影響	1.12条 同上

24) 福原忠男「弁護士法解説(5)」日本弁護士連合会会誌第1巻第8号(昭和25年)30頁

ア ドイツの場合（BRAO）

ドイツの場合、利益相反規制の趣旨を主に弁護士独立性を侵害するものとして把握する。そして、弁護士が他の業種を兼ねるとき、公務員、裁判官の場合、公的機能の行使に関与していることから、同一事件について、弁護士は独立性（とりわけ公的機能介入からの独立性）を損なうおそれがあることを理由に、その職務活動が禁止されている。公務員でなければ得られない内部情報を私的利益のために利用することを防ぐことも趣旨の一つである^{25,26)}。弁護士の独立性は依頼者の利益以外に弁護士の職務執行の公正、弁護士の品位と信頼を害することから、免責事由を設けられていない。また、公務員でない者のうちADR手続実施者については、他の業種を兼ねることにより弁護士の独立性を損なうおそれがあることから、活動禁止が規定されている。

イ 米国の場合（ABA 模範規則）

米国の場合は、公務員には利益相反規定が適用されるが、弁護士の事務所間移動促進のため政策的に特別規定としてABA模範規則1.11条を設けている。利益相反を検討することから、免責事由（関係者の同意）が設けられている。紛争解決機関の中立の第三者を担うとき、弁護士の典型的な代理業務とは異なることから、特別の規定としてABA模範規則1.12条を設けている。同条は紛争解決機関及び手続主宰者等の公正及び当事者その他からの信頼の確保の目的とするとともに、中立の第三者が当事者から提出された情報を使用して相手方当事者には不利益を被らせないことを趣旨とする。したがって、中立の第三者はその役割が終了した後であっても、中立公正義務が課せられる²⁷⁾。

ウ 日本の場合

日本の場合、ドイツ型の制度と米国の制度が混在している。したがって、一

25) 矢野96頁では、情報利用の防止を謳っている

26) なお、BRAO45条(1)①号c)は「公証人」を対象とする。公証人は、国家的権限を有し弁護士の独立性を損なうおそれがあるとともに、法的紛争及び取引において中立公正である必要があり弁護士の当事者に対する忠実義務とは相容れないことを根拠とする（Anwaltliches Berufsrecht, 3.Aufl.2020, 786）。

般論として、ドイツのように弁護士を司法行政の独立機関として位置づけることに重きを置くのか、米国のように依頼者の利益を忠実に代理することに重きを置き第三者の立場とは一線を画すのか、いずれの考え方もあり得るところである。

(ア) 公務員については、弁護士法25条4号がドイツの弁護士法を継受していること、現行弁護士法25条4号・5号と現行ドイツ弁護士法 BRAO45条 (1)項1号 a)・b) がいずれも公務員・仲裁人を主体としており近似していることから、ドイツ弁護士法の趣旨に準じて把握すべきである。裁判官や検察官その他公務員が公的機能を行行使した場合、事後、同一事件について、弁護人として職務を行うことは、弁護士の独立性が害されるという趣旨があてはまると思われる。

これに対して公務員の職務の中立性をもって説明する考え方も想定し得る。確かに、公務員は行政の中立や全体の奉仕者性から職務の中立性が導かれたいではない。しかし、例えば、検事については、時の政権と距離を置くという意味でその中立が指摘されるものの²⁸⁾、刑事手続においては検察官として訴訟当事者である。他の公務員についても、一般に、政治的中立性は要求されるが(最大判昭和49.11.6刑集28.9.393、最大判平成10.12.1民集52.9.1761、最二判平成

27) 弁護士がADRの手続実施者として中立の第三者を務める場合、党派的な「依頼者」を代理するのではなく、むしろすべての当事者に奉仕し、紛争解決手続のすべての当事者に対して公正であるべき義務を負い、当事者と手続に関して代理人とは異なる義務と責任を遂行する(CPR-GEORGETOWN COMMISSION ON ETHICS AND STANDARDS IN ADR, Model Rule for The Lawyer as Third-Party Neutral(Nov 2002)6)。

28) 司改審意見書89頁「検察官は、公益の代表者として、犯罪捜査(事件処理の適正化のための警察等第一次捜査機関に対する指示・指揮を含む)、公訴の提起(検察官は、公訴提起の権限を有する唯一の国家機関であるとともに、公訴提起・維持に十分な犯罪の嫌疑等がある場合でも、犯罪者の改善更生等の観点から総合的に判断して公訴提起を行わないこともできる)、公訴の維持・遂行、刑事裁判の執行の監督等の権限を行使することを任務とし、特に刑事に関して極めて重大な職責を負っている。刑罰権の適正な実現や刑事司法に対する国民の信頼を確保するために、検察官は、これらの権限を常に厳正かつ公平に行行使することが求められている。」

24.12.7 刑集 66.12.1337)、「事件の同一性」という視点でみると、行政機関は各種行政訴訟事件においては訴訟当事者であるから、行政機関に携わる公務員は当事者として関与する。そうすると、弁護士法 25 条 4 号が公務員まで上げた趣旨について、公務員の職務の中立性をもって全てを捕捉することはできない。むしろ、公務員の公的機能の行使と私的利益の追求との矛盾対立を利益相反類似のものと捉えるべきである。

(イ) 仲裁人²⁹⁾や ADR 実施者³⁰⁾について、中立の第三者であることが理由とされる。ここでは、旧旧弁護士法が裁判官を主体とし、旧弁護士法が仲裁人及び公務員（裁判所書記官等）に上げ、さらにその後職務基本規程（27 条 5 号）が ADR 手続実施者まで上げた経緯に着目する必要がある。裁判官及び仲裁人は判断権者として実質的正義を貫くため中立・公正・独立が要請され、あわせて手続的正義の観点から中立公正が要請される³¹⁾。しかし、ADR 手続実施者については、必ずしも判断権者ではないから、専ら手続的正義の観点からの

29) 弁護士法 25 条 5 号にいう仲裁人は公務員ではない。仲裁人は、1877 年ドイツ ZPO 第 10 編仲裁裁判官の手続規定をうけて明治 23（1890）年民事訴訟法第 8 編仲裁手続の規定に取り入れられたものであり、その後、平成 16（2004）年仲裁法が制定されてその中に取り込まれている。仲裁手続と訴訟手続とは、民事上の紛争の解決を第三者に委ねてその判断に服するという点で共通するが、訴訟手続が裁判官による判断であるのに対し、仲裁合意に基づき当事者の合意により選任される仲裁人による判断である点が異なる。そして、仲裁人には、裁判官と同様忌避の制度があり、「公正性又は独立性を疑うに足りる相当な理由があるとき」等の事由が定められ、就任時には、「自己の公正又は独立性に疑いを生じさせるおそがある事実の全部を開示しなければならない。」とされる（仲裁法 18 条）。このように、仲裁人は、裁判官が司法の分野における法律上の紛争解決機関として中立公正を求められるのと同様、それに準じて、中立公正を求められる。なお、条解 229 頁によれば、弁護士法 25 条 5 号の趣旨は、弁護士法 25 条 4 号とほぼ同じであるとされており、仲裁手続における「仲裁廷には、当該事件の内容を当事者双方あるいは証人等によって知悉することができる権限（仲裁法 32 条・34 条・35 条）が与えられており、仲裁人はその構成員であるから、裁判官に準ずる立場にある者として、本条 4 号における場合と同様の趣旨のもとに本号が設けられたものであって、旧々法から同様の規定がある。」とされる。確かに、仲裁人は裁判官と同様当事者双方からの秘密情報を知り得る立場にあるが、それにより中立公正さが求められるというより、むしろ、司法機関として中立公正さが求められると説明するのが直裁である。

中立公正独立が重視されることとなる。紛争を第三者が介入して解決するという手続においては、手続的正義が要請され、第三者には中立性・公平性が要請される³²⁾。したがって、ここに共通するのは、手続的正義の観点からの中立公正の要請である。そのように考えると、弁護士法25条4号・5号及び職務基本規程27条4号・5号が裁判官、仲裁人、ADR手続実施者を主体としているのは、ABA模範規則1.12条の趣旨と合致し、同条が「中立の第三者」を主体としていることと近似する³³⁾。もっとも、日本の場合は、免責条項が設けられていないが、それは米国のように依頼者の保護を重視するものではなく、弁護士の職務執行の公正の確保、弁護士の品位と信用の確保についても重要であると考えられているからである。

30) 裁判外紛争解決手続機関(ADR)の手続実施者については、裁判外紛争解決手続の利用の促進に関する法律2条2号に規定され、同法3条によれば、基本理念として、「裁判外紛争解決手続は、法による紛争の解決のための手続として、紛争の当事者の自主的な紛争解決の努力を尊重しつつ、公正かつ適正に実施され、かつ、専門的な知見を反映して紛争の実情に即した迅速な解決を図るものでなければならない」と規定される。また、同法6条によれば、業務認証の基準として、手続実施者が紛争の当事者と利害関係を有することその他の民間紛争解決手続の公正な実施を妨げるおそれがある事由がある場合において、当該手続実施者を排除するための方法を定めることが求められ、また、手続実施者が業務に関し知り得た秘密を確実に保持するための措置を定めることが求められている。この点に関して、解説86頁によれば、「裁判以外の紛争の解決手段は、仲裁手続に限られない。また、裁判外紛争手続の利用の促進に関する法律(平成16年法律第151条。以下「ADR基本法」という)が成立したことから、今後は紛争の解決手続として、裁判外紛争解決手続(ADR)が広く利用されることが見込まれる。本条5号にいう「裁判外紛争解決手続機関」とは、仲裁法に定める仲裁人・仲裁廷やADR基本法に基づき認証を受けた紛争解決機関のほか、広く裁判外の紛争解決手続機関を指すものと解される。」「本条5号の「手続実施者」とは、仲裁手続の仲裁人、調停手続の調停委員、斡旋手続の斡旋員等紛争を解決するために中立的公平な立場で手続に参加する者をいう。」とされている。このように、ADRの手続実施者は、裁判官、仲裁人と同様、司法ないし司法に準じる分野における法律上の紛争解決機関として中立公正が求められる。

31) 裁判官においても中立公正は多義的であることを示すものとして、田中成明19頁、高橋省吾「『裁判官の倫理』について」(山梨学院ロー・ジャーナル、2016年)26頁、堂英洋「人事訴訟における参与員関与の実情」(ケース研究339号、2020年)78頁

32) 田中成明21頁

（ウ） 類型化

以上のとおり、弁護士法25条4号・5号ないし職務基本規程27条4号・5号の趣旨はドイツと米国の影響を受けて、二元的に類型化して捉えるべきである。

検察官など公務員については、特定の事件について公的機能を行使しているのであり、それにもかかわらずその後弁護士として同一事件について職務を行うことは、弁護士の独立性が損なわれることになるので、職務活動が禁止される。公務員の場合は当事者の立場で関与したのか第三者の立場で関与したのかを問わない。

これに対して、仲裁人やADR 手続実施者は、紛争解決に介入する第三者の立場として関与することにより、手続的正義の観点からその中立公正の維持が要請されることとなるので、弁護士として同一事件について職務を行うことは禁止される。この場合は「中立の第三者」であることを要する。

裁判官は、いずれの趣旨についてもあてはまる。また、公務員にあっても、行政ADRに携わる場合には、いずれの趣旨についてもあてはまる。

このように二元的に類型化して捉えると、25条4号・5号ないし職務基本規程27条4号・5号が適用される主体は、公的機能を行使する公務員、あるいは中立の第三者であることを要し、かつ、限定されると解すべきである。

（エ） その他の適用要件について

事件の同一性は、弁護士法25条1号と同義であり、必須の要件である。そして、同条を適用するには、25条1号・2号にいう忠実義務違反と同価値であることを要する。

そのため、「公務員、仲裁者及びADR 手続実施者が取り扱った」といえるためには、その関与の度合いについて、少なくとも公務員、仲裁者及びADR 手続実施者がその個人々人において実質的に関与したことを要すると解され

33) ABA 模範規則 1.12 条は、取引の取次ぎ・仲介についても適用されるとするが、日本の場合、例えば、弁護士の不動産仲介は宅地建物取引業法により禁止されていることから、日本では取引の取次ぎ・仲介を想定しにくい。ABA 模範規則 1.12 条は、取引の取次ぎ・仲介を除けば職務基本規程 27 条 5 号と重なり合う。

る³⁴⁾。ABA 模範規則 1.11 条及び 1.12 条の各要件を参考にして、公務員、仲裁者及び手続実施者がその個々人において実質的に関与をすること、具体的には「決定、承認、不承認、勧告、助言、調査またはその他の行為」³⁵⁾を要すると解すべきである。

本条は依頼者を指定していないから、利益相反が顕在化していることは要件ではない³⁶⁾。しかし、関与の度合いや利益相反状況を考慮要素として、実質的に弁護士法 25 条 1 号にいう忠実義務違反と同価値とはいえない特段の事情がある場合には、弁護士法 25 条 4 号違反が否定されると解される³⁷⁾。

(4) 従来議論や前掲大阪高決について

従来議論は、「依頼者」でない「第三者」について、網羅的に、中立公正が要請されるかどうかを検討していたように思われる。しかし、前記のように弁護士法 25 条 4 号・5 号の趣旨を二元的に捉えた場合、公務員であるか、あるいは「中立の第三者」(紛争解決手続機関の手続実施者)である場合に適用され、それ以外の場合に拡大適用ないし類推適用することはできない³⁸⁾。

前掲令和 4 年 6 月 27 日最決のとおり、責任調査委員会の委員は、公的機能を行使する公務員ではないし³⁹⁾、また、手続的正義を要請される紛争解決実施機関における手続実施者でもない。よって、弁護士法 25 条 4 号・5 号は適用(類

34) 条解 225 頁。福原 30 頁によれば「何等かの形で本人の意思がその事件の処理等に関連を持ったのはこれに含まれる」とされる。

35) Annotated Model Rules of Professional Conduct Ninth Edition by Center for Professional Responsibility (Author) 2019.211

36) 京都地決昭 51.9.9 判タ 351.340

37) 横浜地決昭 63.2.8 労判 525.72 は、地労委の公益委員である弁護士が自ら関与した救済申立事件に対してなされた救済命令の取消訴訟につき、地労委の訴訟代理人として行為をした事案について、労働委員会の立場に立って労働委員会の判断の正当性を主張することであることなどを理由として弁護士法 25 条 4 号に反しないとしている。適用除外の事例として参考になるが、実質的に関与している以上、適用除外の結論に反対する。

38) 公証人については、弁護士法 25 条 4 号の適用があるとされるが(条解 225 頁、東京高判昭 46.3.9 判タ 264.351)、BRAO45 条(1)項 1 号 c) のように明文化すべきである。

推適用）されるべきではない。

(5) 誠実義務との関係について

以上のとおり、弁護士法25条4号・5号については二元的に類型化して捉えるべきであるが、ここで誠実義務との関係について検討する。

ア 公務員の場合

弁護士が公務員として取り扱った同一の事件について職務を行うことは、公務員として公的機能の行使に関与していることから弁護士の独立性を損なうおそれがあること、公務員でなければ得られない内部情報を私的利益のために利用して相手方当事者に不利益を被らせるおそれがあることから、弁護士法25条4号はこれを禁じている。

なお、近時弁護士の職域が拡大され、行政内部において法律専門職のニーズが高まり、任期付き職員などの採用が増えてきており⁴⁰⁾、弁護士との兼業が許可される場合が多くなっている⁴¹⁾。そのような場合、公務員と弁護士との二重の立場が認められ、公務員である弁護士については、弁護士法が適用され、公務員の職務について誠実義務を負う。そして、誠実義務の内容として公務員の適正な服務規律⁴²⁾を含めることになる。

そうすると、弁護士公務員は在任中から少なくとも公務員に求められる誠実義務を負う。これに対して非弁護士公務員は在任中弁護士の誠実義務を負わな

39) 仮に、監査役の委嘱した責任調査委員会の結論により監査役の意思決定が事実上拘束されて会社（監査役）が元役員に対する損害賠償請求訴訟を提起するという仕組みがとられていたとすると、責任調査委員会は、あたかも弁護士懲戒手続における綱紀委員会としての機能を有しているともいえる。しかし、綱紀委員会委員はみなし公務員であるから（弁護士法71条の3第3項）、弁護士法25条4号にいう「公務員」にあたるが、責任調査委員会の委員は、あくまで監査役からの委嘱にすぎず、公務員ではない。

40) https://www.nichibenren.or.jp/legal_info/legal_apprentice/sosikinai.html、弁護士法30条改正（2004年4月1日施行）により弁護士の公務就任制限が撤廃された。

41) 国家公務員法103条、104条、地方公務員法38条

42) 国家公務員法96条以下、地方公務員法13条以下

い。しかし、弁護士公務員であると非弁護士公務員であると問わず、弁護士として活動する際に、公務員在任中の公的機能の行使に相容れない職務を行わないようにする誠実義務を負う。これらの誠実義務に違反して忠実義務違反と同価値の状況を作成したとき、弁護士法25条4号・5号等に抵触することとなる。

イ 中立の第三者の場合

弁護士が中立の第三者として取り扱った同一の事件について職務を行うことは、紛争解決機関及び手続主宰者等の公正や当事者その他からの信頼を損なうおそれがあること、中立の第三者でなければ得られない情報を使用して相手方当事者に不利益を被らせるおそれがあることから、弁護士法25条4号・5号はこれを禁じている。

中立の第三者が弁護士である場合、二重の立場が認められ、弁護士には弁護士法が適用され、法1条2項により弁護士は「誠実に」中立の第三者の職務を行う。この場合の弁護士の誠実義務は、依頼者を措定していないことから依頼者に対する忠実義務は観念されない。弁護士の誠実義務は、高度な善管注意義務であるが、その職務に求められる中立公正さを内実とする。中立公正さの求められる第三者の立場と代理人の立場は相容れないことから本来的な利益相反と近似するし、両立場を兼任することは中立公正な職務に対する信頼を損ない、また、中立の第三者が当事者から提出された情報を使用して相手方当事者には不利益を被らせるおそれが高く、利益相反の趣旨に反することとなるから、ここに忠実義務違反と同価値性が認められる。これにより、中立の第三者に求められる中立公正さは、中立公正義務として、弁護士法1条にいう誠実義務の内容をなす。

これに対して中立の第三者が非弁護士の場合、誠実義務を負うものではない。しかし、中立の第三者が弁護士であると非弁護士であると問わず、弁護士として活動するに際して、同一事件において一方の当事者の代理人に就任するなどすれば、中立の第三者弁護士が在任中に当事者の代理人を兼任するのと同様に、本来的な利益相反と近似し、利益相反の趣旨に反することとなり、忠実義務違反と同価値の状況を作成することとなるから、誠実義務違反が問われる。

論説（森田）

以上から、中立の第三者に求められる中立公正義務は弁護士法1条2項の誠実義務の内容となる。

もっとも、利益相反の適用場面でいえば、25条4号・5号の解釈適用の問題に収斂されるから、あえて、弁護士の中立公正義務という概念を持ち出して一般条項（弁護士職務基本規程5・6条など）の解釈適用をする必要はない。

【付記】本稿は、科学研究費補助金・基盤研究 C「弁護士の中立公正義務の理論的分析」（課題番号 22K01273）の研究成果の一部である。

（もりた・けんすけ 筑波大学ビジネスサイエンス系教授）

双方可罰性の原則と罪刑法定主義

渡 邊 卓 也

- I 問題の所在
- II 法律主義とその例外
 - 1 法律主義の趣旨
 - 2 法律主義の例外
- III 域外適用の正当化
 - 1 正当化の論理
 - 2 比較の基準
- IV 結語

I 問題の所在

本稿では、刑法に双方可罰性の原則を導入した場合の、罪刑法定主義との抵触問題について検討する。国境を越える犯罪については、国内犯処罰規定の国外への適用拡大や、国外犯処罰規定の新設ないし対象犯罪の拡大による対処が求められる（以下、これらを併せて「刑法の域外適用」という）。しかし、別稿において検討したように¹⁾、刑法の域外適用は、適用を及ぼされる者の納得を得られない可能性がある。すなわち、それは、一方では、適用される規範の民主的正統性に疑いがあるという意味で、罪刑法定主義の民主主義的要請に関係し、他方では、当該規範を意識していない者に不意打ちの処罰をもたらしかねないという意味で、罪刑法定主義の自由主義的要請に関係する。

1) 渡邊卓也「刑法の域外適用と罪刑法定主義」『公法・人権理論の再構成 後藤光男先生古稀祝賀』（成文堂、2021年）223頁以下参照。

このうち本稿では、民主主義的要請との関係で、罪刑法定主義との抵触問題について検討する。刑法の域外適用は、犯罪地国における民主的決定を経ていないという意味で、罪刑法定主義に反するように思われる。例えば、ドイツでドイツ人が日本人を殺害した場合には、消極的属人主義に基づく規定（刑法3条の2）によって殺人罪（刑法199条）の適用を認め得るところ、その正統性が問われる。確かに、ドイツにも殺人を処罰する規定は存在し（ドイツ刑法211条、212条）、それはドイツ国民の代表によって法定されている。しかし、ここでは、犯罪地国であるドイツではなく、日本の刑法が適用されるのであって、当該規定は、ドイツにおける民主的決定を経ていない。

この問題は、双方可罰性の原則を導入することで、解決し得るように思われる。同原則の導入により、自国の処罰規定と犯罪地国の処罰規定とを比較する作業を通じて、犯罪地国の代表による民主的決定を経たことを担保し得るから、民主主義的要請との関係で、罪刑法定主義との抵触を回避可能となろう。もっとも、その具体化としての法律主義が憲法上の要請であるとするれば、このような解決が憲法に反しないかを慎重に検討する必要がある。すなわち、この場合にも自国の「法律」が適用される以上、形式的には、法律主義に反しないとしても、その内容が犯罪地国の処罰規定によって制約されるのであれば、実質的には、法律主義に反するともいえるからである。

そこで以下では、まず、法律主義が如何なる趣旨で要請され、また、その例外とされる諸制度が如何なる根拠で許容されているのかを確認する。次に、その根拠に照らして、双方可罰性の原則により域外適用を正当化し得るかを論じる。以上を通じて、刑法の域外適用と罪刑法定主義との抵触問題について、さらなる検討を加えることとする。

II 法律主義とその例外

1 法律主義の趣旨

罪刑法定主義とは、如何なる行為に対して如何なる刑罰を科すのかは、予め法律に規定しておかなければならない、という原則である。それは、法律主義

と事後法の禁止として具体化されるが、前者の条文上の根拠は、一般に、「何人も、法律の定める手続によらなければ、……刑罰を科せられない」とする規定（憲法31条）に求められる²⁾。しかし、同条が「手続」と規定することから、実体法に係る原則の根拠とはならないとの批判もある。そこで、例えば、国会を「国の唯一の立法機関」とする規定（憲法41条）や³⁾、政令に「罰則」を定め得るとする規定（憲法73条6項）に根拠を求める見解もあるが⁴⁾、いずれにしても⁵⁾、法律主義が憲法上の要請であること自体に争いはない。

この法律主義は、例えば、「国民の権利を剥奪する刑罰に関する定めは、国民の意思に基づかなければならない」ことに根拠があると説明される⁶⁾。すな

- 2) 最大判昭和37・5・30刑集16・5・577も、条例上の罰則について、「憲法三一条の意味において法律の定める手続によつて刑罰を科するもの」とする。評釈として、林修三「判批」自治研究第三十八卷第八號（1962年）3頁以下、S・H・E「判批」時の法令481号（1962年）42頁以下、阿部照哉「判批」法律論叢第73巻第2号（1963年）135頁以下、金子芳雄「判批」法學研究第三十六巻第四号（1963年）97頁以下、小島和司「判批」芦部信善編『憲法判例百選』（有斐閣、1963年）259頁以下、脇田忠「判解」最高裁判所判例解説刑事篇昭和三十七年度（1969年）151頁以下、深瀬忠一「判批」雄川一郎編『行政判例百選Ⅰ』（有斐閣、1979年）110頁以下、山内一夫「判批」成田頼明＝磯部力編『地方自治判例百選』（有斐閣、1981年）32頁以下、園部逸哉「判批」樋口陽一編『憲法の基本判例』（有斐閣、1985年）204頁以下、和田英夫「判批」芦部信善＝高橋和之編『憲法判例百選Ⅱ（第二版）』（有斐閣、1988年）436頁以下、成田頼明「判批」塩野宏＝小早川光郎編『行政判例百選Ⅰ（第三版）』（有斐閣、1993年）222頁以下、大隈義和「判批」樋口陽一＝野中俊彦編『憲法の基本判例第二版』（有斐閣、1996年）216頁以下、長谷部恭男「判批」磯部力ほか編『地方自治判例百選〔第三版〕』（有斐閣、2003年）54頁以下、西浦公「判批」高橋和之ほか編『憲法判例百選Ⅱ〔第5版〕』（有斐閣、2007年）488頁以下、鷗澤剛「判批」磯部力ほか編『地方自治判例百選Ⅰ〔第4版〕』（有斐閣、2013年）50頁、村田尚紀「判批」長谷部泰男ほか編『憲法判例百選Ⅱ〔第7版〕』（有斐閣、2019年）448頁以下、高橋雅夫「判批」齊藤誠＝山本隆司編『行政判例百選Ⅰ〔第8版〕』（有斐閣、2022年）84頁以下。
- 3) 宮川基「罪刑法定主義の憲法上の根拠規定」東北学院法学第68号（2009年）59頁以下、松井茂記『日本国憲法 第4版』（有斐閣、2022年）271頁、493頁。なお、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、2013年）17頁。
- 4) 美濃部達吉『新憲法概論』（有斐閣、1947年）111頁、佐伯千仞『刑事裁判と人権』（法律文化社、1957年）76頁。なお、田中英夫「憲法第三一条（いわゆる適正手続条項）について」山本桂一ほか『日本国憲法体系 第八巻 基本的人権Ⅱ』（有斐閣、1965年）190頁。

わち、「何を犯罪とし、それをいかに処罰するか」について「国民みずからが民主的に決定」したといえるからこそ⁷⁾、「害悪付与にほかならない」はずの刑罰であっても、（罪を犯した）「国民が受容」せざるを得ないのである⁸⁾。このように、法律主義の根拠は、「何が犯罪かは国民が決定するという民主主義の原理にある」といえるから⁹⁾、その本質は、罪刑法定主義の民主主義的要請に求められよう。そして、法律主義が機能することで、刑法の適用を及ぼされる者にとって、民主的正統性が担保されることとなる。

ところで、我が国においては、「法律」とは国会制定法をいい、「国民」の代表たる国会議員による議論を経て立法されることで、その正統性の担保が図られる。すなわち、「国民の利害に重大な関わりをもつ刑法の内容については、民主主義的要請として、国民自身が（その代表者を通じて）国会で決めなければならない」のである¹⁰⁾。この点、「議会制民主主義の思想」により「刑罰法規は国民自身が議会を通じて決定しなければならない」ことに法律主義の根拠を求める見解もある¹¹⁾。ここでは、議会制民主主義という制度との関係で法律

-
- 5) 相川貴文「条例による罰則制定権」帝塚山大学教養学部紀要第五十三輯（1998年）6頁以下は、これらの規定や「憲法13条の規定などを総合して考えれば、憲法31条を根拠としなくても、憲法が罪刑法定主義を採用していることは疑いが無い」とし、大石眞『憲法概論Ⅱ』（有斐閣、2021年）148頁も、「むしろ憲法が当然に予定するところとみるべき」とする。
 - 6) 松原芳博『刑法総論〔第3版〕』（日本評論社、2022年）27頁。同旨、同「罪刑法定主義と刑法解釈」曾根威彦＝松原芳博編『重点課題 刑法総論』（成文堂、2008年）2頁、伊藤亮吉『刑法総論入門講義』（成文堂、2022年）20頁。
 - 7) 大谷實『刑法講義総論 新版第5版』（成文堂、2019年）53頁。
 - 8) 橋本正博『法学叢書 刑法総論』（新世社、2015年）12頁。
 - 9) 山口厚『刑法総論〔第3版〕』（有斐閣、2016年）12頁。浅田和茂『刑法総論〔第2版〕』（成文堂、2019年）43頁も、「国民が自らの自由の制限を自ら定めるという自律性の意味で、民主主義的要請である」とする。
 - 10) 井田良『講義刑法学・総論〔第2版〕』（有斐閣、2018年）34頁以下。同旨、葛原力三ほか『テキストブック刑法総論』（有斐閣、2009年）〔安田拓人〕10頁、西田典之（橋爪隆補訂）『刑法総論 第三版』（弘文堂、2019年）46頁、亀井源太郎ほか『刑法Ⅰ総論』（日本評論社、2020年）〔小池信太郎〕241頁。

主義の根拠が論じられているともいえるが、その本質は、制度自体ではなく、「法律」の制定手続きにおける民主的正統性にあるといえよう¹²⁾。

いずれにしても、これらの説明は、犯罪の主体たる行為者が自「国民」である場合に、自国の刑法を適用する場面を想定している。しかし、これらの説明によると、例えば、日本国内でドイツ人がドイツ人を殺害した場合は、日本「国民」が罪を犯していない以上、日本刑法の適用が認められないことになりかねない。この点、例えば、刑法の適用に係る基本原則とされる属地主義の原則によれば、自「国民」に限らず、「国内において罪を犯したすべての者」に対して自国刑法が適用される（刑法1条）。ここでは、行為者が属する国（例えば、ドイツ）の「国民」の代表ではなく、犯罪地国（日本）の「国民」の代表による決定を経たことが、適用を許容すべき理由となっている。

これを、刑法の適用を及ぼされる者との関係で正当化するためには、当該刑法の立法者は、犯罪地国の「国民」の代表というよりも、犯罪地国内に「所在する者」の代表であると解すべきこととなろう。確かに、我が国において、外国人に選挙権や被選挙権は認められておらず（公職選挙法9条、10条）¹³⁾、その意味で、国会議員は、国内に所在する者すべての代表とはいえないかも知れない。しかし、旅行者などの短期滞在者の存在を想起すれば明らかのように、罪を犯した時点で国内に所在する者すべてを、即時に選挙人名簿に登録することは不可能である¹⁴⁾。それゆえ、仮に外国人に選挙権等を認めたとしても、そ

11) 高橋則夫『刑法総論 第5版』(成文堂、2022年) 37頁以下。

12) 例えば、内藤謙『刑法講義総論(上)』(有斐閣、1983年) 20頁は、「国家刑罰権が国民の合意(意思)に由来するという意味で、『国民主権主義』を根拠とし、また、その決定が国民の代表である議会によってなされるという意味で、制度としての『代表制民主主義』を根拠とする」とし、伊藤涉ほか『アクチュアル刑法総論』(弘文堂、2005年)〔鎮目征樹〕12頁も、法律主義の根拠は「何が犯罪かは国民が決定するという民主主義の原理にある」としつつ、9頁では、「国民に刑罰を科すことができるのは選挙で選ばれた国民の代表者のみということ」にも根拠を求めるが、その本質は、いずれも前者に求めるべきであろう。なお、関哲夫『刑法総論 第2版』(成文堂、2018年) 22頁以下は、「国民主権主義のもと国家刑罰権のありようを最終的に決定するのは、主権者たる国民のはずだから」こそ、「間接的ではあっても国民が自ら決定できる手続きを確保していくべき」とする。

の権利行使は一定限度で制限されざるを得ない。

選挙権等を付与するために、国籍の取得まで要求するのか、一定期間以上の居住実態で足りるとするのかは一つの問題だが、いずれにしても、権利行使までには時間がかかる。また、そもそも日本国民でも18歳未満の者に選挙権等は付与されていないし、ある規定の制定後に生まれた者は遡って当該規定の制定に至る選挙権等を行使し得ない。このように、ある規定の制定に至る選挙との関係で権利を行使し得なかった者にも当該規定が適用され得ることからすれば、その正統性を具体的な権利行使の可能性と結び付けることはできない。それゆえ、国内に所在する外国人に選挙権等が認められていないことをもって、直ちに刑法の民主的正統性が失われると解すべきではないであろう。

このように、法律主義は、「罪を犯した」場所（国）に所在する者の代表による民主的決定を経たことで、充足されると考えられる。もっとも、刑法の域外適用は、適用される（自国の）処罰規定が当該決定を経ている点で、法律主義の要請を充たさないから、その例外を認める論理が必要となる。

13) 憲法上も、「公務員を選定し、及びこれを罷免することは、国民固有の権利である」（憲法15条1項）とされる。この点、地方選挙については、外国人「住民」（憲法93条2項参照）にも選挙権等を付与し得るとする立場が有力であるが（最三小判平成7・2・28民集49・2・639参照）、国政選挙についても、定住ないし永住の外国人に選挙権等を付与し得る（すべき）とする見解もある。例えば、内野正幸『憲法解釈の論理と体系』（日本評論社、1991年）84頁、江橋崇「外国人の参政権」『現代立憲主義の展開上』（有斐閣、1993年）199頁、奥平康弘『憲法Ⅲ』（有斐閣、1993年）61頁、浦部法穂「『外国人の参政権』再論」憲法理論研究会編『人権理論の新展開』（敬文堂、1994年）47頁、同『憲法学教室 第3版』（日本評論社、2016年）546頁、後藤光男『共生社会の参政権』（成文堂、1999年）130頁、165頁、同『永住市民の人権』（成文堂、2016年）71頁、145頁、153頁以下、辻村みよ子『市民主権の可能性』（有信堂高文社、2002年）249頁、渋谷秀樹『憲法 第3版』（有斐閣、2017年）124頁、高橋和之『立憲主義と日本国憲法 第5版』（有斐閣、2020年）99頁。

14) なお、江藤隆之「条例による罰則制定の批判的検討」桃山法学26号（2017年）4頁、16頁は、条例の民主的正統性への疑問として、「越境通勤通学者など」の「民主的手続きに参加していない滞在者が多い」ことを挙げる。同・32頁以下参照。この点、柳瀬良幹『人権の歴史』（明治書院、1949年）190頁以下は、「外国人といえども日本国内に入つて來るときは當然に日本の法律の適用を受け」る以上、「特に何も怪しむにたるものではない」としていた。

2 法律主義の例外

上述のように、法律主義は憲法上の要請とされるが、「かならずしも刑罰がすべて法律そのもので定められなければならないとするものではなく」¹⁵⁾、例えば、「特にその法律に委任がある場合」(特定委任)には、政令に「罰則」を定め得る(憲法73条6号但書)¹⁶⁾。また、「法律の範囲内」で条例を定め得ることを前提に(憲法94条)、「法律」に定められた条件で罰則を定め得るとされてきた(地方自治法14条3項)¹⁷⁾。すなわち、憲法は、「法律」以外に処罰規定を定める余地を排除していないと解されているが¹⁸⁾、これらの場合に、法律主義の例外を認める実質的根拠が問題となる。そして、同様の根拠があれば、これらの場合以外にも例外を認め得るともいえそうである。

そこで、まず、政令に罰則を定め得る実質的根拠について検討する。政令とは、内閣が発する命令をいう。我が国においては、大臣の過半数が国会議員の中から選ばれるのだとしても(憲法68条1項)、国民が直接に内閣構成員を選ぶことはできないから、政令の民主的正統性について疑問がない訳ではない。しかし、上述のように、特定委任が条件とされることで、罰則を定める場合の裁量の余地が狭められている。すなわち、このような「法律の授権」があることで¹⁹⁾、政令上の罰則の統制を「法律」により行うことが可能であるから、たとえ「法律」の形式で規定されていなくとも、実質的観点から、その民主的正統性に問題はないと説明される²⁰⁾。

15) 前掲注(2)最大判昭和37・5・30。

16) さらに、「法律の委任」がある場合には、内閣府令や省令等に「罰則」を定め得る(内閣府設置法7条4項、国家行政組織法12条3項、13条2項)。

17) 条例には、「二年以下の懲役若しくは禁錮、百万円以下の罰金、拘留、科料若しくは没収の刑又は五万円以下の過料を科する旨の規定を設けることができる」。

18) 江藤・前掲注(14)13頁以下は、政令上の罰則とは異なり、条例上の罰則については憲法上に明文の根拠規定がないから、これを認める立場は、「法律と条例の区別を前提とする以上、法律主義を守りきれていない」とする。もっとも、内閣府令や省令上の罰則についても(前掲注(16)参照)、憲法上に明文の根拠規定は見当たらない。

19) 前掲注(2)最大判昭和37・5・30は、これを条例上の罰則にも援用するが、後述のように、要求される「授権」の程度が異なると解している。

次に、条例に罰則を定め得る実質的根拠について検討する。条例とは、都道府県等の地方公共団体が定める法をいう。条例は、「法律の範囲内」で、「法令に違反しない限りにおいて」定め得るから（地方自治法14条1項）、罰則を定める場合の裁量の余地が狭められているともいえる。確かに、特定委任のような「法律」の授権は必要とされないから、その統制は充分とはいえないであろう。しかし、条例は、「法律」とは制定過程が異なるものの、適用される地方の代表による決定を経て定められる。このような特徴を併せ考慮することで、「法律」の形式で規定されていなくとも、実質的観点から、その民主的正統性に問題はないと説明される。

確かに、政令上の罰則は、特定委任が前提とされるものの、その委任内容に具体的な制約はないから、これを抽象化することで「法律」による統制を緩和することも不可能ではない。しかし、その趣旨に鑑みれば、できる限り委任内容を具体化すべきである²¹⁾。他方で、条例上の罰則は、「法律」で刑の上限が定められているにとどまる。そこで、地方公共団体の処理すべき事務が「法律」で示されることで委任内容が具体化されるとの考え方もあり得る。判例においても²²⁾、当時の「法律」に地方公共団体の処理すべき事務が例示されており²³⁾、違法行為の内容が「相当に具体的」に定められていることが²⁴⁾、条例上の罰則について合憲性を認めた一つの理由とされた。

しかし、現行法上は、「地域における事務及びその他の事務で法律又はこれに基づく政令により処理することとされるもの」と規定されるにとどまるから

20) なお、仲道祐樹「行為準則としての刑法と罪刑法定主義」高橋則夫ほか『理論刑法学入門 刑法理論の味わい方』（日本評論社、2014年）269頁以下は、如何なる場合に「行動準則を法律以外の下位規範に委任することが許されるか」について、例えば、「人事行政の公正の確保」のために委任が許され、「民主主義的要請が後退することがありうる」とする。確かに、このような事情は委任を許す動機となり得るが、それは、必ずしも「民主主義的要請」と両立し得ない訳ではない。それゆえ、たとえ「人事行政の公正の確保」のためでも、「法律」による委任内容を具体化せずに罰則を定めることは、許されないと思われる。

21) 具体化の程度について、最大判昭和49・11・6刑集28・9・393参照。

22) 前掲注(2)最大判昭和37・5・30。

(地方自治法2条2項)、上記の判例は、「今では歴史過程上のもの」であって²⁵⁾、このような考え方が現在も妥当するかは疑問である²⁶⁾。むしろ、判例において、条例とは「自治立法に外ならない」から、「国民の公選した議員をもつて組織する国会の議決を経て制定される法律に類する」と判示されたことに着目すべきである。すなわち、条例上の罰則が罪刑法定主義に適合すると主張するためには、「国家法(法律)と自治立法(条例)の国民=住民代表的民主的基盤の類似性」を強調するほかはない²⁷⁾。

判例のように、これを「法律の授権が相当な程度に具体的であり、限定されておればたりる」理由とし²⁸⁾、「法律の委任」を要求しつつも、その程度を緩和するための説明に用いることも不可能ではないであろう²⁹⁾。もっとも、学説においては、このような考え方を徹底し³⁰⁾、条例上の罰則に「法律の委任」を要求しない立場が有力である³¹⁾。いずれにしても、条例の制定過程に着目する

23) 「売春の目的で、街路その他公の場所において、他人の身辺につきまったり又は誘ったりした者は、五千円以下の罰金又は拘留に処する」との条例上の罰則との関係で、当時の地方自治法において、「地方公共の秩序を維持し、住民及び滞在者の安全、健康及び福祉を保持すること」(同法2条3項1号)や「清掃、消毒、美化、騒音防止、風俗又は清潔を汚す行為の制限その他の保健衛生、風俗のじゅん化に関する事項を処理すること」(同法同条同項7号)などが、処理すべき事務として例示されていたことが指摘された。

24) もっとも、この程度の例示で委任内容が具体化されたと評価すべきかには、疑問の余地がある。垂水克己裁判官の補足意見(藤田八郎裁判官同調)及び奥野健一裁判官の補足意見参照。

25) 佐藤幸治『日本国憲法論[第2版]』(成文堂、2020年)615頁。なお、前田雅英『刑法総論講義[第7版]』(東京大学出版会、2019年)56頁は、「地方自治法2条Ⅲ項は条例への委任事項をかなり具体的に限定し」ているから「包括的委任とは解されない」との評価を、現在も維持している。同旨、木村光江『刑法[第4版]』(東京大学出版会、2018年)11頁。

26) 西浦・前掲注(2)489頁、藤井俊夫『憲法と政治制度』(成文堂、2009年)347頁、安田・前掲注(10)13頁、鶴澤・前掲注(2)50頁、村田・前掲注(2)449頁、大石眞『憲法概論Ⅰ』(有斐閣、2021年)506頁、同・前掲注(5)150頁。なお、長谷部・前掲注(2)55頁、同『憲法第8版』(新世社、2022年)471頁、江藤・前掲注(14)6頁、渋谷・前掲注(13)767頁、高橋・前掲注(2)85頁。前田徹生「条例による罰則制定と罪刑法定主義」上智法學論集第52巻第1・2号(2008年)220頁も、判例の基準からは「現行規定は違憲と断ずるほかはあるまい」とする。

ことは、「法律」による統制が充分とはいえないことを補うか、あるいは、それ以上の意味で重要であると思われる。すなわち、「罪を犯した」場所（に所在する者）の代表による民主的決定を経たことこそが³²⁾、条例上の罰則に正統性を認める根拠の根幹を為すといえよう³³⁾。

27) 和田・前掲注(2)437頁。同旨、柳瀬・前掲注(14)186頁以下、阿部・前掲注(2)133頁、田中二郎『法律による行政の原理』(酒井書店、1954年)343頁、同『新版行政法 中巻 全訂第二版』(弘文堂、1976年)136頁、兼子仁『条例をめぐる法律問題』(学陽書房、1978年)106頁、前田・前掲注(26)222頁、高橋・前掲注(13)429頁。なお、相川・前掲注(5)12頁は、罰則の制定を「地方議会の議決にかからしめることは罪刑法定主義と軌を一に」するから、「それが罪刑法定主義の例外をなすとか、罪刑法定主義という法律には条例も含まれるという以上に、罪刑法定主義そのものである」とするが、平野龍一『刑法総論 I』(有斐閣、1972年)57頁は、「国家と地方自治体との間の権限分配の問題であって、罪刑法定主義の問題ではない」としつつ、「法律の委任をまっぴらに始めて罰則を制定することができる」とする。

28) 前掲注(2)最大判昭和37・5・30(学説上、「限定的法律授權説」ないし「委任要件緩和説」に分類し得る)。入江俊郎裁判官の補足意見も、「個別的委任たることを要する」としつつ、その程度は「緩やかなもの」でよいとする。これに対して、垂水裁判官の補足意見は、「憲法九四条は例外的に条例による罰則の制定を制限付で許容している」のであり「法律の委任」を要求していないから、「条例を制定しうる範囲」が「広く包括的な、一般的なものであつても違憲ではない」とする（「憲法直接授權説」ないし「条例法律説」に分類し得る）。奥野裁判官の補足意見は、これらを批判しつつ、「一定の制限の下に一定の基準を設けてなされた法律の委任」で足りるとする（「一般的・包括的法律授權説」ないし「条例準法律説」に分類し得る）。

29) これに対して、前田徹生「条例の罰則」『憲法の争点 [第3版]』(有斐閣、1999年)282頁、同・前掲注(26)219頁は、「民主的な自主立法であること」は、「委任を不要とする根拠とはなりえても、緩和する根拠とはなりえない」と批判する。同旨、江藤・前掲注(14)20頁。西浦・前掲注(2)489頁も、「法律の委任が必要であることと条例が自主立法であるということとの矛盾」を指摘する。なお、小島・前掲注(2)260頁、長谷部・前掲注(2)55頁。

30) なお、田中・前掲注(27)行政の原理336頁以下は、条例という「自主法定立の委任に外ならない」から「改めて法律の授權を必要としない」とし、成田頼明「法律と条例」室井力編『文献選集日本国憲法12 地方自治』(三省堂、1977年)99頁以下は、条例は国が「包括的に定立する権能を付与」した「地方公共団体の自主法」であるとしつつ「特別の授權規定を必要とする」とする。なお、柳瀬・前掲注(14)187頁、林・前掲注(2)10頁、S・H・E・前掲注(2)48頁。これらは、「一般的・包括的法律授權説」に分類し得る。

このように、政令上の罰則についても条例上の罰則についても、「法律」による統制が可能であることを前提に、制定過程における特徴も考慮しながら、実質的観点から、その民主的正統性が論じられている。刑法の域外適用においても、これらと同じく、例外を認め得る要素があるかが問題となる。

-
- 31) 「憲法直接授權説」に分類し得る。例えば、松井・前掲注(3)271頁は、「条例制定権が自主立法権として地方議会に認められている以上、地方議会は94条に基づいて当然罰則を定めることが許される」とする。同旨、阿部・前掲注(2)138頁以下、金子・前掲注(2)101頁以下、深瀬・前掲注(2)111頁、南川諦弘『条例制定権に関する研究』(大阪市立大学経済学部、1984年)18頁以下、前田・前掲注(26)221頁、伊東祐祐『刑法講義総論』(日本評論社、2010年)18頁、浦部・前掲注(13)教室308頁、佐藤・前掲注(25)614頁、大石・前掲注(26)505頁、同・前掲注(5)150頁、高橋・前掲注(2)85頁、鶴澤・前掲注(2)50頁も、「国の法令による『委任』でもって説明すること自体の適切性が問われてしかるべき」とする。同旨、小林憲太郎『刑法総論の理論と実務』(判例時報社、2018年)56頁、66頁、同『刑法総論第2版』(新世社、2020年)24頁。これに対して、江藤・前掲注(14)9頁以下は、「そもそも刑罰規範制定権は規範制定権に当然に内包されているものなのか、規範を実効的にするために当然に刑罰が必要なのか」が疑問とする。なお、柳瀬・前掲注(14)175頁以下、山内・前掲注(2)33頁。
- 32) なお、団藤重光『刑法綱要総論 第三版』(創文社、1990年)48頁のように、専ら条例が「地方議会の議決を経る」点に、「合憲性を認める根拠」を求める見解もある。同旨、森下忠『刑法総論』(悠々社、1993年)20頁、莊子邦雄『刑法総論〔第三版〕』(青林書院、1996年)17頁、西原春夫『刑法総論改訂版〔上巻〕』(成文堂、1998年)36頁、大塚仁『刑法概説(総論)〔第四版〕』(有斐閣、2008年)62頁以下、岡野光雄『刑法要説総論〔第2版〕』(成文堂、2009年)17頁、福田平『刑法総論〔第五版〕』(有斐閣、2011年)33頁、萩原滋『刑法概要〔総論〕第3版』(成文堂、2014年)25頁、設楽浩文=南部篤編『刑法総論』(弘文堂、2018年)〔南部篤〕25頁、松宮孝明編『ハイブリッド刑法総論〔第3版〕』(法律文化社、2020年)〔金尚均〕20頁。しかし、上述のように、その本質は、制度自体ではなく、条例の制定手続きにおける民主的正統性にあるといえよう。
- 33) なお、江藤・前掲注(14)15頁は、「刑罰規範の制定が民主的コントロールによること」は、「必要条件」であっても「十分条件」ではなく、例えば、「一般に条例は法律よりも認識しづらく、その規定内容も明確性に疑義があるものが多くありえ、適用範囲の境界線も法律に比して曖昧である」点で、「自由主義的側面」から検討の余地があるとする。同・24頁以下参照。しかし、これらの点は、法律主義とは区別して論じるべきであろう。

Ⅲ 域外適用の正当化

1 正当化の論理

上述のように、刑法の域外適用は、適用される規範の民主的正統性に疑いがあるという意味で、そのままでは罪刑法定主義の民主主義的要請を充たさない。それゆえ、いわゆる「双方可罰性の原則」を導入することで、立法論的な解決を図るべきである。双方可罰性の原則とは、自国の処罰規定と犯罪地国の処罰規定とを比較し、同様の行為が双方で処罰されている場合に限って適用を認める原則である。その運用に際しては、両国の処罰規定を比較する作業が必要となるが、そこで内容の一致が確認できれば、形式的には、自国の処罰規定が適用されているとしても、実質的には、犯罪地国の処罰規定が適用されたのと同等と評価することも不可能ではないように思われる。

なお、消極的属人主義に基づく規定（刑法3条の2）の新設に際しては、それが自国民の保護の観点から規定されたとの理解から、双方可罰性の原則の導入に否定的な見解が大勢を占めた³⁴⁾。確かに、従来、同原則は、代理処罰の必要性を根拠とする場合に前提となる要件とされてきたから、このような見解には理由があるともいえる。しかし、本稿においては、これとは別の要請から、同原則の導入が論じられている。すなわち、ここでは、刑法の域外適用の必要性を基礎付ける事情としてではなく、その許容性の条件として、双方可罰性が要請されているのである。それゆえ、刑法の域外適用の必要性に係る議論とは関係なく、同原則の導入を論じる余地があろう。

もっとも、このような考え方は、外国の処罰規定を援用することとの関係で、問題がない訳ではない。確かに、この場合にも自国の「法律」が適用される以上、形式的には、法律主義に反しないとしても、その内容が犯罪地国の処罰規定によって制約されるのであれば、実質的には、「法律」の適用はなく、法律

34) 渡邊卓也「消極的属人主義による国外犯処罰」清和法学研究第12巻第2号（2005年）110頁以下参照。

主義に反するともいえるからである。しかし、上述のように、憲法が「法律」以外に罰則を定める余地を排除していないとすれば、刑法の域外適用にあたって、外国の処罰規定を援用することも許容されるというべきである。問題は、援用を許容すべきといえるだけの、実質的根拠であろう。すなわち、その場合に、法律主義の例外を認め得る要素があるかが問題となる。

上述のように、法律主義の例外である政令上の罰則と条例上の罰則とに共通するのは、程度の差はあれ、その内容が「法律」により統制されていることであった。また、条例上の罰則については、これに加えて、適用される地方の代表による決定を経た自治立法であるという、制定過程における特徴も考慮されていた。この点、双方可罰性の原則の導入によって援用される犯罪地国の処罰規定は、自国における同内容の処罰規定を必要とするから、援用される際の規定の内容が自国の規定によって統制されることとなる。また、援用される規定は、犯罪地国の代表による決定を経て立法される。それゆえ、刑法の域外適用においても、法律主義の例外を認め得る要素があるといえよう。

ところで、条例については、「地方自治の現状のなかで、十分な民主的基礎に裏づけられているとはかぎらない条例に対して、広い刑罰権の委任をおこなうことには、実際問題として若干の疑問の余地がある」とか³⁵⁾、「一院制であり長の専決処分が認められるなど、法律ほど慎重な審理は求められていない」との問題点も指摘されている³⁶⁾。これらは、条例の制定過程における地方公共団体の立法能力を疑問視する指摘といえる³⁷⁾。これと同様に、自国との比較で犯罪地国の立法能力を疑問視することで、刑法の域外適用を積極的に推し進めようとする立場もあり得る。現在の刑法の域外適用の無制約な拡大についても、このような考え方が背景にあるように思われる。

しかし、双方可罰性の原則が導入された場合には、このような考え方は、必

35) 小林直樹『[新版]憲法講義(下)』(東京大学出版会、1981年)475頁。

36) 松原・前掲注(6)総論29頁。同旨、同・前掲注(6)重点課題3頁。「戦後の民主化において中央集権に対抗する地方『自治』にリベラルなイメージが付与されたせい、われわれは地方自治体に対して警戒心が希薄になっているのかもしれない」と指摘する。

ずしも妥当しないように思われる。すなわち、その場合には、犯罪地国の代表により立法された法律が援用されることとなるから、一般論として、条例上の罰則とは異なり、自国の「法律」と同程度の慎重な審理が期待し得る。また、自国における同様の処罰規定を必要とすることによって、条例上の罰則よりも直接的に規定の内容が統制されることとなるから、たとえ犯罪地国の立法能力が低くとも、それを自国の立法能力によって補うことが可能となる。それゆえ、双方可罰性の原則の導入を前提とした刑法の域外適用は、条例上の罰則よりも、法律主義の例外を認めるべき場面として適切といえよう。

このように、そもそも、法律主義が罪刑法定主義の民主主義的要請に根拠を持つことからすれば、当該要請に合致する事情が認められれば、実質的観点から、その例外を認め得る。刑法の域外適用における双方可罰性の原則の導入は、自国と犯罪地国の双方から見て、この実質を担保するための手段として有用と考える。

2 比較の基準

問題は、仮に、双方可罰性の原則を導入するとしても、両国の処罰規定の内容の一致を確認するために、具体的に如何なる基準で比較を行うべきかである。この点、上述のように、従来、同原則は、国外犯処罰規定の導入にあたって、代理処罰の必要性を根拠とする場合に前提となる要件とされてきた。また、同原則は、犯罪人引渡し制度との関連で発展し、次第に、捜査協力を含む国際刑事共助一般で採り入れられてきたという経緯がある³⁸⁾。それゆえ、比較の基準を考えるにあたって、国外犯処罰規定において同原則を導入した諸外国の運

37) この点、田中・前掲注(27)行政の原理344頁は、「地方公共団体の立法機関の整備と立法技術の向上を特に望まなければならぬ」としていたが、これに対して、南川・前掲注(31)23頁は、「とりわけ都道府県、政令指定都市、県庁所在市等において、その立法能力にめざましい向上が認められる」とする。もっとも、大野真義『罪刑法定主義 新訂第二版』(世界思想社、2014年)274頁以下は、「現実には地方公共団体の立法能力は低いとみななければならず、刑罰が憲法の保障する住民の自由権を制約するものであるかぎり、条例において刑罰を規定する場合、一応法律で枠を定めておくことが望ましい」とする。

用が参考になると同時に、国際刑事共助を見据えた手続法の分野における議論をも参考にしつつ³⁹⁾、検討を進めることが考えられる。

もっとも、本稿は、同原則を刑法の域外適用一般に及ぼし、実体法の分野における導入を論じているから、従来の議論とは、導入の根拠が必ずしも一致しない。それゆえ、まずは実体法の観点から、比較の基準を理論的に導出し得るかを検討すべきように思われる。この点、刑法学においては、例えば、暴行を共謀した者の1人が殺意をもって被害者を刺突し死亡させた事案のような、いわゆる「共犯の過剰」の事例の処理を巡って、処罰規定の内容の一致を確認するための基準が議論されてきた。そこでは、共謀者間で実現しようとした犯罪が異なる場合であっても、各々の認識していた犯罪の「構成要件が重なり合う限度で」、共犯の成立を認め得るとされるのが一般である⁴⁰⁾。

当該事案については、まず、共犯として成立する犯罪における罪名の一致の要否との関係で、共犯の本質の理解が問われる。次に、共犯として関与する者

38) 逃亡犯罪人引渡法は、「引渡に関する制限」として「引渡犯罪に係る行為が日本国内において行なわれたとした場合において、当該行為が日本国の法令により死刑又は無期若しくは長期三年以上の懲役若しくは禁錮に処すべき罪にあたるものでないとき」及び「引渡犯罪に係る行為が日本国内において行われ、又は引渡犯罪に係る裁判が日本国の裁判所において行われたとした場合において、日本国の法令により逃亡犯罪人に刑罰を科し、又はこれを執行することができないと認められるとき」を規定する（同法2条4項、5項）。また、国際捜査共助等に関する法律は、「共助の制限」として「条約に別段の定めがある場合を除き、共助犯罪に係る行為が日本国内において行われたとした場合において、その行為が日本国の法令によれば罪に当たるものでないとき」を規定する（同法2条2項）。

39) 森下忠『国際犯罪の新動向』（成文堂、1979年）34頁以下、同『国際刑事司法共助の理論』（成文堂、1983年）81頁以下、同『刑事司法の国際化』（成文堂、1990年）56頁以下、同『犯罪人引渡法の理論』（成文堂、1993年）29頁以下、同『犯罪人引渡法の研究』（成文堂、2004年）7頁以下、古田佑紀「刑事司法における国際協力」『現代刑罰法大系1』（日本評論社、1984年）379頁以下、385頁以下、396頁以下、同「国際共助における双罰性の考え方」研修533号（1992年）13頁以下、山本草二『国際刑事法』（三省堂、1991年）202頁以下、平野龍一＝松尾浩也編『新実例刑事訴訟法〔I〕』（青林書院、1998年）〔相澤恵一〕308頁以下、洪恵子「国際協力における双方可罰性の現代的意義について（一）」三重大学法経論叢18巻1号（2000年）5頁以下、芦田健太郎『犯人引渡と庇護権の展開』（信山社、2020年）9頁以下、尾崎久仁子『国際人権・刑事法概論 第2版』（信山社、2021年）261頁以下等参照。

における故意の肯否との関係で、主観的に認識した犯罪と客観的に実現した犯罪との間の不一致の許容限度（抽象的事実の錯誤における故意の符合）が問われる。このうち、前者については、共通の故意に基づいて一個の犯罪を共同することを共犯の本質とする立場を前提に、構成要件が重なり合う限度で軽い罪の「共同」を認める見解が有力である（部分的犯罪共同説）⁴¹⁾。他方で、後者については、構成要件が重なり合う部分の規範に直面していた以上、その限度で故意を認め得るとする見解が有力である（法定的符合説）。

確かに、共犯の本質論においては、共通の故意に基づいて犯罪が共同されているかが問われ、錯誤論においては、行為者が直面した規範との関係で故意の存否が問われるから、これらの論点は、いずれも、行為者の主観面の問題として論じ得る。しかし、最終的には行為者の主観面が問われるとしても、そのために、まずは「構成要件が重なり合う」部分を確定せざるを得ない。すなわち、直接的に問われるのは、あくまでも客観的な構成要件の内容の一致であって、行為者の主観面ではないから、この基準自体は、共犯の本質論や錯誤論にとどまらず、他の論点にも援用し得るように思われる。それゆえ、この基準を、刑法の域外適用の場面に援用することも許されるであろう。

もとより、国ごとに法制度が構築されてきた歴史が異なる以上、犯罪の規定振りが完全に一致する国は存在しないと思われる。それゆえ、文字通りの「双方可罰性」は望めない。しかし、犯罪の規定振りが異なっても、構成要件が重なり合う限度で「双方可罰性」を認め得ると思われる。例えば、仮に殺人罪の規定が存在しない国が存在し、そこで殺人が行われた場合も、当該犯罪地国に傷害罪の規定があれば、傷害の限度で「双方可罰性」が認められ、その限度で

40) 最一小決昭和54・4・13刑集33・3・179。評釈として、渡邊卓也「判批」佐伯仁志＝橋爪隆編『刑法判例百選I〔第8版〕』（有斐閣、2020年）186頁以下等。

41) 殺意をもって重篤な患者を放置し死亡させた事案について、殺意のなかった者との間で「保護責任者遺棄致死罪の限度で共同正犯となる」とした判例（最一小決平成17・7・4刑集59・6・403）も、部分的犯罪共同説から説明する方が自然である。渡邊・前掲注(40)187頁参照。

自国刑法の域外適用が可能となろう。また、例えば、麻薬輸入罪の規定が存在しない国で麻薬の輸入が行われた場合も、当該犯罪地国に覚醒剤輸入罪の規定があれば、その限度で自国刑法の域外適用が可能となろう⁴²⁾。

なお、双方可罰性の原則の導入にあたっては、構成要件が重なり合う部分の確定が重要となるが、たとえ犯罪の内容に係る規定振りが一致していたとしても、国によって刑罰の重さが異なる場合があり得る。刑法が犯罪と刑罰に関する法である以上、犯罪の内容のみならず、刑罰の重さもまた法律主義の観点から規制されなければならないから、この場合の解決も問題となる。この点、上述の事例の処理を巡っては、構成要件が重なり合う限度で、「軽い」罪の成立を認め得るとされるのが一般である。刑法の域外適用の場面でも、軽い刑罰の限度で処罰規定の内容の一致があるといえるから、その限度で「双方可罰性」を認めるべきであろう（軽い法の原則）。

このように、実体法分野における従来の議論を参考にすると、双方可罰性の原則の導入にあたって、自国と犯罪地国との処罰規定の内容の一致を確認するための比較の基準は、構成要件の重なり合いに求め得る。そして、その重なり合いの判断にあたっては、犯罪の内容のみならず、刑罰の重さも対象となる。

IV 結語

以上のように、罪刑法定主義の具体化としての法律主義は、「罪を犯した」場所（国）に所在する者の代表による民主的決定を経たことで、充足されると考えられる。この点、刑法の域外適用は、適用される（自国の）処罰規定が当該決定を経っていない点で、法律主義の要請を充たさない。しかし、法律主義が罪刑法定主義の民主主義的要請に根拠を持つことからすれば、当該要請に合致する事情が認められれば、実質的観点から、その例外を認め得る。すなわち、この場合にも、政令上の罰則や条例上の罰則と同様に、「法律」による統制が可能であることを前提に、制定過程における特徴も考慮しながら、実質的観点

42) 最一小決昭和54・3・27刑集33・2・140参照。

から、その民主的正統性を論じる余地がある。

双方可罰性の原則の導入によって援用される犯罪地国の処罰規定は、自国における同内容の処罰規定を必要とするから、援用される際の規定の内容が自国の規定によって統制されることとなる。また、援用される規定は、犯罪地国の代表による決定を経て立法される。それゆえ、刑法の域外適用においても、法律主義の例外を認め得る要素があるといえよう。このように、双方可罰性の原則の導入は、自国と犯罪地国の双方から見て、この実質を担保するための手段として有用と考える。なお、犯罪の規定振りが完全に一致する国は存在しないと思われるが、その場合も、構成要件が重なり合う限度で「双方可罰性」が認められ、その限度で刑法の域外適用が可能となる。

したがって、刑法の域外適用と罪刑法定主義との抵触を回避するためには、双方可罰性の原則の導入が必要である。本稿は、これを罪刑法定主義の民主主義的要請との関係で検討した。自由主義的要請との関係も問題となるが、この点は、外国人の違法性の意識の問題一般と関係するため、別稿において詳しく論じることとした。

〔付記〕本稿は、科学研究費補助金（基盤研究（C））「国際化する犯罪に対する刑法の適用のための普遍的な正当化原理の探究」（研究課題番号21K01190）における、研究成果の一部である。

（わたなべ・たくや 筑波大学法科大学院教授）

日本相殺法概観(2)

岡 本 裕 樹

- 一 はじめに
- 二 法定相殺制度の趣旨
- 三 法定相殺における権利行使要件——相殺適状（以上、32号）
- 四 相殺制限事由
 - 1 債務の性質が相殺を許さない場合
 - 2 抗弁権の付着する自働債権による相殺
 - (1) 一方的な抗弁権はく奪の禁止
 - (2) 請負契約における修補に代わる損害賠償請求権と請負代金債権との相殺
 - 3 不法行為等による損害賠償債権の相殺
 - 4 差押禁止債権の相殺
 - 5 法律上の相殺の禁止
 - 6 相殺制限の意思表示
- 五 差押えと相殺
 - 1 旧規定下の議論
 - (1) 旧規定の規律内容と解釈問題
 - (2) 判例の変遷
 - (3) 学説の状況（以上、本号）
 - 2 現行規定の規律内容
- 六 法定相殺における効力発生要件—相殺の意思表示
- 七 相殺の効力
- 八 合意相殺の取扱い
- 九 若干の考察

四 相殺制限事由

1 債務の性質が相殺を許さない場合

以上にみた相殺適状発生のための要件を満たせば、基本的に当事者は相殺可能となる。ただし、ほかに相殺を制限する事由が存在するときには、そうした処理は妨げられる。

第1に、債務の性質が相殺を許さないものであれば、相殺はできない（民505①但）。こうした債務の性質は「相殺許容性」と呼ばれることがある¹⁾。

相殺許容性を欠く債務として考えられるのは、典型的には、騒音・振動・悪臭などを外部に出さない、競業行為を行わないといった不作為債務、あるいは、第三者評価や一人では困難な作業など、他人の行為を必要とする債権者のための役務提供債務である²⁾。こうした状況では現実の履行が必要であり、相殺を認めると債権の目的の実現が妨げられることから、相殺は許されないものと解されている。

2 抗弁権の付着する自働債権による相殺

(1) 一方的な抗弁権はく奪の禁止

第2に、相殺許容性と関連して、自働債権に抗弁権が付着していることが、相殺制限事由とされている。こうした自働債権による相殺を認めると、相手方が一方的に抗弁権を奪われる結果となるというのが、その理由である³⁾。

実際の紛争に現れたものとしては、保証人の催告・検索の抗弁権（民452・453）⁴⁾、委託を受けた保証人の事前求償権に対する主たる債務者の担保提供請

1) 磯村哲編『注釈民法(12)債権(3)』(有斐閣、1970) 396頁〔中井美雄〕(以下、「磯村・注民(12)」と引用)。

2) 我妻栄『新訂債権総論』(岩波書店、1964) 329頁(以下、「我妻・新訂債総」と引用)、磯村・注民(12)・396頁〔中井〕、奥田昌道『債権総論〔増補版〕』(悠々社、1992) 574頁(以下、「奥田・債総〔増補〕」と引用)、中田裕康『債権総論(第4版)』(岩波書店、2020) 470頁(以下、「中田・債総」と引用)。

求権（民461①）⁵⁾、および、同時履行の抗弁権（民533）⁶⁾などがある。

なお、抗弁権を有する者はこれを自由に放棄することができる。そのため、受働債権に抗弁権が付着していても、その債務者がこれを放棄して相殺することには支障がない⁷⁾。

(2) 請負契約における修補に代わる損害賠償請求権と請負代金債権との相殺

もっとも、この相殺制限事由には重要な例外類型がある。それが、請負契約における注文者の瑕疵修補に代わる損害賠償請求権（民旧634②前）と請負人の請負代金債権との相殺である。これらに関する双方の債務は同時履行関係にあるため（民旧634②後）、両者の債権のいずれにも抗弁権が付着している。しかし、最高裁は、損害賠償請求権のもととなる目的物引渡義務と請負代金支払義務とが対価的牽連関係に立ち、瑕疵修補に代わる損害賠償請求権が実質的・経済的に請負代金を減額し、請負当事者の相互の義務の間に等価関係をもたらず機能を有するという実質的關係を考慮して、相互に現実履行を要する特別の利益はなく、相殺を認めても抗弁権喪失による不利益は生じないこと、ならびに、このような場合には相殺による清算的調整が当事者双方の便宜・公平にかなない、法律関係を簡明にさせることを理由に、双方の債権の相殺を容認している⁸⁾。この判例法理は、現行法のもとでも維持されるものと解されている⁹⁾。

3) 大判大正3年11月13日民録20輯922頁、大判昭和5年10月24日民集9巻1049頁、大判昭和13年3月1日民集17巻318頁、大判昭和15年11月26日民集19巻2088頁、最判昭和32年2月22日民集11巻2号350頁、我妻・新訂債総・341頁、磯村・注民(12)・396頁〔中井〕、於保不二雄『債権総論〔新版〕』（有斐閣、1972）417頁、奥田・債総〔増補〕・574頁、林良平ほか『債権総論〔第3版〕』（青林書院、1996）335頁〔石田喜久夫〕（以下、「林ほか・債総〔第3版〕」）と引用、潮見佳男『新債権総論Ⅱ』（信山社、2017）283頁（以下、「潮見・新債総Ⅱ」）と引用、中田・債総・473頁以下。

4) 大判大正3年11月13日民録20輯922頁、大判昭和5年10月24日民集9巻1049頁、最判昭和32年2月22日民集11巻2号350頁。

5) 大判昭和15年11月26日民集19巻2088頁。

6) 大判昭和13年3月1日民集17巻318頁。

7) 磯村・注民(12)・397頁〔中井〕、潮見・新債総Ⅱ・285頁、中田・債総・474頁。

ただし、学説には、ここでの相殺権者を注文者に限定する見解がある。修補に代わる損害賠償請求権と請負代金債権との同時履行関係は、両債権の差額相当分について注文者の履行遅滞を阻止し、修補に代わる価値を注文者に享受させる機能があると評価したうえで、請負人による相殺を認めるとこうした注文者の同時履行の抗弁権が奪われることを問題視している¹⁰⁾。これに対して、判例は、請負人からの相殺の主張を認めている¹¹⁾。

注文者限定説は、請負代金残額のほうが損害賠償額よりも多額である場合の差額分に関する注文者の遅滞責任の免除を重視して、注文者に紛争解決のインシティアティブを与えるものである。こうした立場を貫徹するには、請負人からの損害賠償債務に係る適法な履行の提供があっても注文者は同時履行の抗弁権を失わないことの論拠が必要になるであろう。相殺は対当額の範囲で実質的な債権の満足をもたらすものであるところ、損害賠償債権の満足を拒絶して同時履行関係の存続を決定する地位を注文者に認めることが、果たして理論的に正当化されうるのだろうか。また、次にみるように、不法行為に基づく損害賠償債権であっても、その不法行為が「悪意」によるものでない限り、これを受働債権とする加害者の相殺は禁止されていない（民509一）。こうした加害者の地位との整合性という観点からも疑問が生じる。さらに、注文者性善説的な基本的態度が現実の紛争解決手段として妥当であるか、より立ち入った説明が求められる。

8) 最判昭和51年3月4日民集30巻2号48頁、最判昭和53年9月21日判時907号54頁。

9) 中田裕康『契約法〔新版〕』（有斐閣、2021）511頁（以下、「中田・契約〔新版〕」と引用）。

10) 潮見佳男「判批」リマークス16号(1998)55頁、同・新債総Ⅱ・285頁、同『新契約各論Ⅱ』（信山社、2021）239頁（以下、「潮見・新契各Ⅱ」と引用）、同「判批」金法2169号(2021)25頁、松本克美「請負人の瑕疵担保責任に基づく注文者の損害賠償請求権と相殺」山田卓生古稀『損害賠償法の軌跡と展望』（日本評論社、2008）489頁。また、この見解を基本的に支持しながら、損害賠償額が請負代金残額を上回る場合に請負人の相殺を認めるものとして、山本豊編『新注釈民法(14)債権(7)』（有斐閣、2018）177頁〔笠井修〕。

11) 最判平成18年4月14日民集60巻4号1497頁、最判令和2年9月11日民集74巻6号1693頁。学説としては、森田宏樹「判批」ジュリ1135号(1998)80頁、中田・債総・474頁、中田・契約〔新版〕・511頁。

3 不法行為等による損害賠償債権の相殺

第3に、受働債権が一定の損害賠償請求権である場合に、相殺が禁止されている。この禁止の対象となるのは、悪意による不法行為に基づく損害賠償請求権（民509一）と人の生命・身体への侵害による損害賠償請求権（民509二）である。これらに当たる場合、Yに対して金銭債権 α を有するXは、自己に対するYの損害賠償債権 β を受働債権とする相殺ができない。

「悪意による不法行為」に関する相殺禁止が適用されるのは、Yの債権者XがYに不法行為を犯したという場面である。このような状況で β 債権を受働債権とするXの相殺が禁止される趣旨は、被害者Yへの現実履行による保護の必要性のほか、加害者Xは相殺の保護を受けるに値しないこと、および、債権者Xによる債務者Yへの不法行為が誘発されることの防止にある¹²⁾。このうち、不法行為誘発の防止については、Yから α 債権を回収できないXによる報復的な加害行為が想定されており、ここでの「悪意」とは「積極的に他人を害する意思」と説明され¹³⁾、単なる故意では足りないものと解されている¹⁴⁾。また、人の主観的意図を介さない工作物責任（民717）ではこの意味での「悪意」が見込まれないことから、相殺禁止の対象にはならないとされる¹⁵⁾。なお、ここでの相殺禁止の趣旨が不法行為の際だけでなく、債務不履行時にも妥当するかについて争いがある。条文の文言に則して双方向的な債務不履行の場合には相殺禁止が及ばないとする理解¹⁶⁾に対し、「債権者に加害する意思による債務不履行」に基づく損害賠償請求権を受働債権とする相殺を禁止すべきとの主張がある¹⁷⁾。

12) 民法（債権関係）部会資料80-3・29頁、中田・債総・475頁。

13) 民法（債権関係）部会資料80-3・29頁、筒井健夫＝村松秀樹編『一問一答民法（債権関係）改正』（商事法務、2018）202頁（以下、「一問一答」と引用）。

14) 潮見・新債総Ⅱ・290頁、平野裕之『債権総論』（日本評論社、2017）444頁（以下、「平野・債総」と引用）、中田・債総・475頁。

15) 民法（債権関係）部会資料83-2・33頁、中田・債総・475頁。

16) 深川裕佳「相殺(2) 一相殺禁止」潮見佳男ほか編『詳解改正民法』（商事法務、2018）363頁。

また、「人の生命・身体への侵害」に際して相殺が禁止されるのは、現実履行による救済の必要性が高いためであり¹⁸⁾、これに加えて、加害者Xが相殺の保護に値しないことも副次的理由とされる¹⁹⁾。この規律においては、被害者の被侵害利益の重大性に決定的な意義が与えられている。そのため、Yの損害賠償請求権の原因が不法行為と債務不履行のいずれかであるかや、不法行為が過失によるか、「悪意」によるか、あるいは、工作物責任であるか否かなど、加害行為に関わる諸事情は考慮されない²⁰⁾。

このように、これらの相殺禁止はともに、被害者への現実の救済、つまり、被害者本人の保護を主たる目的としている。被害者であるYがそうした保護を放棄し、損害賠償債権 β を自働債権として相殺することまでは排除されない²¹⁾。また、こうした趣旨に照らすと、Xの加害行為がYではなく、Aに対するものであり、YがAの損害賠償債権 β の譲受人である場合には、Y自身は被害者ではないため、相殺禁止による保護を受ける必要がないことになる。そのため、こうした譲受人Yに対する β 債権を受働債権とした相殺は妨げられない（民509条但）。この相殺の解禁は、Yが受働債権 β を「譲り受けた」場合のみを対象としており、相続や法人合併などの包括承継の形で β 債権がAからYへ移転したときには、相殺禁止が依然として適用される²²⁾。

なお、こうした相殺禁止の規律は、破産法253条1項2号・3号の規定を参照したものである²³⁾。これら規定を解釈する際の関連性をめぐっては、民法509条1号と破産法253条1項2号が積極的な害意を要件とする点で共通するも、民法509条2号と破産法253条1項3号の規律対象が異なること、破産手続での非免責債権はほかにも定められていること、ならびに、相殺禁止と非免責

17) 潮見・新債総Ⅱ・290頁以下。

18) 民法（債権関係）部会資料80-3・29頁。

19) 中田・債総・476頁。

20) 民法（債権関係）部会資料83-2・33頁、一問一答・202頁、中田・債総・476頁。

21) 中田・債総・477頁。

22) 一問一答・203頁、中田・債総・477頁。

23) 民法（債権関係）部会資料69B・3頁。

とで効果が異なることから、両法での「悪意」の意味は必ずしも同一に解釈されるわけではないとの見解がある²⁴⁾。

4 差押禁止債権の相殺

第4に、受働債権が差押禁止債権（民執152、恩給11③、国年24、厚年41①、生活保護58、児童手当15、労基83②など）に当たる場合、相殺は許されない（民510）。差押えの禁止は債権者が現実の履行を受ける必要がある場合に定められるものであり、相殺を認めるとその趣旨が没却されてしまうためである²⁵⁾。このように、差押禁止債権の債権者を保護するための規律であるため、差押禁止債権を自働債権とする相殺は禁止されない。

5 法律上の相殺の禁止

第5に、法律が相殺の禁止を定めている場合がある。

民法典中では民法旧677条が、組合事業のために組合員による持分の行使が制限される組合財産について、これが組合員の債務の満足のために使用されて減少することを防止する趣旨で、組合員に対して α 債権を有し、組合に対し β 債権についての債務を負っているXによる相殺を禁止していた²⁶⁾。この規定は削除されたが、現在の民法677条は、この相殺禁止の規律も含む規定として置かれている²⁷⁾。また、組合員は組合財産である債権について、自己の持分についてもこれを単独行使できない（民676②）。そのため、組合員Xが組合の債務者Yに対して β 債権に関する債務を負っている場合に、Yに対する組合債権 α を自働債権としたXによる相殺も制限される²⁸⁾。

24) 中田・債総・476頁。

25) 我妻・新訂債総・331頁、磯村・注民(12)・435頁〔中井〕、潮見・新債総Ⅱ・293頁以下、平野・債総・444頁以下、中田・債総・478頁。

26) 鈴木祿彌編『新版注釈民法(17)債権(8)』(有斐閣、1993)151頁以下〔品川孝次〕。

27) 潮見・新債総Ⅱ・281頁、山本・前掲注10・575頁〔西内康人〕、潮見・新契各Ⅱ・450頁、中田・契約〔新版〕・584頁。

民法以外の法律が、相殺を禁止する場面もある。

たとえば、信託法上の相殺禁止がある。信託での信託財産は受託者からの独立性を有しており、信託財産と受託者の固有財産等（受託者の固有財産、他の信託の信託財産）とは区別して管理される（信託23①・25①参照）²⁹⁾。この信託財産の独立性により、信託と関係のない受託者の債務について、信託財産からの回収を防止しなければならない。そこで、Xが信託の受託者Yの固有財産等からの履行しか請求できない α 債権を有し、Yが信託財産に属する債権 β をXに対して有している状況では、Xによる両債権の相殺が禁止されている（信託22①本）³⁰⁾。ただし、これには2種類の例外が認められている。その一つは、 α 債権取得時または β 債権に係る債務の負担時のいずれか遅い時点において、Xが β 債権についてYの固有財産等に属するものでないことにつき善意・無過失であった場合（信託22①但一）、もしくは、Xが α 債権について信託財産責任負担債務でないことにつき善意・無過失であった場合（同二）である。もう一つが、受託者Yが忠実義務を免除される場合（信託31②）に、Xによる相殺を承認したときである（信託22②）。さらに、受益者が信託財産責任負担債務について履行責任を負う範囲を信託財産に限定する限定責任信託のもとでは、受益者の固有財産も、信託財産に属する財産のみによる履行責任を内容とする債権の執行から守られなければならない³¹⁾。そのため、XのYに対する α 債権がそうした信託財産に属する財産からの回収しかできないものであり、Yが固有財産としてXに対する β 債権を有している場合にも、Xによる相殺は禁止される（信託22③本）。この相殺禁止に対しても、 α 債権取得時または β 債権に係る債務の負担時のいずれか遅い時点において、Xが β 債権について信託財産に属するものでないことにつき善意・無過失であった場合（信託22③

28) 山本・前掲注10・571頁〔西内〕、潮見・新契各II・442頁。

29) 新井誠『信託法〔第4版〕』（有斐閣、2014）348頁以下。

30) 新井・前掲注29・357頁、道垣内弘人編『条解信託法』（弘文堂、2017）107頁〔角紀代恵〕。

31) 新井・前掲注29・359頁、道垣内・前掲注30・109頁〔角〕。

但)、または、受託者が信託法上の保護を放棄して、相殺を承認した場合(信託22④)には、例外的にXによる相殺が可能とされている。なお、信託の受託者Yからの相殺については、利益相反行為規制にそって、その許容性が判断される³²⁾。

また、会社法では、資本充実の原則により、出資者からの現実の財産抛出が要求されるため、株式の引受人や新株予約権者による会社に対する債権を自働債権とした出資履行債務との相殺が禁止されている(会社208③・281③)³³⁾。ただし、第三者割当てによる募集株式の募集等の際には、その会社に対する金銭債権を現物出資財産とする形態が認められている(デット・エクイティ・スワップ)³⁴⁾。

労働法制においても、相殺禁止を明記する規定がみられる(労基17条、船員35)。このうち、労働基準法17条は、金銭貸借関係と労働関係を分離することで、前借金を用いた事実上の強制労働を予防し、金銭貸借に基づく人身拘束の発生を防止するための規定である³⁵⁾。こうした労基法のもとでの相殺禁止の範囲をめぐることは、労働法上の「賃金全額払の原則」の観点から古くから議論されている³⁶⁾。判例は、確実な賃金受領により労働者の生活不安を払しょくする必要性から、賃金全額払の原則には賃金債権に対する相殺禁止も含まれると

32) 道垣内・前掲注30・109頁以下〔角〕。

33) 上柳克郎ほか編『新版注釈会社法(3)株式(1)』(有斐閣、1986) 33頁〔米津昭子〕、江頭憲治郎編『会社法コンメンタール6新株予約権』(商事法務、2009) 279頁〔江頭憲治郎〕、神田秀樹編『会社法コンメンタール5株式(3)』(商事法務、2013) 92頁〔川村正幸〕、龍田節＝前田雅弘『会社法大要〔第2版〕』(有斐閣、2017) 326頁、田中亘『会社法〔第3版〕』(東京大学出版会、2021) 506頁、江頭憲治郎『株式会社法〔第8版〕』(有斐閣、2021) 38頁・780頁。なお、募集株式の発行等に係る事務停滞の防止趣旨と解する少数説もある。酒巻俊雄＝龍田節編『逐条解説会社法第3巻株式・2／新株予約権』(中央経済社、2009) 131頁〔洲崎博史〕。

34) 酒巻＝龍田・前掲注33・114頁以下〔梅本剛正〕、神田・前掲注33・78頁以下・93頁〔川村〕、江頭・前掲注33・796頁・822頁。

35) 青木宗也＝片岡昇編『労働基準法I』(青林書院、1994) 228頁以下〔野間賢〕、東京大学労働法研究会『注解労働基準法上巻』(有斐閣、2003) 294頁以下〔藤川久昭〕。

解し、賃金債権を受働債権とする相殺一般について原則として禁止している³⁷⁾。そのうえで、過払賃金の清算のための調整的な相殺³⁸⁾や労働者の自由意思に基づく合意による相殺³⁹⁾、ならびに、無効な解雇の際に就労不能期間に労働者がほかから得た収入と賃金との相殺⁴⁰⁾を例外的に容認している⁴¹⁾。

そのほか、倒産手続では、一部の倒産債権者による相殺を用いた優先的債権回収によって他の倒産債権者の利益が不当に害されないように、相殺が禁止される場合が定められている（破産71・72、民再93・93の2、会更49・49の2）⁴²⁾。なお、倒産法上の相殺に関する規律は、後でまとめて取扱い、その際にこの相殺禁止についても触れることとする。

6 相殺制限の意思表示

第6に、当事者は相殺を禁止または制限することができる（民505②）。法律により相殺が禁止されていない場合でも、当事者間で現実の給付を必要とする事情があれば、この方法で相殺を制約することが許されている。

相殺を禁止または制限する意思表示は、相殺が制約される債権の発生原因が

36) 我妻・新訂債総・331頁、磯村・注民(12)・437頁以下〔中井〕、奥田・債総〔増補〕・577頁、林ほか・債総〔第3版〕・339頁以下〔石田〕、平野・債総・445頁以下、中田・債総・478頁。また、労働法文献として、東大労法研・前掲注35・417頁以下〔野川忍〕、下井隆史『労働基準法〔第5版〕』（有斐閣、2019）283頁、水町勇一郎『詳解労働法』（東京大学出版会、2019）617頁以下、菅野和夫『労働法〔第12版〕』（弘文堂、2019）453頁以下を参照。

37) 最判昭和31年11月2日民集10巻11号1413頁、最大判昭和36年5月31日民集15巻5号1482頁、最判平成2年11月26日民集44巻8号1085頁。

38) 最判昭和44年12月18日民集23巻12号2495頁、最判昭和45年10月30日民集24巻11号1693頁。

39) 前掲注37・最判平成2年。

40) 最判昭和62年4月2日判時1244号126頁、最判平成18年3月28日判時1950号167頁。

41) 水町・前掲注36・618頁以下。

42) 田中睦夫＝山本和彦監『注釈破産法(上)』（金融財政事情研究会、2015）489頁・500頁〔小畑英一〕、伊藤眞ほか『条解破産法〔第3版〕』（弘文堂、2020）548頁・567頁、伊藤眞『破産法・民事再生法〔第5版〕』（有斐閣、2022）515頁・527頁以下・1003頁以下。

契約である場合には契約当事者の合意により、単独行為である場合には単独行為時に行えばよいとされる⁴³⁾。また、債権発生後に当事者間で合意することも可能である⁴⁴⁾。

ただし、相殺禁止・制限が付されていることについて善意・無重過失の第三者には、相殺の制約を主張することができない(民505②)。Yに対するXの α 債権について相殺の禁止が合意された場合、 α 債権をXから譲り受けたZや α 債権について免責的債務引受をしたUに対してYないしXが相殺禁止を主張するには、Z・Uがこの合意を認識しているか、または認識していないことについて重過失があることが必要となる。もっとも、免責的債務引受の場面でXが現実の給付を得る利益を保全したければ、Uの債務引受について合意ないしは承諾をしなければよい(民472②③)⁴⁵⁾。

五 差押えと相殺

1 旧規定下の議論

(1) 旧規定の規律内容と解釈問題

相殺制限事由の第7として、受働債権の差押えがある。債権法改正前後を通じて共通する規律であり、Yに対して β 債権に関する債務を負っているXは、Yの債権者Gが β 債権を差押えた後にYに対する α 債権を取得しても、両債権の相殺をGに対抗できないものとされている(民旧511・現511①)。

ただ、旧規定では、差押え前に α 債権を取得していたXが、どのような場合にGに対して相殺を対抗できるかを定めた規律は置かれていなかった。この点をめぐって大きな論争となったのが、いわゆる「差押えと相殺」という論題が付された解釈問題であった。この議論を経て債権法改正時に置かれたのが、現在の民法511条である。それゆえ、現行規定の意義や規律指針を理解するう

43) 我妻・新訂債総・330頁、奥田・債総〔増補〕・575頁以下、林ほか・債総〔第3版〕・338頁〔石田〕、中田・債総・473頁。

44) 磯村・注民(12)・398頁〔中井〕。

45) 中田・債総・473頁。

えでは、改正前の議論を把握しておくのが有益である。また、この議論において「相殺への期待利益の保護」という観点が現れたことが機縁となって、相殺の担保的機能に関する基礎的理解の深化がもたらされるところとなり、「差押えと相殺」という論題の枠組にとどまらない論争が展開された。このように、従来の議論は単なる個別規定の解釈に際してだけでなく、相殺法全般の基本原則の理解にも重要な影響を及ぼすものであった。これらのことから、この相殺制限事由については独立した項目として取扱うこととし、かつ、改正前の議論状況から確認していく。

(2) 判例の変遷

ところで、差押債権者と第三債務者との間の相殺をめぐる利益対立は、主に戦後になってから紛争事例の中で顕在化したものである。大審院の判例には、この点について直接判示した裁判例は存在せず、そうした事情から「差押えと相殺」は、債権の譲受人に対する債務者の相殺可能性に関する民法旧468条2項の解釈問題と同質の争点として理解されていた⁴⁶⁾。そのため、「差押えと相殺」をめぐる判例の変遷を考察するに際しては、手始めに債権譲渡の事例が挙げられてきた。

大審院は当初、譲渡債権 β の債務者Xが債権譲渡人Yに対する α 債権を自働債権とする相殺を債権譲受人Gに対抗するには、債権譲渡の通知以前でのXによる相殺の意思表示までは必要ないが、この通知時に既に α 債権・ β 債権間での相殺適状が存在していることを要求した。また、譲渡通知後に β 債権の弁済期が到来することとなっていた場合に、Xが通知前に β 債権に係る期限の利益を放棄していれば、通知前に既に弁済期に達していた自働債権 α をもって譲受人に相殺を主張できるとしたが、当該事件での事例では、譲渡通知前にXが期限の利益を放棄していたとの事実は認定されていないとして、相殺の主張を認めなかった⁴⁷⁾。このような立場は「相殺適状説」と呼ばれている⁴⁸⁾。明治・

46) 我妻・新訂債総・333頁以下、磯村・注民(12)・448頁以下〔中井〕。

大正期では、この見解を遵守する判決が繰り返された⁴⁹⁾。

しかし、昭和の時代に入り、先の判決での事案と同様に、XのYに対する α 債権の弁済期が到来、YのXに対する β 債権のGへの譲渡に係る通知がXに到達、 β 債権の弁済期が到来、という順で経過し、 α 債権を自働債権とする相殺の可否が争われた際、大審院は、Xは β 債権に係る期限の利益を放棄して、いつでもその弁済をする権利を有していたことから、譲渡通知以前にYに対して有効な相殺をなしうる状態にあったとの理由により、この通知前に実際に期限の利益を放棄する意思表示がされていなくても、相殺は妨げられないと判示した⁵⁰⁾。このように大審院の判例では、債権譲渡通知前の厳密な意味での相殺適状を要求する態度が改められ、譲渡通知時に自働債権 α が弁済期にあれば受働債権 β についてはこれを不要とする「相殺適状修正説」と称される見解に調整された。

戦後の最高裁は、この相殺適状修正説からの結論をまずは踏襲した。ただし、そうした立場を理由づける際、大審院のように β 債権に係る債務者Xの期限の利益の放棄による即時弁済権を根拠としなかった。その代わりに、 β 債権の譲渡・転付前に弁済期の到来している反対債権 α を債権者に対して有している債務者Xは、 β 債権の弁済期到来を待つて相殺する期待と相殺をなしうべき利益を有しているとの理解をもとに、このXの期待と利益をXの関係しない事由によってはく奪することは公平の理念に反して妥当ではないと判示した⁵¹⁾。この論拠の変化は、最高裁による判例法理の「質的な大転換」と評されるものであり、譲渡通知前の相殺適状の存在可能性から相殺に関する期待と利

47) 大判明治35年7月3日民録8輯7巻14頁。

48) 各説の呼称については、伊藤進「差押と相殺—第三者の権利関与と相殺理論」星野英一編次『民法講座第4巻債権総論』(有斐閣、1985)376頁を参考にした。

49) 大判明治38年3月16日民録11輯367頁、大判明治40年7月8日民録13輯769頁、大判明治41年5月30日民録14輯631頁、大判大正元年11月8日民録18輯951頁、大判大正3年12月4日民録20輯1010頁。

50) 大判昭和8年5月30日民集12巻1381頁。

51) 最判昭和32年7月19日民集11巻7号1297頁。

益へと評価基準が置き換えられることにより、相殺適状説の考え方は放棄され、議論の焦点は、どのような状況において「保護されるべき相殺期待・利益」が認められかへと移った⁵²⁾。

こうした流れの中、預金者 Y に対する租税債権者である国 G と Y が預金口座を有する金融機関 X との間において、G による滞納処分としての Y の預金債権 β への差押えと、Y に対する貸付債権 α を自動債権とする X の相殺とで、いずれが優先されるべきかについての争いが生じた。ここで最高裁は初めて「差押えと相殺」をめぐる紛争に対処するところとなり、比較的短期間のうちに 2 つの大法廷判決が下された。

まず、昭和 39 年の大法廷判決⁵³⁾（以下、「最判昭和 39 年」という）では、差押えの当時に α 債権と β 債権が既に相殺適状にあるときだけではなく、 α 債権がその時点で未だ弁済期に達していない場合でも、 β 債権の弁済期より先にその弁済期が到来するものであれば、X は相殺をもって差押債権者 G に対抗できるとの立場が示された。この見解は「制限説」もしくは「弁済期先後基準説」と呼ばれる。その理由は、G の差押え後に被差押債権 β の弁済期が到来して、G がその履行を請求できる状態に達した時には、既に α 債権の弁済期は到来しているため、X は α 債権により β 債権と相殺できる関係にあり、こうした X の自己の α 債権をもって行う将来の相殺に関する期待は正当に保護されるべきであるためとされた。この反面、 α 債権の弁済期が β 債権の弁済期より後に到来する場合には、X は相殺を G に対抗することができない。 β 債権の弁済期が到来して G が X に対してその履行請求をすることができるに至った時に、 α 債権の弁済期未到来により X は相殺を主張できないため、差押え時の X には相殺により自己の債務を免れうるという正当な期待がないといえるからである。また、 β 債権の弁済期到来後に X がその弁済を拒否しつつ、 α 債権の弁済期の到来を待って相殺を主張するというのは誠実な債務者とはいえず、そう

52) 伊藤・前掲注 48・408 頁以下、潮見佳男『債権総論 [第 3 版] II』(信山社、2005) 379 頁。

53) 最大判昭和 39 年 12 月 23 日民集 18 卷 10 号 2217 頁。

した第三債務者 X を特に保護すべき必要がないとの評価も根拠とされている。ただし、この法廷意見は、7対6の僅差により採用されたものであった。

さらに、昭和45年の大法廷判決⁵⁴⁾(以下、「最判昭和45年」という)は、相殺に供される両債権の弁済期の前後を問わず、自働債権 α が差押え後に取得されたものでない限り、相殺適状に達しさえすれば、被差押債権 β の第三債務者 X は差押え後でも相殺できるとする「無制限説」へと再度の判例変更を行い、民法旧511条の文言に反しない範囲で相殺権の保護を拡張させた。この中では、相殺制度について、互いの同種の債権を有する当事者間での債権債務の簡易決済による債権関係の円滑公平な処理を目的としており、相殺権を行使する債権者にとり、債務者の資力が不十分な場合でも自己の債権について確実かつ十分な弁済を受けたと同様の利益を受ける点で、受働債権に担保権を有するに似た地位が与えられるという機能を営むものと理解され、こうした相殺制度により保護される当事者の地位はできる限り尊重すべきとの評価が示されている。そのうえで、差押えは第三債務者の行為に関係ない客観的事実や第三債務者のみの行為による被差押債権の消滅・内容変更を妨げず、第三者債務者の一方的意思表示による相殺権行使も受働債権の差押えにより当然に禁止される理由はないこと、ならびに、民法旧511条は、差押債権者に対する第三債務者による相殺が可能であることを当然の前提として、差押え後に発生し、または他の者から取得した債権を自働債権とする相殺のみを例外的に禁止することで、差押債権者と第三債務者との間での利益調整を図ったものと解するのが相当であることをもって、無制限説が基礎づけられた。もっとも、今回の法廷意見もまた、8対7の紙一重での多数決によるものであった。

このように数年の間に格別の社会事情の変遷もなしに、裁判官の交代を主因として判例変更が行われたことについては、法的安定性の観点からの批判がみられた⁵⁵⁾。しかし、最高裁は立て続けに無制限説による判決を繰り返すことで、

54) 最大判昭和45年6月24日民集24巻6号587頁。

55) 最判昭和45年の松田二郎裁判官の意見、石田喜久夫「判批」法時43巻1号(1971)118頁。

毅然とした態度で判例法理として定着させた⁵⁶⁾。そのため、無制限説からの再々変更こそが、かえって法的安定性の見地から望ましくないと評価されるところとなった⁵⁷⁾。

また、最高裁は「債権譲渡と相殺」をめぐる民法旧468条2項の解釈問題についても、昭和50年の判決⁵⁸⁾（以下、「最判昭和50年」という）において無制限説をもとにした判断をするに至った（ただし、3対2）。

（3）学説の状況

一方の学説であるが、「差押えと相殺」に関する論争が巻き起こる以前は、判例に則して民法旧468条2項をめぐる議論が中心であった。また、この頃の通説は、債権譲渡通知時に相殺をなしうべき原因が存在すれば、その時に相殺適状は不要で、後に相殺適状になれば譲受人に相殺を対抗できるとする無制限説的な見解⁵⁹⁾であった⁶⁰⁾。

やがて、最判昭和39年が契機となり、民法旧511条の解釈問題への関心が大いに高まった。その後の学説の多くは、最判昭和45年の無制限説に批判的であったといえる。もっとも、判決の結論自体、すなわち金融機関対差押債権者（国税）の対立について金融機関の利益を優先させたことへの消極的評価は少なかった⁶¹⁾。多くの論者は、弁済期先後基準説の利益衡量を基礎とし、自働債権のほうが受働債権よりも弁済期について遅れる場合に、受働債権の第三債

56) 最判昭和45年11月6日判時610号43頁、最判昭和45年12月18日金法603号17頁、最判昭和46年11月19日金法637号29頁など。

57) 高木多喜男『担保物権法〔第4版〕』（有斐閣、2005）7頁。

58) 最判昭和50年12月8日民集29巻11号1864頁。

59) 松坂佐一『民法提要債権総論』（有斐閣、1956）161頁、我妻栄『債権総論』（岩波書店、第28刷、1957）254頁、於保不二雄『債権総論』（有斐閣、1959）283頁など。

60) 林良平＝中務俊昌編『担保的機能からみた相殺と仮処分』（有信堂、1961）18頁、塩崎勤「相殺判例の形成と発展」加藤一郎＝林良平『担保法大系第5巻』（金融財政事情研究会、1984）574頁、伊藤・前掲注48・390頁。

ただし、この頃には既に、後述する弁済期先後基準説が、有泉亨により主張されていた。有泉亨「判批」判例民事法昭和8年度（1933）538頁以下。

務者が自己の債務の履行をしないまま、自動債権の弁済期を待つという不誠実な態度が定型的に生じる状況について、第三債務者の合理的な相殺の期待を否定した。ただし、この不誠実性評価を覆しうるような相殺期待の合理性を正当化しうる事情があれば、第三債務者による相殺を容認しようとする態度をとった。

その説明の仕方としては2つの見解に分かれ、一つは、法定相殺の枠組内において弁済期の先後のほかに個別具体的事情（取引の種類、相殺に供される両債権の緊密な関係、相殺予約の有無、公知性など）を考慮して、合理的な相殺期待・利益の有無を評価しようとするものであり⁶²⁾、「期待利益説」ないしは「合理的期待説」と呼ばれる。もう一つは、法定相殺に関しては弁済期先後基準説に立ち、金融取引において用いられる相殺予約（期限の利益喪失約款）について、相殺に供される両債権の密接な牽連関係と相殺予約の公知性などを根拠としてその第三者効を承認することで、金融機関の相殺利益を優先させる見解である⁶³⁾。

これらの学説に加えて、無制限説を主張する見解でも、銀行預金を受働債権とする相殺における特殊な事情を前提とする立論が少なくなかった⁶⁴⁾。総じて学説では、最判昭和45年の一般的な規範設定にもかかわらず、金融機関の相殺利益に限定して手厚く保護する立場が大勢を占め、そのほかの取引類型に判例法理の射程が及ぶかについては、更なる検討を要するものと解されていた⁶⁵⁾。

61) 最判昭和39年を支持する見解として、林ほか・債総〔第3版〕・347頁〔石田〕。また、法定相殺について相殺適状修正説を、期限の利益喪失約款が存在する場合につき弁済期先後基準説を主張するものとして、加藤雅信『新民法体系Ⅲ債権総論』（有斐閣、2005）430頁以下。

62) 藤原弘道「差押・破産と相殺」鈴木忠一＝三ヶ月章監『実務民事訴訟講座10』（日本評論社、1970）155頁以下、四宮和夫「判批」法協89巻1号（1972）141頁以下、西原道雄「債権の移転と相殺」柚木馨ほか編『判例演習（債権法1）〔増補版〕』（有斐閣、1973）209頁、深川裕佳『相殺の担保的機能』（信山社、2008）150頁以下・282頁以下、深谷格『相殺の構造と機能』（成文堂、2013）135頁以下。

他方で、「債権譲渡と相殺」に関しては、債権譲渡における取引安全を保護する必要性が重視され、かつ、債権法改正以前に物権的効力が承認されていた債権譲渡禁止特約（民旧466②）を用いることで第三債務者は相殺利益を自衛できることから、「差押えと相殺」とは区別して、より制限的に解すべきことが広く説かれていた⁶³⁾。

以上が債権法改正前の議論の大まかな推移であるが、最後に、我妻栄と林良平という当時の主導的研究者2人による象徴的な改説にも触れておく。我妻は「差押えと相殺」の問題が顕在化する以前、「債権譲渡と相殺」をめぐる無制限説的な見解を支持していた⁶⁷⁾。やがて、最判昭和39年が現れると、ドイツ法を参照しながら、弁済期先後基準説を基礎として期限の利益喪失約款に基づ

63) 最判昭和45年の大隅健一郎裁判官の意見に代表される見解であり、これを支持するものとして、平井一雄「判批」金判235号(1970)4頁以下、石田・前掲注55・117頁以下、石川利夫「判批」ジュリ482号(1971)53頁、高木多喜男「相殺」奥田昌道ほか編『民法学4《債権総論の重要問題》〔改訂版〕〕(有斐閣、1982)215頁以下、塩崎勤「相殺予約の対外的効力について」金法1000号(1982)11頁以下、林良平「相殺の機能と効力」『金融法論集—金融取引と担保』(有信堂、1989)222頁〔初出1984〕、平井宜雄『債権総論〔第2版〕』(弘文堂、1994)231頁以下、淡路剛久『債権総論』(有斐閣、2002)608頁以下、潮見・前掲注52・389頁以下・396頁、内田貴『民法Ⅲ債権総論・担保物権〔第3版〕』(東京大学出版会、2005)260頁以下、中田裕康『債権総論〔第3版〕』(岩波書店、2013)413頁以下、野澤正充『債権総論〔セカンドステージ債権法Ⅱ〕〔第2版〕』(日本評論社、2017)336頁以下。

64) 好美清光「銀行預金の差押と相殺—最高裁大法廷昭和四五・六・二四判決を機縁として—(上)(下)」判タ255号2頁・256号10頁(ともに1971)、我妻栄『新訂債権総論』(岩波書店、第10刷、1972)587頁、加藤一郎「差押と相殺—銀行預金の差押を中心として—」法教28号(1983)81頁、川井健『民法概論3(債権総論)〔第2版補訂版〕』(有斐閣、2009)360頁以下。一般論として無制限説を主張していたのは、米倉明「判批」ジュリ460号(1970)95頁以下、同『担保法の研究』(新青出版、1997)210頁〔初出1985〕、奥田・債総〔増補〕・589頁以下。

65) 早川眞一郎「判批」金子宏ほか編『租税判例百選〔第3版〕』(有斐閣、1992)181頁。

66) 相殺適状説をとるものとして、米倉・前掲注64・『担保法の研究』211頁、潮見・前掲注52・633頁。弁済期先後基準説をとるものとして、奥田・債総〔増補〕・590頁、中井美雄『債権総論講義』(有斐閣、1996)304頁、淡路・前掲注63・613頁以下、内田・前掲注63・263頁、中田・前掲注63・416頁。

67) 我妻・前掲注59・254頁。

く相殺を認める見解へと移った⁶⁸⁾。さらに、最判昭和45年を受けて無制限説に落ち着いた⁶⁹⁾。他方で、林は当初、期待利益説の主唱者であった⁷⁰⁾。しかし、「合理的な期待利益の判定基準を相殺の有効性を主張する者の立証の負担に帰することは酷であり、かえって法的不安定、予測の困難さをきたす」、「予約の存在、質権の存在、取引関係などを判断の基準におくことは、むしろ予約の有効性判断の場所へ譲るべき」との理由から、弁済期先後基準説・期限の利益喪失約款有効説へと見解を改めた⁷¹⁾。我妻の改説は、「差押えと相殺」をめぐる議論が判例主導で展開されてきたことの表れであり、また、林の指摘は、相殺への期待利益の合理性を個別事例ごとに判断する見解が、解釈上の安定性ないしは実用性を欠いていることを示している。もっとも、この指摘は、期限の利益喪失約款の効力について個別判断に委ねる立場にも当てはまり、林の主張は一貫していないように映る。

(おかもと・ひろき 筑波大学ビジネスサイエンス系教授)

68) 我妻・新訂債総・321頁・336頁以下。

69) 我妻・前掲注64・587頁。

70) 林良平「判批」民商53巻3号(1965)412頁、同「判批」民商67巻4号(1973)696頁。

71) 林・前掲注63・222頁。

筑波ロー・ジャーナル 34号

2023年6月発行

発行者 筑波大学大学院
人文社会ビジネス科学学術院
ビジネス科学研究群
法学学位プログラム
〒112-0012 東京都文京区大塚3-29-1
TEL 03-3942-5433
FAX 03-3942-5434

筑波大学大学院
人文社会ビジネス科学学術院
法曹専攻〈法科大学院〉
〒112-0012 東京都文京区大塚3-29-1
TEL/FAX 03-3942-6897

教授 大淵 真喜子
岡本 裕樹
川田 琢之
木村 真生子
栗原 克文
潮海 久雄
本田 光宏

教授 大石 和彦
田村 陽子
直井 義典
姫野 博昭
村山 淳子
森田 憲右
渡邊 卓也

准教授 小林 和子
平山賢太郎
藤澤 尚江
山中 利晃
渡邊 絹子

客員教授 古澤 陽介
松家 元
准教授 尾崎 愛美
日野 辰哉
萬澤 陽子
吉田 大輔

特任助教 山岸 久晃

編集者
制作
印刷所

筑波ロー・ジャーナル編集委員会
株式会社TKC
倉敷印刷株式会社

TSUKUBA LAW JOURNAL

No.34 June 2023

Articles

- La comparaison de la notion de possession en matière de gage entre le droit français et le droit japonais
..... **Yoshinori Naoi** 1
- Corona-Krise und Recht: Rechtliche Antwort in Deutschland
..... **Junko Murayama** 23
- Theoretical Analysis of Lawyers' Duty of Neutrality and Impartiality (2)
..... **Kensuke Morita** 67
- Der Grundsatz der beiderseitigen Strafbarkeit und der Grundsatz der gesetzlichen Bestimmtheit der Strafe
..... **Takuya Watanabe** 93

Research note

- An Overview of Japanese Setoff Law (2)
..... **Hiroki Okamoto** 111

ISSN:1881-8730