

秋田法学

2009年 第50号

論文

Conflicts and Conflict Resolution 阿曾村 邦 昭 …… (1)

公開買付規制と経営権防御制度に関する比較検討 (一)
洪 濟 植 …… (23)

研究ノート

盗電行為と類推禁止
—電気ないし電流は窃盗罪または横領罪の目的物となり得るか—
川 添 誠 …… (53)

韓国における民法改正の動向と「保証人保護のための特別法」の制定
孟 觀 變 …… (67)

管轄の合意・再考 (一) 川 口 誠 …… (85)

記憶の場 としての<constitution> 佐 藤 寛 稔 …… (95)

秋 田 法 学

第 50 号

ノースアジア大学

総合研究センター法学研究所

Conflicts and Conflict Resolution

Asomura Kuniaki

1. Developments of Conflicts in Human History

It seems that conflicts - I mean conflicts accompanied by violence that often result in deaths and casualties - already existed in the days of the ape or anthropoid, our direct ancestor. For instance, it is generally observed that monkeys fight each other on account of females, food or the position of the boss of the group. Apparently, they fight for the sake of food that is necessary for the preservation of their life or the essential desire to produce offsprings. The strife consciousness is very often considered the secondary by-product accrued to the above-mentioned two primary instincts, that is, eating and reproduction. As we watch cats and dogs, however, they act to prevent other rivals from coming into the territory they regard as their own living space. This would easily lead us to believe that the strife consciousness is instinctively rooted in animals including human beings for self-preservation and self-defense. It is this consciousness, then, coupled with the desire for food and reproduction - the two functions essential to what we would call living things on the earth - that causes conflicts.

It is well known, however, that conflicts would take place casually or sporadically in the days of the ape and the old stone or Paleolithic

era. Communal or organized fighting seems to have started in full-scale in bronze-iron era. In other words, the human history of conflicts dates back only to 10,000 years ago.

When it comes to Japan, there is no evidence that people fought in the Jōmon period. It is in the Yayoi period that organized fighting between communities developed as is evidenced by headless skeletons and skulls with an arrow head discovered at the Yoshinogari site. The villages on the site are found to have been enclosed with palisades and trenches. This clearly shows the need for self-defense of the communities from the perceived or expected collective violence by other communities. Since then, a variety of weapons such as swords, spears, halberds and bows were created and used as a means of settling conflicts by force. As a matter of fact, they continued to be the main instruments of armed conflicts up until the later period of the Middle Ages when guns and particularly cannons were brought to the battle field.

2. Conflicts in the Current World Situations

Guns and cannons served basically as the major weapons for armed conflicts even after World War I. However, the invention of nuclear weapons and their use by the US against Japan just before the end of World War II have dramatically changed the world in terms of large-scale armed conflicts. After the Soviet Union caught up with the US in the development and the possession of nuclear arms, Mutually Assured Destruction (MAD) —that is, if the US should use its nuclear arms, the US would be retaliated by the Soviet Union in the same way, resulting in an assured mutual destruction—long guaranteed the

dreadful balance of power between the two Superpowers through the Cold War era. Although the US and the Soviet Union refrained from direct engagement, armed conflicts were engaged in by their proxies as were observed, for instance, in the Korean War and the War in Vietnam. After the end of the Cold War in 1989, caused by the collapse of the Soviet Empire that had overextended at the sacrifice of domestic well-being and international competitiveness in terms of technology and economy, what has become quite conspicuous is the frequent occurrence of civil wars and regional strifes in the absence of "MAD". Recent statement by the Russian President after Russia's virtual incorporation of some territories of Georgia, widely interpreted as meaning that he would not mind if this should lead to the revival of the Cold War, does not seem to have changed the situation since despite the rising self-assertion of Russia as one of the leading powers of the world, the world is well aware that any Russian government, based on the support of its people, would not dare to plunge them into the nightmare of MAD.

The areas where civil wars and regional strifes frequently take place are noted for their weak political and economic structures as well as a range of complicated issues with regard to religions, ethnicities, natural resources, discrepancies in wealth distribution, and/or political discrimination.

As a result, we now face a large number of displaced persons, failed states and an increasing threat posed by terrorists. The Islamic World, generally considered the main supplier of terrorists, used to be greatly advanced in many aspects in the Middle Ages. Unfortunately, however, they have failed to go with the tide of industrial revolution and also of global economic development after World War II. This has

resulted in the relative decline of the political, economic—apart from oil revenue—and cultural status of the Islamic world.

Besides, many governments in the Islamic world have failed to modernize their countries enough to bring the modern benefits to their population. Representative democracy is not considered to have been functioning well in these countries. Here lie the fundamental sources of grievances, prevailing among Islamic peoples particularly in the Middle East.

Besides, population has been increasing at the annual rate of 2-3 percent in the region with the younger generation occupying some 20 percent in the total population. These countries are indeed hot-blooded in terms of the high portion of the youth in their population. At the same time, it must be noted that a large number of the unemployed are concentrated in urban areas. All these elements, counted together, tend to lead to an accumulation of grievances and provide a fertile soil for terrorists. And such terrorism is directed against the West as the source of all the "evils" that has caused the decline of the Islamic world. Of course, their governments are another terrorist targets.

3. Features of Current Conflicts

What characterizes the conflicts that took place in 1990s is that the number of deaths caused by intra-state conflicts amounted to 3.6 million as compared with 220,000 caused by inter-state conflicts. A World Bank report on Civil War and Development Policy, published in 2004, also indicates that in 1990s the duration of civil wars became 7 years on average in contrast to 4 years on average in 1960s and 1970s. It seems that civil wars tend to last longer now than before and

to increase the number of victims.

Four-fifths or 80 percent of the civil wars in the world took place in the poorest countries of the world or what we nowadays courteously call LDCs (Less Developed Countries) that have one sixth population of the world.

Eighty percent of the victims since 1990 have proven to be civilians, particularly women and children. The weapons used are mostly small arms such as automatic guns and so on. According to a report issued by UNHCR in 2000, the total number of displaced persons due to armed conflicts amounted to as large as 11.7 million including 6.9 million IDPs (Internally Displaced Persons). It is a pity that the figures shown do not seem to have declined since then, while UNCHR has been getting increasingly busier. Of course, even after the end of the Cold War, important armed conflicts such as the Gulf War, India-Pakistan disputes, the Afghan War, the Anglo-American War against Saddam Hussein were fought and in case of Afghanistan and Iraq, foreign forces are still obliged to stay there, performing a sort of international police function. Yet, these wars in terms of full-scale armed confrontation tended not to last long and the number of victims in inter-state conflicts is much smaller than in intra-state conflicts.

4. Karl Marx's Linear View of History

Where there is a conflict and a conflict resolution is to be looked for, the resolution may be reached by means of violence, often leaving the discontents and resentments to the loser and sometimes to the both sides particularly in case of the settlement reached through

initial struggles and consequent negotiations. Assuming that pluralism or at least the recognition of pluralism is feasible between the contestants, it would be much easier to believe that a conflict resolution could be achieved through negotiations without using naked forces. Acknowledging that "pluralism" implies that we should arrive or at least aim at a society where diverse elements of values are allowed to co-exist and whether such a proposition is valid is of itself a question worthy of close examination, the author dares to tackle pluralism in relation to conflict resolution, looking into a few relevant thoughts both in the West and in Japan.

Generally speaking, the doctrine of five Cs seems to have been the dominant modern Western view of the other peoples of the world. By five Cs are meant Curiosity, Civilization, Christianization, Commerce and Colonization. Such a doctrine was typically applied to Africa and elsewhere. Needless to say, "Manifest Destiny" or "whiteman's mission" and other similar slogans have their roots in this doctrine, implied already in the "History" by Herodotus in his view of inevitability of conflicts between the Greeks and the Persian Empire that was settled by the victory of the Greeks in the war. Such a view, supported by actual practices, of course, consists in the supremacy of the West over other diverse peoples or civilizations without allowing for co-existence or pluralism on equal footing. It is the doctrine of the ruler vis-à-vis the ruled.

Another example of Semitic-Western dogma can be found in Karl Marx's materialistic view of history as embodied in his writings. According to Marx, whose views were mostly grounded in the history and thoughts of Western Europe, the universal law of history consists in the chain of developments from the stage of primitive communism

to slavery, feudalism and the bourgeois capitalism.

The very success of capitalism would lead to the "naked, shameless, direct, brutal exploitation by the bourgeoisie of the industrial workers or proletariat and impoverishment", and then to the inevitable revolution that would bring about a communist Utopia. In his Utopia, "the total of productive forces would be increased as rapidly as possible and the springs of co-operative wealth flow more abundantly."

He put the utmost importance on production as the essential economic activity to which all other categories were subsidiary. Naturally, he laid little attention to the role of religions in history in sharp contrast to Max Weber despite the fact that his Utopia seems to have its origin in the Messianic belief in Judaism.

To Karl Marx, the revolutions seemed to take place imminently in France and Germany, and in the preface to *"Das Kapital"* he wrote, "The industrially more developed country presents to the industrially less developed country a picture of the latter's future." This means the West comes first and others are just to follow the West under the same laws of historical development.

Despite his oracle, the first socialist revolution took place in Russia where Marx's conditions for the kind of political revolution he had dreamed of were totally unripe.

The process of the Russian revolution developed the primacy of politics over economics in contrast to Marx's belief in the primacy of economics over politics. The same pattern was repeated in the revolution in China after World War II. As we are well aware now, Karl Marx's dogma and the practices conducted by his theoretical and political followers have proven to be bankrupt as is illustrated by the collapse of the Soviet Union and the road Communist China as well

as Vietnam have been treading in the form of capitalism under socialism, i.e, flourishing capitalism elements under the political rule monopolized by the Communist Party of the two respective countries.

It is significant, however, to recognize Karl Marx's theory as one of the most influential linear views of history of the world that is to be applied universally to all the regions and peoples of the world without allowing for another view in regard to the elements of what makes history of mankind. In this sense, his view may be well characterized by its semitic rigidity and exclusiveness in the context of the aforementioned Western doctrine of five Cs.

5. Professor Watsuji's Climatic Determinism and Professor Umesao's Ecological View of History

Against Marx's economic determinism of history or civilization, a proposition of climatic determinism was introduced by philosopher Watsuji Tetsuro in his classical work titled "The Climate", published in 1935 (its original title is "風土", meaning "climate" in English. "The Climate" is the title for the English version.). He classified the world into three zones according to climatic differences. First comes the monsoon zone including Japan, China, Southeast Asia and India. In this zone, monsoons bring tropical heat and humidity at the same time. Under such climatic conditions, receptive and submissive personalities have been formed vis-à-vis menacing as well as benevolent nature that provides peoples with rich sources of nutrition.

Personalities thus formulated constitute an essential element of civilizations in the region.

The second zone consists in the desert, which is wild and dry, due

to the scanty rainfall as is exemplified in Arabia, Africa and Mongolia. Here you have to obey the tribal order and are destined to be engaged in continuous strifes with other tribes in order to secure scarce natural resources for survival. It is under such circumstances that the rigorous, all-demanding semitic God like Yahve has come to be believed in. The third zone is Europe. Despite all the differences between the north and the south of Europe, a combination of dry summer and wet winter is commonly shared both by the north and the south. Since the dry summer is unfavorable to unruly growth of vegetation in the pasture, nature is submissive to human beings. As a consequence, a rational way of thinking could develop itself. In the desert zone you are obliged to live in a constant fear of nature. Of course, even in the monsoon zone differences of climatic conditions give peculiar characteristics to the Indians, the Chinese and the Japanese respectively.

The climatic determinism as mentioned above is easy to understand like a tourist's impression of the diverse areas of the world. This view, however, is important in that it allows for plurarism of the way various peoples live in this world. In this sense, Watsuji's work can be appreciated in his efforts to accept and explain the diversity of civilizations in the world although he attributed the origin of modern development to the rational way of thinking of the Europeans accrued, according to his observation, to the climate in Europe. It must be mentioned also that Watsuji predicted that socialist revolution would not take place in China because of the passive sense of resignation which he perceived as prevailing inherently among the Chinese. The course of history in China has proved that Watsuji was wrong in his perception and he was obliged to rewrite the relevant part where his observation became contradictory to the facts of life in China.

Professor Umesao, an eminent cultural anthropologist, made another challenge in his "Ecological View of History of Civilizations", an article published in the February issue of *Chuuokoron* in 1957. Also against the linear view of history and the view that has tended to put the utmost importance on the West, Umesao applied the concept of ecological succession to history and civilization. Succession means the change developed by groups of plants in accordance with a certain rule under different circumstances. In essence, he classified the old world into the first zone and the second zone. The second zone that occupies most of the old world is characterized by a dry climate stretching from the north east to the south west of Eurasia. It is in this zone that ancient civilizations flourished. It is in this zone, however, that nomadic peoples have been actively engaged in the assault and plundering against civilizations built by laborious work of farming settlers, bringing about a great deal of damage and destruction as was observed throughout the history of India and China.

According to Umesao, Japan and Western Europe are located in the first zone that occupies a peripheral area adjacent to the center of Eurasia. This zone belongs to a temperate zone and endowed with appropriate amounts of rainfall and high agricultural productivity. To make the matter better, this zone has been free from the invasion of nomads. Under such beneficial conditions, the succession has developed in the first zone from feudalism to bourgeois revolution and capitalism mainly due to autogenic forces. On the other hand, feudalism did not develop well in the second zone as was typically evidenced in China where the centralized bureaucracy topped by the Emperor lasted long enough from the first Emperor of China (221 BC) up until 1911,

reproducing the ancient system throughout its history. And on minor scale, the same applies to Korea. In these countries, those engaged in crafts and manufacturing used to have a low esteem in society and this mentality also served unfavorably for the growth of the bourgeoisie, the class that would produce technical experts and new industrial technology.

Umesao's view is quite significant in his emphasis on feudalism developed in Japan and Western Europe in terms of climate as well as the emergence of technical experts that would support the newly-emerging capitalist society. At the same time, it should be noted that with reference to the view of civilization, he put Japan and Western Europe on equal footing while trying to give an account of the diverse developments of countries in two different zones through the application of the ecological theory of succession. In this sense, his view was another challenge to Marxism and its followers, still quite influential then in many parts of the world including Japan, and also might be called an attempt at recognition of pluralism in history and civilization.

We have to bear in mind, however, that technical globalism has been diminishing the differences in materialistic aspects of civilizations, leaving the remaining differences largely to the field of culture including religions. In other words, in the contemporary world, diversity in civilizations seems to be increasingly concentrated on often inexplicable cultural traits like religion, traditional arts and social customs and manners.

6. Huntington's "Clash of Civilizations"

Another interesting and provocative view of civilization, particularly in relation to conflicts, was offered by Professor Samuel P. Huntington in his well-publicized work, titled "The Clash of Civilizations and the Remaking of the World", published in 1997. The Japanese translation has sold well partly and possibly because he classified Japanese civilization as independent from Sino civilization, which probably has appealed to the pride of the Japanese people although his approach to this kind of classification seems to have a lot to be desired.

Huntington, a representative WASP political scientist and influential in the US as such, affirms that after the end of ideological confrontation, the dominance of Western civilization that has been on the decline is being challenged by Confucius Chinese civilization and Islamic civilization, with a particular emphasis on the latter. He even refers to the Sino-Islamic connection, which to many informed observers of China is not easily acceptable in the face of the fate of Islamic people in Shinkiyah and elsewhere under the domination of Hans. It is still fresh in our memory that in 2004 the martial law was declared in part of Henan after clashes between minority Hui Muslims and ethnic Han Chinese in a situation where 148 people were killed, including 18 officers sent to quell the violence. The serious fear of the Chinese authorities and preventive measures taken concerning potential "terrorist" bombing by Uighurs at the time of the Olympics held in the capital of China in 2008 are well known to the rest of the world if not to the Chinese themselves. In Huntington's view, inter-civilizational conflicts are most conspicuous and brutal in fault line situations, as was shown by a number of conflicts between Arabs and Israel, India

and Pakistan, Muslims and Christians in Sudan, Buddhist Singhalese and Hindu Tamils in Sri Lanka, Shiites and Marons in Lebanon, and Serbians and Croatians in now-defunct Yugoslavia.

To avoid major inter-civilizational wars, he argues that core states in each civilization are required to refrain from intervening in other civilizations, meaning, as I understand, an establishment of the new sphere of influence in terms of civilization. The second requirement is the joint mediation rule by which core states negotiate with each other to contain or to halt fault line wars between states or groups from their civilizations. The third rule for peace, according to Huntington, is the commonalities rule: people in all civilizations should search for and attempt to expand the values, institutions, and practices they have in common with peoples of other civilizations. While being tolerant of other civilizations, human beings may be able to develop a universal civilization gradually through the exploitation and expansion of such commonalities as are found in the key values in various leading religions.

His argument apparently sounds plausible. Ironically, however, he takes a negative stand with regard to the pluralism in the US when he discusses the rising Hispanic influences in his recent work titled "Who Are We ? The Challenge to America's National Identity". He seems to maintain that the Anglo-Saxon tradition should constitute the backbone of the American identity, rejecting the cause for pluralism in his own country, while preaching a sort of pluralism in international sphere.

7. Country

Although Huntington was the first to have presented civilizations in the context of conflicts, and there are points worthy of due attention, civilizational differences may not be the real cause of conflicts.

Rather they are often utilized to serve as a pretext for political mobilization. This seems particularly true in intra-state civil wars. As a matter of fact, behind the seemingly inter-civilizational causes, very often economic inequalities between the groups as well as struggles over political power, land and other economic assets can be found. This is typically so in the case of Sri Lanka where minority Hindu Tamils (not including those Tamil plantation workers and their families brought from India under the British colonial rule) revolted mainly because of the misled discrimination policy under dominant Sinhalese that was designed to bring about the loss of equal opportunities in education and employment to the great disadvantage of Hindu Tamils. A World bank report on the cause of civil wars emphasizes that economic factors in poverty-stricken countries are in fact greatly contributing to civil wars today. Therefore, in addition to the second and third rules for a conflict resolution or peace, it would be necessary to invest quite a lot of time, efforts and financial resources to improve economic conditions and inequalities in these countries.

With regard to Huntington's first rule for peace, the author is inclined to believe tolerance and respect to other civilizations still need a certain framework. For instance, it would be interesting to ask peace-loving people who are willing to pay much respect to "other" (meaning "different from me or us") civilizations if they could tolerate and defend a religious and social custom that will enforce female circumcision.

How could they refute the argument that fundamental human rights should come first and the tolerance of other civilizations could be valid only under the general rule of respect for human rights particularly in view of the fact that respect for human rights has been internationally codified ?

While Huntington saw the cause of conflicts in the diverse civilizations, he still suggested a few prescriptions for the avoidance or at least the mitigation of conflicts. General Ishihara Kanji, a brilliant military planner, who had a hand in staging the Manchurian Incident in 1931, had seen instead the inevitability of the final struggle between Japan, the leader of Asia and the U.S., the leader of the Western civilization. He developed his theory of world conflict for his lecture at the War College in Tokyo, based on his observation of War I and post-war developments in the international situation, including a large-scale central state planning caused by technological progress and the need to carry out the war as well as the emerging tendency for regional dominance and the exclusion of Japan from its access to natural resources by Western imperialism. It is interesting to note that General Ishihara predicted the inevitability of a struggle for world hegemony that would be fought between Japan, the leader of the civilization of the Asia and the U.S., the leader of the civilization of the West without suggesting a way to avoid such a showdown. It seems that in addition to his disregard of the diversity of Asia as well as that of the West and his erroneously high evaluation of Japan's potentials in the world arena, his theory seems to have proven to be a sort of linear theory of history like that of Karl Marx in believing in the 'inevitability' of the course of history.

It was in October 2001 that the United Nations published a report

on the need for a dialogue among civilizations (Crossing the Divide—A Dialogue Among Civilizations—), a laborious work in which twenty leading intellectuals of the world including Kawai Hayao, late Director-General of the Cultural Agency, Japan, participated. The report stresses the need for dialogue to resolve conflicts, arguing that the purposes of the dialogue include (1)develop mutual understanding in order to share values (2)learn what you don't know (3)listen to different opinions (4)open your mind to a variety of viewpoints (5)reflect on your obsessions (6)look for the best actions for the development of humanities. It also expresses a hope that through a dialogue and not through the exclusion based on ill-will and exclusive violence, a genuine consideration may be paid to to real global intercourse and diversity.

True, mutual understanding is necessary and a dialogue is important as a means to bring us to mutual understanding. Having admitted this, however, it would be worthwhile to point out that mutual understanding might not necessarily lead to conflict resolution. You sometimes or often fall in love simply because you misunderstand your partner. As you understand him or her better, you may find all sorts of faults to such an extent that you may start disliking your partner. This is the fact of life.

It can be said, however, that through mutual understanding process you may find out that others have their own causes and positions, but whether your understanding should lead you to tolerance is another matter.

As mentioned before, religions are the most irrational product of civilizations and despite the tide of overall globalization that is tended to reduce the differences in material aspects in various civilizations,

religions are likely to survive as the last stronghold of individual cultures.

In this regard, Professor Jeffery Haynes, UK political scientist, says in his recent work titled "Religion and Development" (p.76, Palgrave Macmillan, 2007) as follows;

Globalization leads to greatly increased interaction between people and communities. As a result, encounters between different religious traditions are increasingly common but although not always harmonious, which can lead to what Kurtz labels 'culture wars' (Kurtz 1993:168).

The reason, he contends, is because various religious world views encourage different allegiances and standards in relation to various areas, including the family, law, education and politics. Increasingly, it appears, conflicts between people, ethnic groups, classes, and nations are framed in religious terms. Such religious conflicts seem often to 'take on "larger than -life" proportions as the struggle of good against evil' (Kurz 1995:170). Such conflicts can seriously affect a country's chance of development.

He goes on the description of the ambivalence of religions in relation to conflicts, quoting Hollenstein (2005:10).

All great God -narratives are familiar with traditions that legitimise force in certain circumstances, claim victims in the battle for their own beliefs and demonise people of other religions. However, at the same time there are sources that proclaim the incompatibility of violence with religion, demand sacrifices for peace and insist

on respect for people of other religions. If we are to assume that, for the foreseeable future, the religions of the world will continue to be a factor in political conflicts, then it is high time that we strengthened the "the civilizing" side of the sacred and made it more difficult for it cynically to be taken over by political interests. What is said here about the relationship of world religions to violence can be considered generally valid for religions overall.

It is quite natural that religious involvement is often alleged in both domestic and international conflicts as many religions have certainly elements of intolerance. These elements are summarized by Haynes as follows (Haynes 2007:79);

- *Religion is focused on the absolute and unconditional and as a result can adopt totalitarian characteristics.* The monotheistic religions – Christianity, Islam Judaism – may have especial difficulty trying to distinguish between, on the one hand, claims of the absolutely divine and, on the other, the traditions and history of human existence ;
- *When claiming both absolute and exclusive validity, religious conviction can lead to intolerance, over-zealous proselytisation and religious fragmentation.* Religious exclusiveness is also typically hostile to both pluralism and liberal democracy;
- *Religion can increase aggressiveness and the willingness to use violence.* Added symbolic value can be an aspect of religious conviction, deriving from profane motivation and aims that become 'holy' objectives;
- *Leaders within faith-based organisations may seek to legitimise*

abuses of power and violation of human rights in the name of religious zeal. Because such leaders are nearly always men, there can also in addition be specific gender issues and women's human rights concerns.

All these elements seem to suggest that religions could be a powerful obstacle to the way for pluralism where a prospect for the possibilities of conflict resolution should be greater. You are perhaps not to blame even if you would conclude that continuous armed confrontations in the Middle East are closely related to the fact that the three monotheistic religions were born in this region. It is not without some sense of relief, however, that a statistical analysis does indicate that religious and/or ethnic fragmentation in a developing country lead to violent conflict between groups that regard themselves as separate "sometimes but not always" (Table I).

Of the 20 countries in the Table I which score very high on both religious and ethnic fragmentation indices, six (31.5%, Angola, Chad, Ethiopia, Liberia, Mozambique, and Uganda) have experienced recently serious civil conflict. Besides, Burundi, Rwanda and Somalia had serious civil conflict in 1990s. In these three countries neither Burundi nor Somalia are found on the Table. As a matter of fact, civil conflict in Burundi was caused by ethnic rivalry and in case of Somalia by inter-clan discord, both nothing to do with religion. When it comes to Rwanda, although it scores rather high (0.64) on the list of religious fragmentation, the main cause of its civil war was ethnic rivalry — Hutu vs Tutsi — (Haynes 2007 :86), again nothing to do with religion.

Also it should be born in mind that even the monotheistic religion such as Christianity has the teaching that you should love your enemy.

Even in religious beliefs there remains a lot of room for tolerance and in the end it is tolerance possibly through mutual understanding

Table I Ethnic and religious fragmentation in Africa, Asia and Latin America

Region	Country	Ethnic fragmentation ^a	Religious fragmentation ^b
Africa	Angola	0.80	0.49
	Benin	0.75	0.53
	Botswana	0.51	0.54
	Burkina Faso	0.72	0.59
	Cameroon	0.86	0.73
	Central African Republic	0.74	0.63
	Chad	0.80	0.70
	Côte d'Ivoire	0.87	0.67
	Ethiopia	0.70	0.61
	Kenya	0.86	0.69
	Liberia	0.86	0.64
	Malawi	0.65	0.73
	Mozambique	0.75	0.62
	Rwanda	low	0.64
	Sierra Leone	0.78	0.57
	South Africa	0.68	0.48
	Tanzania	0.95	0.73
	Togo	0.72	0.64
	Uganda	0.92	0.66
Asia	Indonesia	0.77	0.59
	Laos	0.61	low
	Malaysia	0.71	0.55
	Philippines	0.79	low
	India	0.90	low
	Nepal	0.69	low
	Pakistan	0.63	low
Latin America	Bolivia	0.70	low
	Ecuador	0.60	low
	Guatemala	0.58	low
	Peru	0.63	low
	Uruguay	low	0.49
	Venezuela	0.54	low

^a Ethnic fragmentation index over 0.55 signifies a high level of ethnic fragmentation

^b Religious fragmentation index over 0.45 signifies a high level of ethnic fragmentation

Source: Adapted from data in Lane and Ersson (1994: 134-5) by Jeffery Haynes (Religion and Development, P.87)

that will enable pluralism to be feasible and useful for conflict resolution .

A good example can be found in the way the Japanese accepted Buddhism in Japan. Traditional Japanese gods were considered to be temporary appearances of Buddhist deities. It is because of this flexibility that you can believe both in Shintoism and Buddhism in one person, and in our history the Emperor, believed to be the direct descendent of the Sun Goddess Amaterasu (often erroneously considered to be the supreme being in the hierarchy in the world of Japan's mythological gods), would often become a Buddhist monk after retirement.

One of my American friends, a devoted protestant, once told me that such a practice is immoral — at least to him — . In my view, however, it is this kind of immorality that the world today, so much inflicted by conflicts, so badly needs for conflict resolution.

References

Haynes, Jeffery

Religion and Development-Conflict or Cooperation — , Palgrave Macmillan, 2007

Huntington, Samuel P.

The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order, Touchstone Books, 1998

Who Are We ? The Challenge to America's National Identity, Simon & Schuster, 2004

Jansen Marius. B.,.

Japan and Its World—Two Centuries of Change, Princeton University Press., 1980

Masuda, Shiro (増田四郎)

ヨーロッパとは何か (What is Europe ?), Iwanami Publishing House, 1978

Moriya, Masanori (森谷正規)

文明の技術史観 (A Technological View of History of Civilizations), Chuoukouron-sha, 1998

The United Nations

Crossing the Divide – A Dialogue Among Civilizations, School of Diplomacy, Seton Hall University, U.S., 2001

The World Bank

A World Bank Research Report, Breaking the Conflict Trap – Civil War and Development Policy, the World Bank & Oxford University Press, 2003

Umesao, Tadao (梅棹忠夫)

文明の生態史観 (The Ecological View of History of Civilizations), Chuoukouron-sha, 1998

Watsuji, Tetsuro (和辻哲郎)

風土－人間学的考察－ (The Climate), Iwanami Publishing House, 1979

公開買付規制と経営権防御制度に 関する比較検討（一）*

洪 濟 植

目次

- 一 はじめに
- 二 公開買付規制制度の概観
- 三 公開買付制度の比較検討（以上、『秋田法学』五〇号所収）
- 四 経営権防御に関する立法例
- 五 対象会社の防御手段と法的問題
- 六 おわりに

一 はじめに

近年、日本の企業合併と買収（以下、「M&A」という）市場においては、経済グローバル化の進展に伴い、M&A の件数が増加している。⁽¹⁾

*[付記] 本稿は、二〇〇六年十一月二二日に開催された同志社大学大学院司法研究科主催第七回国際学術シンポジウム〔文部科学省法科大学院等専門職大学院教育推進プログラム「国際的視野と判断力をもつ法律家の養成」〕、および二〇〇七年二月二三日に開催された同第八回国際学術シンポジウムにおける筆者の報告原稿を基に、まとめなおしたものである。筆者の報告に対し、研究口頭発表の機会を提供して下さった早川勝先生より有益なご批判とご教示を賜った。この場を借りてお礼申し上げたい。

- （１）徳本穰『敵対的企業買収の法理論』三頁（財九州大学出版会、二〇〇五年）、野村證券株式会社・IB コンサルティング部『敵対的 M&A——防御マニュアル』一〇～一三頁（中央経済社、二〇〇五年）参照。

会社の経営支配権をめぐる攻防という観点から考えると、国内資本による敵対的 M&A よりも、外国資本による敵対的 M&A から国内企業をどのように守るべきか、という論点へと移っているといえよう。⁽²⁾

かかる敵対的 M&A の類型としては、①公開買付けによる株式の買付け、②市場における株式の買占め (Market Sweep)、③委任状合戦〔いわゆるプロキシ・ファイト (Proxy Fight)〕⁽³⁾ などがある。

とくに日本国内の M&A 市場においては、M&A の一手段として知られている公開買付けによる敵対的 M&A の件数が急上昇しており、⁽⁴⁾ 外国人投資家の持分比率の増加と敵対的 M&A の脅威につき、社会的関心も飛躍的に高まってきた。⁽⁵⁾

公開買付けのねらいは、会社が発行した株式を短期間において大量に買付け、対象会社の経営支配権を獲得するか、または経営支配権を強化することにある。⁽⁶⁾

周知のとおり、日本における敵対的公開買付けに対する関心と呼ぶよう

(2) 中東正文「企業再編の自由は何をもたらすか」法学セミナー二九頁(二〇〇七年)参照。

(3) 武井＝太田＝中山『企業買収防衛戦略』四頁～五頁(二〇〇四年、商事法務)参照。

(4) 経済産業省「日本及び欧米各国における公開買付け等の概要及び実態」四頁～五頁(二〇〇五年)参照。

(5) 中東正文『企業結合・企業統治・企業金融』一頁(新山社、一九九九年)、太田＝中山『敵対的 M&A 対応の最先端——その理論と実務』四～一七頁(商事法務、二〇〇五年)、証券取引法研究会編『証券取引法研究会研究記録第一六号証券取引法改正に係る政令等について (TOB、大量保有報告関係、内部統制報告関係)』四頁(日本証券経済研究所、二〇〇六年)、黒沼悦郎「企業買収ルールとしての公開買付規制」ジュリスト一三四六号二七頁(二〇〇七年)参照。

(6) 河本＝大武『証券取引法読本(第四版補訂版)』八一～八二頁(有斐閣、二〇〇〇年)、近藤＝吉原＝黒沼『証券取引法入門(新訂版)』二〇五頁(商事法務研究会、二〇〇〇年)、新谷勝『敵対企業買収(改訂版)』五頁(税務経理協会、二〇〇五年)参照。

になった代表的な事例としては、二〇〇五年二月八日新興の IT 企業ライブドアが子会社のライブドア・パートナーズを通じて東京証券取引所立会外取引（ToSTNeT-1⁽⁷⁾）でニッポン放送株式会社が発行する株式のうち、約九七二万株を取得し、実質的な筆頭株主となり、同社の経営権行使を公表した「ニッポン放送事件」が挙げられる⁽⁸⁾。今後、日本における金融商品市場の自由化の下、会社の経営支配権またはその強化をねらう攻防合戦が激しく繰り広げられていくことが予想される。

本稿のねらいは、かかる日本における企業買収合戦と公開買付け規制にかかわる立法論的対応を念頭におきながら、諸外国の M&A 関連法制のうち、公開買付規制と経営権防御制度に関する法的諸問題点について、比較法的観点から、検討を行うことにある。

二 公開買付規制制度の概観

1 アメリカ

周知のように、公開買付制度はアメリカやイギリスにおいて公開買付けに関する規定を定めて規制を始めた法制度である。公開買付けは、アメリカでは“Tender Offer”、そしてイギリスでは“Take Over Bid”と呼ば

（7）従来の取引所有価証券市場では、市場における機関化現象による大口投資家の大量売買注文の執行について十分に対応していなかった。かかる問題点を改善すべく、平成九年一一月、東京証券取引所の「立会外取引」が開始された。ToSTNeT は、この立会外取引システムを電子化したものである。かかる ToSTNeT-1 取引に対し、市場取引として認めるべきかどうかについて争われたが、裁判所は有価証券市場に当たるとした（東京高決平成一三年・三・二三判時一八九九号五六頁、森本滋「公開買付規制にかかわる立法論的課題——強制公開買付制度を中心に」商事法務一七三六号九頁（二〇〇五年）参照）。

（8）清水真『新しい敵対的買収防衛（徹底検証——ライブドア VS ニッポン放送・フジテレビ）』3 頁（商事法務、二〇〇五年）参照。

⁽⁹⁾
れている。

アメリカでは、一九六〇年代から、公開会社の経営支配権を取得する一手段として公開買付けが一般化され始めた。しかし、一九三四年証券取引所法 (The Securities Exchange Act of 1934) は、公開買付けの対象会社の一般株主に持株を売却すべきか否かを判断するための適切な情報などを与えるような規定を設けていなかった。⁽¹⁰⁾

そこで、一九六八年七月に連邦議会は、一般投資家の利益を保護すべく、公開買付者に一般株主に対する買付条件の開示を義務付けるなどの内容を盛り込んだ公開買付けに関する規制立法として「ウィリアムズ法」(Williams Act;⁽¹¹⁾ 公開買付規制法) を制定した。

ウィリアムズ法は、一九三四年証券取引所法に、証券取引所 (The Securities and Exchange Commission [以下、「SEC」という]) の Rule 13 (d) (e) [大量保有開示制度]、14 (d) (f) [公開買付けに関する規制] を追加的に定めることによって成立された連邦法である。それ以降、ウィリアムズ法は、一九七〇年一二月の一部改正を経て現在に至っている。⁽¹²⁾

このように、ウィリアムズ法において公開買付けに関する規制ルールが導入されてから、敵対的公開買付けを規制するための経営権防御策の一環として、各州会社法においても対象会社の支配株式の取得を抑制し、また

(9) Cary & Eisenberg, Cases and Materials on Corporations, The Foundation Press, 1995, pp1300; Hamilton, Cases and Materials on Corporations, West Publishing, 1994, pp1138, 1184. 岸田雅雄『証券取引法 (第二版) 六〇頁 (新世社、二〇〇四年)。

(10) 中東・前掲注 (5) 一〇七頁参照。

(11) Williams Act は、Harrison Williams 上院議員が一九六五年一〇月に Tender Offer に関する連邦法案を提出したことによるものである。

(12) Gorden, Corporations, Markets and Courts, 91Colum. L. Rev., 1932n. 2 (1991). 矢崎淳司『敵対的買収防衛策をめぐる法規制』一〇頁～一二頁 (多賀出版、二〇〇七年)、戸田焼「米国法を中心とした公開買付制度の検討」商事法務一七三二号一三頁～一四頁 (二〇〇五年) 参照。

は議決権行使を制限するなどのルールを立法化した（これを「第一世代の反テイクオーバー州法」という⁽¹⁴⁾）。

かかるウィリアムズ法の立法趣旨は、公開買付けにおける一般投資家の利益を保護することにある。それゆえ、ウィリアムズ法は公開買付けの規制を行うにあたり、公開買付者と対象会社の経営陣との間において、中立的な立場を堅持する立場を取るものと解されている⁽¹⁵⁾。

しかし、多くの州法ではかかるウィリアムズ法とは対称的に、公開買付けから州内の会社を保護するための企業買収規制法を定めている⁽¹⁶⁾。かかる各州制定の反テイクオーバー州法は、連邦憲法の定める州際通商条項、および専占条項に抵触するかどうかという、違憲性が争われた⁽¹⁷⁾。

この点につき、連邦最高裁判所は、①Edgar v. Mite 事件と、②CTS

(13) 一九六八年ウィリアムズ法を制定する以前、アメリカにおける会社の経営支配権の取得方法としては、証券市場で株式を取得する方法と委任状の争奪を通じて議決権付株式を確保する方法をもって行われていた。しかし、ウィリアムズ法が制定されてからは、公開買付けによる企業買収の件数が急増するようになった。かかる企業買収の拡大を受け、アメリカの各州ではその対策の一環として企業買収規制法を制定した。これにより、経営者は敵対的 TOB から会社を守るための手段として、White Nights, Poison Pills, Self Liquidation, Shark Repellent, Dual Class Recapitalization, Golden Parachute などのツールを使い、買収者に対抗できるようになったといわれている。Johnson & Millon, Misreading The Williams Act, 87Mich. L. Rev., 1891 n118 (1989); Gordon, Corporations, Markets and Courts, 91Colum. L. R. ev., 1932 n2 (1991)。

(14) 戸田・前掲注 (12) 参照。

(15) 岸田＝森田＝近藤『遂条・証券取引法——判例と学説——（神崎克郎先生還暦記念）』八八頁（商事法務研究会、一九九九年）。

(16) 州法においては、①主務長官への公開買付登録、またはこれと併せて対象会社の経営陣への告知義務、②主務長官の公開買付公正審査招集権、③主務長官の不均衡または不公正な公開買付けに関する禁止権限を内容とする規定を定め、敵対的 TOB から州内会社を保護している（中東・前掲注（5）一〇八頁参照）。

(17) 岸田＝森田＝近藤・前掲注（15）。

Corp. v. Dynamics Corp. of America 事件において、かかる各州の企業買収規制法の制定をめぐる問題について重要な判決を示した。⁽¹⁸⁾①は、一九八二年イリノイ州の反テイクオーバー州法に対し、連邦最高裁判所が州際通商条項（連邦憲法一編八節三項）に違反することを理由にして無効判決を下したものである。⁽¹⁹⁾

これに対し、②の事件では、一九八七年インディアナ州の支配株式取得法のうち、「所定の持株割合を超えた株式については株主総会の承認を得なければ議決権が与えられない」という内容の規定につき、合憲性問題が争われた。連邦最高裁判所は、かかる規定が最高法規条項にも、州際通商条項にも違反しないことを根拠にして合憲判決を下した。⁽²⁰⁾

アメリカ州法は、MITE 事件判決以前の企業公開買収法を第一世代の州法（first generation statutes）、同判決以後の州法を第二世代の州法（second generation statutes）という。⁽²¹⁾このように、アメリカでは連邦法であるウィリアムズ法と州法による二元的体制をもって公開買付けに関する規制を行っている。

2 イギリス

イギリスの M&A 関連法制としては、企業買収および合併に関するシティ・コード（The City Code on Takeovers and Mergers；以下「シティ・

(18) 中東・前掲注（5）六二頁～六三頁参照。

(19) 並木和夫「アメリカ合衆国における企業買収規制規定とその問題点」法学研究六二巻三号四〇頁参照。

(20) CTS Corp. v. Dynamics Corp. of America 事件判決では、インディアナ州の立法者が州内会社の株主を保護しようとするねらいは、連邦法であるウィリアムズ法に触れるものでなく、むしろ一般投資家の保護という連邦法の趣旨に合致するものであると判示した〔岸田＝森田＝近藤・前掲注（15）七六頁参照〕。

(21) 中東・前掲注（5）一〇七頁～一〇九頁、鄭東潤『会社法（第六版）』八六四頁（法文社、二〇〇〇年）参照。

コード」という)、会社法、上場規則 (purple book)、FSMA (Financial Services & Markets Act) 2000、公正取引法などが挙げられる。

イギリスは、企業間の M&A がよく行われる国として知られているが、⁽²²⁾ 企業間の M&A は、主として公開買付けによる企業買収が一般化されている。⁽²³⁾ イギリスにおける公開買付けは、一九八五年イギリス会社法で公開買付規制に関する規定を設けたものの、主として自主規制としての性格を有するシティ・コードに基づく規制を行っている。⁽²⁴⁾

かかるシティ・コードは、制定法ではなく、ロンドンシティの金融機関 (イングランド銀行、英国保険会社連合、投資信託会社連合体、ロンドン証券取引所など) から構成された「自主規制協議体」によって成立された自主規約である。

この自主規制協議体は、一九六八年イングランド銀行によって設立されたものであり、その正式名称は「公開買付けと合併に関する協議体」である。この協議体は、公開買付けと合併にかかわる金融機関および英国産業連盟の代表などから選任された一五名によって構成されている。それゆえ、制定法に基礎を置くものではないが、実質的観点からすると、自主規制以上の法的効力を有するものといえる。⁽²⁵⁾

このように、シティ・コードは自主規制であるがために、法的な拘束力を有するものではないが、公開買付けに関する自主規制のルールを違反した場合には、イギリスの金融行政当局である金融サービス機構 (Financial

(22) 北村雅史「EU における公開買付規制」商事法務一七三二号四頁 (二〇〇五年)。

(23) See, L.C.B. Gower, *Principles of Modern Company Law*, p. 704 (5th. ed. Sweet & Max well 1992),

(24) 末岡晶子「EU 企業買収指令における敵対的買収防衛策の位置づけと TO B 規制」商事法務一七三三号四三頁 (二〇〇五年) 参照。

(25) 北村・前掲注 (22) 参照。Kenneth Rayner, *Listing Securities in the United States and the United Kingdom*, p.10 (Graham & Trotman, 1991).

Services Authority) による行政制裁の対象となるなどの不利益を被る。⁽²⁶⁾

かかるシティ・コードの起源は、一九五九年にイングランド銀行を始めとする証券発行者協会によって作成された自主規制である「シティ・ノート」にある、といわれている。しかし、シティ・ノートは公開買付けに関する自主ルールを遵守せしめる監視機関がないなどの不備な点があったため、一九六八年に監視機関として「買収および合併に関するパネル（以下、「パネル」という）」(The Panel on Takeovers and Mergers)を設置せしめることなどの改正を行うことにより、その名称もシティ・コードに改められた。⁽²⁷⁾

ところで EU では、二〇〇四年四月二日に「公開買付けに関する欧州議会および理事会指令」([Directive of the European Parliament and of the Council on Takeover Bids]、以下「指令」という)が発効された。これを受け、EU 各加盟国は、指令三条第二項 a 号および第二条に基づいて国内法化の完了(二〇〇六年五月二〇日まで)を推進してきた。このように EU 各国において、公開買付ルールが整備されたことにより、EU 域内での公開買付けに関するルールは、一定程度の統一化を図ることになった。⁽²⁸⁾

指令は、EU における公開買付規制に関するガイドライン的な基準を提供する性格を有するものである。そのため、イギリスの貿易産業省 (The

(26) Edward Braham, Stephen Hewes, Julian Long, Lucinda Case, Public takeovers in the UK, p. 1 (Freshfields Bruckhaus Deringer 2005). 末岡・前掲注 (24) 四三頁参照。

(27) See, Gower's, Principles of Modern Company Law, 704 (5th. ed. 1992), J.H. Farrar & B.M. Hannigan, Farrar's Company Law, 590 (4th. ed. 1998).

(28) 北村・前掲注 (22) 四頁、末岡・前掲注 (24) 三五頁、早川勝「EU 第一三公開買付指令国内法化——ドイツにおける公開買付け指令の国内法化法政府草案」同志社法学五八巻五号四二八頁、経済産業省「M&A を巡る企業法制——買収防衛策を中心として」五頁 (二〇〇六年) 参照。

Department of Trade and Industry）は、指令四条第一項に基づき、民間団体であるパネルを公開買付規制に関する監督機関として位置づけるとともに、現行制度の枠組みのなかで指令の国内法化を推進する方針を明らかにした。それゆえ、パネルは、引き続き制定法上のパネルの規則制定権に基づく執行機関として公開買付けを規制する自主的ルールであるシティ・コードの執行を担うこととなる。⁽²⁹⁾

したがってイギリスでは、パネルがシティ・コードを法的根拠として、公開買付けを事案別に解釈したうえで、ルールを適用し、ルール違反による公開買付けに対してはパネルが制裁を行う。それと同時にパネルには、シティ・コード制定の趣旨に従い、ルールを解釈し、またはルールを変更し、もしくは緩和できる裁量的な権限が与えられている。

3 日本

日本では、昭和四六年証券取引法改正に際して、英米における制度化や資本自由化の進展の流れを受け、M&A 関連法制のうちで公開買付けに関する法的規制が最初に導入された。⁽³⁰⁾

その後日本における公開買付規制に関する法制度は、数次に亘って変遷[平成二年（大量保有株式の開示制度、公開買付制度の抜本的な改正等）、平成六年（自己株式取得規制の緩和に伴う改正）、平成一四年（強制公開買付規制の適用除外要件の拡大に関する改正）、平成一七年（いわゆるニッポン放送事件を契機として、証券取引所有価証券市場における取引の一部についても強制公開買付規制を適用するための改正）]し、さらに金融商品関連の規制の全体的な見直しや統合措置に伴い、証券取引法の名称も金

(29) 北村・前掲注(22) 五頁～六頁。

(30) 証券取引法研究会編・前掲(注5) 四六頁、田中＝堀口『証券取引法（再全訂コメンタール）』二八七頁（勁草書房、一九九六年）、森本・前掲注(7) 六頁参照。

融商品取引法（平成一八年六月七日に成立し、同年六月一四日に公布された；以下、「金商法」という）へ改題されたことにより、公開買付けに関する諸規定は金商法第二章の二〔公開買付けに関する開示〕に編成されることになった。⁽³¹⁾

金商法上では、従来の公開買付規制にかかわる諸規定のうち、①金融市場内外等の取引を組み合わせた「急速な買付け」による脱法的な形態の取引への対応⁽³²⁾、②公開買付取引に関する情報提供の充実化による投資者の保護（対象会社の意見表明の義務付け⁽³³⁾）、③公開買付期間を営業日ベースに変更⁽³⁴⁾、④公開買付条件の変更や撤回の柔軟化⁽³⁵⁾、⑤全部買付要件の変更⁽³⁶⁾、⑥公開買付期間中に競合する買付者間の公平性や透明性の確保（「急速な買増し」にかかわる数値基準の提示⁽³⁷⁾）、⑦子会社株式買付けにかかわる公開買付規制の範囲等については、公開買付をめぐる利害関係者に対して手続きの透明性および公正性を確保すべく、大幅な見直しを行った。⁽³⁸⁾

4 韓国

(1) 序

一九九七年金融危機以前までの韓国では、国内企業間において M&A

(31) 森本・前掲注（7）六頁～七頁、神田秀樹「金融商品取引法総論——法の構造と有価証券概念」ジュリスト一三六八号二頁～三頁（二〇〇八年）、金融庁「新しい金融商品取引法制について——利用者保護と公正・透明な市場の構築に向けて」参照、石井＝関口『実践 TOB ハンドブック』一四頁～二三頁（二〇〇七年、日経 BP）参照。

(32) 金商法二七条の二第一項四号参照。

(33) 金商法二七条の二第一項五号参照。

(34) 金商法二七条の二第三項、同法二七条の三第一項参照。

(35) 金商法二七条の六第一項一号、同法二七条の一一第一項参照。

(36) 金商法二七条の一三第四項参照。

(37) 金商法二七条の二第一項五号参照。

(38) 日野正晴『詳解金融商品取引法』二六九頁（中央経済社、二〇〇八年）参照。

が行われていた。しかし、敵対的 M&A に対する認識は、財界において否定的な側面があったため、公開買付けによる敵対的 M&A の成功例はほとんどなかったといえる。⁽³⁹⁾

それまでには、公開買付けによる敵対的 M&A は発生しておらず、韓国の M&A 市場においては、政府主導によって企業集団に属する系列企業間の合併や非公開的な企業引受が行われてきた。⁽⁴⁰⁾

しかし、一九九七年金融危機以降、ソボリンの SK(株)に対する敵対的 M&A が行われるなど、外国資本による敵対的 M&A への動きが活発になり、韓国企業の敵対的 M&A をめぐる社会的関心も一気に高まった。⁽⁴¹⁾

また IMF の救済金融プログラムの履行によって証券市場の全面的な開放と国際化が進行された。その結果二〇〇四年現在、公開買付けによる M&A の件数は日本ほど多くはないが、約五二件に上っている。⁽⁴²⁾ 今後とも、外国資本による敵対的 M&A の傾向は、さらに増していくものと予想される。

(39) 박헌목 (Heon-Mock Park) 「敵対的 M&A の法的規制に関する研究」(韓国語) 海事法研究一六卷三四頁(二〇〇四年) 参照。一九九四年、米国企業であるナイキー(株)が韓国の上場企業であるサンナススポーツ(株)の上場廃止をねらい、当該会社の発行株式に対する公開買付けを行った。本件は対象会社の経営支配権を獲得するための TOB による敵対的 M&A でなく、韓国最初の友好的 M&A の事例であった。韓国における TOB による敵対的 M&A のうち、一九九四年一〇月にハンソル製紙が東海総合金融の経営支配権を獲得するために行われた公開買付けは、最初の事例として記録されている〔宋鍾俊「有価証券公開買付の法的概念と特質」(韓国語) 法学研究八卷一号六九頁(一九九七年)、林在淵『証券取引法(修訂版)』(韓国語) 五八七頁(博英社、二〇〇〇年)〕 参照。

(40) 박헌목 (Heon-Mock Park) ・前掲注(39) 参照。

(41) 權種浩「日本の敵対的 M&A 現況と防御手段に関する最近の動向」(韓国語) 上場協第五二号四四頁(二〇〇五年、韓国上場会社協議会) 参照。

(42) 宋鍾俊「公開買付制度の改善方策」(韓国語) 上場協第五二号一七頁(二〇〇五年、韓国上場会社協議会) 参照。

そこで、韓国の財界は、外国資本の敵対的 M&A により、国内資本が海外へ流出するおそれがあるという憂慮を表すとともに、韓国政府に対し⁽⁴³⁾もかかる問題点に関する改善策を強く求めてきた。

(2) 公開買付制度の沿革的検討

I 改正動向⁽⁴⁴⁾

韓国では、日本よりも五年遅れた一九七六年改正証券取引法（以下、「韓国証取法」という）によって会社経営権の安定化を図る、という趣旨で⁽⁴⁵⁾有価証券の公開買付けに関する法制度が最初に導入された。

その後、金融危機の影響の下では、公開買付けによる経営支配権の獲得をめぐる競争的取引の公正性や透明性を高めるとともに、公開買付けの集団性により生じうる投資者保護にかかわる諸問題点をも改善せしめる必要性がある、というコンセンサスが広がった。

かかる認識を受け、一九九七年韓国証取法の改正においては、①公開買付けの適用範囲、②期間、③その他の諸手続、④公開買付規定に違反する場合の制裁に関する規定を見直した。その後においても、証券市場開放や証券取引自由化の拡大に伴い、これまで韓国証取法は三回（一九九八年、二〇〇一年、二〇〇五年）に亘って改正がなされた。⁽⁴⁶⁾以下、順次に検討することとする。

(43) 全三鉉「M&A 関連逆差別的な規制の改善方策」（韓国語）上場協第五二号一〇七頁～一〇九頁（韓国上場会社協議会、二〇〇五年）以下を参照。

(44) 韓国の公開買付制度に関する改正動向については、主として林・前掲注(39)五七〇頁以下、李基秀＝崔秉珪『証券取引法』（韓国語）一七五頁（セチャン出版社、二〇〇〇年）以下、宋・前掲注(42)一八頁以下を参照。

(45) 劉栄一「敵対的公開買収に対する防御行為とその適法性に関する研究」（韓国語）蔚山大学校社会科学論集第三巻一号二五頁（一九九三年）参照。

(46) 宋・前掲注(42)一七頁。

Ⅱ 一九九七年改正韓国証取法の主要内容

公開買付けに関する一九九七改正韓国証取法は、公開買付けに関する規制緩和を行い、M&A 活性化による「会社経営の効率性および合理性」を高めようという趣旨の法改正ではなかったと推察される。すなわち、一九九七改正韓国証取法は、会社の経営権を保護し、少額株主にも M&A に伴う経営プレミアム権を得るための機会を与えるという趣旨から、上場法人株式の大量保有制限制度（一九九七改正前の韓国証取法二〇〇条）を廃止し、M&A 手続に関する公正さを確立しようとするものであった。かかる意味において、一九九七改正韓国証取法は、25%公開買付制度の導入によって公開買付けへの規制強化を行うことにより、公開買付取引の安定化を図ることに主たる狙いがあったものといえる。⁽⁴⁷⁾

一九九七年改正韓国証取法の内容を簡潔にまとめてみると、公開買付けの適用対象を拡大するとともに、公開買付方式を5%公開買付けと25%公開買付けとに分けて規制する仕組みを採っていた。とくに公開買付けの公示においては、公開買付取引の透明性を確保すべく、公開買付けを行う者と特別関係者の保有株式を合算して公示しなければならないように規制を行った。また、公開買付けにかかわる手続とその方式、さらに公開買付届出書の提出方式などの問題点を改善した。⁽⁴⁸⁾

これ以外にも注目すべき点は、公開買付期間中では、対象会社の経営陣が会社経営の支配権を防御するために悪用されるおそれのある新株発行を禁止するとともに、公開買付届出書の虚偽記載に対する損害賠償責任規定についても新たに規定を設けたことである。⁽⁴⁹⁾ 他方、公開買付制度に反する行為を行い、対象会社の株式を取得した場合には、議決権の行使を制限するとともに、当該株式の売却を命ずるなどの制裁手段が課された。⁽⁵⁰⁾

(47) 宋・前掲注(42) 一八頁。

(48) 宋・前掲注(42) 一九頁。

(49) 李=崔・前掲注(44) 二一九頁。

Ⅲ 一九九八年改正証取法の主要内容

一九九八年韓国証取法の改正内容のうちで最も注目すべき点は、一九九七年改正韓国証取法によって導入された「25%強制的公開買付制度」を廃止したということではないかと考えられる。⁽⁵¹⁾

このように25%強制的公開買付制度が、短期間の運用に止まって廃止せざるを得なかった根本的な理由は、敵対的公開買付けだけでなく、友好的な公開買付けにも適用される結果、一九九七年金融危機以後の財閥改革の一環として推し進めてきたリストラクチャリングによる企業組織の再編行為が阻害されうる、という考えが支配的であったからである。⁽⁵²⁾

すなわち一九九七年改正韓国証取法二一条第二項は、公開買付けを行う者と特別関係者の持分を合わせて25%以上の議決権のある株式を新たに取得し、または既に25%以上の議決権のある株式を取得している者が議決権のある株式をさらに取得しようとする場合においては、必ず対象会社の議決権のある発行株式総数の50%強を取得しなければならないと定め、公開買付けを規制していた。⁽⁵³⁾

しかし、EU型制度をモデルにして導入した25%強制的公開買付制度の趣旨は、公開買付けによる敵対的M&Aを規制し、証券取引自由化に伴うM&A市場の活性化を促すことにより、会社経営の合理性を高めるということにあったが、結果的にはその立法目的を達成できず、25%強制的公開買付制度を廃止せざるを得なくなった。⁽⁵⁴⁾

(50) 韓国証券監督院『証券取引法改正内容解説』（韓国語）四三頁以下（一九九七年）参照。

(51) 林・前掲注（39）五七一頁、六〇〇頁。

(52) 林・前掲注（39）五七二頁、宋・前掲注（42）一九頁参照。

(53) 九七年改正韓国証取法二一条第二項参照。

(54) 林・前掲注（39）。

IV 二〇〇一年改正韓国証取法の主要内容

二〇〇一年改正前の韓国証取法二一条の二第二項は、「公開買付けを行う者は、公開買付けの目的・買付け資金の内訳・買付け等の期間・買付け等の価格・その他の決済および公開買付け等に付した条件、ならびにその他の大統領令で定める事項を記載した公開買付届出書を金融監督委員会に提出しなければならない」と定めていた。⁽⁵⁵⁾

こうした規定の内容は、アメリカや日本の場合のように公開買付けを開始しながら公開買付届出書を提出する事後届出制に比較すれば、確かに公開買付者に有利なものではないといえる。しかし、韓国では違法な公開買付けに対しては、裁判所からの仮処分⁽⁵⁶⁾の決定を受けることが容易ではないという理由などを考慮に入れ、公開買付けを開始する前に公開買付届出書を提出せしめる事前届出制が採られていた。

ところが、証券市場自由化の下、二〇〇一年改正韓国証取法は証券市場の活性化を図るという趣旨を生かすべく、それまでの公開買付けの事前届出制を廃止し、公開買付けの公表または公告を行った日に公開買付届出書を金融監督委員会に提出せしめる事後届出制に改められた。⁽⁵⁶⁾

これ以外にも、証券市場の活性化を確保すべく、①買付け行為開始期間⁽⁵⁷⁾を短縮し、さらに②公開買付規制を緩和する一環として繰返し公開買付けの制限期間についても、従前の一年から六ヶ月に短縮した。⁽⁵⁸⁾

そして、公開買付者が公開買付期間中において買付け価格を高値で変更

(55) 二〇〇一年改正前の韓国証取法二一条の二第二項。

(56) 林・前掲注（39）六〇三頁参照。

(57) 一九九九年改正前の韓国証取法では、公開買付けを行う者は、公開買付開始を公告したうえで、公開買付届出書を提出した場合、一〇日が経過した日から買付行為を開始することが可能であった。しかし、九九年改正韓国証取法では、公開買付開始期間を七日に短縮し、その後の二〇〇一年改正韓国証取法では、さらに三日に短縮した。

(58) 二〇〇一年改正韓国証取法二三条第三項参照、宋・前掲注（42）一九頁。

し、特定の株主から高値で買い付ける場合には、既に公開買付けに応じた株主に対しても同じ高値で買付けを行わなければならない。このような場合、公開買付者はかかる原則を避けるべく、公開買付期間終了後に従前よりも高い価格で公開買付けを再度行うおそれがある。また、会社の経営支配権の争奪のための公開買付けの繰返し行為により、投資資金を浪費するおそれもある。そこで、韓国では、公開買付者が公開買付届出書を金融委員会に提出した日から過去一年間において公開買付けを通じて当該株式を買い付けた事実のある者は、対抗的な公開買付けをかけられたとき以外には、公開買付けを禁止することとした。

思うに、繰返し公開買付けの期間が短縮されたのは、M&A 市場の活性化を促すための法政策の一環として行われたものではないかと推察される。

V 二〇〇五年改正韓国証取法の主要内容

一九九七年金融危機以降、韓国においては、M&A 市場の活性化という政策を積極的に推進することにより、いわゆる TOB による敵対的 M&A に対する企業の効率的な経営権防御手段がより一層緩和されてきた。

その結果、企業の投資資金を設備投資などの企業の生産性を高めるために用いるよりも、むしろ経営支配権を防御するために転用されるケースも増えてきた。

そこで、二〇〇五年改正韓国証取法では、公開買付けによる M&A 市場の活性化を促進せしめる一方、他方では対象会社の経営支配権の防御手段を強化し、外国資本による国内企業の乗っ取りを保護すべく、法政策上のバランスを取る方向で法改正が行われた。

すなわち、友好的投資者に対する新株発行は禁止されてきたが、国内企業を保護すべく、敵対的公開買付けの場合に対しては友好的投資者への新株発行を認めることにより、経営権を防御する手段を許容するに至った。また M&A 市場の活性化を確保すべく、公開買付届出書の提出後の三日間の待機期間を廃止するとともに、六ヶ月間の繰返し公開買付けの制限期

間をも廃止した。⁽⁵⁹⁾

三 公開買付制度の比較検討

1 公開買付けの定義

アメリカとイギリスにおいては、公開買付けに関する定義が明確に定められていない。⁽⁶⁰⁾このように、アメリカでは公開買付けに関する法的概念を法定せず、公開買付けの定義については、判例と法解釈論に委ねている。⁽⁶¹⁾

それゆえ、公開買付けを行う場合においては、どの段階から公開買付けに該当されるかについての明確な判断基準がないので、実務のうえで公開買付けではないと判断し、公示義務を順守しなかったことにより、不測の損害を被るおそれがある。⁽⁶²⁾

アメリカでは、実際に公開買付けの定義をめぐる多くの判例および審決があり、公開買付けに関する定義は判例の解釈によって形成されてきた。⁽⁶³⁾したがって、かかる問題を解決すべく、アメリカの SEC は公開買付けに該当するかどうかの判断基準については、「公開買付けに関する八要素基準（eight-factor test）」⁽⁶⁴⁾（いわゆる Wellman 基準）をもって判断している。

またイギリスにおける公開買付けとは、買付者が対象会社の資産を所有するための取引か、またはその会社の経営支配権を取得するための取引であると解されている。⁽⁶⁵⁾

これに対し、韓国証取法では、金商法二七条の二第六項と同様に「公開

(59) 二〇〇五年改正韓国証取法二三条第二項参照、宋・前掲注（42）二〇頁。

(60) 岸田＝森田＝近藤・前掲注（15）八六頁（商事法務研究会、一九九九年）、戸田・前掲注（12）一五頁、全・前掲注（43）一一五頁参照。

(61) 宋・前掲注（42）七二頁参照。

(62) 岸田＝森田＝近藤・前掲注（60）八六頁参照。

(63) 戸田・前掲注（12）一五頁参照。

買付け」に関する明文規定を定めている。二〇〇四年改正韓国証取法二一条第三項によれば、公開買付けとは「不特定かつ多数の者に対し、株式その他大統領令の定める有価証券の買付けの申込み、または売付けの申込みの勧誘を行い、有価証券市場およびコスダック市場外で当該有価証券等の買付けを行うことをいう」、と定義されている。⁽⁶⁶⁾

ここにいう公開買付取引の相手方とは、上場法人またはコスダック登録

-
- (64) 公開買付けに関する八要素基準は、Wellman v. Dickson, 475 F. Supp. 783 (S.D.N.U.1979) 判例から由来したため、「Wellman 基準」と呼ぶ。その基準は、以下の八つの要素を含むが、すべての要素を含む場合だけでなく、ほとんどの要素が含まれていた場合には、公開買付けに該当すると解されている（戸田・前掲注（12）一五頁、岸田＝森田＝近藤・前掲注（62）参照）。
- ① 勧誘（solicitation）；買付者が、一般株主に対し、活発で広範囲な勧誘（active and widespread solicitation）を行った場合。
 - ② 比率（percentage）；発行者の発行株式の相当な比率（substantive percentage）に対する勧誘がある場合。
 - ③ プレミアム（premium）；買付けの申込みが、流布している市場価格（prevailing market price）を超えるプレミアムが加算された場合。
 - ④ 確定条件（firm terms）；買付けの条件が交渉次第というよりも、確定的である場合。
 - ⑤ 条件付（contingent）；申込みが固定された最初限度の株式数（fixed minimum number of shares）の申込み、または固定された最大限度の株式数（fixed maximum number of shares）の買付けを条件付きとする場合。
 - ⑥ 期間制限（limited time）；申込みが制限された期間（limited period of time）においてのみ、承諾が可能な場合。
 - ⑦ 圧力（pressure）；被勧誘者が、自己の株式を売付けするように圧力を受けた場合。
 - ⑧ 公開発表（public announcements）；株式の買い集めに先立ち、または同時に、それに伴う（preceding or accompanying the accumulation of stock）買収計画を公開的に発表した場合。
- (65) L. Rabinowitz, Weinberg and Blank on Take-overs and Mergers (I), 5th ed. (London: Sweet and Maxwell, 1989), p1001.
- (66) 二〇〇五年改正韓国証取法二一条第三項参照。

法人の不特定かつ多数の者の議決権のある株券の所有者でなければならぬ⁽⁶⁷⁾と解されている。

かかる公開買付けは、証券取引市場で取引される株価よりも、高値で対象会社の株券等を買付けるというデメリットもあるが、場合によっては短期間で経営支配権を確保できる M&A の一手法であるから、企業買収者には選考される傾向にあるといえよう。⁽⁶⁸⁾

2 公開買付けの法的要件

I 公開買付けの適用範囲とその問題点

イギリスでは、三〇%以上の議決権のある株式を取得し、対象会社の経営支配権を獲得しようとする場合は、すべての残余株式について現金または特定の有価証券による公開買付けを義務づけている。

旧日本証券取引法では、証券市場外での取引は原則として公開買付けによらせることとしていた。しかし、著しく少数の者から、しかも買付けの株式の数が会社の経営支配権の変動や一般株主には影響を与えない場合⁽⁶⁹⁾においては、公開買付強制の適用から除外していた。すなわち、証券市場外で六〇日間に一〇人以下の者から買付け、かつ買付け後の所有割合が三分の一を超えない場合には、相対取引であるとみなしていわゆる三分の一ルール（平成二年証券取引法改正により導入された「強制的公開買付制度」）⁽⁷⁰⁾の適用外としていた。

しかし、買付者が、脱法的な態様の取引による場合には、公開買付けに

(67) 林・前掲注 (39) 五八八頁。イギリスのシティ・コードは、公開買付けの適用範囲に対しては、原則的に上場および非上場会社の公開会社を念頭に置くものであるが、公開買付けの一定の要件を充たす場合には、閉鎖会社に対しても公開買付けの対象としている（See, Companies, The Securities Regulation [Morse] in 1983 Journal of Business Law, pp. 489-490.）。

(68) 近藤＝吉原＝黒沼『証券取引法入門（新訂版）』二〇五頁～二〇六頁（商事法務研究会、二〇〇五年）参照。

よらずに三分の一超の株券等を所有するに至る者が出てくることが想定される。そこで、金商法二七条の二第一項四号では、かかる脱法的な取引の態様に対応すべく、市場内外の取引を組み合わせた急速な買付けについて⁽⁷¹⁾も、強制公開買付の対象となることを明確にした。

これに対して、韓国証券法施行令一〇条の二第二項は、「株券等の買付け等を勧誘する相手方の数は、当該株式の買付けを行う日から六ヶ月間に当該株券等の買付け等の相手方の数の合計が一〇人以上の者をいう」、と⁽⁷²⁾定めている。

この点につき、「不特定かつ多数の者」に対しては、法または施行令もしくは施行規則において特別規定を設けていないので、株券その他大統領令（日本の場合は、「政令」に当たる）の定める有価証券の買付けの申込み、または売付けの申込みの勧誘によって公開買付けによる敵対的 M&A を行う際には、有価証券の買付けの申込み、または売付けの申込みを勧誘する相手方の範囲において法解釈上の問題となりうる。⁽⁷³⁾

(69) 一般に、公開買付けのねらいは、対象会社の経営支配権を獲得し、または経営支配権を強化することにあるといえるが、とくに不透明な証券市場外で、しかも「不特定かつ多数の者」から、経営支配権の変動に影響を与えるほどの議決権のある株券を買付ける場合には、一般株主にとって不公正な取引であるし、証券市場の機能を損なうおそれもある。そこで、証券市場外で、少数の者から少数の株式を買い付ける場合を除いては、公開買付けを強制していた（近藤＝吉原＝黒沼・前掲注（68）二〇八頁～二一〇頁、神田秀樹（監修）・野村証券株式会社＝川村和夫（編著）『注解証券取引法』二五四頁（有斐閣、一九九七年）参照）。

(70) 河本＝関要（監修）『遂条解説証券取引法（新訂版）』二五九頁（商事法務、二〇〇二年）、日本旧証券取引法二七条の二第一項四号括弧書参照。

(71) 黒沼・前掲注（5）二七頁、石井＝関口・前掲注（31）一八頁、日野・前掲注（38）二七六頁（中央経済社、二〇〇八年）、三井＝池田（監修）＝松尾（編著）『金融商品取引法（一問一答）』一三六頁（商事法務、二〇〇七年）、川村正幸編『金融商品取引法』一六三頁（中央経済社、二〇〇八年）参照。

(72) 韓国証券法施行令一〇条の二第二項参照。

日本の金商法と同様に韓国証取法においても、公開買付けの義務付けについての判断基準として、公開買付けの目的が経営支配権の取得または経営支配権の強化にあることを挙げている。⁽⁷⁴⁾ たとえ議決権のある株式を一〇人以下の者から買い付ける場合であっても、買付者側が買い付ける株式数が会社の経営支配権の取得またはその強化に影響を与えるほどに多い場合には、会社の経営支配権に変動が生じうる可能性も十分に予想される。⁽⁷⁵⁾

そこで、金商法二七条の二第一項四号括弧書は、買付者側の買付け後の株式所有の割合が三分の一を超える場合に、公開買付規制制度の本来の趣旨を生かすべく、たとえ一〇人以下の者から株券買付けによる企業買収を行う場合であっても、公開買付けの対象として義務付けている。⁽⁷⁶⁾

他方韓国証取法施行令上、「不特定かつ多数の者」の範囲については、義務的ビットの要件である一〇人を基準にして判断することが妥当であるという見解もあるが、かかる判断基準においては対象会社の経営支配権に決定的な変動をもたらすような買付けに対しては規制しえない不合理な側面が存するという点を否定できない。⁽⁷⁷⁾

けだし、公開買付けの究極的な目的は、対象会社が発行する株式を短期間でかつ大量に買い付けることにより、経営支配権を獲得することにあるといえよう。したがって、対象会社の経営支配権を獲得できるか、または

(73) 林・前掲注 (39) 五八八頁参照。

(74) 近藤＝吉原＝黒沼・前掲注 (68) 二一〇頁参照。

(75) 田中＝堀口・前掲注 (30) 二九六頁、近藤＝吉原＝黒沼・前掲注 (68) 二一〇頁、神田（監修）＝野村証券＝川村（編著）・前掲注 (69) 二五八頁参照。

(76) アメリカでは、金商法二七条の二第一項四号括弧書のような規定を設けていないので、支配株主が会社の経営支配権の変動を伴う株式（プレミアム付き）譲渡を証券市場外で行うことの適法・違法性をめぐる問題は重要視されているようである〔江頭憲治郎『株式会社法（第二版）』三九七頁～三九八頁（有斐閣、二〇〇八年）〕。

(77) 林・前掲注 (39)。

対象会社の経営管理に多大な影響を与えうような株券等の取得予定の割合の場合についても公開買付けの判断基準に入れ、実質的意味における公開買付けの範囲をも策定して置くことが法衡平性の論理に合致するものではないかと考える。

II 公開買付期間

アメリカにおける公開買付けの期間については、ウィリアムズ法ではなく、SEC Rule 14e-1 (a) によって規制されている。すなわち、SEC Rule 14e-1 (a) は、公開買付けの期間につき、買付けの申込みを開始してから、最短買付けの期間（買付けの最長期間の制限はない）として、二〇日買付取引日（business day）を設けている。さらに公開買付けを開始してから、二〇日買付取引日を経過した後であれば、三営業日から二〇日取引日の「追加買付期間」を設けることができる。⁽⁷⁸⁾

EU 指令によれば、加盟国の公開買付期間については、公開買付書類の発行から二週間以上、一〇週間以内でなければならないとされている。

日本では、公開買付期間を営業日ベース（二〇営業日から六〇営業日）へと改められた。⁽⁷⁹⁾ すなわち、金商法二七条の二第二項によれば、公開買付期間については、公開買付者が公開買付け開始公告を行った日から、二〇営業日以上六〇営業日以内でなければならないとされている。⁽⁸⁰⁾ とくに公開買付期間においては、一般株主に十分な熟慮期間を与えることにより、株主の利益を保護する必要がある。そこで、当初設定された公開買付期間が

(78) これは、買付けの期間が短期間に設定される場合には、公開買付けに応じた対象会社の株主は、十分な情報分析に基づく慎重な判断ができないものと考えられるから、一般株主の利益を保護するために設けられた規定である（Richard A. Booth, The Problem with Federal Tender Offer Law, 77Cal. L. Rev. 711 (JI. 1989)、経済産業省・前掲注（4）一〇頁参照）。

(79) 金商法二七条の二第二項参照。

(80) 金融商品取引法施行令八条第一項参照。

三〇営業日より短い場合には、買付対象会社は意見表明報告書に記載することにより、公開買付期間を三〇営業日への延長を請求することができる⁽⁸¹⁾ようになった。

これに対し、韓国における公開買付期間は、概ね日本の場合と同様である。すなわち、大統領令で定める期間（二〇日以上六〇日以内の期間をいう）⁽⁸²⁾内において公開買付けを行うよう求めている。

また公開買付期間の延長に関しても、アメリカの場合は、公開買付けの期間延長（一〇日間）を公開買付者が買付けの期間が終了するまでに取得予定株券の割合や買付価格を増減させた場合などに限定して認めている。

これに対して韓国は日本の場合と同様に、公開買付けの期間中に対抗的な公開買付けをかけられた場合には、最初の公開買付者に対抗措置をとらせる必要があることから、対抗公開買付期間の終了日までに買付期間の延長を認めている。

Ⅲ 公開買付けの撤回、および解除

韓国証取法は、株価操作等の利用を防止する一環として、公開買付者は公開買付開始公告をした後においては、公開買付けを撤回できないという原則条項を定めている。⁽⁸³⁾

ただし、例外的措置として、①対抗的な公開買付けが存する場合、②公開買付者における業務上または財産上の重要な変更（死亡・解散・破産・手形または小切手の不渡り等）、その他の公開買付届出書を提出する際に公開買付けの目的の達成に重大な支障となる事情の発生のように金融監督委員会が定める事項に該当する場合、③公開買付対象会社においても、業

(81) 金商法二七条の一〇第二項二号参照。

(82) 金商法二七条の二第二項、金融商品取引法施行令八条第一項、韓国証取法二一条の二第三項、韓国証取法施行令第一条の五参照。

(83) 韓国証取法二四条の二第一項参照。

務上または財産上の重要な変更（合併・重要な営業または資産の譲渡もしくは譲受け・解散・破産・手形または小切手の不渡り・株式等の上場廃止）、その他の公開買付け届出書を提出する際に公開買付けの目的の達成に重大な支障となる事情が発生するなど、金融監督委員会で定める事項に該当する場合には、公開買付け期間の末日までに撤回することを認めている。⁽⁸⁴⁾

これに対し、アメリカでは公開買付けの開始後、応募株主には公開買付け届出書の謄本が最初に発行されるか、または証券保有者に送付もしくは交付された日から七日以内もしくは公開買付けが開始されてから六〇日経過後においては、いつでも預託された証券の返還を求めることができる、と定めている。⁽⁸⁵⁾

韓国の場合、公開買付けの申込みに対し、応募株主は公開買付け期間中いつでも当該応募にかかわる契約を解除することが可能であり、概ね日本と同様の内容となっている。⁽⁸⁶⁾ただし、公開買付け期間の延長に伴い、応募株主の当該応募にかかわる契約解除権の延長をも認めるものと解されている。応募株主の契約解除権の延長を認める理由は、法政策上有利な買付けの価格条件等を示す対抗的な公開買付けがなされたときには、応募株主にもそれに応じた最良の選択肢を与える必要があるという事情等を考慮に入れたためである。⁽⁸⁷⁾

また対象会社の経営陣に対しても、経営支配権の防御策の一環としての機会を与える必要がある。なぜなら、敵対的公開買付けをかけられた場合においては、友好的な公開買付け者（white knight）を探し求めたうえで、その相手方と交渉できる時間的余裕を与えることが必要ではないかと考えられるからである。

(84) 韓国証券法施行令第一二条の七参照。

(85) SEC Rule 14 (d) 5.

(86) 金商法二七条の一第二項、韓国証券法二四条の二第三項参照。

(87) 近藤＝吉原＝黒沼・前掲注(68) 二一八頁、神田（監修）＝野村証券＝川村（編著）・前掲注(69) 三三四頁参照。

IV 別途買付けの禁止とその例外

株主平等待遇の関係という観点からすれば、公開買付期間中において、買付者の別途買付けが問題となる。この点につき、アメリカではこれを不正手段とみなし、その具体的な対策についてはSECルールに委ねている。すなわち、SEA Rule 14 (e) 5によれば、公開買付期間中においては買付者が公開買付けによらないで対象会社の証券を取得できないとされている。⁽⁸⁸⁾

韓国証取法においても、アメリカと同様に「公開買付者が公開買付届出書を金融監督委員会に提出した日から公開買付期間の終了日までには当該株式等を公開買付けによらないで買い付けることを禁止する」、と定めている。⁽⁸⁹⁾このように、公開買付期間中における別途買付けを制限しているが、立法論上、その妥当性の有無が問題となる。

別途買付禁止規定は、公開買付けにおける投資者平等主義に立脚したものであり、公開買付者に対して公開買付け以外の別途買付けの方法を認めることにより、対象会社の株価に悪影響を及ぼすことを遮断せしめるためのものであると考えられる。⁽⁹⁰⁾

しかし、韓国証取法施行令第一二条の三によれば、公開買付者が別途買付けにより他の株主の権益を侵害するおそれのない場合には、公開買付け

(88) SEC は、一九六八年一〇月、対象会社の株式の別途買付け、すなわち公開買付方法以外の方法をもって当該株式を間接または直接的に買い付ける場合には、応募株主全員により高い代金を支払わなければならないというルールを公表した。しかし、SEC のこの提案は批判を受け、公開買付期間中の別途買付けを禁止するという修正案を一九六九年一〇月に公表した (See, Lowenfes, Rule 10b-13, Rule 10b-6 and Purchase of Target of Target Company Securities During on Exchange Offer, 69 Colum L. Rev. 1932 (1969).)。

(89) 韓国証取法二三条第二項参照。

(90) 林・前掲注 (39) 六一二頁、近藤＝吉原＝黒沼・前掲注 (68) 二一九頁参照。

以外の方法による株式の取得を例外的に許容すると定められているが、その内容は金商法第二十七条の五と概ね同様である。⁽⁹¹⁾

ただし、韓国証取法は、公開買付けによらない買付等の禁止規定に違反する場合に対して民事責任規定を設けておらず（金商法第二十七条の一七参照）、別途買付けに対する規制においては日本に比して緩やかな側面が窺われる。

3 強制的公開買付制度

I 意義

強制的公開買付け（mandatory bids）とは、上場会社または公開会社の経営支配権を確保できる程度の株券等を取得しようとする場合には、対象会社の少数株主の保護を図るなどの理由から、一定の割合以上の株券等の取得につき、公開買付けを義務付ける法制度である。⁽⁹²⁾

韓国では、国内企業の経営権の安定性を図ることを目的にして上場会社の株式を大量に所有することが制限されていた（いわゆる一〇％ルール）。しかし、この制度は経済のグローバル化や証券市場開放化時代の潮流に乗って廃止されたため、金融当局に株式取得に関する届出書を提出さえすれば、誰もが上場会社の発行株式を制限なく取得することが可能となった。さらに IMF との合意内容を履行するとともに、証券市場の活性化を図るべく、一九九八年の臨時国会では一〇％ルールを廃止する代わりに経営権防御対策の一環として立法化されていた「二五％強制的公開買付制度」をも完全に廃止させた。⁽⁹³⁾ これにより、韓国企業の敵対的公開買付けに対する経営支配権の防御は、諸外国に比べれば、事実上の無防備状態であるともいえる。

(91) 日野・前掲注 (38) 三一七頁～三一九頁参照、林・前掲注 (39) 六一二頁。

(92) 森本・前掲注 (7) 一〇頁、宋・前掲注 (42) 二一頁参照。

(93) 一九九七年改正前の韓国証取法第二〇〇条、林・前掲注 (39) 五七二頁参照。

ちなみに、かかる二五％強制的公開買付は上場株式の大量所有制限制度が廃止されたことにより、①M&A 手続の公正さを確立する必要があったこと、②外国資本による敵対的 M&A に対しては国内企業の経営支配権の安定化にも配慮する必要があったこと、③証券市場の健全な発展に資するためには、公開買付けによる M&A を行う際に少数株主にも経営支配権のプレミアムを得る機会を与える（支配プレミアムの平等分配への要請）⁽⁹⁴⁾ が必要であったことから立案された法制度であった。

例えば、公開買付けの対象会社が発行した議決権のある株券のうちで二四％保有する者（特別関係者を含む）が株主総会における普通決議の議決定足数である二五％を獲得すべく、残り一％の買付けを行おうとする場合には、公開買付者の買付け後の株券の保有割合を五〇％強に義務付けられるものであった。

しかし同制度は、友好的 M&A にも適用されていたため、いわゆる敵対的 TOB から企業の経営支配権を守るとともに、証券市場における M&A の活性化によるリストラクチャリングの成果をも高めていくという当時の立法趣旨とは裏返しとなる結果をもたらした。

かかる事情に加えて、IMF 側からも証券市場自由化という名目の下で、韓国の証券市場を完全に開放することを借款の前提条件として掲げていたため、外資企業による敵対的 M&A を許容せざるを得なくなり、二五％強制的買付制度を廃止した経緯がある。このように韓国の強制的買付制度は、その施行からたった一年足らずの運用実績しかなく、その機能を発揮する以前に幕を下ろすこととなった。⁽⁹⁵⁾

(94) 林・前掲注 (39) 五七一頁参照。

(95) 劉栄一「義務公開買付に関する研究」(韓国語) 蔚山大学校社会科学論集 第八巻一号六二頁 (一九九八年) 参照。

II 小 括

まずアメリカのウィリアムズ法においては、主要諸外国のように一定の持株比率の基準値を定め、強制的に買付けを義務付けるルールを採用しておらず、公開買付けの手續に関する規定のみをもって規制している。ただし、アメリカ各州においては、反テイクオーバー州法（anti-takeover state statutes）を制定して敵対的公開買付けを牽制しており、対象会社の経営支配権⁽⁹⁶⁾にかかわる多様な防御行為をも広く認めている。

このようにアメリカの M&A 法制は、M&A 取引の成立を抑止しない類型であるのに対し、イギリスを始めとする EU の M&A 法制では、敵対的 M&A による企業結合を規制する類型を採っている。

例えばイギリスの公開買付制度（Voluntary Offers）では、公開買付者が対象会社の発行する株券の買付けを行う場合には、当該会社に対して公開買付けの計画を告知しなければならず、対象会社の取締役会は独立諮問機関からの公開買付けに関する諮問を受けてその内容を株主に通知するようになっている。

また強制的公開買付制度（Mandatory Offers）も設けており、公開買付者が上場会社の経営支配権を取得できる三〇%以上に該当する株券の取得を行う場合または三〇%以上五〇%以下の株式を所有している者が12ヶ月以内に一%以上を追加取得しようとする場合には、残余株式もしくは全株式を対象にして公開買付けを義務付けている。⁽⁹⁷⁾

(96) アメリカ各州の判例では、一般に、敵対的公開買付けに対する対象会社の経営陣による防衛手段は、いわゆる経営判断の原則の下で容認すべきである、という立場を採っている。例えば、Pogostin V. Rice 事件の判決では、経営陣が会社を守るための手段として会社の財産を用いるという意思決定を行うことは、正常な事業上の裁量権限の範囲内において行われたものと認識されるから、経営陣の法的責任を追及する側がかかる意思決定について、経営陣の重過失や詐欺を立証しない限り、経営陣の責任は認定できない、という判断を示した〔(Pogostin V. Rice, 480 A. 2d 619 (Del. 1984)、岸田＝森田＝近藤・前掲注 (15) 九一頁参照。〕

さらに公開買付けに関連する株式のうちで合計九〇%の応募がある場合には、公開買付者に残余株式を強制的に取得できる権利（公開買付者の残余株式買付権）を与える一方で、公開買付者が①対象会社の発行するすべての株式に対する買付けの申込みを行う場合、または②九〇%以上を取得した場合にも、少数株主を保護すべく、少数株主の株式買取請求権をも与えている。また EU では、対象会社の経営支配権を行使できる一定の比率以上の株券を取得しようとする場合には、当該会社の全株式に対しても公開買付けを義務付けている。⁽⁹⁸⁾

その次にアメリカの M&A 法制と類似する日本では、発行会社以外の者が、株券等について有価証券報告書を提出しなければならない会社の株券等を、取引所有価証券市場外において買付けを行う場合には、原則として公開買付けによることを義務付ける制度を設けている。⁽⁹⁹⁾これに加えて、一〇人以下の少数者からの相対取引による買付けを公開買付けの免除対象とする代わりに、本人と特別関係者の保有持分を合わせて株主総会の特別決議を阻止できるマジノ線である発行株式総数の三分の一超を取得しようとする場合にも、会社の経営支配権を防御するという観点から、公開買付けによることを義務付けるルールを導入した。⁽¹⁰⁰⁾

日本における三分の一超基準による強制的公開買付制度の特徴は、対象会社の経営支配権の獲得の目安となる基準だけに合わせたものであり、①買付けの方法、②買付けの期間、③買付けの相手方に関する人数制限はない。したがって、金商法上、少数の者からの買付けであっても、会社経営の支配において実質的な影響を与えるとみられる三分の一超の株式保有割合を買い付けようとする場合には、必ず公開買付の手続によって取得す

(97) シティ・コード、ルール（九）参照。

(98) EU 公開買付第一三指針五条第三項参照。

(99) 金商法二七条の二第一項本文参照。

(100) 平成二年改正日本証取法二七条の二第一項五号参照。

ることが求められる。

盗電行為と類推禁止

—電気ないし電流は窃盗罪または横領罪の目的物となり得るか—

川 添 誠

1. 領得の概念と領得罪の本質

所有権に対する罪は、領得罪の一群と毀棄罪の一群とに分かれる。任意の行為により表動された、他人の財物の領得である横領は、最も一般的な領得罪であるが、そこから一定の表動形式、すなわち奪取による領得が切り離され、窃盗という固有の性質をもった犯罪として独立した。全ての領得罪における行為の核心は、他人の財物を領得することにより、窃盗は横領の枠外に置かれた独自の領得の事例である。

ドイツ刑法（本稿では、1975年1月1日に施行された第2次刑法改正法により今日の輪郭を備えるに至った正文をドイツ刑法と呼び、1871年5月15日にまで遡る正文をライヒ刑法と呼んで便宜的に区別する）でも日本刑法でも、横領という包括的な領得の事例が窃盗という狭い領得の事例の後に定められている。狭い事例をより一般的な事例の前に定めたことにより、立法者は後者を前者から限界づけることを余儀なくされるに至った。ドイツ刑法第246条第1項では、「占有または所持する他人の動産を違法に領得した」（eine fremde bewegliche Sache, die er in Besitz oder Gewahrsam hat, sich rechtswidrig zueignet）という言い回しが、1998年1月26日の第6次刑法改正法により削除されるまで使われてきたし（因みに現行法は、「他人の動産を違法に領得し、または第三者に違法に領得させた」（eine fremde bewegliche Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zueignet）と規定する）、日本刑法第252条第1項は「自己の占有する他人の物を横領

した」と定めている。いずれも、より一般的な領得の事例を狭いそれから限界づけるための公式にすぎない。

ドイツ刑法第242条第1項は、「他人の動産を違法に領得し、または第三者に違法に領得させる目的で他人から奪取した」(eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen)と規定している。窃盗とは、奪取により他人の財物を領得することである。領得は窃盗における単なる主観的構成要件要素でもなければ、横領における単なる客観的構成要件要素でもない。横領において領得が何らかの外部的行為により表動されねばならないように、窃盗においては領得が他でもない奪取により表動される。領得は奪取の後に続くような行為ではなく、奪取行為により表動される構成要件的行為である。

窃盗は法的な物上支配である所有権に向けられているばかりか、事実的な物上支配である占有または所持にも向けられている。前者は領得により、後者は奪取により侵害される。窃盗における外部的行為である「奪取」(Wegnahme)とは、他人の所持を消滅させ、自己または第三者の所持を新たに確立したり、自己または第三者の占有に移すことをいう。したがって、他人からの奪取が認められるためには、財物が他人の事実上の支配下にあることを要する。自己の所持する他人の財物や、誰も占有していない他人の財物を領得した場合、奪取の契機が欠けるため窃盗は成立せず、前者は横領、後者は占有離脱物横領となる。他方、ドイツ刑法第249条第1項が定めるように、「人身に対する暴力により、または生命ないし身体に対する現在の危険を伴う脅迫を用いて」(mit Gewalt gegen eine Person oder unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben)奪取が行われたときには、強盗が成立する。

「領得」(Zueignung)とは、他人の財物に対して所有者に類似の支配を確立し、権利者を排除して所有権の内容を行使することをいう。領得がいかなる目的を追及したものであるかは重要でないが、破壊を目的とする

ものであってはならない。というのも、それは所有権を行使することではなく、処分することだからである。したがって、財物を破壊したり、投棄したりするための奪取は窃盗ではない。前者は器物損壊であり、後者は不可罰的な財物侵奪行為である。所有権の行使は、領得罪を器物損壊や財物侵奪行為から区別する契機であるが、炭を焼べる場合のように、財物の領得が他にもないその破壊を通じて実現されたときには領得罪が成立する。

領得には、権利者から財物を「遠ざける」(Enteignung)という消極的契機と、行為者が財物を「わがものにする」(Aneignung)という積極的契機が含まれている。後者は、ほんの短時間だけ行われたものであっても差し支えないが、前者は長時間続くものでなければならない。こうして、窃盗は無権使用(Gebrauchsanmaßung)から区別されることになる。無権使用が成立するのは、財物を一時的に使用した後に権利者に返却する目的で奪取が行われたような場合である。たとえば、避暑地の湖で他人のボートを一晩だけ勝手に利用する行為は無権使用に当たるが、夏の間中それを権利者から侵奪した場合は窃盗となる。

ドイツ刑法では無権使用は原則的に不可罰であり、自動車と自転車を権利者の意思に反して使用した場合（第248条b）と、公の質屋が担保目的物を権限なく使用した場合（第290条）だけが例外的に処罰される。自動車の無権使用が成立するのは、走行し始めた後に車をどこかに乗り捨てようとして決意した場合であり、権限のない者が手を出せるような場所に乗り捨てて目的で自動車を奪取したときには、領得罪が成立する。一般的に領得罪が成立するのは、財物が使用されることにより、その経済的用途をもはや満たすことができなくなったような場合である。

2. 財物の概念

(1) 「メーター事件」とライヒ裁判所の有体物説

電力の使用が一般的になり始めた19世紀末のドイツで、電流をメーター

の手前で引き込むことを思いついた抜け目のない男がいた。ドイツの刑法体系書では「メーター事件」(Zählerfall)と呼ばれる、この事例において男は窃盗罪(ライヒ刑法第242条)として起訴されたが、ライプツヒにあったライヒ裁判所(1879年から1945年までのドイツ大審院)第4刑事部は盗電行為の処罰を拒否し、被告人に無罪を言い渡した(RG Ur. v. 20. Oktober 1896)。

判決理由によると、電流は財物ではなく、他に該当する刑法上の規定も存在しないので、処罰は盗電行為に関する規定(1953年8月4日の第6次刑法改正法により追加されたドイツ刑法第248条c)を定めた場合にはじめて可能となる。ライヒ裁判所は窃盗罪の適用を、「何らかの行為を処罰し得るのは、当該行為が行われる以前に可罰性が法律により定められていた場合のみである」(Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.)と定めた、ライヒ刑法第2条第1項から派生する「類推禁止」(Analogieverbot)に違反するとみなしたのである。

原審のキール地方裁判所でも、違法に領得する目的で電流を自分の発動機に取り出したという被告人の行為は、窃盗罪の構成要件を充足するものでも横領罪の構成要件を充足するものでもないとされていた。というのも、電気ないし電流をライヒ刑法第242条および第246条の意味における動産とみなすことはできないからである。法学では、財物を一般的に自然の一部と解している。ドイツ民法典草案(1896年8月18日に皇帝ヴィルヘルムⅡ世の認証を受け、1900年1月1日に施行されたドイツ民法典は、第90条で「本法の意味における財物とは、「有体物」(körperliche Gegenstände)のみをいう」と定めている)も承認していたように、有体性は財物の概念にとって本質的な要素であり、1871年5月15日に成立し、翌年1月1日に施行されたライヒ刑法典も同じ考え方に立脚している。権利、精神的産物、動力などの無体財産は窃盗の目的物とはなり得ないのであり、電気についても同じことが言えるに違いない。

ライヒ裁判所は、権利も差押破棄罪という財物に数えられるか（ライヒ刑法第137条は、「所管の官庁または公務員により担保に取られ、または差し押さえられた財物を故意に持ち去り、破壊し、またはその他の方法で差押えの全部または一部を免れた」と定めていた）という法律問題をすでに否認していた（RG Beschl. v. 8. März 1893）。刑法典の用語としてしばしば登場する「財物」（Sache）という表現は、通常、有体物の意味で使用されているとライヒ裁判所は指摘する。債権に対して可能な権利侵害を欲しいままにすることが明らかな箇所では、財物という表現ではなく、背任罪（ライヒ刑法第266条第1項）においては「財産上の利益」（Vermögensinteressen）、強制執行免脱罪（ライヒ刑法第288条第1項）においては「財産の構成部分」（Bestandteile seines Vermögens）という表現が用いられており、財物という言葉が有体物の意味でも、権利や債権を含んだ無体財産の意味でも用いられているような箇所を、ライヒ刑法典の中に見出すことはできない。

当時の自然科学は、電流、流動体が伝送されると解することからますます離れ、電気が独立した財物ではなく、導線に沿って媒介される、おそらくは物体の分子の振動を本質とする何らかの状態であるという見解に傾きつつあった。原審も、電気は財物ではなく、ある種の物体を技術的処理により置き換えた何らかの状態であり、作用すなわちそれが産み出すエネルギーとして知覚され、その測定値は消費した物質の量ではなく、消費したエネルギーに関係すると解していた。伝送可能性についても同様である。当時の最先端の科学によると、有体物、電流が伝送されるのではなく、エネルギーは空間的に隔たってはいても電線で繋がった様々な場所に現れる。充電した蓄電池を持ち去ることができるにしても、持ち去られるのは鉛の破片と化学物質の詰まった容器にすぎない。適合する電線に繋げることで電氣的出力として取り出されるエネルギーは、鉛の破片と化学物質に本来備わったものである。

ライヒ刑法第242条の意味における財物とみなすことができるのは、空

間を占める質料の一片だけであり、物体のもつ有体性は本質的な概念要素であるということを原審が出発点としたのは的を射たものであるが、こうした考えは民法上の諸命題により根拠づけられるものではない。動産についての刑法上の概念は統一的で独自のものであり、ライヒ刑法典の通常の語義・語法に従っても、物体に備わった有体性を要件としている。プロイセン刑法典（1851年）の理由書がすでに述べていたように、動産に関しては通常概念のみが重要であり、民事法上の概念が重要なわけではない。

プロイセン上級法院は1874年7月25日の判決において、債務の支払いに関する領収書をライヒ刑法第242条の意味における「有体性を備えた動産」(körperliche bewegliche Sache)であり、その占有を奪うことができると判示し、ライヒ裁判所は有体物のみがライヒ刑法第246条の意味における動産であると解している(RG Urt. v. 8. Februar 1881; RG Urt. v. 19. Juni 1885)。ライヒ刑法典が窃盗罪と横領罪という非常に似通った犯罪に関して、動産という表現を異なった意味で使用するなどということはある得ないように思われる。ライヒ刑法第242条が窃盗罪の目的物として、第246条が横領罪の目的物として質料の一部を要件としており、その質料が固体状であるか液体状であるか、それとも気体状であるかを問わない以上、窃盗の構成要件該当性も横領の構成要件該当性も否定した原審の判断に法的異議を唱えることはできない。

第242条および第246条の意味における財物の概念が有体性を要件とするか否かは、法的な問題であるが、電気が物質、有体物であるか、それとも単なるエネルギー、一定の条件の下で発生する分子の運動であるかについては、法規範に基づいてではなく、自然科学的研究に基づいてのみ判断を下すことができる。原審での証人尋問において鑑定人は、自然科学においても最終的には解決されていない問題であり、様々な見解や理論が対立していると述べており、電気が流動体すなわち液体または気体としての性質を備えた物質であることは周知の事柄に属するとは少なくとも言えない。

それゆえ、原審の裁判官が鑑定人の証言に基づき、電気は流動体や何ら

かの有体的な性質を備えた物質ではなく、エネルギー、ある種の物体を技術的処理により置き換えた何らかの状態であるという見解に軍配を上げたとしても、そこに法的誤謬を見出すことはできないのであり、原審の判断が自然科学の観点から正鵠を射たものであるか否かについて、ライヒ裁判所が権威的に判断を下すことは不可能であるという。

電流が窃盗罪の目的物となり得るとの見解を擁護するために、検察官はライヒ裁判所による1887年3月10日の民事判決を引き合いに出したが、その関連づけは誤解に基づいている。というのも、電流が本来的に独立性を備えた有体物ではなく、物質の中で作用し発生するエネルギーであることは、当該判決でも一般的に妥当する真理としてはっきり承認されているからである。その判決は、電流が継続的供給契約の対象となり得るか、電流をプロイセン普通法（1794年）第981条第1項第11号の意味における財物とみなすことができるかという問いに関するものであり、同法の特別規定の意味における財物の概念は有体物に限定されないと述べることで、民事部はその問いを肯定したが、メーター事件において判断されるべき刑法上の問いに言及したわけではない。

電流は有体物であり、窃盗が可能な客体であると述べたものに、ミュンヘン上級地方裁判所による1895年1月15日の判決がある。しかし、判決理由とされた、電力の測定が可能であることも、ある地点から他の地点への電送が電気を通すとともに電気が蓄積した有体物を介してのみ起きるということも、電気に有体性が備わっているとの推論を必然的に根拠づけるものではない。それ以外にも同上級地方裁判所は、社会生活において電気がもつ高度な意味を指摘し、取引上の価値を備えた生活財の中でも電気が一定の地位を占めていることを強調するが、それによって、電流が有体物であるとの推論を正当化し得るものではない。なぜなら、エネルギー、出力、精神的産物を生活財と呼ぶことが可能であることから推しても、「取引上の価値を備えた生活財」（Lebensgüter mit Verkehrswert）という不明確な概念は、有体性という要素を必然的に含んだものではないからである。

ライヒ裁判所はメーター事件の判決理由を、以下のように締め括っている。「電流を違法にわがものにする行為を刑法で定めるということが、今日の法生活上の欲求として承認されねばならないとしても、それにきっかけを与えるのは立法の課題であろう。電流を違法にわがものにするという事例にうってつけとは言えない規範を類推適用することにより、裁判で法律上の規定の欠缺を充足することはできない。刑法では罪刑法定主義が最高の原則とみなされるからである。」

(2) 法律の留保と類推禁止

ナチス政権下の1935年6月28日の法律により、「本法が可罰的と宣言する行為、または刑罰法規の根本思想および健全な国民感情によると処罰に値する行為を行った者は処罰される。当該行為に対し直接適用される一定の刑罰法規が存在しないとき、その根本思想が当該行為に最も適合する法律に従って当該行為は処罰される」と定め、法治国家主義と罪刑法定主義を否定して「法律および健全な国民感情に基づく法創造」(Rechtsschöpfung aus Gesetz und gesundem Volksempfinden)を認めたライヒ刑法第2条は、連合国管理委員会の下で1946年1月30日の法律第11号により廃止され、裁判官の「法律への拘束」(Gesetzesgebundenheit)を含んだライヒ刑法第2条第1項が復活した。

1949年5月23日に公布されたドイツ連邦共和国基本法第103条第2項およびドイツ刑法第1条は、ライヒ刑法第2条第1項をそのまま踏襲して、犯罪構成要件の射程距離と適用範囲が刑罰法規の文言それ自体から判明するか、少なくとも解釈を通じて確認され得る程度に可罰性の諸要件を具体的に記述する義務を立法者に負わせている。この義務づけは二重の目的に役立つ。ひとつは規範の名宛人に対する法治国家的保護であり、それに関連してもうひとつは、立法者が可罰性を決定することについての保障である。

何が可罰的行動であるかについての決定は、予め立法者により下され、

後からはじめて執行権や裁判権により下されるものではない。その点で基本法第103条第2項は、処罰の諸要件について自ら決定することを執行権や裁判権に禁じ、刑事裁判所を既存の刑罰法規の適用に制限する厳格な「法律の留保」（Gesetzesvorbehalt）を概念的に要件としている。刑事裁判所は立法者の命令を執行することに専念しなければならない、それを超えるような一切の独自の判断は禁じられているのである。

したがって、何らかの行動が可罰的であるということについての決定が執行権や裁判権に委ねられるならば、基本権の制限またはその要件について決定することは立法者の義務であり、他の国家権力の義務ではないという基本法の原理と相容れないことになる。何らかの行動が可罰的であるかを決定するのは立法者であり、裁判官ではない。立法者は他でもない刑法という手段により、一定の法益をどの範囲で擁護するかを決定しなければならない、裁判所がその決定を修正することは禁じられている。

罪刑法定主義は、刑事裁判所を成文の実体刑法に厳格に拘束する。刑事裁判所は立法者の発言を言葉どおりに受け取るよう要請されており、刑罰法規の文言に該当しない事例では無罪判決を下さなければならない。何らかの行動が可罰的であるとの結論が、刑罰法規の認識可能な語義を超えるような解釈により導かれたとき、その負担を国民に押し付けてはならない。このことは、処罰される行動と同様に可罰的であるように思われる特別な事例が、「明確性の要求」（Bestimmtheitsgebot）の結果として刑罰法規の適用範囲から脱落してしまう場合にも妥当する。可罰性の欠缺から生ずる状況をそのままにしておくか、それとも新たな規定を定めることで欠缺を埋めるかを決定するのは立法者の責務であり、その決定を先取りすることは少なくとも裁判所には禁じられている。

このように、基本法第103条第2項のもつ意味は、遡及効による刑の根拠づけ・加重の禁止に尽きるものではない。基本法第103条第2項は、立法にとって本質的な明確性の要求と、それに対応して裁判に向けられた、刑を根拠づけ加重する類推または慣習法の禁止を含んだものである。「法

律により定められて」(gesetzlich bestimmt)という要件は、類推または慣習法による刑の根拠づけ・加重を排除し、類推禁止は法律上の制裁規範の内容を超えるような一切の法適用を排除する。基本法第103条第2項は刑罰法規の解釈に対し憲法上の制限を加え、法規の「可能な語義」(möglicher Wortsinn)は裁判官による許された解釈にとって最も外側の限界を示している。規範の名宛人が刑の法定を認識・予見し得ることを基本法第103条第2項が要求している以上、法規の可能な語義は国民の視点から規定されねばならない(BVerfG Urt. v. 3. Juli 1962; BVerfG Beschl. v. 17. Januar 1978; BVerfG Beschl. v. 5. Juli 1983; BVerfG Beschl. v. 23. Oktober 1985; BVerfG Urt. v. 11. November 1986; BVerfG Beschl. v. 10. Januar 1995)。

法規の文言に拘束された解釈に対し類推は、法規の可能な語義には該当しないが、規範の適用範囲に含めることを「法規の趣旨と目的」(ratio legis)が弁護するような事例に、当該規範を適用することを意味している。類推は法規の趣旨と目的を引き合いに出すことで、法規の文言により限定された規範の適用領域を超える。したがって、解釈と類推は対立する概念であり、原理面と機能面から相互に限界づけられる(わが国の法律関連の文献で「類推解釈」という奇妙な造語が目につくのは、赤面ものである)。解釈が規範や法概念の標準的な意味内容の解明に限定されるのに対し、類推は法命題により定められた、その直接的な適用範囲の枠組みを離れる。解釈の目標は法規の趣旨を解明することと、場合によっては以前と違った現在の欲求やものの見方に法規を適合させることにあり、類推の目標は法命題を拡張することにより、法規の欠缺を充足することにある。

たとえ一義的で完璧なルールであっても、時代や社会の発展に伴って欠缺だらけの補充を必要とするものになる。法規は社会状況および社会政策的なものの見方という環境の中にあり、それらの変化とともにルール of 欠缺が広がる度合いに応じて、全ての事例に対し公正な解決策を用意するという能力を失っていく。欠缺充足に対する憲法上の許容性は、法規が老化

の過程に服しているということから正当化される。裁判官が法を継続的に形成する際に用いる類推は、ルールにとって想定外の欠缺を充足するための手段であり、憲法上の要求を正当に評価するものである。

基本法第103条第2項で保障された、刑を根拠づけ加重する類推の禁止とは「法規を超えた法発見」(Rechtsfindung praeter legem)、すなわち裁判官の補充による法規欠缺の充足を制限するものである。刑を根拠づけ加重する裁判に関しては、裁判官の法発見は刑罰法規の規制枠の具体化すなわち解釈に制限され、法規を超えた法発見は許されない。立法者は刑罰法規により規制の枠組みを定めたのであり、その枠組みは裁判官を通じて具体化・充足される。そこでは、可能な語義が法律上の規制枠を形式的に限定するものとして、裁判官による許された法規解釈の限界を形づくっている。

基本法第103条第2項が適用される刑事司法の領域では、法規欠缺の充足にとって最も重要な手段である類推が用いられることはあり得ず、所定外の規範の類推適用によって裁判所が刑罰法規の欠缺を充足することはできない。類推を手段として新たな犯罪構成要件が生み出されたり、既存の犯罪構成要件が当事者に不利な方向で拡張されたりするようなことは、罪刑法定主義が最高の原則とみなされる刑法においてはあってはならないのである。ドイツの判例・学説は類推禁止を、刑を根拠づけ加重するような方向での、法規の可能な語義と一致しない刑罰法規の適用を一切禁じたものと解釈しており、法規の可能な語義は刑罰法規についての許された解釈と、解釈の枠組みを超えた「法の継続的形成」(Rechtsfortbildung)、すなわち刑を根拠づけ加重する禁じられた類推とを限界づける機能を果たしている。

(3) 「電気盗用事件」と大審院の管理可能性説

メーター事件に対するライヒ裁判所の判決から約7年後の1903年、大審院は「電気盗用事件」において、旧刑法第366条でいう所有物とは有体物

に限定されたとした控訴審の無罪判決を破棄し、被告人に有罪を言い渡した(大判明36・5・21刑録9輯874頁)。電気を財物とみなすという第245条は、1907年4月24日に公布され、翌年10月1日に施行された現行刑法典に当該事例を受けて盛り込まれた規定である。

同判決によると、刑法において財物とは何かという問いは刑法上の解釈に属するものであり、必ずしも物理学や民法上の概念に依拠する必要はない。窃盗罪の基本的要素である窃取を充足する特性を備えたものであれば、窃盗罪の目的物となり得る。窃取とは、他人の所持する物を不法に自己の所持内に移す行為をいう。人の思想にのみ存する無形物については所持が不可能であり、窃盗罪の目的物とはなり得ないが、所持が可能であるためには五感の作用により認識し得る形而下のものであれば足り、有体物であることを必要としない。というのも、独立の存在と人力により任意に支配できる特性を有するものについては、所持、所持の継続・移転が可能だからである。

要するに、可動性と管理可能性の有無が、窃盗罪の目的物となり得るものとなり得ないものとを区別する唯一のメルクマールであるとされる。電流は有体物ではないにせよ、五感の作用により認識し得るものであり、これを容器に収容して独立の存在を有するようにもできるし、容器に蓄えて所持したり、ある場所から他の場所へ移転したりするなど人力により任意に支配することもできるので、可動性と管理可能性を備えており、まさに窃取の要件を充足することができる。

このように、電流は有体物ではないという共通の前提に立ちながらも、他人の所持する電流を不法に奪取して自己の所持内に置く者は、旧刑法第366条という他人の所有物を窃取した者であると判示することにより、大審院はライヒ裁判所とは逆に窃盗罪の成立を認めるに至った。ライヒ裁判所が財物の概念と正面から取り組むことで、電流は窃盗罪または横領罪の目的物とはなり得ないという結論を形式論理的に導いたのに対し、盗電行為の当罰性を重視した大審院は所有物の概念について論じることを避け、

窃取の概念に注目した。そして、五感の作用により認識し得る形而下のものであれば所持が可能であり、有体物でなくても窃取の要件を充足し得るという論理でもって争点を巧みにすり替えることにより、盗電行為を窃盗罪に問うたのである。だが、その代償として管理可能性説は、刑法第245条の規定をみなし規定ではなく、法規の文言に反してまで注意規定と読み替えねばならなくなった。

有体物説は、ドイツ民法第90条や日本民法第85条で標準的な語法に依拠して、財物とは有体物のみをいうと主張する。凝集状態であることを要しないので、水、蒸気、ガスは財物であるが、電気のような単なるエネルギーや債権、権利のような無体財産は財物ではない。一方、窃盗罪の目的物となり得るものとなり得ないものとを区別するメルクマールを、可動性と管理可能性の有無に求める管理可能性説の立場を徹底すると、動力や出力などのエネルギー以外に、債権、権利、情報などの無体財産までもが財物の概念に包摂されることになる。

今日有力な物理的管理可能性説は、財物をあくまでも物質性を備えたものに限定し、出力、利益、価値などを財物の概念から除外しようとするが、そうした修正を施さねばならないこと自体がすでに、管理可能性説の初期プログラムにエラーが含まれていたことを自ら証明しているのではないだろうか。かつて牧野英一が唱えた管理可能性説は、まさにエネルギーや無体財産までも含むものであった。自由法学の立場から「解釈は無限なり」と主張した牧野にとって、財物についての管理可能性説は、別種の構成要件に跨る打撃の錯誤についての抽象的符号説と並んで、自らの法学方法論を犯罪論の分野で展開したものに他ならない。

しかし、刑罰法規の解釈にあたって、文言による裏づけを欠く隠れた目標設定を任意に探ろうとする試みが、解釈にとって最も外側の限界を定めた法規の可能な語義の枠を超え、類推禁止に違反することは明白である。ライヒ裁判所はその点でも、「電流を違法にわがものにする行為を刑法で定めるということが、今日の法生活上の欲求として承認されねばならない

としても、それにきっかけを与えるのは立法の課題であろう。電流を違法にわがものにするという事例にうってつけとは言えない規範を類推適用することにより、裁判で法律上の規定の欠缺を充足することはできない。刑法では罪刑法定主義が最高の原則とみなされるからである」と述べるだけの見識を示した。

また、裁判官の法律への拘束が妥当する刑法と異なり、裁判官による法の継続的形成が許容されている民法（たとえばスイス民法第1条は、「全ての法律問題には、文言または解釈に従うと、それに対する何らかの規定を含んだ法律が適用される。法律から何らの規定も読み取れないときは、裁判官は慣習法に従って、慣習法もないときは立法者であれば定立するであろうルールに従って裁判すべきである。その際、裁判官は確立された学説および伝承に従う」と定める）の大家で、日本民法典の起草者の一人であるとともに枢密院議長も務めた穂積陳重は大審院の判決について、「有体物でもない電気の盗用を、有体物を要素とする窃盗罪に擬制するような仕方は、類推禁止に違反する危険を冒してでも目の利益にこだわり、その綻びを一時的に縫合するという姑息な手段に出ようとするものである」と厳しく戒めている。

研究ノート

韓国における民法改正の動向と 「保証人保護のための特別法」の制定

孟 觀 燮

- 一 韓国の民法改正の動向と成果
- 二 「保証人保護のための特別法」の制定背景
- 三 「保証人保護のための特別法」の内容
- 付録 「保証人保護のための特別法」(翻訳)

一 韓国の民法改正の動向と成果

韓国の法務部（日本の法務省に該当する）は2008年10月7日、民法を順次的に全面改正すると発表した。

韓国の民法は、1958年2月22日法律第471号として制定・公布され、1960年1月1日から施行されている。現在に至るまで家族法は1989年・2005年に大改正が行われる等、民法制定の当時とは異なる時代の変化を反映しているが、財産法は部分的な1回の改正にとどまっている状況である。このような現実を考慮し、法務部は①経済社会の発展状況を反映して民生支援

1 1989年と2005年の家族法の大改正は、主に戸主制度についての改正であった。特に韓国では2005年の改正で2008年1月1日から戸主制度が廃止された。戸主制度の廃止と同時に、新しく導入された韓国の身分登録制度については、孟觀燮「韓国における新たな身分登録制度の評価と課題—実現された両性平等と、今後の課題としての個人情報保護」民事研修（みんけん）618号（2008年10月）27頁以下。

の強化、②グローバルスタンダードに適合するように国際化・先進化、③高齢者および障害者の後見人制度の導入、④成年年齢の調整、⑤インターネット上の新しい意思表示論の定立などを基本方針として民法改正作業を推進することとした。

法務部が発表した年度別の改正の計画と内容は、次の通りである。³

(年度別改正計画)

年度	改正段階	改正法律の内容
2009	民法全面改正Ⅰ	民法総則およびそれと関連する債権編（契約法）関連法制の整備
2010	民法全面改正Ⅱ	民法の債権総論及びそれと関連する不法行為法関連法制の整備
2011	民法全面改正Ⅲ	民法の物権編およびそれと関連する法制の整備
2012	民法全面改正Ⅳ	補完改正作業

上の図のように、民法の全面改正は2009年から2012年までの4年間かけて順次的に行われる予定である。この改正計画の中でも特に法務部が急を要する改正内容として挙げているのは、次の事項である。

-
- 2 韓国家族法については日本でも多数の紹介論文と著書が公刊されている。最近の紹介としては、李勝雨「韓国における最近の民法改正：家族法」ジュリスト1362号（2008年9月1日）91頁以下。金容漢「韓国家族法における財産問題の動向（上）（下）」戸籍時報618号（2007年10月）2頁以下・戸籍時報620号（2007年11月）2頁以下。高翔龍「韓国家族法の大改革」ジュリスト1294号（2005年7月15日）84頁等。著書としては金疇洙・金相培『注釈大韓民国親族法』（日本加除出版社、2007年）と金疇洙『注釈大韓民国相続法』（日本加除出版社、2002年）等がある。

- 3 以下は、韓国法務部の報道資料に基づいた内容である。

1) 行為無能力者制度の整備

現在の行為無能力者制度のうち、限定治産者と禁治産者制度を整備して未成年者、限定治産者、禁治産者のみに認められている後見人制度を高年齢者および成年障害者にも拡大することにした。これによって法定成年後見人以外にも契約によって本人が選任できる任意後見制度を導入することになる。また現在は行為無能力の宣告が、家族関係登録簿の基本証明書⁴に公示され、家族等の名誉が毀損されるなどの問題でその利用率が低調であることを考慮し、その公示は取引の安全のために必要な限度に制限することとした。

2) 成年年齢を20歳から19歳へ

韓国の民法上、成年年齢が20歳となっているが、成年年齢を下げるのが国際的な動向であり、これを民法に反映することとした。成年年齢を18歳としようとする見解もあったが、選挙法上の選挙権者が19歳以上、青少年保護法上の青少年を19歳未満としていることもあり、また18歳とすると高校生の中で未成年者と成年が混在する問題点が生じるので、19歳を成年年齢として推進することとした。

3) 電子取引における統一的法原理の定立

インターネットの利用とインターネット上の取引に対応するために、民法の中で電子取引に関する規定を置くことにした。現在、韓国では電子取引行為に対する様々な特別法が制定され、「電子取引基本法」、「電子証明法」、「電子商取引等における消費者保護に関する法律」などがあるが、統一的な法原理が定立されていない状況を考慮し、私的關係の一般法である民法でその統一的法原理を定立することとした。

4) その他

その他、法人制度の整備と時効制度の改編、根抵当と根保証制度を整備

4 家族登録簿の説明は、孟觀燮・前掲注（1）30頁以下。

すると発表した。また、旅行契約と仲介契約を民法上の典型契約⁵として一般的な契約原則を定めることとした。

以上、法務部が報道資料で明らかにしたように2009年から順次的に民法の改正が行われることになったが、韓国における民法財産編の全面改正の動きは1999年2月、法務部に「民法改正特別分科委員会」が設置されたことから始まった⁶。その後2001年11月の民法改正試案の発表と2001年12月の公聴会、各種学術大会、研究会を経て、「2004年民法改正試案」を法務部長官に答申することになった。そして「2004年民法改正試案」は、2004年6月14日、法務部公告2004-25号として立法予告が行われた。政府は同年10月21日に、国会に民法改正試案を提出し、同年12月には法制司法委員会に上程された。しかし、その後民法改正案に関する審議は行われないうまま、2008年5月に第17代国会議員の任期が満了することで民法改正案も廃棄されること⁷に至った。

前述の法務部発表の4年間の民法推進計画に、この廃棄された改正案の内容がどのくらい反映されるか興味深いところである。

このように1999年から始まって議論されてきた民法改正案が廃棄されることになったが、その成果がないということではない。その成果として挙げられているのが、2008年3月21日に公布され、2008年9月22日から施行された「保証人保護のための特別法」である。以下では、「保証人保護のための特別法」を紹介していくこととする。

5 韓国の民法上、典型契約は14種類があり、日本の13種類に比べると、1種多くなる。韓国民法は懸賞広告(675条から679条まで)も典型契約として定めている。しかし、その内容は日本民法の529条から532条までの懸賞広告の規定とほぼ同じである。

6 鄭鍾休「韓国民法改正試案について—債権編を中心として」岡孝編『契約法における現代化の課題』(法政大学出版局、2002年)157頁。

7 このような過程は、梁彰洙「韓国の2004年民法改正案：その後の経過と評価」ジュリスト1362号(2008年9月1日)85頁、86頁を参照した。

まず、「保証人保護のための特別法」の制定背景と内容を紹介した後、同法の全文を翻訳して添付することとする。

二 「保証人保護のための特別法」の制定背景

現行の韓国民法は、21個条⁸かけて保証債務に関する規定を置いている。上で説明した民法改正案には保証債務に関する事項も含まれていた。¹⁰しかし、当時民法改正案が国会でいつ審議され、公布されるのか全くわからない状況であったため、法務部は庶民生活のための法制整備の一環としていくつかの特別法と制度の導入を計画した。その中での一つが「保証人保護のための特別法案」であった。¹¹

韓国は1997年 I M F の管理体制下の経済危機を招き、大量の債務不履行状態が発生し、人情に引かれて保証人となった多くの人々に過酷な結果をもたらすことになってしまった。¹²韓国において保証契約は、血縁、地縁な

8 韓国民法の日本語翻訳としては韓国 Web 六法 <http://www.geocities.co.jp/WallStreet/9133/>を参照されたい。

9 韓国民法第428条（保証債務の内容）、第429条（保証債務の範囲）、第430条（目的、形態上の附従性）、第431条（保証人の条件）、第432条（他の担保の提供）、第433条（保証人と主たる債務者の抗弁権）、第434条（保証人と主たる債務者の相殺権）、第435条（保証人と主たる債務者の取消権等）、第436条（取消すことができる債務の保証）、第437条（保証人の催告、検索の抗弁）、第438条（催告、検索の懈怠の効果）、第439条（共同保証人の分別の利益）、第440条（時効中断の保証人に対する効果）、第441条（受託保証人の求償権）、第442条（受託保証人の事前求償権）、第443条（主たる債務者の免責請求）、第444条（委託を受けない保証人の求償権）、第445条（求償要件としての通知）、第446条（主たる保証人に対する免責通知義務）、第447条（連帯不可分債務の保証人の求償権）、第448条（共同保証人間の求償権）。

10 詳細な事項は、梁彰洙「最近の韓国民法典改正作業」民商127巻4・5（2003年）665頁以下。

11 チェソンキョン「保証人保護のための特別法案に関する小考」法学論叢第30巻第2号（ダンクウク大学法学研究所、2006年）184頁。

どの関係があると拒絶しづらい社会的雰囲気があり、このような雰囲気に負けて締結されることが多い。しかも、無償で契約を締結することがほとんどであり、債務額も知らない場合も多い。また、保証責任の範囲が無限に拡大されることを知らず、債務者の信用状態を全く知らない状態で契約を結んでしまう場合も多いといわれている¹³。このような点は法務部が特別法を制定する前に実施した保証制度改善のためのアンケートをみると、明らかになる。一般国民を対象としてアンケート調査を実施した結果、保証を頼まれた経験に対する質問には61.6%（40代以上は75%）が「あった」と答え、保証を受諾した理由については「親戚、友人、職場の同僚との人間関係があるので拒絶できなかった」という答えが98%に達した。このアンケートの結果は、韓国ではだれでも保証契約の当事者になる可能性が高いということを示し、その主な理由は人間関係によるものであることがわかるであろう。また、アンケートでは72.8%の人々が保証制度の問題点を認識していると答えた¹⁴。

「保証人保護のための特別法」の制定理由にも、上のような韓国の現実が表れている。すなわち、制定理由は「我が国の特有の人情主義により特別な対価を受けずに、経済的負担に対する合理的考慮なしに好意で行われる保証が蔓延し、債務者の破産が連鎖的に保証人に繋がれ、経済的・精神的被害と共に家庭破綻等に至るなど保証の弊害が深刻であるので、保証債務の範囲を特定し、保証人に精神的苦痛を与える不法的債権取立行為を禁止する。また、金融機関と保証契約を締結するときには債務者の信用に関する情報を保証人に提供することとして合理的な金銭取引を確立しようとする¹⁵」と述べられている。

韓国の現実上、保証契約に対する問題点は広く共感されることであるが、

12 梁彰洙・前掲注（7）86頁。

13 チェソンキョン・前掲注（11）182頁。

14 以上のアンケート結果と説明は、チェソンキョン・前掲注（11）191頁。

一方、保証は十分な財産をもっていない庶民が、金融機関から特別な物的担保なしに信用の提供を受けられる制度であり、肯定的な側面もある。¹⁶この「保証人保護のための特別法」の逆機能として、債権者が保証制度を担保として利用することを拒絶する可能性もあり、それによって債権者は物的担保をもっている人のみを相手方として取引をしようとする状況になってしまうおそれもあるであろう。これが現実化すると、庶民を保護しようとする趣旨で設けられた「保証人保護のための特別法」の意味が喪失されることになる可能性もないことではない。¹⁷

韓国における「保証人保護のための特別法」の制定・施行後の保証契約の変化と、担保制度としての機能も研究の対象として興味深いところであり、今後の課題として残したい。

以下では、「保証人保護のための特別法」の内容を紹介することとする。

三 「保証人保護のための特別法」の内容

「保証人保護のための特別法」は全11条で構成されている。¹⁸

（第1条）

韓国の特有の人間関係により、特別な対価と合理的考慮なしに行われる

15 韓国のすべての法律は、国務総理傘下の法制處ホームページ (<http://www.moleg.go.kr/main/main.do>) の総合法令センターで検索することができる。法律を検索すると、法令沿革、改正文、改正理由（制定理由）、変更条文、関連法令、関連判例もみることができる。「保証人保護のための特別法」の制定理由も法制處ホームページで検索したものである。

16 バクキョンイル「保証契約の特殊性と保証人保護の問題」民法法学（韓国民事法学会、2006年）167頁。

17 チェソンキョン・前掲注（11）206頁。この論稿は、「保証人保護のための特別法」の新設に賛成しながら、問題点も指摘している。

18 付録の「保証人保護のための特別法」の翻訳を参照されたい。

保証契約による保証人を保護する趣旨で「保証人保護のための特別法」は第1条で、なんの対価もなしに好意で行われる保証に本法が適用されることを明らかにしている。すなわち、第1条は、本法の目的として、「なんの対価もなしに好意で行われる保証による保証人の経済的・精神的被害を防止し、金銭債務に対する合理的な保証契約の慣行を確立して信用社会の定着に寄与することを目的とする」と規定している。

(第2条)

第2条は定義規定として、保証人とは民法第429条第1項により保証債務を負担する者ではあるが、その中で本法の適用対象とならない保証人についても規定している。また、保証契約の定義規定を設けて、保証契約とは、「その形式又は名称に関係なく、債務者が債権者に対する金銭債務を履行しない場合に保証人がその債務を履行する債権者と保証人間の契約をいう」と規定している。また、本法でいう金融機関についての説明もなされている。

(第3条)

第3条は、韓国民法上は保証契約の書面主義を採っていないが、保証の方式として書面主義を採択することを明確にしている。すなわち、保証は「その意思が保証人の記名捺印又は署名がある書面に表示されなければその効力を有しない」と規定している。ただし、保証人が保証債務を履行した場合には、その限度内で方式の瑕疵を理由としてその無効を主張することはできないとしている。

第3条については、「保証人保護のための特別法」制定の重要内容として次のような解説がなされている。¹⁹

「保証の方式（法第3条）

①取引の実際における保証契約が書面により明示的に行われない場合が多

く、保証意思および保証の範囲などに関する紛争が多数発生している。

②保証はその意思が保証人の記名捺印または署名がある書面で表示されなければ、その効力を有しないことと規定する。

③取引の当事者間の紛争発生を減らして保証人保護および取引の明確性を高めることが期待される。」

（第4条）

第4条は、保証債務の最高額も書面で特定されるように規定している。

（第5条）

第5条では、債権者の「通知義務」として、債権者は主たる債務者が3ヶ月以上債務を履行しない場合、または主たる債務者が履行期に履行できないことを事前に知った場合には、保証人に通知するように規定している。また、金融機関が債権者である場合には、1ヶ月以上債務者の履行がない場合には保証人に通知するようにして通知義務を強化している。

（第6条）

第6条は、韓国民法上にはその規定がない根保証に関する規定を設けている。根保証については債務の最高額を書面で特定することとし、特定しない場合には効力がないとしている。

第6条は、次のような解説がなされている²⁰。

「根保証（法第6条）

①現実的に根保証が多く行われるにもかかわらず、根保証に関する一般規

19 法制處ホームページ・前掲注（15）。重要内容として挙げられているのは、第3条、第6条、第8条、第9条、第10条である。

20 法制處ホームページ・前掲注（15）。

定がなく、無制限的包括根保証などが社会問題として現れることになり、これを改善しようとする。

②保証は、債権者と債務者間の特定な継続的取引契約、その他一定の種類の取引から発生する債務または特定な原因によって継続的に発生する債務に対してもすることができるが、保証する債務の最高額を書面で特定しない保証契約はその効力がないことと規定する。

③根保証人の責任範囲が著しく拡大されることを防止して保証人の保護に寄与することが期待される。」

(第7条)

第7条は期間の規定を設けて、約定がない場合には、保証期間を3年とみなすとしている。また、更新をするときにも約定がないときには3年としている。そして債権者が保証人の承諾なしに債務者に対してその弁済期を延長したときには、債権者または債務者は保証人にその事実を知らせるようにした。

(第8条)

第8条は金融機関が債権者である場合の特則として、保証契約を締結するときまたは更新するときは債務者の同意の下で、債務者の債務関連信用情報を保証人に提示し、保証人の記名捺印または署名を受けることとした。また、保証人が金融機関に信用情報を提供するように要求することもできる。

第8条の解説は、次のとおりである。²¹

「金融機関保証契約の要件の厳格化 (法第8条)

①債務者が過大な債務で事実上弁済能力がないにもかかわらず、保証人は

21 法制處ホームページ・前掲注 (15)。

これを知らないまま保証契約を締結し、一部の金融機関は債務者に対する信用分析を怠ったまま保証人の資力のみを信じて貸出する場合がある。

②金融機関が保証契約を締結するときには、保証人に債務者の信用情報を提示して保証人の記名捺印または署名を受けることとし、これに違反した契約は保証人が解約できることとする。

③保証人は債務者の正確な信用状態を確認した後、保証の可否を決定することになり、金融機関は徹底した債務者の信用分析に基づいて貸出事務を取り扱うことが期待される。」

（第9条）

第9条は債権の不法的取立行為に対する対策として、債権者が保証契約による債権の取立をするときには一定の方法は禁止するようにしている。

（第10条）

第10条は、第9条の方法を使用した者に対する罰則規定を設けている。

第9条と第10条については、次のような解説がなされている。²²

「保証人に対する不法的債権取立行為の禁止（法第9条および第10条）」

①財産的損害以外にも無差別的な債務弁済の督促によって保証人が被られる精神的苦痛が深刻にもかかわらず、現行法は貸出業者または債権取立業者が不法的に債権者を訪ねてお金を受け取る不法的取立行為のみを禁止しているので保証人の保護に十分ではない。

②保証人の親族などに保証人の代わりに保証債務を弁済することを要求できないこととするなど、保証人をいじめる債権者の不法的取立行為を禁止し、これに違反する債権者には刑事処罰をすることとする。

22 法制處ホームページ・前掲注（15）。

③保証債務により無差別的な弁済督促に苦しむ保証人の精神的苦痛を緩和することが期待される。」

(第11条)

第11条は、本法が片面的強行規定ということを明らかにし、この法律に違反する約定として保証人に不利なものはその効力を有しないと規定している。

以上、新しく制定された「保証人保護のための特別法」を解説し、制定の重要内容についてもみてきた。

以下では、「保証人保護のための特別法」の前文を翻訳して添付することとする。

付録 「保証人保護のための特別法」(翻訳)

法律第8918号 新規制定2008年3月21日

(目的)

第1条 この法律は、保証につき「民法」に対する特例を規定して、なんの対価なしに好意で行われる保証による保証人の経済的・精神的被害を防止し、金銭債務に対する合理的な保証契約の慣行を確立して信用社会の定着に寄与することを目的とする。

(定義)

第2条 この法律において使用する用語の意味は、次の通りである。

1 「保証人」とは、「民法」第429条第1項による保証債務（以下「保証債務」という）を負担する者として、次の各目で定める場合を除いた者をいう。

イ 「信用保証基金法」第2条第1項による企業（以下「企業」という）

が営為する事業と関連した他人の債務に対して保証債務を負担する場合

ロ 企業の代表者、理事、無限責任社員、「国税基本法」第39条第2項による寡占株主又は企業を事実上支配する者がその企業の債務につき保証債務を負担する場合

ハ 企業の代表者、理事、無限責任社員、「国税基本法」第39条第2項による寡占株主又は企業を事実上支配する者の配偶者、直系尊属・卑属等の特殊な関係にある者が企業と経済的利益を共有あるいは企業の経営に直接・間接的に影響を及びながらその企業の債務につき保証債務を負担する場合

ニ 債務者と同業関係にある者が同業と関連した同業者の債務を負担する場合

ホ ロ目からニ目までのいずれかに該当する場合として、企業の債務につきその企業の債務を引き受けた他の企業のために保証債務を負担する場合

ヘ 企業又は個人の信用を保証するために法律によって設置された基金又はその管理機関が保証債務を負担する場合

2 「保証契約」とは、その形式又は名称に関係なく、債務者が債権者に対する金銭債務を履行しない場合に保証人がその債務を履行するという債権者と保証人間の契約をいう。

3 「金融機関」とは、次の各目に定めるものをいう。

イ 「銀行法」により認可を受け、設立された金融機関（同法第59条により金融機関としてみなされる者を含む）

ロ 韓国産業「銀行法」により設立された韓国産業銀行

ハ 韓国輸出入「銀行法」により設立された韓国輸出入銀行

ニ 中小企業「銀行法」により設立された中小企業銀行

ホ 総合金融会社に関する法律」による総合金融会社

ヘ 相互貯蓄「銀行法」による相互貯蓄銀行

ト 「農業協同組合法」による組合とその中央会

チ 「水産業協同組合法」による組合とその中央会

リ 「山林組合法」による組合

- ヌ 「信用協同組合法」による信用協同組合
 - ル 「セマウル金庫法」による金庫及びその連合会
 - ヲ 「証券取引法」による証券会社・証券金融会社
 - ワ 「保険業法」による保険会社
 - カ 「与信専門金融業法」による与信専門金融会社（同法第3条第3項第1号によって許可を受け又は登録をする者を含む）
 - ヨ 「間接投資資産運用業法」による資産運用会社
 - タ 「中小企業創業支援法」による中小企業創業投資会社及び中小企業創業投資組合
 - レ 「郵便局預金・保険に関する法律」による通信官署
 - ソ 「中小企業協同組合法」による中小企業協同組合
- 4「債務関連信用情報」とは、貸出情報、債務保証情報、延滞情報、代位弁済、代支給情報及び倒産情報をいう。

（保証の方式）

第3条①保証はその意思が保証人の記名捺印又は署名がある書面に表示されなければその効力を有しない。

②保証人の債務を不利に変更する場合にも第1項と同様である。

③保証人が保証債務を履行した場合にはその限度で第1項と第2項による方式の瑕疵を理由として無効を主張することができない。

（保証債務の最高額の特定）

第4条 保証契約を締結するときには保証債務の最高額を書面で特定しなければならない。保証期間を更新するときにも同様である。

（債権者の通知義務等）

第5条①債権者は主たる債務者が元本、利息その他の債務を3ヶ月以上履行しない場合又は主たる債務者が履行期に履行できないことを事前に知った場合には遅滞なく保証人にその事実を知らせなければならない。

②債権者として保証契約を締結した金融機関は主たる債務者が元本、利息その他の債務を1ヶ月以上履行しない場合には遅滞なくその事実を保証人

に知らせなければならない。

③債権者は保証人の請求があるときには、主たる債務の内容及びその履行の可否を保証人に知らせなければならない。

（根保証）

第6条①保証は債権者と主たる債務者間の特定な継続的取引契約又はその他一定の種類の取引から発生する債務又は特定な原因に基づき継続的に発生する債務に対してもすることができる。この場合、その保証する債務の最高額を書面で特定しなければならない。

②第1項の場合、債務の最高額を書面で特定しない保証契約はその効力を有しない。

（保証期間等）

第7条①保証期間の約定がないときにはその期間を3年とみなす。

②保証期間は更新することができる。この場合、保証期間の約定がないときにはその期間を3年とみなす。

③保証契約締結後、債権者が保証人の承諾なしに債務者に対して弁済期を延長した場合には、債権者又は債務者は保証人にその事実を知らせなければならない。この場合、保証人は直ちに保証債務を履行することができる。

（金融機関保証契約の特則）

第8条①金融機関が債権者として保証契約を締結するときには「信用情報の利用及び保護に関する法律」による総合信用情報集中機関から提供された債務者の債務関連信用情報を保証人に提示してその書面に保証人の記名捺印又は署名を受けなければならない。保証期間を更新するときにも同様である。

②金融機関が第1項による債務者の債務関連信用情報を保証人に提示するときには債務者の同意を得なければならない。

③金融機関が第1項により保証人に債務関連信用情報を提示しない場合には保証人は金融機関に対して保証契約の締結当時の債務者の債務関連信用情報を提示することを要求することができる。

④金融機関が第3項による債務関連信用情報の提示要求を受けた日から7日以内にその要求に応じない場合には保証人はその事実を知った日から1ヶ月以内に保証契約の解約を通告することができる。この場合、金融機関が解約通告を受けた日から1ヶ月の経過により解約の効力が生じる。

(不法的債権取立行為の禁止)

第9条 債権者（債権者から債権の取立を委託された者及び再委託された者を含む。以下同様である）は保証人に保証契約による債権の取立をするとき、次の各号のいずれかに該当する方法を使用してはならない。

- 1 暴行や脅迫を加え又は偽計や威力を使用する方法
- 2 保証人やその関係人（保証人と同居又は生計を一緒にする者、保証人の親族又は保証人が勤務する場所で一緒に勤務する者をいう。以下同様である）に保証債務に関する嘘の事実を知らせる方法
- 3 正当な事由なしに反復的又は夜間に電話する等、言葉、文、音響、映像又は物を保証人又はその関係人に到達することにより、恐怖心と不安感を誘発して私生活又は業務の平穩を著しく害する方法
- 4 正当な事由なしに反復的又は夜間に保証人又はその関係人を訪問することにより恐怖心と不安感を誘発して私生活又は業務の平穩を著しく害する方法
- 5 債務を弁済する法律上義務がない保証人の関係人に保証人の代わりに保証債務を弁済することを反復的に要求することにより恐怖心と不安感を誘発して私生活又は業務の平穩を著しく害する方法

(罰則)

第10条①第9条第1項を違反した者は5年以下の懲役又は5千万ウォン以下の罰金に処する。

②第9条第2号から第5号までを違反した者は3年以下の懲役又は3千万ウォン以下の罰金に処する。

（片面的強行規定）

第11条 この法律に違反する約定として保証人に不利なことはその効力を有しない。

附則〔2008年3月21日第8918号〕

- ①（施行日）この法律は公布後6ヶ月が経過した日から施行する。
- ②（適用例）第3条から第8条まで及び第11条はこの法律施行後、最初に締結又は期間を更新する保証契約から適用する。

管轄の合意・再考（一）

川 口 誠

はじめに

- 一. 旧民訴時の議論と新法による解決
 1. 学説の概要と「約款による合意管轄」の問題
 2. 判例による「移送」制度の利用
 3. 新民事訴訟での管轄の合意に関する改正
 - (1) 「専属管轄（～を除く）」規定（以上本号）
 - (2) 訴え提起後の管轄の合意の許容
- 二. 新法での管轄の合意についての問題点
 1. 理論的な類型化の必要性
 2. 約款による管轄の合意の場合への対処的な改正
- 三. 管轄の合意の理論的類型化…原則に立ち返った検討
 1. 付加的合意・専属的合意という分け方
 2. その他の考えられる合意の類型
 - ①追加的合意・制限的合意と任意的合意・専属的合意
 - ②積極的追加的合意・消極的追加的合意
 - ③積極的制限的合意・消極的制限的合意
 - ④定型の合意・非定形的合意
 - ⑤事前的合意（原始的合意）・事後的合意（後発的合意）
 - ⑥暫定的合意（一時的合意、時限的合意）・恒定的合意（確定的合意）
 - ⑦一回的合意・繰返しの合意 ⑧条件付合意・無条件的合意
 - ⑨主たる（主位的）合意・従たる（予備的）合意
 - ⑩選択的合意・非選択的合意 ⑪抽象的合意・具体的合意
- 四. 現実の管轄の合意とその規制のあり方
 1. 約款による管轄の合意の場合とその他の場合
 - (1) 民訴法による規制
 - (2) 民訴法による対応ではなく、特別法による対応
 - ①消費者契約法 ②個別の業法
 2. 商人・非商人という分け方 — 人的要素による場合
 3. 合意の内容による分け方
- 五. まとめに代えて

はじめに

新民事訴訟法は、従来議論されていた約款による管轄の合意について、移送に関する規定にカッコ書きを用いるなど、若干変則的ではあるが、一応の手当をした¹。これによって、この問題は解決したかのように見られる状況にある²。

しかし、問題が根本的に解決されたと果たして言えるのであろうか。訴え提起後の管轄の合意が認められ、管轄についてより当事者の意思を尊重する方向が示され³、また消費者契約法が施行されるなど、管轄の合意自体の民事訴訟法体系内での状況や、関連する取引法をめぐる実体法も変化している⁴。このことなどを考慮すると、約款による管轄の合意の問題のみならず、管轄の合意自体を根本的に見直す必要があるのではないか。

- 1 16条Ⅱ項、20条Ⅰ項。「専属管轄（当事者が第十一条の規定により合意で定めたものを除く）に属する場合は、この限りでない。」というカッコ書きによる除外規定。この規定の表現には若干問題がある。カッコ書きによる除外は、その直前の事項からカッコ内の事項を除外する場合に用いるのが通常であろう。ここでは、「専属管轄」から、「（専属的）合意管轄」を除くという意味合いとなるが、そもそも専属管轄には合意管轄は内包されない。あたかも専属的合意管轄が、概念的に「専属管轄」の一種かのように読み取れることとなる。
- 2 例えば、中山幸二「管轄の合意の効力」（民訴法の争点〔第三版〕51頁）は、「わが国特有の裁量移送制度の活用という方法で、問題解決を図ったわけである」としている。また、新堂『民事訴訟法』95頁。
- 3 まず、訴え提起後の管轄の合意が事実上認められた。移送についての19条Ⅰ項但書およびⅡ項但書の反対解釈。移送については、この他17条で、「当事者の衡平を図る」ための移送が認められたことも当事者に関する要素を重視する方向と考えられる。また、いわゆる競合的広域管轄（6条、6条の2）は、裁判所を選択する当事者の権能を広げたことにもなる。
- 4 平成13年に、消費者契約法が施行された。その第10条は、「消費者の利益を一方的に害する条項の無効」を規定している。管轄の合意を訴訟行為であるとし、まったく私法法規の適用がないとしないかぎり、約款による管轄の合意について、同条の適用の可能性が生じる。

約款による管轄の合意に過度の重点を置いたり、現実にある管轄の合意のみを注視するのではなく、純理論的に再検討した上で、構築し直す必要があるのではないか。

このような問題意識から見ると、管轄の「合意」の内容は様々な類型がありうる。従来の付加的合意と専属的合意という2類型⁵では、とらえきれない。そもそも「付加的」と「専属的」という用語は、概念的に相対する概念でもない。「付加的」（競合的）に対応する概念は制限的であり、「専属的」に対応する概念は「任意的」のはずである。

条件付管轄の合意は認められるのであろうか、抽象的管轄の合意はどうであらうか。少なくとも起訴時までには条件が成就していなければならぬといふことで、条件付管轄の合意は認められることになるはずである。

抽象的な管轄の合意は、その性質上認められるべきでないといふ説明しなければならない。

合意の多様性から、否定されるべき管轄の合意を判断する際には、一定の理論的な基準を設定しなければ、線引きができない。まず、いかなる管轄の合意が理論的にあり得るのが検討されなければならない。つぎにその多様な管轄の合意の中で、どのようなものであれば民事訴訟法上許されるのか、基準を導出しなければならない。

同時に、それは、そもそも管轄の合意は、訴訟行為⁶なのか否か、訴訟契約の一種とみてよいのであろうか（性質論）、訴訟行為であるとして、多

5 例えば、兼子・体系90頁、三ヶ月・民訴法254頁。竹下・続民事訴訟法百選13頁も2類型とする点では同様。中野他編『新民事訴訟法』（有斐閣大学双書）74頁も同じ。訴えが提起された裁判所にとって、管轄があるのか否かという観点から合意管轄を見ると、この2類型は重要な意味をもつてあろうが、そのような観点から多種多様な当事者の合意を2類型に当てはめることが妥当かどうかがこの問題となる。

6 この点については、永井博史「訴訟行為と私法法規」（民訴法の争点〔第三版〕172頁）、西澤「訴訟上の契約」（同174頁）。

種多様な管轄の合意をすべて民事訴訟法の問題として規律すべきなのか否か、私法法規がどの点でどのように適用されることとなるのか、他言すれば約款による管轄の合意などの特殊な場合は消費者契約法などの特別な法律で規律したり、特殊例外的な場合についての理論として構成し、民事訴訟法上の議論は、一般的、原則的な管轄の合意、当事者対等の原則を前提とする管轄の合意を対象として理論構成することはできないか（理論的再構成）という問題に突き当たる。これはまた、事件類型によって合意管轄を規定し分けると言う方法論にも関わってくる。

本稿は、このような問題意識になんらかの結論を出すための作業の第一歩である。十分に細部までつめた考察にいたらない点が多々あるが、今後の継続的研究の課題ということでご容赦いただきたい。同時に、不勉強や思い違いをご指摘いただければ幸いである。

一．旧民訴時の議論と新法による解決

1．学説の概要と「約款による合意管轄」の問題

専属管轄以外の法定管轄は、そもそも当事者の便宜を考慮して規定されていると考えられ、当事者が法定管轄とは異なる内容を合意し、その内容に従った裁判所において訴訟を進行することは「合意管轄」として認められている。これによる裁判所間の負担の不均衡という点も、さらに均衡が問題となりうる競合的広域管轄が新法で規定されたことから、現状ではさほど障害にならないとみなされうる。

そこで、合意管轄を公益的な観点から規制する必要性は乏しく、「国民

7 これに関してもっとも厳しい態度は、約款による管轄の合意を立法により禁止するという欧州諸国の方法に帰着する。ドイツ、フランスについては、徳田「管轄に関する当事者支配とその規制」ジュリスト1028号48頁。

ちなみに、本稿の視点からすると、応訴管轄も原告による管轄の合意の申出と被告による受諾、すなわち合意管轄の一種とみるべき場合があることになる。

に利用しやす」い制度を目ざす新民事訴訟法の下では、もっぱら原告または被告、あるいはその双方、すなわち当事者になんらかの不利益をもたらす場合に、許されないとすべきこととなる。

旧法時においても、合意管轄は明文をもって認められ、現行の11条と基本的に同じである。したがって、専属管轄の定めのない場合に、(ア)第一審の管轄裁判所について（したがって、地方裁判所か簡易裁判所の事物管轄または土地管轄の一方または双方）、(イ)一定の法律関係に基づく訴えに関し、(ウ)法定管轄と異なる定めをする、ことが要件とされる⁸。また合意の方式・時期として、(ニ)書面により、(ホ)訴え提起時まで⁹にすることが必要である（15条）。

8 前注5・中野他、71頁以下、前注2・新堂、94頁。

「将来のすべての訴訟」といった定め方について、この要件に反し許されないとする見方があるが、そもそも訴え提起前に書面によって管轄を合意するという場合、当事者間に取引などなんらかの法的関係があって、それをめぐって合意するという状況、すなわち特定の法律関係に基づく場合が通常ではないか。結局は合意内容の解釈の問題であり、この文言だけでは判断はつかない。合意の「具体性」の基準設定と関わる。また、この場合でも、約款による合意については別の考慮が必要になるであろう。

「一切の裁判所の管轄を排除する合意」が、不起訴の合意ないし国際裁判管轄の合意であるとする指摘は、示唆に富む。管轄の排除・制限の一方の極端が、別概念として民訴法上すでに認識されていることになる。逆の「すべての裁判所に管轄を認める合意」について、「被告の管轄の利益を奪うので許されない」との指摘は、検討の余地がある。被告がその利益を放棄した合意と解する余地はないか。そもそも「被告の管轄の利益」は放棄可能なものであろうか。被告の普通裁判籍の規定（4条Ⅰ）の趣旨から、法は被告の管轄の利益を合意によっては放棄できないものとしていると解釈すべきか。

9 前注5・中野他編。訴え提起後の管轄の合意について、「移送を申し立てる前提としての意味があるにすぎない」と評価するが、19条が必要的移送の規定であり、原則として「移送しなければならない」と定められている以上、単に移送の前提としての合意にすぎないとは言えないのではないか。移送についての規定ではあるが、実質的に訴え提起後の合意管轄を許容したと解釈すべきである。

管轄の定め方については、法定管轄の他に管轄裁判所を追加する場合を付加的（競合的）合意、特定の裁判所のみに管轄を認めて他の裁判所の管轄を排除する場合を「専属的」合意として、2種類あるとする。そして、この2種類を前提にし、いずれであるか明示されていない場合には、合意の解釈により、このどちらの合意であるか「択一的」に判断すべきとする。

合意の解釈をめぐり、とくに約款による管轄の合意の場合に、議論があり、学説が対立していた。旧法時の通説は、複数の法定管轄のうち1つを「特定する」合意を専属的合意とし、その他は付加的合意と解した¹⁰。これに対し、特定の裁判所を定めている限り、その裁判所が複数の法定管轄の1つの裁判所であろうと、法定管轄以外の裁判所であろうと、その裁判所で訴訟をするという合意であると解して、特別な事情がない限り専属的合意であるとする有力説があった¹¹。問題は、いずれの説を採っても、約款による合意管轄の場合には、その約款を作成した業者・企業側が（自己に有利に訴訟を進行可能とするため）「本社所在地を管轄する裁判所」を合意管轄裁判所として定めて（印刷して）いる場合が一般的なため、これを専属的合意と解釈せざるをえず、消費者・一般契約者にとって遠隔地での訴訟追行を強いられる結果をもたらすことであった¹²。

このような不都合を回避するため、いくつかの考え方が提唱されることになる。そもそも約款による管轄の合意は、「合意」として認められるかという視点から、約款による管轄の合意自体を否定すべきであるとする説¹³。また、濫用であると認められる場合ないし一方当事者に極端に有利な場合の個別的救済手段として、民法規定の類推適用をこの場合に認める各説¹⁴。

10 兼子・体系90頁、三ヶ月・全集254頁、高島・民訴百選15頁など。

11 竹下・統民訴百選13頁、小室＝賀集・民訴法47頁。

12 業者・企業は、自ら原告として訴えを提起する場合は、本社所在地に提起し、消費者・一般契約者が他の裁判所に訴え提起した場合は、専属的管轄の合意があるとして本社所在地の裁判所への移送を申し立てることになる。

13 大阪高決昭40・6・29（下民集16巻6号1154頁）、水谷・民商69巻5号131頁。

このような実体法からのアプローチとは別に、民訴法上の解釈論等で解決を図ろうとする考え方として、附合契約・約款による合意の場合を例外的な場合、「特別の事情」ある場合としてとらえ、付加的合意と解釈する考えもあった¹⁵。

訴訟法上の解釈論で解決を図る考えのもう1つは、旧31条の移送制度の利用である。かくして、旧31条の「著キ損害又ハ遅滞ヲ避クル為」の移送が、この約款による管轄の合意の場合に許されるか否か、規定の公益上の必要性とは異なる「一方当事者の著しい不利益」が、移送の事由として認められるか否か、が争われる¹⁶。

2. 判例による「移送」制度の利用

約款による合意管轄をめぐる判例について、まず「合意」自体の成立に関しては、否定的な判例もあるものの、一般的には認められている¹⁷。たとえば普通保険約款に基づき保険金支払請求を提起した場合などでは、管轄の合意についてのみならず保険契約自体の「合意」が成立しないということになれば、保険金は支払われず、原告の意図にむしろ反する結果になりかねない¹⁸。

14 96条説（一種の暴利行為として脅迫に準じて相手方に取消権を認めるべき）、兼子、菊井＝村松・全訂。90条説（経済的弱者が圧迫される危険に対して公序良俗違反を類推適用）、竹下、鈴木（俊）＝白川・ケーススタディ民訴Ⅰ。信義則説（1条Ⅱ項）。

15 前注2・新堂95頁、納谷・前掲『ケーススタディ民訴Ⅰ』72頁。

16 「専属的合意と解される場合でも、訴訟の著しい遅滞を避けるという公益上の要請があるときは、旧31条により」移送を認めるのが多数説であるとする（前注5・中野他、72頁）。

17 否定的な判例として、前掲・大阪高決昭40・6・29。約款による管轄の合意自体を立法的に規制する方向、たとえばドイツ、フランスの例は、管轄の合意一般から、認められるべきでない場合を切り分けて分離する作業の終点のあり方として、ありうべき1つの形である。ただ、「商人」か否かというメルクマー爾については、検討の余地がある。

合意が付加的か専属的か明示がない場合の解釈については、判断が分かれる。¹⁹ 解釈に関わる問題であり、事件ごとの個別的な事情が関わるため判断が分かれることは当然である。しかし、一概に断じることはいできないが、専属的合意であるとの前提で旧31条での移送を認めるその後の判例の傾向を考えると、約款による管轄の合意を専属的合意と解釈する例が多いと言えるのではないか。²⁰

判例は、専属的合意と解釈されるべき場合での不都合について、旧31条の移送の要件を柔軟に解釈する方向をとる。²¹ 大阪高裁は、旧31条の「著キ損害又ハ遅滞」の判断に際し、前者と後者を分け、前者の判断について、「当事者の訴訟遂行上の具体的な利益を中心として判断されるべきであり、直接的には被告側の受ける不利益が考慮されるべきであるが、それと同時に移送により原告側が受けることとなる不利益についても十分な配慮が必要である」とし、当事者「双方」の利益・不利益を考慮すべきことを示す。また後者の判断では、「主として公益的な見地からなされるものであ」る

18 もっともこの点は、管轄の合意を訴訟契約の一種とする通説によると、私法上の契約が取り消しまたは解除されても、管轄の合意には影響なしとするので、逆の場合も契約全体の成立に影響を与えないと考えることになる。

19 専属的合意であると判断した例として、大阪高決昭45・8・26（判時613、62頁）〔続民訴百選3事件〕。付加的合意とした例として、札幌高決昭45・4・20（下民集21巻3/4号603頁）〔民訴百選第二版9事件〕、東京高決昭55・10・31（判時985、87頁）、札幌高決昭62・7・7（判タ653、174頁）〔民訴百選I新法対応補正版31事件〕。

20 このことは、逆に見れば、約款による管轄の合意で付加的か専属的か明示がない場合の解釈の方法について、判例が旧法時の通説または有力説（竹下説）にしたがい、この2分類に振り分ける方法をとっているということであり、2分類を疑問視することなく前提としているということとなる。

21 大阪高決昭54・2・28（判時923、89頁）〔民訴百選I新法対応補正版34事件〕。この事件は、医療過誤訴訟で被告である病院側が病院所在地への移送を申し立てた事件である（却下）。この他、福岡高決昭47・2・4（下民集23巻1-4号53頁）、東京地決50・10・30（下民集26巻9-12号931頁）、前注18・東京高決昭55・10・31、札幌高決昭62・7・7。

として、当事者の事情などの要素を、基本的に考慮の外に置く。しかし、最終的には、その両者を「結局右損害及び遅滞の両要件を総合的に比較考量して判断すべきものである」とし、全体としての要件の判断に当事者双方の利益・不利益の考慮を持ち込む。つまり、旧31条は当事者の利益・不利益の均衡という観点からでも適用可能で、これを事由とする移送の申立てを許し、または却下できることとなる。

この点について、通説は、旧31条の「著キ損害又ハ遅滞」の後者を探りあげ、「著しい遅滞を避けるという公益上の要請があるとき」に移送が許されるとし、当事者の利益・不利益の考慮を、著しい遅滞を招来するかどうかの判断の要素に落とし込むこととなる。あくまでも旧31条は、公益的な要請に基づいて適用されるべき規定とされる。

3. 新民事訴訟での管轄の合意に関する改正

(1) 「専属管轄（～を除く）」規定

新法は、この問題を立法的に解決する。ただ、合意管轄についての旧25条を直接、正面から改正することなく、そのまま現11条とした。そして旧31条の移送の規定を、判例の趨勢に合わせ、新17条とする。²²すなわち、17条の見出しとして「(遅滞を避ける等のための移送)」と、「等」を入れて「遅滞」が問題となる場合だけではないことを示し、「当事者及び尋問を受けるべき証人の住所、使用すべき検証物の所在地その他の事情を考慮して」と、考慮すべき事項を例示した上で（当事者の事情がその考慮に含まれることが明示されている）、2つの場合に移送が認められることを定

22 遠藤他編『講説民事訴訟法』47頁（角森）は、「新法は、専属的管轄合意である場合でも、移送を妨げる専属管轄に含めず（20条）、裁判所は遅滞を避ける等のために移送することができる（→裁量的移送、17条）道を開く方向で問題を解決した」とする。また、前注2・新堂。

新民訴法への改正時に公表された『民事訴訟手続に関する検討事項』（平成3年12月）とこれに対する意見等については、前注7・徳田、50頁。

める。一つは、「訴訟の著しい遅滞を避け」るため必要がある場合であり、他方は「当事者間の衡平を図るため必要がある」場合である。「公益性」を重視した旧31条が、公益性と「当事者間の衡平」との2本立てで、より柔軟性をもたせた裁量移送の規定になったと見る²³ことができる。

さらに20条の専属管轄がある場合の移送制限の規定に、「専属管轄（当事者が第十一条の規定により合意で定めたものを除く）」とカッコ書きを加えて、専属的合意管轄は移送可能である旨を明示して徹底する。このカッコ書きは、20条が適用されない16条（管轄違いの移送）や145条、146条、299条^{24・25}にも登場する。

23 新法17条で「当事者間の衡平を図るため」の移送が認められたことを受けて移送を許した事件として、大阪地決平11・1・14（判時1699、99頁）〔民訴百選三版7事件〕がある。また、約款による管轄の合意の場合に新20条により、被告の経済的負担なども考慮した上で移送を認めた事件として、東京地決平11・3・17（判タ1019、294頁）〔民訴百選三版6事件〕がある。

24 ちなみに、平成15年改正で追加された20条の2Ⅰ項・Ⅱ項では、「著しい損害又は遅滞」が復活している。このカッコ書きに問題がある点については前注1。

25 本稿は当初、同題の論文として執筆を始めたが、その後締切の関係もあって、とりあえず研究ノートという形をとった。そのため、今回は全体のごく一部、最初の部分しか載せることができず、不体裁な形となった。とくに記して、ご容赦を請う次第である。

研究ノート

記憶の場としての＜constitution＞¹

佐 藤 寛 稔

序

- I. 2つの＜constitution＞
- II. ラストワードとしての人權
- III. 国民統合の象徴としての＜constitution＞
- IV. Valeur constitutionnelle を持つ法規範

序

「フランスの真の構成原理、それは民法である。」² —フランス民法学の巨匠、ジャン・カルボニエ教授の述べる一節は、憲法学に携わる多くの者にとって刺激的であり、挑発的でさえある。いうまでもなくここでいう「構成原理」は constitution の訳語である。ところが、日本を代表する民法学者である大村敦志教授がその著作の中で、カルボニエ教授の上記の一節を再三に渡って紹介しているにもかかわらず、³ 憲法学者からの反応はほ

-
- 1 本稿のタイトルは、フランスの歴史家、ピエール・ノラが編纂した "lieux de mémoire", 邦語訳として谷川稔監訳・『記憶の場』（第1巻～第3巻）（岩波書店 2002年～2003年）を参考にした。
 - 2 翻訳として、ジャン・カルボニエ 野上博義＝金山直樹訳・「コード・シヴィル」・三井三記編『コード・シヴィルの200年—法制史と民法からのまなざし』（創文社 2007年）・188頁

とんど見られない⁴。本稿は憲法学上の論点である私人間効力の視点を踏まえながら、人々の行動規範としての、すなわち、カルボニエ教授が言うところの＜constitution＞としての憲法と民法の役割について若干の検討を試みるものである。

I. 2つの＜constitution＞

カルボニエ教授によれば、人々の市民生活に根付いた行為規範は憲法典よりもむしろ民法典にあるのである。彼は民法典がフランス国民の「記憶」の中に根付いているということを重視する。民法典を三色旗、ラ・マルセイエーズと並ぶフランス国民の「記憶の場」として位置づけるのである。「フランスの真の constitution は民法典である」とは前出のカルボニエ教授の別稿での記述である⁵。ここに2つの＜constitution＞が登場する。すなわちカルボニエ教授が、国家の＜constitution＞であるとする憲法典と社会の＜constitution＞であるとする民法典である。彼自身は民法典が法の階層において民法典が最上位にあることを主張しているわけではない。そのような形式的な意味というよりもむしろ、実質的な意味において、彼は民法典を＜constitution＞とする。彼はフランス社会における民法典が持つ国民統合の象徴としての力に注目して次のように述べる。「とりわけ重要な法典は、市民の法典、市民の平等関係のための法典たるコード・シヴィルであった。そうした点がこの法典の曖昧なところであり、コード・シヴィルは三色旗、そして『ラ・マルセイエーズ』と一体になることがで

3 例えば、大村敦志・『法典・教育・民法学 民法総論研究』（有斐閣 1999年）・50頁以下

4 樋口陽一・「憲法規範の私人間適用と、私法規範の『憲法化』—フランスと日本」・憲法理論研究会編・『立憲主義とデモクラシー』（敬文堂 2001年）・20頁に言及がある。

5 Jean Carbonnier, Droit civil, Introduction, 20^{éd}, 1991, p.198

きた。この三つは、民主主義とナショナリズムの精神」「にとって分かち⁶難い記憶の場であった」。

ところが、現代の憲法理論は、上述のようなカルボニエ教授やそれを引用する大村教授とは逆の立場で民法典よりも、憲法典の象徴的な力に依拠する。ここでは、憲法学の中で、私人の生活の中に憲法秩序—憲法を生活上の行為規範として一植えつける可能性を秘めたテーマの1つとして「人権の私人間効力」の議論を見てみよう。

私的自治という私法の大原則と調整が図られたとしても、通説たる地位を不動のものとした、いわゆる間接適用説は、私人の行動規範として憲法規範を内面化するものと捉えることができるであろう。そもそも、何故、憲法規範が、私人間に一直接であれ、間接であれ一適用されるということがいえるのであろうか。周知のとおり、戦後初期の憲法学説はこの憲法規範の私人間効力を否定していた。自由権の性質について敢えて、「注意しなくてはならぬ」こととして、「私人相互間の関係」を挙げる佐々木惣一博士が端的に述べる。「國民が人間として有する自由は、勿論私人相互間の関係においても存し、従て、国家は私人相互の関係において、自由の尊重されることを前提とする」ものである。「自由権は國民の國家に對する關係において存する權利であり、私人相互間において存する權利ではない⁷」と。時を経て三菱樹脂事件を契機にこの論点が憲法学の表舞台に急浮上した際にも、当時の憲法学界をリードしていた宮沢俊義博士でさえ、憲法規範を私人間の紛争に適用することについては反対陣營の最前線にいた。こうした、初期の理論動向が転換され、憲法規範が一直接であれ、間接であれ—私人間に適用されるという考え方が、一般に受け入れられるようになった転機はどこにあったのであろうか。

一つのターニングポイントとしては奥平康弘教授の学説を挙げることが

6 ジャン・カルボニエ・前掲注2・175頁

7 佐々木惣一・『改訂日本国憲法論』（有斐閣 1952年）422頁

できる。奥平教授の学説の根底には人権規定が必ずしも国家にのみ向けられたものではないという考え方がある。無効力説とともに間接効力説も批判し「憲法というものは、もっぱら国家諸機関に向けられた客観法であって、国家機関内部においてのみ、かつ、独自の仕方では支配する独特な法であり」「権限ある国家機関（主として議会）が法令という形でブレイク・ダウンしてはじめて、人民レベルまで下りてくるが、しかし人民に適用されるのは、憲法ではなくて、それを権限ある国家機関に咀嚼して斟酌してブレイク・ダウンした法令である⁸」という考え方を否定する。また、芦部信喜教授—奥平教授と異なり間接的適用説の流布に大きな貢献をしたのだが—も伝統的人権観を批判する。「人権をもっぱら対国家との関係における防禦権と捉える伝統的理論が、人権の観念に必然的なものではな⁹く」「①自由主義の国家論と、②法実証主義およびそれと結び合って説かれた国家法人説の理論」が注目されなくてはならない。「戦後の新しい人権理論は、国家の国民生活への積極的な介入を認める社会国家の思想と」結びついて人権の私人間効力の理論的支柱となったと説く⁹。

しかし、私人間に憲法規定が適用されることについて、間接適用説が、一定のコンセンサスを得た今日にあっても、奥平・芦部両教授が提唱する国家観・人権観に対するコンセンサスが今日必ずしも多くの論者に共有されているわけではない。そして、当初から議論のあった問題点は解消されていないことには既に指摘がある。高橋和之教授は、日本の間接効力説が「憲法上の人権が対国家的権利であるとすれば、民法90条の公序良俗を媒介することによって、それがなぜ対私人的権利に転化するのかの説明がない¹⁰」としている。また、しばしば、言われる憲法の最高法規性を理由とす

8 奥平康弘・『憲法Ⅲ—憲法が保障する権利—』・（有斐閣 1993年）・84頁

9 芦部信喜・『憲法学Ⅱ 人権総論』・（有斐閣 1994年）283頁

10 高橋和之・「『憲法上の人権』の効力は私人間には及ばない—人権の第三者効力論における『無効力説』の再評価」・ジュリスト1245号（2003年）・141頁

る私人間効力の承認論に対しても、「憲法は最高法規であり、下位規範を拘束する。しかし、その拘束も『対国家性』を超えることはできない」。ゆえに「私人相互の水平的な関係に関しては、憲法の人権規定は効力を及ぼさず、その効力を受けない¹¹」と述べている。ケルゼンの法段階秩序説に依拠する限り、憲法が国法秩序の最高位にあることは確かである。しかし、このことから直ちに、憲法が現実の民事紛争を解決する上で、適用される規範であるということを導き出すことにはならないであろう。憲法が法秩序の頂点にあるということは、さし当たって、下位法規が、憲法に違反する内容を持つてはならないということ、万一下位法規が憲法に違反した場合には当該法規が無効であるということしか意味していない。また、憲法学者が、憲法の最高法規性の真の拠り所としてきたのは、法秩序の階層の頂点に憲法があるという形式的側面ではなく、憲法の内容等、実質的側面についてである。したがって憲法の形式的効力を盾にして、私人間の紛争において憲法規定の適用を肯定するような見解は、上記の憲法学の基本的な考え方についての忘却の上になりたつものであるといえる。

こうしたいわゆる間接適用説の理論的困難性を伴う理屈が、そうであるにもかかわらず、受け入れられているのは何故かということは非常に興味深い謎である。従来の議論を批判する高橋教授のいわゆる新無効力説は特に高橋教授のオリジナルというよりはかねてより通説に向けられてきた様々な批判の再演である。過去から現在に至るまで、同様の批判がなされているということは、私人間効力論が、様々な批判を受けながら—しかも、原理的に正当な批判に答えることなく—肥大化していったことを意味する。このバックグラウンドは何であろうか。芦部信喜教授は、以下のように述べる「戦後の憲法では、個人尊厳の原理を軸に自然権思想を背景として実体化されたもので、その価値秩序は最高の価値があり、公法・私法を包括した全法秩序の基本原則であって、すべての法領域に妥当するものである

11 高橋和之・前掲論文注10・146頁

から、憲法の人権規定は私人の人権侵害に対しても何らかの形で適用されなければならない¹²」。

芦部教授のこのような考え方は、人権価値を担うことができる法規範は究極的には憲法だけであるという前提があるように見える。

最近では、上述のような芦部教授のように全法領域に妥当する憲法典を想定するのではなく、憲法及び憲法学の射程を画する議論の再考も提唱されている。このような新しい憲法学の理論動向は、憲法の規定を私人間の紛争に適用できるか否かという視点から、私人間の紛争の中で守られるべき価値、市民社会で守られるべき基本的ルールを再構成するという視点に移っているように見える。そのような学説の理論動向で特に注目できるものとして前掲の高橋教授と民法学の大家である星野英一教授の議論がある。両者は憲法典の万能の妥当性という考え方に依拠しない。憲法と民法の並立を自然権をキーワードとして展開する両者の議論に共通することは、実定法を越えた価値をもつ自然権が、実定法のどの部分に宿るかということろに尽きる。高橋教授は、民法90条や709条の解釈上の可能性に着目し、裁判官の役割を重視する。民法90条、709条など「抽象的な法律規定は、私人間の自然権調整の権限を裁判官に委任した」と理解した上で、このような自然権保護に向けた民法解釈は『憲法上の人権』を適用することとは異なる¹⁴とするのである。星野教授はさらに民法の役割を大きく見ている。星野教授によれば、私法の「憲法と並ぶ重要な意味の認識¹⁵」を強調するのである。そして「民法はまさに、このようなわが国の来るべき社会の基礎をなすものとして『社会の constitution』である¹⁶」という考え方を提示す

12 芦部信喜・高橋和之補訂『憲法（第4版）』（岩波書店 2004年）・107頁

13 南野森・「憲法学と人権—本特集によせて」・法学セミナー641号・（2008年）・17頁

14 高橋和之・『立憲主義と日本国憲法』（有斐閣 2005年）・101頁

15 星野英一・『民法のすすめ』（岩波書店 1998年）・77頁

16 星野前掲書注15・

る。ここに日本の法学説の中にも2つの＜constitution＞を観念するに至ったのである。

Ⅱ．ラストワードとしての人権

上述の大村教授、星野教授と同じく「フランスの視点」に立ちながら、憲法規定の私人間効力を承認する樋口陽一教授の学説は注目に値する。樋口教授は1789年の人権宣言は国家から自律した存在としての「社会」という領域を認めていないと考える。「日本では、公法・私法二元論を背景として、私的自治の領域を憲法規範の効果の射程外に置くという図式が一般的な考え方として」「¹⁷了解されてきたが、そのような理解は必ずしも当たっていないのではないか」と述べる。

但し、樋口教授の議論はあくまで「国家中心主義」的な考え方の上に成り立っている。市民社会の国家からの自律性を認めない樋口教授の学説が、日本の法学説の理論動向において受け入れられるのかは疑問があり、結局、芦部教授のように全法秩序としての憲法を想定しない限り、我々は＜公＞と＜私＞の法領域を認めざるを得ない。

憲法学にとって裁判所が憲法規定の私人間適用を認めた場合の最悪の結論は、一方の主張に憲法上の価値を与えた、あるいは、他方の人権侵害を肯定した上で、他の利益との衡量によって、前者が負ける場合である。しかし、これは憲法規定の私人間効力が想定する場面对立する両者の人権の衝突である以上、必ず起こりうる事態である。芦部教授が、「具体的事件の解決は、二つの権利・自由を慎重に衡量して導かれなくてはならない。裁判所は、したがって、国が法律によって制限を加えまたは違法とすることができるといふ事項かどうか、という点を一つの基準とし、権利の性質及び事案の具体的事情をふまえた上で、個別的に妥当な結論を見出してゆ

くことは望まれる¹⁸」と説明するように、私人間効力の議論は、本来、個人にとって「切り札」であるはずの人権規定を「衡量」の材料にしてしまうことの危険性を理論内在的に持っている。このことは人権論にとって決定的に脅威である。相手方が国家である場合、少なくとも人権「侵害」が認められるけど公権力側を勝たせるということはないであろう。人権に対する公権力からの何らかのサンクションがあった場合には、人権「侵害」に当たらない人権「制約」と構成せざるを得まい。これとは異なり、私人間による紛争があった場合、民事訴訟の特質上、人権価値を相対化させざるをえない。そうすると、人権が本来持っていた貫通力、その切れ味を決定的に削ぐことにならないかという疑問がある。憲法価値は、「私的自治」の妥当範囲を踏み越えたときに一問題が＜公＞的なものである場合に一発動されるべきで私人間の利益衡量で用いられるべき筋のものではない。

また、人権がラストワードであるということが受け入れられるとすれば、ラストワードである以上、人権が常時、人々の行動規範でありつづけることは不可能である。人権を行動規範として援用する最終防衛ラインをどこに置くかが、ほかならぬ人権の私人間効力の議論である。そもそも憲法それ自体が、国家権力を拘束するためのものであり、国家権力の自由を縛り付けることである。縛りの論理こそが人権の人権たる所以である以上、私人間に憲法規定を適用するということは、すなわち、私人の自由を何らかの事情で縛ることを認めることであり、自由剥奪の契機を認めることになるはずである。

憲法を守ることを要求されるということは、かなりの不自由を強いることになる。このことの不条理さが意識されないのは憲法によって拘束されるものが国家だからである。この史上最強の暴力装置に向けられた規範であるからこそ、拘束が許されるのである。そうした私人に課す不自由を自

18 芦部信喜・「人権規定の第三者効力」・『現代人権論』所収・（有斐閣1974年）・16頁

由国家において、どのように正当化できるであろうか。即座に思い浮かぶものとしては福祉国家の理念によって、私人間における実質的な衡平の原理を導くことができるかもしれない。但し、この場合も、福祉国家の理念によって説明されるものにおいてのみ正当化が可能である。人権の私人間効力の議論が前提とする私的アクターの非対称性の概念では正当化できない。

Ⅲ．国民統合の象徴としての＜constitution＞

私人間での憲法適用が具体的な私人間の紛争解決において実質的な役割を担えないとするならば、私人間における憲法の役割は象徴としての＜constitution＞を担えるかということだけになる。日本国憲法は第1条で、国民統合の象徴として、日本国憲法は「天皇」を規定している。戦後憲法学の営為によって、天皇による国民統合作用は無毒化の方向に向けられている。天皇制の国民統合機能が弱められたからといって、憲法学者は国民統合そのものを否認しているわけではない。最近のドイツ憲法学説に着想を得た憲法パトリオティズムの考え方に典型的に見られるように、憲法が持つ価値に注目して、それを統合の象徴とする考え方がある。しかしながら、上述のように憲法の本来の守備範囲は国家権力の拘束であって、市民の統合ではない。国家が守るべき規範を市民の行動規範として内面化しアイデンティティ強化の文脈で憲法を語るとすれば、それはある種の「憲法忠誠」につながるのではないか。そのような前提は宮沢俊義博士が述べた「絶対に乱用できない自由は、自由ではない」¹⁹という戦後憲法学が依拠した自由観と対立する。

さらに重要なことは、憲法が本来的に国家権力の拘束に向けられたもの

19 宮沢俊義・「たたかう民主制」・『法律学における学説』・（有斐閣 1968年）・170頁

である以上、その道具的機能が対私人に対してのリアリティを欠いているということである。道具的機能としてリアリティを欠いているものに象徴的な機能を担わせることは、そこに認められた価値が如何に高尚なものであっても、いや高尚なものであればこそ、危険である。

一方で民法典の道具的機能はといえば、出生から死亡の後まで我々の生活のありとあらゆる場面でリアルに存在する。このような私人間における道具的機能を兼ね備えた民法典であるからこそ、その象徴的機能を具体的にイメージできるのである。計算能力ある市民を前提とした取引社会の営為によって醸成された民法原理を国民統合の象徴に据えることのほうが、実ははるかに近代立憲主義の思想に適うのではないか。

実体のないものへの服従の要請は—「人権」であれ「君が代」であれ、それ自体ナショナリズムの源泉となり、ナショナリズムである以上、そこに強烈なパワーが生み出される可能性を常に宿す可能性を秘めている。立憲主義の最大のメルクマールが権力制限にあるのなら、常に、強大なパワーの萌芽は摘み取らねばならないはずである。憲法にある種の情念を込めるより、憲法を国家権力制約の道具と捉え、そこに不必要な役割の拡張を求めないことの方が、より立憲主義的思考といえまいか。我々のアイデンティティーは、具体的な生活関係の中で育まれるべきで、その意味で国民統合の象徴を法に求めるならば、民法を中心とした私法秩序に求めるべきである。

IV. Valeur constitutionnelle を持つ法規範

民事連帯契約法案について付託された憲法院²⁰の判決に、フランスにおける民法典の位置づけに関して、極めて象徴的な一節がある。憲法院は、形

20 9 novembre 1999 - Décision n° 99-419 DC Loi relative au pacte civil de solidarité Journal officiel du 16 novembre 1999, p. 16962

式的には1789年人権宣言4条の述べるところとしながらも、「他人に損害を与える行為は如何なるものであっても、それがその者の過失によるものであれば、損害を賠償する責任を負わされる」（con.70）というフランスにおける不法行為の一般条項である民法1382条の文言をそのままに引用したのである。どの法典に記載されたかよりも、その内容が、Valeur constitutionnelle（定訳では「憲法的価値」）を有するか否かという、より実質的な観点から、憲法院は適用法規を選択している。このように憲法院が憲法典以外の規定を援用したのはもちろん初めてではない。憲法院は結社の自由について争われた、かの有名な1971年7月16日判決以来、1789年人権宣言や1946年憲法前文など Valeur constitutionnelle を承認できる法規範群を憲法ブロックとして捉えてきた。適用できる法文の範囲を現行の1958年憲法を越えて広げてきた憲法院の判断手法の延長線上に捉えることも可能であるが、極めて重要なことは、民法の規定が、＜constitution＞としての意味をもったということである。民法典はその形式的効力如何にかかわらず、＜constitution＞としての機能をもちうるということである。

石井三記教授による「フランス社会が自分のものと認める諸原理に基礎を置く法的秩序を保障」²¹しているのが民法典であるという指摘がある。石井教授によれば、コード・シヴィルは1798年フランス人権宣言の原理、すなわち「法の下での平等、自由の原則、所有権の不可侵」を書き写し、また「ネガティブなかたちで、すなわち、身分規定や信仰の規定がこのシヴィルな法典に入り込まなかったことで革命の成果」²²を登録したとする。これに照らし日本の民法典の構成はどうか。コアでない部分に入会など前近代

21 16 juillet 1971 - Décision n° 71-45 DC Loi organique complétant l'article 21 de la loi organique du 17 juillet 1970 relative au statut des magistrats Journal officiel du 18 juillet 1971, p. 7114

22 石井三記・「フランス民法典の運命」・石井三記編・『コード・シヴィルの200年 法制史と民法のまなざし』・（創文社 2007年）・14頁

23 石井・前掲書注22・14頁

的な制度があるものの、個人の尊重と両性の本質的平等を解釈基準（2条）としているなど近代人権観を体现した。こうして民法典を中心とする私法秩序は、市民生活上の基本的なルールとともに憲法典が背後にもつ基本思想と同様の思想を兼ね備えていることが分かる。民法を社会生活上の構成原理と見て、全く不足はないといえる。

逆に、憲法に私人の生活上の行為規範を書き込むこと、憲法の価値に依拠して、人々の生活心情、行動に価値序列をつけること、人権論の名において、私人の行動を憲法で縛ること、これらは、憲法に人々を従属させるような憲法の運用である。このような運用は、国家権力を捕捉するための装置として人民が作った装置が憲法であるとするならば、憲法の本来の役割を越えているといわなくてはならない。民法が＜私＞の領域で＜constitution＞としての役割を担える以上、憲法は、本来の主戦場である＜公＞領域のみで機能させるべきである。

第 47・48 合併号 目 次

特集	バラリーガル教育について	
	〔論文〕バラリーガル教育の現状と課題	
	〔調査研究〕バラリーガルについてのアンケート調査結果	
理事長兼学長	小泉 健	所長 道端忠孝 齋田 統 徐 進 萩原佐織

論 文	
執行役員の機関としての責任	道 端 忠 孝 …… (79)
政治哲学解題—幻の高山岩男著作集第8巻—	和 田 寛 伸 …… (99)
契約締結上の過失責任	
—ヨーロッパ契約法原則における規律を契機として—	齋 田 統 …… (139)
『争いのない債権の欧州執行名義に関する欧州議会並びに理事会による (EG) 規則805/2004号』の施行に伴うドイツ国内法の改正作業	
—独民事訴訟法改正作業を中心課題として—	萩 原 佐 織 …… (163)
研究ノート	
革命期におけるフランス人権宣言と植民地政策	
—人権宣言の「脱—構築」史—	瀬田川 昌 裕 …… (219)
政治学の基礎概念(1)—民主主義の概念・歴史・理論—	
	吉 野 篤 …… (241)

第 49 号 目 次

論 文	
刑法の役割と最近の刑法改正	
—法定刑改正を中心として—	清 水 洋 雄 …… (1)
ヨーロッパ契約法原則における不履行法について	
	齋 田 統 …… (27)
イタリア倒産法制の現況と構造	
: 附・2006年イタリア倒産法試訳	萩 原 佐 織 …… (53)
景観計画における住民参加—観光行政のあり方についての一考察—	
	稲 積 重 幸 …… (171)
研究ノート	
政治学の基礎概念(2)	
—国家：ヨーロッパにおける歴史的展開と概念の変容—	
	吉 野 篤 …… (187)

執 筆 者

阿曾村 邦 昭	ノースアジア大学法学部特任教授
川 添 誠	ノースアジア大学法学部准教授
洪 濟 植	ノースアジア大学法学部専任講師
孟 觀 燮	ノースアジア大学法学部専任講師
川 口 誠	ノースアジア大学法学部専任講師
佐 藤 寛 稔	ノースアジア大学法学部専任講師

平成21年 3 月31日印刷
平成21年 3 月31日発行

秋 田 法 学 第 50 号

秋田市下北手桜字守沢46－1

編集兼 ノースアジア大学
発行人 総合研究センター法学研究所

印刷所 秋田市旭北錦町 3 番50号
株式会社 三 戸 印 刷 所
電話 018－823－5351

秋田市下北手桜字守沢46－1
(ノースアジア大学内)

発行所 ノースアジア大学
総合研究センター法学研究所
電話 018－836－4531

AKITA HŌGAKU

LAW REVIEW OF NORTH ASIA UNIVERSITY No. 50 March, 2009

CONTENTS

Articles

- Conflicts and Conflict Resolution*Kuniaki Asomura* ... 1
- A Study on the Legality of Defensive Measures
for Hostile Takeovers and Mergers (1)*Jesik Hong* ... 23

Notes

- Die Entziehung der elektrischen Energie und das Analogieverbot
— Kann Elektrizität oder elektrischer Strom
Gegenstand eines Diebstahles oder einer Unterschlagung sein? —
.....*Makoto Kawazoe* ... 53
- Movement of Amendments to the Civil Code and Enactment of
"Special law for protections of guarantor" in the Republic of Korea
.....*Kwansup Maeng* ... 67
- Vereinbarung über die Zuständigkeit
— Überprüfung (1)*Makoto Kawaguchi* ... 85
- 'Constitution' en les lieux de mémoire*Hirotooshi Sato* ... 95

published by

Institute of Law

North Asia University General Research Center