

早稲田大学 法務研究論叢

第1号（創刊号）

2016年

論 説

- 外国人法クリニックと関連エクスターンシップの
教育実践と課題 宮 川 成 雄 (5)
——早稲田大学の臨床法学教育の一例——
モリス・オーリウ国家論序説 長谷部 恭 男 (41)
民事執行における失権
——過誤配当における抵当権者の不当利得返還請求の可否に関する検討を中心にして—— 松 村 和 徳 (69)
イギリスにおける民事訴訟改革と
医療過誤紛争を中心とした民事訴訟実務への影響 吉 岡 正 豊 (99)

講 演

- 女性差別撤廃条約批准30年
——国際社会に対する日本の約束—— 林 陽 子 (141)
講演録

判例評釈

- 民事手続法最高裁判例研究 民事手続法最高裁判例研究会 (177)
(1) 最判平成26年2月27日民集68巻2号192頁 吉田純平 (178)
(2) 最判平成24年9月4日判時2171号42頁 谷口哲也 (187)

早稲田大学法務教育研究センター
早稲田大学大学院法務研究科

創刊の辞

法科大学院制度が始まって10年以上が経ったこの時期に、早稲田大学法科大学院の紀要である『法務研究論叢』が発刊されることになった。早稲田大学には、すでに、伝統ある法学の紀要として、法学会の『早稲田法学』と比較法研究所の『比較法学』がある。また、早稲田大学法科大学院には、10年間に亘り学生自身が編集するユニークな『Law & Practice』がある。それにもかかわらず、なぜ、この時期にこのような紀要がさらに創刊されるのか。その意義は、どこにあるのか。その理由は、3つある。

第1に、法の「理論と実務の架橋」を目指した法科大学院制度における教育および研究を10年あまり体験して、従来の法学研究にない新たな知見が蓄積されてきたことから、その成果を社会や学生に還元するため、まさに「理論と実務の架橋」に特化した法律雑誌をわが法科大学院で創刊する意義がある、と考えられる。特にわが法科大学院は、全国的にもきわめて優れたスタッフの指導のもとで「挑戦する法曹」の養成・輩出を理念とし実践もしてきたが、その姿勢を研究成果においても内外に示す必要がある。

第2に、そのような研究成果を蓄積して公表し続けることにより、「理論と実務の架橋」の「水脈」をさらに漲るものにし、「滾々と湧き出る法務研究の知の泉」を確立することである。その方向性は、この創刊号でわがスタッフの力作の論文のほか、本研究科を修了した若手裁判官の貴重な論文、さらには判例研究が寄せられていることが示している。今後も、本研究科修了後、法曹として実力を付けた人々が研究面での成果を公表してほしい。

第3に、それと関連して、現在、法務教育研究センターの機能を強化しているが、その一環として法曹リカレント教育も2016年度から開始することになっており、それにより、法務教育研究の「知の拠点」である

「Waseda Lawyers Academy=WLA」を形成したいと考えている。それは、法曹としてのスキルアップのためのリカレント教育にとどまらず、そこで生み出された研究成果を公表することにより、長期的に「底力を有する挑戦する法曹」を養成する支援にもなるであろう。

以上の次第で、全国的に法科大学院制度が苦境下にある今こそ、その苦境を乗り越えるべくこの紀要がここに創刊されることは、実に意義深いことである。そして、このような思いを込めて、拙いながら、私が法務研究科長・法務教育研究センター所長という立場にあることから題字を書くことになった。また、鎌田薫早稲田大学総長（第2代目の本研究科長）のありがたい祝辞も寄せられた。『法務研究論叢』創刊により、本研究科と法科大学院制度がさらに飛躍することを同僚と共に祈念したい。

2016年4月

早稲田大学大学院法務研究科長・法務教育研究センター所長

甲斐克則

世界に向けた「挑戦する法曹」の発信を

——創刊の祝辞——

早稲田大学総長 鎌 田 薫

早稲田大学は、その創立以来、「進取の精神」を体現した幾多の先人たちの挑戦によって、様々な課題に敢然と立ち向かい、変革への道筋を切り拓いてきました。そして現在、世界に貢献する“Waseda”の実現を目指して、世界への展開と発信の努力を重ねています。

このような中であって、本学の大学院法務研究科（法科大学院）と法務教育研究センターもまた、2004年の設立から今日に至るまで、新たな時代を切り拓く「挑戦する法曹」の養成に力を注いできました。私は、法科大学院創立以来、教員として、また2005年から2010年までは研究科長として、あるいはその後は早稲田大学総長として、その一端を担ってきましたが、そこで結実した重層的な国際化対応プログラム、女性法曹輩出促進プロジェクト、「挑戦する法曹」育成・特別コース等の取組みが「法科大学院公的支援見直し強化・加算プログラム」における2年連続全国トップの評価などの大きな成果となって現れていることを、たいへん嬉しく感じています。そして、こうした教育・研究の成果を発信するために『早稲田大学法務研究論叢』を創刊することは、司法制度改革の理念を推進することにもつながるといえます。

司法制度改革は、21世紀の日本社会において司法が期待される役割を十分に果たすための人的基盤を確立することなどを目的として進められてきました。そのための新たな法曹養成制度の中核を成すのが法科大学院制度です。全国の法科大学院は、法学教育・司法試験・司法修習を有機的に連携させた「プロセス」としての法曹養成を実現し、法律学と法実務におけ

る「理論と実務の架橋」を図るという社会的使命を果たすべく、様々な取り組みを進めてきていますが、『早稲田大学法務研究論叢』は、このような全国の取り組みを牽引する成果の発信として、大きな役割を果たすことが期待されます。

『早稲田大学法務研究論叢』が「挑戦する法曹」の養成のための研究成果を全国に、ひいては世界に発信することを通じて司法制度改革に寄与することを祈念して、創刊の祝辞と致します。

外国人法クリニックと 関連エクスターンシップの教育実践と課題 ——早稲田大学の臨床法学教育の一例——

宮 川 成 雄

はじめに

- I 外国人法クリニック設置の経緯と目的
- II 外国人法クリニックの教育実践
- III 外国人法クリニックの教育方法論の特色
- IV 外国人法関連エクスターンシップの実践
- V 外国人法クリニックおよび関連エクスターンシップの
教育効果の検証と課題

むすび

はじめに

早稲田大学大学院法務研究科の臨床法学教育科目の1つである外国人法クリニックが実施されて、2015年度で10年となった。日本の臨床法学教育は、2004年4月に法科大学院制度がスタートしたときと同時に本格的に開始された。アメリカのハーバード・ロースクールで、クリストファー・ラングデル（Christopher Langdell）が1870年にケースメソッドを開始してからおよそ150年が経過し、フォード財団の資金援助の下に1968年にウィリアム・ピンカス（William Pincus）が中心となってCLEPR（Council of Legal Education for Professional Responsibility）を設立して、アメリカの主要なロースクールで臨床法学教育が推進されるようになってから約50年が経過し

た⁽¹⁾。日本の法学教育の方法論も徐々にではあるが改革が進行しているが、臨床法学教育の取り組みは遅すぎたともいえる⁽²⁾。

早稲田大学の法学系教員は、法理論教育だけではなく法実務教育の導入部分も期待される法科大学院を2004年に開設する準備として、理論と実務を架橋する重要な教育方法論である臨床法学教育のプログラムの開発に意欲的に取り組んできた⁽³⁾。本稿は、早稲田大学大学院法務研究科で現在設置されている8つのリーガルクリニック科目⁽⁴⁾の1つである「臨床法学

-
- (1) アメリカの法学教育方法論は、第1段階として法理論の講義による教授、第2段階として判決を分析して法理論を検討するケースメソッド、第3段階として現実の紛争解決力を養成する臨床法学教育へと発展してきた。アメリカの臨床法学教育の発展経緯については、see Margaret M. Barry, Jon C. Dubin, & Peter A. Joy, *Clinical Education for This Millennium: The Third Wave*, 7 CLINICAL L. REV 1 (2000). この論文の邦訳は、道あゆみ・大坂恵里訳「ミレニアムの臨床教育：第3の波」日本弁護士連合会司法改革調査室・同会法曹養成対策室編『ロースクール臨床教育の100年史』1頁以下(現代人文社, 2005年)所収。
- (2) 日本型の臨床法学教育がどのような発展経緯をたどり、どのような課題を抱えるかについては、次の文献を参照いただきたい。宮川成雄「日本型臨床法学教育の形成と展望」早稲田法学85巻3号1137頁(2010年), Shigeo Miyagawa, Takao Suami, Peter A. Joy, & Charles D. Weisselberg, *Japan's New Clinical Programs: A Study of Light and Shadow*, in THE GLOBAL CLINICAL MOVEMENT 105 (Frank S. Bloch, ed. 2011), Peter A. Joy, Shigeo Miyagawa, Takao Suami, & Charles D. Weisselberg, *Building Clinical Legal Education Programs in a Country Without a Tradition of Graduate Professional Legal Education: Japan Educational Reforms as a Case Study*, 13 CLINICAL L. REV 417 (2006). また、早稲田大学大学院法務研究科の臨床教育プログラムについては、その萌芽段階でアメリカ・ロースクール協会の臨床法学部門年次大会(2005年4月30日、於シカゴ)で報告する機会を得た。Developments and Challenges of Clinical Legal Education in Japan: Collaboration of Academics and Practitioners, 25 Waseda Bull. of Comp. L. 19 (2005).
- (3) 早稲田大学は、2004年4月の法科大学院設置に先立って、法科大学院における実務教育プログラムを検討するために、早稲田大学臨床法学教育研究所を2002年4月に設置した。2016年1月現在、早稲田大学法学系専任教員34名が研究所員として所属し、退職教員1名を顧問に委嘱し、44名の学外からの研究者・実務家を招聘研究員として迎え、研究活動を行っている。http://www.kikou.waseda.ac.jp/WSD322_open.php?KikoId=01&KenkyujoId=6S&kbn=0
- (4) 早稲田大学大学院法務研究科には、2015年度において、8つの法分野におい

教育（外国人）」、および外国人法関連の法律事務所や人権団体に学生を派遣するエクステンシブ科目について、その当初から現在までの教育実践を振り返り、今後の課題を検討しようとするものである。

本稿は、次の部分で構成されている。すなわち、「Ⅰ 外国人法クリニック設置の経緯と目的」、「Ⅱ 外国人法クリニックの教育実践」、「Ⅲ 外国人法クリニックの教育方法論の特色」、「Ⅳ 外国人法関連エクステンシブの実践」、および「Ⅴ 外国人法クリニックおよび関連エクステンシブの教育効果の検証と課題」である。

Ⅰ 外国人法クリニック設置の経緯と目的

早稲田大学の臨床法学教育への取り組みが本格化したのは、2002年8月に実施されたアメリカおよびカナダのロースクールへの臨床法学教育に関する視察団の派遣である。この視察団には8名の早稲田大学法学部教授が参加し、2つのルートに分かれて、ハーバード大学、イエール大学、ニューヨーク大学、ジョージタウン大学、カリフォルニア大学バークレー校、ニューメキシコ大学という6校のアメリカのロースクール、およびカナダのヨーク大学オズグッドホール・ロースクールを視察した⁽⁵⁾。

これらのロースクールの視察で明らかになったことは、アメリカおよびカナダの臨床法学教育の特徴は、単にロースクールの学生教育を目的としているだけでなく、ロースクールの設置された地域社会で、自らの資力ではリーガルサービスを受けられない低所得者層にこれを提供するという社会貢献を目的としていることである⁽⁶⁾。アメリカのロースクールでは多種

て「臨床法学教育」科目を設置している。すなわち、「民事」、「刑事」、「行政」、「家事ジェンダー」、「労働」、「障害法」、「商事」、および「外国人」である。本稿で「外国人法クリニック」と呼ぶのは、正規名称では「臨床法学教育（外国人）」のことである。

(5) これら7校のロースクールの臨床法学教育の視察記録は、宮川成雄編著『法科大学院と臨床法学教育』（成文堂、2003年）第Ⅰ部に所収されている。

多様な臨床法学教育科目が設置されているが⁽⁷⁾、そのなかでも、各ロースクールに共通して設置されている最も普及したリーガルクリニック科目の一つは、移民難民法の分野でのリーガルクリニックである。

移民法（出入国管理法）の分野は、移民社会であるアメリカでは、行政法の重要な展開領域の一つであり、また、年間約5万人の難民を受け入れているアメリカでは、憲法行政法と国際法が交錯する理論的関心の高い領域でもある。それに加えて、新たにアメリカに到着した移民難民は、社会的底辺層を構成することが多く、ロースクールのリーガルクリニックが提供する廉価でかつ質の高いリーガルサービスを必要とする人々である。その意味で、移民難民法のリーガルクリニックは、学生教育および社会貢献という2つの目的をもって行われているアメリカの臨床法学教育の典型的な実施形態を示しているといえる。

早稲田大学に法科大学院を設置するにあたり、どのようなリーガルクリニック科目を設置するべきかの議論がなされているときに、筆者が主体的にリーガルクリニック科目に関わるとすれば、アメリカ法の研究者として移民難民法の分野にも関心を持つがゆえに、日本での外国人の人権保障に関わる分野で臨床法学教育科目を、早稲田大学で提供することを提案するに至った。

したがって、このような外国人法クリニックの設置の経緯から、このクリニック科目の目的は、法科大学院学生の教育ならびに外国人の人権保障という社会貢献にある。それに加えて、このクリニック科目を実施する中で、もう一つの目的が明確となる。それは、クリニック科目の実施を通し

(6) アメリカの臨床法学教育の目的が、学生教育と並んで低所得者層への法律扶助という二重の目的をもって展開されてきたことは、夙に指摘されているところである。宮澤節生「臨床法学教育と法律扶助」法律扶助協会編『日本の法律扶助—五十年の歴史と課題—』297頁（法律扶助協会、2002年）参照。

(7) アメリカのロースクールの中で最も古いリーガルクリニックを擁すると公称するハーバード・ロースクールは、現在18種類のイン・ハウスのリーガルクリニック科目を提供している。<http://hls.harvard.edu/dept/clinical/clinics/in-house-clinics/>

て学生教育と社会貢献を行う中で、それを大学という学術環境において取り組む当然の帰結として、実務の改善改革と理論の発展を目的とすることである。

Ⅱ 外国人法クリニックの教育実践

1 外国人法クリニックのカリキュラム上の位置付け

早稲田大学大学院法務研究科が提供する「臨床法学教育（外国人）」科目である外国人法クリニックは、2006年度秋学期から正式科目として実施されている。当初は、3年次の学生から履修できる科目として設置された科目であったが、2007年度からは、2年次の学生も秋学期から履修できる科目として設置対象学年を変更した。その理由は、早稲田大学大学院法務研究科の臨床法学教育科目全てにつき、設置対象学年を2年次の秋学期の学生としたことによる統一性の確保からである。臨床法学教育科目全てにつき、設置対象学年を2年次の秋学期の学生とした理由は、クリニック科目は学生にとってその履修に必要とされる学習時間の負担が大きいと感じられ、3年次生が司法試験の受験勉強の時間を確保するために、クリニック科目の履修を敬遠すると考えられたからである。3年次学生にとっての学習時間の負担感の重さを解消するために、各クリニック科目ともに、学生に学習時間の記録（タイム・シート）を取らせ、文部科学省が2単位科目の学習時間の基準とする90時間（毎週の授業時間2時間に対し予習を2時間と復習を2時間行い、これを15週実施。）を学習時間の目処とすることを、教員および学生に徹底した。

外国人法クリニックの場合、これとカリキュラム上関連付けたワークショップ科目「外国人と法」が、3年次の春学期に提供されており、ワークショップ科目をクリニック科目の前に履修することにより、学生は外国人法の分野における理論的枠組みと法知識を修得してから外国人法クリニックを履修するというカリキュラム上の位置付けを設定していた。外国人法

クリニックを2年次の秋学期から履修することが可能になって、履修対象学生が2年次と3年次となり、学生数が若干増加したといえる。しかし、特に2年次の学生が外国人法クリニックを履修している場合は、クリニックの授業実施の上で、外国人法を法理論上の枠組みの中で明確に位置づけること（例えば、憲法、行政法、および国際法がどのように外国人法の理論的課題と結びつくのかを理解させること）、および外国人法の基本的な制度についての知識（例えば、退去強制手続と難民認定手続の関係の理解）を、学生にしっかりと把握させることに留意することが重要になったといえる。

2 教育実践

（1）科目実施形態

外国人法クリニックは、2006年度秋学期から正規科目として実施して以来、時間割では秋学期の木曜2限に設置されている。したがって、木曜2限（10:40～12:10）に、早稲田大学早稲田キャンパス内に設置されている弁護士法人早稲田大学リーガル・クリニック事務所において教員2名（弁護士である実務家教員（渡邊彰悟・法務研究科客員教授）および研究者教員（法務研究科教授＝筆者））が、登録学生に授業を実施することを定形とする。

この毎週1回の授業では、学生に対する外国人法の分野の知識の教授だけでなく、相談者・依頼者からの聞き取り面接、各種書面の作成等を行っている。したがって、学内のクリニック事務所で実施されるだけではなく、登録学生と相談の上、学外において別の時間帯で、実務家教員が所属する法律事務所、東京地方裁判所、法務省入国管理局東京入国管理局事務所、霞が関の弁護士会館、依頼者の勤務地等、さまざまな場所で実施される。学外で実施する場合も、止むを得ない事情がない限り、実務家教員と研究者教員の両名が出席の上、学生への教育効果、安全等への配慮を十分に行っている。また当然のことながら、相談者・依頼者からは学生が関与することに全て同意を得ている。過去10年、守秘義務の遵守も含め何らかの問題が懸念される例は1件も生じていない。

(2) 各年度の取り扱い事案・事件

外国人法クリニックの授業で取り扱う案件は、出入国管理及び難民認定法に関わるものを中心にしている。具体的には、超過滞在外国人およびその子で日本生れの外国人児童の特別在留許可に関わる事例、東南アジアやアフリカ諸国からの難民認定申請者に関わる事例等である。

外国人法クリニックで取り扱う案件は、弁護士である実務家教員が受任した案件を学生教育のために提供するという形を基本的にとっている。これらの案件は、個人弁護士が受任する案件であるが、長期の超過滞在者やその家族の在留の保障や、難民認定の基準等を争点とするものが多く、出入国管理及び難民認定法の制度運用を検討する上で重要なものが多いという意味において、外国人法クリニックで扱う案件は公益性の高い案件であるといえる。

【2006年春学期試行プログラム】⁽⁸⁾

正規科目として外国人法クリニックを実施するために、その教育効果を確実にするため2006年度から2008年度まで、それぞれ春学期に正規科目とほぼ同じ科目実施形態で、試行プログラムを実施した。2006年度春学期に試行プログラムに参加した学生は6名（男性3名・女性3名）であった。

この学期に学生が案件処理に関わったものは、主要なもので3つあった。第1は、ミャンマー出身者で、難民条約が定める難民の定義⁽⁹⁾との

(8) 外国人法クリニックの試行プログラムと呼ぶものは、早稲田大学大学院法務研究科の正規科目の実施の準備として、早稲田大学臨床法学教育研究所が法務研究科との連携の下に、法務研究科学生の任意の参加を求めて提供したプログラムである。外国人法クリニックの試行プログラムは、2006年春学期、2007年春学期、および2008年春学期の合計3回にわたって実施した。このプログラムの履修によって学生は単位を取得することはないが、それ以外の点では、正規の「臨床法学教育」科目の履修内容と同等のものであり、担当教員は前記の2名である。また教材として用いられる事案・事件も現実の案件であり、正規の「臨床法学教育」科目と比べて何ら遜色のあるものではない。

(9) 難民の定義は、1951年難民の地位に関する条約第1条A項に規定される。その定義に該当する条約難民とは、まず第1の定義要素として、「人種、宗教、国籍若しくは特定の社会的集団の構成員であること又は政治的意見」という5

関連では、「特定の社会的集団の構成員であること」を理由とする迫害から逃れてきた者の難民認定申請であった。学生の実務作業としては、難民認定申請者から申請の理由に関わる事情を聞き取る面接をすること、申請者の出身国における人権侵害状況についての情報を集めること、法務省入国管理局に提出する難民認定申請に添付する意見書を起案することである。これらの作業の特徴としては、ビルマ語の通訳を介した聞き取りであったこと、出身国情報についてはインターネットを利用した情報収集であり、また主として英語文献からの情報取得であるので、それを翻訳する作業が必要であることである。難民認定申請に添付する意見書の作成については、弁護士である実務家教員から文書作成の指導を受け、また受講学生の全体会で学生相互に文書を批判検討する作業を行った。

この案件の法理論学習上の重要点は、条約上の難民の定義について、「特定の社会的集団の構成員であること」がどのような迫害理由であるかを解釈することである。迫害理由としての「特定の社会的集団の構成員であること」は、他の4つの迫害理由である「人種」、「宗教」、「国籍」、および「政治的意見」とは異なり包括的な概念であるが、これら4つの迫害理由と共通する重要な保護価値を持つものとして解釈されねばならない⁽¹⁰⁾。受講学生には、多義的な不確定概念について、法律（ここでは条

つの迫害を受ける理由のいずれかに該当する者であること、第2に「国籍国の外にいる者」であって、第3に「国籍国の保護を受けることができない者」であるである。

日本は、1951年難民の地位に関する条約、および1967年難民の地位に関する議定書の双方に、1981年に加入しているが、出入国管理及び難民認定法などの国内法には、難民の定義を定める法律はない。1951年難民条約上の難民の定義には、それに該当する者は、1951年1月1日前に生じた事件の結果として迫害の対象となった者という時間的制約が付されているが、1967年難民議定書はこの時間的制約を排除した上で難民条約の難民の定義を採択している。したがって、1951年難民条約および1967年難民議定書に加入している日本にとっての難民の定義は、時間的制限の無いものである。

- (10) 条約難民の定義における「特定の社会的集団の構成員」の規定について、ジェームス・C・ハサウェイ（平野裕二・鈴木雅子訳）『難民の地位に関する法』

約)の趣旨と目的に沿って解釈することの学習となる。

第2の案件は、西アジア出身者で、既に日本政府による難民認定を受けている者の帰化申請であった。この案件についても、学生の実務作業は、申請者から申請に必要な情報の聞き取りの面接である。申請者は難民認定を受けているが、出身国での多数派の宗教からキリスト教に改宗し、日本では同国人コミュニティでの生活の困難性から日本国籍を取得する帰化を求めるに至ったという事案あった。学生の実務作業は、帰化申請手続を調べ、提出が必要となる資料を依頼者に説明し、それらを依頼者に準備してもらうようにすることと、依頼者が帰化を希望するに至った理由を中心として、帰化が迅速に許可されるべきことを主張する意見書の起案であった。

この事案での法理論上の検討課題は、難民条約上の締約国の義務として、受け入れた難民の帰化については、要件を緩和すべきことが同条約第34条で要求されているにもかかわらず、日本の国籍法にはそのような趣旨の規定がないことである。日本は難民条約に加入する際に、難民認定手続や社会保障関係の法律について広範な法律改正を行った。しかし、難民についての帰化要件の緩和については、見落とされていたのか、難民条約加入に際して全く法改正が行われなかった。この立法の欠缺をもって日本政府による帰化について何ら変わりなく従来と同様の帰化要件を適用するのか、それとも国籍法の改正がなくとも、難民に対する帰化要件の緩和が可能であるのかを論点として学生とともに検討した。

この論点については、日本は条約の国内的効力について一般受容理論の立場を採用しており、日本国憲法第98条第2項により「日本国が締結した条約は…誠実に遵守する」ことが要請されている。したがって、難民条約第34条の「締約国は、難民の…帰化をできる限り容易なものとする」という規定に従い、例えば一般帰化の要件とされている居住年数を緩和するこ

185-191頁(現代人文社, 2008年)参照。JAMES C. HATHAWAY & MICHELLE FOSTER, THE LAW OF REFUGEE STATUS 423-36 (2d ed. 2014)。

とや、帰化の許可にあたっての法務大臣の裁量権行使につき、一般の帰化申請の事案で確立した裁量権行使の基準を緩和することも可能である旨を主張すべきことを議論した。

第3の案件は、ミャンマー国籍の夫と韓国籍の妻の日本への帰化申請の事案であった。学生の実務作業は、同夫婦から帰化を申請する理由について聞き取りの面接を行うこと、および帰化申請に添付して法務省に提出する意見書の起案であった。

【2006年秋学期正規科目】

この学期に実施された外国人法クリニックが、法務研究科の正規科目としての「臨床法学教育(外国人)」の最初の実施であった。この科目に登録した学生は2名であり、両名ともに女性であった。うち1名は同年春学期に実施された試行プログラムの参加者であり、もう1名は試行プログラムの参加者ではなかったが、国連難民高等弁務官事務所駐日事務所に正規職員として勤務経験を持つ者であった。

この学期に学生が案件処理に関わった主要なものは2つあった。

第1は、超過滞在者であるフィリピン人たる父親と同居する日本生れの子の特別在留許可を求める案件であった。フィリピン人の母親は、この科目実施時期においては失踪して所在不明であった。この案件は、既に退去強制命令が出されており、退去強制手続における特別在留許可の判断も否定された段階であったが、子の日本在留の必要性が高いとの判断から、退去強制処分取消訴訟の提起の前段階で、正規の法制度にはない方策であるが、法務大臣に特別在留許可をさらに求めるいわゆる再審情願を行う段階であった。学生の関わった実務作業は、申請者の事情を聞き取る面接の実施、およびそれを取りまとめて情願申請に添付する意見書の起案を行うことであった。

この案件の理論的な検討課題は、退去強制事由が認定された外国人に法務大臣の裁量行為である特別在留許可を与えるかについて、入国管理局が公開している裁量権行使の諸基準をどのような性質を持つものとするか

である。すなわち、その基準が満たされていれば必要的に特別在留許可が与えられるべき羈束裁量の基準と理解するのか、基準が満たされていてもなお特別在留許可が与えられることが要請されるわけではない自由裁量の一つの判断要素にすぎないと理解するかである。また、この事案については、次のような検討課題がある。すなわち、長期間にわたる超過滞在は、「不法」滞在として裁量権行使に際して否定的に考慮されるべき要素なのか、逆に、日本社会で勤勉に就労してきたことが「黙認」されてきたことで「貢献」の意味から、肯定的に考慮されるべき要素なのかという論点、超過滞在者の子であって日本生れの外国籍の未成年者を、超過滞在者が日本で養育することは、自由権規約第23条の「家族の保護」の規定により保護されるのかという論点、また、父のみが退去強制命令の対象とされ、その子が退去強制命令の対象外とされた場合、児童の権利条約第9条の「父母からの不分離」⁽¹¹⁾の規定はどのようにして保障されるべきなのか、さらには昭和53年10月4日に最高裁により判示された外国人の人権保障の重要判例であるマクリーン判決がいう外国人の人権保障は「在留制度のわく内」に限られるゆえに、児童の権利条約が保障する人権の保障は非正規在留外国人の子には及ばないのかという論点である。これらの論点についても学生と検討した。

第2の案件は、ミャンマー出身者の難民認定申請の案件であった。学生が関与した実務作業は、難民認定申請者からの申請理由の聞き取り面接を中心とするものであった。また、この案件は、不認定の1次決定が出されていた案件で、異議申立手続における難民審査参与員による審尋の段階に入っていた。外国人クリニックを担当する実務家教員が本件の代理人弁護士として選任されていたので、審尋を担当する難民審査参与員との折衝の結果、外国人法クリニックの2名の登録学生による審尋手続（異議申立人

(11) 日本は、児童の権利条約第9条については留保している。なお、非正規滞在者と児童の権利条約の論点については、宮川成雄「子どもの権利条約と非正規在留の外国人の子ども」ジュリスコンサルタス21号189頁（2012年）参照。

の口頭意見陳述の部分のみ）への同席が認められた。

【2007年春学期試行プログラム】

2007年度春学期にも、単位取得を伴わない試行プログラムとして外国人法クリニックを実施した。参加学生は当初5名（男性1名と女性4名）であったが、男性1名が正規登録科目の勉学に集中したいとの理由で、途中から参加を辞退したので、実質的には今学期は4名の学生の参加であった。

この学期に扱った主な案件は1件であった。事案の概要は、超過滞在者である両親が異なった国籍の外国人であり、日本で生まれた子と両親が超過滞在者として退去強制処分の対象となっている事案であった。外国人法クリニックの学生が関わったのは、出入国管理及び難民認定法上の異議申立手続の完了後、東京地方裁判所への退去強制処分取消の訴えの準備段階であった。学生が行った実務への関与は、依頼者への事情の聞き取り面接、地方裁判所へ提出する訴状の起案等であった。

この案件で特に検討した理論上の課題は、長期超過滞在者の超過滞在の事実、法務大臣の裁量行為である在留特別許可の考慮において、否定的要素とすべきか肯定的要素として評価すべきかという論点、本件で行政処分の比例原則遵守はどのように判断できるかという論点、超過滞在者に生まれた子を在留資格がないというだけで、日本で生れこれまで日本での義務教育を受けてきた子を、居住したこともなくその言語を理解することのできない国籍国に強制送還することが、子の最善の利益といえるかという点である。この点については、自由権規約第23条の「家族の保護」や、児童の権利条約第3条第1項の「児童の最善の利益」の保護を訴状の中に組込むこと、また、法律論だけではなく、発達心理学者からの鑑定を得て、「児童の最善の利益」を考慮すること等について、学生と検討した。

【2007年秋学期正規科目】

この学期の外国人法クリニックの正規登録者は8名で、全員が女性であった。その内4名は、先の春学期に実施した試行プログラムの参加者であった。

今学期に学生が法実務に関わった主要な案件は2件であった。第1は、ミャンマー出身者の難民認定申請に添付する意見書の作成であった。第2は、エチオピア出身者の難民認定申請に添付する意見書の作成であった。いずれの事案も、政治的意見を理由とする難民認定の申請であった。8人の登録学生が4人ずつの2班に分かれ、それぞれの案件を担当した。学生は、通訳を介して、難民申請者から申請の理由について聞き取り面接を行った。また、ミャンマーとエチオピアの人権保障状況について、インターネット上のデータベースや、出版されている文献情報を調査し、難民条約上の難民の定義に該当するかの検討を行った。これらの情報を基に、それぞれの班が、意見書を起案し、教員とともに内容を検討した。

これら2つの案件で共通して取り上げた理論上の課題は、申請者の反政府活動が、どれだけ難民条約上の「迫害を受ける十分に理由のある恐怖」を構成するものとして評価することができるのか、また法務省入国管理局が難民認定に際して常に要求する個別把握の要件（申請者が出身国政府に迫害対象として個別に把握されていること）について、どのように立証を尽くすことができるか、またそのような個別把握の要件を満たすことを難民条約が要求しているのかを検討した。

また、NPO 法人在日外国人教育生活相談センター「信愛塾」理事から、「外国人の子どもたちとの関わりの中から考える」をテーマに話をしてもらい、外国人の在留における子どもの人権保障について意見交換する機会を持った。

【2008年春学期試行プログラム】

この学期も、試行プログラムとして単位取得を伴わない形で外国人法クリニックを実施した。参加学生は当初4名（男性2名：女性2名）であったが、途中から、1名が正規登録科目の学修の多忙を理由として参加を辞退した。

この学期に学生が実務に関わった案件は、2件であった。2件ともに、ミャンマー出身者による難民認定申請であった。第1の案件は、すでに難

民認定を受けている者の弟による難民認定の申請であった。兄の難民認定は、難民不認定処分取消訴訟で勝訴した後の難民認定であり、当該事件の判決文を検討し、弟の難民認定のための資料を準備する作業を行った。難民条約上の迫害理由は、申請者が多数民族であるビルマ族と異なる宗教を信仰する少数民族に属することであった。学生は、通訳を介して、難民認定申請者から申請の理由について、聞き取りの面接を行った。

第2の案件も、ミャンマーの少数民族に属する者からの難民認定申請の案件であった。申請者は、ミャンマーから直接に日本に到着したのではなく、タイおよびスリランカを経由して日本に到着した案件であった。学生が関わった実務作業は、申請者から日本への入国経緯と申請理由に関する事情を聞き取る面接を行った。それらの情報を基に難民認定申請に添付する意見書の起案を行った。

【2008年秋学期正規科目】

この学期の正規登録学生はいなかった。この年以降、春学期の試行プログラムは実施せず、秋学期の正規科目だけを実施することとした。

【2009年秋学期正規科目】

この学期の正規登録学生は11人（男性5：女性6）であった。男女の比も考慮して、A班・B班の2班に分けて実務作業への取り組みを行った。

両班共に今学期に取り組んだ案件は、ミャンマー出身者の難民不認定処分の取消訴訟の事件であった。両事件の原告は、ミャンマーでそれぞれ異なった少数民族に属することを理由とする迫害が、難民認定申請の理由であった。A班の事件の方が訴訟の段階が進んでいたため、この原告のミャンマーでの迫害状況等についての資料はかなり既に収集されていた。しかし、それでもなお、難民条約上の難民該当性を立証するために補充・補強すべき点は残されていたので、原告から出身国での人権侵害の状況について聞き取り面接を行った。これらの情報を基に、最終準備書面の起案を行った。

B班の事件は取消訴訟の初期の段階で、難民該当性を主張する情報と資

料が不十分であるところが多かったので、依頼者から出身国での人権侵害状況についての聞き取り面接を行った。それら情報や資料に基づき本人からの陳述書の起案、法廷での尋問の準備として尋問事項書の作成を行った。

また、A 班と B 班が合同で取り組んだ案件がもう 1 つあった。それは、ウガンダ出身の同性愛者の難民認定申請の案件であった。この案件は、申請者が入国管理局で難民調査官から申請理由について聞き取り面接を受ける前の段階であったので、その面接のために準備する資料の収集整理、および難民該当性に関する意見書の起案等を行った。

なお、今学期12月12日および13日に早稲田大学臨床法学教育研究所が、カリフォルニア大学バークレー校ロースクールと共催したロースクール教育に関するシンポジウムがあったので、外国人クリニック履修学生が、日本での具体的なクリニック教育を紹介する意味で、今学期のクリニック活動の内容について報告を行った⁽¹²⁾。

【2010年秋学期正規科目】⁽¹³⁾

この学期の正規登録学生は、1 名（女性）であった。

今学期に主に取り組んだ案件は、既に日本で難民認定を受けているイラン人が、イラン国籍であることを理由に日本の国立大学で放射線関係の分野で研究生として受け入れられることを拒否された事例であった。学生が関わった実務作業は、受け入れを内諾した大学教員へのインタビュー、イラン人依頼者への聞き取り面接、大量破壊兵器等の開発への転用が懸念される研究についての法律規制の調査、当該大学への処分撤回の申入れ書の起案、および、オランダで発生した類似の事件についてオランダの司法裁判所の判決の検討等であった。

(12) このシンポジウムでの学生報告の内容については、『2009年度クリニック報告書』156頁（早稲田大学大学院法務研究科・臨床法学教育研究所・弁護士法人早稲田大学リーガル・クリニック、2010年）参照。

(13) 『2010年度クリニック報告書』147頁（早稲田大学大学院法務研究科、弁護士法人早稲田大学リーガル・クリニック、2011年）参照。

この事案での理論的課題として検討した論点は、次のようなものであった。大量破壊兵器等の開発への転用が懸念される研究について、外国為替及び外国貿易法に基づき経済産業省等によってなされている国の行政指導に対応して大学が行っている外国人留学生・研究員の受け入れ等への大学内部での事前承認制度の中で、当該大学がイラン人研究者にとった措置が、憲法第14条の法の平等保護に違反する国籍による差別に該当するのかどうか、当該イラン人研究者が法務大臣による難民認定を受けていたことは、当該大学の措置に何らかの法的意義を持つのか、当該大学の研究者受け入れ不許可処分につき、裁判所に取消訴訟を提起するとすれば、行政事件訴訟法上の訴訟形式はいずれの訴訟形式を用いるべきか等であった。

本事案では、依頼人が途中で、外国人法クリニックの実務家教員である弁護士を代理人として解任するに至った⁽¹⁴⁾。したがって、本クリニックの活動として学生が起案した当該大学への申し入れ書は、現実には提出されることはなかった。しかし、およそ1年後に、別の弁護士を訴訟代理人として訴訟が提起され、2011年12月19日に東京地方裁判所が当該大学の処分を無効とする判決を下した⁽¹⁵⁾。

【2011年秋学期正規科目】⁽¹⁶⁾

この学期の正規登録者は、7名（男性1名、女性6名）であった。7名の学生を、4名の班と3名の班に分けて、それぞれの班に担当案件1件を割

(14) 解任の理由は不詳であるが、法科大学院学生が本件の実務に関わっていることが理由となっていたのではない。むしろ、依頼者本人がこの問題にどのような解決方法をとるかについて逡巡があったものと推測される。

(15) 「イラン国籍理由 入学拒否は違憲」朝日新聞2011年12月20日朝刊。なお、この判決について、次の判例評釈がある。齊藤芳浩「イラン国籍を理由とする入学拒否事件（平成23.12.19東京地判）」『判例セレクト2012（1）（月刊法学教室389別冊付録）』4頁（2013年）、長谷川俊明「イラン国籍を理由とする入学不許可決定が不合理な差別にあたり無効とされた事例（平成23.12.19東京地判）」国際商事法務41巻2号178頁（2013年）。

(16) 『2011年度クリニック報告書』108頁（早稲田大学大学院法務研究科、弁護士法人早稲田大学リーガル・クリニック、2012年）参照。

り当てた。

この学期に学生が実務に関わった主要な案件は、2件ともに退去強制手続に関する外国人の案件であった。両案件は退去強制処分取消訴訟が東京地方裁判所に係属中であった。また、両事件は、退去強制手続において依頼者が口頭審理を放棄した事件であり、その放棄が本人の真正の意思によるものなのか、手続についての理解不足または誤解によるものであったのが争点であった。学生の主要な実務への関与は、通訳を介した依頼者への聞き取り面接、入国管理局職員に対する法廷における証人尋問について、尋問項目書の起案、早稲田大学の法廷教室を用いた証人尋問のシミュレーションの実施、裁判所に提出する最終準備書面の起案等であった。

両事件ともに理論的な課題として検討した論点は、行政手続における手続の性質についての行政機関による説明不足または誤導によって生じた被処分者の誤解が、行政処分が取り消されるべき程度の違法性を構成するのか、また、憲法第31条の法定手続の保障は行政手続の場合、どの範囲の手続にまで及ぶと考えるべきか等であった。

また、学生が継続的に実務に関わった案件ではなかったが、外国人依頼者が出身国での兵役忌避を理由とする難民認定申請を行っている案件について、学生が申請者本人に対する聞き取り面接を1度実施した。この案件に関して、教員から難民条約における難民該当性について、条約難民の定義について解説を行い、兵役忌避者は条約難民の迫害理由のいずれに該当しうることについて検討した。

【2012年秋学期正規科目】⁽¹⁷⁾

この学期の正規登録学生は4名（男性2名、女性2名）であった。正規学生に加えて韓国の司法修習生で、早稲田大学大学院法務研究科が外国人研究員として受け入れた男性1名を外国人法クリニックへの聴講生として参加を認めた。なお、この韓国の司法修習生については、韓国の司法研修

(17) 『2012年度クリニック報告書』120頁（早稲田大学大学院法務研究科，弁護士法人早稲田大学リーガル・クリニック，2013年）参照。

院長から実務修習委託書が提出され、受託教員として本稿の筆者が、同司法修習生の外国人法クリニックでの活動報告も含めて、報告書を同司法研修院長宛に学期末に提出した⁽¹⁸⁾。

この学期の学生の実務活動は、C班とD班の2班で実施した。両班ともに、難民認定申請の案件についての実務作業であった。C班が担当したのはミャンマー出身者の案件であり、D班が担当したのはコンゴ出身者の案件であった。C班の担当した案件では難民認定申請者の申請理由を補強するために、申請者の家族が在留する海外の都市と東京の法律事務所との間で、スカイプを利用して当該家族から申請者本人に関わるミャンマーでの人権侵害状況について、ビルマ語の通訳を介して聞き取りを行った。また、D班の案件では、フランス語の通訳を介して、申請者に対して出身国での人権侵害状況についての聞き取り面接を行ったほか、インターネットのデータベースを利用して、申請者の出身国での人権侵害状況についての調査を行った。C班およびD班ともに、授業の最終成果物としては、それぞれの難民認定申請に添付する意見書を作成した。

これら2つの案件に共通した理論的課題として、難民条約上の難民の定義に該当するためには、どれだけの蓋然性をもって迫害のおそれを立証しなければならないのか、また、日本の法務省入国管理局が難民認定について必要であると主張する「個別把握」はどの程度までの蓋然性をもって証明しなければならないのか等であった。

(18) この韓国の司法修習生が外国人法クリニックに参加するにあたって、他の日本人学生と同様に守秘義務誓約書を提出したことは言うまでもない。彼の日本語能力は極めて高く、日本語の運用能力の点で、日本語を母語とする者と比べても、ほとんど遜色はなかった。例えば、外国人法クリニックの活動への参加だけでなく、同司法修習生は、早稲田大学臨床法学教育研究所が開催した臨床法学セミナーにおいて、韓国の法曹養成制度について、ロースクール制度とその導入前の制度とを比較する報告を行い、外国人法クリニックの受講生および早稲田大学教員を中心とする同セミナーの出席者からも高い評価を受けた。（同セミナーは、2012年11月28日に実施。）

【2013年秋学期正規科目】

この学期の正規登録学生は当初3名（男性2名、女性1名）であった。学年構成は、2年次生2名、3年次生1名であった。しかし、学期途中で3年次生1名から、他の科目の学修および司法試験の受験準備に十分な時間を確保するために、外国人法クリニックの履修を中断したい旨の連絡があり、最終的な履修生は2名となった。

この学期に学生が実務に取り組んだ案件は主に2件の難民認定の事案であった。両案件ともにミャンマー出身者であり、少数民族に属することを理由とする迫害のゆえに難民申請するに至った事案であった。これらのうち1件は、法務大臣による難民不認定処分がなされており、外国人法クリニックで取り扱った時点では、東京地方裁判所での難民不認定処分取消訴訟が係属中の事件であった。もう1つの事案は、難民申請手続の段階にあった。学生が取り組んだ実務は、前者の事件では、原告の難民該当性を補強するための証言を確保するために、原告の知人から補充的事実を確認するための聞き取り面接を実施し、それを陳述書としてまとめる作業であった。後者の案件では、難民認定申請者本人から、出身国での人権侵害の状況を聞き取る面接、および、それを難民認定申請に添付して提出する意見書を起案することであった。

これら2つの事案で検討した理論的課題は、これまでの難民認定の事案と同様に、依頼者が主張する迫害および迫害のおそれを生じさせる事実が、難民条約上の難民と認定されるに足る特定性を持つのか、およびその特定性を難民認定申請者に立証を求めることが不要であることをいかに主張するかであった。

なお、この学期の外国人法クリニックの活動については、今学期の民事クリニック、家事ジェンダー・クリニック、および行政クリニックが参加して行われた各クリニックの活動報告会（「最終カンファレンス」として12月9日に実施）に、外国人法クリニックの学生2名も参加して報告を行った。

【2014年秋学期正規科目】⁽¹⁹⁾

この学期の正規登録学生は3名（男性1名、女性2名）であった。学年構成は、全員2年次生であった。

この学期に学生が実務に取り組んだ主な事案は、ミャンマー出身者の難民認定申請であった。学生が関わった実務作業は、難民認定申請者本人およびその母から難民認定申請に至った出身国での人権侵害状況についての聞き取り面接、およびその情報に基づいて難民認定申請に添付する意見書の起案であった。

この事案についての理論的課題は、この依頼者の事案が、難民条約に列挙される迫害理由の中で包括的な規定である「特定の社会的集団に属すること」に該当することを、複数の迫害の要素をどのように組み合わせて主張するかであった。すなわち、この事案の場合、申請者本人は直接に迫害を体験したわけではなかったが、ミャンマーでの出身地域が麻薬栽培地域として知られている地域であり、政府の治安維持能力が十分でなく、若い女性であるということによって性暴力や拉致による人身売買の危険に日常的に曝されており、その性暴力に政府軍の関与、もしくは軍当局の放置が主張されていること、および少数民族に属することによって治安維持の埒外とされていること等が、聞き取り面接から明らかとなった。これらの要素が、難民条約第1条A項に規定される難民の定義を構成する「特定の社会的集団の構成員であること…を理由に…国籍国の保護を受けられないもの」に該当し、どのような証拠を収集しこれを立証するのかを検討した。

今学期の外国人法クリニックの活動についても、12月に開催された「最終カンファレンス」に登録学生3名全員が参加して報告を行った。

【2015年秋学期正規科目】

この学期の登録学生は1名（女性）であり、学年は3年次であった。

この学期に学生が実務に取り組んだ主要な事案は1件であり、コンゴ出

(19) 『2014年度クリニック報告書』44頁（早稲田大学大学院法務研究科、弁護士法人早稲田大学リーガル・クリニック、2015年）参照。

身者による難民認定申請の事案であった。学生が関わった実務作業は、難民認定申請者から出身国での人権侵害の状況聞き取る面接、当該国における人権侵害情報をインターネットを通して各種データベースから収集すること、これら情報をとりまとめて難民認定申請に添付する意見書を起案することであった。

この事案では、理論的に検討する課題はほとんどないといってよいほどに、申請者は政治的意見を理由とする典型的な難民であることが明白な事案であった。難民認定申請者は出身国での政治活動のゆえに秘密牢獄に収容され、収容中に性的暴力の対象にされ、拷問の対象とされたことをさまざまな証拠をもって陳述した。この申請者との初回の面接は、この事案を受任した実務家教員にとっても初回の面接であり、聞き取りを中心に行った学生にとっても緊張感の伴うものであった。本事案では、難民該当性が明白であり克服すべき理論的課題があったというよりは、逆に難民条約上の難民たることを、前記の収集情報をどのように構成し、いかに難民認定に向けて説得力ある意見書を作成するかが課題といえる事案であった。

今学期の学生の実務作業は、難民認定申請者の事情もあり、週1回の授業時間として組まれた曜日と時限とは異なる時間帯で面接を行うことが多かった。また、数次にわたる面接は実務家教員の法律事務所で実施した。これらの面接は、依頼者、フランス語通訳、教員、および学生が一致して同席できる時間帯を確保して実施することができた。

Ⅲ 外国人法クリニックの教育方法論の特色

外国人法クリニックの教育方法論というからには、目的と手段、そして目的達成の手段をいかに用いるのか、またその成果の評価が論じられねばならない。成果についての評価は、次節で取り上げることとするので、本節では、外国人法クリニックの目的、手段、および手段の運用について論じる。

1 外国人法クリニックの目的

本稿冒頭でも述べたように、アメリカの臨床法学教育は学生教育と社会貢献を2つの目的としている。早稲田大学の外国人法クリニックもこれら2つの目的を設定するとともに、第3の目的として外国人の人権保障に関わる法実務の改善改革と法理論の発展を設定する。

第1の目的である学生教育に関しては、法科大学院学生に対して外国人の人権保障に関わる法分野で、憲法、行政法、および国際法の交錯する理論枠組みおよび法実務の教育を提供することを目的とする。より具体的には、出入国管理および難民認定法の分野で学生が法実務家として活躍するために必要な法制度および理論と、それを運用するための法実務技能を修得させることである。また、人権保障の脆弱な外国人依頼者の事案に取り組むことによって、人としての生存を法によってのみ実現することができる人たちの「基本的人権を擁護し、社会正義を実現する」⁽²⁰⁾ という法専門職の職業価値を涵養することを目的とする。

第2の目的である社会貢献については、日本の法科大学院におけるリーガルクリニックの活動は、アメリカのロースクールが果たしている社会貢献のレベルにまでは達していない。アメリカのリーガルクリニックの活動は、学生実務規則⁽²¹⁾に基づき、学生自身が依頼者の事件を法廷で弁論するところまでの積極的関与が認められている。したがって、日本では言葉の厳格な意味での社会貢献、すなわち社会の公益実現に直接に関与することまでは十分にできない。しかし、外国人法クリニックの実施により法律サービスへのアクセスが限定されている外国人依頼者の案件に学生が関与することをとおして、この分野での法律サービスへのアクセスを高めることの必要性をより多くの学生が認識し、近い将来この分野で貢献する学生

(20) 弁護士法第1条。

(21) 学生実務規則 (student practice rules) は、アメリカのロースクールの学生が法実務に関与する際に準拠すべき規範であり、全50州で州法または州裁判所規則として採択されている。大坂恵里「学生実務規則」宮川成雄編著『法科大学院と臨床法学教育』305頁（成文堂、2003年）参照。

を輩出することが出来れば、これも広い意味でリーガルクリニックの社会貢献といえるであろう。

第3の目的である法実務の改善改革と法理論の発展については、外国人法の分野での活動に取り組む法専門職の実務の状況を国内的視点からだけでなく国際的視点から検討し、法理論の面では、国際人権法を国内的に実施するにあたり克服すべき法理論の課題を明確化することである。たとえば、日本政府の設定する高い難民認定のハードルを越える法理論を形成することである。

これらの外国人法クリニックの目的を踏まえて、早稲田大学臨床法学教育研究所の外国人法部会は、法科大学院での外国人法クリニック設置の準備として、2003年春から研究者教員、弁護士、および外国人の人権擁護に関わる団体の関係者との会合を重ね、外国人法クリニックのための教科書の作成に取り組んだ。その結果、2006年4月に本稿の筆者の編著で『外国人法とローヤリング』（学陽書房）を出版した。下記に掲載する同書の構成を一瞥することにより、外国人法クリニックの開設時に、どのような理論的課題と実務改革の必要性を執筆者が認識していたのかを知ることができる。

『外国人法とローヤリング』（学陽書房、2006年）の内容構成

I 外国人法への視座

- 第1講 外国人への人権保障と人権条約……宮川成雄
- 第2講 国民と外国人——国籍への公法的検討……高佐智美
- 第3講 国民と外国人——国籍への私法的検討……岡野祐子
- 第4講 国際人権法——自由権規約……徳川信治
- 第5講 国際人権法——社会権規約……阿部浩己

II 入管・難民法の理論と実務

- 第1講 入管手続における人身の自由と収容……関聡介
- 第2講 退去強制からの救済と人権条約……児玉晃一

第3講 難民条約の国内的実施——難民認定手続……渡邊彰悟

第4講 難民条約の国内的実施——難民認定基準……本間浩

第5講 犯罪人引渡しと人権保護……薬師寺公夫

Ⅲ 法の実践とローヤリング

第1講 人権条約の国際実施機関と法律家……安藤仁介

第2講 国連難民高等弁務官事務所と難民認定……新垣修

第3講 多文化主義の観点に立った法の実施……田辺寿夫

第4講 NGOにおける法律家……石川えり

2 外国人法クリニックの実施方法

外国人法クリニックは、既述のとおり、秋学期提供の2単位科目として、2006年度から実施されている。担当教員は、英米法の研究者教員である筆者と、2006年度から非常勤の客員教授として嘱任された弁護士たる実務家教員である。

外国人法クリニックの実施にあたっては、次の2つの基本方針を採用した⁽²²⁾。第1に、学生が出来る限り現実の法実務に積極的に関わるように指導すること、第2に、研究者教員と実務家教員がペアを組んで学生指導

(22) これら2つの基本方針は、その後、早稲田大学におけるクリニック科目実施の基本方針にも明確化されるものである。早稲田大学大学院法務研究科臨床・実務基礎系科目担当者懇談会は、第一期の任期付専任実務家教員の任期満了に際して以下の内容の「臨床法学教育科目の教育基本方針の確認」(2009年4月22日)を採択した。

「1. 教育の志向：理論と実務の相互批判による法務の改革へ

実務の現状を教育するだけでなく、理論と実務の創造的批判から双方の改革を志向する法曹を育てる。

2. 教育方法の力点：『見て学ぶ』(learning by seeing) から『行動して学ぶ』へ (learning by doing)

『臨床法学教育科目』では、弁護士教員による依頼人への責任の下で、学生に出来るだけ主体的に法務に従事させる。

3. 教育の体制：研究者教員と実務家教員の協働

『臨床法学教育科目』は、理論と実務の架橋を実践する場として、研究者教員と実務家教員の協働担当とする。」

にあたることである。

第1の学生の法実務への積極的な関与は、前述のように、日本には学生の法実務への関与の準則となるべき学生実務規則は存在しないが、当該事件・事案を受任した弁護士の実務補助者として学生を位置づけ、法律サービスの提供に学生を関わらせることは、当該受任弁護士の責任の下で可能である。したがって、この「学生の法実務への積極的な関与」は、実務家教員の指導監督で許される範囲内ということになる。臨床法学教育が活発に実施されているカナダでも学生実務規則は存在しないが、ロースクールの学生は実務家教員の履行補助者として積極的な法律サービスの提供に関わっている。

専門職業人の教育方法として、資格取得の教育過程にある学生に、当該専門職の業務への参加を段階的に認めることによる学習効果は、「正統的周辺参加」という概念のもとに、医師教育など多くの専門職教育で採用されている。正統的周辺参加とは、専門職業人が業務を行う過程で学生に監督可能な範囲内で業務の履行に参加させて、理論上の知識の定着化、業務遂行に必要な技能の段階的な修得、専門職業人としての職業倫理や価値観を体得させる教育方法論をいう⁽²³⁾。知識の修得は、経験の過程を加えることによって、より確実化、深化することは夙に知られているところである。

(23) 正統的周辺参加 (legitimate peripheral participation) については、ジーン・レイヴ、エティエンヌ・ウェンガー（佐伯胖訳）『状況に埋め込まれた学習—正統的周辺参加—』（産業図書、1993年）を参照。法専門職教育において、経験学習の要素を導入することの重要性については、花本広志「法学教育における臨床教育の意義について—学習科学の知見から—」法曹養成と臨床教育2号26頁（2009年）参照。ただし、プラグマティズムを基盤とするアメリカの代表的な教育哲学者である John Dewey は、「真実の教育はすべて、経験をとおして生じる」と述べると同時に、「教育的である経験と非教育的な経験を識別する…基準」の必要性を論じる。ジョン・デューイ（市村尚久訳）『経験と教育』（岩波文庫、2004年）、特に第二章「経験についての理論の必要」、および第三章「経験の基準」参照。

Ⅳ 外国人法関連エクスターンシップの実践

1 多様な派遣先の確保

早稲田大学大学院法務研究科のエクスターンシップは、質と量の両面で大きな特徴がある。まず、量の面では派遣先として確保されている数が多い。2015年度には177カ所が派遣先として確保されていた。質の面での特徴はその多様性である。エクスターンシップの派遣先は当然に法律事務所が中心となる。しかし、早稲田大学のエクスターンシップは、その制度設計の段階から派遣先を法律事務所に限ることなく、現在は弁護士の主たる業務活動分野とはなっていないが、弁護士の法専門職としての知見と技能が活用されることが期待される分野で、エクスターンシップの派遣先を開拓することに努めた⁽²⁴⁾。これは、弁護士の活動分野の拡大という視点だけではなく、法律サービスを社会の隅々まで及ぼすという司法制度改革審議会意見書⁽²⁵⁾の理念に応えようとしたものである。例えば、企業法務分野はいうまでもなく、国や地方自治体での派遣先の確保、さらには人権擁護団体等の派遣先の開拓にも努めた⁽²⁶⁾。

外国人法関連のエクスターンシップの派遣先としては、出入国管理及び難民認定法の分野で専門性の高い法律事務所、外国人の人権擁護の分野で

(24) 早稲田大学大学院法務研究科のエクスターンシップの初期からの多様性については、塚原英治「多様な派遣先におけるエクスターンシップ—早稲田大学—」宮川成雄編著『法曹養成と臨床法学教育』166頁（成文堂、2007年）、宮川成雄「難民保護と臨床法学教育—NGO へのエクスターンシップ」法学セミナー49巻12号69頁（2004年）参照。

(25) 「司法制度改革審議会意見書」211頁（2001年6月）。

(26) 2015年度のエクスターンシップの派遣先として確保されていたのは、法律事務所が118カ所、企業が15カ所、各種団体が15カ所、官公庁・独立行政法人が7カ所であった。ただし、後記する知的財産法エクスターンシップの派遣先14、および外国人法エクスターンシップの派遣先2箇所は除く。早稲田大学大学院法務研究科資料（2016年1月）による。

活動する非営利法人、国連難民高等弁務官事務所等を、早稲田大学大学院法務研究科のエクスターンシップの派遣先として実施当初から確保してきた。これらの派遣先の中には、正規のエクスターンシップとしてだけではなく、単位を伴わない試行プログラムとして実施したものもある。試行プログラムとして実施したものには、2005年度夏季に1名を派遣した難民支援協会や、2006年度春学期に臨床法学教育研究所の試行プログラムとして実施した難民支援協会での難民申請に関わる法情報調査に従事した1名の学生の派遣がある。同じく2006年春学期に、法情報調査に従事するために1名の学生を、アムネスティ・インターナショナル日本支部に派遣した。

2 派遣先とワークショップ科目とのカップリング

エクスターンシップ (externship) は、アメリカのロースクールでの用語としては、学生を報酬を伴わない形で、公益的法律事務所や政府機関、裁判所などに派遣して法実務の指導を受けさせて、ロースクールの単位認定をする科目として知られている。近年ではフィールド・プレースメント (field placement) という語で表現されることもある。日本ではインターンシップ (internship) という用語の方が馴染み深いであろうが、エクスターンシップとインターンシップは、同じ教育方法を送り手と受け手の異なった視点で表現するものといえる。送り出し側から見た場合の表現が前者であり、受け入れ側から見る表現が後者である。したがって、エクスターンシップという用語には、学生の教育を送り手側が受け入れ側に丸投げにするのではなく、法実務の現場で学生に対しどのような教育がなされるかについて、ロースクールがクオリティ・コントロールをしなければならないという考え方が反映されている。また、派遣の事前の準備授業と、事後の振り返りの授業を行うことによって、実務経験の教育効果を高めることが重要であるとされている⁽²⁷⁾。アメリカのロースクールでは、エクスター

(27) アメリカのロースクールでエクスターンシップのための著名な教科書として次のものを参照, J. P. OGILVY, LEAH WORTHAM, LISA G. LERMAN ET AL., LEARNING

ンシップを独立の科目として提供するだけでなく、派遣先の専門とする法分野でのエクスターンシップと、ロースクール内の当該専門法分野の科目履修とをカップリングすることによって、事前準備と事後の振り返りの学修機会を提供しようとする動きが近年みられる⁽²⁸⁾。

早稲田大学大学院法務研究科の外国人法関連エクスターンシップは、現場での実務教育のクオリティ・コントロールについて、派遣先と本稿筆者との個人的信頼関係に依存するところが大きい。これまで、学生の派遣期間中に派遣先に本稿筆者が訪問して、学生の実務の状況を視察することを行ったこともあるが、必ずしも十分であるとはいえない。これを補う工夫として、2014年度夏季から、派遣先の法分野の専門性を生かし、また学生の当該法分野で必要とされる法知識などを確保するために、4カ所の外国人法関連の派遣先（いずみ橋法律事務所、東京パブリック法律事務所三田支所、難民支援協会、および国連難民高等弁務官事務所駐日事務所）を、外国人法エクスターンシップとしてグループ化して、ワークショップ科目「外国人と法」の履修者に優先的に派遣を決定する方式を始めた。このような専門法分野のエクスターンシップ派遣先と、講義・ワークショップ科目とのカップリングは、知的財産権法関連のエクスターンシップとして早稲田大学大学院法務研究科で、すでに数年前から実施されているものである。

FROM PRACTICE A PROFESSIONAL DEVELOPMENT TEXT FOR LEGAL EXTERNS (2d ed. 2007).

(28) このようなロースクール内での科目とエクスターンシップのカップリングの試みの例として、ジェフリー・ラバーズ（近藤卓也訳）「ロースクールのセミナーと組み合わせた政府・非営利組織へのエクスターンシップ—アメリカン大学ロースクールの実務教育—」臨床法学セミナー12号81頁（2015年）参照。

V 外国人法クリニックおよび関連エクスターンシップの教育効果の検証と課題

1 学生教育と法専門職人材の養成

何をもって外国人法クリニックおよび関連エクスターンシップの教育効果とするのか、またそれをいかに検証するのかは大きな課題である。大学教育の成果は、どのような人材を社会に輩出し、それらの人材が社会でどのように活躍しているかが1つの重要な指標といえる。しかし、早稲田大学での外国人法クリニックおよび関連エクスターンシップは、開始後まだ10年が経過しただけである。したがって、客観的な評価はまだ可能とはいえない。

手近な指標としては、外国人法クリニックおよびエクスターンシップを履修した修了生が、どのような進路を選び、現在どのような職にあるのかが、一定の指標を提供してくれるといえる。早稲田大学大学院法務研究科事務所が持つ情報、および筆者自身が持つ若干の情報を合わせると、試行プログラムへの参加者も合わせて、これらの科目の履修者は次のような進路を選択し、現職にあることがいえる。

まず、過去10年間ににおける外国人法クリニック履修者49名のうち、2016年1月現在在学中の4名と進路変更による退学者3名を除き、42名が法科大学院を修了して司法試験の受験資格を得た。そのうち司法試験に合格した者は、2015年9月までに26名で、累計合格率は61.9%であった。早稲田大学大学院法務研究科の修了生全体のこれまでの累積合格率が、57.2%⁽²⁹⁾であることと比較すると、外国人法クリニック履修者の合格率は、若干高いといえるが、これは特に大きな差を示しているわけではない。ただ、少

(29) 早稲田大学大学院法務研究科の2004年4月の創設時から2014年度修了生までの総数は2,282名であり、司法試験合格者数は1,306名である。2016年1月、同法務研究科事務所調べ。

なくとも外国人法クリニックの履修が時間的な負担となって、司法試験の合格の支障となっていることだけではないといえる。

累積合格率を関連エクスターンシップの履修と合わせて検討すると、外国人法クリニックと関連エクスターンの双方を履修した者が5人ある。該当者の数がそもそも少ないので、両科目の履修者に特に当てはまる性質であるとは断言できないが、両科目履修者の司法試験の累積合格率は83.3%とかなり突出した数値となっている。これに対して、関連エクスターンシップのみの履修者7名については、累積合格率が43.8%となっている。両科目履修者の司法試験合格率の高さにはさまざまな要因が考えられるが、外国人法領域における法実務に関わったことが強い動機付けとなって、法曹となる意欲が高まり司法試験の受験勉強を支えていたことも十分に考えられる。

司法試験合格者以外の進路については、必ずしも十分な情報を確認できているわけではないが、外国人法クリニックの履修者で、法務省入国管理局職員、外務省専門調査員、外国人法の分野に専門化された法律事務所での事務職員、また、大学での移民難民領域の研究者として勤務する者が、それぞれ1名存在する。

弁護士として活動する30名の中でも1割に相当する3名が、出入国管理及び難民認定法の領域で活発に弁護士活動を行っていることが確認されている⁽³⁰⁾。

これらの情報を総合すると、外国人法クリニックおよび関連エクスターンシップを履修した学生の中から、外国人法の分野における法専門職として活躍する若手人材を、限られた数ではあるが送り出していることを肯定的に評価することができるであろう。

(30) 外国人法クリニックの共同担当教員であり、また全国難民弁護団連絡会議の事務局長である渡邊彰悟弁護士によれば、少なくとも3名の修了生が首都圏で外国人法分野で活発に活動している。2016年1月22日、早稲田大学での筆者による渡邊弁護士へのインタビューによる。

2 社会貢献

臨床法学教育の第2の目的である社会貢献について、外国人法クリニックを評価すると、アメリカのロースクールのリーガルクリニックの活動には遠く及ばない。前述の外国人法分野で活躍する人材の輩出や、この法分野へ若手法曹の関心の目を向けるという点では、少しばかりの貢献は出来たかもしれないが、日本の場合、法科大学院学生の法実務への関与は実務家教員の履行補助者という位置付けであり、直接的な社会貢献は極めて限定的である。また、学生実務規則という法的拠り所がないことは、学生の関与を促進する方向ではなく、むしろそれを抑制する方向を導きがちであるといえる。現実の事案・事件を受任する実務家教員が事案・事件の処理の法的責任を負う中で、学生にどれだけ積極的に実務への関与を奨励するかは、当該実務家教員の臨床法学教育への取り組みの姿勢にかかっているといえる。

この点で、この外国人法クリニックの実務家教員である渡邊弁護士は、依頼者への聞き取り面接に学生を関わらせる際には、学生を前面に出し、学生にまず聞き取りを実施させ、その後に補充的に渡邊弁護士が聞き取りを行うことを基本方針としている。この意味で、外国人法クリニックでは「行動して学ぶ (Learning by doing)」を積極的に促進してきたといえるであろう。また、依頼者の聞き取り面接だけではなく、聞き取った内容を陳述書としてまとめ、当該申請者の難民該当性について、学生が主体となって意見書を起案することを積極的に行わせている。起案された意見書等については、外国人法クリニックの授業内で学生と教員が相互に批判検討する機会を作り、難民として認定されるための要件事実がしっかりと押さえられているか、申請者の難民該当性を説得力をもって論理的に文章化しているかを丁寧に指導している。このような論理的な法文書作成能力の訓練は、短期的には司法試験での答案作成能力につながるだけでなく、法曹となって後の様々な法文書作成の能力の養成につながっている。また、事案・事件への取り組みで問題となる理論上の課題については、研究者教員

からの論点の指摘にとどまることが多いが、受講学生にとっては、憲法、行政法、および国際法の基本書で学ぶ理論枠組みについての理解を深化させる機会となっていると評価できよう。このような指導をとおして、学生の口頭コミュニケーション能力や、法文書作成能力が向上するだけでなく、生の未整理の事実から法的効果の発生に結びつく要件事実を抽出し、難民条約上の難民概念に当てはめていくという法律家としての思考力を鍛えることにつながっているといえる。

これらの指導監督の下に学生が起案した難民認定のための意見書等の文書が、僅かなりとも難民認定の判断の向上に寄与しているとすれば、外国人法クリニックの活動をとおして外国人の人権保障の実現に向けたささやかな社会貢献となっていると評価することが許されるであろう。

3 法実務の改善改革と法理論の発展

筆者が臨床法学教育の第3の目的と考えるのは、法実務の改善改革と法理論の発展である。この第3の目的こそが、大学という学術環境で実務教育を実施する重要な目的であるといえる。単に実務の現状を後進の人材に、「実務はこうである」と見習わせるのではなく、実務の現状を批判的に検討しこれを改善するという契機は、大学という学術環境であるからこそ優れてこれに取り組むことができる。また、その改善を支える理論の発展に、実務家と研究者、そして学生が一体となって、斬新な視点で取り組むことが可能になるといえる。

アメリカの臨床法学教育において、法実務の改善と法理論の発展に大きく寄与した代表例は、冤罪プロジェクト＝イノセンス・プロジェクトであるといわれる⁽³¹⁾。日本の臨床法学教育についても、早稲田大学や國學院

(31) アメリカのイノセンス・プロジェクトの著名な成功例が、ウィスコンシン大学ロースクールである。その取り組みについて、キース・A・フィンドレー(原口佳誠訳)「アメリカにおけるイノセンス・プロジェクト」臨床法学セミナー10号126頁(2011年)参照。

大學の刑事クリニックの活動は、一般弁護士が弁護人を務める事例よりも、特に捜査弁護段階において実務家教員のきめ細かな指導と学生の熱意と努力により、起訴前の勾留期間の短縮などの成果を上げていると報告されている⁽³²⁾。

外国人法クリニックの活動は、そのような華々しい法実務の改善と法理論の発展の成果をあげているわけではない。難民認定の分野では、難民認定申請から認定がなされるまで平均3年を要するといわれる⁽³³⁾。したがって、法科大学院の1学期、4か月足らずの間に目に見える形で外国人法クリニックの学生が取り組んだ案件で、難民認定率が向上したというような成果に言及することはできない。また、日本ではそもそも難民認定数が極めて少なく、2015年だけを例にとっても、難民認定申請者が過去最多の7586人に上ったが、そのうち難民として認定されたのはわずか27人であった⁽³⁴⁾。しかし、日本政府の難民認定のハードルが極めて高いがゆえに、理論的に検討を加えて克服すべき課題は多く存在する⁽³⁵⁾。難民認定手続の構造、難民認定の立証基準、迫害者からの被害者の個別把握の立証の要否、多重の迫害理由による「特定の社会的集団の構成員」たることの該当性、等々、日本の難民条約の履行を国際的水準に近づけていくために、外国人法クリニックにおいて履修学生と指導教員が一体となって取り組むべき課題は豊富に用意されている。法科大学院という学術環境で実務を教育

(32) 早稲田大学の刑事クリニックの活動について、高野隆「刑事クリニックの実践—その現状と課題—」宮川成雄編著『法曹養成と臨床法学教育』105頁（成文堂、2007年）参照。

(33) 難民支援協会 HP, <https://www.refugee.or.jp/support/nss.shtml?gclid=COidv5GfhcsCFYKYvAodmr8Ekg> 参照。

(34) 法務省入国管理局速報値（2016年1月23日）, http://www.moj.go.jp/nyuukokukanri/kouhou/nyuukokukanri03_00111.html 2015年に難民認定された27人のうち、8人は異議申立を経て難民認定された者であった。

(35) 難民不認定処分を裁判で覆した訴訟活動の成果を、理論的観点からまとめた労作として、渡邊彰悟・杉本大輔編集代表『難民訴訟判決20選—行政判断と司法判断の比較分析—』（信山社、2015年）参照。

研究する場に位置づけられている外国人法クリニックは、その特性を生かして、これらの理論的課題に今後一層取り組まなければならない。

むすび

日本の臨床法学教育はアメリカのリーガルクリニック教育を範型として2004年にスタートした。早稲田大学大学院法務研究科の臨床法学教育科目として2006年度に科目提供を開始した外国人法クリニックは、2015年度で10年の教育実績を積んできた。その第1の目的は学生教育、第2は法律サービスの向上という社会貢献、そして第3に外国人法分野での法実務の改善改革と法理論の発展という目的を持って、実務家教員と研究者教員が協働で科目実施を行ってきた。この科目実施の上で、学生が積極的に法実務に関わるための案件確保、実務の指導監督等にわたり、実務家教員の尽力に負うところが非常に大きい。外国人法クリニックで取り組んだ案件では、出入国管理及び難民認定法に関わるものを中心に、外国人の在留と国際人権法の国内的実施に関わる案件を扱ってきた。

学生の教育目的については、憲法、行政法、および国際法の交錯する領域で、学生の法理論の理解、法曹技能の修得、および法曹価値観の涵養に努めてきた。この法分野に関心を持つ法曹養成という点では一定の成果を収めたと評価できよう。手近な評価基準では、試行プログラムも含め履修生合計49名の司法試験の累積合格率は61.9%である。これは早稲田大学大学院法務研究科修了生全体の累積合格率より、若干ではあるが高い合格率である。

社会貢献の点では、日本ではアメリカのような学生実務規則が存在しない中で、学生が実務家教員の法実務の履行補助者として、外国人依頼者に対しての聞き取り面接、出身国情報を得るための英語文献の調査、様々な法文書の起案等を行い、難民認定のための資料の充実に寄与してきたといえるであろう。また、法律サービスへのアクセスが脆弱な外国人の在留や

難民認定問題に意欲的に取り組む弁護士を輩出していることも評価される点であろう。

法実務の改善改革と法理論の発展については、アメリカのロースクールの冤罪プロジェクトのような華々しい成果には遠く及ばないが、非正規在留外国人の子どもの権利保障や、日本による難民条約の国内的实施をめぐる様々な理論的課題を外国人法クリニックの活動の中で明確化し、それを克服するための取り組みを教員と学生が一体となって行ってきた。

外国人法クリニックは、法科大学院という学術環境で法実務の教育研究を行う臨床法学教育科目の特性を生かして、法実務の改善改革と法理論の発展に、一層貢献することが今後の課題であるといえる。

(※本稿は、日本学術振興会科学研究費・基盤研究(B)・課題番号15H03305・研究課題「法専門職教育の再定義と臨床法学教育の研究」の研究成果の一部である。)

外国人法クリニックと関連エクスターンシップの履修者の進路

	外国人法クリニック (Cl.)	関連エクスターンシップ (Ex.)
<u>履修者</u>	<u>49人</u>	<u>23人</u>
	(試行との重複 5 人はカウントせず) (内, Cl. と Ex. 6 人, Ex. のみ17人)	
(内訳)		
在学中	4 人	1 人
進路変更	3 人	
法科大学院修了者	<u>42人</u>	22人
		(内, Cl. と Ex.6人, Ex. のみ16人)
<u>司法試験合格者</u>	<u>26人</u>	<u>12人</u>
	(合格率61.9%)	(合格率54.5%)
		(Cl. と Ex. 5 人) (Ex. のみ 7 人)
		(同上合格率83.3%) (同上合格率43.8%)
(内訳)		
弁護士登録者	24人	11人
裁判官任官者	1 人	1 人 (Ex. のみ)
修習中	1 人	—
法務省入国管理局	<u>1 人</u>	—
外務省専門調査員	<u>1 人</u>	—
法律事務所事務職	<u>1 人</u>	1 人 (Cl. と Ex.)
大学研究員	<u>1 人</u>	—

Cf. 早稲田大学法科大学院

初年度から2014年度まで 全修了生 2,282人
司法試験合格者 1,306人
(合格率 57.2%)

関連エクスターンシップ派遣先

いずみ橋法律事務所……………15名
東京パブリック法律事務所三田支所…………… 1 名
難民支援協会…………… 4 名 (内, 試行 2 名)
国連難民高等弁務官事務所駐日事務所…………… 2 名
アムネスティ・インターナショナル日本支部… 1 名 (試行のみ)

論 説

モーリス・オーリウ国家論序説

長谷部 恭男

1. 国家の法的基礎
 2. 制度とその基礎
 3. 人類の定住化と文明の発生
 4. 団体の実在性
 5. 制度の均衡の意味
 6. 渾然たる渦巻からの脱出
- むすびに代えて——オーリウの霧の中へ

本稿は、国家の法的基礎に関するモーリス・オーリウの議論を概観する⁽¹⁾。中心的な素材となるのは、最晩年の著作である『憲法概説〔第2版〕』である。

1. 国家の法的基礎

モーリス・オーリウは、『憲法概説〔第2版〕』中の国家の法的基礎に関する説明の冒頭で次のように述べる（*Précis*, p. 94）⁽²⁾。

（1） オーリウの法理論全体を紹介するものとして、水波朗「M・オーリュウ」同『トマス主義の憲法学』（九州大学出版会，1987）所収がある。また、国民主権論を素材として、オーリウの方法論と国家の自己制限論を検討するものとして、今関源成「レオン・デュギ、モーリス・オーリウにおける『国家の自己制限』の問題（2）」早稲田法学58巻1号105頁以下（1983）がある。

（2） 註記等で用いる文献略称については、本稿末尾参照。

国家の法的基礎というこの名高い問題については、かつては支持されていたものの、今では退けられるべき諸理論がある。第一に、ルソーの社会契約論がそうであり、今ではあまねく放棄されている。政治契約または政府契約 (*contrat politique ou contrat du gouvernement*) の理論もそうであって、歴史的なもっともらしさは多少備えているものの、やはり退けられるべきである。

ここでオーリウの言う政治契約とは、社会に結集した人民が為政者と締結する契約を指す。ジョン・ロックが『統治二論』後篇の135節および162節で描いているのがそれだとオーリウは言うが (ibid.), 135節は社会が政府に委託すべき立法権の範囲を描いており、162節は統治大権について説明している。無関係ではないが、適切な参照箇所と言えるか疑いが残る。参照すべきなのは、社会が政治権力を政府に信託する諸形態を描く132節であろう。

ロックによれば、自然状態での諸困難を克服するために、人々は結集して社会を構成するが、人々がみずから政治権力を行使すること (民主制) もあり得るものの、政治権力を少数者に信託することも (寡頭制)、ただ一人に信託すること (君主制) もあり得る。ルソーの社会契約論では、立法権は結集した人民自身が行使し、執行権のみが政府に委託される⁽³⁾。議論の基本的な骨格にさしたる差異はなく、ルソーの理論が排除されるべきなのであれば⁽⁴⁾、ロックの理論も同時に排除されるべきように思われる

(3) 『社会契約論』第3篇第1章。

(4) オーリウは、*Principes* 1910, pp. 222-23 でルソーの社会契約論に批判を加えているが、その内容は不明瞭である。政治契約を認めないことは政府の存在を認めないことになるという指摘のようであるが、ルソーの議論の正確な理解とは考えにくい。オーリウの真意は、持続する国家の基礎にあるのは契約ではあり得ず、制度であるという点にある可能性がある (ibid., pp. 204-05; see also *DNA*, pp. 25-26)。もっとも彼は、団体が契約の外形をとりつつ設立される場合もあることを認める (*TIF*, pp. 119-20)。なお、オーリウにおける契約と制度の区別については、小島慎司『制度と自由』(岩波書店, 2013) 129頁以下参照。

が、オーリウが言いたいのは、政治権力を人民が特定人（とその子孫）に委託する契約は、マグナ・カルタをはじめ、古来、例があるということであろう。

しかし、オーリウによると、たとえ政治契約が国家設立の際に実際に締結されたとしても、この契約は直ちに単なる制定法 (*loi*) あるいは国家制度 (*institution de l'État*) へと変容する。つまり、政治契約は国家の設立 (*fondation*) は説明できるかも知れないが、成立した国家の法的基礎として存続することはない。国家の存続を説明し得ない。

国家の法的基礎として国家が存続する限りつねに援用することができるものを求めようとするなら、諸制度の基礎にそれを求めざるを得ない。それはきわめて単純である。慣習的同意 (*consentement coutumier*) がそれである (*Précis*, p. 94)。

慣習的同意は、つねに団体的制度 (*institution corporative*)⁽⁵⁾ としての国家を対象とするわけではなく、王位 (*couronne*) のように、それを通じて国家が承認される象徴的制度を対象とすることもある。慣習的同意とされるのは、慣習的法規 (*règle de droit coutumière*) と同じ条件の下で形成されるからである。いずれにおいても、特定の社会環境において、権力が先例を定立する。先例は、制度の組織化であったり、裁判であったりする。裁判から共同体の慣習 (*usus communis*) が生まれるように、制度についても慣習が形成される。時が経つと、慣習は法的信念 (*opinio juris*) を生み出し、法的性質を帯びる (*Précis*, p. 95)。

国家が、株式会社と同様に、多数人による明示の誓約 (*covenant*) によ

(5) オーリウの言う *institutions corporatives* は、厳密には、病院や孤児院、養老院等の財団 (*établissements*) を含むが (*TIF*, p. 119)、彼が理論的検討の対象とするのは、第一次的には多数人からなる団体 (社団) としての制度である。団体としての制度は、多数人の明示的意思によって設立されることもあれば、慣習的同意によって成立することもある。団体としての制度の代わりに、「身体化した制度」と訳すことも考えられないではないが、日本語として異様さがある。

って創設されるとしたら、そこには合同行為 (Vereinbarung) があることになる (*Précit*, p. 95; cf. *TIF*, p. 122)。実際には、きわめて例外的な場合を除くと、国家は誓約によって創設されることはない。人々の同意は、創設の後に生み出され、それを我々は慣習的同意と呼ぶ。同意は創設と同時に与えられるのではない。ヴァージニアのように誓約によって創設された場合でも、政治契約と同様、誓約は国家制度の中に飲み込まれる。そして制度としての国家は、慣習的同意によってしか持続し得ない。

国家は、制定法によって基礎づけられることもある。憲法典がある国では、確かに、国家は憲法によって基礎づけられる。しかし、国家は憲法典が制定される以前から、慣習的に承認されている。憲法典を備える国家も、慣習的同意なしには存続し得ない。制定法が国家の一定の要素、組織、手続を規律することは認めざるを得ないが、より深くにある現実としての国家制度、根本的な均衡としての国家制度は、慣習的同意によって承認される。憲法典も組織法律も、慣習的同意の中に浸されている (*Précis*, p. 95)。

慣習的同意の対象となるものは、何より憲法原理 (*principes constitutionnels*) と呼ばれるものである。憲法原理が憲法典や法律に書き込まれることは稀であるが、それでも憲法原理は確かに、憲法典と法律を支配する。そのことは、法律の合憲性が裁判所によってコントロールされる国々で、明らかとなる。そこではほとんどの場合、憲法の条文の名において違憲性が宣言されるのではなく、憲法を支配し、憲法の真の正当性を構成する諸原理の名において、違憲性が宣言される (*Précis*, p. 96) ⁽⁶⁾。

人民の慣習的同意の対象となるのは、憲法組織の細部ではなく、これらの基本原理である。

かくして、最も近代化し制定法化の進んだ国家であっても、その核心には

(6) オーリウは、こうした憲法原理の典型として、フランスやアメリカの権利宣言を念頭に置いていると思われる (cf. *TIF*, p. 117)。彼は公序と個人主義的正義の諸原理が、憲法の正当性の基礎にある文明社会の構成原理 (*constitution sociale*) であるとする (*Précit*, p. 339)。

慣習が存続する。その含意は広範にわたる。慣習は持続に支配され、制定法は一時性、現在性に支配される。社会秩序が持続性を確保するために作り出した諸制度中、最も卓越した制度である国家が、持続に支配されないはずがない。だからこそ、持続的に形成され、文書に取り込まれることのない慣習の同意と、合同行為のように文書に取り込まれた同意とを混同してはならない。国家の歴史的形成は、同時に法的形成でもある。なぜならそれは、慣習的だから (*Précis*, p. 96; cf. *TIF*, pp. 103-05)。

慣習的同意の理論は、政治契約と同様、国民の自由と政府の権利の両方を基礎づけることができる——それも、国家形成の時点において中央政府と国民社会とが同時に存在したという歴史的事実とも符合する形で。実は、政治契約よりも多くを説明できる。国家の現実の要素として、政府と国民社会に加えて、公共的なもの (*chose publique*)、つまり国家の公共的作用とその人的・物的手段にも着目するからである (*Précis*, pp. 96-97)。

オーリウの言う慣習的「同意」は、むしろ「忍従 *acquiescement*」に近い。オーリウは、圧力が暴力にまで及ばない限り、人民の与える同意は法的に有効だと言う (*TIF*, p. 89)⁽⁷⁾。契約や合同行為の場合と異なり、人民は同意を与える内容について交渉することはない。主観的意思に基づいて制度が成立するわけではなく、すでに客観的に存在する全体として均衡のとれた制度を一括承認 (*adhérer*) するか否かが問われる⁽⁸⁾。その限りでは、運送・保険・銀行等の附合契約 (*contrat d'adhésion*) に似ている。た

(7) 「強いられた同意も同意ではある *coactus voluit, sed voluit*」(*TIF*, pp. 89 & 122)。オーリウは、慣習的同意はスメントの言う「日々のプレビシット」とも異なると言う。あらゆる国家の基底に危険極まりないプレビシット、ナポレオン流の人民への訴えがあるわけではない (*Précis*, p. 96, note 1; cf. *Principes* 1916, p. 631)。

(8) 他方でオーリウは、人民の承認 (*adhésion*) を取り付ける上での儀礼と手続の重要性を強調する。議会での定足数、議事日程、審議と票決にとどまらず、逐次の選挙での票決等を通じて少数派を含む人民全体の承認を獲得することができる (*Principes* 1910, pp. 697-706)。手続の法源としての重要性を強調する *Principes* 1916, p. 158 も参照。

だ、附合契約は加入しないことも可能であるが、非常事態を除けば (cf. *Principes* 1916, p. 657)、国家について一括承認しないという選択肢は、人民にとって事実上ないであろう。

2. 制度とその基礎

オーリウによると、国家は制度の一種であり、すべての制度——少なくともすべての団体的制度 (institution-corps) ——がそうであるように⁽⁹⁾、メンバーの慣習的同意によって基礎づけられる。制度に関する説明は、『憲法概説』71頁以下で展開される。

オーリウはまず、社会秩序 (ordre social) 概念を持ち出す。それは「緩やかで統一のとれた動きと、その存在理由とによって活動するシステム」である。確立した社会秩序は、現状を維持しようとする諸力とそれを変化させようとする諸力とに刺激を受け、必然的に変容を被る。

秩序を保ちつつも緩やかで統一のとれた動きにより駆動する社会システムを理解するために、生物 (organismes vivants) の発達を見てみよう^とオーリウは言う。生物が常時、その形態 (forme) を保ちながらも、そのすべての部分にわたって変容しつつあることは疑いがない。子どもが成熟し、老化していくように、形態も変化はする。しかし、組織内の分子レベルの変化には比べようがない。生物の構成要素は循環系を通じて急速に新

(9) オーリウは、制度には団体としての制度と物としての制度 (institution-chose) があると言う。前者は、「団体を形成する社会制度であり、個性性 (individualité) と倫理的人格性 (personnalité morale) を指向する。後者は不活性な物である」(*Principes* 1910, p. 126)。前者は自律的に目的を実現し社会的機能を遂行するが、物にそうした活動はない。地方自治の領域で言えば、県会や委員会は団体としての制度であるが、村道は物としての制度である (ibid., p. 127)。定立された法規も物としての制度である (*TIF*, p. 97)。オーリウによれば、団体としての制度が法規を定立するのであって、法規が制度を作るのではない。レオン・デュギの主張に反し、法規の役割は二次的である (*TIF*, p. 128)。

陳代謝するが、形態は比較的安定している。生物は、秩序づけられながらも、つまり形態を保ちつつも、変容する。生物が組織体 (organisme) だからである。

オーリウはここで、組織体の定義を示す。それは、「構成要素の持続的更新にもかかわらず、その形態を維持するシステムである。形態は、構成要素そのものの均衡により、そして統御 (gouvernement) によって形成される」 (*Précis*, p. 71)。

社会集団や社会システムは、生物と同様、秩序づけられている。社会組織は、幾世紀を経て、その人的構成や社会状況の大部分は更新されながらも持続する。統御され、内部における均衡が本質的に保たれているため、形態は維持される。

オーリウは、社会組織を経済的な分業や機能分化によって説明すべきではないと言う (*Précis*, p. 72)。社会組織における経済的な分業や機能分化は、最初に起こるわけではなく、後から起こることである。まず形成されるのは政治秩序である。中核となる指導者・創設者が現れ、そして統御にあたる諸機関と統御の均衡が形成され、最後に同意が形成される。

- 1) 中心的な指導者または創設者の役割は、社会状況の中に理念 (idée) を埋め込むことである。創設されるべき組織の理念であり、実現すべき事業 (entreprise) とされる理念である。それは組織の構成を含意し、したがって、潜在的にはその形態を含む。
- 2) 組織体の統御にあたる諸機関が現れる。社会組織は生物と同様、統御される。諸機関は創設者によって準備されることもあれば、自生的に形成されることもある。当初は、単一の機関のみが現れ、専制的となることもあるだろう。組織全体の形態を維持すべく、変容の中で必要な秩序を保つのは、この統御機関である。それは、すでに創設された組織体の名において統御する。中心となる創設者と統御機関の出現は、指導者と被指導者の分化をもたらす。これは政治的な性格のもので、経済活動上の分業とは関係しない (*Précis*, p. 72)。

- 3) 理念に導かれた組織体の統御が進むと均衡が形作られ、それによって形態の持続がもたらされる。諸機関と諸権力が分化する。ローマ共和国における政務官の両頭制が、ローマ共和国の持続に貢献する統治の均衡をもたらしたように。近代の議院内閣制諸国における両院制も同様である。ある権力の行使に複数の機関の協調が求められる。それによってもたらされる均衡は、議会の権力の濫用を抑制し、議会制を持続させる⁽¹⁰⁾。諸機関および諸権力の均衡が、制度の統御にあたる部分とその任務に服すること、つまり指導理念 (*idée directrice*) の示す事業 (*entreprise*) の実現に貢献することを保証する (*Précis*, p. 73)⁽¹¹⁾。
- 4) 最後に、組織体が内部の均衡によって完成体に近づくにつれ、それは承認 (*assentiment*) の対象となる。承認するのは、組織体内部のメンバーだけでなく、周囲の社会環境にある人々でもある。承認の対象は組織体であり、とりわけ組織化の魂と言い得る事業の理念である。理念は多数の人々の意識へと反映され行き渡る。この段階で、社会組織は慣習的制度 (*institution coutumière*) となり、その形態は、内部の

(10) オーリウは、当時のフランスにおいて均衡しているのは、国家の意思決定を執行する執行権力 (*pouvoir exécutif*)、決定の内容を審議する審議権力 (*pouvoir délibérant*)、そして国家の決定ないしその提案を承認するか否かを判断する投票権力 (*pouvoir de suffrage*) の3権であると言う (*Précis*, p. 351)。レファレンダムを否定する国家でさえ、第3権の登場により、否応なく直接民主政と化している (*ibid.*)。

(11) 権力が指導理念に服することをオーリウは、「制度の奇瑞 *phenomène de l'institution*」と呼ぶ (*TIF*, p. 104)。魂となる理念に導かれ、それに身を捧げることで、構成員は贖われる。指導理念 (*idée directrice*) は、必ずしも制度に内在化せず行動の計画や組織を要素としない「目的 *but*」とも、また確定性を含意する「機能 *fonction*」とも異なる (*TIF*, pp. 98-100)。このことばはクロード・ベルナールから借用されたものであるが(ベルナール『実験医学序説』三浦岱栄訳(岩波文庫, 1970) 156頁参照)、ベルナールにとってこの概念は仮象の思考手段で、究極的には物理・化学的考察に還元されるべきものである。他方、オーリウは、指導理念が社会学的に観察可能な実在であることは肯定しながらも、その観念上の実在性 (*réalité spirituelle substantielle*) について結論を避けている (*TIF*, p. 128)。

理念の働きや統御機関の働きによってだけでなく、同意によっても維持される (*Précis*, p. 73; cf. *TIF*, pp. 105-06)⁽¹²⁾。

オーリウは、こうして制度化された社会組織の諸特徴をまとめて、多数人からなる団体としての制度 (*institution incorporé*) に次のような定義を与える。

社会組織が持続可能 (*durable*) となるのは——つまり包含する人的要素の継続的更新にもかかわらず特定の形態を保持し得ようになるのは——それが制度化されたとき、つまり一方で、統御の任にあたる諸機関の権力が機関・権力相互の均衡を通じて、創設当初からの指導理念に従い、他方で、この理念と諸権力の均衡のシステムが、その形態において、制度のメンバーおよび社会環境の同意に基づいて承認されたときである。

「要するに、持続的要素たる制度の形態は、諸権力の均衡のシステムと理念をめぐって形成される同意とからなる」 (*Précis*, p. 73)。

さまざまな理念は人々を指導するだけでなく、社会組織を支え、持続させる。このため、指導理念の欠けた人民や民族には制度もない。定住する人々に不可欠な国家という制度を真剣に受け止めることのできない民族もある。そこでは、国家制度を移植しても単なる装飾となり、その背後で個人的支配や部族組織が存続する。公共 (*chose publique*) の理念を実現し得ない人民がいる (*Précis*, p. 74)。

理念の働きにより敏感な人民にあっては、巨大な社会組織の典型である国家という制度のおかげで、数多の社会集団にとって、自分たちの置かれた社会状況の変化が十分に緩やかで統一がとれていることが保証される。とくに行政組織の発達した大規模な近代国家では、国土を覆い尽くす強力な行政組織の階層秩序によって国民は枠づけられる。身分、教育、軍務、選挙、租税等、関係する数多くの公役務の枠組みの下で、市民は互換可能

(12) 支配的力を他の諸力が受け入れ (*acceptation*)、諸力の均衡により持続性が保障されたとき、すべての構成員の間に社会的平穏が確保され、事実上の状態は、法的状態 (*états de droit*) へと変容する (*Principes* 1910, p. 135)。

な番号に置き換えられ、枠組みの働きに従う⁽¹³⁾。さらに職業団体の枠組みが付け加わるが、それも時が経てば、行政的枠組みへと吸収されていくであろう⁽¹⁴⁾。

こうした緩やかで統一のとれた枠組みの秩序は、枠組み自体の変化をももたらす。人的素材が流動するだけではない。職業組合が新たに生まれ、修道会は破壊され、大学の創設によって高等教育は変容し、産業化により変容する公役務もある。しかしこうした変化は緩やかに、慎重に生じ、一度に影響を被るのは少数の形態のみである。鉄道の改修工事を考えれば分かる。社会生活に困難が及ぶことは稀である。こうした形態と制度の変化に高度の配慮を加えることは政府の重要な任務である。こうして見れば、人々の統治 (gouvernement) というより諸制度の統治が肝要である。制度の要点は、人々の持続ではなく、社会秩序の持続にある (*Précis*, p. 75)。

社会秩序は、諸制度の組織とその統御により、隊列を組んだ軍団が敵地を前進するように、見知らぬ時の中を秩序立って通過していく。国家は、

(13) オーリウは、市民（国民）としての身分管理と公役務の提供との相互連関を指摘しようとしているのであろう。第三共和政初期での社会福祉制度の導入とはほぼ同時期に、国民と外国人とを厳格に区別するパスポートや身分証明書の仕組みが導入された。紀元前のアテナイでペリクレスが、両親ともにアテナイ人である子どものみをアテナイ市民として認める法律を提案したのも、裁判等の公務に日当を支払う制度の導入と同時期のことである (Vincent Azoulay, *Pericles of Athens*, trans. Janet Lloyd (Princeton University Press, 2014), pp. 81-83)。

(14) こうしたオーリウの国家理論は、標準的な国民主権論とは整合しない。彼によれば、国民主権 (souveraineté nationale) とは、「団体として組織された国民に存する国家の主権」である (*Principes* 1916, p. 615)。国家主権は、権力の分散と分立、成文憲法の到来、および人権宣言の誕生を通じて、国民主権となる (ibid., p. 623)。時が移るにつれ、国民主権は貴族政的なものから、民主政的なものへと変化する。国民 (nation) は、団体として組織され、階層秩序を備える。被治者は有機的諸制度の網の目の中で暮らし、選挙された代表たるエリートによって指導され、エリートの統御を承認すべき存在である。組織化されない平等な個人の無機質な集まりとして国政に参与し、政治の方向性を決定すべき人民 (peuple) ではない。国民が適切にエリートを選出するには、比例代表、職業代表、家族単位の投票、被選挙権の限定、間接選挙制等の導入が必要となる (ibid., pp. 627-36)。

軍列 (*agmen*) と同様、秩序立った行進を威厳を持って維持すべき文明の軍隊 (*armée civile*) である。その効用は以下の通り、明らかである。

- 1) 行軍は途上の危険に備える。伏兵、事故、異変を避ける必要がある。発展する秩序の感覚を備えた人民は、革命、未知の困難との遭遇とその反動を避ける。確実に、規律正しく歩みを進める。
- 2) 秩序立った行軍は、より遠くへの、より長期間の進軍を可能とする。個々人と同様、人民の活力、未知への愛と意思には限りがある。活力の供給が制御されなければ、短期間の急速な進展の後に、多大の損失を伴う休息が、無気力状態が懸念される。
- 3) 秩序立った行軍は、落伍者の遺棄、熱情や士気の齟齬による隊列の乱れを防ぐ。また、諸職能の組織を可能とする。
- 4) 行軍を組織することで、進路を定め、情報を収集し、熟慮することが可能となる。全くの冒険へと踏み出すことにはならない。
- 5) 行軍の秩序は何でもありではない。必要に従う。統一を維持し、諸職務を配分し、進路を決定する指揮官が必要である。隊商には道案内が、航海には水先案内人がいるように、行進・行動には指導者が必要である。そして規則が必要である。
- 6) 何世紀もの経験を経て、行軍に要する戦略 (*stratégie*) が生み出される。社会変化の動きにも戦略がある。あるときは進み、あるときは止まる。キャンプを設営し、再び旅立つ。

こうした社会の行進の秩序が、安定性 (*stabilité*) と呼ばれる。制度の安定性は、強い要求ではなく、不動であることは求められない。すべては変容する。しかし、変容は緩やかで統一のとれたものでなければならない。社会の安定性は、事業活動の自由 (*liberté d'entreprise*) と密接に関連する。環境があまりに不安定では、未来の予測は不可能となり、事業遂行の自由はない。不安定な政治体制が企業の意欲を失わせ、事業活動の自由を無益とすることは、経験の教えるところである (*Précis*, p. 76)。

国家を研究する際も、持続という観点を離れることはできない。国家は

空間の秩序であるだけでなく、時間の秩序でもある。持続の中で把握されるべき国家は、団体たる制度（institution incorporée）としての国家である。国家の基礎と国家の生活は、団体的制度すべての基礎・生活と同じ資格において、法的（juridique）である（*Précis*, p. 76）⁽¹⁵⁾。

人民が法規に与えるのは、人々が制度に与えるのと同様の、自生的で慣習的な同意である。

しかし国家は、形態構造の完全性の点でも、またそれが内包する個人本位の秩序（ordre individualiste）の価値実現の点でも、他の諸制度に対して優位を占める（*Précis*, pp. 76-77）⁽¹⁶⁾。

3. 人類の定住化と文明の発生

オーリウにとって個人本位の秩序と文明的な社会生活とはほぼ同義であり、それは人類の定住化によって始まった。文明の始まりは歴史の始まりであり、国家という政治制度、私有財産や個人本位の法的取引等の社会制度の多くの始まりでもある（*Précis*, p. 41）⁽¹⁷⁾。

(15) 事実状態の平穏な持続（durée en paix）が、それに正当性を与える。これこそが、ドイツの公法理論が主張する「力が法を作る la force crée le droit」という誤った格言に隠された真実である（*Principes* 1916, p. 11）。制度として意味づけられた社会組織体は、内部に均衡に基づく安定状況（situations établies）を作り出し、さらに規律法（droit disciplinaire）と組織法（droit statutaire）を分泌して社会の法的基盤となる（*Principes* 1916, pp. 164-65）。人々が取引等を通じて法的関係を構築することができるのは、こうした法的基盤があってこそである（*Principes* 1916, p. 165）。

(16) オーリウによると、国家の指導理念のうち最も理解しやすいものを定式化すると、次のようになる：「全国土を管轄するものの国土を所有せず、人民の自由な行動範囲を広く残す権力による、全国に及ぶ市民社会の護民官職」（*TIF*, p. 98）。

(17) 以下 individualisme は、文脈に応じて「個人本位」または「個人主義」と訳す。個人本位の法の根幹にあるのは、権利（droits subjectifs）と法人格（personnalité juridique）である（*Préface à Précis*）。

移動生活 (nomadisme) を送っていた人類が定住を始めたとき、生存の必要から、土地の耕作という日常的労働と収穫物の貯蔵が行なわれるようになった。いずれも、労働を嫌悪し、浪費に流れる人間の本性に反し、移動生活を送る人類には見られなかったものである。また、生活の安全を守るため、都市が建設され、文明が発生した。

移動生活では、労働も生産もない。人口もまばらで、自然は誰のものでなく、共同利用される。共産主義政党はこれこそが正義にかなうと主張するが、人口も膨大で諸産業の生産物によって生存する文明社会では、共産体制は不可能である。生産活動は個人主義の強いばね (ressort) なしには、持続し得ない (*Précis*, p. 43)。

産業化と文明化の進行は、不可逆である。文明化した人々はその欲求を増大させ、都市に集中し、さらなる生産を求める。都市を破壊して草原にしても、文明人が野蛮な移動生活に戻ることはない。死滅するだけである。(*Précis*, p. 44)。

小部族 (peuplade) 単位で移動生活を送っていた一定数の人々が定住を始めると、そこに人民 (peuple) が生まれる。定住化とそれに伴う社会生活の発生は、人口の増大や資源の稀少化等の自然の必要だけでは説明がつかない。説明できるとすれば、未開人も遊牧民もこの世界からとうに消滅しているはずである。人の本性に反してでも労働するよう人々を理念をもって指導する、果敢な立法者 (législateurs) により、新たな秩序を与えられた集団のみが文明への途を歩み始めた (*Précis*, p. 45)⁽¹⁸⁾。

定住化した人民の文明生活が必要とするのは、1) 個々人の意識、2) 集団の力、そして3) 個人本位のシステムを支え逸脱を抑制する指導理念の3つである。

1) 経済生活、そして政治生活にとって必要な個人の意識は、自己利益の感覚、所有への欲求、権力への欲求、そして投機 (jeu et spéculation) の

(18) ルソー『社会契約論』第2篇第7章の描く「立法者」を意識しているのであろう。指導理念の神秘 (mystique) が大衆を導くとする *TIF*, p. 109 をも参照。

情熱である (*Précis*, p. 46)。

移動生活期の大規模な狩猟も、定住生活初期の耕作の開始も、新たな生き方に賭け、投機する意図を持つ一団の人々によってなされた。文明生活の下で資本を投下して行なわれる事業も同様である。個人本位の組織体を動かしているのは個々人の利益だけではなく、投機精神である。投機が行なわれない個人本位の社会は企業精神に欠けた、死んだ社会である (*Précis*, pp. 46-47)。

個人本位の法秩序は、投機と企業を基軸とする。そこでは、人は現在ではなく、未来を生きる。主観的権利は潜在力 (*virtualité*) であり、取得 (*acquérir*) の手段である。その限りで権利は財である。法的人格とは取得能力であり、現実に享受するには、取得を企てる必要がある。すべては現在の消費ではなく将来の取得に向かう。消費ではなく、生産へと向けられる (*Précis*, p. 48)。

2) 個人のエネルギーに対抗して均衡をもたらすのは、集団の力である。個人本位の社会秩序も社会集団を消滅させようとはしない。家族の権利、国家の権利、職業組織の権利でさえ承認される。家族や国家に対する個人の義務をも定める。個人本位の秩序にとって肝心なのは、経済生産において個人の事業が中核であり、社会集団の事業は、国家のそれを含めて、背景に位置することである。産業化された私的生活の法である私法こそが一般法であり、公法は一般法に対する特別法であることに、それがあらわれる (*Précis*, p. 48)。

社会生活の動態的把握においては、個人の推進力が作用であり、集団のそれは作用と均衡すべき反作用である。国家は、経済と政治とを区分することで、この均衡を組織する。経済生活は私的事業の領域であり、国家は、政治的事業と人々に対する権力行使の領域である。国家は個人本位の諸事業に対する反作用であるが、強大な国家権力から諸事業を保護する必要がある。憲法上の保障は、本質的には私人の経済活動の自由を保障する。

憲法によって穏和化された国家は、私的社會に役務 (service) を提供すべき存在である。その不可欠の機能は、(a) 個人本位の社會を保護し、平穩と秩序を維持すること、(b) 行政活動を通じて社會を統御し、役務を提供すること、(c) 刑事組織と教育活動を通じて個人主義の逸脱を抑止すること、である (*Précis*, p. 49)。

3) これで終わりではない。個人本位の社會秩序の均衡は、第三の要素によっても保たれている。文明化を駆動する一連の理念である。個人のエネルギーだけでは、集団を抑制して個人本位の秩序を確立することはできない。宗教と道德の諸理念の助けが必要となる。

定住化で開始した文明生活は、人々の知性を開花させ、意識を高めた。移動生活と異なり、定住した人々は決まった途を辿る必要はない。国土で、村落で、自宅で、自由に行動する。定住によって危険は減り、余暇が増え、精神が解放される。私有財産の意識は親密な人間関係を育み、人間関係の摩擦は自己への内省をもたらす (*Précis*, pp. 49-50)。

社會風潮を枠づけ、持続的な社會制度へと体现される理念が事実として現れる。宗教や道德がそれである。定住社會の宗教は、すぐれて個人本位の宗教である。個々の信徒の救いを目指すだけでなく、その神も、非人格的宿命ではなく、個体化し行動する人格である。神は世界を創造し、運命を変える。西欧文明は、ユダヤ＝キリスト教を通じて宿命論と汎神論から逃れることができた。創造的行為によって因果関係を支配し、事業を企てる精神がもたらされた (*Précis*, p. 50)。

しかし、ユダヤ＝キリスト教の最大の貢献は、その道德律によって、誤りを犯し、逸脱しがちな個人の本性に枠をはめることである。逸脱行動を抑止するすべての社會装置は道德律に基礎を置き、道德律は宗教的信条に基礎を置いている (*Précis*, p. 51)。

持続可能な制度の枠組みを提供したことも、西欧文明への理念の貢献の一つである。変化に抵抗するこの枠組みが社會の動きを緩やかとし、人々に対して、事業活動の計算を可能とする程度の安定性の意識をもたらした

(*Précis*, p. 51)。

4. 団体の実在性

オーリウは1917年に公表したレオン・ミシュールの追悼文で、法人論に対するミシュールの貢献を要約している。19世紀終わりのフランスを支配したのは、サヴィニー以来の法人擬制説であった。意思を有し実在するのは個人のみであり、個人の集合体である団体に本来、意思はない。団体を個人と同様の意思主体とする想定は、擬制(fiction)である。団体が意思決定し、法的交渉をなし得るかのように語ることができるのは、国が団体に法人格を付与するからである(NM, p. 505)。

法人擬制説の難点は、法人格を付与するか否かの国家の決定が恣意的となることである。団体の人格は現実とは対応しない。それは、国家が法律に基づいて付与する特典である。付与も撤回も国家の自由であり、撤回されれば法人は解散され、無主物となったその資産は国庫に帰属する(NM, p. 505)。

擬制説に対抗したのは、ギールケに代表されるドイツの有機体論(organicisme)である。団体は生物と同様に成長し、個々の構成員の意思とは独立の、固有の団体意思を有するに至る。しかしミシュールによると、有機体論者の欠陥は、固有の団体意思の存在を主張するにとどまることである。彼らは団体意思が生成するプロセスも、またそれを団体意思とする特性も論証しようとし⁽¹⁹⁾ない。そもそも、団体に固有の意思が現実^に備わっているのであれば、団体が法人格を得るために、法が介入する必要はないはずである。固有の意思主体として、当然に法人格が認められるであろう(NM, p. 507)。

(19) Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Première partie (LGDJ, 1906), pp. 70-71. 有機体論の不条理さについては、長谷部恭男『憲法の境界』(羽鳥書店, 2011)第1章参照。

擬制説と有機体論に共通する誤りは、団体の主観的意思にこだわったことである。擬制説は団体に主観的意思はないことを理由に、その人格は純然たる擬制であるとし、有機体論はそれに対抗するために団体にも固有の主観的意思があるという不条理な主張をした。ミシュールは団体の客観的側面に着目すべきだとする。団体の実在性を示すために、それが意思を備えた精神的実在 (*êtres psychologiques réels*) だと主張する必要はない。個人は本来の精神的実在であって、法はそれに法人格を付け加える。団体は精神的実在ではなく、人格の諸要素を備えるだけであるが、それでも法はそれを倫理的人格とすることができる。そこでの法の役割は恣意的ではない。集団の実在性を決定づけるもの、共同利益 (*intérêt collectif*) があるからである。個々の構成員の利益と別個の団体の利益は、現に存在する (*NM*, p. 506)。

団体の意思とされるものは、団体の代表・機関の意思である。機関による団体の意思決定は、法の力によってのみ生まれる。団体は共同利益に基づいて固有の倫理的人格 (*personnalité morale*) を有するが、意思は法的意思 (*volonté légale*) でしかなく、自然の意思を持たない。これは子どもや精神障害者が代表による法的意思のみを持つと同様である。制限能力者と同様、肝心なのは主体の利益であって精神的意思ではない (*NM*, p. 507)。個人に権利が認められるのも、個人の利益を保護するためである。団体に法人格が認められるのも、その固有の利益を保護するためである⁽²⁰⁾。法人格は承認されるのであり、創設されるのではない。

オーリウは、ミシュールと同じ途を辿るわけではないが、ミシュールの「理論的努力と軌を一にする (*concorder*)」と彼は言う (*Principes* 1916, p. 283)。ミシュールの言う「共同利益」とオーリウの言う「社会的事業の理念 *idée de l'œuvre sociale*」は確かに違う。しかしいずれも、倫理的人格を社会的事業の理念によって基礎づけようとする (*Principes* 1916, p. 284)。

(20) Michoud, *op. cit.*, pp. 110-12.

オーリウにとっても、団体の倫理的人格と法人格 (*personnalité juridique*) とは別である⁽²¹⁾。団体は機能するシステムとなったとき個性を獲得し⁽²²⁾、構成員の間で団体の目的に関する一致が生じ内部で統御の組織化が進んだとき、倫理的人格となる (*LMS*, pp. 154-55)。社会理念を実現しようとする共同体は共通の意思が行き渡ることによって主観化するが、それをなし得るのは、団体としての組織化が進むことによってである (*Principes* 1916, p. 107)。倫理的人格たる団体が自ら機関を設置するのではない。それは論点窃取の虚偽論である。機関の存在前には、団体は意思を持ち得ない (*TIF*, pp. 103 & 124)。

「法人格は、社会制度の倫理的存在を法の要請に適応させるための技術にすぎない…法人格は、倫理的人格に取り付けられた単なる仮面 (*persona*) である」 (*Précis*, p. 205)⁽²³⁾。

倫理的人格の完成体では、団体の構成員に対する諸機関の責任が形式立った組織として表現される。完成した倫理的人格の典型は、憲法典を備えた代表制の、とりわけ議院内閣制の近代国家である⁽²⁴⁾。株式会社もそうである (*Précis*, pp. 205-06)。

オーリウの議論はミシュエのそれと同様、団体實在論の一種とすることはできるであろう。ただ、彼の団体實在論はギールケやメイトランドが主張したような、団体固有の主観的意思が現にあるという奇妙奇天烈な實在

(21) オーリウにおける倫理的人格と法人格の関係については、小島・前掲『制度と自由』142頁以下、とくに153頁以下参照。

(22) オーリウによると、生物であれ社会的組織体であれ、内部の作用と外部環境の動きを区別し得るシステムとなったとき、個性性が備わる (*LMS*, p. 144)。

(23) 個人の場合も、法人格としての意思と個人の中で渦巻く多様で変化に富む想念や意思とは別である (*LMS*, pp. 148-49)。行為能力の制限された個人は、この別個性を典型的に示す (*ibid.*, p. 150)。

(24) オーリウの言う代表制 (*gouvernement représentatif*) は、指導理念の枠内で公共の福祉のために政府諸機関が活動する国家であり、市民が政治参加する国家とは限らない (*TIF*, pp. 110-11)。そこでは、国家は身体化 (*incorporé*) してはいるが、必ずしも人格化 (*personnifié*) してはいない。

論ではなく、より穏当なものである。団体固有の理念に指導され、活動を統御し諸力の均衡を組織化することで安定性を維持し、構成員の慣習の同意によって正当性を得た団体は客観的に実在する。しかし、その団体が法律学で言う主観的意思を持つには、法に基づく機関を備える必要がある。法人格はあくまで法の与えた仮面であり、実体はそれ以前に客観的に存在する。したがって、法人格を付与するか否かは、国家が恣意的に決定できる事柄ではない⁽²⁵⁾。

5. 制度の均衡の意味

オーリウが主要な批判の対象としている議論の一つは、ドイツ流の国家法人理論である。すでに学問として確立していた私法学に遅れをとって形成されたドイツの近代公法学は、政治学、哲学、歴史学等の周辺諸分野からの独立を果たし、法律学として自己を純化すること（*Isolierung*）を目指した⁽²⁶⁾。条文、先例等の具体的素材から体系的な一般原理を抽出し、そこから現実の法律問題への帰結を「論理的に」導き出すこと、政治状況や哲学理論、歴史的経緯等の夾雑物を排除し、内在的かつ客観的に問題を解決し得る学問体系として自己を純化し確立することが、ゲルバーやラーバント等、近代公法学の父たちの目標であった。

そうした学問的純化の核心的手段とされたのが、国家法人理論である。国家を法人として観念し、さまざまな公法上の法律問題を国家とその機関（代表）との授權関係、機関相互の支配・服従・併存関係、国家の意思（典型は法律）とその執行の関係等として把握することで、公法学は私法学

(25) 団体には構成員と組織という客観的側面と、機関を通じて表明される意思という主観的側面とがある。オーリウによれば、団体について身体（*corps*）と魂（*âme*）とを区別するこの議論は、トマス・アクィナスの教理を転位したものである（*PDP* 1916, p. XXIV）。彼の国家論のキリスト教的背景については、本稿最終節参照。

(26) Yan Thomas, *Mommsen et "L'Isolierung" du droit* (Boccard, 1984), p. 32.

と同等の法律学たることを標榜することができた⁽²⁷⁾。

法人たる国家の意思に関わるこうした法律関係に還元し得ない事柄は、法律学の外に廃棄処分されなければならない。国家がいかにして成立するかという問題もそうである。国家法人理論を体系的にフランスに導入したカレ・ドゥ・マルベールによれば、「法律学は、いかなる事実状況で、またいかなる実際上の要因の影響で国家が誕生したかを探求することはない。それを任務とするのは、歴史家や社会学者であって、法律学者ではない」⁽²⁸⁾。オーリウ自身は、「国家の誕生と生涯と死とは、歴史学にのみ属する」とするイエリネクのことばを引用しつつ⁽²⁹⁾、「法人としての国家の意思表示でないすべてのものは、法律学から除外されてしまう」と指摘する(*TIF*, p. 92)。

オーリウは、イエリネク流の客観的法秩序たる法人としての国家観念を受け入れる。「国家の自己制限 *autolimitation de l'État*」は、法的存在である以上、国家は所定の権限と手続の下、その機関を通じてしか行動し得ないという客観的事態を示す標語である(*Principes* 1916, pp. 31-33)⁽³⁰⁾。

しかしオーリウは、公法学の「純化」には抵抗する。オーリウの国家の基礎づけは、社会学と歴史学の知見を導入しつつ、制度としての国家が生

(27) ゲルパーによれば「公法学(*Staatsrecht*)とは、国家権力の学であり、以下の問題を扱う——国家は何を意思し得るか(国家権力の内容と範囲)、いかなる機関がいかなる形式に則って国家の意思を表明することができ、またすべきか。国家の法人格性(*Persönlichkeit*)にこそ、公法学の出発点と核心とがある」(Carl Friedrich von Gerber, *Grundzüge des Deutschen Staatsrechts*, 3rd ed. (Bernhard Tauchnitz, 1880), pp. 3-4.)。

(28) Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, tome I (CNRS, 1962 (1920)), p. 51. See also pp. 66-67.

(29) Cf. Georg Jellinek, *L'État moderne et son droit*, Première partie (Panthéon — Assas, 2005 (1991)), p. 217. オーリウの引用するイエリネクのことばを、イエリネク自身はヘーゲルに帰しているが、参照されている箇所(『法の哲学』341節以下)に、正確に対応する表現は見当たらない。

(30) 今関・前掲111頁参照。もっとも1918年の論稿では、国家の自己制限の理論を、個人の自由を否定し国家の専制権力を基礎づける邪悪な理論として断罪している(*DNA*, pp. 16-17)。

成し、法を分泌することで自らを制限する過程を記述すると同時に、その存在と機能を法律学的に正当化することを目指す。国家は、個人本位の社会秩序を安定的に維持するために出現する。それは、先行して存在する定住民たちの組織する諸制度を内包し、それらを支える制度、つまり「諸制度の制度 l'institution des institutions」(*Principes* 1910, pp. 125-26)である。

慣習的な国家の歴史的形成は、国家の法的形成でもある。ものごとの発生の経緯の説明は、同時に結果の正当化の論理である。「法を歴史から分離することはできない。論理的には、国家の自己制限は不条理として現れる。歴史的には、それは憲法上の真理である」(*Précis*, p. 101)。オーリウにとって、社会的・経済的な生成と変容の過程の記述は、結果の正当化でもある。この種の企図が陥りがちな陥穽は、あまりに多くのことを論証してしまうことである⁽³¹⁾。

オーリウの企図があまりに多くのことを論証してしまう理由の一つは、彼が個人主義を称揚し、個人の自由と幸福の重要性を強調するにもかかわらず、個々人が自律的に実践的理由について判断し、行動すべきことを議論のそもそものベースラインとしていないことにある。個人の判断は誤りがちである。ルソーやカントに由来する国家理論・法理論は、個々人の主観的意思を権威の正当化根拠とする点で誤っている⁽³²⁾。しかし、個人の自律的判断がベースラインでないとすると、制度が十分に正当化されているか否か、制度に従って行動することが正当か否かは、何に照らして判断すればよいであろうか。歴史的・社会学的生成の結果であることが自動的に正当性を保証するのであれば、現に存在するものはすべて正当である。しかし、オーリウはその点に関して一貫していない。

(31) Cf. Julia Schmitz, *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou* (L'Harmattan, 2013), p. 335.

(32) 後注36参照。

6. 渾然たる渦巻からの脱出

オーリウによれば、国家は団体としての制度の一種である。事業の理念によって指導され、統御の諸機関を備え、均衡した安定状態を持続させ、構成員の慣習的同意の対象となる。そうして生成し、持続する国家はすべて正当な国家であろう。しかしオーリウは明らかに、ソヴィエト連邦を正当な国家だと考えていない⁽³³⁾。十分に個人本位の社会を内包しておらず、彼の期待するような諸権力の均衡が実現していないことがその理由かも知れない⁽³⁴⁾。しかし、ソヴィエト連邦も、国家として生成し持続しているからには、実現すべき事業の理念があり、固有の均衡によって安定状態が持続しており、統御の諸機関を備え、構成員の慣習的同意を得ているはずである。

また、国家は多種多様な制度の一つにすぎない⁽³⁵⁾。オーリウは、形態構造の完全性と、内包する個人本位の秩序の価値実現の点で、国家が他の諸制度に対して優位を占めるとするが、個人本位の秩序は他の制度内部でも実現し得るであろうし、個人本位の秩序の価値を十分に実現しない国家も存在する。形態構造の完全な制度も、彼自身が挙げる株式会社のように、他にも存在する。制度が、少なくとも完全な制度のすべてが正当性を備えるのだとすると、制度理論は、国家固有の正当性を十分に論証してい

(33) オーリウにとって、ドイツ第二帝国も正当な国家ではなかった。それは自然法の普遍的価値から逸脱して自国至上主義におぼれ、正義や法より力を称揚し、個人の自由と財産を否定する集産主義国家である（DNA, pp. 14-19）。

(34) オーリウは、公私が区分され、公権力と私有財産とが分化した社会にしか、本来の意味における国家は存在しないと言う（*Principes* 1916, p. VII）。

(35) 多種多様な制度はそれぞれ、固有の法を分泌する。国家はその内部で、多様な制度による多様な事業を可能とする。オーリウの理論は、部分社会の法理を支える潜性を秘める。田中耕太郎の部分社会論と制度理論との関連性については、小島慎司「日本における制度法学の受容」高見勝利先生古稀記念『憲法の基底と憲法論』（信山社、2015）274-75頁参照。

るとは言いがたいように思われる。

この陥穽から抜け出す途は少なくとも2通りある。第一は、諸制度および諸国家の生成と持続の過程に関する制度理論を純粋に社会学的な記述の理論として純化した上で、何が正当な制度であり、何が正当な国家であるかは、制度や国家の外部にある価値基準に照らして判断するという途である。事実と規範は峻別される。オーリウは、最終的にはこの途を辿ろうとした可能性がある⁽³⁶⁾。しかしこれでは、制度理論の法ドグマティックとしての性格はほとんど失われる。法律学には属さない社会学の理論として処理されることになる。国家の生成と持続の問題を法律学から駆逐することになる点では、彼が批判してやまないドイツ流の国家法人理論と変わるところはない。

第二に、制度理論にある程度までの正当化の力を認める途がある。この途を辿るためには、制度理論がいかなる意味で、どの範囲で正当化の力を持つかを見極める必要がある。一つの有力な候補となるのは、人々の社会的相互作用を調整する制度の機能に着目する道筋である⁽³⁷⁾。

定住化によって開始した文明社会では、オーリウが描くように人々は個々人の利害と投機の意識にもとづいてさまざまな相互作用を展開する。そのためには、人々の行動の前提となる客観的諸制度が確立している必要がある。国家によって保護される契約締結にはどのような条件が要求されるか、どのような行動が逸脱行動して国家による刑罰や賠償の対象となる

(36) Cf. Schmitz, op. cit., pp. 346-50. オーリウによると、正義の理念の主要な構成要素は自由、すなわち誤りを犯しがちな個人という悲観的個人観である。個人が第一であり、社会は個人の幸福に奉仕する手段である。しかし、誤りがちな個人の自由を抑制し規律する社会組織が必要となる (*DNA*, pp. 13-14 & 23-24)。これに対し、ルソー等の楽観的個人観は、個人は善であり社会制度が悪であると考え、個人の意思のみに基づいて社会制度を根本的に再構築すべきだとする (*DNA*, p. 25)。

(37) 調整問題とその解決については、さしあたり、長谷部恭男『権力への懐疑』(日本評論社、1991)第2章、同『憲法の円環』(岩波書店、2013)第1章等参照。

か、国家が介入しないとされる私的領域はどの範囲か等の問題は、人によって見解の違いはあれ、大部分の人々が従うべきルールが設定され、実際に大部分の人々がそれに従って行動することが肝心な問題である。そうであれば、こうした諸制度が生成し、大部分の人々がそれに沿って行動する以上、そうした行動は持続していくであろうことが期待できる。こうした調整問題を解決する諸制度に必要なのは、人々の明示の誓約ではない。忍従で十分である。人々はそれぞれ自己の利害を理由として、これらの諸制度に沿って行動する。慣習の生成と持続も、こうして説明される⁽³⁸⁾。

調整問題には、複数の解決手段(調整均衡)がある。大部分の人々が一致した行動をとるべきだと大部分の人々が考えているにもかかわらず、解決手段が複数あるために大部分の人々がどの手段をとるかが大部分の人々にとって分からない、というのが調整問題状況である。結論の選択肢が複数あるだけでなく、いずれの結論をとるかによって、社会集団間の利得が大きく異なる場合もある。ジェレミー・ウォルドロンの言う「政治の状況」である⁽³⁹⁾。しかし、利害の対立はあっても、すべての構成員に共通する利益を理由に、社会全体として統一された結論が要求されることは誰もが承知しているため、いったん採用された結論の持続性は保障される。その限りで、「政治の状況」はなお調整問題状況である。調整問題状況を解決することにより、人々の忍従を得た具体的秩序は、その存在と機能によって自動的に正当化される⁽⁴⁰⁾。解決すべき調整問題の規模と広がりに応じて、国家と国家内の公私の諸制度の役割と正当性が区別される。

オーリウは、制度内の諸力の均衡は、同じ重さの分銅が平衡をとるようなものではないと言う。それは生物内部の均衡と同様、諸力のうちの一つが他に優越することで成り立つ(*Principes* 1910, p. 134)。議院内閣制における権力の均衡も同様で、議会と政府の均衡は、同等性に基づくものではな

(38) 長谷部・前掲『権力への懐疑』39-41頁。

(39) Jeremy Waldron, *Law and Disagreement* (Clarendon Press, 1999), pp. 101-05; 長谷部・前掲『憲法の円環』7-8頁参照。

い。つねに、一方が他方に優越するが、劣位に立つ側が優越する側の支配力を限定する手続上の抵抗手段を備えていることで、均衡は成り立つ (*Précis*, p. 369)。優劣関係の下で成り立つ均衡が、なお全構成員に共通する利益に基づいて受容され、持続することで、制度の安定性は保たれる⁽⁴¹⁾。オーリウの言う制度の均衡は、「政治の状況」での特定の結論の持続として理解することができる。制度の構成員が、制度内の制御にあたる諸機関を権威として受け入れるのも、これらの諸機関が制度内部の調整問題を解決するからである⁽⁴²⁾。

しかしこうした道筋を辿ることは、オーリウが明示的には指摘しなかった調整問題の解決機能こそが制度の、そして国家の正当化根拠であり、制度と国家の生成と持続を説明すると認めることである。結局のところ、オーリウの制度理論それ自体には、制度を正当化する力もその生成と持続を説明する力も欠けていることになる。

これで終わりだろうか。国家の基礎に関するオーリウの議論は現代流の社会理論・法理論に、悪くするとゲーム理論に、内実のすべてを吸収し尽くされてしまうものであろうか。プロクルステスの寝台に合わせて、オーリウの足を引き伸ばしたり切り揃えたりしているだけではないか。

むすびに代えて——オーリウの霧の中へ

オーリウによると、慣習的同意によって支えられる制度の権力として基

(40) 長谷部・前掲『憲法の境界』15-18頁参照。人々の忍従を獲得するためには、そうした具体的秩序は、根本的な政治道德上の要請の範囲内になければならない(同上)。

(41) オーリウは、ルソーの主張に反して、法律は一般意思の表明であるとは限らないと言う。議会制民主主義国家の法律も、せいぜい議会および有権者の多数派の意思に過ぎない (*Principes* 1916, p. XVII)。

(42) 権威と調整問題の解決の関係は、ジョゼフ・ラズの一連の業績がこれを分析している。たとえば、Joseph Raz, *Between Authority and Interpretation* (Oxford University Press, 2009), p. 216 参照。

礎づけられる国家の権力は、平時における法的権力 (*pouvoir de droit*) である。革命や外敵の侵攻によって法的権力が滅失した非常時において、つまり事実上の権力 (*pouvoir de fait*) が成立する状況は、「率直に、法の外にあることを認めなければならない。そのときは、権力の神的起源に関する神学理論に訴えるべきである」(*Précis*, p. 14, note 5)。

もっとも、権力の起源が神にあるとの神学理論は、非常時の権力だけではなく、すべての権力に妥当する (*Précis*, p. 29)。「すべての権力は神から来る *omnis potestas a deo*」⁽⁴³⁾。人間の集団は、政府なくしては存続しえないこと、人間は自然の必要への服従を好まないこと、自由への愛の故に人間は自分自身にしか従おうとしないこと、あるいは、それも自身の自由に属するかに見える超越的意思に従うことしかしないこと——こうした形而上学・神学が正義と善、偉大な宗教的理念として発現する。法がこの法則を免れることはあり得ない。平常時においては、法は、形而上学の表層を威厳をもって覆う。人は表面しか見ることがない。しかし、法の外衣が欠けた事実上の権力にあっては、背後の形而上学・神学が姿を現す (*Précis*, p. 29)。

事実上の権力をもたらし革命は2種類に分かれる。社会革命と単なる政治革命である。

社会革命 (*révolutions sociales*) は、従前の政府を破壊するだけでなく、

(43) パウロ『ローマ人への手紙』13.1。オーリウによれば、王権神授は君主制の原理であり、民権神授は革命の原理であり、諸個人を構成員とする国家法人こそ、立憲制の原理である。神の似姿たる人間にならって法人という社会組織がイメージされる (*Principes* 1916, p. XII)。オーリウの法理論を、政教分離を強行する第三共和政を弁証するパリ大学法学部に対抗し、カトリシズム自然法論に基づいて反抗攻勢をかけた地方大学公法教授陣の動きの中に位置づけるものとして、Guillaume Sacriste, *La république des constitutionnalistes: Professeurs de droit et légitimation de l'État en France (1870-1914)* (Presses de Sciences Po, 2011), esp., pp. 435-437 & 492-505 がある。教授資格試験に首席で合格し、赫赫たる学問的業績にもかかわらず、オーリウが羨望したパリ大学の講座に招聘されなかったのも、彼の頑ななカトリシズムのためであった (*ibid.*, pp. 197 & 396-98)。

国家という制度自体を、基本的自由、家族、私的財産という行政的・社会的枠組みの中における国家を破壊する。こうした個人本位の社会制度を家族、私有財産を禁圧する共産主義の社会制度に置き換えようとする。ソヴィエト・ロシアの革命がそれである。そこでは、政治的憲法を採択するだけで法的権力へと復帰するには、文明的諸制度との隔絶があまりに大きい (*Précis*, p. 32)。ロシアには、事実上の権力しかあり得ない。文明的な社会秩序の基本要素を確立することができない。しかも、この政府は、抵抗権の行使が正当化されるほどに恣意的・専制的である。この政府が外国政府の承認を得ていることは確かだが、国際法上の政府の承認は、国内公法上のそれと同等の意義は持ち得ない (*Précis*, p. 32)。

一般的には、事実上の政府は無政府にまさり、社会秩序は政府なしには維持し得ず、権力は神に起源を有する自然な事物であり、慣習的同意を得ることで法的権力へと変容することが期待される。これが神学的道德の教えるところであり、賢慮と実際の教えるところでもある (*Précis*, pp. 32-33)。

オーリウによれば、制度としての国家の権力を含め、すべての正当な権力の正当性を支えているのは、結局は神学理論である。政府なくしては文明生活を維持することのできない人間の本性、墮罪によって歪み、正しい人倫から逸脱しがちな人類の変わらぬ本性が、秩序を維持すべき正当な政府の存在を説明する⁽⁴⁴⁾。共産主義国家の正当性の欠如も、それによって説明される⁽⁴⁵⁾。

しかし、共産主義にも固有の人間観、歴史観がある。国家とは、生産手段を所有する支配階級が、被支配階級の担う労働から生み出される剰余価値を収奪・搾取するための暴力装置に他ならない。しかし、生産力の発展

(44) *DNA*, pp. 23-24; Cf. Schmitz, op. cit., p. 345.

(45) 全体としては正当な国家が不当な活動をすることもある。オーリウによれば、フランス政府が、非嫡出子を嫡出子と同等に扱い、離婚を許容し、教会を攻撃するのは、その例である (*Principes* 1916, pp. 763-64)。

は、生産関係と上部構造との矛盾をもたらし、最終的にはプロレタリア革命を通じて抑圧の手段であった国家の死滅を導き、贖いの時が到来する。資源の稀少性から解放されたその段階では、人々はもはや利己心にとらわれることなく、長時間労働からも解放されて自由にその才能を開花させ、善き本性を実現する。オーリウが称賛してやまない制度の働きも秩序の維持も、そこでは必要がない。人間の本性自体が変容する。抑圧されていた、人本来の姿が蘇る。

二つの比較不能な信仰の対立がここにはある。オーリウはその一つを自らの意思で選択した。客観的なもののみをはじめにあるわけではない⁽⁴⁶⁾。しかも彼は、比較不能な多様な価値観が共存する社会の存在も信じていない。二重の意味で、彼の選択は主観的である。

オーリウの著作については、下記の略称を用いた。

DNA: 'Le droit naturel et l'Allemagne', first published in 1918, reprinted in his *Aux sources du droit* (Centre de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen, 1986 (1933)).

LMS: *Leçon sur le mouvement social* (Larose, 1899).

NM: 'Notice sur les œuvres de Léon Michoud', *Revue du droit public*, tome 33 (1917).

Précis: *Précis de droit constitutionnel*, 2nd ed. (Sirey, 1929).

Principes 1910: *Principes de droit public* (Sirey, 1910).

Principes 1916: *Principes de droit public*, 2nd ed. (Sirey, 1916).

TIF: 'La théorie de l'institution et de la fondation — Essai de vitalisme social', first published in 1925, reprinted in his *Aux sources du droit*.

(46) オーリウは、ブルジョワの生活と労働者の生活の分断が解消したその日には、議会制共和国という「非論理的 *insulte à la logique*」な現体制も消え去り、直接民主政の範囲の拡大した制度へと席を譲るであろうとする。ただ、そのためには、人民のより完璧な教育が必要となる (*Précis*, p. 341)。

民事執行における失権

——過誤配当における抵当権者の不当利得返還請求の
可否に関する検討を中心にして——

松 村 和 徳

1. はじめに——考察の対象——
 2. 過誤配当と不当利得返還請求との関係
 3. 民事執行手続と失権
 4. おわりに
-
-

1. はじめに——考察の対象——

手続法は、適正、迅速かつ公正な裁判を通して、個々人の実体的権利の保護とその実現をめざしている。手続当事者の実体的権利は、手続上も実体法秩序に従って原則保障される。しかし、適正、迅速かつ公正な裁判をめざして手続が構築される以上、手続当事者はそれに協力し、一定の制約を受けることになる。その制約の中で手続法上重要な意義を有してくるのが「手続による失権」システムである。とくに手続当事者が自己に保障されている諸権利・手段を行使しなかった場合には、「手続による失権」により、手続当事者は事後それらの諸権利・手段を手続上行使できなくなり、ひいてはその実体的権利を喪失することにもなってくる。民訴法上、責問権の喪失、時機に後れた攻撃防御方法の却下などがその失権の例である⁽¹⁾。この手続による失権は民執法上も存する（例えば、民執184条）。し

かも、民事執行手続は権利実現のための手続であることから、その失権は、実体的権利の喪失に直結してくる。本稿は、この民事執行における失権の構造、あり方について、とくに優先的弁済権を執行手続上も保障されている担保権者の失権可能性に関して中心的に検討するものである。

民事執行は、権利実現のプロセスである。執行債権者は、民事執行の手続を通して自らの権利を実現していく。この権利実現のプロセスにおいて、執行対象物に付着していた諸権利は、消滅しあるいはそのまま買受人に引き継がれる(民執59条)。執行事案の中核をなす担保権(とくに、抵当権、以下は抵当権を中心に論述を進める)は、実体法上優先的弁済権を有しており(民369条1項)、執行法上も基本的にはその満足が保障される。つまり、執行手続の結果として、担保権(抵当権)は、売却手続を経て消滅することになるが(民執59条1項)、剰余主義の適用により(民執62条)、少なくとも優先順位にある抵当権者はその債権回収を保障されている。しかし、抵当権者は、執行手続との関係で常にその権利を保障されるのであろうか。倒産手続においては、その手続の目的と特質から抵当権者も一定の制約を受ける(例えば、破産186条以下、民再148条以下、会更47条、104条以下など)。実体法上も制約を受ける場合もある(民379条以下など)。

執行という局面での抵当権者の処遇を筆者に考えさせる契機となったのが以下の判例である。すなわち、過誤配当の場合において、配当異議を申し出なかった者(抵当権者、一般債権者)が配当手続終了後に不当利得返

(1) 民事訴訟における失権に関しては、さしあたり霜島甲一「民事訴訟における失権とその根拠」新堂幸司編著『特別講義民事訴訟法』(有斐閣・1988)350頁以下など参照。なお、筆者は民事訴訟における失権に関して「手続集中」理念から検討してきた(拙稿「わが国におけるオーストリア民事手続法の受容—「手続集中」理念と大正民事訴訟法改正—」早稲田大学比較法研究所叢書41号「日本法の中の外国法」(成文堂・2014)213頁、同「「手続集中」理念とその方策としての弁論準備システム」河野古稀祝賀論集『民事手続法の比較法的・歴史的研究』(慈学社・2014)221頁)。本稿もこの研究の一環として位置づけることができる。なお、本研究は、平成27年度科学研究費補助金(課題番号:15K03226)の一部の補助を受けたものである。

還請求をできるか否かが問われた二つの判決（①最判平成3年3月22日民集45巻3号322頁と②最判平成10年3月26日民集52巻2号483頁）と、抵当権実行における競売申立て段階において、申立人が主張した被担保債権額を、その後の配当段階で拡張することができるかが問われた③最高裁平成15年7月3日裁判集民事210号217頁である。

配当による債権者は、配当表に基づき配当を得る。しかし、その配当表が実体的に正当な内容をもって作成されなかった場合、配当期日に欠席し、配当異議の申出をしなかった（取下げも含む）債権者（抵当権者、一般債権者）であっても、事後に、その配当表に従い配当を受けた他の債権者に対して、不当利益返還請求をなしうるかという問題が存した。上記①、②判例は、まさにこの点を問うものである。抵当権は、実体法上、優先弁済権があり、また被担保債権の全部の弁済があるまで目的物の全部の上に効力が及ぶ（担保物権の不可分性）ことから、抵当権は、その満足が保障されない限り、常に、権利追求をなしうるとの結論になるのか。他方、執行手続が適法に経過したにもかかわらず、実施された配当結果の覆滅を認めることは、配当手続を徒労に終わらせ、執行手続の安定性の観点から問題となる。最高裁は、上記①、②判決において、抵当権の効力として抵当不動産の代金から優先的弁済を受ける権利を有することから、他の債権者が債権又は優先権を有しないのに配当を受けたときには、抵当権者には実体法上の優先弁済権が害されたことによる「損失」があり、一般債権者は執行目的物上に実体法上の権利を有するものではなく、「損失」がないとして、抵当権者にのみ不当利得返還請求を認めた。

しかし、他方で、最高裁は、被担保債権の一部のみにつき競売を申し立てた担保権者による、事後（とくに配当段階で）、残部による請求債権額拡張の可否につき、③判決において、「競売手続の安定した遂行」を重視して、「当該申立債権者の選択を信頼した競売手続の関係者に対する禁反言の要請」から請求債権額拡張を原則として否定した。これは、抵当権者の実体法上の権利が手続の安定性から制限されたものとみなしうる。

これらの判例は、一方で、抵当権者の実体法上の権限保障を優先し(①判決)、他方で手続の安定性を抵当権者の実体法上の権限保障より優先する結果(③判決)となっている。どのように考えればよいのであろうか。換言すれば、それは、執行手続における失権のあり方を問うものと思われる。本稿は、この点について若干の考察を行うものである。

2. 過誤配当と不当利得返還請求との関係

まず、過誤配当において配当異議を申し立てなかった者が配当手続終了後に不当利得返還請求をなしうるかをめぐる議論を概観してみる。なお、債務者については、もともと配当関係の外に立つことから、配当異議の申出の有無に関わらず、自己に対する本来の債権額を超えて配当を受けた債権者に対して、債務主義の既判力に妨げられない限り、不当利得の返還を請求できるとするのが通説・判例である⁽²⁾。そして、配当期日の通知を受けていない債権者については、手続保障の点から不当利得返還請求を認める点で議論はほぼ一致する。また、一般債権者については、自分の受け取るはずであった配当額を他の者が受け取ったからといって、その分の債権を失うことにならず、他の責任財産にかかっていける。争いとなっているのは、それ以外である。いずれも判例・学説で激しく議論され、以下に記述するように、未だ議論の一致をみていない。

(1) 旧法下の議論

旧法下における配当手続は、動産執行について規定され、不動産執行がその特則を定める方式であった。動産執行では、債権者の協議によることを原則としていたが、不動産執行では、配当期日において関係者の意見を聞いたうえで裁判所による配当表確定が原則とされていた。動産執行で

(2) 中野貞一郎＝下村正明『民事執行法』(青林書院・2015) 564頁など参照。

は、期日に出頭しない債権者は配当表の実施に同意したものとみなされた。配当期日において配当額に異議を申し立てた者は、期日から七日以内に配当異議の訴えを提起すべきと規定されていた（旧民訴632条、633条）。そして、過誤配当における不当利得返還請求の可否の問題をめぐっては、旧民事訴訟法634条の規定が考慮された。

（参照）旧民事訴訟法634条（条文中のカッコ内の記述は筆者）

「異議ヲ申立テタル債権者前条ノ期間（異議者の起訴証明期間（配当期日から7日））ヲ怠リタルトキト雖モ配当表ニ從ヒテ配当ヲ受ケタル債権者ニ対シ訴ヲ以テ優先権ヲ主張スル權利ハ配当実施ノ為妨ケラルルコト無シ」

通説は、この規定の文理に従って、配当期日に配当異議を申し立てた債権者は、自分の受けるはずであった配当額を他の者が受け取ってしまった場合には、その者に対して、不当利得返還請求ができるとされていた。問題は、異議を申し立てなかった債権者は、この条文の反対解釈として、不当利得返還請求はできるか否かであった。通説・判例は、この文理通りに解釈し、これを消極的に解していた⁽³⁾。債権者が配当異議を申し立てたか否かを可否の基準としたのである。この立場は、配当表を「裁判」と解する立場に依拠して主張されていた。大判明治30・11・26民録3輯10巻87頁、大判昭和15・1・15新聞4525号11頁などは、この配当表＝裁判説の当然の帰結として、消極説に立っていた。その一方で、配当期日において異議を申し立てなかった債権者も、「せいぜい配当手続の関係で配当表に従い配当を実施することに同意したものと擬制されるにすぎず、他の債権者の実体法上の権利を承認し又は自己の有する実体法上の不当利得返還請求権を放棄したこととなるわけではない」との見解も有力に主張されていた⁽⁴⁾。

他方、担保権（抵当権）の実行による任意競売については、強制競売の

（3） 兼子一『増補強制執行法』（酒井書店・1955）223頁、山木戸克己「任意競売と配当手続」民事訴訟法論集（有斐閣・1990）（初出：谷口知平還暦（3）（1972））298頁など参照。

（4） 宮脇幸彦『強制執行法（各論）』（有斐閣・1978）496頁。

場合とは反対に、不当利得返還請求を認める立場が通常であった。旧法下における配当手続は、担保権実行手続を規定していた競売法には規定されず、強制執行の規定を準用して運用されていた⁽⁵⁾。しかし、任意競売で配当手続を行うといっても、その規定の全面的準用、とくに旧民訴法633条・634条の準用については消極的に解する傾向にあった⁽⁶⁾。判例の動向については、「手続中の不服申立については民訴法の配当手続に関する規定を準用して異議申立および配当異議の訴を認めるが、過誤配当による不当利得の成否に関しては民訴法の規定の準用を否定して、手続中に異議を申し立てなくとも失権の効果を生じないとし、さらに配当異議訴訟の確定判決に従ってなされた配当についてもなお不当利得返還請求を認めている」とする指摘がなされていた⁽⁷⁾。例えば、大判大正3・7・1民録20輯570頁(575頁)は、「競売法第三十三条ニ依り、裁判所カ競売代金ヲ交付スル行為ハ、実体上ノ權利ヲ確定スルモノニ非サルヲ以テ、同条ニ依リ配当ヲ受ケタル者ハ実体上之ヲ受クヘキ權利ヲ有スルモノニ限ラス。而シテ配当ヲ受クヘカラサリシ者カ、誤テ配当ヲ受ケ為メニ、当ニ配当ヲ受クヘカリシ者カ却テ之ヲ受ケ得サリシ場合ニ於テハ、前者ハ法律上ノ原因ナクシテ後者ノ当ニ受クヘカリシ財産ニ因リ利益ヲ受ケ為メニ後者ニ損失ヲ及ホシタルモノナレハ、民法第七百三条ニ從ヒ不当利得ノ責ニ任セサル可カラサルコト、本院判例ニ示ス所ノ如シ(句読点は筆者)」とし、その後、最高裁でも、最判昭和31・11・30民集10巻11号1495頁で、不当利得返還請求ができることを前提として担保権者が配当異議訴訟を提起できる旨を判示

(5) 競売法による任意競売の規定自体が不備であり、大決大正2・6・13民録19輯436頁で「競売法中反対規定ナク又其性質ノ許ス限りハ、民事訴訟法ノ規定ヲ準用シテ、競売法ノ運用ヲ円滑ナラシメ、競売手続ノ開始進行終了ニ支障ナカラシムルコトヲ要ス」として、基本的には民事訴訟法の強制執行の規定が準用されることになった。

(6) 宮脇・前掲書499頁など参照。

(7) この判例分析に関しては、山木戸・前掲論文323頁。なお、その理由としては、配当表が実体法上の権利を確定または形成するものではないという点であった。

した⁽⁸⁾。また、配当異議訴訟の確定判決に従ってなされた配当についてもなお不当利得返還請求を認めたのが、最判昭和43・6・27民集22巻6号1415頁である。このように、任意競売においては、判例は配当手続における失権効には消極的立場であったといえる。この点の事情につき、山木戸克己博士の次の指摘⁽⁹⁾が興味深い。すなわち、「判例が配当手続の失権的効果に否定的であることの背景としては、担保権実行の競売手続における配当手続に関する実務の取扱いが確立しておらず、また配当期日における手続が失権効を認めるに達するほど慎重でないとの危惧があり、そもそも強制競売の場合を含めて配当手続の失権効に対する消極的評価がある、という事情があるのではないかと憶測される」との指摘である。

(2) 民事執行法下の議論

このように、旧法下においては、規定の不備もあり、過誤配当における不当利得返還請求の可否についての争いは終結せず、立法に委ねられた。しかし、昭和54年制定の現行民事執行法では、その立法過程においてはこの問題についての議論はほとんどなされず、旧民訴法634条の規定を削除し、問題は解決せず、解釈に残された⁽¹⁰⁾。

(8) 最高裁昭和31年判決は、以下のように判示している。

「抵当権の実行による不動産競売手続において配当表が作成された場合、異議のある抵当権者は、本件のごとく抵当権者相互の抵当権の存否、順位、被担保債権の範囲、並びに競売手続において配当を受くべき金額等を主張して配当表に対する異議の訴訟を提起し得るものと解するを相当とする。けだし、かかる訴を提起し得ると解することは、なんら競売法の精神に反するものとは認め難いし、かつ右のごとく異議のある抵当権者の不服方法を、単に競売手続終了後における不当利得返還の請求だけに限定すべき法理は存しないからである。」

(9) 山木戸・前掲書341頁以下。山木戸説は、配当手続の核心は売得金の配分について競合債権者間の調製にあるとし、実務上の事情があるとしても、配当手続に失権効を認めることは理論上当然であるとする。そして、配当手続における関係者の手続保障を立法上も実務上も十分配慮されているかが問題とする(342頁)。

(10) 田中康久『新民事執行法の解説(増補改訂版)』(きんざい・1980) 238頁な

民執法制定直後の議論では、消極説⁽¹¹⁾が有力であった。消極説の論拠は、配当手続への参加と意見陳述の機会が与えられておきながら、その機会を利用しなかったことを理由とする「失権」に求められていた。つまり、配当に与える債権者相互間での配当関係においては、配当の順位や額につき実体状態との厳格な整合性は必ずしも要求されず、債権者の自主的な態度決定による変容の余地あり(配当表の正当性は債権者自治に求める手続構造となっている)、配当期日に出頭せず、出頭しても異議を申し出ない、あるいは異議を申し出ても配当異議の訴え等を提起せず、異議を貫徹しない場合には、配当表への賛意の表明があったものとみなす点にあった⁽¹²⁾。したがって、総債権者の合意により記載された配当表に基づく配当実施に準じ、「法律上の原因」(民703条)を有するとされた。

しかし、他方で、抵当権者と一般債権者双方が不当利得の返還請求をできるとする積極説⁽¹³⁾、抵当権者のみ不当利得を認め、一般債権者は否定する折衷説⁽¹⁴⁾が唱えられていた。

ど参照。不当利得になるかどうかは、実体上の要件であるから、民事執行法の中におくのはおかしいということから、旧民訴法634条は削除され、解釈に委ねられることになったとされる(ジュリ増刊・民事執行セミナー(1981)200頁(浦野発言)など参照)。

- (11) 田中・前掲書238頁、中野貞一郎『民事執行法(第2版)』(青林書院・1991)445頁以下、中野貞一郎編『民事執行法概説』(有斐閣・1991)223頁以下(鈴木正裕)、香川監修・注釈民事執行法4(きんざい・1983)355頁以下(近藤崇晴)、山木戸克己『民事執行法講義』(有斐閣・1984)156頁、鈴木=三ヶ月編『注解民事執行法(3)』(第一法規・1984)386頁以下(中野貞一郎)など。
- (12) 前掲・注解民執法(3)(中野)388頁など参照。前掲・民執セミナー200頁(宇佐美発言)では、仮登記担保法17条2項で、仮登記担保権者は配当要求の終期までに届け出ないとその手続では失権する旨を規定していることとの均衡上、抵当権者の失権もありうるのではないかと指摘もなされている。
- (13) 石川明「配当異議と不当利得」金法992号(1982)6頁以下。
- (14) 浦野雄幸『条解民事執行法』(商事法務研究会・1985)415頁は、少なくとも配当異議の申出をした抵当権者は不当利得返還請求ができるとする。また、司法研修所編『執行関係等訴訟に関する実務上の諸問題』(法曹会・1988、以下「諸問題」)293頁以下は、一般先取特権者以外の抵当権者は、配当異議の申出に関わらず、不当利得返還請求ができるとする。前者(浦野説)は、基本的に

積極説⁽¹⁵⁾は、配当手続の性質と実情をその正当化根拠とした。つまり、民執法の配当手続は個別合意による配当を許容してなく、手続上の要請から実体関係の変動を認めることは必要最小限にとどめるべきであるとする。そして、手続の実情は、債権者は配当表の不当を容易には知り得ないし、配当表は不正確な資料に基づいて作成せざるをえない。實際上配当手続への債権者の参加も少ない。また、配当表には実体的確定力がない。さらに、配当異議の訴え提起の証明期間が1週間しかなく、不当利得返還請求を失権させるほどの手続保障があるとは言えない。したがって、失権規定がなく、実体関係の終局的確定を訴訟に委ねる建前の下では、配当の結果を安定させ、不当利得返還請求を遮断するような失権的要請は認められない点を論拠としたのである。

折衷説⁽¹⁶⁾は、抵当権が執行目的物に対する交換価値を把握し、実体法上の優先権を有する点を不当利得返還請求が認められる論拠とする。旧法下から継続する実務の立場であったと言える。抵当権者は、抵当権の効力として抵当不動産の代金から優先弁済を受ける権利を有することから、他の債権者が債権又は優先権がないのに配当を受けたことでこの権利が侵害された場合は、他の債権者は抵当権者の損失によって利得したことになるとする（不当利得の要件である「損失」があるとする。つまり、抵当権者は目的財産の交換価値を実体法上把握していると解するのである）。これに対して、一般債権者は、その交換価値に実体的な権利を有していないので、不当配当がなされた場合にも「損失」がないとするのである。判例は、下記に示すように、債権者が執行目的財産について実体的優先権の保障された権利があるか否かを判断し、抵当権者のみに不当利得返還請求を肯定する。次の下級審判例の流れがそれを示していた。

は消極説の立場に立つものと言え、後者がその後の議論における折衷説と言えよう。

(15) 石川・前掲論文9頁参照。

(16) 前掲・諸問題295頁以下。

この問題をめぐる民執法下の判例は、一般債権者からの不当利得返還請求につき、東京地判平成元・12・22判時1347号75頁、東京高判平成2・5・30判時1353号62頁(平成元年東京地判の控訴審)及び東京地判平成3・1・24判時1384号67頁がある。いずれも、不当利得返還請求を否定するが、東京高裁は折衷説に立って一般債権者からの不当利得返還請求を否定したものといえる。抵当権者については、東京地判平成2・1・16金判858号10頁、その控訴審たる東京高判平成2・9・13判時1365号60頁(この上告審が下記最高裁平成3年判決)、仙台高判平成3・2・21判時1404号85頁があるが、いずれも抵当権者からの不当利得返還請求を肯定し、折衷説の立場にたつ。このように、下級審判例の主流は、折衷説に立つものと評することができた。少なくとも、抵当権者からの不当利得返還請求は肯定されていた。そうした中で、以下に記述する①最判平成3年3月22日民集45巻3号322頁及び②最判平成10年3月26日民集52巻2号483頁という二つの最高裁判決が登場し、判例が折衷説を採用することを明らかにした。

(3) 最高裁平成3年判決及び平成10年判決とそれをめぐる議論

(イ) 最高裁平成3年判決及び平成10年判決

まず、①最判平成3年3月22日民集45巻3号322頁⁽¹⁷⁾は、配当期日に配当異議を申出なかった抵当権者が配当を受けた他の債権者に対してなした不当利得返還請求事案であった。最高裁は、以下のように判示し、抵当権者からの不当利得返還請求を肯定した。

「抵当権者は、不動産競売事件の配当期日において配当異議の申出をしなかった場合であっても、債権又は優先権を有しないにもかかわらず配当を受け

(17) この判決に対する評釈として、以下のものがある。中野貞一郎・私法判例リマックス1991(上)153頁、青山善充・法教133号98頁、秦光昭・手形研究456頁4頁、栗田隆・金法1288頁、塚原朋一・金法1298号12頁、田原陸夫・金法1298号15頁、加藤哲夫・法セミ443号144頁、松岡久和・金法1304号66頁、富樫和厚・曹時45巻7号103頁、滝沢聿代・判例評論393号(判時1394号180頁)など。

た債権者に対して、その者が配当を受けたことによって自己が配当を受けることができなかった金銭相当額の金員の返還を請求することができるものと解するのが相当である。ただし、抵当権者は抵当権の効力として抵当不動産の代金から優先弁済を受ける権利を有するのであるから、他の債権者が債権又は優先権を有しないにもかかわらず配当を受けたために、右優先弁済を受ける権利が害されたときは、右債権者は右抵当権者の取得すべき財産によって利益を受け、右抵当権者に損失を及ぼしたものであり、配当期日において配当異議の申出がされることなく配当表が作成され、この配当表に従って配当が実施された場合において、右配当の実施は係争配当金の帰属を確定するものではなく、したがって、右利得に法律上の原因があるとはできないからである。」

そして、配当期日に配当異議を申出なかった一般債権者が配当を受けた他の債権者に対してなした不当利得返還請求事案であった、②最判平成10年3月26日民集52巻2号483頁⁽¹⁸⁾は、以下のように、判示し、不当利得返還請求を否定した。

「配当期日において配当異議の申出をしなかった一般債権者は、配当を受けた他の債権者に対して、その者が配当を受けたことによって自己が配当を受けることができなかった額に相当する金員について不当利得返還請求をすることができないものと解するのが相当である。ただし、ある者が不当利得返還請求権を有するというためにはその者に民法七〇三条にいう損失が生じたことが必要であるが、一般債権者は、債務者の一般財産から債権の満足を受けることができる地位を有するにとどまり、特定の執行の目的物について優先弁済を受けるべき実体的権利を有するものではなく、他の債権者が配当を受けたために自己が配当を受けることができなかったというだけでは右の損失が生じたということができないからである。」

(18) この判決についての評釈として、以下のものがある。上原敏夫・NBL663号60頁、滝沢津代・民商120巻1号133頁、手塚宣夫・判評479号41頁、野村秀敏・ジュリ1157号131頁、松本博之・私法判例リマークス19号144頁、野山宏・ジュリ1138号113頁、同・曹時51巻10号2560頁など。

このように、①、②両判例で、最高裁は、折衷説の立場に立つことを明らかにした。また、不当利得の他の要件である「法律上の原因」の有無についても、配当表及びそれに基づく配当の実施が不当に多額の配当を受けた債権者の利得は、配当表に対する債権者の消極的態度に「法律上の原因」となると言える実体法的な効力を結びつけることはできないとして、その利得に「法律上の原因」はないとしている。

(ロ) 最高裁判例後の議論

これらの判決後も、依然、消極説が学説上多数説であるように思われるが、積極説も支持者が増えている⁽¹⁹⁾。さらに、上記最高裁平成3年以降は、最高裁の採る折衷説が学説上も有力になりつつある⁽²⁰⁾。しかし、学説上は継続して議論され、未だ一致をみていない⁽²¹⁾。

判例に対しては、消極説の側から、担保物権は非担保債権が弁済される可能性を増大させる法的手段を保障するにすぎず、優先弁済への道程は、当然手続法の拘束に服し、配当受領の基礎となるのは公法上の権利であって直接的な実体的権利ではないとの批判が主張されている⁽²²⁾。また、折

(19) 松本博之『民事執行保全法』(弘文堂・2011) 219頁など。

(20) 福永有利『民事執行法民事保全法(第2版)』(有斐閣・2011) 158頁など。

(21) 本稿では、学説を積極説、消極説、折衷説に大別したが、折衷説はさらに細分でき、かつ実体法研究者を中心に利益衡量説なども主張されている。詳細は、さしあたり、上原・前掲法教342号72頁以下など参照。

(22) 中野・前掲りマークス156頁、中野貞一郎＝下村正明『民事訴訟法』(青林書院・2016) 563頁など。つまり、抵当権者の優先弁済権も執行と配当手続を経なければ具体化しえないものであり、手続と切り離してこれを絶対視すべき必然性はないと主張されることになる(秦・前掲10頁、滝沢・前掲評釈21頁、同・民商141頁など参照。なお、これは、抵当権者と一般債権者を区別すべきではないとする積極説や利益衡量説からの理論づけでもある)。消極説の立場からこの観点を強調するのは、酒井一「民事執行と不当利得」奈良法学雑誌13巻3・4号(2001) 215頁以下であり、「担保価値は、その実行以前に決まっているのではなく、民事執行手続により形成される……担保権は、……配当実施段階にいたり、はじめて当該担保価値が現実化され、その価値が決せられる。配当は、配当表に基づき実施されるのであり、配当表こそが担保価値を実現する基礎となる(225頁)」と主張する。

衷説のとりような、抵当権者と一般債権者を分ける必然性がなく、とくに、執行実体における担保権者は手続を周知しており、すでに損害予防措置を講じているはずであり、保護するに値しないと主張されている⁽²³⁾。そして、手続的には、不当利得を認めることは配当期日の手続を徒労に終わらせ、裁判所が裁定した財貨移転を覆し、無意味にする点、また、不当利得への応訴の負担を相手方に課することになる点が批判として挙げられた⁽²⁴⁾。そして、消極説をとる不利益は、債務者の不当利得返還請求権を代位行使して、少額配当受領者の救済は可能であるとしていた⁽²⁵⁾。

積極説側からも、一般債権者が競売手続において獲得した執行目的財産の換価代金から配当を受ける法的地位も抵当権者と同様に保護すべきであるとの主張がなされている。一般債権者については、自分の受け取るはずであった配当額を他の者が受け取ったからといって、その分の債権を失うことにならず、他の責任財産にかかっていけるとする⁽²⁶⁾。

これまでの議論をみると、議論の焦点は、(イ)配当手続に失権を認めるだけの手続保障が認められるかという点と(ロ)配当表にはいかなる拘束力が生じるのかに大別できるように思われる。そこで、以下では、配当手続の基本構造を概観し、この手続をいかに捉えることができるかの点からこれらの観点を考察していくことにする。

3. 民事執行手続と失権

(1) 配当手続の基本構造と失権

執行法上は、売却代金から債権者全員の満足が受けられない場合（いわゆる「弁済金交付」がなされない場合）には、配当手続が実施される。つま

(23) このことを強調するのが、中野・前掲リマークス158頁である。

(24) 中野・下村・前掲書562頁以下など参照。

(25) 中野・前掲リマークス156頁など参照。

(26) 松本・前掲リマークス147頁、田原・前掲金法18頁など参照。

り、執行裁判所は、代金の納付があった場合には、「弁済金交付」の場合を除き、配当表に基づいて配当を実施しなければならないのである(民執84条1項)。そして、執行裁判所は、配当表を作るために配当期日を定め(民執85条1項)、配当期日には、配当を受けるべき債権者及び債務者を呼び出す(民執85条2項)。執行裁判所は、これらの者を審尋し、取り調べることができる(民執85条4項)。これが配当手続の第一段階である。上記(イ)の観点からは、この段階における配当期日への呼出し、当該期日での取調べの手続的評価が問題となろう。この点につき、配当受領資格のある債権者が適式な配当期日の呼出しを受けず、配当手続に関与できなかった場合には、当該債権者は、配当実施後でも自己が受けることができた分の配当額を他の債権者に対し不当利得返還請求をなしうるという点では議論は一致する。したがって、この配当手続の第一段階では、配当期日への呼出し、当該期日での取調べは、上記(イ)の観点での債権者の手続保障の一端として機能しうると評価できよう。

次に、配当の順位、額などが定められたときは、裁判所書記官は配当表を作成しなければならない(民執85条5項)。配当表には、配当の順位及び額、債権の元本、利息等が記載される(民執85条6項)。そして、配当の順位及び額は、配当期日においてすべての債権者間に合意が成立した場合には、合意により、合意が成立しない場合には、民法、商法その他の法律の定めるところの優先順位に従って記載される(民執85条1、2項)。配当は、この配当表に基づいて行われる。配当表の作成後は、明白な誤謬を除き、その記載を任意に変更できない。記載内容は、期日不出頭の債権者に効力を及ぼし、配当異議等による調整の余地が残るだけである。これが配当手続の第二段階である。この配当表の拘束力をいかに把握するかも議論のポイントとなっている((ロ)の観点)。積極説、折衷説は、条文上の根拠がなく配当表には実体的確定力がない⁽²⁷⁾とする。旧法下の議論にあったように、配当表の作成は裁判ではないという認識に基づくものと言えよ

う。他方、消極説は、債権者間の合意が優先される点を重視し、適式な呼出しがあったにも関わらず欠席することは配当表に対する賛意の黙示的表明と評価し、総債権者の合意による配当（民執85条5項）に準じて、法律上の原因になる⁽²⁸⁾とするのである。いわば配当表の作成に和議的特質を見出すのであろう⁽²⁹⁾。いずれにせよ、執行手続上の抵当権者の地位が絡んでくるのであるが、その分岐点となるのが配当手続による失権の可否をめぐる判断であったと言える⁽³⁰⁾。民事執行手続における失権という本稿での関心は、まさにこの点に存する。

配当表が作成されるとそれに基づく配当は実施される。配当実施前に、配当表記載の各債権者の債権または配当額について実体上の不服がある各債権者及び債務者は、配当期日に出頭して、その期日において配当表の記載について異議を申し出ること（配当異議の申出）ができる（民執89条1項）。ここに、上記（イ）の観点での債権者の手続保障の一端が現れている。配当異議の申出のない部分については、執行は実施される（民執89条2項）。これが配当手続の第三段階である。

配当期日において異議を申し出た債権者及び債務者は、その異議を貫徹するために、さらに配当異議の訴えを提起しなければならない（民執90条1項。ただ、債務者が、この訴えを提起するのは、執行正本を有していない債権者に対して異議を申し出た場合に限る。この場合には、請求異議の訴えまたは確定判決変更の訴え（民訴117条）で争わなければならない（民執90条5項））。債権者及び債務者は、配当期日の終了後、一週間以内にこの訴えを提起した旨を執行裁判所に証明しないと、配当異議の申出は、取り下げられたものとみなされ（民執90条6項）、当初の配当表に基づいて配当は実施

(27) 例えば、塚原・前掲評釈17頁など。

(28) 中野＝下村・前掲書562頁など。

(29) 旧法下の議論では、和解的に理解されていた。手続的には倒産における和議に近いと思われる。また、旧法下の議論と同様に、今日でも配当表の作成を形成裁判と解するのが酒井・前掲論文225頁である。

(30) 富越・前掲解説116頁参照。

される。債権者の配当異議の申出が理由ありと認められる場合には、当該原告・被告となった債権者間のみで配当額が変更する。これに対して、債務者が配当異議の訴えを起こし、勝訴したときは、その効力はすべての債権者に及ぶ。したがって、執行裁判所は、配当異議の申出をしなかった債権者のためにも配当表を変更しなければならない(民執92条2項)。これが配当手続における救済手続である。この過誤配当に対して民執法が設ける救済措置の存在が、配当手続への欠席による失権を正当化しうるものであるが、周知のごとく、過誤配当と不当利得との関係において中心的議論の一つとされてきたのである。失権を認めない積極説、折衷説は、前述のように、(a) 債権者は配当表の不当を容易には知り得ない点、(b) 配当表は不正確な資料に基づいて作成せざるをえない点、(c) 実際上配当手続への債権者の参加も少ない点、(d) 配当異議の訴え提起の証明期間が1週間しかない点などをその理由として挙げている。これらの批判は、いずれも配当実務の実態に基づくものであり、消極説側もその不備(特に(b)、(d))を問題とするが、それだけで不当利得請求を認めることにならないとする⁽³¹⁾。

以上の配当手続の基本構造が失権を認めるに足るものであるかを検討する前提として、民事執行手続において執行対象物の所有者の失権をも認める民執法184条の趣旨及びその失権のメカニズムとの比較をまず試みることにする。

(2) 民執法184条に基づく失権の構造

旧法下では、競売手続が終了した後も担保権の消滅・不存在の事由を主張して、債務者は買受人に対抗できるかが議論されてきた。そして、可能とするのが判例⁽³²⁾の立場であった。その根拠となったのは、登記の公信

(31) 中野・前掲リマークス157頁以下、中野・下村・前掲書563頁など参照。

(32) 最判昭和37年8月28日民集16巻8号1799頁は、「競落許可決定確定後であつても、競売手続の完了(競落代金の支払)前に債務が消滅すれば、競売手続に

力がないことと競売手続に債務名義は必要としない点であった。後者は、民法自体が担保権の効力として競売権を認めており、競売手続自体の有効性も、買受人の所有権取得の根拠も、直接担保権の存否に関わってくるとの理解に基づいていた。

しかし、この帰結は、買受人の地位を不安定にするものであり、ひいては競売手続の信用喪失にも至りうるとして、この問題への対応が立法課題に挙げられていた。そこで、民執法は、民執法184条を創設し、買受人の保護と競売手続の安定化を図ったのである。立法段階では、(i) 申立て段階で強い債務名義的なものを要求し、その債務名義(的なもの)の効力として公信的効果を認めることとし、実体上の争いは、請求異議の訴えに類する執行手続外の訴訟(担保権実行に対する異議の訴え)に委ねる方向と(ii) 申立て段階では一定の証明文書を提出させ(これには債務名義的效果は認められない)、執行手続内において実体上の異議を申し立てることを認め、担保権の不存在・消滅が証明されれば、すぐに手続を取り消すという簡易な手続を設けることとし、それを利用しなかった債務者・所有者に対する手続上の失権効として、公信的効果を定めた明文規定を置く方向が提案された。(i) は、競売手続において債務名義不要の実務が定着していた取引界からの反対があり、立法者は(ii) の方向を採用したのであった。そして、民執法184条の制定となる。この(ii) の考え方に大きな影響を与えたのが、山木戸教授の見解⁽³³⁾であった。山木戸説は、強制競売に公信的効果が認められる実質的根拠を手続保障のある債務者と競売人の利益の比較衡量に求めた。つまり、債務名義、執行文、競売開始決定の送達を受け、請求異議の訴えにより執行を阻止する機会を保障されているの

於て債務者が異議抗告等の不服手段に訴えたかどうかに関係なく、競売人は代金支払により所有権を取得しえないと解するのが相当である(昭和三年六月二十八日大審院判決集七卷五三三頁参照)。』と判示して、買受人の所有権取得を認めなかった。

(33) 山木戸克己「任意競売における競売人の地位」小野木＝齋藤還暦記念『担保権の実行(下)』(有斐閣・1972) 381頁以下。

に、これを活用しなかった債務者の利益と裁判所の手続を信頼するほかない競売人に利益を比較考量すると、後者を優先すべきことにその根拠を求めたのである。そして、債務名義のない任意競売でも所有者に対して相応の手続保障が認められるのであるから、競売人保護の帰結を承認することができるとするのである。こうした立法過程の議論を受け、民執法制定後は、民執法184条の公信的効果の理論的根拠として手続保障＝失権説が通説を形成する⁽³⁴⁾。最高裁も平成5・12・17判決(民集47巻10号5508頁)⁽³⁵⁾で失権説を採用した。学説上は、失権の理論構成を権利外観に求める見解⁽³⁶⁾や債務者(所有者)の処分権限の執行機関への授權を擬制する見解⁽³⁷⁾もあるが、いずれにせよ執行手続において債務者(所有者)が争う機会と権限が保障されていることを前提とする。この手続保障を前提とし、失権を認める(正当化する)メカニズムの説明が異なってきているのである。いずれにせよ、民執法184条の効果は、本来所有者の利益と買受人の利益との比較考量に基づく帰結と言えそうである。

民執法が設けた失権のための手続保障としては、一般に①競売開始決定の要件としての法定文書の提出(民執181条)、②実体執行異議の導入(民執182条)、③競売手続の停止(民執183条)が挙げられている。①の点では、債務名義制度を採用しないが、法定の文書を要求するので、その文書作成時における所有者の関与の機会が与えられること、それゆえ、所有者に不服申立て責任を課すことも買受人との間では公平とみなされる。ま

(34) 山本戸克己『民事執行・保全法講義』(有斐閣・1992)226頁、新堂幸司「不動産競売」判タ418号38ページ(1980)、上田徹一郎「担保権実行のための競売の要件と効果」竹下＝鈴木編『民事執行法の基本構造』(西神田編集室・1981)529頁、浦野雄幸『条解民事執行法』(弘文堂・1985)838頁など。

(35) 本件評釈等として、徳田和幸・平成5年度重判解説147頁、田邊誠・民執法判例百選(第2版)56頁、上北武男・法教166号132頁、富越和厚・金法1396号58頁、栗田隆＝下村真美・金法1388号6頁、上原敏夫・私法判例リマークス1995(上)156頁、同・法教345号96頁などがある。

(36) 竹下守夫・前掲「民事執行セミナー」68頁の発言。

(37) 中野＝下村・前掲書367頁以下。

た、民執法181条4項で開始決定の送達に際しての法定文書目録の相手方への送付が義務づけられている。これは、開始決定の原因となった文書を所有者に知らせて、不服申立ての機会を実質的に保障する趣旨であるとされている⁽³⁸⁾。②は所有者の手続保障に直結してくるが、これは法定の文書のみの存在で簡易に担保権実行が開始されることに鑑み、執行異議という簡易な決定手続で実体的異議事由を主張できるとした点に立法者による所有者の手続保障考慮が見て取れる。さらに、その不服申立手段が執行異議であることから、代金納付まで異議の申出が可能であり、また新たな事由により繰り返し異議の申出が可能である。そして、③の点で異議の申立てを受けた執行債務名義は強制手続の停止を命じることができる。これらの点に、所有者の手続保障の重点があるように思われる⁽³⁹⁾。また、債務者（所有者）は、別途、担保権不存在確認の訴え又は第三者異議の訴えを提起し、執行を排除することができる。

さらに、近時は、前掲平成5年判決を受け、所有権者が競売手続の当事者とされていたことを前提とすべき立場が主流となっている。当事者等として制度的に競売手続に関与し不当な競売手続を排除する地位が与えられていることが必要であり、たまたま競売手続の関与を知っていて競売手続を排除する機会があったというだけでは不十分とするのである⁽⁴⁰⁾。したがって、この立場では、競売開始決定の適法な送達があったことが重要な意義を有することになる⁽⁴¹⁾。

(38) 新堂・前掲論文40頁参照。

(39) 新堂・前掲論文41頁は、「新法が手続阻止の手段を幅広く明示し、担保権の存否を争う訴えと執行手続との関係を一応明らかにしている点は、所有者の救済手段の確実性の点で評価でき、……公信的効果を導くに足りる手続保障は制度的に一応備わっている」とする。

(40) 上原・前掲リマークス158頁など参照。

(41) 送達を民執法184条の適用要件とするのが、三谷忠之「抵当権の実行としての競売における所有権者と買受人の地位」香川法学8巻2号208頁以下（1988）である。他方、所有者が競売手続の開始を知っていたことで足りるが、開始を知り得べきであった場合にまでは民執法184条の適用を認めるべきではないとの見解もある（菅原郁夫・法学53巻2号269頁（1989））。

このように、民執法184条の公信的効果を認めるためには、民執法181条ないし183条の規定だけでなく、送達も含めた手続全体の過程において、失権を受ける債務者(所有者)に手続保障がなされていることが想定されていると言えよう。本来有する権利が失権することを正当化するには、こうした手続全体からの視点が不可欠であると思われる。その点で、民執法184条の失権に際して当事者等として制度的に競売手続に関与したことを要件とする近時の主張は正当であると思われる。したがって、執行手続において実体権に関わる失権が認められるか否かの判断は、民執法184条の適用の局面だけでなく、一般に、手続全体の過程において権利者(抵当権者)がどのように手続に関与し、不当な手続の結果を排除する地位を与えられているかを考慮する必要があるように思われる。この視点から、本稿の主たる考察対象である過誤配当に際しての抵当権者の不当利得返還請求の可否を検討してみることにしたい。そこで、以下では、まず、民事執行手続における抵当権者の処遇を概観し、その執行手続内での位置づけを明らかにする。次に、抵当権者がその利益を得るためにいかなる手続関与が保障されているかを確認する。

(3) 民執執行手続における抵当権者の処遇と手続保障

①民事執行手続における抵当権者の処遇

民事執行手続上、抵当権者はその実体法上の優先弁済権(民369条1項)を保障されている。競売手続申立権者でなくとも、抵当権者は差押債権者に対抗できる場合(差押え登記前に登記をなしていた抵当権者)には、順位に従って売却代金から配当を受ける(民執87条1項4号)。配当要求をする必要もない。そして、民執法の採用する剰余主義により、優先する抵当権などの被担保債権全額をカバーしうる買受可能価額を得る見込みがない場合には、原則、競売手続は取り消されることになる(民執63条, 188条)。したがって、差押債権者の債権に優先する抵当権者の債権は、原則としてその全額が保障されるのである⁽⁴²⁾。そして、民執法は、剰余主義の制限

の下、不動産上の負担の処遇として消除主義をとる。つまり、不動産上の負担である抵当権は、「売却により消滅する」(民執59条1項)。この抵当権の消滅時は、売却許可決定の確定時である。そして、消除主義の下、無剰余の換価は排除されることになる。これにより、差押債権者に優先する抵当権者の配当受領が確保されるのである。ここに民執法における抵当権者の処遇の核心がある。したがって、抵当権は執行手続により消滅することの意味が考慮されなければならない。抵当権者は、その権利に内在する換価権により執行手続を起動でき、開始された執行手続で執行目的物に対する優先的弁済権の確保が保障されることで、その目的を達成できる。民執法上、買受人保護の観点を踏まえた執行目的物に対する物上負担の調整から、執行目的物上に存する「実体法上の抵当権」を消滅させ、代わりに抵当権者に対しては、執行目的物の売却代金に優先的配当受領権を認めるというのが現行執行法のスタンスである。しかも、この優先的配当受領権は、執行手続上生じた売却代金に生じることから、前述した過誤配当における不当利得請求についての消極説が主張していたように、執行機関に対する手続上の権利にすぎないと解すべきであろう。そして、このことは、理論的には、実体的優先弁済権を有する抵当権は消滅し、執行法上の優先的な配当受領権に転化することを意味してくると思われる。この転化により、抵当権者の優先弁済権(執行法上の優先的な配当受領権)は、執行と配当手続を経て具体化されてくることになる。そして、このような理解は、本稿の考察対象である過誤配当に際しての抵当権者の不当利得返還請求の可否についても影響を及ぼすことになる。

過誤配当と不当利得との関係における判例・実務の立場(折衷説)は、抵当権が執行目的物に対する交換価値を把握し、被担保債権の全部弁済まで実体法上の優先権を有する点に不当利得返還請求が認められる論拠を見

(42) 剰余主義は、物権法秩序の要請に基づくとの立場もあるが(竹下守夫『不動産執行の研究』(有斐閣・1977)101頁以下)、執行法の実定的構成としては貫かれていない(中野=下村・前掲書413頁、429頁注(1)など参照)。

出す。つまり、抵当権者は執行目的財産の交換価値を実体法上継続して把握していると解するのである。したがって、前述したように、抵当権者は、抵当権の効力として抵当不動産の代金から優先弁済を受ける権利を有するから、他の債権者が債権又は優先権がないのに配当を受けたことでこの権利が侵害された場合は、他の債権者は抵当権者の損失によって利得したことになるとするのである。しかし、売却許可決定確定時に消滅する実体法上の抵当権が、配当実施後も執行目的物に対する交換価値を把握し、実体法上の優先権を有すると捉えることは理論的には難しいのではなかろうか。抵当権が消滅し、執行法上の優先的な配当受領権に転化するのであれば、その優先的な配当受領権は執行法上の規律に服すると解するのが素直な解釈に思われる。また、配当実施後に不当利得の問題が生じるのは第二順位以降の抵当権者間と思われるが、少なくとも第一順位の抵当権者は原則として全額保障されるので、執行法上の保護としてはそれで十分との論理も成り立つように思われる⁽⁴³⁾。

②執行手続過程における抵当権者の手続保障

次に、執行手続上、抵当権者には自己の利益を保護するためにどのような手段が用意されているかを明らかにしてみよう。配当手続については、前述した。それ以外にも、抵当権者は、開始決定を告知され(規2条2項)、配当要求の終期は公告される(民執49条2項)。そして、配当要求の終期までに債権の存否等の債権届出の催告を受ける(届出催告書の送達(民執49条2項2号))。さらに、売却段階においては、抵当権者は売却の許可・不許可に関する意見陳述の機会が与えられ(民執70条)、売却許可決定に対する執行抗告(民執74条、無剰余であるのに売却手続を行った場合には民執法71条7号の売却不許可事由に該当するとされている)が可能である。こうした債権届出段階や売却段階での抵当権者の手続保障も配当実施後の失権を正当化する一要素となりうるのではなかろうか。

(43) 不当利得請求の可否が問題となるのは、基本的に後順位の抵当権者や一般債権者間でしかないことに留意すべきであろう。

そして、もう一つ考察すべきと思われるのが、前述した配当手続段階での請求債権額拡張の局面である。以下に検討してみる。

③担保権実行手続における請求債権額拡張と抵当権者の処遇

(a) 問題の所在

執行債権者は、強制競売でも担保権実行でも執行債権の一部のみを請求債権として競売の申立てをすることができる（民執規則21条4号、170条1項4号）。一部申立てのまま執行が終了しても、強制競売の場合には、残部債権を同一の債務名義をもってさらに強制執行ができる。しかし、担保権実行の場合には、目的物件の売却により担保権が消滅する（民執59条1項）。その結果、残部債権についてさらなる担保権実行はできなくなる。そこで、目的物件が見込みより高額に売却されたときには、被担保債権の一部のみにつき競売を申し立てた担保権者としては、事後に残部について請求債権の拡張をしたいと考えるであろう。実体法上も、担保権は被担保債権の全部の弁済があるまで目的物の全部の上に効力が及ぶ（担保物権の不可分性）。これらの点からみれば、競売申立て後に担保権者の請求債権の拡張を認めてよさそうである。他方、申立て段階の請求債権額は、超過売却（民執73条）などの後の執行手続の基準となる。事後の請求債権額の拡張は執行手続の安定性を害することにもつながる。配当段階における請求債権の拡張は、後順位の抵当権者等、執行債権者の配当期待権の侵害につながる余地もある。また、担保権者の一部競売申立ては、目的物件の売却見込みに加え、請求債権額が差押えの登録免許税の基準となることから、その節約を意図したものと言われてきた。請求債権の拡張を安易に認めれば、登録免許税の免脱を招く。そこで、担保権実行においては、申立債権者は、申立て後、とくに配当段階で計算書によってその残部について請求債権を拡張できるかをめぐり、民執法制定前から議論されてきたのであった。

(b) 議論の状況

この問題をめぐっては、民執法制定前において判例は拡張積極説を採っ

ていた。「不動産の競売申立に際し、旧競売法24条2項3号により申立債権の表示が必要とされるのは、被担保債権がいかなる債権であるかを明らかにするためであるから、その表示の程度は、これを特定しうる程度で足り、申立債権の額の表示は、債権額を限定する意義を有するものではない」としていたのである⁽⁴⁴⁾。学説も拡張積極説が有力であった⁽⁴⁵⁾。しかし、民執法施行を契機に、判例・学説とも拡張消極説に傾く。旧法下では申立債権の表示としては「競売ノ原因タル事由」のみで足りるとしていた(旧競売法24条2項3号)が、民執法170条4号(現170条1項4号)が債権の一部につき権利実行する場合には、その旨及びその範囲を要求する規定となり、目的物件の売却により担保権が消滅する規定(民執59条1項)と相まって、申立時に申立債権額を限定すべきことが要求されるに至ったとの理解が強まった⁽⁴⁶⁾。さらに、請求債権の表示は無剰余の場合の取消し(民執63条)、超過売却の場合の取消し(同73条)の判断基準となるとの意義を有するとの理解から、請求債権額の計算書による拡張につき否定の運用がなされていた⁽⁴⁷⁾のである。また、主に登録免許税の免脱の目的で一部債権のみの実行を申し立てた申立債権者は保護をする必要性に乏しいとの認識もあった。そして、判例上も拡張消極説への転換が生じた。名古屋地判昭和61・11・27判時1226号96頁を皮切りに、東京地判昭和62・6・23判時1274号113頁、東京高判平成13・10・30判時1775号65頁など公刊された判例は基本的に拡張消極説をとっていた。その後、判例は誤記等の例外を認め(例外を認めたものとして仙台高判平成4・3・17判時1429号63頁、大阪高判平成13・6・13判タ1083号282頁、東京高決平成13・7・17金判123号19頁、

(44) 最判昭和47・6・30民集26巻5号1111頁、大判昭和15・12・24法律新聞4658号13頁、その後の下級審も同様の展開を見せていた。福岡高決昭和34・3・6下民集10巻3号448頁、大阪高判昭和44・6・26判時577号84頁など参照。

(45) 齊藤秀夫『競売法』(1960・有斐閣)95頁など参照。

(46) こうした理解に疑問を呈するのは、富越和厚「担保権の実行としての競売」香川退官記念(テイハン・1993)287頁など。

(47) この点については、吉田直弘・法学論集(関西大学)54巻3号129頁以下など参照。

東京高判平成14・4・30判タ1106号297頁など)、最判平成14・10・22判時1804号34頁において、「競売申立書に明白な誤記、計算違いがある場合には、その後の手続においてこれを是正することが許されるものと解すべき」との立場が表明された。拡張消極説を基盤に若干の例外は認めるというのが、判例の流れであったといえる⁽⁴⁸⁾。そうした中で登場したのが③最高裁平成15年7月3日判決(裁判集民事210号217頁)である⁽⁴⁹⁾。③平成15年判決は、「競売手続の安定した遂行」を重視して、「当該申立債権者の選択を信頼した競売手続の関係者に対する禁反言の要請」から請求債権額拡張を原則として否定した。学説上も、民事執行法制定後は、拡張消極説が通説である⁽⁵⁰⁾が、拡張積極説⁽⁵¹⁾も有力に主張されている。上記でも示したが、その根拠等、議論はほぼ出尽くしていると思われる⁽⁵²⁾。基本論点としては、以下の3点が挙げられよう⁽⁵³⁾。(1)民執規則170条2,4号(現行170条1項2,4号)は、実体法上認められている担保権者の優先弁済権を喪失させるものであるか(実体法秩序との調整の観点)、(2)請求債権額の拡張は競売手続の安定性を害するか(執行手続の安定性の観点)、(3)

(48) 詳細については、吉田・前掲119頁以下、園田賢治・法政研究(九大)72巻1号182頁以下など参照。

(49) この最高裁判例については、評釈として、荒木新五・銀法626号24頁、井上繁規・金法1710号27頁、酒井一・私法リマークス29号128頁、島田清次郎・民商129巻4=5号741頁、園田・前掲179頁、谷本誠司・銀法630号58頁、富越和厚・ジュリ1257号102頁、中島弘雅・法学研究(慶大)77巻10号125頁、二羽和彦・金判1191号60頁、野村秀敏・NBL785号65頁、萩本修・判タ1154号226頁、宮崎謙・百選198頁、湯川克彦・金法1716号56頁、吉岡伸一・金法1773号24頁、吉田・前掲112頁などがある。筆者もこの判例につき評釈したことがある(民事執行・保金百選(第2版)50頁)。本稿での請求拡張に内する論述は基本的にこの評釈に基づく。

(50) 中野貞一郎『民事執行法(増補新訂六版)』(青林書院・2010)535頁など参照。

(51) 富越・前掲論文285頁以下、荒木・前掲29頁、園田・前掲186頁以下など参照。

(52) 各見解の論拠とその検討については、井上・前掲判評31頁以下、中島・前掲判評131頁以下など参照。

(53) 登録免許税の免脱のおそれは決定的要素とはならないであろう。荒木・前掲27頁、中島・前掲131頁など参照。

請求債権額の拡張は競売手続の関係者に対する禁反言違反となるか(関係人間の利害調整の観点), である。

(c) 若干の考察

③平成15年判決は, 民執規則170条2号, 4号(現行170条1項2, 4号)の趣旨につき, それが「競売手続の安定した遂行にある」ことを明らかにした(前述の観点(1), (2))。そして, 請求債権額拡張の制限は, 「当該申立債権者の選択を信頼した競売手続の関係者に対する禁反言の要請から生ずるものであって(前述の観点(3)), 上記各号の規定が被担保債権の一部実行の場合における残部の優先弁済請求権の喪失という実体法上の効果を定めるものではない(前述の観点(1))」とする。請求債権額拡張制限の根拠を禁反言に求めたことは, 執行手続の集積, つまり, 法的安定性を重視したと解すことができ, 被担保債権の一部実行を申し立てた担保権者の請求債権額の拡張を否定する立場を原則として採ったと言える(この平成15年判決は, 従来の議論との関係では, 最高裁として, 請求債権額拡張制限の根拠を信義則(禁反言)に求めたことを明らかにした点と, 手続安定性の観点で競売手続(上の配当手続)段階と配当異議訴訟段階とで相違があることを明示した点にその特色があり, 意義があると言えよう)。③判決以降も, 原則, 拡張消極説で判例は推移している⁽⁵⁴⁾。その意味で, ③判決は実務に与えた影響の大きい判例である。そして, こうした立場(請求額拡張制限の根拠を禁反言の要請とした)を採る以上, 錯誤, 誤記などの場合には, 例外とする旨を明らかにし, それを争う場合は, 競売手続ではなく, 競売手続外の配当異議訴訟であるとし(つまり, 競売手続では拡張消極説が貫かれており, 従前議論の対象となった配当段階での計算書による請求債権の拡張は

(54) 大阪高裁平成16・9・2金法1732号54頁, 東京高判平成19・11・7訟務55巻1号150頁, 名古屋高判平成20・12・19金法1867号46頁など。このように一部実行の場合に請求債権拡張が禁止されると, 申立書記載が明示的でない場合に, その記載の趣旨が争われることになる。申立書の記載が被担保債権の一部について担保権実行を申し立てる趣旨か否かが問われた事案として, 最判平成17・11・24判時1918号12頁がある。

認めない（前述の観点（2）)), さらに、例外許容の要件として、自白の撤回要件と類似の要件を挙げた⁽⁵⁵⁾（「競売申立書における被担保債権の記載が錯誤、誤記等に基づくものであること及び真実の被担保債権の額が立証されたとき」には拡張を認める）。

本稿の関心では、③平成15年判決が「請求債権額拡張制限の根拠を信義則（禁反言）に求めた点」が関わってくる。この帰結の前提は、民執規則170条2号、4号（現行170条1項2号、4号）の規定に関する理解である。判決は、この規定の趣旨を競売手続の安定に置きつつも、この規定が実体法上認められている担保権者の優先弁済権を喪失させるものではないとする。これは、担保権実行の基礎を「担保権に内在する換価権」とする限り、規則の規定により実体法上の権限を制限することはできないと考えたものと思われる。この考え方に基づけば、請求債権額の拡張は認められそうであるが、この最高裁判決は、信義則（禁反言）を根拠に請求債権額拡張を制限した。関係人の利害調整がその背景に存在すると思われるが、「当該申立債権者の選択を信頼した競売手続の関係者に対する禁反言の要請」はそもそも想定できようか⁽⁵⁶⁾。この要請は、処分権主義の帰結から当該担保権者の一部申立てが残部債権の優先弁済権の放棄の意思表示をも意味することを前提とする⁽⁵⁷⁾。しかし、上述のように、申立担保権者の意思解釈として残部債権の優先弁済権の放棄まで読み込むことは無理であろう⁽⁵⁸⁾。また、拡張消極説では配当要求終期までに残部債権の競売申立てでもできるとするが、これでは信義則の基礎となる、矛盾行為の存在、相手方の信頼とそれに基づく地位形成自体が成り立たない⁽⁵⁹⁾。民執規則の

(55) この点に関する問題点については、松村・前掲本件評釈51頁参照のこと。

(56) 酒井・前掲論文130頁、富越・前掲論文286頁など参照。

(57) 富越・前掲論文286頁参照。

(58) 荒木・前掲27頁、酒井・前掲論文130頁など参照。執行裁判所の指摘義務を主張する見解（松本・ジュリ増刊「担保法の判例Ⅰ」74頁）もあるが、それに応じない場合に放棄までを読み込むことは無理がある（松本・同74頁）。最も利害関係が生じる後順位抵当権者がいない場合や申立書に売却結果によっては残部の配当を望む付記がある場合にはなおさらである。

文言からは残部請求がありうるとするのが素直な読み方であろう。さらに、関係人の利害調整という観点からみた場合、競売申立てをした担保権者が申立てをしたがゆえに不利な取扱いを受けることも問題である。とくに、届出債権者が当初の届出額を事後計算書によって拡張することを認める点⁽⁶⁰⁾は、申立担保権者とのバランスがとれない。以上を勘案すると、判例がとる信義則を基礎にした制限は十分な説得力を有していないのではなかろうか⁽⁶¹⁾。また、拡張消極説が重視する競売手続安定性の観点も決定的ではない。申立債権額は無剰余取消し禁止とは無関係であるし⁽⁶²⁾、超過売却の関係でも債権額拡張の場合には関係はない⁽⁶³⁾との指摘もある。確かに、民事執行手続の形式的、画一的基準による迅速かつ大量の事件処理の要請は重要であるが、実体法的秩序との調整を考慮したとき、手続のどの段階なのかが重要になるように思われる。

請求債権額拡張の可否は、配当手続段階(前述の第一段階)において配当表作成のための計算書の提出(規則60条)の局面で問題となる。実務では、拡張前の債権額と拡張後の債権額を併記した計算書の提出を求め、拡張前の債権額を上限として配当実施額を定めつつ、錯誤、誤記等は配当異議の訴えにより確認されれば、配当表の変更を認める取扱いである⁽⁶⁴⁾。しかし、配当が債権者の合意による調整されることが前提であるならば、計算書提出段階で拡張を認めても問題はさほど大きくない。むしろ、請求

(59) 最も利害関係が生じうる後順位抵当権者は、一部申立ての場合には残部拡張を当然想定していよう。この点につき荒木・前掲29頁。なお、本件判決の信義則要請を執行裁判所との関係で捉える立場(吉田・前掲162頁以下、井上・前掲33頁)もあるが、それは立法的問題であろう。

(60) 東京地裁民事執行センター実務研究会編『民事執行の実務(不動産執行編)下』(金融財政事情研究会・2007)(細江秀男)193頁など。

(61) それゆえ、信義則を基盤に総合的判断を主張する見解(野村・前掲79頁以下)も同様の問題が生じる。

(62) 中島・前掲132頁、荒木・前掲28頁、野村・前掲70頁など。

(63) 荒木・前掲27頁、二羽・前掲62頁など。反対、中島・前掲132頁など。

(64) 東京地裁民事執行センター実務研究会編著『民事執行の実務(第3版)不動産執行編下』(きんざい・2012)179頁。

債権額拡張否定の立場は、配当異議の申出のない抵当権者の不当利得返還請求を認めた前記①平成3年判決との関係では問題であると思われる。本稿で示したように平成3年判決自体の帰結も問題と考えるが、③平成15年判決により拡張が制限されても最終的には抵当権者の不当利得返還請求が認められる帰結となり、これは、競売手続の安定性の観点からも事案処理の落ち着きからも疑問となる⁽⁶⁵⁾。抵当権者の実体法上の優先的弁済権は売却許可決定の確定により執行法上の優先的配当受領権に転嫁するとする本稿の考え方では、配当期日段階では優先的配当受領権の額は確定せず、配当異議訴訟等の終結による配当実施までは手続上是正の余地が残されていると考える。したがって、競売手続内で請求債権額の拡張をむしろ認め、配当異議の申出のない抵当権者の不当利得返還請求を認めない処理の方が競売手続全体の円滑な進行と安定に資するように思われ、また抵当権者の手続保障を確保することになると考える。

④民事執行における抵当権者の位置づけ

このように、配当異議の申出のない抵当権者の不当利得返還請求を認めない処理は抵当権者に酷なものであろうか。問題あるとされるのは、配当手続の実態において抵当権者に配当異議の申出を要求し、その自己責任を問う点である。しかし、これはすでに中野教授が指摘されているように⁽⁶⁶⁾、後順位抵当権者の実体を考慮すれば、自己責任を問えると思われる。さらに、最高裁平成11年判決（最判平成11・11・24日民集53巻8号1899頁）は、抵当権の優先的効力が不動産の交換価値自体を維持することに及ぶことを認め、目的物の管理占有を認めるに至っている。執行手続前の抵

(65) 酒井・前掲131頁はこの点を考慮して本件判決は例外的処理の余地を残したと評価する。なお、大阪高判平成16・9・2金法1732号54頁は、被担保債権の一部について競売を申し立てた根抵当権者が配当を受けた後順位の抵当権者に対して残部の被担保債権にかかる優先弁済請求権を主張する不当利得返還請求を退けた。これは、③判決を敷衍したものであろうが、①平成3年判決と整合性がとれるか疑問である。

(66) 中野・前掲リマークス158頁。

当権者の立場はより強化されたと言えよう。さらに、抵当権者は物上代位権も有する。こうした権限を有する抵当権者は、執行手続において十分に執行対象物の状況を把握でき、その懈怠の自己責任を問われる立場にあると言えるのではなかろうか。この点においても、抵当権者の自己責任を問う消極説の主張は支持できよう。

4 おわりに

以上、過誤配当の場合において、配当異議の申出をしない抵当権者が配当実施後不当利得返還請求をなしうるか否かの議論を中心に民事執行における失権のあり方を考察してみた。過誤配当における配当異議の申出をしない抵当権者の処遇の問題は、従来議論では、「実体法上の権利関係の尊重」と「配当手続の結果の安定」といずれを重視するか議論であり、専ら「配当手続及びその救済システム」の位置づけ・評価に集中してきたと言える。しかし、その実質は民事執行における抵当権者の失権を認めるか否かの議論であったと言え、そうであれば、失権を認めるか否かは配当手続段階だけで判断すべきではないとするのが本稿の立場である。つまり、権利の実現段階である執行手続全体のプロセスにおいて抵当権者の実体法上の地位が執行法上どのように保障され、手続の中にどのように組み込まれていくか、そして、それがどのような失権を構成するかを検討すべきとの立場である。本稿では、民執法184条の公信的効果の根拠となる失権の構造との関係及び請求拡張の可否との関係から、執行手続全体の過程の中で抵当権者の処遇と手続保障の態様を検証した結果、配当異議の申出をしない抵当権者は配当実施後不当利得返還請求をなしえないとする消極説の立場を正当する帰結を導きだした。民事執行手続における失権は、権利喪失に直結し、実体的権利関係を変容させるものであることから、失権の基盤となりうる手続保障のあり方は今後も検討されねばならないであろう。

イギリスにおける民事訴訟改革と 医療過誤紛争を中心とした民事訴訟実務への影響

吉 岡 正 豊

[Abstract]

近年、イギリスにおいて、民事訴訟実務に大きな影響を与えた二つの大規模な民事訴訟改革（ウルフ卿改革及びジャクソン卿改革）が立て続けに実施された。審理の長期化、複雑化及び民事訴訟費用の高騰等の問題点が指摘されていた同国の民事訴訟は、ウルフ卿改革によって当事者の訴訟における協働が促され、和解の増加及び審理の短縮化を達成することに成功した一方で、民事訴訟費用の高額化を招くに至った。ウルフ卿改革に引き続き行われたジャクソン卿改革では、民事訴訟費用の適正化を主目的として、民事訴訟費用に関する多くの法・規則の改正・立法が行われると共に裁判所のケースマネジメントに係る裁量権を拡大する法・規則改正も行われた。かかる改革により、複雑な民事訴訟（マルチ・トラック訴訟）においては訴訟費用審査期日が設けられるなど審理方法に変化がもたらされ、訴訟費用にかかる制裁の増加に併せて制裁からの救済申立訴訟が増加する等、民事訴訟実務に大きな影響が波及している。医療過誤訴訟は民事訴訟の上記問題点全てを孕んだ訴訟類型として上記各改革において特に取り上げられ、重点的に改正が加えられた訴訟類型であり、医療過誤訴訟における変化を中心にして同改革が民事訴訟に与えた影響を概観することは有用であると思われる。また、イギリスの医療過誤紛争は、近年になり訴訟による紛争解決が常態化したことにより医療従事者の反発及び患者・医療従事者間の信頼関係毀損の問題点が顕在化することとなり、低額の同種紛争については訴訟以外での解決方法を可能にする立法がなされる等、同種事案についての新たな解決方法が模索されており、これらについても併せて紹介する。

- I はじめに
- II ウルフ卿改革及びジャクソン卿改革の概要
- III 紛争解決期間の短縮、和解の増加
- IV ケースマネジメントによる当事者対抗主義の緩和
- V 訴訟費用の高額化
- VI おわりに

I はじめに

イングランド及びウェールズ（以下「イギリス」という。）における医療過誤訴訟は、従来、専門的知識が必要となり当事者間の感情的対立が激しいというその性質から審理の長期化、複雑化が問題視されており、1999年から施行された民事訴訟改革により審理期間の短縮、審理の透明性の確保が図られたものの、依然として民事訴訟の中でも複雑で長期の審理期間を要する訴訟類型となっている。また、訴訟による紛争解決が、紛争の実体的真実発見、説明、謝罪及び再発防止策の導入等の金銭的解決以外の解決を望む患者側にとって必ずしも満足のいく解決法となっていないことに加えて、訴訟によって紛争を解決する文化が広がりマスコミが過剰な報道を行ったことによる医療関係者の医療過誤訴訟に対する反発と相まって、医療関係者及び患者（及びその家族）の互いに対する信頼が大いに揺るぎ、結果として防御的医療等による医療実務への悪影響が社会的に指摘されている⁽¹⁾。これら医療過誤訴訟の有する性質、近年の改革による審理期間の短縮化、及び社会に対する影響の与え方などの状況は、本邦における医療過誤訴訟のそれらと極めて類似している。一方で、イギリスにおいては、弁護士費用が元来高額であることや弁護士費用を含めた民事訴訟費用を敗訴者が負担する原則が採用されていることなどから民事訴訟費用の高額化が問題となっているところ、特に医療過誤訴訟においては、これに加えて近年医療過誤訴訟の新規受理件数が増加の一途を辿っていること、被告となる病院が税金を主たる財源として運営されていること、及び近年に至るまで原告が法律扶助を受けて訴訟提起することが可能であったことなどから、民事訴訟費用を低額に抑えることが喫緊の課題として指摘されてきており⁽²⁾、民事訴訟費用（特に弁護士費用）の高額化が問題になることが少

（1） Jonathan Herring, medical law and ethics 4th edition, Oxford University Press, 2012, 3 Medical Negligence, pp-134-135.

ない本邦における状況とはやや異なった様相を呈している。

イギリス政府は、近年、民事訴訟に関し紛争解決の効率性を促進することを目的として、裁判所の制裁権限（請求却下、証拠提出の制限、及び訴訟費用分担等の制裁権限）を強化するなどして審理運営を厳格化すること等を内容とする民事訴訟実務に直接的かつ強力な影響力を与える二つの大きな改革を行った。これら改革の内容及び改革がもたらす民事訴訟実務への効果は、裁判所が当事者主義を後退させるほどの制裁権限を背景に審理の進行管理を厳格化していない本邦の実務と比較し興味深いものとなっている。上記民事訴訟改革のうち、1999年に行われたウルフ卿の委員会報告に基づく改革の内容及び改革後初期の効果については本邦でも幾つかの報告がされているところではあるが⁽³⁾、かかる改革に続き行われたジャクソン卿の委員会報告に基づく改革及びその効果、並びに現在の実務において共

-
- (2) 例えば、医療過誤訴訟の多数を扱う National Health Service Litigation Authority（以下「NHSLA」という。）の医療過誤訴訟に関する支出は、2013年度には約12億ポンド（1ポンド180円換算で約1980億円）に昇る（The National Health Service Litigation Authority Report and Accounts 2013/14.）。

イギリスの医療は、税金、国民保険料等の財源により運営される国民保険サービス（National Health Service（以下「NHS」という。）England and NHS Wales）によって包括的運営がされており、一次医療提供者である一般医（General Practitioners、以下「GPs」という。）等、及び NHS ファンデーショントラストと契約する二次医療を提供する病院が原則無料の医療を担っている。基本的には患者と NHS との間に直接の契約関係はなく、患者は NHS に対し契約上の債務不履行責任を問うことはできず、不法行為法（Law of Tort）上の損害賠償請求をなす（Reynold v The Health First Medical Group [2000] Lloyds's Rep Med p. 240.）。NHS ファンデーショントラスト及び NHS トラストを被告とする医療過誤訴訟は、NHSLA が NHS トラスト等に代わり訴訟追行、賠償金支払を行い、GPs 等は各医療関係者が加盟する Medical Defense Union, Medical Protection Society 等による法的補助及び保険金支払を受け得る。訴訟件数は NHSLA が追行するものが大部分を占めている（Chief Medical Officer, *Making Amends*, A consultation paper setting out proposals for reforming the approach to clinical negligence in the NHS, June 2003, pp-62-63.）。

- (3) 特に、「我妻学、イギリスにおける民事司法の新たな展開、東京都立大学出版会、2003」に詳しい。

有されている民事訴訟に関する問題意識についての報告は十分とはいえない。本稿は、イギリスにおける上記各民事訴訟改革の内容及びこれらによる医療過誤紛争を中心とした民事訴訟実務への影響を概説すると共に、筆者が在外研究中に現地において行った医療過誤訴訟に専門的に関与する法曹等に対する聞き取り調査⁽⁴⁾及び同訴訟審理の傍聴の経験の紹介を通じて、本邦における医事関係紛争の更なる適正迅速な解決の参考となることを願うものである。

以下では、民事訴訟改革が民事訴訟・紛争実務に与えた効果・影響の理解を容易にするため、（１）和解までの審理期間の短縮化、（２）裁判所のケースマネジメントの厳格化、（３）民事訴訟費用の高額化に大別して論じることとする。

なお、本稿で触れる各民事訴訟改革は、迅速かつ効率的な裁判を改革の目的としつつも、かかる裁判の実現により民事訴訟費用を低額化ないし適正化することを目的としたものであり、後記の改革内容等が記載されている項目のみを目的としたものではない。また、本稿の法改正等にかかる進行状況は、2015年4月時点のものであることに留意頂きたい。

Ⅱ ウルフ卿改革及びジャクソン卿改革の概要

1 ウルフ卿改革の概要

イギリスでは、1990年代に民事訴訟に対する国民の不満が強まり⁽⁵⁾、マ

（４） 筆者が、イングランドのウエストミッドランド州裁判所所属の医療過誤訴訟を専門に扱う裁判官4名、医療過誤訴訟を専門的に扱う12名のソリシタ（ロンドン、バーミンガム、マンチェスター、リバプール、プレストン、ワリントン等の事務所所属ソリシタ）、及び効率的紛争解決センター（Centre for Effective Dispute Resolution（以「CEDR」という。）の研究管理者に対し、2014年10月から2015年3月までの間に行った口頭又は書面による聞き取り調査。

（５） 1995年に実施された国家消費評議会（National Consumer Council）のアンケートにおいて、7割を超える訴訟利用者が民事訴訟は解決までに時間がかかりすぎ、複雑で時代遅れであると答えている（Seeking Civil Justice; A survey of

ッカイ大法官から民事司法制度の調査を命じられた後の記録長官ウルフ卿 (Lord Woolf) は、その報告書⁽⁶⁾において、民事訴訟に一般的に認められる問題点は、当事者対抗主義 (adversary system) の行き過ぎを背景とした高額な訴訟費用、訴訟遅延、訴訟の複雑さ、及び経済的格差に起因する司法アクセスの不均衡等であることを指摘した。また、ウルフ卿は、当事者の不満がとりわけ大きい医療過誤訴訟を始めとする訴訟類型に個別的検討を加えた。同報告書中、医療過誤訴訟は、(1) 訴額にそぐわない高額な訴訟費用がかかっていること (特に訴額の低い事件において顕著である。)、(2) 訴訟遅延が常態化していること、(3) 他の事件類型に比して認容率が低いこと (認容される見込みのない事件が多数訴訟係属していること)、(4) 当事者間の感情的対立が激しく、訴訟における協働がみられないこと等が問題である旨指摘されている⁽⁷⁾。

政府は、ウルフ卿の報告及び提案を基に、当事者対抗主義を是正し両当事者に協働して訴訟活動を行わせることを通じて早期和解を促進し、適正迅速な裁判の実現、民事訴訟費用の低額化ないし適正化、並びに訴訟手続の簡易化及び透明化を実現することを目的として、①訴額を主たる基準として手続を3つ (Small track, Fast track, Multi track) に割り振った上で、各手続に応じた裁判所による積極的なケースマネジメントを導入し、②当事者間の情報共有を可能にする訴訟前準則 (Pre-Action Protocols, 以下「PAP」という。)⁽⁸⁾に則った訴訟前活動を要求する等の新民事訴訟規則 (The Civil

people's needs and experiences, 1995, NCC.)。

(6) the Lord Woolf, Master of the Rolls, Access to Justice Interim Report, Lord Chancellor's Department, June 1995 (以下「Woolf IR」という。)及び Access to Justice Final Report, Lord Chancellor's Department, July 1996 (以下「Woolf FR」という。)

(7) Woolf FR, Ch15, 2.

(8) 医療過誤訴訟については、ウルフ卿改革によって同紛争の解決のために専門家によって構成される新たに作成された Clinical Disputes Forum が PAP を作成し施行されている。同 PAP では、厳格な期限を定め、原告が被告に訴えの内容の詳細を説明して被告がこれに反論すること、双方の主張の拠り所となる

procedure Rules 1998, 以下「CPR」という。)を県裁判所(Country court)及び高等法院(High Court)に共通して施行すること(1999年4月26日より施行されている。)を主たる内容とする民事訴訟の大改革を行った。

また、上記改革と同時期に、「1999年司法へのアクセス法(Access to Justice Act 1999)」が施行され、医療過誤訴訟を除く人身傷害訴訟が民事法律扶助の対象から除外される代わりに⁽⁹⁾、司法への効果的アクセス実現のため条件付成功報酬制度(Conditional Fee Agreement, 以下「CFA」という。)⁽¹⁰⁾がほぼ全種類の請求に拡充され⁽¹¹⁾、勝訴当事者が事後的訴訟費用保険料(After the event insurance premium, 以下「ATE」という。)⁽¹²⁾を敗訴当事者から回復することが可能となり、従来の厳格な法曹倫理上の制約を緩和する方向で民事訴訟費用の柔軟な資金調達が認められることとなった⁽¹³⁾。なお、CFA及びATEに関する改革は、ウルフ卿の上記報告書において提言されたものではないが、CPR策定と同時期に民事訴訟実務に対する重大な影響を与えたことから、本稿においてはウルフ卿改革の一内容として言及することがある。

重要証拠を早期に相手方に開示すること等が定められ、PAPの不遵守には、一部または全部の訴訟費用を負担する制裁が課されることとなっている(https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/protocol/prot_rcd)。

PAPの具体的内容については、「岩井直幸、イギリスにおける民事訴訟規則改正後の実務、判例タイムズ1057号26頁(2001年)」において簡易に要約されている。

(9) *Callery v Gray (Nos 1 and 2)*, [2002] UKHL 28, 3 All E.R. 417; [2002] 1 W.L.R. 2000 at [2], HL 参照

(10) 通常時間給により算定される弁護士報酬を基準に、最大100%までの成功報酬が加算される契約。敗訴した場合、弁護士報酬は発生しない。

(11) ニール・アンドリュース(著)、溜箭将之＝山崎昇(訳)、『イギリス民事手続法制』、(法律文化社、2012年)、5.15。

(12) 事後的訴訟費用保険料とは、勝訴した相手方当事者の費用支払に関する保険に係る保険料のことである。イギリスにおける民事訴訟費用が極めて高額になり得ることから、同保険料に対する手当は司法アクセスの実現のために重要な意義を有する。

(13) 我妻、前掲注3、86頁ないし90頁。

2 ジャクソン卿改革の概要

ウルフ卿改革以後、民事訴訟費用が訴額や紛争の複雑さ等にそぐわないほど極めて高額となったことが社会問題化した。これを受けてクラーク記録長官は、2008年、ジャクソン卿（Lord Jackson）に対し民事訴訟費用に関する現状を調査し、適正な費用で司法アクセスを達成する方策を提言するよう命じた。ジャクソン卿は、民事訴訟費用高騰の主たる原因が前述のCFAの普及にあるなどとする報告書⁽¹⁴⁾を作成し、これに基づき政府は、後述（Ⅳ、2及びⅤ、2）のように、①勝訴当事者がCFAの成功加算金及びATEを敗訴当事者から回復し得えないことなどを定めた「the Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012（以下「LASPO法」という。）」を2013年4月1日より施行し、また、②裁判所のケースマネジメントにかかる裁量権を強め、訴訟費用に関する協議を裁判所及び両当事者代理人と行うこととする等の訴訟費用を適正な価額に抑えることを主目的とするCPR改正を行った。上記各改革は、当事者とソリシタとの間でCFAが多用されている医療過誤訴訟を含めた人身傷害訴訟の実務に対し、特に大きな影響を与えている。

Ⅲ 紛争解決期間の短縮、和解の増加

1 ウルフ卿改革による紛争解決期間の短縮、和解の増加

ウルフ卿改革では、①CPRに和解申出の拒絶に対し民事訴訟費用支払の制裁が設けられたこと（CPR 36）⁽¹⁵⁾や②訴訟係属前の当事者間情報共有

(14) the Right Honourable Lord Jackson, Review of Civil Litigation Cost Preliminary Report, May 2009（以下「Jackson PR」という。）及び Review of Civil Litigation Cost Final Report, December 2009（以下「Jackson FR」という。）。

(15) 相手方から和解（settlement）の申出があったにも関わらず、それを拒絶したが、結果的に相手方からの和解の申出額よりも判決の認容額が少ない場合には、勝訴しても弁護士費用を含めて訴訟費用を敗訴当事者に請求できない（CPR 36条）。

を定めた PAP 新設, ③ CPR 及び PAP における訴訟外紛争解決 (Alternative Dispute Resolution, 以下「ADR」という。) 拒絶に対する民事訴訟費用負担の制裁等の ADR 促進方策 (ADR の促進については V, 3 において後述する。) 等の効果により, 民事訴訟における和解の契機が飛躍的に増加することになった。

特に医療過誤訴訟では, PAP において潜在的原告が潜在的被告に対し詳細な提訴予告通知 (letter of claim) を訴訟係属前に送付し, 潜在的原告も医療記録等の情報開示を受けられることが定められ, 早期に両当事者が手の内を晒し合い, 争点を把握し得るようになり⁽¹⁶⁾ 双方の感情的対立が和らぐこととなったことや⁽¹⁷⁾, ウルフ卿改革と同時期に行われた法律扶助制度改正によって医療過誤訴訟を迫行するソリシタに研修受講が義務付けられるなどした結果, ソリシタの専門化が進み当事者が事案の見通しを早期につけられるようになったこと⁽¹⁸⁾ が和解に肯定的効果 (和解成立時期の早期化, 和解数の増加) をもたらしたと考えられている^{(19) (20)}。

上記一連の改革は, 民事訴訟一般において, 当事者をして和解による解決を嗜好するよう変革し⁽²¹⁾, 訴訟における和解数増大及び和解成立時期

(16) Tamara Goriely, Richard Moorhead, Pamela Abrams, *More Civil Justice?*, 2002, Ch3.7. 最終的に紛争化されないが調査の対象となった事件が増加している。

(17) *ibid.*

(18) 原告側ソリシタが法律扶助を受給して医療過誤訴訟を迫行するためには, 1998年8月から, ロー・ソサエティの医療パネルまたは医療事故被害者救済団体の構成員で研修を受講するなどの制約が課されるようになった (我妻・前掲注3・208頁ないし210頁)。また, 被告側は, NHS トラストに関連する紛争は NHSLA が訴訟迫行を担当することから担当職員は専門的知識を蓄積している。更に NHSLA は少数の医療過誤訴訟を専門とするソリシタ事務所に被告代理人業務を依頼することで担当ソリシタの専門化が進んでいる。

(19) Tamara Goriely, Richard Moorhead, Pamela Abrams, *More Civil Justice?*, 2002, Ch 3.7. 特に低額の訴えにおいて和解が促進されたと報告している。

(20) Peysner の報告において民事訴訟一般についても同様の傾向が指摘されている (The management of civil cases; the courts and the post-Woolf landscape, 2005, DCA research report 9/2005.)。

(21) The CEDR, Civil Justice Audit, April 2000, 20 頁によれば76%の弁護士が, ま

早期化といった効果のみならず、訴訟提訴前紛争解決数を増大させる効果を及ぼした^{(22) (23)}。

医療過誤紛争については、会計検査院 (National Audit) による調査において、1999年度に和解が成立した脳性麻痺及び脳損傷を除く医療過誤訴訟の苦情受理から和解までの平均期間は、平均約5.1年であったところ⁽²⁴⁾、ウルフ卿改革後 NHSLA⁽²⁵⁾ が取り扱った同訴訟は平均約1.5年程度であり⁽²⁶⁾、和解までの期間が顕著に短縮した。更に、法律扶助を受けた同訴訟における認容率も46% (1996年度) から61% (1999年度) に増加している⁽²⁷⁾。これら事実には照らせば、医療過誤紛争において訴訟前の当事者が

た、*Making Amends*, 前掲注 2, p. 91 によれば48%の弁護士が和解に積極的になったと報告されている。

- (22) 裁判所における期日開始前の和解率は、ウルフ卿改革前後において、ファーストトラックで50%から69%に、マルチトラックにおいて63%から72%に増加している (dca, *Further Findings; A continuing evaluation of the Civil Justice Reforms*, August 2002, p. 4.)。
- (23) *Making Amends*, 前掲注 2, p. 91 によれば、33%の紛争が早期和解により訴訟を回避できたとされている。
- (24) National Audit, *Handling clinical negligence claims in England*, May 2001. なお、脳性麻痺の苦情受理から和解までの平均期間は12.1年、脳損傷の平均は10.3年である。
- (25) NHSLA は、1995年に設立され、NHS に対する訴えの賠償責任を負うと共に、医療安全管理に関する研究を行い、これら業務を通じて得られた知識・経験を医療に還元することを目的として運営されている NHS の下部機関である。1995年以後に発生した医療過誤紛争にかかる訴えに対しては、Clinical Negligence Scheme for Trusts (CNST) といわれる処理システムを運営し、2002年4月以降、請求額に関わらず NHS の機関で発生した医療過誤紛争の全ての紛争を取り扱っている。
- (26) The National Health Service Litigation Authority Report and Accounts (NHSLA annual report) 2006, 2010, and 2011-2012. これら報告書によれば、苦情受理から和解までの平均期間は、2005年度平均1.46年、2008年度平均1.6年、2009年度平均1.5年、2011年度約1.3年である。Goreilly の調査においても、ウルフ卿改革前後で医療機関の報告書の作成日から和解までの日数が170日から130日に短縮していたとされる (Goreilly et al, *More Civil Justice? The impact of the Woolf reforms on Pre-action Behavior Law Society and Civil Justice Council*, 2002, Ch 2.7, p. 162.)。

協議する機会が増加することで認容見込みの少ない事件の訴訟係属が減少し、当事者が訴訟による紛争解決を最後の手段と捉え紛争処理を迅速適切に行っていることが推認され、ウルフ卿が医療過誤訴訟について指摘した訴訟遅延常態化、低認容率、訴訟における当事者の協働不足という各問題点は、同改革により相当程度改善されたということができよう。

なお、和解促進については、著名な学者から、当事者の経済的格差及び法的知識の不均衡を背景に、裁判所が関与しない和解は原告の不利益となる不正義な紛争解決方法になり得ることから望ましいものでなく⁽²⁸⁾、ADRの促進等による民事司法の縮減は国民の司法アクセスへの脅威となるとの批判⁽²⁹⁾がされているものの、筆者の実務家に対する聞き取り調査においては、ほぼ全ての実務家が上記改革の効果を実感し、これに肯定的な意見を有していた。医療過誤訴訟においては、現状本人により紛争処理が追行されることが稀であり、和解における当事者の不均衡が実務上問題視されることは少ないといえよう。

2 医療過誤訴訟における賠償文化の弊害に対する取り組み

(1) 医療過誤訴訟における賠償文化の弊害の残存

ウルフ卿改革による和解促進効果が認められる一方で、医療過誤訴訟において当事者の対立構造が十分に緩和されていない実態も明らかになっている。例えば、原告側ソリシタから、医療過誤訴訟の問題点として、賠償責任が認められ得る事案において被告側ソリシタが頑なに和解に応じない事例が多くある点が指摘され、訴訟提起前の和解が極めて少ないとの報告もされている⁽³⁰⁾⁽³¹⁾。また、医療関係者が訴訟によって名誉を失うことを

(27) 我妻、前掲注3、209頁。なお、1995年度から2002年度までのNHSに対する訴えの認容率は約66%であった(*Making Amends*, 前掲注2, p. 60.)。

(28) Elliot and Quinn, *The English Legal System* 10th edition, Chapter 22, p. 532.

(29) Hazal Genn, *Judging Civil Justice*, Cambridge University Press. http://socialsciences.exeter.ac.uk/media/universityofexeter/collegeofsocialsciencesandinternationalstudies/lawimages/hamlyntrust/Genn_judging_civil_justice.pdf

懸念する結果、過誤事例の情報を隠蔽し責任を否定する傾向にあることが調査の結果明らかになり⁽³²⁾、患者にとって医学的に最適な医療が選択されず、法的に安全な医療が選択されるという防御的医療の蔓延も問題になった⁽³³⁾。これらに加え、NHSLA が対応する提訴予告通知の新規件数は2003年度以降大幅に増加し⁽³⁴⁾、患者—医療機関間の対立関係が依然として存在していることも明らかになった。NHSLA が医療過誤訴訟に費やす予算は1996年度（23.5億ポンド）から2004年度（50億ポンド）にかけて倍増し⁽³⁵⁾、紛争化事案は全体の医療過誤の極一部にすぎないと考えられたことから、将来的に訴訟件数及びこれに対する費用が増大する危機の存在が認識された⁽³⁶⁾。

すなわち、ウルフ卿改革によって、医療過誤紛争を迅速かつ効率的に処理する訴訟制度が一定程度確立されたとはいえ、引き続き医療過誤紛争をより効率的に透明性をもって迅速かつ低額の費用により処理し、双方当事

(30) Jackson FR, Ch 23, p. 240.

(31) Judiciary of England and Wales, Lord Jackson, The reform of clinical negligence litigation lecture twelfth lecture in the implementation programme clinical negligence seminar, 22 March 2012.

(32) Kennedy Report, Report of the Bristol Royal Infirmary Inquiry, Leaning from Bristol, 2001. 心臓外科手術により29名の幼児が死亡した事故に関する調査。

(33) Jonathan Herring, 前掲注 1, p. 135.

(34) NHS ないし NHSLA に対する医療過誤にかかる提訴予告通知の新規件数は、1996年度4136件、2005年度5697件、2010年度8655件、2013年度11945件である。Lewis, Morris and Oliphant, 'Tort Personal Injury Statistics: Is there a Compensation Culture in the United Kingdom?' 95.The National Health Service Litigation Authority Report and Accounts 2010, 2013/14. また、NHSLA が管轄していない一般医（General Practitioners）に対する苦情申立も1995年度に約400件であったものが、1999年には約500件に増加している（*Making Amends*, 前掲注 2, p. 62.）。

(35) Lewis, Morris and Oliphant, 'Tort Personal Injury Statistics: Is there a Compensation Culture in the United Kingdom?' p. 95.

(36) Harvard Medical Practice Study (1990) に依拠し、NHS において、医療により年間85万件の悪しき結果が発生し、その半分が予防可能であるとの指摘がされている（*Making Amends*, 前掲注 2, p. 32.）。

者が満足し得る解決方法を導き出す紛争処理方法を模索する必要性が認識されたといえることができる。

かかる状況に鑑み、政府は2001年イギリス首席医務官（Chief Medical Officer）⁽³⁷⁾ ドナルドソン卿に対し医療過誤訴訟に関する調査を依頼した。同卿は、2003年に作成した報告書（「修正の実施（*Making Amend*）」⁽³⁸⁾）において、医療過誤が医療実務において避けることができないことを前提に、医療者が過誤の報告を自発的に行い、患者—医療機関関係を損なわずに患者に説明、賠償、予防対策及び治療を含めた救済を与えることを目的とした、訴訟を前提としない新たな医療紛争解決制度の改革を提言した。ドナルドソン卿は、かかる目的の達成手段として第一に無過失補償の導入について検討したが、長期的な費用減少が不透明であるなどとしてこれを推奨し得ないと結論づけた上⁽³⁹⁾、後述する NHS による救済計画（NHS Redress Scheme）を提案した。同救済計画は次に述べる2006年 NHS 救済法案（the NHS Redress act 2006）として後に議会で可決されている。

（2）2006年 NHS 救済法案

ア NHS 苦情申立制度⁽⁴⁰⁾

イギリスにおいては、医療機関が行った医療行為に不満を持つ患者ないしその家族（以下、単に「患者」という。）は、訴訟により損害賠償を求める以外に NHS 苦情申立制度を通じ診療担当医師ないし看護師等から直接

(37) イギリス政府が指名する医療、健康に関する主席アドバイザー。公衆衛生を専門とする医者が指名されることが一般的であり、NHS の執行委員等、医療行政に関する要職をも兼ねる。

(38) *Making Amends*, 前掲注2。

(39) *ibid*, p. 112. イングランドがニュージーランド、スウェーデンといった同制度を導入している国々に比して医療過誤訴訟の提起率及び勝訴率が低く、勝訴した場合の平均賠償額が高いことから、無過失補償制度の導入により予算が現在の10倍近くになると試算した。その他、過誤から学び医療を改善することが困難になること等が理由として挙げられている。

(40) National Audit Office, *Feeding back? Learning from complaints handling in health and social care*, October 2008.

説明と謝罪を求めることができる。患者は、この際、2002年から NHS に設置が義務づけられた患者助言窓口サービス (the Patient Advice and Liaison Service (PALS)) に助言を求め情報を得ることができる。患者が NHS 苦情申立制度において医療機関からの対応に満足がいけない場合は、医療機関トラスト又は地域医療委員会 (Clinical commissioning group)⁽⁴¹⁾ に対し「地域による解決 (local resolution)」を更に求めることができ、これら各機関は申立てを受けてから 3 日以内に申立人と連絡を取り解決のための議論を行う。申立人がかかる解決結果に不満がある場合には、NHS 及び政府から独立し議会に直接の責任を負っている健康サービスオンブズマン (Health Service Ombudsman) に調査を依頼することができる。2012年度には16万2000件の地域による解決が申し立てられており⁽⁴²⁾、NHS 苦情申立制度は広く利用されているといえることができるが、一方で治療に不満を持つ患者の79%が不満を申し立てていないとされる。これは多くの患者がかかる苦情制度の有効性、独立性に疑問を持っていることに起因するとされており⁽⁴³⁾、責任を負う当事者自身による過誤事案究明に対する患者の不信が見て取れる。

現在は、NHS により2013年4月より地域に法的支援室が設置されるなどして、PALS 及び NHS の主導の下、医療機関の行う調査に独立性をもたせるための施策の検討、苦情を取り扱うスタッフの質の向上、及び効率的な苦情処理制度の構築が検討されている。

イ 2006年 NHS 救済法案

2006年 NHS 救済法案は、患者がイギリスの NHS 関連施設における医療者の行為⁽⁴⁴⁾ により訴訟手続と同様の基準で一定の金額 (政府の提案で

(41) 2012年に the health and Social Care Act 2012 によって新たに作成された一般医 (General Practitioners) によって運営される NHS の機関。

(42) Right Honourable Ann Clwyd MP and Professor Tricia Hart, A Review of the NHS Hospitals Complaints System Putting Patients Back in the Picture, October 2013.

(43) National Audit Office, Feeding back?, 前掲注40, p. 20.

は、現在2万ポンドとなる予定である⁽⁴⁵⁾。以下のNHSLAに対する不法行為に基づく損害賠償請求権を有すると認められる場合に、NHSLAの賠償責任を認めた上で訴訟によらない合意に基づく新しい解決方法を特定の国家機関(政府はNHSLAが適切であると判断している。)が提供し、適正迅速な医療過誤紛争の処理を目的とする法案である。

同法案は具体的な救済計画手続の大部分を閣内相(Secretary of State)に規則制定を委任する形式を取っているが、概略は次のとおりである。

すなわち、閣内相は手続開始の条件及び期限等(2006年NHS救済法案4(2))、損害賠償が認められる場合とその金額(同3(4)(a)(b))、損害賠償額の上限額(同3(4)(c))等を定める。医療機関は申立てのあった関連事故につき調査を行い(同6(2)(a))、被害患者は民事訴訟において支払を受け得る損害賠償金額と同等の損害賠償金を医療機関からの説明と共に受けることができ(同3(2))、謝罪及びケア又は治療という形式による救済(同3(3))を上記損害賠償金とは別に受けることができる。申立人は、手続進行に際し、相手方機関と独立した者による法律相談及び和解に至るための支援等を含めた無料の援助を受けることができる(同8(1), 9)。

同救済計画は、上述のNHS苦情申立制度と同様に責任を負う当事者による事案究明を基礎として紛争解決が図られる制度設計が取られているため、法案に対し議会及び原告側弁護士⁽⁴⁶⁾から提出された意見書においては、NHSLAの独立性に問題視され同機関が中立に事例を調査判断できるかにつき疑義が呈された⁽⁴⁷⁾。貴族院においては、調査を事実認定と責任認定の二段階に分け、前者を資格を有する独立した専門の調査員が行い、

(44) 一般医の治療行為、歯科治療、眼科治療等は除かれている。

(45) 現行の和解額の75%が2万ポンド以下となっていることを理由としている(Department of Health Press Notice, Better NHS response for patients harmed by healthcare, 13 October 2005.)。なお、*Making Amend*, 前掲注2においては3万ポンド以下の事案を対象に提言されていた。

(46) Action Against Medical Accidents, Association of Personal Injury Lawyers

(47) Jo Roll, The NHS Redress Bill [HL], Social Policy Section House of Commons Library, May 2006, pp-27-34.

かかる調査員が健康局によって監督される改正案が出されたが⁽⁴⁸⁾、経済的理由によりかかる手続が盛り込まれることなく同法案は可決されている。現在、2010年発議の同法案改正法案⁽⁴⁹⁾の審議が議会において継続されている状況であるが、イングランドにおける施行は、ウエールズにおいて2011年4月より効力を有する同法案の施行規則⁽⁵⁰⁾の施行状況を判断後に行われる予定である。

ウ ウエールズにおける救済計画の実施

ウエールズにおいては、実施機関をNHSトラスト、損害賠償金額上限を2万5000ポンド（複雑事案及び致死事案を除く。）として（2006年NHS救済法案29(1)⁽⁵¹⁾、44(1)）、前記アのNHS苦情申立制度の延長上に救済手続が新たに定められている。患者が医療行為による悪しき結果を認めてから原則として12ヶ月以内に苦情を申し立てた場合（同15）、NHSウエールズは十分な調査を行い（同23、39）、NHSウエールズに賠償責任が存在するか否かを判断する（同25）。調査において専門家の意見が必要である場合には、NHSウエールズと申立人の共同で専門家の依頼を行うこととする（同32(1)(b)、47(1)(b)）。NHSウエールズにおいて賠償責任があるか、賠償責任がある可能性が高いと認めた場合には、調査結果、判断結果及び理由、今後の調査及び救済が与えられる可能性があること等が記載された中間報告書を原則30営業日以内に申立人に送付する（同26、40）。NHSウエールズが賠償責任を負わないと判断した場合にも、原則30営業日以内に調査結果、医療記録、適切な場合には謝罪、及びオンブズマンへの苦情申立

(48) *ibid*, p. 27.

(49) the National Health Service Redress Bill (Amendment) Bill 2010-2012. 救済申出等の救済計画に期限を設ける、弁償額の上限を必ず設けることとする等の変更が主なもの。

(50) The National Health Service (Concerns, Complaints and Redress Arrangements) (Wales) Regulations 2011.

(51) The National Health Service (Concerns, Complaints and Redress Arrangements) (Wales) Regulations 2011 の条文を指す。以下、本項において同じ。

てが更に可能であること等を記載した報告書を申立人に送付することとする(同24, 41)。申立人は、民事訴訟において認められるのと同等の損害賠償金支払(損害賠償請求権の全部又は一部につき必要な治療を行う契約をNHS ウェールズとの間で新たに締結する形式とすることができる。)、経過説明、書面による謝罪、同種事案防止のための行動計画に関する報告書の提示による救済を受け得る(同27, 42)。NHS ウェールズは、調査によって判明した申立てにかかる事実を、責任の有無等の判断に使用した医療記録、医療関係者の意見書及びこれらに対する説明等の証拠を付して最終報告書にまとめ、原則として同報告書の写しを申立人に交付しなければならない(同31, 46)。救済計画が進行している間は不法行為に基づく損害賠償請求権の時効期間は進行しない(同45)。申立人は、救済計画において無料の法律相談を受けることができ(同32, 47)、救済を受けた場合、民事訴訟手続による請求権を失う(同28, 43)。

調査終了後早期に詳細な報告書を作成し、これを申立人に送付することをNHS ウェールズに義務付け、専門家意見の採用の際に双方申請の形式とすることにより、調査、判断の透明性を高めることで、申立人にNHS ウェールズの独立性に対する疑念に配慮した制度設計がされているところが興味深い。現在までに、同計画に則り処理された事案は未だ少なく、その効果について十分な解析はなされていない。

エ 救済計画の可能性

イギリスにおいて、医療過誤紛争における和解額の75.6%が2万5000ポンド以下であり44.3%は賠償金を受け取っていないこと⁽⁵²⁾(2008年度)、治療により傷害を負った患者が経済的な賠償を希望するのは僅か11%にすぎず、多くが謝罪(34%)、原因究明(23%)、生じた結果へのサポート(17%)を求めていること⁽⁵³⁾からも、患者が満足を得ることができる医療

(52) Jackson FR, Ch 2, 6. 1. 2008 年度に NHSLA において終決した医療過誤紛争 1000件をランダム抽出して得られた結果である。

(53) *Making Amends*, 前掲注 2, p. 75. National Audit Office による調査におい

過誤紛争処理には、可及的に患者に損害賠償金以外の救済を与えることが重要であるということができる。また、民事訴訟において医療過誤訴訟が全件マルチトラックに配点され、訴額によらず長期の審理期間と高額な訴訟費用を必要となっている現状の実務を考え合わせると、2006年 NHS 救済法案に基づく新制度は、紛争の迅速な解決、請求金額に比した訴訟費用での効率的な解決のみならず、患者に紛争解決による満足をも与え得る極めて有効な紛争解決手段になり得る可能性を有している。民事訴訟費用の高騰の問題を除き本邦においても医療過誤訴訟の医療界への影響、患者の希望する救済手段等はイギリスにおけるそれと同様であることからすれば、請求金額の多寡により審理方法を分け、低額な紛争については司法手続を経ずに解決を図る同制度がイギリスにおいてどのような形で施行され、どれほどの効果をあげるのかが本邦の医療過誤紛争の処理方法に新たな示唆を与える可能性があるといえよう。

3 早期の和解促進に関するジャクソン卿改革

ジャクソン卿改革においては、早期の和解促進を目的とした以下の重要な改正が行われた（ADRに関する改正は、V, 3で後述する。）。

（1）民事訴訟一般の改正

民事訴訟一般の改正として、第一に、和解の申出の拒絶に関する訴訟費用負担の制裁を定めた CPR36条を改正し、被告が原告の和解申出を拒絶した場合の訴訟費用負担にかかる制裁が増額され、損害認定額の10%が新たに被告に課され得ることとなった（LASPO 法55条, CPR 36 14(3)）。改正前の CPR36条では、被告敗訴の場合、原則として被告が訴訟費用を負担することとなるため、訴訟費用負担の制裁のみでは被告に早期和解のイン

ても、医療過誤紛争では、事案を調査し、過失を認め、再発を防止し、謝罪することを求める患者が大多数であり、金銭賠償を求める者は少数に留まっている（National Audit Office, Handling clinical negligence claims in England, May 2001, p. 25.）。

センティブが十分に働かなかったことによる。また、第二に、審理をより効率的かつ迅速に行うために、裁判所に証拠によって証明されるべき争点を特定及び制限し、法廷で尋問する証人及び陳述書を制限し、陳述書の量及び形式を制限する指示を出す権限が与えられた(CPR 32.2(3))。第三に、裁判所に複数の専門家証人の同時尋問(Concurrent expert evidence)を指示する権限が与えられた(CPR Practice Direction 35, paras 11.1 to 11.4)。同時尋問とは、裁判所が同時に複数の専門家証人に質問して相互に議論させた後、裁判所と原告が個々の専門家証人に質問を行う形式での尋問である⁽⁵⁴⁾。

筆者の聞き取り調査によれば、かかる裁判所の証拠採用に関する権限が審理を短縮化する効果を及ぼしていることを実感していると述べた裁判官も1名いたが、その余の裁判官及びソリシタの大多数は、後述の訴訟費用に関する新たな手続(訴訟費用管理期日)の創設により審理は2、3か月長期化しており、全体の審理期間はジャクソン卿改革以前と概ね変化ないか、やや長期化している旨述べていた⁽⁵⁵⁾。

(2) 医療過誤紛争における改正

医療過誤紛争に関する重要な改正は、第一に、2010年6月以後、NHSLAが原告から苦情申立てを受け取った後にその責任を否定する場合、申立てに明らかに理由が無いと認められる場合以外は、4か月の回答期間内に過失と因果関係に関し独立した専門家による証拠を入手することとなったことである⁽⁵⁶⁾。

第二に、NHSトラストに提訴予告通知が送付されてからNHSLAに通知が到達するまで平均約半年間の遅延が認められており、かかる期間と訴訟費用平均額が正の相関を示した事⁽⁵⁷⁾から、提訴予告通知がNHSトラ

(54) オーストラリアの民事裁判実務に倣った尋問形式である。

(55) 前掲注4参照。

(56) Judiciary of England and Wales, Lord Jackson, the reform of clinical negligence litigation lecture twelfth lecture in the implementation programme clinical negligence seminar, 22 March 2012, 4.6.

ストに送付されると同時に、NHSLA に対してもその写しが送付されることとなっている。

4 医療過誤紛争早期解決の課題

医療過誤紛争の民事訴訟制度を利用した処理期間は、上記のとおりウルフ卿改革を経て顕著に改善した。現在は、PAP に則った手続開始前（提訴予告通知送付前）の期間を短縮し、かかる期間における和解数を増加させること⁽⁵⁸⁾、民事訴訟制度によらない迅速な紛争解決数を増加させること、患者及び医療機関がより一層協働して紛争解決に当たる文化を熟成することが大きな課題となっており、かかる課題の克服のため、NHS トラストの苦情申立制度の浸透、2006年 NHS 救済法案の整備、ADR の推進等の対策が取られている。

IV ケースマネジメントによる当事者対抗主義の緩和

1 ウルフ卿改革によるケースマネジメント厳格化の導入

ウルフ卿改革では、訴訟審理に関し請求金額や訴訟の複雑さ等に応じて訴訟を三種類に分類すると共に、裁判所に対しケースマネジメントにかかる広範な裁量を与え、次に述べる制裁に裏打ちされた厳格なタイムスケジュール管理を定めた CPR が導入された。

すなわち、裁判所は、当事者の出廷（CPR 3.1(2)(c)）⁽⁵⁹⁾、争点の決定（同(j)(k)）、トライアル期日等のタイムスケジュール決定、証拠採否

(57) Department of Health, NHS Litigation Authority Industry Report, April 2011, 14, pp-31-32.

(58) インシデント発生から NHS トラストへの報告にかかる期間が平均1.79年と比較的長期間を要しており、全体の紛争処理期間に占める上記期間の割合も僅かながら上昇傾向にある（ibid, pp-31-32.）。

(59) 本項における条文は CPR 制定時のものではなく、現行の CPR を記載している。

(CPR 32.1) 等について裁判所命令を発し、当事者が規則、通達及び裁判所命令(以下「規則等」という。)に従わない場合に、職権又は当事者の申立てに基づき訴えの全部又は一部について却下することができ(CPR 3.4(2)), 過料の制裁を当事者に課し得る(CPR 3.1(5), (6))。また、イギリス民事訴訟は民事訴訟費用の敗訴者負担が原則であるが、裁判所は当事者が紛争解決にどの程度尽力したかなどの事情に応じ勝訴者に訴訟費用の支払を命じる裁量を有する(CPR 44)。他にも、裁判所が定めた期日までに陳述書が提出されない場合は当該証人に法廷において口頭で証言させることができず(CPR 32.10), 専門家による報告書がトライアル前に開示されない場合には当事者はトライアルで報告書を使用すること及び専門家に法廷で証言させることはできない(CPR 35.13)。これらの制裁は、裁判所が許可を与えない限り自動的に課せられる制裁であるため、当事者は制裁から逃れるために裁判所に救済を申し立てる必要があり、裁判所はかかる救済申立てに対し審理に顕れた諸事情を総合的に判断し救済を与えるかの判断を行うこととなっている(CPR 3.9. 以下「救済規定」という。)

また、ウルフ卿は専門家証人に関する手続が民事訴訟の遅延と訴訟費用高額化の主たる原因の一つであると考え⁽⁶⁰⁾, 専門家証人の使用を裁判官の許可にかからしめ(CPR 35.4), 裁判所は、紛争解決を行うのに合理的な範囲でのみ専門家証人の採用を行うよう当事者の採用申立てを制限することができ(CPR 35.1), また、特定の争点について共有専門家証人の採用命令を発し得ることとした(CPR 35.7)⁽⁶¹⁾。

筆者が行った聞き取り調査⁽⁶²⁾の結果によれば、ウルフ卿改革後、医療過誤訴訟の訴訟係属からトライアルまでの期間は、通常の事件で1年半から2年程度、複雑な事件では3年程度になり、顕著に短縮されたというこ

(60) Woolf IR Ch 23, Woolf FR Ch 13.

(61) 専門家証人に関するイギリス民事訴訟制度については、「荒谷謙介, イギリス医療訴訟における専門家証人の役割, 判例タイムズ1199号63頁ないし67頁(2006)」に詳しい。

(62) 前掲注4参照。

とである⁽⁶³⁾。改革直後は、県裁判所において、裁判官の経験不足により硬直的な運用がされることにソリシタから批判を招いたが⁽⁶⁴⁾、現在では、医療過誤訴訟のケースマネジメントについて研修を受け、長期間同種事件を専門的に扱うことで、円滑な審理が行われている⁽⁶⁵⁾。円滑な審理及び審理期間短縮の理由として、裁判官のみならず、原被告のソリシタの専門家が進んだこと（Ⅲ、1にて前述）も大きな要因として挙げられよう。

なお、共有専門家証人が採用されるのは、民事訴訟全体において専門家証人が採用される事件のうち41%であるとの報告がある⁽⁶⁶⁾が、聞き取り調査によれば大多数の法曹は医療過誤訴訟において共有専門家証人が採用されるのは10%以下に留まるとのことであった。同訴訟においては、訴訟提起以前の段階で大部分の双方当事者が専門家からの意見聴取を経ており、裁判所が共有専門家証人の使用を命じることでかえって訴訟費用が高額になり審理が遅延すると当事者に考えられていることが利用率の低い理由として挙げられる。また、共有専門家制度については、裁判官が対立する立場からの議論を聞くことができず、共有専門家証人の意見に騙されるおそれが指摘されており⁽⁶⁷⁾、確かに筆者が行ったソリシタに対する聞き取り調査⁽⁶⁸⁾では、当事者がかかる恐れを理由に共有専門家証人の採用に消極的となることも否定できないとのことであった。

(63) なお、岩井判事補（当時）による聞き取り調査によれば、ウルフ卿改革前の医療過誤訴訟は審理に10年がかかるといわれていたとのことである（岩井直幸、イギリスにおける民事訴訟規則改正後の実務、判例タイムズ1057号30頁（2001））。

(64) *More Civil Justice*, 前掲2, pp-213-214.

(65) バーミンガム県裁判所では、1時間以内のケースマネジメントカンファレンスは原則として全て電話会議で行われている。電話会議は双方共に在廷する必要がある。

(66) Lord Chancellor's Department Report, *Emerging Findings*, 2001, 4. 20.

(67) ニール・アンドリュース, 前掲注11, 3.63.

(68) 前掲注4 参照。

2 ジャクソン卿改革及びこれに続く判例によるケースマネジメントの厳格化

（1） ケースマネジメントに関するジャクソン卿改革

ジャクソン卿は、ウルフ卿のケースマネジメントに関する改革につき、従来の行き過ぎた当事者対抗主義が支配する訴訟文化をある程度変化させたことを評価しつつも、当事者が命令で定められた期日から遅延することに裁判所が忍耐強く、寛容でありすぎる旨指摘した。そして、1990年代のシンガポールにおいて民事訴訟のケースマネジメント厳格化の導入により当事者満足度向上及び訴訟効率化が達成されたとの成功例を参考に⁽⁶⁹⁾、イギリスにおいても更なるケースマネジメント厳格化が導入されるべきであるとした⁽⁷⁰⁾。これを受けて、ジャクソン卿改革では、救済規定に関し規則等のコンプライアンス維持に重点をおいた改正を行った。すなわち、従来の民事訴訟規則では、裁判所の救済命令発令判断において考慮に入れるべき9つの具体的事情⁽⁷¹⁾を列挙した上で諸事情を総合的に検討すべき旨規定されていたところこれを変更し、裁判所は訴訟が効率的かつ適正な費用で行われること（以下「a要素」という。）及び規則等のコンプライアンスを高めること（以下「b要素」という。）の必要性を含めた全ての諸事情を考慮した上で適切に申立てを取り扱わなければならない旨規定した。

(69) Judiciary of England and Wales, Lord Justice Jackson Achieving a culture change in case management, fifth lecture in the implementation programme, the Judicial Institute, November 2011.

(70) Jackson FP, Ch 39, p. 397. 併せて、ジャクソン卿は、第1審の厳格なケースマネジメントに基づく判断が控訴院で多く変更されることに言及し、判断が裁判官に与えられた裁量の範囲を逸脱し明白に誤っている場合でない限りケースマネジメントに関する原審判断を変更すべきでないとの原則に従い、これら原審判断を支持することが極めて重要である旨指摘している（同 p. 398.）。

(71) 司法運営のための利益、救済申立てが直ちになされたか、規則等の不遵守が故意になされたものか、不遵守に正当な理由があるか、不遵守を行った当事者がそれ以前に規則等をどの程度遵守してきたか、不遵守が当事者本人によるものか代理人によるものか、トライアルを延期する必要性が生じたか、不遵守が当事者に与えた効果、救済命令が当事者に与える効果の9つの事情である。

かかる改正後、後述の一連の控訴院判例が、規則等不遵守にかかる救済命令に関し極めて厳格な姿勢を示したことより、実務において、一方当事者の些細な不遵守に対しても相手方が救済に同意なくなり、救済申立てに関し過剰で不合理な衛星訴訟 (satellite litigation)⁽⁷²⁾ が頻発することで、裁判官の職務が衛星訴訟の処理に圧迫され、訴訟実務に大きな混乱が認められる事態が生じた⁽⁷³⁾。以下、近年のイギリス民事訴訟判例における最重要判例といわれるミッチェル判決等の上記控訴院判例及び現在の状況について紹介する。

(2) ミッチェル判決

2013年11月のミッチェル判決⁽⁷⁴⁾ は、名誉毀損による損害賠償事件を基本事件とする救済申立てに関する衛星訴訟に対する判断であり、上記訴訟実務の混乱が生じる契機となった控訴院判例である。同判決は、基本事件において原告が訴訟費用の概算 (Cost Budget) を裁判所に対し提示することを規定日から6日間懈怠することを理由に予定期日が延期され、結果として申立費用を除く約50万ポンド⁽⁷⁵⁾ の訴訟費用が計上されないとの制裁が原告に課されたので (CPR 3.14)、申立人たる原告が救済を求める訴訟を提起した事件である。原審は申立てを認めなかったところ、原告は懈怠の内容に比して制裁が重すぎるなどとして同決定に不服を申し立てた。控訴院は、ジャクソン卿改革により裁判所に今まで以上に厳格なケースマネジメントを行うことが求められている旨指摘した上で、救済規定の a 要素及び b 要素を救済命令発布に当たりその他の事情を超越する重要な考慮要素と解すべきであるとして、改正前 CPR につき、同規則において列挙

(72) 基本事件に関連して基本事件と別個の裁判体に新たに係属する訴訟をいう (Bryan A. Garner, *A Dictionary of Modern Legal Usage* 2nd Edition, Oxford University Press, 1995.)。

(73) *Denton v White Ltd; Decadent Vapours Ltd v Bevan; Utilise TDS Ltd v Davies* [2014] EWCA Civ 906, 21.

(74) *Mitchell v News Group Newspapers Limited* [2013] EWCA Civ 1537.

(75) 1ポンド180円とすると約9000万円となる。

された諸事情を総合的に考慮して判断するとの従来の救済規定解釈枠組みを採用した判例⁽⁷⁶⁾を変更した。すなわち、ミッチェル判決は、救済命令発布にかかる判断過程を二段階に分け、第一に規則等の不遵守の程度を考慮し、これが軽微なものといえない限り救済は与えられるべきではなく、第二に、不遵守の程度が軽微である場合には不遵守に正当な理由が存在すれば救済が与えられるべきであるが、ソリシタの業務の繁忙のような理由とは正当な理由とは考えることはできない旨判示し⁽⁷⁷⁾、本件事案においては不遵守の程度が軽微とはいえないとして原審判断を維持した。

ミッチェル判決後もこれに追隨する重要判断が控訴院から相次いで出された。中には、証人の陳述書提出が僅か一日遅れたにすぎない当事者に対し、原審において救済を認めた（陳述書の採用を認めた。）判断を控訴院が覆し、規則等の不遵守が二度目の命令懈怠であることを理由に不遵守の程度を重く見て、救済申立てを却下するという極めて厳格な判断も出されるに至り⁽⁷⁸⁾、ケースマネジメントの厳格化を手段とし、訴訟の迅速な解決及び訴訟費用の低額化を目指す裁判所の断固とした意思が示された。

これら一連の控訴院判決は、ソリシタより、如何なる場合に制裁が課せられるかにつき予見可能性がなく、義務違反の程度に比して制裁の程度があまりにも大きいことから業務に無用の圧力がかかり支障を来すとの内容の痛烈な批判が繰り返された⁽⁷⁹⁾。裁判所においても、ミッチェル判

(76) *Sayers v Clarke Walker* [2002] 3 All E. R. 490.

(77) かかる判断がソリシタにとって酷であることを断りつつも、ジャクソン卿改革を進めるためにはやむを得ない判断である旨も判示されている。

(78) *Durant v Chief Constable of Avon and Somerset Constabulary* [2013] EWCA Civ 1624; [2014] 2 All ER 757. 例え、懈怠が代理人によるものであり、制裁（期限に後れて提出された陳述書を不採用とする制裁）によって両当事者ないし証人に重大な結果が生ずるとしても、これをもって救済を与える相当な理由があるとはいえない旨判示している。

(79) Civil Justice Council, *The impact of the Jackson reforms on costs and case management*, A response by the Association of Personal Injury Lawyers March 2014.

決以後、衛星訴訟が増加し、当事者が訴訟を協働して追行することなく軽微な規則等の不遵守に対しても相手方が制裁による利益を得るために救済申立てに同意しないという訴訟態度を取ることが多くなったことが深く懸念されるようになった⁽⁸⁰⁾。

(3) デントン判決

かかる状況の中、控訴院は、2014年7月、3つの救済命令に関する不服申立て事件の判決（以下「デントン判決」という。）において、上記憂慮すべき事態が実務においてみられていることを認め、ミッチェル判決が誤って理解されているとして同判決の趣旨を詳細に説明した。すなわち、ミッチェル判決の判示内容を、救済命令の不遵守の程度が軽微なものであり、不遵守に十分な理由が無い場合には救済命令は発令されないと誤って解釈した裁判所の判断が散見されるが、救済命令発布の判断には、更に第三の判断段階として諸事情を総合して命令を発令すべきか否かの相当性を判断する段階が存在し、a 要素及び b 要素はかかる段階において特に重要な事情として考慮される旨判示した⁽⁸¹⁾。また、相手方は、例外的な場合以外、不遵守を行った当事者の救済に同意すべきであり、相手方が不必要に救済に反対して訴訟の進行を遅らせ訴訟費用を増大させた場合には、当該相手方に対し重い訴訟費用負担の制裁が加えられるべきであること、裁判所はケースマネジメントにおいて日時を限定した命令を発令する場合には、現実味のある到達可能な日時を命じなければならないとも判示され、今後の訴訟運営における当事者、裁判所に対する注意喚起がなされた。

判決の理解のため、同判決に係る3つの事案のうちの1つにつき具体的事案の概要及び判断を紹介する。

事案の概要は、基本事件において裁判所が原告に対しある期限までにトライアル前チェックリストを提出し裁判所に対し訴訟費用を支払わなけれ

(80) *Denton v White Ltd; Decadent Vapours Ltd v Bevan; Utilise TDS Ltd v Davies* [2014] EWCA Civ 906, 39.

(81) *ibid.*

ば訴えを却下する旨命令したことから、原告は同チェックリストを期限内に提出した上、通常であれば期限の翌日に到着するよう費用を郵送したが、かかる郵送物が裁判所に到着しなかったことから結果的に訴訟費用が支払われなかった（郵便物不到着の原因は不明であった。）。裁判所は原告の訴えを却下し、その後申し立てられた救済申立ても却下した。控訴院は、命令違反は裁判所に対する費用の支払の懈怠であり軽微な懈怠とはいえ、原告のソリシタに不遵守を正当化する理由はないものの、費用支払遅延によって訴訟の効率性が害されることや訴訟費用が高額化することはないのであるから不遵守の程度は軽微とはいえないが軽い部類に当たると評価でき、制裁結果が重大であることから原告を制裁から救済すべきとして原判断を変更した⁽⁸²⁾。

筆者の行った聞き取り調査によれば⁽⁸³⁾、複数の裁判官及びソリシタは、ミッチェル判決はデントン判決により実質的に変更されたと考えていると述べ、実際デントン判決以後、衛星訴訟は顕著に減少し実務の混乱は収まったと述べていた。また、あるソリシタは、ミッチェル判決後にソリシタが感じていた訴訟追行における息苦しさは薄まったとの感想を述べていた。

ミッチェル判決以後の救済命令に関する控訴院判断が、比較的軽微な規則等不遵守に対し不遵守の程度に比例しない制裁を課しており、正義に基づく判断であることに疑念があること、厳格に過ぎるケースマネジメントによって衛星訴訟の増加を招きかえって全体の訴訟費用が高額化しており、ケースマネジメントに関する規則改正が改正趣旨とは異なる影響を実務に与えていたこと、ケースマネジメントの厳格化により得られた審理期間の短縮は上記弊害に見合ったものとはいえないことなどからすれば、ミッチェル判決を約8か月後という短期間に実質的に変更したデントン判決は、ミッチェル判決後の実務の混乱を早期に收拾した適切な判断であると

(82) *Decadent Vapours Limited v Joseph Bevan, Jamie Salter, Celtic Vapours Limited*.

(83) 前掲注4参照。

高く評価することができる。

3 ケースマネジメントの現状と課題

ジャクソン卿改革のケースマネジメントに関する規則改正が及ぼした上記実務への影響は、同改正の趣旨を正しく解釈し裁判所が過剰に厳格な制裁を経たことにより、当初目的とした審理短縮化を達成することができず、かえって逆の作用を与えたという意味において大変興味深いものである。

デントン判決によりジャクソン卿の報告書で指摘された規則等のコンプライアンスが欠如した状態に後退する懸念も示されていたものの、筆者がケースマネジメントを傍聴し、実務法曹から話を聞いた限り、現状当事者は概ね規則等を遵守しており、遵守できない場合にも期限内に命令の変更を申立て、相手方がこれに承諾するなどして当事者が協調して規則等を遵守した円滑な審理を行っていた。シンガポールにおいては、民事訴訟改革直後に苛烈であった裁判所のケースマネジメント厳守の姿勢はその後緩和されたものの、当事者及び代理人の規則等へのコンプライアンスはケースマネジメント緩和以前よりも高い状態で維持され、新たな訴訟文化の形成に成功したといわれている⁽⁸⁴⁾。今後イギリスにおいて、シンガポールで達成された訴訟文化の変化が達成されるのか否かは、実務運用に関する分析を待たねばならないが、私としては同様の変化を遂げているような印象を受けた。

V 訴訟費用の高額化

1 訴訟費用に係るウルフ卿改革の効果

ウルフ卿改革では、民事訴訟費用を訴額と事案の複雑さに比した適切な

(84) Judiciary of England and Wales, 前掲注69 (fifth lecture).

額に抑えることを目的とした施策として、ADRの推奨、和解による早期解決（Ⅲ，1），訴訟におけるケースマネジメントの導入（Ⅳ，1），低額訴訟における訴訟費用の固定化等のCPRが定められた。

しかしながら、民事訴訟費用は改革後から著しく増加し、たとえトライアル前に和解に至り全体として早期に解決することが可能になったとしても、PAP及びケースマネジメントの影響による訴訟活動の前倒し傾向により、訴訟費用を十分に低額に抑えることができない事例が多くみられるようになった⁽⁸⁵⁾。

かかる傾向は、医療過誤訴訟においても同様に認められ、NHSLAの医療過誤訴訟に対する支出のうち、1998年に8400万ポンドであった訴訟費用が2013年度に11億9300万ポンドへと10倍以上に増加し、2013年度の総支出のうち約22%（2億5900万ポンド）が原告側ソリシタ費用に充てられている⁽⁸⁶⁾。原告側ソリシタ費用と被告側ソリシタ費用の比は、2004年度において約1.44：1であったものが、2013年度には約2.8：1まで増加していること⁽⁸⁷⁾からも、原告側ソリシタ費用（成功加算金と事後的保険料がその大部分を占めている⁽⁸⁸⁾）の高額化傾向が顕著に認められている⁽⁸⁹⁾。MDUの調査によれば原告側弁護士費用は、訴訟係属前の時点で5万ポンドから10万ポンドが計上されており⁽⁹⁰⁾、特に低額訴訟において、原告側弁護士費用が訴額に比し不相当に高額になっていることが問題となっている（例えば

(85) Jackson PR, Ch 1, 1-3. Gary Slapper and David Kelly, *The English Legal System* 9th edition, Routledge. Cavendish, Chapter 9 (The Civil Process), p. 374.

(86) LASPO法は2013年4月以降に弁護士委任契約を締結する場合に適応になることから、2013年に終決した事件の大部分はLAPO法の影響を直接的に受けていないと考えられる。

(87) NHSLA annual report, 2013/14 p. 10, NHSLA annual report, 2010, p. 17.

(88) Jackson FP, Ch 23, pp-1-3.

(89) 政府による調査において、2005年度から2009年度までにNHSLAが支払った損害金額の総計及び被告側弁護士費用の総計にほぼ変化がなかったものの、原告側弁護士費用の総計は約2倍に増加している（Department of Health, NHS Litigation Authority Industry Report, April 2011, p. 19.）。

(90) Jackson FR, Ch 23, 6-2.

訴額1万ポンド以下の損害賠償事件において、原告弁護士費用は最終支払額の2.73倍となっている⁽⁹¹⁾。

CFA 契約がされた医療過誤訴訟の原告弁護士費用は、訴訟費用を CFA によらず原告本人自ら出捐する場合に比し約3倍高額であること⁽⁹²⁾から、原告弁護士費用の高騰は、ウルフ卿改革以後導入された1999年司法へのアクセス法に基づく CFA 拡充政策（II, 1）の影響が大きいと考えられる。これは、成功加算金及び ATE 保険料を敗訴当事者から回復し得る状況下において CFA 契約が締結されている場合、原告本人及び原告側ソリシタに訴訟費用を低額に抑えるインセンティブが働かず、訴訟費用の算定が訴訟の最後に限られ、算定段階では既に費用が発生していることから裁判所によるコントロールも有効に働かないからであるとされる⁽⁹³⁾。

2 ジャクソン卿改革による訴訟費用高騰への対策

ジャクソン卿は、民事訴訟費用を適切な金額に抑えることを急務と考え、費用高額化の原因を CFA の成功加算金及び事後的保険料の敗訴者負担及びソリシタの時間給による弁護士費用の算定であると結論づけ⁽⁹⁴⁾、これに基づき以下の民事訴訟費用に係る立法及び CPR 改正を行った。

（1）LASPO 法

2013年4月、LASPO 法が施行され、①勝訴当事者は敗訴当事者に対し CFA 契約に基づく成功加算金回復請求をなし得なくなり、②ソリシタが勝訴当事者に請求し得る報酬額も将来の逸失利益を除く損害額の25%まで

(91) NHSLA annual report 2013/14, p. 21. 例えば鼠径動脈造影に関する医療過誤訴訟において2万ポンド（約375万円）の損害金の支払が命じられたところ原告側弁護士費用は9万5000ポンド（約1757万5000円）である事案が報告されている（Rachel Kneale, Will new court rules lead to more clinical negligence cases?, HSJ, February 2013.）。筆者の聞き取り調査においても、同様の事案が数多くあることが聴取できた。

(92) Jackson FR, Ch 2, 6.

(93) ニール・アンドリュース，前掲注11，171頁。

(94) Jackson FR, Ch 1, 2.

に制限され⁽⁹⁵⁾ (LASAPO 法44条4項, the Conditional Fee Agreements Order 2013), ③ ATE 保険料の回復請求が廃止された (LASAPO 法46条2項)⁽⁹⁶⁾ (ただし, 訴額が1000ポンドを超える医療過誤訴訟において, 過失及び因果関係等の争点に関連した専門家報告書の費用回復に係る ATE 保険料については例外扱いとされている (同法46条1項, the Recovery of Costs Insurance Premiums in Clinical Negligence Proceedings Regulations 2013))。

また, ④ソリシタの紹介料の回復請求が廃止され (LASPO 法56条ないし60条), ⑤原告の訴訟費用に係る資金調達方法の選択肢を増やすことを目的に, 全面成功報酬 (Damages-based agreements, 以下「DBA」という。) 契約に基づく成功報酬について, CFA 契約と同様の報酬を受け取ることが認められた (同法45条, the Damages-Based Agreements Regulations 2013)⁽⁹⁷⁾。ただし, 敗訴被告が支払義務を負うのは, 勝訴当事者の通常の費用にとどまるものされた⁽⁹⁸⁾。

更に, ⑥周産期に神経傷害により重度の障害を負った幼児の事案等, 極めて限定された事案を除き, 医療過誤訴訟が法律扶助の対象から外された (LASPO SCHEDULE1, 23)⁽⁹⁹⁾ (100)。

(95) 以前から the Legal Law Society は上限額25%を提案しており, これが採用されたものである (M. Napier and Bawdon, Conditional Fees: A Survival Guide, 1995.)。成功加算金の増額割合が通常の報酬額の100%であることに変化はない。

(96) いずれも the Courts and Legal Services Act 1990 に対する改正である。

(97) DBAs 契約は, 2013年4月1日までは労働審判等のみで認められていた成功報酬契約で, 判例上, 成功報酬額が合理的範囲内に留まる場合以外は公序良俗に反し無効であるとされていた (*Wallersteiner v. Moir (No 2)* [1975] 1 All E. R. 849. *Thai Trading Co v. Taylor* [1998] 3 All E. R. 65.) が, 新たな資金調達方法として改正によりこれを認めることとした。

(98) ニール・アンドリュース, 前掲注11, 174頁。

(99) かかる改正については, 民事訴訟に対する法律扶助廃止の経済的効果は当初予測された程度に及ばないばかりか, 逆に法律相談や本人訴訟増加等のコスト増により予想外に費用を増加させているとの報告が興味深い (Graham Cookson, Unintended Consequences: the cost of the Government's Legal Aid Reforms, file:///Users/yoshiokamasatoyo/Downloads/unintended-consequences-cost-of-government-legalaid-reforms.pdf)。

(2) CPR 改正

ジャクソン卿改革における CPR 改正では、第一に CPR 1条（目的条項）を改正し、CPR の最重要目的が適正な訴訟費用での正義に基づいた紛争処理にあると定め（CPR 1.1(1)）⁽¹⁰¹⁾、民事訴訟費用を適正額に抑えることが民事訴訟において極めて重要であり、ジャクソン卿改革における主たる課題であることを明確に示した。

第二に、従来、裁判所の訴訟費用額算定の判断は、（1）勝訴当事者の算定した訴訟費用総額が適正であるか否かを判断し、これが適正ならば算定額の全てにつき敗訴当事者に支払を命じ、（2）同総額が不適正な場合には各費用細目につき判断され、適正とされた費用細目のみが支払を命じられていた（two-stage approach）⁽¹⁰²⁾ ところ、改正後 CPR においては、訴訟費用総額によらず各費用細目が不適正な場合には、かかる細目の回復請求は認められないよう新たな判断基準が導入された⁽¹⁰³⁾（CPR 44.4(5)）。

第三に、従来マルチトラックにおいては、審理終了後に訴訟費用の適正判断がされていたところ、改正後 CPR では裁判所が訴訟費用に係る積極的な監督、判断を訴訟のあらゆる段階で行うことができる審理形式へと変更した。すなわち、両当事者は審理の早期段階において今後発生する訴訟費用の見積案（Cost budgeting）を作成し、相手方の見積案に意見を提出し議論を行う。裁判所は、かかる議論を踏まえて両当事者に今後発生すべき訴訟費用額につき命令により定める。当事者がかかる命令により決定した費用よりも高額な訴訟費用を後に請求した場合には、正当な理由がない限り勝訴当事者は敗訴者にこれを請求し得ない（CPR 3.12 to 3.18, Practice

(100) 2009年度の医療過誤訴訟に対する法律扶助は、補助が7472件、代理人選任が3446件と必ずしも多くはないが、1件あたりの平均費用が2286ポンドと高額であることが特徴である（Legal Services Commission. Legal Services Commission: Statistical information pack for financial year 2009-2010.）。

(101) 従来は、正義に基づいた紛争解決を最重要目的としていた。

(102) *Lounds v The Home Office* [2002], EWCA Civ 365.

(103) Lord Neuberger of Abbotsbury, Master of the Rolls, proportionate costs, fifteenth lecture in the implementation programme, the law society, May 2012.

Direction 3E)。

筆者が観察した医療過誤訴訟の訴訟費用予算案の審理は、双方が相手方の提出する訴訟費用見積案の金額の適正性について項目毎に意見を出し合い、裁判官がこれに質問や意見を述べながら約2時間をかけて行われるものが一般的であった。例えば、原告側ソリシタがディスクロージャーに係るソリシタ業務を3時間計上していることが過剰にすぎるとの裁判官の意見に、ソリシタが当該事件における証拠の特殊性からかかる時間が正当であることを口頭で意見するというように、各費用細目について裁判官の厳正な監督が行き届いていることが印象的であった。ある裁判官は、新たに導入された訴訟費用予算案の審理について、神経を消耗する負担感の大きい作業であるものの、近年訴訟費用の高額化が重大な社会問題となっており、これに対応するためには行わざるを得ない意義のある手続と捉えている旨述べていた。

第四に、CFA 契約に基づく成功加算金の回復請求制限及び ATE 保険料回復請求廃止によって原告が司法へアクセスすることが困難になることへの手当として、人身傷害事件において条件付片面的訴訟費用支払制度 (Qualified One Way Cost Shifting, 以下「QOCS」という。) が導入された (CPR 4.13 to 4.17)。QOCS とは、原告が勝訴した場合に被告に対し訴訟費用を回復請求し得る一方、敗訴した場合に被告に発生した訴訟費用を負担する必要がない旨定める制度である (訴訟が詐欺的な場合、原告が CPR 36条に基づく被告からの和解提案を拒絶した場合等の例外的場合は除かれる。)

(3) 慰謝料等の増額

2012年に、控訴院は、人身傷害事件において原告が LASPO 法によって CFA 契約に基づく成功加算金の回復請求が制限される場合には、原告の慰謝料等の算定困難損害 (general damages) を10%増額して算定することが妥当であると判断しており⁽¹⁰⁴⁾、損害額算定は各裁判官の裁量にかかる

(104) *Simmons v. Castle* [2012] EWCA Civ 1288.

ものの、今後慰謝料等については上記算定方法が一般的になると考えられている。上記控訴院判断は、ジャクソン改革による原告の司法アクセスに関する影響に配慮し、かかる影響を緩和するために下された判例であると位置付けられている。

(4) ジャクソン卿改革の原告側弁護士費用に与えた効果

ジャクソン卿改革施行後およそ3年が経っているが、現在のところその効果に関する大規模な調査はなされていない。しかし、ロンドンのソリシタに対するオンラインアンケートにより上記ジャクソン卿改革の効果を調査した結果（以下「LSLA 調査」という。）によれば、民事訴訟一般において、69%が訴訟費用監督の強化（訴訟費用見積案（Cost budgeting）の導入）により審理期間が長期化することでかえって弁護士費用等の訴訟費用が増大し、93%が原告の司法アクセスが悪化していると感じている旨回答している⁽¹⁰⁵⁾。また、民事裁判評議会（Civil Justice Council）及び人身傷害弁護士協会（Association of personal injury lawyers, 以下「APIL」という。）の調査によっても、LASPO 法の施行によって、複雑でリスクのある訴訟や請求額が低額な訴訟における司法アクセスが悪化していること⁽¹⁰⁶⁾、弁護士費用を抑える必要からソリシタが提供し得るサービスの質が低下していること等が報告されている⁽¹⁰⁷⁾。

しかしながら、上記各調査における訴訟費用にかかるジャクソン改革の影響については、LSLA 調査が同改革により収入減少の不利益を被る原告側ソリシタにより行われたものであることや、LSLA 調査において原告本人が訴訟費用を低額に抑えようとする意識が高まっているとの報告があること、APIL による調査において約3分の1の法律事務所の収入が改革後

(105) James Baxter, *Litigation Trends-The Jackson Effect The Revolutionary Road*, New Law Journal LSLA, 2013.

(106) John Peysner, *impact of the Jackson reform*, report prepared for the Civil Justice Council Cost Forum, March 2014.

(107) APIL, *The impact of the Jackson reforms on costs and case management*, a response by the Association of Personal Injury Lawyers, March 2014.

減少しているとの報告があること、筆者の裁判官及びソリシタに対する聞き取り調査⁽¹⁰⁸⁾においても訴訟費用が増大していると回答した者は少数であったこと⁽¹⁰⁹⁾、今後裁判官及びソリシタがコストマネジメントに習熟し審理が円滑化することが期待されることなどを考えると、同改革が民事訴訟一般の訴訟費用に如何なる影響を与えているかに関する評価は、今後の詳細な調査を待つべきであると考ええる。

司法アクセスの悪化については、筆者のソリシタに対する聞き取り調査⁽¹¹⁰⁾においても一般の人身傷害事件において司法アクセスが悪化しているという回答が大多数であったが、意外なことに、医療過誤紛争分野においては、同改革において併せて行われた、交通事故訴訟における弁護士費用固定化適用の請求上限額が上方修正され弁護士費用が低額化されたこと⁽¹¹¹⁾を理由に同訴訟を主に取り扱っている多数の人身傷害事件専門の法律事務所ないしソリシタが医療過誤紛争へと専門変更したことにより、医療過誤紛争を扱うソリシタが増加して競争が激しくなり、同種紛争の全体の受任件数は増大している旨複数のソリシタが回答しており⁽¹¹²⁾、同種紛争については、ジャクソン卿改革に加えて法律扶助が廃止されたにもかかわらず、司法アクセスは以前よりも改善されているようである。

民事訴訟費用に関するその他の問題点として、原告代理人が被告側に提

(108) 前掲注4参照。

(109) 裁判官の4名のうち1名が訴訟費用が増大したと考えられる旨回答している。

(110) 前掲注4参照。

(111) 従来は1000ポンドまでの交通事故訴訟につき弁護士費用が固定されていたところ、2013年7月31日から弁護士費用固定が適用される上限額が2万5000ポンドまで拡大され、交通事故訴訟における弁護士費用の大部分が固定化されると共に、弁護士費用も約半額（400—1200ポンドから200—500ポンド）に減額になった（CPR 45. III, The Pre-Action Protocol for Low Value Personal Injury Claims in Road Traffic Accidents from 31 July 2013）。

(112) あるソリシタは、医療過誤紛争の受任が約5倍になったと述べていた。なお、DBAによる委任契約の例は未だほぼ存在しないようである（John Peysner, 前掲注106においても同様の結果が指摘されている。）。

訴予告通知を発する以前の段階で訴訟費用を高額化させる傾向にあることも指摘されており、かかるコストマネジメントが及ばない段階での訴訟費用抑制の必要性が指摘されている⁽¹¹³⁾。かかる問題に対応するため、ADRの促進、訴訟手続以外での紛争解決（Ⅲ、2）が模索されている。

3 ADR 促進への試み

（1）ウルフ卿改革以後の ADR 促進の試み

ア ウルフ卿改革以後の ADR 促進政策

ウルフ卿は、公正かつ効率的に民事紛争を解決するためにはADRの促進が必要であると考えた⁽¹¹⁴⁾。特に、NHSLAが作成する報告書においても、医療過誤紛争については訴訟による解決よりも院内苦情申立手続又はメディエーション⁽¹¹⁵⁾等のADRによる解決の方が、説明や謝罪等の金銭以外の賠償を患者側に与えられることから患者側の満足を得られる傾向にあると共に、専門家証人を利用する必要がないため迅速かつ費用をかけずに紛争解決が可能であるという点において優れた解決方法である旨指摘されているところ⁽¹¹⁶⁾、筆者の聞き取り調査においてもかかる考えは医療過誤訴訟に関わる法曹関係者の共通認識となっていた。

かかる認識を背景に、CPRには、適切と考えられる場合に、両当事者に対しADRの利用を促進する裁判所の義務が定められ（CPR 1.4(1)(e)）、訴訟係属中においても当事者からの申立て又は職権によりADR等による和解のために裁判所が訴訟手続停止命令を発令し得る（CPR 26.4）ことが定められ、ADRによる解決を可能な限り増やすことなどを定めたPAPが作成された（PAP 2.1）。

更に、政府は、2001年3月、政府及び関係機関が紛争処理において適切

(113) NHSLA annual report 2013/14, pp-20-21.

(114) Woolf IR, Ch 18, 1.

(115) 中立的第三者の関与、補助の下行われるADRの一種。

(116) Woolf FR, Ch 15, pp-50-55. 少額の医療過誤訴訟に関しては将来的にADRを強制的に前置することも提言されている。

な全ての事案においてADRによる解決を常に考慮し、相手方の同意を得てADRを利用しなければならない旨を内容とする大法官誓約（ADR誓約）を發布し、ADRを利用した紛争解決の方針を更に推し進めた。

各政府機関も自発的にADRを促進する指針を示しており、医療過誤紛争においてはNHSLAが2000年から代理人ソリシタに対しメディエーションが適切と考慮する事案においてはこれを相手方に申し出た上、不適切と考慮する場合にはその理由を報告するよう義務付けている。

また、2003年には、民事メディエーション評議会（Civil Mediation Council）が設立され、メディエーションを行っている団体に対する認証評価を開始し、2005年からは当事者及び代理人のために、メディエーションの利用相談を行っている⁽¹¹⁷⁾。

裁判所も、一般的に医療過誤紛争をはじめとする一定の分野においてはADRが判決よりも優れた解決方法であるとの認識を判例において示しており⁽¹¹⁸⁾、控訴院は、2004年、経鼻栄養菅の誤設置の過誤により患者が肺炎で死亡した事案に関し、原告のメディエーションの誘いに応じなかった被告に対する費用制裁に係る判断において、（1）裁判所がADRを当事者に強制することは裁判を受ける権利を侵害し、ヨーロッパ人権規約第6条に違反するおそれがあるが、（2）裁判所は、適切なケースにおいては、強ちにADRを奨励すべきであり、（3）裁判所はADRを不合理に拒絶した勝訴当事者から訴訟費用の回復請求権を放棄させることができる旨の規範を定立し⁽¹¹⁹⁾、その後の判例においてもメディエーションを拒絶できる合理的理由に関する具体的判断を積み上げることで⁽¹²⁰⁾、継続してADR

(117) 我妻学・前掲注101・II, 2, (1)。

(118) *Dunnett v Railtrack Plc* (Costs) [2002] EWCA Civ 303.

(119) *Halsey v Milton Keynes General NHS Trust* [2004] 1 WLR 3002. 控訴院は、相手方がADRを不合理な理由で拒絶したとの事実は敗訴当事者が立証責任を負うべき事実であるところ、本件についてはかかる事実の立証がないとして被告に対し費用制裁を課さなかった原判断を維持している。

(120) 建築請負訴訟は複雑にすぎ、かかる訴訟をメディエーションによって解決することは妥当ではないとの判断として (*Burchell v Bullard* [2005] EWCA Civ

の利用を促してきている⁽¹²¹⁾。更に、控訴院は、2013年、真に和解を行う意図がある当事者からのメディエーションの申し入れを無視し何らの対応もしないことは原則として不合理な拒絶行為に当たるとの判断を示した上で、被告がCPR 36条に基づき和解を申し入れていた点を考慮に入れたとしても、原告の申し入れたADRに何らの応答もしなかった被告に費用制裁を与えることが相当であるとして、当事者のADRへの不参加を厳格に判断する姿勢を示し、実務に大きな影響を与えている⁽¹²²⁾。

その他の裁判所の取り組みとして、控訴院においては、2003年より控訴が許可された場合、許可命令を発した裁判官が当事者にメディエーションを勧め、これに当事者が同意した場合には民間型ADR機関である紛争解決センター（CEDR⁽¹²³⁾）においてメディエーションを行うという控訴院メディエーションサービス（the Court of Appeal Mediation Scheme; CAMS）が開始され、2012年4月からは原則として訴額25万ポンド以下の人身傷害訴訟、医療過誤訴訟及び契約責任紛争の全例において自動的に当事者にメディエーションに同意するかの確認が行われるパイロットテストが行われ⁽¹²⁴⁾、商事裁判所（the Commercial Court）及び技術建築裁判所（the Technology and Construction Court）では、裁判官自らが中立評価人となり非公開の早期中立

358.), メディエーション実施時の不合理な応答が費用制裁の理由になるとの判断として (*Earl of Malmesbury v Strutt & Parker* [2008] EWHC 424 (QB).) の各判例が代表的なものである。

(121) アンドリュース教授は、Dunett 判決について、「何が何でもこれ（ADR）を拡充しなければならない、という裁判官の漠然とした意識」があると思わざるを得ず、「このような裁量的で説得力を欠いた裁判所の制裁権行使は、調停の基礎にある自発性に完全に反する」と批判している（ニール・アンドリュース、前掲注11, 9.42.）。

(122) *PGF II SA v OMFS Company 1 Limited* [2013] EWCA Civ 1288.

(123) CEDR は、例えば請求額 7 万 5000 ポンドまでの紛争を 1000 ポンドで仲介する低価格メディエーション等様々なサービスを提供している。

(124) HM Courts & Tribunals Service, Court of Appeal Mediation Scheme (CAMS) (http://www.cedr.com/docslib/56D_CA_Mediation_Scheme_rules_for_1_April_13_final.pdf).

評価（Early Neutral Evaluation）を行う ADR が導入されており⁽¹²⁵⁾、裁判所の ADR 拡充に対する積極的な姿勢が見て取れる。

弁護士会においても、イギリスのソリシタ協会が2005年にソリシタは依頼人の紛争が ADR に適するかを定期的に検討すべきとする実務勧告を発する⁽¹²⁶⁾などしている。

イ ウルフ卿改革以後の ADR 促進の効果

ウルフ卿改革後、ADR の利用は一定程度広がったものの、上記各方面から大規模な推進策が取られたことから期待されるほど、十分な促進は認められなかった。

すなわち、CEDR の統計によれば民事訴訟の ADR 件数は2003年度に2000件弱であったものが、2010年度には6000件程度に増加していたと推定されている⁽¹²⁷⁾ものの、Genn 教授の調査によれば、改革後に増加した ADR の大部分は厳格化した控訴院判断に対応し訴訟費用の制裁を避けるために行われた形式的なものであって、両当事者が真剣に和解を模索して行われる本来あるべき ADR とは異なった目的で行われており⁽¹²⁸⁾、ADR が訴訟に代替する紛争解決手段になったとはいいい難い状況であった⁽¹²⁹⁾。

ADR の利用促進政策が効果をあげられなかった理由は、イギリスにおいては、従来から、訴訟提起後に行われる和解による解決が一般的な紛争解決であるとの文化が存在していること、紛争の早期解決が時給による弁

(125) 他にも、裁判所庁が2004年に国立調停ヘルプライン（National Mediation Helpline）を設置する（ニール・アンドリュース、前掲注11、243頁）など、ADR 促進のための多くの施策が行われている。

(126) ニール・アンドリュース・前掲注11・140頁。

(127) Center for Effective Dispute Resolution, The Sixth Mediation Audit, May 2014, p. 3.

(128) Advice Services Alliance, Recent Developments in Alternative Dispute Resolution, Update No. 15, May 2005. ADR の数は増えたものの和解率が大きく低下（the Central London County Court において62%から40%に低下）していることが指摘されている。

(129) Jackson PR, Ch 4, 2, 3.

護士費用算定を行うイギリスのソリシタにとって収入減少という不利益をもたらすため、ソリシタにADRに対するインセンティブが働かないこと、大部分の裁判官はADRの利用に関する経験が不足し、ADRの施設や人材も不足しており、また訴訟費用発生の前倒し傾向により訴訟係属後において既に大部分の訴訟費用が発生していることなどから、訴訟においてADRの使用を両当事者に奨励する熱意を持たずメディエーションのために訴訟手続を停止させることが殆どみられないこと⁽¹³⁰⁾、ADRを利用し和解に至らなかった場合には、結果として時間、費用共に増大すること⁽¹³¹⁾、及び人身傷害事件では当事者間の話し合いがメディエーションの機能に代替し得ることなどが考えられる。

(2) ジャクソン卿改革におけるADR促進と医療過誤紛争に対するADRの現状

ア ジャクソン卿改革におけるADR促進

ジャクソン卿は、ウルフ卿同様、民事訴訟費用を低額に抑えるためにはADR⁽¹³²⁾の利用が極めて重要な役割を果たすと考え、ADRが人身傷害事件も含めた紛争に対する有効な解決手段になり得ることを弁護士、裁判官及び一般国民に周知することが急務である旨提言し⁽¹³³⁾、これを受けて、2013年4月、ADRに関する公認ハンドブック(The Jackson ADR Handbook)⁽¹³⁴⁾が発刊された。同ハンドブックには、ADRの一般的な説明

(130) Professor John Peysner and Professor Mary Senevlatne, The management of civil cases: the courts and post-woolf landscape, Department of Constitutional Affairs, November 2005, Ch 3, 4.5.

(131) Jackson PR, Ch 4, 2.

(132) 主にメディエーションが念頭におかれているが、共通和解面談(Joint settlement meetings)という、独立した第三者が参加することなく、双方のバリスタ又はソリシタが双方当事者と別の部屋に待機し、当事者双方から交互に個別に話を聞きながら合意案をまとめる形式でのADRが高額の人身傷害紛争において高い有効性を有していることについても触れられている。

(133) Jackson FR, Ch 36, 6-3, Mediation related extracts from the Executive Summary, January 2010.

（ADRの種類、ADRを用いるタイミング及び秘匿特権等）やADR拒絶行為に対する訴訟上の費用制裁の可能性等の一般的な注意事項の他にも、メディエーションにおける主張書面（Position Statement）の効果的な書き方、重要証拠の選別方法及び提出手続等の実務的な内容が記載されており、各裁判所に配布され備え置かれている。上記PGF II SA控訴院判決では、同ハンドブックにおいてADRの申入れを無視すべきではないとする手続指針が記載されていることを指摘した上で、かかる記載があることを根拠に上記のとおり被告のADRに対する無視行為を原則として不合理な拒絶であると結論付けており、今後同ハンドブックが実務において当事者及び裁判所が参照すべきADRにかかる一般の規範を定めたものとして扱われる可能性が高いということができよう。

イ 医療過誤紛争におけるADRの現状

医療過誤紛争は、当事者及び代理人がADRの利用に抵抗する分野であると言われていることから⁽¹³⁵⁾、NHSLAは患者死亡事例及び高齢者介護事例においてCEDRの協力を得て、患者側の同意がある場合、NHSLAが費用を負担して患者側がCEDRの認定した独立中立人から1名を選んだ上でメディエーションを実施するとのパイロット研究⁽¹³⁶⁾を2014年度から行うなどしてADRの普及を図っているが、CEDRの研究責任者に対する聞き取り調査によれば、未だ当該分野でのADR数の増加は認められていないとのことであった⁽¹³⁷⁾。同研究責任者は、医療過誤紛争においてADRの利用が拡がらない理由は、①契約にADRの使用を義務付けることの多いビジネス分野とは異なり医療過誤紛争にはADRを行う契機がないこ

(134) Susan Blake, Julie Browne, and Stuart Sime, *The Jackson ADR Handbook*, Oxford University Press, 2013.

(135) Jackson FR, Ch 36, 2, 3.

(136) National Health Service Mediation Pilot Scheme 2014; <http://www.nhsla.com/CurrentActivity/Documents/Mediation%20Leaflet.pdf>, http://www.cedr.com/docslib/NHSLA_Mediation_Agreement.pdf.

(137) CEDRの調査においては、件数についての統計は取られておらず、個別のメディエーション成功例が報告されているのみである。

と、②紛争発覚当初は、双方に ADR を利用した者の関与が少なく、ADR の提案がなされないこと、③医療過誤紛争は、複雑で専門家を利用した解決が必要であると考えられており、権威のない民間団体による簡易な手続で解決することが適当ではないと誤解されていること、④ソリシタが責任の有無に関する結論を得るまでは交渉を開始しないことが一般的であること等にあると分析されており、ジャクソン卿の提言と同様に、今後 ADR 件数を増加するためには医療過誤紛争に関わる法曹、職員の意識改革が必要である旨述べていた。

一方で、原告側ソリシタからの聞き取り調査によれば、多くのソリシタが ADR により本来賠償を受け得る金額以下の和解案に合意することにより、患者の権利が毀損される可能性を憂慮していた。今後イギリスの医療過誤紛争において ADR が普及するためには、ADR 実施機関の判断が裁判所のそれと同等の信頼を得ることができるよう、具体的な個別処理案件の検討・公表を含め ADR の有効性・信頼性を周知していくことが必要となるであろう。

本邦においては、2007年4月から裁判外紛争解決手続の利用の促進に関する法律が施行され、東京三会医療 ADR を始めとして各地域毎に医療 ADR が設置され、医事関係 ADR 件数は、平成17年に30件であったものが平成23年に163件と増加しているものの、年間1万件を超える調停が医師会調停・鑑定所で行われているドイツ等に比較すると民事訴訟へ与える ADR の影響は限定的であるといわざるをえない⁽¹³⁸⁾。イギリスでは、民事訴訟費用が最終的に国民負担となるが故に、政府・裁判所が一体となって訴訟費用低額化への強い意思を有し、費用制裁等を通じた積極的な ADR 促進政策がとられた点において本邦における状況と異なった側面を有しているが、迅速適切な紛争解決を目的として ADR を普及させるという点においては共通した側面を有しているといえ、今後イギリスにおいて医療過

(138) 最高裁判所事務総局、裁判の迅速化に係る検証に関する報告書（概要）、第5回、2014、6.4.1.2 (http://www.courts.go.jp/vcms_lf/20523002.pdf)。

誤紛争 ADR の利用がどのように患者側の信頼を得て拡大していくかを注視することは、本邦における医事関係 ADR の未来に大いに益するものと考えられる。

VI おわりに

ウルフ卿改革は、民事訴訟の早期和解・終結を促進し、当事者の対立構造を緩和し協調して訴訟運営を行わせる訴訟文化を一定程度もたすことに成功した。しかしながら、従来に比べ前倒しで発生することとなった民事訴訟費用を抑制する効果は認められず、かえって司法アクセス増加を目的に導入された CFA 契約の普及を原因に民事訴訟費用は高額化し、民事紛争処理にかかる国民負担は増加することとなった。医療過誤訴訟分野においても同様の変化が認められ、現在はジャクソン卿改革によって訴訟手続においては CFA の成功加算金の回復請求を廃止することなどにより当事者に民事訴訟費用の一部負担を求めるなどして同費用の低額化を図るとともに、特に訴額が低額な紛争を中心に訴訟手続以外での紛争解決方法が模索されているところである。

イギリスにおける現在の民事訴訟改革は、特にウルフ卿改革以後、民事訴訟費用に係る問題を中心に論じられ施行されており、本邦の民事訴訟における問題意識とは異なる部分が認められるものの、本邦における医療過誤紛争においてもイギリスにおけるそれと同様に、訴訟外の解決により社会資源を効率的に用いた紛争解決手段を構築し、金銭賠償以外の、患者が真に満足を得られる方法による紛争解決が重要な課題となっており、今後イギリスにおける医療過誤訴訟を含めた民事訴訟改革の効果を調査、報告することは、本邦における医療過誤紛争解決手段を改善するために極めて有益であると考えられる。

以上

講 演

女性差別撤廃条約批准30年 ——国際社会に対する日本の約束—— 講演録

林 陽 子

* * * * *

2015年5月28日に、早稲田大学小野記念講堂にて、法務研究科と男女共同参画推進室の共催で、2015年2月に日本人として初めて女性差別撤廃委員会委員長に就任した林陽子弁護士（元法務研究科教授）の講演会「女性差別撤廃条約批准30年——国際社会に対する日本の約束——」を開催した。

本企画は、文科省の法科大学院公的支援見直し加算プログラムにおいて評価を受けた女性輩出促進プロジェクトの一環であり、当日は法務研究科の学生のみならず広く学内外から230人余の参加があった。

講演会開催のためにご尽力いただいた関係者の皆様と、ご多忙にも関わらずご登壇頂いた林陽子弁護士に改めて御礼申し上げます。

なお、当日は参加者からの活発な質疑があったが、以下の講演録では質問者の氏名は匿名としている。

* * * * *

石田：それでは時間になりましたので公開講演会を始めさせていただきます。本日はご多用のところお集まりいただきありがとうございます。私は本日の司会を務めます早稲田大学大学院法務研究科の石田京子です。どうぞよろしくお願い致します。

開始に先立ちフロアの皆さまに1点ご了承くださいたい点がございます。本日の講演会は記録のため広報のカメラとビデオカメラが入っております。講演会の内容が記録撮影されますことを何卒ご了承ください。

それでは本学大学院法務研究科の研究科長の甲斐先生より開会のごあいさつを頂きます。甲斐先生、よろしくお願い致します。

甲斐：ただいまご紹介いただきました法務研究科長の甲斐でございます。本日の講演会の趣旨も兼ね一言ごあいさつをさせていただきます。

本日は林陽子先生をお招きして公開講演会『女性差別撤廃条約批准30年-国際社会に対する日本の約束』ということで本当に貴重な講演会になると思っています。この企画は本来法務研究科の授業、「ジェンダーと法」の授業ですが、ただ単に受講生だけのためではなく、もう少し開かれたものにしようということで大学の男女共同参画室にも協力していただきました。

何よりも実は法務研究科、つまり早稲田大学の大学院ではこのプロジェクトに大きな期待をこめております。と申しますのは、文部科学省による法科大学院公的支援見直しプログラムをご存知の方もいらっしゃるかと思いますが、早稲田大学は今年の1月16日に公表された評価で全国最高の評価を得ました。国際的なプログラム等々4本の柱があるのですが、そのうちの1つが女性法曹輩出促進プロジェクト・プログラムでございます。これは貴重なプロジェクト・プログラムで、やはり先進国において日本はまだまだ女性法曹が割合としてはそれほど多いとは言えません。そこで早稲田大学大学院法務研究科では女性法曹を積極的に育成しよう、少なくとも動機を持った学生さんをたくさん集めてどんどん輩出していこうということを企画して、これが特に優れた取り組みという評価を得ました。早速これを軌道に乗せ、ただいま司会をされている石田先生を含めいろんな観点でどうすれば女性法曹をたくさん輩出できるかということを実践しつつあります。

本日の講演はその一環でございます。まさにそのトップバッターにふさ

わしい林陽子先生は後で紹介があると思いますが、早稲田大学法学部ご出身で本当に国際通でもあり、女性問題、ジェンダーと法の代表的な実践家でもあります。その先生をお招きし、今日こうして多くの人に集まっていただき講演会を開催できるということは、まさにわれわれの女性法曹輩出促進プロジェクトにふさわしいものと思っております。特に若い学生さんがたくさんおられますので、ぜひ先生のお話を伺い、本日この話を聞くことによって、ぜひ実現をしていただきたいと思います。

それでは林先生、ご多忙の中本当にありがとうございます。どうかよろしくお願い致します。これであいさつとさせていただきます。

石田：甲斐先生、ありがとうございます。それでは林陽子先生の講演をお願いしたいと思います。

司会の方よりごく簡単に林陽子先生のプロフィールを紹介させていただきます。林陽子先生は昭和58年（1983年）に弁護士登録をされ、それから今日まで弁護士をされています。社団法人自由人権協会理事、日本女性法律家協会副会長、内閣府男女共同参画会議女性に対する暴力専門調査会委員を歴任され、早稲田大学大学院法務研究科（ロースクール）がスタートした平成16年（2004年）から平成21年（2009年）3月までの5年間、本研究科客員教授を務められました。平成20年（2008年）より国際連合女性差別撤廃委員会の委員を務められ、今年2月より同委員会の委員長に日本人として初めて就任されています。

女性法曹の歴史

本日は『女性差別撤廃条約批准30年-国際社会に対する日本の約束』というタイトルでお話をさせていただきます。それでは林陽子先生、よろしくお願い致します。

林：皆さん、こんにちは。はじめに本日の講演会をご準備くださいました早稲田大学大学院法務研究科の皆さま、また男女共同参画室の皆さまに御礼申し上げます。

私は法務研究科発足の平成16年（2004年）から5年間教員として母校早稲田大学の教壇に立つ機会に恵まれました。本日はこのような講演会をこの小野講堂で企画していただいたことを大変光栄に思っております。

本日は法務研究科の女性法曹輩出促進プロジェクトの企画でありますので、最初に早稲田大学ではいつから女性が法律を学び、法曹界の先輩にはどのような方々がいらっしゃるかということをごく簡単にご紹介したいと思います。

レジュメを入り口で配布していますのでそれをご覧になりながらお話を聞いてください。

日本で最初の弁護士法は、明治26年（1893年）に制定されましたが、弁護士の要件として“弁護士たらんと欲する者は日本臣民にして民法上の能力を有する成年以上の男子たることを要す”と規定されておりました。同様の規定は判事・検事の登用試験規則にもあり、女性が裁判官や検察官になる道は閉ざされていました。

この弁護士法は、昭和8年（1933年）に改正され、弁護士の資格要件が“帝国臣民にして成年者たること”となり性別要件がなくなりました。ただし、女性が裁判官・検察官になれるのは第2次大戦後の新憲法の下です。

この弁護士法がなぜ昭和の初めに変わったのかということですが、これには大正デモクラシーの中で生まれた女性参政権運動が大きく影響しています。昭和元年（1926年）に婦人参政権同盟が『婦人弁護士制度に関する件』という請願案を帝国議会に提出し、また政府の弁護士法改正委員会の中の委員を女性たちが戸別訪問し、女性に弁護士資格をと訴えました。この運動の中心にいたのが、戦後参議院議員になる市川房枝さんです。

女性に参政権も政治的自由もなかった帝国憲法の時代に女性が法律を学ぶ場所は限られていました。ほかに先駆けて法学教育を女性に開放したのは明治大学であり、昭和4年（1929年）に明治大学女子部を開校しそこで多くの女性が法律を学ぶことができました。昭和13年（1938年）から18年

(1943年)までの間に7名の女性が当時の高等文官試験司法科、つまり今日の司法試験に合格しており、その全員は明治大学で学んだ人たちでした。

早稲田大学は明治大学に遅れること10年、昭和14年(1939年)に女子学生を受け入れることになり、翌年法学部に入学した4名の女性のうちの1人に、戦後最初の司法試験に合格した渡邊道子先生がいらっしゃいます。

最初の女性の法学部卒業生・渡邊道子先生

渡邊道子先生はお父様が裁判官のご家庭に育ち、東京女子大を卒業した後、最初の早稲田大学の法学部女子学生として昭和15年(1940年)に入学しました。ドメス出版から『新しい朝のひびき』という自伝を出版されており、確かこの法学部の学生図書室にもあったと思いますので関心をお持ちの方はぜひご覧になってください。

この中で渡邊先生は“外から見るとバンカラのように見えた早稲田大学が意外にも学究的な雰囲気満ちているのに驚くとともに嬉しかった。先生も学生も大変紳士的だった”と、早稲田大学の男性が大変優しかったということを述べています。当時は半年の繰り上げ卒業で、同級生の男子学生は卒業後2日目には入隊し、ほとんどが戦線に送られ、帰らぬ人が多かったと述べられています。

渡邊先生は弁護士登録後、戦後GHQの依頼により、日本国憲法普及のために全国を講演して回られました。5年前に94歳で亡くなりましたが、お元気だったころのインタビューでこう述べられていらっしゃいます。「北は北海道から南は九州まで全国津々浦々小学校の体育館にむしろを敷いて、びっしり座った聴衆の前で話をしました。みんな栄養失調で青い顔をしていましたが、女性の目がいきいきと輝いて、みんなこの国をなんとかしなくてはいけない、それには女性が立ちあがらなければという思いがありました。」

渡邊先生は日本女性法律家協会会長などを歴任し後進を指導されまし

た。早稲田で法曹を目指している皆さんには男性・女性共に早稲田大学にはこういう素晴らしい先輩が最初の女性の卒業としているということを誇りに思っていたきたいと思います。

活躍する早稲田出身の女性法曹

またこの機会に、早稲田大学出身の女性法律家で何人かのお名前を挙げさせていただくと、裁判官としては法務研究科の客員教授であった福井章代さんが現在東京地裁の部総括判事として活躍されています。検察官、ないし法務省では川野辺充子さんが司法研修所の教官や検事正を歴任されました。また、法務省最初の女性局長である岡村和美さんも早稲田の出身で弁護士から検察官に転身をされた方です。

また弁護士会には多彩な早稲田出身の女性法曹がたくさんいますが、私の上の世代と下の世代からお1人ずつお名前を出すとすると、先輩では大谷恭子さんがいらっしゃいます。大谷さんは、連合赤軍の永田洋子被告や連続ピストル射殺魔と言われた永山則夫被告など非常に困難な死刑囚の刑事弁護をされたことで著名ですが、民事事件でも障がい者やアイヌ民族の女性など社会的弱者の代理人活動をされています。

また私より若い世代では、伊藤和子さんのお名前を出したいと思います。伊藤さんは、ヒューマンライツ・ナウという国際NGOの事務局長を務めており、若い弁護士と共に国境を越えた人権活動に取り組んでいます。このヒューマンライツ・ナウには早稲田ロースクールの教員であった上柳敏郎弁護士や道あゆみ弁護士が理事に就任しています。まだ日弁連には女性の会長が誕生していませんが、歴代の9人の副会長の中には埼玉弁護士会の海老原夕美さん、横浜弁護士会の水地啓子さんなど早稲田出身の女性法曹が弁護士会の執行部でも大変活躍しています。

女性差別撤廃委員会の仕事

さて、私は本日女性差別撤廃委員会の委員長という立場でお招きを受け

ておりますので、この委員会が何をしているのかということをまずお話しさせていただきたいと思います。この女性差別撤廃委員会というのは、レジュメを見ていただくとおり、Committee on the Elimination of Discrimination Against Women の頭文字を取って CEDAW と呼ばれています。なお、この委員会の設立根拠となっているのが女性差別撤廃条約であり、こちらは Convention on the Elimination of all forms of Discrimination Against Women でこちらの頭文字もこのコンベンションの C です。紛らわしいので条約については CEDAW 条約、委員会については CEDAW 委員会という表現を使うことがあります。

女性差別撤廃条約は、その名前のとおり、女性に対する差別を撤廃することを目的として、国連で採択された多国間条約です。

国際法が女性の人権を最初に取り上げたのは、1919年（大正8年）に ILO 国際労働機関が『産前産後の婦人の使用に関する条約』を作ったのが最初であると言われています。ILO ではこのほか『女性の深夜労働を制限する条約』などが多く作られ、また戦前の国際連盟の時代には女性の人身売買を禁止する国際条約もありました。

第2次世界大戦後、国際社会は、2度の世界大戦を防げなかったことの反省に立ち国連を発足させ、1948年（昭和23年）に世界人権宣言が採択されます。この世界人権宣言に、法的拘束力を持たせた条約にしたものが、後に述べる国際人権規約です。

女性の人権をめぐる法典化というのが国連で進められ、女性の参政権に関する条約や女性の国籍に関する条約が1950年代に作られてきます。これらが戦前の国際連盟時代の条約と異なるのは、戦前の条約が女性を保護する客体と見て産前産後の女性を守ろう、労働時間を制限しようという条約であったのに対し、国連の時代に入ってから条約は女性を権利の主体として差別を撤廃していこうという方向での条約だということです。

国連は1976年（昭和51年）からの10年を女性のための10年と定め、世界的な規模での女性の権利のための運動が展開された結果、1979年（昭和

54年）の国連総会で法的拘束力を持つ国際文書としての女性差別撤廃条約が採択されました。

参考までに、国連では、「9つの主要人権条約（core human rights treaties）」と呼ばれるものがあり、たくさんの人権条約の中でこの9つは絶対重要で、国連加盟国は全て批准するようにと勧告しているものです。これが国際人権規約の自由権規約、社会権規約、人種差別撤廃条約、女性差別撤廃条約、子どもの権利条約、拷問禁止条約、移住労働者条約、障害者の権利条約、新しいものでは強制失踪からの保護条約というのがあり、それぞれの条約が条約機関と言われる委員会を設立しています。現在、自由権規約委員会、強制失踪委員会、女性差別撤廃委員会に日本人の委員が出ております。

女性差別撤廃条約の中身

女性差別撤廃条約の実体規定は、1条から16条までの比較的短い条約ですが、その中身は大変アンビシャスであり、1条で女性差別を定義する中で、差別の目的を持つ行為だけではなく、間接差別と言われる差別的な効果を生ずるものもこれは女性差別であるという定義をしております。国は差別を差し控えるだけではなく、積極的な差別是正措置、ポジティブアクションを取る中で事実上の平等を達成するように、ということが4条に入っています。

また5条では、女性の地位を向上させ男性と同じライフスタイルを目指すのではなく、性別役割分業と呼ばれる、男性らしい男性、女性らしい女性という固定化されたステレオタイプを否定していく、偏見をなくしていくのが国の義務だという規定をしています。

その他、政治参画における平等や教育・雇用・経済活動・農村女性・その他社会的に弱い立場にある女性に対する差別の撤廃、そして家族関係における差別の撤廃が主な内容になっています。委員会では、後で述べるように各国のレポートを審査しますが、一番問題が集中するのが最後の家族

関係における差別の撤廃です。日本でも家族法における男女平等はいまだに解決されないテーマです。家族法、家族関係が問題になることのほか、5条のステレオタイプの規定の中に、最近では女性に対する暴力の問題、家庭内暴力・ストーキング・ポルノグラフィ、そういったものを全部5条に含めて議論しておりますが、委員の間の意見も多様でありなかなか合意が見出しにくい点です。

共存の国際法から協力の国際法へ

では、今お話ししました女性差別撤廃委員会がどういったことをしているのかということをもう少し踏み込んでお話をしたいと思います。先ほど国連には主要な9つの人権条約があるとお話をしましたが、これらの第2次世界大戦後に成立した国連の人権条約の特徴は、締約国による国内での条約履行を国際的に監視するための条約機関として、個人の資格で政府から独立した委員で構成される委員会を設置していることです。女性差別撤廃委員会もそのような条約機関の1つです。

このような仕組みができた背景には、国際法の性質が「共存の国際法」から「協力の国際法」へ変容したという説明がなされることがあります。これはウォルフガング・フリードマンというナチスの迫害をのがれてアメリカで研究した国際法学者の著作に由来する表現ですが、伝統的な国際法は、例えば日本と中国の間、あるいはアメリカとフランスの間というように2国間で条約を作り、相互に権利と義務を交換することによりお互いが発展していきましょうという共存の利益を図って来ました。ところがこれに対して、気候変動からオゾン層を保護しようとか、子どもを性的虐待から守ろうとか、男女の平等賃金を実現しようといったことは、国と国との間の権利義務を交換するというよりは、国際社会の共通の利益を図るためにお互い義務を設定しているという側面が大きいわけです。例えば、ドイツは女性差別撤廃条約の当事国ですが、ドイツがドイツ国内でドイツ人の女性の権利を侵害したとしてもそれは日本人には直接関係がない話と言え

ば関係がないわけです。しかし、女性の人権というのは国際社会全体の共通の利益で、それは各国どこも守っていかなければならないという前提に立てば、たとえ直接的な被害がなかったとしても、全ての条約の当事国がほかの当事国に対して条約上の義務の遵守を求めることができるという、そういう仕組みを新しい20世紀型の国際人権法は作ってきたわけです。

また国際人権条約の特徴として、国籍を要件とせず、*jurisdiction* という言葉を使いますが、自国の管轄下にいる個人の人権保障をする義務を国は負います。これは人権の普遍性に由来する考え方ですので、日本は女性差別撤廃条約に入った以上は日本の管轄下にいる個人、たとえ中国人であろうとパキスタン人であろうとフィンランド人であろうとその人の権利を守る、普遍的な人権を守るという義務を負っています。これは無国籍者であっても日本国に義務は生じます。すなわち女性差別撤廃条約を日本が批准したことにより、日本は国際社会に対して、女性差別撤廃条約に書かれている中身を遵守しジェンダー平等を実現するということを国際社会に対して約束し、かつ、その約束には国際法としての法的な拘束力が伴っています。

女性差別撤廃委員会では、各国がこれらの中身を法律として制定しているだけではなく、社会の現実が平等を達成する状態になっているのかどうかを審査し、その結果を勧告書にまとめることが仕事の中身の約8割を占めています。どの国の政府も自分たちは良くやっている、もう条約は完全に履行しているという報告書を出してきますので、NGOからの情報や労働問題ならILO、難民の問題ならUNHCRなどの国際機関からの情報提供が大変重要なものになります。

人権条約によって設立された条約機関の委員は、自分の国の政府から任命されるのではなく、逆に政府から独立をして行動することを求められます。ただ、その委員選挙は政府の指名がないと選挙に出られませんので、私の場合も、具体的には外務省から委員候補者になってくださいという依頼を受け、依頼を承諾し候補者になるわけですが、その後当選した以上は

別に日本政府を代表する立場ではなく、条約に従って専門家として条約の価値を実現するという役割を担います。

条約の履行確保制度

委員会はどのようにして各国の条約履行を監視するのかということですが、大きく分けてレジュメの2ページ目の3の①から④を見ていただきたいのですが4つの制度があります。

1つは国家報告書制度と言い、女性差別撤廃条約の場合は4年に1回各当事国が条約の実施状況の提出をし、私たちはそれを読んで NGO や国際機関からの情報を参考にしながら公開審査で質疑応答をし、各国に対する勧告を採択していきます。日本の場合は昨年秋に次の国家報告書が提出され、来年2月にその審査がなされる予定です。

2番目に個人通報制度があります。これは人権侵害を受けた個人が条約機関に申立てをし、条約機関がそれを検討し必要な場合に勧告を出すという制度です。その条件としてまず自分の国で全ての手段を尽くしたということが求められ、通常は、最高裁まで争ったけれども負けてしまったという場合に、敗訴した当事者が委員会に対して申立てをすることができるという仕組みです。

現在この9つの国連主要条約の全てに個人通報制度ができましたが、その条約を批准することとは別に個人通報を受け入れるための受諾の手続きが必要とされます。残念なことに、日本は9つの条約の個人通報制度のどれにも全く参加をしておりませんので、日本の管轄下にいる個人がこの個人通報制度を利用して国連の委員会に申立てをするという道は現在のところ閉ざされています。

3つ目として調査手続きという制度があり、これも同じ女性差別撤廃条約の選択議定書に規定されています。これは個人通報とは異なり、被害者からの申立てがなくても、大規模かつ組織的な人権侵害が行われているという情報を委員会が受領した場合には事実関係を調査し、事実が確認され

れば勧告を行うという制度です。個人通報は書面による審査しか行いませんが、調査制度は原則として現地を訪問し被害者や関係各国から事情聴取をするという運用がなされています。

4つ目として、一般勧告と言われる条約解釈のガイドラインの策定作業があります。日本でも法律ができるとその後、通達や告示という形で行政機関の解釈の指針が出ますが、女性差別撤廃条約も年と共にいろいろ新しい発展があり、委員会としてはこの条文はこういうふうに解釈すべきであると考えするというガイドラインを少しずつ策定している途上です。

日本の課題

では、今年はその女性差別撤廃条約を日本が批准して30年目に当たりますが、この条約が日本にどんな影響を与えたのかということを次に触れたいと思います。

大きく分けて、まず昭和60年（1985年）、30年前に条約を批准する際、条約に合わせる形で国内法を整備したということがあります。条約の11条が募集・採用から定年退職まで雇用のあらゆるステージにおいて女性と男性の平等を確保するというを締約国に求めておりましたが、日本にはそれに該当する法律がなかったため、勤労婦人福祉法という法律を改正し、男女雇用機会均等法を条約に合わせる形で作りました。

同じく、当時の国籍法は、国際結婚の場合、日本人の男性は妻が外国人であっても子どもに日本国籍を与えることができましたが、日本人の女性が外国人と国際結婚した場合には子どもには日本国籍が与えられないという差別があり、これも条約に合わせる形で父母両系主義への改正がなされました。

そのほか、法律ではありませんが、文部省の学習指導要領の中で高校では女子だけ家庭科が必修でしたがそれを廃止し、男女共修にするといった改正もなされました。

その後30年間に少しずつ条約に適合するような形で法制度の整備がなさ

れてきたと思います。今日はその全てについて触れる時間はありませんが、私自身が日本社会における条約の一番大きな影響は何かと聞かれた時に答えとして考えているのは、「女性に対する暴力」が人権侵害であり、国が取り組むべき課題であるということを認識させた点が非常に大きな成果だったと思います。

この「女性に対する暴力」という概念ができたことによって、家庭内暴力に限らず、先ほど申し上げたように、ストーカー、セクシュアル・ハラスメント、刑法の強姦罪や強制わいせつ罪などが女性の人権を守るような形で規定されているのかどうか、あるいは性暴力事件に関する司法判断がジェンダー平等の視点からなされているのだろうかということを問いかけるようになり、そういうことが多くの法学者や法律実務家から問題提起され新しい法律ができてきたということが私は非常に重要なことだと思っています。

では、その日本が今、委員会から勧告されている内容で国際社会に対して行った約束のうち果たしていないものは何なのかを、次にお話したいと思います。委員会では、国別の審査が終わった後勧告書を公表しますが、30、40と非常に数が多い勧告を出します。そうすると、勧告を受け取った方も、あまりにも宿題が多くどれから始めていいのか分からなくなってしまいますので、最近では、その勧告の中からその国にとって最も重要な問題を2つだけ取り上げて、最優先課題としてフォローアップ事項という名前で優先して実行するようにと履行を求めています。

レジュメの方を見ていただきたいのですが、日本は平成21年（2009年）に一番最近の審査が行われましたが、日本に対する最重要課題というのが2つあります。1つは、民法における差別的法律の改正です。これは選択的夫婦別姓を導入すること。女性だけ離婚後6カ月間再婚できないという再婚禁止期間を廃止すること。現在男性18歳、女性16歳となっている婚姻年齢を男女共に18歳にすること。それから、民法および戸籍法などにおける婚外子の差別を撤廃することということです。

これが出されたのが平成21年（2009年）ですが、その後、民主党政権も自民党政権もこれを改正するような法案を一切国会には出していません。唯一、最後の婚外子差別の撤廃については、平成25年（2013年）に最高裁で婚外子差別の相続差別が憲法違反であるという決定が出たために、相続差別については民法を改正する法案が通りましたが、委員会で指摘しているのは相続分差別だけではなく、戸籍の記載などにおける婚外子差別の問題も問題にしており、まだ婚外子差別についての撤廃も完全なものではないと思います。

それからもう1つが、意思決定における女性の参画の拡大です。ここではわざわざ学术界を含むということでアカデミアという言葉を使っていますが、女性の参画をもっと拡大するようというのを勧告しています。これはいろんな統計を見ても、管理職・専門職にいる女性の数が日本は先進国の中で一番低く、とりわけ大学の教授・准教授などの学术界にいる人たちはさらに女性の割合が低いので、そこを明示し意思決定への女性参画を促しております。

これはよく報道される数字ですので皆さんもご存知かと思いますが、世界経済フォーラムというダボス会議を主催している民間団体が、毎年ジェンダーギャップ指数というのを公表しています。直近では統計がある142カ国のうち教育と健康と政治参加で統計を取っていますが、教育は142カ国中93位です。健康が37位、政治参加に至っては129位とほとんど最下位に近い記録になってしまっています。

ただし、このジェンダーギャップ指数はいささか技術的すぎるころがあり、例えば「健康」は、日本は男性も女性も平均寿命が大変長い国で日本の女性は世界で一番長生きしており、寿命というのは健康を表わす最も分かりやすい指標で、37位というのはいくらなんでもおかしいではないか、せめて10位以内に入っていないとおかしいと主張する人はたくさんいます。確かにそうですが、これはジェンダーギャップを見ており、日本の場合男性と女性との間の寿命に差があり過ぎることが問題とされて

います。すなわち、ジェンダー平等の社会であれば男性と女性の平均寿命は同じになるはずであるという前提に立っており、男性の方が7年も8年も女性より平均寿命が短いというのは男性が非常に過労やストレスが多い生活をしていて、社会の「健康」のためのインフラストラクチャーを男女平等に享受していないことが問題だとされているようです。

それから、教育についてもかつては日本の女性は教育程度が高く識字率も高いと言われたことがありましたが、現在競争のレベルが世界的に上がっており、四年制大学や大学院にどのくらいの女性が行くか、博士号をどのくらいの女性が取っているかが対象となっており、男性との比較をしていった場合、決して日本の教育の状況は男女平等ではないのです。特に高等教育における平等というのは上に行けば行くほど男性との差が出ているというところが大きな問題だと思います。

日本政府の対応

日本政府がこれらについてどういうふうに応答したかということですが、先ほど申し上げましたように、民法改正については婚外子差別に関しては相続差別の部分についてだけ部分的な改正が実現しましたが、それ以外の選択的夫婦別姓をはじめとする民法改正案というのは、閣議決定の上での内閣提出法案として国会に出されておられません。

今年の2月に、女性のみの再婚禁止期間および夫婦別姓を認めない民法が憲法、女性差別撤廃条約などの違反であるとして係属している訴訟が最高裁の大法廷に回付されるというニュースが報道されました。この夫婦別姓訴訟の弁護団長である榊原富士子弁護士も、早稲田のロースクールで実務家教員として教壇に立ち、クリニックでも家族法について学生を指導してくださった方です。大法廷で違憲判決が出る可能性が出てきたので私としても大いに期待をしたいと思っています。〔注。2015年12月16日、最高裁大法廷は再婚禁止期間については100日を超える部分について違憲の判断を示した。夫婦同姓制度については違憲ではないとしたが、5名の裁判

官の少数意見が付せられた。]

またポジティブアクションについては、先ほどの学术界を含むあらゆる分野での意思決定への女性の参画の拡大についても、現在安倍内閣は女性活躍推進法案というのを国会に提出していますが、一番改革しなければならない女性の政治参画についてクォータ制と言われるような割当制などを作ることにについて全く手つかずの状態であり、政府としてのアクション・取り組みは極めて弱いと言わざるを得ないと思います。〔注。2015年8月、女性活躍推進法は国会で成立、公布された。〕

今年は北京で女性会議が開かれて20年になり、世界的には Beijing plus 20 ということでさまざまな運動が展開されていますが、20年前と現在の日本の状況を比較して見ると、賃金は20年前に男性の賃金を100とした場合の女性は61だったのです。これはフルタイムの人だけの比較で、パートや非正規雇用を入れるともっと格差は拡大します。去年それが72まで上がり100対72、先進国の中では相変わらず最大の賃金格差がある国ですが10パーセントくらいは縮まったわけです。ところが20年前に衆議院議員の女性は6.9パーセントだったのですが、昨年の師走選挙でそれが9パーセントに上がりました。だから下がっていないだけマシなのかもしれませんが、20年間で3パーセントしか女性の政治参加は進んでいないのです。

変化がこんなに遅いのは、女性の人権の問題に取り組む女性たちが政策決定の場にまだまだ少ないことが原因の1つになっていることは間違いのないと思います。日本が足踏みをしている間に世界は大きく変わりました。国連の経済社会理事会が平成2年（1990年）に挙げた決議がよく引用されますが、1990年の段階で、「1995年までにあらゆる政策決定の場に30パーセントの女性を」というもので、各国で政策目標としての女性割合30パーセントの1つの根拠になっています。日本の男女共同参画基本計画は、平成17年（2005年）以降、「西暦2020年までに指導的立場にいる女性を30パーセントに」と言うておりますが、これは国連では平成7年（1995年）の目標だったものが日本では平成32年（2020年）の目標になっているという

ことです。やはり25年くらい遅れて国際社会の後を追いかけているという状況だと思います。

また国連では、2000年（平成12年）に地球上から貧困を削減することなどを目標としたミレニアム開発目標を定め、今年がその達成年度ですが、なかなかその目標が達成できず、さらにこの期限を延長し2030年（平成42年）を持続可能な開発目標の達成年ということで（Sustainable Development Goals の頭文字を取ってSDGsと呼んでいます）、地球上で公正な社会を実現しようということを各国際機関が力を合わせてやっているところです。

SDGs ではこのジェンダー平等が非常に重要な柱とされ、これを推進する国連のスローガンは Planet 50-50 なのです。すなわち2030年（平成42年）までにあらゆる場での男女比、女性の参画を50パーセントにしようということです。今日はあまり詳しく早稲田大学のビジョンなどに踏み入る時間はありませんが、こうした国際的な指標設定から考えて、大学が目指している中身・到達目標が恥ずかしくないものなのかどうかということは点検が必要なのではないかと思います。

法曹をめざす人々へのメッセージ

今日は40分くらいでお話を終わりにし、後は質疑応答にと言われておりますのでこれから法律家を目指す皆さんへのメッセージをお伝えして私の話を終え、最後に少しでも委員会の様子の写真をスライドでお見せしたいと思っています。

女性に弁護士資格を認めなかった弁護士法を変えたのが市川房枝さんらの女性参政権運動だったということを冒頭に申し上げました。戦前の女性参政権運動は、女性の参政権のほかに、女性の政治的な結社・表現の自由と、女性に弁護士資格をと、この3つを掲げていました。私はここに活動家としての市川房枝さんの非常に天才的な戦略家としての側面を見る思いが致します。なぜなら、市川さんは、女性の人権を確立するためには女性が政治に参加することだけでは足りないということが分かっていたの

です。つまり、単に女性が参政権を持っているだけではなく、街頭に出て行き自分の意見を言うための表現の自由、それからそれを法廷で実現していく女性の弁護士が必要だと考えたわけです。これは法廷で女性が弁論することを女性の公民権、civil rights の最も基本的な部分としてとらえていたという意味において、私は大変優れた見識だと思います。

日本の社会を見ても、職場での男女差別定年制や賃金格差、あるいは離婚における財産分与、婚外子に対する相続差別、ドメスティック・バイオレンスなど女性の人権に関わる問題に真っ先に取り組み、パイオニアとして判例を作ってきたのは女性弁護士です。

また、言うまでもなく、検察庁でも裁判所でも、早稲田大学出身の女性法曹は第一線で活躍しており、女性が司法の一翼を担っているという事実が司法に対する市民の信頼を高めることにつながっていると思います。

さらに、ジェンダー平等は男性の参画があつてこそ前進しますので、今日ここに来てくださった男性の中からジェンダー平等問題に取り組む法律家が育つことにも大いに期待したいと思います。私は、今日の午前中、都内で開かれていた列国議員連盟（International Parliamentary Union）という、スイスに本部がある第2次世界大戦前からの古い団体の会議に出ていました。そこが日本の普通選挙70周年を祝うために、日本の衆議院で、昨日・今日と2日間会議を開いています。昨日のテーマが『若者の政治参加』と『経済危機』でした。今日のテーマは『平和構築』と『ジェンダー』です。私は『ジェンダー』の部分で、朝、基調講演を頼まれて行ったのですが、部屋に入った途端に事務局の人が私をワッと取り囲み、昨日の『若者の政治参加』と『経済危機』の議論段階で既にジェンダーが中心課題になっていた、あなたが来てくれるのを待っていた、と言われ、もう最終文書はとにかくジェンダーのこと一色になりそうだというぐらゐの勢いでした。そういうことを女性が議論しているのかと言うと決してそうではなく、会場を見まわすと65パーセントが男性で35パーセントが女性という構成でした。世界中の約80カ国の国会議員の人たちがみんなで世界危機に対する対

処方法を議論しているわけですが、男性も女性もジェンダーの問題を中心に据えて議論しているということを知り、私は大変心強く思うと同時に、法学教育の中において人権の問題、ジェンダーの問題を扱っていくこと、またそういうことを理解する法曹が育っていくことが大変重要だと認識を新たにしました。

今日は学部の学生の皆さんも来てくださっているかもしれませんが、皆さんにはぜひロースクールを目指してほしいと思います。私はもし時計の針をあと何十年か昔に変えて今二十歳の若者だったとしたら、どういう職業を選ぶかと言ったらやはり弁護士になりたいと思います。特に私の学生時代よりも更に今高度に専門化が進んだ社会で、世界中の人たちと対等にこれから仕事をしていくためには、もう学部の教育だけで終わるという時代ではなくなっていると思います。

自分がやりたいということを見定め、しっかりと自分の現場を持って仕事をしていけば必ず道は開けますし、必ず成功することができると思います。

では、話はここまでにし、数枚だけスライドをお見せします。

これは平成21年（2009年）にアメリカ合衆国の首都を委員会の有志で訪問した時の写真です。どうしてワシントン DC に行ったかと言うと、女性差別撤廃条約というのは国連加盟国193のうち188が入っていますが、入っていない国の1つがアメリカ合衆国なのです。未加盟国はソマリア、イラン、アメリカなどごく数少なくなっているのですが、アメリカは自分たちの国の法律は女性差別撤廃条約より優れているというようなことを理由に入らないと言うので、国務省の人に会いに行き、「どうして条約に入らないのですか？」という対話をしに行きました。その話だけするとそれで2時間ぐらいかかりそうなのでこれはここで止めます。

それから、女性差別撤廃委員会の委員は、時々日本にも来て講演会をしてくださいます。私の右にるのはクロアチアの委員でドゥヴラブカ・シモノビッチさんという外交官出身の女性で今ウィーンの大使をしております。

す。大阪のワーキング・ウィメンズ・ネットワークというグループに呼ばれて講演をした時の写真です。

それからこれは、少し「忙中閑あり」ですが、私は国際法協会というロンドンに本部のある学会（日本にも支部がありますが）のフェミニズムの委員会に入っています。ジュネーブの良いところは、ヨーロッパですのでロンドンやパリに列車や飛行機で比較的移動がしやすいことです。普段は日本からなかなか委員会に出られないのですが、週末にダブリンで開かれたフェミニズムの委員会勉強会をやった時の写真です。

これは少しいささかピンボケですが、一応国連のオフィシャルフォトで、私が今年の2月に委員長に就任した時の写真です。皆さん、この中に2人だけ男性が写っているのが分かりますでしょうか？真ん中の一番背が高い人、彼は23人の委員の中の唯一の男性でフィンランドの大学教授です。みんなから「あなたは1人で世界中の男性を代表している」と言われて大変なプレッシャーの中で仕事をしています。今までこの委員会は歴代スウェーデン・フィンランド・オランダだけが男性の委員を派遣しました。これは全部男女平等先進国と言われる国です。やはり先進国は男性がジェンダーの問題を扱っているわけです。だから私も自分の後任はいずれ男性が日本から出て女性差別撤廃委員になってほしいと思っています。もう1人の左端にいる男性は委員会の事務局長ですが、彼はドイツ人のローヤーで、ベルリン大学で法律を勉強し、その後国連の職員になった非常に優秀な人で、彼がいることで私は本当に助かっています。

それから、委員会はずっとジュネーブで開かれていますが、ニューヨークの国連総会をやる本部で婦人の地位委員会という政府代表が集まる会議が毎年3月に開かれます。私が委員長になった後そこで委員会報告として今女性差別撤廃委員会が何をしているかということを1年に1回報告をしに行った時の写真です。

これはホテルの向かい側に見えるレマン湖の夕暮れの写真です。私はしょっちゅうジュネーブに行っていますので、依頼者が「いいですね。林先

生、またジュネーブですか？きっとレマン湖が見える素敵なホテルで女王様のような生活をしているのでしょうか？」と言われるのですが、実際レマン湖が見えるホテルではなくアパート、ワンルームマンションみたいなところにいることは事実ですが、毎日毎日宿題の山で、明日しなければいけない質問を考えながらドキュメントの山に囲まれて暮らしています。船で行くと向かい側がフランス領です。エビアンや同じスイスの中でニヨンとかモントルーとかボートで旅ができますが、めったにそう時間はありませんが、たまにはあるという生活をしています。

どうもご清聴ありがとうございます。あとの時間は、皆様からのいろいろのご意見を伺いたいと思います。

質疑応答

石田：林陽子先生、貴重なお話を本当にありがとうございました。それでは質疑応答に入りますが、フロアからの質問をお受けする前に、本日コメンテーターをお願いしております浅倉むつ子先生よりごく簡単なコメントと質問をいただきたいと思います。時間の省略のため浅倉先生のプロフィールについては配布したプログラムをご覧ください。

それでは浅倉先生、お願い致します。

浅倉：それでは、みなさんにすぐに質問していただいてもいいのですが、私からコメントをしながらその間に皆さんが質問をたくさんお考えください。最初の5分ぐらい少し林先生とやり取りをしたいと思います。

今日のお話は大変クリアで、実は女性差別撤廃委員会の話は本当にとっても難しく複雑でなかなか私たちは理解できないのですが、今日の林先生のお話はとても分かりやすく、最後の素晴らしいメッセージも皆さんに伝わったと思います。

お話の中では国際社会の約束という今日のテーマがどういう意味を持ったのかということが大変良く分かりました。フォローアップというものの意味も非常にクリアに分かりましたし、女性に対する暴力というものが人

権侵害だと気付かせてくれたことがこの女性差別撤廃条約の非常に新しい意味であるというようなお話もありました。

日本の世界における位置ということにも言及され、最後に Planet 50-50 というお話と、それに関連して大学が今どういう状況にあるのかという問題提起もいただき、大変豊富な中身だったと思います。

最初に今日、林先生をお招きした経緯です。先ほどからお話があった女性差別撤廃委員会、これは条約の17条でこう書いてあります。“徳望が高く、この分野において十分な能力を有する専門家23人によって構成される”。この23人のお1人で日本人として活躍していらっしゃるのが林陽子さんですが、林さんは日本人として5人目の委員でいらっしゃいます。これまでの方々のお名前を挙げますと赤松良子さん、佐藤ギン子さん、多谷千香子さん、齋賀富美子さんです。この方々は全て労働省・検察庁・外務省ご出身のそれなりに素晴らしい活躍をされた方々ですが公的な地位にいらした方々です。それに比べて林陽子先生は初めての民間出身の委員で、先ほどからお話になったように早くから外国人労働者の権利や暴力を受けている女性のための弁護活動を自発的におやりになってきた方で、その林先生が平成20年（2008年）からこの女性差別撤廃委員に就任されたという時に、私たちは NGO の一員として大変歓迎を致しました。事実、その後、非常にこの条約の風通しが良くなり、私たちがこの情報を得ることがとてもしやすくなったと思います。

というようなことで今日、林さんに来ていただいたわけですが、最初に1つだけやりとりをしたいと思います。今日はたくさんのテーマがありお話をいただけなかったと思いますが、途中で一般勧告、ガイドラインとおっしゃいましたがそういう文章がありました。女性差別撤廃委員会はこの一般勧告というものを作ることによってあらためてガイドラインの意味合いも持たせ、さらに立法的な活動もしているように思います。つまり条約そのものが昭和54年（1979年）にできたものですからその中に盛り込まれないものもあり、しかし女性の問題は大変動いており、その後さまざまな

一般勧告を作ってくれました。それで、この一般勧告を見て行くと、最近ではこの委員会が、女性はどうも一律なものではなく、非常に複合的な差別を受けている存在だというメッセージを発信しているのではないかと思うことがあり、林さんも複合差別について最近いろんな講演をされているようですので、最初に一言この複合差別という問題についてコメントをいただければと思います。よろしくお願い致します。

石田：林陽子先生、お願いします。

林：ありがとうございます。今浅倉先生がご指摘されたことは大変重要な点で、私もこの女性差別撤廃委員会にいて一番難しいと思うのは、女性とは一体だれなのか、女性の問題とは何なのかということなのです。

例えばセクシャルマイノリティのLGBTの人たちからもたくさん情報提供がきたり、同性婚を認めていない国や、国によっては同性愛に対して刑事罰を科している国などがあるわけです。そういったことについても委員会にいろいろな勧告を出してほしいという要請が来ます。

それから、同じ女性の中でもその国の多数民族に属する女性と少数民族のマイノリティの女性たちで置かれている立場も直面している問題も違うということがたくさんあります。これは、分かっているつもりでも、実は日本で生まれて日本で育った者にとって一番分かりにくい部分です。日本は単一民族国家だと言って批判された政治家がいましたが、私も彼や彼女を批判しながら実はあまり多文化ということをつかっていたのではないかと自分自身で思うことがあります。

この一般勧告についても、ほかの委員会は条文に沿って、「表現の自由についての一般勧告」、「不当な拘禁についての一般勧告」というふうにやっていて、女性差別撤廃委員会も初期のころは「教育についての一般勧告」、「健康についての一般勧告」と条文ごとにやってきたのですが最近はそれができなくなってきました。例えば、難民女性、有害な慣行 (harmful practices と言っていますが)、女性性器切除や polygamy と言われるような一夫多妻制や人身売買、あるいは migrantsと言われる移住女性について

の一般勧告というふうに、むしろ条約の条文に焦点を当てるといよりは女性が置かれている状況に着目してそのテーマごとに勧告を作る、という現象が起こっています。

それがどうしてなのかということを私もあまり理論化して考えたことがないのですが、おそらく浅倉先生が言われたように背後には複合差別の問題があり、女性というのはクローンのような同じ状態ではなく年齢・階級・障害の有無・民族的なバックグラウンド、いろんなものと重なり合うことによってその人が直面している状況も違うということから、一般勧告についても状況別に新しい形で出てきているのだと思います。

石田：林先生、ご回答ありがとうございます。それではフロアからの質問を受け付けたいと思います。どなたでも結構ですので挙手をお願いします。記録の関係上、マイクが行きますので質問の最初にお名前とご所属を言っていただければと思います。それではどうぞ。どなたでも結構です。

A：政治経済学部のアと申します。今日は面白い話をありがとうございます。1つ質問ですが、最近社会に進出する女性が増え、そういう方を見ているとやはりどうしても男性型の働くスタイルで出世されて社会的にも地位を向上されていくという方が多いように見受けられ、そういうのを解消するためにもワークライフバランスを考えることが女性差別撤廃に重要だという話をよく聞きます。

そうすると、ワークライフバランスは女性差別というよりも雇用や非正規、そういった話にだんだん変わっていってしまうように思いますが、男女平等の観点からどういうロジックでそのワークライフバランスに関与していけばいいのでしょうか？お願いします。

石田：質問をまとめて受け付けたいと思います。ほかに挙手されていた方、もう1回挙げてください。前の方お願いします。

B：どうもありがとうございます。国際教養学部4年のBと申します。少し個人的な話になってしまい申し訳ないのですが、私は今ジェンダー学を研究するゼミナールに入っており、将来はUN Womenで働きたいという

目標を持っています。そこで林先生にお伺いしたいのは、林先生が普段どのような思いを持って委員長として活動されているのか、大切にされている価値観などを教えていただきたいです。よろしくお願いします。

石田：ありがとうございました。あとお二方ぐらい手が挙がっていましたでしょうか？お願いします。

C：早稲田大学大学院法務研究科2年のCと申します。さっきのLGBTの方からも要請があるという話を聞いて思ったのですが、なぜ性差別一般に対応する委員会としてではなく女性差別撤廃委員会という形で存続しているのかということが気になりましたので、その点についてお答えいただければと思います。

石田：ありがとうございました。ほかに？お願いします。真ん中の後ろの方。

D：本日は貴重なお話をありがとうございます。早稲田大学法務研究科1年のDと申します。お話を聞いていて大学時代のころから女性の差別に関して勉強してきたのですが、私が考える差別の根本的な原因というのは外で働く女性に対して男性があまりにも無関心であることだと思います。その意識を変えるためにはやはり子どものうちから教育を変えるということが非常に大事だと考え、例えば北欧諸国の方では子どもに小さいころからお母さんの家事の手伝いを男の子と女の子、お父さんがまとめてするという映像を見せたことにも起因して女性の参加率が上がっているという話を聞いたことがあります。林先生ご自身のお考えで教育からのアプローチとして女性差別をより減少させるためにはどうされたいかお考えになっているところを伺いたいと思います。よろしくお願いします。

石田：ありがとうございました。ほかに質問のある方いらっしゃいませんか？今前の方から質問を取りましたが、後ろの方でもどうぞご遠慮なく。よろしいでしょうか？

E：お話ありがとうございました。法務研究科のEと申します。前に少し記事で読んだことがあったのですが、85年に雇用機会均等法ができた時に

これからは男女平等の時代だと息巻いて女性をたくさん採ったものの結局女性たちが今までの男性主義的な世界観の中での職場に耐えられず出世はいいと断っていたという背景があり、そこでいったん女性の進出というものがストップしていたという背景があったという話を昔見たのですが、それと同じように男性主義的世界観の中でただ単に数値目標だけ入って行ったら、結局のところ和魂洋才ではないですが矛盾点が表出してきてしまうのかと思っており、数値目標を設けること自体はいいことだと思うのですが数値目標を設ける中でどのように和魂の和の部分、洋才の洋の部分を少しずつ変えていくかというのを少し知りたいと思いました。具体的には例えば男性である僕が将来的にどのような価値観の考え方の1つとしてどのような考え方を持っていけばいいのかということをお聞きしたいです。お願いします。

石田：ありがとうございます。ほかにはいかがでしょうか？まだ挙がりますのでお一方と後ろの方と次お願いします。

F：本日はお話ありがとうございます。法学部1年のFと申します。1985年に国籍法の改正があり、そこで父母両系主義へ転換したというお話がありました。現在国際結婚の場合に限り男女の差別の問題として何か挙がっているものがないかと思ったのですが、特に何か重大な問題が現在挙がっていればそれを教えていただきたいと思います。よろしくお願いします。

石田：ありがとうございます。後ろの方で手を挙げられた男性の方、お願いします。

G：お話ありがとうございます。文学部3年のGと申します。僕は別にジェンダーの勉強などをしていっているわけではなく深い知識などがあるわけはありませんが、今のお話を聞いていて先ほどの写真を何枚か見せていただいたのですが、その時の女性差別撤廃委員会の皆さんが写っている写真のところで、23名のメンバーがいる中で唯一の男性メンバーとおっしゃっていましたが、このジェンダー平等の問題を解決するには男性の参画、理

解が必要不可欠だと思いますが、委員会の男女比、男性のメンバーの数がすごく少ないと純粋に感じ、普段委員会として活動していく中でその男女比に対して何か思うところがあればお答えしていただきたいと思います。お願いします。

石田：ありがとうございます。では、前の方に手が挙がっているのでこちらの方でいったん林陽子先生のご回答に移らせていただこうと思います。お願いします。

H：法学部1年のHと言います。今、ゼミで夫婦別姓について勉強しているのですが、選択的夫婦別姓がもし可決された時に夫と妻が別々になり、子どもがどちらの姓を選択するかという新しい選択的夫婦別姓にした場合の問題というのも出てくると思うのですが、その問題点にどう思っているのかということを知りたいと思いました。よろしくお願いします。

石田：ありがとうございます。予想に反して大変積極的に質問をいただいてありがたく思っております。時間の関係上ここでいったん打ち切らせていただき、林陽子先生からご回答いただきたいと思います。お願い致します。

林：たくさんのご質問ありがとうございました。さすが早稲田大学、私の後輩たちだけあって大変活発でレベルの高い質問をありがとうございます。

はじめにワークライフバランスについて女性が社会に参画し男性並みの出世を目指すということではなく、仕事と家庭の両立策ということも視野に必要ではないかというご趣旨の質問だと思いました。その通りだと思います。女性差別撤廃条約は5条で性別役割分担を見直す、また見直すようにしていくことを政府に義務付けている条約なのです。だから女性が男性と同じように働ける職場での同一価値労働、同一賃金、昇進昇格差別をなくしていくと同時に、例えば男性がもう少し家事や育児の労働に参加できるように、あるいは長時間労働を規制するような法律をもっと強化し、男性も女性も家事と育児と介護などいろんな家庭責任も一緒に担えるよう

にということが条約の本旨です。

ただ、正直なところ委員会の中でそれを詳細に議論している時間はあまりなく、労働の問題はILO条約があり国際労働機関の方での議論が主になっていくと思います。1つは加盟国188カ国を見回すと、女性が働くということがいわゆる会社に出勤して行って賃金労働者として働くということが主流でない国はたくさんあります。例えば農業が主だったり、インフォーマルセクターと言われる家内工業などで女性は働いてはいるし国家経済に貢献もしているのですが、それを労働時間や深夜労働の規制というような形の法律で守っていくという国はむしろ数から言ったら少ないのかもしれないのです。

したがって、日本の長時間労働問題というのは先進国特有の問題で、国連以外のOECDのような先進国グループやG8のような経済大国の中で議論した方がもっと共通する課題は見えてくるのかもしれませんが、ただ、今おっしゃったワークライフバランスの件はとても重要な点であることは間違いありません。

それから、お2人目の方でUN Womenで働きたいという希望を持っていられるというのは素晴らしいです。ぜひ初志貫徹して欲しいと思います。UN Womenというのは国連の中にあるさまざまなジェンダー組織のうち主なものが4つ統合した、国連の中でのジェンダーに関するシンクタンクです。国連の政策立案にもかかわり、国連加盟国に対するいろんなポリシードキュメント（これからの男女平等政策はどうあるべきという文書）を作り、現地でプロジェクトを行うというようなさまざまな活動をしています。

私はこういったところに日本の女性、女性だけではなく男性も出て行って国連職員として働いていくことが国際貢献として大変重要なことだと思っています。

私は今年の2月に委員長になり、委員会が3週間ありますがその初日に選挙で委員長になり3週間一応議長として采配を振るって帰って来たので

ですが、まだ1会期しかやっておらずなかなか委員長としての自覚と言われても足りない点があるのですが、私自身はまず自分が法律家であるということに誇りを持っており、法律家として法の支配や普遍的な価値としての人権を守るということをいかにして条約機関を通じて実現していくかということに常に考えています。

世界各国を見ていると人権侵害がない国、女性が差別されていない国はないのです。これは世界中どこにも同じにあります。ただ、何が違うかと言うと、最終的に司法で救済を受けられるのかどうか、受けられるのにどのくらい時間がかかるか、内容がどのくらい充実しているかというところが人権先進国と後進国では決定的に違います。

委員長としての心がまえですが、“長”と名の付く人は独裁をするのではなく、みんなのそれぞれの意見を聞いてなるべくコンセンサスを取って議事を進めていこうというのが当面の私の目標です。

次の3人目の方のご質問は、男性が多く、女性が外で働き始めている事態に無関心ではないかと。どうやったら男性に女性がおかれている状況についての理解を得られるようにすればいいかという趣旨のご質問だと思います。

それはほかのご質問とも関係すると思いますが、やはり私は自分と違うバックグラウンドの人との対話ということがとても大事で、相手がおかれた立場を理解するということを学校の中・家庭の中・地域の中でも教育を通じてやっていくことがとても大事だと思います。

今日の午前中、列国議員連盟の会議に出ていたというお話を先ほどしましたが、アフリカやラテンアメリカを含めいろんなところから来ている人たちの話をずっと聞いていたのでまだ頭の中が嵐のようになっていますが、今世界中でどういうことが起こっているかと言うと、先進国も途上国も不景気で経済不況です。若者に職がないわけです。そうすると職のない若者たちにどういうことが起こるかと言うと、国家に対して恨みを持つようになりISのような過激主義に走るのです、それをどうやったら止められ

るかということが、イスラム諸国だけではなくどの国でもテロと若者の関係をどうやったら断つことができるかといったことが大きな課題でした。

日本はまだそういった状況がそのままあるわけではないのですが、対立をなくしていく鍵は何かと言うと私は最終的には教育の問題だと思います。寛容さ、toleranceです。相手が置かれた立場に対する理解や、そういった文化をどうやって作っていくことができるかという意味では、私は大学の果たす役割は非常に大きなものがあると思います。

それから、次のご質問に移らせていただきます。男女平等を目指すにあたって数値目標を作るのは悪いことではないが、それだけでは枠組みは変わらないのではないかという趣旨のご質問だったと思います。私もそのご意見には賛成致します。ただ、その数値目標も大事なのです。女性差別撤廃委員会が今日日本政府に言っているのは、ちゃんと数値目標と時限を区切ったポジティブアクションを実行しろということです。ただ単に上場企業は女性取締役を最低1人任命してくださいということではなく、最終的にどういう目標を目指してそれをいつまでに実現して、理想的に言えばそれが実現しなかった場合のペナルティがついた上での数値目標があるということと、それをやった結果どういう社会を新しく私たちが作っていきたいのかという青写真を出していく必要があると思います。

早稲田大学ロースクールの女性法曹輩出促進プロジェクトも素晴らしい試みだと思いますが、では一体女性が法曹界に入るとは司法の質をどういうふうに変えていくのかという議論と一緒にやっていかないと、数値目標を決めて女性が3割になりました、4割になりましたということだけでは非常に価値が小さいものになってしまうと思います。もちろん石田先生、浅倉先生は十分それはご存知の上で取り組まれていると思いますが、まさに planet 50-50 になったら地球上がどういうふうになるのかという青写真と一緒に数値目標を動かしていく必要があると思います。

それから次のご質問に移らせていただきます。国籍法が変わって夫婦両系主義になりました。これは少し法律的な専門の話になりますが、その後

国際結婚をめぐるはいわゆる胎児認知と言って結婚していない男女の間で赤ちゃんがお腹の中にいる時にお父さんが認知をすれば国籍が取れますが、生まれてからの認知だと取れないという問題がありました。それについて平成20年（2008年）に最高裁の大法廷判決で違憲の判断が出た結果、私自身は国際結婚をめぐる法律上の差別、少なくとも男女差別というのは現在ないと考えています。

それから次の質問で、委員会の写真をご覧になってジェンダーアンバランスで22対1ですのでそれをどう思いますかというご質問をいただきましたが、私もこれは由々しい事態だと思っております。ただ、先ほど国連に9つ主要な人権条約があるとお話しましたが、全体の委員会を見るとまだまだやはり男性が圧倒的に委員として多いのです。特に拷問禁止委員会と刑事司法にかかわる部分は男の分野・伝統と考えられております。国連の職員の間にも人権の花形というのは刑事司法だという意識があるのではないかと思います。死刑や拘禁、政治犯に対する拷問が人権の中心課題と捉えられる傾向にあります。

この委員の男女比はよく問題になりますが、女性差別撤廃委員会からの反論としては、もしそれを言うのだったらほかの委員会をまず男女平等にしてから CEDAW の女性が多すぎるという話をしてほしいと言っています。アリス・エドワーズというイギリスの学者が女性差別撤廃委員会について書いた論文を読みましたが、これからは各国が委員の候補者を指名する時、（先ほどお話したように候補者指名は政府がするので）一度女性を指名した国は次を男性、今男性を指名している国は次を女性の候補者を指名するようというルールを作ったらどうかと提案しています。それは面白いと思います。そうするといろいろな委員会での男女比が逆転し、男性も女性差別撤廃委員会に来るし、女性も拷問禁止委員会に行くという現象が起こるのではないかと思います。

それから最後のご質問で夫婦別姓が実現した場合に子どもの姓がどうなるのかということについてどういった議論がされているかということでは

す。今日は民法の棚村先生が来てくださっていますので代わりにお答えいただきたい感じがしますが、法務省の中で民法改正について要綱・法案が一応できています。ただ法務省の段階で準備しましたが自民党内閣が国会には出さないという状況で止まってしまっています。子どもの氏をどうするかについては、婚姻届を出す際にあらかじめもし子どもが生まれた場合にどちらの姓にするということをその段階で届け出をするという案です。

石田：もう一点、条約が性差別一般ではなく、女性差別撤廃という形で存続しているのはなぜか、という質問がありました。

林：失礼しました。そこが大変重要な質問です。これはやはりこの条約が1970年代にできたという歴史的な制約があります。というのは、人種差別撤廃条約はあらゆる人種差別を禁止しているのです。だから、黒人であれ、白人であれ、ラテンアメリカ人であれ、アフリカ人であれ差別してはいけません。ところが女性差別撤廃条約は性差別ではなく、Discrimination Against Women で女性差別撤廃条約です。ところがその後でできた障害者の権利条約や子どもの権利条約というのは、子どもに対する差別の禁止や障害者と健常者における平等ということを言わないで全的な存在としての1人の人間としての子ども、1人の障害者としての障害を持った人の権利を保護するという立場になっています。

女性差別撤廃条約ができた時代は、まだそこまでの人権についての議論が進化していなかったもので、私たちは“近代法のリベラルアプローチ”と呼んでいます。AさんとBさんを比べて格差があれば差別、そうでなければ平等といった形式的なところにとらわれているということと、当時はまだジェンダーという言葉が流布されておらず、男性や性的マイノリティは度外視して女性に対する差別についてだけの条約を作ったという経緯があると思います。

石田：林陽子先生、1つ1つ丁寧に回答していただきありがとうございます。それでは時間も迫ってまいりました。最後にもう一度浅倉先生の方から総括のコメントをいただきたいと思います。お願い致します。

浅倉：今日はどうもありがとうございました。大変活発な質疑応答でさらにクリアになったと思います。最後で時間がありませんので一言だけ申し上げます。

ロースクールが発足した平成16年（2004年）から林陽子さんは法務研究科で教べんをとられていたのですが、その時に多くの大学が理想に燃えていたのは非常に幅広い教養と豊かな人間性を備えた法曹教育ということでした。ジェンダー法学というのはそのための必須の科目であるというそういう理想に燃えてスタートしました。この間、全国のロースクールは制度的にも非常に難しい局面に直面しているのですが、早稲田大学としてはこういう形で一貫して今後とも充実した内容のジェンダー法という授業・講義に力を入れていきたいと考えています。

今現在、早稲田では、6人の専任教員と、林さんを含めて2名の実務家の方に関与していただき、オムニバスのジェンダー法学というのを前期・後期2回ずつ提供しています。ですので、今日皆さん、ここにお集まりいただいた方々がどうぞジェンダー理論やジェンダー学に興味を持っている学生の方々がおられるのではないかと思いますのですが、ぜひ早稲田大学のロースクールに入ってジェンダーセンシティブな法曹になるということを私たちと共に追求していただきたいとぜひお願いしたいと思います。私たち教員も良いジェンダー法教育を提供する努力を続けていきたいと考えています。今日はどうもありがとうございました。林先生に拍手をお願いします。

石田：林陽子先生、浅倉むつ子先生、ありがとうございました。それでは最後に早稲田大学男女共同参画担当理事、社会科学総合学術院教授であられる畑恵子先生より閉会のお言葉をいただきます。お願いします。

畑：畑でございます。林先生、きょうは大変刺激的で貴重なご講演をありがとうございました。それから浅倉先生、石田先生、法務研究科の先生方、このような機会を全学に開放してくださいましたことを御礼申し上げます。

男女共同参画推進担当理事ということでございますが、林先生の今のお話、なかなか耳の痛いところがありました。私自身非常に今の立場で気になったところ、考えていかなければいけないと思った点を最後に少しまとめさせていただきたいと思います。

Planet 50-50が始まり平成42年（2030年）ということですが、早稲田大学は平成44年（2032年）に女子学生を半分、職員の女性職員を50パーセント、教員を30パーセントということで、50-50から2年後ですがまだ国際的なそういう動きから見ると非常に反省すべきところがあると思いました。ただ、数値目標は時限を切って設定しているということで、高い数値目標を掲げることは簡単ですが、少しずつ足元を固めていくというのが早稲田大学のこれからの課題ではないかと思っています。

それから、男性の参画が必要であるということ、これも非常に痛感しています。ただ、早稲田大学も最近一番変わっているのは学生さんの意識だと思いますが、教員・職員の方の意識も変わってきており、男女共同参画というものが女性のためのものだけではなく、全体に関わってくる問題なのということが広く認識されるようになってきていると思いますが、まだまだ意識の問題はなかなか難しいところがありますのでそれもこれからしっかりと考えていかなければいけないと思っています。

そして、やはりこれから早稲田大学がグローバルユニバーシティとして世界に羽ばたいていこうという中でやはりこの問題というのは本当に真剣に考えていかなければいけませんし、先生が最後におっしゃったtoleranceの問題、寛容さというものをいかに身につけて行くのか、それが教育の重要な問題であるということ、これも非常に大きな課題として私たちは明確に認識することができました。

これに関しては早稲田大学も男女共同参画だけではなく、ダイバーシティという表現でダイバーシティを推進していこうということも新たな目標に加わっております。考えてみればダイバーシティというのは、やはりそういうtoleranceというものと非常に密接にかかわっていることだときよ

うあらためてまた認識させていただいたということで私自身大変勉強させていただきました。このような機会を頂戴致しまして非常に感謝しております。

それから、会場の学生の皆さんから非常に積極的な質問が寄せられたということで心強く思っております。林先生は国連の場で、私たちは一実践の場でこれからも早稲田大学でできることをできるだけ目標を高く掲げて進めていきたいと思っていますので皆さん頑張っていきましょう。ということで私のあいさつに代えさせていただきます。本日はどうもありがとうございました。

石田：畑先生，ありがとうございました。それでは本日の公開講演会を終了させていただきます。本日はお集まりいただき誠にありがとうございました。

民事手続法最高裁判例研究
民事手続法最高裁判例研究会
(代表者 松 村 和 徳)

(1) 最判平成26年 2 月27日民集68巻 2 号192頁

吉 田 純 平

(2) 最判平成24年 9 月 4 日判時2171号42頁

谷 口 哲 也

（１）権利能力なき社団による 移転登記請求の訴えと原告適格 （最判平成26年2月27日民集68巻2号192頁）

1. 事案の概要
 2. 判旨（上告棄却）
 3. 先例・学説
 4. 評 釈
-
-

1. 事案の概要

Xは権利能力のない社団であり、長年にわたり、甲建物および乙土地（本件土地建物）を活動拠点として使用してきた。本件土地建物は、Bら11名の共有名義となっていた。Yは、Bの孫であり、B及びその子の死亡により、本件土地建物に関するBの権利義務を承継している。

Xは、本件土地建物の登記名義をX代表者であるAに集約するために、本件土地建物はXに帰属するものであると主張して、Yを被告として、Aに対する持分移転登記手続を求める訴えを提起した。これに対して、Yは、本件土地建物は、かつての登記名義人Cが個人的に取得したものであるから、Xに帰属するものではないなどと主張した。

第1審は、建物についてはXの請求を認容したが、土地についてはYの主張を容れてXの請求を棄却した。これに対して、Xのみが控訴した。したがって、控訴審では、土地についてのみ審理対象となっている。原審は、土地について、Xの持分移転登記手続を認容し、「Yは、X代表者Aに対し、本件土地について、委任の終了を原因とする持分移転登記手続をせよ。」と命じた。

原判決に対して、Yは上告受理申立をし、権利能力のない社団であるXは、登記手続請求訴訟における原告適格はないと主張したところ、最高裁は本件を受理した。

2. 判旨（上告棄却）

「訴訟における当事者適格は、特定の訴訟物について、誰が当事者として訴訟を迫行し、また、誰に対して本案判決をするのが紛争の解決のために必要で有意義であるかという観点から決せられるべき事柄である。そして、実体的には権利能力のない社団の構成員全員に総有的に帰属する不動産については、実質的には当該社団が有しているとみるのが事の実態に即していることに鑑みると、当該社団が当事者として当該不動産の登記に関する訴訟を迫行し、本案判決を受けることを認めるのが、簡明であり、かつ、関係者の意識にも合致していると考えられる。また、権利能力のない社団の構成員全員に総有的に帰属する不動産については、当該社団の代表者が自己の個人名義に所有権移転登記手続をすることを求める訴訟を提起することが認められているが（最高裁昭和45年（オ）第232号同47年6月2日第二小法廷判決・民集26巻5号957頁参照）、このような訴訟が許容されるからといって、当該社団自身が原告となって訴訟を迫行することを認める実益がないとはいえない。

そうすると、権利能力のない社団は、構成員全員に総有的に帰属する不動産について、その所有権の登記名義人に対し、当該社団の代表者の個人名義に所有権移転登記手続をすることを求める訴訟の原告適格を有すると解するのが相当である。そして、その訴訟の判決の効力は、構成員全員に及ぶものと解されるから、当該判決の確定後、上記代表者が、当該判決により自己の個人名義への所有権移転登記の申請をすることができることは明らかである。なお、この申請に当たって上記代表者が執行文の付与を受ける必要はないというべきである。

（2） また、原判決の主文においては、「被上告人代表者 A」への持分移転登記手続が命じられているが、権利能力のない社団の代表者である旨の肩書を付した代表者個人名義の登記をすることは許されないから（前掲最高裁昭和47年6月2日第二小法廷判決参照）、上記の主文は、Aの個人名義に持分移転登記手続をすることを命ずる趣旨のものと解すべきであって、「被上告人代表者」という記載をもって原判決に違法があるということはできない。」

3. 先例・学説

（1）問題の所在

本件は、権利能力なき社団が、社団が有すると主張する不動産について現に登記を有する者に対して所有権移転登記請求をした事案である。ここでは、以下のことを前提としている。すなわち、①権利能力なき社団が有する財産は、構成員全員に総有的に帰属している（総有説^①・最判昭和32年11月14日民集11巻12号1934頁）。そして、②権利能力なき社団が有する不動産についての登記については、法人格なき社団の名義による登記は認められず、社団の代表者の個人名義で登記するか（最判昭和39年10月15日民集18巻8号1671頁（傍論として）、最判昭和47年6月2日民集26巻5号957頁）、規約等に定められた手続により登記名義人とされた構成員の個人名義で登記するか（最判平成6年5月31日民集48巻4号1065頁）、または社団の構成員全員の共有名義で登記するほかない。なお、社団代表者である旨の肩書を付した登記も、実質的に社団を権利者とする登記を認めることになるとして、判例により認められていない（前掲昭和47年判決）。これらについては、本判決においても踏襲されている。原判決が、「X代表者A」への移転登記手続を命じた点については、違法と評価していないが、A個人への移転登記手続を命じたものと解している。

これらを前提とすると、権利能力なき社団が有する不動産について、ある第三者が登記を有する場合に、当該第三者に移転登記を請求する訴訟においては、だれが当事者適格（原告適格）を有するかが問題となる。

かりに権利能力なき社団に原告適格が認められる場合には、その請求認容判決の主文は、「Yは、Aに対して、本件土地について、持分移転登記手続をせよ」となる。そして、代表者Aが登記申請することになるが、登記申請にあ

（1）我妻栄『新訂民法総則』（岩波書店、1965年）133頁、於保不二雄「権利能力なき社団」法教1巻25頁など。その他に、共有説（菅原春二「権利能力なき社団（1）（2）」論叢9巻6号53頁、合有説（川島武宜『民法総則（法律学全集17）』（有斐閣、1965年）139頁など）、信託説（末弘厳太郎『末弘著作集Ⅲ民法雑記帳下巻〔第2版〕』（日本評論社、1980年）73頁など）、単独所有説（森泉章『権利能力なき社団に関する研究』商学論集団体法諸問題（福島大学経済学会、1966年）70頁、効果論（星野英一「いわゆる「権利能力なき社団」について」『民法論集第1巻』（有斐閣、1970年）312頁）などがある。

たって執行文の付与を受ける必要があるかが問題となる⁽²⁾。

(2) 先例

まず、本判決でも引用されている最判昭和47年6月2日民集26巻5号957頁（以下、「昭和47年判決」という。）は、代表者に原告適格を認めたものである。他方、社団が原告となった事案ではないので、社団の原告適格の有無を直接には判断したものではなかった。ただ、「社団自身が私法上の権利義務の帰属主体となることはないから、社団の資産たる不動産についても、社団はその権利主体となり得るものではなく、したがって、登記請求権を有するものではないと解すべきである」として社団の登記請求権を否定したことをもって、社団の当事者適格を否定した判例であると評価されていた⁽³⁾。しかし、昭和47年判決後、下級審裁判例においては、社団の原告適格を肯定するものが現れていた⁽⁴⁾。

なお、昭和47年判決では、権利能力なき社団の代表者の法的地位について、「本来、社団構成員の総有に属する不動産は、右構成員全員のために信託的に社団代表者個人の所有とされるものであるから、代表者は、右の趣旨における受託者たる地位」を有するとされている。いわゆる信託の構成である。

権利能力なき社団の有する不動産の総有権確認訴訟における社団の原告適格を認めた判例として、最判平成6年5月31日民集48巻4号1065頁（以下、「平成6年判決」という。）がある。平成6年判決は、入会権の管理を目的に入会権者が設立した団体が入会地の共有持分を主張する者に対して、入会地が社団構成員全員の総有に属することの確認を求めた訴えについて、権利能力なき社団の原告適格を認めたものである。社団に原告適格を認める根拠としては、「紛争の解決のために必要で有意義であるかどうか」という一般的な基準を示しながら、「このような紛争を複雑化、長期化させることなく解決するために適切である」ことが示されている。社団の法的地位については、構成員全員の

(2) 権利能力なき社団による登記申請の可能性について論じたものとして、名津井吉裕「本件判批」法教409号65頁。

(3) 田邊誠「昭和47年判批」『民事訴訟法判例百選〔第4版〕』（有斐閣、2010年）23頁。

(4) 肯定するものとして、大阪高判昭和48年11月16日高民26巻5号457頁、東京地判平成元年6月28日判時1343号68頁など。昭和47年判決前であるが、否定するものとして、東京地判昭和41年3月30日判時459号56頁などがある。

ための訴訟担当であるとする見解⁽⁵⁾と社団の固有の適格に基づくものであるとする見解に分かれる⁽⁶⁾。いずれにせよ、訴訟政策的な合目的性に応じた当事者適格の判断基準を示したものである⁽⁷⁾。また、この判決では、社団の代表者が社団の総有不動産について総有権確認訴訟を原告の代表者として追行するためには、当該入会団体の規約等において当該不動産を処分するのに必要とされる総会の議決等の手続による授權が必要であるとし、その理由として、総有権確認請求訴訟の判決の効力が構成員全員に及ぶことを挙げている。そして、平成6年判決においては、登記名義人とされた構成員個人の原告適格を肯定するに際して権利能力なき社団が有する不動産の所有権または登記請求権は構成員全員に総有的に帰属することを前提として、いわゆる訴訟担当構成を採っている。

(3) 学説

① 一般的な当事者適格の判断基準

当事者適格の判断についての一般的な基準については、簡潔に理解することは困難であろうが、有力説によれば、当事者適格は、「請求の当否即ち訴訟物である権利関係の存否について、何人が当事者となった場合に、本案判決で確定するのが必要且つ有意義であるか」によって判断される⁽⁸⁾。第三者の訴訟担当や固有必要的共同訴訟については、訴訟物たる権利または法律関係についての管理処分権が問題となる⁽⁹⁾。

② 登記請求訴訟における権利能力なき社団の原告適格について

本判決の事案で問題となる権利能力なき社団の原告適格については、肯定説

(5) 山本克己「平成6年判批」『平成6年度重要判例解説(ジュリスト1068号)』118頁、山本和彦「平成6年判批」『民事訴訟法判例百選〔第4版〕』27頁。解釈による法定訴訟担当を認めたとするものとして、高橋宏志「平成6年判批」法教174号75頁。

(6) 福永有利「平成6年判批」民商113巻6号917頁、田中豊「平成6年判批」曹時48巻4号117頁。

(7) 上原敏夫「平成6年判批」NBL575号61頁。

(8) 兼子一『民事訴訟法体系』(酒井書店、1954年)158頁。

(9) 管理処分権の概念の不明確性に対する批判から、当該請求についての判決の結果に重大な利益で、独立の訴訟を許容してでも保護すべき程度に重大な利益を有する者が当事者適格を有するとする見解などがある。福永有利『民事訴訟当事者論』(有斐閣、2004年)126頁以下。

と否定説に分かれるが、肯定説が多数であった。肯定説は、民事訴訟法29条によって権利能力なき社団に当事者能力が認められる訴訟においては、社団が判決の名宛人となり、その限りで権利能力が認められ、そのことは登記請求の場合にも妥当することから、社団の原告適格を認める⁽¹⁰⁾。否定説は、昭和47年判決を受けて、権利能力なき社団には登記請求権がないこと、代表者の原告適格が認められる以上社団に原告適格を認める必要はないことを根拠とする⁽¹¹⁾。

肯定説の多くは、原告適格を有する場合の法的構成として、権利能力なき社団を構成員全員に帰属する登記請求権を訴訟担当者として行使するものとする、いわゆる訴訟担当構成を採る。他方で、権利能力なき社団が事件についての固有の適格を有するとの見解もある。いわゆる固有適格構成である⁽¹²⁾。

③ 執行文付与の必要性について

かりに権利能力なき社団に原告適格が認められ、請求認容判決がなされた場合、代表者が登記申請する際に執行文の付与を受ける必要があるかについても、必要説と不要説が対立する。肯定説の根拠は必ずしも明らかでないが、判決における原告欄と登記申請者が異なることから、承継人に準じて承継執行文（または交替執行文）を必要とする趣旨であろう⁽¹³⁾。他方、否定説は、判決確定によって既に執行は終了していることを根拠として（民執174条）、承継執行文は不要とする⁽¹⁴⁾。

4. 評 釈

（1）本件の訴訟物たる登記請求権の主体と当事者適格の判断基準

当事者適格は、訴訟物たる実体上の権利または法律関係に関して決定されるべきものであり、まずは訴訟物たる権利関係の主体が問われる。本判決は、権利能力なき社団の有する不動産の登記請求権は構成員全員に総有的に帰属する

(10) 新堂幸司『新民事訴訟法〔第5版〕』（弘文堂、2011年）150頁、高橋宏志『重点講義民事訴訟法（上）〔第2版補訂版〕』（有斐閣、2013年）182頁。

(11) 吉井直昭『昭和47年判批』最判解民事〔昭和47年度〕614頁。

(12) 多数説のように、事件限りの権利能力を認める場合には、固有適格構成に向かい易いところ、多数説は訴訟担当構成を採っている。川嶋四郎「本件判批」リマークス2015（上）111頁。

(13) 田邊・前掲注3，23頁、新堂＝小島編『注釈民事訴訟法（1）』（有斐閣、1991年）438頁〔高見進〕。

(14) 長井秀典「総有的所有権に基づく登記請求権」判タ650号28頁。

とする⁽¹⁵⁾。これに対して学説は、前述のように、民訴法29条により権利能力なき社団に当事者能力が認められる場合には、権利能力が個別の訴訟で認められることになると主張する⁽¹⁶⁾。なお、昭和47年判決では、権利能力なき社団が有する登記請求権が代表者を登記名義人にすることによって構成員全員から代表者に信託的に移転していると説明している⁽¹⁷⁾。いずれの見解によるにせよ、問題は本判決において、訴訟物たる権利関係の主体と原告適格の判断の関係が明らかでない点である。本判決は、当事者適格の一般的判断基準として、特定の訴訟物について、誰が当事者として訴訟を迫行し、また、誰に対して本案判決をするのが紛争の解決のために必要で有意義であるかという観点から決せられるべき事柄である、とする。これは過去の判例を踏襲するものであるが⁽¹⁸⁾、このことのみでは具体的な判断基準とはなりえない点で不明確さは否めない。給付訴訟における当事者適格は、訴訟物たる権利義務の主体とされる者を原則として、その例外の場合には、その者が当事者適格を有する根拠を明確することが、当事者適格を訴訟要件とする趣旨に合致するのではないか。

本判決では、権利主体と当事者適格の乖離の説明として、「事の実態」と「実益」という要素を挙げている。それぞれ何を意味するか。「事の実態」とは、実質的な不動産の所有者は権利能力なき社団であることを意味していると思われる。そして、このことから、社団自身が原告となることが手続が簡明で、かつ当事者の意識に合致すると述べる。形式論として権利能力なき社団に権利主体性を認めることを拒否しながら、実質的な所有者として当事者適格を認めるのは、迂遠なやり方であり、直接に社団に事件限りの権利主体性を認めるのがより簡明であろう。実質的な不動産の所有者または登記請求権者が権利能力なき社団であることが社団の原告適格を肯定する根拠ならば、訴訟物たる権利関係の主体が原告適格を有することは当然であり、社団は固有の適格を有するといえる。さらに、このような社団の原告適格を認める際に、その実益を論じる必要は乏しい。本判決は、この実益の具体的内容を述べていないことから、権利能力なき社団の原告適格を認めるための重要な要素とはいえないよ

(15) 判例の立場は、一貫して、権利能力なき社団の権利主体性を否定する。最判昭和55年2月8日判時961号69頁等。

(16) 前掲注10。

(17) 平成6年判決によって、この昭和47年判決の立場は実質的に変更されたと評価できる。川嶋隆憲「本件判批」慶應大学法学研究88巻3号62頁。

(18) 最判昭和45年11月11日民集24巻12号1854頁、前掲平成6年判決。

うに思われる⁽¹⁹⁾。

(2) 判決効と執行文付与の必要性

本判決は、権利能力なき社団の代表者が本判決に基づいて代表個人名義への所有権移転登記を申請することができると判断し、その理由として、本判決の効力は構成員全員に及ぶことを挙げている。これは、平成6年判決が、権利能力なき社団が原告となった総有権確認訴訟の判決が社団の構成員全員に及ぶとするのと同様である。しかし、この判決効拡張の根拠は明らかでないし、代表者個人の登記申請に執行文不要を必要としない根拠として判決効拡張が意味を持つかどうかについても疑問が残る。

まず確認すべき点として、平成6年判決の事案で問題となるのは既判力の拡張であり、本判決の事案では執行力の拡張である。両者の主観的範囲は、必ずしも重なるとは限らない。既判力は、前訴・後訴の関係であり、すでに確定判決をもって公権的判断が示された事項につき後訴において再び裁判所の判断がされる場合に、同一の判断枠組と結論の維持を要求することによって法的安定性を確保しようとするものであるのに対し、執行力は、判決の命じた給付の内容を強制的に実現する作用であり、合目的性の理念に指導されるという基本的な差異があり、両者の主観的範囲が異なることがありうる⁽²⁰⁾。既判力の拡張を受ける者は、後訴で前訴の訴訟物に関する判断を争えなくなるにすぎないが、執行力の拡張を受ける者は、自ら直接執行をし、もしくは受けることになる点で重大な差異があるから、執行力の主観的範囲は既判力とは別の限界づけが必要となる⁽²¹⁾。

そうすると、本判決の執行力が構成員全員に及ぶが問題となるが、それは兎も角、本件において代表者Aが本判決に基づく執行適格を有していると思われる。というのも、ある強制執行手続の債権者に誰になるべきかは、債務名義

(19) なお、本判決の諸評釈において、実益の内容が挙げられている。まず、平成6年判決が代表者が当事者となるために構成員の授權が必要であるとされるところ、この授權が問題とならない意味で訴えの提起が容易になる点である。(なお、授權の意味については、谷口哲也「本件判批」中央大学法学新報122巻3＝4号228頁。)また、代表者が原告となる場合と比較して、代表者の交替があった場合にでも訴訟手続の中断が起らない便宜が挙げられる。大江毅「本件判批」新・判例解説 Watch Vol. 15, 151頁。

(20) 中野貞一郎・下村正明『民事執行法』(青林書院, 2016年) 158頁。

(21) 中野, 前掲注20, 158頁。

の執行力によって定まるところ⁽²²⁾、本判決の正文はAへの移転登記を命ずるものであり、判決効が社团構成員全員に及ぶかに関わらず、その執行力は民事執行法23条1項1号の解釈として代表者Aに及ぶとするのが妥当である。そして、登記請求権に係る強制執行の特質上(民執174条)、本件では執行文付与は不要である⁽²³⁾。

また、登記請求事件ではない給付訴訟において、社团が当事者となった場合には、執行力が構成員全員に及ばないとするのが妥当である。たとえば金銭の支払いを命じる判決に基づいて、構成員が個人によって強制執行をすることには根拠もないし、必要性もない。また、構成員個人が強制執行を受ける場合にも同様である⁽²⁴⁾。登記請求権についてこれと別に考える必要はないと思われる。したがって、登記請求権に関しても、本判決が、判決効は構成員に及ぼすとした点については必要性もなく、根拠も乏しいため問題であったと考える。

(本判決の評釈として、脚注にあるものの他に、宗宮英俊・NBL1029号135頁、我妻学・法の支配176号113頁、松原弘信・判時2244号157頁、堀野出・ジュリ臨増1479号129頁、西内康人・ジュリ臨増1479号67頁、七戸克彦・法教別冊付録413号15頁がある)

(新潟大学・吉田純平)

(22) 中野、前掲注20、121頁。

(23) 狭義の執行と広義の執行の区別について、ここでは問題としなくても、さしあたり代表者Aによる登記申請を認めることに変わりはなく、執行文付与の必要性についても同様である。

(24) 個人名義であるが、権利能力なき社团が有する財産への強制執行は当然認められる。執行方法について、最判平成22年6月29日64巻4号1235頁。

（２）賃料債権の差押えの効力発生後に目的建物を譲渡したことにより賃貸借契約が終了した場合、特段の事情がない限り、差押債権者は、第三債務者である賃借人から、当該譲渡後に支払期の到来する賃料債権を取り立てることができないとした事例

〔最高裁平成24年9月4日判決（平成22年（受）第1280号所有権移転登記抹消登記手続等，賃料債権取立請求事件）判時2171号42頁〕

1. 事案の概要
 2. 判旨（破棄・差戻し）
 3. 先例・学説
 4. 評 釈
-
-

1. 事案の概要

A 会社（債務者）は、平成16年10月20日に、A 会社及びその代表取締役 B が全株式を保有し、B が当時代表取締役を務めていた上告人 Y 会社（第三債務者）との間で、A 会社が所有する建物（以下、本件建物）を、期間を同年11月1日から平成36年3月31日まで、賃料を当分の間月額200万円と定めて賃貸する旨の契約（以下、本件賃貸借契約）を締結し、上告人 Y 会社に本件建物を引き渡した。

A 会社と上告人 Y 会社は、平成20年5月23日、本件賃貸借契約に基づく同年6月分以降の賃料を月額140万円とする旨合意し、同月初め頃、当月分の賃料を毎月7日に支払う旨合意した。

被上告人 X 会社（債権者）は、A 会社に対し、3583万4564円及びこれに対する遅延損害金の支払いを命じる執行力ある判決正本を債務名義として、本件賃

貸借契約に基づく賃料債権(ただし、平成19年4月1日以降支払期の到来するものから3716万642円に満つるまで)の差押えを申し立て、これを認容する債権差押命令(以下、本件差押命令)が、上告人Y会社に対しては平成20年10月10日に、A会社に対しては同月17日に、それぞれ送達された。

上告人Y会社は、A会社との間で、平成21年12月25日までに、本件建物を含む複数のA会社所有の不動産を買受ける旨の契約を締結し、その所有権移転登記を受け、売買代金3億7250万円をA会社に支払った。

被上告人X会社は、A会社に対する金銭債権を表示した債務名義に基づく強制執行として、A会社の上告人Y会社に対する賃料債権を差し押さえたこと主張し、上告人Y会社に対し、平成22年1月から同年9月までの月額140万円の賃料(9か月分)及び同年10月分の賃料のうち76万642円の合計1336万642円の支払いを求める取立訴訟を提起した。被上告人X会社は、その控訴審(原審)において、請求の一部を交換的に変更し、上告人Y会社に対して支払いを求める取立権の内容を、平成20年8月分から平成22年9月までの月額140万円の賃料(26か月分)及び同年10月分賃料のうち76万642円、以上の合計3716万642円の支払を求めた。上告人Y会社は、上告人がA会社に対して本件売買契約に基づく売買代金を支払った平成21年12月25日、本件賃貸借契約に基づく賃料債権は混同により消滅した、等と主張したが、原審は、「賃料債権」が「第三者の権利の目的となってい」て、「混同によっては消滅しない(民法520条ただし書)」ことを理由に「混同による賃料債権消滅の主張は理由がない」、等と判示した。上告人Y会社は、上告受理の申立てをした。

2. 判旨(破棄・差戻し)

「賃料債権の差押えを受けた債務者は、当該賃料債権の処分を禁止されるが、その発生の基礎となる賃貸借契約が終了したときは、差押えの対象となる賃料債権は以後発生しないこととなる。したがって、賃貸人が賃借人に賃貸借契約の目的である建物を譲渡したことにより賃貸借契約が終了した以上は、その終了が賃料債権の差押えの効力発生後であっても、賃貸人と賃借人との人的関係、当該建物を譲渡するに至った経緯及び態様その他の諸般の事情に照らして、賃借人において賃料債権が発生しないことを主張することが信義則上許されないなどの特段の事情がない限り、差押債権者は、第三債務者である賃借人から、当該譲渡後に支払期の到来する賃料債権を取り立てることができないと

いうべきである。」

3. 先例・学説

(1) 問題の所在

賃料債権の差押えを受けた債務者が、賃貸建物を、第三債務者に譲渡した場合に、第三債務者は、賃料債権が発生しないことを差押債権者に対して主張することができるか、これが本件の争点である。

(2) 先例・学説

まず、本件で差押えの目的とされた賃料債権のように、継続的給付に基づき生じる債権との関係で、差押えの効力を説明し、次に、先例・学説を紹介する。

継続的給付に基づき生じる債権に対する差押えの効力、すなわち手続相対的な処分禁止効（民執145条1項）は、差押債権者の債権及び執行費用の額を限度として、差押えの後に債務者が受けるべき給付に及ぶ（民執151条）。その趣旨は、「同一の基本関係から時を隔てて継続的に現実化する多数債権につき、包括差押えを認めて個別的差押えの煩を避けるとともに、各債権が現実化したさいに逸早く債務者がそれを処分したり他の債権者が差押え・転付を受けてしまう危険から差押債権者を保護する」ことにある⁽¹⁾。

しかし、その差押えの処分禁止効は、基本法律関係にまで及ぶものではない、と解されている⁽²⁾。例えば、賃貸借契約の解約や、雇用契約の解約は、これらの契約から生じる債権が差し押さえられていても認められる。その結果、差押えの効力は失効し、その限りで差押債権者の権利は実現されなくなる。それでも、基本法律関係の処分まで禁じることは、債務者の自由に対する過度の制約となることから⁽³⁾、この扱いが認められている。ただし、差押債権者の権利実現を不当に害する基本法律関係の処分については、この限りではない。例

(1) 中野貞一郎『民事執行法〔増補新訂6版〕』（青林書院、2010）671頁。

(2) 中野・前掲注（1）672頁；鈴木忠一＝三ヶ月章編『注解民事執行法（4）』（第一法規出版、1985）483頁〔稲葉威雄〕；Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Aufl., 2004, § 829 Rn. 95 (Brehm)；Krüger/Rauscher (Hrsg.), Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Aufl., 2012, § 829 RdNr. 53 (Smid)；等。

えば、雇用契約の解約後、直ちに第三債務者に再雇用された場合には⁽⁴⁾、この解約を虚偽表示(民94条1項)として無効にする見解が、以前から主張されていた⁽⁵⁾。これと同じく、賃貸借契約の解約が虚偽表示である場合には、これが無効になり、差押えの効力が及ぶことになる⁽⁶⁾。

次に、本件の基本法律関係の処分との関係で最も注目されるべき判例を紹介する。最判平成10年3月24日民集52巻2号399頁(以下、最判平成10年)である。最判平成10年は、本件と同じく賃料債権の差押え後に賃貸建物の譲渡が行われたが、その譲渡の相手方が第三債務者ではない点で異なる。この場合に、差押債権者が、建物の譲渡後に弁済期が到来する賃料債権を取り立てることができるかについて、最判平成10年は、賃貸人たる地位の移転に関する判例法理⁽⁷⁾を前提に、次のとおり判断した。すなわち、「差押えの効力は、差押債権者の債権及び執行費用の額を限度として、建物所有者が将来収受すべき賃料に及んでいるから(民事執行法151条)、建物を譲渡する行為は、賃料債権の帰属の変更を伴う限りにおいて、将来における賃料債権の処分を禁止する差押えの効力に抵触するというべき」であり、「右譲受人は、建物の賃料債権を取得したことを差押債権者に対抗することができない」。この法律構成は、建物譲渡後に発生する賃料債権に差押えの効力を及ぼした上で、この賃料債権の「帰属の変更」を民事執行法145条1項の「処分」として相対的に「無効」とするものである。なお、この点に関して、「シュタイン=ヨナス民事訴訟法注釈書(ドイツ)」の法律構成は、次のとおりである。債務者による債権譲渡は、法的にまたは実際に債権者を害さない場合には、処分禁止効に反しない⁽⁸⁾、すなわち強制執行手続との関係でも「有効」であることを前提に、債権取得者は、差

(3) 小粥太郎「判批」平成24年重判解(2013)80頁;山野目章夫「判批」金法1977号(2013)53頁。

(4) 最判昭和55年1月18日判時956号59頁;東京地判昭和63年3月18日判時1304号102頁。これらの事件においては、再就職後の給料債権に対する差押えの効力は否定されている。

(5) 兼子一『増補 強制執行法』(酒井書店, 1951)201頁;宮脇幸彦『強制執行法(各論)』(有斐閣, 1978)122頁;等。正確には、解約と再雇用が、それぞれ虚偽表示によって無効になると考えられる。

(6) MüKoZPO/*Smid*, a.a.O (Anm. 2), § 829 Rn. 54.

(7) 最判昭和39年8月28日民集18巻7号1354頁。

(8) Stein/Jonas/*Berhm*, a.a.O. (Anm. 2), § 829 Rn. 90; vgl. auch MüKoZPO/*Smid*, a.a.O (Anm. 2), § 829 Rn. 78.

押えの効力を受けなければならない⁽⁹⁾、賃貸不動産の取得者もまた、これと同じことが賃料に関する処分（差押え）との関係で当てはまる⁽¹⁰⁾。この見解は、平成10年最判に係る事件の第一審判決⁽¹¹⁾が採用している。しかし、日本の民事執行法学は、被差押債権の譲渡を相対的に無効と解している⁽¹²⁾ため、これに否定的である⁽¹³⁾。

4. 評 釈

（1）最判平成10年との関係

本件では、賃貸建物が、賃貸人から賃借人に譲渡されることによって、賃貸借契約が終了している⁽¹⁴⁾。これは、所有権と対抗要件を備えた賃借権が賃借人に帰属することによってその賃借権が消滅したと考えられるからである（民179条1項本文類推）⁽¹⁵⁾。これによって、賃貸建物の譲渡後に弁済期が到来す

（9） Stein/Jonas/*Berhm*, a.a.O. (Anm. 2), § 829 Rn. 123; vgl. auch MüKoZPO/*Smid*, a.a.O (Anm. 2), § 829 Rn. 78.

（10） Stein/Jonas/*Berhm*, a.a.O. (Anm. 2), § 829 Rn. 123. なお、差押えを受けるべき賃料債権は、債権取得者が、差押えにつき、悪意の場合にはその全てであるが、善意の場合にはその当期または時期の部分に限られる（ド民566b条）。

（11） 「継続的給付の債権の差押えがなされたとしても、差押債務者は、その継続収入を発生させる原因たる基本の法律関係の処分を禁止されるわけではないから、賃料の差押えが行なわれている場合でもその賃貸不動産の譲渡は可能で、右譲渡がなされ、譲受人への移転登記が経由されたときは、賃貸借関係が譲受人に引き継がれることになるけれども、賃料差押えの効果は、以後も継続し、新賃貸人を拘束すると解すべきである」（浦和地判平成6年7月14日民集52巻2号428頁）。この法律構成を採るのは、宮脇・前掲注（5）122頁（しかし、同120頁は「被差押債権の譲渡」「をすることは許されない」と主張している）。

（12） 中野・前掲注（1）672頁；鈴木＝三ヶ月編・前掲注（2）413頁〔稲葉威雄〕；等。

（13） 山本和彦「判批」判評482号（1999）38頁、河崎祐子「判批」上原敏夫ほか編『民事執行・保全判例百選〔第2版〕』（有斐閣、2012）109頁。

（14） 大判昭和5年6月12日民集9巻532頁参照。

（15） 平野哲郎『実践 民事執行法 民事保全法〔第2版〕』（日本評論社、2013）250頁。なお、民法179条1項本文は、「所有権及び他の物権が同一人に帰属したときは、当該他の物権は、消滅する」として、所有権以外の物権が対象

る債権（将来債権）は発生しないことになる⁽¹⁶⁾。それに対して、最判平成10年は、賃借人以外の第三者に賃貸借契約の目的である建物が譲渡されることによって、賃貸人たる地位が移転し、それに伴って賃料債権の帰属が賃貸人から第三者に譲渡されることになるところ、将来債権が発生しない結果には至らない。この差異によって、将来債権に差押えの効力を認めなかった本判決と、認めた最判平成10年で結論に違いが生じていると考えられる⁽¹⁷⁾。

（２）賃料債権の混同

本件においては、第三債務者は、賃貸建物の譲渡後に生じる債権（将来債権）が混同（民520条本文）によって消滅した、と主張していた。債務者から第三債務者が賃貸建物の所有権を取得することで混同が生じ（民179条1項類推）、賃貸人の地位は消滅するが、将来債権は「すでに発生している」と解していた故に、債権の混同が主張された、と考えられる。しかし、この場合には、その将来債権は、すでに差し押さえられているために、消滅しないことになってしまう（民520条ただし書）。そうすると、差押えの効力が及ぶことになり、結論的には最判平成10年と同じになる。本件の控訴審が、同様の見解を示している。

私見は、控訴審の見解に反対する。それは、専ら理論上の理由からである。まず、民法520条ただし書が適用される前提として、同条本文の「債権」は実際に発生していなければならない⁽¹⁸⁾。債権が存在しないのであれば、その債権に係る債務の消滅原因である混同は問題とされないからである。そこで、この「実際に発生している」ことの意味が問題になる。例えば、期限未到来の債権や停止条件付債権は、これらの債権が消滅することで、債務者は将来的にこれらの債権に係る債務を弁済する必要がなくなるために、「実際に発生している」と言うことができる。しかし、本件で問題とされている賃料債権は、これらの債権に当てはまらない。すなわち、「借賃支払の義務は、賃貸借契約の締

にされているところ、対抗要件を備えた賃借権は、物権と同様の扱いを受けること（債権の物権化）に類推の基礎が存在する（我妻栄『新訂 債権総論』（岩波書店、1964）373頁参照）。

(16) 山野目・前掲注（3）54頁；松尾弘「判批」法セ700号（2013）130頁。

(17) 高山崇彦＝小林貴恵「判批」小林明彦＝道垣内弘人編『実務に効く 担保・債権管理判例精選』（有斐閣、2015）124頁。

(18) 松尾・前掲注（16）130頁。

結と同時に発生するものではなく、賃貸人が賃借人をして使用収益しうる状態においたことに応じて発生する」と解すべきである⁽¹⁹⁾。なぜなら、賃貸借契約は「継続性」を有し、各期の賃料債務と使用収益義務が対価関係にあるからである⁽²⁰⁾。したがって、私見は、将来の賃料債権との関係で、債権が「実際に発生している」ことを前提とする民法520条の適用に反対する。本判決はその判旨の規範部分において債権の混同に言及していないが、これは正当である。

(3) 差押えの効力

以下では、第三債務者に賃貸建物の譲渡が行われたことによって譲渡後に弁済期が到来する債権は発生しなくなる、と解した上で、未発生の債権にも差押えの効力が及ぶか否か、すなわち第三債務者は差押債権者の取立てに応じなければならないか否か、これを検討する。

この問題については、差押えの目的となっている将来債権が、基本法律関係の処分によって、(本件と同様に)消滅する(消滅型)か、(最判平成10年と同様に)移転する(移転型)か、区別して結論付ける見解がある⁽²¹⁾。この見解は、第三債務者が置かれる法的地位に注目する。すなわち、第三債務者としては、差押えの効力が及ぶとなると、消滅型の場合には、反対給付を得られないにもかかわらず、自己の債務は履行し続けねばならないことになり、対価的に不均衡が生じる(したがって差押えの効力は否定されるべき)、移転型の場合には対価的な不均衡が(第三債務者に関しては)生じない、と説く。そして、移転型においては、差押えの効力を肯定した場合の譲受人の不利益と、差押えの効力を否定した場合の差押債権者の不利益を衡量した上で、差押えの効力を肯定する。債権執行においては、当事者間の紛争に本来無関係な第三債務者の利益を十分に考慮しなければならないことが民事執行法学における一般的な立

(19) 来栖三郎『契約法』(有斐閣, 1974) 313頁。この見解は、民法学において通説とされている(我妻栄『債権各論 中巻一』(岩波書店, 1957) 470頁, 等)。従来、賃料の発生時期の問題は、危険負担(民536条)や賃貸人の修繕義務(民606条)の不履行との関係で論じられてきた(白石大「債権の発生時期に関する一考察」早法88巻1号(2013) 123頁)。最近の文献として、山本敬三『民法講義Ⅳ-1 契約』(有斐閣, 2005) 408頁; 森田宏樹「賃借物の使用収益と賃料債権との関係(1)」法教360号(2010) 73頁, 等。

(20) 森田・前掲注(19) 73頁。

(21) 山本・前掲注(13) 38頁(判時1664号200頁)。

場であり⁽²²⁾、第三債務者が置かれる法的地位から差押えの効力を検討することの見解は妥当である。本件は消滅型に当たるため、原則として差押えの効力は及ばないと考えられる。

これに対して、賃貸建物の所有権を、一旦第三債務者に移転した上で、その第三債務者から第三者が取得すれば、差押えの拘束を受けないことを指摘して、本判決と最判平成10年との区別に疑問を呈する見解が存在する⁽²³⁾。確かに、この見解の指摘はもっともであるが、執行免脱を目的とした譲渡は例外に過ぎないと考えるのであれば、その例外に合わせて差押えの効力を検討すべきではない⁽²⁴⁾。すなわち、第三債務者の利益の観点に基づいて原則を定立した上で、本判決が指摘する「特段の事情」(例外側)によって執行免脱に対する調整を施すのが良い、と思われる。

(4) 特段の事情が存在する場合の法律構成

本判決は、第三債務者に賃貸建物を譲渡した後は、賃料債権が発生しないことを前提にする。しかし、「賃貸人と賃借人との人的関係、当該建物を譲渡するに至った経緯及び態様その他の諸般の事情に照らして、賃借人において賃料債権が発生しないことを主張することが信義則上許されないなどの特段の事情」がある場合には、差押えの効力が認められる余地を残している点に特徴が見られる(特段の事情として、本件建物の譲渡が執行免脱のために行われたことが想定される)。この判旨は、次のとおり理解されるべきである。まず、「基本法律関係に差押えの効力は及ばない」との法命題を前提にすると、その処分行為が虚偽表示によって無効である場合には、消滅が否定される将来の賃料債権に対して、差押えの効力は依然として生じている。もっとも、判旨からは、特段の事情の存在から直ちに虚偽表示が認められるとは思えない⁽²⁵⁾。そうす

(22) 松村和徳「判批」リマークス48号(2014)129頁。

(23) 占部洋之「判批」民商147巻6号(2013)578-579頁。

(24) なお、この見解は、差押えの効力を将来債権に及ぼすことの不利益を指摘して、本判決より、むしろ最判平成10年の妥当性を再検討する必要がある、と説く(占部・前掲注(23)579頁)。

(25) 平野・前掲注(15)250頁は、「〔本〕判決の趣旨は、譲渡が債権者に対する関係で信義則に反するような事情がある場合に、債権者に対して賃料債権の不発生を主張できないとするだけで、譲渡を無効とするわけではない〔と〕解される」と説明する。もっとも、「特段の事情」があれば、「譲渡自体、虚偽表示によって無効としてもよい場合も多いと思われる(民94条1

ると、特段の事情が認められるが、虚偽表示までは認められない（処分行為が有効に行われている）場合には、将来の賃料債権が「法的には」発生しないにもかかわらず、第三債務者は差押債権者の請求に応じなければならない（もっとも、「実際には」賃貸借関係が継続して、賃料が支払われていると思われる）。しかし、これは理論的説明に窮する。そのため、特段の事情が認められる場合には、虚偽表示が認められるか否かにかかわらず、基本法律関係にも差押えの効力が及ぶ、したがって基本法律関係の処分は差押えの処分禁止効に抵触し、相対的無効となり、債権の消滅につき第三債務者は債権者に対抗できない、と解すべきである⁽²⁶⁾。

（５）本判決の意義

本判決は、賃料債権の差押えを受けた債務者が、賃貸建物を、第三債務者に譲渡し、賃貸借契約が終了したことによって、譲渡後の賃料債権が発生することがなくなった結果、差押債権者は、第三債務者から、建物の譲渡後に弁済期が到来する賃料債権を取り立てることができないことを初めて示した点で、意義を有する。

（清和大学・谷口哲也）

項)」と付言されている（同250頁）。

これまで執行免脱との関係で学説によって主張されてきた法律構成（虚偽表示）と比べて、差押債権者の保護が拡大されたと評価することができる。

- (26) 柳沢雄二「賃料債権の差押えの効力発生後になされた賃貸建物の賃借人への譲渡」 榎・遠藤古稀『民事手続における法と実践』（成文堂，2014）901頁は、差押えの効力は、債権者の満足に必要な範囲内で認めれば足り、第三債務者からの取立てが不要になった場合には、基本法律関係の処分を無効とする必要はない、と主張する。しかし、差押えの効力は相対的であるから、実体的には有効に基本法律関係の処分が行われているのであり、その限りで債務者の処分自由を確保すればよい、と解する。また、同903頁は、特段の事情がある場合、「本件建物の譲渡は有効であり、賃貸借も終了して、賃料債権は発生しないが、Y〔第三債務者〕は、そのことをX〔債権者〕に対抗することができない」との法律構成が採られるべき、と主張するが、いかなる理由で「対抗不能」になるのか、が明らかでない。

Implementation and Challenges of the Waseda Immigration and Refugee Law Clinic and the Related Externship

Shigeo MIYAGAWA

Clinical legal education in Japan started in 2004 simultaneously with the establishment of the professional law school system. The clinical legal education purports to attain three goals in its course offering. First is the education and training of law students. Second is the public service to provide high-quality legal services to the public. Third is the reform of legal practice and the development of legal theories. Waseda Law School offers eight legal clinics. The Waseda Immigration and Refugee Law Clinic is one of the clinical legal education courses. It aims at educating and training students to practice law in the field of immigration and refugee law, providing legal service to foreigners and refugees in Japan, and helping reform law practice and develop legal theories in this field of law.

The Waseda Immigration and Refugee Law Clinic dealt with cases that involved human rights protection for foreigners for ten years, particularly refugee recognition cases by the Japanese government. The Clinic helped students understand law in this field that interfaces constitutional law, administrative law, and international law; acquire legal writing skills and communication skills with foreign clients; and develop professional values to serve the public and society. To be sure, there is no genuine measurement to evaluate the educational achievement. Yet, a readily available yard stick is

the passage rate of the national bar examination. Among the students who were enrolled in the Waseda Immigration and Refugee Law Clinic in the past ten years, the accumulated bar passage rate is 61.9%, which is slightly higher than that of total Waseda Law School graduates.

With respect to providing legal services to the public, the Waseda Immigration and Refugee Law Clinic played a rather limited role without students practice rules like those in the United States. Students in the Clinic were engaged in interviewing clients, researching on human rights situations of the countries from which foreign clients come, drafting legal documents and so forth, as an assistant to the supervising attorney. Regarding these works by students, the Clinic can be assessed to have strengthened the evidence needed for the refugee recognition. The Clinic may be evaluated positively for developing young lawyers for indigent immigrants and refugees as well.

The Waseda Immigration and Refugee Law Clinic identified some of doctrinal issues in theory and practice in cases involving undocumented foreign children and refugees in the past ten years. The Clinic has not reached the level of contribution in theory and practice comparable to innocence projects in American law schools, and yet it endeavored to follow the same model. The Clinic positioned at Waseda University is expected to continue to make the best use of academic resources to help develop legal theories and reform law practice.

An Introduction to Maurice Hauriou's Theory of the State

Yasuo HASEBE

This paper analyses Maurice Hauriou's theory of the state, drawing in particular on his *Précis de droit constitutionnel*, 2nd ed. (Sirey, 1929), the last of his main works.

According to Hauriou, the state is the 'institution of institutions', the governing system of all institutions within the society. Since the foundation of any institution is customary assent — *consentement coutumier* — by its members as well as its outer environment given to the governance of the institution, the foundation of the state is also customary assent given to it. The customary assent he refers to is more like acquiescence rather than actual consent. People should decide whether to accept the whole state system and its actions or to revolt against it. Under usual circumstances, people just accede to this standard contract — *contrat d'adhésion*.

Since the state is a kind of institution, it is led by its ideas of enterprise, equipped with governing organs, maintains its stable equilibrium, and becomes the object of customary assent by its members, as every institution is and does. Seemingly, in his theory, the superiority of the state over other institutions is explained and justified by the state's co-ordinating functions of social intercourses of its members. However, behind the surface, the authority of the state is legitimated by the fact that its powers are derived from God: *omnis potestas a deo*. While in time of peace the legal institution

covers this theological basis, in the state of exception, the godly *de facto* power appears from behind the legal façade.

After all, contrary to his assertion that his theory purports to justify state authority with recourse to objective, sociological analyses of functions performed by the state in the society, ultimately his theory of the state is based upon his subjective election of Catholic religious belief. It would be difficult to conciliate his theory on law and state with modern constitutionalism, which purports to realise fair co-existence of plural worldviews within a society.

Die Präklusion in Zivilvollstreckungsverfahren

Kazunori Matsumura

Die vorliegende Abhandlung konzentriert sich auf die Untersuchung der Präklusion in japanischem Zivilvollstreckungsverfahren. Und der Schwerpunkt dieser Abhandlung liegt auf der Frage, ob der Hypothekar, der gegen den Verteilungsplan keine Einwendungen erheben hat, nach dem fälschlichen Verteilungsbeschuß in Zwangsvollstreckungsverfahren gegen den Dividendenerwerber kondizieren kann. Diese Problematik bildet bereits seit dem Inkrafttreten japanisches Zivilvollstreckungsverfahren den Gegenstand heftiger wissenschaftlicher Diskussionen. Aus der Berücksichtigung der Verfahrensgarantie des Hypothekars in japanischem Zivilvollstreckungsverfahren und des Präklusionsystems in §184 JZVO leitet der Verfasser ein Ergebnis für die ablehnende Stellungnahme ab.

The Effects of Civil Litigation Reforms on the Practical Business of Civil Litigation with a Focus on Medical Malpractice Disputes in Great Britain

Masatoyo Yoshioka

In recent years, two large-scale civil litigation reforms (the Woolf reforms and the Jackson reforms) have been successively implemented in Great Britain, substantially influencing the practical business of civil litigation. With issues such as longer and more complicated trials and higher litigation costs having been identified as major concerns surrounding civil litigation in the UK, the Woolf reforms made litigation less adversarial, leading to an increase in successful reconciliation and bringing cases to a faster conclusion. At the same time, however, these reforms also led to higher litigation costs.

Following the Woolf reforms, the Jackson reforms saw the implementation of revisions to laws and regulations designed to enhance the courts' role and approach to case management to go along with the execution of the many laws, regulation revisions, and legislation related to the costs of litigation that served as the reform's primary objectives. These reforms have produced changes in trial methods such as establishing rules to be drawn up that set out standard cost management procedures for complex civil proceedings (multi-track litigation); this has led to increased curbs on the costs of litigation, increases in litigation seeking relief from these sanctions, and other significant effects on the practical business of civil litigation.

As a form of litigation characterized by all of the above-mentioned civil litigation issues, medical negligence litigation is often cited as an area where there has been a focus on adding these reforms; the general view is that with the focus on changes to medical negligence litigation, these reforms' influence on civil litigation is constructive.

In addition, in recent years conflict resolution has increasingly been used for malpractice disputes in the UK, resulting in more doctors viewing complaints as a challenge to their competence, thus harming the doctor-patient relationship. Similar but less significant issues have been addressed through legislation encouraging non-litigious resolution methods, and other efforts have been made involving new resolution methods that address similar concerns; I will discuss all of these issues.

早稲田大学大学院法務研究科教員・

法務教育研究センター員名簿

(2016年5月1日現在)

研究科長・センター長

甲斐 克則

教員・センター員

○秋 山 靖 浩
 浅 倉 む つ 子
 浅 古 弘
 石 田 眞
 磯 村 保
 井 上 正 仁
 岩 原 紳 作
 上 野 達 弘
 内 田 義 厚
 江 頭 憲 治 郎
 太 田 茂
 大 塚 直 明
 大 塚 英 明
 岡 田 外 司 博
 ◎岡 田 正 則
 小 川 佳 樹
 鎌 田 邦 薫
 鎌 野 邦 樹
 鴨 田 哲 郎
 川 上 拓 一
 川 岸 令 和
 北 川 佳 世 子

久 保 田 隆
 棚 澤 能 生
 黒 沼 悦 郎
 小 島 延 夫
 後 藤 卷 則
 小 西 暁 和
 笹 本 哲 朗
 塩 野 谷 高
 清 水 章 雄
 清 水 保 彦
 須 網 隆 夫
 菅 原 郁 夫
 ○杉 本 一 敏
 瀬 川 信 久
 田 中 昌 利
 棚 村 政 行
 勅 使 川 原 和 彦
 道 垣 内 正 人
 戸 波 江 二
 鳥 山 恭 一
 中 島 徹

西 口 元
 長 谷 部 恭 男
 人 見 剛
 福 島 洋 尚
 古 谷 修 一
 細 谷 泰 暢
 松 原 正 明
 松 原 芳 博
 松 村 和 德
 松 本 真 輔
 宮 川 成 雄
 山 口 厚
 山 根 薫
 山 野 目 章 夫
 山 本 克 己
 吉 田 仁 孝
 和 田 京 子
 石 山 健 志
 奥 石 大
 白 石 志
 中 山 代 子

(○印 出版・編集委員)

(◎印 出版・編集委員長)

招聘研究員

大 塚 正 之

助手

小 島 秀 一
 松 岡 佐 知 子

執筆者紹介

宮川 成雄	早稲田大学大学院法務研究科教授
長谷部恭男	早稲田大学大学院法務研究科教授
松村 和徳	早稲田大学大学院法務研究科教授
吉岡 正豊	横浜地方裁判所判事補
林 陽子	弁護士・元早稲田大学大学院法務研究科教授
吉田 純平	新潟大学大学院実務法学研究科専任講師
谷口 哲也	清和大学法学部助教

(掲載順)

早稲田大学法務研究論叢 第1号（創刊号）

2016年5月1日発行

非売品

発行者 甲斐克則

発行所 早稲田大学法務教育研究センター
早稲田大学大学院法務研究科

〒169-8050 東京都新宿区西早稲田1-6-1

電話 (03)3208-9592

印刷所 株式会社 成文堂

〒169-0041 東京都新宿区早稲田鶴巻町514

電話 (03)3203-9201 (代表)

WASEDA LAW SCHOOL JOURNAL

Vol. 1

2016

CONTENTS

Articles

- Implementation and Challenges of Waseda Immigration
and Refugee Law Clinic and Related Externship *Shigeo MIYAGAWA*
- An Introduction to Maurice Hauriou's Theory of the State *Yasuo HASEBE*
- Die Präklusion in Zivilvollstreckungsverfahren *Kazunori MATSUMURA*
- The Effects of Civil Litigation Reforms on the Practical Business of
Civil Litigation with a Focus on Medical Negligence Claims
in England and Wales *Masatoyo YOSHIOKA*

Lectures

- Thirty Years after Ratification of the CEDAW:
Commitment of Japanese Government to International Society *Yoko HAYASHI*

Case Comments

- Die Forschung nach der Entscheidungen des japanischen Obersten
Gerichtshofs in Zivilverfahrenssachen
- (1) Rez. zum Urteil des OGH vom 27. 2. 2014 *Junpei YOSHIDA*
- (2) Rez. zum Urteil des OGH vom 4. 9. 2012 *Tetsuya YAGUCHI*

Published by

Center for Professional Legal Education and Research
Waseda University

Waseda Law School
Tokyo Japan