上智法學論集

第67巻 4号

原強教授・出口耕自教授・兼原敦子教授退職記念号

原強先生、出口耕自先生、兼原敦子先生を送る …… 田頭 章一
原強教授略歴・主要著作目録
出口耕自教授略歴・主要著作目録
兼原敦子教授略歴・主要著作目録

論 説

新たな嫡出否認訴訟における利害関係人の扱い
——人訴法41、42条改正を中心に—— …… 安西 明子
民事訴訟における直接主義について …… 畑 宏樹
直接主義についての一考察 …… 齋藤 善人
事業再生手続における「債権者の組分け」の新たな可能性 …… 田頭 章一
消費者契約法と専属的管轄合意の有効性 …… 藪口 康夫
EU国際私法における当事者による法選択と国際性の要件 …… 福井 清貴
Refugee Protection in Japan:
Systems and the Influences of International Human Rights Treaties …… 立松美也子
基本権保障をめぐるEUおよび加盟国裁判所間の対話
——イタリア憲法裁判所による「再集権化」(ri-accentramento)を題材に—— …… 東 史彦
慣習国際法の同定における「全体の文脈」の考慮 …… 江藤 淳一
国連人種差別撤廃条約における個人通報制度について …… 洪 恵子
訪問外国軍隊協定における施設・区域管理権の法的性質 …… 根本 和幸
環境条約における自然災害への対応と法的課題
—災害リスク低減の「主流化」に向けて— …… 鈴木詩衣菜
人権条約違反に対する外交的保護と対世的義務追及の判別基準 …… 土屋 志穂

研究ノート

自衛権行使における必要性原則の規範内容と法的機能 …… 広見 正行
NPO法人の理事の対第三者責任 …… 清水 太郎

上智大学法学会

前号（第 67 巻 1-3 号合併号）内容

論説

動産譲渡担保に基づく物上代位
―動産・債権担保法改正における中間試案までの議論を中心に―
…… 小山　泰史

費用負担をめぐる独占禁止法と建設業法
…… 楠　　茂樹

盗撮行為における迷惑防止条例と性的姿態撮影等処罰法との関係について
―最決平成 20 年 11 月 10 日刑集 62 巻 10 号 2853 頁、最決令和 4 年 12 月 5 日裁時 1805 号 7 頁を素材として―
…… 富山　侑美

判例研究

不当な取引制限により会社に課された課徴金を取締役の対会社責任を通じて取締役に転嫁することの可否
…… 遠藤　元一

雑報

「上智法学論集」第 67 巻 4 号
原強教授・出口耕自教授・兼原敦子教授退職記念号

■目　次

原強先生、出口耕自先生、兼原敦子先生を送る
……田頭　章一（ 1 ）
原強教授略歴・主要著作目録
出口耕自教授略歴・主要著作目録
兼原敦子教授略歴・主要著作目録

論　説

新たな嫡出否認訴訟における利害関係人の扱い
——人訴法 41、42 条改正を中心に——
……安西　明子（41）

民事訴訟における直接主義について
……畑　　宏樹（57）

直接主義についての一考察
……齋藤　善人（73）

事業再生手続における「債権者の組分け」の新たな可能性
……田頭　章一（91）

消費者契約法と専属的管轄合意の有効性
……薮口　康夫（113）

EU 国際私法における当事者による法選択と国際性の要件
……福井　清貴（145）

Refugee Protection in Japan:
Systems and the Influences of International Human Rights Treaties
……立松　美也子（207）

基本権保障をめぐる EU および加盟国裁判所間の対話
——イタリア憲法裁判所による「再集権化」（ri-accentramento）を題材に——
……東　　史彦（243）

慣習国際法の同定における「全体の文脈」の考慮
……江藤　淳一（273）

国連人種差別撤廃条約における個人通報制度について
……洪　　恵子（311）

訪問外国軍隊協定における施設・区域管理権の法的性質
……根本　和幸（329）

環境条約における自然災害への対応と法的課題
——災害リスク低減の「主流化」に向けて——
……鈴木　詩衣菜（355）

人権条約違反に対する外交的保護と対世的義務追及の判別基準
……土屋　志穂（379）

研究ノート
自衛権行使における必要性原則の規範内容と法的機能
……広見　正行（405）
NPO 法人の理事の対第三者責任
……清水　太郎（429）

原　強　教授

出口　耕自　教授

兼原　敦子　教授

原強先生、出口耕自先生、兼原敦子先生を送る

原強先生、出口耕自先生、兼原敦子先生は、2024 年 3 月をもって特別契約教授期間満了および定年により退職されることになりました。

先生方 3 名とも、それぞれの分野で、長年にわたり研究活動に従事され、貴重な業績を残されるとともに、本学法学部・法科大学院で熱心に教育にあたられ、数多くの優秀な学生を世に送り出されました。このような先生方の長きにわたる多大なご貢献に対し、上智大学法学部・法科大学院として、『上智法学論集』第 67 巻第 4 号に退職記念号を企画することといたしました。

原強先生は、1981 年 3 月に本学法学部を卒業後、同年 4 月に本学大学院法学研究科に進学され、修士号を取得されました。その後、同研究科博士後期課程および本学法学部助手を経て、1988 年より札幌学院大学法学部助教授・教授、1999 年より明治学院大学法学部教授として勤務され、2004 年に本学法科大学院教授に着任されました。本学において、原先生は、民事訴訟法分野の主要教員として研究・教育にあたられ、2023 年 3 月に定年を迎えられた後も、1 年間特別契約教授として大学の教育および運営に携わっていただきました。

原先生は、主として法科大学院において、理論的のみならず、実務的経験を生かした教育に尽力され、多くの法曹を育ててこられました。また、学内行政の面では、2012 年 4 月から 2014 年 3 月まで法科大学院長、2021 年 4 月から 2023 年 3 月まで法学部長の重職を歴任され、そのほかにも、法学部および大学の双方において、重要な委員会の委員等を務められました。

出口耕自先生は、1981 年 3 月、京都大学法学部を卒業後、同大学大学院法学研究科に進学され、修士号を取得されました。その後、同研究科博士後期課程を経て、1985 年より金沢大学法学部専任講師・助教授として勤務され、1992 年 4 月に本学法学部助教授として着任され、1997 年には教授に就任されました。出口先生は、本学着任以降、31 年の長きにわたり、本学法学部における研究・教育に尽くしてこられました。

出口先生は、法学部においては、主として国際私法の講義や演習を担当されたほか、国際的人材育成を目的とする AQUILA プログラムにおいて、英語での指導にも積極的に取り組まれました。法学研究科では若手研究者の育成に力を注ぎ、法科大学院においては、法曹養成教育に尽力されました。また、出口教授は、法学部および全学の各種委員会委員等の業務を多数担当され、2017 年 4 月から 2019 年 3 月まで、法学研究科委員長を務められました。

兼原敦子先生は、1982 年 3 月東京大学法学部を卒業後、同年 4 月東京大学法学部助手に就任されました。その後、帝京大学法学部講師・助教授、立教大学法学部助教授・教授を経て、2010 年 4 月に上智大学法学部教授に着任されました。その後、10 年間以上にわたり、上智大学法学部、法科大学院において、研究・教育に尽くしてこられました。

兼原先生は、国際関係法の分野における主要教員の一人として、国際的な活躍を志す学生に対する教育に携わってこられました。法学部の演習においては、現在、国際機関等で活躍している多くの優秀な卒業生を育てられました。また、法科大学院における国際法の講義も担当され、法曹養成の現場でも成果を残されました。兼原先生は、法学部および全学の各種委員会の委員等の業務を担当されたほか、学外では、2020 年から 2022 年まで国際法学会代表理事を務められるなど、国内外で多彩

な学会・研究活動に従事されました。

上記のように、各先生方には、そのご在任中、本学法学部および法科大学院に多大の貢献をいただきました。長年にわたる教育・大学行政へのご貢献に心より感謝いたします。

原強先生、出口耕自先生、兼原敦子先生には、今後も、本学法学部および法科大学院をさまざまな形でご支援いただけますようお願い申しあげるとともに、先生方のますますのご健勝とご活躍を心よりお祈り申し上げます。

2024 年 3 月

法学部長
田 頭　章 一

原強先生略歴・主要著作目録

略　歴

1957 年 12 月 群馬県高崎市生まれ
1981 年 3 月　上智大学法学部法律学科卒業
1983 年 3 月　上智大学大学院法学研究科法律学専攻博士前期課程修了（法学修士）
1986 年 3 月　上智大学大学院法学研究科法律学専攻博士後期課程単位取得満期退学
1986 年 4 月　上智大学法学部助手
1987 年 4 月　上智大学法学部非常勤助手
1988 年 4 月　札幌学院大学法学部助教授
1994 年 9 月　札幌学院大学法学部教授
1996 年 4 月　カリフォルニア大学バークレイ校ロー・スクール客員研究員（1997 年 3 月まで）
1999 年 4 月　明治学院大学法学部教授
2000 年 4 月　明治学院大学法学部法律学科主任教授（2002 年 3 月まで）
2002 年 4 月　明治学院大学法学部長（2003 年 3 月まで）
2004 年 4 月　上智大学法学研究科法曹養成専攻教授
2012 年 4 月　上智大学法科大学院長（2014 年 3 月まで）
2021 年 4 月　上智大学法学部長（2023 年 3 月まで）
2023 年 4 月　上智大学法学研究科法曹養成専攻特別契約教授
そのほか、
北海学園大学法学部、小樽商科大学商学部、札幌学院大学法学部、九州大学大学院法学府、明治学院大学法科大学院、日本大学法科大学院、大

宮法科大学院大学にて非常勤講師

社会的活動

2004 年 3 月　弁護士登録
2005 年 5 月　工業所有権審議会試験委員（弁理士審査分科会試験委員）
（2015 年 10 月まで）
2008 年 6 月　新司法試験考査委員（2010 年 10 月まで）
2014 年 10 月　家事調停委員（現在に至る）

主要著作目録

著書

1989 年
荘子邦雄編『[事例で考える] 法学入門』（共著）　青林書院
1991 年
荘子邦雄編『[事例で考える] 法学入門（改訂増補版）』（共著）　青林書院
1994 年
中村英郎＝木川統一郎編『民事訴訟法』（共著）　青林書院
1996 年
『株主代表訴訟』（小林秀之教授との共著）　日本評論社
小林秀之編著『日米製造物責任訴訟対策』（共著）　中央経済社
1998 年
新堂幸司＝福永有利編『注釈民事訴訟法（5）』（共著）　有斐閣
中村英郎＝木川統一郎編『民事訴訟法（新版）』（共著）　青林書院
荘子邦雄監修『事例 DE 法学入門』（共著）　青林書院
現代法律百科大辞典（共著）　ぎょうせい
2000 年
『民事訴訟の計量分析』（共著）　商事法務研究会
『論点講義シリーズ　民事訴訟法』（共著）　弘文堂

福山達夫編『新民事訴訟法』（共著）　不磨書房
園尾隆司編集『注解民事訴訟法Ⅱ』（共著）　青林書院

2003 年

『論点講義シリーズ　民事訴訟法（第 2 版）』（小林秀之教授との共著）　弘文堂
園尾隆司ほか編『条解民事再生法』（共著）　弘文堂
小林秀之編著『平成 15 年改正民事訴訟法の要点―計画審理の推進と証拠収集手続の拡充など―』（共著）　新日本法規
コンサイス法律学用語辞典（共著）　三省堂

2004 年

小林秀之編著『平成 15 年改正民事訴訟法の要点―計画審理の推進と証拠収集手続の拡充など―（新版）』（共著）　新日本法規
小林秀之編著『改正担保・執行法の徹底解説』（共著）　中央経済社
小林秀之編著『平成 16 年改正民事訴訟法・民事執行法の要点』（共著）　新日本法規

2005 年

『論点講義シリーズ　民事訴訟法（第 3 版）』（小林秀之教授との共著）　弘文堂
北村善宣編『産廃判例を読む』（共著）　環境新聞社
小林秀之編著『Ｑ＆Ａ　倒産法改正と民事法の実務』（共著）　新日本法規

2006 年

小林秀之編著『新会社法と会社訴訟の実務』（共著）　新日本法規
群馬弁護士会編『立証の実務』（共著）　ぎょうせい

2007 年

小林秀之編集『内部統制と取締役の責任』（共著）　学陽書房
園尾隆司ほか編『条解民事再生法（第 2 版）』（共著）　弘文堂

2010 年

長谷部由起子ほか編『基礎演習民事訴訟法』（共著）　弘文堂
2011 年
『新・論点講義シリーズ　民事訴訟法』（小林秀之教授との共著）弘文堂
2013 年
長谷部由起子ほか編『基礎演習 民事訴訟法（第 2 版）』（共著）　弘文堂
園尾隆司ほか編『条解民事再生法（第 3 版）』（共著）　弘文堂
2014 年
『やさしい民事訴訟法』　法学書院
2016 年
群馬弁護士会編『立証の実務（改訂版）』（共著）　ぎょうせい
2018 年
長谷部由起子ほか編『基礎演習 民事訴訟法（第 3 版）』（共著）　弘文堂

論文

1986 年
「アメリカの『判決理ステイトメント（第 2 版）』と日本法への示唆（1）～（3）」（共著）　判例タイムズ 581 号・598 号・613 号
1987 年
「第三者による判決理由中の判断（1）―反射効理論の終焉と第三者による争点効の援用―」　上智法学論集 30 巻 1 号
「アメリカの『判決理ステイトメント（第 2 版）』と日本法への示唆（4）～（6・完）」　判例タイムズ 628 号・635 号・649 号
1988 年
「国際取引紛争の今日的問題点――国際的訴訟競合と国際倒産を中心に――」（共著）　法律のひろば 41 巻 4 号
「アメリカにおける製造物責任訴訟の手続上の諸問題」（共著）
判例タイムズ 673 号
1990 年

「判例における信義則による判決効の拡張化現象（1）」
札幌学院法学 6 巻 1 号
「第三者による判決理由中の判断（2）―反射効理論の終焉と第三者による争点効の援用―」　上智法学論集 33 巻 2・3 号
1991 年
「環境訴訟と環境規制」　上智法学論集 35 巻 1・2 号
「判例における信義則による判決効の拡張化現象（2・完）」
札幌学院法学 8 巻 1 号
1994 年
「否認と手形支払の例外」　判例タイムズ 830 号
「売主及び問屋の取戻権」　判例タイムズ 830 号
「環境訴訟における当事者適格に関するアメリカ判例理論の新たな展開― Lujan v. National Wildlife Federation 判決の検討を中心に」
札幌学院法学 10 巻 2 号
「株主代表訴訟の法構造と機能（1）～（6）」
判例評論 425 号・426 号・427 号・428 号・429 号・430 号
1995 年
「株主代表訴訟の法構造と機能（7）～（14・完）」
判例評論 431 号・432 号・433 号・434 号・435 号・436 号・437 号・438 号
「更生手続における特別の取戻権とその行使」　判例タイムズ 866 号
1996 年
「当事者適格の拡充とその限界」　民事訴訟雑誌 42 号
「民事訴訟法改正/ 争点整理手続」　法学セミナー 498 号
「株主代表訴訟における判決効と強制執行」
『株主代表訴訟大系』（弘文堂）所収
1997 年
「文書提出命令①―学者から見た文書提出義務」
『新民事訴訟法大系（3）』（青林書院）所収

1998 年
「信義則による判決効の拡張」
『基本問題セミナー民事訴訟法』（一粒社）所収
「判決理由中の判断の拘束力」　民事訴訟法の争点［第 3 版］所収
「株主代表訴訟の現状とその諸問題」
『日弁連編・現代法律実務の諸問題』所収
1999 年
「環境保全と民事訴訟」　法学セミナー 527 号
2000 年
「国家の主権免除―横田基地訴訟鑑定書を中心として」
法律時報 72 巻 3 号
「米国における資産流動化の破綻事例等に関する研究」
日本資産流動化研究所『米国における資産流動化の破綻事例等に関する研究』所収
「株主代表訴訟に関する判例と理論（1）～(2)」
月刊監査役 435 号・436 号
2001 年
「株主代表訴訟に関する判例と理論（3）～(14)」
月刊監査役 437 号・439 号・440 号・442 号・444 号・445 号・446 号・447 号・448 号・449 号・450 号・441 号
「証券化スキーム破綻時の法制化に関する調査」
日本資産流動化研究所『平成 12 年度資産流動化と投資家保護に関する調査報告書』所収
2002 年
「株主代表訴訟に関する判例と理論（15）～(23・完)」
月刊監査役 453 号・455 号・456 号・458 号・459 号・463 号・464 号・465 号・466 号
2004 年

「反射効その他」　法学教室 282 号

2008 年

「株主代表訴訟における代表の適切性」

『変容する社会の法と理論』所収

2012 年

「消費者集合訴訟における判決の効力」　民事訴訟法雑誌 58 号

2014 年

「不利益変更禁止の原則」　法学教室 397 号

2017 年

「提訴前の当事者照会及び証拠収集処分の現状と将来」

『証拠収集の現状と民事訴訟の未来』所収

「国際裁判管轄と特別事情による訴え却下」　民事訴訟法雑誌 63 号

「わが国の国際裁判管轄規定の全体像」

『国際裁判管轄の理論と実務』所収

「主権免除の国際裁判管轄」　『国際裁判管轄の理論と実務』所収

2022 年

「既判力の客観的範囲減縮論再考」　『民事法の現在地と未来』所収

判例評釈

1987 年

「判例研究：最（2 小）判昭和 60 年 12 月 20 日判例時報 1181 号 77 頁」

上智法学論集 30 巻 1 号

1990 年

「判例解説：最（2 小）判平成元年 12 月 10 日民集 43 巻 10 号 1085 頁」

平成元年度重要判例解説（ジュリスト 957 号）

1992 年

「判例解説：最（1 小）判昭和 51 年 9 月 30 日民集 30 巻 8 号 799 頁」

別冊ジュリスト・民事訴訟法判例百選 I

1993 年
「最近の判例：Burnham v. Superior Court of California, 493 U. S. 604, 110 S. Ct. 2105（1990）」　アメリカ法 1993-1
1996 年
「時の判例：最（1 小）判平成 7 年 12 月 15 日民集登載予定・判例時報 1553 号 86 頁」　法学教室 188 号
1998 年
「判例解説：最（1 小）判昭和 51 年 9 月 30 日民集 30 巻 8 号 799 頁」
別冊ジュリスト・民事訴訟法判例百選 I（新法対応補正版）
2001 年
「判例評釈：最（2 小）判平成 12 年 7 月 14 日判例時報 1723 号 49 頁」
私法判例リマークス 23 号
「判例評釈：最（1 小）判平成 5 年 2 月 25 日民集 47 巻 2 号 643 頁」
判例タイムズ 1062 号
2002 年
「判例評釈：東京地判平成 12 年 11 月 30 日判例時報 1740 号 54 頁」
判例評論 515 号
「判例解説：最（1 小）判昭和 47 年 9 月 7 日民集 26 巻 7 号 1301 頁」
別冊ジュリスト・倒産判例百選[第 3 版]
2003 年
「判例解説：甲府地決平成 10 年 2 月 25 日判例時報 1637 号 94 頁」
INDUST18 巻 6 号
「判例評釈：東京高決平成 15 年 5 月 22 日判例集等未登載」
LEX/ DB INTERNET No. 2003-005
「判例解説：最（1 小）判昭和 43 年 2 月 15 日民集 22 巻 2 号 184 頁」
別冊ジュリスト・民事訴訟法判例百選[第 3 版]
2004 年
「判例解説：徳島地判平成 16 年 1 月 14 日判例集等未登載」

INDUST19 巻 12 号

2005 年

「判例解説：最（1 小）判平成 10 年 9 月 7 日民集 26 巻 7 号 1301 頁」
別冊ジュリスト・民事執行・保全法判例百選

2006 年

「判例解説：最（1 小）判平成 16 年 12 月 24 日判例時報民集 26 巻 7 号 1301 頁」
私法判例リマークス 32 号

「判例解説：最（2 小）決平成 17 年 7 月 22 日民集 59 巻 6 号 1888 頁」
平成 17 年度重要判例解説（ジュリスト 1313 号）

「判例解説：最（2 小）決平成 18 年 1 月 23 日民集 60 巻 1 号 228 頁」
別冊ジュリスト・倒産判例百選[第 4 版]

2010 年

「判例解説：名古屋高判昭和 60 年 4 月 12 日下民集 34 巻 1〜4 号 461 頁」
別冊ジュリスト・民事訴訟法判例百選[第 4 版]

2012 年

「判例解説：最（1 小）判平成 10 年 3 月 26 日民集 52 巻 2 号 483 頁」
別冊ジュリスト・民事執行・保全判例百選[第 2 版]

2013 年

「判例解説：最（2 小）判平成 18 年 1 月 23 日民集 60 巻 1 号 228 頁」
別冊ジュリスト・倒産判例百選[第 5 版]

2015 年

「判例解説：名古屋高判昭和 60 年 4 月 12 日下民集 34 巻 1〜4 号 461 頁」
別冊ジュリスト・民事訴訟法判例百選[第 5 版]

2016 年

「判例解説：最（2 小）判平成 12 年 2 月 24 日民集 54 巻 2 号 523 頁」
『判例講義　民事訴訟法』（第 3 版）

「判例解説：最（2 小）判平成 11 年 6 月 11 日判時 1685 号 36 頁」
『判例講義　民事訴訟法』（第 3 版）

「判例解説：最（2 小）判平成 11 年 1 月 21 日民集 53 巻 1 号 1 頁」
『判例講義　民事訴訟法』（第 3 版）
「判例解説：最（2 小）判平成 22 年 10 月 14 日判時 2098 号 55 頁」
『判例講義　民事訴訟法』（第 3 版）

2019 年
「判例解説：最（2 小）判平成 12 年 2 月 24 日民集 54 巻 2 号 523 頁」
『判例講義　民事訴訟法』
「判例解説：最（2 小）判平成 11 年 6 月 11 日判時 1685 号 36 頁」
『判例講義　民事訴訟法』
「判例解説：最（2 小）判平成 11 年 1 月 21 日民集 53 巻 1 号 1 頁」
『判例講義　民事訴訟法』
「判例解説：最（2 小）判平成 22 年 10 月 14 日判時 2098 号 55 頁」
『判例講義　民事訴訟法』

2020 年
「判例解説：最（1 小）判平成 10 年 3 月 26 日民集 52 巻 2 号 483 頁」
別冊ジュリスト・民事執行・保全判例百選[第 3 版]

2023 年
「判例解説：最（1 小）判平成 10 年 3 月 26 日民集 52 巻 2 号 483 頁」
別冊ジュリスト・民事訴訟法判例百選[第 5 版]

その他

〈解説等〉

1981 年
「訴訟上の和解の解除と和解による訴訟終了効」　Law School 38 号

1995 年
「訴えの取下げ」
法学セミナー別冊・司法試験シリーズ民事訴訟法Ⅱ第 3 版

1996 年

「選定当事者」　法学教室 184 号
「争点及び証拠の整理手続」　『新民事訴訟法の要点』
1997 年
「争点整理手続・総論」・「弁論準備手続」　『新民事訴訟法の解説』

〈資料〉

1995 年
「株主代表訴訟に関する判例」　ジュリスト 1062 号

〈著書論文紹介〉

1987 年
Symposium:Preclusion in a Federal System, 70Cornell L. Rev. 599−732（1985）（共著）　アメリカ法 1987−1
1990 年
Burbank, Interjurisdictional Preclusion, Full Faith and Credit and Federal Common Law : A General Approach, 71 Cornell L. Rev. 733−832（1986）　アメリカ法 1989−2
1993 年
Stephen C. Yeazell, From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action, Yale Univ. Press, pp. X + 306　アメリカ法 1993−1
1994 年
Victor H. Kramer, Viewing Rule 11 as a Tool to Improve Professional Responsibility, 75 Minn. L. Rev. 793−809（1991）　アメリカ法 1993−2
Terry. S. Kogan, A Neo−Federalist Tale of Personal Jurisdiction, 63 S. Cal. L. Rev. 257− 372（1990）　アメリカ法 1993−2

〈書評〉

1990 年

「書評」小山昇著「判決の研究」小山昇著作集第 2 巻 ジュリスト 970 号
2000 年
「書評」中村英郎著「新民事訴訟法講義」　法学教室 242 号
2005 年
「書評」小林秀之著「裁かれる三菱自動車」　法学セミナー 611 号
2006 年
「書評」小林秀之編著「法学講義民事訴訟法」　銀行法務 21　663 号
2007 年
「書評」和田吉弘著「基礎からわかる民事執行法　民事保全法」
法学セミナー 628 号
2008 年
「書評」小林秀之著「事例分析ゼミ　民事訴訟法」　受験新報 685 号

〈学界回顧〉
2002 年
学界回顧・民事訴訟法（2002）　法律時報 74 巻 13 号
2003 年
学界回顧・民事訴訟法（2003）　法律時報 75 巻 13 号
2004 年
学界回顧・民事訴訟法（2004）　法律時報 76 巻 13 号

〈判例回顧〉
1987 年
判例回顧・民事訴訟法（1986）（共著）　法律時報 59 巻 4 号
1988 年
判例回顧・民事訴訟法（1987）（共著）　法律時報 60 巻 4 号
1989 年
判例回顧・民事訴訟法（1988）（共著）　法律時報 61 巻 4 号

〈パネルデスカッション〉

2017 年

パネルデスカッション「証拠収集の現状と民事訴訟の未来」

『証拠収集の現状と民事訴訟の未来』所収

〈注釈〉

2008 年

民事訴訟法 10 条（管轄裁判所の指定）乃至同法 13 条（専属管轄の場合の適用除外等）（共著）　基本法コンメンタール第 3 版民事訴訟法 1

2012 年

民事訴訟法 10 条（管轄裁判所の指定）乃至同法 13 条（専属管轄の場合の適用除外等）（共著）

基本法コンメンタール第 3 版追補版民事訴訟法 1

〈その他〉

2000 年

「民事訴訟法って何？」　法学セミナー 546 号

2008 年

「法科大学院における授業方法の研究＜民事訴訟法＞具体的な事例を基に、制度相互間の連関を意識した授業の試み」　ロースクール研究 12 号

2015 年

「日本における法科大学院の現状」　西江法律学会 4 巻 1 号

学会報告

1992 年

日米法学会（1992 年 6 月 8 日開催（於：関西大学））

判例研究報告：Burnham v. Superior Court of California, 493 U.S.604, 110 S. Ct. 2105（1990）

1995 年
民事訴訟法学会（1995 年 5 月 20 日開催（於：東洋大学））
個別研究報告「当事者適格の拡充とその限界」
2011 年
民事訴訟法学会（2011 年 5 月 20 日開催（於：一橋大学））
シンポジウム「消費者集合訴訟制度の可能性と課題」

出口耕自先生略歴・主要著作目録

略　歴

1958 年 9 月　愛媛県松山市に生まれる
1981 年 3 月　京都大学法学部卒業
1983 年 3 月　京都大学大学院法学研究科博士前期課程修了
1985 年 3 月　京都大学大学院法学研究科博士後期課程中途退学
1985 年 4 月　金沢大学法学部専任講師
1986 年 4 月　金沢大学法学部助教授
1992 年 4 月　上智大学法学部国際関係法学科助教授
1997 年 4 月　上智大学法学部国際関係法学科教授（現在に至る）
2001 年 10 月 ドイツ・ミュンヘン大学留学（2002 年 9 月まで）
2003 年 1 月　上智大学法学部国際関係法学科長（2004 年 12 月まで）
2011 年 4 月　国際私法学会幹事（2014 年 12 月まで）
2014 年 4 月　国際私法学会理事（現在に至る）
2017 年 4 月　上智大学大学院法学研究科委員長（2019 年 3 月まで）

主要著作目録

著書

1996 年
『基本論点国際私法』　法学書院
2000 年
『法学キーワード』（共著）　有斐閣
2001 年
『基本論点国際私法〔第二版〕』　法学書院

2003 年
『法学キーワード　第 2 版』（共著）　有斐閣
2007 年
『渉外戸籍法リステイトメント』（共著）　日本加除出版
2011 年
『注釈国際私法第 1 巻』（共著）　有斐閣
2015 年
『論点講義国際私法』　法学書院

論文

1985 年
「国際私法上における消費者契約（1）（2・完）」
民商法雑誌 92 巻 4 号、92 巻 5 号
1987 年
「西ドイツ国際私法判例における『意思表示の特別連結』問題」
金沢法学 29 巻 1・2 号
1995 年
「国際私法上における名誉毀損」　上智法学論集 38 巻 3 号
「契約、不法行為等の準拠法に関する法律試案（1）（2・完）」（共著）
民商法雑誌 112 巻 2 号、112 巻 3 号 19 巻 3 号
1996 年
「Draft Articles on the Law Applicable to Contractual and Non-contractual Obligations（1）」（共著）　The Japanese Annual of international Law（39）
「ドイツ競争制限禁止法の『域外適用』問題（1）」
上智法学論集 40 巻 2 号
1997 年
「Draft Articles on the Law Applicable to Contractual and Non-contractual Obligations（2）」（共著）　The Japanese Annual of international Law（40）

1998 年
「アメリカ牴触法における名誉毀損」　上智法学論集 42 巻 1 号
2001 年
「競争法・知的財産法」『日本と国際法の 100 年　第 7 巻　国際取引』
三省堂
2004 年
「ヨーロッパ国際消費者契約法の混迷」　国際私法年報 6 号
2005 年
「国際的環境損害の民事責任」　国際法外交雑誌 104 巻 3 号
2008 年
「ドイツ国際不法行為法における被害者の決定権」『変容する社会の法と理論：上智大学法学部創設五十周年記念』　有斐閣
2010 年
「米国特許法の域外適用と国際私法上の公序」
国際法外交雑誌 108 巻 4 号
「ローマⅡおよび通則法における名誉毀損」　上智法学論集 54 巻 2 号
2014 年
「国際不正競争の準拠法」　日本国際経済法学会年報 23 号
2019 年
「インターネット名誉毀損における結果発生地」
国際法外交雑誌 118 巻 1 号

判例評釈・判例解説その他

1982 年
「1979 年ハンガリ−国際私法（資料）」（共著）　法学論叢 112 巻 1 号
1984 年
「1982 年トルコ国際私法（資料）」（共著）　法学論叢 115 巻 4 号
1986 年

「Der Schutz der “marktschwacheren” Partei im Internationalen Vertragsrecht/ Helga Elizabeth Kroeger（1984）」　国際法外交雑誌 85 巻 2 号
「禁治産宣告」『渉外判例百選［第 2 版］』　有斐閣
1990 年
「国際的訴訟競合」『平成元年度重要判例解説』　有斐閣
1991 年
「木棚照一著『国際工業所有権法の研究』」　国際法外交雑誌 89 巻 6 号
1992 年
「婚姻の方式」「離婚の際の慰謝料請求」『演習国際私法（新版）』有斐閣
「外国居住の日本人に対する禁治産宣告」『国際家族法の実務：問答式』
新日本法規
1994 年
「渉外事件における任意的訴訟担当の許容性」『私法判例リマークス 8 号
1994（上）』　日本評論社
「エジプト法により婚姻無効とするのは公序に反するとしたうえで，離婚は認容した事例――東京地判平成 3・3・29」　ジュリスト 1057 号
1995 年
「禁治産宣告」「嫡出の決定」『渉外判例百選（第 3 版）』　有斐閣
1996 年
「不統一法国法の指定」「国際私法と消費者・労働者の保護」『国際私法の争点（新版）』　有斐閣
1997 年
「フィリピン法上養子縁組に必要とされる裁判所の決定」『平成 8 年度重要判例解説』　有斐閣
1999 年
「日本の銀行に対するパナマ法人からの保証債務履行請求について英国法を適用した事例 神戸地裁判決平成 9. 11. 10」　ジュリスト 1166 号
2000 年

「渉外事件における契約責任および不法行為責任の主張・立証」『私法判例リマークス 20 号 2000（上）』　日本評論社

2001 年

「多田望著『国際民事証拠共助法の研究』」　国際法外交雑誌 100 巻 1 号

2003 年

「判例紹介 米国特許権に基づく損害賠償等請求事件―カードリーダー事件（最高裁平成 14. 9. 26 判決）」　コピライト 42 巻 501 号

2004 年

「相続財産の管理」「失踪宣告」『国際私法判例百選』　有斐閣

2006 年

「米国特許権に基づく差止請求権の不存在確認」『私法判例リマークス 32 号 2006（上）』　日本評論社

2007 年

「相続財産の管理」「失踪宣告」『国際私法判例百選［新法対応補正版］』　有斐閣

「大使館用の土地建物取得に係る仲介契約に基づく報酬請求について外国国家の民事裁判権免除が認められた事例」『平成 18 年度主要民事判例解説』　判例タイムズ社

2010 年

「国際化と消費者（2）―手続法的観点から」『消費者法判例百選』　有斐閣

2012 年

「相続財産の管理」『国際私法判例百選［第 2 版］』　有斐閣

2020 年

「国際化と消費者（2）―手続法的観点から」『消費者法判例百選［第 2 版］』　有斐閣

2021 年

「相続財産の管理」『国際私法判例百選［第 3 版］』　有斐閣

兼原敦子先生略歴・主要著作目録

略　歴

1982 年 3 月　東京大学法学部卒業
1982 年 4 月　東京大学法学部助手
1989 年 4 月　帝京大学法学部講師
1992 年 4 月　帝京大学法学部助教授
1993 年 4 月　立教大学法学部助教授
2000 年 4 月　立教大学法学部教授
2010 年 4 月　上智大学法学部教授

学会・社会的活動

1.　国際訴訟

・1999 年 7 月～2000 年 8 月ミナミマグロ事件（International Tribunal for the Law of the Sea and Arbitral Tribunal, 国際海洋法裁判所及び仲裁裁判）」における日本政府弁護人

・2010 年 6 月～2014 年 3 月「南極海捕鯨事件（International Court of Justice, 国際司法裁判所）」における日本政府顧問

2.　国際的な学会・社会的活動

・1991 年国際法委員会日本委員の補佐
（Assistant for the Japanese Member of the International Law Commission of UN, upon request by Ministry of Foreign Affairs of Japan）

・1998 年～2006 年国際環境法年鑑国別報告書
（Country Reporter of Japan for *the Yearbook of International Environmental*

Law）

・2000 年～2010 年国際法協会:大陸棚外側限界の法律問題に関する委員会委員

（International Law Association, Member of the Committee for the Legal Issues on Outer Continental Shelf）

・2008 年～2018 年国際法協会：基線委員会委員

（International law Association, Member of the Committee on Baselines）

・2018 年～国際法協会：海底ケーブル・パイプライン委員会委員

（International Law Association, Member of the Committee on Submarine Cables and Pipelines）

・2018 年～IMO 国際海事法研究所執行理事

（Member of the Governing Board of IMO International Maritime Law Institute）

・2021 年アジア国際法年鑑の国別編者（Brill, 2021 年出版）

（National Editor of Japan for *Encyclopedia of Public International Law in Asia*, Brill, 2021）

・2023 年 NATO　法律委員会主催有識者会議 Member

（Member of the Informal Expert Meeting Organized by the NATO Legal Committee）

3. 海外での教育経験

（1）2007 年～2011 年、2018 年～IMO International Maritime Law Institute, Malta, as Visiting Scholar

（2）2017 年 7 月ハーグアカデミーでの講義

A Special Course of Lectures as *Lecturer* at The Hague Academy of International Law in The Hague, The Netherlands, entitled “The Reassessment of Acts of the State in the Law of State Responsibility – A Proposal of an

Integrative Theoretical Framework of the Law of State Responsibility to Effectively Cope with the Internationally Harmful Acts of Non-State Actors”
＊講義に基づく論文が、2019 年に出版された。論文タイトルは、講義タイトルと同じ, *Recueil des cours*, Vol. 399（2019）, pp. 19-266

（3）2018 年 Lectures on Japan’s Ocean Policy on Maritime Security and the Free and Open Indo-Pacific Strategy in India, Bangladesh, and Sri Lank, Requested by Ministry of Foreign Affairs of Japan

4. 海外研究
（1）1995 年 9 月～1997 年 7 月, Visiting Scholar at Harvard Law School, USA

（2）2007 年 3 月～2007 年 4 月, Visiting Scholar at Katholieke Universiteit Leuven, Faculty of Arts, Japanese Studies, Belgium

（3）2008 年 3 月, Visiting Scholar at Leiden University, Faculty of Arts, Japanese Studies, The Netherlands

（4）2009 年 1 月～2009 年 3 月, Visiting Scholar at the Netherlands Institute for the Law of the Sea, The Netherlands

（5）2017 年 3 月～2017 年 5 月, Visiting Scholar at Georgetown University Law Center, USA

5. 国内の学会・社会的活動
（1）国際法学会
2020 年 7 月～2022 年 7 月国際法学会代表理事

（2）国際法協会日本支部

2007 年～2023 年ダイジェスト委員会委員長

2009 年～理事

（3）国の委員等

・2006 年～2015 年法務省：新司法試験考査委員

・2016 年～2022 年総合海洋政策本部参与（首相任命）

・2017 年～2020 年、2023 年～文科省：南極外部有識者会議委員

・2017 年～海上保安庁：海上保安庁政策アドバイザー

・2022 年～2023 年総合海洋政策推進事務局長私的懇談会委員

（4）その他

・2002 年，2006 年～2011 年，2013 年～2014 年，2016 年外務省研究所講師

・2007 年～日本海事センター：IMO 法律問題委員会委員

・2019 年～2023 年公益財団法人笹川平和財団評議員

・2020 年～一般財団法人運輸総合研究所理事

・2022 年～一般社団法人内外情勢調査会講師

・2022 年～公益財団法人ニッポンドットコム評議員

・2022 年～日本エネルギー法研究所企画委員

受　賞

安達峰一郎記念賞（1989 年）

主要著作目録

1. Principal Publications in English

（1）Books

2021

National Editor for Japan in *Encyclopedia of Public International Law in Asia*, Brill（2021）.

（2）Articles

1992

"The Significance of 'Pledge and Review' Process in Growing International Environmental Law," *The Japanese Annual of International Law*, No. 35（1992）, pp. 1−32.

1996

"Methods of International Regulation for Global Environmental Protection: A Reappraisal of International Law Making, " in M. K. Young and Y. Iwasawa eds. , *Trilateral Perspective on International Legal Issues: Relevance of Domestic Law and Policy*（1996）, pp. 47−60.

1997

"Some Considerations Regarding Methods of International Regulation in Global Issues: 'Sovereignty' and 'Common Interests', " in E. B. Weiss ed. , *International Compliance with Nonbinding Accords*（1997）, pp. 81−117.

1998

"A Critical Analysis of Changes and Recent Developments in the Concept of Conservation of Fishery Resources on the High Seas, " *The Japanese Annual of International Law*, No. 41（1998）, pp. 1−29.

1999

"The Japanese Legal System Concerning Innocent Passage of Foreign Vessels（1990−1998）, " *The Japanese Annual of International Law*, No. 42（1999）, pp.

90−110.

2002

“The Incident of an Unidentified Vessel in Japan’s Exclusive Economic Zone,” *The Japanese Annual of International Law*, No. 45（2002）, pp. 116−126.

“Determination of the Dispute in the Southern Bluefin Tuna Case,” *St. Paul’s Review of Law and Politics [Rikkyo Hogaku]*, No. 60（2002）, pp. 103−156.

2004

“The Impact on the Freedom of Navigation by International Regulation for the Purpose of Fisheries Resources Conservation and Marine Environmental Protection,” *St. Paul’s Review of Law and Politics [Rikkyo Hogaku]*, No. 66（2004）, pp. 150−190.

2005

“Fisheries Law Enforcement by Japan in Its Exclusive Economic Zone and Hot Pursuit from the Exclusive Economic Zone onto the High Seas of a Foreign Vessel Which Failed to Obey an Order to Heave to,” *The Japanese Annual of International Law*, No. 48（2005）, pp. 109−122.

2006

“Marine Scientific Research in the Waters Where Claims of the Exclusive Economic Zones Overlap between Japan and the Republic of Korea,” *The Japanese Annual of International Law*, No. 49（2006）, pp. 98−122.

2008

“Challenging the Fundamental Principle of the Freedom of the High Seas and

the Flag State Principle Expressed by Recent Non-Flag State Measures on the High Seas,” *Japanese Yearbook of International Law*, No. 51（2008）, pp. 21-56.

2009

“Legal Responses of Japan to Impediments and Harassments by Foreign Vessels against Japanese Vessels during Research Whaling in the Antarctic Sea” Japanese Yearbook of International Law, No. 52（2009）, pp. 553-582.

2010

“A Legal and Practical Arrangement of Disputes Concerning Maritime Boundaries Pending Their Final Solution and Law Enforcement-From a Japanese Perspective,” N. A. Martinez Gutierrez ed. , *Serving the Rule of International Maritime Law-Essays in Honour of Professor David Joseph Attard*,（2010）, pp. 95-118.

2011

“So-called ’ Eco-piracy’ and Interventions by NGOs to Protect against Scientific Research Whaling on the High Seas: An Evaluation of Japanese Position,” in C. R. Symmons ed. , *Selected Contemporary Issues in the Law of the Sea*（2011）, pp. 195-220.

“A Possible Practical Solution of the Dispute over the Dokdo/ Takeshima Islands from a Perspective of the Law of the Sea,” S. Lee and H. E. Lee eds., *DOKDO-Historical Appraisal and International Justice*（2011）, pp. 71-89.

2016

“What Does a New International Legally Binding Instrument on Marine Biological Diversity of Areas beyond National Jurisdiction ‘under the

UNCLOS' Mean?", *Sophia Law Review [Jochi Hogaku Ronshu]*, Vol. 59, No. 4,（2016）, pp. 53−73.

2017

"Validity of International Law over Historic Rights: The Arbitral Award（Merits）on the South China Sea Dispute," *Sophia Law Review [Jochi Hogaku Ronshu]*, Vol. 61, No. 1/ 2,（2017）, pp. 27−76.

2018

"Contribution by the Commission on the Limits of the Continental Shelf to the International Legal Order of the Oceans," *Sophia Law Review [Jochi Hgaku Ronshu]*, Vol. 61, No. 3/ 4,（2018）, pp. 9−56.

2019

"Japan's Withdrawal from the International Convention for the Regulation of Whaling, " *Japanese Yearbook of International Law*, Vol. 62（2019）, pp, 376−387.

"The Reassessment of Acts of the State in the Law of State Responsibility − A Proposal of an Integrative Theoretical Framework of the Law of State Responsibility to Effectively Cope with Internationally harmful acts of Non−State Actors, " *Recueil des cours*, Vol. 399,（2019）, pp. 19−266.

"The Use of Force in Maritime Security and the Use of Arms in Law Enforcement under the Current Wide Understanding of Maritime Security, " *Japan Review*, Vol. 3, No. 2（2019）, pp. 35−53.

2020

"Interplay between the United Nations Convention on the Law of the Sea and Other International Law for Building a Comprehensive International Maritime

Order, ” Japanese Yearbook of International Law Vol. 63（2020）, pp. 52−92.

“International Law as a Tool to Combat China, ” *Japan Review*, Vol. 4, No. 1（2020）, pp. 16−20.

2021

“Refining Japan’s Integrative Position on the Territorial Sovereignty of the Senkaku Islands,” *International Law Studies*, Vol. 97（2021）,

”Refining Japan’s Position on the Senkaku Islands” by Atsuko Kanehara（usnwc. edu）

“Covid−19 and the Law of the Sea: Japan’s Port State Jurisdiction in Relation to the Diamond Princess, ” *Japanese Yearbook of International Law*, Vol. 64（2021）, pp. 233−245.

2022

“The Impact on Japan’s Coast Guard and Maritime Security Caused by China’s Coast Guard Law of 2021, ” *Japanese Yearbook of International Law,* Vol. 65（2022）, pp. 320−335.

“Reconsideration of the Distinction Between the Use of Arms in Law Enforcement and the Use of Force Prohibited by International Law −With an Analysis of the Inherent Significance of This Issue to Japan−, ” *Japan Review*, Vol. 5, No. 2（2022）, pp. 13−48.

2023

“Japan’s Discharge of ALPS Treated Water Containing Tritium, ” *Japanese Yearbook of International Law*, Vol. 66（2023）, pp. 413−434.

2024

“How to Ensure the Safety of the Japan Coast Guard While Maintaining Its

Nature as a Police Organ When It Conducts Missions in Collaboration with the Japan Maritime Self-Defense Force under the Control Guidelines," *Japan Review*, Vol. 6, No. 2（2023）, pp. 47-79. https://www.jiia-jic.jp/en/japanreview/pdf/JapanReview_vol.6_No2_2023.pdf

2. 主要日本語文献

(1) 著書

2010 年
柳原正治・森川幸一・兼原敦子編『プラクティス国際法講義〔初版〕』（信山社、2010 年）

2013 年
柳原正治・森川幸一・兼原敦子編『プラクティス国際法講義〔第 2 版〕』（信山社、2013 年）

2016 年
山本草二著、兼原敦子・森田章夫編『国際行政法の存立基盤』（有斐閣、2016 年）

2017 年
柳原正治・森川幸一・兼原敦子編『プラクティス国際法講義〔第 3 版〕』（信山社、2017 年）

2021 年
柳原正治・森川幸一・兼原敦子・濱田太郎編『国際法秩序とグローバル経済〔間宮勇先生追悼〕』（信山社、2021 年）
森川幸一・兼原敦子・酒井啓亘・西村弓編『国際法判例百選〔第 3 版〕』（有斐閣、2021 年）

2022 年
柳原正治・兼原敦子編『国際法からみた領土と日本』（東京大学出版会、2022 年）
柳原正治・森川幸一・兼原敦子編『プラクティス国際法講義〔第 4 版〕』（信山社、2022 年）

(2) 論文

1988 年
「大陸棚の境界画定における衡平の原則―慣習国際法の形成過程の視点に基づいて（1）（2）（3・完）」『国家学会雑誌』101 巻 7・8 号（1988 年）493-559 頁、9・10 号（1988 年）601-648 頁、11・12 号（1988 年）766-821 頁

1989 年
「現代の慣習国際法における『慣行』概念の一考察」『国際法外交雑誌』88 巻 1 号（1989 年）6-37 頁

1994 年
「地球環境保護における損害予防の法理」『国際法外交雑誌』93 巻 3・4 号（1994 年）160-203 頁

1995 年
「国家責任法における『一般利益』概念適用の限界」『国際法外交雑誌』94 巻 4 号（1995 年）1-50 頁

1997 年
「国家責任」奥脇直也・小寺彰編『国際法キーワード〔初版〕』（有斐閣、

1997 年）87–108 頁

1998 年
「訴訟参加の要件としての『影響を受ける』法的利益」『立教法学』50 号（1998 年）141–185 頁
「国際違法行為責任における過失の機能」『国際法外交雑誌』96 巻 6 号（1998 年）1–46 頁
「領域使用の管理責任原則における領域主権の相対化」村瀬信也・奥脇直也編集代表『〔山本草二先生古稀記念〕国家管轄権―国際法と国内法―』（勁草書房、1998 年）179–207 頁

2000 年
「国家責任法の『一般原則性』の意義と限界」『立教法学』55 号（2000 年）128–171 頁

2001 年
「法実証主義の国家責任法論の基本原理再考」『立教法学』59 号（2001 年）159–204 頁
「航行利益と執行措置」海上保安協会『海上保安国際紛争事例の研究』第 2 号（2001 年）1–24 頁

2002 年
「環境保護に関する国家の権利と責任」国際法学会編『日本と国際法の 100 年〔第 6 巻〕開発と環境』（三省堂、2002 年）28–55 頁

2004 年
「追跡権をめぐる最近の動向」海上保安協会『各国における海上保安法制の比較研究』（2004 年）11–28 頁

「国家責任法」小寺彰・岩沢雄司・森田章夫編『講義国際法〔初版〕』（有斐閣、2004 年）195–223 頁

2005 年
「追跡権の根拠としての『沿岸国管轄権の実効的行使』」海上保安協会『各国における海上保安法制の比較研究』（2005 年）11–31 頁

2006 年
「国家責任」奥脇直也・小寺彰編『国際法キーワード〔第 2 版〕』（有斐閣、2006 年）93–114 頁
「国際義務の履行を『確保する』義務による国際規律の実現」『立教法学』70 号（2006 年）235–294 頁
「国際環境紛争における法益の『国家』性」島田征・杉山晋輔 , ・林司宣編『国際紛争の多様化と法的処理 〔栗山尚一先生・山田中正先生古稀記念論集〕』（信山社、2006 年）313–342 頁

2007 年
「行為帰属論の展開にみる国家責任法の動向」『立教法学』74 号（2007 年）1–42 頁

2008 年
「200 海里を越える大陸棚の限界設定をめぐる一考察」村瀬信也・江藤淳一編『海洋境界画定の国際法』（東信堂、2008 年）103–132 頁
「現代公海漁業規制における旗国主義の存立根拠」『立教法学』75 号（2008 年）23–66 頁

2009 年
「執行手続における特別事情―実体的基盤と手続的基盤からみた追跡権

の展開」山本草二編集代表『海上保安法制―海洋法と国内法の交錯』（三省堂、2009 年）199–227 頁

2010 年
「国家責任法」小寺彰・岩沢雄司・森田章夫編『講義国際法〔第 2 版〕』（有斐閣、2010 年）207–237 頁

2011 年
「国家責任条文第一部にみる法典化の方法論の批判的考察」村瀬信也・鶴岡公二編『変革期の国際法委員会〔山田中正大使傘寿記念〕』（信山社、2011 年）139–166 頁
「国家責任法」浅田正彦編『国際法〔初版〕』（東信堂、2011 年）297–322 頁

2012 年
「国際義務の履行基盤としての領域」松田竹男・田中則夫・薬師寺公夫・坂元茂樹編集代表『現代国際法の思想と構造Ⅰ〔歴史、国家、機構、条約、人権〕』（東信堂、2012 年）74–98 頁

2013 年
「国家責任法」浅田正彦編『国際法〔第 2 版〕』（東信堂、2013 年）321–346 頁

2016 年
「ITLOS 大法廷が勧告的意見を出す管轄権の根拠」松井芳郎・富岡仁・坂元茂樹・薬師寺公夫・桐山孝信・西村智朗編『21 世紀の国際法と海洋法の課題』（東信堂、2016 年）438–477 頁
「国家責任法」浅田正彦編『国際法〔第 3 版〕』（東信堂、2016 年）

349–378 頁

2017 年
「南シナ海仲裁判断（本案）にみる国際法の妥当性の論理」『国際問題』659 号（2017 年）25–36 頁
「排他的経済水域の沿岸国の権利―アークティック・サンライズ号事件を素材として」上智法學論集』60 巻 3・4 号（2017 年）223–272 頁

2019 年
「裁判管轄権と適用法の関係―国連海洋法条約における司法裁判および仲裁裁判」芹田健太郎・坂元茂樹・薬師寺公夫・浅田正彦・酒井啓亘編『実証の国際法学の継承〔安藤仁介先生追悼〕』（信山社、2019 年）543–582 頁
「非国家実体の国際有害行為に対する国家責任法の対応」岩沢雄司・森川幸一・森肇志・西村弓編『国際法のダイナミズム〔小寺彰先生追悼論文集〕』（有斐閣、2019 年）262–295 頁
「国家責任法」浅田正彦編『国際法〔第 4 版〕』（東信堂、2019 年）360–385 頁

2020 年
「個別化への対応としての国際法の一般化」浅田正彦・桐山孝信・徳川信治・西村智朗・樋口一彦編『現代国際法の潮流Ⅰ〔総論、法源・条約、機構・経済、海洋、南極・宇宙〕』（東信堂、2020 年）24–57 頁

2021 年
「海洋法からみた『パンデミック国際法』―寄港国措置を中心に」柳原正治・森川幸一・兼原敦子・濱田太郎編『国際法秩序とグローバル経済〔間宮勇先生追悼〕』（信山社、2021 年）67–95 頁

「『条約の解釈又は適用に関する紛争』条項の考察」岩沢雄司・岡野正敬編集代表『国際関係と法の支配〔小和田恆国際司法裁判所裁判官退任記念〕』（信山社、2021 年）245–273 頁

2022 年

「国家責任法」浅田正彦編『国際法〔第 5 版〕』（東信堂、2022 年）369–399 頁

「領海警備に係る法整備の提言」『上智法學論集』65 巻 4 号（2022 年）11–57 頁

「領域問題における主張の『法的』『非法的』構成」『上智法學論集』65 巻 3 号（2022 年）1–55 頁

「第 4 期海洋基本計画にむけて―総合海洋政策本部参与会議の機能―」*OPRI Perspectives*「海の論考」No. 25（2022）第 4 期海洋基本計画にむけて―総合海洋政策本部参与会議の機能―

2023 年

「統制要領下での海上保安庁の安全は確保できるのか」*Ocean Newsletter*, No. 561（2023 年 12 月 20 日）統制要領下での海上保安庁の安全は確保できるのか | Ocean Newsletter | 海洋政策研究所 - 笹川平和財団（spf.org）

「海洋基本計画の主柱及び主要施策の提言―第 4 期海洋基本計画とそれを超えて―」『海洋政策研究』17 号（2023 年 2 月）1–16 頁

「『海洋大国』『海洋立国』の国家戦略―洋上風力発電に係る海洋空間計画」J2TOP（2023 年 3 月）15–18 頁

「自衛隊法 80 条と統制要領下での海上保安庁の任務遂行における安全確保」『ジュリスト』1593 号（2024 年 2 月）72–77 頁

論　　説

新たな嫡出否認訴訟における利害関係人の扱い
――人訴法 41，42 条改正を中心に

安西　明子

Ⅰ　はじめに　――本稿の対象、目的
Ⅱ　人訴法 42 条関係
　1　併合規定を設けない理由
　2　既判力（対世効）の理解整理
Ⅲ　人訴法 41 条 3・4 項関係　――前夫 2 名以上かつ前夫が原告となる場合
　1　既判力（対世効）の理解整理
　2　併合関係
（イ）第一審手続
（ロ）上訴審手続
Ⅳ　まとめと若干の検討
　1　受動的な前夫への事後的手続保障
　2　原告となる（能動的）前夫の負担による、原告でない（受動的）前夫への手続保障
　3　改正法による参加誘因の低下

Ⅰ　はじめに　――本稿の対象、目的

民法等の一部を改正する法律（令和 4 年法律第 102 号）により、従来は父（夫）に限定されていた嫡出否認権（以下では単に否認権、否認という）が子やその母、さらには前夫に拡大され、それぞれにつき被告適格者も規定された（民 774・775 条）[(1)]。すなわち、推定上の父が否認権を行使するには、

子又は親権を行う母を相手取って訴えを提起する必要があるのは従来通りであるが、子や母が原告となる場合は父を被告とすることとなった。

母の再婚により推定が重複しうる場合、具体的には母が子の懐胎から出生までに A（前夫）と婚姻、その後に離婚し、さらに B（後夫）と婚姻した場合、B の子と推定されることとなり（同 772 条 3 項）、前夫 A は [(2)]、後夫 B および子（又は親権を行う母）を被告として、否認の訴えを提起できることとなった（同 774 条 4 項・775 条 1 項 4 号）。

このように否認訴訟の当事者類型は 4 つに増えたところ、母の再婚により推定が重複しうる前夫が存在する場合、この前夫は、父、子、母が原告となる 3 つの類型（同 775 条 1 項 4 号以外）には訴訟当事者とはならない。上記の例で具体化すると、推定上の父 B と子や母による B 推定についての否認訴訟において認容判決が確定すると、子は A の子と推定される（同 772 条 4 項）。すると、子や母のほか、A が、さらに A の子であるとの推定を否認できる。ただし、A は当然には前訴確定判決（により自らが父と定められたこと）を知り得ないから、その出訴期間内（同 778 条 1･4 号）での権利行使を

---

(1)　子の身分関係の早期安定を図りつつ、上記否認権者が権利行使の是非を適切に判断する機会を確保するため、出訴期間は 1 年から 3 年に伸長された（同 777 条）。以下では上記改正による新条文とする。改正法については、佐藤隆幸ほか「民法（親子法制）等の一部を改正する法律の概要」家判 45 号（2023 年）84 頁以下、同「民法等の一部を改正する法律の解説（3）（4）」戸籍 1028・1029 号（2023 年）1 頁以下、磯谷文明「嫡出否認制度の見直し」自正 73 巻 11 号（2023 年）19 頁以下、久保野美恵子「民法等の一部を改正する法律（親子法制の見直し）」ジュリ 1586 号（2023 年）68 頁以下、常岡史子「嫡出否認権者の拡大の意義」民商 159 巻 1 号（2023 年）52 頁以下、羽生香織「令和 4 年民法改正」法教 514 号（2023 年）44 頁以下、安達敏男ほか『親子法実務ガイドブック』（日本加除出版、2023 年）87 頁以下等参照。

(2)　子が、母が前夫との離婚後 300 日以内に生まれ、その間に母が前夫以外の男性と再婚した場合は（再婚禁止期間廃止。民 733・746 条削除）、再婚後の夫の子と推定されるが（民 772 条 3 項）、前夫は、母が再婚をしなければ子の父と推定されるべき地位にあることから、子の法律上の父となろうとする前夫にも、再婚後の夫の子であるという推定に対する否認権が認められた。ただし、前夫の否認権は再婚後の夫婦の家庭への介入となることから、否認権行使を正当化するだけの事情が必要であり、また、前夫による否認後、子又は母が前夫の子であるとの推定をも否認することによって子から推定される父が失われる事態を生じるおそれもあることから、子の利益を害することが明らかなときは、前夫は否認権を行使できない（民 774 条 4 項ただし書）。後掲注 5・12 も参照。

可能とするため、A に関する否認判決の通知の規定が設けられた（人訴 42 条、家事 283 条の 2）(3)。この通知は、前夫の住所等が訴訟記録上判明している場合に実施される。その理由として、この通知は、前夫に否認機会を与えるためであり、現に係属中の調停又訴訟への参加機会を与えるためではないから、裁判所が積極的に住所探し出す責任を負わせた上で通知するのは相当でないこと、裁判所が利害関係人を訴訟参加させることができることを前提とする場合（人訴 28 条、15 条）も、裁判所が通知をするのは利害関係人の住所等が明らかな場合に限られていること等が挙げられている(4)。

一方で、判決通知より踏み込んで、利害関係人を被告に加えることを義務

(3)　佐藤ほか・前掲注（1）家判 96 頁、同・前掲注（1）戸籍 1029 号 4 頁、同「民法等の一部を改正する法律（親子法制の見直し）の概要（中）」NBL1243 号 48 頁、松川正毅ほか『新基本法コンメンタール人事訴訟法・家事事件手続法・第 2 版』（日本評論社、2024 年）128 頁〔安西〕等。法制審議会民法（親子法制）部会の部会資料 16-3 の 7 頁以下，同 19 の 18 頁（以下、「部会資料 16-3」とし頁を引用する）のほか、「民法（親子法制）等の改正に関する中間試案」5 頁注 4、「同補足説明」62 頁以下（以下「中間試案」「補足説明」という。これら法制審議会の資料は https://www.moj.go.jp/shingi1/shingi0350004.html で参照できる〔2024 年 6 月 8 日現在〕）。

なお通知すべき事件には、再婚後の夫の子であるという推定を否認する嫡出否認の調停及び判決のみならず、上記推定を否定する親子関係不存在確認の調停及び判決を含み、前夫による嫡出否認調停に係る合意に相当する審判又は否認訴訟に係る判決は除くものとされている（部会資料 16-3 の 8 頁）。この通知に記載される具体的内容につき人訴規 35 条、後夫否認により自らが父となったことやさらに自らの否認が可能なこと等の教示を含むのかは明らかでない。ドイツ家事事件手続では FamFG7 条 4 項により、手続に引き込まれうる者は手続開始時から通知とともに申立権についての教示を受ける（*Sternal*, FamFG, 21Aufl. 2023, §7 Rn35）。

(4)　部会資料 19 の 18 頁等。手続上、子及び再婚後の夫の戸籍謄本を添付は必要であるが（人訴規 13 条、家事規 127 条、37 条 3 項）、前夫の戸籍謄本等の提出は必ずしも必要でないことも指摘されていた（人訴規 34 条、家事規 127 条 2 項につき飯岡久美「嫡出推定・否認制度改正の実務上の留意点」家判 49 号〔2024 年〕22 頁）。なお、前掲注 3 の通りドイツでは FamFG7 条 4 項により、手続に引き込まれうる者は手続開始につき通知を受ける（zu banachrichtigen）ところ、これは法的審問請求権の保障と解されている。条文上は「裁判所に知られている限り」とされているが、その宛先は職権調査により、引き込みが必要な関係人（Muss-Beteiligte）については上記制限はなく、その他についても各所への問い合わせ、調査義務を尽くさねばならないとされる（*Sternal*, a.a.O.（N. 3）, §7 Rn15, Rn35f., *Bumiller*/ Harders/ Schwamb, FamFG, 13. Aufl. 2022, §7 Rn32）。また、通知は、潜在的関係人が参加に関する処分権を積極的に行使する状態に促す目的を持つとされる（MünchenerKommentarFamFG, 3Aufl. 2018, Rn27）。

づける規定も設けられた。すなわち、母が子の懐胎から出生までに 3 回以上婚姻をしていたときは、原告たる前夫は、原則通りの後夫および子（又は親権を行う母）を被告とする訴えに、他の夫に対する訴えを併合提起しなければならない（同 41 条 3 項）。具体的には、母が A と婚姻中に子を懐胎し、その後離婚して B と再婚し、さらに離婚し C と再婚して子を出生した場合、A が前夫として、C（及び子又は母。以下省略）を被告とする否認の訴えを提起する際には、B を被告とする訴えを併合提起する必要がある。A は C に対する訴訟で仮に認容判決が出されても、それのみでは子は B の子と推定されるにとどまる。自ら否認権行使していない B は子の父となる意思を有していないことが多いと考えられることからすると、A の C に対する訴え（のみ）を認めることは、子の利益に反し相当でない [5]。そこで、A は、C に対する訴えに B に対する訴えを併合提起し、C に対する請求認容判決の確定を停止条件として、B に対する請求認容判決を求めるものとされている。またその後も、弁論が分離されたり、一部判決がされたりすることに特段の制約がない場合には、C の子であることが否認され、B の子であることが否認されないといった事態が生じる可能性があり、訴えの併合提起を義務付けた趣旨を没却するおそれがあるため、弁論・裁判を分離してはならない旨の規定も置かれた（同条 4 項）。

このように改正により否認権者に加わった前夫が、一方では事後的通知を受け、他方では訴訟当事者とされることとなったが、それはどのような考慮に基づいているのだろうか。以下では法制審議会民法（親子法制）部会の部会資料（前掲注 3）を紹介し、検討を加えたい。

---

(5)　部会資料 25-2 の 17 頁以下参照。前夫の否認権は、母が再婚しなければ子の父と推定されるべき地位にあること等を踏まえ、前夫が子の法律上の父となることを可能とするために認められており（前掲注 2 のほか、部会資料 25-2 の 13 頁、補足説明 55 頁等）、A 自身が父となれなければ訴えの目的を果たせない、とされる（同 18-1 の 31 頁も参照）。

Ⅱ　人訴法 42 条関係

1　併合規定を設けない理由

母の再婚により父となり得る者が複数存在するときの規律として、まず前夫 1 名のときは、以下の通り、併合の必要はなく順次の否認でよい。具体的に見ると、母が A（前夫）との婚姻後 300 日以内に出産した子であって、母が B（後夫）と再婚後に生まれた子は B の子と推定されるところ、子又は母による否認訴訟により認容判決が出れば、A の子と推定され、さらにそれを否認することもできる（B 否認なしには A 否認に至らない）。この場合には、原告たる子又は母は、B に対する否認と A に対する否認につき、個別に（調停後）訴えを提起してもよい。また、「B に対する否認判決等が確定したときは、子が A の子であることを否認する」という、停止条件付きの申立てをすることにより、同一手続で否認することもできる、とされる (6)。

ここでは対 B と対 A 訴訟の一回的解決も、そのための制度も必要ないとされている (7)。すなわち、対 B 認容が対 A 否認の前提とはなるものの、両判決には矛盾抵触の恐れはない。A と子との間に争いがない場合もあり、訴訟経済や当事者負担等の観点から、常に A との父子関係も判断しなければならないとの枠組みが相当とはいえない。B も A も生物学上の父でない事案もあり、父を定める意味で一回的解決は困難であることなどに照らし、必ずしも一回的解決を図るべきとは言えない、と。また、一回的解決を望む場合は、前述の通り対 B 否認に併せて対 A 否認の訴えを提起することができ、現行法で対処が可能とされる (8)。その際、管轄のほか、これらは通常共同

(6)　ここまでは部会資料 25-2 の 16 頁以下、同 24-2 の 17 頁、同 18-1 の 35 頁以下参照。停止条件付き判決をすることも訴えの利益が認められる限度で許容される例があることなどに鑑みて、明文規定を設ける必要はない、とされた。

(7)　部会資料 9 の 15 頁以下に、一回的解決を図る制度を設けるべきかに関連した多数当事者訴訟の形態等の検討として説明がある。

(8)　一回的解決とその制度の必要性の問題提起は部会資料 9 の 15 頁以下、不要とする理由につき同 18-1 の 36 頁以下参照。停止条件付きの訴えについては適法性が問題となりう

訴訟として 38 条の要件を充たすこと、二つの訴えが単純併合として提起された場合にいずれも認容可能性がある以上、民訴法 41 条を直接適用して同時審判申出によることはできないものの、第一審では当事者の意向等を考慮して事実上併合が期待できることも述べられている[(9)]。なお、B と子等の訴訟に、A は共同訴訟的補助参加等ができることも指摘されていた[(10)]。

2　既判力（対世効）の理解整理

以上の場合に必ずしも一回的解決でなくてよいとされるのは、既判力の理解と関係すると見られるので、この点につき部会資料の内容を確認する[(11)]。まず、現行法の父（夫）から子に対する訴訟では、学説上争いがあるものの、認容判決が確定すれば推定父子関係の否認、否認権存在につき既判力が

るが、併合提起の場合には同時審理・本案判決の余地があるとされている。

(9)　部会資料 9 の 17 頁の注 2、同 18−1 の 37 頁と同 25−2 の 19 頁の注 1 では、子が訴え提起する場合はその住所地管轄家裁に両訴訟を併合提起できることが示されている（調停についても同箇所。後掲注 20 も参照）。また同 18−1 の 37 頁と同 25−2 の 19 頁の注 2 には、対 B と対 A 訴訟は少なくとも 38 条の訴訟目的たる権利義務が同種で事実上・法律上同種原因に基づくときに該当する場合が多い、とある。民訴法 41 条の検討は同 18−1 の 36 頁と 38 頁の注 4 参照。上訴審では同時審理の保障はないとしつつ、同 18−1 の 38 頁には、前夫 2 名以上の場合（後出Ⅲ 2（ロ））と同様、調整がつくことが説明されている。

(10)　部会資料 9 の 16 頁には、A からの B 及び子等に対する訴訟で、子等は予備的反訴として対 A の訴えを提起でき、B からの子等に対する訴訟で、子等は対 A の訴えを提起できるとの指摘もある。

松本博之『人事訴訟法・第 4 版』（弘文堂、2021 年）425 頁によれば、現行法の父からの子に対する否認訴訟に、血縁上の父である可能性ある第三者は、父とされたくない場合には被告側に、父と認められたい場合は原告側に補助参加が可能である。そして認容判決により子は嫡出たる身分を失うが、第三者の身分は変動しないから共同訴訟的補助参加にはならない（子は上記第三者に訴訟告知可能。上記否認の認容判決の既判力は、被告が原告の血縁上の子でないことを確定しないので、子が第三者を被告とする認知の訴えにおいて、第三者が「前訴原告が血縁上の父である」との主張を妨げられないため、子が二重敗訴の危険回避目的で告知）、とされる。岩井俊『人事訴訟の要件事実と手続』（日本加除出版、2017 年）427 頁も、同様に上記の者に補助参加の利益があるとし、否認訴訟の結果により直接その地位に影響を受けるわけでなく、否認権もないため共同訴訟的補助参加にはならないとする。後掲注 23 とその本文も参照。

(11)　以下本文の記述は部会資料 18−1 の 33 頁以下、同 22−2 の 10 頁以下。ここでは部会資料通り、形成力でなく既判力の説明とする。

生じ、それが第三者にも拡張され（対世効）、棄却判決が確定すれば否認権不存在につき既判力が生じ第三者に拡張される、と説明される。

改正法の下では、①前夫Aが原告となるときは、後夫B及び子又は親権を行う母が被告とされ、実質的にB、子、母が訴訟手続に関与しているところ、認容判決の場合には、対世効により第三者との関係でもBの子であるとの推定が否認され、A否認権の存在も争えず、訴訟当事者との関係では対世効によらずとも既判力が及ぶ。他方、棄却判決の場合はA否認権の不存在が確定する。けれども、前夫の否認権は、後夫、子、母の否認権とは実体要件を異にするから、後夫らの否認権とは異なる形成権であり、訴訟物を異にし(12)、前夫の否認権の不存在が確定し対世効によりそれが後夫らに及ぶとしても、これらの者の否認権行使は制限されない、すなわち後夫自身が原告となり、後夫の子であるとの推定について否認権を行使する訴訟は妨げられない、と説明される。この点、「Bと子の間に生物学上の父子関係がないとはいえない」との理由で棄却された場合、後にたとえBらが訴え提起しても請求が認容されることは想定し難く、実質的に紛争の蒸し返しとなるが、この場合でも主張立証の在り方次第では、Bら提起の訴えの受訴裁判所がAによる訴えの結論とは異なる心証を形成することもあり得なくはない、Bらに否認の訴え提起につき自ら判断する機会を付与するとの観点から、一律に訴えを禁じることは相当でない、仮にBらの訴えが具体的訴訟経過に照らし信義則に反する場合はそれを理由に許さないことも考えられる、と述べられている。

---

(12)　部会資料18-1の34頁以下では、訴訟物につき、否認権者毎に訴訟物が異なる「とも考えられる」との表現であったが、同21-2（後掲注15参照）を挟んで、同22-2の11頁では訴訟物は異なるものであるという「べき」と変化している。

前夫の否認権の要件（民774条4項ただし書）には、前夫否認により子の利益を害することが明らかでないことが付加されていることは前掲注2参照。部会資料25-2の13頁によれば、この要件に該当するのは前夫が自ら子の養育意思を持つ場合であり、その判断には、前夫による懐胎事実が意思の徴表として重要であり、一方、前夫による懐胎と認めるに足りないとき養育意思が疑わしい上、子や母が前夫を父とすることに異議を述べている場合、将来否認の事態が生じ得る（逆に異議なき場合は、前夫による懐胎でない、認めるに足りないときでも直ちに子の利益を害するとはいえないが、母や再婚後の夫への嫌がらせ目的は子の利益を害することが明らかといえる）と説明されている。

②後夫 B が原告となるときや、子（又は母）が原告となるときも、前述の通り否認権者毎に形成権、訴訟物は異なるとの考え方に立てば、上記の判決の対世効により、前夫 A による後夫 B に対する否認訴訟は制限されない。被告の負担、訴訟不経済は否定できないが、手続に関与していない前夫との関係でこの帰結はやむを得ない（棄却判決に対世効が認められていない例、会社法 838 条等が挙げられる）、とされている[13]。

以上、前夫は、他の否認権者による訴訟で棄却判決が出され、その既判力の対世効が及んでも、自ら後夫に対する否認の訴えを提起することを妨げられない（上記②）。他方で後夫につき否認の認容判決が出された場合には前夫の子と推定されるから、その推定を否認する訴え提起の機会保障のため、当事者でなかった前夫には判決通知の規定（人訴 42 条）が設けられた。ここでは、否認権者が複数となった改正法の下、棄却判決の対世効が生じても、当事者でなかった他の否認権者の権利行使には影響しない（前訴被告であった後夫らすら、前夫による前訴棄却判決後も、自ら原告となる否認訴訟を妨げられない。上記①）とされている点、その理由として実体面のほか、原告それぞれの主張立証の違いという手続面も考慮されている点、これら従来との違いに注目しておく。

Ⅲ　人訴法 41 条 3・4 項関係　――前夫 2 名以上かつ前夫が原告となる場合

1　既判力（対世効）の理解整理

次に、母が子の懐胎から出生まで 3 回以上婚姻した場合の、前夫による否認の訴えについて部会資料を確認する[14][15]。まず既判力の理解の整理とし

---

(13)　他方、前夫は子の出生を知らない限りいつまでも否認権行使し得ることとなるため、棄却判決後長期間経過してから前夫が訴えを提起するおそれがある、との指摘もあった（部会資料 18-1 の 35 頁）。人訴法 42 条がカバーしない、この点についての検討は後の部会資料には見当たらない。

(14)　前出Ⅰ（後ろから 2 段落目）の通り、母が A と婚姻中に懐胎した子を、B、C と順に

て、① AC 請求認容判決が出された場合、C の子でないことが対世効をもって確定されるため、B との関係でもこれが及び、B が子の父と推定されることとなる。これに対し、AC 棄却判決の場合は、② 子の利益を害することが明らかでないとの要件が認められなかった（ために棄却の）ときは、この要件が前夫 A 否認権の行使目的、子や母の異議を考慮し判断されるとすると、主体により個別判断されるべきものであり、各否認権の実体要件は実質的に異別で、それぞれ異なる訴訟物であり、棄却判決の対世効は B に及ぶが、B の C に対する否認権行使は妨げられない、とされる。同じく棄却判決で③ C の子であるとの推定が覆せなかったときは (16)（真偽不明含む (17)）、②の理解によれば同様に棄却判決の対世効は B に及ぶが、B の対 C 否認権行使は可能とされている (18)。なお、ここでも、AC 棄却判決により B の対 C 訴訟

再婚して出生した場合に、A が原告として、推定上の父 C とともに B も相手取って訴え提起する場合である。部会資料 21-2 の 13 頁以下、同 22-2 の 10 頁以下参照（ただし、前者には次の本文①～③のうち、②への言及はない）。

(15)　部会資料 21-2 の 13 頁では、「前夫否認権」として一つの訴訟物と解した場合、AC 棄却判決の効力は B にも及び、B の C に対する否認訴訟は既判力により棄却されるが、A、B 異なる訴訟物と解した場合、上記判決の対世効は B に及ぶものの、それにより B の否認権行使は妨げられない、とされている。同 14 頁注 1 では、AC 訴訟で C の子であるとの推定を覆せなかった場合、単一訴訟物との理解によれば B の C に対する否認訴訟も棄却だが、異別訴訟物との理解では B の否認権行使は妨げられない（B は単純併合の AC 訴訟で訴訟行為不能。証拠共通のみ）、と説明されている。

(16)　部会資料 22-2 の 12 頁、24-2 の 18 頁、25-2 の 17 頁。ただし、同 21-2 の 13 頁では「子が前夫（ここでは A）により懐胎された」との事実が認められなかったときとされ、「後夫（C）の子である」との推定が覆せなかったときとはされていない。

(17)　部会資料 21-2 の 14 頁注 2 では、「前夫 A による懐胎」の立証責任を原告 A の負担とした場合、いずれの子か不明時（A の子立証失敗や C の子推定覆せなかった、いずれも）請求棄却可能であるが、逆に被告 C 負担の場合は不明時（A の子のでない立証失敗を理由に棄却不可）C の子推定覆せなかったことを理由に棄却可能とする。同 22-2 の 8 頁では、否認権行使者（原告）が立証責任を負う、否認権の積極的要件と解するのが相当、とされている。

(18)　前夫と子の生物学上の父子関係等は実体要件と位置付けられていることは、部会資料 18-1 の 33 頁、同 16-3 の 7 頁。中間試案補足説明 58 頁以下も参照（なお、同 21-2 の 13 頁では、上記を訴訟要件と理解した場合，AC 却下判決に対世効はないので，B の否認権行使は妨げられない、との説明もある）。ただし、子が前夫により懐胎されたことを明示的要件とすると、生物学上の父子関係との一致（の証明があること）を要求することになり、これは生物学上の父子関係を考慮せずに父を定めうる制度である現行嫡出推定制

が封じられない理由として、訴訟物（否認権、その実体要件）が異なること以外に、B は単純併合された AC 訴訟で訴訟行為できないとの手続面が挙げられている点（前掲注 15）に着目しておきたい [19]。

2　併合関係

（イ）第一審手続

併合規律を設けること（人訴 41 条 3・4 項）を前提に [20]、判決については以下のように整理されている [21]。①子が A による懐胎（A の子）と認められる場合、C、B いずれとの関係でも否認が肯定され請求認容判決がなされる。② C による懐胎（C の子）でないと認められない場合、C に対する請求は棄却、B に対する訴えは却下される。③ B による懐胎（B の子）でないと認められない場合、B に対する訴えは認められず（却下あるいは請求棄却）、A が子の父と推定されることにならないため、C に対しては子の利益を害す

度の本質に変更を生じるものともいえることから、慎重に検討する必要がある、とされる（同 22-2 の 6 頁以下）。

(19)　部会資料 22-2 の 12 頁。前夫 1 名の場合に関する、前出Ⅱ 2 ①（後ろから 2 段落目）の棄却判決の場合で「主張立証の在り方次第で」別の結果もありうるとの手続的理由付けがあるのと同様である。

(20)　なお調停には併合規律はない。部会資料 25-2 の 18 頁、同 24-2 の 18 頁以下では、合意相当審判の成立には全ての当事者の合意が必要であり、子や母の意思に反して C 否認の調停が成立し、子の利益に反する事態は想定されないこと、併合申立てがなされても分離は禁じられず、当事者全員が同意していれば併合するのが合理的であり、特段の規律を置かずに調停委員会の判断に委ねればよいこと、他方、例えば B が、C の子であることを否認する審判の先行を希望し、それまでは B につき否認審判を行うことに反対する場合には同時に合意相当審判をすることはできないこと、が指摘されている。

(21)　以下は部会資料 25-2 の 17 頁、同 24-2 の 18 頁。ともに①では、前出Ⅲ 1 ①「C の子ではない」と異なり、「A によって懐胎されたものと認められる」との積極認定による認容である。これに対し②③は「C（B）によって懐胎されたものでないとは認めらない」との消極的表現となっている。なお、前夫否認権に生物学上の父子関係（証明）求めない理由は前掲注 18 のほか、前夫による否認権行使に子や母が反対しない（前夫が父との推定を受容）事案で、一律に証明を要求する必要性は小さいこと、DNA 型鑑定は個人の高度プライバシーにかかわり、実務上当事者の同意がない限り鑑定を実施できないとされていることが挙げられている（同 22-2 の 6 頁以下、20 の 22 頁）。

るとして棄却判決となる、とされる。

（ロ）上訴審手続

ここでは同時審判の保障はないが、以下の理由で特段の規律はされていない。すなわち、上記イ①で C にかかる認容判決につき C が控訴し、控訴審で請求棄却されたときは、B にかかる認容判決は停止条件不成就により実質的に失効する。上記イ③で（子の利益を害すため想定されないが）仮に C に対する請求を認容し、B に対する請求棄却判決がなされた場合に、C のみ控訴し、控訴審で訴え却下又は請求棄却判決がされたときは、B に係る棄却は残るものの、そもそも C に対する訴え却下又は請求棄却により C の子となるとの判断が確定していることにより、A の C に対する否認権の不存在が確定し、引き続き子は C の子であることになる（B の子にはならない）。さらに、イ②で C に係る棄却判決についてのみ A が控訴する場合は、B に対する訴えとの併合がないことを理由に不適法却下されることになる。以上、ここでは併合の検討においても判決段階での調整が検討されていることに着目しておく。

Ⅳ　まとめと若干の検討

1　紛争の一回的解決の後退

以上の改正、特に前夫への手続的な手当てを見てみると、主に前夫以外の否認権者が原告となる（前夫は受動的）場合（民 775 条 1 項 1~3 号）は、一回的解決を後退させ、事前の参加よりも事後の塗り替えを認めるものと位置づけられる[(22)]。この場合、他の否認権者による訴訟（への参加ではなく、そ）

(22)　対世効による画一的、一回的処理の区別については、高田裕成「多数当事者紛争の画一的解決と一回的解決」民訴雑誌 35 号（1989 年）186 頁、同「身分訴訟における対世効論のゆくえ」新堂幸司編著『特別講義民事訴訟法』（有斐閣、1988 年）367 頁のほか、高橋宏志「人事訴訟における手続保障」竹下守夫編集代表『講座新民事訴訟法Ⅲ』（弘文堂、1999 年）354 頁、同・後掲注（25）320 頁以下参照。

の判決確定後の順次訴訟が許され（一回的解決の後退）、判決の事後的な塗り替えも認められる。すなわち、他の否認権者による訴訟（前夫は当事者でない）で棄却判決が確定した後も、前夫は後夫に対する否認訴訟を妨げられない。その棄却理由が、推定上の父と子に「生物学上の父子関係が存在しないとはいえない」というものであっても、（職権探知ながら）否認権者＝原告が異なれば主張立証が異なりうるとの手続的根拠から、前夫は後夫に対する訴えを提起し、認容判決を得ることもできる。また、棄却判決は通知されないため、それから長期間経過後に、子の出生さえも知らなかった前夫が後夫に対する訴えを提起することも妨げられず（前掲注 13）、棄却判決については事後的な塗り替えが緩やかに許される。他方、認容判決の場合は、推定上の父に対する否認は既に達成され（前夫に新たに認められた否認権の行使は不要）、あとは、次に父と推定される前夫（とその前夫）に、自ら（自分の後夫）についての従来の（改正による前夫の）否認権行使機会を保障すれば足りるという想定で、（前訴無関与の）前夫に対する判決通知が設けられた（人訴 42 条。ただし、この場合もさらに前夫嫡出推定を否認し、塗り替えうる）。

事後的塗り替えを許す手続的理由は、棄却、認容の結果にかかわらず同様に当てはまるはずが、認容判決の場合には前夫には後夫の嫡出否認につき事後的に争う機会はない。（自分への父推定を食い止めたい）前夫には、従前通り、（被告側の子又は母による告知等を契機とする）訴訟参加以外に関与機会がない。改正法は結局、実体的観点から否認権者たる前夫が否認権を行使する方向でのみ、事後的な手続を保障するものといえる。

2　原告となる（能動的）前夫の負担による、原告でない（受動的）前夫への手続保障

前夫が原告となる（能動的）場合（民 775 条 1 項 4 号）は基本的に、従来通り一回的・画一的解決が図られる。前夫は、後夫のみならず子（親権を行う母）も相手取る手続負担を負い、その負担により密接な利害関係人全員が当事者として訴訟に関与する。ただし、これは第三者の身分関係を争う場合の原則通りといえる（人訴 12 条 2 項）。

前夫が 2 名以上いるときは、原告となる前夫が、後夫（と子や母）のみな

らず他の夫全員を被告とする負担を負う（同 41 条 3 項）。他の否認権者による訴訟とは異なり、順次訴訟は許されない。前夫 A が推定上の父 C に対する否認の認容判決を得た後、次に父と推定される B による（あるいは子又は母による対 B の）否認の訴え提起（の選択）を待たず、B も加えずにした C への訴えは却下される。裁判所も弁論の分離を禁じられる（同条 4 項）。さらに判決では、必ず（B でなく）A か C が父推定を受けるよう画一的解決が保障される。

これに対し、後夫 C とともに被告とされる（もう一人の前夫）B は、自ら否認権を行使しない以上、父となることにも訴訟にも消極的であるとの想定から、最も受動的地位におかれる。この場合、原告は両請求につき認容を求める点で、同時審判申出による共同訴訟や主観的予備的併合の場合とは異なるが、C につき否認されて初めて B の否認が問題となるという順序があり、しかも、判決は A か C が父となるように合一確定される。AC 訴訟で決着がつけば AB 訴訟の判決が導かれ、B についての審理は不要となり、B はいわば予備的被告の地位に置かれる。ただし、A の C に対する請求が棄却されても（前出Ⅲ 2 イ②、特に③）、自身が父になるための、B が C に対する否認訴訟は妨げられない（前出Ⅲ 1）。認容判決（前出Ⅲ 2 イ①）の効力により、B に許されなくなるのは、A に対する否認のみである。

こうして原告となる前夫には、自らが父となるための否認権という実体的観点から、比較的重い手続負担を課すのに対し、原告でない前夫には、実際に消極的でも支障がない、負担の少ない地位が付与される。しかも、（AC 認容判決と）AB 認容判決（それにより A が父と決まる）が確定しない限りは、もし（訴訟を契機に）B が自ら父となろうとするならば、B は、C に対する否認訴訟を提起することも妨げられない（事後的手続保障）。これはひとつのバランス、手続的な負担分配と見られる。けれども、例えば B が「C ならよいが、A を父とすることには反対」という場合に、単に自らの AB 訴訟で請求認容とならないよう主張立証をするだけでは足りず、前提となる AC 訴訟への関与を欲することもあるのではなかろうか。

3　改正法による参加誘因の低下

自身に対する訴訟が併合されている場合も、前夫への判決の効力＝事後の手続保障の点で、併合のない場合と違いは設けられていない。前夫が 2 名以上の後夫を被告とする併合も（前出Ⅲ 1、Ⅳ 2。以下、「義務的併合」という）、子又は母が後夫とともに前夫を被告とする併合も（前出Ⅱ 1。以下、「任意的併合」という）、併合された次順位前夫は、後夫に対する棄却判決後、後夫に対する自身による否認の訴え提起を原則として妨げられない。これは前述の通り、前夫への十分な手続保障を欠くとの手続的理由に基づく点で、いわば再審事由を取り込み、手続負担を軽減するものと言えようか。ただし、Ⅳ 1 最後で前述の通り、これは棄却の場合にのみ妥当し、否認方向でのみ考慮される。

一方、従来、父子間の否認訴訟に、原告以外に父となり得る者は現行法により（共同訴訟的）補助参加が可能とされてきた（前掲注 10 とその本文）。改正法の下では、任意的併合で前夫が子（又は母）と父の訴訟（同 775 条 1 項 1〜3 号）に、義務的併合で B が AC 訴訟に参加することが一応想定される。このうち原告側（認容方向）に参加する場合には、従来と異なり、参加訴訟の認容判決により自らが子の父と推定されることとなり（自らの身分変動あり）、自らも否認権、原告適格を持つことからすると、新たに共同訴訟参加が可能となろうか[23]。あるいは、参加人が自らの否認権を行使し、原告側参加ではなく、原則通り子（又は母）をも被告とする独立当事者参加となるとの位置づけもありえようか。参加人が自ら父となる意思、目的を示すときには、これがふさわしく思われる。特に義務的併合では、A か C が父となるための判決しか想定されていないため（前出Ⅲ 2 イ特に③）、B 固有の請求を立てる必要があろう[24]。しかし、原告とは別の固有訴訟物を立てるもの

(23)　任意的併合の場合の前夫による原告側参加では、前夫原告の訴訟では被告となるはずの子（又は母）と共同原告となる場合もあるが、前夫原告訴訟では身分関係の当事者（密接関係者）全員を当事者とするために後夫のみならず子（又は母）も被告とされていると見れば、ともに後夫につき否認権を行使する意味では共同原告となることに問題はなかろう。

とすると、請求も適格も両立するため独立当事参加とはならず、共同訴訟参加にもならないとも考えられる。他方、被告側（棄却方向）参加の場合は、自らの身分変動がないという従来の実体的理由からは補助参加となろうか。ただ、改正法によれば棄却判決により自らの否認権行使は妨げられないため（訴訟結果についての利害関係なし）、参加の利益なしとの結論にも至りうるが、従来認められた参加まで否定はされまい。

さらに、参加がなされたとして、その判決効を考えてみると、認容を求めて原告側に参加したが棄却となったとき、共同訴訟参加等であれば既判力により当事者間で、補助参加であれば少なくとも参加的効力により共同原告間で、子の父は後夫でない（前夫や自らが父である）と主張できなくなる（独立当事者参加でも既判力により同結果）。被告側参加の場合、認容となれば参加的効力により共同被告間で、子の父は後夫である（前夫や自分は父ではない）と主張できなくなる。すると、前夫が認容を求める場合、参加しなくとも結果的に認容であれば対世効により目的は達せられ、棄却になったにせよ後に自らの訴訟で認容に塗り替えればよいと見て不参加を選ぶかもしれない。棄却を求める前夫も、まずは他の訴訟を傍観し、参加してもしなくても結局認容となれば自分が父であるとの推定を否認すればよいとの選択を採りやすくなろう。そのため改正法は訴訟参加への配慮を不要としているのかもしれない。

従来一般的に、人事訴訟では判決の対世効により密接な利害関係にも再審が認められなかったことから、前訴への参加とそのための通知が論じられてきた[(25)]。けれども嫡出否認訴訟においては、原告適格の拡大、それに伴う

(24)　C 及び子（親権母）に対する否認請求のみの片面参加で足り（認容により父推定が B で留まり、次の A は問題とならない）、A に対する請求を立てる必要はなかろうか。

(25)　その契機たる最判平成元・11・10 民集 43 巻 10 号 1085 頁、評釈の原強・ジュリ 957 号 135 頁、吉村徳重・判タ 735 号 178 頁、本間靖規・民商 102 巻 6 号 808 頁等。訴訟係属の通知等を受けず、参加機会を奪われた第三者への判決の対世効を否定、制限する学説として吉村徳重「判決効の拡張と手続権保障」同『判決効の理論（下）』（信山社、2010 年）213、235 頁以下、池尻郁夫「身分判決の対世効と第三者の手続権保障」六甲台論集（1982 年）29 巻 1 号 46 頁以下、本間靖規「身分訴訟の判決効と手続権保障」同『手続保障論集』（信山社、2015 年）275 頁以下、河野正憲「身分判決の対世的効力と第三者の地位（三・完）」法学 57 巻 1 号（1993 年）75 頁以下、松本・前掲注（10）287 頁

訴訟物と判決効の解釈変更、事後的手続保障により、訴訟参加のインセンティブ、必要性は低下するとも見られる。これが例外的領域として他の親子関係訴訟には影響しないのか[26]、さらには（人事）訴訟一般の対世効、その根拠たる利害関係人への手続保障とどのように関係するのか、従来の議論との関係、整合性についてはさらに検討を要する。

（本学法学部教授）

以下等。高田裕成「いわゆる対世効論についての一考察（一）」法協 104 巻 8 号（1987 年）1 頁以下、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）319 頁以下も参照。判例評釈であるが、安西・法の支配 210 号（2023 年）101 頁でも利害関係人通知に言及した。

さらに従来、嫡出推定が否認されても父子関係の不存在は不確定と見て、親子関係の確認等を許す議論があった（松本・前掲注（10）425 頁、福永有利「嫡出否認の訴と親子関係不存在確認の訴」中川善之助先生追悼『現代家族法大系 3』有斐閣、1979 年 25 頁）。

(26)　固有適格を今次改正で明文化された認知無効の訴えにおける母や 21 歳迄の子（民 786 条）、従前から規定のある父を定める訴えにおける子や母（人訴 45 条）につき、（棄却）判決後の自らの再訴（塗り替え）が認められるか、他の原告による訴訟への参加（形態）につき解釈変更があるか、がさしあたり問題となる。

論　　説

民事訴訟における直接主義について

畑　宏樹

第 1 章　本稿の問題意識
第 2 章　直接主義とは ― 前提の確認
　第 1 節　直接主義の意義・内容
　第 2 節　他の訴訟原則との関係
　第 3 節　直接主義の例外
第 3 章　直接主義の例外をなす新たな例証
　第 1 節　調書判決と直接主義
　第 2 節　令和 4 年 IT 訴訟化改正と直接主義
　　Ⅰ　口頭弁論期日におけるウェブ会議の利用
　　Ⅱ　証人尋問におけるウェブ会議の利用
第 4 章　おわりに

第 1 章　本稿の問題意識

わが国の民事訴訟法は、平成 8 年に現行法（平成 8 年法律 109 号）が制定されて以降、何度か重要な改正が施されて今日に至っているところ、直近に行われた改正（令和 4 年法律 48 号）においては、民事訴訟手続における IT 化を促進することを主たる内容のものとなっている。大雑把には、訴訟に関する書類のオンライン提出にかかる改正事項と、ウェブ会議を活用した期日運用にかかる改正事項を内容とするものである。

前者は訴訟手続の効率に資する改正事項といえることから、大方において高評価を得ているものと思われる。他方、後者のうち、和解期日や弁論準備期日におけるウェブ会議利用については、これらがもともと原則的に非公開の手続であるためか、民事訴訟法の基本原則との関係における問題はあまり

指摘されない。しかしながら、口頭弁論期日におけるウェブ会議利用については、裁判公開原則をはじめとする訴訟諸原則との関係を慎重に検証する必要があるといった指摘がなされており、とりわけウェブ会議を用いた証人尋問については、直接主義（民訴 249 条）との関係についての指摘が多くなされている。

令和 4 年改正を契機としてあらためて直接主義の意味合いが問われるようになったことに加え、直接主義の意義・役割とその限界を改めて考えさせられるような裁判例も近時出てきていることに鑑み、本稿においては、直接主義の意義を改めて確認し、あわせてその限界（ないしは例外）について考察することを目的とする。

第 2 章　直接主義とは ― 前提の確認

第 1 節　直接主義の意義・内容

直接主義とは、判決を行う裁判官（受訴裁判所）が弁論の聴取や証拠の取調べを直接自ら行うとする原則であり、中間に何者も介在させず、受訴裁判所が当事者の陳述や証拠を直接知覚する審理方式であり、わが国の民事訴訟法もこの原則を採用している（民訴 249 条 1 項）。これに対し、他の者による審理結果の報告に基づいて判決をするという考え方を間接主義という。

直接主義は、当然に採用されるべき原則ではなく、歴史的な所産によるところが大きいとされる[(1)]が、間接主義のもとでは、裁判を行う裁判官は、当事者および証拠と直に接触していないために、これらから新鮮な印象を得ることができないという短所があるのに対し、直接主義による場合には、とりわけ証人の信頼性をよりよく判定することができ、真実発見の要請に適うだけでなく、訴訟の促進にも資するといった長所があるとされる[(2)]。

---

(1)　鈴木正裕＝青山善充編集『注釈民事訴訟法(4)』（有斐閣、1997）124 頁〔小林秀之〕、笠井正俊＝越山和広編『新・コンメンタール民事訴訟法〔第 2 版〕』（日本評論社、2013）914 頁〔越山〕、松本博之＝上野泰男『民事訴訟法〔第 8 版〕』（弘文堂、2015）62 頁〔松本〕など。

直接主義の内容としては、民訴 249 条 1 項が定めるいわゆる形式的（主観的）直接主義（直接主義の第 1 の内容）のほか、伝聞証拠の排除を目的とする実質的（客観的）直接主義を含む（直接主義の第 2 の内容）とする指摘がなされることがある[(3)]が、後者の意味での直接主義は、わが国では採用されていないとされていることから[(4)]、本稿においてもこれは考察の対象外とする。さらに、この 2 つの内容に加えて、「証拠の形式的直接性」という内容を含むとする見解も存在する[(5)]。これは、証拠調べとの関係において、証拠調べが中間者の関与を排除して、判決裁判官によって直接に実施されるべきというものである。形式的（主観的）直接主義の長所が、とりわけ人証の取調べにおける信頼性の確保という点にあるとされることからすると、実際に判決をする裁判官が、証人（および当事者）の供述態度をも実際に見て証言内容を評価すべきというのは、いわば当然のこととともいえるが、「直接主義の第 3 の内容」として明確に意識しておくことは無意味なことではないと思われる。

第 2 節　他の訴訟諸原則との関係

当事者の弁論および証拠調べは口頭でなされなければならず、口頭でなされたものだけが判決の基礎資料となるという原則を口頭主義といい、わが国の民事訴訟法ではこれが採用されている。直接主義を採用することと口頭主

---

(2)　松本＝上野・前掲注(1)62 頁〔松本〕など。直接主義と間接主義の長所・短所の比較については、鈴木＝青山編集・前掲注(1)124 頁以下〔小林〕参照。

　また、菅原郁夫教授は、従来直接主義の長所としてあげられてきた点は、その内容として、観察の直接性（直接観察性）とその場での質問が可能な点（即時応答性）にあるとされるが（同「直接主義の機能分析」加藤哲夫ほか編『現代民事手続の法理［上野恭夫先生古稀祝賀論文集］』（弘文堂、2017）208 頁）、このことは本稿でいう「直接主義の第 3 の内容」にもっともよくあてはまるといえる。

(3)　近藤完爾「直接主義復習」民訴雑誌 3 号 65 頁（1956）、竹下守夫＝伊藤眞編集代表『注釈民事訴訟法(3)』（有斐閣、1993）10 頁〔伊藤〕など。

(4)　松本＝上野・前掲注(1)63 頁〔松本〕（松本教授は、この意味での直接主義を「証拠の実体的直接性」と表現される）、秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法Ⅴ〔第 2 版〕』（日本評論社、2022）162 頁など。

(5)　松本＝上野・前掲注(1)62 頁〔松本〕。

義を採用することとは論理必然ではないが[6]、口頭主義と結びつくことによってその実効性を一層発揮することになる。すなわち、口頭主義による審理においては、裁判官は事件につき新鮮で強烈な印象を得ることができるし、また、弁論に疑問があればすぐに釈明権の行使によってその内容をより正確に理解することも可能となる[7]。

つぎに、直接主義は、集中審理主義とも密接な関連性を有している。直接主義を実現するためには、極力、審理の途中での裁判官の交替といった事態は避けたいことから、集中的な審理が求められることになる。また、口頭弁論と判決との時間的間隔が大きくなればなるほど、口頭弁論から感得できた直接の印象もまた薄れることになり、直接主義の長所が減退することになる。とりわけ、人証についての集中証拠調べを明確に定める現行民事訴訟法（民訴 182 条）のもとでは、直接主義の理念は実現されやすいといえる[8]。

また、訴訟諸原則ではないが、直接主義は自由心証主義を内在的に支えるものでもある[9]。自由心証主義とは、争いのある事実につき口頭弁論の全趣旨および証拠調べの結果を斟酌して自らの心証に従い、事実主張を真実に合致するかどうかを判断しなければならないというものであるが（民訴 247 条）、裁判官が当事者の陳述や証拠方法と直接触れてみて心証を形成することが保障されてはじめて、真の意味での自由心証主義が実現できることになる。その意味では、直接主義は、弁論と証拠調べの両方に適用があるものの、証拠調べの場面（とくに裁判官が尋問の供述態度からも心証形成を行う人証の場面）において、より本質的な意義を有するといえる（とりわけ、直接主義の第 3 の内容との関係において）。

さらに、近時では、当事者権の保障という観点からも、直接主義は重要な意義を有するとの指摘もなされている[10]。とりわけ、弁論（主張レベル）の

---

(6)　鈴木＝青山編集・前掲注(1) 125 頁〔小林〕、斎藤秀夫ほか編著『注解民事訴訟法(4)〔第 2 版〕』（第一法規、1991）416 頁〔小室直人＝渡部吉隆＝斎藤秀夫〕、高田裕成ほか編集『注釈民事訴訟法第 4 巻』（有斐閣、2017）1046 頁〔山田文〕参照。

(7)　松本＝上野・前掲注(1)65 頁〔松本〕、高田ほか編・前掲注(6)1046 頁〔山田〕。

(8)　鈴木＝青山編集・前掲注(1)126 頁〔小林〕、笠井＝越山編・前掲注(1)914 頁〔越山〕。

(9)　鈴木＝青山編集・前掲注(1)126 頁〔小林〕。

(10)　高田ほか編集・前掲注(6)1046 頁〔山田〕。

場面では、弁論の機会を実質的に保障するためには、裁判官による釈明権の適切な行使がなされることが必要であるところ、直接主義はこれによりよく応えることができる。また、判決をする裁判官の前で弁論することで、当事者は主要事実のみならず間接事実の重要性に関する細かなニュアンスも含めて認識を共有することが可能となり、実効性のある争点整理作業を実現することができる。この点は、直接主義の現代的意義と評されているところである。

第3節　直接主義の例外

直接主義を貫徹することがかえって審理の非効率をもたらすような場合には、直接主義の要請を後退させ、間接主義に代替することも考えられる。

現行法のもとにおいて、直接主義の例外扱い(11)が認められている場合としては、①弁論および証拠調べの直接性が失われる場合、②受訴裁判所以外の第三者が証拠調べを行い、その証拠資料を訴訟資料とする場合、③証人が実際に在廷しないために証拠調べの直接性が減殺される場合、などがあげられる。

①類型に属する代表例としては、裁判官の交替による弁論の更新（民訴249条2項）がある。同一の裁判官が全ての口頭弁論に関与するのが望ましいのは言うまでもないが、転任や病気等により裁判官が途中で交替する事態において、直接主義を厳格に貫くと、新しい裁判官の面前で従前の口頭弁論を全てやり直す必要があるが、効率性を損なうことが甚だしい。そこで、弁論の更新によって、新しい裁判体に対して従前の口頭弁論の結果を陳述することで、従前の口頭弁論の内容を全て交代後の裁判官に得させることを可能とした。これはいわば、直接主義の第1の内容を補完する役割を果たすものといえる(12)（民訴296条2項も同様にとらえられる(13)）。

---

(11)　論者によって、「直接主義の限界」（高田ほか編集・前掲注(6)1046頁〔山田〕、岡田洋一「判批」判例秘書ジャーナル文献番号HJ100178（2023）5頁）、「直接主義の部分的な緩和」（松本＝上野・前掲注(1)63頁〔松本〕）、「例外」（秋山ほか・前掲注(4)162頁）、「直接主義が貫徹されない場合」（笠井＝越山編・前掲注(1)914頁〔越山〕）など様々な表現が用いられているが、本稿では端的に「例外」と表現することとする。

②類型に属する代表例としては、裁判所外における受命裁判官・受託裁判官による証拠調べ（民訴 185 条）があげられる（証人尋問〔民訴 195 条〕も含む。民訴 184 条・268 条などもこの類型に属するといえる）。受訴裁判所が直接に証拠調べを行うわけではないことから、直接主義（とりわけ証人尋問については、第 3 の内容との関係において）の要請に正面から抵触するおそれが高い。実際に、受命裁判官・受託裁判官によって行われた証拠調べの結果は、調書に記載され、受訴裁判所に提出ないし送付がなされる。受訴裁判所がこれを証拠資料とするためには、直接主義・公開主義の要請を満たす必要から、口頭弁論への上呈が必要とされる(14)。

③類型に属する代表例としては、証人・当事者本人を対象とする、映像等の送受信による通話の方法による証拠調べ（民訴 204 条 1 号 2 号、210 条）があげられる。これらについては、口頭主義は維持されるものの証人等は現実には裁判官の面前に出頭していないことから、やはり直接主義の第 3 の内容との関係が問題となる（民訴 215 条の 3、372 条 3 項も同旨といえる。また、令和 4 年改正によるウェブ会議を利用した証人尋問〔改正民訴 204 条〕はまさにこの点が問題点として指摘されている〔後述第 3 章第 2 節Ⅱ〕）。もっとも、この類型においては、裁判官が交互尋問および補充尋問の様子を看取し同時的に心証形成できるという点では、①②類型に比べ、直接主義への影響は小さいとも評されている(15)。

第 3 章　直接主義の例外をなす新たな例証

第 2 章第 3 節で確認したとおり、現行法自体も直接主義には一定の例外があることを認めていることについては争いはない。果たして、直接主義の例

(12)　笠井＝越山編・前掲注(1)914 頁〔越山〕も、弁論の更新を、直接主義が貫徹されない場合の例と位置づけるのではなく、「直接主義を満足させる手段としての意味をもつ」とする。

(13)　高田裕成ほか編集『注釈民事訴訟法第 5 巻』（有斐閣、2015）138 頁〔北村賢哲〕参照。

(14)　高田ほか編集・前掲注(6)158 頁〔花村良一〕など。

(15)　高田ほか編集・前掲注(6)1050 頁〔山田〕参照。

外をなすとされる事例は、ほかにはないのであろうか。ここでは、直接主義の新たな例外事例ではないかと思われるものを検証してみたいと思う。

第1節　調書判決と直接主義

第1章で述べたような問題意識を筆者が抱くきっかけとなった裁判例として、最判令和5年3月24日民集77巻3号803頁をあげることができる。

同事件は、一般的には控訴の利益に関して新たな事例を付け加えたものとして紹介されているが、その背景には、直接主義をどのようにとらえるべきかという問題（同最判では、直接主義の要請を相当重視しているという姿勢が窺える）が含まれているように思われる。

［事案の概要］

基本事件は、X（原告・控訴人・上告人）が、Y（被告・被控訴人・被上告人）に対し、遺留分減殺を原因とする不動産の所有権一部移転登記手続を求める訴えを提起したというものである。この訴訟の第1審では、Yは適式な呼出しを受けたにもかかわらず、第1回口頭弁論期日に出頭せず、答弁書その他の準備書面も提出しなかったことから、A裁判官（単独体）は、Xの主張事実についてYが自白したものと擬制することとして（民訴158条、159条1項・3項）、上記期日において口頭弁論を終結し、判決言渡し期日を指定した。判決言渡し期日においては、いわゆる調書判決（民訴254条1項1号）によりXの請求を全部認容する判決（以下「本件第1審判決」）が言い渡されたが（和歌山地判令和3年6月16日民集77巻3号808頁）、この判決を言い渡した裁判官はAではなく、口頭弁論に関与していない別のB裁判官であった。

このことに気づいたXは、本件第1審判決には民訴249条1項（直接主義）に違反する判決手続の違法があるなどとして、本件第1審判決を取り消し、改めてXの請求を全部認容する旨の判決を求めて控訴した。

原審（大阪高判令和3年12月9日民集77巻3号814頁）は、本件第1審判決には判決手続の違法があるものの、Xの請求は全部認容されていることから、控訴の利益は認められず（〔筆者注〕形式的不服説に立ったうえで）、本件控訴は不適法であるとして、これを却下した。Xから、上告受理の申立てが

なされ、上告事件として最高裁に受理された。

［判 旨］

破棄差戻し。

「第 1 審において、事件が一人の裁判官により審理された後、判決の基本となる口頭弁論に関与していない裁判官が民訴法 254 条 1 項により判決書の原本に基づかないで第 1 審判決を言い渡した場合、その判決手続は同法 249 条 1 項に違反するものであり、同判決には民事訴訟の根幹に関わる重大な違法があるというべきである。また、上記の違法は、訴訟記録により直ちに判明する事柄であり、同法 338 条 1 項 1 号に掲げる再審事由に該当するものであるから、上記の第 1 審判決によって紛争が最終的に解決されるということもできない。

したがって、上記の場合、全部勝訴した原告であっても、第 1 審判決に対して控訴をすることができると解するのが相当である。」

［考 察］

ここで採り上げた裁判例は、控訴の利益の有無の判断にあたり、形式的不服説に立つことを前提としつつも、全部勝訴した原告にも控訴の利益が認められることがあることを示したものであり、形式的不服説の新たな「例外」を認めたものと評される(16)（なお、新実体的不服説の立場でも、本件のような事案においては控訴の利益を認めることはできず(17)、それでもこれを認める

(16)　安永祐司「判批」法セ 822 号 111 頁（2023）。形式的不服説とは、原審における当事者の申立てと原裁判の主文の大小を比較して、前者よりも後者が小さい場合のみ不服の利益を認める見解であり、基準としての明確さ等を理由に多数説・判例（最判昭和 31 年 4 月 3 日民集 10 巻 4 号 297 頁など）はこの立場に立つ。もっとも、形式的不服説の立場からは、相殺の抗弁のように判決理由中の判断であっても拘束力がある場合（民訴 114 条 2 項）や、別訴禁止規定（人訴 25 条）により後訴が許されない場合など、一定の「例外」を伴うことになる。

　他方、判タ 1512 号の解説記事においては、「判決手続に民事裁判の根幹に関わる重大な違法である民訴法 249 条 1 項違反がある場合には、控訴の利益を問うまでもなく、それ自体をもって控訴を適法と解する余地があることを示唆しているともいえようか。」（同 70 頁）との指摘もなされている。

(17)　濵﨑録「判批」法教 515 号 120 頁（2023）。新実体的不服説とは、原裁判が確定することで既判力その他の拘束力により致命的な（後訴では救済されない）不利益を被る者に不服の利益を認めるとする見解で、形式的不服説が「例外」としてきた事例についても

というのであれば、例外として認めるということになる）が、本稿においては、本件最高裁が控訴の利益を認めたことの当否については割愛する。本稿での関心は、本件事案が直接主義に違反するか否かである。

民訴 249 条 1 項は、「判決は、その基本となる口頭弁論に関与した裁判官がする」と定め、いわゆる直接主義について定めている。ここにいう「判決」を「する」とは、評議及び判決原本の作成により判決の内容を決定するものと解されている(18)。また、「基本となる口頭弁論に関与した裁判官」とは、口頭弁論の一体性や弁論の更新（民訴 249 条 2 項）などを根拠に、弁論を終結した口頭弁論期日（最終口頭弁論期日）の審理に関与したことを意味すると解するのが多数説の立場である(19)。

民訴 249 条 1 項の違反は、絶対的上告理由（民訴 312 条 2 項 1 号；最判昭和 25 年 9 月 15 日民集 4 巻 9 号 395 頁、最判昭和 32 年 10 月 4 日民集 11 巻 10 号 1703 頁など）または再審事由（民訴 338 条 1 項 1 号）となるという点については、学説上ほぼ争いはない。

判決の言渡しがいわゆる調書判決によっておこなわれる場合においては、第 1 回口頭弁論期日に弁論を終結して、直ちに判決を言い渡すということが想定されていることから、「基本となる口頭弁論に関与した裁判官」と「判決（を）する」裁判官は同一人物であるのが通常であろう。しかしながら、第 1 回口頭弁論を終結し、別途に判決言渡し期日を指定することも妨げられない(20)ことから、本件のように、第 1 回口頭弁論期日において審理をし弁

理論的に上訴の利益を認めることができるとして有力に唱えられているが、本件のように、新実体的不服説の立場に立っても「例外」として上訴の利益を認めざるを得ないとなると、新実体的不服説のメリットは減殺されるということになろうか。

(18)　秋山ほか・前掲注(4)163 頁、高田ほか編集・前掲注(6)1053 頁〔山田〕など。

(19)　秋山ほか・前掲注(4)163 頁、高田ほか編集・前掲注(6)1053 頁〔山田〕、兼子一原著『条解民事訴訟法〔第 2 版〕』（弘文堂、2011）1391 頁〔竹下守夫＝上原敏夫〕など。反対説として、鈴木＝青山編集・前掲注(1)130 頁〔小林〕は、全ての口頭弁論に立ち会っていた裁判官を指すとする。

(20)　笠井＝越山編・前掲注(1)929 頁〔越山〕によると、民訴 254 条 2 項が、通常の判決書の必要的記載事項である口頭弁論終結日（民訴 253 条 4 号）を調書判決の必要的記載事項とはしていないことから、条文上は、第 1 回口頭弁論期日に弁論を終結して正に調書判決を言い渡すことが予定されているとしつつも、別に言渡し期日をしてもかまわない、

論を終結させた裁判官（A）と、判決言渡し期日において判決を言い渡した裁判官（B）とが異なる人物である可能性が出てくる[21]。このような事態は、形式的にはまさに直接主義（民訴 249 条 1 項）違反ということになろう[22][23]。

本件において、最高裁が X に控訴の利益を認めた理由としては、再審事由（民訴 338 条 1 項 1 号）に該当する違法が本件第 1 審判決にある場合、この判決が確定しても後日 Y から再審が提起され取り消される可能性があることを考慮して、手続上の瑕疵のない判決を得る機会（控訴）を与えるため、という点に見いだすことができる[24]。すなわち、B 裁判官による判決の言渡しが、直接主義（直接主義の第 1 の内容）に反するものであるとの理解が大前提として存在している。しかしながら、基本となる口頭弁論に関与した裁判官が判決をするということの趣旨が、当事者や証拠と直に接することによってこれらから新鮮な印象を得、これにより自由心証主義を実質化しうるという点にあったことを踏まえると、第 1 回口頭弁論期日において弁論や証拠調べがされるでもなくそのまま結審に至るという調書判決の場合には、この趣旨があてはまらないように思われる[25]。調書判決においては、

とされている。

(21)　もっとも、加藤新太郎「判批」NBL1255 号 96 頁（2023）は、かかる事態は「通常想定されないケアレスミス」であり「前代未聞の事態」とされ、同 98 頁においては今後「実際に類似事案が出てくることはないように思われる。」とする。

(22)　川嶋隆憲「判批」新・判例 Watch【2024 年 4 月】vol. 34（日本評論社、2024）146 頁も民訴 249 条 1 項違反ととらえる。他方、岡田教授は本件事案を「弁論の更新についての懈怠があったケース」ととらえられており（岡田・前掲注（11）6 頁）、この立場からは本件事案は、民訴 249 条 2 項違反ということになろう。

(23)　このような事案において、直接主義の問題を生じさせないようにするには、A 裁判官が判決原本を予め作成しておくか（それに基づいて B 裁判官が言渡しを行う）、または、B 裁判官は判決にあたり弁論を再開したうえで弁論の更新をしておくべきであった（その後、B 裁判官としては、直ちに弁論を終結させて調書判決をすることができる）といえる。岡田・前掲注(11)6 頁、安永・前掲注(16)111 頁、加藤・前掲注(21)96 頁など参照。

(24)　安永・前掲注(16)111 頁、濵﨑・前掲注(17)120 頁参照。

(25)　岡田・前掲注(11)7 頁も、本件のように欠席判決が可能な事案にまで、直接主義を貫徹する意義があるか疑わしい、と指摘しており、筆者も全く同感である。

もっとも、このことは、本件のように被告が口頭弁論期日に出頭しない場合にはよく

厳格に直接主義（直接主義の第1の内容）を貫く必要はなく（その意味では、直接主義の新たな「例外」を認めることになる）、本件のような事案においては、直接主義違反を理由とする絶対的上告理由・再審事由とはならないと解すべきであろう(26)。

第2節　令和4年IT訴訟化改正と直接主義

令和4年になされた民事訴訟法のIT訴訟化改正の柱の一つが、期日におけるウェブ会議の利用である。

期日とは、裁判所、当事者等の訴訟関係人が会合して、訴訟に関する行為をするために定められる時間のことをいい(27)、当事者は期日の実施される裁判所に現実に出頭するのが原則である。したがって、これまでは、裁判所と当事者双方が一堂に会して手続を進める場として、三者が「時間」と「場所」を共有する(28)ことが当然のことと考えられてきた。しかしながら、期日におけるウェブ会議利用を可能とする改正法の下においては、物理的な意味での「場所」の共有はもはや不可欠の要素ではなくなったということになる。

このことは、当事者においては、裁判所に出頭するための時間と費用を節約できる（ひいては期日の日程調整がし易くなる）ことを意味するものである

あてはまるが、被告が口頭弁論期日に出頭はしたが、訴状記載の請求原因事実を認めたか、あるいは明らかに争わないために擬制自白が成立する場合（民訴159条1項本文）で、しかも何らの防御方法を提出しない場合（この場合にも民訴254条1項1号により調書判決は可能。笠井＝越山編・前掲注(1)928頁〔越山〕参照）にも同様にあてはまるかについては、さらに検討が必要といえよう。

(26)　本文で述べた考えに従うと、本件事案においては、後日Yから再審の訴えが提起されたとしても、再審事由不存在を理由に請求棄却決定（民訴345条2項）を下せばよいということになるので、あえてXに控訴の利益を認める必要もないということになる。

これに対し、岡田・前掲注(11)7頁は、Yからの再審申立てには原判決の確定力の消滅を求めるような正当な利益を見出すことはできず、訴権の濫用として却下されるべきとされる。

(27)　伊藤眞『民事訴訟法〔第8版〕』（有斐閣、2023）256頁、三木浩一ほか『民事訴訟法〔第4版〕』（有斐閣、2023）161頁〔笠井正俊〕など。

(28)　今津綾子「口頭弁論期日等におけるウェブ会議の活用」ジュリ1577号41頁（2022）参照。

ことから、技術革新に伴う IT 技術の訴訟手続への導入のプラス面としてとらえておくべきであろう[29]。

とはいえ、口頭弁論期日、とりわけ証人尋問期日におけるウェブ会議の利用については、利便性のみを強調するのではなく、やはり訴訟諸原則―とりわけ直接主義―との関係をしっかりと吟味しておく必要があるものと思われる。

Ⅰ　口頭弁論期日におけるウェブ会議の利用

口頭弁論とは、公開の法廷において、受訴裁判所の面前で当事者双方が対席して、口頭陳述によりそれぞれの主張事実を提出する審理方式をいう。判決をするには口頭弁論の実施が必要的である（必要的口頭弁論の原則：民訴 87 条 1 項本文）。口頭弁論を実施するための期日を口頭弁論期日といい、当事者は、裁判所からの呼出しを受けて出頭し、裁判官の面前において口頭で陳述することが求められる。口頭弁論期日においては、双方当事者に出席する機会が与えられ（双方審尋主義）、公開法廷において（公開主義：憲 82 条）、当事者が口頭で弁論をし（口頭主義）、判決をする裁判官が直接弁論を聴取し、証拠調べを行う（直接主義：民訴 249 条 1 項）。

令和 4 年改正においては、口頭弁論の実施にあたり、裁判所は、相当と認めるときには当事者の意見を聴いて、裁判所及び当事者双方が映像と音声の送受信により相手方の状態を相互に認識しながら通話することができる方法（ウェブ会議）によって期日の手続を行うことが可能となった（改正民訴 87 条の 2 第 1 項。令和 6 年 3 月 1 日より既に施行）。

この改正によって、口頭弁論の実施には、「場所」の共有は不可欠の要素ではなり、裁判所への出頭にかかる時間や費用の節約に資するという、訴訟手続への IT 技術導入のプラス面をみてとることができる。しかしながら、検討すべき課題は、技術面・理論面いずれにおいても多岐に及ぶ。

技術面という点においては、まず、IT 技術に不慣れな情報弱者への対応という点がある。もっともこの点は、かかる当事者は、当事者の意見聴取

(29)　さらに、今津・前掲注(28)42 頁は、高齢である等の事情から法廷に足を運ぶことが難しい当事者にとっては、画面越しではあるが自ら手続に参加する途を拓くという意味で、裁判を受ける権利の実質化をもたらすものとも評価できる、とする。

（改正民訴 87 条の 2 第 1 項）において、ウェブ会議利用に反対を述べれば現実の出頭も可能となるので[30]、あまり問題とはならないかもしれない。また、本人確認（なりすまし防止）をいかにして図るかも検討しておくべき課題である[31]。当事者本人が自宅や職場からのウェブ接続する場合のネットワーク接続の不安定さに対する対策や、オープンスペースからの利用（周囲に会話が筒抜けになる）の可否も検討する必要がある。さらに、ウェブ会議による場合には、民訴規則 77 条にかかわらず、容易に無断録音・録画が行われる危険があるが、このことは、インターネット上でこれらを簡単に拡散することができるというより深刻な問題（プライバシー侵害や企業秘密漏洩等）を引き起こす危険もはらんでいる。Microsoft Teams にも備わっているチャット機能を用いて発言した場合に、これを口頭による陳述として扱ってよいかについては、消極的に考えるべきであろう[32]。

理論的には、訴訟諸原則―とりわけ公開主義・直接主義―との関係をどのようにとらえるべきか、という点が大きな課題としてあげられる。ウェブ会議を利用した口頭弁論期日においては、当事者は裁判所に出頭する必要はないものの、裁判官は法廷において実際に手続を行わなければならない[33]。裁判官は、ウェブ会議の模様を公開法廷に投影し、傍聴人は法廷においてそれを見ることができることから、公開主義の要請には反しないとする[34]。加えて、争点整理手続の場合とは異なり、改正民訴 87 条の 2 では、電話会議（音声だけ）ではなく映像を伴ったものでなければならないとされていることから、直接主義にも抵触しないとされる[35]。映像等の送受信の技術が向上し、ウェブ会議によって当事者の口頭による弁論を裁判官が鮮明に把握

---

(30)　清水綾子「第 3 回口頭弁論等」NBL1244 号 85 頁（2023）参照。

(31)　清水・前掲注(30)86 頁は、改正前の電話会議システム等による手続の際の本人確認は個々の裁判体において事案に応じて行われており、ウェブ会議においても同様とする。今津・前掲注(28)42 頁脚注 8 は、本人の写真入り身分証を画面に表示させる等、より効果的な本人確認の必要を説く。

(32)　今津・前掲注(28)43 頁も同旨（準備書面の提出に代わるものととらえることも難しいとする）。

(33)　青木哲「民事訴訟手続の IT 化」法教 506 号 63 頁以下（2022）。

(34)　山本和彦『民事訴訟手続の IT 化』（弘文堂、2023）63 頁以下など。

(35)　山本・前掲注(34)62 頁。

することができるようになった[36]、との指摘もあるが、ネットワーク接続の不安定さに起因する通信状態の悪化（画面のフリーズ、音声の途絶等）も起こりうることを想定するならば、直接主義（ひいては口頭主義）との関係からはやはり問題が残されているといわざるを得ない[37]。

なお、公開主義との関係においては、裁判所が現実の法廷において行う方法に加えて、テレビ中継やインターネット中継によって行うことができるか、という問題もある[38]。

Ⅱ　証人尋問におけるウェブ会議の利用

証人尋問においては、証言内容そのもののほか、証人の話し方、表情、挙動といった供述態度も証拠資料を得るうえでは欠かせない材料であることから、証人を出頭させ、裁判官の面前で尋問するのが原則である。もっとも、令和 4 年改正以前においても、証人が遠隔地に居住する場合（改正前民訴 204 条 1 号）、証人が法廷では精神の平穏を著しく害されるおそれがある場合（同条 2 号；いわゆるビデオリンク方式による証人尋問）には、証人が法廷以外の場所に所在し、映像等の送受信の方法により尋問をすることが認められていた。ただ、そこで想定されていたのは、テレビ会議システム（裁判所庁舎内に設置された専用の機器を介した通話方法）であって、当事者は受訴裁判所に、証人は最寄りの裁判所にそれぞれ出頭する必要があった（民訴規 123 条 1 項）。

今回の改正では、証人尋問を映像等の送受信の方法によることができる場合の要件の緩和を図った。2 号に大きな変更はないが、1 号については遠隔地要件のみならず証人が受訴裁判所に出頭することが困難である場合に拡大され（改正民訴 204 条 1 号）、新たに 3 号として当事者に異議がない場合が付

---

(36)　脇村真治ほか「『民事訴訟法等の一部を改正する法律』の解説(2)」NBL1226 号 5 頁（2022）、阿多博文「民事裁判手続のデジタル化（IT 化）―②ウェブ会議等」ひろば 75 巻 9 号 19 頁（2022）など。

(37)　内海博俊「判決手続におけるウェブ会議の利用」山本和彦編『民事裁判手続と IT 化の重要論点』（有斐閣、2021）56 頁も、システムの不調と訴訟諸原則との関係を指摘する。

(38)　清水・前掲注(30)88 頁は、現行法の下においてもこれらの方法は禁止されていないとしたうえで、政策形成訴訟や社会的関心が高い訴訟などでは、むしろウェブ中継が実施されることによる利点が大きいとする。

け加えられた（同条3号）。また、映像等の送受信の方法についてはウェブ会議を用いることが想定されており、これによって証人が最寄りの裁判所に出頭する必要がなくなることから、証人の利便性が向上するというメリットがもたらされる。しかしながら、ここでも検討すべき課題は、技術面・理論面のいずれにおいても多い。

技術的課題としては、証人に対する第三者の不当な関与をいかに防ぐかという点がまずは挙げられよう[39]。ウェブカメラ外から、第三者（当事者や代理人も含め）が尋問に対する回答を誘導したりするおそれはないとはいえない。そもそもウェブカメラ外に置かれた文書を証人が読み上げるといった危険も生じうる（民訴203条参照）。これらの問題は、証人がどこからでもアクセスできるとすべきか否かに関わってくるものといえる。

技術的かつ理論的な問題としては、証人尋問においては、証人の話し方、表情、挙動といった供述態度も証拠資料を得るうえでは欠かせない材料であるのであれば、やはり、直接主義との関係で問題はないかがやはり問われることになろう。とりわけ、ネットワーク接続の不安定さに起因する通信状態の悪化（画面のフリーズ、音声の途絶等）という技術的問題ともあいまって、裁判官が満足に証拠資料を得られなくなるという危険が起こりうる[40]。

ただ、直接主義（直接主義の第3の内容）との関連では、民訴195条が裁判所外での証人尋問を認めているところ、この方法による場合には、受命裁判官・受託裁判官のみが直接証人に接するのみで、他の裁判官は受命裁判官を介して心証を取ることになっていることから、直接主義（直接主義の第3の内容）の要請に抵触するおそれが高い（上述第2章第3節の例外②類型）のに対し、ウェブ会議の方法による場合には合議体の裁判官全員が証人の供述態度を観察し、心証形成することになることから、民訴195条の方法による場合よりも、直接主義からの乖離は少ないとする指摘もある[41]。しかしな

---

(39)　小林秀之『民事訴訟法〔第2版〕』（新世社、2022）433頁。

(40)　青木哲「証人尋問等におけるウェブ会議等の利用」山本和彦編『民事裁判手続とIT化の重要論点』（有斐閣、2021）93頁も、「裁判官が証人等と画面越しで対面することになるので、証人等の口頭での陳述から受ける印象が不鮮明になるおそれがある。」とする。

(41)　今津・前掲注(28)45頁。

がら、ウェブ会議の利用による証人尋問は、直接主義の例外との関係では③類型に属するものであり、異なる例外類型を比較して、直接主義との乖離は少ないと評することはできないのではないだろうか。例外の③類型については、もともと直接主義への影響は少ないとの評もあったことに鑑みると、ウェブ会議を利用した証人尋問については、直接主義の要請は「後退」したものととらえれば足りよう。

第 4 章　おわりに

本稿では、最近の立法動向や裁判例を素材として、直接主義の意義・内容ならびに例外について再検討をしてきた。重大な手続法違反にあたるとして直接主義違反が問題となる事象は、直接主義の第 1 の内容にかかるものであること、第 3 の内容についてはその例外を認める立法がすでに多く存在していることが確認できた。

他方で、第 1 の内容にかかる例外についてはより慎重な判断が求められるところ、本稿で展開したような考え方がその例外を許容する根拠として十分かについてはさらなる検討が必要といえよう。また、第 3 の内容に係る例外については、その正当化根拠がいかなる点に求められるかについては、単に審理の効率性というだけではなく、さらなる考察が必要と思われる。これらの点については、今後のさらなる検討課題としたい。

【付記】同門の大先輩である原強先生とは、研究室において直接指導等を受けるといった機会はありませんでしたが、小職が研究者としての最初の就職活動をしていた当時、大変気にかけていただいたことを思い出します。また、現在の職にあるのも原先生のお力添えによるものであり、重ねて御礼申し上げます。

（明治学院大学法学部教授）

論　　説

直接主義についての一考察

齋藤　善人

1　判例の紹介
2　判決の評価
3　直接主義の違反
4　判決の評価／再論

1　判例の紹介

1つの判決を見ることから始めたい。最判令和5年3月24日[(1)]である。

(1) 事案の概要

Xは、Yに対し、遺留分減殺[(2)]を原因とする不動産の所有権一部移転登記手続請求の訴えを提起。Yは、適式な呼出しを受けたにもかかわらず、第1審の第1回口頭弁論期日に出頭することなく、答弁書その他の準備書面を提出することもなかった。第1審では、1人の裁判官Aによって審理されていたところ、同裁判官は、Xの主張事実についてYが自白したものと擬制して（159条3項による同条1項準用）、この期日で口頭弁論を終結し、判決言渡期日を指定した。この判決言渡期日において、上記の口頭弁論期日に関与していない裁判官Bが、254条1項1号により、判決書の原本に基づかな

(1)　民集77巻3号803頁。なお、評釈として、安永祐司「全部勝訴当事者が直接主義違反を理由として上訴をする場合の上訴の利益」法学セミナー822号110頁（令和5年）、濵崎緑「民訴法338条1項1号の再審事由に該当する違法と控訴の利益」法学教室515号120頁（令和5年）。

(2)　平成30年の改正前。改正により遺留分減殺請求は削除され、遺留分権利者等は、遺留分侵害額に相当する金銭の支払を請求することができるものとされた（民1046条）。

い、いわゆる調書判決で、X の請求を全部認容する第 1 審判決を言い渡した。

X は、この第 1 審判決には、249 条 1 項に違反する判決手続の違法があるとして、第 1 審判決を取り消し、あらためて X の請求を全部認容する旨の判決を求めて控訴した。

原審は、第 1 審判決には判決手続の違法があるものの、X の請求は全部認容されているから、控訴の利益を認めることができず、控訴は不適法であるとして、これを却下。X から上告受理の申立て。

(2) 判旨

「しかしながら、本件控訴が不適法であるとした原審の判断は是認することができない、その理由は、次のとおりである。

第 1 審において、事件が 1 人の裁判官により審理された後、判決の基本となる口頭弁論に関与していない裁判官が民訴法 254 条 1 項により判決書の原本に基づかないで第 1 審判決を言い渡した場合、その判決手続は同法 249 条 1 項に違反するものであり、同判決には民事訴訟の根幹に関わる重大な違法があるというべきである。また、上記の違反は、訴訟記録により直ちに判明する事柄であり、同法 338 条 1 項 1 号に掲げる再審事由に該当するものであるから、上記の第 1 審判決によって紛争が最終的に解決されるということもできない。

したがって、上記の場合、全部勝訴した原告であっても、第 1 審判決に対して控訴をすることができると解するのが相当である。

そして、前記…の経過によれば、上告人は、本件第 1 審判決に対して控訴をすることができる。

以上によれば、本件控訴を不適法であるとして却下した原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。論旨はこの趣旨をいうものとして理由があり、原判決は破棄を免れない。そして、改めて審理をさせるため、本件を原審に差し戻すこととする。」

2　判決の評価

(1) 上訴の利益の問題

自己の請求について全部認容判決を取得した原告が、その判決には直接主義に違反する判決手続の違法があるとして控訴したところ、全部認容されている以上、控訴の利益はないとした原審の是非、これがはっきりとした論点となっており、まさに最高裁が 1 つの判断を示している。

1) 形式的不服説

上訴とは、不利益な裁判を受けた当事者が、その裁判が確定する前に、上級の裁判所に対して、自分の有利に裁判の取消しまたは変更を求める不服申立てである。したがって、原裁判によって不利益を受けていない当事者に不服申立てを認める必要はない。原裁判に対する不服を申し立てる利益のことを上訴の利益といい、結局、原裁判が当事者にとって不利益かどうかが、上訴の利益の基準となる。

そして、原審における当事者の本案の申立てと原裁判で下された判断とを比べて、後者で認められたものが前者より小であるときに、そこに上訴の利益を認めるという考え方（形式的不服説）が通用している。これによれば、たとえば、第 1 審で本案についての申立てを全部認められた当事者（全部認容判決を得た原告や全部棄却判決を得た被告）には、上訴（控訴）の利益はないことになる[(3)]。本件の原審の依拠するところである。

2) 形式的不服説の例外

ただ、形式的不服説の考え方は、絶対的な基準を提供するものとはみられておらず、例外の扱いが認められている。1 つは、予備的相殺の抗弁である。金銭給付を求める訴えにおいて、被告が弁済の抗弁を主張するとともに、これが容れられない場合に備えて、相殺の抗弁を主張した場合（予備的相殺の抗弁）、この相殺の抗弁が奏効して、原告の請求が棄却されたとき、

(3)　伊藤眞・民事訴訟法［第 8 版］（有斐閣・令和 5 年）767 頁、高橋宏志・重点講義民事訴訟法（下）［第 2 版補訂版］（有斐閣・平成 26 年）600 頁。

被告は請求棄却という全部勝訴判決を得ているので、被告の側に上訴の利益はないはずである。しかし、相殺によって請求棄却となったときには、自分の反対債権も相殺で消滅し、その不存在に既判力が生じる（114 条 1 項）ことになるのだから、できれば相殺以外の理由（弁済・無効など）で請求棄却の判断を導きたいと考えるのも無理からぬところである。そこで、形式的不服説からも、例外として、予備的相殺の抗弁で勝訴した被告に上訴の利益を認める。

2 つに、一部請求の場合である。X は訴外 A に 400 万円を貸し付けたが、その後、A の死亡により Y ほか 6 名が A の債務を相続。そこで、X は Y に対し、Y の法定相続分（12 分の 1）に相当する金額（33 万円余）の支払を求める訴えを提起。第 1 審係属中、他の相続人 4 名が相続を放棄し、Y の相続分は 4 分の 1 になったが、X は請求を拡張することなく、X の請求を全部認容する判決がなされた。これに X が控訴し、請求を法定相続分の 4 分の 1 に当たる 100 万円に拡張。Y は、X に控訴の利益はないとして争ったという事案で、「全部勝訴の判決を受けた当事者は、原則として控訴の利益がなく、訴えの変更又は反訴の提起をなすためのものであっても同様であるが、人事訴訟手続法 9 条 2 項（別訴の禁止［現行人事訴訟法 25 条］）、民執 34 条 2 項（異議事由の同時主張）等の如く、特別の政策的理由から別訴の提起が禁止されている場合には、別訴で主張できるものも、同一訴訟手続内で主張しておかないと、訴訟上主張する機会を奪われてしまうという不利益を受ける…また、この不利益は、全部勝訴の 1 審判決後は控訴という形で判決の確定を妨げることによってしか排除し得ないので、例外として、これらの場合には、…控訴の利益を認めるべきである」、「この理を進めて行くと、いわゆる一部請求の場合につき、一個の債権の一部についてのみ判決を求める旨が明示されていないときは、請求額を訴訟物たる債権の全部として訴求したものと解すべく、ある金額の支払を請求権の全部として訴求し勝訴の確定判決を得た後、別訴において、右請求を請求権の一部である旨主張しその残額を請求することは許されないと解されるので（最判昭和 32 年 6 月 7 日）、この場合には、一部請求についての確定判決は残額の請求を遮断し、債権者はもはや残額を請求する機会を失ってしまうこととなり、前述の別訴禁止が法律上規定

されている場合と同一となる。したがって、黙示の一部請求につき全部勝訴の判決を受けた当事者についても、例外として、請求拡張のための控訴の利益を認めるのが相当」とした(4)。4名の相続放棄によって、第1審の口頭弁論終結時において、XはYに対する貸金債権の一部を請求している形になった（100万円のうちの33万円余という黙示の一部請求）ため、Xの請求の拡張部分は、黙示の一部請求後の残部請求に相当する。判例の法理によれば、これは既判力で遮断されてしまう。そこで、残部である請求の拡張を認めるべく、控訴の利益を肯定するものである。

3つに、審級制度によるところの拘束力が生じる場合である。「控訴審において、第1審判決を取り消し、事件を第1審に差し戻す旨の判決があった場合に、差戻しを受けた第1審は、裁判所法4条の定めるところにより、右判決の取消の理由となった法律上および事実上の判断に拘束されるのであるから、同条所定の拘束力が生ずる取消の理由となった控訴審判決の判断に不服のある控訴人は、右判決に対して上告をする利益を有し右判断の違法をいうことができるのであるが、右控訴人において右判決の理由に不服があっても、これが取消の理由に対するものでない場合には、控訴人は右判決に対し上告の利益を有しないものと解するのを相当とする」とされた(5)。取消・差戻し判決がされて第1審に差し戻されると、その取消・差戻しの理由に拘束力が生じる（裁判所法4条）。第1審は、取消・差戻しの理由とされた上級審の判断に拘束されるわけである。これは、こうしておかないと控訴審が判断したにもかかわらず、差し戻された第1審がそれに従うことなく、再び自己流の判断をしたのでは、堂々巡りとなるからである。そこで、第1審判決に対してその取消・差戻しの判決を求めて控訴したところ、控訴審がその申立てどおりの判決をした場合、控訴人が、取消・差戻しの理由となった判断が自分に不利なものであるとして上告することが許されないと、争う機会が失われることになってしまう。したがって、この場合にも、上訴の利益を認める。

---

(4)　名古屋高裁金沢支部判平成1年1月30日、判時1308号125頁、判タ704号264頁。
(5)　最判昭和45年1月22日、民集24巻1号1頁。

3）新実体的不服説

そこで、例外といった格別の取扱いなどを認めるまでもなく、上訴の利益を統一的に説明する考え方が説かれた。すなわち、原裁判を取り消しておかないと、その確定によって既判力その他の判決の効力の作用が生じ、その結果、何らかの致命的な（つまり、後訴を待っていたのでは救済されないような）不利益を被る場合に、上訴の利益を認める立場である（新実体的不服説）[(6)]。これによれば、予備的相殺の抗弁の被告は、114 条 2 項の既判力で、黙示の一部請求認容後の残部請求の原告は、同条 1 項の既判力で、別訴が封じられてしまう結果となるので、上訴の利益が認められると説明される。

むしろ、2 つめの例外を認めた判例の考え方は、第 1 審判決が確定すると、既判力によって残部を請求して争うことが封じられるという不利益を被ることから上訴の利益を認めているともいえ、新実体的不服説に接近している[(7)]。1 つめの例外も、114 条 2 項の既判力が生じる結果、反対債権が不存在となる不利益を被るというのであり、3 つめの例外を認めた判例の立場も、上級審の判断の下級審に対する拘束力であり、結局いずれの例外も、要は既判力その他の判決の効力によって不利益を負う場合といえよう。

（2）判決の評価

令和 5 年の事件では、X の請求は全部認容されている。形式的不服説からすれば、本来、X に上訴の利益は認められないはずである。が、最高裁の結論は、これを肯定している。ここから、「形式的不服説の新しい例外を認めたもの」との評価もある[(8)]。一方、新実体的不服説からは、どうか。たとえ「第 1 審判決がそのまま確定したとしても、請求の全部認容という第 1 審判決の既判力ある判断を受けた X に、のちの訴えで救済されないような実

(6)　上野泰男「上訴の利益」鈴木忠一=三ヶ月章監修・新・実務民事訴訟講座 3 巻（日本評論社・昭和 57 年）247 頁、同「上訴の利益」新堂幸司編・特別講義民事訴訟法（有斐閣・昭和 63 年）292 頁、栗田隆「上訴を提起できる者」新堂幸司編集代表・講座民事訴訟 7 巻（弘文堂・昭和 60 年）76 頁。

(7)　小林秀之・プロブレムメソッド民事訴訟法［補訂版］（判例タイムズ社・平成 11 年）477 頁、小林秀之編・判例講義民事訴訟法（弘文堂・平成 31 年）283 頁［小林秀之］。

(8)　安永・前掲「評釈」（前注 1）111 頁。

体法上の不利益は考えられない」[9]のではないか。とすれば、新実体的不服説からも、そのままでは上訴の利益を裏づけることはできない。

この点、最高裁は、「また、上記の違反は、……同法 338 条 1 項 1 号に掲げる再審事由に該当するものであるから、上記の第 1 審判決によって紛争が最終的に解決されるということもできない」という。再審によって判決が取り消される可能性があるので、紛争が最終的に解決されるか否かは不明である。その意味で、「全部勝訴当事者である X の地位が安泰ではない」[10]。再審による「取消しの可能性を不利益と捉えているようにも解される」[11]。

そして、最高裁は、「上記の違反」に当たる部分について、「第 1 審において、事件が 1 人の裁判官により審理された後、判決の基本となる口頭弁論に関与していない裁判官が…第 1 審判決を言い渡した場合、その判決手続は同法 249 条 1 項に違反するものであり、同判決には民事訴訟の根幹に関わる重大な違法があるというべきである」とし、この直接主義（249 条 1 項）の違反をもって、「338 条 1 項 1 号の再審事由に該当するものである」とする。しかし、直接主義の違反は、再審事由に該当すると考えるべきなのか、更にいえば、そもそも本件は、直接主義に違反するものと考えるべきなのか。

3　直接主義の違反

(1) 直接主義

249 条 1 項は、「判決は、その基本となる口頭弁論に関与した裁判官がする」と定める。口頭弁論および証拠調べに自ら関与した裁判官のみが、判決をすることができるという原則である[12]。判決をする裁判官と、判決の基礎となる訴訟資料や証拠資料の審理を行う裁判官とが一致していなければならない。裁判官は、自由心証主義（247 条）に基づく事実認定を踏まえて、判決をする。適切な事実認定をするためには、斟酌の対象となる「口頭弁論

(9)　濵﨑・前掲「評釈」（前注 1）120 頁。
(10)　安永・前掲「評釈」（前注 1）111 頁。
(11)　濵﨑・前掲「評釈」（前注 1）120 頁。
(12)　伊藤・前掲書（前注 3）289 頁。

の全趣旨」や「証拠調べの結果」を正確に把握する必要がある。そのための手段として、裁判官が自ら口頭弁論に関与して、訴訟資料や証拠資料を直接見聞することとした。そして、そのうえで判決をすることにすれば、正確な事実認定に依拠した適正な裁判となるという考え方である[13]。

ただ、訴訟の係属中に裁判官が死亡・転任・退官等で交代した場合、交代後の裁判官は、以前の口頭弁論には携わっていないから、そのまま判決することになれば、1 項の違反が問題となる状況になってしまう。だからといって、従前行われていた審理をすべてやり直すというのでは、不経済であるし、当事者にとっても不都合である。そこで、新たな裁判官に対して、当事者が、従来の審理経過を報告することにした[14]。249 条 2 項は、「裁判官が代わった場合には、当事者は、従前の口頭弁論の結果を陳述しなければならない」と定める。この当事者による従前の口頭弁論の結果の陳述を「弁論の更新」という。このプロセスを経れば、交代した新裁判官も、最初から口頭弁論に関与していたのと同様に、1 項の要請を満たすというものだから、いわば直接主義の理念・要請と現実との妥協の産物ともいえよう[15]。ただし、実際に弁論の更新として行われるのは、当事者が「従前のとおり陳述します」と述べたり、新裁判官の「裁判官が代わりましたので、弁論を更新します」との発言に対して、当事者が「はい」と答えるに止まるような形で、形式的なものにすぎず、形骸化・儀式化しているといわれている[16]。

（13）　小林秀之・民事訴訟法［第 2 版］（新世社・令和 4 年）319 頁。

（14）　笠井正俊＝越山和広・新・コンメンタール民事訴訟法［第 2 版］（日本評論社・平成 25 年）915〜916 頁、兼子一原著・松浦馨＝新堂幸司＝竹下守夫＝高橋宏志＝加藤新太郎＝上原敏夫＝高田裕成・条解民事訴訟法［第 2 版］（弘文堂・平成 23 年）1392 頁。

（15）　加藤新太郎＝松下淳一編・新基本法コンメンタール民事訴訟法 2（日本評論社・平成 29 年）143 頁。

（16）　小林・前掲書（前注 13）319 頁、加藤＝松下・前掲書（前注 15）142 頁。なお、249 条 2 項と同じ趣旨の 296 条 2 項「当事者は、第 1 審における口頭弁論の結果を陳述しなければならない」について、控訴審の冒頭で「第 1 審判決事実適示のとおり陳述する」と述べるだけであり、やはり形骸化しているとし、この手続の結果陳述は、当事者が自ら調書などの事実適示の調査に当たり、事件の要点と調書などの記載の関連を把握したうえ、これを裁判官に陳述し、裁判官に調書などの記載の認識を深めさせるとともに、調書などの記載を通じて裁判官が描くであろう事実関係像と、当事者の描く事実関係像の擦り合わせを行い、両者を一致させることを通じて、審理の充実、裁判の適正を図る

これに関して、アメリカの連邦民事訴訟規則 63 条は、「審理または裁判を行う裁判官が手続を続行することができない場合、別の裁判官が、その事件の記録に精通していることを証明し、当事者を損なうことなく事件を完了できると判断したときは、その手続を進めることができる。後任の裁判官は、当事者の要請に応じて、証言が重要であって争点が認められれば、過度の負担なく再び証人を召喚することができる。」と規定する(17)。これは平成 3（1991）年の改正によるものであるが、以前は審理手続中の裁判官の交代に関する規定は限定的なものだった(18)。そのため、手続の途中で裁判官に欠格事由が生じた場合、後任の裁判官が、たとえ公正に手続を処理できると考えられても、裁判官の交代は禁じられ、新裁判官による新たな裁判が必要であるとされていた(19)。その結果、裁判官の障害に起因する訴訟の長期化・遅延、費用の増加といった弊害が顕著となった。これを是正するため、改正法が導入されたという経緯である。訴訟手続を続行する後任の裁判官が、その訴訟事件の記録に精通していることを証明し、当事者の利益を損なうことなく、自らが事件を完了できると判断することが求められている(20)。したがって、審理の途中で裁判官が交代したような場合、当事者による弁論の更新といった手続を経由することなく、後任の別の裁判官が、口頭弁論の記録や供述書、ブリーフなどそれまでの訴訟の記録を読んで事件の内容を掌握し

ための制度である。しかし、裁判官は、この結果陳述より前に、事件記録を読んでいるのであって、裁判官が記録を読んで熟知している以上、当事者による結果陳述といった手続は廃棄し、裁判官による報告で足りるとする見解もある。鈴木正裕「当事者による『手続結果の陳述』」石田=西原=高木還暦記念・金融法の課題と展望（下）（日本評論社・平成 2 年）444 頁、高橋・前掲書（前注 3）688 頁。

(17)　F. R. C. P. §63。

(18)　改正前の旧 63 条は、裁判官の死亡またはその他の障害が、評決が示された後または事実認定と法律の結論が提出された後に生じた場合、新たな裁判官に交代する旨定めていた。

(19)　たとえば、*Whalen v. Ford Motor Credit Co*., 684 F.2d 272（4th Cir. 1982）cert denied, 459 U. S. 910（1982）は、評決前に裁判官が死亡した例、*Arrow-Hart, Inc. v. Philip Carey Co*., 552 F.2d 711（6th Cir. 1977）は、事実認定や法律の結論を出す前に裁判官が死亡した例であり、いずれも公正な裁判となり得るかにかかわらず、新たな裁判官への交代を禁止した。

(20)　これは、アメリカ合衆国連邦刑事訴訟規則 25 条(a)と同様の文言である。

ていることを証明し[21]、当事者の利益を害することなく、その裁判を終結できると判断したときには、この後任の裁判官により訴訟手続が続行される。後任の裁判官は、交代前の裁判官が採用した証拠に基づいて事実認定する権限があり、判決をする権限がある。

（2）直接主義の違反

1）249 条 1 項の違反

1 項によれば、基本となる口頭弁論に関与した裁判官が、判決をしなければならない。「基本となる口頭弁論」とは、判決の基礎となる訴訟資料が提出された口頭弁論のことであるが、口頭弁論は、複数回開かれても一体性がある（口頭弁論一体性の原則）から、判決前の最終の口頭弁論期日を指すと解されている[22]。それまでの口頭弁論期日で提出された訴訟資料などは、最終の口頭弁論期日で集約されているものと評価されるから、口頭弁論の終結時が判決に直結するものとして基準となる。

基本となる口頭弁論期日に関与した裁判官が、「判決をする」とは、口頭

（21）　*In re Reale* , 584 F.3d 27（C.A.1 Mass. 2009）は、F.R.C.P. §63 と同じ規律である F.R. Bankr.Proc.Rule §9028 に関して、陪審裁判ではなく、判決の前に前任の破産裁判官が辞任した場合、後任の破産裁判官は、事件記録、訴答等を検討し、当事者を損なうことなく手続を完了できると判断したという必要な証明を果たしたとされた。*Midwestone Bank and Trust v. Commercial Federal Bank*, 331 B. R. 802（S.D.Iowa 2005）は、破産裁判所の後任の裁判官が、前任の裁判官によって完全に作成された記録を示したことで、事件の記録に精通しているとの証明があり、追加の証人などを呼ぶ必要はなかったとされた。対して、*Canseco v. U.S.*, 97 F. 3d 1224（C.A.9 Cal. 1996）は、前任の裁判官が事実認定をし、判決を下した後、定年により退官した場合、後任の裁判官は記録に精通していることを証明する必要があり、そのため、記録上関連するすべての部分を読んで検討しなければならないのに、そうしていなかったとされた。*Perkins v. Federal Fruit & Produce Co. Inc.* , 945 F.Supp.2d 1225（D.Colo 2013）は、陪審の審理中に裁判官の交代があり、陪審員の評決の際は後任の裁判官となっていた場合、この裁判官が事件の記録に精通していることの証明がなかったとしても、被告が異議を唱えていない以上、新たな裁判を受ける権利を放棄したものとして、陪審員の評決を破棄する必要はないとされた。*In re Tri-State Financial LLC.* , 519 B. R. 759（8th Cir. 2014）は、破産裁判所の後任の裁判官が判決をする前に、記録に精通していることを証明し、当事者を害することなく事件を完了できると判断しなかったとされたが、記録をみれば事件の豊富な情報があり、実証することが可能であった。

（22）　加藤＝松下・前掲書（前注 15）142 頁、笠井＝越山・前掲書（前注 14）914～915 頁、松浦＝新堂ほか・前掲書（前注 14）1391 頁。

弁論の結果を踏まえて、判決の内容を決定・作成することであると解されている[23]。したがって、口頭弁論終結時の裁判官でない別の裁判官が、判決の内容を決定・作成すれば、1項の違反となる。

これに対して、口頭弁論終結時の裁判官が判決をしていた場合、たとえそれ以前に裁判官が交代していた（が、弁論の更新をしなかった）としたら、1項の違反になるだろうか。XがYに対し、土地の所有権確認請求の訴えを提起したところ、第1回口頭弁論期日は裁判官A、裁判官B、裁判官Cによるものであったが、第2回口頭弁論期日には裁判官Aの立会いはなく、裁判官B、裁判官Cそして裁判官Dによりなされ、第3回口頭弁論期日は再び裁判官A、裁判官B、裁判官Cによって行われ、そのまま裁判官A、B、Cによって請求認容判決が言い渡された。そこで、裁判官Dが更迭された際、弁論の更新が行われていなかったとして争われた事案で、最高裁は、「本件においては、適法に弁論の更新が行われたものと認めるをえない。そうとすれば、原判決は、法律に従い判決裁判所を構成せざりし者によってなされたものというべく、論旨は理由があり、原判決は…破棄を免れない」とした[24]。弁論の更新により従前の弁論の結果が新裁判官に報告されることで、その新裁判官が基本となる口頭弁論に関与した裁判官になるのだから、弁論の更新が行われなければ、1項の違反になるという理解である[25]。

しかし、1項の違反は、最終の口頭弁論期日に携わっていた裁判官以外の裁判官が、判決内容を決定・作成した場合に問題とされると考えるべきだろう。複数回実施されている口頭弁論の途中で裁判官が交代し、そのときに弁論の更新が行われていなかったとしても、交代した裁判官のもとで口頭弁論が終結し、判決に至った場合は、1項の違反とはならない[26]。

---

(23)　加藤＝松下・前掲書（前注15）142頁、笠井＝越山・前掲書（前注14）915頁、松浦＝新堂ほか・前掲書（前注14）1391頁。

(24)　最判昭和33年11月4日、民集12巻15号3247頁、判時167号11頁。評釈として、萩澤達彦「弁論の更新」民事訴訟法判例百選［第3版］（有斐閣・平成15年）104頁。

(25)　笠井＝越山・前掲書（前注14）916頁。

(26)　この点、笠井＝越山・前掲書（前注14）916頁も、「もっとも、本条1項の解釈としては、最終の口頭弁論期日に関与した裁判官を基本となる口頭弁論に関与した裁判官として理解する以上、この本条2項についての解釈は論理的に一貫しない面があるのかもし

また、X の Y に対する土地売買契約の無効確認請求の訴えで、送達された判決正本には、判決言渡しに関与した裁判官として、裁判官 A、裁判官 B、裁判官 C の表記があったが、判決言渡期日の口頭弁論調書によれば、判決言渡期日に列席して判決の言渡しを行った裁判官は、裁判官 A、裁判官 B、裁判官 D と表記されていた。しかも原判決の言渡しにあたっては、更新の手続を経由してはいなかった。そこで、判決書に表記されていない裁判官 D が、原判決の言渡しに列席して言い渡された判決は、187 条 1 項（現行 249 条 1 項）に違反するとして争った事案で、最高裁は、「基本たる口頭弁論に関与しない判事でも判決の言渡に関与することを妨げるものではなく、また、判事の更迭があっても判決の言渡については弁論を更新する必要はない。従って原判決を言渡した判事のうちに基本たる口頭弁論に関与しない判事があっても何等の違法なく論旨はいずれも理由がない」とした [(27)]。合議体において、1 人の別の裁判官が判決の言渡しにのみ関与していたとしても、1 項の違反とするには及ばない。

さて、最終の口頭弁論期日に関与する裁判官と、判決をする裁判官とが一致しているかどうかは、何をもって判別するか。特定の裁判官が口頭弁論期日に関与していたか否かは、「口頭弁論の方式に関する」ものとして、口頭弁論調書の記載によってのみ証明される（160 条 3 項） [(28)]。したがって、裁判官が基本となる口頭弁論に関与していたかどうかは、最終の口頭弁論期日の調書の記載から知ることができる [(29)]。一方、判決の言渡しは、判決書の原本に基づいてなされ（252 条） [(30)]、判決書には、判決をした裁判官が署名

れない」と示唆する。

(27)　最判昭和 26 年 6 月 29 日、裁判集民事 4 号 949 頁。

(28)　なお、令和 4 年の民事訴訟法等の一部を改正する法律で、裁判所書記官は、口頭弁論について、期日ごとに、最高裁規則で定めるところにより、電子調書を作成しなければならず（改正 160 条 1 項）、この電子調書を作成したときは、最高裁規則に定めるところにより、ファイルに記録しなければならず（同条 2 項）、口頭弁論の方式に関する規定の順守は、2 項の規定によりファイルに記録された電子調書によってのみ証明することができる（同条 4 項）とされた。

(29)　加藤＝松下・前掲書（前注 15）142 頁、笠井＝越山・前掲書（前注 14）915 頁。

(30)　なお、令和 4 年の民事訴訟法等の一部を改正する法律で、裁判所は、判決の言渡しをするときは、最高裁規則で定めるところにより、…電磁的記録（電子判決書）を作成し

押印をしなければならない（規則 157 条 1 項）から、特定の裁判官が判決をしたか否かは、判決原本における署名押印によって明らかとなる(31)。

2）違反の効果

「尚職権を以て調査するに、原判決には裁判長判事 A、判事 C、判事 D の署名捺印があるのであるが、原審口頭弁論調書によれば、…原審最終口頭弁論期日に臨席した判事は裁判長判事 A、判事 B、判事 C の 3 名であることは明瞭であるから、原判決は基本たる口頭弁論に臨席しない判事 D が関与して為されたものであって、民訴法 187 条 1 項（現 249 条 1 項）に違背した不法あるものといわなければならない」(32)、「職権によって調査するに、原判決の基本たる口頭弁論に関与している裁判官は、裁判長裁判官 A、裁判官 B、裁判官 C であることは記録上明らかである。然るに原判決には、判決をなした裁判官として、裁判長裁判官 A、裁判官 B、裁判官 D の署名捺印がなされていることが明らかであるから、原判決は民訴 187 条 1 項に違反し判決の基本たる口頭弁論に関与しない裁判官によってなされたものに外ならず、同法 395 条 1 項 1 号（現 312 条 2 項 1 号）に該当するものとして、…破棄を免れないものといわなければならない」(33)など、口頭弁論調書の記載と判決の署名とを比較し、最終の口頭弁論期日に関与した裁判官ではない別の裁判官が判決書に署名していた場合、249 条 1 項に違反するとされている。

また、裁判官が途中で交代したにもかかわらず、弁論の更新がされなかった場合も、同様に 249 条 1 項の違反と解されている(34)。ただし、審理の途

なければならず（改正 252 条 1 項柱書）、判決の言渡しは、前条 1 項の規定により作成された電子判決書に基づいてする（改正 253 条 1 項）とされ、これにより判決の言渡しをした場合、最高裁規則で定めるところにより、言渡しに係る電子判決書をファイルに記録しなければならない（同条 2 項）とされた。

(31)　笠井＝越山・前掲書（前注 14）915 頁、松浦＝新堂ほか・前掲書（前注 14）1391 頁。

(32)　最判昭和 25 年 9 月 15 日、民集 4 巻 9 号 395 頁。

(33)　最判昭和 32 年 10 月 4 日、民集 11 巻 10 号 1703 頁。同様の判示をするものに、最判昭和 37 年 11 月 15 日、裁判集民事 63 号 217 頁。最判昭和 39 年 7 月 21 日、裁判集民事 74 号 685 頁。最判昭和 40 年 2 月 18 日、裁判集民事 77 号 405 頁。最判平成 19 年 1 月 16 日、判時 1959 号 29 頁、判タ 1233 号 167 頁。

(34)　昭和 33 年判決（前注 24）。三ヶ月章・民事訴訟法（有斐閣・昭和 34 年）341 頁、新堂

中で裁判官が交代したとしても、最終の口頭弁論期日で弁論を更新し、その最終の口頭弁論期日に携わった裁判官が判決をした場合には、249 条 1 項の違反はない[35]。弁論の更新を懈怠したという瑕疵が治癒されたものと考えられるからである。

さて、1 項に違反すると、どうなるか。「同法 395 条 1 項 1 号（現 312 条 2 項 1 号）に該当するもの」[36]、つまり、「法律に従って判決裁判所を構成しなかったこと」として絶対的上告理由になると解するのが一般的である[37]。ただ、弁論の更新が懈怠されたまま、新裁判官が判決をしたような場合に、これを重大な手続違背として、絶対的上告理由とする考え方には、批判も強い。たとえば、弁論の更新手続は、実質的には直接主義を放棄したものであり、これを忠実に行ったところで、直接主義の本来の要請が充たされるわけではないのに、それを怠ると絶対的上告理由・再審事由になるというのは、直接主義の建前を尊重するあまり、この手続が有する実際の意味に比し、その懈怠に不当に重い効果を与えたものといわざるをえない。弁論の更新は、それによってはじめて従前の口頭弁論に現れた資料が交代後の裁判官にとって判決資料となるという効果をもつのではなく、弁論の更新なくしても適法な判決資料であるものに、直接性という性質ないし価値を付加する手続にすぎず、それゆえ、これを懈怠したとしても、一般の訴訟手続の法令違反となるにすぎず、絶対的上告理由には該当しないとする説[38]、弁論の更新といった手続結果の陳述は、当事者が自ら調書などの事実適示の調査に当たり、事件の要点と調書などの記載の関連を把握したうえ、これを裁判官に陳述し、裁判官に調書などの記載の認識を深めさせるとともに、調書などの記載を通じて裁判官が描くであろう事実関係像と、当事者の描く事実関係像の擦り合わせを行い、両者を一致させることを通じて、審理の充実、裁判の適正

幸司・新民事訴訟法［第 6 版］（弘文堂・令和 1 年）519 頁。しかし、このような考え方には、前述したように疑問がある。

(35)　最判昭和 51 年 6 月 29 日、判時 823 号 52 頁。

(36)　昭和 32 年判決（前注 33）など。

(37)　これは、再審事由（338 条 1 項 1 号）でもある。

(38)　松浦＝新堂ほか・前掲書（前注 14）1394 頁。

を図るための制度である。弁論の更新は、当事者の利益のために認められた報告行為であり、それを懈怠したとしても、上告理由となると解する必要はなく、責問権の放棄・喪失の対象となるとする説[39]、弁論の更新がされない限り、それまでの口頭弁論で提出されていた主張や証拠調べの結果は、判決の基礎として採用することができないことになるはずだから、弁論の更新の懈怠は、弁論主義の違反にとどまるとする説[40]などが提唱された。

4　判決の評価／再論

（1）令和 5 年判決では、254 条 1 項 1 号の調書判決をした裁判官が、口頭弁論終結時の裁判官でなかったことから、249 条 1 項に違反するとし、この違反は「民事訴訟の根幹に重大な違法がある」ものだから、338 条 1 項 1 号の再審事由に該当すると解された。そして、この理解を前提に、X の請求を全部認容する第 1 審判決がされ、確定したとしても、X に控訴の利益ありとされた。これは、再審による取消しの可能性が存する以上、「紛争が最終的に解決されない」し、「X の地位は当面の間不安定な状況にあることになる」[41]。この意味で、「第 1 審判決に付着する明白かつ重大な手続上の瑕疵と再審の訴えにおける取消しの可能性を、控訴の利益を基礎づける一般的な要素として適示したもの」と解される[42]。

令和 5 年の事件の場合、裁判官 A が判決言渡しの期日を指定してはいたが、裁判官 B が、この期日において弁論を再開したうえ、あらためて終結し、直ちに判決をする（374 条 1 項）といった手順も考えられる[43]。こうすれば、最終の口頭弁論の裁判官と判決をした裁判官の不一致という 249 条 1 項の問題を回避できたとはいえる。ただ、ここでの判決は、いわゆる調書判

（39）　鈴木・前掲「論文」（前注 16）407 頁、高橋・前掲書（前注 3）688 頁。
（40）　奈良次郎「弁論更新の懈怠の効果についての一考察」司法研修所論集 55 号 33 頁（昭和 50 年）、住吉博・民事訴訟読本［第 2 版］（法学書院・昭和 51 年）99 頁。
（41）　安永・前掲「評釈」（前注 1）111 頁。
（42）　濵崎・前掲「評釈」（前注 1）120 頁。
（43）　安永・前掲「評釈」（前注 1）111 頁。

決である。本来、判決の言渡しは、判決言渡し期日に、判決書の原本に基づいて行われる（252 条 (44)）が、当事者間に実質的に争いがないような事件については、迅速に判決をすべく、様式性を緩和して、判決書の原本に基づかないで、つまり、判決書を作成することなく、判決の言渡しができる（254 条 1 項柱書 (45)）。その場合、判決書の作成に代えて、裁判所書記官が、言渡し期日の口頭弁論の調書に判決の内容について記載する（254 条 2 項 (46)）。「被告が口頭弁論において原告の主張した事実を争わず、その他何らの防御の方法をも提出しない場合」（254 条 1 項 1 号）なので、実質的に争いがなく、原告の請求が認容される場合である。

（2）そうすると、そもそも、令和 5 年判決が直接主義（249 条 1 項）に違反するものと捉えていることは妥当だろうか。自由心証主義（247 条）のもと、「口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果を斟酌して」、つまり、口頭弁論に顕れた訴訟資料や証拠資料に基づいて、裁判官が事実認定をする。そして、それを反映する形で判決が起案される。したがって、判決の基礎となる事実認定に携わった裁判官が、判決をすることになる。これが直接主義である。口頭弁論に顕出した資料等を吟味し得た裁判官だからこそ、その内容を正確に反映して適正な裁判を行えるという考え方だろう。かように、直接主義は、適正な裁判に至るための 1 つの手段として採用されたものであるとすれば、裁判の内容が正しく過誤がないことが至上命題となる。こう解すると、「適式な手続を逐一求めることが訴訟手続全体を直接主義の理念に従い適正に運用することに繋がる」 (47) ことが、常に要請されて然るべきといえるだろうか。

被告 Y は、第 1 回口頭弁論期日に出頭せず、答弁書その他の準備書面も

---

(44)　令和 4 年の民事訴訟法等の一部を改正する法律によると、判決の言渡しは、電子判決書に基づいてすることになる（改正 253 条 1 項）。

(45)　令和 4 年の民事訴訟法等の一部を改正する法律によると、前項の規定にかかわらず、電子判決書に基づかないで判決の言渡しをすることができる（改正 254 条 1 項柱書）。

(46)　令和 4 年の民事訴訟法等の一部を改正する法律によると、電子判決書の作成に代えて、裁判所書記官に、判決の言渡しをした口頭弁論期日の電子調書に記録させるものとされる（改正 254 条 2 項）。

(47)　安永・前掲「評釈」（前注 1）111 頁。

提出していない。そこで、159 条 3 項本文により同条 1 項本文の規定が準用され、相手方（原告）X の主張した事実を自白したものとみなされた（擬制自白）。その結果、X の請求を全部認容する判決となり、この判決が調書判決の形となった（254 条 2 項・1 項 1 号）。こういった訴訟の経過に鑑みれば、当然の判決であり、口頭弁論に顕れた資料の評価次第で認定事実に違いが生じ、判決の内容にも影響が及ぶといった可能性はない。誰が判断しても、同じ結論・結果に至るものではないか。裁判官 A が口頭弁論を終結し、判決言渡し期日を指定した。けれど、実際に判決を言い渡したのは裁判官 B だった。確かに、最終の口頭弁論の裁判官と判決言渡しの裁判官とは、形式的には一致していない。しかし、B が言い渡した判決の内容は、A が言い渡したと仮定した場合の判決の内容と寸分違わないはずである。これを「法律に従って判決裁判所を構成しなかったこと」として、再審事由（338 条 1 項 1 号）や絶対的上告理由（312 条 2 項 1 号）となると解するのは、過剰反応といえないか[48]。249 条 1 項が要求しているのは、基本となる口頭弁論に携わった裁判官が、判決の内容を決定・作成することである。これは、裁判・判決の適正を確保するという目的の達成に整合する方法と考えられたからに他ならない。とすれば、誰が判断しようとも、判決の内容が定まっており、一致するような場合には、裁判の適正が損なわれるおそれはない[49]。少なくとも、形式的には口頭弁論終結時の裁判官と判決言渡しの裁判官に不一致があっても、裁判の適正が確保されているのであれば、再審事由や絶対的上告理由とはならない特段の事情があると考えることで差し支えない。

最終の口頭弁論の裁判官とは別の裁判官が、判決の言渡しをした場合、249 条 2 項との関係では、「従前の口頭弁論の結果を陳述しなければならな

---

(48)　安永・前掲「評釈」（前注 1）111 頁は、弁論の更新に関して、一般に形骸化していることから、その実施を厳格に求めることには疑問もあり、そのような見方からは、「いわゆる欠席判決（擬制自白に伴うもの）が可能である場合においても、同様の疑問があり得るかもしれない。」と言及している。

(49)　加藤＝松下・前掲書（前注 15）143 頁は、「現代における直接主義の存在理由を改めて問い直す必要があることはいうまでもない」としながらも、「実務の追認のために直接主義をあえて過小評価するような事態が決して望ましくはないことは、改めて確認されてよい」という。

い」という定め（弁論の更新）に抵触するものとはいえる。ただ、口頭弁論の途中で裁判官が交代したような場合、後任の裁判官は、当然それまでの訴訟記録に目を通し、事件の概要を把握し、当事者の主張を熟知し、事実関係について目論見を有している。そうすると、弁論の更新のもつ意味は、これまでの訴訟の経過を踏まえることの、後任の裁判官の（あるいは、後任の裁判官への）報告とみることもできるだろう。ならば、後任の裁判官が、訴訟記録に精通していることを明らかにし、当事者の利益を害することなく、訴訟を終えることができると判断したことを前提に[50]、弁論の更新といった格別の手続を経ることなく、訴訟を続行できるというように転換することも一考に値するだろう[51]。

（鹿児島大学法文学部教授）

※脱稿後、川嶋隆憲「第一審の全部勝訴者が民訴法 249 条 1 項違反を理由として控訴を提起する場合の控訴の利益」新・判例解説 Watch 民訴 No. 153（令和 5 年）、加藤新太郎「Legal Analysis 第 92 回 直接主義違反と全部勝訴者の上訴の利益」NBL1255 号 95 頁（令和 5 年）、能登謙太郎「事件が一人の裁判官により審理された後、判決の基本となる口頭弁論に関与していない裁判官が民訴法 254 条 1 項により判決書の原本に基づかないで第一審判決を言い渡した場合において、全部勝訴した原告が控訴をすることの許否」ジュリスト 1593 号 78 頁（令和 6 年）に接した。

（50）　cf, F.R.C.P. §63。

（51）　鈴木・前掲「論文」（前注 16）444 頁は、弁論の更新（手続の結果陳述）の廃棄を提案する。

論　　説

事業再生手続における「債権者の組分け」の新たな可能性

田頭　章一

一　はじめに
二　債権の分類、組分けの意義
三　「決議単位としての債権の組分け」から「交渉単位としての債権者の組分け」へ
四　「債権者の組分け」の新たな可能性
五　結語

一　はじめに

事業者（株式会社を念頭に置く）の法的事業再生手続における「権利または債権の組分け」というと、たとえば会社更生手続において、更生債権の組と更生担保権の組を分け、それぞれの組ごとに決議を行ったり、特定の種類の債権の組をさらに分割して決議を行う場面（会更 196 条参照）が想定される場合が多い。これに対して、中小企業の事業再生が主要な目的とされる民事再生手続においては、通常の場合、再生債権という一つの種類の債権だけが再生計画案に対する議決権を有し、債権者集会における決議を行う仕組みがとられている。その根拠としては、再生債務者である会社は、財務構成がそれほど複雑ではなく、多様な利害関係人を手続に関与させる必要がそれほどないことなどから、再生手続を簡略化し、迅速に事業再生を実現しようとした、などと説明されることが多い[(1)][(2)]。このような考え方は、さらに進

(1)　伊藤教授は、再生手続において一般債権者（再生債権者）のみが手続参加の対象とされることにつき、「一般債権者のみを対象として再生計画による権利変更を行うことによ

んで、再生手続において、商取引債権に対して手続外で早期包括弁済を行って、再生債務者の事業の迅速な再生を容易にしたり、いわゆる準則型私的整理（事業再生）と再生手続が一体となった事業再生手続を生み出す背景になってきたものといえる。

このような迅速かつ効率的な事業再生という目的を最優先とする考え方が、事業債務者と大口債権者（金融債権者）やスポンサー企業との交渉を軸とする事業再生手続の実務の発展を支えてきたことは、事実である。しかし、このような手続目的が過度に推し進められることになると、すべての債権者が十分な判断資料に基づいて再生手続に参加し、納得して再生計画による弁済を受けるという、本来法的事業再生手続において求められる機能が忘れ去られることになるのではないだろうか。金融債権者等が積極的に再生計画の策定過程に参加することは経済的利害関係の濃さから当然であるが、債権者のうち、会員制クラブ等の会員債権者、外国債権者、不法行為債権者などは、再生手続において自らの地位がどのように扱われ、どのように再生計画に反映されるのか十分に理解しないまま再生計画が認可され、計画が実行に移されると感じる場合もあるのではなかろうか。債権者のうち、自ら受け身の立場を選択するものはそれでよいが、事業再生手続への参加の意思がある債権者にとって、自己の意見を反映させる枠組みが見えにくいとすれば、見直しの方向を検討する必要があろう。

って、手続を簡素化し、迅速に進めることを目的としたものである」、と説明される（伊藤眞『破産法・民事再生法［第 5 版］』（有斐閣、2022）41～42 頁

(2)　倒産手続の利害関係人は本来多様であり、その種類の分類方法もさまざまである。筆者は前稿において、債務者に対して何らかの権利を持つ者を指す用語として「関係権利者」の語を用いた（田頭章一「事業再建型倒産手続における関係権利者の『組分け』に関する覚書―商取引債権者に対する早期包括弁済の許容性の問題等を検討材料として―」上智法学論集 65 巻 1・2 号（2021 年）1 頁以下〔以下、「前稿」といい、単に「田頭」として引用する〕。なお、そこでは「関係権利者」を、基本的には法的整理（会社更生手続）に拘束される権利として定義したが、私的整理でも「関係権利者」の概念は意義をもたないわけではない。田頭・前掲論文 2 頁注（1）では、その点が明確になっていないので、上記のとおり再定義したい）。この「関係権利者」という枠組みは依然として意義をもっていると考えるが、民事再生手続における事業再生を念頭に置いた場合、「債権」または「債権者」の組分けが議論の焦点となることは避けられないので、本稿では、これらに焦点を合わせて検討を行う。

本稿は、このような問題意識から、前稿を踏まえて、債権者の法的事業再生プロセスへの積極的参加の枠組みについて検討を加えようとするものである(3)。民事再生手続では、決議のための組分けは原則として行われない。しかし、実体法的に同一の性格を有する再生債権の中には、特別の利害関係を有する債権者のグループが存在し、それを基盤として、それぞれの共通の利益を主張することが考えられる。これも債権者の組分けが基礎になった手続枠組みの一つということができる。個別的権利行使を禁止される再生債権者は、このような交渉母体としての「組」を作り、専門家の助けを借りながら、そのグループとしての共通（共同）の利益を主張する正当な手続的利益がある。用語としては熟したものではないが、本稿では、このような「交渉単位としての債権者の組分け」（以下、「交渉単位としての組分け」ということがある）の可能性を探りたい。

考察の順序は、次の通りである。

二では、債権分類の意味につき幅広く検討し、その必要性について確認する。

次に、三では、「決議単位としての債権の組分け」から「交渉単位としての債権者の組分け」へと関心対象を広げる際に留意すべき点をいくつか取り上げ、その内容について検討しておきたい。

四で、上記二と三で指摘した交渉単位としての債権者のグループ化の必要性とともに、適切な交渉単位であるための要件等を取り上げ、「交渉単位としての組分け」の新たな可能性について検討を加える。

五で、現時点で得られた結論を述べる。

なお、「組分け」は、後述のように、日本（および米国）の立法上は、（決議のための）「権利または債権」の分類として規定されている。本稿は、組分けに交渉単位としての意味を見出そうとするから、単一の性格の債権を有

(3)　田頭・前掲論文（前注）参照。前稿では、会社更生手続等において、会社更生法 47 条 5 項後段に基づいて、「商取引債権者」に早期包括弁済が行われることについて、これは債権（者）の種類ごとの組分けに基づく処理（「隠れた分類」）を含み、同項の趣旨（個別具体的な債権や債権者ごとに、事業再生にとっての不可欠性を判断して弁済許可を与える）と必ずしも合致していない、という観点から制度的な見直しの必要性に言及した。

する者の中で共通の利害関係を有する「債権者」のグループを問題とし、その意味における組分けを指して、（本稿のタイトルを含め）「債権者の組分け」という表現を用いるものとする。また、本稿における「手続参加」とは、単に再生債権の届出（民再 94 条等参照）を行うことではなく、再生計画案の内容の形成過程において、個人ではなく、グループとしての債権者の共通の利益を主張し、再生計画の内容に反映させようとする一切の活動をいう。

二　債権の分類、組分けの意義

1　わが国における債権の分類・組分け

わが国における債権の組分けの議論は、多様な種類の権利を手続に取り込む会社更生手続を中心に行われてきた。そこで、まず会社更生法における権利の組分けについて簡単に見ておくことにする (4)。

会社更生法 168 条は、更生手続に取り込まれる権利の種類を列挙し、同一の種類の権利を有する者の間では、更生計画の内容は平等でなければならず（1 項本文）、異なった種類の権利間では「公正かつ衡平な差」を設けなければならない（3 項）、と規定する。具体的な権利の分類は、優先順位が高い順に、①更生担保権、②一般の先取特権その他一般の優先権がある更生債権、③②および④以外の更生債権（いわゆる一般の更生債権）、④約定劣後更生債権、⑤残余財産の分配に関し優先的内容を有する種類の株式、⑥⑤以外の株式という 6 種類である。関係人集会の決議における組分けに関しては、法 168 条 1 項各号の定める権利の種類の組に分かれて行う（会更 196 条 1 項）。この際、裁判所は、「相当と認めるときは」上記のうち複数の種類の権利を単一の組とすることもできるし、単一の種類の権利を複数の組とすることもできる（会更 196 条 2 項本文。ただし、更生債権、更生担保権または株式は、それぞれ別の種類の権利としなければならない〔同項ただし書〕）。もっとも、会社更生手続の実務においては、決議手続の複雑化を避けるため細かな組分

(4)　田頭・前掲注（2）4 頁以下も参照。

けは行わず、更生債権者の組と更生担保権者の組に分けて決議されるのが通例とされている(5)。

以上の会社更生手続と異なり、民事再生手続において、債権者として手続に関与することが予定されているのは、「再生債権者」(「再生債務者に対し再生手続開始前の原因に基づいて生じた財産上の請求権」(共益債権または一般優先債権を除く)(民再 84 条 1 項)のみである。一般の優先権がある債権は手続外での行使が認められ(民再 122 条)、劣後的再生債権という債権の種類は存在しない(実質的に劣後的に扱われることはある)。後に詳しく見るように、債権者集会における決議も、通常は再生債権者という単一の集団において行われる。法律の規定上は、民事再生手続においても、約定劣後再生債権(民再 35 条 4 項かっこ書参照)の届出があるときは、一般の再生債権と約定劣後再生債権を有する者は別々の組に分かれて再生計画案に対する決議を行う(民再 172 条の 3 第 2 項本文)。また、計画の内容に関しても、一般再生債権者と約定劣後再生債権者との間においては、劣後的取扱いに関する合意の内容を考慮して、「公正かつ衡平な差」を設けなければならない(民再 155 条 2 項)。ただ、実際の再生事件では、再生債務者は「約定劣後再生債権に優先する債権に係る債務を完済することができない状態」にあるから、約定劣後再生債権者は議決権を有せず(民再 87 条 3 項参照)、この権利について

(5)　東京地裁会社更生実務研究会編『会社更生の実務〔新版〕(下)』(金融財政事情研究会、2014) 311 頁(渡邊千恵子＝目黒大輔)。また、藤原総一郎監修・森・濱田松本法律事務所編『倒産法全書(上)〔第 2 版〕』(商事法務、2014) 181 頁〔濱史子〕も参照。196 条 1 項に規定された各種の権利の一部の組において更生計画案が可決されなかった場合においても、裁判所は、更生計画案を変更し、同意が得られなかった種類の権利を有する者のために当該権利を保護する条項(権利保護条項)を定めて、更生計画認可の決定をすることができる(会更 200 条 1 項)。ただ、わが国における「公正かつ衡平」とは、優先的権利者が完全な満足を得なければそれに劣後する権利者は全く満足を得られないという絶対優先の考え方ではなく、更生計画による前者の処遇は、後者の処遇よりも優遇されなければならないという相対優先の意味である(相対優先原則)と解されているから(兼子一監修・三ヶ月章ほか『条解会社更生法(下)』(弘文堂、1974) 539 頁)、清算価値保障原則による保護しか認められていない(ただし、現行法の立場につき疑問を呈する学説もある。山本慶子「再建型倒産手続における利害関係人の間の『公正・衡平』な権利分配のあり方」日本銀行金融研究所・金融研究 27 巻法律特集号 132-134 頁(2008 年)参照)。

の独立の組分けが行われることはまれである（民再 172 条の 3 第 2 項ただし書参照。なお、裁判所は、法 172 条の 3 第 2 項本文に規定する場合でも、一般再生債権者と約定劣後再生債権者に分かれずに再生計画案の決議を行うことができることにつき、同条 3 項参照）。

担保権者や（約定）劣後的債権者ではなく、一般（無担保）債権者を再生計画に対する決議を行う際の基本的な単位とすること自体は、正当である。これらの債権者が再生計画の処遇において、最も強い利害関係を持つ（再生計画の内容により自己の権利の満足の程度が大きく異なる）からである。そうすると、「再生債権」という単一の種類の債権を決議目的での債権者の集団として扱うことについては、特に問題はないように見える。しかし、再生計画の策定過程における債権者の利益主張の母体としては、「再生債権者」はあまりにも広すぎて、十分に機能できない疑いがある。民事再生手続は、集団的倒産手続の一種であって、債権者の個別的権利行使は禁止されるが（民再 85 条 1 項）、一定範囲の債権者グループ（その例は後述）がその共通の利益を主張するための枠組みは必要である。そのための債権者のグループ分けを、本稿では、「交渉単位としての組分け」と呼ぶ。

2　債権者の集団的交渉枠組みの必要性

民事再生法 1 条は、「この法律は、経済的に窮境にある債務者について、その債権者の多数の同意を得、かつ、裁判所の認可を受けた再生計画を定めること等により、当該債務者とその債権者との間の民事上の権利関係を適切に調整し、もって当該債務者の事業又は経済生活の再生を図ることを目的とする。」と定める。このように、事業再生手続が、債務者と利害関係人（上記条文では「債権者」）間の利害のバランスを調整しながら、窮境にある債務者の事業の再生を図ることが目的とされている。そして、「その債権者の多数の同意を得、かつ、裁判所の認可を受けた再生計画を定めること等により」という部分は、上記目的を達成するための手段として位置づけることができるから、民事再生手続における実質的な目的は、債務者と債権者間の利害の調整をしながら事業再生を実現することにあるといってよいであろう。そして、この実質的目的のうち、債務者と債権者間の利害の調整という点に

視点をおくと、裁判所による再生計画認可のためには、各種債権内部での平等原則、清算価値を上回る計画弁済の保障など（民再 174 条 2 項各号参照）を通した債権者の実体的利益の保障に加えて、各債権者の個別的権利行使の禁止という原則の下で、債権者が再生手続（再生計画策定手続）へ参加する機会をいかに確保するかが、重要な問題として浮かび上がってくる(6)。

しかし、わが国において、このような観点からの理論的、制度的検討がこれまで十分になされてきたとはいえないように思われる(7)。そこで、以下では、決議単位および交渉単位としての債権（者）の組分けに関する比較の材料として、アメリカの議論状況を簡単に確認しておきたい。

(2) アメリカ倒産法第 11 章手続における債権（債権者）の「組分け」の意義

わが国の組分けが、決議を念頭に議論されてきたことは、前述の通りである。この点は、アメリカの第 11 章再生手続（以下、「11 章手続」という）でも基本的には同じである。すなわち、連邦倒産法第 1122 条は、その(a)項で、「計画は、(b) 項に定める場合を除いて、当該債権または利益がその組の他の債権または利益と実質的に類似している（substantially similar）場合にのみ、その権利または利益を特定の組に置くことができる」と定めるとともに、同条(b)項では、「再生計画は、裁判所が手続の便宜上合理的かつ必要であると認める金額未満またはその額まで減額された無担保債権のみによって構成される独自の組を指定することができる」としている。

同条のいう「実質的に類似」しているという要件については、債権の「性格（nature）」を基準に判断するというのが一般的な見解である(8)。また、す

(6)　再生手続が「契約型（和解型）」の倒産手続であることについては、たとえば、「園尾隆司＝小林秀之『条解民事再生法（第 3 版）』（2013、弘文堂）2 頁（徳田和幸）参照。ここでいう「契約（和解）」とは、集団的契約または和解であり、十分な情報開示を前提とした合意形成過程への関係人の参加が不可欠となる。

(7)　ただし、わが国の再生型法的整理の事件数が減少していることを踏まえて、わが国法的整理においては、債権者（金融機関が念頭に置かれる）を疎外している面（裁判所や監督委員等の専門家の熱心さの裏側である）があることを指摘し、債権者委員会の運用および制度的見直しを検討しようとする注目すべき研究があった（柴田義人ほか「比較法的観点から見た債権者委員会の活用」野村剛司編集代表『多様化する事業再生』（商事法務、2017）59-60 頁）。

べての実質的に類似する債権は、一つの組に分類されなければならないのか、それとも再生計画の提出者（通常は DIP＝事業を継続する債務者。本稿では、「再生債務者」という）は、それらを別の組に分類する一定の裁量権を持つのかが問題とされる。判例の立場は必ずしも一致しているわけではない。計画提出者の組分けにおける裁量権を消極に解するものとして、たとえば、不法行為債権は、他の無担保取引債権（契約に基づく取引債権等）と同一の優先順位にある債権であるから、仮に不法行為債権者が再生計画について他の債権者と異なる立場をとる場合でも、別々の組に分ける根拠にはならない、とする判例がある (9)。これに対しては、原決定に「明白な誤り」がなければ、上級審は、債権の分類に関して介入することはできないとして、謙抑的審査を説く判例もある (10)。学説上も、裁量権を広く認める考え方に立ち、債権自体の性格だけではなく、債権者の特質なども考慮し、衡平法上の劣後化の対象となるインサイダー債権や担保不足額債権を有する者が他の一般債権者と異なった投票への動機を持ちうることを根拠に、他の一般債権者とは異なった組に分けることが許されるとの見解もある (11)。

以上の決議に際しての債権者の組分けとは別に、11 章手続では、債権者によって構成される委員会（committee）が再生計画の策定過程において重要

（8）　*See* 7 COLLIER ON BANKRUPTCY ¶ 1122. 03［3］（Richard Levin & Henry J. Sommer eds., 16th ed. ）.

（9）　*In re* Bloomingdale Partners, 170 B.R. 984, 997–98（Bankr. N.D. Ill. 1994）. なお、「再編計画に関する賛成票をゲリマンダーするために、同様の債権を異なる方法で分類してはならない」として、異なった組分けを正当化するにはその根拠を示す必要があるとする判例として、Matter of Greystone III Joint Venture, 995 F. 2d 1274, 1279（5th Cir. 1991）がある。

（10）　*See, e.g.*, Matter of Windsor on the River Associates, Ltd., 7 F.3d 127, 132（8th Cir. 1993）（ただし、本件では、結論的には明白な誤りを認めた。）. 計画案提出者の組分けに関する裁量権を広く認めた例として引用されるものとして、*In re* ZRM-Oklahoma Partnership, 156 B.R.67, 71（Bankr. W. D. Okla. 1993）がある。なお、EU 法、フランス法を含む債権・債権者の組分けに関する最近の議論状況については、*see* Anaïs Alle, *Balancing Debtor and Creditors' Interests in Bankruptcy Reorganization Proceedings: Best Practices for the Procedural Design of Claims' Classification*, at 20–22（2022）, at 〈https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id = 4009910〉.

（11）　ADAM J. LEVITIN, BUSINESS BANKRUPTCY: FINANCIAL RESTRUCTURING AND MODERN COMMERCIAL MARKETS, 612–13（3rd ed. 2022）.

な役割を果たすことがある。連邦管財官（United States Trustee）は、原則として、無担保債権者によって構成される公式債権者委員会を任命しなければならない（連邦倒産法 1102 条（a）（1））。この公式債権者委員会は、再生債務者や優先債権者の再生プロセスでの活動を、専門家を雇ってチェックする(12)。もっとも、公式の債権者委員会は、無担保債権者のうち大口債権者 7 名を選任し、債権者全体の代表機関たる地位を有するので、異なった利害を持つ債権者グループの利益を代表するものではない。そこで、事件によっては、連邦管財官は追加の債権者委員会（additional committee）を任命することができる（連邦倒産法 1102 条（a）（1）。利害関係人の申出により、倒産裁判所が任命する可能性につき、同条（a）（2）参照）。これらの公式債権者委員会は、手続進行に関する再生債務者等との協議、再生債務者の行為や財務状況に関する調査、再生計画策定過程への参加など、多様な権限をもち（連邦倒産法 1103 条（c）参照）、他方で、債権者全体への情報の提供や再生計画案への賛否の投票の勧誘などの職務を遂行することが求められている（連邦倒産法 1102 条（b）（3）参照）(13)。追加の委員会も含めて、11 章手続における公式債権者委員会の活動に伴う合理的な範囲の費用（専門家の報酬を含む）は、特別の要件なしで裁判所が債務者の負担とするものと定められている（連邦倒産法 330 条（a）（1）、1103 条参照）(14)。公式債権者委員会のうち、追加の債権者委員会が認められた例としては、債務者の集団的不法行為が問題となった事件で、被害者類型ごとに債権者委員会を設けることが認められた事件、再生債務者である親会社の債権者委員会に加えて、子会社の債権者のための債権者委員会を設けることが認められた事件などがある(15)。

（12）　阿部信一郎編著・粕谷宇史著『わかりやすいアメリカ連邦倒産法』（商事法務、2014）28 頁、事業再生研究機構編『米国、欧州諸国、シンガポールにおける事業再生の実務』（商事法務、2023）19 頁参照。

（13）　阿部編著・前注 29 頁参照。

（14）　福岡真之介『アメリカ連邦倒産法概説［第 2 版］』（商事法務、2017）250-252 頁参照。

（15）　阿部編著・前掲論文注（12）31 頁参照。前者のケース（Comm. of Tort Litigants v. Catholic Diocese of Spokane（*In re* Catholic Bishop of Spokane）, 329 B.R. 304［Bankr. E. D. Wash. 2005］）では、連邦管財官が選任した不法行為被害者の追加的債権者委員会が再生債務者を被告として提起した訴訟において、同委員会の原告適格（standing）が争われたが、裁判所は連邦倒産法 1103 条(c)(2)を根拠に、原告適格の存在を認めた。この事件で

さらに、公式債権者委員会ではなく、より機動的に交渉力を発揮するために、特定範囲の債権者が非公式の委員会（“ad hoc committee”と呼ばれることがある）を構成する例もある。とくに、債務者に対する不良債権を買い取った再生ファンド等が非公式委員会を組織して、事業再生について影響力を発揮する場合などがあるとされている[16]。アメリカでは、もともと債権者の多様化が指摘されており[17]、同じ性格の権利（たとえば無担保債権者）であっても、その事業再生に対するスタンスは大きく異なる傾向がある。それら異なった背景をもった債権者の交渉の単位として、非公式委員会が利用されているといえよう。ただ、この非公式委員会は、任意のメンバー構成が可能となり、ガバナンスの自由度も高まる反面、公式委員会のように専門家の報酬等が当然に再生債務者財産から支出される仕組みにはなっておらず、委員会（構成員である債権者）の活動が再生事件に貢献したことを裁判所が認めた場合に限って、再生債務者財産からの支払が認められるにとどまる（連邦倒産法 503 条（b）（3）（D）、（4）参照）[18]。

は、この訴訟で原告となった、すでに再生債務者の再生手続開始前から損害賠償訴訟を提起していた被害者の委員会だけでなく、その他の知れている被害者、さらにはまだ表面化していない被害者についても、連邦管財人により追加の委員会（またはその利益代表者）が選任されている点は、興味をひかれるところである（*id*., at 310–11）。なお、追加の債権者委員会の設置を求める者は、既存の委員会では、債権者の利益を適切に代表できないことを証明する責任を負うとするのが判例である。*See, e.g., In re* Budd Co., Inc., 512 B. R. 910（Bankr. N. D. Ill. 2014）（アスベスト被害者から成る債権者委員会を再生債務者財産の負担で設ける必要性を、再生計画案におけるアスベスト被害者の権利の取扱いについて専門家から助言を得ることなどを根拠に肯定した）。

（16）　アメリカでは、再生計画によって全額の返済が想定されない債権者の持つ権利をフルクラム証券（fulcrum security）と呼び、その所持者層（多くは、第 2 順位の担保付債権であるという）が債務者の事業再生に向けて重要な役割を果たすといわれる。これらの債権者層は、事業再生後にはその権利が株式と交換されることが多いとされ、再生計画の内容によって自己の経済的利益が左右されることになるから、非公式債権者委員会を構成して、再生計画に積極的に関与することになる（以上、事業再生研究機構編・前掲注（12）25–26 頁、阿部編著・前掲注（12）32 頁参照）。

（17）　事業再生研究機構編・前掲注（12）7 頁以下参照。債権者の多様化という現象の発現形態は、国によって異なり、アジアでは比較的少なかったようであるが、たとえばシンガポールでもそのような傾向があると報告されており（事業再生研究機構編・前掲注（12）112 頁）、わが国も同様な状況に近づきつつあるといえるのかもしれない。

（18）　非公式委員会は基本的に自由に組成できることから、その乱立を避けるために、法令

以上のように、アメリカにおいては、投票のための債権の組分けとは別に、再生計画の策定過程における交渉のための債権者のグループ・委員会（組分け〔Classification〕とは表現されないが）の設置の必要が認められ、実際に活動している。そこで紹介した各種制度およびその運用は、アメリカ事業再生手続固有の事情が反映していることは別として、わが国の事業再生手続に関する従来の議論において手薄であった点を再認識させるものといえるのではなかろうか。わが国の民事再生手続についていうと、決議単位としては、再生債権者全体を一つの組とすることが肯定されるとしても、「交渉単位としての組分け」（共通の利害を有する債権者およびその利益代表者の選定）のあり方については、検討の余地が残っていると思われるのである。

三　「決議単位としての債権の組分け」から「交渉単位としての債権者の組分け」へ

二で述べたように、「交渉単位としての組分け」のあり方は、従来「決議単位としての組分け」と異なった視点から議論する必要がある。しかし、両者は債権（者）の組分け（グループ化）という意味で共通点があることも否定できない。そこで、本章では、「交渉単位としての組分け」と「決議単位としての組分け」の違いを確認しながら、従来、後者をめぐって行われてきた議論をどのように利用できるかという観点から、簡単に整理してみたい。

(1)　手続の迅速化・単純化との関係

民事再生手続においては、再生計画案の決議を仮に複数の組で行うことになると、別々の集会での投票、集計等が必要になることのほか、組分けの方法について争いが生じうることから、民事再生法は、決議のあり方として、再生債権という単一の法的性格を基準とする方法を採用した。いうまでもなく、「交渉単位としての組分け」も、無秩序に行われれば、手続を混乱させる要因になることは否定できない。しかし、適切に組分けされた債権者グル

による規律の必要性が認識されており、連邦倒産規則 2019 条は、そのメンバー構成や活動目的等に関する情報開示について、詳細な規定を設けている。*See* 9 COLLIER ON BANKRUPTCY, *supra* note 8, ¶ 2019. 01.

ープが専門家を通して共通の利害を主張することは、集団的事業再生手続における合理的な交渉・情報交換を促すというプラス面もあるように思われる。

また、交渉単位として債権者のグループ化を考えることに対する疑問として、民事再生手続の実務においては、裁判所の監督の下、事業再生の専門家（再生債務者代理人、監督委員など）によって、債権者全体の意向は十分に汲み取られ、再生計画の策定・認可手続において反映されるから、交渉目的での債権者の手続参加の必要は大きくない（または現行法上の債権者委員会や代理委員の制度で十分である）という考え方も根強いと思われる。ただ、手続の機関としての中立的な専門家の努力によって適切かつ迅速な事業再生が行われうるということと、様々な利害をもつ債権者の納得を得た手続に基づいて事業再生手続を進行させることとは別であり、法的再生手続としては、両者を実現することが求められるといえる。とくに、現在の事業再生手続において、利害関係を共通にする債権者グループの交渉の基盤が十分に用意されていないという本稿の理解に立てば、そのあるべき仕組みを探究する意味はあると思われる[(19)]。

さらに、すでにふれたように、再生債権者として括られる債権者の中には、独自の利害関係を有する者が現に存在し、また今後もその多様化が進展する可能性があるとすれば、共通の利害を有する債権者ごとの交渉の枠組みを設けた方が、効率的な交渉が可能になる面が多くなるという見方も可能だろう。この点、再生ファンドなどの不良債権投資家が、積極的に共通の経済的利益を実現するために積極的に事業再生手続に関与する場面に絞って考えれば、アメリカの非公式委員会〔ad hoc committee〕の実態と規律が検討のヒントになろうが、これらの債権者等は、ときに再生債務者と正面から対立して、自己の利益を追求するものであり、活動資金も自己負担できる（すべき）グループである点で、本稿で想定する債権者グループとはやや性格を異にする。したがって、アメリカの制度との関係では、公式債権者委員会のうち、追加の債権者委員会のあり方（再生債務者の事業再生という目的を維持し

（19）　柴田ほか・前掲注（7）60 頁参照。

ながら当該債権者グループの共通の利害を主張する場を保障することを目的とし、専門家の報酬等は合理的範囲で再生債務者財産の負担とすることを前提とする）が、本稿でいう「交渉単位としての組分け」の基本的モデルとされるべきであろう。

(2) 中小企業の事業再生手続における手続の簡略化

民事再生手続は、中小・零細規模の債務者の再生も対象としているから、それらの事業再生手続では、決議目的か交渉目的かを問わず、参加債権者を単純化して手続を進める必要性が大きいという議論がありうる。加えて、中小規模の会社の資本構造や債権者の多様性もそれほどではないことが通常であるから、中小企業の再生手続において、交渉単位としての債権者グループを構成して共通の利益を主張する必要性も、相対的には小さくなることも考慮されなければならない。アメリカでも、小規模事業者の再生事件（small business case）では、原則として債権者委員会は設置しないものとされている（連邦倒産法 1102 条（a）（3））[(20)]。

ただ、そのことによって、「交渉単位としての組分け」の考え方自体を否定することにはならないであろう。次項で述べるように、中小企業の再生手続において交渉単位としての債権者の組分けの必要がなく、または、その費用を再生債務者の財産の負担とすることにより、債務者の事業再生を困難にするような事情があるときは、裁判所は、その組分けを認めないこととな

(20)　小規模事業者とは、当初、総債務額の要件としては 200 万ドルを超えない事業者とされていたが、3 年ごとの額の見直し（連邦倒産法 104 条参照）により、2022 年 4 月 1 日以降は、総債務額が 302 万 4725 ドルを超えない事業者とされている。*See* 7 COLLIER ON BANKRUPTCY, *supra* note 8, ¶ 1102. 04 なお、連邦倒産法 1102 条（a）（3）等は、2019 年に改正されたが、その過程での改正提案の内容とその分析については、柴田ほか・前掲注（7）65-67 頁参照。ちなみに、中小規模の再生債務者に関する同様の規律は、EU においても採用され、EU の予防的事業再生に関する指令の解釈（Rec45）は、「加盟国は、中小企業である債務者は、資本構造が比較的単純であることを理由に、影響を受ける利害関係人を別々のクラスで扱う義務を免除されるものと規定できるものとすべきである。」という。*See* DIRECTIVE（EU）2019/ 1023 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 20 June 2019 on preventive restructuring frameworks, on discharge of debt and disqualifications, and on measures to increase the efficiency of procedures concerning restructuring, insolvency and discharge of debt, and amending Directive（EU）2017/ 1132（Directive on restructuring and insolvency）.

る。

(3)「交渉単位としての組分け」の適切性審査

債権者の「交渉単位としての組分け」の意義を認める場合、上記のような留意点を考慮して、最終的には裁判所によるその限界の審査が必要になる。

「決議単位としての組分け」の妥当性に関するアメリカの議論を顧みると、再生計画案提出者による濫用的な組分けをどのようにチェックするか、という点が重要な論点とされてきた。再生計画案提出者が、債権者（関係人）集会で計画案の可決を目指すのは当然であるが、その目的を実現するために、債権者等の戦略的組分けがどこまで許されるか、換言すれば、再生計画による事業再生の実現とそれに反対する債権者（以下、「反対債権者」という）の保護のバランスが問われたのである。この点は、かつて、アメリカ倒産法の重要な立法提案において、計画案の提出者は、その組分けにつき「合理的な事業上の正当化（rational business justification）」ができる場合には、類似の権利を別々の組に分けることができる、との改正を提言していることに表れている[(21)]。これに対する反対債権者の保護の手段としては、計画認可時の債権者の「最善の利益」テストと「公正・衡平」（絶対優先原則）が重要であった[(22)]。わが国における再生手続においては、「決議単位としての組分け」の

(21)　*See* BANKRUPTCY—THE NEXT TWENTY YEARS, National Bankruptcy Review Commission Final Report, October 20, 1997, 2. 4. 16.　再生計画の提出者が、性格を等しくする債権を異なる方法で扱う事業上の根拠がない場合には、その分類は禁止されることとなり、このようなアプローチは、債権者の利益を犠牲にすることなく、事業再生の必要性に対応するための柔軟性を提供するものである、という。

(22)　最善の利益テスト（best interest test）は、再生計画における反対債権者の処遇は、清算の場合の満足の程度が確保されなければならない、という原則である（連邦倒産法 1129 条(a)(7)参照）。もっとも、このテストは、裁判所が清算手続（一般的には強制的清算手続である清算手続）における配当額を試算して、仮定的な清算価値を予測するものとならざるを得ないから、アメリカでは、債権者が負担覚悟で結果も予想しにくい争訟手続を利用するかというと、その救済手段としての意味はそれほど多くは期待できないというのが一般的な感覚のようである（*See* DOUGLAS G. BAIRD, ELEMENTS OF BANKRUPTCY（6th ed. 2014）at 259）。次に、「絶対優先原則」は、再生計画がいわゆるクラムダウンを通じて認可された場合における、反対少数債権者に対する追加的保護として位置づけられる。すなわち、連邦倒産法 1129 条(b)(2)は、再生計画に反対の組は、より劣後するクラスが何らかの対価を受け取る前に、完全な満足を得ることが必要である。なお、日本法との比較につき、前掲注(5)参照。

議論は無きに等しいものの、仮に決議場面で再生債権者の組分けがなされるとすれば、認可手続で濫用的な組分けをチェックする実体的基準としては、清算価値保障原則（債権者の最善の利益テスト）と債権者平等原則が担うことになろう。

しかし、「組分け」の機能を交渉単位という視点からみると、決議の場面のように反対債権者の利益保護が問題ではなく、再生計画案の策定過程において、当該債権者グループの形成が、その構成員の利益を適切に主張できる仕組みになっているかが問われる。したがって、いかなる債権者の利益を主張しようとしているのかが明示されているか、またその団体としての意思を事業再生手続において明らかにする者が適切に選任されているか、さらにその債権者グループの組成に不当な目的が隠されていないか、などが審査対象となろう。また、このような基準による判断の前提として、当該債権者グループのメンバー構成や共通の利益の内容、当該グループ組分けの目的等について、情報開示のルールを明確にすることが必要であろう(23)。

「交渉単位としての組分け」の議論は、債権者が集団的な交渉の必要性を認識し、その意図を持つことが前提となる。しかし、後述する現行代理委員の制度のように、裁判所から交渉の合理化のために必要と考えて、勧告をしたり、職権で一定範囲のグループを指定し、その利益代表者（代理人）を指定することもあってよいであろう（裁判所のイニシアチブによる債権者の組分け）。どのような交渉目的の組分けであっても、実際の利益主張を支える弁護士等専門家の活動は不可欠といえ、その費用は、一定の範囲でその費用を再生債務者財産の負担とすべきである。もちろん、そのような費用負担が再生債務者財産の規模に見合わないときには、かかる交渉目的の債権者の組分けの合理性が否定されることもあり得る。前述したように、中小企業の再生手続では、このような考慮に基づいて、債権者の個別の集団による交渉の可能性よりも、簡略・経済的な事業再生の実現を優先する可能性は残される。

---

(23)　開示事項を検討する際には、債権者委員会の情報開示に関するアメリカ連邦破産規則2019条が参考になろう（前掲注(18)参照）。なお、民事再生手続における債権者委員会や代理委員の承認申立ての記載事項等に関する民再規則29条・53条も参照。

四　「債権者の組分け」の新たな可能性

以上の検討に基づき、交渉単位としての債権者の組分けの制度の具体的イメージを考えてみたい。

1　「交渉単位としての組分け」―現行法の解釈

民事再生法が定める債権者の交渉単位としては、まず、再生債権者全体を母体とする債権者委員会（民再 117 条以下）がある。ただ、それが裁判所によって承認されるためは、①委員の数が、3～10 名であること、②再生債権者の過半数が当該委員会の手続関与に同意していると認められること、③当該委員会が再生債権者全体の利益を適切に代表すると認められることが必要である。そして、債権者委員会が裁判所によって承認されると、裁判所や再生債務者等に対する意見陳述権（同条 3 項）などの権限が与えられるとともに、再生債務者等には、債権者委員会に対する意見聴取義務（民再 118 条 2 項）や報告義務等が課される。さらに、債権者集会申立権（民再 114 条前段）、再生計画の履行監督への関与（民再 154 条 2 項）など特別の法定権限も認められる（なお、債権者委員会の活動方法については、民再規 54 条参照）ことも考え合わせると、法が債権者委員会を再生手続の機関の一つとして位置付けていることはたしかであろう。もっとも、実際には、債権者委員会の利用例は少ないとされており、その理由として「承認の要件が厳しいうえに、権限が少ないために、ほとんど活用されていない。」との指摘がなされているところである[(24)]。

次に、再生債権者は，裁判所の許可を得て，代理委員を選任し，再生手続

(24)　今中利昭編『倒産法実務体系』（民事法研究会、2018）161 頁。その他、伊藤・前掲注(1)916 頁注 64 も参照。なお、民事再生手続の実務では、手続開始決定前後（多くは開始決定前）に「債権者説明会」が開催されるが、その目的は、債権者（のグループ）の共通の利益の主張を聴くというよりも、再生債務者の事業・財務状況や手続の進め方についての説明（情報提供）にとどまると考えられる。債権者説明会開催の実態については、山本和彦＝山本研編『民事再生法の実証的研究』（商事法務、2014）111 頁参照。

に属する一切の行為を行わせることができる（民再 90 条以下）。この代理委員制度は、利害を共通にする限定的な再生債権者グループの意向を的確に再生手続に反映させるとともに、手続の円滑・迅速な進行も目的とするものとされるから[25]、「交渉単位としての組分け」の考え方を実現するための基礎となる可能性がある。とくに、裁判所は、再生手続の円滑な進行を図るために、再生債権者に対し、代理委員の選任を勧告することができる制度（同条 2 項）、および「共同の利益を有する再生債権者が著しく多数である場合において」、選任勧告がなされたにもかかわらず代理委員をしない者があり、かつ、代理委員が選任されなければ手続遂行に支障があると認められるときに、職権で代理委員を選任できる制度（民再 90 条の 2 第 1 項）が用意されている点は、代理委員を一部債権者の単なる代理人としてではなく、再生手続の機関として位置付ける可能性を開くものといえる。

もっとも、代理委員については、再生債務者等による意見聴取の対象になる（民再 118 条 2 項）等債権者委員会に認められている特別の地位は認められておらず、一定範囲の債権者の委任に基づく受任者（民再 90 条の 2 第 6 項参照）としての位置づけが残っているものと言わざるを得ない[26]。その点は、代理委員の活動に要した費用等の扱いにも表れている。すなわち、裁判所が職権で代理委員を選任した場合には、代理委員の活動の「費用」および「報酬」は再生債務者財産から支払われるものとされている（民再 90 条の 2 第 1 項・5 項参照）一方で、債権者が代理委員を選任した場合については、代理委員が「再生債務者の再生に貢献したと認められるとき」に限り、裁判所は、再生債権者等の申立てによりまたは職権で、再生債務者等が、再生債務者財産から、これらの者に対し費用を償還し、または報償金を支払うことを許可することができる、と定められるにとどまる（民再 91 条 1 項）。ここにおける代理委員の報酬の再生債務者財産負担はあくまで例外とされ、しか

---

(25)　才口千晴＝伊藤眞監修『新注釈民事再生法（上）（第 2 版）』（金融財政事情研究会、2010）483 頁以下〔中井康之〕参照。中井弁護士は、「利害を共通にする再生債権者」の例として、ゴルフ場運営会社に対する会員債権者、同種の損害を被っている消費者被害者、公害被害者等を挙げておられる。

(26)　会社更生手続における代理委員（会更 122 条）につき、田頭・前掲注（2）17 頁参照。

も再生債務者財産による費用負担の許可を申し立てる権限をもつのは、再生債務者等である。加えて、その場合に支払われる金銭は、再生債務者の再生に貢献したことに対する「報奨金」であることにも注意が必要である。すなわち、債権者が実際に代理委員を選任する場合、代理委員は、債権者の利益を主張する手続機関として報酬を受けるのではなく、あくまで再生債務者の再生に貢献した場合に限って費用または報奨の支払いを受ける。この「貢献」の具体例としては、一般に、適切な再生計画を提出したり、再生計画への適切な助言をしたりすることなどが挙げられており、民事再生手続において、一定範囲の債権者の立場を適切・合理的に主張し再生手続に反映させようとする活動自体に対してその費用を共益的債権として債務者財産から支払うという制度ではない(27)。

以上のことから、民事再生法のおける交渉単位として用意されている仕組みについては次の点が指摘できる。まず、債権者委員会は再生債権者全員の利益代表機関である点で、効果的・機能的な債権のグルーピングとはかけ離れていると言わざるを得ない。これに対して、代理委員制度は、効果的な債権者グループの組成と代表者による共通の利益の主張を可能にするための制度として機能する可能性があるものの、裁判所の職権による選任の場合を除き、個別の債権者の委任という私法的位置づけが残っている点で、集団的手続における交渉単位としては、限界がある。交渉単位としての債権者の組分けという観点からは、その債権者のグループの共通の利益を、合理的に（債務者事業の再生という目的にも配慮しつつ）主張できる者が交渉担当者となる必要がある。そしてこの場合、重要な問題となるのが専門家等の報酬を含む代理委員の費用の負担であるが、この点は、すでに論じたように、現行法上は代理委員が「再生債務者の再生に貢献したと認められるとき」に限られる

(27)　民事再生法は、債権者委員会の活動費用等ですら、再生債権者の再生債務者の再生に貢献する活動があったと認められることを条件に、裁判所の許可により、費用（弁護士等の費用も含まれると解されている）の再生債務者財産からの支出を認めている（民再 117 条 4 項参照）。この点からは、現行民事再生法の基本的考え方として、債権者の利益代表組織の活動に対しては、再生債務者の事業の再生に貢献して初めて再生債務者財産からの費用等支出が認められるという態度が見てとれる。しかし、このような考え方は、見直しの必要があるように思われる。

結果、債権者サイドとしては、再生債務者財産による費用負担を確実に期待できない点は、大きな障害となる。

したがって、現行制度の下で、「交渉単位としての組分け」を民事再生手続の機関に近い存在として実現しようとすれば、利害関係人の上申を受けて裁判所が再生手続の円滑な進行のために必要であることを認めて代理委員選任勧告（民再 90 条 2 項）を行い、個別の債権者による選任を待たずに、裁判所が積極的に職権で代理委員（弁護士等が考えられる）の選任を行う（民再 90 条の 2 第 1 項・3 項参照）ことが考えられる。これにより、弁護士費用等の再生債務者財産の負担の可能性は高まるが（民再 90 条の 2 第 3 項）、このような代理委員の職権選任の運用を裁判所が適切と考えるか、という問題に加えて、前述のように、同条 1 項の「共同の利益を有する再生債権者が著しく多数である場合」などの要件をクリアーできるかも難題であろう。以上の諸点を考慮すると、現行法の代理委員制度を利用して、交渉単位とする債権者の組分けを実現するのは、ハードルが高いものといわざるをえない。

2　立法論も含めた検討

債権者の手続参加の機会を与えるという意味での債権者の組分けを構想する場合、たとえ債権者側の意思による交渉単位の設定およびその職務担当者の選任であっても、再生手続の機関としてその者の活動を認め、再生債務者財産からの合理的範囲の報酬を認める必要がある。このような考え方は、少なくとも再生債権者が選任した代理委員について、手続機関性を否定する現行法の立場とは、基本的発想を異にする。したがって、利益を共通にする債権者グループの代表者を手続機関とする可能性を正面から認める制度は、立法的な裏付けを要するものと考えられる。

簡単な例を用いて考えてみよう。再生債務者会社の工場からの廃液によって健康被害を受けた周辺住民（被害を受けた者は 50 名程度とする）が、早期（たとえば、他の債権者との平等を保ったまま早期一時金の弁済を求める）・最大（再生計画による、または計画外で平等原則の例外となる弁済を求める）の救済を求めて再生計画策定過程に積極的に関与しようとする場合、どのような方法があるだろうか。まず、個別的または一部の少人数の隣人等でまとま

って自己の利益を主張することは、再生手続の機関としての活動には含まれない。このような交渉単位は、再生手続の集団的手続としての性格と相容れない個別的権利の主張を許すことにつながり、そのような交渉単位が乱立すると、手続全体が混乱することになるおそれが大きいからである[28]。他方で、再生債権者全体の利益代表機関である債権者委員会（仮にその設立自体の要件がすべて満たされるとしても）で上記被害者グループ特有の利益を主張するのは困難であり、さらに、現行の代理委員制度を利用しようとしても、弁護士等専門家の報酬等の負担を考えれば、その利用を躊躇し、その結果、自分たちの利益主張の機会を失うことになりかねない。このように、現行法上、共通の利害を有する債権者が自ら交渉単位を作って当該債権者グループの利益を主張するための適切な仕組みが存在しないのであれば、そのための制度を用意しておくことが求められよう。このような仕組みを用意することは、決して再生手続の迅速・簡易な進行の理念と相反するものではなく、実際の手続では、交渉単位のいわばフォーマットまたはひな型を提供することにより、多様な債権者グループの意向を効率的に再生手続に反映させる効果が期待できる[29]。

このように、「交渉単位としての組分け」は、再生手続の迅速・簡易な進行と両立すべきものであるから、裁判所の関与の下でその妥当性が確認されなければならない。その要件としては、当該交渉単位としての債権者グループに属する再生債権者が共通する利益（利害関係）を有することの確認が、最重要の事項となる。交渉単位としての性格上、再生手続開始後であれば、再生債権届出前であっても設置の申立て（申立権者は当該グループに属する債

---

(28)　当然のことながら、このことは、個々の再生債権者または任意の債権者グループが、自己の判断と費用負担で個別に代理人を選任して、（法律上認められる範囲で）自己の利益を主張することを妨げるものではない。

(29)　現在準備が進められている「倒産手続の IT 化」には、手続コストを削減するなど多くのメリットがあるといわれるが、今まで拾えなかった利害関係人の意見を手続に反映し、より充実した審理を可能にする効用も期待されているはずである（たとえば、山本和彦「民事裁判手続の IT 化」（弘文堂、2023）3 頁参照）。本文で述べたような債権者の共通の利益を主張するフォーマットを用意し、裁判所や監督委員等の適切な管理の下で活用することも、「IT 化」によって促進できることの一つではなかろうか。

権者が想定されるが、一定数の債権者の共同申立てを求めることもあり得よう）ができるとすべきであろう(30)。選任の形態は、現行民事再生法における代理委員制度にならって、当該債権者グループに属する債権者の中から一人または数人の委員を選ぶか、直接弁護士等の専門家を選任する形となろうが、前者の場合でも、必ず交渉担当者には弁護士等の専門家が就任することを要するものとすべきであろう。裁判所による選任勧告および職権選任の制度も維持されるべきであり、上記の健康被害に基づく不法行為債権者の例などを念頭に置くと、再生債務者等や監督委員などからの情報により、選任勧告をしやすくすることは、考えられてよいのではなかろうか。いずれにしても、ここで検討している制度の趣旨は、合理的な債権者の組分けに基づく対象債権者のための交渉自体が再生手続の目的に資する点にあるから、再生債務者の再生に貢献したかどうかにかかわらず、構成員の活動費用および合理的範囲での専門家の報酬は、再生債務者財産の負担とすべきであろう。

五　結語

法的事業再生手続における「債権の組分け」は、従来決議のための債権の組分けが念頭に置かれてきたから、債権者集会決議が、基本的に再生債権により構成される一つの組で行われる民事再生手続では、その問題が議論されることはほとんどなかった。このような状況は、民事再生手続では、債権または債権者の分類・組分けは、およそ問題とならない、という暗黙の前提を生み出してきたように思われる。

しかし、再生計画案に対する決議時の組分けの問題から、共通の利益を有する債権者グループによる事業再生手続への参加のための「組分け」という問題に関心を広げると、異なった視点から検討し直す余地があるのではないか、と考えた。そのことを、本稿では、仮に「交渉単位としての（債権者

(30)　現行法の「代理委員」についても、再生債権を有する限り、債権届出前でも選任できることについて、才口=伊藤監修・前掲注（25）484 頁〔中井〕参照。活動の終期は、独自の再生計画案の提出の予定があるなど特別な場合を除いて、再生計画案の付議決定（民再 169 条参照）までとすることが考えられよう。

の）組分け」と表現して、不十分ながら考察を試みた。現行民事再生法において、正式の「交渉単位」として想定されているのは、主として「債権者委員会」と「代理委員」であるが、それらの制度の利用は低調であり、それぞれに「交渉単位としての組分け」として問題が残るものと考えた。そこで、現行制度の特徴と問題点をふまえながら、制度論として考える場合に、どのような制度設計が可能かについても検討した。そこでは、再生債務者の再生に貢献する主体だけが手続機関になりうるという考え方に疑問を示し、合理的に限界づけられた債権者集団の共通の利益を主張する交渉主体も手続機関になりうる（したがって実質的交渉担当者となる弁護士等の専門家は、再生債務者財産から一定基準による報酬を受ける）という発想の転換が必要と考えた。法的整理としての民事再生手続において、債権者による権利主張のために、どのような手続枠組みを準備するかは、一方では、債権者の手続参加の機会を保障する観点から、他方では、迅速・効率的な事業再生を実現する観点から、政策的判断も加えて、慎重に検討されなければならない問題である。この問題について今後議論を深めることは、私的整理との関係での民事再生手続の存在意義を再確認するためにも必要なことではなかろうか。

原強先生には、長年、上智大学法学部および法科大学院における民事訴訟法分野を牽引していただいた。本稿を原先生に捧げ、これまでの多大なご貢献に深謝するとともに、先生の今後のご健康とご活躍を心よりお祈りしたい。

本稿は、科学研究費基盤（C）課題番号 19K01377 の成果の一部である。

（本学法学部教授）

論　　説

消費者契約法と専属的管轄合意の有効性

薮口　康夫

一　問題の所在
二　平成 8（1996）年民訴法改正前の専属的管轄合意をめぐる民事訴訟法学上の議論
　1　合意管轄条項が付加的（競合的）なのか、専属的なのかが文言上明らかでない場合
　2　合意管轄条項に「専属的」との文言が存在する場合の効力
三　消費者契約法 10 条が適用・類推適用された場合の処理
　1　事業者原告型
　2　消費者原告型
四　消費者契約法制定後の裁判例の検討
五　消費者契約法上の議論
　1　平成 8 年民事訴訟法改正時の議論
　2　消費者契約法制定時の議論
　3　消費者契約法制定後の民事訴訟法学上の議論
六　専属的管轄合意条項への消費者契約法 10 条適用・類推適用の試み
　1　消費者契約法上の不当条項リストに明文化されなかったことの影響
　2　民事訴訟法学上の議論
　3　消費者契約法 10 条適用・類推適用論の実益
　4　結論

一　問題の所在

民事上の紛争を裁判所において解決する場合、どこの裁判所を法廷地とするかは、隔地者間の当事者にとっては重要な問題となる。

民事訴訟法では、事件類型を問わない普通裁判籍（民事訴訟法 4 条）と特別裁判籍（民事訴訟法 5 条以下）の法定管轄を定めながら、当事者の合意による管轄裁判所（民事訴訟法 11 条）も認められている。

そこで、紛争当事者間の契約書に、契約に起因する訴えについての管轄裁判所の定めがおかれていることがある。しかも、契約書の文言に、「専属的管轄裁判所」であることが明示されている場合、明示されていない場合に、それをどのように扱うのか、すなわち専属的合意管轄を認めるのか否かが問題となる。もし、この専属的合意管轄を認められれば、一方の当事者は近隣の裁判所に出廷すれば良いことになるのに対し、他方の当事者が、遠隔地の裁判所に出廷する必要が生じるからである。

特に、事業者と消費者が契約関係に立つ場合、このような条項が約款に明記されていて、「契約自由の原則」によって契約条項の個別的修正・変更が行なわれない場合には、消費者の側が遠隔地の法廷に赴く必要が生じる場合が多く発生し、消費者側が経済的にも時間的にも大きな負担を課せられることになる。

筆者は、民事訴訟法学を専門としており、本稿においては、専属的管轄合意の効力を、消費者契約法 10 条の適用または類推適用によって制限する可能性を検討することとする。

二　平成 8（1996）年民訴法改正前の専属的管轄合意をめぐる民事訴訟法学上の議論

従来より、合意管轄条項の効力をめぐっては、大きく分けて以下の二点について議論されてきた。

1　合意管轄条項が付加的（競合的）なのか、専属的なのかが文言上明らかでない場合

(1) かつての通説は、契約条項の解釈の問題として処理し、法定の管轄裁判所のうちのいずれかを指定している場合には専属的と解し、そうでなければ付加的と解していた [(1)]。

(2) これに対し、同じく契約条項の解釈の問題として処理しつつも、法定の管轄裁判所が存在するにもかかわらず、他の裁判所又はその内の一つの裁判所を管轄裁判所として指定する以上は、たとえ「専属」の文言が使用されていなくとも専属的管轄合意と解釈するのが当事者の合理的意思であるとする説もあった[(2)]。

このような見解に立つ場合は、専属的管轄合意と解釈された管轄条項につき、消費者契約法 10 条の適用ないし類推適用の可能性を考える必要が生じる。

(3) また、「専属」との文言が存在しない以上は、専属的管轄合意ではなく付加的（競合的）な合意であるとする説もある[(3)]。この説は、契約解釈の中に、消費者保護の発想を、密かに導入しているものといえる。

このような見解に立つ場合は、本稿の検討対象である消費者契約法 10 条については、この場合に適用ないし類推適用の可能性を考えるまでもないことになる。

2　合意管轄条項に「専属的」との文言が存在する場合の効力

この場合には、専属的管轄合意が訴訟上どのように扱われてきたかは、平成 12（2000）年の消費者契約法制定より前の、旧民事訴訟法時代（平成 9 年以前）のものも含めて、学説・裁判例が専属的合意管轄をどのように扱ってきたかを概観する。

(1) 専属的管轄合意の成立自体を否定するか、成立した合意の範囲を限定的に解釈する方法

約款による管轄の合意を一切認めず、たとえなされても合意の成立を否定する見解があった[(4)]。また、「専属的」との文言が存在していても、付加的

(1)　兼子一『新修民事訴訟法体系〔増訂版〕』（酒井書店・1965 年）90 頁など。
(2)　奈良次郎「管轄合意（その 2）」金法 559 号 40 頁（1969 年）など。
(3)　徳田和幸「管轄の合意の要件と効力」三ヶ月章=青山善充編・民事訴訟法の争点〔ジュリスト増刊号〕（有斐閣・1979 年）
(4)　吉野正三郎「管轄をめぐる当事者自治とその限界」新堂＝竹下＝石川『講座民事訴訟

（競合的）な合意であるとする説もある[5]。

（2）公序良俗違反（民法 90 条の類推適用）または、信義則の適用

契約文言上は、専属的合意が認められても、その内容に合理性・妥当性がないとして、民法 90 条を類推適用したり、信義則によって専属的合意管轄の効力を制限するという見解もあった[6]。

（3）民事訴訟法 16 条以下の移送による処理

専属的管轄の合意と認められる場合でも、民事訴訟法の移送規定により、それ以外の裁判所に移送できるかは、平成 8 年改正前民事訴訟法 31 条の下では、議論があたった。というのも、改正前民事訴訟法 31 条には、現行民訴法 20 条 1 項括弧書きに相当する文言が存在しなかったため、専属的合意管轄の場合にも、改正前民事訴訟法 31 条の適用が排除されるか否かが議論されていた。

結局、平成 8 年改正を経た現行民訴法 20 条 1 項は、その括弧書きが存在することから、専属的合意管轄の場合には、現行民訴法 17 条から 19 条は適用排除されないことになるので、現在では同 16 条や 17 条による移送が可能になっている。

三　消費者契約法 10 条が適用・類推適用された場合の処理

その後の平成 12（2000）年に消費者契約法が制定されてからは、同法 10 条の適用または類推適用の可能性が示唆されるようになってきた[7]。

そこで、専属的管轄合意条項に、消費者契約法 10 条が適用・類推適用された場合の処理を検討しておく。

法④審理』（弘文堂・1985 年）81 頁。

(5)　徳田・前掲註(3)。高島義郎「管轄合意をめぐる問題点」鈴木忠一=三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座』1 巻（1981 年・日本評論社）232 頁。奈良次郎「専属的合意管轄は終焉か？（上）」判時 1497 号 153 頁以下（1994 年）。

(6)　竹下守夫「判批」『続民事訴訟法判例百選』13 頁（1972 年）。高島・前掲註(5)237 頁。

(7)　秋山幹男=伊藤眞=加藤新太郎=高田裕成=福田剛久=山本和彦『コンメンタール民事訴訟法Ⅰ』〔第 3 版〕（日本評論社・2021 年）289 頁。

消費者契約法が適用される民事訴訟には、「消費者契約」（消費者契約法 2 条 3 項）上の「事業者」（消費者契約法 2 条 2 項）が原告となり同法上の「消費者」（消費者契約法 2 条 1 項）が被告となる事業者原告型と、同法上の「消費者」が原告となり同法上の「事業者」が被告となる消費者原告型が考えられるので、両者を分けて検討する。ここでは検討のイメージをわきやすくするため、仮に事業者の住所（本店所在地）を東京、消費者の住所を北海道釧路市と想定する。そして、この場面で専属的管轄の合意があるとすれば、それは、東京地裁・簡裁を専属的合意管轄裁判所とする定めであるとする。

1　事業者原告型

この類型の場合、原告（事業者）は、被告（消費者）に対する契約上の債務の履行（たとえば、代金の支払）を求めて訴訟を提起することが、多く想定される。この場合の法定土地管轄は、まず、被告の普通裁判籍として被告の住所地（民訴法 4 条 1 項・2 項）である釧路市の地裁・簡裁に発生する。また、原告の特別裁判籍として代金債務の義務履行地（民訴法 5 条 1 号、民法 484 条 1 項後段）である東京の地裁・簡裁にも発生する。

この状況下で原告である事業者が東京地裁・簡裁に訴えを提起した場合、被告である消費者が被告住所地である釧路への移送を求めるに際し、東京地裁・簡裁が土地管轄を有する以上は民訴法 16 条（管轄違い移送）を理由にはできないため、民訴法 17 条（裁量移送）に拠ることになる。

この場合に、専属的管轄の合意が消費者契約法 10 条違反で無効となれば、東京地裁・簡裁が釧路地裁・簡裁に移送するか否かは、民訴法 17 条により判断されることになる。仮に、専属的管轄の合意が消費者契約法 10 条違反ではなく有効となっても、現行民訴法 20 条が民訴法 11 条（合意管轄）による専属管轄については民訴法 17 条から 19 条の適用を排除していないので、東京地裁・簡裁が釧路地裁・簡裁に移送するか否かも、結局、民訴法 17 条により判断されることになる。

このように考えると、事業者原告型の訴訟においては、原告所在地（東京）に提起された訴訟を被告所在地（釧路）に移送するためには、消費者契約法により専属的管轄合意を無効にすることは必須ではない。しかしなが

ら、東京地裁・簡裁とする旨の専属的管轄合意が、普通裁判籍（釧路）を排除する点で消費者の管轄の利益をより制限するものであることを理由に消費者契約法 10 条違反で無効とすることができるならば、民訴法 17 条による釧路への移送の必要性・許容性が裁判所によって認められる確率が上がる、ということは言えるであろう。

2　消費者原告型

この類型の場合、原告（消費者）は、被告（事業者）に対して、契約上の債務履行として種類物・特定物の引渡やサービスの履行を求めたり、契約の取消しを理由に既に支払った金銭の支払を求めて訴訟を提起することなど、種々の請求方法が想定される。

(1) 原告（消費者）が特定物の引渡しを被告（事業者）に求める場合

この場合の法定土地管轄は、まず、被告の普通裁判籍として被告の住所地（民訴法 4 条 1 項・2 項、被告が法人であれば 4 項）である東京地裁・簡裁に発生する。また、原告の特別裁判籍として特定物引渡債務の義務履行地は債権発生時の目的物所在地である（民訴法 5 条 1 号、民法 484 条 1 項前段）。したがって、目的物が被告事業者の本店にあれば東京の地裁・簡裁にも発生する。また、第三地に存すれば、その第三地に土地管轄が発生するので、結局、原告の住所地である釧路には土地管轄は発生しないことになる。

この場合に、仮に専属的管轄の合意が消費者契約法 10 条違反で無効となっても、消費者が自己の所在地を管轄する釧路地裁・簡裁において訴えを提起し、同裁判所において本案審理をすることはできない。そもそも、この場合には、消費者の管轄の利益をより制限するものではないので、専属的管轄合意は消費者契約法 10 条違反で無効にもならない。

(2) 原告（消費者）が不特定物の引渡しや、既に支払った金銭の支払い等を被告（事業者）に求める場合

この場合の法定土地管轄も、まず、被告の普通裁判籍として被告の住所地（民訴法 4 条 1 項・2 項）である東京地裁・簡裁に発生する。

また、原告消費者の特別裁判籍として代金債務の義務履行地（民訴法 5 条 1 号、民法 484 条 1 項後段）である釧路市の地裁・簡裁にも発生する。

(i) 東京地裁・簡裁を専属管轄裁判所とする合意がない場合や、その専属的管轄合意が消費者契約法 10 条の適用・類推適用により無効とされた場合、原告消費者は釧路市でも東京でも訴えを提起することができる。

原告消費者が釧路市で訴え提起した場合、被告事業者からは民訴法 17 条による東京地裁・簡裁への移送を申し立てることは可能なので、あとは、釧路地裁・簡裁が、この規定による東京への移送を裁量的に認めるか否かの問題となる。

(ii) 東京地裁・簡裁を専属管轄裁判所とする合意が有効に存在しているのであれば、原告消費者は東京でしか訴えを提起することができず、仮に釧路市で訴えを提起した場合には、一見すると管轄違いにより東京に移送されることになりそうでもある（民訴法 16 条 1 項は、当事者の申立てまたは職権で移送できると規定している）。

この場合に、民訴法 17 条を類推適用して、訴訟の著しい遅滞を避ける必要または当事者間の衡平を図る必要があることを理由として、釧路地裁・簡裁が、東京地裁・簡裁への移送をしないことが許されるかが、解釈上問題となりうる。この問題については、民訴法 20 条 1 項が括弧書で、専属的管轄合意の場合には同 17 条の適用が排除されない旨を明文で定めた平成 8 年民訴法改正前から議論されており、当時より今日に至るまで、これを肯定する見解は存在してきた[(8)]。

ただ、判例については、平成 8 年民訴法改正前では、大阪高決昭和 55 年 5 月 1 日判時 975 号 45 頁がこれを肯定したとされるが、否定例も存在する（必ずしも、消費者契約法の対象とする事案ではない）。また、平成 8 年民訴法改正後は、東京高決平成 22 年 7 月 27 日金融法務事情 1924 号 103 頁は、一般論としては「訴訟の著しい遅滞を避け又は当事者間の衡平を図るために、専属合意管轄裁判所に移送することなく法定管轄裁判所で審理する特段の必要があると認められるときは、専属的管轄の合意にもかかわらず、当該法定管轄裁判所が管轄を有するものと解すべきである」と判示しつつも、結論と

(8)　竹下・前掲註(6)。高島・前掲註(5)225 頁、233 頁。伊藤眞『民事訴訟法〔第 8 版〕』（2023 年・有斐閣）92 頁。

しては上記の事情を判断した上で、移送を認容している。また、大阪高決平成 30 年 7 月 10 日判例タイムズ 1458 号 154 頁も、同様に一般論としては民訴法 17 条の趣旨から同 16 条による移送の際の考慮要素になりうると判示しつつも、事実認定の結果、訴訟の著しい遅滞を避け、又は当事者間の衡平を図るため、専属的管轄合意に反してまで、それ以外の裁判所で審理する必要があるとは認められないとして、専属的管轄合意のある裁判所に移送した。

このように検討してみると、この類型において、最終的に民訴法 17 条の裁量移送が認められるか否かが移送決定の有無に影響することが分かる。

そこから、専属的合意管轄をめぐる問題は、民訴法 17 条の適用または類推適用によって解決を図るべきであり、消費者契約法 10 条の不当条項のリストに加える必要はないとする見解も存在する (9)。

四　消費者契約法制定後の裁判例の検討

【裁判例 1】大阪高決平成 16 年 5 月 10 日（平 16（ラ）268 号：判例集未登載、兵庫県弁護士会提供、ウエストロー・ジャパン文献番号 2004WLJPCA05106001）

〔事案の概要〕

消費者金融業を営む相手方が再抗告人を被告として京都簡易裁判所に提起した貸金残元本等の支払を求める本案訴訟につき、再抗告人が民事訴訟 16・17 条に基づいて福岡簡易裁判所に移送するよう申し立てた事案である。

〔裁判〕 原々審決定を取り消して、本案訴訟を福岡簡易裁判所に移送する決定。

〔判旨〕「2　民事訴訟法 17 条に基づく移送について

（1）相手方のように手広く消費者金融業を営む者は、債権回収のため比較的少額の訴訟を頻繁に行う必要に迫られることが明らかである。そのため、相手方は、本社最寄りの京都簡易裁判所に訴訟を集約することにより、訴訟追行に要する時間や労力を節約しようとして、すべての顧客との間で本件管

(9)　高木健太郎「専属的合意管轄の効力－消費者契約法 10 条適用の要否－」タートンヌマン 9 号 157 頁以下、185 頁、187 頁（2007 年）。

轄合意を行っているものと考えられる。

この種の管轄合意は、民法 90 条や消費者契約法 10 条によって当然に無効になるとは解されないから、有効な合意として尊重される。したがって、相手方は、債務名義を得る必要が生じた都度、京都簡易裁判所に貸金訴訟を提起することができ、顧客が相手方主張の貸金債権の存否及び金額を争わない場合には、簡易かつ迅速に債務名義を獲得することができ、遠隔地の裁判所での訴訟追行を免れ得る。

(2) しかしながら、顧客が訴訟において相手方主張の貸金債権を争う場合には利害状況が異なる。

債権に争いがある訴訟では、攻撃防御方法の提出や文書、証人・本人の取調べを行うため、当事者双方が裁判所に出頭すべきことになるのであって、顧客又はその代理人が裁判所の期日に全く出頭することなしに債権を争うことは困難である。

たとえ 1、2 回の期日であっても、遠隔地の裁判所に出頭することは、消費者金融業の顧客にとって非常に大きな経済的負担となることは明らかである。しかも、経済的負担を甘受して裁判所に出頭しても、当該訴訟で勝訴して得られる経済的利益は少ないから、相手方の顧客に遠隔地での応訴を強いることは、債権を争うことを事実上断念させる結果を招く蓋然性が高い。

(3) これを本件についてみると、本件貸付けが貸金業法 13 条に違反する貸付けであるかどうかが訴訟で争いとなった場合、貸付けの際、相手方福岡支店の担当者が、金融監督庁「金融監督等にあたっての留意事項―事務ガイドライン」(平成 10 年 6 月 22 日金企 4 号) 3 － 2 － 1 所定の審査をしたのかどうかを審理するため、相応の攻撃防御方法の提出と証拠調べ（少なくとも書証は必須であり、人証も十分予想される。）が必要となり、何度か裁判所の期日が行われ、再抗告人も、1、2 回は裁判所の期日に出頭すべきことになる可能性が高い。

次に、本案の記録によれば、再抗告人は、相手方を含む多数の消費者金融業者に少なからぬ負債を抱えていることが認められ、京都簡易裁判所での応訴が再抗告人にとって大きな経済的負担となることは明らかである。

ところが、再抗告人が本案請求を争っても結局は 19 万円余りの債務を免

れるという以上の経済的利益を得ることはないから、京都簡易裁判所での応訴を求めることは、再抗告人にとって非常に酷なことである。

（4）これに対し、相手方は、福岡支店を始め、本店から遠く離れた都市に支店を設けて従業員を配置するとともに、その支店付近にＡＴＭ機を設置し、当該支店の近隣市町村に居住する多数の顧客を対象として、消費者金融業を営んでいることが明らかであり、遠隔地での訴訟にも耐えるだけの経済力を有するものと考えられる。

しかも、訴訟に引き続く民事執行の場面では、管轄合意は許容されていないから（民事執行法 19 条、民事訴訟法 13 条）、結局、相手方は、支店の顧客から貸金を回収するため、支店所在地で民事執行手続を行うための備えをしなければならないのであって、これに、争いのある貸金債権に関する訴訟の負担が加わったとしても、それほど酷なこととはいえない。

（5）以上にみたような再抗告人と相手方の利害の状況に照らせば、本案訴訟を京都簡易裁判所で審理することにし、本案請求を争う再抗告人に京都簡易裁判所で応訴するよう求めることは、当事者間の衡平を害することが明らかであるから、本案訴訟については、民事訴訟法 17 条に基づいて福岡簡易裁判所に移送する要件を具備しているものといわなければならない。」

【裁判例 2】盛岡地遠野支決平成 17 年 6 月 24 日（平 17（ワ）12 号：判例集未登載、兵庫県弁護士会提供、ウエストロー・ジャパン文献番号 2005WLJPCA 06246001）

〔事案の概要〕

貸金業者である被告との間で継続的な金銭消費貸借取引を行ってきたとする原告らが、過払金の発生を主張してその不当利得返還を請求したところ、被告が回付申立書を提出して、1 部の原告（X2・X3）に対する移送を希望した事案である。

〔裁判〕職権による訴えの分離及び移送決定

〔判旨〕「3　被告の上記回付希望には、本件を「回付申立書」に記載の裁判所に移送することを希望する趣旨を含むとも解されるので、職権により判断する。

被告は、「回付申立書」において、被告と各原告との間に交わされた借入限度基本契約書に管轄の合意があることを指摘するが、専属的管轄の合意（原告 X1 に関するもの）は消費者契約法 10 条により無効と解され、他の原告ら 4 名に関する管轄の合意は、選択的管轄の合意と解され、いずれにしても、不当利得返還請求に関する義務履行地（民法 484 条により、債権者たる原告らの現時の住所）を管轄する裁判所に土地管轄がある。

各原告の請求は、いずれも訴額が 140 万円を超えないので簡易裁判所の事物管轄に属する（裁判所法 33 条 1 項 1 号）ところ、本件は訴の主観的併合に当たり、かつ民事訴訟法 38 条後段に当たり、同法 7 条本文は適用されないので、本件のうち、釜石市在住の原告 X2 及び原告 X3 に関する部分については、当然には当裁判所には管轄がない。被告が応訴した場合には応訴管轄が生ずるが（同法 12 条）、被告が「回付申立書」を提出していることから、被告には当裁判所で応訴する意思がないことは明らかである。

よって、当事者間の衡平等諸般の事情も考慮したうえで、本件のうち原告 X2 及び原告 X3 に関する部分を、本件から分離し、同法 16 条 1 項により、管轄裁判所である釜石簡易裁判所に移送する。」

【裁判例 3】松山地西条支決平成 18 年 4 月 14 日（平 18（モ）25 号：判例集未登載、兵庫県弁護士会提供、ウエストロー・ジャパン文献番号 2006WLJPCA 04146001）

〔事案の概要〕

相手方から過払金返還請求訴訟を提起された申立人が、金銭消費貸借契約に基づく専属的合意管轄の合意、または、当事者間の衡平、訴訟経済を理由に、松山簡裁への移送を申し立てた事案である。

〔裁判〕申立却下決定

〔判旨〕「1　一件記録によると、①相手方は、申立人との間で、平成 10 年 9 月 4 付け、平成 11 年 4 月 14 日付け及び平成 14 年 11 月 29 日付け金銭消費貸借契約証書並びに貸付及び保証契約説明書（疎乙 5 ないし 8）を取り交わし、相手方が上記各書面に署名していること、②上記各書面には、いずれも「訴訟行為については、松山簡易裁判所を以て専属的合意管轄裁判所としま

す。」と定型の文言が記載されていることが認められる。

そこで、上記各書面の取り交わしにより、当事者間で専属的合意管轄の合意が認められるか検討する。

上記記載の文言は、単に「訴訟行為」としか記載しておらず、文言上全ての訴訟行為が対象となる余地があるところ、上記書面が貸付の際に作成されたことから、

一般消費者である相手方は、当該貸付金の返還訴訟を対象とすると理解していたものと考えるのが合理的で、将来発生する可能性のあるその他の訴訟 1 切を含めて考えていたとは認め難い。例えば、相手方が申立人による取引履歴不開示等の不法行為により被害を受けたような場合の慰謝料請求訴訟等で、被害者となる相手方が加害者に便利な裁判所でのみ訴訟を行うことまで許容していたというのは不合理である。

そして、本件基本事件は、不当利得返還請求権に基づく過払金返還訴訟であり、上記金銭消費貸借契約に関連するとはいえるものの、①金銭消費貸借契約に基づく返還請求とは、訴訟物が全く異なること、②一般消費者で、法律の素人である相手方が、上記各書面に署名する際、申立人が利息制限法に違反して貸し付けていることや、将来過払金返還請求を行う余地があることなど理解していたとはいえないこと、③相手方が本件基本事件の訴訟を提起せざるを得なくなったのは、そもそも、申立人が強行法規である利息制限法に違反していたということが原因であり、上記のような訴訟についてまで、相手方が自ら交通費等を負担して申立人に便利な裁判所で訴訟を行うことを許容していたとも考えられないことから、上記「訴訟行為」に本件基本事件についての合意も含まれると解することは、契約当事者の合理的意思解釈に反する。

この点、申立人は、「内容の説明を受けた上で、受領しました。」と記載のある貸付及び保証契約説明書（疎乙 8）に相手方が署名しているので、相手方が専属的合意管轄についての説明を受け、これを十分理解していることが明らかであると主張している。

しかしながら、上記書面でさえ、申立人が作成した定型の文書であり、申立人自身が利息制限法に違反して貸し付けた過払金の返還訴訟の余地があっ

たり、そのような訴訟も全て含まれると相手方に説明していたとは到底考えられず、一般消費者である相手方が上記のような内容を十分理解して署名したともいえないため、上記申立人の主張は採用できない。

以上に加え、①上記各書面は、申立人側の利益を考慮して申立人が定型文書で作成しているもので、相手方がそのまま署名しなければ借入自体ができなかったと考えられること、②申立人は、全国的に貸金業を展開する企業で、法律及び訴訟の理解度や経済力の点で相手方とは比較にならない程優位に立っていること、③専属的合意管轄が、他の裁判所での利用を全て排除するという重要な効果が生じることから、申立人に有利となる専属的合意管轄の合意内容についても、限定的に解釈するのが相当である。

以上の点を総合して考慮すると、上記各書面の専属的合意管轄の記載については、相手方は、少なくとも本件基本事件のような過払金返還訴訟を含める意思はなかったと認めるのが相当で、本件基本事件に関して、上記各書面記載の専属的合意管轄は生じていないものと認められる。

なお、仮に本件基本事件も含めて専属的合意管轄の合意をしたとすれば、前述の指摘の事情から、消費者である相手方の利益を一方的に害することになるため、上記合意は消費者契約法 10 条によって無効となるといえる。

2　そうすると、本件基本事件の不当利得返還債務は、持 3 債務として債権者である相手方の住所地を管轄する裁判所にも管轄が存在することになる（民事訴訟法 5 条 1 号、民法 484 条後段）。そして、本件基本事件は、訴訟の目的物の価額が 140 万円を超えず、本来簡易裁判所の管轄であるが（裁判所法 33 条 1 項 1 号）、相手方は、代理人弁護士を選任し、本件基本事件が貸金業の規制等に関する法律 43 条の違憲性、悪意の受益者性及び利息の利率等の論点を含み、それを判断するため、地方裁判所での審理が相当であるとの上申書を提出し、相手方住所地を管轄する地方裁判所である当裁判所が受理したもので、当裁判所にも管轄が存在する。

3　次に、本件基本事件を民事訴訟法 17 条に基づき移送すべきかを検討するに、一件記録によれば、本件基本事件に関する資料が申立人の松山支店に存在していることは認められるものの、①本件基本事件は、人証調べも予想されず、電話会議での審理で進行が可能であると考えられること、②相手方

は、申立人が利息制限法に違反したことが原因で弁護士まで選任して過払金返還訴訟を提起せざるを得なくなったこと、③申立人は、全国的に貸金業を展開する企業で、経済力がある 1 方、相手方は、個人であり、代理人弁護士の旅費日当まで負担するのも重いと考えられることが認められる。

そうすると、本件基本事件について、訴訟の著しい遅滞を避け、または当事者間の衡平を図るため松山簡易裁判所に移送する必要性があるとは認められず、民事訴訟法 17 条に基づく移送を求める申立も理由がない。」

【裁判例 4】大阪地堺支決平成 19 年 11 月 22 日（平 19（モ）172 号：判例集未登載、兵庫県弁護士会提供、ウエストロー・ジャパン文献番号 2007WLJPCA 11226002）

〔事案の概要〕

過払金返還請求訴訟を提起した相手方（原告）に対し、貸金業者である申立人（被告）が、本件金銭消費貸借契約には訴訟行為につき姫路簡裁を専属的合意管轄裁判所とする条項があるとして、本件訴訟の移送を申し立てた事案である。

〔裁判〕申立却下

〔判旨〕「(1)　本件条項による専属的合意管轄の有無について

ア　上記認定事実によれば、本件各金銭消費貸借締結の際に相手方と申立人との間で交わされた金銭消費貸借契約証書には、「訴訟行為については、姫路簡易裁判所を以て専属的合意管轄裁判所とします。」との本件条項があることが認められるから、本件各金銭消費貸借に関する訴訟行為については、姫路簡易裁判所が専属的合意管轄があるというべきである。そして、本件条項中の「訴訟行為」に何らの制限が設けられていないことなどからすれば、本件条項の「訴訟行為」には、本件金銭消費貸借に基づく貸金返還請求訴訟に関するもののみならず、本件金銭消費貸借を前提とした 1 切の訴訟が含まれると解するのが当事者の合理的意思に合致する。したがって、本件訴訟についても、姫路簡易裁判所が専属的合意管轄となる。

イ　相手方は、本件条項の意味を全く理解することができていないとして、相手方と申立人との間には姫路簡易裁判所を専属管轄とする合意が成立

していないと主張するが、相手方が本件条項が記載された金銭消費貸借契約証書の債務者欄に署名している以上、相手方と申立人との間において姫路簡易裁判所を専属管轄とする合意は成立しているというべきである。

ウ　相手方は、本件各金銭消費貸借に関して交わされた金銭消費貸借契約証書では、貸金に係る細目の契約条項が定められているのに続いて本件条項が置かれており、特に、平成 11 年 12 月 27 日付けの金銭消費貸借契約証書では、本件条項に引き続いて、※印を付した上で「支払いに際しては、本書記載の計算式及び受取証書を基に、元金・利息・損害金を確認の上、お支払い下さい。」と記載されていることからすれば、本件条項は、本件金銭消費貸借に基づく貸金返還請求訴訟及び本件連帯保証に基づく保証債務履行請求訴訟のみに適用があると主張する。しかし、本件条項の「訴訟行為」には何らの限定は付されていないことに照らすと、相手方主張の事情をもって、本件条項の適用を上記のような訴訟に限定すべきであるということはできない。

エ　相手方は、本件条項は消費者契約法 10 条により無効である旨主張するが、本件条項を貸金返還請求訴訟や保証債務履行請求訴訟だけでなく、本件のような過払金返還請求訴訟に適用しても、社会的弱者である消費者の権利を制約し、不当な不利益を与えたりするものとはいえないから、相手方の上記主張は採用することができない。」

【裁判例 5】広島高決平成 20 年 1 月 7 日（平 19（ラ）204 号：判例集未登載、兵庫県弁護士会提供、ウエストロー・ジャパン文献番号 2007WLJPCA11226002）

〔事案の概要〕

過払金返還請求訴訟を提起した相手方（原告）に対し、貸金業者である申立人（被告）が、本件金銭消費貸借契約には訴訟行為につき姫路簡裁を専属的合意管轄裁判所とする条項があるとして、本件訴訟の移送を申し立てた事案である。

〔裁判〕原審（山口地決平成 19 年 11 月 26 日平 19（モ）10060 号）の移送決定を取消、移送申立てを却下

〔判旨〕「2　そうすると、平成 9 年 11 月 19 日付け契約にかかる紛争につい

ては専属的管轄合意がされたことは否定できないが、平成 7 年 4 月 21 日付け契約については付加的管轄の合意にすぎないとも考えられ、当事者の意思が 1 義的に明らかであるとは言い難い。

3　以上を前提に、本件移送申立ての適否を検討する。

専属的合意管轄のある裁判所と異なる裁判所に訴えが提起された場合であっても、訴訟の著しい遅滞を避け、又は当事者間の衡平を図るために必要があると認めるときには、民訴法 16 条 2 項及び 17 条の趣旨を類推し、当該訴訟を移送しないことも許される。

本件についてみるに、平成 9 年 11 月 19 日付け契約にかかる専属的管轄合意条項は定型的に作成された約款に記載されたものであって、借主がその意味を理解した上で金銭消費貸借契約を締結しているとは限らず、たとえその意味を理解していたとしても、借主が契約締結時にその削除を求めることは実際上困難と考えられること、平成 7 年 4 月 21 日付け契約については抗告人が専属的管轄合意をする意思であったかどうかは明らかでないこと、山口地裁と小倉簡裁の距離や交通事情に照らすと、基本事件を小倉簡裁で審理する場合に抗告人が被る時間的・経済的負担は必ずしも小さいとはいえないこと、相手方は山口市内を含む全国に支店を有する事業者向け金融を目的とする株式会社であることなどからすると、本件については、抗告人の住所地を管轄する裁判所において審理することが当事者間の衡平に適うというべきである。」

【裁判例 6】神戸地尼崎支決定平成 23 年 10 月 14 日判タ 1371 号 238 頁、判時 2133 号 96 頁 (10)

〔事案の概要〕

申立人との間の外国為替証拠金取引につき、相手方が、申立人に対して不法行為に基づく損害賠償を請求する訴えを相手方の住所地の地方裁判所に提起したのに対し、申立人が、主位的に、現在の申立人の本店所在地を管轄す

(10)　本件の判例評釈等としては，岩田合同法律事務所「判批」新商事判例便覧 3004 号（旬刊商事法務 1961 号）（2012 年），上田竹志「判批」法学セミナー 692 号 130 頁（2012 年），長谷川俊明「判批」国際商事法務 40 巻 9 号 1386 頁（2012 年）などがある。

る東京地裁に、予備的に当時の本店所在地を管轄する名古屋地裁への移送を申立てた事案である。

〔裁判〕移送の申立て却下

〔判旨〕「(1)　争点 1（専属的管轄合意に基づく移送の適否）について

ア（ア）　原告は、本件管轄規定に基づく本件管轄合意は不存在であると主張しているところ、前提事実のとおり、原告は、本件約款を画面上で確認した上で承諾する旨のボタンをチェックして取引を開始していること、また、平成 22 年 7 月 17 日になされた約款改定についても同年 8 月 11 日に被告の取引システムにログインした際にも承諾する旨のボタンをクリックしていることが認められること、そして、金融商品取引をインターネットを通じて行う際には、画面上のボタンをクリックする方法で顧客の理解を確認する方法が採用されており他の手段が想定し難いことに照らすと、本件において、原告が、本件約款を承認して本件取引を開始しており、それによって、本件約款中の管轄合意についても合意していると認めるのが相当である。そして、その後の約款の改訂内容も同様に承認していると認めることができるから、原告は被告との間で改定後の本件管轄条項に基づいた管轄合意が成立していると認めるのが相当である。

（イ）　原告が管轄合意の不存在にあたる事情として指摘する点は、いずれも本件取引上において表示された原告の本件約款に対する承諾の意思表示を否定するものとはいえず、上記判断は左右されない。

（ウ）　なお、原告は、本件管轄合意は錯誤無効であると主張するところ、この点について、原告が主張する旅費負担の有無等の事情は動機の錯誤に過ぎず、一件記録を精査しても、かかる動機が明示又は黙示に表示されていたと認めることはできない。また、一件記録上、本件管轄合意について錯誤がなかった場合に、原告が本件取引を開始しなかったとは認められないことに照らせば、その錯誤の要素性も肯定し得ないのであり、錯誤に関する原告の主張は採用できない。

また、原告は、本件管轄規定は、顧客側が被告の不法行為を理由に損害賠償を求める訴訟には適用されないと主張する点については、前記認定のとおり本件管轄規定は「本件取引に起因又は関連する訴訟」との文言を用いてお

り、被告の債務不履行に関する訴訟に限定しているとは解することができない。そして、「関連する訴訟」との文言を付加しているのであり、当事者の合理的意思に照らせば投資取引の損失に関する顧客側から被告に対する損害賠償請求訴訟も含むと解するのが自然であり、上記規定には、顧客側が被告の不法行為を理由に求める損害賠償請求訴訟である基本事件にも適用されると解するのが相当である。

更に、本件管轄条項について、後に検討するとおり排他的な管轄合意とは解さないとする以上、原告指摘の消費者契約法 10 条違反には該当せず、その原告の主張も採用し得ない。

その他、本件管轄条項に基づく合意自体を否定するために原告が縷々指摘する点は、いずれも採用しない。

イ　その上で、本件管轄条項による合意内容について検討する。

（ア）　本件のようなインターネットのみを媒介とした取引において、電磁的記録の約款上の管轄条項によってなされる管轄合意については、約款に合意しなくては取引を開始することができない上、当該管轄合意を除いた合意をすることができない仕組みになっていることが多く、また、取引開始時において紛争を前提とした条項について顧客が関心を払うことが通常あり得ないこと、約款の内容は取引会社側が一方的に規定することができる上、法定管轄を有する裁判所のうち、取引会社側に有利な特定の裁判所にのみ管轄を限定することは顧客に極めて重大な影響を及ぼすものであることに照らすと、顧客において、約款による合意をした際に、直ちに排他的な専属管轄の合意までしていると解することはできないというべきである。それゆえ、約款上及び約款承諾画面上において、競合する法定管轄裁判所のうち特定の裁判所に限定して管轄裁判所とすることに顧客が合意し、その他の管轄を排除することが顧客にとって明らかであるとか、管轄合意について特に注意喚起がなされている等の特段の事情がない限り、排他的な管轄合意ではなく、法定管轄を排除しないで合意した裁判所との併存を認める旨の合意をしたと解するのが当事者の合理的意思に照らして相当である。

（イ）　本件について検討するに、一件記録によれば、本件約款も被告が一方的に内容を規定した定型的な約款であり、本件約款全体について承諾する

ことが求められているのみで、本管轄条項自体を分別して合意することが難しいこと、本件約款に合意しなくては取引を開始することができない上、本件約款自体 22 頁（改定後は 33 頁）あることや店頭外国為替証拠金取引マニュアル等の相当分量の他の書面と共に本件約款の承諾を求められていることからすると、取引開始時に、原告が本件管轄条項に関心を払い得る状況になかったことが認められる。

そして、本件約款上及び承諾時の画面上に裁判時の管轄条項について顧客に対する注意喚起がされていないことに照らせば、本件取引では上記特段の事情は認められず、本件取引においてなされた本件管轄条項に基づく管轄合意について排他的な管轄合意がなされたと解することはできない。ゆえに、本件管轄合意によって被告の本店又は支店を管轄する裁判所以外の他の管轄裁判所が排除されるものと認めることはできず、付加的な管轄合意をしたにとどまると解するのが相当である。

かかる判断は、被告が専属的管轄の合意がコスト削減方策の 1 つであるとする点や他のインターネット取引における約款の規定状況等によって左右されるものではない。

ウ　以上の検討のとおり、本件管轄条項によって、民訴法 16 条 1 項に基づいて直ちに被告の本店若しくは支店を管轄する裁判所への移送をすべきとの被告の申立ては採用し得ない。」

【裁判例 7】東京地判平成 25 年 4 月 19 日（平 23（ワ）17514 号：判例集未登載、ウエストロー・ジャパン文献番号 2013WLJPCA04198001）(11)

〔事案の概要〕スイス連邦法を準拠法として設立された銀行である被告に口座を開設して金銭を預託し、被告から投資の勧誘を受け株式を取得した原告らが、同勧誘行為には適合性原則違反及び説明義務違反の違法があるなどとして、損害賠償を求めた事案である。

被告は、本件各口座開設契約に含まれている本件管轄合意により我が国の裁判所の裁判管轄が排除されると主張して当裁判所の国際裁判管轄の存在を

(11)　本件の判例評釈としては，加藤紫帆「判批」ジュリスト 1462 号 128 頁（2014 年）。

争った。

裁判所は、原被告間で本件各口座開設契約に関連して発生する紛争につき、スイスのチューリッヒの裁判所を第 1 審の専属的管轄裁判所とする管轄合意が成立していることを認定した上で、本件管轄合意が消費者契約法 10 条に違反して無効となるか否かについて、判示した。

〔裁判〕訴え却下

〔判旨〕「(3) 消費者契約法 10 条に違反し無効となるかについて

ア　消費者契約法 10 条の適用の有無について

前記前提事実(2)によれば、本件各申込書には、本件各口座開設契約の準拠法はスイス連邦法とする旨の条項があるが、上記のとおり、国際裁判管轄の合意の効力に関する準拠法は、法廷地法である日本法であると解するのが相当であり、法例 7 条は適用されない。そして、原告らは 1 個人であって、事業として又は事業のために契約の当事者となったものではなく、被告は法人であるから、本件管轄合意は、消費者契約に該当し、消費者契約法（平成 13 年 4 月 1 日施行）10 条が適用されるというべきである。

イ　そこで本件管轄合意が、信義則（民法 2 条 1 項）に反して消費者の利益を一方的に害するものであるか否かについて検討すると、本件管轄合意の内容は、確かに原告らに常居所国における訴訟追行を認めないという点で、原告らに不利益を被らせるものではあるが、原告らの資力からすれば、チューリッヒで訴訟追行をすることが著しく困難で、看過し難い損害を受けるとは認められないこと、また、本件管轄合意は、その内容、成立経緯などに照らし、被告が、原告らとの間の情報や交渉力の格差を利用して、殊更原告らに一方的に不利益な内容の合意をさせたなどの事情も認められないことは前記認定 2 及び 3(2)で検討したとおりである。

以上の本件における 1 切の事情を総合すると、本件管轄合意は、消費者契約法の趣旨に照らし、なお原告らの利益を一方的に害し、信義則上原告らと被告との間の衡平を損なう程度に原告らの保護法益を侵害するとはいえない。

したがって、本件管轄合意は、消費者契約法 10 条に違反しない。」

【裁判例 8】東京地判平成 26 年 1 月 14 日判タ 1407 号 340 頁、判時 2217 号 68 頁 (12)

〔事案の概要〕

原告らが、アメリカ合衆国ネヴァダ州法人である被告に対し、被告の販売した金融商品への出資につき、約定の満期が到来したとして、出資金の返還を請求した事案である。被告は、専属的合意管轄の定めを理由に、わが国裁判所の国際裁判管轄を争った。

〔裁判〕訴え却下判決

〔判旨〕 本判決では、まず、国際民事訴訟法の成文法規としての民事訴訟法 3 条の 7 は、民事訴訟法及び民事保全法の 1 部を改正する法律（平成 23 年法律第 36 号）（以下「本件改正法」という。）の施行日である平成 24 年 4 月 1 日前にした特定の国の裁判所に訴えを提起することができる旨の合意については適用されない（本件改正法附則 2 条 2 項）ことを理由に、本件では本件管轄合意を含む本件契約が締結されたのが、平成 24 年 4 月 1 日前と認定して、本件管轄合意に民事訴訟法 3 条の 7 の規定は適用されないと判示した。

そして、本件管轄合意の成立及び効力に関して適用すべき我が国の国際民事訴訟法の成文法規は存在しないことになるが、その場合には、民事訴訟法の趣旨を参酌しつつ、条理によって判断するのが相当であるとの先例を引用しつつ（最高裁昭和 50 年 11 月 28 日第 3 小法廷判決・民集 29 巻 10 号 1554 頁〔以下「昭和 50 年最判」という。〕参照）、本件管轄合意は公序法に違反して無効になるとはいえない、と判示した。また、消費者契約法 10 条違反との主張に対しては、以下のように判示して、無効にならないとした。

「原告らは、本件管轄合意は消費者契約法 10 条により無効であるとも主張する。しかし、前述のとおり、国際的裁判管轄の合意の成立及び効力については、法廷地である我が国の国際民事訴訟法が準拠法になるところ、消費者契約法 10 条の規定が国際民事訴訟法としての性格を直接的に有する法規であ

(12)　本件の判例評釈等としては，岩田合同法律事務所「判批」新商事判例便覧 3116 号（旬刊商事法務 2039 号）（2014 年），山田恒久「判批」法セ増（新判例解説 Watch）15 号 345 頁（2014 年），長谷川俊明「判批」国際商事法務 42 巻 8 号 1208 頁（2014 年），安達栄司「判批」私法判例リマークス 50 号 146 頁（2015 年）がある。

ると解することはできない。同条の規定の趣旨が前述した公序法に反映される余地はあると解されるが、そのような観点から考えても、上記(4)で検討したところに照らせば、本件管轄合意が信義則に反して消費者である原告らの利益を一方的に害するものと解することはできない。」

【裁判例 9】東京高判平成 26 年 11 月 17 日（判タ 1409 号 200 頁、判時 2243 号 28 頁、消費者法ニュース 104 号 384 頁）(13)

〔事案の概要〕

【裁判例 8】の控訴審判決である。原判決が、アメリカ合衆国ネヴァダ州裁判所を専属的合意管轄裁判所とする本件管轄合意の存在を認め、本件訴えを却下したのに対し、控訴人らが控訴し、選択的に不法行為に基づく損害賠償請求を追加した。

〔裁判〕原判決を取り消し、第 1 審（東京地裁）に差し戻した

〔判旨〕 控訴人の 1 人については、専属的管轄の合意自体が不存在と認定し、残る 8 名については専属的管轄の合意は存在するものの、公序法に反し無効とした。消費者契約法 10 条違反は、控訴人（消費者）からは主張されたが、判決は、同法上の適用の有無については言及していない。

「本件管轄合意のように日本の裁判権を排除し、特定の外国の裁判所だけを第 1 審の管轄裁判所と指定する旨の国際的専属的裁判管轄の合意は、①当該事件が日本の裁判権に専属的に服するものではなく、②指定された外国の裁判所が、その外国法上、当該事件につき管轄権を有することの 2 要件を満たす限り、日本の国際民事訴訟法上、原則として有効であると解されるところ

(13)　本件の判例評釈等としては，以下のものがある。西口博之「判批」NBL1040 号 11 頁（2014 年），小田司「判批」判評 680 号 35 頁〔判時 2265 号 165 頁〕（2015 年），長谷川俊明「判批」国際商事法務 43 巻 5 号 648 頁（2015 年），加藤紫帆「判批」ジュリスト 1484 号 143 頁（2015 年），山田恒久「判批」私法判例リマークス 52 号 142 頁（2016 年），村上正子「判批」法学教室 426 号別冊・判例セレクト 2015II36 頁）（2016 年），紀鈞涵「判批」ジュリスト 1504 号 119 頁（2017 年），山木戸勇一郎「判批」法学研究（慶應義塾大学）89 巻 9 号 107 頁（2017 年），早川吉尚「判批」法学セミナー増刊（新判例解説 Watch）20 号 329 頁（2020 年），中西康「判批」国際私法判例百選〔第 3 版〕（2021 年），渡部美由紀「判批」JCA ジャーナル 62 巻 7 号 18 頁（2022 年）。

（昭和 50 年最判）、前記前提事実によれば、本件管轄合意は、いずれの要件も満たすといえるから、原則として有効と解される。

しかし、本件管轄合意がはなはだしく不合理で公序法に違反する場合には、その効力が否定されると解すべきであるから（昭和 50 年最判）、以下この点について検討する。なお、控訴人らは、事案の異なる本件では上記の規範は妥当でなく、少なくとも消費者保護の観点から無効となる範囲を広く解すべきであると主張するが、事案に応じた個別的事情を十分に斟酌すべきであることはともかく、上記の一般的な規範自体は本件においても相当というべきである。

＜中略＞

(3)　以上のとおり、①控訴人ら 8 名の本件契約中、最も契約締結日が早い平成 20 年の時点で、本件金融商品の運用が行き詰まっていたにもかかわらず、被控訴人は、本件金融商品の勧誘を続ける 1 方、本件管轄合意の定めを置いたこと、②被控訴人は、関東財務局からの命令にもかかわらず、本件金融商品の購入者に対し、出資した財産の運用・管理の状況その他必要な事項の説明を怠っていること、③被控訴人は、本件訴訟及び米国訴訟でそれぞれ管轄の存在を争っていること、④控訴人ら 8 名の請求を判断するのに必要な証拠がアメリカ合衆国に偏在しているとはいえないこと、⑤日本の裁判所で審理することが、被控訴人に不合理で過大な負担を強いるものでないのに対し、アメリカ合衆国の裁判所で審理することは、控訴人ら 8 名にとって大きな負担となることの各事情が認められ、これらに加えて、控訴人 X2 については本件管轄合意が認められないことなどを併せ考えると、本件管轄合意に基づいて控訴人ら 8 名に日本の裁判所での審理の途を絶つことは、はなはだしく不合理であり、公序法に違反するから許されないというべきである。

(4)　したがって、控訴人らのその余の主張を検討するまでもなく、本件管轄合意の効力は否定されるから、本件管轄合意を理由に日本の裁判所が本件訴えの管轄を有しないとする被控訴人の主張は理由がない。」

【裁判例 10】東京地判平成 27 年 1 月 27 日（平 26（ワ）8305 号：判例集未登載、ウエストロー・ジャパン文献番号 2015WLJPCA01278021）[14]

〔事案の概要〕【裁判例 8】とは別の原告らが、アメリカ合衆国ネヴァダ州法人である【裁判例 8】の被告に対し、被告の販売した金融商品への出資について、①出資契約は被告の詐欺により締結されたから民法 96 条 1 項によりこれを取り消す、又は②本件各出資契約締結に当たり被告が重要事項について事実と異なることを告げ原告らがそれを事実と誤認して本件各出資契約を締結したから消費者契約法 4 条 1 項 1 号により本件各出資契約を取り消すと主張して、出資金の返還を請求した事案である。被告は、アメリカ合衆国ネヴァダ州裁判所を専属的合意管轄裁判所とする定めを理由に、わが国裁判所の国際裁判管轄を争った。
〔裁判〕請求認容
〔判旨〕「平成 23 年法律第 36 号（以下「平成 23 年改正法」という。）附則 2 条 2 項によれば、平成 23 年改正法が施行された平成 24 年 4 月 1 日以降の国際裁判管轄合意には、平成 23 年改正法による改正後の民事訴訟法（以下「民訴法」という。）3 条の 7 第 5 項が適用されるから、本件出資契約（原告 X1）2 については、本件管轄合意はその効力を有しない。」

本件では、アメリカ合衆国ネヴァダ州裁判所を専属的合意管轄裁判所とする定めは、民事訴訟法 3 条の 7 第 5 項により無効とされ、日本の裁判所の国際裁判管轄が肯定された（本案も認容された）。しかし、消費者契約法 10 条の適用の有無については述べられていない。民訴法により無効となるのであれば、消費者契約法違反を問題にする必要はないことになる。

【裁判例 11】仙台地判令和 3 年 3 月 30 日（平 30（ワ）922 号・令元（ワ）1492 号：判例集未登載、ウエストロー・ジャパン文献番号 2021WLJPCA03306016）

〔事案の概要〕
消費者契約法（以下「消契法」という。）2 条 4 項の適格消費者団体である

（14）　本件の判例評釈としては，金彦叔「判批」ジュリ 1510 号 138 頁（2017 年）。

原告が、被告らに対し、①消契法 12 条 3 項に基づき、請求の趣旨 1 項記載の条項を内容とする意思表示の停止（請求の趣旨 1 項）及び同条項が記載された契約書ひな型が印刷された契約書用紙の廃棄（請求の趣旨 3 項）を求め、②特定商取引に関する法律（以下「特商法」という。）58 条の 18 第 2 項 2 号に基づき、請求の趣旨 2 項記載の旨を内容とする意思表示の停止（請求の趣旨 2 項）及びその旨が記載された契約書ひな型が印刷された契約書用紙の廃棄（請求の趣旨 3 項）を求め、③特商法 58 条の 18 第 1 項に基づき、請求の趣旨 4 項記載の勧誘行為の停止（請求の趣旨 4 項）及び同勧誘行為を記載した文書等の破棄（請求の趣旨 5 項）を求め、④不当景品類及び不当表示防止法（以下「景表法」という。）30 条 1 項に基づき、請求の趣旨 6 項記載の表示の差止め（請求の趣旨 6 項）を求めた事案である。いわゆる、不当条項使用等差止請求訴訟である。

上記原告からの請求対象となった契約条項は多数存在するが、本稿で問題となるのは、そのうちの、管轄裁判所を横浜簡易又は地方各裁判所の専属とする合意管轄条項が、消費者契約法 10 条に違反して無効となるか否かについて、判示した。

〔裁判〕本件の条項に関しては、請求棄却（他の条項については、一部認容）

〔判旨〕「原告は、本件合意管轄条項は、民訴法 4 条及び 5 条が定める管轄に比べて裁判を受けられる裁判所を限定するものであるから、民訴法の規定に比べて消費者の権利を制限する条項であると主張する。

しかし、本件契約を締結した消費者が被告らに対して損害賠償又は不当利得金の返還等を求める訴えを提起する場合、当該消費者は、本件合意管轄条項にかかわらず、義務履行地である消費者の住所地を管轄する裁判所に訴えを提起することができると解することができる。また、同訴訟において、被告らが、本件合意管轄条項を理由に、同訴訟を横浜簡易又は地方各裁判所に移送するよう申し立てても、受訴裁判所は、民訴法 17 条を類推適用して、同申立てを却下することができると解することができる。

さらに、被告らが、本件合意管轄条項を理由に、消費者を被告として、横浜簡易又は地方各裁判所に訴えを提起した場合、受訴裁判所は、民訴法 17 条を適用して、同訴訟を消費者の住所地を管轄する裁判所に移送することが

できると解することができる。
以上によれば、本件合意管轄条項は、任意規定の適用による場合に比して消費者の権利を制限し又は消費者の義務を加重する条項とはいえないから、その余の点について判断するまでもなく、本件合意管轄条項に関する原告の主張は理由がない。」

【裁判例 12】仙台高判令和 3 年 12 月 16 日（令 3（ネ）150 号・令 3（ネ）211 号：判例集未登載、ウエストロー・ジャパン文献番号 2021WLJPCA12166002）
〔事案の概要〕【裁判例 11】について被告が控訴し、これに対し原告が付帯控訴した控訴審である。
〔裁判〕本件（専属的）合意管轄条項については、原審判決を変更し、差し止めた。
〔判旨〕「専属管轄を定める条項も、民事訴訟法が定める管轄に比べて裁判を受けられる裁判所を限定し、民事訴訟法の規定に比べて消費者の権利を制限するものであって、被告らが、仙台市〈以下省略〉所在の店舗を仙台支部と称し（甲 4 の 3）、被告らの顧客の多くが、仙台市内を中心とする宮城県に在住し、消火器の設置も宮城県内でされているにもかかわらず（甲 3、甲の 4 の 1・2、甲 6〜9）、横浜簡易裁判所又は横浜地方裁判所を専属管轄とするような専属管轄を定めることは、被告らの営業の実情に照らしても専属管轄を定めて消費者の権利を制限する合理的な理由が認められないから、信義則に反して消費者の利益を一方的に害する条項にあたり、消費者契約法 10 条により無効となる条項である。」

五　消費者契約法上の議論

1　平成 8 年民事訴訟法改正時の議論

消費者契約法制定に先立つ民事訴訟法の（全面）改正作業においても、専属的合意管轄条項について消費者保護規制を導入するか否かは議論されていた[15]。

まず、平成 3 年 12 月に法務省から公表された「民事訴訟手続に関する検討事項」では、管轄合意に関する規律について、以下の 3 案を掲げていた[16]。すなわち、(1)紛争発生前の合意は、契約の両当事者が法人又は商人である自然人である場合に効力を認める。(2)紛争発生前の合意は、契約の両当事者が法人又は商人である自然人である場合を除き、専属的合意管轄を定めるものであっても、付加的な管轄合意としての効力しか認めない。(3)専属管轄の合意によって管轄が生じた事件についても、訴訟手続の著しい遅滞又は当事者が予期することができなかった著しい損害を避ける必要があるときは、その合意がなければ法定管轄が生じる裁判所へ移送することができる。

その後の平成 5 年 12 月公表の「民事訴訟手続に関する改正要綱試案」は、上記検討事項の(1)・(2)の案から「契約の両当事者が法人又は商人である自然人である場合を除く」という限定をなくし、いわば商人間に限って効力を認める考えを、両論併記の形で提案した[17]。

しかし、最終的には、上記(1)・(2)の案は採用されず、上記(3)の案が拡張・修正されて採用され、現行民訴法 16 条 2 項（簡裁事件の地裁における自庁処理）と、同 20 条（専属的管轄合意ある場合の、民訴法 17 条移送の不排除）が立法化されて、平成 10 年より施行されている。本稿との関係で重要なのは同 20 条であり、これにより、消費者契約であるか否かを問わず、訴訟が専属的管轄合意に従った裁判所に提起された場合であっても、受訴裁判所は、同 17 条の要件を満たす限り、専属的管轄合意に定められた裁判所以外の管轄権ある裁判所に移送することが可能となった。

---

(15)　当時の議論の詳細については、満田明彦「合意管轄及び新応訴管轄」三宅省三=塩崎勤=小林秀之編集代表『新民事訴訟法大系―理論と実務―』第 1 巻（1997 年・青林書院）135 頁以下を参照のこと。

(16)　法務省民事局参事官室編「民事訴訟手続に関する検討事項」（別冊ＮＢＬ 23 号所収）2 頁以下。

(17)　法務省民事局参事官室編「民事訴訟手続に関する改正要綱試案」（別冊ＮＢＬ 27 号所収）1 頁以下。

2　消費者契約法制定時の議論

消費者契約法の立法過程においては、まず、平成 10 年 1 月公表の国民生活審議会消費者政策部会中間報告「消費者契約法（仮称）の具体的内容について」では、不当条項規制の対象の候補の一つとして、「消費者に不利な専属的合意管轄を定めた条項」が挙げられていた[(18)]。

しかし、平成 11 年 1 月公表の国民生活審議会消費者政策部会報告「消費者契約法（仮称）の制定に向けて」[(19)]では、不当条項規制の対象たるリストには記載されておらず、その際の不当条項リスト作成方針は、「わが国の実情やトラブルの実態等に照らしてふさわしいものを採用することが適当である」というものであった。しかし、国民生活審議会消費者政策部会（第 17 次）の議事録[(20)]を見ても、専属的合意管轄条項についてついての立ち入った議論の形跡はなく、明確に不当条項リストから除外された理由は発見できていない。

その後制定・施行された消費者契約法では、不当条項リストに、消費者に不利な専属的合意管轄条項は、不当条項リストに明確には含まれず今日に至っている。その理由を明言する資料はないが、平成 8 年の民訴法改正時の議論が影響した可能性は、あるかもしれない。

3　消費者契約法制定後の民事訴訟法学上の議論

前述三　でも紹介したように、平成 12 年に消費者契約法が制定されてからは、同法 10 条の適用または類推適用の可能性が示唆されるようになってきた[(21)]。とはいえ、この見解は、あくまでも「消費者契約法の適用も問題

（18）　経済企画庁国民生活局消費者行政第一課編『消費者契約法（仮称）」の具体的内容について』（大蔵省印刷局）54 頁。

（19）　経済企画庁国民生活局消費者行政第一課編『消費者契約法（仮称）」の制定に向けて』（大蔵省印刷局）38 頁。

（20）　現在は、引き継いだ消費者庁のホームページと資料が、2017 年 3 月現在の情報として国立国会図書館に保存されている https://warp.da.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/10311181/www.caa.go.jp/seikatsu/shingikai2/17/bukai-index.html〔2022 年 8 月 31 日〕

（21）　秋山幹男ほか・前掲註（7）参照。

となりうる」と述べるのみで、多くの場合は民訴法 17 条の裁量移送の活用によって対処できるものと考えているようである。

伊藤眞教授は、その著書では、約款の中で管轄合意がなされ、約款作成者たる企業の本店所在地の裁判所が管轄裁判所とされた場合の、原告又は被告となる消費者の保護につき、民訴法 17 条の適用・類推適用の他に、管轄合意自体を無効にする可能性を指摘している(22)。ただし、公序良俗や信義則に根拠を求めており、消費者契約法 10 条の適用・類推適用については明言していない。

また、山本克己教授は、民訴法 17 条・20 条による前記処理については、消費者の保護としては十分かという命題を掲げ、ネガティヴな評価を下している。その理由としては、同法 17 条による移送は、あくまでも裁判所の裁量に委ねられるのものであり、消費者に対してルールに基づく権利ではないことを挙げている。ただし、消費者の保護としては、解釈論ではなく、消費者契約法中に合意管轄条項を明示的に対象とすべきであり、それを見送った平成 12 年の消費者契約法の立法は残念であると言うほかないとしている(23)。

六　専属的管轄合意条項への消費者契約法 10 条適用・類推適用の試み

以上の議論を元に、本稿では、専属的管轄合意の効力を、消費者契約法 10 条の適用または類推適用によって制限することは可能であり、また、そのように解釈すべきであると考えている。

1　消費者契約法上の不当条項リストに明文化されなかったことの影響

平成 12 年の消費者契約法の制定の際に、同法 10 条の不当条項リストに専

(22)　伊藤眞・前掲註(8)93 頁。
(23)　山本克己「消費者契約法と民事手続法」ジュリスト 1200 号 106 頁以下（2001 年）。

属的管轄合意条項が明確に入らなかったことは、同条項への同法 10 条の適用を否定する理由になるだろうか。

明文化されなかった理由は、先程の検討でも明らかにはならなかったが、一つには、消費者契約法は民法の特別法として実体法による規律を目指したものであるため、訴訟法的な規律は民事訴訟に委ねて、同法では敢えて明文化しなかったことが想像できる。しかし、わが国の民事訴訟法の規律は、民法等実体法の規律を前提とすることが多い。たとえば、法定土地管轄は訴訟法上の事項であるが、たとえば特別裁判籍の一つである「義務履行地」（民訴法 5 条 1 号）の場所については、民事訴訟法には規定が無く、実体法上の義務履行地（民法 484 条、664 条、商法 516 条）の規定により決まるとされている。また、遺言執行者の訴訟上の法的地位については、遺言者の代理人か法定訴訟担当かをめぐって争いがあったが、これも、平成 30 年改正前の旧民法 1015 条が「遺言執行者は、相続人の代理人とみなす。」と定めていたことが代理人説の根拠になっていた。そこで、平成 30 年民法改正後は、遺言執行者の権利義務を定めた 1012 条からも、遺言執行者の行為の効果を定めた 1015 条からも「代理人」という文言を削除し、法定訴訟担当であることとした。このように、実体法が訴訟法上の効果を定める場合は存在するのであり、消費者契約法 10 条が専属的管轄合意条項の有効性を定めることは可能である。

2　民事訴訟法学上の議論

平成 8 年民訴法改正作業の際、前述五 1 の(1)・(2)の案を結局採用しなかったことは、民訴法 17 条による裁量移送以外に規制することを否定したことにはならない。たとえば、平成 8 年民訴法改正前には、別の箇所では、裁判の公正を確保する手段として、裁判官の除斥・忌避・回避という制度が存在する[(24)]。このうち、忌避はその事由が「裁判の公正を妨げるべき事情」（民訴 24 条 1 項）と包括的・抽象的で、しかも申立てにより訴訟手続が自動

(24)　この制度ならびに簡易却下については、拙稿「裁判官の除斥と忌避」伊藤眞・山本和彦編『民事訴訟法の争点』48 頁以下（2009 年）

的に停止される（民訴 26 条）。訴訟の引き延ばしや裁判官への心理的圧力を目的とした濫用的申立ても多いといわれてきた。本来の忌避裁判機関（民訴 25 条 1 項〜3 項）によって却下することは可能であるが、忌避の裁判のために別の合議体を組織することは、裁判官が 3 名以下の小規模な裁判所（特に支部）では実際上困難を生ずることもある。そこで、実務ではこれら忌避権行使を権利の濫用（忌避権濫用）と捉え、その対策として、刑訴法 24 条 2 項にならって、民訴法 25 条 3 項を適用せずに忌避を申し立てられた裁判官自ら簡易却下できるとする取扱い（札幌高決昭和 51・11・12 判タ 347 号 198 頁など）が広まっていた。この簡易却下についても平成 8 年改正時には明文化が検討事項とされたが、結局、立法化されるには至らなかった。しかし、そのことを以て簡易却下が否定されたわけではなく、平成 8 年民訴法改正後も実務では存在している（裁判例として、最近でも東京地判令和元年 11 月 26 日判例集未登載 LEX/ DB25581956、東京地判令和 3 年 7 月 13 日判例集未登載 LEX/ DB25600611 など）。

そもそも平成 8 年民訴法改正作業の際、前述五 1 の(1)・(2)の案を結局採用しなかった理由として、当時の立案担当者は、「わが国の場合には、個人営業に極めて近い法人が多いこと等から、法人または商人であるか否かによって、合意の効力に全く異なる扱いをすることの合理性に疑問があ」ることを述べている[(25)]。研究者からの「立法技術上の困難さを理由として実現に至らなかった」[(26)]との記述は、このことを指している。その点では、消費者契約法制定後は、「消費者契約」が同法 2 条 3 項で、「事業者」が同法 2 条 2 項）で、「消費者」が同法 2 条 1 項に定められていることからすれば、同法 10 条の適用対象の判別は容易になったので、消費者保護のために同法 10 条の規律を適用することは、困難ではなくなっている。

3　消費者契約法 10 条適用・類推適用論の実益

前述三でも紹介したように、事業者原告型の訴訟においては、原告所在地

(25)　法務省民事局参事官室編『一問一答新民事訴訟法』（1996 年・商事法務研究会）48 頁。
(26)　伊藤眞・前掲註(8)88 頁・註 110。

（東京）に提起された訴訟を被告所在地（釧路）に移送するためには、消費者契約法により専属的管轄合意を無効にしただけでは足りず、更に民訴法 17 条による裁量移送が必要となる。しかし、専属的管轄合意を無効にすることができれば、民訴法 17 条による裁量移送の必要性・許容性が裁判所によって認められる確率が上がる、ということは言えるであろう。

これに対し、事業者原告型のうち、(2)原告（消費者）が不特定物の引渡しや、既に支払った金銭の支払い等を被告（事業者）に求める場合には、専属的管轄合意条項を消費者契約法 10 条の適用・類推適用により無効にできれば、事業者所在地への移送は民訴法 17 条の裁量移送では規定上は可能であるが、認められる確率は低くなるので、消費者側の保護に資することになる。

4　結論

このように考えると、専属的管轄合意条項への消費者契約法 10 条適用・類推適用は肯定されるべきである。

前述四　で検討した判例の中で、専属的管轄合意条項への消費者契約法 10 条適用・類推適用により無効としたのは【裁判例 12】のみであり、しかも、差止訴訟であった。今後、この判例が最高裁でも維持されることが期待される。

（青山学院大学法学部教授）

論　　説

EU 国際私法における当事者による法選択と国際性の要件

福井　清貴

第 1 章　序文
第 2 章　EGBGB と EU 国際私法における国際性要件
　第 1 節　検討対象
　第 2 節　EGBGB およびローマⅠ規則
第 3 章　ローマⅠ規則 3 条 3 項における国際性要件
　第 1 節　理論的根拠
　第 2 節　単一国事案における法選択の効果
　第 3 節　要件審査の基準
第 4 章　わが国への示唆
　第 1 節　渉外的法律関係説と法律関係全般説
　第 2 節　要件と効果
第 5 章　結語

第 1 章　序文

当事者自治の原則が認められる単位法律関係について、当事者は準拠法を自由に選択することができる。この法選択は「抵触法的指定」ともいわれ、通常、選択された国家法の任意法規と強行法規の包括的な適用を導く。そのため従来、国内外でこれに対する制限論が度々主張されてきた。わが国では、質的・量的制限論、強行法規の特別連結論等が有名であろう。現代においては、特に国際債権法の分野につきこのような制限論のいくつかが廃れ、一部が維持されている[(1)]。この維持されている側の制限の一つとして、国際性の要件が挙げられる。これによれば、国際性のない事実関係には当事者

による抵触法的指定は認められない。今もなお諸国の国際私法において普遍的にみられる制限である[(2)]。

ところが、わが国際私法たる法の適用に関する通則法（以下、「通則法」）4 条以下は、契約債権関係（7 条、9 条）、契約外債権関係（16 条、21 条）および夫婦財産制（26 条 2 項）につき当事者自治を認めるにもかかわらず、事実関係に国際性を要求する文言を含まない。あたかも当事者による法選択が国際性のない純粋内国事案であっても認められるかのような規定となっている。たしかに従来、国際私法適用の前提条件として国際性の要件は議論されてきた。すなわち、通則法 4 条以下が国際的事実関係にのみ適用されるとする涉外的法律関係説か、これがあらゆる事実関係に適用されるとする法律関

(1)　欧州の学説は、19 世紀末から現在にかけて、当事者自治の制限を徐々に緩和化する方向に展開されていった。すなわち、当事者自治否定論（質的制限論）に始まり、量的制限論や場所付け理論へ至り、後には当事者に「正当な利益」がある限りで中立的な法の選択を認めるという学説が提唱されるに至った。これらの制限論は、各々に要件の差こそあれ、特定の場合に法選択を一律に無効とすることに特徴がある。いずれの制限論者も、無制限な法選択により「本来適用されるに値する」国の法の強行法規が潜脱され、弱者や公共の利益等が損なわれることを危惧していたのである。

しかし、Wengler や Zweigert 等により提唱された強行法規の特別連結論が主流となることで、弱者や公共の利益を保護する役割は、法選択とは別枠で特別連結される強行法規にゆだねられるようになった。その結果、当事者自治自体は、当事者の準拠法の予見可能性や法的確実性を保証する等の当事者利益に焦点を合わせることができるようになり、少なくとも国際債権法の分野では相当に自由な法選択が認められるようになった。Wengler が抵触法的指定を否定しなかったことにつき、佐藤やよひ「涉外的債権契約における当事者自治の原則と強行法規の特別連結論」辰巳他編『契約責任の現代的諸相（上巻）』（東京布井出版、1996 年）361 頁以下、旧来の否認・制限論につき、折茂豊『当事者自治の原則』（創文社, 1970 年）53 頁以下参照。当事者自治の史的展開につき、西谷祐子「当事者自治の現代的意義—『国際商事契約の準拠法選択に関するハーグ原則』をめぐって」国際私法年報 17 号（2015 年）4 頁以下、欧州には当事者自治の史的展開を検討する文献は無数にあるが、例えば近時の詳細なものとして、Bratvogel, Rechtswahlfreiheit（2015）, S. 130ff.; Schmitz, Die Rechtswahlfreiheit im europäischen Kollisionsrecht（2017）, S. 30ff.; Mills, Party Autonomy in Private International Law（2018）, S. 44ff.

(2)　例えば、Girsberger *et al*., General Comparative Report in: Girsberger/Kadner Graziano/Neels, Choice of Law in International Commercial Contracts : Global Perspectives on the Hague Principles（2021）, Rn 1. 41ff., 1. 121ff. ; Nygh, Autonomy in International Contracts（1999）, S. 47 参照。

係全般説かという議論である。しかし当事者自治の許容性だけに焦点を合わせた議論はあまりされてこなかった。

以上から、通則法における国際性に係る規定の欠缺が、当事者自治の原則との関係でいかに考えられるべきか検討する意義はあるだろう。そこで本稿は、これに係る諸論点を取り扱いたい。その際には、比較的豊富な議論の存在するドイツおよび EU の国際私法が主に素材とされる。

本稿ではまず第 2 章において、国際性要件がドイツおよび EU 国際私法においてどのように規律されているのかを確認する。そして第 3 章においては、当事者自治につきこの要件の存在する理論的根拠を確認したうえで（1 節）、国際性の要件が充足されない場合に選択された法がいかなる効力を有するのか（2 節）、国際性要件を審査する際に事実関係中のどのような諸要素が考慮されるのか（3 節）というような、より個別的な要件・効果に関する議論を取り扱う。最後に第 4 章において、以上の議論がわが国にいかなる示唆を与えうるか検討する。

なお本稿では、「当事者による法選択」を単に「法選択」、「法廷地としか関係しない事実関係」のことを「純粋内国事案」、「管轄合意された裁判所所属国または選択された法の国以外の要素が単一の国としか関係しない事実関係」のことを「単一国事案」という[(3)]。

第 2 章　EGBGB と EU 国際私法における国際性要件

第 1 節　検討対象

ドイツも加盟している EU では国際私法が広範な分野にわたり統一されている。すなわち、契約債権関係につき、「契約債務の準拠法に関する欧州議会および理事会規則」[(4)]（以下、「ローマⅠ規則」）、契約外債権関係につき、

(3)　「純粋内国事案」は国際私法の適用要件としての国際性がない事案であり、もっぱら法廷地法が適用される。それに対し、「単一国事案」は当事者自治の許容要件としての国際性がない事案であり、「単一関係国」（事実関係と唯一関係する国）の強行法規が適用される。詳細は第 2 章第 2 節Ⅳ参照。

「契約外債務の準拠法に関する欧州議会および理事会規則」[5]（以下、「ローマⅡ規則」）、離婚につき「離婚および婚姻関係の解消のない別居の準拠法の分野における緊密な政策協力の実施に関する理事会規則」（以下、「ローマⅢ規則」）[6]、相続につき「相続における裁判管轄、準拠法、判決の承認および執行、公文書の受理および執行ならびに欧州相続証明書の創設に関する欧州議会および理事会規則」（以下、「EU 相続規則」）[7]、夫婦財産制や登録パートナーシップ財産制につき「夫婦財産制（登録パートナーシップ財産制）における裁判管轄、準拠法ならびに判決の承認および執行の分野における緊密な政策協力の実施に関する理事会規則」（以下、「EU 財産制規則」）[8]、扶養につき「扶養における裁判管轄、準拠法、判決の承認および執行ならびに相互協力に関する理事会規則」[9]（以下、「EU 扶養規則」）がある。これらは、各々につき程度の差はあれ多数の EU 加盟国で直接的に適用されている。

これらの EU 規則すべてが、当事者自治の原則を認めている[10]。しかし本稿は、ローマⅠ規則（およびその前身たる契約債務の準拠法に関するローマ条約[11]（以下、「ローマ条約」））を主に取り扱う。理由は次の通りである。

第一に、ローマⅠ・Ⅱ以外の規則は、量的制限を伴う当事者自治のみを認

（4）　ABl. 2008 L 177/6.

（5）　ABl. 2007 L 199/40.

（6）　ABl. 2010 L 343/10.

（7）　ABl. 2012 L 201/107.

（8）　ABl. 2016 L 183/1; ABl. 2016 L 183/30.

（9）　ABl. 2009 L 7/1.

（10）　ただし、EU 扶養規則は準拠法決定ルール自体を持たない。準拠法決定は、同規則 15 条に基づき EU の批准する「扶養義務の準拠法に関するハーグ議定書」3 条以下による。同議定書 7 条、8 条は量的制限の伴う当事者自治を認める。ABl. 2009 L 331/17. 身分法分野に係る各統一国際私法の量的制限については、小池未来『国際家族法における当事者自治』（信山社、2019 年）73 頁以下参照。

（11）　ABl. L 266 vom 9. 10. 1980. 本条約は 1980 年に署名のために開放された。ドイツは 1986 年にこれに批准し EGBGB 旧 27 条乃至 37 条にてその内容を国内法化した（BGBl. 1986 II, S. 810）。本条約は EU 規則化された折に改正され、2009 年 12 月にはローマⅠ規則と置き替えられた。ローマⅠ規則の発効により EGBGB 旧 27 条乃至 37 条は廃止されている（BGBl. 2009 I, S. 1574; BT-Drucks., 16/12104）。

めている。周知の通り、量的制限とは、事実関係と一定の関係がある国（例えば、当事者の国籍国や常居所地等）の法選択だけを認める制限である。この制限の下では、事実関係が単一の国としか関係しない場合、その国の法の選択のみが認められるか、それができなければ客観的に準拠法が確定される。このとき当該国以外の法が選択されても、量的制限に阻まれ法選択は無効になる。それに対し、事実関係が複数の国々と関係しており、量的制限の下でも複数の国々の法の選択肢がある状況、または客観的連結される国とは異なる国の法が一つ選択できる状況には何らかの国際性は必ず存在している(12)。つまり、量的制限が設けられている場合、選択された法がその制限の枠内に収まっているか否かの審査は必要である。しかし、この審査と共に国際性の存否と法選択の許否の判定が同時に済んでしまい、改めて国際性を確認する必要はない。そのため、これらの規則においては、当事者自治の許否をめぐる国際性につき議論の余地がほとんどないのである。

第二に、ローマⅡ規則における国際性の規律は、ローマⅠ規則の前身たるローマ条約を踏襲している。そしてローマⅠ規則も、国際性要件につきローマⅡ規則を同じく踏襲した(13)。したがって、両規則の国際性に係る規律はほぼ変わらない(14)。以上から、むしろローマ条約が妥当していた時代から

---

(12)　同旨として、Mansel, Parteiautonomie, Rechtsgeschäftslehre der Rechtswahl und Allgemeinen Teil des europäischen Kollisionsrechts in: Leible/Unberath, Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?（2013）, S. 241ff.（269）; Thorn/Thon, Der Auslandsbezug im IPR in: Festschrift für Kronke（2020）, S. 569ff.（570）; Schmitz（Fn 1）, S. 259f.; Mills（Fn 1）, S. 470; Grimm, Der Auslandsbezug im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht（2021）, S. 230, 233. なおローマⅠ規則も、旅客運送契約（5 条 2 項 1 号）と EU 域内の大衆リスクをカバーする保険契約（7 条 3 項 1 号）につき法選択に量的制限を設けている。本文で述べたことは、これらの契約類型にも当てはまる。

(13)　ただし、同条約と両規則とでわずかに文言の相違はある。後掲注(19)(40)とその本文参照。

(14)　一般的にも、ローマⅡ規則 14 条 2 項はローマⅠ規則（ローマ条約）3 条 3 項と同様の解釈をすべきと解されている。例えば、MüKo/Junker 8. Aufl.（2021）, Art 14 Rom II-VO Rn 39ff. ; Maultzsch, Rechtswahl und ius cogens im Internationalen Schuldvertragsrecht in: RabelsZ 2011, S. 60ff.（71）; Vogeler, Die freie Rechtswahl im Kollisionsrecht der außervertraglichen Schuldverhältnisse（2013）, S. 369f. ただし、国際性を示す事実の基準時がローマⅠ規則では法選択時であるのに対し、ローマⅡ規則では損害の原因となる事実の発生時である等、わずかな差異はある。

豊富に議論が存在するローマⅠ規則の方が、検討の対象としてより適当と思われる。そこで、次節ではローマⅠ規則（ローマ条約）およびこれを参考としたドイツの EGBGB（民法施行法）における国際性要件を見ていきたい。

なお本稿では、2009 年にローマⅠ規則が発効する前に妥当したローマ条約（EGBGB 旧 27 条以下）を前提とした論稿も参照・引用している[15]。その発効前後で規律内容にほぼ相違がないからである。

第 2 節　EGBGB およびローマⅠ規則

Ⅰ　関係条文

EGBGB3 条 2 項

条約における規律は、それが直接的に適用される国内法となった限りで適用され、準拠法は、外国と関連性のある事実関係の際に、本章の諸規定によって決定される（国際私法）。

ローマⅠ規則 1 条 1 項第 1 文

本規則は、複数の国々の法と関連性を示す民商事件における契約債務関係に適用される。

ローマⅠ規則 3 条 3 項

法選択の時点における事実関係のその他のすべての要素が、選択された法の国家とは異なる国に所在する場合には、当事者の法選択は、この他の国家の合意によって排除されえない諸規定の適用に影響を与えない。

(15)　条文の対応関係は以下の通りである。ローマⅠ規則 1 条 1 項＝ローマ条約 1 条 1 項（EGBGB3 条 2 項）、ローマⅠ規則 3 条 3 項＝ローマ条約 3 条 3 項（EGBGB 旧 27 条 3 項）、ローマⅠ規則 6 条 2 項＝ローマ条約 5 条 2 項（EGBGB 旧 29 条 1 項）、ローマⅠ規則 8 条 1 項＝ローマ条約 6 条 1 項（EGBGB 旧 30 条 1 項）、ローマⅠ規則 9 条＝ローマ条約 7 条（EGBGB 旧 34 条）。

Ⅱ　諸規定の適用関係

EGBGB とローマⅠ規則には、国際性要件に関する規定が併せて 3 つ存在する。まず各条文の関係を確認しておきたい。

EGBGB 第 2 章にあたる 3 条乃至 48 条が、ドイツ国際私法の主たる国内法源である。同法 3 条は、ドイツで適用される国際私法の諸法源とそれらの関係を定める最も基本的な規定である。同条 1 項は、本稿の本章第 1 節で挙げた EU 規則を例示列挙しており、まずそれらが適用されることを明らかにしている。そして、同条 2 項によれば、さらに他の条約上の法源があればこれが優先的に適用される。これもない場合に初めて「外国と関連性のある事実関係」に内国国際私法たる EGBGB 第 2 章が適用され、EGBGB4 条以下により準拠法が確定されることになる。すなわち、事実関係が外国と関係せず法廷地としか関係しない純粋内国事案には、EGBGB4 条以下の適用はない。

EGBGB3 条 1 項が明らかにするようにドイツ国内にてローマⅠ規則は直接的に適用される。ただし、同規則 1 条も事項的適用範囲を定めているため、事実関係がこの範囲に妥当するかをまず確認する必要がある。同条 1 項は、「複数の国々の法と関連性を示す民商事件における契約債務関係」に本規則が適用されるとする(16)。事実関係がこれに属し、かつ同条 2 項に列挙された適用除外事項にあたらなければ(17)、ローマⅠ規則 3 条以下の抵触規定により準拠法が確定されることになる。

ローマⅠ規則により契約準拠法を確定する際には、先ず同規則 3 条に基づく当事者による法選択があったか否かが確認されなければならない。そして法選択があり有効に成立していれば、原則的にこれにより準拠法が定まり、

---

(16)　同じく EU の統一国際私法であるローマⅡ規則 1 条 1 項、ローマⅢ規則 1 条 1 項も同様の国際性要件を定めている。これに対し、EU 相続規則、EU 財産制規則および EU 扶養規則にはそのような規定がない。しかし、そうであっても、これらの規則における準拠法決定ルールも国際性のある事案に適用されることが想定されている（EU 相続規則前文 7 段、EU 財産制規則前文 14 段参照）。後掲注(18)(26)も参照。

(17)　ここでローマⅠ規則が適用されないことになった場合には、前段落で説明した EGBGB3 条 2 項に移ることになる。

そうでなければ 4 条以下の客観的連結により準拠法が決定される。法選択の要件と効果については、同規則 3 条の各項が定めている。本稿のテーマと関係して重要な規定は、このうちの 3 項である。これによれば、契約に係る事実関係が一つの国としか関係しない単一国事案の場合には、当事者がそれとは異なる他の国の法の選択をしたとしても、その事実関係と唯一関係する国（以下、「単一関係国」）の強行法規の潜脱は認められない。国際性のない事実関係において法選択を制限する旨の規定である。

以上の各規定は、文言の微妙な相違はあるものの、事実関係に「国際性」を要求することで共通する。ただし一見して明らかなように、EGBGB3 条 2 項とローマⅠ規則 1 条 1 項は、各々の抵触規則全体が適用されるために必要とされる国際性を定めている[(18)]。これに対し、ローマⅠ規則 3 条 3 項は、法選択がなされた場合にのみ問題となる国際性要件を定めている。さらにやや踏み込んで各々を確認する。

Ⅲ　国際私法の適用要件としての「国際性」

狭義の国際私法が適用される前提としての外国関連性（国際性）の要件がドイツにて初めて立法されたのは、1986 年の EGBGB 改正時である。このときに EGBGB3 条において、ローマ条約 1 条 1 項（現在のローマⅠ規則 1 条 1 項）に倣う形で国際性の要件が明定され[(19)]、純粋内国事案には国際私法の

(18)　ローマⅠ規則 1 条 1 項は同規則の適用のために必要な国際性を定める。これに対し、EGBGB3 条 2 項は、ローマⅠ規則を含む統一国際私法の適用がない事実関係に内国抵触法たる EGBGB4 条以下を適用するために必要な国際性を定める。つまり、両規定の適用の局面は異なる。また EU 規則の適用範囲は、EU の立法権限の範囲を定める EU 運営条約 81 条 1 項の「外国性を有する民事分野」という文言と連動している。そのため、ローマⅠ規則 1 条 1 項の国際性要件も形式的にはそれを基準とする（R. Magnus, Der grenzüberschreitende Bezug als Anwendungsvoraussetzung im europäischen Zuständigkeits- und Kollisionsrecht in: ZEuP 2018, S. 507ff.（512）; MüKo/von Hein 9. Aufl.（2024）, Art 3 EGBGB, Rn 12）。これに対し、内国法たる EGBGB3 条 2 項には当然にこの制約がない。

以上のように両者に形式的な違いはある。しかし目的・要件・効力に違いはないため、ここでは一纏めにして取り扱う。

(19)　ただし現在と異なり、1986 年改正当時、同様の規定は EGBGB3 条 1 項 1 文に置かれ、かつ「外国の法と関連性のある事実関係」（下線部筆者）という文言であった。2008 年 12 月の改正により同条 2 項に位置が移され、現在の文言となった（BGBl. 2008 I, S.

適用がないとされた(20)。これによれば、私法的事実関係は、純粋内国事案と国際的事実関係とに峻別される。そのうえで、前者には法廷地実質法が当然のように適用されるのに対し、後者には、特別法としての国際私法により指定された準拠法が適用されることになる(21)。

当該規定を支持する見解によれば、この要件を設けた意義は概ね次の通りである。すなわち、純粋内国事案では法廷地法の適用が自明であり、国際私法および外国法の適用の余地がないということである。いかなる国家も、その領域内にて施行された実質法を自国領域で適用することを前提にこれを命じている。つまり、純粋内国事案におけるその国の実質法の適用根拠は、抵触法を介するまでもなくその実質法の存在自体から生じる(22)。内外のいずれの法が適用されるべきかという特殊な問題は、比較的稀な国際的事実関係においてのみ生じるのであり、この限りで国際私法が必要となる。裁判官もこの事実関係においてのみ内外法の適用可否の判断にきっかけを持つ(23)。もし純粋内国事案を含むあらゆる事実関係に国際私法が適用されるならば、準拠法決定の問題を不必要に提起することになる。この不要な判断は、国際性要件の創設によって省略できるとする(24)。さらに、国際私法の規定に外国法の適用場面にのみ参照される独自の規律があることも根拠として挙げられる。例えば、公序則は外国法の適用結果が法廷地法の公序と相容れない場合に妥当する。純粋内国事案には外国法の適用の余地がないのにもかかわらず、公序則を含めた国際私法の適用があるとするのは、不自然である(25)。

ところが、ドイツで現行の規定を支持する学説はむしろ少数である。国際私法の適用の前提として国際性を要求することには改正当初から根強い批判

2401)。

(20)　BT-Drucks 10/504, S. 35.

(21)　Staudinger/Hausmann (2019), Art. 3 EGBGB Rn 7.

(22)　E. Lorenz, Zum neuen Internationalen Vertragsrecht aus versicherungsvertraglicher Sicht in: Festschrift für Kegel (1987), S. 303ff. (310f.); Looschelders, IPR (2004) Art. 3 EGBGB, Rn 3; Staudinger/Looschelders (2019), Einl zum IPR, Rn 6; Grüneberg/Thorn 82. Aufl. (2023), Art 3 EGBGB Rn 2; Erman/Stürner 17. Aufl. (2023), Art. 3 EGBGB Rn 4.

(23)　E. Lorenz, Die Reform des deutschen IPR in: ZRP 1982, S. 148ff. (149).

(24)　E. Lorenz (Fn 22), S. 311.

(25)　E. Lorenz (Fn 23), S. 150f.

があり、立法論上これを不要とする見解が今もなお通説として主張されている[(26)]。その主張は概ね次の通りである。すなわち、国際私法はあらゆる私法的事実関係に適用される。国際性の有無は、国際私法の適用の前段階ではなく、むしろ各々の抵触規定が事実関係に適用された結果から明らかとなることである[(27)]。純粋内国事案に国際私法が適用されても、法廷地法が指定されるという結論は変わらないから、国際私法の適用前に国際性を要求することに意味はない[(28)]。そもそも国際性の有無に関する一般的な基準を定立することが困難である。もし国際性の審査の際に当の国際私法に定められた種々の連結点を参照するのならば、その適用の前にこれを確認することはできないはずだから、論理的一貫性を欠く[(29)]。そして、裁判官が純粋内国事案において国際私法の適用をすることは無用な負担であるという見解に対しては、次のようにいう。すなわち、裁判官は常に潜在的に国際私法を適用しなければならないものの、内国法が適用されることが自明である純粋内国事案の場合にわざわざ国際私法の適用を意識することはないし、明言する必要もない。裁判官が論点となりえない法規に触れないことは訴訟実務上通常のことであり、国際私法についてもそれは変わらないとする[(30)]。

たしかに、EGBGB やローマⅠ規則は、明文上その全体の適用の前に事案の国際性を要求する立場に立った[(31)]。しかし実践的には、いずれの立場に

---

(26)　以下の脚注(27)～(30)で挙げたものの他、例えば Kropholler, IPR 6. Aufl.(2006), S. 7; Kegel/Schurig, IPR 9.Aufl.(2004), S. 9f. ; Rauscher, IPR 5. Aufl.(2017), Rn 4, 1181; Junker, IPR 5.Aufl.(2022), S. 6f., 271; Püls, Parteiautonomie (1995), S. 168f. ; Mansel, Privatrechtsdogmatik und Internationales Privatrecht in: Festschrift für Canaris (2017), S. 739ff. (743f.).

ただし、ローマⅠ規則を含む EU 国際私法規則では EU の立法権限との関係でその適用に越境性を要求しない解釈は困難である。そのため、ローマⅠ規則 1 条 1 項 1 文の国際性要件に反論する学説はほぼ見られない（例外として Grimm (Fn 12), S. 46ff.)。詳しくは R. Magnus (Fn 18), S. 511f. および前掲注(18)参照。

(27)　von Hoffmann/Thorn, IPR 9. Aufl.(2007), S. 5.

(28)　Stoll, Bemerkungen zu den Vorschriften über den “Allgemeinen Teil” im Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Neuregelung des IPR in: IPRax 1984, S. 1ff. (1); Grimm (Fn 12), S. 44.

(29)　Jahr, Internationale Geltung nationalen Rechts in: RabelsZ 1990, S. 481ff. (501, 504).

(30)　Staudinger/Hausmann (Fn 21), Rn 8; MüKo/von Hein (Fn 18), Rn 12f. ; Jahr (Fn 29), S. 502; Grimm (Fn 12), S. 44f., 46.

(31)　ただし、Grimm (Fn 12), S. 38 は、国際性要件に係る明文規定はプログラム規定でしか

もほぼ違いがない。なぜなら、ローマⅠ規則 1 条 1 項や EGBGB3 条 2 項における国際性は、最低限の外国要素で充たされるからである(32)。すなわち、抵触規定に定めのあるあらゆる連結点のうち一つでも外国を指し示していればよい。しかも、当事者が外国の法選択や裁判管轄合意を締結したという意思的な要素しかない場合にすら、その他のいかなる客観的要素が内国にあっても、ここでいう国際性要件は充たされる(33)。どちらの立場にあっても、当事者や裁判官は、どの国の法が事実関係に適用されるかにつき合理的な疑念が生じるくらいに二以上の国と関わる事例が現れたとき、国際私法を参照すればよいのである(34)。

Ⅳ　当事者自治の許容要件としての「国際性」

ローマⅠ規則 3 条 3 項も同様に国際性を要求する。しかし、ローマⅠ規則 1 条 1 項や EGBGB3 条 2 項とでは要件と効力の両面において異なっている。同規則 3 条 3 項の内容は本稿第 3 章で詳細に扱うため、ここではごく簡単に両者の違いだけを確認しておく。

第一に、要件の寛厳で異なる。ローマⅠ規則 1 条 1 項は、極めて緩く当事者が法廷地と異なる国の法を選択しただけで充たされる(35)。これに対し、3

ないという。

(32)　BR-Drucks 222/83, S. 35; E. Lorenz（Fn 22）, S. 312; Looschelder（Fn 22）Rn 4; MüKo/Martiny 8. Aufl.（2021）, Art 1 Rom I-VO, Rn 24; Staudinger/Magnus（2021）, Art 1 Rom I-VO Rn 10; Reithmann/Martiny/Martiny, IVR 9. Aufl.（2022）, Rn 1. 79ff.; von Hein in Rauscher, EuZPR/EuIPR（2023）, Art 1 Rom I-VO, Rn 21; Magnus/Mankowski/Caravaca/González, Rome I Regulation（2017）, Art. 1 Rn 26f. ; Nygh（Fn 2）, S. 53.

(33)　BT-Drucks 10/504, S. 35; BGH, 29. 11. 2023, NJW-RR 2024, 140（140f.）. ただし、Staudinger/Magnus（Fn 32）, Rn 11f. は国際性を否定できる僅かな例として、ドイツ国内での路上売店での外国人からの食品の購入、インコタームズや UNIDROIT 国際商事契約法原則のような国際的に通用しているルールの単なる利用、契約対象物を外国に輸出する意図のある内国での売買契約等を挙げる。ただし、契約書が外国語で作成されたという一事で国際性は肯定できるともいう。同様に Calliess/Renner/Weller, Rome Regulations Commentary 3rd ed.（2020）, Art 1 Rome I, Rn 19.

(34)　Staudinger/Looschelders（Fn 22）, Rn 5f. 国際性要件には独自の意義がほぼないと説明するものとして例えば、NK-BGB/Leible 3.Aufl.（2019）, Art 1 Rom I-VO, Rn 17; Bamberger/Roth/Spickhoff BGB 3. Aufl.（2012）, Art 1 Rom I-VO, Rn 24.

(35)　前掲注(33)本文参照。

条 3 項はこれよりわずかに厳格である。すなわち、文言上明らかなように、当事者が単一関係国以外の国の法を選択しただけでは国際性は充たされない。例えば、ドイツに住むドイツ人同士がドイツ国内で履行の終始する役務提供契約をドイツ国内にて締結した場合、彼らにより日本法が選択されただけでローマⅠ規則 1 条 1 項 1 文の国際性は充たされる。これにより同規則が適用され、3 条 3 項でさらに国際性の審査がなされる。しかし同項によれば、本事案はドイツの単一国事案となる。したがって、日本法が選択されていたとしても、ドイツの強行法規に反する部分につきなおもドイツ法が適用される。このような要件の相違がある理由は明らかである。もし 1 条 1 項と 3 条 3 項の国際性の基準が全く同じであるとすると、3 条 3 項が空文化し、ほぼ無意味なものとなるからである (36)。

第二に、効果が異なる。すなわち、ローマⅠ規則 1 条 1 項における国際性が認定できない場合とは、あらゆる意味で法の抵触がない場合である。この場合、法選択すら存在せずそもそも国際私法の適用の余地がないのだから、法廷地実質法が適用されるだけである (37)。これに対し、3 条 3 項における国際性のない場合には、選択された法は単一関係国の強行法規 (38) に反しない限りで適用される。つまり、単一関係国の強行法規と選択された法との両方が適用される (39)。しかも、その強行法規は法廷地実質法のものに限られない。ローマⅠ規則前文第 15 段によれば、管轄合意や仲裁合意によっては同規則 3 条 3 項における国際性は創出されない (40)。そのため、契約関係の

(36)　MüKo/von Hein（Fn 18）, Rn 9f. 詳細につき Schmitz（Fn 1）, S. 261f.; Backert, Kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz im Mosaik der Sonderanknüpfungen des deutschen internationalen Schuldvertragsrechts（2000）, S. 15ff. 参照。

(37)　ただし、この場合に実質法的指定としての法選択の存在を認める見解として、Pinheiro, Rome I Regulation: Some Controversial Issues in: Festschrift für Hoffmann（2011）, S. 242ff.（243f.）.

(38)　この「単一関係国」の法は、ドイツではしばしば「埋込準拠法（Einbettungsstatut）」と呼ばれる。「強行法規」の意義については、第 3 章 2 節Ⅱ参照。

(39)　Reithmann/Martiny/Martiny（Fn 32）, Rn 2. 137; Staudinger/Magnus（2021）, Art 3 Rom I-VO Rn 145; von Hein in Rauscher, EuZPR/EuIPR（2023）, Art 3 Rom I-VO Rn 100; Mansel（Fn 12）, S. 269.

(40)　第 3 章 3 節Ⅲ－ 3(a)参照。前身のローマ条約には 3 条 3 項の規定中にこのことが明定

客観的諸要素がすべて日本に集中しているのにもかかわらず、当事者がドイツの専属管轄合意と法選択をし、かつドイツに国際裁判管轄が認められた場合、ドイツの裁判所は日本の単一国事案と認定し、日本の強行法規を尊重しなければならない(41)。このとき法廷地法でもあるドイツ法は日本の強行法規に反しない限りで適用されるに過ぎない。以上から、ローマⅠ規則 3 条 3 項は双方的抵触規定としての機能を有するのである(42)。

このような相違は、両者が役割を異にすることに起因するであろう。ローマⅠ規則 1 条 1 項（および EGBGB3 条 2 項）における国際性要件は、あくまで国際私法ルールが必要な場合、すなわち複数の法の潜在的な適用可能性があり「法の抵触」の余地がありさえすれば充たされる。国際私法の主たる役割の一つは、いずれの国（または地域）の法が適用されるのかを予め確定することで諸国法の抵触を回避・解消することにある。通則法 4 条以下と同様に、EGBGB3 条以下やローマⅠ規則はまさにそのために存在する。概ねそこに異論の余地はないであろう。これに対し、ローマⅠ規則 3 条 3 項は、法の抵触を回避・解消する一手段である当事者自治をさらに制限すべく、事実関係に国際性を要求している。目的は、あくまで当事者による法選択を制限することにある(43)。

されていた。しかしローマⅠ規則ではこの定めが前文第 15 段に移された。この前後で要件の変更があったわけではないが、明確性の観点からは批判される（von Hein in Rauscher（Fn 39）, Rn 103）。

(41)　同種の例として、Magnus/Mankowski/Caravaca/González（Fn 32）, Rn 27.

(42)　例えば、von Hein in Rauscher（Fn 39）, Rn 119; MüKo/Martiny 8. Aufl.（2021）, Art 3 Rom I-VO, Rn 89; Staudinger/Magnus（Fn 39）, Rn 147; Reithmann/Martiny/Martiny（Fn 32）, Rn 2. 137; Ferrari/Ferrari, IntVertragsR 3. Aufl.（2018）, Art 3 Rom I-VO Rn 57; Bamberger/Roth/Spickhoff BGB 3. Aufl.（2012）Art 3 Rom I-VO, Rn 33; Vischer/Huber/Oser, IVR, 2. Aufl.（2000）, Rn 75; Soergel/von Hoffmann 12. Aufl.（1997）, Art 27 EGBGB Rn 85; Droste, Der Begriff der “zwingenden Bestimmung” in den Art 27ff. EGBGB（1991）, S. 90; Pinheiro（Fn 37）, S. 243; Hartley, Choice of law, choice of court and mandatory provisions in: Liber amicorum für Kohler（2018）, S. 171ff.（174）. ローマⅡ規則につき同様に Vogeler（Fn 14）, S. 377.

(43)　ドイツ等においても、ローマ条約及び EGBGB 旧 27 条以下が創設されるまでは、国際私法の適用要件としての国際性と当事者自治の許容要件としての国際性とが区別されていなかった。実際、当時は純粋内国事案にて当事者に法選択が認められない理由として、国際私法それ自体が適用されないことを挙げるものが多い。例えば、Simitis, Aufgaben und Grenzen der Parteiautonomie im internationalen Vertragsrecht in: JuS 1966, S. 209ff.（210）;

次に問題となるのは、なぜその制限の必要があるのか、そしてその具体的効果と要件である。

第 3 章　ローマⅠ規則 3 条 3 項における国際性要件

第 1 節　理論的根拠

ローマⅠ規則 3 条 3 項は、法選択や管轄合意以外の事実関係のすべての要素が一つの国としか関係しない場合に、当該国の強行法規の回避を当事者に禁じることを目的とする(44)。この目的を正当化する根拠が何に求められるかが問題となる。

この根拠として、消費者や労働者等の弱者保護および特定国の国家政策を体現する国際的強行法規（介入規範）の尊重を挙げることはできない。なぜなら、これらについてはすでにローマⅠ規則 6 条 2 項 2 文、8 条 1 項 2 文、

De Nova, Wann ist ein Vertrag “international”? in: Festschrift für Ferid（1978）, S. 307ff.（311）.

また、スイスの IPRG116 条は契約関係につき当事者自治を認めるものの、これに国際性要件を定めていない。そのため、国際性の不在を理由に法選択を制限するにあたり、国際私法の適用要件としての国際性を定める IPRG1 条 1 項がしばしば援用される（ZK-Girsberger/Kostkiewicz, 3. Aufl.（2018）, Art 116 Rn 23; Vischer/Huber/Oser（Fn 42）, Rn 71）。つまり、スイスでは少なくとも明文上、両者が区別されていない。IPRG 制定前の学説であるが、Moser, Vertragsabschluss, Vertragsgültigkeit und Parteiwille im internationalen Obligationenrecht（1948）, S. 195 も同様である。これに対し、Loacker/Capaul, Gibt es einen «unechten» Auslandsbezug? Zur Frage ausschliesslich rechtswahlbegründeter Internationalität und ihrer Beurteilung nach dem IPRG in: SZIER 2020, S. 453ff.（463ff.）は、スイス IPRG でも両者を区別すべきとし、ローマⅠ規則と同内容の 2 種類の国際性要件を解釈論上導こうとする。

(44)　Ferrari/Ferrari（Fn 42）, Rn 49; Staudinger/Magnus（Fn 39）, Rn 131; von Hein in Rauscher（Fn 39）, Rn 100; von Hein, Grenzen der Rechtswahl bei derivative Geschäften zwischen inländischen Vertragsparteien（Art 3 Abs 3 Rom I-VO）in: Festschrift für Hopt（2020）, S. 1405ff.（1407）.

Michaels, Die Struktur der kollisionsrechtlichen Durchsetzung einfach zwingender Normen in: Festschrift für Schurig（2012）, S. 191ff.（202）は、ドイツ判例は、当事者による単一関係国法の意図的な回避があるとみなした場合に、ローマⅠ規則 3 条 3 項の適用をしているという。しかし実態はともかく、本規定は法律回避に係る当事者の意図の存在を要件とはしておらず、そのような法律回避を常に阻止できる規定と解されてはいない。Magnus/Mankowski/Mankowski, Rome I Regulation（2017）, Art 3 Rn 376; Backert（Fn 36）, S. 110f.

9 条で解決されており、各々の適用要件が充たされれば、選択された法とは無関係に、弱者と密接に関係する国の強行法規または特定国の介入規範は適用される(45)。このとき、国際性の有無は必ずしも重要でないからである。したがって、3 条 3 項はそれ以外の根拠をもって定められたとみるべきであろう(46)。

立法資料からは当該規定の理論的根拠は明らかではない(47)。ただし、学説では根拠として次の二点がよく挙げられる。

第一に、単一国事案においては当事者自治を認める基盤がないとされる。従来、当事者自治の原則には、様々な根拠が提唱されてきた。そのうちでよく主張されるのが、客観的連結の困難を理由とした窮余の一策としての当事者自治(48)、およびその導入による当事者の法的確実性や準拠法の予見可能性の確保である(49)。すなわち、国際契約全般につきその最密接関係地を予め決定しうる確たる連結基準はなく、客観的連結では当事者に予め明確な形で準拠法が定められ得ない。この客観的連結の困難を解消するために、契約の内容をよく知るはずである当事者自身に法の選択をさせ、ひいては当事者

(45)　Maultzsch（Fn 14）, S. 70; Vischer/Huber/Oser（Fn 42）, Rn 79; Grimm（Fn 12）, S. 237f. ただし、E. Lorenz, Die Rechtswahlfreiheit im internationalen Schuldvertragsrecht in: RIW 1987, S. 569ff.（574f.）は、これらの規定の存在を理由にローマⅠ規則 3 条 3 項（ローマ条約 3 条 3 項）には存在意義がないという。

(46)　これに対し Mäsch（Fn 71）, S. 105ff. は、ローマⅠ規則 3 条 3 項（EGBGB 旧 27 条 3 項）には、6 条（EGBGB 旧 29 条）により消費者が十分に保護されない場合の補充的機能があると主張していた（この点につき、後掲注(119)(122)も参照）。また、Michaels（Fn 44）, S. 207f. は、ローマⅠ規則 3 条 3 項が 6 条 2 項 2 文、8 条 1 項 2 文、9 条と機能的に連関していると指摘する。これらの規定は、特定国との密接関連性の量的な程度と強行法規の質的な重要性のうちのどちらをどれ位の比重で重視するかで差があるに過ぎないという。

(47)　ローマ条約の公式報告書にも説明はない。ABl. 1980 C 282/18.

(48)　Kegel/Schurig（Fn 26）, S. 653; Leible, Außenhandel und Rechtssicherheit in: ZVglRWiss 1998, S. 286ff.（288f.）; Junker, Die freie Rechtswahl und ihre Grenzen—Zur veränderten Rolle der Parteiautonomie im Schuldvertragsrecht in: IPRax 1993, S. 1ff.（3）; Simitis（Fn 43）, S. 210.

(49)　Staudinger/Magnus（Fn 39）, Rn 28; von Hein in Rauscher（Fn 39）, Rn 1; Junker（Fn 48）, S. 2; NK-BGB/Leible 3. Aufl.（2019）, Art 3 Rom I-VO, Rn 5; Maultzsch（Fn 14）, S. 64; Leible（Fn 48）, S. 291; Kühne, Die Parteiautonomie zwischen kollisionsrechtlicher und materiellrechtlicher Gerechtigkeit in: Liber Amicorum Kegel（2002）, S. 65ff.（66f.）; Püls（Fn 26）, S. 157.

の法的確実性を確保している。しかし、単一国事案では、適用されるべき「単一の」国の法がすでに明確に確定している。したがって、客観的連結の困難はなく、これを解消すべく法選択により当事者の準拠法の予見可能性や法的確実性を確保する必要もない。つまり、当事者自治の消極的・実際的根拠のいずれもが単一国事案には妥当しないということである(50)。

根拠論の中には、当事者自治の根本を人権に見出す見解もある。この見解は概ね次のようにいう。すなわち、国際的に守られるべき人権には私人の所有権の保障が含まれる。しかし現在のグローバル化された世界において、私人は自身の所有権の変動に強い影響を与える契約関係を規律する国および法を明確に把握できない。それでは、この人権が十分に保障されない。そこで、公共の利益に反しない限り私人に原初的に与えられている「自由」に基づき、この状況は当事者自治の原則によって解消される。これにより、私人の法的確実性が確保され、所有権に影響を与える契約準拠法が明確に確定されうる(51)。しかし、ここにいう人権（所有権）の保障のために必要な法的確実性は、単一国事案ではその国家自体の実質法を通して確保されるべきものである。そのため、この場合には当事者自治を許容する理論的基盤がないことになる(52)。

第二に、国内的強行法規の存在意義からも国際性要件は根拠づけられる(53)。すなわち、ある事実関係と唯一関係する国は、そこで発生する法的

---

(50)　Grimm（Fn 12）, S. 246f. ; NK-BGB/Leible（Fn 49）, Rn 78; Leible（Fn 48）, S. 293f. ; Vischer/Huber/Oser（Fn 42）, Rn 78; Thorn/Thon（Fn 12）, S. 571; Kühne（Fn 49）, S. 73; Roth, Internationales Versicherungsvertragsrecht（1985）, S. 447; Maultzsch（Fn 14）, S. 70.

(51)　Basedow, Theorie der Rechtswahl oder Parteiautonomie als Grundlage des Internationalen Privatrechts in: RabelsZ 2011, S. 32ff.（55f. ）.

(52)　実際、Basedow（Fn 51）, S. 57 は単一国事案に当事者自治を認めない結論に達している。

(53)　NK-BGB/Leible（Fn 50）, Rn 78; Schmitz（Fn 1）, S. 259, 262f.; Grimm（Fn 12）, S. 241, 243, 265; Vogeler（Fn 14）, S. 370f.; De Nova（Fn 43）, S. 309f.; Roth（Fn 50）, S. 447f.; Loacker/Capaul（Fn 43）, S. 466, 474f..

また、Schmitz, a.a.O.は、単一国事案につき抵触法的指定を認めると、あらゆる事案において強行法規を含めた外国法の自由な選択が可能になり、裁判官や弁護士等の負担が過剰なものとなりうるという。

問題を規制することにつき利益関心を有する。単一国事案の場合、当該国家の強行法規の適用に係る利益関心が、国際私法上の当事者利益に対し優先されるのだという。通常、一国の立法者や裁判所は、内国実質法上の特定のルールを強行法規として定め、私人に対しこれを合意では排斥できないと命じている。もし単一国事案において完全な抵触法的指定が認められるとすると、当事者がある内国強行法規の代わりに、当該強行法規を含まない外国法を選択することで、これから容易に逃れることができる。とすると、一国の立法者は、合意で排除できない強行法規を国内法上定めておきながら、同時に合意によってそれらから回避する方途を同じ国内法（内国国際私法）で用意しているという矛盾が生じる。この矛盾を解消するためには、創設された内国実質法すべてを任意法規と解するか、少なくとも単一国事案においてはその強行法規を潜脱できない、すなわち抵触法的指定を認めないと解する他はないことになる。

以上のように、ローマⅠ規則 3 条 3 項は、当事者自治の原則の根拠論と国家の強行法規の存在意義の両面から理論的に正当化することができると解される。もちろん、単一国事案においてなおも自由な抵触法的指定を認めるべきとする反対論はありうる(54)。ローマ条約の起草時にも英国の代表者は 3

(54)　例えば、Rühl, Statut und Effizienz（2011）, S. 500f. は、第三者や国家公益に反しない限り一国家の強行規定の回避はむしろ望ましいことである。これにより、私人の需要に最もよく合致する法の選択が可能となり、諸国法秩序の競争を活発化させることに繋がる。法選択に国際性要件があることは、これらに悪影響を及ぼすという。そして、単一国事案につき当事者自治を認めても、外国法の選択により発生するコスト（法調査等）の負担は当事者間に留まり、裁判所をはじめとした第三者に有意な影響はないから、いわゆる「市場の失敗」が生じない。以上から、ローマⅠ規則 3 条 3 項は、経済的根拠からは正当化できないという。

Böhle, Die Abwahl zwingenden Rechts vor staatlichen Gerichten in Inlandsfällen in: ZEuP 2019, S. 72ff.（83f.）も、Rühl と同様の主張をしつつ、国家が自己の目的に基づき弱者保護規定や介入規範を適用できるようになっている現在において、国際性要件はもはや時代遅れの異物であると評する（Böhle, a.a.O., S. 82）。前掲注(45)も参照。

Mills（Fn 1）, S. 470 は、もし当事者自治の根拠が法の抵触の解消だけでなく、当事者の利益、法制度の競争促進、私人の内在的自治の尊重に基づくとするならば、国際性要件にほぼ根拠はないことを示唆する。

英国の Financial Markets Law Committee は、ローマⅠ規則提案 3 条 3 項、4 項が訴訟コストや不確実性の増大を招くとし、市場利益の保護のためにこれを削除すべき旨の主張

条 3 項のような規定の明文化に反対したとされる[55]。たしかに、国際性要件の導入により、単一国事案と国際的事実関係との類別の必要は生じる。そして、取引類型によっては単一国事案において強行法規を含めた外国法の選択を認める需要がありうることも完全には否定できない[56]。しかし結果的にローマ条約は大陸法諸国の多数の見解も尊重する形で同項を導入した。それを踏襲したローマⅠ規則においてもこの方針は継続している。グローバル化が叫ばれる昨今もなお、契約関係を規律すべく国内的強行法規を創設する諸国家の意義は否定しえない。諸国家が自国の私法秩序の規制をすべきでないという前提に立つのならば別段、そうでなければ単一国事案において選択された外国法の効力が任意法規のレベルに限定されるという最低限の条件は、各国の立場をわずかでも尊重するために必要であろう。

第 2 節　単一国事案における法選択の効果

Ⅰ　序

ローマⅠ規則 3 条 3 項に基づき単一国事案と認定された場合、当該国の強行法規は適用されなければならない。ここでいう「強行法規」とはどのようなものか（以下、Ⅱ）、そして当事者により選択された法は、単一関係国の強行法規との関係でどこまでの効力を有するのか（以下、Ⅲ）という二つの解釈論上の問題が生じる。

Ⅱ　「合意によって排除されえない」諸規定

単一国事案において適用されなければならない単一関係国法の「合意によって排除されえない」規定すなわち、ローマⅠ規則 3 条 3 項にいう強行法規とは、任意法規でないすべての規定と解されている[57]。ここに、「国内的強

をしていた。Financial Markets Law Committee, Legal Assessment of the Conversion of the Rome Convention to a Community Instrument and the Provisions of the Proposed Rome I Regulation（2006）, Para. 4.1–4.2.

（55）　ABl. 1980 C282/1, S. 18.

（56）　同様の指摘として、例えば Roth（Fn 50）, S. 448f.

行法規」[58]が含まれることに争いはない。これは、国際私法（法選択および客観的連結）によって適用されるけれども、準拠実質法において当事者の合意では排除できない強行規定を意味する[59]。ここでいう「準拠実質法」とは、ローマⅠ規則 3 条 3 項では単一関係国法のことであり、この法により諸規定の強行法規性の有無が判断される。そのため国によっては異なりうるが、典型的なものとしては、約款規制の規定等を含む契約有効性に係る諸規定、訪問販売や通信販売に関する解約に係る規定、公序良俗による契約の無効の規定、債務の履行における信義誠実遵守義務、契約締結時の説明義務や方式要件等が挙げられる。この強行法規は制定法上の明文規定のみならず、判例法や慣習法のような不文のルールでもよい[60]。

さらに多数説は、「国際的強行法規」[61]すなわち介入規範もこれに含まれるとする[62]。この介入規範とは、ローマⅠ規則 9 条[63]にいう国際私法によ

（57）　KOM（2005）, 650 endg., S. 6; Staudinger/Magnus（Fn 39）, Rn 144; MüKo/Martiny（Fn 42）, Rn 87; Bamberger/Roth/Spickhoff（Fn 42）, Rn 33; Erman/Stürner 17. Aufl.（2023）, Art 3 Rom I-VO Rn 28; Looschelders, IPR（2004）Art 27 EGBGB, Rn 26.

（58）　わが国でいう「相対的強行法規」と同義である。英語では「domestically mandatory rules」、独語では「einfach zwingenden Recht」や「internrechtlich zwingende Norm」等と呼ばれることが多い。

（59）　BT-Drucks 10/504, S. 77; Michaels（Fn 44）, S. 203; Droste（Fn 42）, S. 139; Teichmann/Oltmanns, Gilt deutsches AGB-Recht für lokale Verträge, die unter einem globalen Rahmenvertrag mit ausländischem Recht abgeschlossen wurden? in: ZVertriebsR 2020, S. 184ff.（186）.

（60）　Staudinger/Magnus（Fn 39）, Rn 144; MüKo/Martiny（Fn 42）, Rn 87; Magnus/Mankowski/Mankowski（Fn 44）, Rn 380f. ; Calliess/Renner/Calliess, Rome Regulations Commentary 3rd ed.（2020）, Art 3 Rome I Rn 55; Droste（Fn 42）, S. 139f. ローマⅡ規則につき同様に Vogeler（Fn 14）, S. 378. 英国の強行法規については、森山亮子「契約債務の準拠法に関するローマ条約と強行法規［上］［下］」国際商事法務 24 巻 10 号 1045 頁以下、11 号（1996 年）1201 頁以下参照。

（61）　わが国でいう「絶対的強行法規」と同義である。英語では「international mandatory rules」や「overriding mandatory rules」、独語では「international zwingendes Recht」や「Eingriffsnorm」等と呼ばれることが多い。

（62）　Staudinger/Magnus（Fn 39）, Rn 144; MüKo/Martiny（Fn 42）, Rn 94; NK-BGB/Leible（Fn 49）, Rn 20; Ferrari/Ferrari（Fn 42）, Rn 56, 58; Michaels（Fn 44）, S. 203; Kondring, Flucht vor dem deutschen AGB-Recht bei Inlandsverträgen in: RIW 2010, S. 184ff.（186）; Droste（Fn 42）, S. 140.

（63）　同条 1 項によれば、準拠法にかかわらず、特定国による「その遵守が、公的利益とく

り指定される準拠法にかかわらず強行的に適用されなければならない国家の社会・経済政策に関わる強行規定を意味する。私人間の利益調整だけを主目的とする強行法規は、これに属さない。単一国事案の場合、その国の強行法規は、通常は 3 条 3 項と 9 条のいずれによっても適用されうるから、両強行法規の区別の意義はあまりない。ただし、3 条 3 項は双方的規定であり、9 条 2 項は原則的に法廷地の介入規範だけを適用することから、両規範の競合が全く起こらないわけではない。例えば、ドイツの単一国事案につきオーストリアで訴えが提起された場合、9 条 2 項によるオーストリアの介入規範と、3 条 3 項によるドイツの介入規範とが重複し、両方が適用意思を有するならば、各々の適用結果に矛盾は生じうる。この場合、9 条による介入規範が優先されるとするのが多数説である(64)。

Ⅲ　当事者による「法選択」の意味

ローマⅠ規則 3 条 3 項によれば、当事者が単一国事案においてその国の法以外の「法選択」をしたとしても当該国の強行法規の潜脱はできない。ここでいう当事者による「法選択」それ自体が、抵触法的指定と実質法的指定のいずれと解されるのかにつき学説は分かれている。どちらと解するかで、ローマⅠ規則 3 条 3 項の意義が変化する。

抵触法的指定と解すると、単一国事案であっても、当事者によって選択された法は「法」として適用される。すなわち、任意法規も強行法規も含めた一つの法が総体として適用されるのが原則である(65)。とすると、ローマⅠ規則 3 条 3 項は、単一関係国の強行法規を、抵触法的に有効に選択された準拠法に対し並行的に適用することで、当該準拠法の効力を制限しようとした

にその政策的、社会的または経済的体制の保証のために決定的である」ほどに重要な強行規定と定義される。詳しくは、Staudinger/Magnus（2021）Art 9 Rom I-VO Rn 45ff.参照。

(64)　Staudinger/Magnus（Fn 39）, Rn 148; Ferrari/Ferrari（Fn 42）, Rn 59; MüKo/Martiny（Fn 42）, Rn 95; von Hein in Rauscher（Fn 39）, Rn 125; NK-BGB/Leible（Fn 49）, Rn 20; Bamberger/Roth/Spickhoff（Fn 42）, Rn 33; Ferrari/Ferrari（Fn 42）, Rn 59; Michaels（Fn 44）, S. 209.

(65)　ただし、分割指定（ローマⅠ規則 3 条 1 項第 3 文）がなされた場合には、契約の部分ごとに一つずつの法、すなわち単一の契約に複数の法が適用されることになる。

規定と解されることになる。これに対し、実質法的指定と解すると、選択された法は「法」としてではなく、準拠実質法上の契約自由の原則の枠内で「契約内容」として組み込まれるに過ぎない。すなわち、その「法」は契約内の一部条項としての効力しかない(66)。とすると、3 条 3 項は単一国事案における抵触法的法選択を無効にし、かつ客観的に連結された単一関係国法の契約自由の原則の枠内で、実質法的に選択された法が適用されることを明らかにした規定ということになる。

Ⅲ－１　「制限された」抵触法的指定説

まず抵触法的指定と解する説である(67)。この説によれば、ローマⅠ規則 3 条 3 項は、選択された法の効力を客観的に連結された法の強行法規によって制限する 6 条 2 項 2 文や 8 条 1 項 2 文と同種の規定と解される(68)。その根拠としては、主として二つ挙げられる。

第一に、国際性要件が当事者自治を認めるローマⅠ規則 3 条の中に定められていることである。すなわち、同条は、1 項から 5 項にかけて抵触法的指定を前提とした諸要件を定めている。しかも、各々の条項において概ね同一の「法選択」という旨の用語を用いている。そのうち 3 項の「法選択」のみを、当事者自治が認められない場合の「実質法的指定」という意味に解釈することは不自然である。以上からむしろ、一旦抵触法的指定として認めつ

(66)　実質法的指定と抵触法的指定の相違につき、例えば Staudinger/Magnus（Fn 39）, Rn 39; Kegel/Schurig（Fn 26）, S. 654f. ; Mäsch（Fn 71）, S. 77f. ; Fiedler（Fn 69）, S. 171ff. ; Sandrock, Die Bedeutung des Gesetzes zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts für die Unternehmenspraxis in: RIW 1986, S. 841ff.（846f. ）; Simitis（Fn 43）, S. 210f.

(67)　Schurig, Zwingendes Recht, »Eingriffsnormen« und neues IPR in: RabelsZ 1990, S. 217ff.（222）; Michaels（Fn 44）, S. 201; Kondring（Fn 62）, S. 185f. ; Heiss, Party Autonomy in: Ferrari/Leible, Rome I Regulation（2009）, S. 1ff.（2）; Bamberger/Roth/Spickhoff（Fn 42）, Rn 33; Schmitz（Fn 1）, S. 263; Teichmann/Oltmanns（Fn 59）, S. 186; Pinheiro（Fn 37）, S. 244; Looschelders（Fn 57）, Rn 24; Junker（Fn 48）, S. 5; Püls（Fn 26）, S. 174; von Hein in Rauscher（Fn 39）, Rn 100, 121.

(68)　E. Lorenz（Fn 45）, S. 569; Michaels（Fn 44）, S. 207f. ただし、3 条 3 項によれば単一関係国の強行法規のすべてが適用される。これに対し、6 条や 8 条によれば客観的に確定された法の弱者保護に関する強行法規だけが適用されうる。

つ、制限を付与した規定と解する方が法体系上も文言上も自然である[69]。

第二に、ローマⅠ規則の前身であるローマ条約 3 条 3 項の起草経緯である。すなわち、同条約の公式報告書によれば、同条約の起草時に大陸法諸国と英国とで見解の対立があったとされる。すなわち、大陸法諸国は、単一国事案における抵触法的指定は、法律回避を招くため認められるべきでないと主張した。これに対し、英国の代表者は、国際性がない事案であっても抵触法的指定を認める当事者の合理的な需要がありうるから、これを否定すべきでないと反論した。この審議の結果、両者の妥協の産物として 3 条 3 項のような定めが置かれたとされる[70]。もし 3 条 3 項が、単一国事案において実質法的指定だけを認めたものと解すると、英国代表者の主張が反映されていないことになる。とすれば、同項は抵触法的指定を認めつつ、かつ単一関係国の強行法規を排除できないと定めたと解する他はない[71]。この起草経緯が重視され、抵触法的指定説が通説といわれることもある[72]。

Ⅲ－２　実質法的指定説

単に実質法的指定と解する説も主張されている。客観的に決定された法の「合意によって排除されえない諸規定」が当事者の選択した法によって排除されないという効果は、まさに伝統的な実質法的指定の効果に他ならないからである[73]。また、単一国事案において当事者自治を認める根拠が妥当し

---

(69)　Michaels（Fn 44）, S. 199, 201; Fiedler, Stabilisierungsklauseln und materielle Verweisung im Internationalen Vertragsrecht（2001）, S. 183f., 197ff. ; Backert（Fn 36）, S. 84f.

(70)　ABl. 1980 C 282/18.

(71)　E. Lorenz（Fn 45）, S. 569; Backert（Fn 36）, S. 78ff.; von Hein in Rauscher（Fn 39）, Rn 100. これに対し、Mäsch, Rechtswahlfreiheit und Verbraucherschutz（1993）, S. 86ff. は、1975 年以降のローマ条約に関する起草過程の覚書を検討し、両見解の対立は単一国事案における抵触法的指定の認否に係るものではないと結論付ける。すなわち、両見解は実質法的指定説を前提にしつつ、ただ国際性要件の寛厳につき対立していたに過ぎないという。Fiedler（Fn 69）, S. 201f. も、抵触法的指定説を採用しながらもそのことを認める。

(72)　例えば、Maultzsch（Fn 14）, S. 67.

(73)　Kropholler（Fn 26）, S. 299; Kegel/Schurig（Fn 26）, S. 655; Mansel（Fn 12）, S. 269; Magnus/Mankowski/Mankowski（Fn 44）, Rn 393; Reithmann/Martiny/Martiny（Fn 32）, Rn 2. 137; Soergel/von Hoffmann（Fn 42）, Rn 85; Vischer/Huber/Oser（Fn 42）, Rn 72f. ; Klumb, Teilrechtswahl in standardisierten Kreditverträgen in: ZBB 2012, S. 449ff.（452）; Sandrock（Fn

ないこと(74)も理由として挙げられる(75)。当事者自治が認められないということは、抵触法的指定の余地がないことと同義であろう。

この説の主張に際しては、以上の他に詳細な根拠が挙げられることは少ない。しかし実質法的指定説の論者によって、抵触法的指定説に対し法適用上の不都合が生じうるという批判がなされることがある(76)。次のような不都合である。

(a) 約款規制の取り扱い(77)

抵触法的指定と実質法的指定のいずれであるかによって、単一関係国が約款規制を有するドイツのような国であるとき、この規制の取り扱いに相違が生じるという。そしてその相違を前提に、実質法的指定と解する方が妥当だといわれる。相違としては、以下の二点が挙げられる。

第一に、組入れ規制に関する相違である。例えば、ドイツ BGB305 条 2 項 2 号(78)は、定型約款が契約内容となるための要件を定める。すなわち、

---

66), S. 846; Droste (Fn 42), S. 92f.; Mills (Fn 1), S. 473. ローマⅡ規則につき同様に Vogeler (Fn 14), S. 377.

(74)　本章第 2 節参照。

(75)　Kühne (Fn 49), S. 73; NK-BGB/Leible (Fn 49), Rn 78; Maultzsch (Fn 14), S. 67; Grimm (Fn 12), S. 252.

(76)　これに対し、単一関係国の強行法規が適用されるという結論につき両者で相違はないから議論の実益は乏しいとするものとして、Schurig (Fn 67), S. 222; Droste (Fn 42), S. 90f.; Schmitz (Fn 1), S. 264.

(77)　その他にも訴訟上の取り扱いに相違が生じると指摘される。すなわち、実質法的指定と解すると選択された外国法の内容確定には原則的に弁論主義が妥当し、その内容は当事者の主張にゆだねられる。それに対し、抵触法的指定と解するとその選択された法の内容調査は、原則的に裁判所の職権に属する。この相違は、契約内容の証明は通常、事実問題に属するのに対し、選択された法の証明は法律問題に属することに起因する。Mäsch (Fn 71), S. 79f.; Fiedler (Fn 69), S. 195f. これに対し、Backert (Fn 36), S. 76 は、実質法的指定と解しても職権調査の可能性はあると反論する。

また、選択された法に改正があった場合の相違も指摘される。すなわち、実質法的指定では契約締結時の改正前の法が適用されるのに対し、抵触法的指定では改正後の法が適用され、当該準拠実質法上の時際法規定により旧法と新法のいずれが適用されるかが決まる。Fiedler (Fn 69), S. 202ff.; Püls (Fn 26), S. 178f.

しかし、以上の相違は両説の優劣に直接に影響する要素ではないであろう。

(78)　ただし、これを主張する論者（Mäsch, a.a.O.）は、2001 年債権法改正前の約款規制法

約款利用者は、契約締結時に他方当事者に対し、当該定型約款の利用を明示し、かつ正当な方法で約款の内容を理解できるようにしなければならないとされる。もし法選択が実質法的指定と解されるならば、選択された「法」は定型約款の一種として取り扱われる。つまり、選択された「法」につき前述の要件を充足する必要があるから、約款利用者は当該法の内容につき相手方が容易に参照できる状態にしなければならない。例えば、フランス法を選択した場合、フランス民法典とその特別法の条文が相手方に提示されなければならず、交渉言語がドイツ語ならばドイツ語の翻訳文も添付する必要があるだろう。このことから、実質法的指定としての法選択の成立は困難となる。これに対し抵触法的指定と解すると、上述の要件が適用されない。抵触法的指定により選択された法は、ローマⅠ規則 3 条 1 項に基づき単一の準拠法として包括的に適用されるのであり、それ自体が契約を支配する。選択された法が契約内容の一部（定型約款）となるわけではない。そのため、契約締結時にこの準拠法の内容の閲覧が相手方に困難であったとしても直ちには無効とならない[79]。すなわち、抵触法的指定と解した方が、選択が有効に成立し易い。

第二に、内容規制に関する相違である。例えば、ドイツ BGB307 条 1 項[80]によれば、定型約款は、その内容が信義則に反し相手方に不当な不利益を与える場合、無効になりうる。同条 2 項によれば、ここでいう不当な不利益とは、契約条項が、合意によって排除されえない法規定の基本観念と相いれない場合または契約の性質から明らかとなる本質的権利または義務が、契約目的の達成を危険とさせるほどに制限される場合に認められる。つまり、同条は契約内容が一方当事者を不当に不利益とさせる場面を規制しており、その不当性は準拠実質法上（ここではドイツ法）の強行法規の観点から判定されるということである。実質法的指定の場合、選択された「法」内容自体にこの内容規制が適用されることになる。したがって、指定された法が

（AGBG）旧 2 条 1 項を基に説明している。

(79)　Mäsch（Fn 71）, S. 81ff. 同旨として Fiedler（Fn 69）, S. 191ff. ただし、Fiedler は結論的に抵触法的指定説を採用している。

(80)　ただし、この論者（Mäsch, a.a.O.）は改正前の AGBG 旧 9 条を基に説明している。

単一関係国の準拠法（ここではドイツ法）の強行法規から鑑みて不当な内容であれば、BGB307 条 1 項に基づき無効となる可能性がある。これに対し、抵触法的指定では、選択された法自体が内容規制の基準たる強行法規を定める（ローマⅠ規則 3 条 5 項：準拠法説）。仮に選択された法にドイツと同様の約款規制があったとしても、自国法の内容が自国の強行法規の基本観念と相いれないことは凡そあり得ない。そのため、法選択条項は当該内容規制の対象となりえない[(81)]。つまり、やはり抵触法的指定と解した方が、選択は有効となり易い。

以上から、単一国事案において法選択が抵触法的指定と解されると、通常の定型約款の利用のときと比べて法選択が成立し易くなる。このため、約款利用者の相手方が保護され難くなる。これでは、単一関係国の強行法規の潜脱を防止するという 3 条 3 項の目的が貫徹できない。そこで、実質法的指定と解し、通常の定型約款の指定と外国法の指定とで取り扱いを同じくし、同様に約款利用者の相手方を保護すべきという[(82)]。

(b)「法の混合（law mix）」問題

抵触法的指定説によると、選択された準拠法と客観的に連結された（単一関係国の）準拠法のいずれもが抵触法的に適用される。この場合、両準拠法の適用関係に問題が生じうるといわれる。

次のことが生じる。すなわち、事実関係が客観的に甲国とだけ関係していた場合に当事者が乙国法を抵触法的に選択したとき、まずローマⅠ規則 3 条 1 項により乙国法が準拠法となる。このとき、同規則 3 条 3 項に基づき単一関係国たる甲国の強行法規が優先的に適用されるはずである。ただし、乙国法が抵触法的に選択されている以上、甲国の強行法規に反しない限りで、乙

(81)　Mäsch（Fn 71）, S. 84f. 結論的に抵触法的指定説に立つが、同旨として Fiedler（Fn 69）, S. 194f.
　約款の内容規制が法選択条項に適用されないことにつき、例えば MüKo/Martiny（Fn 42）, Rn 13 参照。

(82)　Mäsch（Fn 71）, S. 93f. これに対し、Backert（Fn 36）, S. 39ff., 77 は、実質法的指定と抵触法的指定のいずれに解したとしても、約款規制に係る規定の解釈次第では適用結果に差が生じることはないと反論する。そのうえで、抵触法的指定説を支持している。

国の任意法規と強行法規はなおも適用される。以上から、選択された乙国の強行法規の内容が、契約条項の内容と競合するときには乙国法がまず適用され、さらに乙国法が甲国法の強行法規と競合する限りで甲国法が適用されることになる[83]。

上述のことを前提に、仮に甲国がドイツ、乙国がアメリカのいずれかの州であるとすると、次のようなことが生じる。すなわち両国はいずれも、事業者間契約につき責任制限条項を規制する民事法ルールを有する。例えば、ドイツ法は一方当事者を不利にする約款中の責任制限条項に対し実体法的な保護を与える。すなわち、当該条項につき一方の事業者が過度に不利になる場合、同条項は無効となりうる[84]。これに対し、統一商事法典（以下、「UCC」）に係るアメリカの判例によれば、責任制限条項が、熟達していない中小事業者に対し利用され、かつ条項利用者がその契約相手方に当該条項の内容と効果につき契約締結前に十分に説明しなかった場合、UCC 第 2 − 302 条に基づき「非良心的（unconscionable）」であるため無効となりうる[85]。両強行法規が競合しないとすると、責任制限条項の利用者はドイツ法の約款規制とアメリカの手続的説明義務の両方に服することになる。3 条 3 項は国際私法上の弱者保護を定めた規定でないにもかかわらず、契約相手方は二重の保護を得る反面、約款利用者は二重の負担を受ける。これが適切でないと考えるならば、いずれか一方の規制を優先すべく適応により解決しなければならない。しかし、この必要がある時点で適当な解釈ではないという[86]。

これに対し、3 条 3 項における法選択が実質法的指定と解される場合、上述のようなことにはならない。なぜなら、この場合、単一関係国たるドイツ法が客観的連結に基づきその任意法規・強行法規を含め準拠法として適用されるだけだからである。当事者により選択されたアメリカ法の上記強行法規

（83）　Grimm（Fn 12）, S. 250f.

（84）　前掲注（80）以下の本文を参照。BGB307 条の内容規制は、BGB309 条 7・8 号に基づき責任制限条項の場合にも適用される。

（85）　UCC における「手続的非良心性」等については例えば、柳景子『契約における「交渉力」の格差の意義』（法律文化社、2023 年）29 頁以下参照。

（86）　Maultzsch（Fn 14）, S. 67f.

は契約条項にその適用の旨が明記でもされていない限り、当事者の合理的意思解釈に基づき適用されないであろう。つまり、二国の強行法規の重畳的適用が生じない(87)。

(c) 優遇比較に関する規定との競合関係

抵触法的指定と解することで、強行法規を特別連結する他の抵触規定と競合が発生しうる。特に消費者契約や労働契約において問題となる。例えば、ローマⅠ規則 6 条 2 項によれば、法選択があった場合、選択された法と消費者の常居所地法とが比較され、消費者に有利となる法の強行法規が適用される（優遇比較）。この規定を含めると、6 条 2 項による消費者の常居所地国の消費者保護の最低水準を定める強行法規、3 条 3 項に基づき適用されなければならない単一関係国の強行法規すべて、そして抵触法的指定された法の強行法規の 3 パターンの強行法規が現れる。消費者契約が単一国事案である場合、当該国と消費者の常居所地国は一致する。このとき解釈論上の問題が生じる。すなわち、もし 6 条 2 項が優先的に適用されるとすると優遇比較が実施され、選択された法が消費者に有利であればその強行法規が適用され、有利でなければ単一関係国の消費者保護規定が適用される。これに対し 3 条 3 項が優先的に適用される場合、選択された法の強行法規の適用はされず、まず単一関係国の強行法規だけが適用される。その後に、競合しない限りで選択された法の強行法規が適用されることになろう。単一関係国の強行法規がローマⅠ規則 3 条 3 項と 6 条 2 項のいずれの名目で適用されるかで選択された法の強行法規の適用の有無または方法が相違する。これにより、事案の解決が複雑化する可能性がある(88)。

---

(87)　Maultzsch（Fn 14）, S. 69; Grimm（Fn 12）, S. 251.

(88)　Backert（Fn 36）, S. 90ff. は、ローマⅠ規則 3 条 3 項（EGBGB 旧 27 条 3 項）によれば単一関係国のすべての強行法規が適用されるのだから、3 条 3 項が 6 条 2 項（EGBGB 旧 29 条 1 項）に対する特則であるとして前者を優先する。同様に E. Lorenz（Fn 45）, S. 574 は、ローマⅠ規則 3 条 3 項（EGBGB 旧 27 条 3 項）は優遇比較を遮断する効果があるとする。これに対し、消費者保護のために 6 条（EGBGB 旧 29 条）を優先すべきとするものとして、Schurig（Fn 67）, S. 226; Michaels（Fn 44）, S. 209; Staudinger/Magnus（2021）, Art 6 Rom I-VO Rn 24ff. ; Looschelders, IPR（2004）, Art 29 Rn 7 等がある。

これに対し、実質法的指定説によれば解決はシンプルである。単一国事案の場合、法選択はないのだから、6 条 1 項により直ちに客観的連結に基づき消費者の常居所地法が指定される。この常居所地法の強行法規が認める限りで、当事者により選択された任意法が適用されることになろう(89)。選択された法の強行法規と消費者の常居所地法上の強行法規の優遇比較がなされえないという欠点はあるものの、適用関係は明確となる。

Ⅲ－3　小括

以上のように立場は分かれている。現在では実質法的指定説が相当に有力になってきていると思われる。しかし解釈論として優劣を比較した場合、結局、いずれが妥当であるかにつき決め手はないように考えられる。

まず抵触法的指定説がいうローマⅠ規則 3 条の中に 3 項があるということは、抵触法的指定説の決定的な論拠ではない。なぜなら、法選択の成立要件を定める 3 条の中に、事案に国際性がなければ法選択を無効にする規定があると解することは、文言の一貫性はともかく、法体系に反することはないからである(90)。他方で、抵触法的指定と解することも同じくらいに支障はない。ローマ条約の公式報告書に記載された起草経緯を重視するならば、むしろ抵触法的指定説が妥当と解されるべきことになる。しかし、この起草経緯の説明それ自体の一般的解釈が疑われている(91)。以上から、ローマⅠ規則の成立史、文言およびに体系的解釈といった形式的理由だけではいずれかの優劣は決し難い。

そうすると実質的理由が重要となる。しかし、実質法的指定説が強調する抵触法的指定の場合の問題点も決定的な論拠とまではいえない。抵触法的指定と解する場合の(a)約款規制の緩和化、(b)二国の強行法規の重畳的適用、(c)優遇比較規定との競合といった諸問題は、いずれも許容不可能なレベルではない。(a)については抵触法的指定と定型約款の利用の場合とで取り扱

(89)　Mäsch（Fn 71）, S. 95f. ; MüKo/Martiny（Fn 42）, Rn 93; von Hein in Rauscher（Fn 39）, Rn 124; NK-BGB/Leible（Fn 50）, Rn 11; Grüneberg/Thorn 82.Aufl.（2023）, Art 6 Rom I-VO, Rn 8.
(90)　Grimm（Fn 12）, S. 249.
(91)　前掲注(71)参照。

いに差が生じうることは、各々の法的性質の違いに基づくものと正当化することはできる。仮に正当化できないとしても、約款規制に係る実質法の解釈次第で両者に差は生じないと反論する学説もある(92)。(b)には確かに問題が全くないわけではない。国際私法上の弱者保護が想定されていない事業者間契約においてローマⅠ規則 3 条 3 項に基づき実質的に保護を与える帰結が導かれうるからである。ただしそのことを措くとしても、両当事者が、複数の強行法規が適用されることを把握できているのならば大きな問題があるとまではいえない(93)。優遇比較や介入規範の特別連結を一般的に認める現代の国際私法において、一つの事実関係に複数の国の強行法規が適用されうること自体は容認されているからである(94)。逆に単一国事案でも当事者自治の原則が極力広く認められるべきであり、事業者間取引でも弱者側に一定の保護の機会があるべきという立場に立つならば、抵触法的指定説が支持されることになろう。(c)については、ローマⅠ規則 3 条 3 項と 6 条 2 項の優先関係につき判断しなければならないのは確かとしても、解釈論での解決は不可能なレベルではない。逆に実質法的指定と解すると、選択された法と消費者の常居所地法の優遇比較が行われないことにもなる。

結果として両立場の対立は、起草経緯の説明の真偽、法適用関係の明確さ、単一国事案における当事者自治や弱者保護の尊重の度合い等といったそれ単体では決定的とはいえない各論点を、どの程度重視するかによる。最終的には価値判断の問題といえるであろう。

第 3 節　要件審査の基準

Ⅰ　序

具体的にどのような場合に国際性要件が充たされるのかが問題となる。ローマⅠ規則 3 条 3 項は、当事者により選択された国以外の事実関係のすべて

(92)　前掲注(82)参照。

(93)　ただし、Maultzsch（Fn 14）, S. 69 は、まさにそれが当事者にとって困難であることを一つの理由に抵触法的指定説を批判する。

(94)　Michaels（Fn 44）, S. 198.

の要素が一つの国に集中している場合に、当該国の強行法規の適用を強制する。すなわち、同項によれば、事実関係が選択された法や管轄合意された国を除き二以上の国と関係していれば、国際性が肯定される(95)。また、複数国との関連性は、「契約」それ自体とだけでなく、より広い付帯的な「事実関係」との間で存在していればよい(96)。

Ⅱ　一般的基準

以上から国際性の充足のために要求される諸要素は極めて多岐にわたると考えられる。この要件を一般化することは困難であり、結局は事案ごとに個別具体的に評価する他はないとする見解もある(97)。ただし、事実関係と何らかの重要な（relevant）関連性を示す要素が外国に向いている必要はあるとされ、一定の考慮すべき模範的な諸要素は存在すると解されている。すなわち、通説は、抵触規定に定められている種々の客観的連結点のうち、少なくともそのいずれか一つが単一関係国以外の国を示していれば、国際性は肯定されるとする(98)。ローマⅠ規則のような抵触規定において定められた種々

---

(95)　von Hein in Rauscher（Fn 39）, Rn 106. すでに 1940 年代に同様の見解は提唱されていた（Moser（Fn 43）, S. 200）。

なお同規則 22 条 1 項によると、地域的不統一法国についてはその国内の各々の法域が国家とみなされる。したがって、事実関係が（国ではない）複数の法域と関係を有している場合も国際性は肯定される。ただし、事実関係が一つの地域的不統一法国内で終始している場合、当該国にはそもそもローマⅠ規則の適用義務がない（ローマⅠ規則 22 条 2 項）。このとき内国（準）国際私法が適用される可能性があるため留意の必要はある。

(96)　Staudinger/Magnus（Fn 39）, Rn 137; Magnus/Mankowski/Mankowski（Fn 44）, Rn 385.

(97)　NK-BGB/Leible（Fn 50）, Rn 80; Vischer/Huber/Oser（Fn 42）, Rn 76f.; Mäsch（Fn 71）, S. 98. Schurig（Fn 67）, S. 223 は、諸要素の形式的な列挙は不可能であるという。

(98)　von Hein in Rauscher（Fn 39）, Rn 107; MüKo/Martiny（Fn 42）, Rn 91; Staudinger/Magnus（Fn 39）, Rn 138; Ferrari/Ferrari（Fn 42）, Rn 51; Erman/Stürner（Fn 57）, Rn 27; Magnus/Mankowski/Mankowski（Fn 44）, Rn 384; Calliess/Renner/Calliess（Fn 60）, Rn 53; Mills（Fn 1）, S. 473f. ; Ostendorf, Anforderungen an einen genuinen Auslandsbezug bei der Rechtswahl im Europäischen Kollisionsrecht in: IPRax 2018, S. 630ff.（632）; Klumb（Fn 73）, S. 452; Teichmann/Oltmanns（Fn 59）, S. 187; E. Lorenz（Fn 45）, S. 575; Grimm（Fn 12）, S. 266; Vogeler（Fn 14）, S. 375.　それに対し、NK-BGB/Leible（Fn 50）, Rn 80 は、この場合にもあくまで個別的な評価が必要だという。ただし、疑わしい場合には国際性を肯定すべきという。まだローマ条約が成立していない時代のイタリア国際私法を前提にしつつ同旨

の客観的連結点は、準拠法を指定できる程度には事実関係との密接な関係性を指し示す要素である。そうとすると、そのような諸要素は、準拠法を確定するまでのことを要求しない国際性要件の審査の際にはなおさら妥当するといわなければならないからである(99)。もっとも、これらの諸要素等が具体的にどの程度まで国際性の認定時に重視されるのかという問題については、個別的な見解により相違はみられる（以下Ⅲ参照）。

ところでこれらの諸要素の存在していなければならない時点は、主契約締結時ではなく法選択時点とされる（ローマⅠ規則 3 条 3 項）。同項が法選択の要件規定である以上、その時点で明らかな事実が基準でなければ、当事者の予見可能性に反するからである。したがって、同規則 3 条 2 項の事後的法選択がなされるならば、改めてその時点の諸要素が基準となる。例えば、法選択当時に単一国事案であったが後に契約内容が変更され国際的事案となった場合、なおも法選択時点の単一関係国の強行法規は適用される。このときに当該強行法規から逃れたい場合には、明示的にせよ黙示的にせよ事後的法選択をしなければならない(100)。

国際性要件の充足には、契約関係におけるいかなる事実的要素が、選択された法の国以外の国に向いていればよいのかが重要である。このような要素は、単一関係国以外の一国を指し示しているだけで国際性が肯定できる強い要素（Ⅲ－ 1）、単一関係国以外の国々を他の要素と共に指し示していることで国際性を肯定できる弱い要素（Ⅲ－ 2）、国際性を肯定できない要素（Ⅲ－ 3）とに分類できる。次に各々を概説する。

のことを述べるものとして、De Nova（Fn 43）, S. 313.

（99）　Mäsch（Fn 71）, S. 97; Grimm（Fn 12）, S. 273f.

（100）von Hein in Rauscher（Fn 39）, Rn 118; Staudinger/Magnus（Fn 39）, Rn 142; Magnus/Mankowski/Mankowski（Fn 44）, Rn 394ff. ; Nygh（Fn 2）, S. 51; Klumb（Fn 73）, S. 453. これに対し Grimm（Fn 12）, S. 278 は、契約内容と直接関係する事実（履行地等）が外国に変更されただけの場合、それにより国際性要件は充足されるとし、事後的法選択の必要はないとする。

Ⅲ　国際性の認定に必要な諸要素

Ⅲ－１　単一で国際性を肯定できる諸要素

それだけで国際性を肯定できる要素としてよく挙げられるのが、当事者の常居所地、契約履行地、目的物の所在地、契約締結地および契約相互の関連性である。これらの要素は、ローマⅠ規則 4 条以下の客観的な連結基準としていずれも重要な役割を果たしているからである。

(a) 当事者の常居所地および営業所所在地

第一に、当事者の常居所地が挙げられる。通説によれば、当事者のうち一方が異なる国に常居所を有する場合、国際性は充たされる[101]。当事者が事業者の場合、この常居所地には主たる営業所（経営本拠地）と従たる営業所のどちらも含まれる（ローマⅠ規則 19 条 1、2 項[102]）[103]。したがって、ある法人が複数の国に営業所を有しており、そのうち契約に関係した営業所が他方当事者の常居所地と異なる国に所在した場合、国際性は充たされる[104]。ただし、これらの主体は、あくまで当事者として契約関係と関わっ

(101) Staudinger/Magnus (Fn 39), Rn 138; von Hein (Fn 44), S. 1410; MüKo/Martiny (Fn 42), Rn 91; Ferrari/Ferrari (Fn 42), Rn 51; Magnus/Mankowski/Mankowski (Fn 44), Rn 384; Calliess/Renner/Calliess (Fn 60), Rn 53; Nygh (Fn 2), S. 48; Vischer/Huber/Oser (Fn 42), Rn 76; R. Magnus (Fn 18), S. 519; Klumb (Fn 73), S. 452; Soergel/von Hoffmann (Fn 42), Rn 91; E. Lorenz (Fn 45), S. 575; Sandrock (Fn 66), S. 846.同旨として Moser (Fn 43), S. 201.

(102) ローマⅠ規則 19 条は、以下のように定める。

「(1) 本規則の目的のために、組合、社団および法人の常居所地は、その経営本拠地である。職業的活動の行使の枠内で活動している自然人の常居所地は、その主たる営業所所在地である。

(2) 契約が従たる営業所、代理店またはその他の営業所の営業の枠内で締結され、またはその契約に従った履行のために、そのような従たる営業所、代理店またはその他の営業所が債務を負う場合には、常居所地は、従たる営業所、代理店またはその他の営業所が所在する地である。」

(103) ただし、法人の設立準拠法国や定款登録地等は考慮されない。後掲注(140)本文参照。

(104) これに対しては、多くの国に営業所等を有する多国籍企業が有利になるとし、一定の制限を加えるべきとする説もある。なぜなら、多国籍企業は、自身の有する営業所の中から契約当事者を恣意的に選ぶことができるため、事案の国際性の有無を操作でき、自

ていなければならない(105)。したがって、当事者のうちの一方が、契約関係とは無関係の営業所や子会社を外国に有しているという事実だけでは不十分である(106)。ただし、一方当事者（本人）が従たる営業所や子会社の従業員（代理人）に代理行為をさせ、他方当事者（相手方）と契約を締結したような場合には、本人か代理人のいずれかの拠点が外国にあるのみで国際性の要件は充たされる(107)。同様に、一方当事者の営業所が複数の国々に所在しており、かつそのいずれもが他方当事者との契約に関与している場合、そのうちの一つが外国にあれば、国際性は肯定できるとされる(108)。

(b) 履行地

然人や中小企業と比し有利な立場にあるからである。例えば、R.Magnus（Fn 18), S. 523は、関連会社も営業所の概念に含まれるという前提に立ちつつ、契約当事者となった子会社が、外国の親会社に100％の持分で出資されているという事実だけでは国際性を肯定できないとする。この制限に対する批判として、Grimm（Fn 12), S. 287f.

(105) 従たる営業所には「自立性」がなければならない。そうでなければ当該営業所は契約当事者となることができず、契約を通して国際性を付与することもできないからである。Grimm（Fn 12), S. 287; R. Magnus（Fn 18), S. 523. 従たる営業所の「自立性」については、Thorn in Rauscher, EuZPR/EuIPR（2023), Art 19 Rom I-VO Rn 17; Staudinger/Magnus（2021), Art 19 Rom I-VO Rn 25.

(106) Grimm（Fn 12), S. 284f. ; R. Magnus（Fn 18), S. 523; von Hein in Rauscher（Fn 39), Rn 108; von Hein（Fn 44), S. 1411; Teichmann/Oltmanns（Fn 59), S. 187. 在独外国大使館とドイツに常居所のある借主との間でドイツに所在する不動産に関する外国法準拠の賃貸借契約が締結されていた事案において、当該大使館の所属する外務省の本拠が外国にあることだけでは、当該契約関係の国際性は肯定されないとした判決がある（BGH, 29.11.2023, NJW-RR 2024, 140(142f.)）。

(107) 詳細につき、Grimm（Fn 12), S. 285f.ただし、子会社のような独立の法人格を有する主体が代理ではなく自己の名で取引をした場合には、この子会社の営業所所在地だけが国際性の要素として考慮される。このとき、親会社が外国に所在するか否かは考慮されないとされる。Grimm（Fn 11), S. 285. これに対し、代理の名目で締結されていても、あくまで法律行為に直接関係した代理人（子会社）の所在地だけを考慮すべきとした判決として、BGH, 29.11.2023, NJW-RR 2024, 140(142).

また、内国に営業所のある本人が、内国に営業所を有する代理商と、後者が同国と外国の両方で活動する旨の代理商契約を締結した場合に、当該契約に国際性を認定できるか否かも問題となる。Staudinger/Magnus（Fn 39), Rn 141は、外国での活動が内国でのそれを凌駕していれば、国際性を肯定できるという。

(108) Grimm（Fn 12), S. 284.

第二に、履行地が挙げられる。通常、両当事者の常居所地が異なる国にある場合には、履行地も同時に相違することが多いであろう。しかし両常居所地が同一の国に所在していたとしても、その国外に履行地がありさえすれば国際性は肯定される（109）。この履行地は、合意されたものか法律上定められたものかを問わない。そしてその履行地は、物品売買であれば、発送地と仕向地のいずれでもよい（110）。例えば売主が商品を内国に所在する営業所から相手方に引き渡すか、外国に所在する営業所から相手方に引き渡すかを選択できる旨の契約内容であった場合、すなわち、選択的な履行地が合意されていた場合にも、いずれかが外国を示してさえいれば十分に国際性があるとされる（111）。契約中の一部の履行だけが外国を指し示しているのでもよい（112）。ただしいずれにしても、現実の履行地でなければならず、契約書に記載の履行地が実体と異なる擬制的な履行地であった場合には、これは考慮されない（113）。以上のことは、対価としての金銭の給付地（履行地）にも原則的に妥当すると解されるものの、当事者による操作の容易さ故に若干の懸念を呈する見解はある（114）。

（109）Staudinger/Magnus（Fn 39）, Rn 138; MüKo/Martiny（Fn 42）, Rn 91; Ferrari/Ferrari（Fn 42）, Rn 52; Magnus/Mankowski/Mankowski（Fn 44）, Rn 384; Calliess/Renner/Calliess（Fn 60）, Rn 53; Böhle（Fn 54）, S. 79f. ; R. Magnus（Fn 18）, S. 530f. ; Klumb（Fn 73）, S. 453; Soergel/von Hoffmann（Fn 42）, Rn 90; Nygh（Fn 2）, S. 50; E. Lorenz（Fn 45）, S. 575; Sandrock（Fn 66）, S. 846; Mäsch（Fn 71）, S. 100; Simitis（Fn 43）, S. 211. 判決として、ポーランドに所在するポーランド法人とポーランド人との間で締結され、後者が 3 か月間ドイツにて派遣労働を行う契約（社会保険料はポーランドに支払われた）においてドイツ法の選択がなされた事例につき、EGBGE 旧 27 条 3 項によりポーランドの単一国事案と認定せずにドイツの強行法規の適用を認めたものがある。ArbG Bielefeld, 02. 12. 2008, IPRspr 2008, Nr 49.

（110）Grimm（Fn 12）, S. 300ff.

（111）Nygh（Fn 2）, S. 50.

（112）Grimm（Fn 12）, S. 302f.これに対し、R. Magnus（Fn 18）, S. 530f. は、部分履行の場合、外国での履行が契約の本質的な一部でなければならないと限定する。

（113）von Hein in Rauscher（Fn 39）, Rn 115; Staudinger/Magnus（Fn 39）, Rn 138; Magnus/Mankowski/Mankowski（Fn 44）, Rn 384.

（114）Grimm（Fn 12）, S. 305f. は、債務者が独断で外国の口座を利用して、送金した場合には、そのことは重要な要素とはいえないとしつつ、契約において支払い方法等が定められておりそれが外国を指し示していれば十分であるとする。これに対し、R. Magnus（Fn 18）, S. 528f. は、インターネット等を利用し国境を越えた決済を容易に行なうことので

(c) 契約目的物の所在地

第三に、契約目的物の所在地が挙げられる(115)。特に不動産契約の場合には、不動産が外国に所在するだけで国際性は充足されるといわれる。このとき、契約類型は問われず、不動産売買だけでなく賃貸借、タイムシェアリング契約等でもよい。これに対し、動産売買の場合、内国に営業所を有している両当事者が契約を締結し、法選択がなされた時点に動産が外国に所在していたという事情だけでは、国際性は肯定されないといわれる(116)。もっとも、このような場合には同時に履行地が外国を指し示す場合が多いと考えられるため、ほとんど問題とならないであろう(117)。

(d) 契約締結地

第四に、契約締結地が挙げられる。この要素のみで国際性を肯定できるとする見解が多数説といってよい(118)。例えば、締結地はローマⅠ規則 4 条 3 項における回避条項の発動時の最密接関係地の一認定要素となっており、11 条により方式につき選択的連結点の一つとして利用され、8 条 3 項の労働者の雇入れられた営業所所在地や 6 条 1 項の消費者の常居所地もしばしば契約締結地と一致する(119)。締結地は、このように多様な場面で客観的連結点と

きる現代においては、そのような要素は重要ではない旨指摘する。

(115) Ferrari/Ferrari (Fn 42), Rn 51; Calliess/Renner/Calliess (Fn 60), Rn 53; Sandrock (Fn 66), S. 846; Droste (Fn 42), S. 95.

(116) von Hein in Rauscher (Fn 39), Rn 116; Staudinger/Magnus (Fn 39), Rn 138; Reithmann/Martiny/Martiny (Fn 32), Rn 2. 138; Droste (Fn 42), S. 95f. それに対し、Sandrock (Fn 66), S. 846 は外国における所在だけで肯定する。

(117) Sandrock (Fn 66), S. 846.特に Grimm (Fn 12), S. 306 参照。例えば、売買契約と独立して買主が独自に運送人を手配するような事例が想定されるであろう。売主が外国の事業者から商品を別途調達する場合については、本節Ⅲ-1(e)参照。

(118) Magnus/Mankowski/Mankowski (Fn 44), Rn 384; von Hein in Rauscher (Fn 39), Rn 111f.; Staudinger/Magnus (Fn 39), Rn 139; Calliess/Renner/Calliess (Fn 60), Rn 53; Looschelders (Fn 57), Rn 25; Ferrari/Ferrari (Fn 42), Rn 52; Klumb (Fn 73), S. 453; Backert (Fn 36), S. 102ff. ; E. Lorenz (Fn 45), S. 575; De Nova (Fn 43), S. 313.

(119) 特に消費者契約では、ローマⅠ規則 6 条 1 項 b 号に基づき事業者が自身の事業を消費者の常居所地に差向けている場合に当該地の強行法規が適用される。したがって、すでに同項により締結地（事業が差向けられた地）の強行法規は適用されるのであり、3 条 3 項に基づき単一関係国の強行法規を適用する必要がない。以上の理由からも、締結地の

しての役割を果たしているからである（120）。ただしこの説においても、実質的には両当事者が内国に所在している場合に、インターネットを介して、例えば特定のウェブサイトにアクセスして契約を締結したというような事情だけでは、サーバー所在地やデータ処理地等が外国にあったとしても国際性は肯定できないとされる（121）。

この説に対し、契約締結地が外国にあるという一点のみでは国際性を肯定すべきではないとする反対説もある。この反対説によれば、契約締結地（または一方当事者の表意地）が外国にあったとしても、追加的に他の要素がなければ国際性は認められないことになる（122）。その主たる理由としては、容易な操作可能性、偶然性等が挙げられる（123）。典型例としては、同一の国に

みで国際性の充足を認めるべきとされる。von Hein in Rauscher（Fn 39）, Rn 111; Reithmann/Martiny/Martiny（Fn 32）, Rn 2. 139; Backert（Fn 36）, S. 108f.

（120）特に Staudinger/Magnus（Fn 39）, Rn 139 参照。ただし、Magnus は、一方当事者が契約の意思表示をした地が外国にあるが、外形的には内国での契約締結と実態が変わらないような場合、その表意地は国際性の要素として考慮されないとする。

（121）Spindler/Schuster/Bach, Recht der elektronischen Medien 4. Aufl.（2019）, Art 3 Rom I, Rn 21; von Hein in Rauscher（Fn 39）, Rn 113; Mills（Fn 1）, S. 474. ただし von Hein は、外国サーバー内でのデータ保管が契約の特徴的給付といえるクラウド契約については、国際性を肯定できるとする。

（122）締結地による国際性の認定につき問題となった著名なドイツの諸判決として、いわゆるグランカナリア事件が挙げられる。これは、ドイツ人観光客がグランカナリア島（スペイン）の旅行に際し、現地にてドイツ語でツアーの勧誘・招待を受け、その過程でスペイン法を準拠法としドイツを履行地とする物品売買契約を締結したという一連の事例である（この事件につき、西谷祐子「ドイツ国際消費者契約法上の諸問題―『強行法規の特別連結』に関する一考察―」法学論叢 63 巻 5 号（1999 年）4 頁以下参照）。このうち、少なくとも表示行為の一部（申込）が外国（スペイン）でなされたといいうる事例につき国際性を否定し、EGBGB 旧 27 条 3 項に基づきドイツの強行法規を適用した判決がある（OLG Frankfurt 01. 06. 1989, IPRax 1990, 236; LG Hamburg, 29. 03. 1989, RIW 1990, 664）。この解釈は、消費者保護を定めた当時の EGBGB 旧 29 条 1 項（ローマ条約 5 条 2 項）の適用範囲が狭く、消費者を適切に保護できないことに対応したものと評価することもできる。ただし、この解釈には当時から否定的な説は強かった（例えば、Taupitz, Kaffeefahrten deutscher Urlauber auf Gran Canaris in: BB 1990, S. 642ff.（648）; Backert（Fn 36）, S. 108f.）。現在では立法的解決（ローマⅠ規則 6 条 2 項の適用範囲の拡大）がなされたこともあり、国際性を肯定しつつローマⅠ規則 6 条の消費者保護規定で対応すべきとする見解が多数である。詳細につき、von Hein in Rauscher（Fn 39）, Rn 111 参照。前掲注（119）も参照。

営業所を有する両当事者が当該国で契約交渉をし、その後に一方当事者が外国に赴き、その地で E-mail を使うなどして正式な契約を締結したような場合が挙げられる。この場合、締結地たる表意地は偶然に定まるにすぎず、場合によっては恣意的な操作も疑われる。また、締結地が客観的連結点としては補助的なものに過ぎないことを強調し、偶然的には定まらない見本市、証券取引所所在地、競売地といった締結地それ自体の存在に意義があるような場合に限り、締結地のみで国際性の充足を認めるべきとする見解もある(124)。

(e) 契約相互の関連性

第五に、二つ以上の連関した契約関係がある場合に、一方の契約関係が単一の国としか関係していないが他方の契約関係がそれ以外の他国とも関連しているとき、一方にも国際性が認められるかが問題となる。一般に、これは認められると解されている(125)。例えば、主たる契約を補充する形で従たる契約が同一当事者間で締結される場合（予約等）、両者につき附従的連結が認められうることから、一方の契約関係が外国を指し示していれば、他方についても抵触法的指定は可能と解される(126)。また、二つの契約の当事者が

(123) Erman/Stürner (Fn 57), Rn 27; R.Magnus (Fn 18), S. 532f. ; Vischer/Huber/Oser (Fn 42), Rn 76; Soergel/von Hoffmann (Fn 42), Rn 88, 92; Mäsch (Fn 71), S. 103f. ; Droste (Fn 42), S. 95; Nygh (Fn 2), S. 49f. また Bamberger/Roth/Spickhoff (Fn 42), Rn 34 は、締結地による国際性の創出を原則として認めるものの、その地が一時的であるか偶然的なものであった場合に限りこれを認めない。MüKo/Martiny (Fn 42), Rn 91 は、履行地が単一関係国に集中している場合に締結地のみに基づく国際性の創出を認めないとする。また、単なる交渉地も国際性を充足させないとする。

(124) Grimm (Fn 12), S. 292ff. Michaels (Fn 44), S. 201f.も、締結地が外国にあることが具体的事案の中で重要である必要があるとする。

(125) von Hein in Rauscher (Fn 39), Rn 117; Magnus/Mankowski/Mankowski (Fn 44), Rn 384; Ferrari/Ferrari (Fn 42), Rn 55; Reithmann/Martiny/Martiny (Fn 32), Rn 2. 138; Calliess/Renner/Calliess (Fn 60), Rn 54; Soergel/von Hoffmann (Fn 42), Rn 94; Püls (Fn 26), S. 175; Nygh (Fn 2), S. 55; Maultzsch (Fn 14), S. 72f. ; Thorn/Thon (Fn 12), S. 574f. ; von Hein (Fn 44), S. 1413; Pinheiro (Fn 37), S. 244; Teichmann/Oltmanns (Fn 59), S. 187; Vischer/Huber/Oser (Fn 42), Rn 76; Böhle (Fn 54), S. 84ff. ; Simitis (Fn 43), S. 211.

これに対し、Droste (Fn 42), S. 96f. は、連鎖供給契約、再保険契約、借換契約、下請契約等につき否定する。ほぼ同旨として、R.Magnus (Fn 18), S. 526.

異なるが両者の関連性を肯定できる場合として、主契約とその債務に係る保証契約、主契約とその債権に係るファクタリング契約（債権譲渡契約）が挙げられる。この場合には、保証契約やファクタリング契約は、他の国際性を帯びた契約により発生した債権・債務を対象とした契約といいうるため、一方の国際性により他方の国際性も認められるとされる（127）。

ただし、契約相互に直接的な連関性がない場合については争いがある。例えば、一方の契約が外国で締結され、その契約で調達された物品を売買すべく国内でさらに契約を締結したような場合である。この場合、それぞれの契約はあくまで独立しているため、後者の国内契約につき国際性の充足を否定する見解もある（128）。しかし、契約の連鎖に関わる当事者にとっては、自身らの複数の契約を抵触法上同一に取り扱うことに対する利益があるとして肯定的にとらえる立場が現在は根強い（129）。

より具体的には、ドイツの生産業者が、ドイツの商人に商品を販売し、このドイツ商人が同商品をアメリカの顧客にアメリカの州法の準拠する契約で販売する事例が挙げられる。このとき、ドイツ生産業者とドイツ商人との契約についてもアメリカの法を抵触法的に選択できることは有意義だという。なぜなら、ドイツ商人がアメリカ顧客に対して負いうる UCC（2007）第 2 － 314 条の物品適合性違反に基づく保証責任（商品性の黙示的保証（implied warranty of merchantability））を、ドイツに所在する生産業者に対しても主張することが可能となるからである。もし物品適合性や瑕疵担保責任のルールが、二つの契約ごとに異なると、アメリカでは保証の必要があるにもかかわらず、ドイツの契約上必要ないということになりうる。契約ごとの責任関係がうまく三当事者間で連関しない可能性がある（130）。

（126）Grimm（Fn 12）, S. 307f.

（127）Klumb（Fn 73）, S. 453; Grimm（Fn 12）, S. 308f. ; Simitis（Fn 43）, S. 211. また理由付けは異なるが Ferrari/Ferrari（Fn 42）, Rn 53 は、同一国内の当事者間のファクタリング契約につき、債務者が外国に居住していることだけで国際性を肯定しうるという。債権譲渡については、後掲注（150）の事例も参照。

（128）Staudinger/Magnus（Fn 39）, Rn 138; R. Magnus（Fn 18）, S. 526f.; Droste（Fn 42）, S. 96f. また、Mäsch（Fn 71）, S. 107ff. も消費者契約の場合にこれを否定する。

（129）前掲注（125）で挙げる諸文献参照。

もっとも、この立場であっても、例えばある契約で発生しうる不利益のリスクヘッジをするという経済的目的のみで他の当事者と別途契約を締結した場合には、両契約の関連性に基づく国際性の充足は認められないとされる(131)。すなわち、契約相互には事実的または法的な関連性があり、契約当事者は関連する他の契約に国際性があることが了知できていなければならない。

Ⅲ－2　単一では国際性を肯定できない諸要素

契約関係と重要な関連性を単体では示唆しない要素も存在する。このような諸要素は、他の要素と併せることによって意義を有することになる。

(a) 当事者の国籍

(130) Maultzsch (Fn 14), S. 72. これに対し、Droste (Fn 42), S. 97 は、このような問題は任意法規の内部で適応させることで十分対応できることを示唆する。商品性の黙示の保証については、例えば樋口範雄『アメリカ不法行為法［第 2 版］』(弘文堂、2014 年) 280 頁以下参照。

そもそも米国法上の黙示の保証責任が契約準拠法の送致範囲に入るのか自体が問題となる。おそらく契約と性質決定するものとして、Reithmann/Martiny/Martiny (Fn 32), Rn 25.130ff. 少なくとも直接的な契約関係にない製品利用者 (消費者等) に対する生産者の黙示の保証責任を不法行為 (生産物責任) と性質決定するものとして、Jungemeyer, Kauf vertragliche Durchgriffrechte in grenzüberschreitenden Lieferketten and ihr Verhältnis zum Einheitlichen UN-Kaufrecht (2009), S. 197f.

(131) Staudinger/Magnus (Fn 39), Rn 138; Reithmann/Martiny/Martiny (Fn 32), Rn 2. 138; MüKo/Martiny (Fn 42), Rn 91; Ferrari/Ferrari (Fn 42), Rn 55; Grimm (Fn 12), S. 313. これに対し Böhle (Fn 54), S. 84ff. は、この場合にも国際性を認めるべきという。本節Ⅲ－3(b) も参照。

また、Teichmann/Oltmanns (Fn 59), S. 184 は、次の場合に国際性を肯定する。すなわち、継続的取引関係にある米国に本拠を置く多国籍企業 A と仏国に本拠を置く多国籍企業 B との間で米州法を準拠法とする基本契約 (いわゆるグローバル契約) が締結されている状況において、A の傘下にあるドイツ子会社 X と B の傘下にあるドイツ子会社 Y とが、上記基本契約書の内容を基礎としてドイツで履行の終始する個別的売買契約をドイツにて締結した場合である。この場合、X と Y の個別的契約についても米州法の抵触法的選択が認められるべきという。X と Y の契約が A と B の基本契約の存在を前提とするから両者には経済的のみならず法的関連性があり、A や B だけでなくこれらの傘下に属する他の第三者との関係で統一的に法的解決をなすべきと考えられるからである (S. 187f.)。

当事者の一方または双方が外国籍であった場合に国際性が充足されうるかどうかが問題となる。これについては否定的にとらえる学説が比較的多数である[132]。国籍が、契約関係の主要な連結点として導入されていないことが理由として挙げられる。当事者の国籍は、身分法の分野では本人の帰属意識や文化的背景等を反映する属人法を定める重要な要素である。これに対し、経済活動として行われる契約では属地的連結が主流であり、国籍それ自体が、契約の締結ならびに履行の内容に影響することも想定し難いからである。さらに、国籍の変更は容易でなく、グローバル化された社会においては、国籍の異なる人々が同一国で取引することは珍しいことではない。むしろ、現代において異国籍者間で契約が締結されることは通常であることも理由として挙げることができる[133]。例えば、ドイツに常居所を有するトルコの出稼ぎ労働者がドイツの不動産に関する売買契約のためにトルコ法を選択した場合、ドイツの強行法規の適用は免除されないとされる[134]。

これに対し、外国籍の保有のみで国際性を認める見解も有力である。契約関係においても、行為能力[135]や生命保険契約[136]につき国籍が連結点とし

（132）Staudinger/Magnus（Fn 39）, Rn 140; Ferrari/Ferrari（Fn 42）, Rn 54; Reithmann/Martiny/Martiny（Fn 32）, Rn 2. 140; Mäsch（Fn 71）, S. 102f.; NK-BGB/Leible（Fn 50）, Rn 80; R. Magnus（Fn 18）, S. 521; Michaels（Fn 44）, S. 202; Soergel/von Hoffmann（Fn 42）, Rn 95; Looschelders（Fn 57）, Rn 25; Vischer/Huber/Oser（Fn 42）, Rn 76; Nygh（Fn 2）, S. 49; Simitis（Fn 43）, S. 211. E. Lorenz（Fn 45）, S. 575 は、原則的に国籍では国際性は充足されないとしつつ、例外的に一方当事者が、他方当事者が外国籍を有することを知っており、かつそのことが契約の締結または内容に客観的に影響を与えた場合に、国際性を肯定できるとする。Vogeler（Fn 14）, S. 375f. は、ローマⅡ規則に関する通説は、国籍を国際性の考慮要素に含めていないとする。

（133）Grimm（Fn 12）, S. 318f. ; Calliess/Renner/Calliess（Fn 60）, Rn 54.

（134）Staudinger/Magnus（Fn 39）, Rn 140.

（135）ローマⅠ規則 13 条は行為能力に関する取引保護（行為地法の例外的適用）を定めるが、原則的連結点の規律はない。後者については各国国際私法による。EU 構成諸国には、行為能力につき国籍を連結点とする国が多い。

2022 年より以前、ドイツ EGBGB7 条 2 項は行為能力につき本人の本国法を原則的連結点としていた。しかし 2023 年 1 月に、本人の常居所地法を連結点とする改正法が施行された（BGBl. 2021 II S. 882）。このことから今後、国籍による国際性の充足につき否定的な見解が増加するかもしれない。

（136）ローマⅠ規則 7 条 3 項(c)は、EU 域内のリスクをカバーする生命保険につき保険契約

て利用され、ローマⅠ規則 4 条 3 項等における回避条項の発動の一考慮要素にもなりうるからである(137)。例えば、一方当事者の国籍だけが外国であった場合と両当事者の国籍が外国であった場合とで分類し、後者の場合にのみ国際性の充足を認めるという説(138)、外国人が、当該外国の市場でのみ入手可能な商品を現地で調達し、内国にて内国人と契約の締結ならびに履行をした場合に、当該外国人の国籍をもって国際性の充足を認めてもよいとする説等がある(139)。

なお、法人については設立準拠法国や定款登録地が問題となりうる。しかし、これら自体では、国際性は認定されないとするのが一般的と解される(140)。さもなければ疑似外国会社の利用により契約関係の国際化が容易に果たされることになるからである。

(b) 通貨・言語

一般的に支払通貨（ドイツ人同士のドイツにおける米ドルでの支払いなど）や契約言語だけでは国際性は認定されないと解されている。いずれも客観的連結や黙示の法選択の認定の際にはほぼ意義が認められておらず、当事者の意思で容易に変更できるからである(141)。

者の国籍国法の選択を認めている。

(137) von Hein in Rauscher (Fn 39), Rn 109; MüKo/Martiny (Fn 42), Rn 91; Magnus/Mankowski/Mankowski (Fn 44), Rn 384; Schurig (Fn 67), S. 223; Sandrock (Fn 66), S. 846; De Nova (Fn 43), S. 313.

(138) Calliess/Renner/Calliess (Fn 60), Rn 54; Bamberger/Roth/Spickhoff (Fn 42), Rn 34; Vischer/Huber/Oser (Fn 42), Rn 3. 古い学説であるが、Moser (Fn 43), S. 201 も同旨。判決としては、ドイツに居住していたイスラエル人同士がドイツでの刑事弁護の報酬についてイスラエル法を合意した契約の事例につき国際性が肯定され、イスラエル法の強行法規の適用が認められたものがある。BGH, 14. 04. 2005, NJW-RR 2005, 929.

(139) MüKo/Martiny (Fn 42), Rn 91; Soergel/von Hoffmann (Fn 42), Rn 95.

(140) Calliess/Renner/Calliess (Fn 60), Rn 53; von Hein in Rauscher (Fn 39), Rn 110; Grimm (Fn 12), S. 283. これに対し Magnus/Mankowski/Mankowski (Fn 44), Rn 384; R. Magnus (Fn 18), S. 522 は国際性の考慮要素に含める。

(141) 例えば、Calliess/Renner/Calliess (Fn 60), Rn 54; von Hein in Rauscher (Fn 39), Rn 116; Staudinger/Magnus (Fn 39), Rn 140; Ferrari/Ferrari (Fn 42), Rn 55a; Magnus/Mankowski/Mankowski (Fn 44), Rn 390; Droste (Fn 42), S. 95; Grimm (Fn 12), S. 314f., 321. これに対し、Nygh (Fn 2), S. 50 は支払通貨により国際性の充足を認める。

Ⅲ－３　国際性を肯定できない諸要素

(a) 法選択、裁判管轄合意、仲裁合意

純粋に当事者の意思に基づく要素によっては国際性を創出することはできないとされる。すなわち、当事者による法選択、管轄合意、仲裁合意において外国が指定されたことは国際性の要件審査の際には考慮されない。3 条 3 項は単一関係国の強行法規の回避を阻止することを目的としている。これらの要素によって国際性が認められるならば、その目的が没却されるからである[(142)]。この点は、明文で明らかにされており（法選択はローマⅠ規則 3 条 3 項、管轄合意ならびに仲裁合意は同規則前文 15 段）、学説でもほぼ異論がない[(143)]。

(b) 取引上の便宜（特に国際定型約款の利用）

同じく外国法の適用が契約当事者にとって単に便宜であるという理由だけでは、国際性の充足は認められないと解されている。例えば、国際的に通用する定型約款が利用されたとか、特定の取引類型では特定の外国法が適用される慣行が存在するというだけでは国際性は肯定されない[(144)]。これにつき

(142) Maultzsch (Fn 14), S. 71; Staudinger/Magnus (Fn 39), Rn 137; Reithmann/Martiny/Martiny (Fn 32), Rn 2. 138; von Hein in Rauscher (Fn 39), Rn 114; Magnus/Mankowski/Mankowski (Fn 44), Rn 388f. ; Bamberger/Roth/Spickhoff (Fn 42), Rn 33; Vischer/Huber/Oser (Fn 42), Rn 80; R.Magnus (Fn 18), S. 533f. ; Grimm (Fn 12), S. 314f. ; Looschelders (Fn 57), Rn 25; De Nova (Fn 43), S. 312f. ; Moser (Fn 43), S. 196.

(143) ただし、これは国家裁判所で手続が行われる場合の話である。仲裁廷において紛争解決がなされる場合、そもそもローマⅠ規則 3 条 3 項の適用があるか自体に争いがある（例えば、Staudinger/Magnus (Fn 39), Rn 131; Bamberger/Roth/Spickhoff (Fn 42), Rn 33)。このとき仲裁手続の実体判断準拠法の決定に同規則 3 条 3 項が類推適用されないという多数説に立つならば、仲裁合意が外国を指し示していたか否かというような国際性の有無は一切関係なく抵触法的指定が認められる。例えば、Reithmann/Martiny/Hausmann, IVR 9.Aufl.(2022), Rn 7. 461; Kondring (Fn 62), S. 186, 190f. ; Thorn/Thon (Fn 12), S. 576ff. ただし、この多数説に反論する有力説もある。例えば、Grimm (Fn 12), S. 482ff. とその脚注 361 に挙げられる文献参照。

(144) MüKo/Martiny (Fn 42), Rn 91; von Hein in Rauscher (Fn 39), Rn 116f. ; Magnus/Mankowski/Mankowski (Fn 44), Rn 387; Reithmann/Martiny/Martiny (Fn 32), Rn 2. 138; Ferrari/Ferrari (Fn 42), Rn 55f. ; Grimm (Fn 12), S. 267f. これに対し、Calliess/Renner/Calliess (Fn 60), Rn 55f.

比較的注目された近時の事例として、次の判決がある。

イギリス控訴院の Dexia Crediop S.p.A. v. Comune di Prato 事件においては、イタリアのプラート自治体とイタリア金融機関である Dexia Crediop とが、両者で締結された金利スワップ契約の履行をめぐり争った(145)。当該契約には英国の専属管轄と法選択条項が存在していたものの、両当事者による当該契約の締結ならびに履行はすべてイタリア国内で終始していた。そのため、プラート側はイタリアの単一国事案であるとして、ローマ条約 3 条 3 項に基づきイタリアの強行法規の適用を主張した(146)。本件において国際性を認めうる要素として挙げられうるのは、ISDA 基本契約書の国際版雛形(147)が利

は、本文で取り扱った判決を挙げ国際性が認められる可能性があるという。Böhle（Fn 54), S. 87ff. はより積極的にこれをもって国際性を認めるべきと主張する。Reiner/Scholl in: Ellenberger/Bunte, BankR-HdB 6. Aufl.（2022), §94 Außerbörsliche Finanztermingeschäfte（OTC-Derivate), Rn 389 も、純粋国内的な金融先物取引であっても、ドイツに居住する当事者間での外国法の適用を定めた外国の定型契約書の利用は認められるとし、外国関連性は重要でないとする。

(145)［2017］EWCA Civ 428. 本件の事実関係は概ね以下の通りである。すなわち、プラート自治体は複数の金融機関から変動金利にて融資を受けていたところ、金利変動リスクを回避する等の目的でこれらの返済債務を固定金利に転換することにした。そこで、プラートはイタリアに本拠のある Dexia との間で 2002 年から 2006 年にかけて複数の金利スワップ契約を締結した。端的にいうと、当該諸契約は、プラートが各金融機関に対し負う債務を変動金利で算定した額を同自治体が Dexia から受け取り、その代わりに既存の債務額を当該契約にて改めて約定した固定金利で算定し直した額を Dexia に支払うというものである（Böhle（Fn 54), S. 75)。これにより、プラートが各金融機関に負う債務が実質的に固定金利に変更される効果が生まれる。しかし 2008 年前後の金融危機をきっかけに金利相場が大幅に下落した。これに伴い 2009 年、プラートは Dexia に対し履行すべき固定金利基準の金額の支払いを停止した。そこで、Dexia は当該債権に係る凡そ 1200 万ユーロの支払いを求め、英国にて提訴したのである。

(146) イタリアの強行法規（TUF30 条 6・7 項、32 条）によれば、店舗外（または隔地的マーケティング技術を用いた）金融取引に関する契約は、契約の中でその締結後 7 日以内の取消権があることを金融機関側が顧客に通知しなければ無効になるとされる。

(147) 店頭デリバティブ取引で国際的に利用されている International Swaps and Derivatives Association（ISDA）の作成した契約書である。複数の版が存在しており、現行版は 2002 年版であり、金融機関と顧客との間の上記取引に係る一般的規律を含む。本契約書の中には準拠法条項もあり、英国法かニューヨーク州法のいずれかの選択が前提とされている。英国の EU 脱退後には、フランスまたはアイルランド法による利用が可能な版も作成された。本契約書や金利スワップ契約の国際私法上の論点については、Mansel, Das auf Swap-Verträge auf der Grundlage des ISDA Master Agreements anwendbare Recht― Rechtswahl

用されていたこと、Dexia が当該スワップ契約に基づき発生しうるリスクヘッジのために複数の外国金融機関と別途の契約（back-to-back contract）を締結していたこと、契約言語が当事者の母国語でない英語であったことのみであった。

控訴院は、原審である高等法院の判決[148]を覆し国際性を肯定した。その理由は概ね次の通りである[149]。すなわち、ローマ条約 3 条 3 項は、契約それ自体ではなく、事実関係との関連性を要求しているため、広く様々な要素を考慮して国際性を認定できるとした。そのうえで本件では、ISDA 基本契約書が、ニューヨーク州法等を既定の準拠法とすることが多く、国際的に通用している定型約款であること、契約言語が英語であること、そして本件の金利スワップ契約においては、金融機関が当該取引と関連し他国の金融機関とリスクヘッジに係る契約を締結しており、そのことは市場自体が国際化されている金融デリバティブ市場において通常のことである等を理由に、契約関係の国際性を肯定した。結果的にイタリアの強行法規の適用が否定され、Dexia による履行請求は認容された。

本判決は、非常に広範な基準で国際性を認めたことが注目される[150]。し

---

und objektiv anwendbares Recht in: Festschrift für Grunewald（2021）, S. 731ff. ; Reiner/Scholl（Fn 144）, Rn 387ff. 参照。

（148）原審は、国際的に通用している定型約款の利用は、イタリア以外の国との関連性を示す重要な要素とは評価できず、また Dexia が国外の金融機関とリスクヘッジに係る契約を締結したことも、その契約と関係しないプラートとの間では国際性を導くことはないとし、結論的にイタリア強行法規の適用を認めた。Dexia Crediop S. p. A. v. Comune di Prato［2015］EWHC 1746（Comm）, Para. 211ff.

（149）Dexia［2017］EWCA Civ 428, para. 132ff.

（150）ただし、本判決の前にも同様の英国判決は存在する。例えば、Banco Santander Totta SA v. Companhia Carris de Ferre de Lisboa SA & others［2017］EWCA Civ 428 においては、ポルトガル金融機関とポルトガルの公共交通機関とで英国管轄と英国法に準拠する ISDA 基本契約書を用いて金利スワップ契約が締結された。事案の概要は前掲注（145）の Dexia 事件と、時期・内容共に大枠では類似するものの、ポルトガル金融機関が自身の外国関連会社に当該契約から生じた債権を譲渡できる旨の特約が契約書内にあったことに違いがあった。交通機関側は、単一関係国としてのポルトガルの強行法規たる民法典 437 条に基づき金融危機の発生による事情変更の原則（行為基礎の喪失）を主張した。本件では、高等法院と控訴院のいずれもが、Dexia 控訴院判決とほぼ同様の理由付けに加え、上記譲渡特約の存在をもって国際性の存在を認め、ポルトガル法に基づく主張を認めな

かしこの結論に対しては、次のような懸念が指摘される。

まず、ISDA 基本契約書が特定の準拠法を前提とした定型約款であり、かつ広く国際的に通用しているのは事実である。しかし、このような定型約款が純粋内国的な取引に利用されるということは、しばしばある。とすれば、定型約款を利用しない契約において外国法が選択された場合には単一国事案につき強行法規の潜脱が認められない一方で、上記の定型約款が利用された場合にはそれだけで強行法規を回避できることになる。このようなアンバランスな取り扱いは正当化できないとされる(151)。そもそも当事者がこの約款を利用するだけで国際性が認定されるならば、恣意的な強行法規の回避が可能となるとも批判される(152)。

第二に、イタリアの金融機関がリスクヘッジに係る契約を締結することは、契約相手であるプラートにとっては予見できない可能性があるとの批判である(153)。金融機関ではない当事者が、上記の金融市場における「常識」を常に知りうるとはいえない。そうとすると、国際金融に携わる金融機関だけが有利に取り扱われることに繋がる(154)。当事者の一方と関係なく、また与り知らない契約により国際性が肯定されてしまうことに対し批判がなされているのである。

前記判決は、まだ英国が EU から脱退しておらず、かつ欧州司法裁判所にローマ条約の解釈権限があった時期のものである。ところが、欧州司法裁判所に先決裁定の付託はなされず、被告側による最高裁への上訴が認められることもなく手続は終結した。英国の脱退した EU において、今後いかなる判決が下されるか展開が待たれる(155)。

かった（[2017] EWCA Civ 428, Para. 58ff.）。本判決の評釈として、Dias, Auslandsbezug des Sachverhalts nach Art. 3 Abs. 3 EVÜ/Rom I-VO und rebus sic stantibus-Klausel des portugiesischen Zivilrechts als nicht parteidisponible Bestimmung in: ZEuP 2019, S. 603ff. この評釈では、国際性要件だけでなく、そもそも投機性の高い金利スワップ契約への事情変更原則の適用の妥当性に対し批判的な見解が紹介されている（a.a.O., S. 618）。

（151） von Hein（Fn 44）, S. 1411f. ; Mansel（Fn 147）, S. 737.

（152） Thorn/Thon（Fn 12）, S. 574; Ostendorf（Fn 98）, S. 632; Mansel（Fn 147）, S. 737.

（153） 契約相互の関連性に基づく国際性の認定については、本節Ⅲ－ 1(e)参照。

（154） von Hein（Fn 44）, S. 1413f.; Thorn/Thon（Fn 12）, S. 575; Ostendorf（Fn 98）, S. 632; Hartley（Fn 42）, S. 176.

Ⅳ　小括

国際性の認定の際に問題となる典型的な諸要素を概観した。総じてみると、法選択、管轄合意を筆頭に、当事者の意思により操作が容易な契約言語、支払通貨、締結地、そして財産法分野では必ずしも連結点として重視されていない国籍については、国際性要件の基準として重要な意義が与えられていないことが窺える。また、法的・事実的関連性がある限りで複数の契約相互の関係から国際性を導くことができるとされる一方で、あくまでリスクヘッジ目的のような純粋に経済的理由で他の契約を締結した場合、または国際的定型約款を利用したというような当事者の取引上の便宜のみに基づく事情も、国際性の要素として考慮することには否定的な見解が多数となっている。以上から、主観的事実よりも客観的事実要素が重要と考えられている。

おそらくはこれ以上に一貫性を見出すことは困難と思われ、結局は裁判所をはじめとした法適用者の裁量に委ねられざるを得ないと思われる。いずれにせよ、どの見解によっても、当事者自治が不要と考えられるほどに単一の国と関係しておりその国の法の適用が自明である事例、すなわち当事者に法選択を認めるのに適切でない事例に限って 3 条 3 項の効果は発動するといえる。そこに厳格な要件が課されるわけではないと解してよいであろう[156]。

（155）英国は EU から正式に脱退する前の 2018 年 6 月にローマⅠ・Ⅱ規則を国内法化しており（European Union（Withdrawal）Act 2018）、両規則の規律は 2021 年 1 月以降、英国内法の名目で適用されている。しかし英国はもはや EU 加盟国ではないため、欧州司法裁判所に先決裁定の付託権限はなく、その裁定に従う必要もない（詳細につき、Tretthahn-Wolski/Förstel, Der Brexit von Rom und Brüssel in: ÖJZ 2019, S. 485ff.(487f.)）。そのため、ローマⅠ規則 3 条 3 項につき英国と EU とで解釈の相違が生じる可能性が指摘されている。von Hein（Fn 44）, S. 1416.　2022 年 9 月には英国にて、前記控訴院判決と同旨の高等法院の略式判決が下されている。Dexia Crediop Spa v. Provincia di Pesaro e Urbino［2022］EWHC 2410（Comm）.

英国の裁判所は本件のような訴訟を国内に呼び込むためか、従来から 3 条 3 項の要件を緩和化した解釈を行う傾向にあったとされる（Ostendorf（Fn 98）, S. 631）。Böhle（Fn 54）, S. 94ff.は、ドイツの司法制度の国際競争力を高めるために、英国に倣い積極的にローマⅠ規則 3 条 3 項の要件の緩和（または撤廃）を推し進めるべきとすら主張する。

（156）例えば、Bamberger/Roth/Spickhoff（Fn 42）, Rn 34; Maultzsch（Fn 14）, S. 70; Thorn/Thon（Fn 12）, S. 573; Grimm（Fn 12）, S. 269f.; Sandrock（Fn 66）, S. 846; Calliess/Renner/Calliess

第 4 章　わが国への示唆

本稿では、主にローマⅠ規則に係る国際性の要件ならびに効果等を検討した。最後に、これまでの議論を参考にわが国にいかなる示唆があるかを確認していきたい。

第 1 節　渉外的法律関係説と法律関係全般説

Ⅰ　序

周知のとおり、通則法は国際性要件を明文上定めておらず、当事者自治の原則を定める 7 条等にもこれに係る規定が欠缺している。管見の限り、通則法の改正時にも当該論点は問題とされていない。もっとも、このことが、立法者が通則法 7 条等の適用場面において国際性を一切要求しないと考えたことを意味するわけではないだろう。序文で述べた通り従来、事実関係に国際性を要求する議論はなされてきた。

すなわち、国際私法（通則法 4 条以下）の適用の前提として国際性（渉外性）が必要か否かという議論である(157)。この議論においては、国際私法が国際的事実関係にのみ適用されるとする渉外的法律関係説とあらゆる私法的事実関係に適用されるとする法律関係全般説とで対立してきた。そして、このうちの渉外的法律関係説の実質的根拠の一つが、当事者自治の弊害の阻止にあった。すなわち、純粋内国事案において抵触法的指定を認めることは、内国法の強行法規の適用から脱することを当事者に認め、内国の強行法規は全くその存在意義を失うというのである(158)。この指摘は、まさに今回検討

(Fn 60), Rn 52.

(157) この議論は通則法の起草過程でも検討されたものの、結局、解釈にゆだねることとされた。別冊 NBL 編集部編『法の適用に関する通則法関係資料と解説』（商事法務、2006 年）236 頁。

(158) 溜池良夫「国際私法の概念について―私法秩序の構造と国際私法―」法学論叢 70 巻 2 号（1961 年）40 頁以下。

した当事者自治における国際性の要件の議論にそのまま通じている。一国の強行法規の存在意義の喪失という理由は、ローマⅠ規則 3 条 3 項の理論的根拠の一つとして主張されていた（第 3 章 1 節）。

ただし、ローマⅠ規則（および EGBGB）は、国際私法の適用の前提としての「国際性」（同規則 1 条 1 項、EGBGB3 条 2 項）と当事者自治の制限または許容要件としての「国際性」（同規則 3 条 3 項）とを明確に区別している（第 2 章 2 節Ⅲ・Ⅳ）。そこで、まず通則法においてもその区別をすべきか否かが検討される必要があろう。もし区別の必要がないのであれば、従来のわが国の見解を踏襲しつつ議論を展開させればよいことになる。しかし以下で検討するように、わが国の渉外的法律関係説と法律関係全般説とのいずれの見解によったとしても、それだけでは当事者自治の原則との関係で問題が残る。

Ⅱ　渉外的法律関係説における問題点

渉外的法律関係説は、周知のとおり、狭義の国際私法の適用対象は国際的事実関係のみとする見解である（159）。この説によれば、国際私法の適用の前に純粋内国事案と国際的事実関係とが区分され、前者には国際私法を介することなく内国法が適用され、後者には国際私法に基づき内外法から準拠法が指定・適用されることになる。本説の一般的意義等は、すでに諸学説の見解を明瞭に纏めた文献があり（160）、かつ本稿で紹介したドイツの少数説と概ね

（159）特に溜池前掲注（158）39 頁以下参照。その他主要な諸文献は道垣内正人『ポイント国際私法総論［第 2 版］』（有斐閣、2007 年）2 頁以下で挙げられている。より近時のものとしては、出口耕自『論点講義国際私法』（法学書院、2015 年）14 頁以下、松岡・高杉『国際関係私法講義［改題補訂版］』（法律文化社、2015 年）4 頁、木棚照一編著『国際私法』（成文堂、2016 年）4 頁以下［木棚］、奥田安弘『国際財産法』（明石書店、2019 年）19 頁、山内・佐藤編『標準　国際私法』（信山社、2020 年）3 頁以下［佐藤］、松岡博編『国際関係私法入門 第 4 版補訂』（有斐閣、2021 年）17 頁［高杉］、中西・北澤・横溝・林『国際私法 第 3 版』（有斐閣、2022 年）2 頁以下・14 頁、竹下啓介『基礎・国際私法三酔人国際私法問答』（日本評論社、2023 年）6 頁、176 頁以下、Nishitani, Japan in: Girsberger/Kadner Graziano/Neels, Choice of Law in International Commercial Contracts : Global Perspectives on the Hague Principles（2021）, Rn 28. 06 等がある。

（160）批判的ではあるが、道垣内前掲注（159）2 頁以下参照。より過去の諸学説は溜池前掲注

同様であるため割愛する（本稿第 2 章 2 節Ⅲ参照）。渉外的法律関係説の問題としては、以下の二点を挙げることができる。

第一に、本説が無制限の当事者自治の弊害を回避することを実質的目的の一つにしているとすると、その実現のために国際私法全体の適用の排除を導くことは、過剰な対処法であるということである。法選択による内国強行法規の回避を阻止するならば、これを引き起こしうる通則法 7 条、9 条、16 条、21 条だけに焦点を絞れば済むはずである(161)。しかも、本説により国際性の審査がなされるのは国際私法の適用前である。この段階ではまだ法性決定すらなされておらず、事実関係がどの単位法律関係に属するか判明していない。当事者自治は内国国際私法により根拠づけられる制度である。そうである以上、その要件や制限に係る規律はこれを認める国際私法の中になければならない。その外にこの許容要件があるとみるのは当を失することになるであろう。なぜなら、国際私法を適用する要件と、それを前提に当事者自治を許容する要件とでは、国際性の基準につき自ずと相違が生じうるからである。例えば、本説で国際性の認定の際に考慮すべき一要素としてしばしば挙げられる「国籍」は、経済活動としての契約には必ずしも重要でない。後述するように、通則法 7 条の適用時にこれが国際性の審査の際に常に考慮されるべきものとまでは考えられない（本章 2 節 I 参照）。

第二に、国際私法それ自体の適用要件であるにもかかわらず、国際性の認定に際し当事者意思のみを除いていることである。例えば、渉外的法律関係説の代表的学説である溜池説は、国際性の認定基準として、内国国際私法で一般的に利用されている連結点を参照する。すなわち、「当事者の国籍、住所、常居所、居所、目的物の所在地、行為地、事実発生地などわが国際私法上連結点となりうる法律関係の要素（ただし、当事者の意思を除く）の少なくとも一が、その法律関係の発生当時外国的である場合」に事案の国際性が肯定されるとする(162)。たしかにここから当事者の意思を除くことは、内国

（158）29 頁以下参照。

（161）なお夫婦財産制に関する通則法 26 条 2 項は、量的制限の伴う当事者自治のみを認めるため、国際性の存否を問題とする必要がない。これにつき前掲注（12）前後の本文参照。

（162）溜池良夫「国際私法の性質」澤木・道垣内編『国際私法の争点（新版）』（有斐閣、1996

強行法規の意義の喪失を阻止する目的からして正当である。しかし、国際私法全体の適用可否を左右する基準ならば、財産法や身分法のような全私法分野の連結点、すなわち当事者意思を含むすべての要素を含めなければ論理的に一貫しない。前述のように、法性決定前の要件であるのだから、その時点ではいかなる事実関係が問題となり、いかなる連結素が重要であるかの予断は、本来すべきでないはずだからである。

以上から、渉外的法律関係説に立つとしても、当事者の主観的意思を含めたあらゆる連結要素を国際性の認定に際し考慮すべきと考えられる。そうすると、無制限の当事者自治を認める単位法律関係につき、内国強行法規の潜脱を阻止することができなくなる。これに対しては、この単位法律関係に係る抵触規定に独自の国際性が要求されることで対応されるべきであろう。単一国事案においてその強行法規から逃れうる連結政策は、無制限の当事者自治以外にはまずありえないからである[163]。

Ⅲ　法律関係全般説における問題点

法律関係全般説によれば、あらゆる私法的事実関係が国際私法の適用対象となる[164]。そうすると、単一国事案にて当該国の強行法規の回避を阻止するためには、別途の解決策が必要となる。

本説の論者からは、この解決策として国際的（絶対的）強行法規の特別連結論にゆだねることが示唆されている[165]。しかし一般的に国際的強行法規とは、準拠法の如何を問わず適用されるべき強い国家利益を体現した規律と定義される[166]。そうとすれば、ローマⅠ規則 3 条 3 項のような規定で主に

年）6 頁以下、溜池前掲注(158)51 頁。

(163) もちろん、客観的連結点による準拠法決定においても、連結点や請求内容の恣意的な操作により当事者が実質的に準拠法を変更する余地はある。しかし一般的な法律回避論とその是非は本稿の検討対象外であるので、別稿に譲りたい。近時の文献として、例えば多田望「国際私法における法律回避とその周辺」国際私法年報 20 号（2018 年）98 頁以下。

(164) 根拠等も含め、特に道垣内前掲注(159)5 頁以下とそこに挙げられている諸文献参照。

(165) 道垣内前掲注(159)14 頁。似た方向性として、櫻田・道垣内編『注釈国際私法 第 1 巻』（有斐閣、2011 年）184 頁［中西］。

(166) 道垣内前掲注(159)77 頁はそのように定義する。また中西・北澤・横溝・林前掲注

適用される強行法規たる、いわゆる「国内的（相対的）強行法規」はその定義から外れることになろう（第 3 章 2 節Ⅱ参照）。また同じく強行法規の適用を確保する通則法 11 条や 12 条によっても単一関係国のあらゆる国内的強行法規の適用を汲み尽くすことはできない。これらの規定は特定の弱者保護に係る法規の適用に限定されているからである。通則法 42 条に基づく公序規定にも、その発動条件がごく限定的であることから、同じことが妥当する。つまり、本説では適当な対処法が凡そ見当たらない。

そこで、国際性要件の必要性を否定しつつ、なおも本説を維持する道がありうるかが問題となる。その道として、次の考え方がありうる(167)。すなわち、国内的強行法規が国際的強行法規と比して国家政策の体現という観点からは重要度が低いことを理由に、その適用が常には強制される必要はないという考え方である(168)。純粋内国事案ではあるものの当該内国強行法規の適用意思が確認できないとみて、（国際私法上の）当事者意思によりその適用が排斥されてよいと考えるのである。しかし、そのような考え方はとり難い。そのような法規は「強行法規」と評価することが難しいからである。一国にのみ関係する事案につき、明文であれ不文であれ実体法上の適用要件が充たされれば(169)、当事者の合意を排し何らかの形で必ず適用されるからこそ、

（159）134 頁、櫻田・道垣内編前掲注（165）36 頁以下［横溝］等もほぼ同旨。

（167）道垣内正人『国際契約実務のための予防法学』（商事法務、2012 年）22 頁・94 頁、横山潤『国際私法』（三省堂、2012 年）163 頁は、おそらくこの考え方を前提にするものではないかと推測される。あるいは、単一国事案の場合、当該国の国内的強行法規の適用意思が強化され、これが論者のいう「国際的（絶対的）強行法規」として適用されるという説明はありうるのかもしれない（やや類似する見解として前掲注（46）の Michaels の見解）。しかし、元来は双方的抵触規定によってのみ適用される国内的強行法規が、密接関係性の強化だけに基づき国際的強行法規に変質するというには、何か追加的な理論的根拠が必要と思われる。

（168）単一国事案においても抵触法的指定を認めようとする見解につき、前掲注（54）参照。

（169）もちろん、当事者がある強行法規に基づく権利または要件事実を主張しないことにより、訴訟手続上、当該強行法規が適用されないことはあるだろう。しかし、これは法廷地手続法における処分権主義または弁論主義の運用の問題であり、本稿の主張とは直接的な関係はない。この場合、わが国では通常、当該強行法規の存在は法的観点指摘義務の対象となり、裁判所には釈明権行使の必要がありうるであろう。新堂幸司『新民事訴訟法第 6 版』（弘文堂、2021 年）496 頁以下。

なお、国際私法上の要件たる事案の国際性は職権調査事項とみるべきであり、これに

その規律は「強行法規」と評されるのである(170)。以上のような考え方は、国家の国内的強行法規の存在自体を否定することにつながる。結局、上記のような考え方が成り立つのは、少なくとも二以上の国々が関係する故に、複数の国々のうちのいずれの国内的強行法規が適用されるべきか定かでない（つまり、これらの法規を適用する必然性が希薄化した）事案に限られるというべきである。

したがって、法律関係全般説においても単一国事案につき当該国の強行法規を尊重すべく、当事者自治の認められる単位法律関係に国際性要件は必要と解される。

Ⅳ　小括

当事者自治の原則に焦点を当てると、渉外的法律関係説にも法律関係全般説にも問題が残ることが明らかになったと思われる。わが国としても、ローマⅠ規則 3 条 3 項のように少なくとも無制限の当事者自治が妥当する単位法律関係に限り(171)、単一関係国の強行法規の適用を命じる規律が必要と解さ

係る事実につき当事者が主張をせずとも、裁判所は積極的に取り上げるべきである。そして結果的に、法選択があったにもかかわらず国際性の存否が真偽不明である場合には、国際性の存在を一応のところ推定または擬制し、法選択を有効とみなすべきであろう。同旨として、Maultzsch（Fn 14）, S. 70; Grimm（Fn 12）, S. 281.

(170) 単一国事案につき当該国の強行法規の適用を排斥することが論理的に困難であることについては、前掲注(53)本文以下参照。

なお日本の民事法の諸規定のうちどれが強行法規といいうるか一律的な判定は困難とされる（その困難さについては、例えば近江・椿編著『強行法・任意法の研究』（成文堂、2018 年）2 頁以下［近江］）。しかし、そのことは本文の文脈では重要ではないと思われる。強行法規性判定の困難と強行法規と判定された規律の取り扱いとでは問題の次元が異なるからである。本文ではあくまで後者の取り扱いを問題としている。

(171) 問題となる単位法律関係ごとの実質的機能に応じて国際性の定義を試みる学説として、岡本善八「国際私法の対象としての渉外関係―その機能的理解―」同志社法学 23 巻 2 号（1971 年）9 頁以下。おそらくこの説に対する批判として、木棚前掲注(159)5 頁［木棚］は、「明文規定がなく、実質的にみる判断基準が客観的に必ずしも明らかにできていないのに、国際私法の適用を否定するという重大な効果を導く」という問題を指摘する。また、道垣内前掲注(159)4 頁は、国際私法の適用前に実質的判断がなされることから生じる循環論の発生を危惧する。本稿の主張する国際性要件は、当事者自治の認否にのみ関係するため、上記批判は妥当しないであろう。

れる。

そこで、次にこの国際性要件の存在理由が問題となる。このことは、すでに EU における議論で見たように、国際性のない事実関係が、当事者自治の原則の根拠の妥当しえない限界点となることに求められる。すなわち、特定国の法の適用が自明である単一国事案では、そもそも複数の国々の法の適用可能性がなく、当事者による法選択を通して法的確実性を確保させる必要がない。この場合には、当事者の利益よりも単一関係国の秩序利益、すなわち強行法規の適用が優先されなければならない（第 3 章 1 節参照）。この法的確実性の確保という欧州でも頻繁に援用される当事者自治の一根拠は、同様にわが国際私法にも妥当する(172)。そうとすれば、上記根拠論から導かれる国際性要件は、同じく無制限の当事者自治を定める通則法 7 条、9 条、16 条、21 条においても存在していなければならないであろう。

第 2 節　要件と効果

最後に、国際性要件とその効果につきごく簡単に見解を述べたい。

Ⅰ　要件

国際性を認定する際にいかなる事実的要素を考慮すべきかという要件の問題は、すでにローマⅠ規則を題材に確認したため、ここで改めて詳細に論じる必要はないだろう（第 3 章 3 節参照）。ここでは、概括的に言及するにとどめたい。

まず、この要件は当事者自治が不要であり、かつ特定国の強行法規を尊重しなければならないほどにその国だけと関係する事案とは、どういう事案かという観点から慎重に見極められる必要があろう。国際取引に関わる当事者は、複数の国々との関わりおよび諸法の適用可能性という困難にやむなく直面する。そのことは私人による国際取引の円滑化への阻害要因となる。その問題を解消することに当事者自治の意義があるとすれば、当事者自身により

(172)　当事者自治の一根拠としての法的確実性については、例えば中野俊一郎「当事者自治の正当化根拠」立命館法学 339・340 号（2011 年）321 頁、小池前掲注(10)16 頁とそこで引用される文献を参照。

容易に作出される主観的事実よりも当事者にとって対処の困難な客観的事実を重視すべきことになろう。ただし、特に契約はそれ自体が当事者の意思作用である。そのため、根本的には契約に係るほとんどの事実が、当事者の主観的意思に根付いている。しかし、これを理由にそれらすべての事実を国際性要件の考慮要素に含めないとすることは行き過ぎであろう。契約内容への影響度が低く、かつ特定国の強行法規をただ回避するためだけに容易に作出されうる主観的事実のみを除外すべきである。

この国際性要件の基準につきわが国には次の見解が存在する。すなわち、契約について「当事者自治は単に何らかの外国的要素を包含するという一事によっては許容されず、その取引における商品・通貨の国際的移動という経済的標徴をもつ場合にのみ許される」とし、売買契約につき、特定の国内経済社会への関連性が極めて希薄であり、かつ商品・通貨の国際的移動の伴う取引活動だけに当事者自治を限定すべきとする。その上で、これらの条件を満たさない売買、特に消費財小売売買には、法例旧 7 条（通則法 7 条・8 条）の適用がないとする (173)。たしかに経済的価値の越境を基準に国際性の有無を判断する見解は欧州にも存在する (174)。しかし経済的価値の越境は、それ自体で評価の必要な概念であり、そこから直ちに何か具体的な基準が導かれるわけではない。そのため、法的確実性にはやや難が残る。むしろ、国際取引で実際に発生しうる事実的諸要素を予め個別具体的に挙げ、その要素が外国を指し示しているか否かを実際に確認する手法の方が、当事者の法的確実性という面ではより優れているといえるのではないだろうか (175)。

（173）岡本前掲注（171）28 頁以下、30 頁以下。現在では、電子商取引が自然人によって活発になされており、消費財小売売買についても国際的な商品・通貨移動は一般的にみられる。国際私法上の消費者保護（通則法 11 条）が今日では確保されていることからも、当該契約類型につき一律に当事者自治を否定すべきではないであろう。いずれにせよ本文の記述は、取引自体が日本国内で終始する様態の消費財売買を念頭に置いたものと解される。

（174）Simitis（Fn 43）, S. 211; De Nova（Fn 43）, S. 318f.; Nygh（Fn 2）, S. 51 参照。

（175）Grimm（Fn 12）, S. 261ff. は、経済的価値の移転という基準は、法選択を過度に厳格に制限したり、逆に制限できなかったりという両極端な結果をもたらしうるため、適切な基準たり得ないと批判する。例えば、この基準によれば、両当事者の営業所が異なる国にある場合に一方の国のみで履行行為が行われるとき、国際性は否定されうる。逆に外

したがって結論的には、本稿で紹介したローマⅠ規則に係る諸学説と同様に解すべきと考えられる。すなわち、当事者による法選択、管轄合意、仲裁合意は要件要素から除外すべきことになる。支払通貨や言語も少なくともそれ単体では国際性を肯定できないと解される。いずれも、当事者の意思次第で容易に操作が可能であるうえ、契約関係を特定国に関連付けるほどには重要な要素といい難いからである。

これに関し、やや評価が分かれうるのが当事者の国籍と契約締結地である。国籍については、たしかに当事者による操作は難しい。とはいえ、一国内で様々な国籍を有する人々が取引をすることが当然となった日本の現状からすると、それだけで国際性を認めるのは難しいと解される。逆にこのような現状では、当事者間の国籍の相違それ自体から契約が影響を受けることはあまりなく、また特有の法的問題（例えば、準拠法決定の困難）が生じうるとは考え難いからである。この法的問題が生じうる場合には、国籍とは別の事実的要素が同時に外国に向くのが通常であろう。したがって、むしろ契約目的物の所在地や履行地等の他の要素の存在に着目すべきと考えられる。また、たしかに国籍は行為能力の原則的連結点でもある。しかし、外国人が単一国内で契約を締結した場合、当該人の行為能力の有無は、通常は本国法ではなく、締結地法に左右される（通則法 4 条 2 項）。このことからも、国籍をもって契約の国際性を肯定する意義は小さいであろう。

契約締結地は、日本が法廷地となる事例ならば、国際性要件の要素に含めることは十分に考えられる。国境が地続きであり自由に域内国家間を行き来できる EU ですら、これをもって国際性を認める見解が支配的であった。したがって、そのようなことが当たらない日本では、なおさらこの見解が妥当すると考えられるからである。ただし、単一関係国が EU のような地域的共同体の構成国となる事例が日本の裁判所に係属することもあり得ないではない。さらに強行法規の回避のためだけに締結地を日本から他国に変えることも実際上難しいことではない。したがって、事実関係のうち締結地のみが外

国から輸入された消費財を内国で売買する場合に、それだけで国際性が肯定されうるという。

国に向いているような事例においては、その事情につき慎重な検討が必要と考えられる。この締結地が契約内容にわずかな影響すら与えていない限りで、これを考慮要素から外すことは十分に考えられよう。

その他、ローマⅠ規則の議論において触れた当事者の常居所地（営業所所在地）、履行地[(176)]、目的物所在地、契約相互の関連性等は、わが国際私法において同様に単一で国際性を肯定してよいと考えられる（詳しくは第 3 章 3 節Ⅲ－ 1 参照）。

総じていえば、当事者自治の主要な根拠の一つが当事者の法的確実性および準拠法の予見可能性の保証にあるのであるから、すでになされた法選択が容易には否定されない方針で運用されることが肝要であろう。また、同様の根拠から国際性の要素として考慮される事実は、原則的に法選択当時のものとすべきである[(177)]。ただし、法選択当時に国際性があったものの、後に契約内容やその実態が変更され単一国事案となった場合には、当事者以外の利害関係人が現れていない限りで法選択の効果を否定してよいであろう。

Ⅱ　効果

本稿第 3 章 2 節Ⅲにおいては、ローマⅠ規則 3 条 3 項にいう単一国事案と認定された場合、法選択が抵触法的指定と実質法的指定とのいずれと解されるかにつき議論があることを確認した。これをわが国でどのように考えるべきかが問題となる。

（176）従来、ドイツ等とは異なり日本では契約連結点として履行地の重要性は相対的に高くはなかった。しかし現在では、8 条 2 項において、（直接的な連結点ではないとしても）一方当事者の履行行為に着目した特徴的給付の理論という連結政策が採用されている。このことから国際性の認定要素に含めても差し支えないと考えられる。

（177）例えば、契約締結当時、中国の単一国事案であった契約関係につき英国法が選択され、契約の履行がなされた後に対価を支払うことなしに一方当事者が日本へ転居した事例が想定される。この事例につき他方当事者が原告となり日本で訴えを提起した場合、一方当事者の住所が訴訟提起時点に日本にあるにもかかわらず、中国の単一国事案と解すべきであろう。したがって、日本の裁判所は、中国法を準拠法としつつ、その強行法規に反しない範囲で英国法を適用する必要がある。この場合に中国の強行法規の適用から逃れるには事後的法選択をしなければならない。外国の単一国事案において当該外国強行法規の適用を日本でもすべきことについては本節Ⅱ参照。

結論からいえば、国際性要件が充たされない場合につき単に法選択を無効と解し、選択された法は実質法的指定として取り扱うべきと考えられる。単一国事案において当事者自治が妥当しないと根拠づけた以上、その事案では効力の制限された抵触法的指定すらも導くべきではないからである。またローマⅠ規則における両説の対立は、現在でこそ様々な形で展開されている。しかし、「制限された」抵触法的指定というアイデアが生まれた主たるきっかけはローマ条約における起草過程の議論の妥協にあると解される(178)。わが国において、特殊な状況から生まれたその議論をあえて積極的に導入する必要は乏しいであろう。

以上から、通則法 7 条や 9 条に基づき法選択がなされたとしても、単一国事案においてはこの選択は無効と解すべきである。したがって、準拠法は通則法 8 条、11 条 2 項または 12 条 3 項の客観的連結に基づき単一関係国法となる。この場合、当事者により選択された法は、客観的に確定された準拠法の契約自由の原則の枠内で実質的指定として尊重されるべきである。このような解釈は、選択された法と単一関係国法の強行法規の重複的適用を避けることができ（第 3 章 2 節Ⅲ－ 2(b)）、法の適用関係が比較的簡素となるという利点も得られる。またローマⅠ規則に関連して主張されているように、当事者自治と国際性要件が抵触法内部のルールであるという理由で、法選択は抵触法的指定と解されなければならないというべきでもない。抵触法の中に単一国事案において法選択が認められず、それゆえに無効となるという不文の規律があると解することは、通則法 4 条以下の主たる規律が抵触規範であるという趣旨を損なうことにならないからである。

最後に双方性を認めるべきか否か、すなわち日本の純粋内国事案だけでなく、外国の単一国事案において日本の裁判所において外国の強行法規を尊重すべきかが問題となる。これも EU と同様に認められるべきであろう。いうまでもなく、当事者による法選択（そして、それがないときの客観的連結）は双方的抵触規則に基づく連結政策である。原則として、準拠法として指定さ

(178) 前掲注(71)とその前後の本文参照。管見の限り、それより以前にこのような見解は見当たらない。

れた国の法は、当該国で判決が下されるかのようにわが国でも適用されるべきであり、この手法が国際的判決調和を目指す国際私法の本旨に則る。しかも当事者による法選択がなされた事案に国際性を要求することは、EU のみならず多数の国における一般的趨勢といわれる[(179)]。とすれば、わが国もその流れに沿うべきであろう[(180)]。

前述したことは、通則法 7 条や 9 条のみならず、契約外債務に関する 16 条と 21 条にも同様に当てはまると考えてよい[(181)]。それに対し、量的制限のある 26 条 2 項には妥当しないと考えられる[(182)]。

第 5 章　結語

本稿では通則法においても、無制限の法選択が認められるためには事実関

（179）前掲注（2）の文献参照。Loacker/Capaul（Fn 43）, S. 476 は、スイス IPRG にて同様の双方性ある国際性要件を提唱するにあたって、「自分［自国］にして欲しくないことを他人［他国］にしてはならない」（［ ］は筆者）というある種の黄金律を援用する。スイスの議論について前掲注（43）。

（180）ただし、単一関係国が外国である場合に当該国の国内的強行法規のみならず、国際的強行法規も法廷地たる日本で適用すべきかという問題はありうる。仮に国際的強行法規が国際私法により指定された準拠法として適用されうるという前提に立つならば、それは契約内容に影響する限りで適用されるべきと考えられる。単一関係国が外国である場合、日本との関連性は殆ど希薄であるため、法廷地たる日本の国際的強行法規との競合もほぼ生じないであろう。これに対し、外国の国際的強行法規が（特別連結されない限り）準拠法としては適用されないという立場に立つ場合には、それは日本において適用できないであろう。国際的強行法規の特別連結については例えば、佐藤やよひ「ヴェングラーの『強行法規の特別連結論』について」甲南法学 37 巻 4 号（1997 年）139 頁以下。

（181）不法行為については通則法 22 条の特別留保条項との関係が問題となる。同条によれば準拠法が外国法となった場合、法廷地たる日本法が累積的に適用される。そのため、日本の単一国事案において外国法が事後的に選択されたとしても、国際性の審査を経ることなく 22 条に基づき日本法が尊重される。しかし、それを理由に国際性要件を不要と断ずることはできない。単一国事案が外国にある場合もありうる。この場合には、（実際上否定されることはほぼないであろうが）なおも国際性の審査が必要と解される。

　また不法行為においては人格権侵害や不貞行為に基づく賠償請求権等、人格権法や身分法と関係して準拠法決定が問題となることも多い。このため、国籍が国際性審査の主要な要素に含められてよいと考えられる。

（182）これにつき前掲注（161）参照。

係に国際性が存在しなければならないことを明らかにし、このことを前提にその要件と効果につき検討を行った。

本稿の検討のうち、特に国際性要件の基準（第 4 章 2 節Ⅰ）については曖昧な面が完全には拭い去れず、参考とした EU の諸学説でも見解が若干分かれている。しかし、基準として挙げられた事実的諸要素は、通常の国際取引であれば、いずれか一つくらいは他国を指し示すであろう普遍的なものばかりである。そのため、実際上この要件が問題となる場面は殆どないと思われる(183)。現実に生じることはおそらく稀と考えられるものの(184)、限界事例については今後の判例および議論の展開を俟つ必要があると思われる。

ところで本稿の主張は、狭義の国際私法および当事者自治の原則が、法の抵触を回避・解消するのに適当な一手段であるというオーソドックスな考え方に基づいている(185)。特定の私人らが法的に国家の統制に囚われず、自ら

(183) 道垣内前掲注(167)94 頁以下は、国際性要件の不明確性を指摘する。野村美明「契約の準拠法Ⅰ」『国際経済法講座Ⅱ取引・財産・手続』（法律文化社、2012 年）15 頁以下は、日立職務発明事件（最判平成 18 年 10 月 17 日民集 60 巻 8 号 2853 頁）における日本の使用者と労働者との間の特許を受ける権利の譲渡契約について、これが内国関連性の強い契約とする。そしてこれを題材に、当該契約に外国法の選択がなされていたとしたら当事者の期待に反するだろうという（29 頁）。この議論の当否は、譲渡契約の対象として外国特許に関する上記権利も含まれていたという実態の有り方と、その評価に懸かっているであろう。

(184) 前掲注(145)の Dexia 事件で問題となった金利スワップ契約のように、英国法やニューヨーク州法の適用が取引慣行となっており、かつ当該取引類型につき支配的な国際団体が作成した定型約款が両国以外の単一国事案で利用された場合等が一応想定されうる。ただし、ISDA 基本契約書が日本国内取引で利用される場合、日本法が準拠法に指定されることが一般的傾向とされ、英国法やニューヨーク州法の選択は稀とされる（植木雅広『改訂新版必携デリバティブ・ドキュメンテーション（基本契約書編）』（近代セールス社、2021 年）180 頁）。また仮に国際的定型約款で外国法が指定されたとしても、同時に日本以外の専属的管轄合意（または金融取引以外ならば、仲裁合意）がなされることもあると考えられ、日本の裁判所で本案手続にまで至ることはあまりないのではないだろうか。

ドイツにおいては、金融先物取引につきロンドンやニューヨークでの手続を避けるため、外国の管轄合意を含んだ ISDA 基本契約書のような国際定型契約書での契約締結が見合わせられることがあるという。そして、この取引類型の紛争が仲裁に付託されることも稀だという。Reiner/Scholl（Fn 144）, Rn 389, 403.

(185) 同旨として、例えば出口前掲注(159)242 頁、Vischer/Huber/Oser（Fn 42）, Rn 78.

同じ考え方から量的制限の伴う法選択のみを認める見解も導くことはできる（例えば、

の利益に即した（強行法規を含む）ルールを策定し、または諸国家にこれを促し、自由に経済活動その他を行うことができるべきという立場に立つならば、法選択のなされた事実関係に国際性を一切要しないという異なる結論が導かれうるのかもしれない(186)。しかしすでに何度も触れたように、単一国事案において無制限な法選択が認められるとすると、当事者自治の標準的な根拠との矛盾をきたす。しかも非国家法の抵触法的選択を認めるべきとする見解が、近時はまだ少数ながらも有力に主張されている(187)。そうすると、一国家により「強行法規」として創設されたはずのルールが、他国法どころか民間団体の作成したルールによって当該国だけと関係する人々にすら強行的に適用されないという状況を甘受しなければならなくなる事態が生じう

川上太郎『国際売買法概論』（千倉書房、1964 年）130 頁とその注 34 の「反対説」、および Haudek, Die Bedeutung des Parteiwillens im Internationalen Privatrecht（1931）, S. 32ff; Vischer, zur Problem der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie bei internationalen Verträgen in: SJZ 1956, S. 117ff.（118）等参照）。しかし現在では別の理由から、この見解は一般的に支持されていない。国際取引においては、事実関係と密接に関係する地が予め明らかとは限らないため選択可能な法の予測が当事者にとって容易ではなく、実際上の理由からも第三国法の選択が認められるべきと考えられるからである（山田鐐一『国際私法 第 3 版』（有斐閣、2004 年）320 頁とそこで挙げられる文献参照）。また前掲注（1）の史的展開の概観も参照。

（186）本文と全く同じ見解というわけではないが、類似した方向性として例えば前掲注（54）で挙げた見解を参照。さらに、純粋内国事案において無制限の抵触法的指定を認めようとする学説として、Schwander, Zur Rechtswahl im IPR des Schuldvertragsrechts in: Festschrift für Keller（1989）, S. 473ff.（478）; Harris, Mandatory Rules and Public Policy under the Rome I Regulation in: Ferrari/Leible, Rome I Regulation（2009）, S. 269ff.（336）. 横山前掲注（167）163 頁は、純粋内国事案にて当事者に「先進的な法」の抵触法的指定を認めない理由はない旨述べる。

（187）わが国の学説として例えば、高杉直『国際開発契約と国際私法―安定化条項の有効性と非国家法の準拠法適格性』阪大法学 52 巻 3・4 号（2002 年）475 頁以下、中林啓一「ユニドロワ国際商事契約原則と国際私法」立命館法学 293 号（2004 年）168 頁、溜池良夫『国際私法講義［第 3 版］』（有斐閣、2005 年）367 頁、中野俊一郎「国際訴訟・国際仲裁と非国家法の適用」山本顯治編『法動態学叢書・水平的秩序（4）紛争と対話』（法律文化社、2007 年）212 頁以下、西谷前掲注（1）8 頁。これに対し、森下哲朗「国際商取引における非国家法の機能と適用」国際法外交雑誌 107 巻 1 号（2008 年）35 頁以下は、訴訟において非国家法の抵触法的指定を認めない理由として挙げられる所論が説得的でないとしながらも、国内裁判所での適用の負担や困難という実際的理由から、非国家法の利用は仲裁手続に限定すれば十分と結論付ける。

る。紛争解決そのものを当事者の合意で民間人に委託する仲裁等の場合はともかく、そうでない裁判手続において、このような状況を受け入れることができるほどに国家法の役割が縮小しているとはいい難く、また当分のところはそうさせるべきでもないのではないだろうか。

（明治大学法学部専任講師）

［後記］

出口耕自先生には、大学院在学時から 20 年近くの長くにわたり公私ともに大変お世話になった。才能もなく努力家でもない私が、一応のところ国際私法学を研究し続けられているのは、先生の厳しいご指導と支援の賜物ゆえと思っている。この度のご退職に伴い、再びお会いしご指導を仰ぐことのできる機会が少なくなることは大変残念に思うところである。ともあれ、先生の今後も変わりないご健康とご多幸を祈念し、拙いながらも本稿を捧げさせていただきたい。

論　説

Refugee Protection in Japan: Systems and the Influences of International Human Rights Treaties

Tatematsu Miyako

1. Introduction
2. Historical background
（1）Acceptance of refugees from Indochina（since the late 1970s）
（2）Ratification of the Refugee Convention and concomitant amendments of domestic laws
（3）Third-country resettlement
3. Japan’s system for recognising refugees
（1）Outline of refugee recognition procedures
（2）Decisions on refugee recognition
（3）Examination request procedures
（4）Later procedures
4. Various rights of refugee applicants and recognised refugees in Japan
（1）Various rights of refugee applicants
（2）Convention refugees, individuals under complementary form of protection, and third-country resettlers
（3）Residence permission through humanitarian considerations
5. Influence of international human rights treaties on Japan’s recognition of refugees
（1）Domestic precedents
（2）Influence on the Immigration Control Policies
（3）State reports under the International Human Rights Treaties
6. Conclusion

1. Introduction

Since the onset of the COVID−19 pandemic in 2020, countries significantly limited international travel to prevent the spread of infection. Japan was no exception, experiencing a drastic decline in the influx of foreign nationals to nearly one−tenth of pre-pandemic levels.(1) This situation prompts reflection on the restrictions imposed by domestic laws in protecting national safety, public health, and other concerns, despite the recognition of freedom of movement as a basic human right. Presently, individuals' right to reside elsewhere remains undefined.(2)

As of 2023, Japan lacks a comprehensive system for accepting foreign workers; individuals need a visa for entry and a designated status to remain upon entry or extend their stay. The Immigration Services Agency department oversees the examination of these matters, holding authority over accepting and approving applications for continued stay, refugee recognition, supplementary form of protection, and deportation. The governing legislation guiding the Immigration Services Agency's operations is the Immigration Control and Refugee Recognition Act（the Immigration Control Act）(3) enacted in 1981. This Act governs immigration and refugee recognition and falls under the supervision of the Immigration Services

---

（1） On the number of foreign nationals entering Japan, see the statistics from the Immigration Services Agency, Ministry of Justice, 'Shutsunyūkoku kanri tōkei tōkei hyō'［Statistical tables of immigration control statistics］,〈https://www.moj.go.jp/isa/policies/statistics/toukei_ichiran_nyukan.html〉accessed September 23 2023

（2） Obata Kaoru,'Imin Nanminhō niokeru Seigihōu Hihan−"Chikyūjyōno Dokokani Sumu Kenri" no tameni'［A Critique of the Theories of Justice in the Sphere of Refugee and Migration Law: In the Light of the "Right to Reside Somewhere on the Earth"］（2015）34 *Yearbook of World Law* 111–126.

（3） With the ratification of the Refugee Convention, the Immigration Control Order, which had previously only provided for entering and departing from Japan, was amended to form the Immigration Control and Refugee Recognition Act. For an English translation by the Ministry of Justice, see Immigration Control and Refugee Recognition Act,〈www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=3549&vm=04&re=01&new=1〉accessed 22 August 2020.

Agency, an external organ of the Ministry of Justice.

One challenge within Japan's refugee system is the limited number of individuals recognised as refugees.(4) Entry into Japan requires foreign nationals to possess avalid passport and visa. Those who intend to stay for 90 days or less without engaging in any remunerative activity are eligible for a "short-term stay visa." Employment visas cater to work and extend stays (90 days or more), a "general visa" addresses international students, and a "special visa" is designated for individuals married to Japanese citizens.(5) However, visas permitting employment require the specification of a workplace or sponsoring organisation before entry. Notably, Japan lacks a system enabling individuals to seek employment post-entry or enter as immigrants. Consequently, discussions surrounding Japan's recognition often intertwine with problems of residency status and forced deportation, contributing to a perceived complication.(6)

---

(4) The Human Rights Committee expressed concern at the low rate of refugee recognition in its review of Japan's fifth periodic report of States parties in 2008. Concluding observations of the Human Rights Committee, CCPR/C/JPN/CO/5, para.25.

(5) Ministry of Foreign Affairs, "Visa", 〈https://www.mofa.go.jp/mofaj/toko/visa/index.html〉, accessed 3 October 2023.

(6) Sam Blay, 'Regional Developments: Asia' para. 34, 156, in *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: a commentary*, Zimmermann, Andreas (ed), Oxford Univ. Press, 2011, claims 'The Immigration Bureau detains every foreign national without the status of a resident'. The Immigration Control Act before the 2023 amendment also stipulated a 'provisional release' system under which individuals were temporarily released from detention if they had health reasons, the need to prepare for leaving the country, or other grounds (Art. 54). Immigration Services Agency, 'Shūyō, menkai, sashiire, karihōmen' [Detention, meetings and outside supplies, provisional release], 〈https://www.moj.go.jp/isa/applications/procedures/tetuduki_taikyo_syuuyou_00001.html〉 accessed 3 October 2023. Illegal residents numbered about 79, 101 as of July 1, 2023. Immigration Service Agency, 'Honpō ni okeru fuhō zanryūsha sū ni tsuite (Reiwa 5-nen 7-gatsu 1-nichi genzai)' [On the number of individuals overstaying visas in Japan (as of 1 July 2023)]

〈https://www.moj.go.jp/isa/content/001403958.pdf〉 accessed 2October 2023. The Immigration Control Act before the 2023 amendment provided that illegal residents would be detained in detention facilities until deportation, and those who refused to be repatriated were detained over a long time. In 2021, amidst the COVID-19 pandemic, of the 3,224 individuals who refused repatriation, 79 were detained, 2,546 were on provisional release, and 599 had absconded while on

Professor Takizawa Saburō ascribes the low number of refugees accepted by Japan to Japan's failure in satisfying geographic conditions, historical ties, the presence of a community of compatriots, language, the impressions of a country that refugees may have when selecting a destination country, the weakness of its social infrastructure for accepting refugees, and its utilization of the 1951 Refugee Convention as a criteria for recognising refugee status.(7)

This paper outlines the history of refugee acceptance in Japan and its refugee recognition system as of 2023 and compares the rights of applicants for refugee status, Convention refugees,(8) individuals with residence permission through humanitarian consideration, and those who came to Japan as refugees wishing to settle in a third country. Additionally, it examines the Human Rights Committee's Concluding Observations on Japan's state reports under the International Covenant on Civil and Political Rights and analyses their mentions of asylum-seekers' protection in Japan.

---

provisional release. Immigration Services Agency, 'Shutsunyūkoku zairyū kanri no genjō ②' [Current state of immigration and residency control (2)] 〈https: //www. moj. go. jp/isa/content/001391850. pdf〉 accessed 2 Oct. 2023. To improve conditions in detention, the 2009 amendment of the Immigration Control Act added Article 61-7-2 to the Act, and the Immigration Detention Facilities Visiting Committee, a third-party organ, was established in July 2010. The committee visits detention facilities, meets with detainees who wish to do so, and interviews them about their issues. Based on these visits, the committee suggests improvements, and the Ministry of Justice publishes on its website measures that the facilities take in response. Immigration Services Agency, 'Kaku nyūkoku shūyōjo tō shisatsu iinkai no iken ni tai suru kentō kekka hōkoku (gaiyō) ichiranhyō' [List of reports on the results of examinations in response to opinions of the inspection committees of immigrant detention centers, etc. (outline)] 〈https: //www. moj. go. jp/isa/content/001402187.pdf〉 accessed 30 September 2023. For details about deportation, see Immigration Services Agency, '2022 Immigration Control and Residency Management' ,47-67, 〈https://www.moj.go.jp/isa/content/001385114.pdf〉 accessed 19 September, 2023.

(7) Takizawa Saburō, 'Nihon no "nanmin seisaku"no kadai to tenbō' [Issues and outlook for Japan's 'refugee policy'] (2017) 662 *International Affairs*, 40.

(8) 'Convention refugees' refers to individuals who are recognised as refugees within the meaning of the Refugee Convention under the Immigration Control Act. This term is used for convenience throughout this paper.

2. Historical background

（1）Acceptance of refugees from Indochina（since the late 1970s）

Japan's acceptance of refugees after World War II began with refugees from Indochina in the late 1970s.(9) Indochinese refugees, mainly from Vietnam, Laos, and Cambodia, were accepted according to Cabinet decisions at the time because domestic laws had not been developed due to Japan not being a state party to the Refugee Convention at the time.(10)

First, under a cabinet understanding of 24 June 1975, emergency relief measures focusing on economic support were implemented for Vietnamese and Cambodian students in difficult economic circumstances who were resident in Japan,(11) and boat people were also permitted to land in Japan temporarily. As Indochinese refugees continued entering Japan thereafter, the Japanese Cabinet made decisions to open temporary residence facilities, provide medical treatment, and offer occupational and technical training as necessary after 1977. A Cabinet understanding of 28 April 1978 permitted temporary resident Vietnamese to settle, and this was later expanded to include individuals from Laos and Cambodia. Those desiring long-term residence were provided with Japanese language education, employment referral, and occupational training.(12) More than 10,000 Indochinese refugees settled in Japan between 1978 and 2000,(13) after which this initiative ended.

（9） Ministry of Foreign Affairs, 'Refugee Assistance', 〈www.mofa.go.jp/policy/un/pamph2000_archive/refugee.html〉 accessed 13 August 2023.

（10） Cabinet Office, 'Indoshina nanmin no teijū kyoka ni kan suru kakugi ryōkai no suii'［Changes to cabinet understandings on permission for Indochinese refugees to settle］, 1〈www.cas.go.jp/jp/seisaku/nanmin/yusikishakaigi/dai4/siryou2.pdf〉 accessed 17 August 2023.

（11） ibid 2.

（12） ibid 3.

（13） Ministry of Foreign Affairs of Japan, 'Refugee Assistance'（n 9）.

（2） Ratification of the Refugee Convention and concomitant amendments of domestic laws

As Japan's involvement with the refugee problem suddenly deepened with the vast influx of refugees from Indochina from 1979 onward, the Japanese government thought it desirable to improve protection and relief for refugees by becoming a state party to the Refugee Convention and also sought to expand its international cooperation.(14) Japan ratified the Refugee Convention in 1981 and the Protocol in 1982. When doing so, the Cabinet decided that the Minister of Justice would supervise the refugee system in Japan.(15) At the time, Japan was not expecting refugees other than those from Indochina, and the government did not recognize the need to establish a ministry in charge of refugees.

In conjunction with the ratification of the Refugee Convention, Japan amended the Immigration Control Order to create the Immigration Control Act, which includes provisions for a refugee recognition system. Additionally, because of the necessity of implementing social security systems for individuals recognised as refugees under the Immigration Control Act, mirroring the provisions for Japanese citizens, and performing its obligations as a state party to the Convention, Japan partially amended the National Pension Act, Child Rearing Allowance Act, Act on Special Child Rearing Allowance, and Child Allowance Act, and also removed the previous nationality requirements for social security systems, and enacted the law from 1982.(16)

Thereafter, in 2004, a provisional stay permission system was implemented to stabilize the legal status of those refugee applicants who are illegal residents in

---

（14） Ministry of Foreign Affairs, 'Nanmin jōyaku' [Refugee Convention], 5, 29〈www.mofa.go.jp/mofaj/press/pr/pub/pamph/pdfs/nanmin2.pdf〉accessed 14 August 2023.

（15） Ministry of Justice, 'Nanmin nintei seido ni kan suru kentō kekka（saishū hōkoku）' [Results of evaluation of refugee recognition system（final report）]（submitted 16December 2003）〈www.moj.go.jp/nyuukokukanri/kouhou/nyukan_nyukan13-16.html〉accessed 14 August 2023.

（16） Ministry of Foreign Affairs, "Refugee Convention'（n 14）26–29.

Japan. With this legal status, if an irregular resident applies for refugee status, they will receive permission to stay provisionally in Japan if they fulfil certain conditions, regardless of whether they are irregular residents with no residence status.(17) Even if there are grounds for deportation of the applicant, the deportation proceedings will be suspended and the applicant will be released from detention while a decision is being made on the refugee application（including appeals）.(18) In the same year, a system was established by which refugee examination counsellors would give opinions to ensure the fairness and neutrality of the procedures for refugee applicants to appeal against decisions to not grant refugee status.(19)

Furthermore, the government provided living support payments（public assistance payments）to refugee applicants living in difficult circumstances from 1982 and emergency accommodation facilities for those with no place to live from December 2003.(20) As a general rule, the maximum payments are ¥1,600 per day

---

（17） Conditions for permission for provisional stay include being a person to whom an event making them a refugee occurs after they enter Japan or during their stay in Japan and filing an application for refugee status within six months of learning that fact, and entering Japan directly from a territory where the person was at risk of persecution under the Refugee Convention. Immigration Services Agency, ‘Nanmin nintei seido: 2. Kari-taizai no kyoka’［Refugee recognition system: 2. Permission for provisional stay］〈https://www.moj.go.jp/isa/applications/procedures/nanmin_00001.html〉, accessed 14 August 2023. Immigration Service Agency, Ministry of Justice, ‘Nanmin nintei gyōmu ni tsuite’［Concerning refugee recognition operations］〈www.moj.go.jp/content/001245719.pdf〉5, accessed 14 August 2023.

（18） ibid., Immigration Service Agency, ‘Refugee recognition system’. Permission for provisional stay is generally granted for six months and must be renewed. Those receiving permission for provisional stay are restricted in terms of residence and the scope of their activities and are prohibited from working. Following the amendment of the Immigration Act in 2023, the suspension of deportation of applicants for refugee and complementary form of protection is now subject to restrictions, as discussed below.

（19） Immigration Service Agency, ‘Nanmin shinsa san’yoin seido ni tsuite’［Concerning the refugee examination counsellor system］〈https://www.moj.go.jp/isa/publications/materials/nyukan_nyukan58.html〉accessed 28 August 2023.

（20） Cabinet Secretariat, ‘Nanmin shinseisha e no shien ni tsuite’［Concerning support for refugee applicants］（dated 8 July 2004）〈www.cas.go.jp/jp/seisaku/nanmin/040708sien.html〉accessed 3 December 2023.

for living expenses, ¥40,000 per month for accommodation expenses, and ¥30,000 per month for medical expenses. However, the rapid rise in refugee applicants in 2009 put pressure on this budget, and with the review of operations in March 2010, applicants were universally allowed to start work to stabilise their lifestyle once six months had passed from their application, if they wished to do so.(21)

In 2019, the Ministry of Justice presented a Basic Plan for Immigration and Residency Management,(22) which clarified residence permission through humanitarian considerations. The plan allowed for individuals who did not fulfil the criteria for refugee status under the Refugee Convention, but still required humanitarian consideration, to be granted residence permission in Japan as an evacuation opportunity, based on international social trends and given norms under international human rights laws, and it set out the eligible individuals.(23)

In 2023, the Immigration Control Act was extensively amended.(24) First, a new procedure was created to recognise those who did not fulfil the grounds for the five persecution requirements under the Refugee Convention as 'persons eligible for complementary form of protection'（Immigration Control Act, Art. 61−2（2））. These individuals can stay with the residence status of 'long−term resident', similar to a

---

（21） Immigration Bureau, Ministry of Justice, 'Nanmin nintei seido no un'yōno saranaru minaoshi go no jōkyō ni tsuite' 3［Concerning the state of operation of the refugee recognition system after further review］〈www.moj.go.jp/content/001270500.pdf〉 accessed 20 August 2023. Employment is permitted only for those who hold legitimate residency status at the time they apply for asylum.

（22） Ministry of Justice, *Basic Plan for Immigration and Residency Management*.〈https://www.moj.go.jp/isa/content/930002141.pdf〉 77−87, accessed 30 October 2023.

（23） ibid. The applicant's home country being in civil war can be confirmed as an example of a dispute evacuation opportunity, and frequent sexual violence against women, while the home country's police and/or judicial system being weak can be confirmed as an example of residence permission through humanitarian consideration. Immigration Service Agency, 'Case examples of residence permission through humanitarian consideration and the key points in the determination', 〈https://www.moj.go.jp/isa/content/930005071.pdf〉 23, accessed 28 November 2023.

（24） Immigration Services Agency, 'Nyūkanhō kaisei an ni tsuite'［On the draft amendment to the Immigration Control Act］, 〈https: //www. moj. go. jp/isa/laws/bill/05_0007. html〉 accessed 7 October 2023. ISA,'Nyūkanhō tō Kaiseihō no Gaiyō tō'［Summary of the amended Immigration Act.］〈https://www.moj.go.jp/isa/content/001404358.pdf〉, accessed 11 December 2023.

refugee under the Refugee Convention, and can benefit from long-term residence support programmes（Japanese language education, everyday life guidance, provision of accommodation, everyday life support）.(25)

Under the Immigration Control Act *before* the 2023 amendments, a person who did not fall within the definition of a refugee under the Refugee Convention was allowed to stay based on humanitarian concerns and was granted a status of residence（Designated Activities）.(26) Since Russia invaded Ukraine in late February 2022, about 2,000 Ukrainian evacuees have been accepted through a Cabinet decision. They were given a status of residence that allowed them to work（Designated Activities, One Year）and enrol in the national health insurance system; they have also been issued a certificate proving that they are Ukrainian evacuees.(27) Ukrainian evacuees who have no guarantor have been provided with temporary

---

（25） Immigration Services Agency, 'Hokanteki hogo taishōsha e no shien ni tsuite'［Support for persons subject to complementary protection］,〈https: //www. moj. go. jp/isa/support/fresc/12_ 00122. html〉accessed 11 December 2023. The complementary form of protection system is implemented from 1 December 2023. Immigration Service Agency, 'Hokantekihogo taishōsha to sono Kazoku no tameno teijyū shien proguramu', [Programmes of settlement assistance for individuals subject to complementary protection and their families]，〈https: //www. moj. go. jp/isa/content/001403710.pdf〉, accessed 11 December 2023.

（26） Owing to the unstable state of affairs in Myanmar after its military's *coup d'état* on 1 February 2021, Myanmar nationals wishing to stay in Japan were granted residence permits as an emergency evacuation measure on humanitarian grounds. Immigration Service Agency of Japan, 'Hongoku jōsei wo fumaeta zairyū myanmā-jin no kinkyū hinan sochi, Kaitei'［Emergency evacuation measures for resident Myanmar nationals given the situation in Myanmar（revised）］,〈https: //www.moj.go.jp/isa/content/001349360.pdf〉, accessed 10 October 2023. Through this system, 9,527 Myanmar nationals were permitted to stay in Japan on the basis of humanitarian concerns as of the end of December 2022. Of all the those who applied as refugees in 2022, 1,760individuals including Myanmar nationals, were permitted to stay on the basis of humanitarian concerns owing to circumstances or conditions in their countries of origin and were granted the status of residence of designated activities. Immigration Services Agency, 'Reiwa 4-nen ni okeru nanmin ninteisha sū tō ni tsuite'［On the number of persons recognized as refugees in 2022］,〈https://www.moj.go. jp/isa/content/001393012.pdf〉accessed 1 September 2023.

（27） \Immigration Services Agency, 'Ukuraina hinanmin ni kan suru jōhō'［Information on Ukrainian evacuees',〈https://www.moj.go.jp/isa/publications/materials/01_00234.html〉accessed 9 October 2023.

accommodation and lifestyle support residences and supplied with Japanese language education and living expenses.(28) Even if individuals who were forced to leave their country were not recognised as refugees under the Refugee Convention, the government handled their situation flexibly in this form.

However, this setup lacks provisions as a legal system—it relies on the discretion of the Minister of Justice. The 2023 amendment on the Immigration Control Act, ［Art.61-2（2）］makes it possible for individuals in this situation to be recognised as a new category of individuals eligible for complementary form of protection, who are considered to have greater legal stability by being eligible for legal protection rather than staying at the minister's discretion.

Second, the amended act split from those for refugee recognition（Immigration Control Act, Art. 50（1））and developed the application procedures for special permits for residence. The circumstances for consideration, which are to be taken into account in these procedures, are listed in Article 50（5）of the Act. If a permit is not granted, the applicant is to be notified of the reasons for that decision（id., Para.（10））. This amendment is considered to improve the transparency of decisions on granting permits.

Third, repatriation is no longer generally suspended during a refugee application albeit with conditions. Before the 2023 amendment, repatriation was suspended when a refugee claim was made. Under the amended Act ［Art.61-2-9（4）］, individuals who are making their third or further application for recognition as a refugee without making new assertions, persons who have received a sentence of three or more years of imprisonment without probation, and terrorists will not have their repatriation suspended—they can be deported. However, even if a person is making their third or further application, if they can submit 'documents with sufficient grounds' to be recognised as a refugee or individuals eligible for complementary form of protection, they will be ineligible for deportation.

（28） Immigration Services Agency, 'Ukuraina hinanmin no ukeire, shien tō no jōkyō ni tsuite'［On the state of acceptance, support, etc. of Ukrainian evacuees］（dated 6 October 2023）,〈https://www.moj.go.jp/isa/content/001388202.pdf〉accessed 9 October 2023.

Fourth, the amendment revised provisions that stipulated detention in principle for persons subject to repatriation. Persons who refused repatriation were sometimes detained for longer. The detention of persons refusing repatriation was prolonged, and the only way to be released from it was through a system of 'provisional release', which originally only allowed for temporary release from detention for health reasons and other reasons. However, the current amended Immigration Control Act created a new system of 'custodial measures' that allows a family member or acquaintance to assume custody of the detained person and be appointed their 'custodian', after which the detainee moves forward with deportation procedures without being detained, under the supervision of the custodian（Immigration Control Act, Art. 44−2, etc.）. This amendment significantly changed the provisions of the Immigration Control Act, which previously provided for detention in principle. The necessity of detention is considered for each case, and a decision is made that also includes the extent of the risks, such as flight, and the detriment that the person will suffer owing to detention. The necessity of detention is reviewed every three months for individuals currently in detention, and a mechanism has been introduced to transfer persons who need not be detained to supervision measures（Immigration Control Act, Art. 52−8）.[(29)] These revisions to the system make detention more limited and remedy long−term detention.

（3）Third−country resettlement

Third-country resettlement means the transfer of individuals who initially sought asylum at a refugee camp in the first asylum country to another country that agreed to accept them and then grant them the right to stay long−term. The UNHCR

（29） Immigration Services Agency, 'On the draft amendment to the Immigration Control Act',（n24）. Some of the 2023 amendments are to be enacted from 1 November 2023; all will be enacted within one year at the latest.〈https://www.moj.go.jp/isa/laws/bill/index.html〉accessed 7 October 2023. Maeda Naoko, "Nyukanhou Kaisei to Nihon no Nanmin Ninteiseido no Genzai: Kokusaijinkenhou no Shiten kara", ［Revision of the Immigration Control and Refugee Recognition Act and Japan's Refugee Recognition System in the Present: A Perspective on International Human Rights Law］,（2023）, 1591, *Jurist* 72−77.

lists voluntary repatriation, integration in the first asylum country, and third-country resettlement among the long-lasting solutions to the refugee problem.[30]

With the 2008 Cabinet decision, the acceptance of refugees for third-country resettlement began addressing the refugee problems occurring in Asia.[31] From 2010, Japan accepted Myanmarese families staying in Thai refugee camps, from 2015, Myanmarese refugees staying in Malaysia,[32] and from 2020, the scope has been expanded to refugees staying in the Asia region.[33] Concurrently, Japan also began to accept the families of refugees who have come to Japan under resettlement.[34] As of October 2023, Japan has accepted 250 individuals.

Under third-country resettlement,[35] Japan receives a list of applicants who live in Asian countries without refugee status and wish to settle in Japan from the United Nations High Commissioner for Refugees（UNHCR）and selects them based on their documents. Then, with the cooperation of UNHCR and the International Organization for Migration（IOM）, the Japanese government conducts interviews at the first asylum country. The IOM under contract from the Japanese government provides them with pre-exit training, including a health check, lifestyle orientation, and Japanese language training. Resettlers come to Japan after receiving this training, and after entering the country, they are provided

---

（30） UNHCR, “Solutions”,〈https://www.unhcr.org/uk/what-we-do/build-better-futures/solutions〉accessed 11 October 2023.

（31） Cabinet Secretariat, ‘Daisankoku teijū ni yoru nanmin no ukeire ni kan suru pairotto kēsu no jisshi ni tsuite’［Concerning the conduct of pilot cases on accepting refugees through third-country resettlement］,〈www.cas.go.jp/jp/seisaku/nanmin/081216ryoukai.html〉accessed 22 August 2020.

（32） Ministry of Foreign Affairs, ‘Daisankoku teijū jigyō no gaiyō’［Outline of the third-country resettlement project］2,〈https://www.mofa.go.jp/mofaj/files/000343330.pdf〉accessed 23 August 2023.

（33） ibid.

（34） ibid.

（35） Cabinet Secretariat,‘Daisankoku teijū ni yoru nanmin no ukeire ni kan suru gutaiteki sochi ni tsuite’［On specific measures concerning the acceptance of refugees through third-country resettlement］,〈https: //www. cas. go. jp/jp/seisaku/nanmin/pdf/r010628_1. pdf〉 accessed 11 October 2023.

with a settlement assistance programme provided by the government（Japanese language training and lifestyle guidance）and are introduced to employers, etc. There is also support for the refugees' lifestyle and other programmes after they settle.(36)

The construction of this system means that it has been included in the national budget and settlement assistance programmes have been put into action. Even if only a few individuals are accepted, the fact that a certain number of third-country resettlers come to Japan each year may contribute to diversity in the community.

3. Japan's system for recognising refugees

（1）Outline of refugee recognition procedures

The details of refugee recognition procedures are according to Article 61-2 of the Immigration Control Act and also include the information described on the Immigration Services Agency website,(37) and the following procedures. An application for recognition as a refugee begins with the submission of a refugee status application form(38) filled out by the foreign citizen staying in Japan who

---

（36） ibid.

（37） Immigration Services Agency, 'Refugee recognition system'', （n17）. The guide on refugee recognition procedures is published in thirteen languages besides Japanese: English, Turkish, Burmese, Korean, Chinese, French, Spanish, Arabic, Persian, Russian, Urdu, Dari, and Pashto ,' Nanmin nintei tetsuduki', ［Refugee recognition procedure］,〈https://www.moj.go.jp/isa/applications/procedures/16-6.html〉, accessed 12 December 2023. The Immigration Act was amended in 2023 and the complementary form of protection came into force on 1 December of the same year. Accordingly, applications for complementary protection are made on the same application forms as refugee application. The system of recognition of complementary protection is almost identical to that of refugee status.

（38） The PDF version of the application forms is prepared on the Immigration Service Agency web page 'Nanmin nintei shinseisho' ［Refugee recognition application forms］ in English, Amharic, Arabic, Indonesian, Urdu, Cambodian, Sinhalese, Spanish, Swahili, Thai, Tagalog, Tamil, Dari, Turkish, Nepalese, Pashto, Punjabi, Hindi, French, Vietnamese, Persian, Bengalese, Portuguese, Burmese, Mongolian, Russian, Korean, and Chinese.〈https://www.moj.go.jp/isa/applications/procedures/nyuukokukanri03_00091.html〉accessed 12 December 2023.

wishes to apply for refugee status to the regional immigration office with jurisdiction over the applicant's place of residence. If the applicant is under sixteen years of age or cannot attend the office due to illness or another reason, their parent, spouse, child, or relative may apply on their behalf. The provisions limiting the term for refugee applications were deleted as a result of the 2005 amendments to the Immigration Control Act.

The September 2015 amendments to the Administrative Handling Guidelines for Refugee Recognition were applied to refugee applications submitted on or after 15 January 2018.(39) Under these amendments, the chief examiner must classify refugee applications within two months of receiving them and determine whether to permit work and impose residence restrictions according to the classification.(40)

Applications are allocated into four groups, lettered A to D.(41) Group A are those that appear likely to be refugees under the Refugee Convention and that appear likely to require humanitarian consideration due to circumstances in the home country, etc. Group B consists of cases where the applicant asserts conditions that do not constitute persecution under the Refugee Convention. Applications that are classified as Group B become Group D if it is necessary to examine the need for humanitarian consideration. Group C are reapplications in which the applicant does not have legitimate grounds and repeats similar assertions to the previous application. In other words, Group C covers cases in which the authorities have

---

（39） The awareness that applying for refugee status would enable the applicant to work in Japan spread, causing an increase in the number of applicants, which led to the amendment aimed at preventing such abuse and misuse of the system. Reuters, 'Hōmushō, nanmin shinsei-go 6-kagetsu de no shūrō kyoka o haishi, zairyū no seigen kyōka' [Ministry of Justice abolishes work permit at 6 months after refugee application, strengthens restrictions on residence], 12 January 2018〈https://jp.reuters.com/article/japan-immigrants-idJPKBN1F10MC〉 accessed 22 August 2020. *Asahi Shinbun*, 'Nanmin shinseisha no shūrō, ōhaba seigen e, hōmushō shomen shinsa de senbetsu' [Work for refugee applicants to be widely restricted, Ministry of Justice selection by document screening] 12 January 2018, 〈https://digital.asahi.com/articles/ASL1C7F61L1CUTIL04V.html〉 accessed 22 August 2020.

（40） Immigration Bureau, 'Further review'（n 21）2.

（41） ibid 3.

already decided not to grant the applicant refugee status and the applicant has submitted the same application. Group D covers everything else.(42)

Recognition of refugee status is granted based on the materials submitted by the applicants. Applicants are required to prove that they are refugees by themselves. If the materials to prove this are written in a foreign language, a Japanese translation must be attached.(43)

After applying, applicants are interviewed by a refugee investigator, who is an officer of the Immigration Services Agency, as part of fact-finding（Immigration Control Act, Art. 61-2-14）. The interview is also attended by an interpreter arranged by the agency.(44) The substance of the interview is recorded as a record of a statement, which is read out through interpretation after it is completed. Applicants may request to correct the record at this time and sign it afterwards. If the materials alone are not sufficient for proof, the refugee investigator is permitted to make inquiries with government offices and public and private organisations to verify the facts in the applicant's petition. Based on the application submitted by the refugee and the interview, the director of the regional immigration agency decides whether to grant refugee status under authority delegated by the Minister of Justice.(45) Applicants who are recognised as refugees receive a certificate of refugee

---

（42） The results of external experts' verification of whether the allocation of applications was appropriate were published. Ministry of Justice, 'Nanmin nintei seido un'yōno minaoshi jōkyō ni kan suru kenshō kekka ni tsuite'［Concerning the verification results on the state of review of refugee recognition system operation］28 July 2017.〈www.moj.go.jp/nyuukokukanri/kouhou/nyuukokukanri08_00033.html〉accessed 7 September 2023.

（43） Immigration Services Agency, 'Nanmin nintei tetsuzuki annai'［Refugee recognition procedure guide］4,〈www.immi-moj.go.jp/tetuduki/nanmin/pdf/japanese.pdf〉, accessed 14 August 2022.

（44） The interpreters arranged by the Immigration Services Agency are not required to be qualified, and they have been criticised for the lack of objective security regarding their quality and abilities. Seki Sousuke, 'Zoku Nihon no nanmin nintei seido no genjō to kadai（Tokushū nanmin 'hogo' o kangaeru）'［The Situation and Problems with the Refugee Recognition Procedure in Japan Revisited］,（2012）2 *Refugee Studies Journal* 10.

（45） From June 2019, the authority to decide refugee status, which had been held exclusively by the Minister of Justice, was delegated to the directors of the regional immigration bureaus while also being retained by the Minister of Justice.

recognition. The Japan Federation of Bar Associations（JFBA; Nichibenren）criticises that adult applicants are generally not permitted to have a lawyer or other acquaintance attend the interview with them.[46]

（2）Decisions on refugee recognition

Refugee recognition in Japan relies on Article 2（iii-2）of the Immigration Control Act, which is based on the Refugee Convention and its protocol. However, these documents are not free from ambiguities, and the Immigration Services Agency has published on its website examples of the decisions to recognise or not recognise that it has made.[47] The Agency published 'Guidelines for Determining Refugee Eligibility' in March 2023.[48] To prepare this document, the Agency sought advice from the Expert Committee on the Refugee Recognition System under the Sixth Immigration Control Policy Council, used precedents in practice and the courts concerning refugee recognition as bases, referred to documents, and received advice from the Office of the UNHCR, and referred to guidelines published in various countries.[49] Having immigration personnel refer to these guidelines in their refugee recognition work is expected to produce appropriate,

---

（46） Japan Federation of Bar Associations, 'Proposals on Refugee Status Recognition System and Status of Refugee Applicants in Japan' 21 February 2014: '（3）（iii）Status of a legal counsel acting as an attorney should be adequately recognized, and his/her attendance at the interviews should be permitted as rights of the Applicants and the attorney';〈www. nichibenren. or. jp/en/document/opinionpapers/140221.html〉accessed 22August 2020. The Japan Legal Support Center provides free, legal support and advice from lawyers by telephone consultation（in nine languages）Japan Legal Support Center, 'Legal Information for Foreign Nationals'〈www. houterasu.or.jp/multilingual/index.html〉, accessed 22 August 2023.

（47） Immigration Services Agency, 'Nanmin to shite nintei shita jirei tō ni tsuite'［On examples recognised as refugees, etc.］〈https: //www. moj. go. jp/isa/content/001393015. pdf〉accessed 14 October 2023.

（48） Immigration Services Agency, 'Nanmin gaitōsei handan no tebiki'［Guidelines for Determining Refugee Eligibility］（March 2023）,〈https://www.moj.go.jp/isa/content/001393172.pdf〉accessed 4 September 2023.

（49） Immigration Services Agency, 'Nanmin gaitōsei no tebiki no sakutei ni tsuite'［On the formulation of the refugee eligibility guidelines］,〈https: //www. moj. go. jp/isa/publications/press/07_00036.html〉accessed 21October 2023.

efficient examinations.(50)

A characteristic of the newly adopted guidelines is that they explicitly refer to persecution relating to belonging to a sexual minority and facing gender-based discrimination in the 'specific social groups'.(51) Moreover, concerning gender-based discrimination, the guidelines note that female genital mutilation (FGM), in particular, is a violation of the victim's life or body and constitutes persecution.(52) The guidelines further state that the living situation in the country of a woman's nationality should be considered when recognising gender-based discrimination.(53) The protection of the country of nationality has also been described in more concrete detail.(54) These guidelines have more concrete information on what to refer to when applying, but ultimately, the guidelines highlight establishing a thorough understanding of the applicant's individual circumstances.

(3) Examination request procedures

Applicants who are not recognised as refugees can request an examination with the Minister of Justice within seven days of receiving notice denying recognition (Immigration Control Act, Art. 61-2-9 (1)and (2)). The request for examination is also made in writing to the regional immigration bureau with jurisdiction over the applicant's place of residence.(55) The Minister of Justice determines the examination request (Immigration Control Act, Art. 61-2-9 (1)).

A refugee examination counsellor system was enacted in 2005, in which three counsellors form each panel. As of 2022, there are 118 counsellors on 34 panels.(56)

---

(50) ibid.

(51) Immigration Services Agency, 'Guidelines ' (n 48) 10-12.

(52) ibid., 12.

(53) ibid., 13.

(54) Ibid., 15-17.

(55) Immigration Service Agency, 'Refugee recognition procedure guide' (n 43) 6.

(56) Immigration Service Agency, 'Concerning the refugee examination counsellor system' (n 19). Refugee examination counsellors must be appointed from persons of reputable character who are

Examination by counsellors consists of an investigation of the documents and evidence submitted by the applicant and oral statements of opinion by and interviews with the applicant.(57)

The examination interview is conducted in the language desired by the applicant with an interpreter in attendance. Attorneys are also permitted to participate. After the investigation and interview, the three refugee examination counsellors submit one written opinion, which the Minister of Justice refers to when rendering a final determination and issuing a judgment.(58) The counsellors' opinion is not legally binding, but the Minister of Justice respects their opinion when making a judgment.(59) If the judgment finds that the denial of recognition was in error, the applicant is recognised as a refugee, whereas if the applicant's examination request is found to be groundless, the refugee recognition procedures terminate.

With the enactment of the new Administrative Appeal Act on 1 April 2016, the individual requesting examination because their refugee application was not recognised may now request the presence of the regional immigration officer at the interview. When doing so, the applicant is required to indicate whether they will be

---

capable of making fair judgments on the objection filed in connection with denial of refugee status and who have an academic background in law or current international affairs. They are appointed by the Minister of Justice on recommendations from the UNHCR, Japan Federation of Bar Association, Refugee Assistance Headquarters, and NGOs. In addition to recommending refugee counsellors, the UNHCR conducts workshops and lectures for counsellors and refugee examiners. There is no system for UNHCR to participate in the interview and screening of applicants.

（57） Oral statements of the counsellors' opinions were made at the objecting party's request, but as a result of the enforcement of the amended Administrative Appeal Act, it was held that there was no need to provide an opportunity to state opinions if the written statement contained no grounds for refugee status. For a criticism of this point, see the JFBA statement. Japan Federation of Bar Associations, 'Explanatory Text for the JFBA President's Statement on the Draft Revision of the Immigration Control and Refugee Recognition Act in Line with the Revision of the Administrative Appeal Act' 〈www. nichibenren. or. jp/en/document/statements/140523. html〉 accessed 4 September 2022.

（58） Immigration Service Agency, 'Concerning the refugee examination counsellor system'（n 19）.

（59） ibid.

asking questions and, if so, the substance of the questions.

（4）Later procedures

Before the 2023 amendment of the Immigration Control Act, applicants not found to meet the criteria for refugee status were not subject to any restrictions on the number of times they could apply—they could apply for refugee recognition several times.(60) A different form from the initial application form is prepared in this case, and the applicant must indicate the state of their previous refugee recognition application, whether there are new grounds for applying for refugee recognition, and if there are, the contents thereof. Additionally, it is possible to file an administrative action, which the applicant must do within six months of the denial of recognition（Administrative Case Litigation Act, Art. 14）.

Moreover, before the 2023 amendment of the Immigration Control Act, applicants would generally have their repatriation under a forcible deportation order suspended while they were applying for refugee recognition. However, the amendment enabled applicants to be deported even during a refugee application if they were applying for refugee recognition for a third or further time and had not introduced any new assertions. Repatriation is suspended if they submit ‘documents with reasonable grounds’ allowing them to be recognised as a refugee or as eligible for a complementary form of protection. Additionally, application procedures were also created for existing special permission to stay, apart from a complementary form of protection. This is predicted to enable applicants to file an application that would suit their individual circumstances, rather than for every status of residence in the application for refugee recognition.

（60） Of the 3,772applicants for refugee status in 2022, 1,202（approx. 32%）had applied several times. Immigration Services Agency, ‘Reiwa 4-nen ni okeru nanmin ninteisha sū tō ni tsuite’［On the number of recognized refugees in 2022, etc.］〈https://www.moj.go.jp/isa/content/001393012.pdf〉3. accessed 30 September 2023.

4. Various rights of refugee applicants and recognised refugees in Japan

（1）Various rights of refugee applicants[61]

The rights afforded to applicants for refugee recognition differ depending on their residence status when they apply and the way their application is classified.[62] Initial applications that are likely to be for refugees under the Refugee Convention（Group A）are promptly granted the ‘Designated Activities（work permitted）’ residence status. For Group B, in which the applicant asserts conditions that do not constitute persecution under the Refugee Convention（excluding cases where humanitarian consideration is needed）, work and residence are restricted. Group D issues are handled differently depending on the situation at the time of application. Individuals who apply after ceasing visa activities and individuals who apply during the departure preparation period[63] are granted the ‘Designated Activities

（61） Handbooks for refugee applicants, refugees, and others to live in Japan are published on supporting NGOs’ websites, for example, the Japan Association for Refugees website〈www.refugee.or.jp/for_refugees/#living〉accessed 22 August 2020.

（62） Immigration Service Agency, ‘Further review’（n 21）2.

（63） If a decision to revoke a person’s residence status has been made, a period of up to thirty days for the preparations necessary for departure（departure grace period）is designated, and the person must depart the country voluntarily within this period. Immigration Services Agency, Q14: ‘If the immigration control authority decides to revoke my residence status, do I have to immediately leave Japan?’（www.immi-moj.go.jp/english/tetuduki/zairyuu/qa.html）accessed 20 September 2020. Because the applicant files an application for recognition of refugee status after ceasing their activities within the original residence status and losing the basis for staying（these applicants will be classified as Group D1）, even though it is possible to file the application while continuing the activities, restrictions on work are imposed due to a belief that applications that abuse or misuse the system for the purpose of continuing work or study are likely and that the average period from entry to application for applicants who underwent technical training or studied in Japan is about 23 months and applicants have been earning a certain amount of money for their living expenses. Furthermore, because applications during the departure grace period are filed during the short period after the applicant’s representation of their own intention to return to their home country, in

(three months)' residence status but are not permitted to work. Other Group D2 applicants receive 'Designated Activities (three months)' residence status without the ability to work until six months after their application and are permitted to work once six months have passed from their application. For second and further applications, applicants are promptly granted the 'Designated Activities, Six Months (work permitted)' residence status if they are in Group A, but other applicants are subject to residence restrictions.

A refugee applicant with Designated Activities (six months) or provisional stay residence status may join the National Health Insurance and access medical services with a 30% payment.(64) Concerning children's education, foreign citizens are not subject to Japan's compulsory education system, but the children of refugee applicants can enrol in public elementary and junior high schools. Financial support for refugee applicants can include the above-mentioned public assistance payments made by the Ministry of Foreign Affairs and welfare benefits, depending on the case.(65) The applicant may leave Japan while their application is in progress, but whether they can receive a permit to re-enter Japan will depend on the case.

(2) Convention refugees, individuals under complementary form of protection, and third-country resettlers

Foreign citizens who have been recognised as refugees, that is, Convention refugees, receive a certificate of refugee status and their residence status becomes 'Long-term Resident'.(66) Individuals recognised as complementary form of

spite of that representation, restrictions on work are imposed due to the likelihood of applications that abuse or misuse the system for the purpose of continuing stay in Japan. Ministry of Justice, 'Shūrō seigen no taishō to naru nanmin nintei shinseisha ni tsuite' [Concerning the refugee applicants subject to work restrictions] 〈www.moj.go.jp/content/001250865.pdf〉 accessed 21 September 2020.

(64) Japan Association for Refugees, 'Information for living in Japan' 〈www.refugee.or.jp/for_refugees/info/social_jp.shtml〉 accessed 22 August 2020.

(65) Refugee Countermeasure Liaison and Adjustment Conference, 'Nanmin shinseisha e no shien ni tsuite' [Concerning support for refugee applicants] 8 July 2004〈www.cas.go.jp/jp/seisaku/nanmin/040708sien.html〉 accessed 28 August 2020.

protection and third-country resettlers are also accorded the ‘Long-term Resident’ residence status. This residence status permits unrestricted work. Convention refugees, persons eligible for complementary form of protection, and third-country resettlers are treated in the same way as Japanese citizens（excluding political rights, etc. that are afforded only to citizens）or ordinary foreign citizens: they can join the National Health Insurance for medical treatment and can qualify for national pension, child-rearing allowance, and welfare benefits.(67) They are provided with Japanese language education, employment referrals, occupational training, payments for living support, and settlement allowances, among other things.(68)

When a Convention refugee seeks to leave Japan, they are given a refugee travel document by the Minister of Justice instead of their passport, which allows them to exit and re-enter the country multiple times during the one-year term of validity.(69) As third-country resettlers are not Convention refugees, they do not receive a refugee travel document. Concerning financial assistance, public assistance payments limited to refugee applicants are not paid because Convention refugees are ineligible, but they are eligible for public assistance.(70)

When a Convention refugee applies for permanent residence, they are not

---

（66） Immigration Service Agency, ‘Refugee recognition procedure guide’（n 43）5. In general, a five-year period of stay is granted.

（67） ibid 2.

（68） Refugee Countermeasure Liaison and Adjustment Conference, ‘Jōyaku nanmin ni tai suru teijū shien taisaku oyobi nanmin nintei shinseisha e no shien ni kan suru tōmen no gutaiteki sochi tō ni tsuite’［Concerning settlement support measures for Convention refugees and immediate concrete measures relating to support for refugee recognition applicants, etc.］7 August 2002〈www.cas.go.jp/jp/seisaku/nanmin/020807kettei.html〉accessed 29 August 2020. From 1 December 2023, the Complementary Protection Scheme will come into force and those recognised under it will receive the same support as Convention refugees. Immigration Service Agency, ‘Support for persons subject to complementary protection’（n 25）.

（69） Immigration Service Agency, ‘Refugee recognition procedure guide’（n 43）7.

（70） Social Welfare Bureau, Ministry of Health and Welfare notice, ‘Nanmin tō ni tai suru seikatsu hogo no sochi ni tsuite’［Concerning welfare benefits measures for refugees, etc.］4 January 1982〈www.mhlw.go.jp/web/t_doc?dataId=00ta1613&dataType=1&pageNo=1〉accessed 27 August 2020.

required to fulfil the legal requirements of assets and skills for leading an independent life, and in general, despite the ten-year residency requirement, they can receive a permanent residency at the Minister of Justice's discretion if they have lived continuously in Japan for at least five years.(71)

Article 2 of the Nationality Act provides that the acquisition of Japanese nationality by birth follows the principle of parental *jus sanguinis*. For this reason, children born to parents who are Convention refugees, Indochinese refugees, third-country resettlers, persons eligible for complementary form of protection, or individuals with permission to stay through humanitarian consideration do not automatically acquire Japanese nationality. The children's nationality follows the law of the parents' countries of birth. As a result, each person who wishes to acquire Japanese nationality must apply to naturalise. Naturalisation requires the person to renounce their previous nationality.(72)

(3) Residence permission through humanitarian considerations(73)

Individuals who are not recognised as Convention refugees under the

(71) Ministry of Justice, 'Eijū kyoka ni kan suru gaidorain' [Guidelines on permanent residence] (revised 31 May 2019), 〈www.moj.go.jp/nyuukokukanri/kouhou/nyukan_nyukan50.html〉 accessed 23 August 2020. Immigration Service Agency, 'Refugee recognition procedure guide' (n 43) 2.

(72) Nationality Act, Art. 5 (2). Recognised refugees receive favourable treatment when naturalising, in that they do not need to fulfil the economic requirements. Note that if the person cannot lose their nationality by their own volition, naturalisation may be permitted without fulfilling that condition. Second-generation refugees are at risk of becoming *de facto* stateless, as their parents may not register his/her birth with the embassy of his/her country of origin.

(73) Convention refugees are recognized when they fall under the race, religion, social group, or political opinions stipulated under the Refugee Convention. On the other hand, until the 2023 amendment of the Immigration Control Act, residence permits were based on humanitarian consideration, with special permission for residence or change in status of residence based on the circumstances of each individual case. Residence permits could be recognized in cases of escape from conflict, or when based on a family of Japanese residents. Immigration Services Agency, Press Release 'Nanmin to nintei shita jirei nado nitsuite [Cases of Recognition as Refugees, etc.] 〈www.moj.go.jp/isa/content/001345020.pdf〉 14-18, accessed 25 November 2023. After the creation of a new application system for complementary protection and special permission to stay

Immigration Control Act but are granted residence permission through humanitarian considerations, taking account of their circumstances, are granted 'Long−term Resident' or 'Designated Activities' residence status with a one-year length of stay.(74) Neither residence status has any restrictions on work, and both allow the holder to join the National Health Insurance for medical treatment, meaning that the holder is treated almost the same way as a Convention refugee. Differences from Convention refugees that have been highlighted include the issue of Japanese language education not being publicly funded and the difficulty of inviting family members who are still in another country.(75)

5. Influence of international human rights treaties on Japan's recognition of refugees

（1）Domestic precedents

This section is an overview of the impact of international human rights treaties in Japan. Japan has ratified several human rights treaties and presented national reports. However, Japan' s courts are considered hesitant to directly apply treaties,(76) and in many cases, they apply human rights treaties indirectly by using

---

by the 2023amendment of the Immigration Control Act, recognition of these individuals and their rights under the enactment of this law will need to be examined.

（74） Which residence status will be granted is supposed to be decided based on the length of stay in Japan when the disposition is made and other factors. Honda Manami, 'Nihon ni okeru nanmin nintei no jitsujō' ［The reality of refugee recognition in Japan］in Ōkubo Shirō, Hizume Makoto, and Yoshida Mikio（eds）, *Hito no kokusai idō to gendai nihon no hō* ［International movement of individuals and modern Japanese law］（Nippon Hyoronsha 2017）396.

（75） ibid 396–397. As residence permission through humanitarian consideration has been given the status of designated activities, inviting others is supposed to be difficult, but cases where family members in refugee camps outside Japan have been invited to Japan have been reported. *Asahi Shinbun* 28 September 2015〈https://digital.asahi.com/articles/DA3S11986904.html〉accessed 28 August 2020.

（76） It is very rare for Japanese courts to issue judgments based directly on the articles from human rights treaties. Yonezawa Kōichi, 'Kokusai shakai to jinken' ［International society and human

them as a guide when construing domestic laws. Even Article 98（2）of the Japanese Constitution stipulates that Japan shall faithfully observe the treaties concluded and Japan takes a unitary position on the relationship between international law and municipal law. Actions to request the rescission, etc. of dispositions denying recognition of refugee status are conducted as administrative litigation, and in many cases, if a court ruled to rescind a disposition denying recognition of refugee status, the Minister of Justice would receive a further application and would carry out the refugee examination again to determine whether the applicant is a refugee.

There have been cases in which the judgment has rescinded the Minister of Justice's disposition denying recognition and the Minister of Justice has decided not to recognise the applicant as a refugee in a second application, and these have been argued as far as the Tokyo High Court. The Tokyo High Court held in December 2018 that if a court has ruled to rescind a disposition denying recognition and the Minister of Justice decides not to recognise the applicant as a refugee in their second application for recognition of refugee status, this falls within the cessation provisions of the Refugee Convention.(77) When doing so, the court held that a foreign citizen, for whom a decision to rescind a disposition denying recognition has been finalised, is confirmed as a refugee as a matter of right under public law, to whom the Refugee Convention applies at the time of the disposition, without requiring recognition as a refugee by the Minister of Justice. The Minister of Justice is also bound by the decision to revoke the non-recognition judgment.

In response to this judgment, the Immigration control authorities issued a notice to the officers in charge of refugee investigation in regional immigration bureaus in January 2019, asking them to evaluate whether the cessation provisions apply to

---

rights］in Higuchi Yōichi（ed）, *Kōza: Kenpōgaku, vol. 2: Shuken to kokusai shakai*［Lecture: Constitutional studies, vol. 2: Sovereignty and international society（Nippon Hyoronsha 1994）184.

（77） Appeal of request to rescind disposition denying recognition of refugee status, etc., Tokyo High Court, 2018（Gyō-ko）228（5 December 2018, 2412 *Hanrei Jihō* 3）.

any foreign citizens for whom a decision was made to rescind a disposition denying recognition of refugee status on the grounds of their qualification as refugees, and if they do not apply, to recognise them as refugees promptly.(78) This case made it possible for the judiciary to decide on the recognition of refugees, and the accumulation of such decisions may directly affect the operation of the refugee recognition system.

（2）Influence on the Immigration Control Policies

To enable the Minister of Justice to refer to expert opinions on efforts to recognise refugees properly and swiftly, a specialist subcommittee relating to the refugee recognition system was established in 2014 under the Immigration Control Policy Colloquium, which is a private panel discussion for the Minister of Justice.(79) Its report was the 2014 'Results of Consideration on Directions for Reviewing the Refugee Recognition System（Report）'.(80)

The report contains a section that mentions international human rights norms and trends in international society. For example, it lists recognising 'persecution in new forms' as Convention refugees under the Refugee Convention and offering protection to them.(81) It provides examples of persecution due to gender, persecution by non-state bodies, and persecution due to sexual orientation. Furthermore, the Executive Director of United Nations International Children's

---

（78） Murakami Masanao, 'Saibansho ni yori nanmin funintei shobun ga torikesareta mono no nanmin gaitōsei'［Refugee qualification of individuals whose disposition denying recognition of refugee status was rescinded by courts］（October 2019）25 *Shin-hanrei kaisetsu Watch*［New case commentary Watch］, 295.

（79） Immigration Service Agency, 'Nanmin nintei seido ni kan suru senmon bukai' nitsuite［Concerning the Specialist subcommittee on the refugee recognition system］〈https://www.moj.go.jp/isa/policies/policies/nyuukokukanri03_00096.html〉accessed 23 October 2023.

（80） Specialist subcommittee on the refugee recognition system, 'Nanmin nintei seido no minaoshi no hōkōsei ni kan suru kentō kekka（hōkoku）'［Results of consideration on directions for reviewing the refugee recognition system（report）］〈https: //www. moj. go. jp/isa/content/930003065.pdf〉accessed 13 October 2023.

（81） ibid 9.

Emergency Funds（UNICEF）gave a speech to the United Nations Commission on the Status of Women,(82) in the course of which female genital mutilation（FGM）was highlighted as a human rights issue. As mentioned in Section 2, the discussion in the specialist subcommittee pointed out that given this international situation and human rights norms, Japan would also follow the interpretation that those affected by FGM constitute a particular social group' and would view it as persecution. This point was added to the guidelines for determining refugee eligibility created by the Immigration Services Agency in March 2023.

Moreover, the specialist subcommittee also advised granting residence permission as an evacuation opportunity, based on international trends and international human rights norms, which would be treated as residence permission through humanitarian consideration separate from Convention refugees in the Immigration Control Policies Basic Plan produced in 2019.(83) This advice was given regarding the international protection systems in the EU and other areas, and it ultimately bore fruit in the complementary form of protection system in the 2023 amendment.

Conversely, the opinion was raised that the prohibitions on torture and cruel treatment, punishment, etc. in the International Covenant on Civil and Political Rights（ICCPR）and 'the best interests of the child' in the Convention on the Rights of the Child should be considered within the scope of protection founded upon norms under international human rights treaties, in addition to the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman and Degrading Treatment or Punishment and the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearances, under which the Immigration Control Act prohibits deportation as of 2014.(84) However, the subcommittee did not conclude these points(85). This

---

（82） UNICEF, 63rd United Nations Commission on the Status of Women, speech by UNICEF executive director 14 March 2019〈www. unicef. or. jp/news/2019/0041. html〉accessed 2 September 2023.

（83） Ministry of Justice, *Basic Plan for Immigration and Residency Management*（n 22）61.

（84） Specialist subcommittee on the refugee recognition system,（n 80）9–10.

advice by the specialist subcommittee was prepared regarding the international performance of international human rights treaties and state performance by the EU and other countries and is ultimately reflected in amendments to domestic laws and response strategies.

（3）State reports under the International Human Rights Treaties

Treaties on universal human rights are provided with systems to ensure implementation, the most basic being the state reporting system. In this system, the treaty body（committee）stipulated by each treaty reviews reports submitted regularly by the state parties on their performance of the treaty. This is a bidirectional exchange between the treaty bodies and state parties, and it has been used as constructive dialogue to further international cooperation for the protection of human rights.(86) According to the Office of the High Commissioner of Human Rights, “This procedure is not supposed to be adversarial and the committee does not aim to pass judgment on the State party in a judicial sense. Instead, the aim is to engage with the State party in a constructive dialogue to assist the Government in its efforts to implement the treaty as fully and effectively as possible. The notion of constructive dialogue underpins the view that the treaty bodies are not judicial bodies（even if some of their functions are quasi−judicial）but rather are bodies created

---

（85） The best interests of children of foreign nationals have conventionally been affected by their parents’ status of residence, an issue that has been a matter for debate. However, the following response was published by Minister of Justice Saitō Ken on 4 August 2023, the Japanese government is set to make foreign nationals under the age of 18 and born and raised in Japan eligible for special permission for residency provided their cases fulfill certain requirements. Kyodo News, “Foreign minors who grow up in Japan to be eligible for residence”〈https://english.kyodonews. net/news/2023/08/1de6491b9078-foreign-minors-who-grow-up-in-japan-to-be- eligible-for-residence.html#google_vignette〉accessed 14 November 2023. Ministry of Justice, ‘Hōmu Daijin rinji kisha kaiken no gaiyō’,［ Summary of the Minister of Justice’ s ad hoc press conference］,〈https://www.moj.go.jp/hisho/kouhou/hisho08_00435.html〉, accessed 11 December 2023.

（86） Teraya Kōji, ‘Jinken jōyaku no jikkōsei to kōseisei: “Kensetsuteki taiwa” no seidoteki jōken nikan suru oboegaki’［Effectiveness and fairness of human rights treaties: Memorandum on structural conditions of ‘constructive dialogue’］, 680 *International Affairs*,（Apr. 2019）, 6.

to monitor the implementation of the treaties."[87] Treaty bodies send additional written questions and hold in-person discussions in response to the reports submitted by state parties, and they adopt and release the opinion of the entire treaty body, which is known as the Concluding Observations and is not legally binding.

The Human Rights Committee's Concluding Observations on Japan's Fifth State Report (2008) highlighted several issues, including the lack of explicit prohibition on deporting asylum-seekers to countries with a risk of torture, a low rate of refugee recognition, restrictions on applicants' ability to work during refugee recognition procedures with limited social support, and non-binding opinions of counsellors who were not an independent organ.[88] The Japanese government has not provided a direct response to these observations.[89]

The Committee of the Convention against Torture, in its conclusions and recommendations after the review of Japan's initial report in 2007, noted that "the State party should explicitly prohibit deportations to countries where substantial grounds exist for asserting that individuals facing deportation would be at risk of torture" [90].

The Immigration Act was amended in 2009 to expressly include and specify the prohibition on repatriation as stipulated in the Convention against Torture and the Convention for the Protection of all Persons against Enforced Disappearance. The principle of *non-refoulement* stipulated in Article 33.1 of the Refugee Convention, Article 3.1 of the Convention against Torture and Article 16.1 of the Convention

---

(87) Office of the High Commissioner for Human Rights, "Constructive Dialogue" 〈https://www2.ohchr. org/english/bodies/treaty/glossary. htm#: ~: text=Concluding%20observations%20refer%20both%20to%20positive%20aspects%20of,action%20needs%20to%20be%20taken%20by%20the%20State〉, accessed 23 October 2023.

(88) Ministry of Foreign Affairs, Comments by the Government of Japan on the Concluding Observations of the Human Rights Committee 〈www. mofa. go. jp/policy/human/cove_comment0912.pdf〉, accessed 30 August 2020. Human Rights Committee, (n4), para.25.

(89) ibid

(90) CAT/C/JPN/CO/1 para.14 1(a). SHIN Hae Bong, *Kokusai jinken hō (dai-2-han)* [International Human Rights Law] (2nd ed, Shinzan-sha 2016) 54–55.

against Enforced Disappearance were explicitly incorporated into Article 53（3）of the Immigration Control Act as directed in the concluding observations of the Human Rights Committee. As mentioned earlier, since 2010, applicants have been universally allowed to work for six months after their refugee application.

The concluding observations on the Sixth State Report（2014）noted that the principle of *non-refoulement* had not been effectively implemented and that no independent appeal mechanism with a suspensive effect against negative asylum decisions existed.(91) Japan was also required to implement measures to provide fair procedures for all individuals who sought international protection.(92) The study has not been able to confirm follow-up comments by the Japanese government in response to this.

Concerning the Seventh State Report, the Japanese government has been asked to report on measures taken on the prior list of issues(93) presented by the Human Rights Committee in December 2017, to:（a）prevent ill-treatment during deportations;（b）ensure that all persons applying for international protection, including those in groups B/C, are given access to fair and efficient asylum procedures and protection against *refoulement*;（c）provide access to an independent appeal mechanism with suspensive effect against negative decisions on asylum;（d）implement in good faith positive opinions rendered by refugee examination counsellors（also known as 'refugee adjudication counsellors'）and the High Court in refugee cases; and（e）accept the involvement of legal representatives at all stages of asylum application procedures.

The Japanese government responded to each of these points as follows.(94)

（a）Applicants staying legally in Japan at the time of their application for recognition of refugee status are not detained. An applicant for recognition of

---

（91） CCPR/C/JPN/CO/6（2014/8/20）, para. 19.

（92） ibid.

（93） CCPR/C/JPN/QPR/7, para. 21.

（94） 'Seventh Periodic Report submitted by Japan under article 40 of the Covenant pursuant to the optional reporting procedure, due in 2018', CCPR/C/JPN/7.

refugee status without residence status is granted permission for provisional stay and not detained unless an exception applies. If a person applies for recognition of refugee status after deportation has been decided through the recognised process, the person is detained but deportation is suspended, and the person may be provisionally released.(95)

(b) The government has taken measures to refuse residence status and work permission for applicants of refugee status who are abusing or misusing the process, who fall into groups B and C, but as a general rule, a decision to grant recognition or not is made following the same procedures as for other applicants applying for recognition of refugee status. If they are not recognised as refugees, the provisions of Article 53 (3) of the Immigration Control Act apply, in which the principle of *non-refoulement* is clearly stated.(96)

(c) The system of examination by refugee examination counsellors exists, and there are provisions to suspend deportation during the process of applications and requests for review. The Japanese government does not deport asylum applicants. Furthermore, applicants may file an administrative action for judicial review concerning recognition of refugee status.(97)

(d) In over 90% of cases, the refugee examination counsellors and the Minister of Justice reached the same conclusion.(98) In cases where a judgment rescinds a disposition denying recognition of refugee status, the government reconsiders whether or not the applicant is a refugee, based on the contents of the judgment.(99) The aforementioned judgment is considered to grant refugee status to individuals

(95) ibid. paras. 179–81.

(96) ibid. paras. 185–86.

(97) ibid. paras. 188–90.

(98) Ministry of Justice, 8th meeting 'Dai-7-ji shutsunyūkoku kanri seisaku kondankai gijiroku' [Minutes of 7th Immigration Control Policy Colloquium] (held 19 December 2019), 13. 〈www.moj.go.jp/content/001257455.pdf〉 accessed 30 October 2023. The Immigration Bureau trial section manager replied that there were 13 cases in which the majority opinion of the refugee examination counsellors and the Minister of Justice's ultimate decision differ, of which 11 were granted residence permission.

(99) Japan 7th. State Report, (n94), paras. 191–92.

for whom a judgment rescinding a disposition denying recognition was handed down and to whom the cessation provisions of the Refugee Convention do not apply.

（e）The government allows individuals who were not recognised as refugees to stay, taking account of various circumstances, such as difficulty returning to their home country due to the circumstances there. It is vital to ensure an environment where the applicant can make statements on facts known only to the applicant and the private matters of other individuals in the application for refugee recognition; third parties are generally not allowed to be involved in refugee recognition application procedures. However, this is allowed if the applicant is a minor unaccompanied by a guardian, a person with severe physical or mental disabilities, or a person with a severe illness, and any of these types of applicants requests the attendance of a certain person, such as an attorney, at the interview.(100)

Regarding the Seventh periodic State Report, the Japanese government stated that it had granted refugee status and special permission to stay to an increasing number of individuals, that very few applicants were held in detention facilities, even if they were not granted permission to stay, and that it was considering the possibility of amending the Immigration Control Act, considering alternative methods to prevent long-term detention.(101) The committee members asked about medical problems in the detention facilities, whether access to an independent appeal mechanism with temporary suspensive effect in the asylum procedures was guaranteed, about reports that individuals without a status of residence were unable to work and their children were placed in extremely unstable circumstances as a result, and about Japan's remedies in response to these issues.(102)

The Concluding Observations of the Human Rights Committee on Japan's Seventh periodic State Report express interest in the possibility of amending the Immigration Control and Refugee Recognition Act. This amendment, providing for

（100）ibid. paras. 194–97.

（101）CCPR/C/SR.3925, para.8.

（102）CCPR/C/SR.3926, paras.32–33.

alternative measures to detention, introduces a system for complementary protection, and also welcomes Japan's willingness to consider measures to avoid long-term detention.(103) The Concluding Observations also describe ongoing concerns regarding the low rate of refugee recognition.(104) They recommend that Japan should(105) (a) promptly adopt comprehensive refugee protection legislation, in accordance with international standards; (b) improve medical and other treatment in detention facilities; (c) support immigrants on provisional release and establish employment opportunities; (d) ensure that the principle of non-refoulement is respected and that individuals applying for international protection, are given access to independent judicial appeals mechanism with suspensive effect; (e) provide alternatives to detention and limit detention to the shortest period necessary, and if a person is detained, implement measures that enable proceedings before a court for a decision on lawfulness; and (f) guarantee adequate training of border-guard officials and immigration personnel to ensure respect for the rights of asylum seekers.

As mentioned in Section 2, the 2023 amendment to the Immigration Control Act introduced a complementary form of protection system, made improvements that enabled physicians to work concurrently in detention facilities, and introduced the custodian system as an alternative measure to detention. However, as demonstrated by the considerable criticism of the suspension of forcible repatriation,(106) forcible repatriation is limited by the 2023 amendment because the number of times an applicant can apply for refugee status has been specified and the applicant's background is also considered.

---

(103) Japan 7th. State Report, (n94) para.32.

(104) ibid.

(105) ibid. para.33.

(106) Motoji Kobayashi (President of Japan Federation of Bar Associations),"Statement Concerning the Enactment of the Amended Immigration Control and Refugee Recognition Act" 〈https://www.nichibenren.or.jp/en/document/statements/230706.html〉accessed 23 September, 2023.

6. Conclusion

Human rights treaties delineate domestic matters for each state party, and implementation by one state party does not affect that of another. Specifically, human rights treaties are characterised by their non-reciprocal nature. Additionally, the implementation of human rights treaties involves the modest method of establishing treaty bodies that regularly hold constructive dialogue with state parties on their performance. Notably, these treaty bodies are involved in the realisation of the substance of the human rights treaties. Both human rights protection and immigration control cannot remain as mere stipulations in a human rights treaty—they are only realised once they are stipulated in each state party's domestic laws that are then implemented.

To draft a new treaty, each state must agree on the substance of the norms therein. Concerning immigration control, international society has succeeded in expanding the scope through regional refugee treaties. However, international society has not managed to codify a universal refugee treaty since the adoption of the Protocol Relating to the Status of Refugees. International society is not homogeneous to the extent that it can agree to a new treaty on immigration control. Moreover, circumstances differ between countries and even within regions. This difference is apparent in the opposing viewpoints among countries, even within the EU.

Opinions on state reports adopted by the treaty body of a universal human rights treaty are limited to the human rights covered by that treaty and are not legally binding *per se*. This is a significant difference from judgments rendered by the international human rights courts established in regional human rights treaties. The applications of a treaties by the domestic courts of a state party become the treaty interpretation in that country and make up the state's practices. However, the general opinions and concluding observations issued by human rights treaty bodies neither form new treaty provisions nor bind the state parties—failure to comply

with them does not necessarily constitute a breach of the treaty.

In 2023, Japan amended the Immigration Control Act, introducing a complementary protection system and measures to prevent long-term detention, among other changes. No report has explicitly attributed these amendments to the adoption of the Human Rights Committee's opinion or other recommendations from international human rights treaty bodies. Naturally, the existence of individuals crossing borders owing to the war in Ukraine and the *coups d'état in* Myanmar and Afghanistan may have had a direct effect and have been considered in creating these institutions. Given the process of submitting documents to the treaty body until the consideration of reports under the ICCPR and the fact that the individuals who have made up previous government symposia have referred to these treaty body reports, it is unlikely that international society did not influence them at all. The report review system in human rights treaty bodies may have had at least a ripple effect on immigration control in Japan.

Professor, Kyoritsu Women's University Faculty of International Studies

論　　説

基本権保障をめぐるEUおよび加盟国裁判所間の対話：イタリア憲法裁判所による「再集権化」（ri-accentramento）を題材に

東　史彦

一　はじめに
二　憲法裁判所による「再集権化」の背景
　1　基本権保障における憲法裁判所の「周縁化」
　2　「周縁化」に対する憲法裁判所の抵抗（「集権化」）
三　憲法裁判所による「再集権化」
　1　2017年269号判決（「再集権化」判例）
　2　「再集権化」の「明確化」判例
四　「再集権化」～「明確化」判例の評価
　1　「明確化」された憲法裁判所および通常裁判所とEU裁判所の間の対話のルール
　2　直接効の基準および憲章の基準の関係
　3　基本権保障手続の併存と憲法裁判所の「第一声」
　4　EU法の自律性に対する影響
　5　「EU法優越に対する憲法上の限界」に対する影響
五　結語

一　はじめに

EU法と加盟国法の関係は、「EU法の優越」を主張するEU裁判所判例のみにより一方的に形成されるのではなく、それにときに抵抗しながら反応す

る加盟国裁判所との対話を通じて実現される。そしてそのように確立される EU 法と加盟国法の関係の構築の過程は EU 法の基本書に説明されるが、その EU 法と加盟国法の関係に関する章には、主要なものとしてイタリア関連判例が並ぶのが一般的である[(1)]。その理由は、イタリア憲法裁判所が EU 法の優越に対し最も抗うことで、EU 法と加盟国法の関係の理論的発展に貢献してきた原加盟国裁判所の代表だからである。したがって、日本における EU 法とイタリア法の関係に関する既存の研究も、EU 裁判所とイタリア憲法裁判所の動向に注目してきた[(2)]。

ところが、イタリア憲法裁判所の EU 法に対する姿勢は、EU 裁判所との関係でイタリア憲法裁判所が必ずしも単独で決定している訳ではない。基本権保障を担うイタリア憲法裁判所（以下「憲法裁判所」）と、法令の適用を担うイタリア通常裁判所（以下「通常裁判所」。憲法裁判所を除く、司法裁判所、行政裁判所等）は、EU 法との関係性の構築においてそれぞれ異なる動機を有しており、そのような背景のもと憲法裁判所は、通常裁判所の立場により影響を受け、変化を迫られる中で模索を行うことが明らかになってきた[(3)]。しかし、そのような憲法裁判所と通常裁判所の関係に注目した EU 法とイタリア法の関係に関する考察は、日本ではまだ深められていない模様である。

そこで本稿では、EU 法とイタリア法の関係に関する立場が憲法裁判所と

---

(1)　Case 6/ 64 *Costa v. ENEL*［1964］ECR 585; Case C-106/ 77 *Simmenthal*［1978］ECR 629, etc.

(2)　伊藤洋一「EC 法の国内法に対する優越(1)」『法学教室』264 号（2002 年）107～112 頁、伊藤洋一「EC 法の国内法に対する優越(2)」『法学教室』265 号（2002 年）113～120 頁、曽我英雄「EC 法とイタリア法」松井・木棚・薬師寺・山形編『グローバル化する世界の法と課題』東信堂（2006 年）79～99 頁、須網隆夫「イタリア憲法と EU 法の優位」『貿易と関税』58 巻 1 号（2010 年）72～65 頁、江原勝行「イタリア憲法」中村民雄・山元一編『ヨーロッパ「憲法」の形成と各国憲法の変化』信山社（2012 年）109～128 頁、江原勝行「ＥＵの財政的利益に対する侵害とイタリア憲法の基本原則としての罪刑法定主義」『アルテスリベラレス』103 号（2018 年）103～117 頁、小野昇平「国内裁判所による『対抗限界』論適用の国際法上の意義に関する一考察」『青森法政論叢』19 号（2018 年）18～35 頁、等。

(3)　このような視点から欧州および国内の裁判所間の関係の重要性を提示する邦語の文献として、伊藤洋一「ヨーロッパ人権条約第 16 議定書と裁判官対話の『臨界』－イタリアにおける批准論議を素材に－」伊藤洋一編著『裁判官対話：国際化する司法の協働と攻防』日本評論社（2023 年）169～182 頁。

通常裁判所とで異なること、憲法裁判所の立場が通常裁判所との対話により影響を受けること、通常裁判所に影響を受けながら憲法裁判所によってEU裁判所との対話のアプローチが形成されることを考察する。そのため以下では、2017年憲法裁判所269号判決(4)およびその前後の判例の検討を通して、憲法裁判所がいかに通常裁判所から影響を受けてEU裁判所との対話に臨むようになったかを、主にイタリアの学説を参照し明らかにする(5)。

まず、憲法裁判所がEU法の優越および直接効の原則を受け容れ、直接効を有するEU法の事案の管轄を通常裁判所に委ねた後、EU法が基本権保障を充実させていくのに伴い、一部の通常裁判所が欧州人権条約の事案も憲法裁判所を介さずに自ら判断する等、基本権保障における憲法裁判所の役割が縮小していったこと（憲法裁判所の「周縁化」（marginalizzazione）(6)）を考察する。また、「周縁化」に危機感を抱いた憲法裁判所は、まず欧州人権条約に関わる事案の管轄を自らの権限に集中させ、通常裁判所は欧州人権条約に関する問題を憲法裁判所に移送する旨を判示したこと（「集権化」（accentramento））を考察する。

次に、さらに憲法裁判所は「再集権化」判例により、EU基本権憲章に関わる事案の管轄を自らの権限に集中させ、通常裁判所は憲章に関する問題を

（4）　Corte cost., sent. 7 novembre 2017, n. 269.

（5）　*Ex multiis*, Tega, D., *La corte nel contesto: Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia University Press, 2020; Aa. Vv., *Annali AISDUE* Cacucci, 2020; Campanelli, G., Famiglietti, G., Romboli, R., a cura di, *Il sistema "accentrato" di costituzionalità*, Editoriale Scientifica, 2020; Caruso, C., Medico, F. e Morrone, A., a cura di, *Granital Revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bononia University Press, 2020; *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*, Vol. I-V, Editoriale Scientifica, 2021; Corte costituzionale della Repubblica italiana e Corte di giustizia dell'Unione europea, Carotti, B. ed., *Giornata di studio: Identità nazionale degli Stati membri, primato del diritto dell'Unione europea, stato di diritto e indipendenza dei giudici nazionali*, 5 settembre 2022.

（6）　Conti, R., "Qualche riflessione, a terza lettura, sulla sentenza n. 269/ 2017", *Rivista di diritti comparati*, n. 1, 2018, p. 281. または svilimento della giurisdizione costituzionale（Romboli, R., "Dalla «diffusione» all' «accentramento»: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale", *Foro italiano*, I, 2018, 2226-2236; Scaccia, G., "Giudici comuni e diritto dell' Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017", *Osservatorio AIC*, n. 2, 2018, pp. 1-8）等。邦語訳として「マージナル化」（伊藤・前掲注（3）176〜177頁）がある。

まず憲法裁判所に移送する旨を判示したこと（「再集権化」（ri-accentramento））を考察する。しかし、憲法裁判所による「再集権化」が不明確だったため、学説および通常裁判所はその後の事例を通じて憲法裁判所に明確化を求め、それに対応して憲法裁判所は「再集権化」の射程を限定したこと（「明確化」（precisazioni））を考察する。

最後に、憲法裁判所の「再集権化」および「明確化」によるイタリア裁判所と EU 裁判所の新たな対話の、EU 法およびイタリア法上の意義および問題点を考察する。

二　憲法裁判所による「再集権化」の背景

はじめに、憲法裁判所がいかなる経緯で基本権保障における「周縁化」の状況に陥いり、「集権化」および「再集権化」を試みざるをえなくなったかを考察する。

1　基本権保障における憲法裁判所の「周縁化」

（1）Simmenthal-II 判決以前の憲法裁判所の立場

1976 年 EU 裁判所 Simmenthal-II 判決以前の憲法裁判所判例（1975 年 232 号判決）によれば、EU 法とイタリア法の関係は次の通りであった。すなわち、EU 法に国内立法が抵触する場合、通常裁判所は、抵触国内立法が前法であるときは EU 法を自ら直接適用できるが、抵触国内立法が後法であるときは、当該抵触国内立法の違憲の問題を憲法裁判所に移送せねばならない[(7)]。このように、憲法裁判所は EU 法と国内法の抵触の問題を自らの管轄事項としていた。

（2）Simmenthal-II 判決の EU 裁判所の立場

これに対し EU 裁判所は、1976 年 Simmenthal-Ⅱ判決により、直接効を有する EU 法に国内立法が抵触する場合、当該国内立法が前法であれ後法であ

(7)　Corte cost., sent. 22 ottobre 1975, n. 232, punto 6. del *Considerato in diritto*.

れ、抵触の解決は憲法裁判所に集権的に委ねられるのではなく、分権的に通常裁判所に行われるべき旨を判示した(8)。つまり、通常裁判所は自ら当該抵触国内立法を適用排除し、直接効を有するEU法を直接適用せねばならず、憲法裁判所を介する必要はない。

（3）Granital判決以降の憲法裁判所の立場

Simmenthal-Ⅱ判決を受け、憲法裁判所は、1984年Granital判決において従前の立場を変更した。Granital判例により、平和と正義を保障する国際機構に必要なイタリアの主権の制限を規定する憲法11条を根拠として、直接効を有するEU法と国内立法の抵触の問題は、国内立法の前後関係を問わず、通常裁判所が自ら抵触国内立法を適用排除し、EU法規定を適用することにより解決される事項として、通常裁判所に委ねられることとなった。他方、直接効を有しないEU法と国内立法の抵触の問題、およびEU法と「EU法優越に対する憲法上の限界」（controlimiti）(9)の抵触の問題については、通常裁判所は憲法裁判所に移送することとされ、憲法裁判所の管轄事項として残された(10)。

また、通常裁判所から憲法裁判所およびEU裁判所への移送が必要となる「二重先決問題」（doppia pregiudizialità）の場合には、EU裁判所への先決問題移送手続の利用の優先が求められ、未利用の場合には憲法裁判所への移送は不適法と判断されることとなった(11)。

（8）　Case C-106/ 77 *Simmenthal-II*［1978］ECR 629, paras. 14-24.

（9）　イタリアがイタリア法以外の法秩序との関係で同意した主権の制限に対する限界（Albanesi, E., “Che cosa il caso Taricco ha insegnato alla Corte costituzionale. Un nuovo rinvio pregiudiziale a fronte dei controlimiti”, *Giurisprudenza costituzionale*, f. 1, 2022, p. 425）。邦語訳として「対抗限界」（江原勝行「イタリアにおける慣習国際法規範の遵守義務と合憲性審査」『アルテスリベラレス』96号（2015年）55～80頁、江原・前掲注（2）、および小野・前掲注（2））がある。

（10）　Corte cost., sent. 5 giugno 1984, n. 170, punti 5. −7. del *Considerato in diritto*.

（11）　*Ex multiis*, Corte cost. ord. 29 dicembre 1995, n. 536, *Foro italiano*, 1996, I, 783; Amoroso, G., “La doppia «pregiudiziale» e l’individuazione della Corte（costituzionale o di giustizia）cui il Giudice può rivolgersi «in prima battuta», *Foro italiano*, 2022, V, 2; Cosentino, A., “Doppia pregiudizialità, ordine delle questioni, disordine delle idee”, *Questione giustizia*, 6 febbraio 2020;

（4）Granital 判決以降の憲法裁判所の「周縁化」

1984 年 Granital 判例が提示された時期に前後して、国内における憲法裁判所自体の状況は変化し、また欧州レベルの基本権保障が進展した。それに対応する形で、基本権保障における憲法裁判所の重要性は、通常裁判所との関係で、相対的に低下していった（「周縁化」）。

ア　国内における憲法裁判所をとりまく状況の変化

国内における憲法裁判所をとりまく状況は次のように変化した。

憲法裁判所は、1956 年の活動開始以降 1970 年代初めまで、新たな憲法および憲法裁判所の価値の主張・普及に努め違憲判断に積極的であったが、訴訟に時間がかかり判断が遅く、1980 年代の初め頃までに未処理案件が多数になっていた。そのため、1987 年以降から 90 年代の初めに憲法裁判所は（通常裁判官による合憲性問題の移送権限の誤用・濫用を理由とした）「訴えの不適法の宣言」を多用し事案をスクリーニングすることで、手続期間短縮・未処理案件削減に専念するようになった。その結果、通常裁判所は自ら法律の憲法適合解釈を求められることになり、以前と比べて合憲性の問題を憲法裁判所に付託しなくなっていった [12]。憲法裁判所は、1996 年 356 号判決により、通常裁判所が憲法適合解釈が不可能であることを検討していない限り、移送を受け付けないとした [13]。

また、2001 年のイタリア憲法改正 [14] により国と州の関係が変更された結果、国と州の間の権限争訟（抽象的違憲審査）の比重が増え、憲法裁判所の基本権保障（付随的違憲審査）の役割は、相対的に縮小した [15]。

Laze, M., “Problematiche relative alla doppia pregiudizialità viste alla luce dei rapporti tra ordinamenti”, in *Il sistema “accentrato”, op. cit*. at 5, p. 203.

（12）　Barsotti, V., Carozza, P. G., Cartabia, M. e Simoncini, A., *Italian Constitutional Justice in Global Context*, Oxford, 2017, pp. 36-38.

（13）　Corte cost., sent. 14-22 ottobre 1996, n. 356; Natale, A., “Il giudice comune, servitore di più padroni”, *Questione giustizia*, 2, 2020; Romboli, R., “Il sistema ‘accentrato’ di costituzionalità”, in *Il sistema “accentrato”, op. cit*. at 5, p. 17; Ruotolo, M., “L’ interpretazione conforme a Costituzione torna a casa?”, in *Il sistema “accentrato”, op. cit*. at 5, pp. 56-57.

（14）　2001 年 10 月 18 日憲法的法律 3 号。

（15）　Barsotti *et. al.*, *op. cit.* at 12, p. 39.

イ　欧州における基本権保障の状況の変化

欧州における基本権保障は次のように変化した。まず、EU 裁判所は、1960 年代終盤から 1970 年代に亘り、欧州人権条約や加盟国に共通の憲法的伝統に由来する基本権を EU 法の一般原則として保障するという判例を発展させた[16]。EU 裁判所の同判例は、1993 年のマーストリヒト条約により、旧 EU 条約 F 条 2 項に明文化された。2000 年にはコミッション、欧州議会、および理事会により、EU 基本権憲章が政治的宣言として公布された[17]。

他方、欧州人権条約に関しては、1998 年の欧州人権条約第 11 議定書採択により個人の直接申立手続が導入された結果、欧州人権裁判所の役割が増大し、欧州人権裁判所への申立も膨大になり[18]、イタリアによる欧州人権条約違反の判決が人権裁判所により多数下された[19]。

ウ　Granital 判例以降の憲法裁判所の「周縁化」

このような状況の中、Granital 判例を根拠に、憲法裁判所を介さずに通常裁判所が自ら EU 法および欧州人権条約法を適用して事案を解決する事例が増えた。確かに Granital 判例によれば、直接効を有する EU 法と国内立法の抵触の問題は、通常裁判所が自ら抵触国内立法を適用排除し、EU 法規定を適用することにより解決されうる。しかし、EU 法との関係では、EU 判例の進展における直接効の拡大により、通常裁判所による適用排除の射程が潜在的に拡大していく[20]。

また欧州人権条約との関係では、破毀院を筆頭とする司法裁判所の一部には、EU 法が欧州人権条約の基本権の保障を EU 法の一般原則とし、その旨

（16）　Case 29/69 *Stauder*［1969］ECR 419; Case 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft*［1970］ECR 1125; Case 4/73 *Nold*［1974］ECR 491; Case 36/75 *Rutili*［1975］ECR 1219.

（17）　Charter of Fundamental Rights of the European Union［2000］OJ C 364/1.

（18）　Barsotti *et. al.*, *op. cit.* at 12, p. 64.

（19）　Candela Soriano, M., “The Reception Process in Spain and Italy”, Keller, H. and Stone Sweet, A. ed., *A Europe of Rights*, Oxford University Press, 2008, p. 414.

（20）　Case C-144/04, *Mangold*［2005］ECR I, 9981; Dani, M., “La sentenza n. 269 del 2017: una precisazione fuorviante?”, in *Granital Revisited?, op. cit*. at 5, p. 70; Amato, A., “Giudice comune europeo e applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell’ Ue”, *Giurisprudenza costituzionale,* f. 1, 2020, p. 456.

を基本条約に明文化したこと等を理由に、直接効を有する EU 法の事案と同様に、欧州人権条約と抵触する国内立法を自ら適用排除することにより、憲法裁判所を経ずに事案を解決するものが現れ始めた[(21)]。

さらに EU 法との関係で破毀院が、「EU 法優越に対する憲法上の限界」の援用は同限界との EU 法による抵触がイタリアの EU 脱退を正当化するほど潜在的に重大な場合に限られると判示するなど、憲法裁判所に残された数少ない管轄がさらに限定される動きもあった[(22)]。また破毀院が、欧州逮捕状を執行すれば「EU 法優越に対する憲法上の限界」に抵触しうるという問題について、「憲法裁判所の違憲審査を求めれば長期間が必要とされ原告の自由がさらに制限される」と述べ、憲法裁判所に移送せず自ら解決する事件も起こった[(23)]。

このように、国内および欧州の状況の変化によって、国内的にも欧州法との関係においても、基本権保障の問題を通常裁判所が憲法裁判所を介さずに自ら解決を試みることが多くなってきていた。

（21）　Trib. di Genova, sent. 4 giugno 2001, *Foro italiano*, 2001, I, 2653; Cass. civile, sez. I, sent. 19 luglio 2002, n. 10542, *Foro italiano*, 2002, I, 2606; Cass. civile, sez. I, sent. 11 giugno 2004, n. 11096, *Corriere giuridico*, n. 11, 2004, p. 1467; Cass. civile, sez. trib., sent. 3 settembre 2004, n. 17837, *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 1, 2005, p. 275; Cass. civile, sez. unite, sent. 23 dicembre 2005, n. 28507, *Foro italiano*, 2006, I, 1423; Corte d'appello di Roma, sez. lavoro, ord. 11 aprile 2002, *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, p. 2221; Trib. di Pistoia, sez. lavoro, 23 marzo 2007, *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, f. 2, 2008, p. 481; Corte d'appello di Firenze, sez. lavoro, 9 giugno 2007, *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, f. 2, 2008, p. 479, ecc. 東史彦『イタリア憲法の基本権保障に対する EU 法の影響』国際書院（2016 年）177～180 頁。

（22）　Cass. civile, sez. unite, sent. 13 febbraio 1998, n. 1512, *Giustizia civile*, 1998, I, 1935. 本件の邦語の紹介として、東・前掲注（21）152～153 頁。対して翌年、憲法裁判所は「EU 法優越に対する憲法上の限界」の判断は自らが排他的に行うと反駁している（Corte cost., sent. 13-18 luglio 2007, n. 284, punto 3. del *Considerato in diritto*.）。

（23）　Cass. penale, sez. IV, sent. 15 maggio 2006, n. 16542, punto 9.2. del *Considerato in diritto.* 本件の邦語の紹介として、江原「イタリア憲法」・前掲注（2）124 頁、東・前掲注（21）264～266 頁。

2 「周縁化」に対する憲法裁判所の抵抗（「集権化」）

このような基本権保障における自身の「周縁化」の状況に危機感を抱き始めた憲法裁判所は、改めてイタリアにおける基本権保障をめぐる自らの存在意義を模索し、主張するようになる。

（1）双子判例による「集権化」

2007年憲法裁判所348号判決および349号判決（以下「双子判例」）において憲法裁判所は、国内立法の適合解釈が不可能な欧州人権条約に関わる事件の管轄を「集権化」した。それによれば、通常裁判所は、国内立法を欧州人権条約に適合的に解釈せねばならず、適合解釈が不可能な場合、欧州人権条約と抵触する国内立法を自ら適用排除することはできず、立法権の行使による共同体法および国際的義務の遵守を規定する憲法117条1項違憲の問題を憲法裁判所に移送しなければならない。憲法裁判所は、欧州人権条約が憲法に抵触しない限りにおいて、憲法117条1項の合憲性審査基準を補完する規定としての欧州人権条約に抵触する国内立法を違憲無効化する[24]。

（2）双子判例への通常裁判所の反応とEU基本権憲章への法的拘束力付与

双子判例以降、破毀院は双子判例にしたがったが[25]、一部の通常裁判所には、いまだに欧州人権条約と抵触する国内法を適用排除し[26]、双子判例以前の破毀院判例のほうが基本権をより実効的に保障すると評価するものもあった[27]。

（24） Corte cost., sent. 24 ottobre 2007, n. 348, punti 4.3.- 4.7.del *Considerato in diritto*; Corte cost., sent. 24 ottobre 2007, n. 349, punto 6.2. del *Considerato in diritto*. 本件の邦語の紹介として、江原「イタリア憲法」・前掲注（2）119～122頁、東・前掲注（21）181～195頁。

（25） Cass. civile, sez. I, sent. 6 maggio 2009, n. 10415, *Rivista di diritto internazionale*, 2009, p. 1194. 東・前掲注（21）197頁。

（26） TAR Trentino-Alto Adige, sede di Trento, sent. 17 luglio 2008, n. 171; Martinico, G., “Is the European Convention Going to be ‘Supreme’? A Comparative-Constitutional Overview of ECHR and EU Law before National Courts”, *EJIL*, Vol. 23, n. 2, 2012, p. 423. 東・前掲注（21）170頁。

（27） Trib. di Ravenna, sent. 16 gennaio 2008, *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*,

さらに 2009 年のリスボン条約の発効を契機に、国務院を筆頭に、行政裁判所系統に欧州人権条約の基本権を EU 法と同様に扱うものが現れた[28]。その理由は、EU 条約 6 条 1 項により EU 基本条約と同等の法的価値が基本権憲章に与えられたことによって、憲章の基本権と対応する欧州人権条約の基本権も「EU 基本条約化」されたというものである。つまり、2007 年の双子判例により憲法裁判所が自らに「集権化」したはずの欧州人権条約の事案が、直接効を有する EU 法の事案と同様に、通常裁判所が抵触国内立法を適用排除し欧州人権条約を直接適用することで、憲法裁判所を介さずに解決されることになってしまう。

（3）憲法裁判所 2011 年 80 号判決と EU 裁判所 Kamberaj 事件判決

そこで憲法裁判所は、2011 年 80 号判決により、欧州人権条約の完全な「EU 基本条約化」を否定した。まず、欧州人権条約が援用される事案には、EU 法の事案である場合と、EU 法の射程外（以下「純粋国内状況」）の事案である場合とがある。EU 法の事案の場合、EU 法とイタリア法の関係を規律する Granital 判例にしたがい、通常裁判所は、「EU 法優越に対する憲法上の限界」に反しない限り、EU 基本権憲章の規定に対応する欧州人権条約の基本権、および「EU 法の一般原則」としての欧州人権条約の基本権のうち、直接効を有するものに抵触する国内立法を、憲法裁判所を経ずに自ら抵触排除する。他方で、「純粋国内状況」の場合、Granital 判例ではなく双子判例にしたがい、通常裁判所は欧州人権条約の基本権に抵触する国内立法を自ら適用排除できず、憲法裁判所に移送し、憲法裁判所が、憲法に抵触しない限りにおいて、抵触国内立法の違憲審査を行う[29]。その結果、同じ欧州人権条約上の権利であっても、その憲法上の位置づけおよびその保障の役割を担う裁判所が、EU 法の事案と「純粋国内状況」の事案とで異なりうる点が、問題として指摘されていた[30]。また、この時点では、憲法と憲章の間

f. 2, 2008, p. 480. 東・前掲注（21）198 頁。

（28） Consiglio di Stato, decisione 2 marzo 2010, n. 1220; TAR Lazio, sent. 18 maggio 2010, n. 11984; Consiglio di Stato, decisione 29 settembre 2010, n. 7200. 東・前掲注（21）180 頁。

（29） Corte cost., sent. 11 marzo 2011, n. 80, punti 5.1.- 5.5. del *Considerato in diritto*.

に重複が生じる可能性は否定されていた(31)。

他方で、EU裁判所は2012年EU裁判所Kamberaj事件判決で、「EU条約6条3項は欧州人権条約と加盟国の法制度との関係を規律するものではなく、また欧州人権条約によって保障された権利と国内法の規定との間に抵触がある場合に国内裁判所が導き出すべき結果についても規定していない」ため、「EU条約6条3項が欧州人権条約に言及していることによって、国内法の規定と欧州人権条約の規定が抵触する場合に、国内裁判所が条約の規定を直接適用し、条約と両立しない国内法の規定を削除することが要求されるものではない」と判示し(32)、イタリア憲法裁判所の2011年80号判決を是認した。

このように、2011年80号判決で憲法裁判所は、欧州人権条約に関わる「純粋国内状況」の事案における自らの集権的な違憲審査の管轄を維持した。とはいえ、2015年に欧州人権裁判所が、私人による直接提訴制度が無いイタリア憲法裁判所への移送は、人権裁判所提訴の前提たる「国内救済」に該当しないと判断したことから(33)、重要な基本権問題が、通常裁判所の判断によっては、憲法裁判所に移送されずに終わる構造的可能性があった(34)。

（4）憲法裁判所による通常・欧州・国際裁判所との関係の再考の試み

憲法裁判所はまた、基本権保障における自身の「周縁化」の流れの中で、

（30）　Strozzi, G., “Il sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali dopo Lisbona: attualità e prospettive”, *Diritto dell’Unione europea*, n. 4, 2011, p. 848, ecc. 東・前掲注（21）207～210頁。

（31）　Lo Calzo, A., “Il giudizio di costituzionalità tra accentramento e preminenza dei valori（Recensione a D. Tega）”, *Osservatorio costituzionale*, f. 3, 2021, p. 316.

（32）　Case C-571/ 10 *Kamberaj*, ECLI:EU:C:2012:233, paras. 62-63. 本件を考察する邦語文献として、大藤紀子「長期間滞在する第三国国民への生存権の平等な保障」『貿易と関税』60巻12号（2012年）69～75頁。

（33）　Corte EDU, Grande Camera, sent. 27 agosto 2015, n. 46470/11, *Parrillo c. Italia,* § 101; Siccardi, C., “I ricorsi ‘in via diretta’ alla Corte EDU riguardanti una legge o un’ommissione legislatitva: una potenziale alternativa al giudizio in via incidentale?”, in *Il sistema “accentrato”, op. cit.* at 5, p. 214.

（34）　伊藤・前掲注（3）177頁。

それに抗うかのように、通常裁判所、EU 裁判所・欧州人権裁判所、および国際裁判所（ICJ）との関係の再考を模索する。

ア　憲法裁判所による EU 裁判所への先決問題移送手続の利用開始

第一に、EU 裁判所との関係では、憲法裁判所が直接、問題移送手続を利用するようになった。

従来、憲法裁判所は、EU 機能条約 267 条規定の先決問題移送手続の利用義務を負う国内裁判所に自身は該当しないため、先決問題移送手続の利用ができないとしていた[(35)]。これには、意見の相違が生じた場合に逃げ道がなくなりかねない EU 裁判所との直接の対話を行う代わりに、通常裁判所を介した EU 裁判所との間接的な対話を行うという憲法裁判所の戦略的な判断があったと考えられている[(36)]。

しかし、通常裁判所が EU 裁判所（および欧州人権裁判所）との関係を深め、憲法裁判所が「周縁化」されていく状況の中、憲法裁判所は、まず抽象的違憲審査に際して 2008 年 103 号決定により[(37)]、次に付随的違憲審査に際して 2013 年 207 号決定により[(38)]、EU 裁判所の先決問題移送手続を利用し、EU 裁判所との直接の対話を行えるよう、従前の立場を変更した。この頃から憲法裁判所は「EU の裁判所」となる意欲を示し始めていた[(39)]。

イ　憲法裁判所による国際裁判所の判決の否定

第二に、憲法裁判所は、基本権保障に関わる国際裁判所の判決との関係で、独自の判断を示した。

---

(35)　憲法裁判所は、1991 年 168 号判決では先決問題移送手続を利用する権限を有するとしたが、1995 年 536 号決定では利用できないとし、自らは通常司法機関でも特別司法機関でもないという理由で、その後その立場を維持した（1996 年 319 号決定、1998 年 108 号決定および 109 号決定）（東・前掲注（21）144〜145 頁）。

(36)　Barsotti *et. al.*, *op. cit.* at 12, pp. 219-220.

(37)　Corte cost., ord. 13 febbraio 2008, n. 103. 須網・前掲注（2）、東・前掲注（21）146〜147 頁。

(38)　Corte cost., ord. 3 luglio 2013, n. 207. 東・前掲注（21）147〜149 頁。

(39)　Manzoni, G., “La necessità e la virtù – ovvero, la Corte costituzionale nel circuito interpretativo del diritto europeo”, in *Granital Revisited?*, *op. cit.* at 5, p. 127.

まず、欧州人権裁判所との関係で憲法裁判所は、2012年264号判決で、欧州人権裁判所の判決が憲法に反するとして憲法117条1項の違憲審査の基準として採用せず、欧州人権裁判所の判断を初めて否定した(40)。憲法裁判所は、「個別の権利に言及しつつ、様々な価値を部分的な方法で保障しようとする」欧州人権裁判所の考察とは異なり、自らは「総合的な評価、衡量」を行うという表現によって、欧州人権裁判所とは異なる自身の存在意義を強調した(41)。

また、国際司法裁判所との関係で憲法裁判所は、2014年238号判決で、慣習国際法として戦争犯罪・人道に対する罪による損害賠償請求の国内裁判権を否定する国際司法裁判所の解釈は憲法の至高の諸原則に反するため、慣習国際法の遵守を規定する憲法10条1項によって国内法秩序に組入れられないと判示した(42)。

このように憲法裁判所は、国際裁判所とは異なる基本権保障の番人としての独自の存在意義を強調した。

ウ　通常裁判所による移送に対する憲法裁判所の姿勢の軟化

第三に、国内の通常裁判所との関係で憲法裁判所は、2015年221号判決により、通常裁判所が法律の憲法適合解釈不可能と判断し憲法裁判所に移送したが、可能であった場合でも移送は不適法却下とならないと判例を変更し(43)、自らの管轄の拡大を試みた。

エ　EU法上の基本権に関するEU裁判所との直接対話

（40）　Servizi studi della Corte costituzionale, *Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2012*, Palazzo della Consulta, 2013, p. 353.

（41）　Corte cost., sent. 28 novembre 2012, n. 264, punto 5.4. del *Considerato in diritto*. 本件の邦語の紹介として、東・前掲注（21）211～212頁、江原・前掲注（9）73～77頁。

（42）　Corte cost., sent. 22 ottobre 2014, n. 238, punti 3.4.-3.5. e 4.1. del *Considerato in diritto*. 本件の邦語の考察として、東・前掲注（21）57～59頁、江原「イタリアにおける慣習国際法規範の遵守義務と合憲性審査」・前掲注（9）、水島朋則「欧州における「過去の克服」の現在－独伊戦後賠償に関わる国際司法裁判所判決の履行を違憲とするイタリア憲法裁判所判決を素材として」『法律時報』87巻10号（2015年）28～33頁。

（43）　Corte cost., sent. 21 ottobre 2015, n. 221; Romboli, *op. cit.* at 6, 2227.

第四に、憲法裁判所は、2014 年から 2018 年にかけ、EU 法上の基本権に関し、EU 裁判所との直接対話を行った（Taricco 事件）(44)。本件では、Granital 判例に則り、通常裁判所が EU 法と国内法の抵触について先ず EU 裁判所に先決問題を移送し、先決判決を得た（Taricco I）。通常裁判所は Taricco I がによる「EU 法優越に対する憲法上の限界」との抵触の問題を憲法裁判所に移送し、さらに憲法裁判所は EU 裁判所に先決問題を移送し、Taricco I が「EU 法優越に対する憲法上の限界」に抵触する可能性を指摘した。EU 裁判所は憲法裁判所による指摘を尊重する形で解釈を改めた（Taricco II）。本件は、基本権をめぐる憲法裁判所による E U 裁判所との直接の対話の成功事例として評価されている(45)。

（5）Barbera 報告

このような状況の中、2017 年 10 月 26 日から 28 日にセビリアでイタリア、フランス、スペイン、ポルトガルの憲法裁判所および憲法院判事による研究集会にて公表された、イタリア憲法裁判所の Barbera 長官の報告は注目に値する。Barbera は、①いかに憲法裁判所の周縁化（emarginazione）を避けつつ EU 基本権憲章を強化するか、②「氾濫」効果（effetto «traboccamento»）をもたらす憲章との関係でいかに Granital 判例の基準を修正するか、③いかに EU 裁判所と通常裁判所の関係による憲法裁判所の迂回を防ぐかという問題を提起した(46)。

（44）　Trib. di Cuneo, ord. 17 gennaio 2014; Case C-105/14 *Taricco and Others*, ECLI:EU:C:2015: 555（Taricco I）; Corte d'appello di Milano, sez. II penale, ord. 18 settembre 2015, n. 339; Cass. penale, sez. III, ord. 8 luglio 2016, n. 212; Corte cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24; Case C-42/ 17 *M.A.S. and M.B.*, ECLI:EU:C:2017:936（Taricco II）; Corte cost., sent. 31 maggio 2018, n. 115. 本件の邦語の考察として、江原「EU の財政的利益に対する侵害とイタリア憲法の基本原則としての罪刑法定主義」・前掲注（2）103～117 頁、小野・前掲注（2）18～35 頁。

（45）　Curzio, P., "L' identità nazionale degli Stati membri e il primato del diritto dell' Unione europea", in *Giornata di studio, op. cit. at* 5, p. 62; Ruggeri, A., "La consulta e il tiro alla fune con gli altri giudici", in *Il sistema* "*accentrato*", *op. cit.* at 5, p. 267. Albanesi によれば、憲法裁判所は EU 裁判所との試合に勝利した（Albanesi, *op. cit.* at 9, p. 426）。

（46）　Barbera, A., "La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia", *Rivista AIC,* n. 4, 2017.

三　憲法裁判所による「再集権化」

このように、1984年Granital判例以来、とくに欧州レベルの基本権保障の進展と、EU法の優越や直接効の理論の浸透に伴い、通常裁判所が憲法裁判所を迂回して基本権保障の役割を担おうとする事案が拡大され、その結果、基本権保障における憲法裁判所の役割が通常裁判所との関係で「周縁化」していた。そして憲法裁判所はその自らの「周縁化」に対抗する「集権化」の試みを幾度か行っていたが、さらに「再集権化」判例により従前のGranital判例を修正し、EU基本権憲章に関わる事案の管轄を自らの権限に集中させる「再集権化」を行った。

1　2017年269号判決（「再集権化」判例）(47)

(1)「再集権化」判例の本案

本件では、競争・市場保護局（以下「AGCM」）の運営にかかる費用を5,000万ユーロを超える総収入を得た資本会社のみへの課税（上限額あり）により賄い、かつ、上限額の範囲内および一定の課税率上限のもとにAGCMが課税率・基準を変更できるとする国内立法(48)（以下「本件国内規定」）が、憲法(49)および（直接効を有する）EU法(50)に違反するとの理由で、私人当事者らが支払った税の還付請求を行ったが、AGCMに拒否され、ローマ県税務委員会に異議申立を行った。

私人当事者Xは、主に本件国内規定がEU法に抵触するとしてその適用

---

(47)　Corte cost., sent. n. 269 del 2017. 同判決の紹介および「再集権化」の訳語について、伊藤・前掲注（3）177頁。

(48)　1990年10月10日法律287号（競争および市場の保護のための規定）10条7項の3・4。

(49)　憲法3条〔法の下の平等、実質的平等を実現する責務〕および53条〔担税能力および税の累進性の原則〕（以上、ローマ県税務委員会決定2016年5月2日208号）ならびに23条〔法律によらない労務提供・財産供出の賦課の禁止〕（以上、ローマ県税務委員会決定2016年10月25日51号）。

(50)　開業の自由（EU機能条約49条）およびサービス提供の自由（EU機能条約56条）

排除を求めたが、ローマ県税務委員会は、本件国内規定の憲法との適合性を優先的に精査することが「複合的な（complessivo）法制度により即している」[51]とし、問題の検討の順番を逆にし（すなわち EU 法規定との抵触を検討せず、憲法との適合性の問題を優先し）、憲法裁判所に移送した[52]。

また、私人当事者 Y からの同様の異議申立において、本件国内規定が EU 法規定に抵触するとの主張を受け、ローマ県税務委員会は、本件国内規定と EU 法との適合性の検討を行なった上で、EU 法との抵触については否定したが、合憲性の問題については関連性があり、明らかに根拠がないわけではないと判断し、憲法裁判所に移送した[53]。

本件について、憲法裁判所は次のように判示した。

直接効を有しない EU 法と国内立法の抵触の場合、通常裁判所は適宜、EU 裁判所への先決問題移送手続を通じて抵触を確認し、抵触を解釈によって解決できないときは、憲法裁判所に移送し、憲法裁判所が判断を行う。しかし、本件は憲法および直接効を有する EU 法規定と国内立法との抵触に関するものである。この場合、通常裁判所は、EU 法との抵触については適宜、EU 裁判所の先決判決を経て、抵触が解決されないときは、直接効を有する EU 法と抵触する国内立法の適用排除を求められる[54]。しかし、ローマ県税務委員会決定 2016 年 5 月 2 日 208 号については、ローマ県税務委員会が本件国内規定と直接効を有する EU 基本条約規定との抵触の問題の検討を尽くしていないため、不適法である[55]。他方で、ローマ県税務委員会決定 2016 年 10 月 25 日 51 号については、税務委員会が EU 法との抵触はないと考察しており、憲法裁判所への移送は適法である[56]。

憲法裁判所は、合憲性の問題については、憲法上の基本権の侵害はないと判断した[57]。

（51） Corte cost., sent. n. 269 del 2017, punto 1.1. del *Ritenuto in fatto*.
（52） ローマ県税務委員会決定 2016 年 5 月 2 日 208 号。
（53） ローマ県税務委員会決定 2016 年 10 月 25 日 51 号。
（54） Corte cost., sent. 269 del 2017, punto 5.1. del *Considerato in diritto*.
（55） *Ibid.*, punti 5. e 5.3. del *Considerato in diritto*.
（56） *Ibid.*, punto 5.4. del *Considerato in diritto*.
（57） *Ibid.*, punti 10.（3 条および 53 条）e 11.（23 条）del *Considerato in diritto*.

（2）「再集権化」判例の傍論

また、憲法裁判所は、本件の傍論（*obiter dicta*）として[58]、憲法およびEU法分野におけるEU基本権憲章との関係で法律の適法性が疑われる場合、合憲性の質問が提起されねばならない、と述べた。

その理由として、憲法裁判所は次の諸点を挙げた。

リスボン条約の発効に伴いEU基本権憲章が基本条約と同等とされ（EU条約6条1項）法的拘束力が付与されるという変化から明確化が必要となったこと、憲章は憲法に特有の内容を備えているためイタリア憲法と交錯し、同時に両者の違反がありうることが明らかになったこと（Taricco IIを参照）、法律の合憲性の集権的な審査を規定する憲法134条により、憲法裁判所による一般対世的な関与（intervento *erga omnes*）が要請されること、EU条約6条および憲章52条4項規定の加盟国の憲法的伝統と憲章との調和的な解釈を確実にするためにも、憲法裁判所が国内および欧州の基準（憲法11条および117条1項）に照らして判断を行うこと、伝統の長い他の国内憲法裁判所も類似の傾向にあること（オーストリア憲法裁判所2012年3月14日判決U 466/ 11-18; U 1836/ 11-13を参照[59]）、憲章53条のとおり基本権が最大限に保護されるようEU裁判所との対話を利用するよう要請されること、二重先決問題の事案における国内憲法審査の優先はEU裁判所によって否定されていないことである。

ただし、憲法裁判所は、憲章に関する憲法裁判所の集権的な判断を行う際にも、これまでEUおよび憲法判例にて確立しているEU法の優越および直接効の原則は不変であること、様々な保障システム間の建設的・誠実な協力

（58）　*Ibid*., punto 5.2. del *Considerato in diritto*.

（59）　同判決でオーストリア憲法裁判所は、オーストリア法の自律的な分野で憲法上保障される権利と同じ機能を憲章がEU法の適用範囲において有していることや、憲章と欧州人権条約の文言がほぼ同一であり保障分野がおおむね重複していることから、自身が憲章の権利にもとづき判断する権限を有しないとすれば、オーストリア憲法に規定された集権的な憲法司法の理念に反するであろうと述べている（VfGH 466/11-18; U 1836/11-13（英語版）, 5.5 of *Considerations*）。オーストリア憲法における憲章の位置づけについて、山田哲史「憲法規範として国際人権法を取り込むということ―オーストリアの場合」『政策実現過程のグローバル化』弘文堂（2019年）248～273頁。

の枠組みにおいて行われること、憲法保障に対し憲章は司法救済の競合を生じさせうるが、EU 機能条約 267 条の先決問題移送手続の利用には影響を与えないこと、具体的には、①通常裁判所は手続のどの段階でも EU 裁判所に先決問題を移送でき、② EU 法により付与される権利の暫定的な保障に必要な措置をとることができ、③憲法裁判所が合憲と判断した国内立法でも、「他の点で」EU 法に反すると考えられる場合には、合憲性の付随的な審査の終わりに、適用排除できることを述べた(60)。

(3)「再集権化」判例による Granital 判例の変更点

Granital 判例は、憲法裁判所の管轄を分ける基準を EU 法規定の直接効の有無としていた。つまり、国内法による抵触が疑われる EU 法規定に直接効がある場合、通常裁判所は、抵触に関し適宜 EU 裁判所への先決問題移送手続を利用したのち、抵触が解釈で解決されなければ、自ら抵触国内立法を適用排除する。他方、EU 法規定に直接効がない場合、通常裁判所は、抵触に関し適宜 EU 裁判所への先決問題移送手続を利用したのち、憲法裁判所に抵触国内立法の違憲の問題を移送し、憲法裁判所が判断を行う。また、EU 法の「EU 法優越に対する憲法上の限界」との抵触が疑われる場合、抵触に関し EU 裁判所への先決問題移送手続を利用したのち、抵触が解決されなければ、憲法裁判所に移送し、憲法裁判所が判断を行う。

このように、Granital 判例によれば、国内法と直接効を有する EU 法規定の抵触の問題は、憲法裁判所ではなく通常裁判所の管轄に委ねられ、また EU 裁判所への先決問題移送手続が優先されていた。

しかし「再集権化」判例では、国内法による抵触が疑われる EU 法規定が基本権憲章である場合、通常裁判所は、まず EU 裁判所ではなく憲法裁判所に合憲性の問題を移送し、憲法裁判所が憲法および憲章に照らして違憲審査を行うこととされた。

---

(60)　傍論は、2010 年 Melki & Abdeli 事件判決でフランス憲法院への優先的な移送が EU 法上許容される要件として EU 裁判所が示した①および②をそのまま引用したが、③には「他の点で」という表現を加えた（Joined Cases C-188/ 10 and C-189/ 10 *Melki & Abdeli,* ECLI:EU:C:2010:363, paras. 52-53）。

(4)「再集権化」判例の問題点

「再集権化」判例では、「再集権化」はEU法の優越および直接効の原則にも、EU裁判所への先決問題移送手続の利用にも影響を及ぼさないと説明されたが、十分な説明がなく、判旨の射程が不明確であったため、直ちに学説から少なからぬ問題点が指摘された。

ア　憲章の直接効の有無は憲法裁判所・通常裁判所の管轄の基準となるか

第一に、EU基本権憲章の基本権が問題である場合には憲法裁判所への移送が優先されるという「再集権化」判例の説明によって、通常裁判官は直接効を有するEU法規定と抵触する国内立法を自ら適用排除できるという従前のGranital判例が、直接効を有する憲章規定と抵触する国内立法の場合に引き続き妥当し、よって通常裁判官は自ら抵触国内立法を適用排除できるのか、それとも憲法裁判所に移送しなければならなくなったのかが不明確となった[(61)]。この点に関して「再集権化」判例は「これまでEUおよび憲法判例にて確立しているEU法の優越および直接効の原則は不変である」[(62)]としか述べていなかった。

イ　憲法裁判所への移送の優先の意味

第二に、「二重先決問題」の場合、「再集権化」判例以前はEU裁判所への先決問題移送手続が優先されていたが、「再集権化」判例は、基本権が問題となっている場合には憲法裁判所への移送が優先されると説明する一方で、通常裁判所によるEU裁判所への先決問題移送手続の利用は影響を受けず、通常裁判所は手続のどの段階でもEU裁判所に先決問題を移送できる、とも説明したため、憲法裁判所への移送がどのように優先されるのかが不明確だった。そのため、「再集権化」判例により憲法裁判所への優先的な移送が義務付けられたと解され[(63)]、通常裁判所による抵触国内法の適用排除は、憲

(61)　Mori, P., "La Corte costituzionale e la Carta dei diritti fondamentali dell'UE: dalla sentenza 269/2017 all'ordinanza 117/2019. Un rapporto in mutazione?", *Annali AISDUE, op. cit.* at 5, p. 293.

(62)　Corte cost., sent. n. 269 del 2017, punto 5.2. del *Considerato in diritto.*

法裁判所による合憲性の判断の後にのみ認められているように捉えられたり[64]、また傍論が EU 裁判所の Melki & Abdeli 事件判決の文言を修正して引用した結果、憲法裁判所が合憲と判断した国内立法を通常裁判所が適用排除できないことになるとすれば、同 EU 裁判所判決と整合しないのではないかという懸念が示された[65]。

ウ　憲法裁判所による EU 裁判所への先決問題移送手続の利用の如何

第三に、「再集権化」判例の傍論は、EU 機能条約 267 条の先決問題移送手続の利用には影響がないと説明したが、主に通常裁判所による先決問題移送手続の利用についての説明であったため、憲法裁判所が通常裁判所からの問題の移送を優先的に受け、EU 裁判所より先に EU 基本権憲章と国内立法の抵触の問題について見解を示す際に、憲法裁判所自身が憲章に関して EU 裁判所に先決問題を移送するのかどうかが不明確であった。もし憲法裁判所が EU 裁判所に先決問題を移送せず独自に判断を行うとすれば、EU 法（憲章）の自律性・優越が損なわれ、結果として EU 条約 19 条が EU 裁判所および国内裁判官に留保する役割を損なう恐れがあるのではないかとの懸念を呼んだ[66]。

2 「再集権化」の「明確化」判例

そこで通常裁判所は、こうした諸点に関し、「再集権化」判例以降の事例（憲法裁判所 2019 年 20 号判決[67]（以下「2019 年 20 号判決」）、69 号判決[68]

（63）　Leone, S., “In che direzione va la nuova giurisprudenza costituzionale sui casi di violazione di diritto fondamentale a *doppia tutela*?”, in *Granital Revisited?*, *op. cit*. at 5, p. 114.

（64）　Guastaferro, B., “Il cammino euro-unitario della Corte costituzionale nel seguito giurisprudenziale della sentenza n. 269 del 2017”, in *Granital Revisited?*, *op. cit*. at 5, pp. 90-91.

（65）　Romboli, *op. cit.* at 6, 2232-2233. 同 EU 裁判所判決を考察する邦語の文献として、須網隆夫「国内裁判所による EU 法の違憲審査と先決裁定手続」『貿易と関税』60 巻 1 号（2012 年）91～82 頁、中西優美子「QPC 手続をめぐるフランス破棄院と EU 司法裁判所間の対話」『自治研究』97 巻 1 号（2021 年）91～103 頁。

（66）　Mori, *op. cit* at 61, p. 285.

（67）　Corte cost., sent. 21 febbraio 2019, n. 20. 本件ではラツィオ州行政裁判所が、上級行政官の収入データの公開を規定する国内立法の憲法 3 条等、憲章 7 条、同 8 条等、欧州人権

（以下「2019年69号判決」）、117号決定[69]（以下「2019年117号決定」））（以下「『明確化』判例」[70]）を通じて、憲法裁判所に明確化を求めた。そしてそれに対応して憲法裁判所は「再集権化」の射程を限定していく。

（1）憲章の直接効の有無は憲法裁判所・通常裁判所の管轄の基準となるか

通常裁判官が直接効を有するEU基本権憲章の規定と抵触する国内立法を自ら適用排除できるかという点について、憲法裁判所は、2019年20号判決では「EU法の優越と直接効の原則が損なわれることはない」と述べた「再集権化」判例を想起するのみであった[71]。しかし憲法裁判所は、2019年63号判決で、「要件が満たされるならば、通常裁判所が、自らに係属している具体的な事案において憲章の基本権に反する国内立法を適用排除する権限（potere）は損なわれない」[72]と説明した。さらに、2019年117号決定では、

条約8条等およびEU個人データ保護指令および規則との適合性の問題を憲法裁判所に移送した（TAR Lazio, ord. 19 settembre 2017, n. 167）。憲法裁判所は、本件国内立法は一部行政官を無差別に対象としている点で憲法3条に違反すると判断した。

（68）　Corte cost., sent. 21 marzo 2019, n. 63. 本件ではミラノ控訴院が、インサイダー取引規制に関するEU指令2013/36の実施国内立法がより有利な立法の遡及効を除外していた点で、憲法3条、欧州人権条約7条等（および憲章49条1項にも言及）に違反するかという問題を、憲法裁判所に移送した（Corte d'appello di Milano, sez. I civile, ord. 19 marzo 2017, n. 87）。憲法裁判所は、本件国内立法による憲法3条および117条1項の違反を認定した。

（69）　本件では破毀院が、特権情報の濫用に対する証券取引委員会（CONSOB）による行政上の制裁に関するEU指令2003/6および規則596/2014の実施国内立法の合憲性の問題を憲法裁判所に移送した（Cass. civile, Sez. II, ord. 16 febbraio 2018, n. 3831）。憲法裁判所は、一方で、本件国内立法の没収規定は強力かつ比例性を欠く制裁であり、憲法3条、同42条、（欧州人権条約追加議定書1条との関係で）憲法117条1項、ならびに（憲章17条および49条3項との関係で）憲法11条および117条1項に違反し、違憲と判断した（Corte cost., sent. 10 maggio 2019, n. 112）。他方で、残りの問題についてはEU裁判所に先決問題として移送した（Corte cost., ord. 10 maggio 2019, n. 117）。

（70）　「明確化」という文言は「再集権化」判例内でも用いられたため、「再集権化」を「明確化」（precisazione）（単数形）と形容することもあるが、本稿では「再集権化」判例の射程を限定（明確化）した3つの判例を「『明確化』判例」（precisazioni）（複数形）と呼ぶこととする（Massa, M., "Dopo la «precisazione». Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017", in *Scritti Ruggeri, op. cit.* at 5, Vol. III, pp. 2705-2721）。

（71）　Corte cost., sent. n. 20 del 2019, punto 2.1. del *Considerato in diritto*.

（72）　Corte cost., sent. n. 63 del 2019, punto 4.3. del *Considerato in diritto*.

「要件が満たされるならば、通常裁判所が、自らに係属している具体的な事案において憲章の基本権に反する国内立法を適用排除する義務（dovere）は損なわれない」(73)と説明した。

よって、憲章規定の直接効の有無は憲法裁判所・通常裁判所の管轄の基準になりうる(74)。

（2）憲法裁判所への移送の優先の意味

憲法裁判所への移送の優先について憲法裁判所は、2019 年 20 号判決で、事案の内容を「再集権化」判例に照らせば憲法裁判所の「第一声」（la “prima parola”）が憲法上の重要性から十二分に正当化されることと、優先的な憲法審査によっても「通常裁判所が〔憲法裁判所に移送されたものと〕同じ論点について必要と考えるいかなる先決問題をも EU 裁判所に移送できることに変わりはない」こと、およびそれによって「司法救済の競合が生じ、基本権保障の手段が充実し、定義上、保障のいかなる排除も否定される」ことを説明した(75)。2019 年 63 号判決では、憲法裁判所による「付随的な違憲審査の後でも、通常裁判所が EU 裁判所に先決問題を移送する権限は損なわれない」と説明した(76)。

このような「明確化」により、EU 裁判所ではなく憲法裁判所への移送の優先は、通常裁判所の義務ではなく、任意であることが明らかとなった(77)。

（73） Corte cost., sent. n. 117 del 2019, punto 2. del *Considerato in diritto*.

（74） ただし、その後の判例では、EU 基本権憲章の権利に直接効がある可能性がある場合も、それと国内法規定との抵触による合憲性の問題が認められないわけではなく、そのような問題が提起されれば、憲法裁判所は審査を行うこと（Corte cost., sent. 16 giugno 2022, n. 149, punto 2.2.2. del *Considerato in diritto*）、憲法裁判所による集権的な違憲審査は通常裁判所による EU 法の分権的な実施にとって代わるものではなく、それに追加的なものであると述べられている（Corte cost., sent. 11 marzo 2022, n. 67, punto 11. del *Considerato in diritto*）。

（75） Corte cost., sent. n. 20 del 2019, punto 2.3. del *Considerato in diritto*.

（76） Corte cost., sent. n. 63 del 2019, punto 4.3. del *Considerato in diritto*.

（77） Repetto, G., “Di assestamenti e poste in palio. Ancora sul concorso di rimedi giurisdizionali in materia di diritti fondamentali tra Costituzione e diritto dell’UE”, *Giurisprudenza costituzionale*, f. 1, 2019, p. 257.

また通常裁判所は、憲法裁判所への移送の前でも後でも、同時にでも、憲法裁判所がすでに合憲と判断したものと同じ論点についても、制限なくEU裁判所に先決問題を移送できる[78]。

（3）憲法裁判所によるEU裁判所への先決問題移送手続の利用の如何

この点に関し憲法裁判所は、2019年63号判決で、通常裁判所により優先的に憲法裁判所に移送された合憲性の問題が「EU基本権憲章にも関わる憲法上の問題を提起している場合、憲法裁判所は、必要ならEU裁判所の先決判決を得た後、問題の規定の違憲性を宣言し、それにより当該規定を一般対世的に排除することを含め、当該問題に回答を与えることを妨げられない」[79]と説明したが、EU裁判所への先決問題の移送を実際には行わず、自ら当該規定の違憲性を判断した。

その後憲法裁判所は、通常裁判所からの優先的な移送を受け、2019年117号決定によって自らEU裁判所に先決問題を移送し、憲法裁判所が憲章と国内立法の抵触の問題について見解を示す際に、憲章に関してEU裁判所に先決問題移送を実際に行うことを示した。その際、憲法裁判所は以下の諸点を説明した[80]。

まず、憲法裁判所はEU機能条約267条規定の「国内裁判所」であり、憲章に関し必要ならばいつでもEU裁判所へ先決問題を移送し、違憲審査の結果、国内立法を違憲と宣言し、国内法秩序から排除する。このことは、憲法裁判所の判断の後であっても、「通常裁判所が同じ論点について必要と考えるいかなる先決問題をもEU裁判所に移送できる」権限[81]、および通常裁判所が直接効の要件を満たす憲章の基本権に反する国内立法を適用排除する義務（dovere）[82]を損なわない。

（78）　Scaccia, G., “Corte costituzionale e doppia pregiudizialità: dalla Carta dei diritti all’accentramento del controllo sul diritto dell’Unione *self-executing?*”, in *Granital Revisited?*, *op. cit*. at 5, p. 211.

（79）　Corte cost., sent. n. 63 del 2019, punto 4.3. del *Considerato in diritto*.

（80）　Corte cost., ord. n. 117 del 2019, punto 2. del *Considerato in diritto*.

（81）　Corte cost., sent. n. 20 del 2019, punto 2.3. del *Considerato in diritto.*

（82）　Corte cost., sent. n. 63 del 2019, punto 4.3. del *Considerato in diritto* では、「権限」（potere）

（4）憲法裁判所と EU 裁判所の対話

2019 年 117 号決定によって憲法裁判所が EU 裁判所に移送したのは、監督当局への協力義務を規定する EU 派生法（指令 2003/ 6 および規則 596/ 2014）の実施国内立法が、証券取引委員会（CONSOB）の審問に期限内に応じないこと（自己負罪拒否特権の行使）を罰則の対象とする点について、憲法 24 条 2 項、同 111 条 2 項、欧州人権条約 6 条、自由権規約 14 条、EU 基本権憲章 47 条、同 48 条、および加盟国に共通の憲法的伝統との関係で、同 EU 派生法が自己負罪拒否特権を行使した者に制裁を科さないことを加盟国に許容しているか、という先決問題であった。先決問題移送にあたり憲法裁判所は、憲法 24 条および欧州人権条約 6 条判例が自己負罪拒否特権の保障に肯定的であること [83]、自己負罪拒否特権はイタリア憲法のアイデンティティを特徴づける不可侵の人権に属すること [84] 等を述べ、また、基本権の共通水準の定義における国内・欧州裁判所間の誠実な協力の精神を強調した [85]。

2021 年 2 月 2 日、EU 裁判所は、2019 年 117 号憲法裁判所決定により移送された先決問題に回答した。すなわち、〔憲法裁判所が指摘した憲法 24 条および〕欧州人権条約の基本権（自己負罪許否特権）は、EU 条約 6 条 3 項にもとづき EU 法の一般原則を構成し、対応する憲章の権利（47 条および 48 条）は憲章 52 条 3 項および憲章説明文書により、保護の最低基準として考慮されなければならず [86]、EU 派生法は特に憲章に適合するよう解釈されねばならないため [87]、本件 EU 派生法は自己負罪拒否特権を行使した者に制裁を科さないことを加盟国に許容している [88]。

同 EU 裁判所の回答を受け、憲法裁判所は、2021 年 84 号判決により、EU 派生法を実施する国内立法の問題の部分につき、憲法 24 条ならびに 11 条および 117 条 1 項に違反している旨を判示した [89]。その際、憲法裁判所は、

とされていた。

（83）　Corte cost., ord. n. 117 del 2019, punto 7. del *Considerato in diritto.*

（84）　*Ibid*., punto 7.1. del *Considerato in diritto.*

（85）　*Ibid*., punto 10. del *Considerato in diritto.*

（86）　Case C-481/ 19 *DB v Consob*, ECLI:EU:C:2021:84, paras. 36-37.

（87）　*Ibid*., para. 50.

（88）　*Ibid*., para. 58.

EU裁判所の解釈が憲法裁判所の解釈と一致したと評価し、また、国内および超国家的な基準はすべて「その解釈において互いに補完し合う」と述べた(90)。

四「再集権化」～「明確化」判例の評価

1 「明確化」された憲法裁判所および通常裁判所とEU裁判所の間の対話のルール

「再集権化」判例で簡単に触れられつつも自明ではなかった、憲法裁判所および通常裁判所とEU裁判所との対話のルールは、「明確化」判例により、次のとおり明らかになった。

①国内法による抵触が疑われる基本権憲章以外のEU法規定に直接効がある場合、通常裁判所は自ら抵触国内立法を適用排除できる。

②国内法による抵触が疑われる憲章以外のEU法規定に直接効がない場合、通常裁判所は、適宜EU裁判所への先決問題移送手続を利用したのち憲法裁判所に抵触国内立法の合憲性の問題を移送し、憲法裁判所が判断を行う。その際、憲法裁判所自身もEU裁判所への先決問題移送手続を利用する。

③国内法による抵触が疑われる憲章の規定に直接効がある場合、通常裁判所は自ら抵触国内立法を適用排除できる。

④国内法による抵触が疑われる憲章の規定に直接効がない場合、通常裁判所は、憲法裁判所および・またはEU裁判所への移送を選べる。憲法裁判所に抵触国内立法の合憲性の問題が移送されたときは、憲法裁判所が判断を行う。EU裁判所への先決問題移送手続が利用されたときは、EU裁判所が判断を行う。通常裁判所は、一方の裁判所の判断に疑問を有する場合、他方の裁判所に同じ問題を移送できる（二重の保障(91)）。憲法裁判所もEU裁判所

（89） Corte cost., sent. 30 aprile 2021, n. 84.

（90） *Ibid*., 3.5. del *Considerato in diritto*.

（91） Medico, F., “La sentenza n. 269 del 2017 della Corte costituzionale: l’eccezione a *Granital*?”, in *Granital Revisited?*, *op. cit*. at 5, p. 159.

への先決問題移送手続を利用する[92]。

2　直接効の基準および憲章の基準の関係

③によれば、国内法による抵触が疑われる EU 基本権憲章の規定に直接効がある場合、通常裁判所は自ら抵触国内立法を適用排除することができる。直接効の範囲が広ければ広いほど、かつ不確実であればあるほど、通常裁判所が憲法裁判所に付託することなく EU 法違反の国内法規定を適用排除する可能性が高まる[93]。他方で、もし通常裁判所が憲章に関わる事案をすべて憲法裁判所に移送せねばならないとすると、③により本来は適用排除されるべき、直接効を有する憲章の権利と抵触する国内法を、通常裁判所が即、自ら適用排除できないことになる。その場合、直接効という EU 法の原則が損われ、ひいては欧州統合のプロセスが損われるという危惧もある[94]。そのため憲章が適用される場合と適用されない場合の区別よりも、直接効が生じる場合（regole）と生じない場合（principi）の区別が重要であり、通常裁判所が EU 法の「原則」（principi）との関係で区内立法の適用排除を判断する際には EU 裁判所への先決問題移送を義務づけるべきとの指摘がある[95]。

3　基本権保障手続の併存と憲法裁判所の「第一声」

④によれば、通常裁判所は基本権の問題の移送先として憲法裁判所と EU 裁判所の両方を利用できる。「集権化」判例は、それまで優先させていた EU 裁判所への移送の代わりに、先に憲法裁判所へ移送するという選択肢を加えた。これにより憲法裁判所が基本権に関する「第一声」を上げられるようになったことについては、それにより裁判所間の対話がより促進され[96]、

（92）④につき、詳しくは Massa Pinto, I., “Il giudizio d’incostituzionalità delle leggi in caso di doppio parametro（interno ed europeo）: il conflitto sulle regole d’ingaggio”, in *Il sistema “accentrato”*, *op. cit.* at 5, pp. 117-125.

（93）　Guastaferro, *op. cit.* at 64, p. 90.

（94）　Ruggeri, *op. cit.* at 45, p. 255.

（95）　Dani, *op. cit*. at 20, pp. 75-76. EU 基本権憲章 52 条 5 項は、「原則」（principi）を示す憲章の規定は、EU および加盟国諸機関により実施され、同実施規定の解釈および適法性の審査の目的でのみ適用されると規定している。

EU基本権憲章の解釈も豊かになり[97]、ときに解釈の相違が生じたとしてもそのような衝突によって異なる法制度間の関係性が発展する[98]、といった肯定的な評価が多い。一方で、通常裁判所による国内立法の適用排除によっても基本権保障は実現されうるという指摘や[99]、憲法裁判所への移送にかかる時間やコストへの懸念もあるが[100]、他方でそれに見合う法的安定性が憲法裁判所の一般対世的な違憲判決により得られるとの見方もある[101]。

4　EU法の自律性に対する影響

これまでのところ、憲法裁判所はEU裁判所への先決問題移送を積極的に行ってきているが、憲法裁判所がEU法に関する先決問題をEU裁判所に移送することなく判断するというリスクはなくなったわけではなく、その場合はEU法の自律性が損なわれることになる[102]。

この点については、これまでのところ、憲法裁判所が2020年182号決定で、2019年117号決定と同様にEU裁判所に先決問題を移送するなかで、「EU法との衝突が増えているこの分野では、条約の解釈と適用における法の尊重（EU条約19条1項）を預かるEU裁判所との対話を特別に優先せざるを得ない」と述べ[103]、また、2022年憲法裁判所67号判決において、先決問題移送手続の場での条約の解釈・適用においてはEU裁判所が排他的管轄権を有すると述べたが[104]、このことをEU裁判所のLenaerts長官は、直ちに親EU法的な立場として称賛している[105]。EU裁判所のイタリア出身

（96）　Amoroso, *op. cit*. at 11, 11.

（97）　Zanon, N., “Ancora in tema di doppia pregiudizialità: le permanenti ragioni della ‘precisazione’ contenuta nella sentenza n. 269 del 2017 rispetto alla ‘grande regola’ *Simmenthal-Granital*”, in *Giornata di studio, op. cit*. at 5, p. 98.

（98）　Martinico, G., “L’armonia conflittuale. La Corte costituzionale e il diritto dell’Unione”, in *Scritti Ruggeri, op. cit*. at 5, Vol. III, p. 2697.

（99）　Ruggeri, *op. cit*. at 45, p. 256.

（100）Dani, *op. cit.* at 20, pp. 74-75.

（101）Amoroso, *op. cit.* at 11, 6.

（102）Mori, *op. cit*., at 61, p. 296.

（103）Corte cost., ord. 30 luglio 2020, n. 182, punto 3.1. del *Considerato in diritto*.

（104）Corte cost., sent. 11 marzo 2022, n. 67, punto 10.2. del *Considerato in diritto*.

の Rossi 判事は、同様に肯定的に評価を行う中で、EU 法と加盟国の憲法上の価値が真に衝突する際、憲法裁判所は一方的に「EU 法優越に対する憲法上の限界」を援用するのではなく、EU 裁判所に先決問題を移送せねばならないと述べている（106）。欧州レベルでの基本権規範形成への関与に積極的な憲法裁判所の姿勢を肯定的に評価する学説も、憲法裁判所による EU 裁判所への先決問題移送手続の利用は必須と考えている（107）。

5 「EU 法優越に対する憲法上の限界」に対する影響

「再集権化」により通常裁判所が EU 基本権憲章の権利の問題を優先的に憲法裁判所に移送し憲法裁判所が「第一声」を発する場合、また憲法裁判所が憲法上の問題を説明しつつ EU 裁判所に先決問題を移送する場合、EU 裁判所との間で解釈の相違が生じて憲法裁判所が「EU 法優越に対する憲法上の限界」を援用することを避けることができるとの評価がある（108）。EU 法が「EU 法優越に対する憲法上の限界」に迫っていることを憲法裁判所が EU 裁判所に事前に警告できるからである（109）。実際、EU 裁判所は「再集権化」および「明確化」判例後の憲法裁判所の積極的な対話の動きに対し融和的な態度を見せており、両裁判所は対立の芽を摘むための最も適切な方法として模索をしているのではないかとの分析がある（110）。

五　結語

以上、本稿では、EU 法および欧州における基本権保障の発展に伴い、欧

（105）Lenaerts, K., “National Identity, the Equality of Member States Before the Treaties and the Primacy of EU Law”, in *Giornata di studio*, *op. cit*. at 5, p. 17.

（106）Rossi, L., “Regole dell’Unione europea ed eccezioni nazionali: la questione ‘identitaria’”, in *Giornata di studio*, *op. cit*. at 5, pp. 79–80.

（107）Massa, *op. cit.* at 70, p. 2721.

（108）Caruso, C., “*Granital Reloaded*. La ‘precisazione’ nell’integrazione attraverso i conflitti”, in *Granital Revisited?*, *op. cit*. at 5, pp. 41-42.

（109）Massa Pinto, *op. cit*. at 92, pp. 122, 126.

（110）Lo Calzo, *op. cit.* at 31, p. 318.

州の裁判所と関係を密にする通常裁判所に基本権保障の役割を分権的に奪われ、憲法裁判所の基本権保障の役割が「周縁化」していったこと、「周縁化」に抵抗し自らの基本権保障の役割を集権的に取り戻すため、憲法裁判所が「集権化」および「再集権化」を試みたこと、「再集権化」の内容に疑問を抱いた通常裁判所から移送された合憲性の問題への回答の中で、憲法裁判所が「再集権化」判例の射程を限定する形で「再集権化」の「明確化」を行ったことを考察した。このように、憲法裁判所は通常裁判所により影響を受け、変化を迫られる中でEU裁判所との対話を模索することを明らかにした。

「再集権化」および「明確化」判例の後の憲法裁判所の積極的なEU裁判所との対話は、これまでのところEU裁判所との衝突を生じることなく、逆にEU裁判所判事から称賛を受けている程である。近年、他のEU加盟国の裁判所の事例には、法の支配、裁判官の独立、EU法の優越等といったEU法体系の根幹に疑問を呈すものが散見されている中、EU裁判所のイタリア出身判事は、自国憲法裁判所によるEU裁判所との対話の取り組みは公正かつ建設的なものであり、他のEU加盟国に示唆を与えることができると自負している(111)。確かに、EUおよび欧州の裁判所との関係を密にする通常裁判所の協力を得ることで基本権保障における自らの権威を維持できるイタリア憲法裁判所であるからこそ、EU裁判所との対話を重視するのであれば、「再集権化」および「明確化」判例により構築されたイタリア憲法裁判所、通常裁判所およびEU裁判所の対話のメカニズムは、EU法と他の加盟国の国内法との関係の考察においても重要な比較法上の意義があることになろう。ただ、イタリア憲法裁判所が取り組む「周縁化」の問題は、「再集権化」および「明確化」判例では根本的には解決されないとの見方もあり(112)、対話により対立が避けられるかは今後の判例の動向を見ながら改めて評価を行う必要がある。

＊本稿は、JSPS科研費基盤研究(C)（課題番号21K01134）の交付を受けて行

（111）Rossi, *op. cit.* at 106, p. 80.

（112）Daniによれば「周縁化」の根本的な原因はGranital判例というよりもEU権限の拡大の副作用である（Dani, *op. cit.* at 20, p. 70）。

った研究の成果の一部である。

（本学法学部国際関係法学科・准教授）

論　　説

慣習国際法の同定における「 全体の文脈」の考慮

江藤　淳一

Ⅰ．はじめに
Ⅱ．慣習国際法の同定に関する結論
　1．起草過程
　2．注釈
Ⅲ．国際裁判における「 全体の文脈」の考慮
　1．大陸棚の画定
　2．裁判権免除
　3．武力紛争時の文民保護
Ⅳ．おわりに

Ⅰ．はじめに

国際法委員会（ ILC）は、2018 年に「 慣習国際法の同定（ identification）に関する結論」を採択した（1）。作業を開始するにあたっては、慣習国際法の同定のようにきわめて理論的な問題を ILC が取り上げることに関して強い疑義が提起された（2）。これに対し、この作業の目的は、国際法の専門家ではない裁判官や行政官に対し指針を提供することにあるとし、深い理論的検討を回避するという方針で作業が進められることとなった（3）。そして、こ

（ 1）　*Yearbook of the International Law Commission*（herinafter *ILC Yearbook*）2018, Vol. II（2）, p. 89.（A/ 73/ 10, para. 53）.

（ 2）　この点に関し、村瀬信也「 慣習国際法の同定に関する国際法委員会結論草案の問題点」岩沢雄司・岡野正敬編『 国際関係と法の支配・小和田恆国際司法裁判所裁判官退任記念』（ 2021 年）445−48 頁。

の作業の途中の段階で、すでに ILC の中間報告に注目する国内裁判所の判決が現れている（4）。

ここで想起されるのは、条約法条約の起草過程で、条約の解釈に関する一般規則を条文化するか否かについて行われた議論である。条約の解釈に関しては、さまざまな方法論があり、それらを条文化するのは困難であるという主張が一方にあった。これに対し、確立した規則を提示することは困難であるとしても、解釈の際に指針となるようなものを提供することは有益とみる立場があった（5）。結局、条約の解釈に関する一般規則の条文（ 31 条・ 32 条）が盛り込まれ、国際司法裁判所（ ICJ）は、リビア＝チャド領土紛争事件でこれが慣習国際法の規則であると認定した（6）。

条約の解釈に関する条約法条約の規則と慣習国際法の同定に関する指針では、それらを同列に論ずることはできないだろう。慣習国際法に関しては、その本質が何かについて依然として理論的対立があり、それが慣習国際法の成立要件に関するさまざまな意見の不一致にもつながっている。そのなかで一般的な指針を提供することが、さまざまな分野の事案を扱う実務家にとってどれだけ有益かについては疑問を感じるところもある。異なる分野における一般的な指針の提供はかえって混乱をもたらすおそれもあるかもしれない。

ところで、2011 年に ILC が、「慣習国際法の形成」という議題で検討を開始しようとした際、国際法の分野における慣習国際法の形成過程の相違が委員の問題意識にあった。次節で述べるように、たとえば、国際人権法、国際人道法、国際刑事法といった分野では、慣習国際法の形成が伝統的な国際法の分野とは異なる形をとるのではないかといった議論がなされていた。特別報告者となったマイケル・ウッドが 2011 年に作成したシラバスでは「国家実行と法的確信」という作業項目のなかの最後に、「慣習法規則の同定のた

（3）　*ILC Yearbook* 2013, Vol. II（2）, p. 65, paras. 73, 77.

（4）　*R (on the application of the Freedom and Justice Party) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs　[2016] EWHC 2010 (Admin),　[2016] All ER (D) 32 (Aug)*, paras. 77–78.

（5）　I.Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd ed（1973）, pp. 114–19.

（6）　Defferend territrial, *CIJ Recueil* 1994, para. 41.

めの規準が規則の性質またはその規則の属する分野により変わりうるか」という問題が提起されていた(7)。

この問題に対する検討は、「結論」3(二つの構成要素の証拠の評価)に反映された。この規則は、「一般慣行の存在」と「法としての承認(法的確信を伴う)」という2要件の証拠の評価に当たり、「全体の文脈、規則の性質及び当該証拠が見出された特別の事情」を考慮の対象とすべきことを求めている。これは、分野ごとに特別の方法論を定めるのは避け、慣習国際法の統一性を確保しつつ、各分野での慣習国際法の形成過程の違いを考慮する余地を残す工夫であったといえる。

この3つの考慮要因のなかで、とくに注意が必要なのは全体の文脈である。WHO協定事件で、ICJが述べたように、国際法の規則は真空の中で作用するわけではない。その規則が一部を形成するにすぎない法諸規則のより広い枠組みという文脈のなかで作用する(8)。「結論」3が、慣習国際法の同定にあたって全体の文脈を考慮するよう求めるのは当然である。ただ、条約法条約が条約解釈の一般的規則を定める31条2項で「文脈」を規定するのとは異なり、「結論」3は、全体の文脈にあたるものを明記せず、それを「結論」とともに採択された「注釈」に委ねている。その「注釈」は、次節で検討するように、全体の文脈に関する簡単な説明を試みてはいるが、それにより全体の文脈の意味や役割が必ずしも明らかになってはいない。

本稿は、以上のような状況に鑑み、慣習国際法の同定に果たす「全体の文脈」の意義について考察するものである。全体の文脈の考慮が必要なのは自明としても、何が文脈にあたるかが明かでなければ、同定されるべき規則が裁判所の判断により大きく左右されることになる。これを防ぐためにはまずは考慮が必要な全体の文脈とは何かを明らかにする必要がある(第2節)。次に、実際に国際裁判でそれがいかに設定され、慣習国際法の同定につながっているかを検討する(第3節)。

---

(7) *ILC Yearbook* 2011, vol. II(2), p. 184, annex I, para. 8

(8) Interpretation of the Agreement of 25 March 1951between the WHO and Egypt, *ICJ Reports* 1980, para. 10.

Ⅱ．慣習国際法の同定に関する結論

1．起草過程

ILC の慣習国際法の同定に関する作業の開始にあたって特別報告者が 2012 年に作成したノート には次のような一節があった。

> この議題は、慣習国際法の全体を対象とする。国際法の統一性と「 国際法が 1 つの法体系である」という 事実を考えるならば、本議題上、この法を個別の専門分野に分割することは有益ではなく 、原則に合致しない。この議題に関する 委員会の作業は、たとえば、慣習人権法、慣習国際人道法、慣習国際刑事法を含む、国際法のすべての分野に関連するだろう 。しかしながら 、異なる 方法論が慣習国際法の特定の規則の同定について適切であるか否か、また、適切であるとすればどの程度であるかは検討の対象である（ 9）。

2013 年の特別報告者の第 1 報告書でも 、分野による 異なるアプロ ーチの可能性の問題が繰り 返し 表明された。そこでは「 異なる 分野での慣習国際法の規則の形成と 証拠は特別な問題を提起するかもしれない」として、慣習国際法の規則の形成と 証拠に関し「 問題となっている 分野によって異なる 素材に異なる 重みが付与されるか否か、もしそう であればどの程度であるかが検討されるかもしれない」と 述べた。それと 同時に、「 国際法は、それぞれの役割がほかから 孤立した一連のばら ばらの専門的かつ自己完結的な法典ではなく 、単一の統合された法体系である」とのグリ ーンウッド 裁判官の言葉を想起すべしと 指摘されている（ 10）。

これと 関連して、第 1 報告書第 3 章では「 考慮に入れるべき 素材の範囲」

（ 9）　Note by Sir Michael Wood, Special Rapporteur, document A/ CN. 4/ 653（30 May 2012）, *ILC Yearbook* 2012, vol.II（1）, p. 56, para. 22

（ 10）　First Report of of the Special Rapporteur, A/ CN. 4/ 663, para. 19.

に関する検討が行われた。そのなかで「国家と他の政府間アクター」と「ICJ 判例法」の次に、「他の裁判所の判例法」について説明が行われ、ITLOS、国際刑事裁判所等、WTO 紛争解決機関、国家間仲裁裁判所その他のアド・ホック裁判所が取り上げられた(11)。そして、とくに国際刑事裁判所等の判例について詳細な検討がなされた。その理由は、一部の人たちが、国際刑事法の分野の文脈では慣習国際法が伝統的国際法の文脈とは異なるものを意味し、裁判所の判例はしばしば「実行を志向する類の慣習から、より明確に慣習プロセスの人道的解釈への」移行を示していると指摘していたからである(12)。

検討の対象となったのは、旧ユーゴやルワンダの国際刑事裁判所、そのほかシエラレオネ、カンボジア、レバノンで設置された国際化された裁判所の判例であった。その結果、おおかたの判例は一般慣行と法的確信という 2 要件アプローチを支持していると分析したが、なかには後述する旧ユーゴ国際刑事裁判所のクプレスキッチ事件のように、2 要件（とくに国家実行）がしっかりと証明されていなくても、慣習国際法の規則が出現することを承認する意向を示したものもあると認めている。しかし、ここではその指摘だけにとどまり、それが慣習国際法の同定に及ぼす影響にまで踏み込む分析はなかった(13)。

2014 年の第 2 報告書は、慣習国際法の同定に関する結論草案 1 から 11 の案文を示し、第 2 部「2 構成要素」のなかに次の 2 条が盛り込まれた。

> 3「基本的アプローチ」
>
> 慣習国際法の規則の存在及び内容を認定するために、法として認められた一般慣行が存在するかを決定する必要がある。
>
> 4「証拠の評価」
>
> 法として認められた一般慣行の証拠を評価するに当たり、それを取り巻く事情を含む文脈を考慮しなければならない(14)。

（11） *Ibid*., paras. 66–79.

（12） *Ibid*., para. 68.

（13） *Ibid*., paras. 68–76.

この点に関し、特別報告者は、次のように説明している。

> すべての証拠は、文脈に照らして考慮されなければならない。二つの構成要素の存在その他の評価は、一次的証拠の検討であれ、補助的手段に目を向ける場合であれ、十分な注意を要する。証拠は［各種の源泉から］得られるものの、常に最大限の注意が必要である。関連する実行が実際に何であるか、また、どの程度それが本当に法として認められているかを決定する際、多くが特定の事情によって決まる。そして、異なる重みが異なる証拠に付与されることがある（15）。

ここで文脈の考慮の必要性を示した判例として、モロッコ米国民権利事件が引用されている。米国が、モロッコのフランス地帯の米国民に関し慣習や慣行に基づき領事裁判権その他の治外法権を有すると主張した際、ICJ は、外交文書のなかには、その文脈を無視して考慮すれば、米国の主張を認めたとみなされる個々の表現はあるとしながら、その文書の大意を無視することはできず、それはフランスと米国は常に相互の同意に基づく解決を求めており、どちらの当事者もその法的立場を譲歩する意図を有していなかったことを示していると指摘した（16）。慣習国際法の同定に際し、このような形で問題となる外交文書の証拠としての評価を行うことはもっともなことであろう。

2014 年会期では、結論草案 4 の「取り巻く事情」と「文脈」をめぐって議論が行われた。特別報告者は、二構成要素のアプローチは十分に確立しているが、ただし、当該規則の分野またはタイプによって適用に相違があるかもしれないとしたうえで、結論草案 4（証拠の評価）は 2 要素の証拠を取り巻く文脈を考慮する重要性を強調するものだと説明した（17）。これに対し

（14）　草案を含めて「結論」の条文の翻訳に際しては、特段の考慮が不要な場合には『国際条約集 2023』（有斐閣）に拠った。

（15）　Second Report of of the Special Rapporteur, A/ CN. 4/ 672, para. 29.

（16）　*Ibid*., note 54.

（17）　*ILC Yearbook* 2014, Vol. I, p. 197, para. 17.

て、委員はさまざまな見解を表明したが、なかには「 文脈」や「 取り 巻く 事情」のよう な不確定な、偶然的な要因に信頼を置くことはできないという 見解[18] や「 取り 巻く 事情」と「 文脈」という 表現は曖昧であり 、異なる解釈を生じさせ、証拠の評価にとってその有用性を減じるという 指摘[19] もあった。

この 2 つの用語の意味についてもさまざまな意見が示された。たとえば、「 取り 巻く 事情」について、これは「 文脈」を包摂するので、「 取り 巻く 事情」だけでよいとの意見[20] や、反対に、「 取り 巻く 事情」は「 文脈」に包摂されるよう に思われるので、「 取り 巻く 事情」の語の意味を明らかにするのが助けになるとの意見[21] があった。また、「 取り 巻く 事情」の表現は役に立たず、「 取り 巻く 事情」に代えて「 証拠の性質、証拠が生じた状況、および、他の利用できる証拠との関係」を加える提案[22] があった。ほかに、「 文脈」と「 取り 巻く 事情」という 文言は、慣習規則の形成のすべての側面をカバーしえないという 趣旨の注意書きが注釈に含まれても 良いとの指摘[23] や、また、文脈の考慮が、異なるタイプの証拠が文脈次第で異なる重みを持ちうることを意味するというのであれば、その考えをより 良く 伝えるべきだとの見方[24] も示された。

2014 年の起草委員会は、結論草案 2（ 用語法）を削除したため、結論草案 2 が基本的アプロ ーチ、結論草案 3 が証拠の評価の規定となった。このう ち結論草案 3 が規定する 関連する 証拠の問題をめぐって委員会で長時間にわたり 議論が行われたと 報告されている。そのなかで、証拠の評価に際して、全体の文脈と 当該証拠の特別の事情の考慮が、全体にわたる原則を示すことが確認された。その際、一部の委員から 、とくに慣習国際法規則を同定しようとする 実務家は、事実と 事情だけでなく 、その分析のなかに規範的考慮を含

（ 18） *Ibid.*, p. 115, para. 57（Murase）.
（ 19） *Ibid.*, p. 133, para. 45（Wisnumurti）.
（ 20） *Ibid.*, p. 115, para. 66（Caflish）.
（ 21） *Ibid.*, p. 126, para. 59（Hassouna）.
（ 22） *Ibid.*, p. 123, para. 27（Murphy）.
（ 23） *Ibid.*, p. 137, para. 3（Robledo）.
（ 24） *Ibid.*, p. 136, para. 85（Gevorgian）.

める必要があるという指摘があった。最終的に、関連する証拠は、個々別々にではなく、全体の文脈と当該証拠の特別の事情に関して考慮されなければならないことを示す案文が採用された。なお、結論草案 2 には、これまでの「法として認められた」という表現に加え、一般に用いられている opinio juris の語を括弧つきで用いることになった（以下ではこれにつき「法的確信を伴った」の語を充てる）[25]。

この後、さらに 2015 年の起草委員会で、この結論草案 3 の修正がなされた。第 1 に、証拠の評価に際して考慮されるべきものが、「全体の文脈、規則の性質及び当該証拠が見出された特定の事情」に改められた。第 2 に、同一の証拠が一般慣行と法としての承認の両方の証明に用いられる問題（いわゆるダブルカウント）の取り扱いが議論された結果、この問題を結論草案 3 で取り上げることになり、新たに 2 項を設けることになった。これは、2 つの要素の証拠の評価においては、それぞれの要素の存在が証明されなければならないことを明確にすることを目的とするものである[26]。

これにより、結論草案 2 の改訂と合わせて、次のような案文となり、これが最終的に採択されることになった。

第 2 部　基本的アプローチ

結論草案 2［ 3］「 2 つの構成要素」

慣習国際法の規則の存在及び内容を認定するために、法として認められた（法的確信を伴った）一般慣行が存在するかを決定する必要がある。

結論草案 3［ 4］「 2 つの要素の証拠の評価」

1. 一般慣行が存在するか及び当該慣行が法として認められた（法的確信を伴った）ものであるかを確認するための証拠を評価するに当た

（ 25） Interim report by the Chair of the Drafting Committee, 7 August 2014, https://legal.un.org/ilc/sessions/66/pdfs/english/dc_chairman_statement_identification_of_custom.pdf.

（ 26） Statement of the Chairman of the Drafting Committee, 29 July 2015, https://legal.un.org/ilc/documentation/english/statements/2015_dc_chairman_statement_cil.pdf, pp. 3–4.

り 、全体の文脈、規則の性質及び当該証拠が見出された当該証拠の特定の事情を考慮しなければならない。

2. 2 つの構成要素のそれぞれは個別に検討される。これはそれぞれの要素の証拠の評価を求めるものである。

以上のように、結論草案 3 は、国際法の分野によって慣習国際法の同定が分野によって変わり 得るかという 問題に対し 、2 要素アプローチ自体はいずれの分野でも 確立しているとの立場を示した。しかし 、このアプローチの適用に際しては分野に違いがありうるとして、それは証拠の評価にあたり 文脈を考慮することによって処理されるべきだとされた。その後、文脈の意味を明らかにする必要があるとの指摘のなかで、それとは切り 離されて「 規則の性質」と「 特定の事情」が考慮要素に加えられることになった。しかし 、この 3 つの考慮事由がそれぞれ何を含むのかは起草過程からは必ずしも 明確になったとはいえない。

2. 注釈

ここでは、慣習国際法の同定に際して考慮すべきとされた「 全体の文脈、規則の性質及び当該証拠が見出された当該証拠の特定の事情」について、文脈を中心としつつ注釈を検討する。

結論草案 3 の注釈は、その(2)と(3)で、次のように文脈に関する説明を行っている。

(2)［ 結論草案 3 の］1 項は、結論草案のすべての基礎にある 、1 つの全体にわたる原則、すなわち、すべての利用可能な証拠の評価は、注意深く 文脈に応じたものでなければならないことを定める。法として認められた(法的確信を伴った) 一般慣行が存在するか否かは、関連する 事情に照らして注意深く 調査されなければならない(注 681)。このような分析は、個々の決定の信頼性を促進するばかり でなく 、国際法のすべての分野において、必要な柔軟性をもって 2 要素論が適用できるようにする

ものでもある[27]。

（3）全体の文脈を考慮しなければならないとの要求は、当該規則が規律すると言われる主題を考慮に入れつつ、2 要素アプローチを適用する必要を反映する。このことは、各事案において当該事項に適用される国際法の基礎にある原則が考慮されるべきことを含意する。さらに、調査されるこの種の証拠（その入手可能性その他の考慮）は、諸事情に応じて決まり、また、一定の形式の実行および法としての承認（法的確信を伴った）の一定の形式の証拠が、文脈に応じて特別の意義を持ちうることがある。たとえば、ICJ は、国家の裁判権免除事件で、次のように検討を行った[28]。

> 本件の文脈で、特別の意義を有する国家実行は、外国国家が免除を有するか否かの問題に直面した国内裁判所の判決、免除を扱う法律を制定した国の立法、外国裁判所において国家が提起した免除の主張に見出され、ILC によるこの主題の広範な研究を手始めにして、それから［国家とその財産の裁判権免除に関する］国連条約の採択に至る主張に見出される。この文脈での法的確信はとくに次のなかに示されている。国際法が自国に対し他国の裁判権からの免除を付与してするとの免除主張国の言明、国際法が自らに免除する義務を課していることの免除付与国の承認、反対に、他の事案において外国国家に対し裁判権を行使する権利をもつとの諸国による言明、である[29]。

この 2 つの項目を整理すると、慣習国際法の同定に際しての証拠の評価は次のようにまとめることができる。第 1 に、この評価は、文脈に応じ関連する事情に照らして行われなければならない。第 2 に、全体の文脈の考慮は、規律の対象となる主題に関する国際法の基礎にある原則の考慮を必要とす

（27） Draft Conclusions on the Identification of Customary International Law, with Commentaries（hereinafter Commentaries）2018, A/73/10.

（28） *Ibid*., pp. 127–28.

（29） Jurisdictional Immunities of the State, *ICJ Reports* 2012, para. 55.

る。第3に、調査対象となる証拠は、諸事情によって決まるもので、文脈に応じて一定の形式の証拠が特別の意義をもつことがある。こうして、この注釈は慣習国際法の同定に際して文脈の考慮が果たす重要な役割を説明するものとなっている。

このうち第2の記述によって、全体の文脈のなかに当該事項に適用される「国際法の基礎にある原則」が含まれることが明らかになった。この記述に関しては、次のような注が付されている。「682. 国家の裁判権免除事件において、国際司法裁判所は、国家免除の慣習規則は国家の主権平等の原則から導かれるものであり、また、その文脈において、各国家は自国領域に対し主権を有するとの原則、および、その主権から領域内の出来事や人に対する管轄権が生ずるとの原則とともに評価されなければならないとみなした」(30)。ここでは、国家免除の慣習規則の文脈が主権平等の原則、さらには領域主権の原則とそれから生じる管轄権であることが示された。

また、国家の裁判権免除事件の上記の引用箇所では、「本件の文脈」に照らして特別の意義を有する実行が示された(31)。裁判所は、何が「本件の文脈」かを明示していないが、それに先行する記述から考えると、ここでの文脈とは、国内裁判所が外国国家に対し裁判権免除を付与する義務を負うかという本件の主題を指すと考えるのが妥当であろう。ここで裁判所が特別の意義をもつ国家実行および法的確信の証拠として挙げたものは、本件の主題から導かれたものと考えることができる。

ところで、「国際法の基礎にある原則」が全体の文脈にあたるとすれば、慣習国際法の同定に際して、なんらかの演繹的手法が用いられるのではないかという問題が生ずる。実際に結論草案2の注釈(5)にその説明がある。

> (5)［慣習国際法の成立要件に関する］2要素アプローチは、一般慣行と法としての承認（法的確信）という経験的証拠以外のものにより規則が確認されることが起こりうる「演繹的」アプローチと対比して、しば

(30) Commentaries, *supra* note 27, p. 127. この点に関しては、下記で国家の裁判権免除事件を検討する際に詳しく論ずる。

(31) *Ibid.*

しば「 帰納的」と呼ばれることがある。2 要素アプローチは、実際には、2 要素アプローチの適用において注意をもって採用されるべき足がかりとしての一定の演繹を排除するものではない。とくに、それ自体が法として認められる一般慣行から導かれ、または、それを反映するより一般的な文言で作られた規則を背景にして作用する慣習国際法のあり得る規則を考慮するとき（ 注 676）、または、国際法の考えうる規則が「 不可分のレジーム」の一部を形成すると結論するときがそうである（ 注 677）[32]。

この引用箇所の 2 つの注のうち、676 項は、パルプミル事件[33] の 101 項に言及する。これは、領域使用の管理責任の原則から慣習国際法としての予防原則を導く説明である。677 項は、領土・海域紛争事件[34] の 139 項に言及する。これは、国連海洋法条約の島に関する 121 条 1 項の島の法的定義を慣習国際法の一部として認めた判例を根拠として、1 項から 3 項は「 不可分のレジーム」を形成し、そのすべてが慣習国際法の地位を有すると判示した部分である。いずれも一般慣行や法的確信の検討なく慣習国際法の成立の結論を導いている。

イスラエルは、この注釈 5 に関し演繹の可能性への言及の削除を求めた。イスラエルは、一般に慣習国際法の同定のための 2 要素アプローチを厳格に適用することを求めており、このほかにも柔軟な適用の可能性をもつ文言の削除を提案している[35]。これに対し、米国はある程度の演繹を排除するものではないとしつつ、しかし、この(5)については、それが演繹的な理由づけが適切な事情、および、それが結論草案 2 の規則と矛盾する場合を定めていないことに懸念を表明した[36]。なお、米国は、「 不可分のレジーム」への言及に関し、ICJ はこれが一般に適用できると認めたわけではなく、この

（ 32） Commentaries, *supra* note 27, p. 126.
（ 33） Pulp Mills on the River Uruguay, *ICJ Reports* 2010, p. 14.
（ 34） Territorial and Maritime Dispute, *ICJ Reports* 2012, p. 832.
（ 35） Comments and Observations received from Governments, A/ CN4/ 716, p. 9.
（ 36） *Ibid*., p. 10.

考え方を支持する国家実行はないとして削除を求めた(37)。

さらに、「国際法の基礎にある原則」の考慮に関しては、次のような意見もみられた。慣習国際法の同定に際して、結論草案と注釈は、慣習国際法の存在と内容にしばしば言及するが、その区別が明らかになっていないという点である。この点に関し、オランダは、特定の規則の内容の同定においては、国際法の基礎にある諸原則が結論草案3(1)に従って考慮される必要があるかもしれないが、規則の存在を同定するときにはこのことはあてはまらないこともあるとの意見を示した(38)。同様に、イスラエルも、「国際法の基礎にある原則」は、規則の内容と射程を決定することに関連するもので(裁判権免除事件に言及)、慣習規則の存在の同定には関係しないので、この記述を削除すべきことを提案した(39)。

以上が、注釈が示した文脈に関連する説明とそれに対する一部の諸国の意見である。注釈は、文脈に関する一般的な説明を尽くしているわけではなく、また、その具体例を多く挙げているわけでもない。慣習国際法の同定における文脈とは何かを考えるうえで、まったく参考にならないとは言わないが、実務家に指針を与えるものとは言い難いようにみえる。そのため、さらに実際の判例について検討する必要があるが、その前に残る2つ、規則の性質と関連する事情についての注釈の記述も簡単に検討する。

2014年の会合で特別報告者は、慣習国際法の2要素アプローチは、問題となる規則の分野またはタイプによって適用に相違があるかもしれないとの見方を示していたが、最終的に採択された注釈では、規則の性質という表現に改められ、その考慮の重要性に関し簡単な説明を行った。

> (4) 問題となっている規則の性質もまた法として認められた一般慣行があるか否かを確認するために証拠を評価するに当たり重要である。とくに、禁止規則が関わる場合(たとえば拷問の禁止)には(無行為(inaction)とは異なる)十分に積極的な国家実行を見出すのが困難なこともあ

(37) *Ibid.*
(38) *Ibid.*, p. 6.
(39) *Ibid.*, p. 12

る。このような規則に関わる事案は、その無行為が法として認められたものか否かの評価によって定まる可能性が高いであろう（40）。

この説明は、規則の性質がとくに考慮されるのは、禁止規則の場合だという理解を示している。この点に関しては、たとえば、イスラエルは、規則の性質が問題となるのは禁止規則の場合だけであるとし、このことを明記すべきだと提案していた（41）。ただし、特別報告者は、このほかに規則の性質に該当する例として、より一般的な規則の例外を示す規則や国際法の一定の主体のみを拘束する規則を挙げていた。ここでも結論草案 3 の文言は、一定程度の柔軟性の標識を提供するものだと説明している（42）。

最後に、特定の事情に関する注釈（5）の説明を確認する。結論草案 3（1）は、行動が曖昧さを孕むことを考慮して、証拠が見出された際の特定の事情に応じてその証拠に適切な重みを付与しなければならないと指摘する。そこで最初に例示されたのは、モロッコ米国民権利事件である。この事件は、特別報告者の第 2 報告書では、文脈に関する例として挙げられていたが、ここでは文脈とは区別され、特定の事情の例として説明された（43）。この事件では外交文書の評価にあたってその文書の文脈が考慮されたが、これは事件の全体の文脈とはいえず、特定の事情に該当するとの判断だと考えられる。

この後には、証拠の評価に際して考慮されるべき特定の事情に関する注意事項が示されている。立法の考慮に際しては実際の解釈・適用、国内裁判所の判決の考慮に際しては判決の執行の状況、声明の考慮に関しては声明がなされる際の事情やその声明を行う者の地位、抗議の欠如の意義に関しては当該国の利益に直接の否定的影響を及ぼす具体的な行動の存在、自らの利益に反する国家の実行が法としての承認を反映する可能性の高さ、である。こうした特定の事情の考慮は、実際に裁判等でこれまで一般に行われたものである。

（ 40） Commentaries, *supra* note 27, p. 128.

（ 41） Fifth Report of the Special Rapporteur, A/ CN. 4/ 717, para. 32

（ 42） *Ibid*., para. 33.

（ 43） Commentaries, *supra* note 27, p. 128.

以上が、慣習国際法の同定に際して考慮されるべき3事項に関する結論草案3とその注釈に関する検討である。いずれもこの3事項を定義しておらず、3事項の区別も明確に示していない。ただ、全体の文脈には当該規則の主題の基礎にある国際法の原則や原理が含まれることが明らかになった。この理解に基づき、全体の文脈に関してどのような配慮が必要になるかは、次節において裁判所の実際の考慮の仕方に注目して検討を加えたい。

Ⅲ　国際裁判における「全体の文脈」の考慮

裁判所が、付託された事案に適用できる規則を探し出す際に、当該分野に関する国際法の基礎にある原則を考慮することはよくあることである。とくに初期の判例では、国家実行と判例の蓄積が十分でなかったこともあり、国際法の原則から適用法規を直接に引き出す傾向がみられた。いまでもそう言えるかもしれないが、判決において法源の詳細な分析を行ったものは多くはなかった(44)。ただ、当該事案に適用できる規則を検討する前提として、それに関する国際法の基礎にある原則に目を向ける必要性を示すものだったとはいえる。以下では、こうした原則の考慮が、慣習国際法の同定のなかで重要な役割を果たすことを示すため、3つの国際法の分野の判例を取り上げて検討する。

1．大陸棚の画定

大陸棚の権原と境界画定に関する一連の判決は、慣習国際法の同定に際しての全体の文脈を考えるうえで重要な示唆を与える。1958年大陸棚条約から1982年国連海洋法条約への移行によって、大陸棚制度の基礎にある権原の根拠が変わり、それが境界画定の方法にも影響を及ぼすことになった。ただし、いまに至るも、大陸棚の境界画定の方法に関する画一的な規則は成立していない。他方、最近の事件において、この根拠の変化が、200海里を超

(44)　たとえば、庇護事件（Colombian-Peruvian asylum case, *ICJ Reports* 1950, pp. 276–77）や漁業事件（Fisheries case, *ICJ Reports* 1951, pp. 129–31）。

える延伸大陸棚の画定に関し、重要な意義をもつ判決をもたらした。

（ 1）北海大陸棚事件

北海大陸棚事件[45]では、オランダとデンマークは、近接性を根拠に等距離・特別事情に基づく境界画定を主張し、また、この規則が慣習国際法の新しい規則でもあると論じたが、裁判所は、大陸棚制度の歴史、国際法委員会の記録、国家実行などの検討により、この 2 つの主張を退けた。

慣習国際法の主張に関しては、裁判所は、まず大陸棚条約を通じ慣習国際法が結晶化したかについて検討し、それを否定した（ 60–74）。次に条約後の国家実行による慣習国際法の成立についても、慣習国際法の義務に従って等距離線を用いたとみなされる国家実行の証拠がないと指摘し、それを否定した（ 78）。こうして等距離規則の適用を否定した後、それでも本件の画定に適用できる法の原則と規則があるとして、画定は関係国間の合意の対象でなければならないこと、および、そのような合意は衡平諸原則に従って達成されなければならないこと、を挙げた。

また、この規則を適用する際の条件として、（ a）両当事者は合意に達する目的をもって交渉する義務を負うこと、（ b）当事者はすべての事情を考慮して衡平諸原則が適用されるように行動する義務を負うこと、（ c）大陸棚は陸地領土の自然の延長でなければならず、他国の領土の自然延長に侵入してはならないこと、を示した（ 85）。

この判決では裁判所は、これらの規則が慣習国際法の規則だと言明しているわけではない。実際に、慣習国際法の規則を同定する際の作業は一切行っていない。いわば大陸棚制度の本旨に従ってこれらの規則を導き出したといえる。しかし、その後、1977 年の英仏大陸棚事件で、仲裁裁判所は、衡平諸原則に従った境界画定が慣習国際法の規則であるとの前提に立った[46]。ICJ も、1982 年のチュニジア・リビア大陸棚事件以降、この規則を慣習国際

（ 45） North Sea Continental Shelf, *ICJ Reports* 1969, p. 3. 以下、判決の該当部分については、本文にパラグラフ番号で記載する。他の判決も同様とする。

（ 46） Delimitation of the Continental Shelf between the UK and France, *Reports of International Arbitral Award*, Vol. 18, para. 148.

法として適用している[47]。

（ 2）リビア・マルタ大陸棚事件

1985 年のリビア・マルタ大陸棚事件[48]は、国連海洋法条約の成立を受け大陸棚制度の基礎にある原則の見直しを行った。裁判所は、この条約が圧倒的多数の諸国によって採択された重要な条約であるとし、関連規定がどの程度慣習国際法の規則であるかを検討する必要があるとの立場を示した。この文脈で、とくに当事者が大陸棚区域の権原の根拠に適用できる法（ 76 条）と画定に適用できる法（ 83 条）の区別を強調したことに言及した（ 27）。

大陸棚の権原の法的根拠に関しては、裁判所は、リビアが自然延長を主張し、マルタが海岸からの距離を主張し対立している点を検討した。裁判所は、この点に関し、国連海洋法条約による排他的経済水域制度（ EEZ）の導入に伴い、200 海里までの大陸棚に対する諸権利は EEZ の海底としても享受される以上、EEZ の概念の基礎にある原則と規則を考慮の外に置くことはできないと指摘し、EEZ と大陸棚の両方に共通する法的根拠としての距離の要素に重要性が付与されなければならないとした。ただし、裁判所によれば、マルタは、等距離の方法が大陸棚の境界画定に根本的、内在的なもので、法的に義務的な性格をもつと主張したわけではない。大陸棚の権利の法的根拠たる「 距離原則」が、画定過程の出発点として、等距離に基づく線に考慮を払うよう求めるということである。したがって、マルタは、境界画定の暫定的な出発点として等距離線を引くことを求めていると理解された（ 42）。

以上のとおり、リビア・マルタ大陸棚事件を通じて、大陸棚の権原の根拠として距離原則が重視され、それに伴って暫定的に等距離線を利用した大陸棚境界画定が定着していった。なかでも、暫定的に等距離線を引き、関連事情に基づきそれを修正するという 2 段階アプローチを定着させたヤン・マイエン事件[49]、さらに、そのなかから均衡性の考慮を独立した段階とした 3

（ 47） Continental Shelf（Tunisia/ Libyan Arab Jamahiriya）, *ICJ Reports* 1982, para. 70.

（ 48） Continental Case（Liyan Arab Jamahiriya / Malta）, *ICJ Reports* 1985, p. 13.

（ 49） Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen, *ICJ Reports* 1993, para.

段階アプローチを確立した黒海海洋境界画定事件[50] が重要な先例となった。しかし、こうした判例の展開にもかかわらず、等距離方法は慣習国際法の規則として確立しておらず、実際にも等距離線を引かず、海岸線の角度の二等分線の方法が採用された事件もある[51]。

これは、大陸棚の境界画定の国際法の基礎にあるもう 1 つの原則である、衡平な解決のための衡平諸原則の適用が、等距離方法の慣習法化を阻んでいるからである。大陸棚および排他的経済水域の境界画定に関しては、当該水域をめぐる関連事情がさまざまであり、それに画一的な方法を使用することは困難であり、また、必要もないという各国の判断が働いていることが背景にあると考えられる。裁判所も、判例法に従って付託された事件を処理することにより、十分に事件の解決を行うことが可能であり、境界画定の方法に関する画一的な規則を同定する必要を感じていないという理由もあろう。

（ 3）ニカラグア対コロンビア大陸棚画定事件

ニカラグア対コロンビア大陸棚事件[52] では、自然延長の概念と距離規準の関係がこれまでの境界画定の事件と異なる形で問題となった。この事件の争点は、ニカラグアの 200 海里以遠の大陸棚に対する権原がコロンビアの 200 海里水域内に延伸するかであった。ニカラグアは、自然延長の概念に基づきこの延伸を主張し（ 55–60）、コロンビアは、距離規準に基づき、地質や地形に関係なく、200 海里までの自国水域の権原を主張した（ 61–67）。

この争点に関し、裁判所は、現代の慣習国際法において、大陸棚に関する沿岸国の権利が一般に 200 海里内外で同じであるという意味において単一の大陸棚が存在することに留意する。しかしながら、大陸棚の権原の決定は、

---

xx.

（ 50） Maritime Delimitation in the Black Sea, *ICJ Reports* 2009, p. 61.

（ 51） Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea（Nicaragua v. Honduras）, *ICJ Reports* 2007, para. 272.

（ 52） Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Case, Judgment of 13 July 2023. この判決に対するトムカ判事の反対意見（ Dissenting Opinion of Judge Tomka）が注目される。本文で説明する際には、判決と同様に本文にパラグラフ番号で示す。

200海里内は距離規準によるのに対し、200海里外は自然延長規準によるとした（75）。そして、他国の基線から200海里内に伸びる大陸棚の可能性は第3次国連海洋法会議では議論されなかったように思われるとしたうえで（76）、延伸の申請の審査を行う大陸棚限界委員会（CLCS）での実行を検討する。

そこでは、申請を行った国連海洋法条約当事国の大多数は、他国の200海里内への延伸大陸棚外縁を主張しないことを選択したことに留意した。そして、この実行は、たとえその一部は法的義務の意識以外の考慮によって動機づけられたかもしれないとしても、法的確信を表示するとみなした。さらに、他国の200海里内の海域に侵入する延伸大陸棚への権利を主張した少数の諸国を知っているが、これらの場合に関係国はそれら申請に反対したと指摘した。また、海洋法条約当事国でない少数の沿岸国のなかのいずれかが、他国の200海里内の延伸大陸棚を主張しているかはわからないと述べている（77）。

以上の検討から、裁判所は、諸国の実行は全体として捉えると、慣習国際法の同定のために十分に広範かつ画一的な実行とみなすことができるとした。加えて、その長期にわたる広がりを考えると、この国家実行は、慣習国際法の構成要素である法的確信とみなすことができると論じた。その際、法的確信が「十分に広範かつ説得力ある実行の分析に基づく推論により」証明されうるというメイン湾事件判決の一節を引用した（77）。これにより、裁判所は、慣習国際法の下で200海里を越える大陸棚に対する国家の権原は、他国の200海里内に延伸しえないと結論した（79）。

この判決に対し、トムカ判事は全面的に反対し次のように論じた。国連海洋法条約は、延伸大陸棚に対する国家の権原が他国の海岸から200海里内に及ぶかに関し沈黙している。この趣旨の制限は存在しないので、延伸大陸棚の存在と広がりは、もっぱら76条に定められた地質学的、地形学的な規準によることが認められなければならない。この結論は、「陸は海を支配する」という基本原則と一致する。北海大陸棚事件や黒海海洋境界事件で裁判所が述べたように、この原則が大陸棚の権原の根拠である。沿岸国の大陸棚の権原の存在は、他国の海岸からの近接性に左右されない（26）。

このようにトムカ判事は、自然延長を大陸棚に関する全体の文脈に設定して、判決は大陸棚が他国の 200 海里に延伸しないという慣習国際法を証明していないと結論した（ 64）。これは、境界画定に関し距離規準が重視されるとしても、それは 200 海里までの大陸棚の権原となったことを意味しないという前提に立つものであろう。他方、大陸棚の境界画定に関しては、衡平な画定の達成を求める規則の適用を認めている。これが本件でどのように適用されるかについては述べていないが、ただ、判決の結論は不衡平な結果を導くと指摘した（ 74-75）。

トムカ判事と判決の対立は、全体の文脈をめぐって見解の相違が生じた場合への対処について考えるうえで参考となる。本来であれば、距離規準を 200 海里内の大陸棚の権原根拠とした以上、裁判所は他国の 200 海里内への大陸棚の延伸を支持する慣習国際法の不存在を論ずれば良いと考えられる。しかし、そうせずに、他国の 200 海里内への延伸を認めない慣習国際法の論証に努めた。ただ、CLCS での実行を中心にしたその分析は、トムカ判事が指摘するとおり、国家実行や法的確信の証明に十分とは言い難いものであった。しかし、裁判所は、最後は、諸国の十分に広範かつ画一的な実行の存在を認めて押し切った。これが全体の文脈の考慮の結果であるかは判決文からは判然としない。

ICJ は、過去には、海洋法をめぐる慣習国際法が変動しつつある場合に、明確な形での慣習国際法の同定を回避して、問題の解決をはかるという手法をとってきた（ 53）。この事件の判決は、それらとは違い、必ずしも国家実行と法的確信が十分に明確とはいえない状況のなかで、一方の立場を慣習国際法上支持する結論を下した。この事件の慣習国際法の同定の方法が、今後ど

（ 53） この点に関し、漁業水域の一方的拡大に関し、その距離的制限に関する慣習国際法の同定を回避して、二国間における対抗力の問題を処理した漁業管轄権事件がよく知られている。Fisheries Jurisdiction（United Kingdom v. Iceland）, *ICJ Reports* 1974, paras. 67-68. Fisheries Jurisdiction（Federal Republic of Germany v. Zeeland）, Merits, Judgment, *ICJ Reports* 1974, paras. 59-60. そのほかに、漁業事件における海岸の一般的方向（ Fisheries case, *IC J Reports* 1951, pp. 129-31）や北海大陸棚事件の衡平の諸原則（ North Sea Continental Shelf, *ICJ Reports* 1969, para. 88）なども慣習国際法の同定なしに一般的な法観念から導かれている。

のように評価を受けるかが注目されるところである。

2．裁判権免除

裁判権免除の分野は、各国の裁判権行使の実行を通じて発展してきた。このため慣習国際法の形成は、比較的緩やかに時間をかけて進んできたといえる。各国において直面している事情に違いがあるため、均一の慣行に収斂するのに時間を要するためだと考えられる。2004年に採択された国連国家免除条約がいまだに発効していないのもそれが理由の1つであろう。最近では、いくつかの事項につき裁判権免除の例外を主張する実行がみられるようになり、これをめぐる国家間の紛争が国際裁判所に付託されるようになってきている。これまで認められてきた主権的行為に関する免除の原則に対して、このような例外がどのような形で主張され、新たな慣習国際法の確立につながりうるのかという問題を射程に置きつつ、ここではICJの国家の裁判権免除事件を中心に検討する。

（1）逮捕状事件

国家の裁判権免除事件の検討に入る前に、それとは対照的な慣習国際法の同定の方法を採用し、外務大臣の裁判権免除を認めた逮捕状事件[54]に簡単に触れておく。

裁判所は、慣習国際法における外務大臣の免除の検討にあたって、まず外務大臣の職務の性質を論じている。外務大臣は、政府の外交活動を担い、一般に国際交渉や政府間機関の会議で政府の代表者として行為し、これら任務の遂行に際し頻繁に国際的に行き来し、また、政府、外交使節団、他国の政府と絶えず連絡をとることを求められる。こうした任務を遂行するために、海外で刑事裁判権からの免除と不可侵を享受する必要があると説明した（53-54）。裁判所は、こうした機能的演繹の手法により、本件で争点となる慣習国際法の全体の文脈を導いた[55]。

（54）　Arrest Warant of 11April 2000, *ICJ Reports* 2002, p. 3.

（55）　S. Talmon, Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology between Induction, Deduction and Assertion, *European Journal of International Law*, vol. 28（2015）,

次に、裁判所は、戦争犯罪や人道に対する罪を犯した容疑がある場合には、現職の政府高官でも人的免除は認められないという国際犯罪例外と呼ばれる主張を検討した。この主張に際して、ベルギーは、国際裁判所を設置する文書の若干の規定、英仏の国内裁判所の判例に言及した。しかし、裁判所は、これらの実行から慣習国際法の下で免除に関するなんらかの例外が存在することを引き出すことはできないと結論し、ためらいなくベルギーの主張を斥けた（ 56–58）。裁判所が設定した全体の文脈からみて、国家実行や opinio juris の徹底した分析の余地は残されていなかったという見方もある（ 56）。

この事件が示すように、一般に裁判権免除に関する事件では、免除を与える一般的な国家実行を原則として認めたうえで、その例外に関する慣習国際法の成立を争うという形をとる。このため、例外を主張する側はその証明が困難である場合が多く、実際にその主張が認められることは少ないというのが実情であった。国家の裁判権免除事件も、まさにこのような事案ではあったが、裁判所は国家実行を詳細に検討し、その結論を引き出したという点で、この分野の慣習国際法の同定に大きな影響を持つ事件であった。

（ 2）国家の裁判権免除事件

国家の裁判権免除事件（ 57）では、第二次大戦中にドイツ軍が行った住民の虐殺や強制労働等の不法行為に関し、ドイツがイタリアの裁判所において免除を享受するかが争われた。両国は、主権的行為に関し、各国は一般に免除を与えられることに合意しており、ドイツはこれに基づき本件でドイツに免除が与えられると主張した。これに対し、イタリアは、次の 2 つの理由からドイツは免除を享受しないと主張した（ 61）。

---

p. 425.

（ 56）　M. La Manna, The Standards for the Identification of Exceptions to Customary Law, *Italian Yearbook of International Law*, vol. 27（2017）, p. 158.　Manna は、この ICJ の法的理由づけの主たる焦点は、諸国の現実の実行ではなく、人的免除の理論的正当化であり、いわゆる「 人的免除の機能主義的アプローチ」のきわめて注意深いこの定式化は、国際法秩序の構造的な諸原則並びに国際社会の水平的、主権志向的な資産を映し出すものだと分析した。

（ 57）　Immunités juridictionnells de l’Etat, *ICJ Reports*　2012, p. 99.

第 1 に、主権的行為（ acta jure imperii）についての免除は、法廷地国の領域で行われた人の殺傷や財産の損傷をもたらす不法行為には及ばない（ 以下、法廷地国内不法行為例外）。第 2 に、関連する行為がどこで行われたかにかかわらず、それらの行為が強行規範の性質をもつ国際法の規則の最も重大な違反に関わり、それについて他の救済手段がなかったが故に、ドイツは免除を与えられなかった（ 以下、強行規範違反例外）。裁判所は、このイタリアの 2 つの主張を適宜修正して、これらを支持する慣習国際法が存在するかを検討していく。

その際に注目すべきは、このイタリアの 2 つの主張の整理を行う前に、裁判所がこの問題の基礎にある諸原則について次のように論じていることである。

> 56. 免除の起源と過去における免除の基礎にある諸原則の同定に関し多くの議論があったが、1980 年に国際法委員会は、国家免除の規則は「 諸国の現在の実行に確固として根ざす慣習国際法の一般規則として採用された」と結論した（ Yearbook 1980, Vol. II(2), p. 147, para. 26）。その結論は、国家実行の広範な調査に基づき、裁判所の意見では、国家の立法、裁判所の判決、免除の権利の主張および国連条約に至るものについての諸国のコメント、の記録によって確認されている。その実行が示すのは、自国につき免除を主張するか、他国に付与するかにかかわらず、諸国は一般に国際法の下で免除の権利があり、それとともに、他国の側にその免除を尊重し実施する対応する義務があることを根拠にして手続を進めていることである。

さらに、ILC が　結論草案の注釈において、全体の文脈を考慮しなければならないという要請を説明するにあたって、その例として言及した部分が続く。

> 57. 裁判所は、国家免除の規則は国際法と国際関係において重要な位置を占めると考える。それは、国家の主権平等の原則から導かれる。そ

れは、国連憲章 2 条 1 項が明らかにしているように、国際法秩序の基本原則の 1 つである。この原則は、各国家は自国の領域に対し主権を有するとの原則、また、その主権から領域内の出来事や人に対する国家の管轄権が生ずるとの原則とともに評価されなければならない。国家の免除の例外は、主権平等の原則からの逸脱を示す。免除は、領域主権の原則とそれから生ずる管轄権からの逸脱を示すこともある（ may represent）。

このように基本的な原則に関する前提的な考察を行った後、イタリアの主張の具体的な検討に入る。裁判所は、はじめにイタリアが何を根拠にこの不法行為例外の慣習国際法を主張しているかを示し（ 62）、不法行為例外の起源についてふれ、この例外に関し主権的行為と業務管理行為を区別しているか否かに関する各国の立場を検討する（ 64）。そのうえで、イタリアの第 1 の主張に関し、裁判所は、次のように検討事項を主権的行為一般ではなく、武力紛争中の外国軍隊の不法行為に限定した（ 65）。

裁判所は、本件手続において、慣習国際法において主権的行為一般に関し適用される不法行為例外がある否かという問題を解決するよう要請されてはいない。裁判所の前にある問題は、武力紛争の遂行中に外国の軍隊、または、当該外国軍隊と協力して活動するその他の国家機関による法廷地国の領域で行われた行為に限定される。

裁判所は、この限定された事項に関し、国家実行と opinio juris を検討し、ほかに類をみないほど、証拠を詳細に検討して結論を引き出した。まずは国連国家免除条約と欧州国家免除条約の関連規定に関し各国の解釈や ILC の注釈を含めて分析し[58]、それに続けて、各国の立法、国内裁判所の判決を

（ 58） 欧州国家免除条約 31 条は、この条約は、締約国の領域に所在する軍隊の行為や無行為に関する免除に影響するものではないと規定している。他方、国連国家免除条約にはこのような規定はないが、ILC の注釈は、不法行為例外を定める 12 条に関し、この規定は「軍隊に関わる事態」には適用されないと述べている。*ILC Yearbook*, 1991, Vol. II（2）,

丹念に検討した。その結果、いずれの証拠も武力紛争中の軍隊の行為に関する免除を否定するのに十分ではないと論じた。これにより、慣習国際法は、検討事項に関し国家が免除を与えられるよう引き続き求めていると結論した（66-78）。

イタリアの第2の主張に関しては、裁判所はそれを3つに分けて検討し、それぞれ次の理由で斥けた。第1に、戦争犯罪や人道に対する犯罪にあたる国際法の諸原則の重大な違反には裁判権免除は認められないとの主張に関し、イタリア裁判所の判決以外、それを支持する国家実行が存在せず、また、免除は違反行為の重大性に左右されないことを示す相当数の国家実行（国内裁判所の判決、国内立法、国連免除条約の審議過程での議論、欧州人権裁判所の判決）が存在すること（83-91）、第2に、国際法の強行規範の違反に関する主張に関し、実体的規則である強行規範と裁判権の免除の規則との間には抵触はなく、このことはICJの判決や各国の国内裁判所の判決でも確認されていること（93-97）、第3に、裁判所の管轄権行使が救済のための最後の手段だという主張に関し、免除と国家責任の問題はまったく別であり、これを支持する国家実行の根拠はなく、国内立法や判例もないこと（100-03）、である。いずれもイタリアの主張の薄弱な根拠を指摘し、その主張を裏付ける国家実行もないとの判断を下している。

この裁判所の慣習国際法の同定のアプローチについては、国家実行に基づく帰納的方法を採用したものとの評価がある[59]。確かに、慣習国際法の同定の際の国家実行や法的確信の証拠の検討は、これまでになく綿密な検討が行われている。これは、この事件が一般に法律家にとって扱いやすい、豊富な国家実行が存在している分野であることが大きな理由と考えられる。しかし、個々の証拠の評価に際して、規則の性質や特定の事情が十分に考慮されたかといえば疑問がないわけではない。ただ、この問題の検討は本稿の課題の範囲を越えるので、以下では、これらの証拠の検討に先立つ、判決の56項、57項、65項に関し、いくつかの問題点を指摘しておきたい。

---

p. 46, para. 10.

（59）　Tamlon, *supra* note 55, p. 418.

第 1 に、56 項は、もっぱら ILC の国連国家免除条約の注釈に基づき、国家は一般に免除の権利をもつという前提を示した。しかし、これは、全体の文脈を示すもので、免除が原則であり、免除の否定が例外という趣旨であるのか、それとも単に免除に関する一般的な傾向を示したものにすぎないのか、はっきりとしない。全体の文脈を示したものだとすると、次の 57 項とはいかなる関係になるかも問題となる。

第 2 に、ILC の結論草案で全体の文脈を示したものとして引用された 57 項が、この判決でいかなる意義をもったかである。57 項は、国際法の基本原則たる主権平等の原則を免除の根拠に据える一方、それに対抗する領域主権の原則（およびそれに基づく管轄権）をあわせて評価することも指摘する。確かに、法廷地国内不法行為例外の場合、主権平等の原則と領域主権の原則の対抗関係が全体の文脈になりうる（それに限定されるかは別として）。しかし、強行規範違反例外は行為の場所ではなく性質に基づくので、その行為が法廷地国外で行われた場合、主権平等の原則と領域主権の原則は対抗関係に立たず、主権平等の原則が全体の文脈となる。裁判所は、この違いを may represent で表現しているが、なぜこの点をもっと明確に説明しなかったのかという疑問が残る。

第 3 に、65 項において示された、裁判所による立証事項の限定に関わる問題である。本件では、イタリアは、主権的行為一般に関する法廷地国内不法行為例外を主張していた。これに対し、裁判所は立証事項を武力紛争中の軍隊の法廷地国内不法行為に限定した。これは、不法行為例外を主権的行為一般に広げることに対し、ドイツをはじめ、中国や米国が反対していた（64）からと考えられる。裁判所は、立証事項をこのように狭く限定することにより、これら諸国の反対を正面から取り上げるのを避けるというもっともな道を選んだ。このことは、立証事項の限定により、全体の文脈に照らした原則論的な議論に陥るのを回避することができる可能性を示唆する。

この点に関し、同定すべき慣習国際法の規則をさらに限定すべきとする立場もある。イタリアの主張の核心は、武力紛争中に外国軍隊が法廷地国内で行った、強行規範の違反または国際犯罪とみなされる主権的行為に関わる民事請求に国家免除の規則が適用されるか否かという狭い問題である（下線部

がさらなる限定部分)。国家実行の分析をこの狭い範囲に絞ると、裁判所の検討した問題も、そこで議論された国内裁判所の実行も、この問題に対する答えを与えないという(60)。したがって、この狭い問題に関しては慣習国際法の規則が存在しない、すなわち、法の欠缺を認めざるを得ないことになる(61)。

最近では、このように問題の状況を設定して、この欠缺の補充に際しては、国家免除の規則と被害者の裁判を受ける権利との対抗関係を全体の文脈に据える議論もある(62)。ICJは、国際人権法や武力紛争の国際法の重大な違反で告訴されたという事実により免除を奪われることはないと述べ、イタリアの強行規範や最後の手段の主張を認めなかったが(91)、国際人権法や国際人道法に対する期待が高まるなかで、これを含むように全体の文脈を見直す可能性がないとはいえないだろう。国家の裁判権免除事件は、まさにこのような新しい規則の発展を観察するのが望ましい時点で、ドイツが現行法の地位を調べるように裁判所に押し付けた事件という見方もある(63)。こうした法の状況からすれば、裁判所は、この分野に関する慣習国際法が現在流動的な状態にあることを示すような言葉を判決のなかで使っても良かったという指摘ももっともかもしれない(64)。

---

(60) V. Terzieva, State Immunity and Victims'Rights to Access to Court, Reparation, and the Truth, *International Criminal Law Review*, Vol. 22 (2022), p. 797.

(61) もっとも、この点に関しては、不法行為例外の解釈により、裁定が可能であるという立場がありうるが、慣習国際法の解釈の問題には本稿では立ち入らない。R. Marco, Customary International Law Identification and Interpretation, P. Merkouria, J. Kammerhofer and N. Arajärvi (Eds,), *The Theory, Practice, and Interpretation of Customary Law* (2022), pp. 425-29.

(62) V. Terzieva, *supra* note 60, pp. 797-98.

(63) M. Krajewski and C. Singer, Should Judges be Front-Runners? The ICJ, State Immunity and the Protection of Fundamental Human Rights, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 16 (2012), p. 23.

(64) *Ibid*., p. 31. 欧州人権裁判所は、免除に関わる次の事件で、国際法の現行規則に関しては、免除を否定できないが、これは将来の慣習国際法の発展を排除するものではないと述べた。Kalogeropoulou v. Greece and Germany, ECtHR, 12 Dec. 2002, 129 *ILR* (2007) 537.

（ 3）国家免除違反事件

最後に、2023 年 6 月、イランがカナダの措置により 自国の裁判権免除と強制措置からの免除が侵害されたとして ICJ に提訴した事件に簡単にふれておく。カナダは、2012 年 3 月に国家免除法を改正し、カナダによりテロリズム支援国としてリストに記載された外国国家につき、その裁判権免除を排除する規定を設けた。それとともに、同様の理由でリストに記載された外国国家の財産の執行免除も排除する規定を設けた。

イランの請求訴状（[65]）によれば、2012 年 9 月、カナダは、イランとの外交関係を断絶し、同時に、イランをテロ支援国としてリストに掲載した。これに基づきカナダでイランに対する訴訟が提起され、いくつかの事件でカナダに所在するイランの財産に対し判決前の強制措置や判決の強制執行措置が執られた。イランはこれらの訴訟手続に出廷し、カナダの裁判権からの主権免除や財産の差押えと執行からの免除を主張したが、裁判所はイランの抗弁を斥けた（ 13-17）。

イランは、ICJ への請求訴状において、いわゆる「 テロリズム例外」は慣習国際法の下に存在しないと主張した。テロリズム例外とは、テロリズムの行為に関わった嫌疑を受けた他国を自国の裁判管轄下に置くことを許す条項である。イランは、国家の裁判権免除事件を注に記して、ICJ は、重大とされる人権侵害や慣習国際法の下で強行規範の性格をもつ規範の違反に関し、国内裁判所の事件の文脈において裁判権免除の制限はないことをすでに明らかに示していると指摘した（ 22）。

国家の裁判権免除事件は、法廷地国内の不法行為例外であったが、テロリズム例外は、強行規範違反例外と同様、行為の場所を問わない例外である。カナダの裁判所において、他国の国内で他国の国民に生じた、テロリズムによる損害の賠償につき、それに責任を負う外国の責任が問われるという 事態を含む問題である。この主題の全体の文脈の見直しが何らかの形で行われるのか注目されるところである。

（ 65） Application Instituting Proceedings filed in the Registry of the Court on 27 June 2023, Alleged Violations of State Immunities（Islamic Republic of Iran v. Canada）.

3．武力紛争時の文民保護

19 世紀後半のリーバー法典に始まる戦争法の法典化は、軍事的必要性の概念を戦闘の方法・手段の規制の中核においた。その後、1899 年の陸戦の法規慣例に関する条約で、交戦者資格をめぐり生じた交渉の行き詰まりを解消すべく、その前文にマルテンス条項と呼ばれる条項が挿入され、これを契機として同条項のなかの「人道の法則」と「公共良心の要求」により生ずる国際法の原則が、武力紛争の解釈適用において果たす役割が注目されるようになった(66)。第 2 次大戦後の戦争犯罪の裁判では、マルテンス条項が頻繁に援用され、武力紛争法（後に国際人道法とも呼ばれる）の分野の重要な原則と認識されるに至った。こうして軍事的必要性と人道の諸原則が武力紛争法の 2 つの基本原則として理解されるようになる。ここでは、この 2 つの基本原則の考慮が偏った形で考慮された文民保護に関する 2 つの事件の判決を検討する。

（1）クプレスキッチ（Kpreskic）事件

クプレスキッチ事件(67)では、ボスニア領域内の武力紛争（非国際的武力紛争）において、ある都市に対し行われた攻撃が、戦時復仇として許されるかが問題となった。第 1 審裁判部は、武力紛争時における文民の保護は、国際的紛争であれ国内的紛争であれ、現代の人道法の基盤であると指摘した。また、文民または民用物に対する故意の攻撃は、国際人道法により絶対的に禁止されることはいまや一般的に承認されていると述べた（521）。

他方、裁判部は、この文民の保護が停止または縮小される 3 つの例外的事情を挙げる。すなわち、（i）文民がその権利を濫用するとき、（ii）軍事的行動が軍事目標を含むものの、交戦者がいわゆる文民への付随的損害をもたら

（66）　マルテンス条項に関しては、以前にその歴史的展開について、ここで取り上げるクプレスキッチ事件も含めて論じたことがあるが、本稿では慣習国際法の同定における文脈という観点から、再び取り上げることにした。江藤淳一「マルテンス条項」村瀬信也・真山全『武力紛争の国際法』（2004 年）58 頁。

（67）　Prosecutor v. Zoran Kpreskic et al., Judgement, 14 January 2000（Case No. IT-95-16-T）.

すことを避けられないとき、（ iii）少なくともいくつかの当局によれば、文民が正当に復仇の対象になりうるとき、である（ 522）。裁判所は、（ i）の文民の権利濫用に関しては、病院からの攻撃などの例を挙げて簡単に説明し（ 523）、（ ii）の付随的損害の説明のなかで、本件において中心的な役割を果たす原則や条項の説明を行っている。

それによれば、国際法は、軍事目標を攻撃する際に不注意により必要のない損害を文民が被ることのないように合理的な注意を払うことを命じる一般原則を包含している。この原則は、均衡性の原則や無差別な戦闘手段・方法の禁止とともに適用され、これらの原則は第 1 追加議定書（ API）57 条と 58 条に一定程度詳述されている。裁判部は、この議定書の未批准国も含めて、いかなる国も両規定に異を唱えておらず、慣習国際法の一部であると思われると指摘した。その一方、裁判部は、両規定も、その適用を最後は攻撃する当事者の判断に委ねており、交戦者に裁量の余地を与えているとの見方を示し、この厳密でない（ loose）国際法[68]の解釈適用に際しては、ICJ がいくつかの事件で強調してきた（ マルテンス条項に由来する）「 人道の基本的考慮」を十分に利用すべきだと論じた（ 524）。

これに加え、マルテンス条項はいまや慣習国際法の一部であり、この条項のなかの「 人道の諸原則」と「 公共良心の要求」は、独立した法源とはいえないが、国際人道法の規則が十分に厳密でないときは、これらの原則と要求を参照するよう求めると述べた。API の 57 条や 58 条の規定は、交戦者を攻撃する裁量権をできるだけ狭く解釈し、文民に与えられる保護を拡大するように解釈されなければならないとする（ 525-26）。

このように文民保護に関する一般的な考察を行ったうえで、裁判部は、（ iii）の文民に対する復仇の検討に進む。まず API の 51 条 6 項と 52 条 6 項

（ 68） この判決に対し痛切な批判を加えているカールスホーベンは、57 条と 58 条の規定に関し、判決が loose な規定だと説明した点に強く反発した。とくに 57 条は、外交官、将校、法律家、医療者の間での長時間にわたる集中的な交渉の結果であって、この骨の折れる過程の結果が、軍事的に受け入れ可能と判断される、攻撃者の手を縛る一連の詳細な規則であると指摘した。この記述はあきれたものだという趣旨である。F.Kalshoven, Reprisals and the Protection of Civilians: Two Recent Decisions of the Yugoslvia Tribunal, L. C. Vohra et al.（eds）, *Man's Inhumanity to Man*（2003）, p. 498.

の規定により文民に対する復仇が禁止されていると説明したうえで、これらの規定が慣習国際法を宣言したものではないとしても、その後に国際法の一般規則に移行したかを検討する。しかし、裁判所は、この点に関し慣行（usus）が形成されたという見解を一貫して支持する、一体となった国家実行が最近生じたとは考えられないことを認めた（527）。

しかし、裁判所は、ここからがマルテンス条項が役割を果たす領域だと述べる。この条項は、国家実行が乏しいか、または、一致していなくても、人道の要求または公共良心の要求の圧力の下で、慣習過程を通じ国際人道法の諸原則が出現しうることを明確に示す。そして、opinio necessitatisという形における他の要素が、人道または公共良心の命令の結果として、人道法の一般的な規則または原則の出現の到来を告げる決定的要素となることがある（527）。

最後に、裁判部は、過去における文民に対する復仇のささやかな正当化事由として、それが敵に対して違法な戦争行為を放棄させる唯一の実効的な手段であったことを認める。しかし、いまは遵守を誘導する手段は、より広く利用できるようになっており、かなり有効になりつつあるとして、国内・国際の裁判所による戦争犯罪や人道に対する犯罪の訴追・処罰を挙げた。この手段は、限られてはいるものの、少なくとも国際人道法の最もあからさまな違反を抑止する目的に資すると評価した（530）。

以上を前提として、裁判所は、具体的に法的確信またはopinio necessitatisの検討に移る。第1に、文民に対する復仇の禁止に関する証拠として取り上げられたのは、API以前から文民に対する復仇は許されないとしていた多数の国の軍事マニュアル（違う立場を示すマニュアル（英・豪）や米国高官の見解にも言及（注784, 785））、大多数により採択された、文民を復仇の対象とすべきでないとする1970年の国連総会決議、多数諸国がAPIを批准した事実（ただし、英国の51条・55条に対する留保を注記する（787））、イラク戦争に関し1983年にICRCがジュネーヴ諸条約加盟国に配布した覚書、である。

第2は、武力紛争に参加した諸国が、過去50年にわたり通常は戦闘地域の文民に対する復仇を差し控えてきたことである。その例外として、イラン・イラク戦争におけるイラクによる主張、並びに、フランスや米国による

「 抽象的、仮定的」主張を挙げた。しかし、人道の要求と公共良心の要求により、いまでは、ある段階まで復仇を排除する意図をもたなかった諸国をも拘束する慣習法規則の形成をもたらしたと結論する。このほかにも、ILC がジュネーヴ諸条約共通 3 条につき示した見解や、ニカラグア事件の ICJ の立場にも触れている（ 532–534）。

以上が、この事件における裁判部の慣習国際法の同定の手法である。ILC は、2 要素（とくに国家実行）が確固として証明されていない場合でも、慣習国際法の規則の誕生を認める意向を示したものとしてこの判決に言及した（ ただし、もちろん、このような意向を認める趣旨ではない）[69]。これに対し、ICRC は、文民に対する復仇を具体的に禁止する慣習規則の結晶化を結論するのは困難だと述べるものの、それを支持する傾向は存在するようにみえると指摘し、ICTY のマルチック事件やクプレスキッチ事件は文民に対する復仇を非難し違法とする一連の実行に合致した重要な兆候であると論じた[70]。

こうした評価は別として、ここで指摘したいのは、裁判部がこの問題の全体の文脈をどのように捉えたのかという点である。裁判部は、「 国際法上の義務の人間化」への漸進的傾向を指摘し、第 1 次大戦後、戦争法の適用は交戦者間の相互主義への依拠から離れ、相手が諸規則を無視する場合でも、自国はそれらを適用するようになった点を指摘している。この転換は、国際人道法の諸規範は、国益の保護ではなく、主として人間としての個人の利益のために設計されていることが諸国に明らかになったのがその理由である。ここから軍事的必要性から人道の諸原則に圧倒的に傾いた全体の文脈の設定が行われている（ 518）。

このような文脈の設定は、まったく的外れとはいえないとしても、もう一方の原則たる軍事的必要性に対する考慮を欠いていると言わざるをえない。この点に関しては、裁判部は、さきに触れたように、現在では裁判による訴追・処罰により実効性が確保されるので、戦時復仇は軍事的必要性がないと

（ 69） First Report of the Special Rapporteur, A/ CN. 4/ 663, para. 70.

（ 70） J-M, Henckaers and L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Vol. 1, p. 523.

の見方を示した。しかし、裁判制度の存在にもかかわらず、残虐な戦争犯罪は相変わらず絶えることがない現状を考えると、この理解は直ちには受け入れ難い。英国が、この事件に直接関係しないにもかかわらず、国家実行を無視したこの判決に反対を表明したのは、そのことを示しているといえよう（71）。

この事件は、非国際的武力紛争における文民に対する復仇の事例である。APII に復仇に関する規定がないのは、長きにわたりこの問題に対する諸国の見解の一致が得られず、条文化ができなかったからである。このことを考えると、この問題に関し復仇を禁止する慣習国際法を論証するのを断念して、むしろ法の欠缺を認めたうえで、それを補充する方向で関連する規定を考慮するのが妥当であったというカールスホーベンの指摘は首肯できる（72）。裁判所は、立法者の代わりはできないことを想起すべき事例ともいえる。

（2）フォファナ及びコンデワ（Fofana and Kondewa）事件

クプレスキッチ事件とは対照的な議論は、非国際的武力紛争を扱ったシエラレオーネ特別裁判所の事件にみられる。この事件の争点の 1 つとして、APII に規定された略奪（pillage）の禁止が、放火による財産の破壊を含むかという問題があった。第 1 審裁判部は、略奪の本質的要素は違法な財産の盗取であり、放火による財産の破壊は略奪を構成しないと判示した。これに対し、検察官が上訴し、APII の規定の解釈によりこの禁止は文民の財産の破壊を含むと申し立てた。

検察官は、上訴趣意書のなかで、一般論として次のような議論を行った。略奪の禁止は、国際人道法の一般的な目的、すなわち、紛争に参加していない者、とくに文民の保護の一側面である。つまり、文民はその財産の損失か

（71）　英国の武力紛争法マニュアルは、この事件での「裁判所の論証は、説得力を欠き、慣習法に禁止があるとの断言は存在する国家実行の大部分を無視している。英国は、この判決のなかで述べられた立場を受け入れない」と説明している。*United Kingdom, Mannual of the Law of Armed Conflict*, p. 421, ft62.

（72）　F. Kalshoven, *supra* note 68, pp. 508–09.

ら保護されるべきということである。戦争において財産の損失を被る一つの悪質な態様は窃盗と略奪ではある。しかし、略奪を禁止する規則の目的が財産の損失からの保護であるとすれば、財産が破壊されたか、盗取されたかに違いはないはずである（ 6. 4）。

この議論を出発点として、英語辞書、豪州・加・英国の 3 カ国の軍事マニュアル、ニュールンベルグの米国軍事裁判所の判決を検討し、略奪が破壊を含む可能性を指摘した（ 6. 5–6. 8）。これに続き、ジュネーヴ諸条約と追加議定書の諸規定を検討し、APII の 4 条 2 項(g)の略奪禁止の規定以外に、非国際的武力紛争中の財産の破壊を明示に禁止する規定がないことを確認した（ 6. 10）。そのうえで、ICRC の『慣習国際人道法（ 第 1 巻）』に基づき、慣習国際法は、国際・非国際を問わず、紛争中に「絶対的な軍事的必要性がないかぎり、敵の財産の破壊または押収を禁止する」と説明し、このため APII が財産の破壊の禁止を含まないとすると、それは説明のつかない欠缺を残すものとなろうと論じ、上訴裁判部がこの欠缺を補充すべく APII を解釈するように求めた（ 6. 11–6. 13）。

これを受け、上訴裁判部は、略奪の禁止と軍事的必要性によって正当と認められない破壊の禁止の関係について検討する。最初に、両者が国際人道法の規則であり、本件の非国際的武力紛争にも適用されると認めたが、他方、両者が歴史的に区別して定められてきた点に注目した。これは、米国のリーバー法典から始まり、1874 年のブリュッセル宣言、1880 年のオックスフォード・マニュアルを経て、1907 年のハーグ陸戦規則まで一貫している。ハーグ陸戦規則の 23 条(g)は、「戦争の必要上万已むを得ざる場合を除くの外敵の財産を破壊し又は押収すること」を禁止し、47 条は「掠奪は、これを厳禁す」と定めている（ 389–92）。

GCIV も、33 条 2 では「略奪は、禁止する」と定め、財産の破壊は、「その破壊が軍事行動によって絶対的に必要とされる場合を除く外、禁止する」と定める。しかし、APII は、4 条 2 項(g)で略奪は禁止する項目に列挙するが、単なる財産の破壊を明示に禁止する規定はない。これに関しては、ICRC のコメンタリーによれば、APII の 13 条が定める文民の一般的保護の規定が適用され、区別原則や比例性の原則を含む一般原則により、文民が占

有する住居、学校その他の建物につき、それが正当な軍事目標でない限り攻撃は禁止されると説明されている（393-95）。

裁判部によれば、この略奪の禁止と文民の財産の破壊の禁止は、個人の財産の破壊から生ずる苦痛をなくすために意図されたもので関連性はもつ。しかし、略奪の絶対的禁止と軍事的必要性を条件とした文民の財産の破壊の限定的な禁止は区別される。前者は、論理的には、後者を含まないのであり、条約法（関連条約をさす）において両者は別個のものとみなされてきたことを示す。これに加えて、他の国際裁判所と国家実行での略奪の解釈もまた、略奪がとくに不法な盗取に関係し、破壊の行為を含みえないことを示していると認定した。ICTY では、1 件だけが破壊行為を略奪として挙げたが、それは傍論であり、その後の事件でそれに従うものはなかったと付言した（396-401）。

さらに、裁判部は、国際刑事裁判所規程の準備委員会が、略奪の戦争犯罪の要素として、違反者が一定の財産を盗取したことを挙げていることを指摘し、これはそこに出席したすべての諸国の法的確信の有益な指標であることを指摘し、また、ICRC の国家実行の調査にふれて、略奪は窃盗を禁止する法の一般原則の具体的適用であり、私用のための財産の盗取にかかわるという ICRC の結論に言及した（403-04）。

裁判部は、略奪の禁止は財産の破壊を含むとして検察官が挙げた豪州・加・英国の軍事マニュアルに関しては、北海大陸棚事件で示された広範かつ均一な実行にはあたらないとして斥けた。また、それに加え、豪州と加は、文書によって略奪の意味につき異なる見解を示していること、また、英国は略奪を窃盗に関係づけていることを説明し、これら 3 カ国の国家実行には不一致があることも指摘した（403-06）。さらに、シエラレオーネ特別裁判所規程は、GC 共通 3 条や APII に規定がない場合でも、同国の法律に基づき特別裁判所が管轄権を行使できると規定し、そこに財産の破壊が含まれていることから、財産の破壊の禁止が略奪の禁止に含まれないことを示すと付言している（407-08）。

結論として、上訴裁判部は、略奪の犯罪の不可欠な要素は、違法な財産の取得であり、したがって、法の問題として取得にあたらない放火や他の財産

の破壊は、国際刑事法上の略奪を構成しえないと認定した（ 409）。

以上のとおり 、本件では、検察官は、略奪の禁止と軍事的必要性によって正当と認められない破壊の禁止をともに文民保護のための規定として性格づけ、これに基づき、両者を一括して、慣習国際法の同定の全体の文脈に設定することを試みた。その理由は、略奪の禁止は、APII4 条の基本的な保障が与えられる行為のなかに明記されており 、裁判所規程上 APII に反する戦争犯罪に該当するのに対し 、軍事的必要性によって正当と認められない破壊はそれには該当しないことにあった。したがって、裁判所が本件の放火のような破壊を APII 上の戦争犯罪として裁くためには、略奪のなかに破壊が含まれるという主張を行う必要があった。

本件は、このような理由から 、検察官が、略奪と破壊を同じ犯罪類型とするために、やや強引に両者を文民の保護に一括して、それを全体の文脈に設定した事例である。裁判部は、上記のとおり 、さまざまな証拠に基づき 、両者が別個の犯罪であることを証明し 、両者を同一に扱う慣習国際法の存在を否定した。歴史を通じて一貫して絶対的禁止とされてきた略奪と軍事的必要性によって許されてきた破壊を区別して扱うのは当然ではある。裁判部は、それを確認するため国家実行の検討を慎重かつ綿密に行ったという評価ができるだろう 。

武力紛争法に関する慣習国際法の同定に困難があることが指摘されてきた（ 73）。それは、そもそも戦闘地域での軍隊の行動に関し証拠を収集することが難しいこと 、また、武力紛争法の多くは禁止規範であるため、その証拠の多くも無行為（ その行為をしないこと ）となり 、その無行為が法的義務の意識を伴っていることを証明することが難しいこと 、である。そのため、慣習国際法の同定は、軍事マニュアル、条約規定、ICRC などの文書を通じて行われる場合が多くなるが、本件もその例外ではない。

（ 73） First Report of the Special Rapporteur A/CN.4/633, para. 19, note 35.

Ⅳ　おわり に

本稿の第 1 の課題は、ILC の慣習国際法の同定に関する「 結論」3 が慣習国際法の同定の際に考慮を求めている全体の文脈とは何かを明らかにすることであった。ILC の起草過程と注釈を通じて、全体の文脈のなかに検討対象の基礎にある国際法の原則が含まれることは明らかになった。全体の文脈がこれに限定されるかは明らかではないが、これにより考察の対象が一応は明らかになった。

第 2 の課題は、この全体の文脈がどのように考慮されるかであった。これに関しては、ILC 起草過程と注釈を検討しても、そこに取り上げられる判例等以外には手掛かりはなかった。本稿では、そうした判例を含めて、3 つの分野について、実際に全体の文脈がどのように考慮されているかの検討を試みた。分野によって文脈の考慮の仕方に違いがあるのは確認することができた。ただ、いずれの分野に関しても文脈の設定が難しい作業であることがわかった。

慣習国際法の同定のための文脈は、分野によりその進展の違いはあるものの、常に変わりつつある。そのなかで、裁判所は、特定の時点で慣習国際法を同定することに伴う困難と格闘せざるを得ない。本稿で取り上げた分野は限られているが、それでも、それぞれの分野において直面している問題があることが明らかになった。慣習国際法の同定に際して、全体の文脈を考慮することの重要性を確認できたことで本稿の課題が一応達成できたと考える。

最後に、ILC の「 結論」は、その目的の 1 つであった国際法の専門家以外の法律関係者に何らかの指針を提供することができたかという問題がある。本稿は、慣習国際法の同定における証拠の評価のような具体的な問題はほとんど扱っていないので、これに答えるのは難しい。しかし、その大本の問題に関し、難しい問題が山積していることを考えると、この「 結論」が有益な指針を提供するものであるとは言い難い。しかし、慣習国際法の同定に関し、現在直面している課題について考える手がかりを与えたとはいえるかもしれない。

（ 上智大学法学部教授）

論　　説

人種差別撤廃条約における個人通報制度

洪　恵子

一．はじめに
二．人種差別撤廃条約と個人通報
　1．人種差別撤廃条約における個人通報制度の概略
　2．人種差別撤廃委員会における個人通報制度の手続
三．CERD が判断した個人通報の事案の特徴
　1．2016 年 6 月までの特徴
　2．その後の展開
　3．先住民族に関する通報
四．人権条約体が抱える課題
　1．問題は何か
　2．人権条約体制度の改革に関する試み
五．おわりに

一．はじめに

人種差別撤廃条約（あらゆる形態の人種差別の撤廃に関する国際条約）とは、1965 年に締結された多数国間条約であり、いわゆる主要人権条約のなかでも最も早く締結された条約である(1)。人種差別撤廃条約はその他の主要人権条約と同様の履行確保制度を有しており、それらが国家（政府）報告

(1)　主要人権条約（core international human rights instruments）とは、次の 9 つの条約を示すことが多い。すなわち人種差別撤廃条約、自由権規約、社会権規約、女子差別撤廃条約、拷問等禁止条約、児童の権利条約、移民労働者保護条約、強制失踪条約、障害者権利条約である。国連人権高等弁務官事務所（OHCHR）〈https: //www. ohchr. org/en/core-international-human-rights-instruments-and-their-monitoring-bodies〉.

制度、個人通報制度、国家間通報制度といわれるものであり、条約に基づいて設立された委員会（人権条約体（treaty bodies）と呼ばれる）がその履行を担っている。国家（政府）報告制度は、すべての主要人権条約において締約国の義務であるが、個人通報制度を受け入れるかどうかについては、条約自体への同意に加えてあらためて関連の規定や議定書への同意を必要とする。また個人通報制度と国家間通報制度は両者とも「通報（communications）」と名付けられているが、その内容は大きく異なっている。個人通報制度は、「個人が自ら受けた人権侵害につき委員会に通報を提出し、委員会が条約違反の有無を認定する制度」であるのに対して (2)、人種差別撤廃条約における国家間通報制度は特別調停委員会を設置するための制度である (3)。本稿は人種差別撤廃条約の個人通報制度について説明し、その性質について考察することを目的とする。人種差別撤廃委員会に登録された個人通報は 2023 年 4 月までに 81 件であり、自由権規約委員会には毎年約 100–200 件の通報が寄せられることに比べると圧倒的に数が少ない。それらの事例のうち、2016 年 6 月までの事例についてはすでに元委員による詳細な分析が行われているので (4)、本稿では主としてそれ以降の事例を紹介する。さらに本稿では人種差別撤廃条約における個人通報制度の性質を考察したい。個人通報制度は準司法的手続とも呼ばれているが、しかし後述する通り、人種差別撤廃委員会を始めとする人権条約体の委員は裁判官ではなく、個人通報制度に司法制

(2)　岩沢雄司、『国際法（第 2 版）』東京大学出版会、2023 年、369 頁。

(3)　これまで国家間通報制度が用いられたのは CERD へ付託された 3 件のみである。拙稿、「国連・人権条約体の役割とは―人種差別撤廃委員会（CERD）の活動」国際法学会エキスパートコメント、＜ https://jsil.jp/archives/expert/2020-8 ＞。なお、カタールとサウジアラビアに関する特別調停委員会は関係国の同意に基づき 2022 年 1 月に作業を終了した。カタールとアラブ首長国連邦（UAE）に関する特別調停委員会は両国の要請により 2023 年 1 月 26 日にその作業を終了した。パレスチナとイスラエルに関する特別調停委員会は作業を継続している。United Nations, Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, A/ 77/ 18, p. 10. パレスチナによる国家間通報の国際法上の問題点について、拙稿「多数国間条約の適用と未承認国――人種差別撤廃条約の適用における対世的（erga omnes）義務の意義」論究ジュリスト 37 号、2021 年、23–30 頁。

(4)　Bossuyt, M. “Individual Communications Under Article 14 of the ICERD”, *Réciprocité et Universalité: Sources et Régimes du droit international des droits de l’homme (Mélanges en l’honneur du Professeur Emmanuel Decaux)*, Pedon, 2017, pp. 1023–1038.

度を類推することには一定の限界があるように思われる。また、人権保障のための条約の締結の増加に伴い、人権条約体は多くの課題を抱えるようになっているので、そうした人権条約体制度全体からも個人通報制度の問題を考える必要がある。このような問題意識から、本稿では以下、まず人種差別撤廃条約における個人通報制度について概観したのち（第 2 章）、近年の事例を紹介し（第 3 章）、人権条約体に関するこれまでの改革の流れを踏まえて個人通報制度の性質について検討をし（第 4 章）、最後にまとめを述べる（第 5 章）。

二．人種差別撤廃条約と個人通報

1．人種差別撤廃条約における個人通報制度の概略

2023 年 4 月時点で、人種差別撤廃条約の締約国は 182 か国である。人種差別撤廃条約は 1965 年 12 月 21 日、国連総会決議 2106 A（XX）によって採択され、1966 年 3 月 7 日に署名と批准のために開放され、1969 年 1 月 4 日に発効した。人種差別撤廃条約はいわゆる主要人権条約のなかで最も早く締結された多数国間条約であるが、個人通報制度については、自由権規約委員会が個人通報制度に関する議定書の発効によって開始したのが初めであり、人種差別撤廃条約の個人通報制度が開始したのは、条約自体の発効から約 13 年後の 1982 年である[(5)]。

人種差別撤廃条約（以下、特に示さない限り条約とは人種差別撤廃条約を指す）では次のように規定している。すなわち第 14 条 1 項では「締約国は、この条約に定めるいずれかの権利の当該締約国による侵害の被害者であると主張する当該締約国の管轄の下にある個人又は集団からの通報を、委員会が受理しかつ検討する権限を有することを認める旨を、いつでも宣言することができる。委員会は、宣言を行っていない締約国についての通報を受理して

(5)　Rodley, N. S., “The Role and Impact of Treaty Bodies”, Shelton, D.（ed.）, *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford University Press, 2013, p. 634.

はならない。」この規定に基づいて、個人通報制度を受け入れる宣言をしている国は 59 か国である。1984 年から 2023 年までに委員会は 21 の締約国に関する 81 件の通報を登録しており、本案の最終的な判断に至ったのが 43 件であり、そのうち 26 の通報について条約の違反を認定した。（なお、本稿では認定という言葉を用いるが、法的拘束力はない）。現在、18 件が継続中である [(6)]。これに対して、自由権規約委員会がこれまで登録した通報は 4121 件であり、年次報告を入手できる最近の 132 会期から 134 会期（2021 年 6 月から 2022 年 3 月）に新たに登録された件数は 211 件である [(7)]。つまり人種差別撤廃条約の個人通報制度は比較的に利用されていないということができる。

個人通報に関する審議は人種差別撤廃条約に付随する人種差別撤廃委員会（Committee on the Elimination of Racial Discrimination, CERD）で行われる。上記の規定における委員会とは人種差別撤廃委員会のことである（以下、特に明示しない限り、委員会とは CERD を示す）。委員会は条約及びその手続規則（Rules of procedure）にしたがって通報を受理し、決定を行う。委員会は 18 名の委員から構成されており、通報を扱う作業部会が設けられている（手続規則 87 条）。実際の通報の受理や審議の準備は国連人権高等弁務官事務所（Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, OHCHR）の通報部門の職員が行う。前述の通り、CERD への通報の数は少ないが、だからといって迅速に処理されているわけではないのは、通報に関する作業は OHCHR の通報部門が担っており、そこがすべての人権条約体への通報を処理しているからである。この点について後述する。

2. 人種差別撤廃委員会における個人通報制度の手続

（1）実行においては、通報はまず OHCHR にもたらされ、その通報部門が登録するかどうかを委員会の通報作業部会に諮問する。登録するかを判断する

（6）　本稿は 2023 年 12 月までに入手可能な年次報告（2023 年 4 月の 109 会期までを対象）までを検討の対象とした。United Nations, Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, A/ 78/ 18.

（7）　Report of the Human Rights Committee, A/ 77/ 40, p. 3.

ための追加の情報が必要な場合は、請願者に OHCHR を通じて連絡をする。

通報は受理許容性を充たす必要がある。条約の第 14 条 7 項は次のように規定する「委員会は、関係締約国及び請願者により委員会の利用に供されたすべての情報に照らして通報を検討する。委員会は、請願者が利用しうるすべての国内的な救済措置を尽くしたことを確認しない限り、請願者からのいかなる通報も検討してはならない。ただし、救済措置の実施が不当に遅延する場合は、この限りでない。」また請願者は、「(第 14 条) 2 の規定に基づいて設置され又は指定される機関から満足な結果が得られない場合には、その事案を 6 箇月以内に委員会に通報する権利を有する」(第 14 条 5 項) と委員会への通報について時間的な制限がおかれている。また手続規則では、委員会は受理許容性の判断の際に、以下の条件をみたしているかどうかを確認しなければならない (手続規則 91 条) (いくつかは条約上の条件と同様である)。(a)通報が匿名でなく、第 14 条に基づく委員会の権限を受け入れている締約国の管轄下にある個人または集団によること、(b)条約の締約国による条約上の権利の違反に関する被害を申し立てていること、(c)通報が条約の規定と適合していること、(d)通報が第 14 条の権利の濫用でないこと、(e)個人は国内法上の救済措置を尽くしていること、ただし救済措置の適用が不合理に延期されている場合にはこの限りでない、(f)適切に検証された例外的な状況である場合を除いて、国内救済措置を尽くしてから 6 か月以内に通報が行われたことである。さらに人種差別撤廃条約には自由権規約第一選択議定書第 5 条 2(a)に相当する規定はないが、通報に関する情報に関わる手続規則 84 条 1(g)において、事務総長は他の国際的調査又は解決の手続の下で同じ問題が検討されている程度の確認を要請できるとされているので、個人通報の手続は同じ問題が他の国際的調査又は解決の手続によって検討されていない場合のみ適用があるとする宣言や留保をつけている国もある[(8)]。

---

(8)　Thornberry, P., *The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination: A Commentary*, Oxford University Press, 2016, p. 57.　ただし委員会の実行においては、例えば後述する通報事例(先住民族に関する③ No. 59/ 2016)について、フィンランドはこの趣旨の留保をつけていたが、委員会は受理許容性を認めた (*Nuogam et al. v. Finland*, CERD/ C/ 95/ D/ 59/ 2016)。

通報の受理許容性に関する審議はできる限り早く判断しなければならない（手続規則 86 条 1）。また申し立てられた違反の被害者とされる者への回復不能な損害が生じることを避けるために仮保全措置を勧告することもできる（手続規則 94 条 3）。

（2）委員会は、付託された通報について締約国の注意を喚起し、その締約国は 3 か月以内に文書で説明や意見を委員会に提出しなければならない（条約第 14 条 6（b））。締約国から提供された文書は請願者にも伝達される（手続規則 94 条 1，2，4）。委員会の審議の過程で必要な追加的情報を他の国連機関に求めることができる（手続規則 95 条 2）。CERD は年 3 回ジュネーヴで会期を開いており、委員会としての決定を行う際には全体会合のなかで（通訳をつけて）審議を行うが、個別の事案に関する審議は非公開である（手続規則 88 条）。委員会は、関係締約国及び請願者により委員会の利用に供されたすべての情報に照らして通報を検討し、提案及び勧告をする場合には、これらを関係締約国及び請願者に送付する（条約第 14 条 7（a），（b））。提案及び勧告には法的拘束力はない。

（3）2005 年に CERD は他の人権条約体の実行に合わせて、フォロー・アップの手続きを導入することを決定し、手続規則 95 条に 2 つのパラグラフを追加した（95 条 6 と 7）[9]。これ以降、フォロー・アップに関する特別報告者が任命され、またフォロー・アップの状況は年次報告書に記載されることになった。

三．CERD が判断した個人通報の事案の特徴

1．2016 年 6 月までの特徴

始めに述べたとおり、2016 年 6 月までの個人通報制度に関しては、元委員であるマーク・ボズイット（Marc Bossuyt）による検討が行われている。この時期までに委員会に行われた通報の特徴として次のような指摘がなされ

（9）　Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, A/ 78/ 18, p. 18.

ている。まず、当時個人通報制度を受け入れている 57 か国（当時）のうち、委員会による検討が行われ、第 14 条 7(b)に基づく提案及び勧告が行われたのは、12 か国（デンマーク、オーストリア、スロバキア、フランス、オランダ、ノルウェー、スウェーデン、ロシア、ドイツ、韓国、セルビア・モンテネグロ、スイス）であったことである。次に委員会の判断は、17 件を不受理とし、18 件について違反は認められないとし、16 件について違反ありとした。最も違反の認定が多かった条約の規定は第 6 条である。ただし違反を認定しなかった場合であっても、10 件については勧告を行った。さらにこの当時までの通報の内容の特徴として、通報の請願者が外国出身者であること、ただし外国の国籍を有する者は 18 件だったと指摘されている[(10)]。

2. その後の展開

(1) 本稿の検討対象の期間について、本案の判断に至ったのは 11 件であり、そのうち 2 件について違反を認定せず、9 件について違反を認定した。11 件の通報の対象となった締約国はスイス、モルドバ、デンマーク、スウェーデン、フランス、エクアドル、フィンランド、ノルウェーである。違反を認定した通報について、違反があったとされる条約の規定は、第 4 条(a)，第 5 条(c), (d)(iv), (d)(v), 第 6 条であり、そのうち第 6 条の違反が最も多い（7 件）。第 6 条は主として差別に対する救済措置を求めるものである[(11)]。（通報に関する後掲の表を参照）

(2) 通報に関わる事案の特徴として、2016 年 6 月までの検討の際の特徴と同様に、外国出身者による通報がほぼ半数を占めている。また目立つ特徴として、本稿の検討対象の期間については先住民族（先住民）（indigenous peoples）による 3 件の通報が行われ、いずれも違反が認定されている。ところ

(10)　Bossuyt, Ibid., pp. 1024-1026.

(11)　条約第 6 条「締約国は、自国の管轄の下にあるすべての者に対し、権限のある自国の裁判所及び他の国家機関を通じて、この条約に反して人権及び基本的自由を侵害するあらゆる人種差別の行為に対する効果的な保護及び救済措置を確保し、並びにその差別の結果として被ったあらゆる損害に対し、公正かつ適正な賠償又は救済を当該裁判所に求める権利を確保する。」

で条約が禁止する人種差別とは「人種、皮膚の色、世系又は民族的若しくは種族的出身に基づくあらゆる区別、排除、制限又は優先であって、政治的、経済的、社会的、文化的その他のあらゆる公的生活の分野における平等の立場での人権及び基本的自由を認識し、享有し又は行使することを妨げ又は害する目的又は効果を有するものをいう。」（第 1 条 1 項）。条約の起草過程では、先住民族の権利といった集団の権利について言及するかどうかが議論されたようであるが、定義に含まれることはなかった[(12)]。しかしその後、委員会は積極的に先住民族の権利の擁護を行っており、1997 年には先住民族の権利に関する一般勧告（23 号）（General recommendation XXIII on the rights of indigenous peoples）を採択した。条約第 9 条に基づく国家報告書審査に関する総括所見のなかでも、しばしば先住民族の保護に関する勧告を行っている（例、日本の第 10 回・第 11 回定期報告に関する総括所見、勧告 16 パラグラフ）。

3. 先住民族に関する通報

本稿の検討対象の期間に委員会が判断した通報のなかで、先住民族に関する通報を紹介する。先住民族に関しては 3 件の判断がなされている。①スウェーデンに居住する先住民族サーミ（Sami）が伝統的にトナカイの放牧に利用してきた土地の鉱物資源開発をめぐる問題（No. 54/ 2013）で、請願者は企業に資源開発の許可が与えられる前に先住民族である請願者たちと十分な協議がなされなかったと主張した。②エクアドルの先住民族の伝統的法に基づく婚姻の効力をめぐる問題（No. 61/ 2017）で、請願者は自らと妻は先住民族の伝統的婚姻を行ったが、それを市民登録・身分証明・認証当局に登録しなかったため、妻が締約国に入国するための家族再統合ビザが発給されなかったところ、伝統的方法で行われた婚姻を締約国が承認しないことは差別であると主張した。③フィンランドにおけるサーミ議会の選挙人名簿に関する問題（No. 59/ 2016）で、サーミ議会への選挙権に関する法律におけるサーミ人の定義（自らがサーミと考えるという主観的要件とサーミ語が第一言語である

（12）　小坂田裕子『先住民族と国際法―剥奪の歴史から権利の承認へ―』信山社、2017 年、205-212 頁。

ことやラップ人として登録された者の子孫であるなどの客観的要件を含む）について、2015 年の選挙に関して選挙人名簿への記載を拒否された者をめぐる一連の裁判において客観的要素が十分に考慮されず、そのことは国のサーミ議会への不当な介入だと主張されたものである。先住民族に関する国際法上の問題点は多岐にわたり、また紙幅の制限もあり、本稿では通報の内容に関連するすべての国際法上の論点を詳細に紹介することはできないが、これら 3 件とも先住民族に対して国際社会が認めてきた特別な地位に関するものといえる。つまり土地の利用に関する権利、（国内法と異なる）伝統的法の適用に関する権利、他の（多数派の）国民と異なるというアイデンティティの問題である。また上記の①、②は、先住民族であることで差別的な扱いがなされた、換言すればほかの国民には与えられる権利が与えられなかったのではなく、他の国民には認められない権利を（先住民族として）与えられるべきだという申し立てである。

確かに 2007 年に採択された国連先住民族権利宣言（国連総会決議 61/ 295）において、その前文で「先住民族が、とりわけ植民地化及びその土地、領域、資源の剥奪により、特に自らの必要と利益に従って発展する権利を行使することを妨げられ、その結果として歴史的不正義に苦しんでいることを懸念し」と指摘されており、先住民が伝統的に居住していた地域から強制的に移動させられない権利や伝統的に所有してきた土地、領域や資源に対する権利を有すること（第 10 条、第 25 条、第 26 条）、また「先住民族は、自らが伝統的に所有し、又は占有し、若しくは使用してきた土地、領域および資源であって、自由な、事前の、かつ情報に基づく同意なしに没収され、奪われ、占有され、使用され又は損害を被ったものに対して、原状回復を含む手段により、又はそれが可能でない場合には正当、公正かつ衡平な補償の手段により、救済を受ける権利を有する」（第 28 条）と定められた。さらに自らが選択する場合には、自らの独自の法的制度を維持し、強化する権利があるとされた（第 5 条）。

さらに CERD は 1997 年に先住民族の権利に関する一般勧告 23 号を採択し、そこにおいて先住民族に対する差別が条約の適用範囲に含まれること、したがって締約国は先住民族に対する差別と闘い、撤廃するためにあらゆる

適切な手段を取らなければならないとしている（1、2 項）。また先住民族の共同体がその文化的伝統と慣習を実践し、再生すること、またその言語を保存し使用できるようにすることを確保するように締約国に求めており（4 項(e)）さらに先住民族の土地、領域および資源に関する権利を認識し、保護し、先住民族の自由で情報に基づく同意（free and informed consent）を強調している（5 項）。

こうした権利が尊重されるべきことは関係締約国も否定しておらず、①についてスウェーデンは、採掘許可を企業に与える前に国際法上要求される最大限の範囲において国内手続を通じて請願者たちと協議したとしたが[13]、委員会は行われた協議は不十分であり、条約第 5 条(d)(v)及び第 6 条の違反を認定したうえで、締約国に対して、土地と資源に関する国内法においてサーミが先住民族であることを反映させ、事前の自由なインフォームド・コンセント（free, prior and informed consent）に関する国際的基準を打ち立てるように法律を改正すべきなどと勧告した[14]。また②について、エクアドルによれば請願者は最初の婚姻や氏名の変更登録においては既存の国内法に基づいて行っており、2 度目の婚姻が既存の国内法で不可能だったわけではなく、また先住民族が先祖代々の婚姻儀式を執り行うことを禁止しているのではないなどと主張したが[15]、委員会は締約国は先住民族当局が伝統的方法で執り行われた婚姻の登録証明書を発行することを禁止しないだけでなく、先住民族当局と協力してそうした婚姻を市民登録簿に記録するために必要なあらゆる措置を取らなければならないとして、条約第 5 条(d)(iv)の違反を認めた[16]。さらに③は前述の通りサーミ議会への選挙権に関する法律におけるサーミの定義（自らがサーミと考えるという主観的要件と言語や世系の客観的要件を含む）における主観的要件が不当に重視されたという主張であるが、一方で、自分が先住民族かどうかはその人自身の判断が重要であるという原則があり（self-identification）[17]、フィンランドが主張する通り、委員会は締

（13）　CERD/ C/ 102/ D/ 54/ 2013, para. 4. 2.
（14）　Ibid., para. 8.
（15）　CERD/ C/ 106/ D/ 61/ 2017, paras. 2. 2−2. 3.
（16）　Ibid., para. 4. 13.

約国に対してそれを尊重するように求めてきたところ[18]、本件では締約国の国内裁判所の判決はサーミ議会の選挙区（electoral constituency）を人為的に変更する効果があり、サーミの人々とその利益を真に代表する資格に影響を与えたとして、条約第5条(c)によって保護される公務の遂行に参加する申立人の権利を侵害したと認めた[19]。

4. フォロー・アップ

委員会の判断は請願人と締約国に伝えられ、違反と認めた場合は締約国に対して勧告が行われ、締約国の対応はフォロー・アップ手続きで注視される。年次報告書において、「満足する対応」がとられた、「不十分また不完全な対応」である、「フォロー・アップに関する対応の連絡がない」、「フォロー・アップの対話が継続中」かどうかが示される。直近の年次報告書によれば、対象の22件中、満足または部分的満足の対応は6件にとどまっている。ただしまったく対応がないのは3件で、その他について対話は継続しているようである[20]。個人通報制度における委員会の判断は裁判の判決とは異なり法的拘束力がないが、だからといってそのままにして良いというわけではなく、国家報告書の提出と同様に締約国政府にとっては継続して対応が必要であるということが重要である。

四. 人権条約体が抱える課題

始めに述べたとおり、CERDへの個人通報の件数自体は他の人権条約体と

---

(17)　委員会は1990年に「条約第1条1項及び第4条の解釈と適用に関する一般勧告」（第8号）を採択しており、そのなかで個人が特定の人種的又は民族的集団に属するかどうかを判断する際には「これに反する正当な理由が存在しない場合には、当該個人による自認(self-identification)に基づくものとする。」と示した。

(18)　CERD/ C/ 106/ D/ 59/ 2016, para. 5. 5.

(19)　条約第5条(c)「政治的権利、特に普通かつ平等の選挙権に基づく選挙に投票及び立候補によって参加し、国政及びすべての段階における政治に参与し並びに公務に平等に携わる権利」

(20)　Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, A/ 78/ 18, pp. 18–19.

比べると少ないが、最終的な判断に至るまでには数年の歳月を要するのは、個人通報に関する事務や委員会の判断の準備資料を作るのは OHCHR の通報部門であり、そこがとりわけ自由権規約委員会に寄せられる膨大な通報の処理に追われているからである。このことは個人通報制度にとどまらず、国連の人権条約体に共通する問題の一つである。そこでこの章では視野を人権条約体制度全般に広げて人権条約体が抱える課題への対応を紹介し、そのことを通じて、個人通報制度の性質を考察する。

1. 問題は何か

かつて 2012 年に出版された論文のなかで、トーマス・ブルゲンソール（Thomas Buergenthal）は、「国連の人権条約体の研究をしてきた者のあいだで、今日、これらの組織が深刻な危機に陥っているということに異論はないだろう」と述べ[(21)]、またナイジェル・ロドリー（Nigel S. Rodley）もまた「人権条約体が直面している、長期間にわたり且つ厳しくなる中心的な挑戦とは、片づけるのには多すぎる仕事が十分な時間もないなか、足りない資源によってなされなければならないということである。」と述べている通り[(22)]、人権条約体制度が多くの問題を抱えていることはこれまでしばしば指摘されてきた。そうした問題は、例えば、締約国の側から見ると、国家報告審査について委員会が報告書をすぐに審査をしない、委員会の勧告が不明確である、個人通報の判断の論拠が不明確であるなどがあげられるし、委員会から見れば、締約国が期限までに報告書を提出しない、総括所見の勧告を締約国が受け入れない、会期の期間が短くてすべての任務をこなせない、OHCHR の職員の支援が減った（予算の不足）などがあげられるし、人権侵害の被害者や代理人、NGO からすれば、個人通報の案件の処理が遅い、各委員会ごとに手続や細かいルールが異なってわかりにくいなどがあげられるだろう。OHCHR のウエッブページでは人権条約体制度が直面している挑戦として、国家報告審査、個人通報、緊急行動（urgent actions）の未処理案件

（21）　Buergenthal, T., “A Court and Two Consolidated Treaty Bodies”, Bayefsky, A. F.（ed.）, *The UN Human Rights Treaty System in the 21st Century*, Kluwer Law International, 2000, p. 299.

（22）　Rodley, Ibid., p. 642.

が増加している、締約国が国家報告書の提出義務を十分に履行していない、人権条約ごとに作業方法が多様であることを挙げている[23]。このほか人権条約体について指摘される問題は多く、人権侵害の被害者や支援するNGO、条約の締約国、委員会の委員、事務局（OHCHR）はそれぞれ異なる実際的な期待を人権条約体制度に求めており、何が最も重大な問題であるかについて合意を見出すことさえ困難である。

2. 人権条約体制度の改革に関する試み

前述した人権条約体が抱える多くの問題を関係者はまったく放置してきたのではなく、逆に約30年以上も前から様々な試みがなされており、今日も人権条約体強化（Treaty body strengthening）という枠組みのなかで取り組みが継続中である。これまで行われてきた人権条約体の改革のための主要な試みは①国連事務総長が任命した独立した専門家であるアルストン（Philip Alston）による報告書②アルブール（Louise Arbour）人権高等弁務官による行動計画、③ピレイ（Navanethem Pillay）人権高等弁務官による「ダブリン・プロセス」の推進、④2012年政府間協議の開始及び2014年総会決議68/268の採択とその再検討である。

本稿の目的は個人通報制度の検討であるので、個人通報制度に関してどのような問題が指摘されてきたかといえば、その最大の問題といえるのは、すでに述べたとおり、個人通報制度を持つ人権条約の増加に伴い個人通報の数も増えたが、それに対応するための委員会での協議時間や準備を行うOHCHRの職員の数や質を確保するための予算が十分になく、未処理案件が大量に発生しているということである[24]。また人権条約体が下す判断の質についても締約国の側から問題が指摘されてきた。このような状況に対し

（23） OHCHR, 〈https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/treaty-body-strengthening〉（last visited 30 March, 2024）.

人種差別撤廃条約に関しても締約国の国家報告書の提出義務が履行されていないのは深刻な問題である。小松泰介「求められる誰もがアクセスできる国連人権条約機関」IMADR通信204号（2020年11月11日発行）、〈https://imadr.net/books/204_8/〉。

（24） Rodley, Ibid., p. 642.

て、これまで提案された重要な改革案の一つが、既存の人権条約体を一つの常設の条約体（unified standing treaty body）に統合するという案である[25]。人権条約体の委員は無給であり、年に数回ジュネーヴでの会合に参加するが、これに対して、委員会を常設の機関にするというものである。こうすることによって、効果的で効率の良い仕事を委員が行うことができ、特に条約の規定の解釈や条約体が勧告する内容に一貫性をもたらすことができると考えられたのである。またこの案は、締約国が提出すべき報告書も一つに統合するという案を伴っていた。この考え方はアルストンの報告書に萌芽が見られたが、2006 年アルブールが人権高等弁務官であったときに OHCHR によって公刊された「概念文書」（concept paper）で提案された[26]。この統合された単一の常設の委員会という案は学界からは多くの賛同を得たようだが、結局は実現することはなかった。反対の理由はさまざまであり、案の内容だけでなく、提案のされ方にも問題があったようだが、重要な理由の一つは、委員会が一つになるだけでなくて、報告書も一つに統合されることになると、特定の人権侵害が見過ごされることになるのではないかという危惧があったことである。CERD もこの案に賛成ではなかったようであるが[27]。しかし、注目すべきことは、CERD はそれ独自の提案を行ったということである。つまり個人通報についてのすべての人権条約体に共通する作業部会を創設することを提案した[28]。しかしこの案も実現することはなかった[29]。

（25）　Egan, S., “Reform of the UN Human Rights Treaty Body System”, Mégret F., Alston, P.（eds.）, *The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal (Second Edition)*, Oxford University Press, 2020, pp. 648−652, Rodley, Ibid., p. 645.

（26）　OHCHR, “Concept Paper on the High Commissioner’s Proposal for a Unified Standing Treaty Body”（22 March 2006）, UN Doc HRI/ MC/ 2006/ 2.

（27）　Egan. Ibid., Rodley, Ibid., pp. 645−646.

（28）　Bossuyt, Ibid., p. 1035.

（29）　なお、アルブール人権高等弁務官のあと人権高等弁務官に就任したピレイは、人権条約体の改革に関して、より広く関係者を含めたいわばボトムアップ型の方向で議論を進め、約 20 回もの協議を行い、のちにダブリン・プロセスと呼ばれた。ピレイの報告書では人権条約体の手続の機能を強化する提案（例、報告書の頁数の制限や翻訳のコストカット）や国家報告書審査に関してカレンダーを導入することなど含んでいた。2012 年ピレイの報告書が発表される直前に人権条約体の改革について政府間協議を行うということが国連総会で決定され、その後 2014 年 4 月 9 日、人権条約体の効果的機能を強化増強

また統合された委員会の創設に対する反対の理由のなかで、本稿の問題関心から最も重要なことは、こうした機関は「準司法的」性格を持つようになるのではないか、ひいては世界人権裁判所といったものの先駆けになるのではないかと恐れられたということである[30]。始めに述べたとおり、個人通報制度はしばしば準司法的手続であるといわれる。ロドリーは「個人通報を取り扱うことは人権条約体の最も裁判所に近い機能である。なぜならそれは主張された違反について特定の決定を行うことにつながり、適切な救済の指示に至ることができるからである」と述べている[31]。しかし人権条約体の委員はそもそも法律の専門家である必要はなく、実際に委員の専門はさまざまである。締約国の国家報告書を審査し、締約国との建設的対話を行うには、むしろ様々な分野の専門家からなる委員会であることが望まれる。また裁判所の判決に必要な論拠や一貫性に相当するものを委員会の個人通報に関する判断において確保するためには、委員会の従前の判断に対する理解だけでなく、複数の人権条約を締結している締約国も多いので、同じような義務が別の条約でも規定されている場合、その別の条約の委員会の判断との整合性も必要であろう。しかし前述の通り、委員は会期にジュネーヴに参集するが、ほかの職業に就いている場合が多く、また全員が同一の言語を話すのではないので、到底こうした任務を OHCHR の支援なしには遂行できない。

することに関する総会決議 68/ 268 が採択された。Egan, Ibid., pp. 652−663. その決議では、決議採択日から遅くとも 6 年以内に人権条約機関システムの状況を検討し、その持続可能性を確保するためにとられた措置の有効性をレビューするとされていたので、2020 年 11 月 7 日にはそのプロセスの共同進行役（co-facilitator）となったモロッコとスイス常駐代表による書簡が国連総会に提出された（A/ 75/ 601）。このなかで個人通報制度に関する提案としては、個人通報の手続によりデジタル技術を活用すべきこと（通報の提出や自らの通報の状況などに関する情報によりアクセスできるようにする）が提案されている（para. 22）。また個人通報制度に限らないものの、委員会ごとの作業方法や手続規則を調和させる（alignment）こと（para. 35）やそのための委員長会議の役割の強化（para. 36）や人権条約を批准する国の増加なども鑑み、委員会が効果的に任務を果たすために必要な事務局への資源が一層必要であることを求めた（para. 77）。

（30）　Rodley, Ibid., p. 645−655., Egan, Ibid., p. 651,　なお世界人権裁判所について、Nowak, M., A World Court of Human Rights, Oberleitner, G.（ed.）, *International Human Rights Institutions, Tribunals, and Courts*, Springer, 2018, pp. 271−290.

（31）　Rodley, Ibid., p. 634.

しかし OHCHR の職員もまた全員が法律家なのではない。こうした点からみると、個人通報について裁判所と同程度の司法機関としての質を確保するためには、常勤の委員からなる統合された委員会や、条約体に共通する作業部会の設置の案は説得力がある。しかし、前述の通りこれらの案は実現していない。

このような国家実行を踏まえると、個人通報制度は「準司法的手続」であると主張されるが、実際には裁判所、裁判官と認められるような組織や委員を確保しているとはいえず、またそうした方向での改革には多くの支持が得られているとは言い難いのが現状だろう。

Ⅴ．おわりに

本稿は、人種差別撤廃条約における個人通報制度の概要を紹介し、また個人通報制度の性質について考察した。本稿が主として検討の対象とした 2016 年以降は CERD は 2 件を除いてすべて違反があったとしている。人種差別撤廃条約はマイノリティーの人権の保護を締約国に求める。マイノリティーは文字通り選挙を通じて（多数決で）選ばれた代表者が法を制定するという政治制度においては、しばしば求める権利を実現することができない。そのため国際的な機関において自らの権利が認められ、国際的な機関が国に要請をすることを通じて権利の実現を図ることが行われる。このような状況においては、CERD の委員の多くが締約国政府ではなく請願者の側の主張を認めることがマイノリティーの権利の保護につながると考えることは自然ともいえる。つまりいずれの関係者に対しても公平（不偏）で、既存の法に基づいて判断することが求められる裁判官が行う決定とは前提が異なっているように思われる。ただしこれは本稿の検討対象の期間の CERD の判断の特徴であり、委員が変わればまた別の傾向がみられるかもしれない。

表　人種差別撤廃条約第 14 条に基づく個人通報

通報番号	通報が行われた日付 決定が採択された日付	締約国	違反が申し立てられた条約の規定	通報者の国籍国	委員会の決定
53/2013	2012 年 12 月 12 日 2016 年 12 月 5 日	スイス	第 2 条(1)(a)(c), 第 5 条(a), (d)(iii), 第 6 条	アルバニア（スイスに居住）	違反はない
57/2015	2015 年 4 月 21 日 2017 年 11 月 24 日	モルドバ	第 5 条(a), (b), 第 6 条、第 7 条	ブルキナファソ（モルドバに居住）	違反（第 6 条）
58/2016	2015 年 10 月 19 日 2018 年 12 月 13 日	デンマーク	第 2 条(1)(c), 第 5 条、第 6 条	デンマーク（ボスニア・ヘルツェゴビナ出身）	違反（第 5 条(d)(iii)および第 6 条）
54/2013	2013 年 9 月 16 日 2020 年 11 月 18 日	スウェーデン	第 5 条(a), (d)(v), 第 6 条	スウェーデン（先住民族）	違反（第 5 条(d)(v)、第 6 条）
60/2016	2016 年 6 月 30 日 2021 年 4 月 22 日	モルドバ	第 1 条(1), 第 2 条(1)(d), 第 5 条(e)(i)、第 6 条、第 7 条	モルドバ（ロマ）	違反（第 6 条）
65/2018	2017 年 5 月 22 日 2021 年 11 月 25 日	フランス	第 2 条、第 3 条、第 4 条、第 5 条、第 6 条	フランス（トーゴ出身）	違反（第 6 条）
61/2017	2017 年 2 月 10 日 2022 年 4 月 28 日	エクアドル	第 1 条(1), (2), (4), 第 2 条(1)(a), (2), 第 5 条(a), (d)(iv), 第 9 条(1)	エクアドル（先住民族）	違反（第 5 条(d)(iv)
59/2016	2016 年 3 月 14 日 2022 年 4 月 22 日	フィンランド	第 1 条、第 5 条(a), (c), (e)	フィンランド（先住民族）	違反（第 5 条(c)）

66/ 2018	2017 年 5 月 22 日 2022 年 8 月 30 日	フランス	第 2 条、第 3 条、第 4 条、第 5 条、第 6 条	フランス（マルティニーク生まれ）	違反（第 6 条）＊ 委員会の認定に反対する個別意見 1 件
62/ 2018	2017 年 9 月 26 日 2022 年 12 月 1 日	デンマーク	第 4 条(a), (c), 第 6 条	スウェーデン	違反（第 4 条(a), (第 6 条)）
63/ 2018	2016 年 10 月 26 日 2023 年 4 月 17 日	ノルウェー	第 2 条(1)（a), 第 5 条(a)、第 6 条	ノルウェー	違反はない

注記：筆者は 2018 年 1 月から 2022 年 1 月まで人種差別撤廃委員会の委員を務めたが、本稿は筆者の個人の見解である。

（南山大学・教授）

論　　説

訪問外国軍隊協定における施設・区域管理権の法的性質

根本　和幸

1. はじめに―問題の所在
2. 施設・区域の管理権の射程と接受国法令の尊重義務
(1) 施設及び区域（facilities and areas）の射程
　(a)「施設及び区域」の定義
　(b)「施設及び区域」の範囲
　(c)「施設及び区域」への法適用：属地的な法適用と派遣国の管理権
(2) 接受国法令尊重義務の実体的機能
(3) 接受国管理権と派遣国管理権との関係
　(a) 施設管理権
　(b) 派遣国軍隊の諸活動に関わる作業管理権
　(c) 事件事故管理権
3. おわりに
(1)「施設（facilities）」と「区域（areas）」の射程
(2) 管理権の行使主体：接受国が有する権利か？派遣国が有する権利か？
(3) 法令の「尊重」と「適用」の区別

1. はじめに―問題の所在

近年，日本を取り巻く安全保障環境の変化に伴い，日本は，米国との同盟関係に加えて，オーストラリアやイギリスとの間でも，互恵的な防衛協力を目的として自衛隊と各国軍隊が円滑に協力活動を実施するための協定を締結した(1)。こうした協定の締約国に属する部隊が相互に円滑に活動を行うた

めに部隊間の法的地位を規定する協定は，一般に「訪問軍隊地位協定（Visiting Forces Agreement, VFA）」と呼ばれ，両国の協力活動に際して他国軍部隊およびそれに属する構成員が一時的に訪問または滞在する場合等の手続や同部隊の地位等を規定するものである (2)。

他国軍隊が自国領域を訪問して滞在する場合には，国際法の観点からは，当該軍隊が領域を訪問する権利（*ius ad praesentiam*）を有するかどうかという問題と，領域内でどのような権利を享受し、どのような義務に服して権限を行使しうるのか（*ius in praesentia*）という問題が生じることになる (3)。これらの問題は当該派遣国と接受国とがどのような関係を維持しているかにかかってくる。例えば、両国が敵対関係にある場合には，国際法上の自衛権や国際連合の安全保障理事会（国連安保理）による決議に基づいて越境することになり，武力行使の開始の合法性を規律する国際法（*jus ad bellum*）によって決定される (4)。そして，戦闘が行われる場合には，さらに武力紛争法（*jus in bello*）が適用され，その範囲内で他国領域内の軍隊の法的地位が決定されることになる。他方で，両国が友好関係にある場合には，上記の一般国際法ではなく，一方当事国による招聘（invitation）や派遣国と接受国との合意およびそれに続く条約や協定により決定される。したがって，他国領域へ自国

---

(1)　日本とオーストラリアとの間では、2014 年 7 月から交渉を開始して、2022 年 1 月に「日本国の自衛隊とオーストラリア国防軍との間における相互のアクセス及び協力の円滑化に関する日本国とオーストラリアとの間の協定（日・豪部隊間協力円滑化協定）」が署名され、2023 年 8 月に発効した。日本とイギリスとの間では、2021 年 10 月から交渉を開始して、2023 年 1 月に「日本国の自衛隊とグレートブリテン及び北アイルランド連合王国の軍隊との間における相互のアクセス及び協力の円滑化に関する日本国とグレートブリテン及び北アイルランド連合王国との間の協定（日・英部隊間協力円滑化協定）」が署名され、同年 10 月に発効した。

(2)　Joop Voetelink, *Status of Forces: Criminal Jurisdiction over Military Personnel Abroad*（Asser Press, 2015）, p. 4.

(3)　Thomas Desch, “Military Forces Abroad”, Frauke Lachenmann and Rüdiger Wolfrum（ed.）*The Law of Armed Conflict and the Use of Force: The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Thematic Series Volume 2（Oxford University Press, 2017）, pp. 691–701, 692.

(4)　Sir Robert Jennings and Sir Arthur Watts（ed.）*Oppenheim’s International Law*, Ninth edition, Volume I（Longmann, 1999）, pp. 1154–1155.

軍隊を派遣し，または自国領域へ外国軍隊を接受する際には，当該国は特別の取極めを締結して，接受国領域における当該軍隊（訪問外国軍隊）の法的地位を定めることになる(5)。

その訪問の目的は，例えば単純な通過や二国間の友好関係の促進といった平和的目的，災害救助や捜索といった危機対処目的，さらには当該国家の国民を救助するための軍事的支援や軍事演習や駐留といった軍事的目的まで含まれ，多様である(6)。それゆえ，他国領域を訪問またはそこに滞在する外国軍隊の法的地位に関する慣習国際法は必ずしも確立しているとは言えないのが現状である(7)。むしろ，それらの多様な目的に沿った形で外国軍隊の訪問や滞在が想定されているからこそ，VFA や地位協定（SOFA）のような特別の合意の締結が不可欠となっている。

それに基づいて，訪問外国軍隊に対しては，属地主義により派遣先の接受国による施設及び区域において接受国の国内法令も適用される(8)。その一方で，訪問外国軍隊は，VFA の定めに従って，接受国において一定の施設および区域の使用と管理が許されることになる。

実際に、前述の日・英間、及び日・豪間の部隊間協力円滑化協定は、その第 4 条 2 項において、両締約国は自国の法令に従って協力し、必要な場合には適当な措置をとることを規定している。また、第 14 条では、訪問部隊が「武器、弾薬、爆発物及び危険物を輸送し、保管し、及び取り扱うことができ」（同条第 1 項）、それらの武器や弾薬等は、「派遣国の責任において訪問部隊が輸送し、保管し、及び取り扱う」ことになっている（同条第 2 項）。しかしながら、そのような武器，弾薬，爆発物及び危険物を保管する施設及び区域について，当該円滑化協定には明示されていない。

---

(5)　John Woodliffe, *The Peacetime Use of Foreign Military Installations under modern International Law*（Martinus Nijhoff Publishers, 1992）, p. 36; Colonel Richard J. Erickson, “Status of Forces Agreements: A Sharing of Sovereign Prerogative”, *Air Force Law Review*, Vol. 37（1994）, pp. 137–153, 137–138; Major Steven J. Lepper, “A Primer on Foreign Criminal Jurisdiction”, *Air Force Law Review*, Vol. 37（1994）, pp. 169–189, 183.

(6)　Jennings and Watts, *supra* note 4, pp. 1154–1155.

(7)　*Ibid.*, p. 1156.

(8)　Desch, *supra* note 3, p. 697.

このように，近時の部隊間協力円滑化協定を見る限りでは施設及び区域の範囲は規定されていない。派遣国が必要とする施設及び区域に関しては，ただ第 8 条 2 項において接受国が施設及び区域の「全般的な管理（orerall control）」について責任を負うことが明示されているだけで，その責任の前提条件は条文上明らかではない。伝統的に，訪問外国軍隊は接受国の管轄権に服さないという見解も示されてきたが，このようないわゆる治外法権（extra territoriality）は維持されていない。むしろ，接受国における施設及び区域の使用と管理を含む派遣国軍隊の活動の根拠と範囲は，受け入れる接受国の合意とそこでの当該軍隊の法的地位により決定される [(9)]。そして，訪問外国軍隊に関する協定が締結されてきているにも関わらず，現状においてはその法的地位に関する国家実行や法的確信が存在するとは言えず，「個別事例ごとに（case by case）」合意される必要があるとも指摘されている [(10)]。

日本はすでに米国との間で日米地位協定を締結し，それに基づいて米軍が日本領域に駐留しているため、同協定での管理権の解釈は参考となりうる。それにもかかわらず，接受国である日本における施設及び区域の使用や派遣国である米国の軍隊の活動の範囲との関連で，在日米軍基地内での環境汚染事故や米軍機の不時着炎上事故が発生し，その度に管理権や責任の所在が問題とされてきた [(11)]。これらの事例は，駐留・訪問軍隊が使用する施設および区域に対して，接受国や派遣国がいかなる管理権を有しているのかという問題が，二国間条約においても依然として解決されていないということを示している。

そこで本稿では，接受国および派遣国の双方が主張する訪問外国軍隊に対する管轄権を規律する機能を担う VFA あるいは SOFA を検討対象として，現状の国際法において，とりわけ相互の部隊が使用する施設や区域への管理権がどのように位置づけられ，そこで適用される法規の決定または配分基準の観点から、VFA における施設・区域管理権の法的性質を明らかにしてい

（9）　Jennings and Watts, *supra* note 4, p. 1157.

（10）　Desch, *supra* note 3, p. 697.

（11）　一例として，「炎上ヘリに放射性物質」日本経済新聞 2017 年 10 月 15 日（朝刊）31 面，「米基地の環境調査中止」東京新聞 2017 年 11 月 17 日（朝刊）1 面を参照のこと。

きたい。

2. 施設・区域への管理権

（1）施設及び区域（facilities and areas）の射程

本節では，他国軍隊が使用する施設及び区域の射程を明らかにする。

（a）「施設及び区域」の定義

施設・区域管理権の法的性質を考察するために、「日本国とアメリカ合衆国との間の相互協力及び安全保障条約第 6 条に基づく施設及び区域並びに日本国における合衆国軍隊の地位に関する協定」（以下、日米地位協定とする）の規定を参照しながら、VFA における「施設及び区域」はどのように定義されるのかを探ることとする。

訪問する外国軍隊は，現実的な問題として，接受国における協力活動の実施のために訪問するがゆえに，一般に，接受国は派遣国が必要とする土地及び施設を含む建造物を利用させ，外国軍隊は接受国により必要な支援を提供されることになっている(12)。例えば，日米地位協定第 2 条では，アメリカが「日本国内の施設及び区域の使用を許され」ているという一般規定が置かれ(13)，同第 25 条で、個別の施設及び区域については，日米の協議機関である合同委員会が「相互協力及び安全保障条約の目的の遂行に当たって使用するために必要とされる日本国内の施設及び区域を決定する」ことになっている(14)。また，第 2 条第 3 文には，この施設及び区域には「当該施設及び区域の運営に必要な現存の設備，備品及び定着物を含む」ことが規定されている。同様に，NATO 軍地位協定第 9 条（3）では，必要とする建造物と土地，並びにそれと関連する施設や役務を利用可能にする適切な取り決めを締結する唯一の責任（sole responsibility）を接受国が負うと規定されている(15)。

（12）　Desch, *supra* note 3, p. 699.
（13）　日米地位協定第 2 条第 1 項（a）。
（14）　日米地位協定第 25 条第 1 項。

しかし，実際には，外国軍隊の訪問目的とそれに基づく機能的な行動に干渉しない範囲において施設及び区域が規定されるため，VFA や SOFA ではその射程が明確に定義づけられていないのが現状である[16]。

なお，施設及び区域の返還に関しては，日米地位協定が，その第 4 条において，合衆国は当該施設及び区域が提供されたときの状態に回復し，またはその回復の代わりに日本国に補償する義務を負わない旨を規定している。同様に，日本は，米国が行った改良，またはそこに残される建物その他の工作物について合衆国にいかなる補償する義務も負わないとされている。

(b)「施設及び区域」の範囲

上記のように，施設及び区域の範囲が訪問軍隊の目的に応じて機能的に決定されることから、前提として接受国の領域主権が及ぶ範囲の施設又は区域であっても，機能的に訪問軍隊の使用対象となりうる。これは，たとえば「合衆国は、相互協力及び安全保障条約第六条の規定に基づき，日本国内の施設及び区域の使用を許される」という日米地位協定第 2 条 1 項の「日本国内の」という広範な文言からも明らかである。

したがって，「公海」部分の水域は，接受国が施設及び区域として派遣国に提供したものではないため，管理権は及ばない。なお，国連海洋法条約第 88 条によれば，公海は平和的目的のために利用されるものとされているが，一切の軍事利用を禁ずる非軍事的目的ではなく，侵略目的の利用を禁止する非侵略的目的と理解されるため，特別に条約による制限がないかぎりにおいて，軍事的活動も認められる。また、「領空」については，飛行訓練の関係で問題となる。日米地位協定においては，施設及び区域が「建物，工作物等の構築物及び土地，公有水面」とされるため，航空法の特例法[17]による航

---

(15)　Article IX (3), Agreement between the Parties to the North Atlantic Treaty regarding the Status of their Forces (19 June. 1951).

(16)　Jennings and Watts, *supra* note 4, p. 1158.

(17)　「日本国とアメリカ合衆国との間の相互協力及び安全保障条約第六条に基づく施設及び区域並びに日本国における合衆国軍隊の地位に関する協定及び日本国における国際連合の軍隊の地位に関する協定の実施に伴う航空法の特例に関する法律」（昭和 27 年法律第 232 号）

空法の適用除外を含め，空域の範囲が不明確である。空域に関する「施設及び区域」については，「米軍が本来施設・区域内で行うことが予想されている活動を施設・区域外で行うことは同協定の予想しないところである」(18)としたうえで，「飛行訓練のこのような性格を地位協定に照らして合理的に判断すれば，空対地射爆撃等を伴わない単なる飛行訓練は，本来施設・区域内に限定して行うことが予想されている活動ではなく，地位協定上，わが国領空においては施設・区域上空でしか行い得ない活動ではな」く，「米軍機は公海上空か施設・区域上空のみで飛行訓練を行わねばならないとの考え方は合理的ではない」とする(19)。こうして，施設及び区域「外」における活動も，米国の管理権の下で行われることとなる。その際に従うべき規制については，合同委員会で合意される（合同委員会方式）。

このように，管理権は，必ずしも施設及び区域内に「物理的に」限定して行使されるというものではなく，両国の合意に基づいて，施設及び区域の範囲が「機能的に」決定されることになる。日本政府も，「施設・区域外において認められるかどうかの点に関しては，ここの活動の目的，態様等の具体的な実態に即し，同協定に照らして合理的に判断されるべきことと考える」という立場を維持している(20)。

このような合同委員会方式は，日・英及び日・豪部隊間協力円滑化協定でも，第 26 条で採用されており，施設及び区域の管理権に関する接受国の同意や事前通告が協定上の義務となっているとしても、実質的な細則は合同委員会の決定に委ねられていることから、日米地位協定と同様の解釈や運用がなされる可能性がある。

かりに，施設及び区域の範囲が拡張するとしても，そこに適用される法規則がそこでの行動を規律することとなる。それでは，どのような法規則が適用されるのか，そして管理権の下でどのような措置を執ることが可能になっ

(18)　琉球新報社（編）『日米地協定の考え方［増補版］』（2004 年，高文研）22 頁。
(19)　同上，23 頁。
(20)　昭和 54 年 5 月 29 日提出質問第 33 号「沖縄県における米国軍隊の軍事演習に関する質問主意書（提出者玉城栄一）」に対する，大平正芳内閣総理大臣による答弁（昭和 54 年 6 月 12 日受領答弁第 33 号）5 頁。

ているのかを検討していくことが、実際の協定の運用における法的安定性に資すると考えられる。そこで、以下（c）では，合同委員会方式を採用する日米地位協定を素材として検討していくこととする。

（c）「施設及び区域」への法適用：属地的な法適用と派遣国の管理権

日米地位協定第 3 条第 1 文では，接受国の国内法令の属地的適用を前提としながらも，以下のような規定によって米国の管理権が認められている。

> 「合衆国は，施設及び区域内において，それらの設定，運営，警護及び管理のため必要なすべての措置を執ることができる。」(21)

したがって，日本法は，この米国の管理権を侵害しない範囲で適用される。そのため，この派遣国による管理権は，後述するように，「日本国内に米国の治外法権的な部分を創設しているようにも解されうる例外的に広範に付与された権限」であり，「排他的管理権」と解釈されることもある(22)。これに対して，「それは必ずしも両当事国の意図するところではな」く，「少なくとも一定程度，日本領域内の米国施設内においても日本法は適用される」と解する余地もある(23)。このように解釈が定まらない背景には，日米地位協定の条文中に，適用される国内法規が明示されているわけではないことや，日米どちらの法規が適用されるかに関しても米国の軍隊構成員か，民間人，日本国籍保持者かどうかに依拠するかどうかに関しても，どちらの当事国もこの点を明確にしようとしてこなかったことがある(24)。このような事情があるとはいえ，施設及び区域内における活動に関しては，日本法の属地的な法適用による警察権と，協定に従って米国が有する管理権との競合が生じることとなる(25)。

（21）　第 3 条第 1 項第 1 文の英語正文は，“the United States may take all the measures necessary for their establishment, operation, safeguarding and control”となっている。

（22）　琉球新報社（編）『前掲書』（注 18）51 頁。

（23）　Junya Kawai, Dale L. Sonnenberg, and Donald A. Timm, “The Japan Experience with Visiting Forces-An Evolving Perspective” in Dieter Fleck（ed.）, *The Handbook of the Law of Visiting Forces*（Second Edition）（Oxford University Press, 2018）, pp. 609–610.

（24）　*Ibid.*, p. 610.

以上の日米地位協定の例にもみられるように，派遣国が接受国内で行動する際に使用する施設及び区域における適用法規の問題は，必ずしも国際法上明確に解決されているわけではない。そこで，施設及び区域内での派遣国管理権と接受国法に基づく権限行使との関係が，国際法上，とりわけ VFA や SOFA においていかに規定され，どのような方法で適用法規の棲み分けがなされているのかを明確化する。その前提として，派遣国が有する管理権にはいくつかの機能的区分が考えられる。それに応じて接受国の権限行使の態様および範囲が決定されよう。

（2）接受国法令尊重義務の実体的機能

この点を検討するにあたり，接受国の法令を尊重するのか（respect），あるいは法令を遵守するのか（obey）という義務内容の相違が前提的に存在する[(26)]。接受国の施設及び区域への管理権については，一般的に接受国の法令尊重義務が規定されることが多いと言えよう。

たとえば，日米地位協定第 16 条にしたがって，米軍およびその活動は日本領域内において法令尊重義務（the duty…to respect the law of Japan）に服することとなる[(27)]。この法令尊重義務の下で，米国は施設及び区域に管理権を行使し，第 3 条第 1 項では，日本国政府も「合衆国軍隊の施設及び区域への出入の便を図るため，合衆国軍隊の要請があつたときは，合同委員会を通ず

---

(25)　かりに，当該施設及び区域について「米側がその意思に反して行われる米側以外の者の施設・区域への立入り及びその使用を禁止し得る権能並びに施設・区域の使用に必要なすべての措置をとり得る権能」である「排他的使用権」を有しているとしても，このような競合が生じることは言うまでもない（琉球新報社（編）『前掲書』（注 18）51 頁）。外国軍隊が他国領域に存在する場合，派遣国と接受国の双方の管轄権行使は競合するものであるから，その不明確性を回避する実務的な理由は強く，国家は条約による特別の規定を設けるのであるが（Jennings and Watts, *supra* note 4, p. 1160），条約規定の文言が曖昧となる場合には，条約の特別規定によっても競合の問題は残ることになる。

(26)　Andre Munoz-Mosquera, “Respect for the Law of the Receiving States” in Dieter Fleck（ed.）, *supra* note 23, pp. 94-105, 95-96.

(27)　日米地位協定第 16 条は以下のように規定される。「日本国において，日本国の法令を尊重し，及びこの協定の精神に反する活動，特に政治的活動を慎むことは，合衆国軍隊の構成員及び軍属並びにそれらの家族の義務である。」

る両政府間の協議のうえで，それらの施設及び区域に隣接し又はそれらの近傍の土地，領水及び空間において，関係法令の範囲内で必要な措置を執るものと」されている。同条第 3 項は，「合衆国軍隊が使用している施設及び区域における作業は，公共の安全に妥当な考慮を払って行わなければならない」と規定する。ここでの「作業（operations）」とは，「広く米軍の行動すべてを含むもの」との解釈が確認されてきている[(28)]。

すなわち，施設及び区域内では，接受国である日本の国内法は派遣国により「尊重」され，「公共の安全に妥当な考慮」が払われることになっているが，その区域内において日本法が適用される可能性を読み取ることはできない。少なくとも，当該施設及び区域の隣接地及び近傍に対して日本法が適用されるに留まっている。

同様の法令尊重義務規定は，NATO 軍地位協定第 2 条にも見出すことができる。そこでは，「接受国の法令を尊重する義務と，当該協定の精神（spirit）と両立しないあらゆる活動，とくに接受国内における政治的活動を慎む義務」が規定されるとともに，「その目的のために必要な措置を執ることもまた派遣国の義務である」ことが明示されている[(29)]。前述の日米地位協定と比較した場合，NATO 軍地位協定が法令尊重義務のために派遣国側の措置をも義務付けている点において，派遣国による法令尊重のための必要な措置を執る義務が明示されていない日米地位協定とは異なっている。Lazareff によれば，「この条項の主たる関心は派遣国軍隊の構成員及び軍属並びにそれらの家族を接受国法に服させることによって，明確に，かつ一般的に，領域主権の原則を確認することにある」という[(30)]。

ここまで，日米地位協定と NATO 軍地位協定を取り上げたが，それら以外にも，「オーストラリア・フィリピン訪問軍隊の地位に関する合意」の第

（28）　丸山佶調達庁長官答弁（第 38 回国会『衆議院内閣委員会議録』第 29 号 3 頁）。

（29）　Article II, Agreement between the Parties to the North Atlantic Treaty regarding the Status of their Forces（19 June. 1951），[hereafter, “NATO-SOFA”]; Serge Lazareff, *Status of Military Forces under Current International Law*（A.W.Sijthoff/ Leyden, 1971）, pp. 100−105. NATO 軍地位協定第 2 条では「義務」という文言が用いられているにもかかわらず，Lazareff はこの規定を精神的な意味で重要であると評価する。

（30）　Lazareff, *supra* note 28, p. 101.

2条[31]や「オーストラリア・フランス間の軍隊の地位に関する付属書」第1条,「日本・タイ間のコブラ・ゴールドMOI」付属書F（タイ国内法の尊重規定），英国国防省ハンドブック第1章1.3，そして，1993年改正のドイツに駐留する外国軍隊に関して，北大西洋条約当事国間の軍隊の地位に関する協定を補足する協定（ボン補足協定）第53A条1項（施設区域の使用に関するドイツ法令の適用）やドイツ訪問軍隊法の第1条（一般規定）においても，派遣国である訪問軍隊の権利義務は接受国の法令規則に従って決定されることが規定されている。さらに，2003年の米国をはじめとした有志連合国による，いわゆるイラク戦争の後に，イラクに駐留する米国は2008年にイラクとの間で安全保障協定を締結し，その第3条1項においても，接受国法令であるイラク法の尊重が同協定に規定されている[32]。

これらのことは日・豪、及び日・英部隊間協力円滑化協定にも当てはまり、その第3条で接受国の法令尊重義務が規定されている。

このように，各国地位協定やVFAにおいては一般的に法令尊重義務の規定のみが設けられていることから[33]，この法令尊重義務は「一般的な国際慣習法として確立されている」と言われている[34]。しかしながら，注意しなければならないのは，前述のボン補足協定第53条では「当該施設区域の使用との関連ではドイツの法令が適用される」という文言が採用されている点である[35]。したがって，接受国の法令の「尊重」にとどまらず，その「適用・遵守」にまで義務内容が及ぶ規定も存在している。そのため,「尊

（31）　等雄一郎「豪比相互訪問軍隊地位協定―冷戦後の二国間防衛協力の実務協定モデル―」『外国の立法』No. 256（2013年）91-120，97頁。なお，フィリピンには，外国軍隊の法的地位に係る国内法として,「訪問軍基地協定実施規則（Omnibus Implementing Rules and Regulations for Visiting Forces: Omnibus IRRs）」を2015年に制定している。この規則は，あらゆる地位協定の下で行われるすべての承認された活動に適用される（第4条1項）。

（32）　Commander Trecor A. Rush, “Don’t Call It a SOFA! An Overview of the U. S. -Iraq Security Agreement”, *The Army Lawyer,* Issue 5（May 2009）, pp. 34-60, 51-52.

（33）　Desch, *supra* note 3, p. 698.

（34）　本間浩『在日米軍地位協定』（日本評論社，1996年）79頁。高橋通敏外務省条約局長答弁（第34回国会『参議院日米安全保障条約等特別委員会議録』第7号18頁）。

（35）　“German law shall apply to the use of such accommodation…”, Para. 1, Article 53 of NATO SOFA Supplementary Agreement.

重」と「適用」とは概念的に区別されなければならない。

「尊重」という文言が用いられている場合には，実際に接受国の法令が適用されるか否かが問題となる。すなわち，法令尊重義務規定のみが外国軍隊を接受国法令に服させることにはならず，その規定は少なくとも派遣国軍隊が合意で付与された地位と両立しない行動を差し控えるという接受国の「期待」を示すものに過ぎないと解することもできるためである(36)。しかし，接受国が合意によって他国軍隊を自国領域への進入および展開を許容している以上，合意された派遣国の任務遂行が妨げられない限りにおいて，訪問軍隊に対しても接受国法が適用されると解することは可能であろう(37)。

いうまでもなく，その場合においてもなお，個別の VFA や SOFA 中に，派遣国および派遣国軍隊は接受国法令を尊重する義務を負うという規定が設定されていることの意義は大きい。なぜならば，派遣国軍隊の任務や機能を理由として接受国が相対的に国内法を適用しえない場合においても，その訪問軍隊による違反は，同時に，VFA が接受国法令尊重義務規定を通して，条約上の義務違反を構成しうるためである。この意味において，VFA 上に接受国法令尊重義務を定めておくことは，法適用関係が任務や機能に応じて相対的に決定される適用関係を決定する際にも有効である。

以上の法令尊重義務を踏まえて，派遣国の施設及び区域における軍隊の活動に対して，接受国がどの程度まで国内法を適用する権限（ここでは，「接受国管理権」と呼ぶ）を有しているのかを明らかにする必要がある。

---

(36)　Desch, *supra* note 3, p. 698.

(37)　Munoz-Mosquera, “Respect for the Law of the Receiving States” in Dieter Fleck（ed. ）, *supra* note 23, p. 99. この論文が所収されている Hand book の旧版においても，「接受国法が訪問軍隊に適用されないという一般的規則は，それが慣習国際法であれ，国際私法の規則であれ，認められない」と論じられている（Rodney Batstone, “Respect for the Law of the Receiving State” in Dieter Fleck（ed.）, *The Handbook of the Law of Visiting Forces*（Oxford University Press, 2001）, pp. 61–69, 62–63）。しかしながら，ここでは，第三者が訪問軍隊にして損害を加えた場合に，接受国法上，法的賠償責任がないとしたら，望ましくない帰結が生じるとの指摘に止まっており，ここでは私法上の損害賠償責任に関して，接受国法の適用が想定されている。

（3）接受国管理権と派遣国管理権との関係

上記の法令尊重義務に基づいて，派遣国が接受国においてどのような管理権を行使する可能性があるのか。前節で検討したように，派遣国と接受国との間での合意に基づく訪問軍隊の任務遂行やその必要性の範囲において，相対的に接受国法の適用が除外されるという，いわば「機能的必要性」という概念が，接受国法と派遣国法との適用関係を決定づける要因であるといえる。

ここでは，一連の VFA や SOFA 上の管理権を類型化したうえで，とくに施設管理権，作業管理権そして事件事故管理権について詳述する。その際に，各国 VFA や SOFA において個別に規定される派遣国軍隊の任務内容や機能といった実体的事項だけではなく，本稿では接受国管理権と派遣国管理権とを規律する手続的事項にも注目しておきたい。

（a）施設管理権

派遣国が活動を行う施設および区域について，派遣国によるあたかも「治外法権」的な排他的使用権が認められると理解されることがある。例えば，日米地位協定（協定第 3 条合意議事録における「合衆国が執ることのできる措置」）[38]では，米国が「施設及び区域を構築し，運営し，維持し，利用し，占有し，警備し，及び管理」（第 1 項）し，建物又はその他の工作物を移動し，それらに対し変更を加え，定着物を附加し，又は附加物を建てること及び補助施設とともに附加的な建物又はその他の工作物を構築することが規定されていることをうけて，それを「排他的使用権」であると解することもある[39]。

---

(38)「日本国とアメリカ合衆国との間の相互協力及び安全保障条約第 6 条に基づく施設及び区域並びに日本国における合衆国軍隊の地位に関する協定についての合意された議事録」1 頁。

(39)　このような管理権は，「排他的管理権」として理解され，「地位協定上の施設・区域の本質的な要素であると考えられている」（琉球新報社（編）『前掲書』（注 18）51 頁）。この点に関して，日米地位協定第 3 条第 1 項の派遣国管理権を，第 3 条第 2 項，すなわち「日本国の領域への，領域からの又は領域内の航海，航空，通信又は陸上交通を不必要に

しかしながら，他国の VFA や SOFA を参照するかぎり，このような施設管理権の理解は必ずしも採用されていない。例えば，「五か国防衛取極に基づくマレーシア・豪州外的防衛支援協定」では，その第 12 条 1 項で，オーストラリア政府は，以後，マレーシア政府の合意を伴って，この覚書の目的に必要な施設を建設し，開発し，維持し，別の合意をする場合を除いて，それらの施設がもはやオーストラリア政府により必要とされないときには，オーストラリアが除去の責任を負うと規定されている（下線筆者）。また，これらの施設が両国政府の必要に資する場合，その費用は両国が合意する割合で両国政府により負担される（同条第 2 項）(40)。

さらに，イタリア・米国間の「施設および（または）基地使用の実施手続に関するイタリア国防省と米国国防総省間のモデル実務取極」の第 6 条に至っては，「施設（installation）はイタリアの指揮権下に置かれる」と規定する（同条 1 項）(41)。そして，イタリア軍司令官は，「いかなる制約も伴わずに（with no restrictions），施設の全区域（all areas of the installation）への自由なアクセス」を有しており，生命や公衆衛生を明らかに危険に晒す米国の活動を米軍司令官に直ちに中断させるために介入する規定も明文化されている（同条 5 項）(42)。

このように，派遣国が使用する施設及び区域においても，派遣国の管理権行使には接受国の同意を合わせて必要とする旨の規定が設けられている点に

妨げるような方法によっては執らないこと」に合衆国が同意している規定を併せて読み込んで，絶対的で無制約なものではないという解釈も可能である（Kawai, Sonnenberg, and Timm, *supra* note 23, p. 610）。

(40)　Five Power Defence Arrangements: Exchange of Notes constituting an Agreement between the Government of Australia and the Government of Malaysia regarding External Defence（Kuala Lumpur, 1 December 1971）, Australia Treaty Series 1971, No.21, Department of Foreign Affairs, at austlii.au/au/other/dfat/treaties/1971/21.html（as of 15 December 2023）.

(41)　“Model Technical Arrangement on Implementing Procedures between the United States Department of Defense and the Italian Ministry of Defense concerning Use of Installations and/ or Infrastructure”（Annex ”A”）in Memorandum of Understanding between the Ministry of Defense of the Republic Italy and the Department of Defense of the United States of America concerning Use of Installations/ Infrastructure by U. S. Forces in Italy, at https:// / it. usembassy. gov/ wp-content/ uploads/ sites/ 67/ 2016/ 04/ USSSO-shell. pdf（as of 12 Dec, 2017）.

(42)　*Ibid.*

注意が必要である。これまで，「一般国際法上，駐留を認められた外国軍隊には特別の取決めがない限り接受国の法令は適用され」ていないと理解されてきた[43]。しかしながら，前述の国家実践を踏まえると，このような政府の一般国際法の解釈が地位協定のような国際合意の実行と整合的かどうかという点も再考しなければならない。

（b）派遣国軍隊の諸活動に関わる作業管理権

それでは，施設管理権を基礎として，接受国領域内での派遣国軍隊の諸活動を伴う作業管理権はどのような法的性質を有するのか[44]。日米地位協定は第 16 条で，米軍に法令尊重義務が課されるものの，他の条約や覚書を参照するかぎりにおいて，このような全般的な活動について管理権を派遣国に付与している協定は，現状において見当たらない。

例えば，「マレーシア・豪州外的防衛支援協定」では，施設内の航空機，軍艦，車両の管理について，派遣国のオーストラリア政府が両国政府の合意により，施設に出入域し，施設内にある航空機，軍艦，車両に対して，十分な活動とそれらの施設の安全と保障のために求められる管理を行使することができるとする（第 5 条 1 項）。それに加えて，接受国のマレーシア政府も，十分な活動とそれらの施設の安全と保障を確保するために，施設付近の区域内（within areas near the installations）に出入域し，区域内にある航空機，軍艦，車両に対して，両国が合意した管理の取決めを行う（arrange）ことが規定され（同条 2 項），接受国管理権を行使し得ることが明文で規定されている[45]。

かりに，この「作業」に「訓練」や「演習」も含まれると解する場合，

（43）　小野寺五典防衛大臣答弁（第 185 回国会『参議院外交防衛委員会会議録』第 7 号（平成 25 年 11 月 21 日）14 頁）。ここに示される一般国際法を根拠とする理解は，日本政府の一貫した立場である（大河原良雄外務省アメリカ局長答弁（第 71 回国会『衆議院内閣委員会議録』第 40 号（1972 年 7 月 11 日）7 頁）。

（44）　前述のように，ここでの「作業（operations）」という文言は，日米地位協定上，「広く米軍の活動すべてを含むもの」と解されているため，作業管理権という語を用いることとする。

（45）　“Five Power Arrangements”, *supra* note 40.

「マレーシア・豪州外的防衛支援協定」では，オーストラリア軍は，両国が合意した区域または空域，または関連するあらゆる施設を使用する意図を事前にマレーシア政府に通告したうえで（第 2 条 2 項），合意された訓練または演習の目的のために，マレーシアの許可手続き（Malaysian clearance procedures）に従って，両国が合意した明確な陸地，海域空域そして施設を使用することができる（第 2 条 1 項）としている（下線筆者）。これに対して，マレーシア政府もオーストラリア軍が使用する間，その当該区域又は空域における民間人の移動や活動を制限し，そして，一般に訓練や演習の遂行を容易にする，両国政府が認める措置を講じると規定される。同じく「オーストラリア・フィリピン訪問軍隊の地位に関する合意」では、「共同訓練，演習その他の活動」に関して，「両当事国が相互に決定した接受国の陸地，海域，空域または施設（land and sea areas, air space or facilities of the Receiving State）はいかなるときも接受国の管理下にある（shall at all times remain under the control of the Receiving State）」として，接受国管理権が明示されている（下線筆者）[46]。

また，イタリア・米国間の「施設および（または）基地使用の実施手続に関するイタリア国防省と米国国防総省間のモデル実務取極」では，手続的に接受国に対する事前通告を要求する規定が設けられている。すなわち，米国要員，装備そして活動（operations）について，全面的な軍事的指揮権を有するが（第 5 条 3 項），派遣国である米国の活動（とくに演習および訓練活動，物資，武器，軍民要員の移動，そして起こりうるすべての事態）について事前にイタリア軍司令官に通告することとなっている（第 6 条 3 項）（下線筆者）。この実務取極の「訓練／作戦行動」に関する第 17 条は，第 1 項ですべての軍事訓練と作戦行動の計画とその遂行は，接受国の民事上および軍事上の規則に敬意を払うことが規定されている。施設で活動する部隊の軍事訓練および作戦行動は，イタリア軍司令官もしくは権限を有する者の代理を通して，イタリアの適切な当局に事前に通告され，既存の手続きにしたがって必要な

（46） Agreement between the Government of Australia and the Government of the Republic of the Philippines concerning the Status of Visiting Forces of Each State in the Territory of the Other States（Canberra, 31 May 2017）, Australia Treaties Series［2012］ATS 31.

協力と承認を得ることになっている（同条第2項）。

次に，ドイツに駐留するNATO諸国軍に関するSOFAであるボン補足協定第45条は，1993年の改正により，「軍隊は，その排他的使用に供される施設区域内において訓練の目的を損なうことなく訓練計画を実施することができない場合には，本条に基づき，かつ連邦国防大臣の同意に従うことを条件として，その防衛任務の遂行上で必要とされる範囲内で施設区域外での機動演習その他の訓練を行う権利を有する」と規定されることとなった（下線筆者）[47]。こうして，駐留するNATO諸国軍は，基地内に限られず，基地の外においても原則として接受国法であるドイツ法が適用される。

最後に，日米地位協定第3条第3項では，「合衆国軍隊が使用している施設及び区域における作業は，公共の安全に妥当な考慮を払って行われなければならない」と規定し，派遣国軍隊の行動が，それによって生じる損害を許す程度に重要な場合には公共の安全を毀損する行動もとることができることになっている。この具体例として，派遣国軍隊による空域飛行や焼却炉の使用といった活動が公共の安全を害する活動であると考えられている[48]。この規定は，接受国の公共の安全への妥当な考慮を払うことを派遣国に義務付けることで派遣国管理権に制限を課す条項であるが，その方法に関する考慮のみを規定するものであり，結果の義務までを含むものではない点にも注意しなければならない。

以上，考察してきたように，派遣国軍隊の活動（作業管理権）において，それが施設及び区域内で行われる場合も，施設及び区域外で行われる場合にも，①接受国との合意に基づく措置とすることを定めたり，②接受国への手続的事前通告を求めたりするなど，「手続的義務」を規定することによって，接受国管理権の行使の余地をも認めるVFAやSOFAが，国家実践として確立されつつある点を強調しておかなければならない。

（47）　本間浩「ドイツ駐留NATO軍地位補足協定に関する若干の考察―在日米軍地位協定をめぐる諸問題を考えるための手がかりとして―」『外国の立法』No. 221（2004年）1-86頁の巻末の1993年改正ボン補足協定訳を参照（41頁）。

（48）　Kawai, Sonnenberg, and Timm, *supra* note 23, pp. 610-611.

（c）事件事故管理権

次に，事件事故管理権には，①情報提供・通報手続の管理，②事件・事故時の立入（管理）権，③捜査権が含まれうる。いずれの場合にも，派遣国軍隊の活動の結果，接受国内において事件事故が生じた場合には，上記の管理を行う必要が生じ，接受国管理権と派遣国に認められた管理権の競合が起こる。そこで，ここでは本稿の主題に則して特に国内法上の警察権に基づく立入権に限定して，事件事故管理権を検討していく。

派遣国軍の施設及び区域内における安全と秩序を維持するために，その施設及び区域内においては，派遣国による警察権限の行使が認められることはいうまでもない。とはいえ，領域主権の存在がゆえに，この権限行使には接受国の同意が必要であるとともに，実際の現場で実効的に警察権限を行使する場合には，接受国当局との積極的な協力が必要となる[(49)]。そして，かり施設及び区域外にまで，事件事故の帰結や影響が及ぶ場合の警察権の行使権限がどのように配分されるかが問題となる。

まず，施設及び区域内における安全の維持に関する具体的な地位協定の規定を確認したい。例えば，日米地位協定第 17 条第 10 項には，「合衆国軍隊の正規に編成された部隊または編成隊は，第 2 条の規定に基づき使用する施設及び区域において警察権を行う権利を有する。合衆国軍隊の軍事警察は，それらの施設及び区域において，秩序及び安全の維持を確保するためすべての適当な措置を執ることができる」として，米国による警察権行使が明示されている[(50)]。また，同様の規定は，NATO 軍地位協定第 7 条第 10 項（a）においても確認することができる。すなわちそこでは，「接受国内で合意の帰結として占有しているあらゆる駐留地，住居またはその他の建物を警備する権利（the right to police）を有する」とともに，「当該軍警察は，それらの建物内における秩序と安全の維持を確保するためのすべての適切な措置を執ることができる」と規定されている[(51)]。

（49）　Woodliffe, *supra* note 5, pp. 197–205, 197.

（50）　軍隊構成員等の犯罪とそれに対する刑事裁判権については，本稿の射程外とする。

（51）　Article 7, paragraph 10（a）of “NATO-SOFA”.

したがって，これらの規定から，施設及び区域内においては派遣国軍警察が警察権を行使することはいうまでもない。しかし，それにもかかわらず，接受国の警察が施設及び区域に立ち入る権限が排除されているわけではない(52)。Woodliffe は，これを，国際法上，領域内に所在する外国軍隊にすでに治外法権が認められていないことから生ずる帰結であるとして説明している。よって，実際的観点から，事前の協定または特別の合意によって取り決められてきていることから，施設及び区域内への接受国警察の立入権に関しては，VFA での事前の取り決めが必要となる。

次に，施設及び区域外における警察権の行使については，それぞれの SOFA や VFA によって権限行使の射程が異なっているのが現状である。例えば，NATO 軍地位協定第 7 条第 11 項（b）のように，施設及び区域外において，派遣国軍の警察権は接受国当局との取極めに従ってのみ行使され，それは，接受国当局と連携し，かつ，その権限行使が軍隊構成員間の規律と秩序の維持に必要である場合に限られている(53)。このような規定は，一般に，国際法上の領域主権から導くことができるため，諸国間の地位協定における一般的な構図となっている。むしろ，米国・フィリピン間や米国・ギリシャ間の協定のように，明示的に派遣国軍隊の施設及び区域の周辺部の安全と秩序維持の責任を接受国側に課す二国間地位協定もある。

これに対して，英国・キプロス間協定のように，駐留施設を越えて英国軍が占有している区域（Sites）に対する完全な管理権の行使権限が英国に付与されている例もある(54)。こうして，接受国の領域主権が及ぶ施設及び区域

（52）　Woodliffe, *supra* note 5, p. 197.

（53）　Article 7, paragraph 10（b）of “NATO-SOFA”.

（54）　協定付属書 B 第 2 編第 1 条第 1 項（Annex B, Part II, Section 1, para. 1）, *United Nations Treaty Series*（1960）, No. 5476, Treaty concerning the Establishment of the Republic of Cyprus（16 Aug. 1960）, at https://peacemaker.un.org/cyprus-nicosia-treaty60（as of 25 Feb. 2018）. ここでの「区域（Sites）」は，付属書 B の別表 A（Schedule A）において，以下のように規定されている。

“1. The Sites to which paragraph 1 of Section 1 of this Part of this Annex applies are located as follows :

A. 1 At the port of Limassol.

A. 2 At Troodos.

外においても，SOFA や VFA のような特別の合意によって派遣国の警察権行使が可能な領域を設定する実行も存在している。

以上の事件事故管理権に関する接受国と派遣国との権限行使の概説を踏まえ，この事件事故管理権としての警察権行使が問題となる場合として，①施設及び区域内から外部への環境汚染が発生した場合や，②施設及び区域外の地域において派遣国軍用機が墜落または不時着した場合が想定されよう。

①施設及び区域内から外部への環境汚染（環境管理権）

事件事故管理権においては，前述の施設管理権や作業管理権との関連で，施設及び区域内における環境保全については，環境保全条項を規定する流れに注目する必要がある。実際に，2015 年，日米間においても日米地位協定を補足する形での環境補足協定に署名され，発効したことからも，VFA や SOFA における管理権を環境保護との関係で分析する意義は大きい (55)。

この環境補足協定では，第 4 条において，環境に影響を及ぼす事故が発生した場合と施設及び区域の返還に関連する現地調査を行う場合の接受国である日本の立入権について，日米合同委員会がその手続を作成し維持することが規定されている。たしかに接受国当局，つまり同協定では日本の立入りは，1996 年合意においては申請した立入り日の遅くとも 14 日前に合同委員会事務局や在日合衆国軍隊司令部等に対して書面で行うことが規定されてい

A. 3 At Mount Olympus.
A. 4 To the north and west of Zyyi.
A. 5 At Cape Kiti.
A. 6/ 1 At Cape Greco.
A. 6/ 2 Water supply for Schedule A. 6/ 1.
A. 7 At Mount Yaila.
A. 8 At Heraklis.
A. 9 At the port of Famagusta.
A. 10/ 1 At Nicosia Airfield.
A. 10/ 2 Water supply for Schedule A. 10/ 1.

（55）　その合意に至るまでの経緯と環境補足協定の概要については，横山絢子「日米地位協定の環境補足協定―在日米軍に関連する環境管理のための取組―」参議院事務局企画調整室（編）『立法と調査』No. 376 （2016 年）77-83 頁を参照。

た[56]。しかし，この環境補足協定においては，環境に影響を及ぼす事故（すなわち漏出）が発生し米軍から通報を受けた場合の立入りについては，申請期間の制限が外されるとともに，施設及び区域の返還に関連する現地調査のための立入りに関しては，返還日の 150 労働日前を超えない範囲で環境および文化財調査を実施することが可能になった[57]。

具体的には，米国側から環境事故の発生が通報された場合，日本国政府，都道府県または市町村の関係当局が米国に対して，合衆国軍隊の措置について現地視察を申請することができ，米国はその申請に対して全ての妥当な考慮を払うこととされた[58]。そして申請が認めることが軍の運用を妨げるか，部隊防護を危うくするか，または施設及び区域の運営を妨げるか否かについて考慮し，実行可能な限り速やかに回答することが規定されている。なお，申請が認められる場合にも，合衆国軍隊の措置またはその他の運用を妨げない方法によってのみ行うことができるとされている。

また，これに先立つ 2001 年には，米国と韓国は，韓米地位協定（Agreement under Article 4 of the Mutual Defence Treaty between the Republic of Korea and the United States of America, Regarding Facilities and Areas and the Status of United States Armed Forces in the Republic of Korea）の改定において，「在韓米軍地位協定合意議事録」と「環境に関する特別了解覚書（Memorandum of Special Understandings on Environmental Protection）」に合意した[59]。ここでは，健康及び環境に影響を及ぼし得る問題に関して適切な情報を交換するために米国お

（56）「合衆国の施設及び区域への立入許可手続」1996（平成 8）年 12 月日米合同委員会合意（www.mofa.go.jp/mofaj/area/usa/sfa/kyoutei/pdfs/03_11.pdf）

（57）日米合同委員会「環境に関する協力について」（2015 年 9 月 28 日）「5. 施設及び区域の日本国への変換に関連する現地調査のための立入手続」（http://www.mofa.go.jp/mofaj/files/000117341.pdf）。

（58）同上。「3. 環境に影響を及ぼす事故（すなわち，漏出）が現に発生した場合における立入手続」。なお，米国側から通報がない場合であっても，日本が環境汚染を疑う場合には，1973 年の「環境に関する協力について」という合意に基づいて米国側に立ち入り許可申請等を行うことができる（第 190 回国会『参議院外交防衛委員会会議録』第 4 号（平成 28 年 3 月 10 日）10 頁）。

（59）清水隆雄「在韓米軍地位協定等について」『外国の立法』No. 222（2004 年）184-232 頁。

よび韓国の「合同委員会の枠組み」を通じて共同で作業することが規定されるとともに，施設及び区域への立入りについても規定され，合同委員会が定める手続きに従って，接受国の施設及び区域への立入り権にも合意されている[(60)]。

ボン補足協定では，第 54 条に環境保護規定が存在するが，そこでの接受国の立入り権に関しては，「ボン補足協定の署名議定書（Protocol of Signature to the Supplementary Agreement）」において細則が規定されている。それによれば，施設区域の使用に関するボン補足協定第 53 条に関する合意として，「施設区域となっている不動産を所轄するドイツ連邦の当局は，要請に応じて軍隊の当局を援助する。緊急の場合及び危険が差し迫っている場合には，軍隊の当局は，ドイツの当局が事前通告なしに直ちに立ち入ることができるようにする。軍隊の当局は，ドイツの当局に同行するかどうかをその都度決定する」と規定されている[(61)]。

以上のように，環境保全に伴う立入り権を規定する VFA がある一方で，オーストラリア・フィリピン訪問軍隊の地位に関する合意のように，環境保護規定は有するが，明示の立入り権までは規定していない VFA も存在することから，環境保護のための立入りを伴う管理権が確立しているとは言い難い[(62)]。

---

(60)　同上，231 頁。

(61)　本間「前掲論文」（注 47）76 頁。その場合の立入りは，「いかなる場合にも」「軍事上の安全に必要とされる諸要請，特に秘密保持の下におかれた区域，装備及び文書の不可侵性を考慮して行う」ことも定められ，「ドイツの利益の保護と進行中の，又は開始されようとする軍事演習のいずれをも不当に妨げない方法で立入りの手はずを整える」として，軍事的配慮もなされている。

(62)　なお，この協定では，共同訓練や演習その他の活動に際して，接受国の国内環境法および接受国が署名国となる国際条約の遵守を派遣国に求めるとともに，接受国は，環境に関するすべての関係法令，規則，政策並びに国際条約及び協定を書面により派遣国当局に情報提供することとなっている。それに従って，その接受国による法令情報の提供が十分でなかったことに起因するいかなる環境被害に対しても，派遣国が責任を有しないことも規定された（第 12 条（2）：下線筆者）。もう一つの特徴は，共同の訓練や演習その他の両国が相互に承認した活動は，接受国の環境関連法令，規則及び政策の定めるところに従って，生物多様性及び持続可能な発展を促し並びに破壊的な人間活動から保護するための諸政策と一貫性のある利用を行うための保護区域，先祖伝来区域，最重要

②施設及び区域外の地域における派遣国軍用機事故（事故管理権）

事件事故管理権に関して，英国国防省のハンドブックには，事件事故調査は接受国の責任とし，派遣国は調査に同席するオブザーバーの資格を有するとの記述がある。軍用航空機やミサイルを含む事故を例外として，訪問軍隊に係る事故の調査は，事故が生じた領域の派遣国当局の責任である。訪問し参加する軍は MOU の精神に従い，情報や証拠に関する要請に協力することが規定されている。

これに対して，「日本国内における合衆国軍隊の使用する施設・区域外での合衆国軍用航空機事故に関するガイドライン」では，事故現場の管理と立入規制について，事故現場至近周辺の「内周規制線」とその外側で見物人の安全確保と円滑な交通を促進するための「外周規制線」という二つの規制線を設けている[(63)]。後者の「外周規制線」は日本の法執行当局が設定し立入規制の責任を負う。内周規制線には「日米共同で人員が配置される」。その内側の規制区域への立入りは，「合衆国及び日本国の責任を有する職員の相互の同意に基づき」行われる。事故に関する「すべての残骸，部分品，部品及び残渣物に対して管理を保持する」ことが規定されている。

このように，事故管理権に伴う立入りについては，協定や合意での明文規定は，現状において確認できないものの，ガイドライン等によりゾーンごとに管理権の権限を配分する例がみられるにとどまっており、個別の管理権の内容ごとに合同委員会の決定やガイドラインにより処理されているというのが現状である。こうした合同委員会方式による複層的な規範設定がもたらす柔軟な機能性が重視される一方で、そのような実行から一般化しうる国際法を抽出することが今後の VFA 研究においては不可欠である。

流域及び森林保護区域においては行わないことが規定されている（第 12 条（4））。このように，派遣国の立入りを規制している。

(63)「日本国内における合衆国軍隊の使用する施設・区域外での合衆国軍用航空機事故に関するガイドライン」

3. おわりに

（1）「施設（facilities）」と「区域（areas）」の射程

ここまで検討したように、いわゆる「管理権」という文言は，日米地位協定が論じられる際に用いられる用語であり，必ずしも国際法上の専門用語として確立しているわけではない。しかし，近年の部隊間協力円滑化協定の締結を踏まえるとき、派遣国が使用しうる施設及び区域に対する相互のコントロールがどの程度まで及ぶのかを明確にしておくことは、法的にも実務的にも有益であるように思われる。上記のように，管理権規定を根拠として，手続的に合同委員会での協議や決定に従って施設及び区域外においてもこの管理権が「機能的に」行使される場合が想定されている以上，VFA 上で，その施設及び区域の射程が明示的に規定される必要がある (64)。

（2）管理権の行使主体：接受国が有する権利か？派遣国が有する権利か？

次に，管理権の行使主体についても，これまでの解釈は再検討されなければならない。すなわち，日米関係においては，地位協定第 3 条第 1 項第 1 文のように，「合衆国は，施設及び区域内において，それらの設定，運営，警護及び管理のため必要なすべての措置を執ることができる」という点で，「管理権」は，派遣国である米国の権利と解される。これに対して，作業管理権は，「片務的」とされるマレーシア・豪州外的防衛支援協定においてもなお，事前通告と区域に関して明文で規定を置き，派遣国および接受国の双方の合意により行使されている。そして，管理権が派遣国ではなく接受国の下に置かれている協定も存在することが明らかになった。

すなわち，管理権は必ずしも派遣国のみが絶対的に有する権利ではなく，

(64)　この点に関しては，本稿では参照しきれなかった VFA や SOFA を比較検討する必要があり、今後の課題とする。

接受国も一定の管理権を行使しうるというのが，第二次世界大戦後の一連の国家実践であると解することができるのではなかろうか。そうであるとすれば，上記で述べたように，日米地位協定が駐留軍隊の規定であるのに対して，オーストラリア・フィリピン訪問軍隊の地位に関する合意が訪問軍隊に関する規定であるという相違はあるものの，管理権を接受国と派遣国のどちらが有するのかという原則と例外を，その手続も含めて明確に定める必要がある。

（3）法令の「尊重」と「適用」の区別

管理権を行使するにあたり，接受国の国内法令と派遣国の国内法令の競合が生じることはすでに述べたところである。一連の VFA や SOFA においては，両者の抵触を回避するための規定を有しているものの，そのほとんどは，国内法令の尊重や原則としての国内法適用を定める一般規定にとどまっている。そのため，管理権が「打ち出の小槌」として機能して，軍事的必要性に基づいて派遣国の行動が容認される可能性を否定できない。まさにその法令の尊重と具体的適用の境界が不明確であるがゆえに，事件事故が生じた後になって管理権の問題が先鋭化していると言えよう。したがって，VFA においてこの法的境界について可能な限り明確化されなければならない。

その際には，派遣国の訪問軍隊とそれが接受国における施設及び区域においてどのような目的を有しており，どのような任務または機能を遂行するのかという「機能的必要性」基準に基づいて，派遣国および接受国の法令に関して均衡のとれた適用法規の配分と法令尊重の程度の明確化がなされなければならない。

昨今の日本が締結した部隊間協力円滑化協定では合同委員会方式が採用されている以上，一方で，円滑化協定の目的や機能的必要性を考慮し、他方で，合同委員会の協議や取決め、そしてそれに基づく紛争解決の過程が透明性を確保した形で運用されることが求められている。

（東京女子大学現代教養学部・教授）

論　　説

環境条約における自然災害への対応と法的課題
―災害リスク低減の「主流化」に向けて―

鈴木　詩衣菜

一　はじめに
二　ラムサール条約における自然災害への対応
三　生物多様性条約における自然災害への対応
四　結びにかえて

一　はじめに

国際社会は、地球温暖化や生物多様性の喪失など、直面するさまざまな環境課題に対応するために、環境諸条約の締約国会議（Contracting of Parties、以下、COP と略記）のもとで決議や決定を採択することを通じて、締約国に対し実施すべき法政策などを都度要請してきた。また、想定していなかった新たな環境問題が生じた場合は、決議や決定の採択だけではなく、必要に応じて新たに条約を採択し、締約国の共通認識を構築し、解決に向けて一定の方向性を示してきた。

国際社会が抱える地球規模の環境問題のひとつに、気候変動などに起因するハリケーンや津波などにより生じる自然災害がある(1)。自然災害への対

(1)　特に、2001 年から 2018 年にかけての全災害のうち 74％が水害であり、洪水と干ばつだけでも 10 億人以上が影響を受けていることが明らかになっている。UNESCO, UN-Water, 2020: United Nations World Water Development Report 2020: Water and Climate Change, Paris, UNESCO p. 72. *See also*, Rosemary Lyster, Climate Justice and Disaster Law（Cambridge University Press, 2009）, pp. 139-151. Lyster は、特に、気候変動に起因する災

応に関しては、1990 年頃から国際的に議論され [2]、災害による損失と環境悪化との密接な関係が指摘されてきた [3]。防災や減災に関する国際的な法的枠組や規則の構築への関心の高まりとともに [4]、「自然生態系を基盤とした防災および減災」（Ecosystem-based Disaster Risk Reduction, 以下、Eco-DRR と略記）の概念が自然災害の対応のひとつとして、多くの環境条約において検討されるようになった。Eco-DRR は、2004 年に発生したスマトラ沖地震において、マングローブ林による津波の被害低減が明らかになったことを契機として、防災や減災のための手段として注目された [5]。自然生態系の機能に着目し、防災や減災につなげることは決して新しい手法ではないが [6]、Eco-DRR を用いた自然災害のリスク低減の必要性は、さまざまな国際文書

害を気候災害（climate disaster）と位置づけ、気候災害がもたらす都市へ影響、食料不安、洪水とサイクロン、猛暑、山火事、その他の健康への影響、水不足、気候変動による避難民、種と生態系への影響についてまとめている。

（2）　General Assembly, International Decade for Natural Disaster Reduction, pp. 161-162, A/RES/44/236. 国連は、1990 年代を「国際自然災害低減の 10 年」と位置づけ、国家レベルの防災指針、地域別の防災会議、協力メカニズムを強化してきた。

（3）　1994 年には、横浜で開催された自然災害低減のための国際会議の中で「より安全な世界のための横浜戦略と行動計画」が採択され、リスク評価、災害予防、環境保護などに関する 10 原則が掲げられた。

（4）　国際社会における防災や減災の取り組みを踏まえた自然災害への対応をまとめたものとして、鈴木詩衣菜「湿地保全と沿岸域の防災―ラムサール条約の転換期―」『環境と公害』第 45 巻 3 号（2016 年）16-21 頁。

（5）　Kathiresan, K. & N. Rajendran, “Coastal mangrove forests mitigated tsunami,” *Estuarine, Coastal and Shelf Science,* Vol. 65, Issue 3（2005）, pp. 601-606. *See also*, Chen Wei Hannah, In the aftermath of a tsunami, mangrove forests in Indonesia protect lives and livelihoods, 20 October 2021, at http://www.undrr.org/quick/67381

（6）　日本では災害を回避するための伝統知や地域知が全国に存在する。例えば、霞堤や輪中などが挙げられ、特に、霞堤は平時においては、農業や生態系保全に寄与し、洪水時には減災する効果が期待されている。こうした流域治水への取り組みについては、国会でも度々取り上げられている。例えば、第 212 回国会参議院国土交通委員会第 2 号（令和 5 年 11 月 9 日）において、国務大臣は「霞堤は、治水対策として有効であるだけでなく、…（略）…洪水時の魚類の一時的な避難にも寄与するとともに、河川と隣接する農地等を生物が行き来できるようにする役割を持っていることから、環境面でも有効な手段の一つと考えております。…（略）…国土交通省としては、地域の特性を踏まえた霞堤などのグリーンインフラの視点も取り入れながら流域治水の推進に取り組んでまいりたい」と発言し、自然生態系を活用したインフラ整備について理解を示している。

においても確認することができる。例えば、国連国際防災戦略事務局が発行した国連世界防災白書 2011 は、災害リスク管理のひとつとして、生態系サービスの参加型評価や管理、生態系を保護することを通じた管理手法の採用など、自然災害に対する予防的観点を含めて指摘した(7)。また、2015 年に第 3 回国連防災世界会議（World Conference on Disaster Risk Reduction、以下 WCDRR と略記）において採択された「仙台防災枠組（2015-2030）」では、防災・減災の一手段として生態系の役割が積極的に位置づけられた(8)。

近年では、防災や減災に特化した Eco-DRR だけではなく、気候変動の対応として生態系を基盤とした気候変動適応 / 気候変動緩和（Ecosystem-based adaptation/ Ecosystem-based mitigation）など問題別のアプローチ、グリーンインフラストラクチャー（Green Infrastructure）にみられるインフラに関連したアプローチ(9)、統合的な沿岸管理（Integrated coastal zone management）や統合的な水資源管理（Integrated water resources management）にみられる生態系を基盤とする管理の側面からのアプローチなどが存在し(10)、それらをまとめて、

---

(7)　United Nations International Strategy for Disaster Risk Reduction, *Global Assessment Report on Disaster Risk Reduction 2011: Revealing Risk, Redefining Development-Summary and Main Findings*-（Information Press, 2011）, pp. 3-4, 15. なお、これらの点は最新の国連世界防災白書においても繰り返し確認されている。*See also*, United Nations Office for Disaster Risk Reduction, “Global Assessment Report on Disaster Risk Reduction 2022: Our World at Risk: Transforming Governance for a Resilient Future”, pp. 48-49 at https: //www. undrr. org/media/79595/download

(8)　General Assembly, Third United Nations World Conference on Disaster Risk Reduction, 14-18 March 2015, Sendai Framework for Disaster Risk Reduction 2015-2030, A/CONF. 224/L. 2. *See also*, General Assembly, Resolution adopted by the General Assembly on 3 June 2015, Sendai Framework for Disaster Risk Reduction 2015-2030, A/RES/69/283.

(9)　例えば、第 186 回国会衆議院予算委員会第 7 号（平成 26 年 2 月 13 日）において「我が国が、我が国の豊かな自然を活用しながらグリーンインフラの整備を進めていくことは、経済、社会両面で有効であり、重要であると思います。我が国においても、緑の防潮堤や海岸防災林の整備のような、自然の機能を生かした事業を減災、防災等の取り組みとして進めているところであります。グリーンインフラという考え方を取り入れて、将来世代に自然の恵みを残しながら、自然が有する機能を防災、減災等に活用していきたいと考えております。」との発言にみられる。自然災害大国である我が国においては、2014 年以降グリーンインフラの観点から法政策の整備が始まっており、現在は、「国土のグランドデザイン 2050」にまとめられている。

(10)　生態系アプローチが条約などで、さまざまな表現が展開される点を法制度クラスター

自然を基盤とした解決策（Natural-based Solution、以下、NbS と略記）と呼ばれている[11]。特に最近は、気候変動への対応と相乗効果をもたらす形で自然生態系を生かす観点を、環境諸条約に取り入れることが締約国に要請されている。

さらに、2000 年頃から「災害リスク低減の主流化」（Mainstreaming Disaster Risk Reduction、以下 MDRR と略記）が検討されはじめ、WCDRR や国連総会においても頻繁に言及されるようになった[12]。自然災害により生じた損害や損失が、持続可能な開発を阻害し、貧困、ジェンダーなどの社会問題を悪化させていることから、災害リスク低減への対応は環境分野に留まらず広く他分野においても要請されており、環境諸条約における Eco-DRR や NbS の実施が、そうした社会問題の解決や円滑な復興につながる MDRR の実現に向けて貢献することが期待されている。

なお、従来の国際法における災害の対応は、1998 年に発効した災害低減及び救援活動への情報通信資源の供与に関するタンペレ条約や国際法委員会（International law Commission、以下 ILC と略記）による「災害時における人の保護に関する条文草案」などにみられるように[13]、人間安全保障を中心と

（legal-institutional cluster）と位置づけ、生態系アプローチの多重性について検討したものとして、Vito De Lucia, *The 'Ecosystem Approach' in International Environmental Law*（Routledge, 2019）, pp. 63-68.

（11） Cohen-Shacham, E., Walters, G., Janzen, C., Maginnis, S.（eds）*Nature-based Solutions to address global societal challenges*（IUCN, 2016）, pp. 17-22. 同書において、自然を基盤とした解決策は、「社会的な課題に順応性高く効果的に対処し、人間の幸福いと生物多様性に恩恵をもたらす、自然あるいは改変された生態系の保護、管理、再生のための行動」と定義されている。また、2022 年に国連環境総会において「自然あるいは改変された陸上、淡水、沿岸、海洋の生態系を保護、保全、再生、持続可能な利用、管理するための行動で、社会、経済、環境の課題に効果的かつ順応的に取り組み、同時に人間の福利、生態系サービス、回復力、生物多様性への恩恵をもたらすもの」と定義された。United Nations Environment Assembly, "Nature-based solutions for supporting sustainable development" in Resolution adopted by the United Nations Environment Assembly on 2 March 2022, UNEP/EA. 5/Res. 5, p. 2.

（12） General Assembly, International Strategy for Disaster Reduction. 28 February 2012, p. 2, para. 10, A/RES/66/199

（13） General Assembly, Report of the International Law Commission, Draft articles on the protection of persons in the event of disasters 2016, pp. 12-73, A/71/10

した災害への備えや被害拡大の低減に向けた法整備がなされてきた。そのため、自然生態系を活用した防災、減災、リスク低減に関しては、個別の環境条約のもとで対応することになる。

また、災害（disaster）の意味には、自然現象による自然災害と公害などによる人為的な人的災害とに大別することができる。しかし、例えば、気候変動に起因する災害の原因は複雑にからみあっており、ほぼすべての人間活動が気候変動に影響を与えている現実に鑑みると(14)、生じた災害が自然災害と人的災害のどちらに分類されるのかを特定することは困難である。そのため現状は、国際法上一致した定義は存在しないが、防災に関わる国際的な文書や個別条約において定義が試みられている(15)。例えば、国連防災機関（United Nations Office for Disaster Risk Reduction、以下 UNDRR と略記）によれば、そもそも災害とは、「広範囲に人的、物的、経済的、環境的損失など影響を及ぼす現象であり、コミュニティや社会それ自体の対処能力を超えて、その機能を著しく阻害する事象」を指す(16)。ILC の「災害時における人の保護に関する条文草案」の第 3 条においては、「広範な人的の損失、甚大な人的被害もしくは苦痛または大規模な物的もしくは環境的被害であって、社会機能の深刻な損壊をもたらすような痛ましい出来事または一連の出来事」と定義されている。ほかにも、東南アジア諸国連合（ASEAN）協定などにも、災害が、「人的、物的、経済的、環境的損失という出来事」であることが共通して示されていることから、これらの損失が最小限の災害の範囲であると考えられる。

以上をふまえ、本稿では、環境条約の中でも、特に水鳥の生息地として国

（14）　Daniel Bodansky, Jutta Brunnée and Lavanya Rajamani, *International Climate Change Law*（Oxford, 2017）, pp. 30–31.

（15）　災害（disaster）の概念について検討したものとして、植木俊哉「自然災害と国際法の理論」『世界法年報』第 32 号（2013 年）4–11 頁。なお、例えば、気候変動の激甚化や生物多様性の喪失が、自然災害であるのか人的災害であるのかを、必ずしもこの 2 つのどちらかに大別できるわけではないため、本稿においては、特別に説明を加えていない場合は人為的な要因が自然災害を誘因する場合も含めて、自然災害という用語を使用する。

（16）　General Assembly, Report of the open-ended intergovernmental expert working group on indicators and terminology relating to disaster risk reduction, 1 December 2016, p. 13, A/71/644

際的に重要な湿地に関する条約（The Convention on Wetlands, 以下、ラムサール条約と略記）および生物の多様性に関する条約（Convention on Biological Diversity、以下、生物多様性条約と略記）に焦点をあて、Eco-DRR や NbS などの自然生態系の活用が条約にどのように位置づけられ、自然災害に対応してきたのかを検討する。併せて、締約国は、Eco-DRR や NbS を実現する手段として、それぞれの環境条約に応じた環境要素を「主流化」することを活発に議論している。そのため、主流化を巡る議論についても整理し、その役割や今後の課題について一考する。

二　ラムサール条約における自然災害への対応

ラムサール条約は、1971 年に採択され、1975 年に発効した初期の多国間環境条約である。水鳥の保護だけではなく、その生息地である湿地を保全することを目的とする。同条約上にいう湿地は、非常に広範囲を網羅しており、水が存在する場所はすべて対象となる[(17)]。ラムサール条約は、締約国に対し、湿地保全義務はもちろんのこと、利害関係者への「コミュニケーション、キャパシティービルディング、参加、普及啓発」（CEPA）の実施を要請するだけではなく、賢明な利用（wise use）を通じた湿地の活用など、国家が果たすべき対応を広範に求めている点に特徴がある[(18)]。

湿地が有するブルーカーボン生態系（マングローブ、藻場、塩性湿地など）は、津波などの防波堤になることや洪水防止または水害による被害低減となる氾濫原として、湿地が水の供給や水質浄化だけではなく、洪水調節機能や

(17)　ラムサール条約第 1 条 1 項は、「この条約の適用上，湿地とは，天然のものであるか人工のものであるか，永続的なものであるか一時的なものであるかを問わず，更には水が滞つているか流れているか，淡水であるか汽水であるか鹹水であるかを問わず，沼沢地，湿原，泥炭地又は水域をいい，低潮時における水深が六メートルを超えない海域を含む.」と規定しており、天然であるか否かを問わず、水の状態や水質も関係なく湿地として認められる。

(18)　ラムサール条約の概要と最近の動向を扱ったものとして、鈴木詩衣菜「湿地と SDGs」高田正之・朝岡幸彦（編）『水辺を知る-湿地と地球・地域-』（朝倉書店、2023 年）16-27 頁。

炭素ストックとして機能する役割が期待されている。また、干ばつのリスク低減や気候変動の影響に対する回復力を高めるために、湿地保全や健全な湿地の維持が不可欠であることも、繰り返し指摘されている[19]。そのため、湿地保全の実施は防災や減災に直結しており、今日に至るまで、国家、国際組織、NGO など多様なアクターが、それぞれに湿地保全措置を講じてきた。しかしながら、ラムサール条約事務局のまとめた報告書である「世界湿地概況 2021（特別版）」によれば、1970 年以降、森林喪失の 3 倍の速さで 35％の湿地が喪失し、湿地面積の減少に歯止めがかかっていない[20]。

ラムサール条約は、いつ頃から締約国に対し防災や減災への対応を要請していたのだろうか。ラムサール条約前文第 2 段落が、締約国に対し、湿地が水の循環を調整する役割があり、その調整にあたっては、湿地の基本的な生態学的機能を考慮することを求めていることから、同条約上のラムサール条約における防災・減災への対応は、締約国に対する新たな要請ではないと考えられる。

同条約が、締約国に対し、具体的に防災や減災のために、湿地生態系との関わりについて言及したのは、1996 年以降である。1996 年に開催された COP6 で採択された「沿岸地域の戦略計画に関する勧告 6. 8」は、沿岸湿地や他の主要な環境構成要素の保全と賢明な利用に関し、統合的な沿岸管理を締約国に求めており[21]、「湿地と水に関する決議Ⅵ . 23」は、水資源管理と湿地保全の統合を含む、河川流域規模での計画の必要性を指摘した[22]。ま

（19）　Secretariat of the Convention on Wetlands, *Global wetland Outlook: Special Edition 2021* pp. 36–39.　なお、Convention on Wetlands（2021）. The contribution of blue carbon ecosystems to climate change mitigation, Ramsar Briefing Note 12, p. 1. において、「ブルーカーボン生態系の保全と回復は、気候変動緩和と適応に対する自然を基盤としたアプローチであると同時に、さまざまな価値ある生態系サービスを提供する」ことが指摘され、気候変動緩和へのブルーカーボン生態系の貢献についてまとめられている。また、COP13 では、「沿岸域におけるブルーカーボン生態系の保全、回復、持続可能な管理の促進に関する決議 XIII. 14」が採択され、ブルーカーボンに特化し、気候変動と湿地に関わる調査が STRP に要請された。

（20）　Ibid., *Global Wetland Outlook: Special Edition 2021*, p. 21.

（21）　Recommendation 6. 8, Strategic Planning in Coastal Zone, 19–27 March 1996, p. 2, para. 9.

（22）　Resolution VI. 23 Ramsar and water, 19–27 March 1996, p. 1, paras. 3and 5.

た、「戦略計画 1997–2002 に関する決議Ⅵ. 14」は、第 1 次戦略計画として採択され、その運用目標 2. 2 において、締約国に対し「湿地の保全と賢明な利用を、土地利用、地下水管理、河口・流域・沿岸域計画、その他すべての環境管理に関する国、州、地方の計画や意思決定に統合する」ことを促した[(23)]。

既存の湿地生態系を“管理”することによる自然災害への備えを中心とした決議から、自然災害への具体的な対応としての湿地生態系の“活用”や他の環境問題への貢献や相乗効果について、明示的に議論されたのは、2002 年に開催された COP8 以降である。COP8 では、「特に干ばつ等の自然災害が湿地生態系に及ぼす影響に関する決議 VIII. 35」において、干ばつ時に湿地が水供給の役割を担うことや干ばつによる生物多様性の現象などへの悪影響について確認された[(24)]。また、「気候変動と湿地―影響、適応および影響緩和に関する決議 VIII. 3」は、湿地保全や回復を高めることを通じて、気候変動および異常気象に対し、洪水および干ばつのリスクを低減するための湿地管理を締約国に要請した[(25)]。なお、この点に関しては、2008 年の「気候変動と湿地に関する決議 X. 24」においても、気候変動および異常気象への対応として湿地の回復力を高めるよう締約国に改めて確認している[(26)]。

2015 年に開催された COP12 では、「湿地と防災・減災」がテーマに設定され、自然災害に関して活発に議論が行われた。2016 年から 2024 年の条約の方向性を定めた長期計画である第 4 次戦略計画において、自然災害のリスクに対し湿地生態系が貢献することが締約国間で再認識された[(27)]。また、「湿地および災害リスク低減に関する決議 XII. 13」は、世界のあらゆる地域

(23)　Strategic Plan 1997–2002, 19–27 March 1996, p. 6.

(24)　Resolution VIII. 35 The impact of natural disasters, particularly drought, on wetland ecosystems, 18–26 November 2002, p. 1, para. 6.

(25)　Resolution VIII. 3 Climate change and wetlands: impacts, adaptation, and mitigation, 18–26 November 2002, p. 2, para. 14.

(26)　Resolution X. 24 Climate change and wetlands, 18 October–4 November 2008, p. 1, para. 4.

(27)　Resolution XII. 2 The Ramsar Strategic Plan 2016–2024, 1–9 June 2015, p. 1, para. 3.　なお、第四次戦略計画では個別目標と愛知目標を照らし合わせて設定された。生態系を基盤としたアプローチに関しては、個別目標 5、9、13 と愛知目標 6 が設定され、湿地保全にあたり、湿地生態系を活用した対応が求められた。*Ibid*., pp. 35–37.

の湿地が災害リスク低減にむけて重要な役割を担っていることを認識しつつ[28]、現状、自然現象の影響の低減と防止を実施できる明確な枠組が存在しないことを確認した[29]。そのうえで、人間や生態系に対する暴露および脆弱性の低減のために、生態系を基盤とした災害リスク低減の解決および手法を構築することが確認され[30]、また MDRR の実施を国家に強く奨励するとした[31]。また同決議は、健全で管理の行き届いている湿地生態系の役割を確認し、湿地生態系の果たす機能として災害に対する地域回復（local resilience）を高めることが MDRR の実現に必要であることを示唆した[32]。

さらに、登録湿地だけではなく、すべての湿地を対象として、締約国に対し，湿地に関する履行計画の実施と開発、国家戦略計画および政府レベルで関連するすべての環境政策や水管理に統合的に湿地に関する災害リスク低減および管理を組み込むこと[33]、既存の自然資源管理の文書に組み込むことを確保すること[34]、災害リスク低減のための長期的な投資計画に金銭的およびその他の必要な資源への協力を確保することなどを要請し、締約国が実効的に湿地を管理、回復させるための 24 の指標がまとめられた[35]。

ただし、同決議は、あわせて「登録湿地の管理のために設計された手段において、生態系に基づく管理と自然災害に関する適応の原則（principles of ecosystem-based management and adaptation）を統合し、実施する必要性がある」と示しているが[36]、「生態系に基づく管理」が原則になっているかについては、十分な検討がなされておらず、疑問が残る。

COP13 においては「気候変動への緩和と適応、生物多様性および災害リスク低減の強化のための劣化した泥炭地の再生に関する決議 XIII. 13 」が採

（28） Resolution XII. 13 Wetlands and disaster risk reduction, 1-9 June 2015, p. 2, para. 12.
（29） Ibid., p. 1, para. 1.
（30） Ibid., pp. 2-3, paras. 13, 14, 17 and 20.
（31） Ibid., p. 2, para. 13.
（32） Ibid., p. 1, para. 6.
（33） Ibid., p. 2, para. 14.
（34） Ibid.
（35） Ibid., p. 3, para. 19.
（36） supra note 31.

択された。同決議は、締約国に対し第 4 次戦略計画と決議 VIII. 17 において、既存の泥炭地の保全を要請していたことを再確認し、気候変動の緩和、適応、生物多様性保全、災害リスクの低減に貢献する一手段として、劣化した自国内の泥炭地を回復させることを確認した[37]。また、「沿岸域におけるブルーカーボン生態系の保全、回復、持続可能な管理の促進に関する決議 XIII. 14」は、Eco-DRR の構築とすべての湿地について実効的に管理、回復を締約国に要請した XII. 13 を再確認し、科学技術検討委員会（STRP）に対し、気候変動と湿地に関わる継続調査を要請している[38]。「持続可能な都市化、気候変動と湿地に関する決議 XIII. 16」は、災害リスクの低減を含めた自然と調和する形式での都市のレジリエンスの構築に関して言及された国連総会決議 71/256 を確認しつつ、締約国に対し、都市部及び都市近郊の湿地に悪影響を及ぼす可能性のある活動を防止することを奨励した[39]。

2022 年に開催された COP14 では、「気候変動に対処するための湿地生態系の保護、保全、再生、持続可能な利用及び管理に関する決議 XIV. 17」において、締約国に対し気候変動に対処するために、湿地に焦点をあてた NbS や生態系を基盤としたアプローチ（Ecosystem-based Approach）を国内の戦略や計画に導入するよう奨励された[40]。なお、同決議には明記されていないが、草案時においては、NbS が洪水のリスク管理、洪水制御、洪水防止措置において重要や役割を担い、それが賢明な利用に貢献することが確認されている[41]。留意すべきは、NbS という用語が、温室効果ガス排出量の迅速

（37） Resolution XIII. 13 Restoration of degraded peatlands to mitigate and adapt to climate change and enhance biodiversity and disaster risk reduction, 21-29 October 2018, p. 4, para. 24.

（38） 特に気候変動およびブルーカーボン生態系保全が IPCC ガイドラインと整合的であるか否かについて継続調査を求めており、IPCC に対し、湿地補足文書の更新を通知することも要請している。Resolution XIII. 14 Promoting conservation, restoration and sustainable management of coastal blue-carbon1 ecosystems, 21-29 October 2018, p. 5, para. 15.

（39） Resolution XIII. 16 Sustainable urbanization, climate change and wetlands, 21-29 October 2018, p. 2, paras. 9 and 16.

（40） Resolution XIV. 17 The protection, conservation, restoration, sustainable use and management of wetland ecosystems in addressing climate change, 5-13 November 2022, p. 2, para. 8. なお、本決議では、NbS と Ecosystem-based Approach の概念と調和していることを確認している。p. 2, para. 7.

かつ持続的な削減の必要性に取って代わるものではなく、あくまでこれらの解決策が気候変動への適応および緩和戦略に貢献しうることを認めるという理解が提案されている点である(42)。

ラムサール条約における主流化の議論は、1990年代から湿地保全が円滑に進まない要因のひとつとして各国内で、主要な意思決定者の間で湿地の価値が認識されていないことや湿地が政府事業の主流な計画を通じて考慮されていないことへの懸念が背景にある(43)。そうした状況の中で、「多国間環境条約およびその他の機関とのパートナーシップと相乗効果に関する決議XI. 6」などにみられるように、生物多様性条約との連携のひとつとして、生物多様性の主流化（mainstream biodiversity）に倣うように、ラムサール条約においても湿地の主流化（mainstreaming of wetland）を促進することが検討された(44)。

結果的に、生物多様性の主流化の概念がラムサール条約に波及し、近年においては、「湿地の保護、保全、回復、持続可能な利用および管理を国の持続可能な開発戦略に統合に関する決議XIV. 16」に示されるように、関連する多国間環境条約や関連する国際組織との協力強化の文脈において、明示的に湿地保全とその回復を含み、湿地の減少や劣化への解決策とした位置づけで、湿地の主流化が進められている(45)。

三　生物多様性条約における自然災害への対応

生物多様性は、人類の経済的、社会的発展に不可欠であると同時に、将来

---

(41)　Conference Report of 14th Meeting of Conference of the Contracting Parties to the Ramsar Convention on Wetlands, 5−13 November 2022, p. 22. paras. 182−184.

(42)　Ibid., p. 23. para. 187.

(43)　Resolution VII. 19, p. 18, para. 49.

(44)　Resolution XI. 6. p. 5, para. 28.

(45)　2014年11月に開催予定のアジア最大級の湿地の国際会議であるアジア湿地シンポジウムのテーマにWetland− based Solutionsが設定されている。同会議における各セッションのテーマが、湿地保全はもとより、教育、SDGsなどが関連の幅を広げていることから、より一層湿地の主流化への関心が高まっていると考えられる。

世代に引き継ぐべき世界的資産（global asset）として認識されているが[46]、熱帯雨林の破壊などの人間活動により、驚くべき速さで、数多くの種が絶滅していることが問題となっている。生物多様性条約は、そのような問題に対応すべく、生物多様性を包括的に保全する条約として、1992 年に国連環境開発会議で採択され、1993 年に発効した。同条約の目的は、生物多様性の保全、生物多様性の構成要素の持続可能な利用、遺伝資源の利用から得られる利益の公正かつ衡平な配分の 3 つから成る。これらの目的を達成するために、条約は、生態系アプローチに基づいた政策、計画、管理（監視義務や生息域内保全、生息域外保全の義務を含む）を締約国に要請している。

生物多様性条約における主流化の議論は、2010 年に開催された COP10 において採択された愛知目標にみることができる。愛知目標は、生物多様性の損失を止め、また回復させるために、2011 年から 2020 年までに達成すべき 5 つの戦略目標 A から E とそのもとに 20 の個別目標が設定した。戦略目標 A では、「生物多様性を政府や社会全体で主流化することにより、生物多様性損失の根本的原因に取り組む」ことが掲げられ、生物多様性の主流化が単なる生物多様性の保全のための手段のひとつではなく、実施すべき戦略目標のひとつに規定された。また、戦略目標 B では、生物多様性への直接的な圧力を低減し、持続可能な利用を促進することが掲げられ、その個別目標 6 においては、「2020 年までに、すべての魚類・無脊椎動物資源と水生植物が、乱獲が回避され、枯渇したすべての種の回復計画と対策が実施され、漁業が絶滅危惧種や脆弱な生態系に重大な悪影響を与えず、漁業が資源、種、生態系に与える影響が生態学的に安全な範囲内に収まるよう、合法的かつ生態系に基づくアプローチを適用して、持続可能な形で管理され、漁獲される。」ことが掲げられ、特に漁業など人間活動について、生態系に基づくアプローチをとることが求められた[47]。また、個別目標 10 では，気候変動などにより影響をうけるサンゴ礁などの脆弱な生態系を保全するために，沿岸

（46） Convention on Biological Diversity, “History of the Convention” at https://www. cbd. int/history/

（47） Decision X/2. The Strategic Plan for Biodiversity 2011–2020 and the Aichi Biodiversity Targets, 29 October 2010, p. 8, para. 13. UNEP/CBD/COP/DEC/X/2

域および陸域の流域を統合的に管理することが掲げられた[48]。

生物多様性と気候変動は密接な関係にあるため、2014 年に開催された COP12 では、「生物多様性と気候変動と防災・減災」がテーマに掲げられ、気候変動との連携を意識した防災や減災に関わる決議が多く採択された。例えば、「エコシステム保全と回復に関する決定 XII/19」は、沿岸湿地が特に渡り鳥の種、持続可能な生計、気候変動への適応、災害リスクの低減のために、生物多様性と生態系の機能とサービスにとって、極めて重要であることが明記された[49]。締約国に対し、沿岸湿地の保全と回復に十分な注意を払うよう求めたほか、ラムサール条約との連携が意識された。

生物多様性条約は、2001 年から締約国やその他の利害関係者が、条約の目的に対する進捗状況を確認し、実施の障壁を特定し、実施の優先順位を設定し、意思決定者に進捗状況や動向、ニーズを伝えるツールとして、地球規模生物多様性概況（Global Biodiversity Outlook、以下 GBO と略記）を発行している。GBO 第 4 版は、愛知目標を含む生物多様性戦略計画 2011−2020 の進捗に関する中間評価を扱っており、生物多様性の衰退を遅らせ、阻止するために必要な行動を提示した。具体的には、社会的弱者が直接依存している生態系や災害リスクの低減に役立つ生態系に特に注意を払いつつ、生態系サービスの提供にとって特に重要な生態系を、関連ある利害関係者の関与を得て、必要に応じて総合的な評価手法や参加型の評価手法を用いて国レベルで特定するなど、生態系の保全を促進することの必要性を再確認した[50]。そのうえで、愛知目標を達成することが、気候変動の緩和と適応や砂漠化などの土地の劣化、災害に対する脆弱性を減少させることに貢献するだけはなく、飢餓と貧困の削減、保健衛生の向上などを確保することにも繋がることが指摘した。

（48） Ibid., p. 9, para. 13.

（49） Decision XII/19. Ecosystem conservation and restoration, 16 October 2014, p. 2, para. 6, UNEP/CBD/COP/DEC/XII/19

（50） Secretariat of the Convention on Biological Diversity, Global Biodiversity Outlook 4: A mid−term assessment of progress towards the implementation of the Strategic Plan for Biodiversity 2011−2020, pp. 98, 140and 143 at https://www. cbd. int/gbo/gbo4/publication/gbo4−en−hr. pdf

さらに、2018 年に開催された COP14 では、「保護地域およびその他の効果的な地域を基盤とした保全措置に関する決定 14/8」のもとで、保護地域以外における生物多様性保全に資する地域（Other Effective area based Conservation Measures、以下、OECM と略記）について規定された。OECM とは、「保護地域以外の地理的に定義された地域であって、生物多様性のありのままの（in situ）保全のために、関連する生態系機能とサービス、および該当する場合には、文化的、精神的、社会経済的、およびその他の地域に関連する価値を伴って、長期的に肯定的かつ持続的な成果を達成するような方法で統治および管理されるもの」をいう [51]。OECM により、貧困削減、水の安全保障の確保、気候変動への適応、経済発展、災害リスク低減を促進し、持続可能な開発目標（Sustainable Development Goals、以下 SDGs と略記）など他の関連目標も併せて達成できることが期待されている。OECM は、自然を基盤とする新たな分野にとって不可欠な戦略であると位置づけられている [52]。

しかし、愛知目標は、すべての目標が達成に至らなかった [53]。この結果を受け 2022 年に開催された COP15 では、「昆明・モントリオール生物多様性枠組」が採択された [54]。同枠組は、2050 年までに達成すべき 4 つの長期的目標の達成に向けて、2030 年までの 10 年間に緊急に取り組むべき、3 つの柱（第一に、生物多様性への脅威を減らすこと、第二に、持続可能な利用と利益配分を通じて人々のニーズに応えること、第三に、実施と主流化のためのツールと解決策を講じること）を軸として 23 の行動目標が設定された。

自然災害への対応は、行動目標 8 と行動目標 11 に明記された。行動目標

（51） Decision 14/8. Protected areas and other effective area-based conservation measures, 30 November 2018, p. 1, para. 2, CBD/COP/DEC/14/8

（52） *Ibid*., Annex 1, Voluntary Guidance on the Integration of Protected Areas and Other Effective Area-Based Conservation Measures into Wider Land-and Seascapes and Mainstreaming across Sectors to Contribute, inter alia, to the Sustainable Development Goals, p. 3, para. 4.

（53） Decision 15/3. Review of progress in the implementation of the Convention and the Strategic Plan for Biodiversity 2011-2020 and the achievement of the Aichi Biodiversity Targets, 19 December 2022, p. 1, CBD/COP/DEC/15/3

（54） Decision 15/4. Kunming-Montreal Global Biodiversity Framework, 19December 2022, CBD/COP/DEC/15/4

8 では、生物多様性への脅威を減らすために、「気候変動と海洋酸性化が生物多様性に及ぼす影響を最小化し、自然ベースの解決策や生態系ベースのアプローチを含む緩和、適応、災害リスク削減行動を通じて、生物多様性の回復力を高める」ことが掲げられた[55]。行動目標 11 では、持続可能な利用と利益配分を通じて人々のニーズに応えるために、「大気、水、気候の調整、土壌の健全性、受粉、疾病リスクの低減、自然災害や災害からの保護など、生態系の機能やサービスを含む、自然が人々にもたらす貢献を、自然を基盤とした解決策や生態系基盤のアプローチを通じて、すべての人々と自然の利益のために回復、維持、強化する。」ことが明記された[56]。さらに決定 15/5 のもとで、「仙台防災枠組 2015−2030」に則した国家防災戦略を採択・実施する国の数を把握するなど同枠組をモニタリング制度が構築された[57]。

2020 年に発行した GBO 第 5 版においては、今後の展望として、2050 年に向けて合意したビジョンである「自然と調和した生活」を実現するためには、人類による地球の管理を大きく変革（transformative change）することを通じて生物多様性損失の「流れを変える」（bending the curve）ことを指摘している[58]。同報告書では、そうした変革のために 9 つの移行すべきカテゴリー（自然との共生、土地と森林、持続可能な淡水、持続可能な漁業と海洋、持続可能な農業、持続可能な食糧システム、持続可能な都市とインフラ、持続可能な気候変動対策行動、生物多様性を含むワンヘルス）が設けられた。

防災や減災に関しては、「持続可能な気候変動対策行動」と「生物多様性を含むワンヘルス」への移行が関わってくる。前者の移行の主な要素は、生態系の保全と回復が挙げられる。特に原生林、泥炭地、湿地、海草などの高炭素生態系などの生態系に基づく適応や災害リスク低減に重要なマングローブなどの生態系の保全と回復を通じて、気候変動の緩和と適応に貢献すると

（55） Ibid., p. 10

（56） Ibid.

（57） Decision 15/5. Monitoring framework for the Kunming−Montreal Global Biodiversity Framework, 19 December 2022, page. 16, CBD/COP/DEC/15/5

（58） Secretariat of the Convention on Biological Diversity, Global Biodiversity Outlook 5 2020, pp. 174−178 at https://www.cbd.int/gbo/gbo5/publication/gbo-5-en.pdf

したうえで、それは保護区や OECMs、自然再生による修復を促進し、土壌炭素にも取り組むことによって達成できることが示された[59]。

さらに、ヒートアイランド現象や洪水リスクを低減するために都市部で植生を利用することを含め、生態系に基づく適応と災害リスクの低減を支援するグリーンインフラを促進することが指摘された[60]。後者の移行の主な要素は、健康的な都市と景観を創出することが挙げられる。統合的な土地利用計画を推進することを通じて、生態系サービスの提供を促進することにより、利益を最大化し、自然との相互作用のリスクを最小化することが考えられる[61]。

なお、どちらの行動目標も気候変動による影響を前提として、生物多様性への影響を最小限に留めることを掲げており、これらの行動目標を達成しやすくするためには、生物多様性条約はラムサール条約と同様に、気候変動枠組条約やパリ協定との連携が不可欠である[62]。

もともと、気候変動枠組条約第 4 条(e)では、沿岸地域の管理や洪水により影響を受けた地域の保護及び回復について、適当かつ総合的な計画を作成することが締約国に求めているため、国家戦略などを通じて自然生態系を生かした防災、減災の実現が期待される。また、パリ協定においても、前文 55, および 109、パリ協定第 4 条 7 項、第 5 条 2 項、第 6 条 1 項、第 6 条 8 項(a)、第 7 条などにみられるように、気候変動への緩和と適応の統合的アプローチに、生態系を基盤とした適応（Ecosystem-based Adaptation）の考え方が組み込まれることが期待されている。実際に、地球温暖化に関して最新の科学的知見を評価および報告する機関である気候変動に関する政府間パネル（Intergovernmental Panel on Climate Change）は、第 5 次評価報告書において、熱波や豪雨、内陸および沿岸の洪水、土砂崩れ、干ばつ、水不足などのリス

（59）　Ibid., p. 174.
（60）　Ibid.
（61）　Ibid., p. 178.
（62）　気候変動と生物多様性の損失は人類にとって不可分の脅威であり、同時に取り組む必要があることを指摘したものとして、Secretariat of the Convention on Biological Diversity, Key messages from the workshop on “Biodiversity and Climate Change: Integrated science for coherent policy” , 24 October 2018, CBD/COP/14/INF/22

クがあることを踏まえ、EbA の必要性を指摘した。第 6 次評価報告書においても、気候変動がさらに加速し、熱波や豪雨などの異常気象と、それに起因する自然災害の頻度も高まると予測されており、生態系への影響が懸念される旨指摘された(63)。また関連して、SDGs の 11 目標の 11. b や 13 目標の 13. 1 にみられるように気候変動に起因する自然災害後の対応として、自然災害からの回復強化（resilience to natural disaster）の関心も高まっている。

なお、パリ協定採択以降、気候変動分野においても気候変動の主流化（climate mainstreaming）の考え方が広がりをみせている。2021 年に開催された第 26 回締約国会議で採択されたグラスゴー気候合意において、自然生態系の保護、保全、再生を確保することがパリ協定の達成に不可欠であることが明記された。2022 年に開催された COP27 においても、自然を基盤とした解決策を推進するために、国際パートナーシップ（Enhancing Nature-based Solutions for an Accelerated Climate Transformation, 以下、ENACT と略記）が立ち上げられた(64)。ENACT においても、気候変動と生物多様性の危機を個別に対処するのではなく、気候変動に起因する自然災害の緩和やそれに伴う生物多様性の喪失という直面する地球規模の問題を同時に解決することが必要不可欠である。

四　結びにかえて

本稿は、ラムサール条約と生物多様性条約を手掛かり、自然生態系の活用を条約にどのように位置づけ、自然災害に対応してきたのかを整理し、また併せて、Eco-DRR や NbS を実現する手段として、それぞれどのように主流化を位置づけられているのかを検討した。

自然災害への事前や事後の対応として、主要な環境条約において、Eco-

(63)　Intergovernmental Panel on Climate Change, Climate Change 2023: Synthesis Report, pp. 68-69 at https://www.ipcc.ch/report/ar6/syr/downloads/report/IPCC_AR6_SYR_FullVolume.pdf

(64)　IUCN, ENACT: Enhancing Nature-based Solutions for an Accelerated Climate Transformation, at https: //iucn. org/our-work/topic/nature-based-solutions-climate/our-work/enact-enhancing-na tu re-based-solutions.

DRR や NbS が決議や決定に明文化され、その概念が組み込まれたうえで、環境諸条約を実施することが必要不可欠であることは間違いない。そうした環境条約が相乗効果を得られるように連携することにより各条約の掲げる主流化が実現可能だと考えられる。

主流化は、国際社会における環境への関心が高まった結果として、醸成されてきた概念のひとつであると考えられる。ラムサール条約の賢明な利用にみられる一部の環境条約を除き、もともと環境は、それ自体に法的価値を見出しにくく、開発時の弊害として認識されていた。1990 年代に入り、持続可能な開発という概念が台頭してからは、環境に「配慮」し、次世代にも繋がるかたちでの開発が望まれるようになったが、持続可能な開発もまた中核となる考え方は開発である。ところが、主流化の概念は、ラムサール条約であれば湿地を、生物多様性条約であれば生物多様性を、パリ協定では、気候変動を「主軸」として、むしろ開発に積極的に一定の制限をかける試みである。環境保全を前提とする国家の行動を促すため、主流化に基づく国家戦略や法政策が環境諸条約の目的達成に直結することが期待される。

そうした主流化を進めていくためには、大きく 2 つの課題があると考えられる。すわなち、確実な条約実施を確保すること、多様なアクターとの有機的連携の確保することが挙げられる。

第一に、条約の実施確保に関しては、本稿で検討してきたラムサール条約および生物多様性条約は、ともにこれまでも、効果的な実施のために数多くの決議や決定を採択してきた。またそうした決議を実現する手段として、条約事務局により、ハンドブックが適宜発行され、必要な情報にアクセスしやすい工夫がなされてきた。生態系を活用した管理などに関わるガイドラインが採択され、必要に応じてアップデートが重ねられてきた(65)。ガイドライ

(65)　例えば、「湿地と河川流域管理：統合的な科学技術的手引きに関する決議Ⅹ . 19」は、「河川流域管理に湿地保全と賢明な利用を組み込むためのガイドラインに関する決議Ⅶ. 18」を更新し、5 段階 10 手順を示したクリティカルパス・アプローチ（critical path approach）を提唱している。湿地管理者は十分な人数が配置されているわけではない。そのため、同アプローチは、管理者が限られた中で流域管理を実施した際になんらかの問題に当たった時であっても、そうした問題に関する齟齬や障害、ボトルネックの特定と軌道修正するためのツールとしての役割を果たしている。なお、こうした湿地管理者の負

ンは、非拘束的文書ではあるものの、特定の問題を解決するための具体的な方法が示されている。しかし実際には、そうしたガイドラインが自然管理の場で十分に活かされておらず、実践されていない。例えば、ラムサール条約においては、未だに湿地の減少に歯止めがかからないことやラムサール情報票の更新が長期間にわたり滞っていたことからも明らかである。そのため、その風土に応じた土地利用に注目した伝統的なノウハウも考慮に入れ、採択されたガイドラインが、それぞれの地域において、湿地保全に携わる環境管理者や地元住民が実施可能かつ協働できる仕組みのもとで、十分な情報を伝えられるかが必要である。

ガイドラインのローカライズにあたっては、各環境条約の締約国にオブザーバーとして参加し、国際的な動向にも詳しく、またそれぞれの活動フィールドを持つ国内外の NGO や NPO などが条約の再調整の担い手となることが不可欠である(66)。当該 NGO や NPO が間に入ることで、湿地保全や管理の定期的、継続的な見直しが可能になり、ガイドラインの内容がその地域において確実に実施されることが期待される。

なお、決議や決定、ガイドラインが十分に普及しない要因として、地元地域に必ずし一致しない内容の複雑さだけではなく、資金の制約により、条約の公用語が限定されることが挙げられる(67)。環境条約により訳される言語は異なるが、これらの言語を母語としない締約国の保全地域の管理者や地元

担過多が湿地保全の障害となっていることが度々指摘されていたため、そのような現状に対応すべく例えば、限られた人手や資金から環境影響評価が十分に実施できない状況であっても、便宜的な迅速環境評価の導入することが提案された。ただし、当該決議が採択された後の実施状況は不明なままである。この点についてまとめたものとして、鈴木詩衣菜「ラムサール条約における迅速評価と法的評価」『環境管理』55 巻 6 号（産業環境管理協会、2019 年）75-80 頁。

(66)　Terry Gibson, “NGOs Doing Disaster Risk Reduction Including Climate Change Adaptation, ” in Ilan Kelman（eds.）, *The Routledge Handbook of Disaster Risk Reduction Including Climate Change Adaptation*（Routledge, 2017）, pp. 352-362.

(67)　例えば、ラムサール条約では、英語、フランス語、スペイン語が公用語であるが、完全かつ平等なサービスを提供できないことや締約国の認識向上や条約実施の改善のために、2018 年に採択された「条約の言語戦略に関する決議 XIII. 6」においてアラビア語が公用語として追加された。

住民は、訳出されるのを待つほかない。そのため、常に国家から一方的に締約国で採択された決議の情報が共有されるだけではなく、例えば、ラムサール条約であれば、締約国が湿地管理の責任者に対し、締約国会議の決議などに関する通知を確保することを義務付けている第 6 条 3 項を根拠として、湿地管理者側から締約国に対し、具体的な情報を求めるための行動を支援することが可能である。湿地管理者をはじめとする湿地の利害関係者から行政府への要請すること通じて、必要な情報を国家に求めることができるため[(68)]、湿地管理者などは、法的根拠を持って国家に対し必要な情報を取得することが可能である。ただし、湿地管理者が情報取得ための容易にアクセスする手段が不十分であるため、相互の意思疎通の強化ということが今後の課題となろう。

第二に、条約、組織、NGO などの多様なアクター間あるいはこれら全体の有機的連携が不可欠である[(69)]。特に、条約間の連携については、1990 年以降それぞれの環境条約の各 COP において、繰り返し指摘され、時として、複数の条約間で構成される合同委員会や締約国会議なども組織されてきた。しかし、気候変動などに起因する自然災害の激甚化と頻発化が契機となり、近年では、単なる条約間の情報交換や一時的な合同の取り組みではなく、より一層の条約連携の強化に関する関心が高まっている。例えば、ラムサール条約の COP14 において、「他の国際機関との相乗効果の追求に関する決議条約の知名度向上及び多国間環境条約・他の国際機関との相乗効果の追求に関する XⅣ. 6 決議」においては、連携においては従来のように他条約の決議や決定内容だけではなく、その議論や採択に至る過程までも考慮することが

---

(68)　鈴木詩衣菜「ラムサール条約の義務に則した登録地の管理」『湿地研究』10 号、19-26 頁。（日本湿地学会、2020 年）

(69)　なお、アクター間の連携などにおいては、さまざまな事例を共有し、ベストプラクティスもバッドプラクティスのどちらも情報提供する体制も不可欠である。Eco-DRR を巡る事例が国内外に多く発表されている。例えば、一ノ瀬友博（編）「生態系減災 Eco-DRR-自然を賢く活かした防災・減災」（慶応大学出版会、2021）、島谷幸宏「球磨川流域を対象とした緑の流域治水の概念化とそれに基づく実践」『河川技術論文集』第 29 巻（土木学会水工学河川部会、2023 年）425-430 頁。*See also*, Daniel A. Farber and Jim Chen, *Disasters and the Law Latrina and Beyond*（ASPEN Publishers, 2006）, pp. 210-211.

言及され[70]、また、生態系に基づくアプローチが関連条約間の連携に必要な要素であることが指摘されている[71]。なお、同決議では、条約事務局に対し、今後連携が必要な条約や国際機関の一覧が挙げられた。連携強化の対象は自然環境だけに限定されず、世界銀行や国連教育科学文化機関なども含まれる。また、同決議には、本来は野生動植物の保護に関する条約ではない「絶滅のおそれのある野生動植物の種の国際取引に関する条約」などの進捗状況を定期的に常設委員会に報告することも求められた[72]。

具体的な条約間の連携強化は、条約の戦略計画のもとで、柔軟に調整可能にすることにより試行されている。例えば、ラムサール条約の第 4 次戦略計画 2016–2024 では、SDGs と愛知目標の両方に合致することを目的としていたが、そのために従来の 6 年間の戦略計画ではなく、9 年を対象とすることを通じて、SDGs と愛知目標の両方に調和できるよう見直しを図ることができるタイミングで策定された。実際に、2022 年に採択された「ラムサール条約の第 4 次戦略計画の評価、COP14–COP15 期間の追加、第 5 次戦略計画の枠組みに関する決議 XIV. 4」では、第 4 次戦略計画の附属書Ⅱが、生物多様性条約のもとで愛知目標にかわり、新しく採択された昆明・モントリオール生物多様性枠組の目標をラムサール戦略計画の目標と一致するように更新された。なお、執筆現在、準備が進んでいる第 5 次ラムサール戦略計画は再び 6 年計画となり予定であり、SDGs の最終目標である 2025 年から 2030 年までを網羅する。

Eco–DRR や NbS を前提とした環境諸条約が連携した状態での段階的な実施は、自然災害に対する防災や減災の効果が期待できるだけではなく、SDGs の実現や人口問題、それに関連する人権保護などにも対応できる。条約の連携強化を通じて、特に重大な変化や極端な現象による悪影響を最小限に抑えるための措置として期待できる。

（70） Resolution XIV. 6 Enhancing the Convention’s visibility and synergies with other multilateral environmental agreements and other international institutions, 5–13 November 2022, pp. 4–6, paras. 28, 36, 46–47.

（71） Ibid., p. 6, para. 39.

（72） Ibid., p. 5, para. 37.

ただし、主流化が法観念として、醸成しているか否かの判断には、注意を払う必要がある[73]。国際環境法のもとでは、これまでも国際社会が直面する環境問題を解決するために、国家間の協力を促すための独自枠組を構築し、少しでも多くの国が足並みを揃え、一定の方向性で合意することを目指して、「共通だが差異ある責任」、「持続可能な開発」など、さまざまな新しい規範を作り出してきた。各環境条約の主要な環境要素を「主流化」するという概念もまた自然災害だけではなく、環境条約実施の観点からも不可欠な規範のひとつになりつつある[74]。実際に、主流化の相乗効果として、ラムサール条約においては、湿地保全の強化は、ブルーカーボンや炭素ストックとして気候変動による影響緩和の役割が湿地に期待されているほか、生物多様性条約においても、生物多様性の存続は、災害に対するローカルレジリエンスを高めることが期待されている。しかし、主流化の流れの中で、例えば、本来保護地域ではなかった場所を、OECM として認証するにあたり、締約国が独自に設定する OECM の認証基準が低い場合は、生物多様性が乏しい場合であっても保護対象となる可能性がある。そのため、昆明・モントリオールが掲げている数値目標を達成できたとしても本来の生物多様性条約上の「保全」の質が必ずしも確保されるとは限らない。主流化を念頭にした環境条約の実施に際しては法的安定性をどのように確保し、バランスをとるのかが今後の課題である。

【謝辞】

本稿は、科学技術振興機構「共創の場形成支援プログラム」JPMJPF2109 および科研費若手研究 22K13316、科研費基盤（B）21H00717 に基づく成果の一部

（73）　この点について指摘したものとして、兼原敦子「環境保護における国家の権利と責任」国際法学会（編）『日本と国際法の 100 年』第 6 巻（三省堂、2001 年）55 頁。

（74）　Verchick は、災害リスクと気候変動を管理する法制度は現在発展途上であり、締約国が気候変動によって甚大化、頻発化した自然災害を特別な扱いに値する第 3 のカテゴリーの一部としてみなすべきか否かは、引き続き議論することになるとを指摘している。Robert RM Verchick, Disaster law and climate change in Daniel A Farber（eds）*Elgar Encyclopedia of Environmental Law Climate Change Law*,（Edward Elgar Publishing, 2016）, p. 681.

である。

（聖学院大学政治経済学部准教授）

論　説

人権条約違反に対する外交的保護と対世的義務違反追及の判別基準

土屋　志穂

一．はじめに
二．ILC 外交的保護条文草案における外交的保護と対世的義務に関する国家責任の関係
　1．ILC 外交的保護条文草案における外交的保護権の性質
　2．外交的保護条文草案 16 条
三．人権条約違反の追及に関する国家責任法上の論点
　1．紛争における直接的損害と間接的損害の区別
　2．ICJ における判別基準
　3．国家責任条文草案 48 条で想定された人権侵害の追及
四．結びにかえて

一．はじめに

外国で在外自国民が逮捕・拘禁され、拷問を受けたと仮定する。拷問を行った国家および拷問被害者の国籍国が拷問禁止条約の加盟国であるとして、国籍国は自国民に対する拷問について自国民の救済を求めて、また、拷問禁止条約の違反の追及を求めて国際司法裁判所（以下、ICJ）に訴えを提起したとする。この場合、国籍国が提起した請求は、外交的保護権の行使なのか、それとも条約加盟国として拷問禁止という国際社会の共通利益を害したことに対する当事国間対世的（*erga omnes partes*）義務に対する責任の提起となるのか、あるいはその両方を別々の訴訟として提起できるか。本稿は、人権条約違反に対する国籍国の外交的保護権の行使と対世的義務の違反の追及とが

重なる場合に、いかにして両制度を整理するかを論じるものである。

外交的保護権の行使の場合には国籍国が国民の損害によって自らも損害を被ったと考えられることから、国籍国は国民に対する条約違反について外交的保護権を行使する場合、「被害国」としての立場を有し、国家責任条文草案 42 条(a)項「当該国に対して個別的に負う義務」に該当すると想定される。他方で、拷問禁止条約違反は、その違反が国際社会全体の共通利益を害する場合とされる。訴追か引渡しの義務に関する事件で、ICJ は、「(拷問禁止）条約の趣旨及び目的は、『拷問を…なくすための…努力を一層効果的なものにすること』(1)であり、すべての締約国は、(拷問の）実行者がその領域に存在する国家によってこの義務が遵守されることに利益を有する(2)」と述べた。したがって、ICJ によれば、拷問禁止条約の各当事国が、ある国が当事国間対世的義務を遵守しなかったことを裁判所に訴え、その不履行を終わらせることを目的として、当該締約国の責任を問うことができ(3)、他の当事国による義務違反の停止について請求を提起する権利がある(4)。また、カナダ・オランダ対シリアの拷問禁止条約適用事件暫定措置命令において、拷問禁止条約から生じる義務は国家の個別的な義務であって、原告国はいかなる損害も被っていないため条約に基づいて責任を提起する権利を有しないとのシリアの主張につき、ICJ は 2012 年判決を根拠にこれを否定した。そして、拷問禁止条約の締約国であるいかなる国家も、国家が当事国間対世的義務を遵守していないかどうかを裁判所に決定させ、その不遵守を終わらせるために他国の責任を提起することができると述べた(5)。

あるいは、ジェノサイド条約もその違反が国際社会全体の共通利益を害する義務と想定される。ガンビア対ミャンマーのジェノサイド条約適用事件先

---

(1)　*Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, *C.I. J. Recueil 2012*, p. 422, para. 68.

(2)　*Ibid.*

(3)　*Ibid*., para. 50.

(4)　*Ibid*., para. 69.

(5)　*Application of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (Canada and the Netherlands v. Syrian Arab Republic)*, Request for the Indication of Provisional Measures, Order（16 November, 2023）, *ICJ Reports 2023*, paras. 48–51.

決的抗弁判決において、「当事国間対世的義務に関して、ICJ におけるジェノサイド条約の締約国に対する責任の提起の資格は、自国民についての外交的保護権の行使とは区別される。そのような責任提起の資格は、義務の遵守についての全ての締約国の共通利益から生じ、したがって、それは被害者の国籍国に限定されない(6)。・・・ジェノサイド条約の全ての締約国がジェノサイド条約の当事国間対世義務の不遵守の認定と、当該不遵守の終了のために、ICJ への提訴を含めて、他の締約国の責任を提起できる(7)」とする。また、南アフリカ対イスラエルのジェノサイド条約適用事件暫定措置命令においても、「ジェノサイド条約の全ての締約国は、条約に含まれる義務を履行することによって、ジェノサイドの防止・抑圧・処罰を確保する共通利益を有する。そのような共通利益は、当該義務が条約の全ての国によって他の全ての当事国に対して負われる当事国間対世的義務であり、この意味で、各締約国は遵守に利益を有する。ジェノサイド条約の関連する義務の遵守に関する共通利益は、当該当事国間対世的義務の違反について他の締約国に責任を提起する権利を与える(8)。」と判断された。

確かに本質的に両制度は区別される。拷問禁止条約やジェノサイド条約上の義務が国際社会全体の義務であるならば外交的保護は想定されないと考えられてきた。これはバルセロナ・トラクション事件において、国際共同体全体に対する義務と外交的保護の領域での他国に対する義務について、本質的に区別がなされなければならない(9)とされたことに由来する。国際社会全体に対する義務はすべての国家の関心事であり、関係する権利の重要さからすべての国家がその遵守（observance）(10)に法的利益を有する(11)。しかし、

---

(6)　*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, Preliminary Objections, Judgment, *ICJ Reports 2022*, para. 109.

(7)　*Ibid*., para. 112.

(8)　*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, Request for the Indication of Provisional Measures, *Order* (26 January, 2024), p. 12, para. 33.

(9)　*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, Judgment, *ICJ Reports 1970*, para. 33.

(10)　兼原はこの'observance'という用語に「履行」の意味をあてている。兼原敦子「国家責任法における『一般利益』概念適用の限界」『国際法外交雑誌』第 94 巻 4 号（1994 年）、

外交的保護を主題とするような義務はそのような利益を有するものに含まれない。したがって、在外自国民の条約上の権利が侵害された場合に国籍国が行使するのは外交的保護権と考えられ、そのような請求は一般利益の訴えではない。万国国際法学会（Institut de Droite International；IDI）の定義によれば、当事国間対世的義務とは、多数国間条約に基づく義務であって、締約国が共通の価値と履行への関心から同一の条約の他のすべての締約国に対して負っている義務であり、その違反に対してこれらのすべての国が行動を起こすことを可能にする義務である（12）。判例や学説の検討から、当事国間対世的義務については、①同一の条約のすべての締約国が共通の価値と履行への関心を有する義務であること、②それらの国家が行動を起こす可能性を有する義務であるとされる（13）。

兼原は、1994 年の論文において、個別的な権利や利益の得失に関わらない法的利益を国家が享受しており、かかる利益の回復・実現の場面で、法的な保護が担保されると想定できる場合に、そのような利益を「一般利益」と呼称した。そして、この一般利益の侵害が、個別の権利や利益の得失に関わりなく、すべての国家に対して発生しているのであって、これらの国家が、義務違反国に対して国家責任法上の救済を請求することにより一般利益の侵害を回復できるという。しかし、一般利益を実定法化したと想定される国際法規則の義務違反に対して、これにより特別な影響を受けない国家が当該義務違反を争った国家実践や裁判実践で、はたして当然に国家責任法の適用が問われているかという点について、慎重な検討が行われてきたとは言えないと指摘する。それゆえに、国家責任法の適用により一般利益の回復・実現を図るとしても、まず、国家責任法の機能や要件といった基本原理に即して、

---

13 頁。

（11）　*Barcelona Traction case, supra* note 9, paras. 33−35.

（12）　Institut de Droit International, Resolution of Fifth Commission, Krakow Session, 2005.

（13）　Eugenio Carli,　“Community Interests Above All　: The Ongoing Procedural Effects of Erga Omnes Partes Obligations Before the International Court of Justice”, *EJIL Talk!*（29 December, 2023）, available at https: //www. ejiltalk. org/community-interests-above-all-the-ongoing-procedural-effects-of-erga-omnes-partes-obligations-before-the-international-court-of-justice/,（Last accessed, 11 February, 2024. ）

そこから導出できる適用理論を構築するべきだと指摘していた(14)。

さらに、現実の損害を被らない国家が一般利益を根拠として義務違反国と国家責任法の適用関係にはいる主体たりうるためには、そこでの法的利益が「国家責任法に基づいて救済を請求する」原告たることを根拠づける利益であることが証明されなければならない。ところが、兼原は、従来の「法的損害」論は普遍的義務の違反によってすべての国家に対する違法性が発生するため、「違法性」そのものを、普遍的義務が「履行される」利益の侵害という「法的損害」に置き換えることで、国家責任法上の救済を請求する原告適格をすべての国が持ちうるという結論を導きかねない、と危惧し、存在を主張されている一般利益の中で、それが「履行の利益」としての法的利益である場合にのみ、一般利益の侵害の回復のために、国家責任法の適用を肯定した(15)。そして、ILC の第 1 読草案は、「法益侵害」を国家責任の要件とせず、義務違反のみによる国家責任の発生を認めて、「誰に対して負われる義務であるか」という義務の「方向性」にしたがって国家責任法を適用しているとする。そうであるならば、「履行の利益」に対する「法的損害」を認められる一般利益の場合のみ、現実の損害を被らない国家が国家責任法の適用により合法性回復を請求するという限定はなく、国家責任法の誤った適用拡大を招くと警鐘を鳴らした(16)。

ここで、冒頭の仮定に戻る。本当に拷問禁止やジェノサイド禁止のような人権条約における普遍的義務（対世的義務）の違反について、国籍国による外交的保護権の行使と当事国間対世的義務違反に対する責任追及は異なる利益の下でなされる請求として、同じ請求の中で併存することは全く想定しえないのだろうか。国籍国は「被害国」としての立場（外交的保護）と当事国間対世的義務違反を提起する「被害国」以外の国の立場を「国家責任法上」同時に有しうると理解することは不可能だろうか(17)。これは、兼原が指摘

(14)　兼原「前掲論文」（注 10）、2-6 頁。
(15)　同上、11-20 頁。
(16)　同上、40-44 頁。兼原は、人権保障についても、その利益はすべての国家が国家責任法上の「被害国」であることを根拠づける一般利益として実体化されているとは当然には言えないと述べた（同上、46 頁）。

するような誤った国家責任法の適用だろうか。バルセロナ・トラクション事件の区別にしたがって、ILC は国家責任条文草案の 42 条および 48 条の規定を置いているので、外交的保護権の行使が国籍国によってなされているのであれば、「被害国以外の国」は責任を追及できないと考えられてきた。しかし、国際法委員会（ILC）の国家責任条文草案第 48 条も外交的保護に関する条文草案も、48 条が 42 条を補完するものであるということ以上に、この状況に対して十分な答えを与えてはいないように思われる [(18)]。

拷問やジェノサイドのような場合に、国家が自国民に対して拷問やジェノサイドを行う場合は対象外となる上に、「被害国」を特定することは確かに困難であり、その中で外交的保護の対象とできるケースは非常に限定的である。しかし、自国民が外国で拷問やジェノサイドの被害にあったことを証明できた場合、国籍国が国家責任条文草案の 42 条に基づき外交的保護権を行使が可能だった場合でも、あるいは国籍の証明はあるが、実効的な国内救済がないため国内救済が尽くされていない外交的保護権の行使の場合に、訴訟戦略的にこの訴訟とは別に 48 条 1 項(a)の当事国間対世的義務に基づいて、自国民を含む被害者全員への賠償を求めて義務違反国への請求を提起できないのだろうか。拷問禁止条約やジェノサイド条約において、締約国は義務が遵守されることに利益を持つのだとするならば、1 人の被害者について救済がなされたことと国家の違法行為によって損なわれた国際社会全体の利益の回復は異なるはずである。

ただし、外交的保護がなされた場合でも、それが効果的な救済とならない可能性も考えられる。外交的保護の請求において、国民に加えられた損害を

（17） Annemarieke Vermeer-Kunzil, 'A Matter of Interest: Diplomatic Protection and State Responsibility *Erga Omnes*', *ICLQ*, vol. 56（2007）, pp. 553-554.

（18） 浅田が指摘するように、両規定の関係も必ずしも明らかではない。42 条と 48 条がそれぞれ「被害国」と「被害国以外の国」という異なる対象を扱いながら、その規定ぶりにはパラレルともいえるほど類似している部分があること、しかし、細部を見ると必ずしも同一でないこと、両条を含め関連規定が起草のまさに最終段階において大きな修正が加えられたことなどに起因するからである。浅田正彦「国家責任条文における義務の類型化と『被害国』の概念―第 42 条と第 48 条の関係を中心に―」松井芳郎・富岡仁・坂元茂樹・薬師寺公夫・桐山孝信・西村智朗編著『21 世紀の国際法と海洋法の課題』（東信堂、2016 年）、45 頁。

国籍国の損害としてみなすという擬制により、得られた賠償を国籍国が被害者に還付することは義務付けられていないからである。もちろん国民のために外交的保護権を行使する国が、その賠償を自主的に国民に引き渡す可能性もあるし、ILC は外交的保護条文草案の 19 条でこれを推奨している（義務付けてはいない）(19)。ICJ では、外交的保護権を手段として人権条約違反に対する被害者救済を認めるケース（Diallo 事件 (20)）、あるいは個人の国際法上の権利侵害に対して国籍国の請求権が行使された上で、その人権としての性質を救済において考慮しようとするケース（Jadhav 事件 (21)）も生じている。外交的保護権を行使した結果得られた救済を、国籍国の裁量を制限しつついかにして被害者に還付するかという、外交的保護の国家性による弊害を克服しようとする実行が披見される。そこでさらに、国家責任条文草案 48 条の請求が併用されるのであれば、48 条は「被害国以外の国」が被害者または被害国のためになす請求であるため、得られた賠償金は確実に被害者に渡され、拷問からのリハビリテーションなど被害者のための救済措置がとられることになる。このような点を考慮すると、被害者にとっては対世的義務違反による救済も利用可能であることが望ましいといえる。

以下、二．において、外交的保護条文草案および国家責任条文草案におい

---

(19)　*Yearbook of International Law Commission (YILC)*, 2006, vol. 2, pp. 53–55. ; 19 条の分析につき、湯山「外交的保護と人権（2）」『立命館法学』第 408 号（2023 年）、510–514 頁参照。

(20)　*Affaire Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République Démoctatique du Congo)*, Arrêt, *C.I.J. Recueil 2010*, p. 639.

(21)　*Jadhav case (India v. Pakistan),* Judgment, *ICJ Reports 2019*, p. 427. ; Jadhav 事件をはじめとする領事関係条約 36 条の個人の権利侵害の評価について、拙稿「領事関係条約 36 条の個人の権利の性質と国際司法裁判所―ジャダヴ事件の評価を中心に―」『拓殖大学論集政治・経済・法律研究』26 巻 2 号（2024 年 3 月、43–70 頁）。ICJ は領事関係条約の一連のケースにおいて、国籍国による請求が外交的保護権の行使であるということは述べていない。それどころか、Avena 事件においては、当該権利は国籍国とその国民の権利が相互依存しているため、国内救済の完了を求めず、外交的保護権の行使ではないと判断している（*Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals*（Mexico v. United States of America）, Judgment, *ICJ Reports 2004*, para. 40. ）。真に外交的保護権の行使であるか否かについて学説上も争いがあるが、本稿とのかかわりにおいては、国籍国が自らに対する権利侵害として請求を提起することに変わりはないため、外交的保護権の行使に準じるものとして扱う。

て ILC がこの問題に対してどのような検討を加えていたのか、とりわけ外交的保護条文草案 16 条の検討を中心に論じる。三．では、紛争における直接損害と間接損害の区別を念頭に置きつつ、ICJ が外交的保護と人権について扱ったケースの分析と ILC 国家責任条文草案 48 条の検討を通じて、外交的保護権の行使と対世的義務の追及の関係について論じる。

二．ILC 外交的保護条文草案における外交的保護と対世的義務に関する国家責任の関係

1．ILC 外交的保護条文草案における外交的保護権の性質

本論に入る前に、ILC が外交的保護権をどのようにとらえていたか概観しておく (22)。ILC は外交的保護権の性質について、1 条のコメンタリーで国家は自らの権利だけを主張しているのではなく、「実際には」損害を被った国民の権利をも主張していると述べた。そして、伝統的には個人が国際法秩序において何らの地位も権利も持たなかったために、国民への損害が国家自身への損害となるという擬制を用いて、在外自国民を損害から保護しようとしてきたとする。状況が劇的に変化した現在において、国家間請求のレベルで行使される外交的保護は外国において人権を侵害された個人の保護のために重要な救済手段として残される (23)。そして、「1 条は外交的保護を行使する国家が自らの権利を行使しているのか国民の権利を行使しているのか、それとも両方かについての問題はオープンのままである (24)」とする。その上で、外交的保護は他国の国民に対する違法行為を行った国家の責任の提起として被害者の国籍国によって行使される (25)。しかし、2 条で ILC は外交的保護権の行使に関する（手続的）権利は国家に属するとするが、このこと

（22）　詳細は拙稿「外交的保護」村瀬信也・鶴岡公二編『変革期の国際法委員会』（信山社、2011 年）、193−214 頁参照。

（23）　*Yearbook of International Law Commission (YILC)*, 2006, vol. 2, p. 27, paras. 3−4.

（24）　*Ibid.*, para. 5.

（25）　*Ibid*., para. 6.

は、請求の過程において国家が追及している権利が誰のものか、つまり国家の権利か被害者個人の権利かの問題には影響をしないと述べる(26)。以上のように、外交的保護条文草案は、その国家性の根拠とされてきた擬制を個人の保護のための制度として活用し、人権も含めて権利を侵害された個人を保護するために行使される制度として規定した(27)。だが、外交的保護条文草案も国家責任条文草案と同様に二次規則の法典化であり、違反された義務の内容について扱ってはいない(28)。

2. 外交的保護条文草案 16 条

外交的保護制度に関する国際法規則と人権の保護を規律する規則は相互に補完的である。したがって、ILC の外交的保護条文草案は、被害者の国籍国と国籍国以外の国の双方が、慣習国際法あるいは多数国間・二国間条約に基づいて個人を保護するために、国家の権利を排除したり取って代わったりすることを意図するものではない。また、国際違法行為の結果被った損害の救済を確保するために、人権の保護を含め、国際法の下で行動あるいは外交的保護以外の手続に訴える自然人・法人その他の主体の権利に干渉することを意図するものでもない。

国家は自由権規約や人種差別撤廃条約、拷問禁止条約などの国家間手続において、損害を被った個人の国籍国や第三国に対して、自国民も国民ではない個人も保護することができる。さらに、国際慣習法は、南西アフリカ事件で ICJ が採用した見解(29)のように、抗議・交渉・(法制度があれば) 法的手続によって国民でない個人を保護することを認めている。また、国家責任条

(26)　*Ibid*., p. 28, para. 1.

(27)　John Dugard, 'Diplomatic Protection' in James Crawford, Alain Pellet and Simon Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility* (Oxford University Press, 2010), pp. 1051−1052.

(28)　James Crawford, 'The International Law Commission's Article on Diplomatic Protection Revisited', in Tiyanjana Maluwa, Max du Plessis and Dire Tladi (eds.), *The Pursuit of a Brave New World in International Law, Essays in Honour of John Dugard* (Martinus Nijhoff, 2017), p. 140.

(29)　*South West Africa (Ethiopia v. South Africa, Liberia v. South Africa)*, Second Phase, Judgment, *ICJ Reports 1966*, p. 6.

文草案 48 条 1 項(b)も、被害国以外の国家に対して、国際社会全体に対する義務が侵害された場合に当該国への責任の提起を認めているが、外交的保護権行使の要件の遵守について言及はない。しかし、国家が外交的保護以外の手続に訴える場合、必ずしも国民（あるいは難民・無国籍者等）について外交的保護を行使する権利を排除しなくてもよい[(30)]。

以上のように、外交的保護条文草案 16 条はあまり明確ではないが、国家責任条文草案 48 条 1 項(b)の被害国以外の国家が請求を提起する際には、外交的保護の要件を必要としないと述べている。すなわち、国家責任の文脈において人権条約の侵害の場合であっても、自国民が他国で人権侵害にあった場合に、国籍国が被害国として外交的保護権を行使することが予定されている。コメンタリーの脚注 240 において、国家責任条文草案 48 条 1 項(b)との関係において、他国に責任を提起する国家が請求の国籍原則と国内救済完了原則に従うことを求める同条文草案 44 条が問題とならないと指摘している[(31)]ことからも、外交的保護の場合は国家責任条文草案 42 条の「被害国」の適用であり、48 条の適用が問題とならない旨確認している。ただし、ここで国家責任条文草案 48 条が問題となるケースで外交的保護権の行使が可能かについては触れられていない。湯山は、ILC の外交的保護条文草案の特別報告者であった Dugard がこの問題について、外交的保護の国の裁量権を根拠に、国の請求は国民の請求に妨げられずにパラレルな請求が認められるという見解を示しつつも、ILC が採択した条文にはこの問題についての立場が示されることはなかったと指摘している[(32)]。

---

(30)　*YILC, supra* note 23, pp. 50−51, paras. 1−7.

(31)　*Ibid.*, p. 51, footnote. 240. ただし、国家責任条文草案 44 条の排除の根拠として引用されている Milano は、確かに国家責任条文草案において、個人に対する人権侵害の結果生じさせた権利侵害についてさえ、外交的保護のメカニズムが人権法に優越していると述べている。しかし、44 条は乗り越えがたい障害であって、完全に排除されると主張してはいない（Enrico Milano, 'Diplomatic Protection and Human Rights before the International Court of Justice: Re−Fashioning Tradition?', *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 35(2004), pp. 103−108.)。

(32)　湯山智之「外交的保護と個人の地位（1）」『立命館法学』第 403 号（2022 年）591−592 頁。

三．人権条約違反の追及に関する国家責任法上の論点

ここで、国家責任法上 2 つの点が問題となる。第 1 に、人道法や人権法（人権条約）の適用の問題は、外交的保護ではなく国家の直接的損害とみなしうるのか、第 2 に人権条約の違反に対する外交的保護と「被害国」以外の国家による請求の提起はどのように区別されるかである。外交的保護権の行使の場合、受理可能性段階で、国内救済が尽くされていない、被害者が損害を被った時から請求の提起まで継続して国籍国の国籍を有していないなど、要件が揃わなければ請求が棄却される。外交的保護制度では、国内救済を尽くすことに意味がない場合や国内救済を尽くす必要がない場合 (33) に国内救済の完了原則を厳格に適用しないことが明らかにされてきたものの、被害者の国籍については、難民や無国籍者などの場合を除いて厳格に要求されている。この条件下で、人権侵害の被害者の国籍国は外交的保護に関する請求と国家責任条文草案 48 条 1 項にしたがった請求を同時に提起しうるだろうか。この点、ICJ は、両方の請求を並立できるとは考えていないように思われる。本章では、この点をいかに整理すればよいか国家責任法の観点から論じる。

1．紛争における直接的損害と間接的損害の区別

被害者個人の人権が問題とされている場合でも、この権利について外交的保護権が行使できる場合、国家は外交的保護の主張を行わなければならないのか。実際にどのような要素があれば国家への直接的損害となるか、または個人の損害ないし権利侵害に基づく国籍国への間接損害（外交的保護）となるかは、様々な学説で検討されてきた。例えば、外交官や領事官に対する損害や国家が所有する船舶への損害、越境環境損害、他国の領域主権侵害、国家財産への損害、条約の違反などを国家への直接損害となりうる場合として類型化する説 (34) も提示された。しかし、特定の損害を国家への直接損害と

(33)　*Avena case, supra* note 21, para. 40.

して類型化することは、予見不可能な将来の発展を考慮に入れられない可能性があり、これを回避するためにその区別に関する一般的な基準が求められてきた[35]。

国家への直接損害と間接損害の区別について、注目すべき基準を提示したのは Meron である。Meron もほとんどの直接損害のケースが一定程度外交的保護の要素を含むため、直接損害と間接損害（外交的保護）のケースを一般的・理論的に区別することの困難を指摘した上で、この区別においては優越している（preponderant）要素に依拠するべきであるとする[36]。そして、当該区別において考慮される要素として、すなわち、優越の判断要素として、訴訟手続において論駁されている行為ないし紛争の主題（subject of the dispute）及び請求の性質（nature of the claim）を挙げる。紛争の主題は多くの国際的実行（国家公務員、とりわけ外交代表・領事官への損害、条約の違反など）から見出すことができ、また、請求の性質は請求国の利益と目的を吟味することによって確かめることができると述べる[37]。また、Thirlway も国内救済原則の適用可能性その他を決定する関連基準を請求の主要な要素の性質に見出しうるとする[38]。

ところが、Meron が述べる国家の直接損害と間接損害の間の比較衡量は現在も採用されているとしても、その優越性を判断するための要素が現在においても妥当しているとは言えない[39]。Meron の基準では、紛争の主題が条

（34）　Philip Jessup, *A Modern Law of Nations*（The Macmillan Company, 1952）, pp. 118–120. ; D. W. Greig, *International Law*（Butterworths, 19776）, pp. 398–402.

（35）　Stephan Wittich, “Direct Injury and the Incidence of the Local Remedies Rule”, *Austrian Review of International and European Law Online*, vol. 5（2002）, pp. 132–134. ; Chittharanjan F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, 2nd edition,（Cambridge, 2004）, p. 160.

（36）　Theodor Meron, “The Incidence of the Rule of Exhaustion of Local Remedies”, *British Yearbook of International Law*（hereinafter *BYIL*）, vol. 35（1959）, p. 86.

（37）　*Ibid*., pp. 86–88.

（38）　Hugh Thirlway, “The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960–1989”, *BYIL*, vol. 66（1995）, p. 89.

（39）　この点につき、Amerasinghe は、Meron の提案する「紛争の主題」の要素にとりわけ依拠するならば、類型化方式と同じ問題、すなわち完全に全ての状況を網羅することの困難という状況に陥る可能性があると述べて、Meron の基準に批判を加えている。（Amerasinghe, *supra* note 35 , pp. 160–163. ）

約違反であれば国家への直接損害ということになるし、請求の性質が金銭賠償や原状回復ならば、私人の利益が優越する間接損害ということになるからである。また、太寿堂は、宣言的判決の例を挙げて Meron の基準は一応の手がかりになるものの決定的ではないことを指摘する(40)。宣言的判決の場合、条約違反の確認を求めるものが多く、条約違反の形式をとればすべて国内救済完了原則の適用を排除できるということになる。ところが、条約の違反という国家の直接の権利侵害の場合でも金銭賠償を請求することがありうる。さらには、国家責任の救済として金銭賠償や陳謝を含めている現在の国家責任法上の方式とも整合しない。したがって、国家への直接損害と間接損害のうち、どちらが優越するかを判断するという方法は採用されているが、何に基づいて優越性を判断するかの基準自体はそれ以降の議論に拠る。そして、この問題につき Adler は、インターハンデル事件では請求された救済が基準とされていた（“remedies test”）のに対し、ELSI 事件で裁判所が示した真の基準は、請求の起源に着目した“but for”基準であったと指摘した(41)。“but for”基準とは、「自国民の損害なしには（but for）」国籍国の請求が成立しない場合、国内救済が尽くされなければならないとする基準である(42)。Adler は Meron の基準のうち、請求の性質に根拠を置き、その判断の際に自

(40)　太寿堂鼎「国内的救済原則の適用の限界」『法学論叢』第 76 巻 1 号・2 号、82-83 頁。ただし、山下は、太寿堂は手続規則上の外在的要因に関する例外と捉えていたが、実際には請求原因となる不法行為の成否に関する実体規則上の例外であって、近年の裁判実行を見る限りでは請求国の訴訟戦術と密接に関連し、さらに問題となる事項に対応する行為類型を禁ずる条約規定の有無が、国内救済原則の適用を排除するか決定する重要な争点となる、と指摘する。山下朋子「国内的救済原則の例外：国連国際法委員会外交的保護条文の検討を中心に」『国際公共政策研究』第 21 巻 1 号（2016 年）、23 頁。

(41)　Matthew Adler, “The Exhaustion of the Local Remedies Rule after the International Court of Justice’s Decision in ELSI”, *ICLQ*, vol. 39(1990), pp. 651-652.

(42)　中谷は、ELSI 事件で米国が「宣言的判決を求めているため、国内救済完了原則は適用されない」と主張したことに対し、実際には違法性の認定も求めているのであって妥当性を欠くとした上で、ELSI 事件の判断基準が Adler の述べる”but for”基準であることを支持した。”but for”基準によれば、請求の根拠が同じであるため私人による国内的救済なしに国家の請求はなしえないため、米国が求めているものが違法性の認定であっても判決に影響しないと解している。（中谷和弘「シシリー電子工業株式会社事件と国際裁判に関する若干の問題」『法学協会雑誌』第 109 巻 5 号、170 頁。）

国民の損害が必要とされるという要素を加えたのである。

他方で Amerasinghe は、国際判決の違反や条約の違反が存在することだけで、国家への直接損害とみなされるわけではないことを述べた[43]上で、Meron の述べる紛争の主題や請求の性質よりもむしろその請求の基礎となる侵害された権利ないし損害の性質そのものに基準があり、国内救済原則の問題を律するのは被った損害もしくは権利の要素たる「真の目的及び利益（“real objects and interests”）」であるとする[44]。そして、侵害された権利が国家に属するか否かは、国家が紛争の目的として自国民の保護の要素を有しているかどうかをさらに深く追求することによって判断できるのであり、これらの損害や権利の違反に基づく請求がどのような形式のものであろうとも、このような場合に国内救済を尽くすことなしに国家の請求を認めることはできないとした[45]。我が国でも、裁判所は、請求の志向する現実目的ないし訴訟の基礎にある利益を確かめることによって、国内救済原則の適用の決定を下すべきであるとする見解がある[46]。しかし、実際には、比較考量されるべき要素の基準として、Meron などの述べる「紛争の主題」「請求の性質[47]」と Adler の述べる“but for”基準、Amerasinghe の「請求の基礎となる損害ないし権利侵害の性質」基準の区別は直ちに理解しがたい[48]。

（43）　Amerasinghe, *supra* note 35, pp. 152–153.

（44）　*Ibid*., pp. 163–164. ; ただし、Amerasinghe は Meron の挙げる基準である請求の性質（nature of the claim）は、より満足できる解決に近いと述べる（*ibid*., p. 163. ）

（45）　*Ibid.,* p. 164. ; 実際に、ヒースロー空港使用料に関するイギリス・米国間仲裁において、仲裁裁判所は、自国への直接損害を根拠に国内救済原則排除を主張する米国の抗弁につき、米国請求の「実体（“real substance”）」が航空会社への賠償であるとの理由からこれを否定した。この際、裁判所は Amerasinghe の基準を用いて判断したことを明確にしている（*United States-United Kingdom Arbitration Concerning Heathrow Airport User Charges, International Law Reports*（hereinafter *ILR*）, vol. 102, pp. 269–271. ）。

（46）　皆川洸『国際訴訟序説』（鹿島研究所出版会、1963 年）、152 頁。

（47）　Trindade も請求の性質という基準を採用するが、なぜ請求の性質を採るのかについては説明がない。A. A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*（Cambridge University Press, 1983）, pp. 173–174.

（48）　Wittich は、全ての状況において、国家への直接損害に基づく請求か、国民の損害という国家への間接的な損害に基づく請求かを区別する基準はないと述べる（*Wittich*, *supra* note 35, p. 185. ）。

ILC も国家への直接損害と国民の損害にもとづく間接損害かの峻別自体が困難であることについて認識している。外交的保護条文草案第 14 条 3 項のコメンタリーにおいて ILC は、Adler の述べる“but for”基準及び Amerasinghe が述べる要素を採用し、国家自身の権利に基づく請求が優越するかもしくは自国民の権利の侵害に基づく請求が優越するかを選択するという優越性（preponderance）基準があるとするが、優越性判断の根拠については学説の優劣を決定することはできないとしている[(49)]。

以上のように、学説においては「直接損害」「間接損害」という概念が示され、国家責任法上もその区別を示す試みがなされてきたものの統一的な基準が示されてはいない。「義務の性質」あるいは紛争当事国が提示する「請求の性質」以上に、外交的保護に関する紛争か対世的義務に関する紛争かを分けるものは存在していない。

2. ICJ における判別基準

それでは、ICJ はどのように外交的保護に関わる請求か、対世的義務に関わる請求かということを区別しているのか。前提として、ICJ はこのような直接的損害と間接的損害が交錯する場合において、どちらを優先するかについて基準を明確にしてはいないことを指摘しておく。

（1）コンゴ民主共和国（DRC）対ウガンダ軍事活動事件

DRC 対ウガンダ軍事活動事件において、ウガンダは第 2 反訴で 1998 年 8 月 20 日の DRC による Ndjili 国際空港攻撃によって 17 名のウガンダ国民及び外交官が非人道的待遇を受けたことを取り上げ、これによってウガンダ国民への非人道的待遇と安全および自由への威嚇は、国際慣習法ないし一般国

---

(49)　*YILC2006, supra* note 23, pp. 74-76, paras. 9-13. ; ただし、Amerasinghe は、この条文で用いられた優越性の基準も侵害された権利に基礎を置く考え方の反映であると評価している。（Chittharanjan F. Amerasinghe, *Diplomatic Protection*（Oxford University Press, 2008）, p. 181.）山下は、ILC の優越性基準の採用について、請求の「優越性」という指標は元来、国内救済原則とは関係ない訴訟法上の論点として存在していたが、現在は「間接侵害」概念が「優越性」の指標と結びつくことで、紛争の主題決定にかかわる受理可能性ないし国内救済原則適用の可否の問題に転化したと指摘する（山下「前掲論文」（注 40）、16-18 頁）。

際法の一部を構成する国家領域における外国人の合法的待遇に関する国際最低基準の違反であると主張した[50]。他方、DRC は、ウガンダの主張は外交的保護の要件が満たされていないため受理不可能であると論じた[51]。それに対してウガンダは、国内救済完了原則の適用について以下の 2 点を根拠にさらに反論した。第 1 に、DRC の違反は外交関係に関する国際法の一般的規則に関するウガンダへの直接的損害であって、ウガンダの代表団として参加していたウガンダ国民が間接的な被害者となったと主張する。すなわち、ウガンダに対する直接的な損害として外交的保護制度の適用自体を否定しているのである。また、第 2 に、たとえ外交的保護が適用されるとしても、DRC におけるウガンダ人に対する裁判は決して公平でなく、実効性を持たない救済手段であるため、尽くすことに意味はなく、そのような場合に国内救済原則が適用されないと述べた[52]。

本件で ICJ は、Ndjili 国際空港のウガンダ人への攻撃について、これをウガンダへの直接的損害である DRC の国際義務の違反ではなく、外交的保護の行使と認定したうえで、被害者のウガンダ国籍と国内救済の完了が証明されていないことから、受理不可能と判断した[53]。ただし、同じ攻撃によって損害を被った外交官については、外交関係に関する国際法から生じる義務の DRC による違反を認定している[54]。

多数意見の見解に対して、Kateka 判事と Simma 判事は、外交的保護ではなく人道法や人権法上の権利侵害、すなわち対世的義務違反として扱うべきと論じている[55]。とりわけ、Simma 判事は Ndjili 国際空港で被害を被った個人について、少なくともジュネーヴ条約の第 1 追加議定書 75 条の規定に

（50） *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, *ICJ Reports 2005*, para. 308.

（51） *Ibid*., para. 315.

（52） *Ibid*., para. 317.

（53） *Ibid*., para. 333.

（54） *Ibid*., para. 339. ; ただし、その損害の賠償については、ウガンダが請求を放棄したため、賠償段階では扱われなかった（*Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, réparations, arrêt, *C.I.J. Recueil 2022*, para. 58. ）。

（55） Dissenting Opinion of Judge Kateka, *Armed Activities on the Territory of the Congo, supra* note 50, para. 69.

よる保護が適用されるとした(56)。そして、同時に自由権規約7条他の規定が適用される。Simma判事もウガンダが被害者の国籍を証明していないことは認めた上で、そのような被害者についてもウガンダが原告適格を持ちうるかについて検討している。人道法について、パレスチナ分離壁に関する勧告的意見(57)を参照し、ジュネーヴ条約1条が条約の締約国に対してその尊重を確保する義務を規定していることを根拠とする(58)。また、人権法については、自由権規約の義務がウガンダを含む国家の集団に対して、規約の締約国の集団的利益の保護のために確立された義務の性質により、国家責任条文草案48条に則って被害者の国籍に関わらず国家責任を提起することが可能であるとする。ウガンダは、外交的保護権の行使を選択して失敗しているが、人道法も人権法も、条約の規則がすべての国に義務違反を提起する権利だけでなく、問題となった義務の尊重を確保する義務を創設するので、国際人道法と国際人権法の基準の受理可能性とこれらのDRCの違反を提起する原告適格をICJが後押しすることは、当事者の弁明の範囲を超えないと述べた(59)。

Simma判事は、本件において被害者がウガンダ国籍を有していることを証明していれば、ウガンダによる外交的保護権の行使が可能であったがそれには失敗していると指摘する。しかし、そうであっても、条約の定める義務の性質が対世的であるために、すべての国家がその違反を提起する法的利益を有すると分析する。その意味で、彼の見解も個人の（条約上の）権利の保護において国籍国の外交的保護が手段として存在するが、国籍が証明されていない場合でも（外交的保護の要件が整わない場合でも）、人道法および人権法の条約義務の性質により、対世的義務に対する国家責任としてILC国家責任条文草案48条が想定するような法的利益をすべての国家が有しうると

（56） Separate Opinion of Judge Simma, *Armed Activities on the Territory of the Congo, supra* note 51, paras. 20–29.

（57） *The Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, *ICJ Reports 2004*, paras. 158–159.

（58） Simma, *supra* note 56, paras. 33–34.

（59） *Ibid*., paras. 35–37.

判断しているのである。Simma 判事の見解からは明らかではないが、外交的保護権の行使と対世的義務による国家責任の提起の間に優劣はないようにも思われる。

（2）Diallo 事件（2007 年先決的抗弁判決、2010 年本案判決、2012 年賠償判決）

Diallo 事件は「人権の普遍性という枠組において、二つの人権条約、すなわち普遍的レベルでの 1966 年の国際人権規約、地域的レベルでの人及び人民の権利に関するアフリカ憲章について、ICJ がその違反を認めた史上初めての事件である [(60)]」。2007 年の先決的抗弁判決で、ILC 外交的保護条文草案 1 条を慣習法上の外交的保護の定義を反映したものとして取り上げ、そして、外交的保護の事項的管轄に国際人権の保障を含むようになったと述べた [(61)]。この言説によって、ICJ は外交的保護権の根拠となる個人の損害に人権条約の違反を含めることを可能にした。2010 年の本案判決で、Diallo に対する個人の権利侵害に関して、ICJ はギニアが自由権規約やアフリカ人民憲章などの人権条約に違反したことを以下のように認定している。

自由権規約とアフリカ人民憲章の解釈に当たって、これらの規定が国家に「法律」にしたがって決定する義務を課している。ここで言う「法律」は関係する国内法であり、すなわち、国際法の遵守がある程度国内法に依存している。しかし、「法にしたがって」ということは当該規定の遵守に必要な条件ではあるが、それだけでは十分ではない。第 1 に適用可能な国内法それ自体が、自由権規約、アフリカ人民憲章他の規定に合致していなければならない。第 2 に、この措置が恣意的な性質を有していてはならない。なぜならば、恣意的な待遇からの保護というものが人権保護の国際規則において保障されるべき権利の核心であるからである。このことは、人権委員会の見解や一般意見の中で裏付けられる。ICJ がこれらの見解に従う義務を負っているわけではないが、ここで問題なのは、権利を保障される個人と条約上の義務を遵守する国家にとって権利となる法的安定性と同様に、国際法の必要な明確性と本質的な一貫性が達成されることである [(62)]。

（60）　Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, *Ahmadou Sadio Diallo*, *supra* note 20, para. 1.

（61）　*Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil 2007*, para. 39.

自由権規約 13 条およびアフリカ人民憲章の 12 条 4 項に基づく DRC の追放に関する手続の恣意性については、DRC が Diallo に対して発布した命令が首相のサインによるものであったという事実によって、「法にしたがって」発せられた命令でないということは結論付けられない。しかし、居住許可を得ている外国人の追放に対する出入国管理に関する命令 16 条にしたがって出入国管理局が協議によって命令を下していないこと、追放命令は 1983 年の命令によって理由が付されていないこと、「国家安全保障上やむを得ない理由」を DRC が証明されていないことを根拠に当該規定の違反を認定している[(63)]。

さらに、逮捕・勾留に関して自由権規約 9 条 1 項・2 項およびアフリカ人民憲章 6 条の違反について、以下の 2 つの理由から認定している。第 1 に Diallo の逮捕と勾留は DRC 法の要件に従っていないことである。第 2 に、確かに原則として権限ある当局によって取られた追放命令の履行を目的とした逮捕・勾留は、たとえ追放命令の合法性が問題となっている場合でも、当該条文の意味するところの「恣意的」であるとは直ちにみなしえないが、Diallo の勾留が非常に長期に渡っていることや、勾留の必要性についての見直しがなされていないということから、考慮の余地がある。DRC は Diallo の追放や国内裁判所での手続について説得的な理由を示しておらず、Diallo が、ザイール国家や国営企業から債権を回収しようと試みた事実との関連性などの状況を鑑みて、当該規定が意味するところの恣意的な措置に当たると判断した[(64)]。9 条 2 項についても、逮捕の際にその理由を知らされなければならないという条件を DRC が遵守したことを示す証拠はなかった[(65)]。また、ICJ は「非人間的かつ品位を下げるような取り扱いの禁止は、条約の規定を離れてさえもあらゆる状況において国家を拘束する一般国際法の規則であることは疑いがない[(66)]」としつつ、人権条約から離れて一般国際法で

(62)　*Ahmadou Sadio Diallo*, *supra* note 20, paras. 64–66.
(63)　*Ibid*., paras. 70–74.
(64)　*Ibid*., paras. 77–83.
(65)　*Ibid*., para. 84.
(66)　*Ibid*., para. 87. ; 他方で、ギニアが主張していた一般国際法上の権利の侵害について、

の待遇について扱うことは避け、勾留中の虐待に関する自由権規約 10 条 1 項と一般国際法の違反についてギニアの証拠不十分で請求を棄却した[(67)]。

Diallo 事件本案はその義務内容に外交的保護の要素が影響していない。Trindade 判事が指摘するように、手続的に外交的保護を用いたケースであったかもしれないが、本件で適用された実体法は国際人権法である[(68)]。このことは、2012 年の賠償判決の主題が Diallo の人権侵害の帰結としての金銭賠償の問題とされていることからもわかる。すなわち、ギニアは自国民について外交的保護権を行使し、その結果彼に生じた損害である人権侵害の賠償を求めているのである[(69)]。ICJ の態度からも、外交的保護が請求の手続手段に留め置かれ、国籍国の請求として国際訴訟に取り上げられれば、外交的保護権が実体法に影響を及ぼすことはないと理解しうる。しかし、この場合に、なぜ国籍国が人権条約の違反を取り上げることができるのか、それを外交的保護権の行使としなければならないのかについての説明はなされていないように思われる。開出は、このような外交的保護権の行使について、領域国が国籍国に対して、黙示または明示に、領域内の国籍国の国民に、領域国国内法上の一定の権利を保障すると約束しており、こうした約束の違反を根拠として国籍国が領域国に責任追及を行うのが外交的保護であるとして、約束責任説を提唱する[(70)]。そのうえで、本件で ICJ は人権条約に約束の束、

ICJ は非人道的な待遇に関する条約上の問題と慣習法上の問題を区別しようとしているが、その説明が不十分である。このことを指摘するものとして、Annemarieke Vermeer-Künzli, *supra* note 17, pp. 618-619.

(67)　*Ibid*., para. 87.

(68)　Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, *supra* note 60, paras. 222-231.

(69)　*Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, indemnisation, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012*, para. 13. ; 本件の賠償判決について、ICJ は欧州人権裁判所や米州人権裁判所の判例を金銭賠償の範囲算定において参照した。しかし、これを「金銭賠償を規律する一般原則」として適用している。薬師寺は、この算定方法について、人権の侵害であるがゆえに真の権利保持者による精神的・非物質的損害が重視されたことは特筆されるべきであり。このような算定方法は個人によって提起された請求を人権裁判所が判断する際に、人権裁判所によって適用されるものと同じであると評価している。Kimio Yakushiji, “The International Court of Justice and Diplomatic Protection” in Stefan Kadelbach, Thilo Rensmann and Eva Rieter（eds. ）, *Judging International Human Rights, Courts of General Jurisdiction as Human Rights Courts*（Springer, 2019）, pp. 117-119.

つまり締約国それぞれが他の締約国全てにそれぞれにした、約束した国の領域内において約束された国の国民に一定の権利を与える約束の束が含まれており、こうした約束に基づいて外交的保護が行われると考えられていたからこそ、このように述べることができたとしている[71]。確かにこの理解は、人権条約も領域国が国籍国にした約束の一部と考えると整合的である。しかし、請求国が人権条約の違反を取り上げる際に、外交的保護と対世的義務違反に対する責任追及とを選択する基準はどこにあるのか。なぜギニアが人権条約の違反について 48 条の対世的義務違反を提起しないのか。次に、ILC の国家責任条文草案 48 条での人権条約違反の責任追及について検討する。

3. 国家責任条文草案 48 条で想定された人権侵害の追及

山本は、人権条約が通常の国家間関係を規律するような条約と異なり、各当事国が同一の条約義務を受諾して「共同歩調」を取ることに法的利益を有しているために、自国の義務の受諾と実現が相手国への条約義務の履行とそこから生じる利益を享受するという直接的な対応関係が存在しない[72]と指摘する。確かに、国家責任条文草案 48 条が人権の保障の国際公益性に鑑みて、その公益を違反国に実現させるため第三国に可能な請求として規定された[73]ということに鑑みると、人権侵害に対しては「被害国」が存在しないものとして、外交的保護ではなく 48 条の制度を使うことが想定されている。とりわけ、人権侵害が領域内で自国民に対してなされる場合は「被害国」は存在しないため、このように理解される。

他方で、自国民に対して外国領域において条約で規定された人権が侵害さ

(70)　開出雄介「外交的保護の法的構造―国家責任法論の再構成のために―」『国家学会雑誌』131 巻 7・8 号、60-136 頁。

(71)　開出雄介「判例研究・国際司法裁判所　ディアロ事件（ギニア共和国対コンゴ民主共和国）（本案判決・2010 年 11 月 30 日）（賠償判決・2012 年 6 月 19 日）」『国際法外交雑誌』第 122 巻第 3 号（2023 年）、155 頁。

(72)　山本草二「国際経済法における相互主義の機能変化」高野雄一編『国際関係法の課題（横田先生鳩寿祝賀）』260-261 頁。

(73)　兼原敦子「国際義務の履行を「確保する」義務による国際規律の実現」『立教法学』第 70 号（2006 年）、275-277 頁。

れた場合に、これを国籍国が外交的保護権を行使して保護できないとするのは道理が通らない。また、ILC も 48 条は 42 条の補完であり、「被害国以外の国」が請求しうるのは「被害国」あるいは被害者のためとしている (74)。したがって人権侵害の場合でも、国籍国が外交的保護を行使することが可能であるならば外交的保護が優先される。Milano は国家責任条文草案と外交的保護条文草案を合わせ読むと、伝統的な外交的保護のメカニズムを超えて対世的な人権義務の履行確保に残された余地は小さい (75) とするのはこの趣旨である。しかし、問題はその理論的根拠である。

萬歳は、人権侵害に対する国家責任追及では、1 国の義務違反によって共同歩調を崩されたことで、対世性を有する多数国間条約の当事国が等しく合法性回復についての共通利益を持つことになるが、当該義務違反の追及に関しては特別に影響を受ける国あるいは義務の履行と権利の享有に根本的な変化を生ずるような影響を受けた国家が 1 次的な責任追及権を有する (76) とする。また、浅田も、人権条約の義務違反であっても、人権侵害の被害者が侵害国の国籍とは別の国籍を有する場合には、その国籍国が国家責任条文草案の 42 条(b)(i)に照らして、「特に影響」を受けた「被害国」とされる。そして、その場合にも、国籍国以外の国は、違反のあった義務が対世的あるいは当事国間対世的である限りで、「被害国以外の国」として、第 48 条の定める限定された範囲内で人権侵害国の責任を追及することができるということになろうと述べる (77)。国家責任条文草案の 42 条(b)と 48 条 1 項では、カバーする義務の点においては相互に排他的ではなく、部分的に重なり合ってい

(74)　ILC, Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, Commentary on Article 48, para.

(75)　Milano, *supra* note 31, pp. 107–108.

(76)　萬歳寛之『国際違法行為責任の研究―国家責任論の基本問題―』（成文堂、2015 年）、281–285 頁。

(77)　浅田「前掲論文」（注 18）、65 頁。; 浅田が比較対象としている岩沢の分析（岩沢雄司「国際義務の多様性―対世的義務を中心として―」中川淳司・寺谷広司（編集代表）『国際法学の地平：歴史、理論、実証』（東信堂、2008 年）123–170 頁。）について、外国人の人権侵害に 42 条が適用されることについて排除していないと思われるが、浅田は人権条約上の義務のような一体的義務（絶対的義務）について 48 条 1 項（a）で規定されているという認識には疑問を呈している。

る(78)のであって、このことはコメンタリーが指摘する 42 条と 48 条を相互に排他的な関係ではないという点と合致する。ある国が 42 条の意味で被害をこうむり、他の国が 48 条の下で責任を追及したり(79)、48 条の下で「被害国以外の国」が責任追及権を与えられる場合に同じ国際違法行為との関係で「被害国」が責任追及権を与えられたりする(80)のである。薬師寺も人権条約は条約違反があっても、原則として違反国の管轄の下にある個人の人権が侵害されるだけで、他の条約当事国自身の実体的権利が侵害されるわけではないが、このことは締約国の義務違反行為によって、他の締約国が、例えばその国民の人権が侵害を受け、または人権侵害国から多数の難民が領域内に流入するなど、ILC の国家責任条文 42 条に定義する「被侵害国」になる場合があることを否定するものではないと論じる(81)。

伝統的には国家間紛争は二国間で争われるべきものとされ、多数国間条約に関する紛争であっても、二国間関係の束に還元されるものとされてきた(82)。ICJ は人権が重要な位置を占める国連憲章の目的と原則を促進することを義務付けられている国連の主要な司法機関として常に意識的である(83)にもかかわらず、人権の問題を中心に据えて扱うケースは非常に稀であった(84)のは、このような ICJ の紛争に対する態度があったからと考えられる。ICJ は 21 世紀に入ってから真正面から人権条約の紛争解決条項に基づいて直接国家間紛争の中で人権の問題を扱うようになった(85)。しかし、

---

(78)　浅田「前掲論文」(注 18)、66 頁。

(79)　*ILC*, Commentary on Part3 chapter1, para. 3.

(80)　*Ibid*., Commentary on Article 48, para. 4.

(81)　薬師寺公夫「人権条約の下で国家が負う義務の特殊な性格が条約義務不履行に対する締約国の国家責任の内容と実施に及ぼす影響について（1)」『立命館法学』第 403 号(2022 年)、552 頁。

(82)　Riccardo Pisillo Mazzeschi, *International Human Rights Law, Theory and Practice*（Springer, 2021), pp. 22-24.

(83)　Vera Gowland-Debbas, “The ICJ and the challenges of human rights law”, in Mads Andreas and Erik Bjorge（eds.), *A Farewell to Fragmentation*（Cambridge University Press, 2015), p. 110

(84)　Rosalyn Higgins, “The International Court of Justice and Human Rights”, in K. Wellens(eds.), *International Law: Theory and Practice: Essays in Honour of Eric Suy*,（The Hague, Martinus Nijhoff, 1998), pp. 691-705.

(85)　Rosalyn Higgins, “Human Rights in the ICJ”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 20

ICJ は人権裁判所ではないため、ICJ が人権法の違反について扱う場合、裁判所の管轄権はあくまで当事国間の合意に基礎づけられ、違反された義務内容が普遍的・対世的であったことにより自動的に ICJ が管轄権の基礎を持つわけではない[(86)]。ICJ が条約の裁判条項で人権条約をはじめとする対世的義務の追及を行う権限を付与していることを基礎としてその限りで人権条約の義務違反を判断する。そして、ICJ が人権条約の義務違反について一般的義務の違反として扱う場合、個人の名前を特定して違反を取り上げるのではなく集団的に取り扱う特徴がある[(87)]。他方で、個人の人権侵害の救済が紛争主題になる場合は、名前が特定された個人の外交的保護のレンズを通して扱われる[(88)]。前者においては「被害者」に名前はなくてもよいが、後者では個人の特定性が重要であるということになる。

このことは、Cyprus v. Turkey 事件で欧州人権裁判所が採用しているメカニズムからも見いだせる。欧州人権裁判所は、欧州人権条約 41 条（正当な満足）の適用にあたり、41 条は国家間の手続においては適用されないとのトルコの主張に対して、41 条の適用を肯定した。その際、「申立国に対する正当な満足の付与が正当化されるかどうかという問題は、特に、申立国政府によってなされた申立の種類、侵害の被害者を特定できるかどうか、また、裁判所に対する最初の申立から判別される限りにおいて、訴訟を提起する主な目的などを考慮して、裁判所がケースバイケースで評価し、決定しなければならない[(89)]（下線筆者）」とする。したがって、「申立国は他の締約国の一般的な問題（制度的な問題や欠点、行政慣行など）について苦情を申し立てることができる。このような場合、申立国政府の主な目的は、条約の下での集

（2007）, pp. 745–751. ; Bruno Simma, “Mainstreaming Human Rights: The Contribution of the International Court of Justice”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 3, No. 1（2012）, pp. 7–29.

（86）　*Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence et recevabilité, arrêt, *C.I.J. Recueil 2006*, paras. 64–70.

（87）　*Armed Activities on the Territory of the Congo*, *supra* note 50, para. 205.

（88）　Vera Gowlland-Debbas, *supra* note 83, p. 141.

（89）　ECtHR（Grand Chamber）, *Cyprus v. Turkey*（Application no. 25781/ 94）, Judgement（Just satisfaction）, 12 May, 2014, para. 43.

団的な責任の枠内で欧州の公序を擁護することである。このような状況では、たとえ申立国政府がそのような主張をしたとしても、41 条に基づく正当な満足の裁定を下すことは適切ではないかもしれない。申立国が、他の締約国による自国民（または他の被害者）の基本的人権の侵害を糾弾する、別の種類の国家間の苦情もある。実際、このような請求は欧州人権条約 34 条に基づく個人申立でなされるものだけでなく、外交的保護の文脈でなされる請求に類似する(90)」と述べたのである。本件において、「条約の下での集団的な責任の枠内で欧州の公序を擁護すること」という普遍的な訴訟と外交的保護（あるいは個人申立）は区別されているが両者が併記されているようにも思われるのである。

特定の個人に対する拷問の場合、「拷問を…なくすための…努力を一層効果的なものにする」という目的のために、締約国の義務の遵守を確保することと名前の特定された個人の拷問を救済することは利益が異なる。また、ジェノサイドの場合は、「集団の破壊の意図」が必要であるので、特定の個人が対象になるということは想定しにくいようにも思われるが、例えばジェノサイド条約の締約国の国民がジェノサイドの被害者援助のために戦闘地域で活動しており、戦闘に巻き込まれて負傷あるいは死亡した際に被害者の国籍国が外交的保護をする可能性がないとは言えない。そこに、ジェノサイド条約の締約国による特定の集団に対する攻撃がジェノサイドとして認定され、被害者がその戦闘に巻き込まれた者として特定されるのであれば、一般利益の侵害に対する国家責任の追及と外交的保護とが並立するのではないだろうか(91)。かかる状況で国内救済完了原則を尽くすのは難しく外交的保護には

(90)　*Ibid*., paras. 44–45. ; この救済について、欧州人権裁判所は「条約の性質上、1 つまたは複数の条約上の権利の侵害によって直接的または間接的に損害を受け、主に「被害」を受けるのは個人であり、国家ではないということを常に念頭に置かなければならない。したがって、国家間申立において正当な満足が与えられる場合、それは常に個々の被害者の利益のために行われるべきである（ibid., para. 46）」と述べ、Diallo 事件の 2012 年賠償判決を参照した。

(91)　例えば、日本は、ジェノサイド条約に加盟していないことから、当事国間対世的義務でイスラエルを提訴することはできない。もし、日本が ICJ にイスラエルを訴えるとしたら、（ジェノサイドの防止が慣習法化しているという前提で）対世的義務違反と外交的保護、どちらかを選択するのか、両方選択しうるかという問題である。

時間がかかるとなれば、南アフリカ対イスラエルの紛争のように対世的義務違反に対する責任追及が選択されるのであろうが、自国民については外交的保護で、それ以外の被害者については対世的義務違反でという請求の方式も排除されているとは言えない。

四．結びにかえて

国家責任法の下で、個人に対する権利侵害は原則として外交的保護権の行使の問題とされてきた。この場合、一般利益の侵害に対する回復とは明確に区別され、ILC の国家責任条文草案上も異なる規定が適用されてきた。本稿での検討はあくまで可能性の検討であり、これを支持する明確な裁判判例などが見いだせたわけではない。本稿で検討してきたように、国家の損害について直接的か間接的かを区別する基準が明確ではない中で、重要なのは当事国の請求の性質あるいは紛争の性質である。結局、当事国が請求を提起する際に、外交的保護か対世的義務違反かどちらを選択するかという訴訟戦略上の問題とも言えなくもない。外交的保護の要件についてある程度緩和されているとはいえ、受理可能性における要件を厳格に適用した結果、救済が認められない、あるいは外交的保護でなされた賠償が個人に還付されないなどの問題により、外交的保護をあえて選択せずに対世的義務違反として責任を提起する方法を選ぶ実際上の理由もあるかもしれない。訴訟法上の問題について、とりわけ紛争の存在、原告適格の問題、訴訟参加の問題については稿を改めて検討したい。

（拓殖大学政経学部准教授・本学法学部客員研究員）

〔付記〕本研究は JPSP 科研費（課題番号 20K13333）による研究成果の一部である。

研究ノート

自衛権行使における必要性原則の規範内容と法的機能

広見　正行

1　問題の所在
2　必要性原則の規範内容
（1）紛争の平和的解決義務との関係
（2）自衛の均衡性原則との関係
（3）自衛の即時性原則との関係
（4）武力紛争法の軍事目標主義との関係
（5）小括
3　必要性原則の法的機能
4　結語

1　問題の所在

自衛における必要性原則は、カロライン号事件におけるウェブスター米国務長官書簡を起源とするとされる一方、それ以上の詳細な分析はなされてこなかったように思われる。たとえば、自衛における必要性・均衡性原則の先駆的研究で知られる Gardam は、「必要性〔原則〕は常に（ほとんど決まり文句として）言及される一方、もしあったとしても滅多に自衛に関する〔国連〕憲章体制との関係において分析されていない」と指摘する(1)。このことは、学説上、自

(1)　Judith Gardam, *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States* (Cambridge University Press, 2004), p. 149. かく言う Gardam 自身、著書では自衛権の必要性原則の分析を 8 頁しかしていない。Gardam, *ibid.*, pp. 148–155. むしろ Gardam の関心は均衡性原則に集中しているように思われる。See, *idem.*, "Proportionality and Force in International Law," *AJIL*, Vol. 87 (1993), pp. 391–413; *idem.*, "Proportionality as a Restraint on the Use of Force," *Australian Yearbook of International Law*, Vol. 20 (1999), pp. 161–174.

衛の均衡性原則の規範内容（比較対象）をめぐる議論が近年活発に展開されてきたことと対照的である[(2)]。それゆえ「〔自衛における均衡性、必要性、即時性という〕三つの概念のうち、必要性が最も問題である」と指摘されることもある[(3)]。

自衛における必要性原則の定義として、カロライン号事件におけるウェブスター米国務長官書簡（1837 年）の一節、すなわち、「急迫して、圧倒的であり、手段を選択する余裕もなく、かつ、熟慮の時間もないような自衛の必要性」が現代でも一般的に引用される[(4)]。この一節は、自衛の必要性を評価する基準として複数の要素を挙げているものと解される[(5)]。問題は、Gardam の指摘する通り、ウェブスター・フォーミュラーに示された自衛の必要性原則の基準が国連憲章の下でどの程度維持されているか（および国連憲章の下で新たに追加された基準があるか）、である。しかしながら、数多くの訴訟当事国が訴訟手続において必要性原則の内容としてウェブスター・フォーミュラーを引用してきたにもかかわらず[(6)]、国際司法裁判所（ICJ）は、これまで、この問題に真正面からは答えてこなかった。

---

(2)　Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*（Oxford University Press, 1994）, pp. 230–232; David Kretzmer, “The Inherent Right to Self-Defence and Proportionality in *Jus Ad Bellum*,” *EJIL*, Vol. 24（2013）, pp. 267–282; Georg Nolte, “Multipurpose Self-Defence, Proportionality Disoriented: A Response to David Kretzmer,” *EJIL*, Vol. 24（2013）, pp. 283–290; Theodora Christodoulidou and Kalliopi Chainoglow, “The Principle of Proportionality from a *Jus ad Bellum* Perspective,” in Marc Weller（ed.）, *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*（Oxford University Press, 2015）, pp. 1187–1199. 田中佐代子「自衛権行使における均衡性原則の射程」『国家学会雑誌』第 123 巻 9・10 号（2010 年）816–875 頁。

(3)　Dapo Akande and Thomas Liefländer, “Clarifying Necessity, Imminence, and Proportionality in the Law of Self-Defence,” *AJIL*, Vol. 107（2013）, p. 564.

(4)　Letter from Mr Webster to Lord Ashburton（6 August 1842）, *British and Foreign State Papers*, 1841–1842, Vol. 30, p. 201. たとえば、1946 年のニュルンベルク国際軍事裁判所判決において、ドイツのノルウェー侵攻が自衛により正当化されるかを判断した箇所において、この一節が引用されている。*Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, Vol. 1（1947）, p. 207.

(5)　Georg Schwarzenberger, “The Fundamental Principles of International Law,” *RdC*, Vol. 87（1955）, p. 332; Robert Jennings and Author Watts（eds.）, *Oppenheim’s International Law*, 9th edn., Vol. 1（Longman, 1992）, p. 420.

(6)　In the *Nicaragua* case, Nicaragua, *Memorial*, paras. 297–298; in the *Oil Platforms* case, Iran, *Memorial*, para. 4. 18, US *Rejoinder*, para. 5. 35; in the *Armed Activities* case, DRC, *Reply*, para. 3. 159.

ICJ は、「対ニカラグア軍事準軍事活動」事件本案判決において、「〔米国による〕これらの措置は、エルサルバドル政府に対する武装反徒の主要な攻撃が完全に撃退された数ヶ月後に実施され、その効果を生じせしめた」ことを根拠として、時間的基準から、ニカラグアに対する米国の行動が必要性原則を充足していなかったと判示している(7)。これに対し、「コンゴ領における軍事活動」事件（コンゴ対ウガンダ）本案判決では、ICJ は、「ウガンダの国境から何百キロも離れた空港や都市の制圧は、自衛の目的で（自衛権行使のために：pour l'exercice de ce droit）必要であったとは思われない」として、地理的基準から、必要性原則を判断している(8)。さらに、「オイル・プラットフォーム」事件本案判決では、ICJ は、「米国が……油井の軍事活動についてイランに対し抗議した証拠はなく、油井を標的としたことが必要な行為とみなされたことを示していない」ことを根拠として、標的を基準として、米国による油井の攻撃が必要であったとは認められないと判示している(9)。このように、一見すると ICJ による必要性原則の評価基準は一貫していないようにも思われる。

さらに学説上は、必要性原則の規範内容をめぐり、必要性原則と関連する種々の原則との混同がみられ、①紛争の平和的解決手段を尽くしたこと（exhaustion）または利用不能であることと捉える見解、②自衛の均衡性原則と不可分の一体と捉える見解、③必要性原則と即時性原則（immediacy）とを区別する見解、④武力紛争法の軍事目標主義と同義と捉える見解など、種々の混乱がみられる。そこで本稿は、①紛争の平和的解決義務との関係（2(1)）、②自衛の均衡性原則との関係（2(2)）、③即時性原則との関係（2(3)）、④武力紛争法の軍事目標主義との関係（2(4)）の 4 点から、必要性原則の規範内容を明らかにする。

また、自衛の必要性原則の規範内容との関係において、その法的機能も問題となる。Schacter が指摘するように「……〔武力〕攻撃を受けている国は自衛の必要性の下にあると結論せざるをえない」とすれば(10)、武力攻撃の発生を自衛権行使の要件としているとされる国連憲章においては、必要性原則の自動

(7)　*I. C. J. Reports 1986*, p. 122, para. 237.

(8)　*I. C. J. Reports 2005*, p. 223, para. 147.

(9)　*I. C. J. Reports 2003*, p. 198, para. 76.

(10)　Oscar Schachter, "The Right of States to Use Armed Force," *Michigan Law Review*, Vol. 82 (1984), p. 1635; *idem.*, *International Law in Theory and Practice* (Martinus Nijhoff, 1991), p. 152. *See also*, Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 6th edn. (Cambridge University Press, 2017), p. 281, para. 740.

的充足が推定されることとなり(11)、（武力攻撃の要件とは区別される）必要性原則に固有の機能は極限されることとなる。実際に「他国による現在進行中の攻撃に対する即時的対応において自衛が用いられるとき、実行は、〔自衛を用いる〕国は代替手段を求めたり用いたりする必要はないことを示している」という(12)。

加えて、Gardam は、「……必要性の評価は、武力を行使する決定がなされる時点で生ずる。一度その決定がなされたならば、必要性の機能は完了する……。」と主張する(13)。もし Gardam の主張するように必要性原則が自衛における武力行使を開始する時点でのみ適用されるとすれば(14)、現在進行中の武力攻撃に対して自衛権を行使する場合には必要性原則の自動的充足が推定されることと相俟って、必要性原則は固有の機能を果たさないこととなりうる。そこで本稿は、必要性原則の規範内容を明らかにした上で、その法的機能について再検討する（3）。

2　必要性原則の規範内容

（1）紛争の平和的解決義務との関係

学説上、必要性原則を紛争の平和的解決と関連づけて説明するものがある。たとえば、Schachter は「平和的手段が欠けている、または、それが明らかに無益であると判明するまで、武力は必要であるとみなされるべきではない」と必要性原則を定義する(15)。また、Gardam も、必要性原則の一側面として、紛

（11）　Chris O'Meara, *Necessity and Proportionality and the Right of Self-Defence in International Law*（Oxford University Press, 2021）, p. 57.

（12）　Akande and Liefländer, *supra* note（3）, p. 564.

（13）　Judith Gardam, "Necessity and Proportionality in *Jus Ad Bellum* and *Jus In Bello*, " in Laurence Boisson de Chazournes and Philippe Sands（eds. ）, *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*（Cambridge University Press, 1999）, p. 277. *See also*, Gardam, *Necessity, Proportionality*, p. 155; Dinstein, *supra* note（10）, p. 282, para. 742.

（14）　Gazzini は、「必要性の要件は、軍事的措置に訴える最初の決定の時点だけでなく、活動を通じて、尊重されなければならない。」と主張し、真っ向から対立する見解をとる。Tarcisio Gazzini, *The Changing Rules on the Use of Force in International Law*（Manchester University Press, 2005）, p. 146.

（15）　Schachter, "The Right of States to Use Armed Force, " p. 1635; *idem*, *International Law in Theory and Practice*, p. 152.

争の平和的解決に言及する(16)。Gazzini は、さらに踏み込んで、「紛争を平和的手段によって解決する義務は……憲章第 2 条 3 項のような実定法規則だけでなく必要性原則にも由来する」と指摘する(17)。

その上で、これらの見解は、必要性原則の内容として、①紛争の平和的解決手段を尽くしたこと（exhaustion）と②紛争の平和的解決手段を用いることが不可能であることの二つを検討する(18)。さらに、前者については、「平和的解決を先に求めるべきであるという理由で、抵抗なしに侵攻が進むことを容認するよう国に求めることは、実際上、自衛の権利を無効にする」ため妥当しない、との指摘がなされることがある(19)。

必要性原則を紛争の平和的解決と関連づけて説明する学説に対しては、次の二点を指摘することができる。第一に、このような見解のいくつかは、自衛権の必要性原則と国連憲章第 2 条 3 項あるいは第 33 条の定める紛争の平和的解決義務とを区別していない。仮に両者の事項的適用範囲が同一であるとすれば、一般法たる国連憲章第 2 条 3 項および第 33 条を適用すれば十分であり、特別法として自衛の必要性原則に固有の機能は存在しないこととなる。しかしながら、ICJ は「対ニカラグア軍事準軍事活動」事件本案判決において、必要性原則と紛争の平和的解決義務とを別個のものとして評価している(20)。

第二に、国連憲章第 33 条のコメンタリーが指摘するように、「紛争当事者の〔紛争を平和的に解決する〕責任は、当該当事者間に軍事活動が生じた後でさえ存続する。明らかに、武力紛争の状況において、平和的解決のための努力が続けられなければならない。……武力紛争の発生は、憲章上存在する一般的な諸義務の停止を伴わない。」(21)。実際に、国家実行上も、武力攻撃を受けた国

---

(16)　Gardam, *Necessity, Proportionality*, pp. 150–151, 153.

(17)　Gazzini, *supra* note (14), p. 144. Schachter も当初は自らの定義する必要性原則と憲章第 2 条 3 項の平和的解決を求める義務との関連性を示唆していた。Schachter, “The Right of States to Use Armed Force,” p. 1636. しかし、後の著作では、憲章第 2 条 3 項へ言及した一文が削除されている。*Idem*, *International Law in Theory and Practice*, p. 152.

(18)　James A Green, *The International Court of Justice and Self-Defence in International Law* (Hart Publishing, 2009), pp. 80–86.

(19)　Schachter, “The Right of States to Use Armed Force,” p. 1635; *idem*, *International Law in Theory and Practice*, p. 152.

(20)　*I. C. J. Reports 1986*, paras. 237, 290.

(21)　Christian Tomuschat, “Article 33,” in Bruno Simma *et al.* (eds), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 3rd edn., Vol. 1 (Oxford University Press, 2012), p. 1074, para. 14. *See also*, Alain Pellet, “Peaceful Settlement of International Disputes,” *MPEPIL*, online edition

は、自衛における武力を行使するのと同時並行して、交渉や仲介、調停などの平和的手段による解決を試みている（イラン・イラク戦争、フォークランド紛争など）[22]。したがって、（自衛における）武力行使と平和的手段とは相互排他的ではない[23]。自衛の必要性原則を紛争の平和的解決義務と関連づける見解は、国連憲章第 2 条 3 項と第 2 条 4 項の武力行使禁止原則との関係を、国連憲章第 2 条 3 項と第 51 条の自衛（の必要性原則）との関係と混同しているのである。

「対ニカラグア軍事準軍事活動」事件（本案）において、Schwebel 判事は、「必要性の問題は、本質的に、米国が武力的措置によって達成しようと試みた目的を実現する利用可能な平和的手段が米国にとって存在したかどうかである」と述べ、必要性原則を平和的手段と関連づけた[24]。しかしながら、多数意見はこの見解を採用していない[25]。また、「オイル・プラットフォーム」事件において、米国は、油井に対する武力行使が必要であった根拠の一つとして、自衛に代わる平和的手段が存在しなかったことを挙げた[26]。しかし、ICJ は、必要性原則の評価において、平和的手段を考慮していない[27]。同様に、「コンゴ領における軍事活動」事件（コンゴ対ウガンダ）において、コンゴは、ウガンダによる武力行使が自衛の必要性原則を充足していないことの根拠として、ウガンダが武力行使の前に平和的解決手段を尽くさなかったことを挙げた[28]。これに対し、ウガンダは「そのような原則は……自衛権の制限を構成するものではない」と反論している[29]。最終的に、ICJ は、必要性原則の評

（2013）, para. 24.

（22） Anthony Clark Arend, “The Obligation to Pursue Peaceful Settlement of International Disputes During Hostilities, ” *Virginia Journal of International Law*, Vol. 24（1983）, pp. 113−123; O’Meara, *supra*note（11）, pp. 41−42, 53.

（23） G. G. Shinkaretskaia, “Peaceful Settlement of International Disputes: An Alternative to the Use of Force, ” in W. E. Butler（ed. ）, *The Non-Use of Force in International Law*（Martinus Nijhoff, 1989）, pp. 39−51.

（24） Dissenting Opinion of Judge Schwebel, *I. C. J. Reports 1986*, p. 363, para. 201.

（25） *I. C. J. Reports 1986*, p. 122, para. 237.

（26） US, *Counter-Memorial*, para. 4. 23; US, *Rejoinder*, para. 5. 45. なお、イランは、自衛の必要性との関係において、平和的手段に言及していない。

（27） *I. C. J. Reports 2003*, p. 198, para. 76.

（28） DRC, *Memorial*, para. 5. 28; DRC, *Reply*, para. 3. 159; DRC, *Public Sitting*, CR2005/ 3, pp. 48−52, paras. 5−16.

（29） Uganda, *Public Sitting*, CR2005/ 7, p. 32, para. 89.

価において、コンゴの主張した平和的手段について判断していない[30]。したがって、自衛の必要性原則を紛争の平和的解決と関連づける見解は、少なくともICJの判例からは、誤りであることとなる[31]。

ICJは、必要性原則の評価において、武力行使以外の手段の有無（武力行使に代わる平和的手段が存在しうるか）を検討するよりも、むしろ直接的に自衛目的での武力行使の必要性の有無（武力行使が必要か）を検討しているように思われる。

（2）自衛の均衡性原則との関係

学説上、自衛の必要性原則と均衡性原則の規範内容を区別しない見解がある。たとえばAgoは、両者は「一枚の硬貨の表裏の関係」にあるとし、「国が武力行使を完全に伴わない、またはより規模の低い武力行使のみを伴うような、異なる行為によって望ましい結果を達成することができない場合にのみ、自衛は、当該国の違法性を阻却する事由として妥当する」と指摘する[32]。また、Grayも「〔必要性と均衡性という〕二つの概念がどの程度別々に作用するか明らかでない。もし武力行使が必要でなければ均衡しえないし、もし武力行使が均衡していなければ必要であるとみなすことは困難である。」と主張する[33]。

しかしながら、ICJは、自衛の必要性原則と均衡性原則とを別々に評価している。「対ニカラグア軍事準軍事活動」事件本案判決において、ICJは、ニカラグアに対する米国の行動が均衡のとれたものであったか否かを判断する前に、まずそれが必要であったか否かを判断している[34]。「オイル・プラットフォーム」事件においても、ICJは、同様の順序で、両者を別々に判断している[35]。したがって、ICJ判例に基づくと、Greenwoodの指摘するように、「必

（30） *I. C. J. Reports 2005*, para. 147.

（31） Olivier Corten, *The Law against War: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law*（Hart Publishing, 2010）, pp. 481-482; O'Meara, *supra* note（11）, pp. 38-39.

（32） Roberto Ago, Addendem to Eighth Report on State Responsibility, U. N. Doc. A/ CN. 4/ 318/ Add. 5-7, *YILC*, Vol. II（1）（1980）, p. 69, para. 121. *See also*, Geoffrey S. Corn, "The Essential Link between Proportionality and Necessity in the Exercise of Self-Defense, " in Claus Kreß and Robert Lawless（eds. ）, *Necessity and Proportionality in International Peace and Security Law*（Oxford University Press, 2020）, pp. 81, 88, 92, 111-112.

（33） Christine Gray, *International Law and the Use of Force*, 3rd edn.（Oxford University Press, 2008）, p. 150. 類似の主張として、Corn, *supra* note（32）, p. 92.

（34） *I. C. J. Reports 1986*, p. 122, para. 237.

要性と均衡性の概念は、密接に関係する一方で、別個の要件である」ということとなる[36]。

もし自衛の必要性原則と均衡性原則とが別個の原則であるとすれば、両者の規範内容と関係性が問題となる。Gray は、両者は区別しえないことを前提として、「もし武力行使が必要でなければ均衡しえないし、もし武力行使が均衡していなければ必要であるとみなすことは困難である」としている。しかし、両者が区別されることを前提とした場合には、(a)必要性はないが均衡性がある可能性や(b)均衡性がないが必要性がある可能性を、それぞれの規範内容に則して明らかにしなければならない。

自衛の均衡性原則に関して、ICJ の判例は、必ずしも一貫していないものの[37]、規模（scale）を基準として、自衛における武力行使と武力攻撃との均衡性を評価しているように思われる[38]。「対ニカラグア軍事準軍事活動」事件

---

(35)　*I. C. J. Reports 2003*, pp. 198–199, paras. 76, 77.

(36)　Christopher Greenwood, “Self-Defence, ” *MPEPIL*, online edition (2011), para. 26. *See also*, O’Meara, *supra* note (11), p. 6.

(37)　「核兵器の威嚇使用の合法性」事件勧告的意見の書面手続・口頭手続に参加した一定の国は、核兵器そのものの性質上、極端な壊滅の危険が存在し、この危険により均衡性原則を充足する可能性は否定されると主張した。*I. C. J. Reports 1996*, p. 245, para. 43. これに対し、多数意見は、「均衡性原則は、それ自体、すべての状況における自衛における核兵器の使用を排除するものではない」と判示している。*I. C. J. Reports 1996*, p. 245, para. 42. 規模を基準とする限り、核兵器を相互に威嚇使用しない限り、均衡性原則を充足することは困難であるように思われる。それゆえ、上記の多数意見の見解は、均衡性原則の評価において、自衛の目的を考慮したものと解すことができるように解される。

(38)　酒井啓亘「船舶への攻撃と個別的自衛権―オイル・プラットフォーム事件」森川幸一・兼原敦子・酒井啓亘・西村弓編『国際法判例百選』第 3 版（有斐閣、2021 年）223 頁。このような均衡性原則の評価方法は、我が国においては一般的に「原因行為説」と呼ばれている（田中「前掲論文」（注(2)）822 頁）。しかし、「原因行為」という用語が武力攻撃の発生時点を示唆しうる点で、「原因行為説」は、武力攻撃の発生時点における自衛における武力行使と武力攻撃との規模を比較するものであるとの誤解を生じさせかねない。このような解釈の限りにおいて、「原因行為説」という語は、武力攻撃発生後の規模を考慮に入れない点で問題となりうる（Kretzmer, *supra* note (2), p. 275）。これに対し、主として欧米において一般的に用いられている「量的均衡性（quantitative proportionality）」という語を用いる場合、武力攻撃の発生時点における武力攻撃の規模だけでなく、武力攻撃の発生後の「武力攻撃を構成している行為」の規模をも考慮に入れる余地がある（Enzo Cannizzaro, “Proportionality in the Law of Armed Conflict, ” in Andrew Clapham and Paola Gaeta (eds.), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict* (Oxford University Press, 2014), p. 345.)。このような量的均衡性に対しては、「武力攻撃を阻止し撃退するために

本案判決において、ICJ は、「武力攻撃との均衡」に言及し(39)、「〔米国が武力攻撃と主張したところの〕ニカラグアからエルサルバドル反徒が受けた援助に対して、米国の問題の活動〔ニカラグア港湾への機雷の敷設、港湾、石油施設等の攻撃に関連する活動〕が均衡していなかったことは明らかである。たとえニカラグアからエルサルバドル反徒が受けた援助の正確な規模（scale）に関して不確実性が存在していたとしても、後者の問題の米国の活動が当該援助と均

必要な行為は、被った攻撃の規模（dimensions）と不均衡な規模となることを十分に想定しなければならない」（Ago, *supra* note（32）, p. 69, para. 121.）、「損害の厳格なバランスを求めるアプローチは、武力攻撃（の脅威）の被害国を不当に弱い規範的立場に置き、自国を防衛する権利を否定する結果となる」（Corn, *supra* note（32）, p. 99.）（いずれの事実上の量的均衡の不可能性）、「武力攻撃が長期的かつ複合的な対応を必要とするような継続的なものであるとき、対応が被った損害と均衡しなければならないという関係性は困難となる。侵攻から自国を防衛する国は、現実的に、自国に降りかかる継続的に実施される攻撃のそれぞれについて、個別の各攻撃に対する自国の対応が被った具体的損害と均衡することを確保するような自衛的立場をとることはない。」（Higgins, *supra* note（2）, p. 231.）、「国家実行において、〔量的〕均衡性が、戦争中の敵対行為の間中、関連し続け、継続的に評価されなければならないという考えは、支持されていない」（Dinstein, *supra* note（10）, p. 282, para. 743.）（いずれも国家実行上の量的均衡性の不支持）といった『柔軟性』に関する批判がなされている。「量的均衡性」と対比される「質的均衡性（qualitative proportionality）」（我が国においては一般的に「目的説」と称されている。田中「前掲論文」（注（2））822−823 頁。）とは、目的と手段との均衡性、すなわち、武力攻撃の阻止・撃退という自衛の目的と自衛における武力行使という手段との均衡性を求めるものであるとされる（Cannizzaro, *op. cit.*, p. 345.）。量的均衡性と比べたとき、質的均衡性は、「目的は手段を正当化する」と批判されるように、質の異なる目的と手段との均衡を求める点で『客観性』に問題がある（Cannizzaro, *op. cit.*, pp. 346−347.）。ICJ は、必要性原則の評価は客観的でなければならないと判示しているが（*I. C. J. Reports 2003*, p. 196, para. 73.）、同様のことは均衡性原則にも当てはまる。この点、質的均衡性の評価においても、一方の比較対象である「手段」には、「規模」の基準が考慮される余地がある。この意味において、質的均衡性と量的均衡性とは相互排他的とは言えない（田中「前掲論文」（注(2)）824、830 頁）。学説上は、「規模」の基準ではなく、「時間的」な基準や「地理的」な基準から、自衛の目的と手段との均衡性を評価することが提唱されている（Christopher Greenwood, “Self−Defence and the Conduct of International Armed Conflict,” in Yoram Dinstein（ed.）, *International Law at a Time of Perplexity*（Martinus Nijhoff, 1989）, pp. 275−281; Gardam, *Necessity, Proportionality*, pp. 162−173.）。これに対し、ICJ は、「規模」の基準から、自衛における武力行使と武力攻撃との均衡性を求めているところ、それを『柔軟』に評価するためには、一方の比較対象である「自衛における武力行使」に関して、（単に量的な観点からだけではなく、質的な観点から）自衛の「目的」も考慮に入れる必要がある。

(39)　*I. C. J. Reports 1986*, p. 94, para. 176.

衡していなかったことは明確である。」と判示している[(40)]。また「オイル・プラットフォーム」事件本案判決においても、ICJ は、「重大な損傷を受けたが沈没はせず死者も出なかった……単一の米国軍艦〔Samuel B. Roberts 号〕の触雷に対する反応として、全体としての『祈るカマキリ作戦』または Salman・Nasr 油井を破壊した作戦の一部は、本件の状況において、自衛における均衡のとれた武力行使とみなすことはできない」と判示し、規模の基準から、武力攻撃との均衡性を評価していると解される[(41)]。さらに「コンゴ領における軍

(40)　*I. C. J. Reports 1986*, p. 122, para. 237. なお、ICJ は、この直後に、「……米国の反応は、ニカラグアによると推定される武力攻撃が合理的に予期される時期のはるか後まで継続された」ことを追加的根拠として、米国の活動が均衡を失していたと判示している。この一節を時間的基準と解すると、自衛の必要性原則との区別がつかなくなる。それゆえ、ニカラグアによると推定される武力攻撃の「規模」がゼロとなったにもかかわらず米国の軍事活動が継続されたとして、規模を基準として均衡性を評価したと解するのが適当であると考えられる。

(41)　*I. C. J. Reports 2003*, p. 198, para. 77. なお、ICJ は、本件で審理された 2 つの事案（① 1987 年 10 月 16 日の米国転籍タンカー Sea Isle City 号のミサイル被弾への対応としての 1987 年 10 月 19 日の米国による Reshadat 油井の攻撃、② 1988 年 4 月 14 日の米国軍艦 Samuel B. Roberts 号の触雷への対応としての 1988 年 4 月 18 日の米国による Salmon・Nasr 油井の攻撃）のうち、前者は「もしそれがイランによって行われた武力攻撃としての Sea Isle City 号事件への対応として必要であったと裁判所が認定したならば、均衡のとれたものであったと考えられる」と判示する一方、後者は不均衡と判示している。この判断に対しては、両者において異なる均衡性の評価を行った理由が不明確との批判がなされている。Green, *supra* note (18), p. 87. この点、訴訟当事国の主張を参照すると、①米国は、Sea Isle City 号のミサイル被弾によって数名の船員（12 名とも言われる。D. L. Peace, "Major Maritime Events in the Persian Gulf War," *ASIL Proceedings*, Vol. 82 (1988), p. 152.）が負傷し米国籍の船長が失明したほか、船が重大な損傷を受けたと主張する一方（US, *Counter-claim*, para. 6. 08.）、イランは、Reshadat 油井の攻撃によって油井が完全に壊滅し施設が沈没したほか、攻撃時に油井にいた複数の要員が負傷したと主張した（Iran, *Reply*, paras. 4. 74, 4. 75, 4. 83.）。また、②米国は、Samuel B. Roberts 号の触雷によって 10 名の船員が負傷したほか、船が航行不能となったと主張する一方（US, *Counter-claim*, para. 6. 08.）、イランは、Salman・Nasr 油井の攻撃によって 8 名の兵士が負傷し、そのうち 2 名が重傷を負ったほか、油井のすべての産油が中断されたと主張した（Iran, *Reply*, paras. 5. 4, 5. 5.）。負傷者や物理的損害の規模からは、均衡性原則の評価において、両者の間に著しい相違はないように思われる。ただし、イランは、① Reshadat 油井はイラクによって与えられた損害のため米国の攻撃時に産油していなかった（ただし修理作業は完了間近だった）のに対し、② Salman・Nasr 油井は米国の攻撃時に再稼働しており産油していたとして「経済的損失」をも主張している（Iran, *Memorial*, paras. 1. 101, 1. 114, 1. 115））。ICJ は、均衡性原則の評価において、このイランの経済的損失の相違をも「規模」として考慮した

事活動」事件（コンゴ対ウガンダ）本案判決においても、ICJ は、「ウガンダが自衛権を生じさせたと主張するところの一連の越境攻撃と、ウガンダ国境から数百キロ離れた空港及び都市の制圧は均衡するものとは思われない」と判示し(42)、規模の基準から、武力攻撃との均衡性原則を評価しているように思われる。これに対し、ICJ は、必要性原則を、時間的基準や地理的基準により評価している(43)。

以上のように自衛の均衡性原則と必要性原則の規範内容を捉えた上で、Gray の主張を検討すると、まず(a)については、ICJ の判例では、必要性原則が均衡性原則よりも先に判断されるため、もし時間的基準または地理的基準による必要性がなければ、自衛において武力を行使する必要はないこととなる(44)。にもかかわらず、とりわけ地理的な基準による必要性がない場所において自衛を主張して武力を行使したとして、規模の基準からは武力攻撃と均衡する可能性は残されている。また、(b)については、たとえ自衛における武力行使が時間的基準または地理的基準から必要であったとしても、それが規模の基準から均衡性を失する可能性はある。したがって、自衛の必要性原則と均衡性原則とを区別しない見解は、少なくとも ICJ の判例からは、誤りであることとなる。

（3）自衛の即時性原則との関係

学説上、必要性原則と均衡性原則に加えて、即時性原則（immediacy）を第三の要件と位置付ける見解もある(45)。たとえば、Dinstein は、「必要性と均衡性という二つの要件は、即時性という第三の要件を伴っている。即時性は ICJ によっては明示に認定されていないが、慣習国際法は十分にその存在を認めている。」という(46)。

即時性原則を独立の要件とみなす学説は、即時性原則を武力攻撃と自衛における武力行使との間の時間的近接性と定義する(47)。たとえば、Ago は「武力

可能性がある（Iran, *Reply*, 7. 63; Iran, *Public Sitting*, CR2003/ 7, pp. 48–49, paras. 64–65. ）。

(42)　*I. C. J. Reports 2005*, p. 223, para. 147［強調筆者］.

(43)　Olivier Corten, “Necessity, ” in Weller（ed. ）, *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, p. 870.

(44)　O’Meara, *supra* note（11）, p. 7.

(45)　Ago, *supra* note（32）, p. 70, para. 122; Dinstein, *supra* note（10）, p. 252, paras. 659–661; Gazzini, *supra* note（14）, pp. 143–146.

(46)　Dinstein, *supra* note（10）, p. 249, para. 652.

(47)　武力攻撃が発生した場合の自衛における武力行使の即時性（immediacy）の要件は、武

攻撃に対する軍事抵抗は即時、すなわち武力攻撃が依然として続いている間にとられるべきであり、武力攻撃が終了した後にはとられるべきではない」と指摘する[48]。同様に Dinstein は「武力攻撃と対応としての自衛権行使との間に不適当な時間差があってはならないということ」であると定義する[49]。

即時性原則をこのように定義した場合、ICJ は、即時性原則を独立の要件としてではなく、必要性原則の一要素と捉えていることがわかる。「対ニカラグア軍事準軍事活動」事件本案判決において、ICJ は、「〔米国による〕これらの措置は、エルサルバドル政府に対する武装反徒の主要な攻撃が完全に撃退された数ヶ月後に実施され……た」ことを根拠として、時間的基準から、ニカラグアに対する米国の行動が必要性原則を充足していなかったと判示している[50]。したがって、即時性原則は、自衛権行使の独立の要件というよりもむしろ、必要性原則の一基準と捉えることが適当である[51]。

ただし、必要性原則の一基準としての即時性は、Ruys の指摘するように、「過度に厳格に解釈すべきではなく、一定程度の柔軟性が必要である」[52]。この「柔軟性」が国家実行において認められた典型例として挙げられるのが、フォークランド紛争である[53]。フォークランド紛争において、英国によるアルゼンチンに対する武力行使は、アルゼンチンの侵攻の 23 日間後になされた。これに対し、アルゼンチンは、「自衛は急迫した重大な危険を撃退するためにのみ用いることができる。現在の状況において、英国は、急迫した重大な危険を主張していない。」と述べ、英国の武力行使を批判した[54]。これに対し、英国は、「英国領域はアルゼンチン軍によって侵攻されている。英国国民は軍事

力攻撃の脅威がある場合の急迫性（imminence）の概念とは明確に区別されなければならない。Green, *supra* note（18）, pp. 96–101; O'Meara, *supra* note（11）, pp. 58–71. ウェブスター・フォーミュラーでは自衛の必要性の評価基準の一つとして急迫性が挙げられているが、ICJ は、武力攻撃の発生を自衛権行使の要件としているため、自衛の必要性の判断において急迫性を考慮に入れていない。

（48）　Ago, *supra* note（32）, p. 70, para. 122.

（49）　Dinstein, *supra* note（10）, p. 252, para. 659.

（50）　*I. C. J. Reports 1986*, p. 122, para. 237.

（51）　Green, *supra* note（18）, p. 102; Tom Ruys, *'Armed Attack' and Article 51 of the UN Charter*（Cambridge University Press, 2010）, p. 99; O'Meara, *supra* note（11）, p. 56.

（52）　Ruys, *supra* note（51）, p. 100.

（53）　Gardam, *Necessity, Proportionality*, p. 151; Gazzini, *supra* note（14）, p. 144; Green, *supra* note（18）, p. 102; Ruys, *supra* note（51）, pp. 101–102; O'Meara, *supra* note（11）, p. 77.

（54）　U. N. Doc. S/ PV. 2360（1982）, p. 6, para. 59.

占領および……軍政権の下に置かれている。アルゼンチンは英国領域を占領しフォークランド島民を征服するために連日武力を用いている。……このような背景から、英国が憲章第 51 条によって認められた自衛の固有の権利の行使において措置をとる権利を完全に有していること以上に自明なことはない。」と反論した(55)。アルゼンチンによるフォークランド諸島の占領が継続していたこと、および、フォークランド諸島と英国本土との距離に鑑み、第三国は、英国による武力行使が時間的基準から不必要であったと評価しなかった。

武力攻撃が発生してから自衛権を行使する意思決定がなされるまでの間、自衛権を行使しようとする国は、実務上、情報の収集、武力攻撃を受けた場所の特定、軍事的準備状況の確認、憲法上の武力行使の承認手続、同盟国との協議などを行わなければならない(56)。また、自衛権行使国は、武力攻撃が特定国に帰属することや加害の意図を有することを証明する責任を負うが(57)、その証明には一定の時間を要する。O'Meara の指摘するように、「自衛行動をとる前に、国は準備する必要がある」のである(58)。したがって、即時性は「自衛において行動する国は、合理的な期間内で行動しなければならないこと」を意味すると解される(59)。

(4) 武力紛争法の軍事目標主義との関係

「オイル・プラットフォーム」事件本案判決において、ICJ は、「個別的自衛権の行使においてイラン油井の攻撃が法的に正当化されたことを証明するためには、……米国は、その活動が米国に対してなされた武力攻撃に対して必要であり均衡のとれたものであること、及び、油井が自衛権の行使において攻撃可能な正当な軍事目標（a legitimate military target）であったことも証明しなければならない。」と判示した(60)。このパラグラフからは、自衛の必要性原則・均衡性原則と軍事目標主義との関係性は必ずしも明らかではない。しかしながら、ICJ は、別のパラグラフにおいて、「必要性及び均衡性の基準の一つの側面は、自衛において公に用いられる武力の標的の性質（the nature of the target）である」と述べ(61)、標的の性質が自衛の必要性・均衡性原則の「一つの側面」である

(55)　*Ibid.*, p. 11, para. 110.
(56)　O'Meara, *supra* note (11), p. 74.
(57)　*I. C. J. Reports 2003*, p. 189, para. 57, pp. 191–192, para. 64.
(58)　O'Meara, *supra* note (11), p. 74.
(59)　*Ibid.*
(60)　*I. C. J. Reports 2003*, pp. 186–187, para. 51.

ことを明らかにしている。その上で、ICJ は、均衡性原則の評価ではなく、必要性原則の評価において、「米国が……油井の軍事活動についてイランに対し抗議した証拠はなく、油井を標的としたことが必要な行為とみなされたことを示していない」として、米国による油井の攻撃が必要であったとは認められないと判示している[(62)]。したがって、「オイル・プラットフォーム」事件において、ICJ は、「標的の性質」を、自衛権の独立の（第三の）要件または均衡性原則の一側面としてではなく、必要性原則の一側面とみなしたと考えられる[(63)]。問題は、必要性原則の文脈で ICJ が述べた「標的の性質」の意味である。

「攻撃は、厳格に軍事目標に対するものに限定する」という規則は、軍事目標と民用物との区別を求める区別原則のコロラリーとして、従来、「軍事目標主義」と称され、武力紛争法において確立された規則である（たとえば、1977 年ジュネーヴ第一追加議定書第 52 条 2 項）[(64)]。それゆえ、「標的が自衛において合法的に攻撃可能となるためには軍事的性質を有していなければならないとの要件を示すことによって、裁判所は、*jus in bello*（戦争法）の要素を（武力行使を規律する）*jus ad bellum* 規範の中に編入してしまった」[(65)]、「もしそうであるならば、裁判所は適用法規を誤った。合法的な目標に関する *jus in bello* の要件に合致しなかったことは、自衛の名の下での行動の *jus ad bellum* の評価に全く影響を及ぼすものではない。」との批判がなされている[(66)]。

「オイル・プラットフォーム」事件において、訴訟当事国は、「標的の性質」について二つの論点から、それぞれの法的見解を示している。第一に、自衛における武力行使の標的とされた油井が軍事活動に従事していたか否かである。イランが「それ〔イラクの航空攻撃から油井を防衛する〕以外の油井の軍事利用はなされていない」と主張したのに対し[(67)]、米国は「米軍によって破壊された沖合の油井はイランによって攻撃のための船舶を同定し標的とするために用いられていた。油井は、イラン戦闘部隊による攻撃を指揮するためのイラン

---

(61)　*Ibid.*, p. 196, para. 74.

(62)　*Ibid.*, p. 198, para. 76.

(63)　O'Meara, *supra* note (11), p. 85.

(64)　Marco Sassòli, "Military Objectives, " *MPEPIL*, online edition (2015), para. 1.

(65)　James A. Green, "The Oil Platforms Case: An Error in Judgment?" *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 9 (2004), p. 380.

(66)　Dinstein, *supra* note (10), p. 184, para. 490.

(67)　Iran, *Memorial*, paras. 1. 103, 1. 115. 同様の主張は抗弁書でもなされている。Iran, *Reply*, para. 7. 59.

の指揮統制体制の一部であり、船舶や航空機を攻撃するための拠点として使用されていた。」と反論した(68)。

第二に、自衛における武力行使は武力攻撃の出所（source）を標的としなければならないか否かである。イランは、「自衛における正当な措置は、正しい標的、すなわち脅威の出所に向けられなければならない」と述べ(69)、「……『同一の出所からの』攻撃の再発を防止するための措置のみが正当化される。Sea Isle City 号事件の場合はミサイル発射場、Samuel B. Roberts 号の場合は機雷敷設船に対する対抗攻撃が正当化されうる。油井に対する攻撃は正当化されない。」と主張した(70)。これに対し、米国は、「非交戦国としての米国の認識を損なうことを避け、かつ、イランとの軍事対立（military conflict）の拡大を避けるために、米国は〔ミサイル発射場や機雷搭載艦の停泊する港湾といった〕標的を除外した」と反論するとともに(71)、「『ミサイル発射場』や『機雷敷設船』に対する行動のみが正当であるというイランの主張は検討に耐えない。第51条を……そのような制限的結果を求めるものとして読むことはできない。」と主張している(72)。

これら二つの論点に関する訴訟当事国の主張を踏まえ、ICJ は、「米国が……油井の軍事活動についてイランに対し抗議したという証拠はなく、油井を標的としたことが必要な行為とみなされたことを示していない」として、米国による油井の攻撃が必要であったとは認められないと判示している(73)。したがって、一見したところ、ICJ は、第一の論点に関する訴訟当事国の議論に基づき、自衛の必要性原則を評価したように思われる。

（68） US, *Counter-Memorial*, paras. 4. 30, 1. 82, 1. 115. 同様の主張は再抗弁書でもなされている。US, *Rejoinder*, para. 5. 39.

（69） Iran, *Memorial*, para. 4. 25.

（70） Iran, *Reply*, para. 7. 58. See also, Iran, *Reply*, paras. 4. 77, 5. 35. イランはまた「Reshadat 油井は〔Sea Isle City 号に対するミサイル攻撃の拠点と主張された〕Fao 半島の南東 500 キロ以上に位置している。米国は、これらの油井と 1987 年 10 月 16 日に生じた〔Sea Isle City 号のミサイル被弾の〕事件との関連を絶対的に示していない。」とも主張している。Iran, *Reply*, para. 4. 79. この主張は、「コンゴ領における軍事活動」事件（コンゴ対ウガンダ）ICJ 本案判決における、地理的基準に基づく必要性原則の評価と近似するものと思われる。

（71） US, *Counter-Memorial*, paras. 1. 115, 1. 82. 類似の主張は再抗弁書でもなされている。US, *Rejoinder*, paras. 5. 44.

（72） US, *Rejoinder*, para. 5. 33.

（73） *I. C. J. Reports 2003*, p. 198, para. 76.

第一の論点に基づくと、自衛の必要性原則は、武力紛争法上の軍事目標主義と同一の規範内容を有することとなる(74)。実際に米国は、「この〔1977 年ジュネーヴ第一追加議定書第 52 条 2 項の〕軍事目標の定義は、……自衛の法一般にも相等する（parallels）。」と主張している(75)。しかしながら、このような必要性原則の解釈は、上述の通り、武力紛争法（*jus in bello*）を自衛に関する法（*jus ad bellum*）と混同していると批判することができる。また、自衛における武力行使の標的は、軍事目標であれば、武力攻撃と関係しなくともよいこととなる。したがって、このような解釈に基づくと、武力紛争法上の軍事目標ではないもの（すなわち民用物）を標的とすることは、武力紛争法の違反であると同時に、自衛の目的において不必要であるということとなる(76)。

ただし、「オイル・プラットフォーム」事件ではイラン・イラク戦争の文脈における米国のイランに対する武力行使が問題となっているところ、イラン・イラク戦争において米国は中立を主張し(77)、イランもそれを認めている。実際にイランの弁護人であった Bothe は口頭弁論において次のように指摘している。

> 米国は一貫して中立の地位を主張している。中立は、〔武力〕紛争当事国と第三国との間の平時関係を意味する。……米国は一貫してイラクを支援し、中立義務に違反してきた。しかし、この非中立的態度は、自動的に中立の地位の喪失をもたらすわけではない。したがって、米国は、〔武力〕紛争当事国とはなっていなかった。米国は継続して中立の地位を主張しているし、イランも米国のその地位を否定していない。(78)

このような「オイル・プラットフォーム」事件に固有の事情に鑑みると、米国

---

(74)　自衛における必要性原則の標的の基準をこのように把握する学説として、James A. Green and Christopher P. M. Waters, “Military Targeting in the Context of Self-Defence Actions,” *Nordic Journal of International Law*, Vol. 84 (2005), pp. 6, 11, 13, 22.

(75)　US, *Rejoinder*, para. 5. 40.

(76)　Corten, *supra* note (31), p. 488; Green and Waters, *supra* note (74), p. 11.

(77)　The Statemet by the Under-Secretary for Political Affairs, Michael H. Armacost, before the United States Senate Foreign Relations Committee, 16 June 1987, reproduced in *ILM*, Vol. 26 (1987), p. 1430.

(78)　Iran, *Public Sitting*, CR2003/ 7, p. 40, paras. 32-33.

とイランとの間に（国際的）武力紛争が発生しておらず、武力紛争法（交戦法規）が適用されない（中立法規によって修正されない限り平時国際法が適用される）関係において、既存の（国際的）武力紛争の第三国が個別的自衛権を行使する場合に固有の必要性原則の評価基準として(79)、武力紛争法の軍事目標主義が用いられたと考えることもできる(80)(81)。

平時国際法の適用される国家間において武力紛争法と同様の規範内容（あるいは武力紛争法よりも厳格な規範内容）を遵守することが求められることは、「コルフ海峡」事件 ICJ 本案判決において示されている。「コルフ海峡」事件本案判決において、ICJ は、英国軍艦が触雷したとき、「ギリシャはアルバニアと戦争状態にあるとみなすと宣言していた」ことに着目している(82)。それを踏まえて、ICJ は、第三国である英国との関係で、アルバニアの負う機雷の存在の通報「義務は、戦時において適用可能な 1907 年ハーグ第 8 条約〔自動触発海底水雷ノ敷設ニ関スル条約〕に基づくものではなく、戦時よりも平時により厳格な基本的な人道の考慮」等に基づくものであると判示している(83)。このように考えると、武力紛争法が適用されない関係において、とりわけ軍事目標

---

(79)　集団的自衛権は、一方（武力）紛争当事国の個別的自衛権を援助するかたちで行使されるため、既存の武力紛争の第三国が集団的自衛権を行使した場合には、当該第三国は自動的に（武力）紛争当事国となる。これに対し、イラン・イラク戦争におけるイラン及び米国の法的見解に基づくと、既存の武力紛争の第三国が一方（武力）紛争当事国に対し個別的自衛権を行使した場合、必ずしも両国間に国際的武力紛争が発生するわけではないこととなる。イラン・イラク戦争は、イラクによる武力攻撃によって発生した（したがってイランはイラクに対して個別的自衛権を行使していた）と評価されている。これに対し、米国は、イラクによる武力攻撃の被害国であるイランに対し個別的自衛権を行使したのである。

(80)　Dinstein は、武力攻撃の意図の要件に関し、既存の国際的武力紛争の第三国が個別的自衛権を行使する状況に固有の要件であると論ずる。Dinstein, *supra* note（10）, p. 250, para. 655. ここでの筆者の主張は、自衛の必要性原則の標的の基準に関し、Dinstein と同様の論理を主張するものである。

(81)　Green と Waters は、「オイル・プラットフォーム」事件の訴訟当事者の主張を参照することなく、自衛における武力攻撃の重大性（gravity）要件と武力紛争法の適用における列度（intensity）基準の検討から、論理的に、武力紛争法が適用されない一方で自衛権が行使される理論的可能性があるとし、そうした状況においては、自衛における必要性原則の基準としての標的が機能を果たすと指摘する。Green and Waters, *supra* note（74）, pp. 6, 20–21.

(82)　*I. C. J. Reports 1949*, p. 29.

(83)　*Ibid.*, p. 22.

主義の間隙を埋めるためには、「基本的な人道の考慮」に基けば十分であり、あえて自衛の必要性原則の一側面として「標的」を持ち出す必要はないこととなる。

これに対し、第二の論点（自衛における武力行使は武力攻撃の出所を標的としなければならない）に基づくと、たとえ武力紛争法上の軍事目標であっても、武力攻撃の出所から離れたものを標的とすることは、自衛の目的において不必要であることとなる[(84)]。この典型例として引き合いに出されるのが、フォークランド紛争の最中におけるアルゼンチン巡洋艦 General Belgrano 号の英国による撃沈事件である[(85)]。周知の通り、フォークランド諸島を巡る英国とアルゼンチンとの間の武力紛争は、アルゼンチンによる武力攻撃により発生し、英国は個別的自衛権を行使してこれに対抗していた。アルゼンチン巡洋艦 General Belgrano 号が、武力紛争法（ジュネーヴ第一追加議定書第 52 条 2 項）の意味での軍事目標を構成することは疑いない。しかしながら、英国が General Belgrano 号に対して武力を行使した時点において、同船は、英国により設定された総合排除水域の外におり、即時的脅威を示していなかったとされている。英国の同船に対する武力行使により、同時点での両国の犠牲者を越える 300 名以上の死者が発生したとされ、英国による同船に対する武力行使が学説上、問題視された。

「オイル・プラットフォーム」事件における Kooijmans 判事個別意見は、必要性原則の標的を同様に解釈していると思われる。まず、Kooijmans 判事は、（米国転籍タンカー Sea Isle City 号のミサイル被弾と異なり）米艦船 Samuel B. Roberts 号の触雷はイランに帰属するとした[(86)]。その上で、同判事は、「〔後者を受けて米国による自衛における武力行使の標的とされた〕Salman 及び Nasr 油井が機雷の敷設や Samuel B. Roberts 号に対する攻撃の見張りにおいて役割を果たしていたとの兆候が存在していないという事実の観点から、Salman 及び Nasr 油井の破壊が、Samuel B. Roberts 号の触雷に対する最も適切な対応と……みなすことができるか」を問題視している[(87)]。また、同判事は、「関連する問題は、米国が……たとえば機雷敷設に関与したことで知られる軍艦に対する行動によって……望ましい結果（本質的な安全保障条の利益の保護）を達成するこ

(84)　Ruys, *supra* note (51), p. 108; O'Meara, *supra* note (11), pp. 89–91.
(85)　Greenwood, *supra* note (38), pp. 273, 279; Gardam, *Necessity, Proportionality*, pp. 171–172.
(86)　Separate Opinion of Judge Kooijmans, *I. C. J. Reports 2003*, p. 263, para. 56.
(87)　*Ibid.*, p. 264, para. 60.

とができるかどうかである」とも指摘している(88)。この意見からは、必要性原則の評価において、標的が、単に軍事活動に従事しているだけでなく、武力攻撃の出所と密接に関連していることが考慮に入れられていることがわかる。

また、同事件において、ICJ（多数意見）は、「1987 年 10 月 19 日の〔Reshadat 油井〕攻撃の事案において、米軍は、事前に適当な軍事的標的として同定することなしに『機宜標的（a target of opportunity）』として〔Reshadat 油井の一部である〕R4 油井を攻撃した」ことを根拠に、当該攻撃は不必要であったと判示している(89)。「機宜標的」とは、イランによって訴訟に持ち込まれた概念であり(90)、直接の標的とすることが意図されておらず、他の標的に対する武力行使に付随して偶発的に標的とされたことを意味する(91)。イランは、R4 油井がレーダーを有し大量の軍事要員及び装備が配置されていた唯一の油井であったことを認めている(92)。したがって、イランは、R4 油井が軍事的性質を帯びていなかったことではなく、R4 油井が「機宜標的」であった（武力攻撃の出所として同定されていなかった）ことを根拠に、R4 油井への攻撃は不必要であったと主張している(93)。「機宜標的」という概念に着目すると、ICJ は、米国が R4 油井と武力攻撃の出所との関連性を証明していないことを根拠として、米国の R4 油井の攻撃を不必要と判断したと解することができる。

このように、必要性原則の「標的の性質」を「自衛における武力行使は武力攻撃の出所を標的としなければならない」と解釈する限り、自衛（*jus ad bellum*）の必要性原則は、武力紛争法（*jus in bello*）上の軍事目標主義とは別個の要件となる。また、このような「標的の性質」の解釈に基づくと、自衛における武力行使の標的は、武力攻撃と地理的に近接する（approximate）ことが求められることとなる。「オイル・プラットフォーム」事件における必要性原則をこのように解釈すると、それは、翌年に出された「コンゴ領における軍事活

（88） *Ibid.*, p. 265, para. 62.

（89） *I. C. J. Reports 2003*, p. 198, para. 76.

（90） 元々は米国防総省の報道官 Fred Hoffman が用いた用語である。Molly Moore, “U. S. Destroyers Shell Iranian Military Platform in Gulf: Retaliation for Silkworm Attack Called ‘Measured and Appropriate’,” The Washington Post, 20 October 1987.

（91） Iran, *Memorial*, para. 1. 109. 米国は、Reshadat 油井の一部である R7 油井を直接の標的としていた。

（92） Iran, *Reply*, p. 57, fn. 139.

（93） Iran, *Reply*, p. 57, fn. 139, paras. 4. 76, 4. 81; Iran, *Public Sitting*, CR/ 2003/ 7, p. 47, para. 59. ただし、イランは、R4 油井のレーダーや軍事要員及び装備はイラクの航空攻撃から油井を防護するためのものであったと主張している。Iran, *Reply*, paras. 3. 36, 4. 79.

動」事件（コンゴ対ウガンダ）ICJ 本案判決における「ウガンダの国境から何百キロも離れた空港や都市の制圧は、自衛の目的で（自衛権行使のために）必要であったとは思われない」という地理的基準からの必要性原則と同様の基準となる[(94)]。また、それは、武力攻撃との近接性を求める点において、必要性原則の一要素である即時性原則と同一の評価方法となる。

ただし、時間的基準に基づく必要性原則（即時性原則）と同様、地理的基準に基づく必要性原則も「柔軟に」解釈する必要がある。現代の兵器の技術に鑑みると、国際的武力紛争の最中において、武力紛争当事国間の関係では、武力紛争法の意味における軍事目標は、たとえ一定程度、武力攻撃の出所から離れていたとしても、武力攻撃の「脅威」となりうるのである。

（5）小括

自衛の必要性原則の最新かつ詳細な研究を行なった O'Meara は、武力攻撃が発生した場合、武力行使以外に利用可能な手段が存在しないこと（時間的基準からの評価を含む）を「一般的必要性（general necessity）」、自衛における武力行使が自衛の目的から正当な標的に向けられていることを「具体的必要性（specific necessity）」と整理し、武力攻撃、一般的必要性、具体的必要性、均衡性の順序で自衛の合法性を評価すべきと主張する[(95)]。しかし、上述の検討からは、O'Meara の見解に対し、以下のように反論することができる。

まず、ICJ は、必要性原則の評価において、武力行使以外の手段の有無を検討するよりも、むしろ直接的に自衛目的での武力行使の必要性の有無を検討しているように思われる。その上で、ICJ は、自衛における武力行使の必要性を、武力攻撃との時間的または地理的な近接性（approximation）から評価している。時間的基準と地理的基準とは累積的要件であると考えられる。ICJ の判例からは、必要性原則の規範内容は複数存在するわけではなく、文字通り「自衛（目的における武力行使）の必要性」をその内容としており、必要性を評価する基準（standard）として時間的基準と地理的基準が用いられると考えられるのである。学説では、自衛の目的と手段との質的均衡性の評価において時間的基準と地理的基準を用いることが主張されている[(96)]。しかし、ICJ の判例から

---

(94)　*I. C. J. Reports 2005*, p. 223, para. 147.

(95)　O'Meara, *supra* note (11), pp. 30–31, 34, 35–38, 95. ただし、O'Meara は、ICJ と異なり、自衛権を国家による武力攻撃に対抗する武力行使に限定していない。

(96)　Greenwood, *supra* note (38), pp. 275–281; Gardam, *Necessity, Proportionality*, pp. 162–173.

は、それらの基準は、必要性原則の評価において用いられることがわかる。

ウェブスター・フォーミュラーの「急迫して」の語を武力攻撃の脅威の急迫性（imminence）、「手段の選択の余地もなく」の語を武力行使以外の手段の利用不可能性、「熟慮の時間もない」の語を即時性（immediacy）を意味するものとして捉えた場合、ウェブスター・フォーミュラーで示された自衛の必要性原則の基準のうち、即時性（時間的基準）のみが国連憲章の下で維持されていると考えられる。また、国連憲章の下で新たに地理的基準が追加されたと考えられる。

3　必要性原則の法的機能

自衛における必要性原則の規範内容を以上のように（時間的基準および地理的基準に基づく自衛の必要性と）捉えると、必要性原則の法的機能に対する評価も変化してくる。Schachter や O'Meara は必要性原則の規範内容を武力行使以外の手段が存在しないことと捉え、武力攻撃が発生している限り、自動的に必要性が推定され、武力攻撃の被害国が必要性を証明することは求められていないとする(97)。この意味で必要性原則に固有の法的機能は限定的となる。

武力攻撃の発生時点において時間的基準から自衛の必要性原則を評価した場合には、Schachter や O'Meara の指摘する通り、武力攻撃との時間的近接性があるため、自衛の必要性が推定され、武力攻撃の被害国が必要性を証明する必要はない。これに対し、武力攻撃の発生時点であったとしても、地理的基準から必要性を評価した場合には、自衛の必要性は自動的には推定されない。「コンゴ領における軍事活動」事件（コンゴ対ウガンダ）ICJ 本案判決は、このことを示している。本件において、ICJ は、1998 年 8 月 8 日から開始されたウガンダの軍事活動が自衛における行為として正当化できるかを検討している(98)。本件において、裁判所は、「証拠は〔ウガンダの主張する〕一連の〔越境〕攻撃が関連する期間に発生したことを示している」ことを認めている(99)。その上で、ICJ は、「ウガンダの国境から何百キロも離れた空港や都市の制圧は、ウガンダが自衛の権利を生じさせたと主張する一連の越境攻撃と均衡するもの

(97)　Schachter, "The Right of States to Use Armed Force," p. 1635; *idem.*, *International Law in Theory and Practice*, p. 152; O'Meara, *supra* note (11), p. 51.

(98)　*I. C. J. Reports 2004*, p. 213, para. 106.

(99)　*Ibid.*, p. 219, para. 132. 一連の越境攻撃の中には、1998 年 8 月 1 日の Kasese 街の攻撃が含まれる。

とは考えられず、また、自衛の目的で必要であったとも考えられない」と判示している[100]。したがって、たとえ武力攻撃の発生時点であり、それゆえ自衛における武力行使が時間的に武力攻撃と近接していたとしても、その武力行使が地理的に武力攻撃と近接していない場合には、当該武力行使は不必要ということになる。

また、Gardam は、自衛の必要性原則は、自衛における武力行使を開始する時点にのみ適用され、その後の武力行使に対しては継続的に適用されないと主張する[101]。しかしながら、「対ニカラグア軍事準軍事活動」事件本案判決において、ICJ は、米国が主張したところの「武力攻撃」が完全に撃退された数ヶ月後に米国の武力行使がなされたことを根拠として、米国の武力行使が不必要であったと判示している[102]。したがって、少なくとも ICJ の判例からは、自衛の必要性原則は、自衛における武力行使の開始時点だけでなく、その後の自衛における武力行使に対しても継続的に適用されることとなる[103]。

必要性原則を時間的基準から評価する場合には、武力攻撃の発生時点（あるいは自衛における武力行使の開始時点）よりも、むしろ、その後の自衛における武力行使が時間的に武力攻撃と近接しているかが問題となる。「……武力攻撃が終了したように思われるため、……現在進行中の武力攻撃が存在していないとき、必要性のテストは単なる形式ではなくなる」のである[104]。この意味において、自衛の必要性原則の時間的基準は、自衛権行使の終了時点を導出する機能をも果たすこととなるのである[105]。

（100）*Ibid.*, p. 223, para. 147.「ウガンダの国境から何百キロも離れた空港や都市の制圧」とは、具体的には、1998 年 9 月 1 日の Kisangani の制圧（及び同年 8 月 13 日に開始された Magenyi 中佐の国境から 580 キロ以上離れた Isiro の占拠）であると思われる。*Ibid.*, p. 216, para. 116, p. 222, para. 144.

（101）Gardam, “Necessity and Proportionality in *Jus Ad Bellum*and *Jus In Bello*,” p. 277.

（102）*I. C. J. Reports 1986*, p. 122, para. 237.

（103）自衛の必要性原則の継続適用あるいは時間的適用範囲に関しては、Gazzini の見解が妥当であるということとなる。Gazzini, *supra* note（14）, p. 146.

（104）Akande and Liefländer, *supra* note（3）, p. 564.

（105）Gardam は、別の著書ではこのことを示唆している。Gardam, *Necessity, Proportionality*, p. 155. 自衛権行使の終了については、別稿にて論ずる予定である。なお、従来の学説は、自衛の質的均衡性（の「武力攻撃の阻止撃退」という目的）から、自衛権行使の終了時点を導出しようとしている。Terry D. Gill, “When Does Self-Defence End?” in Weller（ed.）, *supra* note（43）, pp. 737-751; Yishai Beer, “When Should a Lawful War of Self-Defence End?” *EJIL*, Vol. 33 No. 3（2022）, pp. 1-27.

4　結語

自衛における必要性原則は、文字通り、「自衛（目的における武力行使）の必要性」を意味し、その必要性は時間的基準および地理的基準によって評価される。武力攻撃の発生時点では、主として地理的基準からの自衛における武力行使の必要性が判断される。また、自衛における武力行使の開始後も必要性原則は継続して適用される。特に時間的基準から自衛における武力行使の必要性が継続して評価される場合には、自衛権行使の終了時点が導き出されることとなる。

【付記】本稿は、科学研究費補助金 18K1264 に基づく研究成果の一部である。

（本学客員研究員・神戸市外国語大学准教授）

研究ノート

NPO 法人の理事の対第三者責任

清水　太郎

1. はじめに
2. 裁判例（盛岡地判平成 31 年 2 月 22 日）
3. 会社法 429 条について
4. 検討
5. おわりに

1. はじめに

岩手県山田町は、三陸地方の太平洋に面した町であり、平成 23 年（2011 年）3 月 11 日に発生した東日本大震災により、町の中心部を含めた海岸部が津波の被害を大きく受けた町である。

山田町においては、ある特定非営利活動法人（以下、「NPO 法人」という。）が町から委託された緊急雇用創出事業（平成 23 年～24 年度の 2 年間）で 12 億 2000 万円の事業費を使い切り、6 億 7000 万円に及ぶ不適切な支出（うち使途不明金 1 億 8000 万円）がなされたことが明らかになっている(1)。この事件については、山田町が町のホームページに「山田町復興記録誌［別冊］『NPO 法人大雪りばぁねっと事件』その背景と教訓」という冊子を掲載しているが、この事件の争点の一つが、同 NPO 法人の理事の山田町に対する責任（いわゆる対第三者責任）である。

本稿の関心は、特定非営利活動促進法（以下、「NPO 法」という。）には会社法 429 条のような対第三者責任を定めた条文が存在しないことから、そのこと

(1)　山田町復興記録誌［別冊］「NPO 法人大雪りばぁねっと事件」その背景と教訓 3 頁（https:/ / www. town. yamada. iwate. jp/ fs/ 7/ 0/ 7/ 8/ 5/ _/ fu_kirokushi_bessatsu. pdf）。

が NPO 法人の理事の責任のあり方にどのような影響を与えるかということである。そこで、以下では、問題となった裁判例（盛岡地判平成 31 年 2 月 22 日）を紹介した上で、会社法 429 条に関する議論を確認して、営利法人（会社）と非営利法人（一般社団法人・NPO 法人）の対比および非営利法人同士（一般社団法人と NPO 法人）の対比を通じて、検討してみたい。

従来、非営利法人法制において、理事の対第三者責任の妥当領域は拡大の一途をたどっているが、その検討は十分に行われていなかったと指摘されている [(2)]。また、先行研究 [(3)]がこの問題を検討された当時は具体的な裁判例がなかったことから、裁判例を通じて問題の一端を検討することも意義があるものと思われる。

なお、本稿は、上智大学国際企業環境法研究会（座長・梅村悠教授）における個別研究テーマ「東日本大震災と企業法」の研究成果の一部である。

2. 裁判例（盛岡地判平成 31 年 2 月 22 日）

盛岡地判平成 31 年 2 月 22 日 LEX/ DB25563105 の事案は、山田町が原告となって同町から緊急雇用創出事業の委託を受けていた NPO 法人（破産手続開始決定済み）の代表者理事であった Y（被告。業務上横領罪等が成立している。）に対し、同 NPO 法人に前払いされた事業費が目的外用途に費消されるなどして山田町が損害を被ったとして、一般社団法人及び一般財団法人に関する法律（以下、「一般法人法」という。）117 条 1 項（「役員等がその職務を行うについて悪意又は重大な過失があったときは、当該役員等は、これによって第三者に生じた損害を賠償する責任を負う。」）の類推適用による同理事の第三者（山田町）に対する損害賠償請求等を求めたというものである。

本件は、判例集には掲載されていないが、度々報道されているものである。また、山田町によると、本件は Y によって控訴されたものの、却下されたとのことである [(4)]。仙台高裁の判決文は参照することができなかったが、控訴人が Y であり、結論も変わっておらず、上記の問題について盛岡地裁が詳細に論じているので、こちらを参照したい。

---

(2)　山下徹哉「非営利法人の理事の対第三者責任の意義と機能に関する一考察」NBL1104 号 62 頁（2017 年）。

(3)　椿久美子「NPO 法人役員の対第三者個人責任と一般法人法 117 条 1 項の類推適用」明治大学法科大学院論集 16 号 119 頁以下（2015 年）。

(4)　山田町・前掲註(1)13 頁。

盛岡地裁の判旨は、以下のとおりである（なお、争点は以下に掲げたもの以外にもあるが、本稿の関心から割愛する。）。

「1　争点 1（一般法人法 117 条 1 項の類推適用の可否）について

（1）NPO 法に理事の対第三者責任を定めた規定があるとは認められないところ、原告山田町は、NPO 法人の理事について一般法人法 117 条 1 項が類推適用されると主張する。

そこで、以下、まず、NPO 法人の理事について一般法人法 117 条 1 項が類推適用されると解釈すべき前提が存するのかを検討する。

（2）一般法人法 117 条 1 項は、一般社団法人につき、『役員等がその職務を行うについて悪意又は重大な過失があったときは、当該役員等は、これによって第三者に生じた損害を賠償する責任を負う。』と定め、同法 198 条は、この規定を一般財団法人に準用するが、その趣旨は、一般社団法人又は一般財団法人の役員等（同法 111 条 1 項参照）は、本来、当該法人に対して任務を負うにすぎず、第三者に対しては、一般の不法行為責任以外の責任を負わないはずであるところ、一般社団法人又は一般財団法人が経済社会において重要な地位を占め、しかも、同両法人の活動がその機関である理事等の職務執行に依存するものであることを考慮して、第三者を保護する観点から、役員等が直接第三者に対して損害賠償責任を負うこととしたものであり、それゆえ、理事等の任務の懈怠について理事等に悪意又は重過失があれば、たとえ第三者に対する加害について故意又は過失がない場合であってもその責任を負い、その責任の範囲も、任務の懈怠によって直接に第三者に生じた損害であると、当該法人等が損害を被った結果第三者に生じた損害であるとを問うことなく及ぶものとするものである。

このように、一般法人法 117 条 1 項（同法 198 条で準用する場合を含む。）に基づく損害賠償責任は、法律上特別に定められた責任であるから、このような法定責任を認めるためには法の明文を要する（例えば、会社法 429 条、労働金庫法 42 条の 2、信用金庫法 39 条の 2、森林組合法 49 条の 3 第 8 項、水産業協同組合法 39 条の 6 第 8 項、農業協同組合法 35 条の 6 第 8 項、医療法 48 条 1 項、社会福祉法 45 条の 21 第 1 項、中小企業等協同組合法 38 条の 3 第 1 項、消費生活協同組合法 31 条の 4 第 1 項、生活衛生関係営業の運営の適正化及び振興に関する法律第 34 条 2 項、商店街振興組合法 51 条の 2 第 1 項など、経済的側面から見て社会に重要な地位を占める法人については、一般法人法 117 条 1 項と同旨の規定がある。）。

そうであれば、当該法人の根拠法にこのような法定責任が定められていないことは、当該法人についてこのような法定責任を認めないこととした立法者意

思の顕れというべきであるから、法の明文がない以上、このような法定責任を認める余地はない。

NPO 法には、このような法定責任を認める規定を欠くばかりか、その第 8 条（一般社団法人及び一般財団法人に関する法律の準用）においては、一般法人法の規定中、同法 78 条の規定（『一般社団法人は、代表理事その他の代表者がその職務を行うについて第三者に加えた損害を賠償する責任を負う。』）のみを準用している。

以上によれば、NPO 法人の理事について一般法人法 117 条 1 項の規定が準用又は類推適用されると解することはできず、原告山田町の上記主張は、その前提を欠くこととなり、採用することができないものである。

よって、一般法人法 117 条の類推適用による NPO 法人の理事の第三者に対する責任として原告山田町が求める損害賠償請求は、その余の点について判断するまでもなく、理由がない。」

3. 会社法 429 条について

会社法 429 条 1 項は、「役員等がその職務を行うについて悪意又は重大な過失があったときは、当該役員等は、これによって第三者に生じた損害を賠償する責任を負う。」と規定している。

この条文は、平成 17 年改正前商法 266 条ノ 3 第 1 項を受け継いだものであるが、その意義について、最大判昭和 44 年 11 月 26 日民集 23 巻 11 号 2150 頁は、「法は、株式会社が経済社会において重要な地位を占めていること、しかも株式会社の活動はその機関である取締役の職務執行に依存するものであることを考慮して、第三者保護の立場から、取締役において悪意または重大な過失により右義務に違反し、これによって第三者に損害を被らせたときは、取締役の任務懈怠の行為と第三者の損害との間に相当の因果関係があるかぎり、会社がこれによって損害を被った結果、ひいて第三者に損害を生じた場合であると、直接第三者が損害を被った場合であるとを問うことなく、当該取締役が直接に第三者に対し損害賠償の責に任ずべきことを規定した」ものであるとしている。盛岡地裁も、この部分を意識していることは疑いがない。

最大判昭和 44 年 11 月 26 日の立場は、不法行為責任と競合する、いわゆる法定責任説と呼ばれる立場である [(5)]。学説においては、最高裁が示した根拠

(5)　江頭憲治郎＝中村直人編・論点体系会社法 3 第 2 版 580 頁〔江頭憲治郎〕（2021 年・第

が抽象的または不十分と思われることから、取締役が第三者に対して特別の法定責任を負う根拠を具体化するために議論を重ねてきたが[6]、法定責任説自体を否定しているわけではない。

4. 検討

(1) 営利法人（会社）と非営利法人（一般社団法人・NPO 法人）の対比

盛岡地裁は、最大判昭和 44 年 11 月 26 日を意識し、一般法人法 117 条 1 項が NPO 法人に類推適用されるかを検討するにあたり、会社法 429 条等を例示して、同条が法定責任であることを論じている。この例示の部分において、盛岡地裁は、営利法人（会社）と様々な非営利法人を一緒くたに並列しているが（盛岡地判が引用している信用金庫については最判昭和 63 年 10 月 18 日民集 42 巻 8 号 575 頁が、また中小企業等協同組合法により設立された信用協同組合については最判昭和 48 年 10 月 5 日判時 726 号 92 頁および最判平成 18 年 6 月 23 日判時 1943 号 146 頁が、それぞれ営利性を否定している。なお、東京地判令和 3 年 6 月 24 日金判 1626 号 34 頁は監査法人に営利性を肯定している。）、およそ法人の機関に関する規定は営利法人（会社法）のそれに近似していく傾向があると言われている[7]。その反面、営利法人の規律が非営利法人に適合するかどうかについて、それほど活発に議論されているわけではないとも指摘されている[8]。

とはいえ、立案担当者および学説においても、一般法人法と会社法の対第三者責任の規定の趣旨は同様に理解されているので[9]、営利性の有無は関係がないようにも思われるが、念のため、法人の営利性の有無が対第三者責任の規定の有無にどのように影響するのかを考察してみたい。

改めて、明文規定はないが、会社は、営利社団法人である[10]。これに対し

一法規）。

(6)　山下（徹）・前掲註(2)63 頁。

(7)　岡田昌浩「法人の理事の責任と経営判断原則」齋藤真紀ほか編・企業と法をめぐる現代的課題 253 頁（2021 年・商事法務）。

(8)　北村雅史「一般社団法人の機関制度の検討」NBL1104 号 29 頁（2017 年）。

(9)　山下（徹）・前掲註(2)61 頁、新公益法人制度研究会編著・一問一答公益法人関連三法 82 頁（2006 年・商事法務）、山田誠一「一般社団・財団法人法におけるガバナンス」ジュリスト 1328 号 26 頁（2007 年）。

て、一般社団法人・NPO 法人は、（文字通り）非営利法人である。営利性については、いくつかの意義に分かれているが[11]、ここでいう営利性は、対外的収益活動によって得た利益を社員に分配するということである[12]。

会社法 429 条について改めて確認すると、この規定は、第三者保護に加えて、役員等の責任を明確化することで、会社の自律的なガバナンスを実現するという側面もある[13]。

そして、一般社団法人においても、適正なガバナンスを実現することが求められているし[14]、ガバナンスの強化自体は現代の潮流である[15]。また、一般法人法 278 条以下において、株主代表訴訟に類する社員代表訴訟制度が設けられている（ただし、このことは NPO 法人には妥当しない。）。つまり、この部分については、会社と一般社団法人を同列に取り扱って特段の問題があるわけではないと思われる。一般社団法人のガバナンスは、会社と同程度であることが求められることになる。

ちなみに、実質的にみると、公企業の民営化等の観点から、営利法人と非営利法人の活動範囲の境界が曖昧になっていると指摘されていたが、被営利法人が収益活動自体を行ってはならないというわけではなく、そのとおりであると言えるであろう[16]（例えば、株式会社形態の保険会社と相互会社形態の保険会社は、ともに保険業を行っている。）。

以上からすると、営利性の有無が対第三者責任の規定の有無に直結しているわけではなく、むしろ、法人のガバナンスの観点からは対第三者責任の規定を通じた役員等や理事の規律付けのほうが重要であると言えるであろう。そうだとすると、盛岡地裁で問題となっているのは NPO 法人への一般法人法 117 条 1 項の類推適用であるが、会社法 429 条 1 項の類推適用を検討する余地もあっ

（10）　近藤光男＝志谷匡史＝石田眞得＝釜田薫子・基礎から学べる会社法第 5 版 9 頁（2021 年・弘文堂）。

（11）　近藤＝志谷＝石田＝釜田・前掲註（10）1 頁、杉田貴洋「商法における営利性の意義をめぐって」法学研究 96 巻 1 号 28 頁（2023 年）。

（12）　神作裕之「一般社団法人と会社-営利性と被営利性-」ジュリスト 1328 号 43 頁（2007 年）、山下友信「商法の現代化と商人概念」同志社法学 71 巻 1 号 103 頁（2019 年）。

（13）　山下（徹）・前掲註（2）62 頁。

（14）　新公益法人制度研究会・前掲註（9）174 頁。

（15）　落合誠一「会社の営利性について」黒沼悦郎＝藤田友敬編・企業法の理論（上）16 頁（2007 年・商事法務）。

（16）　神作裕之「非営利団体のガバナンス-コーポレート・ガバナンス論との比較を中心に-」NBL767 号 26～27 頁（2003 年）。

たものと思われる。

付言するに、東京地判昭和 60 年 11 月 15 日判時 1183 号 108 頁は、公益社団法人の理事に改正前商法 266 条の 3 第 1 項の類推適用が可能か否かが問題となった事例であるが、「公益社団法人の理事…の責任につき商法 266 条ノ 3 が類推適用されるか否か検討するに、同条の立法趣旨は、本来、株式会社の取締役は、自己の任務を遂行するに当たり、会社に対して負っている善管注意義務や忠実義務に違反して、第三者に損害を被らせたとしても、当然に損害賠償の義務を負うものではないが、株式会社が経済社会において重要な地位を占めていること、しかも株式会社の活動はその機関である取締役の職務執行に依存するものであることを考慮して、第三者保護の立場から規定された点にあると解される（最高裁昭和 39 年（オ）第 1175 号昭和 44 年 11 月 26 日大法廷判決・民集第 23 巻第 11 号 2150 頁参照。）ところ、公益社団法人はその性質上その経済社会における地位の重要性については、株式会社に及ぶべくもないこと、確かに公益社団法人の運営については、代表機関である理事の活動に依存するところが大きいとはいえ、一方株式会社とは異なり、主務官庁がその設立許可権限（民法 34 条）、設立許可取消権限（民法 71 条）、業務の監督権限（民法 67 条）、定款の変更を認可する権限（民法 38 条 2 項）等を有しているのであって、右の点からすれば公益社団法人の業務の運営が株式会社における取締役のごとくに理事のみに依存しているとは認め難いこと、また、右事情からして、株式会社の場合ほどに第三者保護の必要性は認め難いこと、さらには、法は株式会社の取締役以外の取締役あるいは理事に、商法 266 条ノ 3 と同様の責任を負わせる場合には各法令に個別に規定している（有限会社法 30 条ノ 3、労働金庫法 37 条 2 項、信用金庫法 35 条 2 項、農業協同組合法 31 条の 2 第 3 項等）と考えられることからすれば、公益社団法人における理事の個人責任について、…商法 266 条ノ 3 と同趣旨の責任を負わせるのは相当ではない。」と判示している（改正前の条文はそのまま引用した。）。

個別法の規定が必要であるという部分は盛岡地判と同様であるが（東京地判昭和 55 年 9 月 16 日判時 997 号 131 頁も同旨。）、他の理由付けである経済社会における地位の高低、監督の強弱がどう関係しているか、そしてこれらが第三者保護の必要性とつながることがよく分からないので[17]、この裁判例はあまり参考にならないと思われる。

---

(17)　出口正義・ジュリスト 926 号 108 頁（1989 年）。

（2）　非営利法人同士（一般社団法人と NPO 法人）の対比

前述のように、一般法人法には理事の対第三者責任の規定があるのに対し、NPO 法にはそのような規定は存在しない（この点については、あまり議論がなされていなかったようである[18]。）。

NPO 法は、平成 10 年に成立したものである。この制度の趣旨は、社会の様々な分野において、ボランティア活動をはじめとした民間の非営利団体による社会貢献活動が活発化し、その重要性が認識されているなかで、これらの団体であって、法人格を持たないものが簡易な手続きで法人格を取得することを可能とすることである[19]。

そして、NPO 法 2 条に関連する別表には、NPO 法人の 20 の活動分野（①保健、医療又は福祉の増進を図る活動、②社会教育の推進を図る活動、③まちづくりの推進を図る活動、④観光の振興を図る活動、⑤農山漁村又は中山間地域の振興を図る活動、⑥学術、文化、芸術又はスポーツの振興を図る活動、⑦環境の保全を図る活動、⑧災害救援活動、⑨地域安全活動、⑩人権の擁護又は平和の推進を図る活動、⑪国際協力の活動、⑫男女共同参画社会の形成の促進を図る活動、⑬子どもの健全育成を図る活動、⑭情報化社会の発展を図る活動、⑮科学技術の振興を図る活動、⑯経済活動の活性化を図る活動、⑰職業能力の開発又は雇用機会の拡充を支援する活動、⑱消費者の保護を図る活動、⑲前各号に掲げる活動を行う団体の運営又は活動に関する連絡、助言又は援助の活動、⑳前各号に掲げる活動に準ずる活動として都道府県又は指定都市の条例で定める活動）が掲げられており、これは限定列挙である。

これに対して、一般法人法は、民法の法人法制と中間法人法の改正によって平成 18 年に成立したものである。これによって、営利も公益も目的としない法人が設立できることになった[20]。また、監督官庁は存在せず[21]、NPO 法のような活動分野の限定もなされていない。

この 2 つの法律の関係をどう理解するかは、説明するのが難しい。つまり、一般法人法は、その名称からして法人法制の一般法のように考えられるし[22]、先行研究は、NPO 法は一般法人法に比して独自の意義が認められ、一般法特

（18）　椿・前掲註（3）143 頁。

（19）　山田誠一「一般社団法人及び一般財団法人に関する法律について」みんけん 590 号 12 頁（2006 年）。

（20）　山下純司「権利能力なき社団と被営利活動」NBL1104 号 22 頁（2017 年）。

（21）　山田誠一「これからの法人制度（第 1 回）」法学教室 321 号 16 頁（2007 年）。

（22）　四宮和夫＝能見善久・民法総則〔第 9 版〕96 頁（2018 年・弘文堂）。

別法の関係にあるとされるが[23]、NPO 法のほうが先に成立していることから、一般法・特別法の関係にはないものと考えられる。通常、民法と消費者契約法のように、先にある法律があって、それでは都合の悪い場合があることから、その部分を修正した法律が成立するという流れであろうと考えられるが、一般法人法は NPO 法を修正したものではなく、上記のような経緯によって成立したものである。言い換えると、一般法人に対第三者責任の規定が適用されたことで何か不都合が生じたことから NPO 法でこれを削除したというわけではない（そもそも、一般法人法 117 条の適用が争われた事例自体が東京地判平成 25 年 2 月 1 日 LEX/ DB25501443、東京地判平成 26 年 4 月 22 日 LEX/ DB25519044、東京地判平成 27 年 12 月 25 日 LEX/ DB25532962、東京地判平成 28 年 5 月 17 日 LEX/ DB25543032、東京地判平成 28 年 9 月 16 日 LEX/ DB25537377 と少なく、また、これらが特に問題のある判決というわけでもない。）。

先に成立していた NPO 法の立法当時から対第三者責任の規定は存在していなかったわけであるが、そもそも、NPO 法人自体がボランティア団体を法人成りさせたものであることから[24]、極めて小規模な団体が想定されており、対第三者責任を問うような場面は想定されていなかったと思われる（なお、宗教法人法にも対第三者責任の規定が存在しないが、こちらも、宗教法人が（現実にどうかは別として）対第三者責任を問われるような事態が想定されていなかったものと思われる。）。その意味で、最大判昭和 44 年 11 月 26 日や盛岡地判が言っているように、経済社会において重要な位置を NPO 法人が占めていたとは考えられていなかったのであろう。むしろ、ボランティア団体の法人成りという観点からは、極めて小規模な法人にガバナンスを求めるという不経済よりも、設立の容易さを重視したものと考えられる。

このように考えると、一般法人法と NPO 法は理論的には一応の住み分けができていると思われることから、理事の対第三者責任の規定の存否が異なるからといって、特段不自然なものではないとも思われる。

しかしながら、NPO 法人も一般社団法人も、準則主義で比較的小規模な団体によって設立されているという共通点がある[25]。また、一般社団法人も NPO 法人も現代社会において、経済的にも文化的にも重要な役割を担うようになっている[26]。そして、NPO 法人の活動領域は上記のように 20 に限定さ

---

(23)　椿・前掲註(3)162 頁。

(24)　佐久間毅「法人通則−非営利法人法制の変化を受けて−」NBL1104 号 48 頁（2017 年）。

(25)　橋本佳幸「非営利法人と不法行為責任」NBL1104 号 37 頁（2017 年）。

れているが、もともとボランティア活動からスタートしたという経緯にかんがみれば、実質的に活動領域に制限はないものと言って差し支えないものと思われる。一般社団法人も NPO 法人の業務を行うことができることからすると、両者の実際の活動範囲は相当に重複するものであると思われる（そうだとすると、一般法人法および一般法人と NPO 法および NPO 法人の双方が必要なのか、あるいは後者は必要ないのではないかとも考えられるが、なくすことに反対も強く、公益法人とは別の法人類型として存置されることになった[27]。）[28]。

以上からすると、一般法人法と NPO 法の住み分けができていると言っても、対第三者責任の規定の存否を正当化するほどの根拠となるかは一考の余地がある。

（3） 小括

以上をまとめると、まず、営利法人（会社）と非営利法人（一般社団法人・NPO 法人）の対比から、対第三者責任の規定の有無は、法人の営利性とは関係なく、当該法人のガバナンスを強化するための手段の一つであることが確認された。この観点からすると、確かに、NPO 法の立法当時にはガバナンスよりも法人成りの容易さが重視されたのかもしれないが、今日では、法人のガバナンスの強化が言われており、NPO 法人もその例外ではない。無論、ボランティア団体とほとんど変わらないような小規模な NPO 法人にガバナンスを求めると、そちらに注力する必要があることから、本来の活動に支障を来すという反論も考えられる。これについては、会社法が会社の規模等によって求められる機関設計を変えていることから、何を基準とするかは別として、他の非営利法人に関する法律の内部で、当該非営利法人に適したガバナンスの仕組みを用意するほうが、社会的に望ましいのではないかと思われる。

このように考えると、盛岡地裁が「一般法人法 117 条 1 項…に基づく損害賠償責任は、法律上特別に定められた責任であるから、このような法定責任を認めるためには法の明文を要する（例えば、会社法 429 条…など、経済的側面から見て社会に重要な地位を占める法人については、一般法人法 117 条 1 項と同旨の規定がある。）。そうであれば、当該法人の根拠法にこのような法定責任が定められ

---

(26)　鳥谷部茂「一般法人・公益法人・営利法人の共通性と独自性」福山大学経済学論集 43 巻 1=2 号 169〜170 頁（2019 年）。

(27)　大村敦志・民法読解総則編 218 頁（2009 年・有斐閣）。

(28)　佐久間・前掲註(24)52 頁。

ていないことは、当該法人についてこのような法定責任を認めないこととした立法者意思の顕れというべきであるから、法の明文がない以上、このような法定責任を認める余地はない。」と判示しているのは、首肯し難い。むしろ、対第三者責任の規定は法人のガバナンス強化の観点から意義があり、これは NPO 法人にも妥当するものである[29]。つまり、NPO 法人法に対第三者責任の規定が存在しないことを上記の判旨のように積極的に評価するのではなく、立法の不備と理解すべきである。この不備を受けるためには、法改正以外に[30]、他の法律の対第三者責任の規定を類推適用するか、盛岡地判では検討されていないが、一般不法行為の成否を検討すべきであった。

なお、どの法律の対第三者責任の規定を類推適用するかについて付言すると、様々な法人法制が会社法を参考にしていることからすると、会社法が法人法制の一般法的な位置にあると言えるであろう。また、会社法は判例や学説の集積も多いことから、参考となる情報も多い。学説も役員等の任務懈怠による対第三者責任は、現在では、会社特有のものではなく、一般性のあるものになっているとされていることから[31]、会社法 429 条 1 項の類推適用を検討するべきであった。

5. おわりに

本稿の出発点は、筆者が指導を受けている上智大学国際企業環境法研究会の個別研究テーマが「東日本大震災と企業法」であったことから、何がテーマに適うかを同じく研究会のメンバーである広見正行氏（本学客員研究員・神戸市外国語大学准教授）と議論したことである。この過程で、岩手県山田町を舞台と

(29)　佐久間・前掲註(24)51 頁。

(30)　先行研究は、NPO 法の改正について、第三者の被害が救済されない事態の続発により NPO 法人制度に対する信頼が揺らぐ状況が必要とされるものもあるが（佐久間・前掲註(24)52 頁。）、全体に比べれば少数であるが、NPO 法人制度ができた当時から本来の目的とは異なる用いられ方がされている。この点については、設立の要件が緩いので、悪用されるおそれは当初から存在したと言える。また、本稿で検討している盛岡地裁の事件も大きく報道されていたものであることから、NPO 法人制度に対する信頼という観点からすると、法改正が検討されてもよい時期が来ているのではないかと思われる。同じく第三者責任の規定がない宗教法人法も、周知のとおりの事件が現在進行形で続いているので、同様である。これらの法律の成立時に比して第三者保護の要請が強くなっているのであれば、立法の手当が必要であろう（椿・前掲註(3)133 頁。）。

(31)　佐久間・前掲註(24)50 頁。

した一連の事件とその法廷闘争である盛岡地判に行きついた。

先に引用したとおり、盛岡地判は、対第三者責任の規定がない NPO 法人に対第三者責任の規定である一般社団法人 117 条 1 項の類推適用を否定している。しかしながら、NPO 法に対第三者責任の規定が存在しないことが論理必然のことではないことは、本稿で確認・検討したことから明らかである。

対第三者責任の規定は法人のガバナンスの観点から意義があり、ガバナンスの重要性は営利・非営利を問わず、全ての法人に妥当するものである。したがって、NPO 法に対第三者責任の規定が存在しないことは、望ましいことではない。この点については、立法上の手当が（宗教法人法とならんで）必要であると思われるが、現行法の解釈という観点からは、法人法制の一般法的な位置にある会社法 429 条 1 項の類推適用が検討されるべきであり、これが認められ、Y は対第三者責任を負うという結論が導かれるべきであった。

（本学客員研究員）

上智大学法学会教員名簿

（アルファベット順　◉法学会会長　○編集委員）

○阿部　和文
安西　明子
朝山　芳史
東　　史彦
筑紫　圭一
出口　耕自
江藤　淳一
羽生　香織
原　　強
早川　咲耶
堀口　健夫
伊藤　栄寿
伊藤　　渉
岩崎　政孝
岩下　雅充
兼原　敦子
加藤　浩三
川瀬　剛志
北村　喜宣
小林　俊彦
駒田　泰土
小山　泰史
楠　　茂樹
桑原　勇進
巻　美矢紀
松本　尚子
三浦　まり
溝渕　将章
森下　哲朗
○永野　仁美
永下　泰之
越智　敏裕
大橋真由美
岡部みどり
奥田純一郎
佐藤　結美
宍戸　博幸
◉田頭　章一
照沼　亮介
富永　晃一
土田　　亮
対木　和夫
上田　健介
梅村　　悠
善塔　章夫

令和６年３月10日　印刷
令和６年３月20日　発行
編集兼発行人　田　頭　章　一
発　行　所　上智大学法学会
102−8554　東京都千代田区紀尾井町7-1
03(3238)3231／03(3238)3232
http://www.sophialaw.jp/law-web/
制　　作　成文堂

Printed in Japan

SOPHIA LAW REVIEW

Vol. LXVII, No.4, 2024

Special Issue in Honor of Professor Tsuyoshi Hara, Professor Koji Deguchi and Professor Atsuko Kanehara

CONTENTS

Farewell to Professor Tsuyoshi Hara, Professor Koji Deguchi, Professor Atsuko Kanehara
…… Syoichi Tagashira (1)

Articles

Die Beteiligte in der neuen Vaterschaftsanfechtungsklage …… Akiko Anzai (41)
Zum Unmittelbarkeitsgrundsatz im Zivilprozess. …… Hiroki Hata (57)
Section 249 of Civil Procedure in Japan …… Yoshihito Saito (73)
New Possibilities of "Classification of Creditors" in Business Reorganization Proceedings
…… Shoichi Tagashira (91)
Effectiveness of Exclusive Jurisdiction Agreements under Consumer Contract Law in Japan
…… Yasuo Yabuguchi (113)
Die Rechtswahl und das Erfordernis des Auslandsbezugs im Europäischen Internationalen Privatrecht
…… Kiyotaka Fukui (145)
Refugee Protection in Japan: Systems and the Influences of International Human Rights Treaties
…… Miyako Tatematsu (207)
Dialogues between Courts of the EU and the Member States on Human Rights Protection:
Case of *Ri-accentramento* by the Italian Constitutional Court …… Fumihiko Azuma (243)
Consideration of Overall Contexts in Identifying Customary International Law …… Junichi Eto (273)
Individual Communications under International Convention on the Elimination of All Forms of Racial
Discrmination …… Keiko Ko (311)
Legal Nature of the Right of Control over the Facilities and Areas under the Visiting Forces
Agreement …… Kazuyuki Nemoto (329)
Response to Natural Disasters in Environmental Treaties and its Legal Issues: Toward
Mainstreaming Disaster Risk Reduction …… Shiina Suzuki (355)
Criteria for Distinguishing between Diplomatic Protection and Invocation of State Responsibility for
Obligations *erga omnes* in the Law of State Responsibility …… Shiho Tsuchiya (379)

Notes

The Content and Function of the Principle of Necessity in Self-Defence …… Masayuki Hiromi (405)
On the liability to the third parties of the director of NPOs. …… Taro Shimizu (429)

Published by the Sophia Law Society
Sophia University, Tokyo

Address all Communications to the Sophia Law Society,
Sophia University, 7-1 Kioi-cho, Chiyoda-ku, Tokyo (102-8554)

ISSN 0447-7588