

秋田法学

2010年 第51号

論文

場屋主に寄託されない貴重品についての責任

道端忠孝 …… (1)

憲法裁判所の登場による民法の変化
— 韓国の憲法裁判所と民法を素材として —

孟 觀 變 …… (27)

旅行契約における旅行業者の責任に関する一試論

中 里 真 …… (61)

研究ノート

管轄の合意・再考 (二)

川 口 誠 …… (85)

翻 訳

クラウス・ロクシン 古稀記念祝賀論文集
吉田 宣之「推定的承諾の実体的正当化について」

秋 山 栄 一 …… (97)

秋 田 法 学

第 51 号

ノースアジア大学

総合研究センター法学研究所

[論 文]

場屋主に寄託されない貴重品についての責任

—ゴルフ場クラブハウス貴重品ロッカー盗難責任肯定判例を契機に—

道 端 忠 孝

- I、はじめに
- II、平成 17 年 4 月 14 日秋田地判の考察
- III、寄託されない貴重品についての責任論の展開
- IV、おわりに

I、はじめに

商法594条2項は、客が特に寄託せざる物品といえども、場屋中に携帯したる物品が場屋の主人またはその使用人の不注意によりて滅失または毀損したるときは、場屋の主人は、損害賠償の責に任ずる旨を定めているが、しかし、高価品については、その特則が商法595条におかれている。この特則規定は、貨幣、有価証券、その他の高価品については、客がその種類および価額を明告して、これを前条の場屋の主人に寄託したるにあらざれば、その場屋の主人は、その物品の滅失または毀損によりて生じたる損害を賠償する責に任ぜずと規定している。

それゆえ、場屋主に寄託されない貴重品については、場屋主は、この商法595条の特則規定により、明告のみならず、寄託さえないゆえ、たとえ場屋の主人またはその使用人の不注意があったとしても、不法行為責任の有無はともかく、商法595条の責任を負う必要がないと解されていた。

しかし、最近のゴルフ場クラブハウス内に設置している貴重品ロッカー

における現金やキャッシュカード等の盗難事件においては、場屋営業と解されているゴルフ場経営者の責任が肯定されている。

そこで、このゴルフ場クラブハウス内の貴重品ロッカーにおける貴重品盗難事件についてのゴルフ場経営者の責任がなぜ肯定されているか、その根拠および責任の範囲はどこまでかについて、特に、この種の事例において商法594条2項の責任を肯定した平成17年4月14日の秋田地方裁判所判⁽¹⁾決を中心に考察し、さらにはホテルや旅館などのその他の場屋営業ではどのようにするのか、その責任のあり方を明らかにしたいと思う。

II、平成17年4月14日秋田地判の考察

この平成17年4月14日秋田地裁⁽²⁾の判例は、ゴルフ場クラブハウス内のロッカー室入口付近の貴重品用の暗証番号式ロッカーに入れておいた現金やキャッシュカード等が入った財布を盗取された利用客が、ゴルフ場経営会社の場屋主としての責任等を求めた事件において、善管注意義務違反があったとして、商法594条2項の責任を肯定したものである。

イ) 事実の概要

ゴルフ場利用客X(原告)は、被告Y社の経営するゴルフ場を知人3人と訪れ、現金、キャッシュカード等が入った財布をロッカー室入口付近に設置されていた貴重品用の本件ロッカーに入れておいたところ、Sら(3名)により、同人らの本件ロッカーの裏側に取り付けた小型カメラで判読した暗証番号を用いて本件ロッカーのボックスが開けられ、財布が盗取され、キャッシュカードで562万円余が引き出された。そこで、Xは、商事寄託契約の債務不履行責任、場屋主の特別責任、不法行為責任、工作物責任に関する規定を理由としてY社の損害賠償責任を追及したものである。

(1) 金融・商事判例1220号21頁。

(2) 金融・商事判例1220号21頁。

ロ) 判旨

一 争点1（寄託を受けた場屋の主人の責任）について

1 寄託の有無

(1) 寄託契約とは、物の保管義務を契約の主たる目的とする契約であり、物の保管とは、受寄者が物を自己の支配内において、その滅失および毀損を防いで原状を維持することをいう。

(2) 顧客が本件ロッカーのボックス内に物を入れることをもって、被告Y社にこれを寄託したといえるか否かを検討するに、①ある顧客が本件ロッカーを利用しているのか否か、そして何時だしたのかをY社側で当然に把握できる仕組みがないこと、②顧客が設定した暗証番号はもとより、ボックス内の在中物がどのような物かもY社従業員は認識していないこと、③例外的な緊急時を除いて、Y社が顧客に無断で解錠して本件ロッカーの在中物を確認することは予定されていないこと等の事情に鑑みれば、Y社が本件ロッカーの在中物を自己の支配内においていると認めることはできない。

また、④原告Xが、直接フロント係員に財布を預かるように要求した形跡がなく、⑤本件ロッカーの上に掲げられた板「フリーボックス使用約款」と題する文書には、「お客様のご希望により貴重品等をフロントでもお預りいたします。」と記載されていることを併せ考慮すれば、貴重品を本件ロッカーに保管することをすすめる旨の張り紙があったとしても、Y社が、従業員に直接保管させる代わりに本件ロッカーを設置していたと評価することはできないというべきである。

(3) 以上によれば、顧客が暗証番号を設定して本件ロッカーのボックスに物を入れることにより在中物自体の支配がY社に移転したと評価できず、保管場所の貸与に止まると解するのが相当である。

2 したがって、寄託を前提とする商法594条1項に基づく損害賠償請求は理由がない。

二 争点2（寄託を受けた商人の責任）について

上記一で説示したとおり、寄託関係の成立が認められないから、商法593条に基づく損害賠償請求は理由がない。

三 争点3(寄託を受けない場屋の主人の責任)について

(1) 本件ゴルフ場のクラブハウスが場屋に該当し、Y社がその主人であることは当事者間に争いが無い。

(2) 善管注意義務違反について

ア 上記の通り寄託関係の成立は認められないとしても、Y社は、自らが営業する場屋に、「貴重品ロッカー」と銘打って本件ロッカーを設置したものであるから、本件ロッカー自体の安全を維持確保する義務を負うことは当然である。

イ 本件ロッカーは浴場付近に設置されており、浴場利用者が財布等の貴重品を保管するために本件ロッカーを使用すること、そして、具体的な手口はさておき、浴場の脱衣場やロッカーが窃盗犯の目標になりやすいことは容易に想像される場所である。

Sら(窃盗犯人)が用いた手口は、模倣性の高いものと考えられ、一般の雑誌等で手口を具体的に紹介することには否定的な立場もあり得ることに照らせば、・・・雑誌以前に一般向けの書籍でSらの手口が具体的に紹介されたと認めるに足る証拠はないというべきであるが、窃盗犯人の具体的な手口が認識できない限り防衛策を講じられないものではなく、付近に従業員が常駐している、頻繁に人通りがある、監視カメラが設置されている等の事情によっても、窃盗犯人を心理的に萎縮させる効果があると考えられる。

ウ 本件ロッカーは、・・・フロントからは見えない場所に設置されている。また、Y社は、①本件ロッカーはトイレおよびロッカー更衣室の入口付近に設置され、ゴルフ場利用者およびY社従業員が行き来していたことおよび②Y社従業員は、ロッカー更衣室および本件ロッカー付近をときどき見回る等して、疑わしい者の侵入等を防止していたことを主張するが、見回りの頻度、担当者等の具体的な立証はない。

エ また、Sらは、下見をした上で、盗みが可能なゴルフ場を選択していたこと、そして、S・・・の供述調書において、「クラブハウスの入口に入ると、右側にフロント、左側にロッカールームに通じる入口になっていて、貴重品ロッカーはロッカールーム入口から入ったところの壁に1台だけ置かれていて、そこはフロントからは全く見えない場所だった・・・」と述べていることに鑑みれば、本件ゴルフ場のクラブハウスは、警備の程度が通常とられるべき水準に達していなかったと推認され、これを覆すに足りる的確な証拠はない。

オ 以上を総合すれば、Y社には、Xが本件ロッカーに保管していた財布が窃取されたことにつき、商法594条2項の「不注意」があると認められる。

四 争点4（民法717条に基づく損害賠償責任）について

Xが主張する本件ロッカーの設置場所およびその付近の監視に関する事情は、民法717条1項の「土地の工作物の設置又は保存の瑕疵」には該当しない。民法717条が予定している「瑕疵」は当該工作物に内在する危険性を指すと解されるところ、Sらの窃盗による損害は、本件ロッカーなしにクラブハウスに内在する危険性が顕在化したものとは評価できないからである。

五 争点5（民法709条に基づく損害賠償責任）について

本件ロッカーの設置場所の選択およびその付近の監視の程度が、ゴルフ場のクラブハウスの通常業務過程を逸脱したとまでは評価できないから、Y社には、Sらの窃盗による被害についての不法行為法上の注意義務違反は認められないというべきである。

したがって、民法709条に基づく損害賠償請求は理由がない。

六 争点6（相当因果関係）について

Sらが本件ロッカーからXの財布を窃取した行為とATM機から現金が引き出されたこととの間には、相当因果関係が認められる。Y社が主張するXの落ち度は、因果関係の相当性を否定する事情には該当しない。

七 争点7 (高価品の明告の欠如) について

キャッシュカードが商法595条の「高価品」に該当することは当事者間に争いが無い。

そして、①本件ロッカーの上には、「貴重品ロッカー」との文言が掲げられていたこと、②・・・当時、本件ロッカーに貴重品を預けることをすすめる旨の張り紙がなされていたこと、③本件ロッカーのボックスの大きさから、財布が預けられることが多いことは容易に想像されること、④財布には通常、キャッシュカードの類が入っていることに加え、預金金額も本件ゴルフ場の会員として常識的な額の範囲内であったこと等の事情を考慮すれば、Y社には、高価品の認識があったと認めるのが相当である。

したがって、高価品の明告の欠如の主張は理由がない。

八 争点8 (約款による免責) について

約款の掲示場所および文字の大きさ等に照らすと、その周知性は乏しいといわざるを得ず、他に、約款の周知性に関する主張立証はない。

したがって、本件ロッカーの上に掲げられている約款は、XとY社の間の契約内容になっているとは認められず、単なる「告示」(商法594条3項)に止まるというべきであるから、約款による免責の主張は理由がない。

九 争点9 (過失相殺) について

窃取された財布に入っていたクレジットカードは、暗証番号違いのため使用できなかったことに照らせば、Xのキャッシュカードが使用されてATM機から現金が引き出されたことについては、Xが本件ロッカー使用時の暗証番号を、キャッシュカードの暗証番号と同一にしていたことが寄与していたことは否定できない。

記憶の便宜のために本件ロッカーの暗証番号をキャッシュカードの暗証番号と同一にする心理は理解できるが、本件ロッカーの暗証番号は、ゴルフをしている間だけ記憶していれば良い番号であるから、自己の所有するカード類の暗証番号と異なる番号を用いてもさしたる不便はないこと、本件ロッカーの暗証番号の設定は、専ら顧客の支配領域内の出来事であり、

Y社が介入できない性質の行為であること等の事情を考慮すれば、4割の過失相殺を行なうのが相当と考えられる。

八) 判例の考察

この平成17年4月14日の秋田地判の争点は、①寄託を受けた場屋主人の責任、②寄託を受けた商人の責任、③寄託を受けない場屋主人の責任、④工作物責任、⑤不法行為責任、⑥高価品の明告の欠如、⑦相当因果関係、⑧約款による免責、⑨過失相殺に関するものであるが、ここでは主たる争点と考えられる、①寄託を受けた場屋主人の責任の有無、②寄託を受けた商人の責任の有無、③寄託を受けない場屋主人の責任の有無を考察し、その他については、上記の主要争点との関連において考察するにとどめる。

①寄託を受けた場屋主人の責任について

平成17年4月14日秋田地判は、寄託契約とは、物の保管義務を契約の主たる目的とする契約であり、物の保管とは、受寄物を自己の支配内において、その滅失および毀損を防いで現状を維持することであって、顧客が暗証番号を設定して本件ロッカーのボックスに物を入れることにより在中物自体の支配がY社に移転したと評価できず、保管場所の貸与に止まると解するのが相当であるから、XとY社との間に、寄託関係の成立が認められないとしている。

これに対し、平成16年5月24日の東京地判は、寄託責任を肯定している⁽³⁾。判決では、「本件の場合、本件ロッカーは、ロッカー室とは別の位置、それもフロントの位置からは目の届く位置に設置されていて、なおかつ、「貴重品ロッカー」という名称の表示がなされていたものである。さらに、ロッカー室内のロッカーについては貴重品に関して責任を負わない旨の表示がなされていたものである。すると、被告の側としては、ロッカー室内のロッカーに貴重品を保管した場合、それが盗難にあっても被告が責任を負うことはできないため、貴重品類は、フロントから目の届く位置にある

(3) 金融・商事判例1204号56頁。

「貴重品ロッカー」に入れるよう利用客に対する指示がなされていたといえるのであって、それを裏返せば、「貴重品ロッカー」に保管した貴重品については盗難にあった場合には責任を負う旨を暗に表示していることになる。その結果として、「貴重品ロッカー」すなわち本件ロッカーに物を保管させた利用客と被告との間には、保管開始の時点で、『少なくとも盗難に関する限りにおいては』被告の側で善良なる管理者としての注意義務を払う（保管物そのものが特殊な性質を持つが故にその性質を維持することまでの義務、例えば、生鮮食料品の品質保持義務に類似する義務を負うわけではない。）ことを内容とする契約が成立したと解するのが相当である。』したがって、不審者が本件ロッカーに盗撮用カメラを設置したことを見逃し、かつ、クラブハウスに侵入して本件ロッカーを開扉して本件財布等を盗取したことに気付かなかったのであるから、商事寄託契約に基づく債務不履行責任を負うとし、Xが同一暗証番号を使用した過失を4割とみて過失相殺して、損害賠償額を減額している。

この東京地判の批評の中には、この判旨に賛成し、結論的には、ゴルフ場利用者が暗証番号式貴重品ロッカーに財布等を入れ施錠することにより商事寄託契約が成立すると解し、ゴルフ場経営者に損害賠償責任を認めるべきであって、駅などで見かける単に保管場所を提供するにすぎないコインロッカーと本件のように商人が営業の範囲内で設置する貴重品ロッカーとは法的性格を異にすると解すべきであるとの見解もある。その理由として、ゴルフ場の経営者はフロントで寄託を受ける代わりに貴重品を預かり保管する場所として貴重品ロッカーを設置し、顧客側もフロントに預けることの代替措置としてロッカーが設置されたと認識するのが通常であり貴重品を寄託する保管場所として信頼していることをあげ、そして「よりストレートにYが営業の範囲内で貴重品ロッカーを提供し利用客が施錠した時点でYの占有＝保管を開始することにより商事寄託契約が成立したと構成しても良かったと思われる、述べられている⁽⁴⁾。同様に、「本件の貴重品ロッカーも金融機関の貸金庫設備と同様に、一定の物品（貴重品等）

を安全に保管するという目的のもと、事業者が設備を維持しているのであり、利用者がその設備に物品を格納することによって事業者の占有が認められ、そして、そこに包括的な受寄者としての債務負担の意思の存在が推定され、寄託が成立すると解することができるのではなからうか。」との見解もみられる⁽⁵⁾。

しかし、他に寄託責任を肯定する見解はない。寄託責任否定説は、たとえば、ゴルフ場は、無料ロッカー内に保管された在中物の内容はおろか、在中物の存否すら具体的に認識しておらず、さらに暗証番号の設定および管理、またロッカーキーの管理は、利用者に委ねられ、緊急時等の例外的な場合を除いて、無料ロッカーの開閉は利用者によってのみ行われ、ゴルフ場は、無料ロッカーの在中物に対する支配を欠いており、保管場所を貸与したに過ぎないと解している⁽⁶⁾。同様に、緊急の場合を除き、ロッカー内のボックスの扉を自由に開けることができないロッカーそれ自体の占有者がその在中物を支配しているということはできないであろうとの見解もある⁽⁷⁾。

判例においても、平成16年5月24日の東京地判の控訴審は、寄託契約の⁽⁸⁾成立を否定し、場屋主の特別の寄託責任を問題とせず、「本件ロッカーに保管が予定されているのは、いわゆる貴重品であるから、Y社は、本件ロッカーを設置し、管理する者として、条理上、これを安全な状態に保つ義務を負う」との前提で、非寄託物についての責任（商法594条2項）と不法行為に基づく責任を問題としているが、寄託契約の責任を次のように判示して、否定している。本件ロッカー（貴重品ロッカー）設備はゴルフ場を経営するY社が提供しているが、「これを使用しているかどうかは本件ゴ

(4) 吉田直『判例研究』金融・商事判例1232号60頁以下。

(5) 渡邊博己『判例研究』京都学園法学2006年1号88頁以下。

(6) 浅野響『判例研究』金融・商事判例1227号4頁。

(7) 白石智則『判例研究』白鷗法学14巻1号275頁。

(8) 東京高判平成16年12月22日金融・商事判例1210号9頁。

ルフ場の利用客の判断に任されており、使用する場合は利用客がこれを行い、使用した場合にも別料金が徴収されるわけではなく、Y社も、個々の本件ゴルフ場の利用客の本件ロッカーの使用の有無や、使用された場合の各ボックスの内容物は把握していないことが認められる。したがって、本件ボックスの内容物であった財布等について、Xが、Y社に対し、保管を申し込み、Y社がこれを承諾してXから受け取ったものと認めることはできないから、これらについて寄託契約が成立したものと認められない」と。この東京高判については、貴重品ロッカー使用により寄託を肯定する寄託肯定論からの批判⁽⁹⁾のほか、この東京高判の判断は正当であるとし、地裁判旨にはいくつかの難点があり、その1つにロッカーの内容物の占有移転を認める理由として、ごく限定的な場合の開閉可能性のみで「自己の支配内に置かれた」といえるかは苦しい面があること、他に、地裁判旨はロッカー内容物を特定しないまま「貴重品」としての寄託契約に基づく善管注意義務を認めたが、客の利用形態や内容物の特定がない点からは、個々の客がそれぞれの貴重品をロッカーに収める行為をもって受寄者の保管意思を認定するのは困難であると指摘し、東京高判の言う「条理」から導くYの安全保持義務については、ロッカー利用に関する個別の寄託契約の成否を問うよりも、ゴルフ場経営者に施設利用契約上の義務として安全管理義務があるとの一般論を立てる構成⁽¹⁰⁾の方が優れているとの見解がある⁽¹¹⁾。また、判決の一般論の部分は正当であるが、本事案に関する具体的考察、特にYの本件ロッカーの安全保持に関する注意義務違反がないとの点について疑問があるとし、「一般ゴルファーの感覚は、多額の現金を持ち歩きたくないために、食事等に使用する少額の現金とキャッシュカードやクレジットカードを携帯し、これら貴重品をプレイ中に紛失することが

(9) 吉田直『判例研究』金融・商事判例1232号61頁。

(10) 後掲平成17年5月19日東京地裁八王子支判参照。

(11) 高橋美加『判例研究』ジュリスト1331号169頁以下。

ままあることを考慮して、クラブハウスのフロントやカウンターに預けるか、それともフロント近くに設置してあるロッカーに入れて置くかを判断しているように思われる。・・・場屋営業者の責任が場屋の利用関係に基づき法が特に認めた責任であることを考えると、利用者の側にも判断の落ち度（過失）は認められるけれども、Y側に場屋営業者としての注意義務違反（過失）は認められるのではなかろうか」と述べている⁽¹²⁾。なお、この東京高判が、寄託の成立を否定する理由の1つとして、「使用された場合の各ボックスの内容物は把握していない」ことをあげている点に疑問を提起し、本件では暗証番号式ゆえ問題にならなかったとしながらも、たとえばとして、鍵式を例にとり、貴重品ロッカーを使用し、その鍵をフロントに預けたときは、内容物を把握していないことを理由に寄託の成立を否定しえようか、フロントにある限り、内容物は、ゴルフ場側が支配していると解すべきではないかとの指摘が見られる⁽¹³⁾。

以上のように、争点①を考察すると、少なくとも、暗証番号式貴重品ロッカー利用時の寄託契約の成否について、平成17年4月14日秋田地判が、顧客が暗証番号を設定して本件ロッカーのボックスに物を入れることにより在中物自体の支配がY社に移転したと評価できず、保管場所の貸与に止まると解して、寄託関係の成立を否定したことは、当然と解される。この考えが一般的である⁽¹⁴⁾。

②寄託を受けた商人の責任について

平成17年4月14日秋田地判は、上記①のように、寄託関係の成立が認められないとして、商法593条に基づく損害賠償請求は理由がないとする。

しかし、この点については、商法593条は、場屋営業者にも適用される

(12) 中元啓二『判例研究』北海学園大学法学研究41巻4号221頁。

(13) 田邊光政『判例研究』私法判例リマークス2006上79頁。

(14) 丸山秀平『服部栄三＝星川長七編別冊法学セミナー基本法コンメンタール
[第4版] 商法総則・商行為法』193頁。

が、場屋営業者が受寄物を滅失・毀損された場合の責任については、商法594条・595条の特則が設けられているので、この特則によるべきである⁽¹⁵⁾と解されており、商事寄託契約の成立を肯定し、商法593条の責任を肯定した東京地裁平成16年5月24日判決に対して、寄託の成立を認める限り、商法594条1項又は595条の問題として処理されるべきであるとの批判がなされている⁽¹⁶⁾。

③寄託を受けない場屋主人の責任について

平成17年4月14日秋田地判は、善管注意義務違反について検討し、Y社は、自らが営業する場屋に、「貴重品ロッカー」と銘打って本件ロッカーを設置したものであるから、本件ロッカー自体の安全を維持確保する義務を負うことは当然であるとし、Y社には、Xが本件ロッカーに保管していた財布が窃取されたことにつき、商法594条2項の「不注意」があると判断している。前掲の東京高判⁽¹⁷⁾は、責任は否定したものの、寄託契約の成立を否定し、場屋主の特別の寄託責任を問題とせず、「本件ロッカーに保管が予定されているのは、いわゆる貴重品であるから、Y社は、本件ロッカーを設置し、管理する者として、条理上、これを安全な状態に保つ義務を負う」との前提で、判断していた。平成17年10月20日の東京地判も、責任は否定したものの、「クラブハウス内のボックスを客に提供する場合には、高度の安全性が保証されるべきであり、Y社は、ボックス自体の安全保持と監視を通じて盗難を防止すべき注意義務を負う」旨の判示をしている⁽¹⁸⁾。

平成17年4月14日秋田地判のこの点についての評釈には、単に、本判決の⁽¹⁹⁾とった解釈は極めて当然といえるとの見解のほか、張り紙で貴重品保管用と指示して本件ロッカーを設置した者がそのロッカー自体の安全を維持

(15) 白石智則『判例研究』白鷗法学14巻1号272頁。

(16) 来住野究『判例研究』ジュリスト1291号103頁。

(17) 東京高判平成16年2月22日金融・商事判例1210号9頁。

(18) 金融法務事情1760号6頁。

(19) 笹本幸祐『判例研究』法学セミナー612号128頁。

確保すべき当然の義務の根拠をあえて探るとすれば、・・・先例どおり条
理上の義務と解することになろうか」と指摘され、・・・Y社には高価品
の認識があったと判断し、貴重品ロッカーの利用に関する定型的な判断と
して是認でき、本判決の結論はむしろ当然といえそうであるとの見解がみ
られる。⁽²⁰⁾

また、商事寄託契約の成立を肯定し、商法593条の責任を肯定した東京
地裁平成16年5月24日判決に対して、商法594条2項の問題とされるべき
事案であるとし、同項にいう「不注意」の有無は善管注意義務を基準とす
るが、ゴルフ場は高度の安全性が保証されるべき貴重品ロッカーを設置し
て客の利用に供する以上、ロッカー自体の安全保持と監視を通じて盗難を
防止すべきであるから、Yの責任の有無は、犯罪の手口の巧妙さや周知性
に照らして防犯体制が十分であったかによる、との見解がみられる。⁽²¹⁾

さらに、ゴルフ場は、利用客が安心して施設を利用できるよう、ロッ
カーからの盗難を防止する義務を負うべきであり、ゴルフ場の責任の有無
は、盗難防止義務の履行態様によって当然異なるが、一般論を言えば、ロッ
カーからの盗難防止は、もっぱらゴルフ場の防犯体制に委ねられている以
上、ロッカーからの盗難が発生した場合、ゴルフ場は、利用者に対して責
任を負うというべきであるが、利用者に落ち度がある場合、過失相殺に
よって認容額を減額することが損害の公平な分担という見地から妥当であ
るとし、「思うに、場屋営業者は、商法594条2項によって、寄託を受けな
い物品について盗難防止義務を負っている。また、施設管理者は、利用者
との間の施設利用契約に付随して当然に物品の盗難防止に関する管理義務
を負っていると解することが相当である」から、本判決ないし前掲平成17
年5月19日の東京地裁八王子支判の理論構成が妥当であるとの見解が示さ

(20) 菊地雄介『判例研究』受験新法19頁。

(21) 来住野究『判例研究』ジュリスト1291号103頁。

れている。⁽²²⁾

これらの見解に対し、場屋営業者の不注意により高価品が滅失・毀損した場合であるのに寄託していなければ場屋営業者が常に免責されるというのは不合理であって、商法595条による高価品免責は、商法594条1項により場屋営業者が不可抗力によるのでなければ免れることができない厳しい責任を負うことの対価として認められたものと考えれば、場屋営業者の不注意（過失）を客の側が立証しなければならない商法594条2項の責任について場屋営業者のために高価品免責を認める必要性は乏しく、それゆえ、商法595条は寄託をした高価品の特則であり、同条は商法594条2項の責任には適用されないものと解すべきである。客が高価品を携帯しているながら場屋営業者にその明告・寄託をしなかったという点に落ち度があるとしても、この点については過失相殺において評価すれば足りる。秋田地方裁判所の平成17年4月14日の判決は、認識を擬制し、寄託を無視することによって商法595条の適用を回避しているが、そのような無理な解釈をする必要はなく、端的に寄託をしていない高価品について商法595条の適用を否定すればよかつたものと思われる、⁽²³⁾と。

なお、平成17年5月19日東京地裁八王子支判は、⁽²⁴⁾ Y社が経営するスポーツクラブの会員であるXが、Y社のサウナに入浴するため、本件クラブに入館し、その際、館内放送の指示に従い、キャッシュカード等の在中する財布を本件クラブに設置されている暗証番号式貴重品ボックスに預け入れ、財布からキャッシュカード3枚を盗取され、Xが、Y社には、本件クラブの貴重品ボックスに預け入れた財布の保管について、Xとの会員施設利用契約に基づく業務上の安全管理義務があるにもかかわらず、これを怠った注意義務違反があり、民法415条の債務不履行にあたるとして、Y

(22) 浅野響『判例研究』金融・商事判例1227号4頁。

(23) 白石智則『判例研究』白鷗法学14巻1号281頁以下。

(24) 東京地裁八王子支判平成17年5月19日金融・商事判例1220号10頁。

社に対し、損害賠償の請求をした事件に対して、会員施設利用契約に基づく業務上の安全管理義務を怠った注意義務違反を肯定し、Xの本訴請求を認容している。この八王子支判は、Xが、本件クラブの館内放送に従い、貴重品の安全管理についてY社を信頼して、財布を貴重品ボックスに預け入れたのであるから、Y社は、Xとの会員施設利用契約に基づき、Y社が設置した貴重品ボックスの管理者として、Xが貴重品ボックスに預け入れた財布等の貴重品について、盗難の被害等に遭うことのないよう、これを安全に管理すべき業務上の注意義務を負っていることを前提にし、本件盗難当時、全国のゴルフ場において同種事件が多発していた状況にあった上、本件の1週間前にも、Y社の施設において、同種の事件が発生していたので、Y社は、当時の状況下において、本件施設においても、同じ手口の犯罪行為が行われるおそれがあることを認識し、これに対応する適切な防止措置を講ずる義務があったにもかかわらず、上記業務上の注意義務を履践することを怠り、本件盗難を防止することができなかつたと結論付けている。

施設利用契約義務違反論についても、貴重品ボックスないしロッカーについての管理義務が存すると解されたとしても、商法595条との関係をどのように解するか、なおその論証が必要である。

以上の考察によっても、平成17年4月14日秋田地判のいう本件ロッカーの安全維持確保義務はどういう義務か、「貴重品ロッカー」と銘打って場屋内にロッカーを設置すれば当然に生ずるとの前提のようであるが、場屋営業の利用契約に付随する安全配慮義務類似の義務と解するのかどうか、理論構成がはっきりしない。

また、平成17年4月14日秋田地判では、貴重品が問題であり、それが寄託されておらず、それゆえ明告も欠くのであり、商法595条との関係をどのように解するかも明らかでない。この秋田地判は商法594条2項を問題にしているが、従来は、商法595条の適用のない高価品については、商法594条2項ではなく、請求権競合説の立場に立ち、不法行為責任が問題とされていたからである。

そこで、高価品が寄託されない場合について、従来商法595条との関係で、いろいろの考え方が示されていたので、それらの見解を後に項を改めて考察し、寄託されない貴重品についての責任論を展開したい。

Ⅲ、寄託されない貴重品についての責任論の展開

最近のゴルフ場クラブハウス内に設置している貴重品ロッカーにおける現金やキャッシュカード等の盗難事件については、ゴルフ場経営者の責任をいかに考えるべきであろうか。

寄託契約肯定論については、客の貴重品ロッカーないしボックスの利用のみでは、寄託契約の成立を認めるのは困難と解されていた。

また、施設利用契約義務違反論についても、貴重品ボックスないしロッカーについての管理義務が存すると解されたとしても、商法595条との関係をどのように解するか、なおその論証が必要である。

そこで、ここでは、まずキャッシュカードが高価品と認められるゆえ、商法595条との関連を考察する。

高価品が寄託されない場合について、従来商法595条との関係で、大きく分けて、2つの考え方が主張されていた。1つは、高価品が寄託されていない場合は商法595条の適用を排除し、商法594条2項の適用を認める、いわば商法595条適用排除論であり、もう1つは、場屋主が寄託されていない高価品の明告を受けたり、高価品を所持していることを知っている場合は基本的に商法595条の免責を否定する、いわば商法595条免責否定論である。

①商法595条適用排除論の検討

前述のように、秋田地方裁判所の平成17年4月14日の判決を批判して、次のように説かれていた。場屋営業者の不注意により高価品が滅失・毀損した場合であるのに寄託していなければ場屋営業者が常に免責されるというのは不合理であって、商法595条による高価品免責は、商法594条1項に

より場屋営業者が不可抗力によるのでなければ免れることができない厳しい責任を負うことの対価として認められたものと考えれば、場屋営業者の不注意（過失）を客の側が立証しなければならない商法594条2項の責任について場屋営業者のために高価品免責を認める必要性は乏しく、それゆえ、商法595条は寄託をした高価品の特則であり、同条は商法594条2項の責任には適用されないものと解すべきである。客が高価品を携帯していながら場屋営業者にその明告・寄託をしなかったという点に落ち度があるとしても、この点については過失相殺において評価すれば足りる。秋田地方裁判所の平成17年4月14日の判決は、認識を擬制し、寄託を無視することによって商法595条の適用を回避しているが、そのような無理な解釈をする必要はなく、端的に寄託をしていない高価品について商法595条の適用を否定すればよかつたものと思われる、⁽²⁵⁾と。

しかし、商法595条は、「高価品については、客がその種類および価額を明告してこれを前条の場屋の主人に寄託したるにあらざれば・・・」と規定しているのであり、それゆえ一般に、明告と寄託を条件とする責任と解⁽²⁶⁾している。したがって、商法595条を寄託高価品に限定するとの考え方には、論理的に無理があるといわざるをえない。

②商法595条免責否定論の考察

(イ) 明告時免責否定論の考察

古くには、客が高価品なることを明告したけれども、これを寄託しなかった場合については、規定の文句のみからすれば、場屋主人に責任がないように見えるが、しかしこの場合には、場屋主人はその寄託を求むべきであり、もし求めないならば、寄託を受けないままで、監視の責に任ずる黙約をなしたものと解し、また寄託を求めたにかかわらず、客がこれに応じな

(25) 白石智則『判例研究』白鷗法学14巻1号281頁以下。

(26) 平出慶道『現代法律学全集17商行為法』606頁、田中誠二他『コンメンタール商行為法』520頁。

かった場合には、さらに責任を負わない旨の意思表示をなすことをうべく、客がこれに対してなお応じない場合には、免責の特約を承諾したものと解⁽²⁷⁾しうるとの見解が存していた。

現在でも、同様の見解がある。例えば、「客が高価品であることを明告したが、これを場屋営業者に寄託しなかった場合には、寄託を受けない状態で、監視の責任を負担することを黙示的に承認したものと解されても仕方がないであろう。場屋営業者が高価品の寄託を求めたにもかかわらず、その寄託の求めに客が応じなかった場合には、場屋営業者の責任を負担しない旨の意思表示をすることができるし、客がそれに対してなお寄託の求めに応じないならば、免責の特約を承諾したものと解する余地があるのではな⁽²⁸⁾かろうか」と。

これらの見解に対しては、次のような考え方が示されていた。「この説は、場屋の主人が客に対して寄託を求めるべきであると主張する。確かに、客が携帯品として高価品を所持していることを知らされた場合は、場屋の主人としては、それを寄託することをすすめることが必要であるといえよう(594条2項参照)。ただ、主人が寄託をすすめたのにもかかわらず、客が寄託をしない場合に直ちに免責の効果を与えうるかは疑問が残る。この高価品が『場屋内ニ携帯シタル物品』という要件にあたり、しかも場屋の主人がこれにつき明告を受けている限りにおいては、なお客の携帯品に対する場屋の主人としての注意義務を免れることができないのではないかとも思われる⁽²⁹⁾」、と。

これらの見解を整理すると、客が高価品であることを明告したが、これを場屋営業者に寄託しなかった場合には、場屋の主人としては、それを寄託することをすすめる必要があるということ、そして寄託をすすめなかつ

(27) 小町谷操三『商行為法論』(昭和18年)426頁。

(28) 中元啓司『判例研究』北海学園大学41巻4号892頁。

(29) 田中誠二他『コンメンタール商行為法』520頁。

た場合は、寄託されない高価品についても責任があるという点では一致しているといえる。問題は、寄託をすすめたにもかかわらず、客が寄託しない場合に、場屋主人が免責されるか否かである。この場合にもなお責任がある旨の見解も存したが、しかし、この場合は、原則として免責とし、例外的に、場屋主側に故意または重大な過失のあるときに限り責任を免れ得ないと解すべきではないかと考える。

場屋営業における商法595条の特則規定は、高価品についての過大な危険から場屋主を保護するとともに、根元的には、高価品を明告させること⁽³⁰⁾によって場屋主により高い注意義務を喚起させ、客の携帯品を保護しようとする点に存すると解される⁽³¹⁾。そもそも、この場屋主の責任規定は、第1に、客が場屋主の下に滞在し、その滞在のために一定の手荷物等を携帯しなければならないから、場屋主の方では、そのような手荷物等の寄託を回避し得ないものであること、第2に、場屋の建物には多くの人々が行き来するのが常であり、通常はどんな人達に対しても出入りを自由に許しているため、そうした手荷物等の喪失の危険が極めて高いので、誰がその危険を負担すべきかの問題が生じ、この問題については、場屋主は自己の建物の中で、その家に入出入りする客と比べればより行き届いた注意を払いうるし、また、客とともにその人の手荷物等をも引き受けることが場屋主の営業内容となっているから、すでに古くから一般に、場屋主の方でその危険⁽³²⁾は負担しなければならないと考えられてきたのである。

一般的に、客が高価品の明告をして寄託しないというケースは稀である

(30) 平野充好「客の携行品についての場屋営業者の責任」松山大学論集17巻1号13頁（2005）、田中誠二他『コンメンタール商行為法』520頁参照。

(31) Vgl., H.Staub, Handelsgesetzbuch, Grosskommentar, 5.Bd.2.Halbband, 1982, Anm.26 zu § 428.

(32) 広瀬久和「レセプトーム (receptum) 責任の現代的展開を求めて (1) - 場屋 (特に旅店) 営業者の責任を中心に -」上智法学論集21巻1号90頁以下参照、拙稿『判例研究』秋田経済法科大学法政研究所紀要15巻57頁参照。

と思われるが、このような考え方は、本件のように、貴重品ロッカー等に客が貴重品を保管したような場合においても、後述のように、活用できるように思われる。

(口) 了知時免責否定論の考察

運送営業における高価品の責任についてであるが、以前から説かれており、明告制度の趣旨にかんがみ、悪意、すなわち高価品であることを知っていた場合には、普通の運送品についての運送に必要な注意（特別な取扱ではなく）をも欠いていた事から生じた損害についてのみ高価品としての賠償責任を免れない（損害額についての予想があったといえるから）と解すべきではないかとか、明告はなかったが、運送人が高価品であることを知っていた場合にまで運送人に免責の保護を与えるのは行きすぎと思われるので、運送人は明告がなくても賠償責任を負うべきであると解するとの見解がある。⁽³³⁾

また、単に、場屋営業について、寄託の有無は明らかではないが、明告がなくても、他の方法で高価品であることを場屋の主人が知っていた場合は、免責されないと解すべきであるとか、あるいは寄託を前提として同様の見解がある。⁽³⁴⁾

これらの見解に対して、商法595条は、客が寄託しない高価品については、直接言及されていないように思われるとし、明告しなければ商法594条の責任は生じないものと解するが、なお、衡平の観点から、客が高価品につ

(33) 大隅健一郎『商行為法』141頁、石井照久『改訂商法（商行為法・海商法）』76頁など。

(34) 服部栄三『商行為法講義』71頁以下。

(35) 石井照久・鴻常夫『商行為法下巻』155頁、竹田省『商法総則・商行為法』176頁。同旨、平出慶道『現代法律学全集17商行為法』620頁、神崎克郎『商法総則・商行為法通論』257頁、末永俊和『商法総則・商行為法－基礎と展開』152頁、荒谷裕子『商行為法』（酒巻俊雄・庄子良男編）185頁。

(36) 坂井隆一『商行為法要論』261頁、丸山秀平『服部栄三＝星川長七編別冊法学セミナー基本法コンメンタール〔第4版〕商法総則・商行為法』193頁。

いて明告をしていない場合であっても、場屋業者が高価品であることを知っていたときは、免責されないと考えるとの見解がみられる。⁽³⁷⁾

明告は欠くが高価品であることを知っていた場合に商法595条の免責を否定する了知時免責否定論についても、前述の明告時免責否定論と同様、客が携帯品として高価品を所持していることを知っているときは、場屋の主人としては、その寄託をすすめる必要があり、そして寄託をすすめなかった場合は、寄託されない高価品についても責任があり、そして、寄託をすすめたにもかかわらず、客が寄託しない場合には、場屋主は、場屋主側に故意または重大な過失がない限り、免責されると解される。

③認識時免責否定論の展開

(イ) 認識時免責否定論の根拠

さて、以上のように、客が明告して場屋主に寄託しない場合や、場屋主が客の携帯品が貴重品であることを知っている場合は、たとえそれが寄託されていないときであっても、商法595条の適用により免責されないと解すべきである。この場合には、その寄託をすすめるべきであり、その寄託をすすめなかった場合は、商法594条2項により、寄託されない貴重品について場屋主側の不注意を条件として責任があると解すべきであるが、しかし、寄託をすすめたにもかかわらず、寄託しないときは、場屋主は、故意または重大な不注意がない限り、免責されるものと解すべきである。

これを一步すすめ、認識ある場合は、どうすべきか。平成17年4月14日秋田地判のように、場屋主側に高価品の認識がある場合も、場屋主が貴重品であることを知っている場合と同様に解すべきである。実際には、知っている場合は稀で、むしろ貴重品との認識があることがほとんどだからである。このような解釈は、以下の点でも支持されよう。第一に、前述のように、場屋営業における商法595条の特則規定は、高価品についての過大

(37) 近藤光男『商法総則・商行為法（第5版）』240頁。

な危険から場屋主を保護するとともに、根元的には、高価品を明告させることによって場屋主により高い注意義務を喚起させ、客の携帯品を保護しようとする点に存すると解されることである。第二に、宿泊約款では、原則として寄託されない貴重品について明告しない場合は、不注意があっても15万円までとし、明告すれば、不注意があるときは、全額の責任を負うものとしており、実務とも合致する(約款15条)。第三に、周知のように、商法に規定されていた保険契約に関する規定は保険法に移されたが、その趣旨は、消費者等の個人が加入する家計保険の規制を強化し、立法的に消費者等の保護を図るものであり、その根底において、保険契約が保険約款に基づき、保険約款に従って締結される附合契約であるとともに、保険業者と保険契約者との間の交渉力、情報力及び理解力の格差等を考慮したものであり、このことは、宿泊契約、特に貴重品預かりについても同様に、消費者等の宿泊客を保護する必要があると解されるからである。

(ロ) 高価品の認識の要件

この認識時免責否定論によれば、その認識がいかなるときに生ずるかが問題となる。

この点は、少なくとも、平成17年4月14日秋田地判のように、貴重品ボックス等を設置している場合は、この認識は明らかといえよう。ただ、客室内の金庫の設置では、明らかではない。ある程度のお金は持参していて、その金庫を使用しているであろうとの一般的認識では不十分である。この認識は具体的なものでなければならぬと解される。

このような具体的な認識がある場合は、盗難等の危険が高いのであり、それに相応する措置が講じられなければならない。そのような措置として、貴重品ボックスの設置の場合について、平成17年4月14日秋田地判は、「①本件ロッカーの上には、『貴重品ロッカー』との文言が掲げられていたこと、

(38) 平野充好「客の携行品についての場屋営業者の責任」松山大学論集17巻1号13頁(2005)参照。

②・・・当時、本件ロッカーに貴重品を預けることをすすめる旨の張り紙がなされていたこと、③本件ロッカーのボックスの大きさから、財布が預けられることが多いことは容易に想像されること、④財布には通常、キャッシュカードの類が入っていることに加え、預金金額も本件ゴルフ場の会員として常識的な額の範囲内であったこと等の事情を考慮すれば、Y社には、高価品の認識があったと認めるのが相当」であるとし、したがって、高価品の明告の欠如の主張は理由がないと判断していた。この秋田地判においては、原告は、本件ロッカーはゴルフ場利用者が通常所持する貴重品類を特に保管するための専用設備として被告ゴルフ場が自ら提供したものであるから、被告ゴルフ場は高価品が保管されることを当然知っていたので、個々の明告は必要でない旨を主張して、秋田地判はこれを認容したものと評されている⁽³⁹⁾。

このような貴重品ロッカー以外の場合においても、具体的な高価品の認識が認められるときには、必要な措置が求められることになる。

以上のように考察すると、平成17年4月14日秋田地判の判断は、その理論構成は明らかにしていないが、結論としては、先例として優れた価値を有すると解される。

八) 寄託されない高価品に対する注意義務の程度

このように解する場合、次に寄託されない貴重品について、どの程度の注意義務が課せられるかが問題となる。

この場合、どの程度の責任を負うべきか否かについては、それぞれに相応しい措置を講ずる必要があり、貴重品ロッカーの場合には、秋田地判の事例など⁽⁴⁰⁾からは、①貴重品ボックスないし貴重品ロッカーの構造がどのよ

(39) 吉田直『判例研究』金融・商事判例1232号64頁参照。

(40) 前掲平成17年4月14日秋田地判のほか、東京地判平成16年5月24日金融・商事判例1204号56頁、東京高判平成16年12月22日金融・商事判例1210号9頁、東京地裁八王子支判平成17年5月19日金融・商事判例1220号10頁参照。

うなもので、その点検をしていたか否か、②貴重品ボックスないし貴重品ロッカーの設置場所がどこで、その状況がどうか、③貴重品ボックスないし貴重品ロッカーについての監視カメラ等の防犯設備がどうなっているか、④貴重品ボックスないし貴重品ロッカーについての不審者のチェック、従業員の常駐や見回りなどの監視・警備体制がどのようになっているか、⑤盗難防止のため暗証番号盗用への注意の警告シールの貼付の有無、⑥盗用防止プレートの設置の有無などが問題になると解される。これらが基本的な基準になろう。

6、おわりに

寄託されない貴重品についての責任について、秋田地判を中心に考察し、結論として、この秋田地判を支持した。その理論構成としては、貴重品であることを知っていたり、その認識があるときは、商法595条による免責は認められず、商法594条2項の責任によるべきであると解した。

この場合、どの程度の責任を負うべきか否かについては、それぞれに相応しい措置を講ずるの必要があり、貴重品ボックスの場合には、秋田地判の事例などからは、①貴重品ボックスないし貴重品ロッカーの構造がどのようなもので、その点検をしていたか否か、②貴重品ボックスないし貴重品ロッカーの設置場所がどこで、その状況がどうか、③貴重品ボックスないし貴重品ロッカーについての監視カメラ等の防犯設備がどうなっているか、④貴重品ボックスないし貴重品ロッカーについての不審者のチェック、従業員の常駐や見回りなどの監視・警備体制がどのようになっているか、⑤盗難防止のため暗証番号盗用への注意の警告シールの貼付の有無、⑥盗用防止プレートの設置の有無などが問題になると解する。これらが基本的な基準になると考える。

このように解すると、詳細は別稿において明らかにするが、寄託された貴重品で、明告を欠く場合の責任についても考え方を改める必要がある。

すでに、場屋主が高価品であることを知っている場合には、明告を欠いても商法595条の責任を免れ得ないと解されている⁽⁴¹⁾。

これを一步すすめ、貴重品袋による寄託の場合など、高価品との認識がある場合は、たとえ明告を欠いても、種類および価額を反問すべきであり、これを怠るときは、商法595条の責任を免れ得ないと解すべきである⁽⁴²⁾。

(41) 石井照久・鴻常夫『商行為法下巻』155頁、竹田省『商法総則・商行為法』176頁、平出慶道『現代法律学全集17商行為法』620頁、神崎克郎『商法総則・商行為法通論』257頁、末永俊和『商法総則・商行為法－基礎と展開』152頁、荒谷裕子『商行為法』（酒卷俊雄・庄子良男編）185頁、坂井隆一『商行為法要論』261頁、丸山秀平『服部栄三＝星川長七編別冊法学セミナー基本法コンメンタール〔第4版〕商法総則・商行為法』193頁、弥永真正『リーガルマインド商法総則・商行為法（補正版）』192頁、名古屋高判昭和63年6月30日判例時報1299号137頁参照。

(42) 弥永真正『リーガルマインド商法総則・商行為法（補正版）』191頁、大阪地判昭和54年12月19日判例タイムズ409号132頁、山下真弘「商法595条における明告の有無の判断基準」島大法学24巻1号69頁以下、宇野稔「貴重品袋を利用した貴重品（高価品）の場屋寄託と商法第595条」大分大学経済論集32巻6号137頁以下、津野利弘「商法第595条の拘束力」国際商科大学論叢14号56頁以下参照。

[論 文]

憲法裁判所の登場による民法の変化

－ 韓国の憲法裁判所と民法を素材として－

孟 觀 燮

- I 憲法裁判所の登場とその権限
- II 憲法裁判所の決定と民法改正
 - 1 財産法と憲法裁判所
 - 2 財産法に関連する憲法裁判所決定
 - 3 家族法改正（1990年改正まで）と憲法裁判所の登場
 - 4 家族法に関連する憲法裁判所決定
 - 5 民法の改正
- III 家族法における憲法価値の実現

I 憲法裁判所の登場とその権限

韓国では1948年7月17日に制定憲法が公布・施行されて以来、9回の憲法改正があり、現行憲法は1987年10月29日改正され、1988年2月25日から施行されている。現行憲法は憲法裁判制度を強化するために憲法裁判所を新設し、第111条から第113条まで憲法裁判所に関する規定を置いている。憲法上、憲法裁判所の権限としては違憲法律審査権、弾劾審判、政党の解散審判、国家機関相互間・国家機関と地方自治団体間・地方自治団体間の権限争議に関する審判、憲法訴願に関する審判が規定されている。現行憲法

1 現行憲法は、大統領直接選挙制を含め、多くの改正が行われているが、本稿では、テーマと関連する憲法裁判所を中心に記述することとする。

の改正前は、大法院（最高裁判所）が違憲法令審査権を持っていたが、現行憲法第107条第1項は「大法院は法律が憲法に違反するか否かが裁判の前提となったときには憲法裁判所に提請してその審判によって裁判する」と規定し、違憲法律審査権が憲法裁判所の権限であることを明確にしている。ただし、憲法第107条第2項は命令・規則・処分の違憲審査権は大法院の権限として認めている。

違憲法律審査制度は法律が違憲か合憲かを審査して違憲法律の効力を無効化する制度であり、憲法の最高規範性を守るための最も重要な制度であるといわれている。現行憲法の改正前は違憲法律審査の権限が大法院にある一般法院型であったが、現行憲法はドイツのように憲法裁判所にその権限を委任している。

ところが、審査の方式を比べてみると、韓国の憲法裁判所は、法院の提請がある場合に限って、その法律が違憲であるか否かを審査するので、具体的争訟事件と無関係に法律が違憲であるか否かを審査して違憲法律についてはその効力を無効化するドイツとは異なる制度を採択している²。したがって、韓国の違憲法律審査権は、法院（裁判所）による提請と憲法裁判所による決定という2段階に分けられるといえるだろう³。

ところで、韓国憲法には、憲法裁判所は憲法訴訟に関する審判ができるという規定があり、原則的に法院の裁判は憲法訴訟の対象から除外されているが、裁判の前提となった法律の違憲審査提請申請を棄却する法院の決

2 日本語では付随的違憲審査制と翻訳できると思うが、ここでは韓国の表現を用いることとする。その意味は、独立の機関を設けず、一般裁判所が違憲法律審査を行う方式をいう。アメリカと日本の場合が代表的な例である。

3 ドイツは抽象的規範統制（抽象的違憲審査制）であるので具体的裁判と無関係に法律の違憲審査をするが、韓国憲法は具体的規範統制制度を採択してその法律が裁判の前提となったときに限って、違憲審査が可能となる。

4 장영수 「규범통제의 본질에 비추어 본 대법원과 헌법재판소의 역할」 高麗法学第55卷（高麗大学校法学研究院、2009年）54頁。

定は憲法訴訟の審判対象として認められている。⁵したがって法院が違憲審査提請申請を棄却したとしても、憲法訴訟によって法律が違憲であるか否かの審査が事実上可能となる。また憲法裁判所は法律が直接的に国民の権利を侵害したときには、他の救済手続きを踏まなくても、被害救済のための憲法訴訟審判の請求ができると判断している。

憲法訴訟は、公権力の行使又は不行使により憲法上保障された基本権を侵害された者が請求できるが、その本質上、補充的な権利救済の手段であるため、憲法裁判所法第68条第1項は、他の法律に救済手続がある場合には、その手続をすべて経た後でのみ請求できるようにしている。ただし、憲法裁判所は補充性の例外を認めている。つまり、審判請求人の不利益とすることができない正当な事由がある錯誤によって前審の手続をしなかった場合、前審手続で権利が救済できる可能性がほとんどない場合、権利救済手続きが許容されるか否かが客観的に不確実であり期待可能性がない場合には、憲法訴訟の請求が可能であると判示している。

憲法訴訟の認容決定をするときには、主文で侵害された基本権と侵害の原因となった公権力の行使・不行使を特定しなければならず、また基本権侵害の原因となった公権力の行使を取消し、または不行使が違憲であることを確認することができる。⁶また違憲審査提請申請を棄却する法院の決定

5 憲法裁判所第68条第1項は「公権力の行使又は不行使により憲法上保障された基本権を侵害された者は、法院の裁判を除いては憲法裁判所に憲法訴訟審判を請求することができる。ただし、他の法律に救済手続がある場合には、その手続をすべて経た後でなければ請求することができない」と規定し、憲法裁判所法第68条第2項は「第41条第1項の規定による法律の違憲であるか否かの審判の提請申請が棄却されたときは、その申請をした当事者は、憲法裁判所に憲法訴訟審判を請求することができる。この場合その当事者は、当該事件の訴訟手続により同じ事由を理由として更に違憲であるか否か審判の提請を申請することができない」と規定している。

6 憲法裁判所法第75条第2項は「第68条第1項の規定による憲法訴訟を認容するときは、認容決定書の主文で侵害された基本権及び侵害の原因となった公権力の行使又は不行使を特定しなければならない」と規定し、第75条第3項では「第

が憲法訴願として認容された場合には、当事者は法院に裁判の再審を請求⁷できる。

憲法裁判所が設置されて以来、違憲法律審査権と憲法訴願により、多くの法律が違憲などの決定によって廃止または改正され、憲法価値を実現するための機関として憲法裁判所に対する期待は、ますます高まっているが、その反面憲法裁判所と大法院は、憲法裁判所の変形決定などをめぐって対立してきたのも事実である⁸。憲法と憲法裁判所法によって憲法裁判所が法律の違憲審査権をもっていることは上で説明したが、憲法裁判所法第45条には「憲法裁判所は、提請された法律又は法律条項が違憲であるか否かのみを決定する。ただし、法律条項の違憲決定により当該法律全部を施行することができないと認められるときは、その全部に対して違憲の決定をすることができる」と規定され、この条項をみると、憲法裁判所に合憲決定と違憲決定の二つの決定方式のみを認めているようにみえる。それで違憲決定以外に他の変形決定の権限が憲法裁判所にあるか否かについて対立してきた。

憲法裁判所は、このように大法院との対立にもかかわらず、限定合憲決定⁹、限定違憲決定¹⁰、憲法不合法決定¹¹などの変形決定を下してきた。これと

2項の場合に憲法裁判所は、基本権侵害の原因となった公権力の行使を取消し、又はその不行使が違憲であることを確認することができる」と規定されている。

- 7 憲法裁判所法第75条第7項「第68条第2項の規定による憲法訴願が認容された場合に当該憲法訴願と関連した訴訟事件が既に確定したときは、当事者は、再審を請求することができる」。
- 8 その他、命令・規則・処分についての違憲審査権、裁判訴願をめぐっての対立もあったが、本稿のテーマと関連する変形決定をめぐっての対立のみ、紹介することとする。
- 9 憲法裁判所の決定書の主文が「…で解釈する限り憲法に違反しない」という類型である。すなわち、法律の条項を憲法と調和できる方向に縮小解釈することで、法律条項の効力を維持する決定類型である。限定合憲決定は、規範の一部については合憲決定をし、残りの部分については違憲決定をするため、違憲決定と同様に憲法裁判官9人中、6人の賛成が必要である。この内容については、宋永勳「違憲法律審判과 決定形式에 관한 연구」朝鮮大学校博士論文(1995年)

関連して大法院が憲法裁判所の変形決定の効力を認めなかった事例があり¹²、憲法裁判所はそのような大法院の決定を取消す裁判訴願を認めた例もあった¹³。

憲法裁判所が設置されて以来、憲法裁判所の変形決定は憲法学者の間でも、その有効性をめぐって議論されてきたテーマである。ドイツの憲法裁判所は、違憲決定について遡及無効が原則であるため、その波及効果を恐れて、変形決定(Entscheidungsvariante)を下してきたが、韓国憲法裁判所法は第47条第2項で「違憲と決定された法律又は法律の条項は、その決定があった日から効力を喪失する¹⁴」と規定し、遡及せずに廃止無効となるに過ぎないので、ドイツのような変形決定をする必要がないという見解もあるが¹⁵、多数の憲法学者は、憲法裁判所の決定と同様に変更決定を認めている。したがって、憲法裁判所法第47条第1項の「法律の違憲決定は、法院其他国家機関及び地方自治団体を拘束する」という規定は、変形決

236頁以下。

- 10 憲法裁判所の決定書の主文が「…で解釈する限り憲法に違反する」という類型である。法律条項を解釈するときに、憲法と調和できない内容を限定的に示す決定類型である。限定違憲は違憲を決定する部分については、違憲決定なので、憲法裁判官6人以上の賛成が必要である 宋永勳・前掲注(9) 236頁以下。
- 11 憲法不合致決定の性質は違憲決定であり、したがって憲法裁判官6人以上の賛成が必要である。違憲決定ではあるが、立法者の意思も尊重して期限を定めてその効力を認めながら立法者に改正することを要求する決定形式である 宋永勳・前掲注(9) 181頁以下。
- 12 大法院は憲法裁判所の変形決定は、法律の意味、内容とその適用範囲に関する憲法裁判所の意見を表明したことにすぎず、法院に専属している法令の解釈、適用権限に対して、いかなる影響を及ぼすことも、羈束力をもつこともできないと判示した(大法院1996. 4. 9宣告95ㄱ11405)。
- 13 憲裁1997. 12. 24. 96헌마172ㄱ決定。
- 14 ただし、刑罰に関する法律又は法律の条項は、遡及してその効力を喪失すると規定しているため、有罪判決に関しては刑事訴訟法によって再審の請求が可能である(憲法裁判所法第47条第2項但書、第3項、第4項)。
- 15 最近の文献としては、김형남「韓国憲法裁判所の 변형 결정에 관한 연구」慶星法学第14輯第1号(慶星大学校法学研究所、2005年) 104頁。

定にも適用されると思われる。

以上、憲法裁判所の変形決定について述べてきたが、今まで民法に関しても、憲法裁判所は違憲決定以外に限定違憲、憲法不合致決定などの変形決定も下してきた。

以下では、憲法裁判所の財産法に関する決定と、家族法に関する決定を概観してみるが、財産法には法律条項の違憲性の問題があまりなかったことと比べて、家族法の分野では多くの違憲決定や憲法不合致決定が下されてきたので、その後の家族法改正まで検討していく。

II 憲法裁判所の決定と民法改正

1 財産法と憲法裁判所

現行憲法によって1988年9月19日に設置された憲法裁判所は、民法の財産法の法律条項に関しては1件の限定違憲の決定を下した（大法院に違憲法令審査権があったときには、制定憲法以来40年間、民法条文について違憲決定が下されたことは1件もなかった）。

それは名誉毀損と関連して「名誉回復に適切な救済の中に謝罪広告を含むことは、憲法に違反する」とした限定違憲決定である。

1990年代後半から韓国では財産法についての全面改正が議論され、現在も改正作業が行われているが¹⁶、財産法の条項について憲法裁判所は合憲決定を下してきた。財産法の条項において合憲決定が下されている理由は、

16 韓国の財産法改正については多数の紹介があるが、最近の財産法改正については、孟觀燮「韓国における民法改正の動向と「保証人保護のための特別法」の制定」秋田法学第50号（ノースアジア大学総合研究センター法学研究所、2009年）67頁以下と、中野邦保「韓国における民法典の改正－急展開を迎えた2009年を中心に」『民法改正と世界の民法典』（信山社、2009年）431頁以下を参照されたい。

民法制定当時（1958年2月22日公布、1960年1月1日施行）、財産法は全体的に近代法の外観を備えて制定されたので、¹⁷ 家族法とは異なり、憲法上の問題はあまりなかったからだといえよう。

以下では、憲法裁判所の謝罪広告についての限定違憲決定と財産法分野についてその他の決定を紹介していく。

2 財産法に関連する憲法裁判所決定

(1) 名誉回復に適切な救済の中に謝罪広告を含むことに関する憲法裁判所の決定（憲裁1991.4.1.89헌마160）¹⁹ - 限定違憲 -

韓国民法第764条には「他人の名誉を毀損した者に対しては、法院は、被害者の請求により、損害賠償に代えて又は損害賠償と共に名誉の回復に適切な救済を命ずることができる」と規定されている。この名誉回復に適切な救済の代表的な例が謝罪広告の掲載であると認識されてきた。これに関して憲法裁判所は、民法第764条が謝罪広告を含む趣旨であると解釈すれば、基本権制限の点においてその選択された手段が目的に適合しないのみならず、その程度も過剰で比例の原則が定めた限界を超えたことになり、²⁰ 憲法第37条第2項（自由と権利の本質的な内容の侵害禁止）によって正当化できないと判断した。また憲法第19条²¹（良心の自由）に違反すると同時

17 尹眞秀「憲法이家族法의변화에미친영향」ソウル大学校法学第45巻第1号（ソウル大学校法学研究所、2004年）233頁。

18 以下の憲法裁判所決定の紹介は、筆者が憲法裁判所の判示事項と、決定要旨に基づいて構成したものである。憲法裁判所の決定を詳細に紹介しようとしたが、省略した部分もある。

19 憲法裁判所判例集第3巻（憲法裁判所、1992年）149頁以下。

20 憲法第37条第2項は、「国民のすべての自由及び権利は、国の安全保障、秩序維持又は公共福利のために必要な場合に限り、法律により制限することができる、制限する場合においても自由及び権利の本質的な内容を侵害することはできない」と規定している。

21 韓国憲法第19条は、「すべての国民は、良心の自由を有する」と規定している。

に、人格権の侵害に至るので、適切な救済に謝罪広告が包含されない場合に、憲法に違反しないことになり、その意味を超えた拡大は、直ちに憲法に違反して採択することができないと判示した。

(2) 取得時効に関する憲法裁判所の決定(憲裁1993.7.29.92헌바20)²² - 合憲 -

韓国民法第245条第1項は「20年間所有の意思で平穩、公然に不動産を占有する者は、登記することにより、その所有権を取得する」と規定している。このような不動産取得時効制度によって原所有者に補償もせず、所有権を喪失させることが、憲法第23条²³の財産権および第37条第2項に違反するか否か、また憲法第11条²⁴の平等権に違反するか否かが争われた。

憲法裁判所は、権利行使を怠慢にした者と、無権利者ではあるが所有の意思をもって平穩・公然に不動産を20年間占有した者の間に、実質的に強い利害関係がある占有者が原所有者から移転登記請求権を取得することであり、反射的効果として補償や賠償や不当利得の返還なく、所有権者の所有権を喪失させる結果をもたらす内容は、憲法が保障する財産権として不動産所有権の得失に関する内容と限界を具体的に形成したもので、憲法第23条第1項で定めた財産権の保障理念と限界に違反、または基本権制限の限界を規定した憲法第37条第2項に違反するといえないと判示した。

22 憲法裁判所判例集第5巻2集(憲法裁判所、1994年)36頁以下。

23 憲法第23条第1項「すべての国民の財産権は、保障される。その内容及び限界は、法律で定める」。第2項「財産権の行使は、公共福利に適合するようになければならない」。第3項「公共の必要に基づく財産権の収用、使用又は制限及びこれに対する補償は、法律により行われ、正当な補償を支払わなければならない」。

24 憲法第11条第1項「すべての国民は、法の前に平等である。何人も性別、宗教又は社会的身分により、政治的、経済的、社会的、文化的生活のすべての領域において差別を受けない」。第2項「社会的特殊階級の制度は認められず、いかなる形態でも、これを創設することはできない」。第3項「勲章その他の栄典は、これを受けた者に限りその効力があり、いかなる特権もこれに伴わない」。

また、時効期間満了前の登記取得者に対して時効完成の効果を主張できるが、時効期間満了後の登記取得者に対しては時効完成の効果を主張できないと解釈されるのは、不動産の物権変動について形式主義をとっているため、時効期間満了前の登記取得者をその満了後の登記取得者に比べて不合理的に差別するとはいえなく、平等権を侵害したとみることはできないと判示した。

(3) 主債務者に対する権利行使のみで、保証人に対する時効中断の効力があると定めている条項に関する憲法裁判所の決定(憲裁1996.8.29 93헌바6)²⁵
 -合憲-

韓国民法第440条には、「主たる債務者に対する時効の中断は、保証人に対してその効力がある」と規定されている。

本件は、会社整理手続においても民法第440条を適用し、主債務者に対する時効中断の効力が保証債務にも及ぶか否かに関する事案である。

憲法裁判所は、主債務者に対する権利行使だけで保証人に対する時効中断の効力があるのは、主債務者とは別に保証債務が時効消滅しないようにして、債権担保の目的の達成また債権者を保護するためであると判断している。

また、会社整理手続においても民法第440条を適用して主債務者に対する時効中断の効力が保証債務者にも及ぼすことは、会社整理制度の目的と会社整理法第240条第2項²⁶および民法第440条の立法趣旨に照らして合理的な理由があり、債権者の整理手続参加によって保証人が本来の債務以上の債務を負担することも、または時効中断の効力が拡大されることでもないので、債権者の整理手続参加による時効中断の効力が民法第440条によっ

25 憲法裁判所判例集第8巻2集（憲法裁判所、1997年）32頁以下。

26 会社整理法第240条第2項「計画は、整理債権者又は整理担保権者が、会社の保証人その他会社と共に債務を負担する者に対してもつ権利と、会社以外の者が整理債権者又は整理担保権者のために提供した担保に影響を及ぼさない」。

て整理会社の保証人にも及ぼすことが、保証人の財産権を侵害するとみることにはできないとしている。そして整理会社の保証人が、整理手続において整理債権者や整理会社に比べて優遇されないとしても、これは会社整理制度や債権担保制度の目的上、不可避・合理的差別であるため、会社整理手続による時効中断の効力が民法第440条によって保証人にもあるとしても、これを平等の原則に違反するとみることにはできないと判示した。

(4) 不法行為の短期3年の消滅時効期間に関する憲法裁判所の決定（憲裁2005.5.26.2004헌바90²⁷）－合憲－

韓国民法第766条第1項は「不法行為による損害賠償の請求権は、被害者又はその法定代理人がその損害及び加害者を知った日から3年間、これを行使しなければ、時効により消滅する」と規定している。

本件は、短期3年の消滅時効期間が、憲法上保障される被害者の財産権を侵害するか否かが問題となった事案である。

憲法裁判所は被害者やその法定代理人が「被害および加害者」を知ったときには、その権利行使が容易にできるので、その不法行為による損害賠償請求権と関連する民事上の法律関係を早く確定することで、法的安定性を図るためであって合理的な理由があり、3年の短期時効期間も、立法者が立法形成権を顕著に恣意的に行使し、著しく短く定めたとみることにはできず、この法律条項が不法行為による損害賠償請求権という被害者の財産権を合理的な理由なく、著しく制限して、憲法第37条第2項の基本権制限に関する立法的限界を超えたとはできないと判示した。

(5) 債権者取消権に関する憲法裁判所の決定

債権者取消権（詐害行為取消権）については、韓国民法第406条第1項の「債務者が債権者を害することを知って財産権を目的とする法律行為をしたときは、債権者は、その取消及び原状回復を裁判所に請求することができる。ただし、その行為により利益を受けたとき又は転得者がその行為又は転得

27 憲法裁判所判例集第17巻1集（憲法裁判所、2005年）660頁以下。

の当時に債権者を害することを知らなかった場合は、この限りでない」に関する決定（憲裁2007.10.25.2005헌바96²⁸）と、第2項「前項の訴は、債権者が取消原因を知った日から1年、法律行為日から5年内に提起しなければならない」に関する決定（憲裁 2006.11.30.2003헌바66²⁹）がある。

第1項については、第1項の中の「利益を受けた」の部分が、債務者と受益者の一般的行動の自由および受益者の財産権を侵害したか否かが争われていた。また、「債権者を害することを知って」の部分が、明確性原則に違反するか否かが争われた。

憲法裁判所は、債務者と受益者の一般的行動の自由権と受益者の財産権を侵害したとみることはできないと判示し、その根拠として、債権者取消権制度は、債権者保護という目的の正当性と、債権者取消の対象となる法律行為を詐害行為に限定したこと、債権者取消の範囲も責任財産の保全のために必要な範囲に制限したこと、詐害取消の相手方である受益者は債務者に対して不当利得返還請求又は担保責任追及が可能であること、債権者取消権の行使期間が短期であること、などをあげている。

また「債権者を害することを知って」という意味は、詐害行為の客観的要件を具備したことに対する認識、すなわち、債務者の財産処分行為によってその財産が減少し、債権の共同担保に不足分が発生、または不足分がある共同担保がもっと足りなくなって、債権者の債権を完全に満足させることができない事実を認識することであると、合理的に解釈できる。したがって、法官（裁判官）の恣意的解釈の危険性はないといえるので、明確性に違反するとみることはできないと判示している。

第2項については、「法律行為日から5年内」の部分によって裁判請求権³⁰、

28 憲法裁判所判例集第19巻2集（憲法裁判所、2008年）467頁以下。

29 憲法裁判所判例集第18巻2集（憲法裁判所、2007年）429頁以下。

30 憲法第27条第1項「すべての国民は、この憲法及び法律が定めた法官により、法律による裁判を受ける権利を有する」。

財産権が侵害されたか否かと、平等権が侵害されたか否かが争われた。

これについて憲法裁判所は、財産権と裁判請求権、平等の原則に違反したとみることができないと判示している。その根拠として、憲法裁判所は法律関係の速やかな確定のために、客観的な事由である債務者の法律行為時を基準として、債権者取消の提訴期間に制限を設けることは、立法目的が正当であり、債権者としては予め仮差押えなどの措置をとることで債務者の詐害行為を防止し、責任財産を確保する法律的手段をもつこと、債務者の法律行為時から一律的に5年の期間を設けたのは、外国の立法例などに照らしても債権の保全のために著しく短いことではないので、不合理ではないこと、債権者取消権の除斥期間の経過によって債権者の債権関係自体が消滅することでもなく、執行する財産として債務者の責任財産を喪失させることにすぎないこと、などをあげている。

また、債権者取消権の場合、債権者取消権が認められないとしても、債権者は債務者の責任財産に追及することが難しくなるだけで、債権を確保するすべての手段を喪失することでもないので、債権者取消権を民法上の一般的な取消権（法律行為時から10年）や相続回復請求権（民法改正により、相続が開始した日から10年内が、相続行為の侵害があった日から10年内と改正された）と比較することは不適切であって、その差別に合理的な理由があると判示している。

(6) 胎児が生まれた場合のみ、不法行為による損害賠償請求権をもつという解釈に関する憲法裁判所の決定(憲裁 2008. 7. 31. 2004헌바81)³¹ -合憲-

韓国民法第762条は「胎児は、損害賠償の請求権に関しては、既に出生したもののみならず」と規定し、民法第3条は「人は、生存している間、権利及び義務の主体となる」と規定している。大法院は胎児が死産したときには、損害賠償請求権を否定してきた。

本件は権利能力を出生時を基準として確定し、胎児が生まれることを条

31 憲法裁判所判例集第20巻2集上（憲法裁判所、2009年）91頁以下。

件として損害賠償請求権を認めるのが、胎児の生命権の保護として十分でなく、国家が基本権保護義務を違反したのか否かが争われた事案である。

これについて憲法裁判所は、国家が生命権保護義務を違反したとみることはできないと判示した。その根拠として、刑法と母子保健法などの関連規定を通して、胎児の生命に対する直接的侵害危険を十分に防止しているため、胎児が死産した場合に、胎児に不法な生命侵害による損害賠償請求権を認めなかったとして、立法者が胎児の生命保護のために最小限の保護措置すらしなかったといえないこと、また生まれた胎児とは異なり、死産した胎児に対しては損害賠償請求権を否定し、後者に不利な結果をもたらすことになるが、このような結果は、私法関係で要求される法的安定性の要請という法治国家理念に照らして憲法的に正当化されること、などがあげられた。

ところが、これに対しては憲法第10条³²によって保障される胎児の尊厳と価値を侵害することであり、胎児が生まれた場合のみ、民法第762条が適用されると解釈するのは、憲法に違反するという少数意見もあった。

(7) 扶養義務不履行によって贈与契約の解除は可能であるが、履行した部分に解除権の効果が及ばないことに関する憲法裁判所の決定（憲裁2009.10.29.2007헌바135³³）－合憲－

韓国民法第555条は「贈与の意思が書面により表示されない場合には、各当事者は、これを解除することができる」と規定している。また第556条第1項は「受贈者が贈与者に対して次の各号の事由があれば、贈与者は、その贈与を解除することができる。1 贈与者又はその配偶者若しくは直系血族に対する犯罪行為があるとき 2 贈与者に対して扶養義務がある

32 韓国憲法第10条「すべての国民は、人間としての尊厳及び価値を有し、幸福を追求する権利を有する。国は、個人の有する不可侵の基本的な人権を確認し、これを保障する義務を負う」。

33 憲法裁判所公報第157号（憲法裁判所、2009年）1933頁以下。

場合に、これを履行しないとき」と規定し、第2項は「前項の解除権は、解除原因があることを知った日から6月を経過し、又は贈与者が受贈者に対して容赦の意思を表示したときは、消滅する」と規定している。さらに第557条は「贈与契約後に贈与者の財産状態が著しく変更し、その履行により生計に重大な影響を及ぼすべき場合には、贈与者は、贈与を解除することができる」と規定している。しかし、第555条、第556条、第557条の解除は、「その履行部分については影響を及ぼさない」という条項が第558条に存在している。

この事案は、第556条第1項2号と第558条と関連して、贈与契約の解除権の効果を制限する部分が、贈与者の法定解除権という財産権を形成するに当たって、基本権制限の立法的限界を超えたか否かについて判断したものである。

憲法裁判所は、民法第556条第1項2号と第558条と関連して、贈与契約の履行が完了した部分について忘恩行為による法定解除権行使の効果を制限したのは、贈与契約が無償・片務契約であること、受贈者の扶養義務不履行については民法の規定があつて履行請求が可能であることもあり、贈与者と受贈者間に法律関係を速やかに安定させて贈与者の一方的な意思によって法律関係が不安定になることを最小限にするためであり、立法裁量の限界を超えて基本権制限の立法的限界を超えたとはいえないと判示した。

第556条第2項の「6月を経過し、又は贈与者が受贈者に対して容赦の意思を表示したときは、消滅する」という規定については、その行使期間が著しく短期間でもなく、起算点を不合理的に算定して権利行使を著しく困難または不可能にしたことでもないので、贈与者が受贈者の忘恩行為を容赦したときには、解除権を存続させる必要がない。容赦の意思表示は、具体的事件において法官の法補充作用によって合理的に判断できるもので、法官が恣意的解釈をする危険性があるといえないので、その内容が著しく不合理であつて基本権制限の限界を超えたとみることはできないと判示した。

3 家族法改正（1990年改正まで）と憲法裁判所の登場

(1) 1960年施行の制定民法の家族法と家族法改正運動

上で述べてきたように、財産法については憲法上の基本権侵害の問題がほとんどないと憲法裁判所は判断しているが、これと異なり、家族法³⁴については韓国民法制定当時から多くの議論があり、その議論を超えて社会的対立も激しかったといえる。特に同姓同本禁婚規定³⁵と戸主制度³⁶など、憲法的な観点から問題となるような条項が非常に多かった。以下で紹介すると、同姓同本禁婚規定と戸主制度以外に、親族の範囲について父系親族の範囲は広く、母系親族の範囲は狭く規定されていた（第777条）。また兄弟の直系卑属と、直系尊属の兄弟の直系卑属は血族として認められたが、姉妹の直系卑属と、直系尊属の姉妹の直系卑属は血族として認められなかった（第768条）³⁸。また父が婚姻外の子を戸籍に入籍させるときには、妻の同意が必要でなかったが（第782条第1項）、妻が前夫との間で生まれた子を戸籍に入籍させるときには、戸主と夫の同意が必要であった。

財産関係においても、戸主と家族のいずれに属するか明らかでない財産は、戸主の財産として推定され（第795条第2項）、夫婦のいずれに属するか明らかでない財産は、夫の所有として推定された（第830条）³⁹。この以外にも、子に対する親権行使の不平等、相続分についての男女の差、などが憲法的な観点から指摘された⁴⁰。

34 韓国の家族法の詳細な内容については、金疇洙・金相琿『注釈大韓民国親族法』（日本加除出版、2007年）、金疇洙『注釈大韓民国相続法』（日本加除出版、2002年）。

35 1960年制定民法第809条第1項は「同姓同本である血族間では、結婚することができない」と規定していた。

36 戸主制度とその廃止については、金疇洙・金相琿・前掲注（34）79頁以下。

37 詳細については、尹眞秀・前掲注（17）240頁。

38 尹眞秀・前掲注（17）241頁。

39 尹眞秀・前掲注（17）241頁。

40 尹眞秀・前掲注（17）238頁によると、当時ソウル大学教授であった鄭光鉉

このような家族法が施行された後、1962年から大韓女学士協会などの女性団体が家族法改正を主張したが、家族法改正運動の成果は、実を結ぶところまでは至らなかった。1970年代に入ってから工業化、産業化によって家族制度も大家族制度から核家族制度に変化しつつ、これに歩調を合わせて1973年発足した「汎女性家族法改正促進委員会」によって家族法改正運動も組織的に展開された⁴¹。

(2) 1977年の家族法改正と家族法改正運動

上のような改正運動の成果で1977年に家族法の改正が行われた⁴²。その改正理由としては「女権伸長と、成年擬制規定を設けるため」とされた。男子中心の家族法で女子の女権伸張のための改正条項としては、夫婦のいずれかに属するか明らかでない財産を夫婦の共有として推定したこと⁴³、未成年者の子に対する親権を夫婦が共同で行使するようにしたこと⁴⁴、妻が直系卑属と共同で相続する場合も、直系尊属と共同で相続する場合にも、他の相続人の5割を加算するようにしたこと⁴⁵、また女子の相続分が男子の2分の1であったことを、男子と同一にしたこと⁴⁶、などがあげられる。

(家族法の制定も憲法を尊重すべきであると主張した憲法精神尊重論者)によって憲法上の問題が指摘された。

- 41 이영규 「가족법에서 헌법적 가치의 실현」 法政策研究第8輯第2号 (韓国法政策学会、2008年) 396頁。
- 42 家族法改正が最初に行われたのは、1962年であった。その内容は法定分家制度を創設し、次男以下の子は、婚姻することによって法律上当然に分家されることであった。詳細な内容については、金疇洙・金相瑤・前掲注 (34) 142頁以下。
- 43 1977年改正前の民法第830条第2項は「夫婦のいずれかに属するか明らかでない財産は、夫の特有の財産として推定する」と規定していた。
- 44 1977年改正前の民法第909条第1項は「未成年者である子は、その家にある父の親権に服従する」と規定していた。
- 45 1977年改正前の民法第1009条第3項は「被相続人の妻の相続分は、直系卑属と共同で相続ときには、男子の2分の1とし、直系尊属と共同で相続するときには、男子の相続分と均等とする」と規定していた。
- 46 1977年改正前の民法第1009条第1項は「同順位相続人が数人あるときには、その相続分は均等とする。しかし、財産相続人が、同時に戸主相続をする場合

ところが、1977年改正では、「汎女性家族法改正促進委員会」が主張した戸主制度の廃止、同姓同本禁婚制度の廃止は行われず、その改正後も家族法改正運動は続けられた。1984年7月、家族法改正のための「女性連合会」が結成され、家族法改正案を国会に提出したが、20名以上の国家議員の支持がなく、上程できなかつた。また1986年には58名の国会議員が家族法改正案を国会に提出したが、国会の任期満了によって廃棄された。⁴⁷

(3) 1990年の家族法改正

上のような動きを経て、1988年11月7日、147名の国会議員が家族法改正案を国会に提出した。この改正案には戸主制度の廃止と、同姓同本禁婚制度廃止の内容も含まれていた。ところが、戸主制度は戸主の権利・義務がほとんど削除されたが、戸主承継制度によって維持されることとなった。また同姓同本禁婚制度もそのまま維持された。この改正家族法は1990年1月13日公布され・1991年1月1日から施行されるようになった。⁴⁹その改正理由としては、「戸主制度は存置するものの、男女平等精神に反する戸主継承を目的とする直系卑属男子の分家禁止規定を削除、また親族の範囲を調整、実効性がない戸主権を廃止するなど、現行民法の家族関係の中の、不合理な事項を整理する」ことがあげられ、今まで憲法的に問題とされてきた家族法の条項が改正または削除された。

その改正内容としては、親族範囲において父系血族と母系血族を区分せ

には、相続分は固有の相続分の5割を加算し、女子の相続分は男子の相続分の2分の1とする」規定していたが、「女子の相続分は、男子の相続分の2分の1とする」という規定を削除したので、男女の相続分の差はないこととなった。しかし、第1009条第2項の「同一の家籍内にない女子の相続分は、男子の相続分の4分の1とする」規定は、そのまま維持された。

47 尹眞秀・前掲注(17) 245頁。

48 韓国での戸主制度の賛否論については、孟觀燮「韓国における新たな身分登録制度の評価と課題－実現された両性平等と、今後の課題としての個人情報保護－」民事研修第618号（民事研修編集室、2008年）28頁。

49 尹眞秀・前掲注(17) 245頁。

ず、各8親等以内とし、姻戚の場合には4親等以内としたこと⁵⁰、血族の範囲に姉妹の直系卑属を含めたこと⁵¹、戸主の権限がほとんどなくなったこと⁵²、夫婦の同居場所は夫婦の協議によって決めるようにしたこと⁵³、夫婦の共同生活に必要な費用を夫婦が共同で負担するようにしたこと⁵⁴、離婚時に子の養育に関する事項が協議できないときには、家庭法院が決定するようにしたこと⁵⁵、親権について父母の意見が一致しない場合には、家庭法院が決めるようにしたこと⁵⁶などがあげられる。相続法にも多くの改正があり、特に相続分において男女平等が実現した。すなわち、改正前は、結婚した女子の相続分は民法第1009条第2項によって、男子相続分の4分の1であったが、その相続分の差がなくなった。また戸主相続人に5割を加算する相続制度も廃止された。夫が妻を相続する場合と、妻が夫を相続する場合に相続分の差があったが、夫が妻を相続する場合にも、直系卑属5割を加算

- 50 1990年改正前の民法第777条は、8親等以内の父系血族、4親等以内の母系血族、父の8親等以内の父系血族、父の4親等以内の母系血族、妻の父母、配偶者を、親族として認めていた。
- 51 1990年改正前の民法第768条は「自己の直系卑属と直系尊属を直系血族とし、自己の兄弟姉妹と兄弟の直系卑属、直系尊属の兄弟姉妹及びその兄弟の直系卑属を傍系血族とする」と規定していた。
- 52 1990年の戸主制度改正についての日本語文献としては、韓瑋熙「韓国家族法の改正—戸主制度の転換をめぐって」ジュリスト1007号（1992年9月1日）50頁以下。青木清「韓国家族法と日本の家族法—戸主制度の系譜をめぐって」ジュリスト1007号（1992年9月1日）45頁以下。
- 53 1990年改正前の民法第826条第2項は「夫婦の同居は、夫の住所又は居所である」と規定していた。例外的に、妻が実家の戸主又は戸主相続人である場合には、夫が妻の家に入籍できるし、妻の住所又は居所で同居すると規定されていた。
- 54 1990年改正前の民法第833条は「夫婦の共同生活に必要な費用は、当事者間に特別な約定がないときは、夫が負担する」と規定していた。
- 55 1990年改正前の民法第837条第1項は「当事者間にその子の養育に関する事項を協議しなかったときは、その養育の責任は父にある」と規定していた。
- 56 1990年改正前の民法第909条第1項は「未成年者である子に対する親権は、父母が共同で行使する。ただし、父母の意見が一致しない場合には、父が行使する」と規定していた。

することに⁵⁷した。これ以外にも多くの家族法条項の改正と、財産法の一部改正があった。

ところが、戸主制度（戸主の権利・義務はほとんどなくなったが）と、同姓同本禁婚制度は廃止されず、社会的対立は続いた。

（4）憲法裁判所の登場と家族法

上で述べてきたように、民法施行以来、継続的な家族法改正運動によって、その成果が1977年・1990年の家族法改正として現れた。しかし2000年代に入ってから3回の家族法の改正が行われ、これに直接に影響を及ぼしたのは、1988年9月19日に設置された憲法裁判所であるといえる。

憲法裁判所は、1997年から家族法分野に対して、違憲判決と憲法不合法決定を下しながら、今まで憲法的に問題とされてきた家族法の条項に対して憲法的な見解を示している。このような憲法裁判所の決定の中には、戸主制度に関する憲法不合法決定と、同姓同本禁婚制度に関する憲法不合法決定もある。以下では、憲法裁判所が家族法に関して違憲決定または憲法不合法決定を下した内容を中心に紹介していく。

4 家族法に関連する憲法裁判所決定

（1）実子否認の訴の短期除斥期間に関する憲法裁判所の決定（憲裁1997. 3. 27 95헌가14,96헌가7（병합）⁵⁸）－憲法不合法決定－

韓国民法第847条第1項（1990年1月13日に改正された民法）は「否認の訴は、子又はその親権者である母を相手として、その出生を知った日から1年以内に提起しなければならない」と規定し、実子否認の訴の除斥期間を、出生を知った日から1年に制限していた。これについて憲法裁判所は、「そ

57 1990年改正前の民法第1009条第3項は「被相続人の妻の相続分は、直系卑属と共同で相続するときには、同一家籍内にある直系卑属の相続分の5割を加算し、直系卑属と共同で相続するときには、直系卑属の5割を加算する」と規定していた。

58 憲法裁判所判例集第9巻1集（憲法裁判所、1997年）193頁以下。

の出生を知った日から1年内」という部分は、憲法に合致しないと憲法不⁵⁹合致決定を下した。

憲法裁判所は、除斥期間が著しく短期間であり、不合理であって、父が実子の確信を持つ前に、その除斥期間が経過してしまい、実子を否認しようとする父の提訴を著しく困難、または事実上不可能とし、親子関係を否認する機会を極端に制限するのは、立法裁量の限界を超えるといわざるをえないとした。また一般的に親子関係の存否は、特別な事情やきっかけがないと、これを疑わないことが通例であることに照らしてみると、実子否認の訴の除斥期間を、ただ「その出生を知った日から1年内」と規定したのは、父に著しく不利であるのみならず、1年という除斥期間自体も、変化した社会的状況と、血統を重視する伝統慣習などの様々な事情を顧慮すると、著しく短く、親子関係を否認しようとする父の家庭生活と身分関係での人格権、幸福追求権および個人の尊厳と両性の平等に基づいた婚姻と家族生活⁶⁰に関する基本権を侵害すると判示した。

(2) 同姓同本禁婚制度に関する憲法裁判所の決定(憲裁1997.7.16 95헌가⁶¹13) - 憲法不合致決定 -

韓国民法第809条第1項(1958年2月22日制定された民法)は「同姓同本である血族間では、結婚することができない」と規定していた。同姓同本

59 憲法裁判所は憲法不合致決定を下しながら、単純違憲決定を宣言しない理由を次のように述べている。すなわち、「単純違憲宣言をすると、実子否認の訴の除斥期間が一時的にない法的空白状態に至り、これによって少くない法的混乱を招く恐れがあるのみならず、違憲の規定に対して、合憲的に調整する任務は原則的に立法者の形成裁量に属する事項であるので、本裁判所は、立法者がこの事件審判対象条項を新しく改正するときまでは、法院その他国家機関がこの規定を適用、施行しないように中止し、その形式的存続のみを暫定的に維持させるために、単純違憲の代わり、憲法不合致決定を宣告する」と述べている。しかし、単純違憲決定をしなければならないという少数意見もあった。

60 韓国憲法第36条第1項「婚姻及び家族生活は、個人の尊厳及び両性の平等を基礎として成立し、維持されなければならない、国は、これを保障する」。

61 憲法裁判所判例集第9巻2集(憲法裁判所、1998年)1頁以下。

禁婚制度というのは、姓が同一（同姓）で男系先祖が同一の男子と女子の間は結婚できない制度である。これについて憲法裁判所は憲法不合致決定を下した。また立法者が1998年12月31日まで改正しないと、1999年1月1日からその効力を喪失するとしながら、法院その他国家機関および地方自治団体は立法者が改正するまで、この法律条項の適用を禁止しなければならないと判示した。⁶²

憲法裁判所は同姓同本禁婚制度の歴史的な背景に関して、中国の同姓禁婚⁶³思想から由来したもので、朝鮮時代を経て法制化され、確立された同姓同本禁婚制は、その制度が作られた当時の国家政策、国民意識や倫理観および経済構造と、家族制度などが、婚姻制度に反映されたもので、忠孝精神を基盤とする農経中心の家父長的、身分的階級社会で、社会秩序を維持するための手段として機能したと述べている。

次に憲法裁判所は憲法と同姓同本禁婚制度に関して以下のように述べている。自由と平等を根本理念とする男女平等の観念が定着し、経済的にも産業社会が盛んな現代の自由民主主義社会において、同姓同本禁婚制度は社会的妥当性ないし合理性がなく、同時に人間としての尊厳と価値および幸福追求権を規定した憲法理念、個人の尊厳と両性の平等に基づいた婚姻と家族生活の成立・維持という憲法規定に違反するのみならず、男系血族のみに限定して性別による差別をすることで憲法上の平等の原則にも違反する。またその立法目的が婚姻に関する国民の自由と権利を制限する社会秩序や公共福利に該当しないため、憲法第37条第2項にも違反すると判示

62 憲法裁判所・前掲注（61）2頁によると、この事件法律条項が憲法に違反するということは、裁判官9名のうち、7名の意見が一致したが、裁判官5名は単純違憲決定の意見を、裁判官2名は憲法不合致決定の意見であったため、憲法裁判所法第23条第2項第1号に規定された「法律の違憲決定」に必要な審判定足数（裁判官6名以上の賛成）に足らなかったため、憲法不合致決定を宣告することとなった。

63 同姓同本禁婚制の由来については、金疇洙・金相瑤・前掲注（34）195頁以下。

⁶⁴
した。

(3) 相続の単純承認擬制規定に関する憲法裁判所の決定(1998.8.27 96헌가22, 97헌가2・3・9 96헌바81, 98헌바24・25(병합))⁶⁵ - 憲法不合法 -

韓国民法第1026条(1958年2月22日制定された民法)は「次の各号の事由がある場合は、相続人が単純承認したものとみなす」と規定し、第1026条2号は「相続人が第1019条第1項の期間内に限定承認又は放棄をしなかったとき」と規定していた。民法第1019条第1項の期間内というのは、「相続開始があったことを知った日から3月内」である。すなわち、相続開始があったことを知った日から3月内に限定承認または放棄をしなかったときには、単純承認としてみなされる。

憲法裁判所は、相続開始があったことを知った日から3月内に限定承認または放棄をしなかったときには、単純承認としてみなされるということについて憲法不合法決定を下した。また立法者が1999年12月31日まで改正しないと、2000年1月1日からその効力を喪失し、法院その他国家机关および地方自治団体は、立法者が改正するまで、この法律条項の適用を中止しなければならないと判示した。⁶⁶

憲法裁判所は、相続人が帰責事由なく、相続債務が積極財産を超過することを知らず、相続開始があったことを知った日から3月内に限定承認または放棄をしなかったときにも、単純承認とみなす民法第1026条2号は、基本権制限の立法限界を超えたことであり、財産権を保障した憲法第23条第1項、私的自治権を保障した憲法第10条に違反すると判示した。

(4) 相続回復請求権の短期行使期間に関する憲法裁判所の決定(憲裁2001.07.19. 99헌바9)⁶⁷ - 違憲 -

64 憲法裁判官2名の反対意見があり、その根拠として、同姓同本禁婚制度は中国から伝来した制度ではなく、固有の伝統文化であると述べている。

65 憲法裁判所第10巻2集(憲法裁判所、1999年)339頁以下。

66 憲法裁判所判例集・前掲注(65)342頁。

67 憲法裁判所判例集第13巻2集(憲法裁判所、2002年)1頁以下。

韓国民法第999条第2項（1990年1月13日に改正された民法⁶⁸）は、「前項の相続回復請求権は、その侵害を知った日から3年、相続が開始した日から10年を経過すれば、消滅する」と規定していた。これについて憲法裁判所は、「相続が開始した日から10年」部分は憲法に違反すると単純違憲決定を下した。

憲法裁判所は以下のように述べている。相続回復請求権は死亡により包括的な権利義務の承継が行われる相続において、僭称相続人により真正相続人の相続権が侵害されるときが少なくないことを考慮し、真正相続人が、僭称相続人を排除して相続権の内容を実現できるようにし、真正相続人を保護するための権利であって、相続開始日から10年という短期の行使期間を規定することにより、この期間が経過した後は、真正相続人は相続人としての地位と、相続により承継した個々の権利義務も総括的に喪失してしまい、僭称相続人を相手として裁判上の権利主張ができない。さらにその反射的効果として僭称相続人の地位は確定され、相続人としての地位を獲得することになるので、これは真正相続人の権利を制限し、僭称相続人

68 1990年改正前には、相続回復請求権（第999条）の規定は第982条を準用した。憲法裁判所は、主文で民法第999条第2項中、「相続が開始した日から10年」部分と、旧民法（1990年改正前の民法）第999条によって準用される第982条第2項中、「相続が開始した日から10年」部分は、憲法に違反すると判示した。改正前に第982条第1項は「戸主相続権が 僭称戸主により侵害されたときは、相続権者又はその法定代理人は、戸主相続回復の訴えを提起することができる」と規定し、第982条第2項は「前項の戸主相続回復請求権は、その侵害を知った日から3年、相続が開始した日から10年を経過すれば消滅する」と規定していた。ところが、1990年改正民法で戸主相続が戸主承継に変わり、第982条は相続という言葉の代わりに承継表現を用いることとなった。この改正で第999条も第982条を準用せず、第999条第1項は「相続権が僭称相続人により 侵害されたときは、相続権者又はその法定代理人は、相続回復の訴えを提起することができる」と規定し、第999条第2項は「前項の相続回復請求権は、その侵害を知った日から3年、相続が開始した日から10年を経過すれば、消滅する」と規定することとなった。

を保護する規定であり、基本権制限の限界を超えて、憲法上保障された相続人の財産権、幸福追求権、裁判請求権などが侵害され、平等原則にも違反することになる。

(5) 戸主制度に関する憲法裁判所の決定(憲裁2005.2.3.2001헌가9,10,11~15,2004헌가5) - 憲法不合致 -

韓国の憲法裁判所は戸主制度について憲法不合致決定を下し、戸主制度が憲法に違反することを明らかにした。憲法裁判所は、戸主制度が两性平等に違反するという観点を以下のように指摘している。

第一に、憲法裁判所は性役割に関する固定観念に基づいた差別について次のように述べている。

戸主制は男系血統を中心として人為的家族集団である家を構成し、これを承継するというのが本質である。人為的家族集団である家を構成・維持するのが正当か否かはさておき、男系血統を中心として家を構成・承継することは性によって父と母を、夫と妻を、息子と娘を、すなわち、男女を差別するものである。そのような差別を正当化する根拠はない。戸主制の男女差別は家族内での男性の優越的地位、女性の従属的地位という伝来的女性像に根付いた差別として性役割に関する固定観念に基づいた差別に過ぎない。

第二に、憲法裁判所は、戸主承継順位の差別問題について次のように述べている。

民法第778条⁷⁰は民法第984条⁷¹と結合して戸主地位の承継的取得において徹

69 孟觀燮・前掲注(48)28頁。

70 民法第778条は「一家の系統を継承した者、分家した者又はその他の事由により一家を創立若しくは復興した者は、戸主となる」と規定していた。2005年3月31日の改正により、2008年1月1日から削除された。

71 民法第984条は「戸主承継においては、次の順位で承継人となる。1 被承継人の直系卑属男子 2 被承継人の家族である直系卑属女子 3 被承継人の妻 4 被承継人の家族である直系尊属女子 5 被承継人の家族である直系卑属の妻」と規定していた。2005年3月31日の改正により、2008年1月1日から削除さ

底して男性優越的序列を付けることで男女を差別的に取り扱っている。

第三に、憲法裁判所は、婚姻時の身分関係形成の問題について次のように述べている。

婚姻とは、男女が平等で尊厳な個人として自由な意思の合致によって生活共同体を構成することであり、夫婦関係という生活共同体における男女は同等な地位を維持しなければならない。ところが、民法第826条第3項⁷²本文によって女は婚姻すれば法律上当然夫の家に入籍することになり、差別と判断される。

また、子の身分関係形成の差別として子の父家入籍原則の問題と、父母が離婚の際、現実的に母が子の親権者と養育者に指定されて生活共同体を形成した場合にも、子は民法第781条第1項本文後段によって父の戸籍に入っている点等が指摘された。

その他にも、憲法裁判所は両性差別を根拠とする憲法違反の判断以外にも個人の尊厳を害すると判示した。⁷³

(6) 父姓強制主義に関する憲法裁判所の決定（憲裁 2005. 12. 22 2003헌가⁷⁴）－憲法不合致決定－

韓国民法第781条第1項（2005年3月31日に改正される前の民法）は「子は、父の姓及び本を継ぎ、父家に入籍する。ただし、父が外国人であるときには、母の姓と本を継ぐことができ、母の家に入籍する」と規定していた。この条項の「子は、父の姓及び本を継ぎ」部分について、憲法裁判所は憲法不合致決定を下した。またこの法律条項は、2007年12月31日まで適用す

れた。

72 民法第826条第3項は「妻は、夫の家に入籍する。ただし、妻が親家の戸主又は戸主承継人であるときは、夫が妻の家に入籍することができる」と規定していた。2005年3月31日の改正により、2008年1月1日から削除された。

73 憲法裁判所の決定の全文翻訳は、趙慶済（訳）「大韓民国憲法裁判所－2005年2月3日戸主制憲法不合致決定（全文）」立命館法学302号（2005年）1524頁以下。

74 憲法裁判所判例集第17巻2集（憲法裁判所、2006年）544頁以下。

ると判示した。⁷⁵

憲法裁判所は、姓の使用基準について父姓主義を原則と規定したのは、立法形成の限界を超えたものではないが、出生直後の子に姓を付与するときに父の死亡または父母の離婚により、母が単独で親権を行使しながら養育することが予想される場合、婚姻外の子を父が認知したが、母が単独で養育する場合、などのような事例においても、一方的に父の姓を強制するのは、個人の尊厳と両性の平等を侵害すると判示した。

また養子縁組や再婚などのように、家族関係の変動と新しい家族関係の形成において、具体的事情により養父または継父の姓への変更が、個人の人格的利益と密接な関係をもつにもかかわらず、父姓の使用のみを強要し、姓の変更を許容しないのは、個人の人格権を侵害すると判示した。

この憲法裁判所の決定は、父姓主義の原則を規定したことには違憲性がないが、父姓主義の例外を規定しなかったことに違憲性があると判示したものである。⁷⁶

5 民法の改正

上で憲法裁判所が民法の条項について判示した内容を述べてきた。

財産法については、謝罪広告に関連して、ただ1件の限定違憲決定が下され、憲法裁判所の登場による影響は大きいといえないかもしれない。別の表現をすると、財産法の分野では制定民法の時から、ある程度憲法価値

75 この憲法裁判所の憲法不合法決定の前に、民法改正が2005年3月31日に行われ、2008年1月1日からこの条項についても改正民法が施行されることとなっていたので、憲法裁判所は2007年12月31日まで適用するとしたのである。

76 憲法裁判所の多数意見に対して、父姓主義自体が婚姻と家庭生活における両性平等に違反するという少数意見もあった。これらの意見に対して、「父姓主義は、血統関係を対外的に公示して父と子間の一体感と紐帯感を強化し、家族の存続と統合を保障する。また社会で有効に存続しながら、その価値を認めている生活様式であり、文化現象である父姓主義の合憲性を否定するのは、時期尚早」という1名の合憲意見もあった。

が実現されていたといえるだろう。

ところが、家族法では、憲法裁判所の違憲決定と憲法不合致決定により、多くの条項に、憲法上の基本権侵害があることが明らかになった。それで、このような条項は、2000年代の家族法改正によって、すべて改正、削除されることになった。特に、民法施行以来、家族法最大の問題として指摘されてきた戸主制度と同姓同本禁婚制度は憲法裁判所の決定により、その姿を消してしまった。したがって憲法裁判所が、前近代的家族法から離れ、新しい時代を向かっている家族法に、大きな影響を及ぼしたことは否定できない。

以下では、憲法裁判所により違憲、憲法不合致決定が下された家族法の条項が、その後の民法改正にどのように反映されているかを、検討していきたい。

(1) 実子否認の訴の短期除斥期間に関する民法改正

実子否認の訴の短期除斥期間に関する憲法不合致決定は、2005年民法改正⁷⁷（2005年3月31日）で、実子否認の訴は、「夫又は妻が他の一方または子を相手方とし、その事由があることを知った日から2年内に提起しなければならない」と改正された。これを、改正前の民法の「否認の訴は、子又はその親権者である母を相手として、その出生を知った日から1年内に提起しなければならない」という規定と比べると、訴の提起権者を父だけに限定していたことを、母も提起できるようにした。また父が実子であるか否か確信がない状態でも、出生を知ったときから1年が経つと訴の提起ができなかったが、その事由があることを知った日から2年内に提起できるようにしたので、自分の血統ではないことを知ったときから2年内に提起すればよいこととなった。

77 2005年改正内容については、高翔龍「韓国家族法の大改革」ジュリスト1294号（2005年7月15日）84頁以下。李勝雨「韓国における最近の民法改正：家族法」ジュリスト1362号（2008年9月1日）91頁以下。

(2) 同姓同本禁婚制度に関する民法改正

同姓同本禁婚制度に関する憲法不合法決定も、2005年改正に反映された。憲法裁判所の憲法不合法決定後、民法改正まで約7年6ヶ月の時間がかかったが、憲法裁判所の決定後、大法院によって同姓同本の婚姻届が受理されたので、事実上廃止された結果となり、2005年改正民法はその内容を確認したとみてよいであろう。2005年改正は、同姓同本禁婚制度に関する規定を削除し、第809条に近親婚を禁止する規定を設けた。第809条によると、8親等以内の血族の間、6親等以内の血族の配偶者、配偶者の6親等以内の血族、配偶者の4親等以内の血族の配偶者である姻戚またはこのような姻戚であった者の間、6親等以内の養父母系の血族であった者、4親等以内の養父母系の姻戚であった者の間では、結婚できないと規定している。

同姓同本禁婚制度をめぐる激しい対立があったが、その制度による弊害は、「民法制定後、同姓同本を救済しようと1977年、1985年、1995年に特別法が施行され、一時的に婚姻届が受理された時期があったが、この3回の特別法によって救済された事実婚の夫婦が44827カップルであった」⁷⁹ことによっても、理解できるであろう。

この同姓同本禁婚制度に関する憲法不合法決定は、同姓同本禁婚制度が韓国の父系血統主義を支えてきた一つの柱であったことから、韓国の法律から父系血統主義を払拭する信号弾となる意味において、きわめて重要な意義を有する⁸⁰といえる。

(3) 相続の単純承認擬制の規定に関する民法改正

相続の単純承認擬制の規定に関する憲法不合法決定は、2002年の民法改正⁸¹に反映された。すなわち「相続開始があったことを知った日から3月内

78 이영규·前掲注(41) 406頁。

79 憲法裁判所判例集·前掲注(61) 15頁。

80 金疇洙·金相瑢·前掲注(34) 199頁。

81 2002年の民法改正はその改正理由で「憲法裁判所から違憲決定があった相続回復請求権に関する条項と、憲法不合法決定があった相続の単純承認擬制条項

に限定承認または放棄をしなかったときには、単純承認としてみなされる」という規定以外に、相続人が、相続される債務がその財産を超過する事実を、重大な過失なく、3月以内に知らなく単純承認したときには、その知った日から3月内に限定承認することができる（民法第1019条第3項）という規定を新設した。

(4) 相続回復請求権の短期消滅行使期間に関する民法改正

相続回復請求権の短期行使期間に関する違憲決定も、2002年の民法改正に反映された。改正前の民法は「前項の相続回復請求権は、その侵害を知った日から3年、相続が開始した日から10年を経過すれば、消滅する」と規定していたが、2002年改正民法では、「その侵害を知った日から3年、相続行為の侵害行為があった日から10年を経過すれば、消滅する」と改正された。すなわち、「相続が開始した日から」という規定を、「相続行為の侵害行為があった日から10年」と改正したものである。

(5) 戸主制度に関する民法改正

戸主制度に関する憲法不合致決定後、2005年3月の民法改正では戸主制度と関連した規定をすべて削除し、家族に関する規定を新しく新設した。⁸²

2005年改正は、戸主制度をすべて廃止した画期的な民法改正であり、その改正理由も「従来民法の親族編に規定された、戸主を中心として家を構成する戸主制度は、両性平等という憲法理念と、時代の変化に合わないの

を、憲法裁判所決定を趣旨を反映して整備するためである」と述べているように、相続回復請求権の短期消滅行使期間に関する条項と、相続の単純承認擬制の条項が改正された。

82 憲法裁判所の判断が下される以前から、韓国では戸主制度廃止のための家族法改正の動きがあり、この動きの中で議論が加速され2005年3月31日、法律第7427号として改正家族法が公布されることになった。同法により戸主制度は2年余りの猶予期間を経て2008年1月1日から廃止された。この内容については、孟觀燮・前掲注(48)29頁。

憲法不合致決定に従って合理的に調整する。さらに養子縁組制度の現実を反映し、養子の福利を増進させるために、養親と養子に親族関係を認めながら、養親の姓と本を継ぐように特別養子制度を導入するためである」と述べている。戸主制度に関する憲法不合致決定が下されたのは、2005年2月3日であり、民法改正が行われたのは、2005年3月31日であったので、事実上、憲法裁判所の決定前から、2005年民法改正に向けての改正作業はすでに進んでいた。その民法改正に向けての動きの中で、憲法裁判所は、戸主制度に関して憲法に違反することを確認したといえよう。2005年の民法改正により、韓国では戸籍が廃止され、その代わりに新しい身分登録制度⁸³が採択され、2008年1月1日から施行されている。

その他2005年3月の民法改正の重要な内容として、子の姓と本に関する規定について、父の姓と本を継ぐことが原則であるが、母の姓と本に継ぐことも可能となったこと、女性に対する再婚禁止期間を廃止したこと、特別養子制度を新設したこと、また上で説明したように、同姓同本禁婚制度を廃止したこと、実子否認の訴の短期除斥期間を変更したこと、などがあげられる。

(6) 父姓強制主義に関する民法の改正

父姓強制主義に関する憲法不合致決定が宣告されたのは、上で述べたように、2005年12月22日であった。2005年3月の民法改正で父姓強制主義を改正して母の姓と本に継ぐことも可能としたので、憲法裁判所の決定が民法改正より遅れたケースである。したがって民法改正後、憲法裁判所がその規定について違憲性を確認したといえるだろう。

憲法裁判所は、2005年3月の改正民法が、新しい身分登録制度の準備などの関係で、2008年1月1日から施行されるように、猶予期間を置いたため、父姓強制主義も2007年12月31日まで適用されると判示した。

83 新しい身分登録制度については、孟觀燮・前掲注(48)30頁以下。

Ⅲ 家族法における憲法価値の実現

韓国の民法が1960年1月1日に施行されて以来、財産法に関する実質的改正は、1984年改正の1回にすぎないが、家族法は2000年代の改正以外にも、1962年、1977年、1990年の3回の改正があった。

憲法裁判所の違憲決定ないし憲法不合致決定も、家族法に集中していることは検討してきた通りである。

このような現象についてソウル大学の尹眞秀教授は、民法制定当時の家族法が、韓国社会と家族の変化によって近代化する過程であると説明しながら、家族法の変化は近代法の原理を具現している憲法に適應する過程であると述べている。⁸⁴ 筆者は、家族法を憲法に適應させ、改正まで導いたのは憲法裁判所の影響力であると考えている。

韓国の制定憲法は、第8条第1項で「すべての国民は法の前に平等であり、性別、信仰又は社会的身分によって政治的、経済的、社会的生活のすべての領域において、差別されない」と規定し、第20条は「婚姻は男女同権を基本とし、婚姻の純潔と家族の健康は、国家の特別な保護を受ける」と規定していた。したがって1960年施行された家族法上の戸主制度や、男女相続分の差、同姓同本禁婚制度その他男女差別的規定は憲法に違反する規定であると解釈できると思われる。

憲法が男女同権と平等権を規定したにもかかわらず、このような家族法が採択された理由は、慣習尊重論に基づいた見解が採択されたことに起因する。慣習尊重論者は、「同姓同本禁婚は人類文化発展において最高の文化遺産であり、父系主義が合理的な制度であり、父系血統を継承するのが我が国の家族制度である。男女平等というのは、政治・社会・文化の平等であり、家庭の倫理において男女平等は適用できない」という認識をもつ

84 尹眞秀・前掲注（17）234頁。

ていた⁸⁵。結局、韓国の固有な慣習という論理で憲法に合わない家族法が誕生してしまったのだ。

その後家族法改正運動と家族法学界の努力により1977年と1990年に家族法が改正されたが、大法院に違憲法令審査権があったときには、その審査権がほとんど作動しなかったので、憲法と家族法の関係に関する分析と研究はほとんど行われなかった。このような状況の下、家族法最大の問題点として指摘されてきた戸主制度と同姓同本禁婚制度の改正は行われないうまま、憲法裁判所の登場を迎えた。

憲法裁判所が設置されてから、多くの法律について違憲決定と憲法不合致決定が下されることになり、家族法改正論者は、戸主制度と同姓同本禁婚制度も憲法が保障する個人の尊厳と幸福追求権、両性平等に違反すると主張した。しかし保守派は、家族法の伝統性を尊重しなければならないのは国家の義務であり、憲法が保障する伝統文化の継承発展⁸⁶を根拠として合憲を主張した⁸⁷。この対立に終止符を打ったのは、両制度に対しての憲法裁判所の憲法不合致決定であった。

このような時代の流れの中で、2000年代に3回（2002年、2005年、2007年）の家族法改正が行われることとなった。1990年間まで30年間にわたって3回改正された家族法が、2000年代に入ってから3回も改正されたことは、憲法裁判所の努力で憲法的価値が家族法に実現されたと評価できると思われる。

この改正された家族法の中には、憲法裁判所の違憲決定や憲法不合致決定がなかったにもかかわらず、男女平等でないと思われる相当数の条項が

85 尹眞秀・前掲注 (17) 238頁。

86 韓国憲法第9条「国は、伝統文化の継承、発展及び民族文化の暢達に努力しなければならない」。

87 이영규・前掲注 (41) 387頁。

改正された。⁸⁸これを見ると、立法者も違憲性の是非を避けるために努力していると評価できるだろう。

以上、述べてきたように、2000年代の韓国は、憲法裁判所の違憲決定や憲法不合致決定によって家族法の改正が行われ、立法者は憲法裁判所の違憲決定などを避けるように改正又は立法する時代であったといえるだろう。

本稿は、憲法裁判所と家族法の改正に焦点を合わせて述べてきたが、現在の韓国は、憲法裁判所の違憲法律審査と憲法訴願審判により、政治的、社会的にも憲法的価値を実現する方向で動いていることが感じられる。

88 憲法裁判所の違憲決定や憲法不合致決定がなかったにもかかわらず、改正された例として2007年の改正理由をみると、「憲法上の両性平等原則の具現のために、男女の婚約年齢および婚姻適齢を同様とする。また慎重でない離婚を防止するために離婚熟慮期間を導入し、離婚家庭の子の養育環境を改善するために、協議離婚時に子の養育事項の合意を義務化するなど、現行規定の運営上現れた一部の問題点を改善・補完するためである」と述べている。この改正理由でも明らかにしているように、両性平等という憲法価値の実現が、重要な改正理由であった。

[論 文]

旅行契約における旅行業者の 責任に関する一試論

中 里 真

一 はじめに

旅行契約はいくつかの事情で、特に私法分野として規律する必要性が指摘される。⁽¹⁾ ひとつ目は、旅行契約がサービス契約に分類される点である。旅行の場合、サービスが契約内容となるため、可視性が難しくなる。目的物が物であればその存在によって契約内容の中心部分を指し示すことができるし、客観化もある程度容易となる。それに対し、サービス契約の場合、内容が多様かつ複雑にならざるを得ないため、内容を双方が確認できるようにするためには目的物を言語によって書面等に表す必要がある。このことは、もちろんサービス契約一般にいえる特徴であり、たとえば、多くの業法が、消費者がどのような内容を契約としているのかを認識できるように契約条件に関する書面交付義務を課していることもこのような特徴から生じるトラブルの解決手段として機能している。

次に上記とも関連するが、旅行サービスがあまりに多義的な内容を含んでいる点が挙げられる。すなわち、旅行に特有の事情として、旅行というサービスの品質に関しては素人にも判断がしやすいということや、旅行は

(1) 以下の指摘については、大村敦志「サービス契約－旅行契約を素材に」法教297号39頁や、杉江徹「主催旅行業者の責任について」成蹊47号168頁（1998）などを参照。

ある「目的」のために組織されているが、その目的は、「結果と相手」ではなく「プロセス」として実現されるということ、旅行契約は「手配」を内容とし、実際のサービス（以下「第一次的サービス」という）の提供は第三者によって行われるということ等である⁽²⁾。そのため、潜在的に常に実際のサービス提供者たる第三者の態様によってサービス内容が左右されるという不確定さをはらむ。そして、この第一次的サービスが第三者から提供されることから特有な問題も生じている。もともと、民法は二当事者間における単一の給付をめぐる権利義務関係を主要な法律関係の原型として予定しており、その意味では、旅行契約のように構造的に複数当事者が関係する法律関係を規律する難しさを内包している⁽³⁾。

周知の通り、これら旅行契約について生じている諸問題はわが国特有のものではなく、諸外国においても議論や先行研究が多く存在する。また、本稿が対象としようとする民事責任の確定についてもその議論の多くは、すでに一定の歴史的経緯が明らかにされている上、比較法的研究もなされている。たとえば、欧州で締結されたブリュッセル条約やドイツ民法に規定された旅行契約編の研究などがその例である⁽⁴⁾。一方で、我が国の民法典には「旅行契約」という契約類型は存在しない。旅行契約についての問題が生じた場合は、旅行業法をもって解決に当たることとしている。同法は、昭和27年に悪質な旅行あつ旋業者の排除による旅行者の接遇の向上を目的として「旅行あつ旋業法」として制定され、その後昭和46年の改正で、「旅行業法」と名称変更されて、現在に至っているものである⁽⁵⁾。もっとも、度

(2) 大村・前掲注(1) 39頁。

(3) 河上正二「複合的給付・複合的契約関係および多数当事者の契約関係」磯村保ほか『民法トライアル』282頁（有斐閣、1999）。

(4) 最近の文献として、森島秀紀「わが国における主権（パック）旅行契約の基本的枠組み—旅行契約に関する国際協定（ブリュッセル協定）を参考に」名法227号511頁（2008）。

(5) 旅行業法（旅行あつ旋業法）の詳しい沿革については、その文献の所在も含め森島秀紀「主催旅行契約における旅行者の債務と責任—ヨーロッパ諸国の

重なる法改正にも関わらず、今日に至るまで旅行契約をめぐるトラブルは絶えることはなく、通信技術の進歩や交通機関、サービスの多様化により、次々と新しい数多くの問題をもたらしている。特に、現在は一般の消費者もインターネット等で旅行の予約が容易にできるようになりつつあり、契約の成立時期等⁽⁶⁾をめぐるトラブルは社会的関心事でもある。これには、いくつかの原因が挙げられようが、まずは、旅行業法がいわゆる業法であることに由来する点もある。すなわち、旅行業法は、第一条で、「この法律は、旅行業等を営む者について登録制度を実施し、あわせて旅行業等を営む者の業務の適正な運営を確保するとともに、その組織する団体の適正な活動を促進することにより、旅行業務に関する取引の公正な維持、旅行の安全の確保および旅行者の利便の増進を図ることを目的とする」と定め、以下、旅行者の登録制度を採用し（3条）、誇大広告の禁止など広告表示の適正化（12条の8）を図るなど各種の規制を通じて、旅行者の保護を図ることを目的としている。他方で、旅行者に生じる損害等については、旅行業者と旅行者との間の約款に委ねるとする立場を採っている。旅行業法がこのような立場にある以上、同法の規定をそのまま私法上の効果とみなすことは難しい。そのため、私法上の責任を探る具体的な作業としては、まず約款上の規定が適用されることを前提とし、規定に含まれない内容や規定に含まれていても解釈を要するものについてその根拠を民法上の規定に求めることになる。但し、旅行業法が全く無関係というわけではなく、上記作業と平行して、個々の規定が契約当事者の望む契約内容となっているかどうかを旅行業法上の規定や立法趣旨から判断する作業も必要となる。以上の限りでは、私法上の効果を規定する約款や民法と並んで、旅行

法理等を参考に一（一）名法198号91頁以下（2003）参照。

- (6) インターネットを利用しての航空券購入に伴う国民生活センターへの苦情などは、増加傾向にあり、そのことが新聞でも取り上げられている（2009年10月31日読売新聞）。

業法上の規定や立法趣旨が重要視されることにも異論は無いと思われる。そこで、本稿では、旅行業法の経緯や立法趣旨なども踏まえた上で、同法の私法上の効果へ与える影響に着目して検討したい。

このような検討を行うとき、比較法的視点を入れることが重要との指摘を受けることが予想される。たとえば、ドイツの旅行契約法⁽⁷⁾では、旅行契約の定義を、旅行者に旅行給付の全体（旅行）を実施する義務を負う旅行主催者と、合意した旅行代金を支払う義務を負う旅行者との間で締結された契約をいう（BGB § 651a）、としている。すなわち、旅行契約法の適用範囲となる旅行契約は「旅行主催者があらかじめ確定し、公表したプログラムにしたがって旅行を提供するといういわゆる主催旅行の契約」に限られる。たとえば、旅行業者がホテルや航空便を手配するといった内容のみが対象のときは個別旅行（Einzelreise）として取り扱われ、旅行契約法にいう旅行契約とはならない。その結果、旅行業者自身も単なる仲立人として扱われる。後述するとおり、我が国における旅行契約では、手配内容のみの場合も旅行契約と解釈されるため、この点は少なくとも形式的には相違点といえる。この他にも、外国における立法やその経緯などが我が国の議論にどのような影響を与えるかということを検討することが有益であることは筆者も認識している。しかし、本稿においては筆者の能力上の問題や紙幅の関係から十分な検討を行い得なかったこともあり、国内法における議論の検討に終始していることをはじめにお断りしたい。

(7) この分野の文献は数多いが、たとえば、大内和直「旅行契約」右近健男編『注釈ドイツ契約法』449頁（三省堂、1995）や、カール・プロマイヤー著・中村英郎訳「新しいドイツの旅行契約法について：法形成と立法技術の一つのモデルケース」比較16巻1号139頁（1982）などを参照。なお、本稿の記述もこれらの文献によっている。

二 旅行契約の構造

1 定義

旅行契約とは、一般に、一方当事者である旅行業者が、旅行者との間で旅行を実現するための一定のサービス（役務）を有償で旅行者に提供する役務契約であると解されている⁽⁸⁾。

既述したとおり、旅行業法は私法的規律を行うことがその目的ではないため、すべての旅行契約に共通するような定義規定というもの同法には存在しない。そのため、上記の規定はあくまでも私法的な解釈による定義ということになる。しかし、旅行契約における個別類型という点で見ると、旅行業法2条で、旅行業についての定義規定を設けた上、企画旅行契約・手配旅行契約についての定義を設けている。以下、簡単にその内容について説明を加えると、旅行業法2条第1項によれば、旅行業とは、①報酬を得ること、②一定の行為を行うこと、③事業としてそれらを行うことの要件を満たす必要がある。②の行為に関しては、自ら、あるいは旅行者の求めに応じて旅行内容を計画し、旅行内容について必要な準備行為などをサービスを行う者との間で契約締結したり、旅行者・サービス提供者のために代理・媒介・取次ぎしたりする行為⁽⁹⁾のほか、旅行者が旅行に赴くに際して手続などを代行するなどして旅行者にとって便宜となるサービスを提供す

(8) 鹿野菜穂子「役務契約（2）旅行契約」内田貴・大村敦志編『民法の争点〈ジュリ増刊〉』254頁。

(9) ここに含まれるのは、自らあるいは、旅行者の求めに応じて計画した旅行内容に必要な運送又は宿泊サービスを各サービス提供者との間で締結する行為（1号）や、それに付随するサービスをそれら付随するサービスを提供する者との間で締結する行為（2号）、他人の経営する運送機関または宿泊施設を利用して、旅行者に対して運送等サービスを提供する行為（5号）、旅行者あるいは、運送等サービス提供者のために、運送等サービスや関連サービスの代理・媒介・取次ぎする行為（3号・4号・6号・7号）などである。

る行為、旅行に関する相談に応ずる行為が規定されている。

2 法改正による法的責任論への影響

上記定義規定は、平成14(2004)年に旅行業法が改正された際に伴って変更されている。そこで、旅行業法定義規定改正に伴って法的解釈論への影響はあるかについて付言する。旅行業法2条第1項では、定義規定として旅行業に含まれる行為が列挙されているが、そこでは、サービスの提供にかかる契約を、「自己の計算において」締結する行為が対象とされている。⁽¹⁰⁾新法の「自己の計算において」とは、取次(商法502条)で説明される「他人の計算において」の概念を参照していることが伺われ、基本的には同一の解釈をすべきことは疑いない。⁽¹¹⁾取次ぎは、「自己の名をもって他人のために(他人の計算において)法律行為をなすことを引き受ける行為」をいい、経済的利益については委託者へと帰属するが、その権利・義務関係は取次ぎを行った者に帰属すると解されている。換言すれば、この「計算において」とは、当該契約における経済効果がその者に帰属することを意味している。つまり、旅行業法2条第1項に規定される「自己の計算において」とは、単に経済的利益を旅行者に帰属させる意味合いのみを示すことになる。ここから二つの問題を指摘することができる。第一は、企画旅行(特に募集型企画旅行)をどの範囲までと考えるかという問題であり、第二は

(10) 新設された企画旅行の定義のうち、ここで関係するのは、「旅行の目的地及び日程、旅行者が提供を受けることができる運送又は宿泊のサービス(以下『運送等サービス』という。)の内容並びに旅行者が支払うべき対価に関する事項を定めた旅行に関する計画を、旅行者の募集のためにあらかじめ、又は旅行者からの依頼により作成するとともに、当該契約に定める運送等サービスを旅行者に確実に提供するために必要と見込まれる運送等サービスの提供に係る契約を、自己の計算において、運送等サービスを提供する者との間で締結する行為。」(旅行業法2条第1項1号)である。

(11) 同旨をいうものとして、三浦雅生『改正・旅行業法解説』42頁、51頁(自由国民社、2006)参照。

旅行者の法的責任をいかに確定するかという問題である。第一の企画旅行の範囲については、二つの考え方が示されている。ひとつは、この「自己の計算において」という文言を重視して、募集型企画旅行は、従来の主催旅行契約のみを含むものではなく、より広く、単品のバス運送や航空券販売（いわゆる単品主催）であっても旅行業社自らが値段設定を行ったのであればこれに該当するとの考え方である⁽¹²⁾。他方は、旅行業法には、あくまで企画旅行に該当する行為として規定されているのであり、企画という点から事実上離れる単品主催は主催旅行には該当しないとする考え方である⁽¹³⁾。視点を変えれば、旅行業法はあくまでも行政規制を及ぼすための取締法規であり、企画旅行契約に該当することになれば、それだけ重い責任を課されることとなるので、その意味では、事業者側がこれを適用するのであれば、特に単品主催を排除する必要はないという考え方も可能である。ただし、旅行業法に規定された定義は、その規定内容をすべて含む場合にのみ適用されると考えるべきであり、企画性という要件から事実上離れる単品主催を当然に企画旅行として取り扱うことは困難であるとする。むしろ、単品主催の場合は、企画旅行とは別に、代理・自己商などと考える類型の方がなじむように思われ、企画旅行の類型論とは性質が異なるように考える。あくまでも、募集型企画旅行は改正以前の主催旅行と同視する類型との立場を支持したい。

第二の旅行者の法的責任に関する問題は、従来規定されていなかった文言が追加による影響をどの程度考えるべきかである。旅行業法は、事業者への取り締まりや保護育成並びに国民一般の利益保護という役割から客観情勢の変化と規制対象たる事業の業務態様の変化に応じた改正が行われている⁽¹⁴⁾。そうするとその業法に規定されている文言が変更されたというこ

(12) 道端忠孝「企画旅行契約の法的性質について」秋田44号124頁（2005）参照。

(13) 三浦・前掲注（11）57頁参照。

(14) 三浦・前掲注（11）17頁参照。

とは、経済的利益の旅行者への帰属が一定程度重視されるべき存在だという立法担当者の意向を伺うことができる。そして、この意向を最大限まで尊重する立場に立てば、法改正により導入された「自己の計算によって」という文言に加え、そもそも旅行者は商人であるという前提を踏まえて、これを自己商と捉えるべきだということになる。そしてこの立場によれば、企画旅行契約を担う旅行者は、すべて自己商と同一の責任を負うことになる。しかし、私見では、少なくとも法的性質をめぐる議論へ限っていえば、業法の文言改正が与える影響は限定的と考えている。それは、既述したとおり、私法上の責任を確定するには旅行業法の文言に先立って約款内容を確認し、旅行業法の文言とともにその立法趣旨を検討する必要があるとの考えに立っているからである。実際、約款内容には、以上の立場を補強するものは見受けられない。さらに、旅行業法の規定に則って契約構造を見たとき、旅行者とサービス提供者との関係では、旅行者は自己の計算において契約を締結するものの、他方、旅行者の間では、旅行者の代理人として、あるいは仲立人、取次者として行為をすることが予定されている。この構造は、基本的にはこれまでの旅行契約の構造と大きく変えられてはいないため、従来の法的責任論に依拠した議論が必要であると考えられる。また文言の重要性という観点からいえば、これまでも旅行業法中には代理・媒介・取次ぎとの文言が規定されていたものの、契約の性質決定に際して、その文言のみが重視されていた様子は伺えず、むしろ旅行契約の実体から法的性質の議論が行われていると考える。そもそも、今回の文言追加は、事業者側による実務の実体を反映して行われたという指摘があり、従来と法的性質論を大きく転換する背景的事情にも乏しい。さらには、旅行業法の定義規定は、業法という性質上、事実を定義することが要請され、私法的関係を表す文言の追加に否定的な意見等もあり、これらの点を踏ま⁽¹⁵⁾えれば、むしろこの文言の追加による法的責任論への影響を考えるよりも、

(15) 三浦・前掲注(11)34頁参照。

従来の議論をいかに深化していくかが重要であろう。よって、本稿では法改正による「自己の計算」という文言に対しては、積極的な評価を与えることはせずに、従来の議論を基にした検討を行うこととする。

3 種類

周知の通り、旅行契約の類型は手配旅行契約・企画旅行契約の二つを中心として、渡航手続代行契約、旅行相談契約に大別することができる。さらに企画旅行は、標準約款により募集型企画旅行と受注型企画旅行とに細別できる。ここでは、以前からテーマとなっている手配旅行契約と企画旅行契約について述べることにしたい。

はじめに、手配旅行契約は、旅行業者が、旅行者の委託を受けて、旅行者のために代理、媒介、又は取次ぎをすることにより、旅行者が運送や宿泊等のサービス等の第一次のサービスの提供を受けることができるように手配することを内容とする契約（旅行2条第5項）として定義付けられる。そこでは、旅行者がイニシアティブをもち、旅行業者の役割は、代理、媒介又は取次ぎにとどまると解されるため、手配旅行契約の法的性質は委任（準委任）とされている。従って、旅行業者は受任者としての注意義務（民法644条）を尽くした限り、たとえ運送機関や宿泊施設が満員で予約を取ることができなかつたときでも、その結果に対して責任を負わない。このとき、旅行業者は旅行者との間で旅行契約を締結していることになり、その内容は、旅行者のために行動する（業務を行う）という特徴を有している。また、後述するように、ときとして、旅行業者は第一次のサービス提供者のために行動する旅行契約を、第一次のサービス提供者と旅行業者との間で締結することもあり、第一次のサービス提供者・旅行者双方の媒介（委託）を受けて行動することもある。

一方の企画旅行契約は、旅行業者があらかじめ（または、旅行者からの

(16) 鹿野・前掲注(8)254頁参照。

依頼により)、旅行の目的地・日程・運送・宿泊・費用などを定めた旅行に関する契約(いわば旅行計画)を作成し(旅行2条第1項1号前段)、参加希望者を募集して実施することを内容とする契約をいう(旅行2条第4項)(旅行2条第1項1号後段・同条第4項)とされる。企画旅行の場合は手配旅行と異なり、旅行者は計画策定に全く関与することができない点が特徴的であり、結果、旅行者はこの作成された旅行に参加するか否かの選択しかできないことになる。

もっとも、企画旅行契約という類型は、2004年改正により導入されたものであり、それまでの旅行業法では、旅行者からの依頼の有無が重要視されていた。すなわち、旅行者からの依頼に基づいて旅行業者が依頼により指定された運送・宿泊の手配を行った場合には手配旅行と解され、旅行者からの依頼に基づかない場合には主催旅行(いわゆるパック旅行)と分類されていたのである。主催旅行においては、旅行業者は、旅行を企画し、この企画に基づき旅行参加者が旅程に従った旅行サービスを受けられるようにサービス機関を手配する、すなわち、旅行者が旅行内容の策定に関与可能か否かに関わらず、旅行者への募集を行うものがその対象とされていた。これは、従来、主催旅行契約と判断されるには、主催旅行の計画性と募集性にその根拠が求められていたことによるものである。ただし、旅行者にとって旅行がより身近になり、そのニーズが多様化するにしたがって、手配旅行のうちでも、旅行者からの依頼により旅行計画を作成する包括料金特約付き手配旅行の実体が、旅行業者が予め旅行計画を作成する主催旅行と極めて近くなったという事情が背景にあり、同じような手配を行うにもかかわらず、その規制内容が異なるという問題が生じてきた。そしてこれに対応するには、包括料金特約付き手配旅行にもより厳しい規制をかけるべきとの考え方に至り、従来重視していた募集性よりも、手配を旅行代金という包括料金で引き受けるという包括料金性による特徴づけをすることで、責任を明確化しようとするようになった。その結果、この両者は企画旅行という分類に入れられた上で、従来の主催旅行と同様の法的取扱が

なされるということになったのである。⁽¹⁷⁾

以上のことから、企画旅行契約は、旅行者が第一次的サービスを組織化することで包括料金を得るのであり、特に募集型企画旅行契約においては、旅行者が契約の立案から実施までイニシアティブを持ち、その役割は単なる代理や媒介にとどまらない側面を有する。それに伴い、法的トラブルが多発している類型であること、現代の契約が直面しているさまざまな問題（サービス契約性、複合契約性、消費者契約性、約款取引等々）が集中的に現れる契約類型の一つであることが指摘されている。⁽¹⁸⁾ 企画旅行契約は、旅行業法上の扱いも一番厳しい規制を受けており、標準旅行業約款上も一番厳しい民事上の責任（特別補償責任・旅程管理責任・旅程保証責任）を負わされている。⁽¹⁹⁾ そこで、従来から、特に募集型企画旅行契約について、第一次的サービスの不履行又は不適切な履行があった場合や、予定された第一次的サービスが変更された場合等における旅行者の法的性質が契約の法的性質や約款の内容とも関連して議論され、主要研究が集中している。

4 募集型企画旅行契約における旅行者の債務

この個々の具体的な義務内容を判断するには、旅行業法のみでは足りず、個々の約款の内容を確認する必要がある。その理由はいくつか挙げられるが、一つは、旅行業法が旅行契約については直接的な規律を約款に委ねるという立場を採っており、募集型企画旅行契約における旅行者の債務については、旅行者は、旅行者と締結する旅行業務の取り扱いに関する契約に関し、旅行業約款を定め、国土交通大臣の認可を受けなければならないと旅行業法に定められているからである（旅行12条の2第1項）。また、

(17) 三浦・前掲注 (11) 49頁参照。

(18) 山本豊「旅行契約—バック旅行の法律問題」法教204号83頁（1997）参照。

(19) 三浦・前掲注 (11) 49頁。

既述したようにサービス契約は可視化が困難な性質の契約であることから文言化する必要性が認められていることもその理由に挙げられる。⁽²⁰⁾さらには、旅行取引が旅行業法の枠組みの中で展開され、発展したことから、法的な建前上は、旅行者が代理、媒介、取次ぎを行っていることになっているものの、実際の取引においては旅行者自身が自己の行為をいずれにあるかを到底認識していない場合が多いと指摘される。⁽²¹⁾すなわち、旅行者と旅行者とはともに同契約を代理・媒介・取次等、旅行業法上に規定されたとおりの内容とは捕らえていないことが多いことから、特別に個々具体的状況ごとに規律された約款の内容を基にして、実際の法的責任の所在や性質を確認する必要があるのである。

ただ、個々の事業者が、旅行業約款を制定して、一律的に大量取引に備えることは、旅行者にも利点があるものの、それぞれの業者が具体的に約款を制定するのは時間的・労力的にも容易ではない。そこで、国土交通大臣の公示した「標準旅行業約款」と同一の約款を定める場合には、その約款は認可を受けたものとみなされるとする標準旅行業約款制度が採用されており（旅行12条の3）、多くの旅行者は標準旅行業約款を使用している。そのため、旅行契約における標準旅行業約款の位置づけは、実質的には多くの場面で旅行契約の内容を示しているものと見ることができる。そこで、標準旅行業約款の内容について概説する。

標準旅行業約款（以下「約款」と引用する。）では、契約の種類として①募集型企画旅行契約、②受注型企画旅行契約、③手配旅行契約、④渡航手続代行契約、⑤旅行相談契約の五つの類型を用意している。この中でも、本稿で重視するのは、特に募集型企画旅行と受注型企画旅行の「企画旅行」に分類されるものについてである。

まず、企画旅行については、旅行者の負う中心的な債務として旅行を

(20) 大村・前掲注(1) 39頁。約款9条には書面交付義務が課されている。

(21) 杉江・前掲注(1) 179頁参照。

「手配」する義務、「旅程を管理」する義務を規定している（募集型企画旅行編3条・受注型企画旅行編3条（以下両編ともに条数が同じため、単に「約款〇条」とする。）。そして、これらの義務にも関連するが、旅行を実施する旅行者に課されている、旅程管理責任、旅程保証責任、特別補償責任が同様に重要である。旅程管理とは、旅行者が旅行中旅行サービスを受けることができないおそれが生じた場合に、契約に従ったサービスの提供を受けられるために必要な措置を講じること、必要な措置を講じたにもかかわらず契約内容を変更せざるを得ないときは、代替サービスの手配を行うことをいう（約款24条）。また、旅程保証責任に関連して、旅行者には旅行日程、サービスの内容その他の変更を求めうる（約款13条）という権利が認められており、一方で旅程に関する契約内容の重要な変更が生じた場合には、所定の割合による『変更補償金』の支払い（約款29条）が規定されている⁽²²⁾。特別補償責任については、旅行者が企画旅行参加中に生命、身体、手荷物等に被った損害について、旅行者がその法的責任の有無に関わらず補償金又は見舞金を支払う『特別補償制度』の規定も置いている（約款28条）。もっとも、各制度に対しては、旅程保証責任についてはその免責性の広さや補償項目の少なさなどが、変更補償についてはその契約内容に含まれる範囲の狭さなどがそれぞれ批判される場合もある。

そのほか約款には、旅行者に認められた権利として、旅行者からの契約解除（約款16条）、解除の場合の代金払い戻し（約款19条）などが規定されているほか、旅行者の関与し得ない事由の発生による旅行継続不可能な場合の旅行者からの契約解除（約款17条・18条）についても規定がある。

以上、約款には各種、私法的な権利義務関係が規定されており、基本的にはこの規定に沿って解決を図ることが期待される。ただし、個々の規定に示された義務が具体的にはどのような内容を含むのかは、個々の契約に依

(22) 旅程保証責任についての考察として、道端忠孝「標準旅行業約款上の『旅程保証』の考察」秋田経済法科大学紀要13号185頁（1997）参照。

るところも大きい。そして、その中でも実際に多くの場面で問題となり、複雑な解釈を求められる責任としてこれまで議論がされているのは、およびよそ財産侵害に対する責任と旅行契約の内容そのものに対する責任とに大別することができる。

三 企画旅行契約における旅行業者の法的責任の検討

1 はじめに

ここまで旅行契約の構造について旅行業法・約款の規定を概括してきたが、実務においては建前上の法的構造とは異なった認識で取引を行っているため、各取引で複雑な実体を含んでいる。たとえば、サービスの提供は、旅行業社自らが提供しているのではないことは明白とされながらも、旅行業者とサービス提供者との実際の関係が、旅行者のための行為か、運輸・宿泊機関のための行為なのかは一律には決定できないのが現状とされる。具体的な例として、航空運送について言えば、国内航空輸送機関との関係は、航空会社の代理人として旅行業者が行為している場合や、旅行者のために代理・媒介している場合が認められるが、国際航空運送契約の場合、国内の関係とは別の国際航空運送協会（IATA）の統一約款により、旅行業者は、航空会社の代理人としての立場で、旅行者との間で航空運送契約を締結するとされている。宿泊機関との取引は、旅行業者は宿泊機関の代理人として明記されている場合もあるようだが、旅行業者も宿泊機関も、「宿泊券等クーポン」などを取扱うことで、むしろ、客室の売買を行っているというのが実感だ⁽²³⁾という。

一方、立法者サイドによると、旅行業者の法的責任は一括して「善管注意義務で足りる」という認識であったために、旅行業法では「代理」「媒介」

(23) 以上は、実体について詳細な紹介をしている伊藤進編『契約法』25頁以下（学陽書房、1987）や、杉江・前掲注（1）171頁以下等を参照。

「取次ぎ」を業務内容とするという規定にしたとされ、このように、実務との間に存在する認識の相違が、旅行者の責任を確定するための解釈を複雑化したとの指摘がある。⁽²⁴⁾ そもそも、旅行業法に挿入されている媒介という語自体、明確な法律上の定義はなく、他人間で法律行為が成立するよう尽力する事実行為を指す広い概念とされている。⁽²⁵⁾ つまり、旅行者の責任を追及するためには、個々の具体的な事実を踏まえた検討することが必要ということになる。

以上のように、旅行取引には多数の者が関係してその取引は多種多様であり、当事者関係は複雑である。しかし、基本的には、旅行者、旅行者および運送や宿泊等のサービス機関（以下サービス提供機関と称す）の三面関係として捉えるのが大勢である。⁽²⁶⁾ そして、学説は、その三面関係を前提として、これまで責任論を展開してきた。

2 学説による法的性質論

企画旅行契約に対する学説の分類方法は、いくつか挙げられるが、その多くは委任契約に類似した性質と構成する説（委任類似説）、請負契約に類似した性質と構成する説（請負類似説）、売買契約に類似した性質と構成する説（売買類似説）とに分けられる。それぞれの概要は次の通りである。

委任類似説は、旅行者は、旅行サービスの手配が義務内容とされ、旅行者とサービス提供機関との間にサービス提供契約を成立させれば自己の債務の履行としては足りると考えるため、いわゆる第一次的責任は負わないとする。従って旅行中の事故やサービス提供機関による損害の賠償責任を負わないことになる。

(24) 森島・前掲注(5) 98頁参照。

(25) 洲崎博史「仲立法制の在り方」森本滋先生還暦記念『企業法の課題と展望』413頁（商事法務、2009）。

(26) 図示してモデルを示すものとして、三浦・前掲注(11) 40頁以下、佐々木 正人『旅行の法律学（新版）』3頁以下（日本評論社、2000）参照。

請負類似説では、旅行業者自身が自己の判断に基づいて旅行を構成する各種要素を組み立てて売り出す点に着目し、旅行業者が旅行についての責任を一括して負っていると考ええる。当該旅行についての企画、手配、実施という一連のサービスを自己の責任の下で、ないしは、各種サービス提供機関と共同して提供するものとみなすものと考ええるためである。この立場では、旅行業者が旅行費用を一括して決定し、旅行者に提示することもその責任根拠に置いている。

売買類似説は、主催旅行契約が、いわば、旅行中の運送・宿泊などをパッケージングしてひとつの商品として販売する商品売買契約に類似したものととらえる。その中には、それらのサービスを受けられる地位や資格自体を商品と構成する立場もある。そのため、サービス内容及び品質に瑕疵がある場合であっても、旅行業者が責任を負う、とする

この他、既に述べた実体を重視し、主催旅行契約においては、旅行業者は取次業者（準問屋）であり、旅行業者と宿泊施設経営者とは、常に直接の契約当事者の関係には立たないとする説等が提唱されているが⁽²⁷⁾、以上の主催旅行契約についての考え方は大別するならば、両極端な二つの考え方（モデル）に分けられる。旅行業者が旅行サービスを行なうことを引き受けているという見方と、旅行業者は旅行者と個々の旅行サービス提供者との間を取り持つだけで自ら旅行サービスを引き受けるわけではないという見方である⁽²⁸⁾。先の各学説をこの二つに重ねて考えれば、前者の立場に近いのは、請負類似説と売買類似説となる。この考え方を貫けば、航空会社やホテル等の個々の旅行サービス提供者は旅行業者の履行補助者であるという見方にもつながる。他方、後者に近い立場を取ると、委任類似説や準問屋説となり、基本的には旅程に関する手配を終えたり、宿泊クーポンなど

(27) 幾代通・平田春二『注釈民法（17）』426頁〔加藤一郎・鈴木禄弥編〕（有斐閣、1969）。

(28) 山本・前掲注（18）86頁による説明。

を旅行者へ渡すことにより、旅行者の債務は履行されたことになる。

このうち、委任類似説は、以前からの我が国の実務の立場であり、先に説明をした約款も、委任類似説をバックグラウンドにして規定され、数次にわたる約款改正の折も基本的にこの立場を維持している⁽²⁹⁾。また、多くの判例がこの立場を採用しており、海外旅行中の事故についての責任を巡る事案（静岡地裁 S55・5・21判タ419号122頁、東京地判 H 元・6・20判時1341号20頁①事件、東京地判 S63・12・27判時1341号20頁②事件等）では、海外旅行における主催旅行の法的性質について、旅行者側から主張された旅行契約の請負契約性、旅行者とサービス提供機関との間の雇用契約性のいずれもが否定されている。

周知の通り、このような実務・判例に対しては、請負契約性をより広く認めるべきとする学説からは批判される。しかし、この立場に立つ判例においても旅行者の責任という点では、旅行者が専門的知識・経験に基づいて旅行者の安全を確保するため旅行目的地、旅行日程、旅行行程、サービス提供機関の選択に関し、あらかじめ十分に調査・検討し、遭遇する危険を排除すべき合理的措置を講じる安全配慮義務を認めており⁽³⁰⁾、このように明確に旅行者の責任を論じられている点では学説からも一定の評価が加えられている。ただし、この事案自体は、いったん論理的には責任を肯定し、その代わり、既に損害分は賠償されているために訴えを棄却するという構成となっている。

このような判断についてはこの裁判例に「列挙された理由は旅行者側の都合だけを述べ立てている感があるが、補償規定とセットで眺めれば、旅行者の利益がないがしろにされているわけではないから不合理とはいえないという趣旨と理解すべき」という指摘がある⁽³¹⁾。上記裁判例は、補償規

(29) 佐々木・前掲注(26) 27頁、杉江・前掲注(1) 181頁以下参照。

(30) 前掲東京地判 H 元・6・20判時1341号20頁①事件、東京地判 S63・12・27判時1341号20頁②事件。

(31) 山本・前掲注(18) 86頁参照。

定を一種の民事責任として取り入れて責任判断を行っていると考えられ、判断構造は理解できるものの、前項で述べた通り、補償規定そのものに対する批判を考えれば、消費者保護や旅行者の視点に立った補償の範囲といった点については、なお問題が残る不十分なものといえる。

いずれにしても、企画旅行契約は、その構造上複合的要素を持っているとすることは多くの判例・通説的立場であり、その結果、一義的に請負であるか委任であるかということを論じるのではなく、(準)委任的性格と請負的性格とを有する無名契約とする立場を出発点に議論を展開することが望ましいと考える⁽³²⁾。また、別途明示がある場合などごく一部の例外を除き、旅行者が旅行における第一次のサービスの履行を自ら引き受けると考えるのは妥当ではなく、解釈論としては、どの部分に請負的性質を認めるべきかに着目して検討を加える必要がある。

請負的性質や売買的性質について考察することは、サービスが実際に提供されたかどうかという結果に着目をするということである。そして、いずれの立場によっても、その要件の違いはあれ、結果に瑕疵が存在すれば、瑕疵担保責任を負うことが理論上肯定されることになる。特に、請負契約の場合、その性質上、自らが直接給付したかどうかは、責任を肯定するうえでの障害とはならない。この様な点が企画旅行契約の請負契約性を強く求める根拠の一つとなっているように思われる。たしかに旅行者保護の観点に立てばもっともな面があるものの、請負類似説のように請負的性質を基本に据えるにはなお超えなくてはいけないハードルがある。まず、約款の文言上では、旅行者は手配を行うことに責任をもつと規定とされている点がそれである。この約款内容は合意に含まれないと強弁したとしても、旅行者自身、サービスの提供が常に旅行者に帰属していると認識しているとは必ずしも思われぬ。そのため、解釈論として、旅行者が常に自

(32) 同旨をいうものとして、鹿野・前掲注(8)255頁、杉江・前掲注(1)184頁など参照。

らサービス提供を請け負っていると解するのは難しいのではないかと考える。旅行者の一般的意思とは別に、旅行業者が手配以上の責任を負うとする論拠が必要となる。結局、旅行業者に責任を負わせる論拠は、「一つの課題を達成するために、さまざまな給付が人為的に設計・結合されて統合体としての目的物を形成している⁽³³⁾」点にあるといえ、契約当事者たる旅行業者と旅行者が個別にどの内容を重視しているかによって、旅行業者自身の請負契約性を判断する指標とすべきである。

3 小 括

前述したとおり、約款においては、旅程管理と顧客からの旅程変更へ対応する義務等が規定されており、これは契約者の合意内容と構成することができる。そうであれば、旅行業者は旅程について管理する（少なくとも一定程度の）義務を負っていることは間違いない。実際、裁判例においても、旅程管理責任を認めたものがあり、過剰予約を理由に顧客に無断で他の航空便に振り替えたことを債務不履行ととらえた事案（東京高判 S55・3・27判時962号115頁）、クルーザー移動を含む新婚旅行ツアーを申し込んだが、現地にて旅行手段が小型水上飛行機に変更されたことが債務不履行とされた事案（東京地判 H9・4・8判タ967号173頁）、W 杯観戦旅行契約を締結したものの、試合の入場券の入手ができずに試合観戦ができなかったことが債務不履行とされた事案（名古屋地判 H11・9・22判タ1079号240頁）などが確認できる。

他方、旅行業者の責任が否定された事案としては、もともとはアテネ経由パリ行きの手配であったものの、アテネ空港のスト通報により変更されてアテネ観光ができなかったことが、損害賠償の対象とならないとした事案（東京高判 H5・3・30判タ863号216頁）、W 杯観戦旅行で、チケット不足が判明し現地での抽選に落選して観戦できなかった者には代金全額を返還

(33) 河上・前掲注 (3) 297頁参照。

するとされたが、当選して試合を観戦できた原告からの慰謝料請求を、チケット手配については専門業者としてできる限りの調査、注意義務が尽くされたとして否定した事案(京都地判 H11・6・10判時1703号154頁)、サウジアラビアへの「荘厳なるコーランの響き」と題するツアーにつき、事前に告知していた内容と実際の旅行との間に相違があったものの、旅行先の政府機関が企画・管理するツアーであることに鑑み、旅行業者に落ち度はないとした事案(福岡高判 H13・1・30判タ1121号197頁)などが挙げられる。

現行の旅行業法や約款の規定から考えた場合、第一義的に旅行業者が請負人類似の責任を負っているとするのは妥当でなく、無名契約たる旅行契約のどの場面において請負性が認められるのかを明らかにする必要があるといえる。公刊された裁判例を検討すれば、旅行業者には、旅程管理についての一定程度の責任が認められ、企画旅行の企画性の中に請負人類似の責任が予定されているとみられることに異論はないと思われる。責任確定の際の基準としては、旅程変更や内容変更が旅行のどの時点で行われたのかによって、i「現地での内容変更」ii「現地に向かう途中での内容変更(旅程管理義務)」iii「出発前の内容変更」の三つに分類して検討する手法も示されており、⁽³⁴⁾公刊裁判例を見てもその視点が入り入れられていると考える。そしてここに、旅行業者とサービス提供機関との関係の緊密性が強いかどうかによって、旅行業者の責任の所在を図ろうとしている意図も隠されているように思われる。⁽³⁵⁾すなわち、iiiについての責任としては、国際航空の場合、旅行者は国際航空運送協会の統一約款上も旅行業者を航空会社の代理人として扱うことになっているのであり、前提としてその緊密性は強いものと考えられる。さらには、変更前に説明などが行われたかどうかという観点も踏まえると、旅行業者への責任追及の可能性が高くなると考える(前掲東京高判 S55・3・27判時962号115頁)。但し、i・iiの責任に

(34) 山本・前掲注(18)参照。

(35) この視点を指摘するものとして、森嶋・前掲注(5)79頁参照。

については、変更そのものを債務不履行として構成する可能性を残しながらも（東京地判 H9・4・8判タ967号173頁、名古屋地判 H11・9・22判タ1079号240頁）、管理可能性の低さや事前準備の適切さなどによって、債務不履行責任が否定される傾向が強い（静岡地裁 S55・5・21判タ419号122頁、東京地判 H元・6・20判時1341号20頁①事件、東京地判 S63・12・27判時1341号20頁②事件、京都地判 H11・6・10判時1703号154頁、福岡高判 H13・1・30判タ1121号197頁）。しかし、旅行業者は、自らサービス提供を引き受けているわけではないため、その責任を負わないという立場、すなわち純粹なる準委任説を貫くならば、この i や ii の変更においても債務不履行責任を問われる可能性はないものと考えられるにもかかわらず、実際には変更に対する債務不履行責任が認定されているものも存在する。これは当該旅行が、特別なイベント（新婚旅行や W 杯など）のための旅行であるというような事情を契約内容に含んでいるものであったためという事案の特殊性も考えられるが、しかしそのような場合、旅行業者の手配責任は加重されると評価できるのではないだろうか。

以上から考えると、旅行業者は手配に対する責任を負っているが、単に手配についてのみで責任が果たされるわけではなく、その管理可能性の有無により、責任の加重が見られるものとする。そして、特別なイベントの手配など、通常よりも契約内容達成に対する強い期待が当事者意思として見受けられる事例については、より積極的な管理責任が認められる余地があるとする。このような判断枠組みについては、一定程度の理解が得られるものとするが、より精緻な管理可能性の判断が行われる必要性が指摘されるなど適用面における疑問も提起され、⁽³⁶⁾ 今後は給付の質の確保や旅客の安全な旅行についての配慮義務を積極的に認めていくべきとする考⁽³⁷⁾えにも留意した判断が望まれる。

(36) 大村・前掲注 (1) 41頁参照。

(37) 河上・前掲注 (3) 297頁参照。

例えば、責任を認めるものについても、債務不履行責任を認めながら、結局は約款に示される補償金で十分と判断したり、損害の場面では感謝料を認めるにとどめるなど、裁判例では旅行業者が積極的に一次的責任を負ってはいないことを堅持する姿勢を示しているようにも感じられ、旅行契約の債務内容が客観的に、そして妥当に評価されているのかについては疑問がある。

四 まとめに代えて（今後の課題）

以上、不十分ながら企画旅行契約について従来行われてきた議論を概括してきた。準委任契約を基本として、請負契約性を含めた旅行契約と評価される現状においては、旅行業者の責任については、やはりサービスの第一次的提供者と完全に同視しようとするのは困難であると考えられる。しかし、あくまでも、旅行業者の責任が、旅行を手配するところにとどまるという準委任契約性を重視すると考えるのであれば、その責任所在は、手配旅行契約との間に差を認めにくいものになる。手配旅行の場合は、たしかに企画性や包括料金性という面で企画旅行契約との差を見いだせるものの、法的評価としてはどちらも準委任（類似の）契約となると考えられるためである。企画旅行と手配旅行は、複数のサービスを「組織化」する点で、次元を異にするものと説明される⁽³⁸⁾。しかし、企画旅行と手配旅行との差は、特に「オプションツアー」などの場合には近接する場合もあると見ている。オプションツアーとは、たとえば、旅行者の自由度を重視して、はじめから旅行計画の中に組み込むのではなく、募集型企画旅行中の自由行動の時間を利用して、当該主催旅行の参加者が別途料金を支払うことにより、任意に参加できるように設定されるプランとされ、ここには、①パック旅行の旅行業者自身が主催しているもの、②単に情報提供サービスとし

(38) 大村・前掲注(1) 37頁。

で紹介するにとどまり、その実施にはなんら関与していないもの、③旅行者自身が主催してはいないが、実施について便宜を図っている等の形式があるという。⁽³⁹⁾果たしてこの様な種類の旅行契約についても、両者の差異がなお保ちうるのかは、これから検討が必要ではないだろうか。さらには、近年、急速に発展しているインターネットを通じての旅行手配についても、ますます問題となる可能性があり、企画旅行と並び、手配旅行についてもその責任構造を今後検討する必要があると考える。

また、従来とは異なる視点として、旅行者がサービス提供者の代理・媒介・取次を行っている場合には、消費者保護という観点のみからみると、消費者契約法の適用可否についても検討の余地があるように思われる。乗り越えなくてはいけないハードルはいくつもあるが、消費者契約法5条は、事業者から委託を受けて消費者に対応する者について、委託を受けた者の対応をそのまま事業者の責任として追及できるという規定を設けている。私見は、消費者契約法5条の成立に必要な媒介者の範囲は「委託」と評価できる客観的な事実が存在すればよいと考えており、旅行者のために旅行者が行動している点を捉えれば、旅行者の対応を、即サービス提供者の対応とみなすことが可能⁽⁴⁰⁾と考えている。むろん、これまで旅行契約で行われていた議論は、海外旅行において、海外の事業者への責任追及が難しいことから、旅行者への責任追及の可否が論じられているということは、筆者も十分認識しており、その点からすると、その適用価値は高くないかもしれない。しかし、国内旅行や、手配旅行について、旅行者の説明事項がサービス提供者の責任と同視しうるとする点については少なからず検討の価値があると考えている。

(39) 石田喜久夫著・田中康博補訂『消費者民法のすすめ [補訂3版]』196頁（法律文化社、2008）。

(40) 拙稿「消費者契約法5条の要件事実論的検討」河上正二ほか編『伊藤滋夫先生喜寿記念 要件事実・事実認定と基礎法学の新たな展開』419頁（青林書院、2008）。

最後に、本稿では比較法的視点を取り入れた議論を行うことはできなかったが、諸外国の制度を参照とした上で、立法論として旅行者に第一次のサービス提供者の責任につき一種の代位責任を課すことについても、検討されるべきという意見が見られる。⁽⁴¹⁾より複雑な契約構造や新たな契約の場を次々と生み出している旅行契約について、果たして今までの議論や解釈のみで問題は無いのかということや、我が国への旅行契約の議論へも示唆的なドイツ旅行契約法等の比較法的検討も併せて、今後の検討課題としたい。

(41) 枚挙に暇はないが、たとえば、鹿野・前掲注 (8) 255頁、山本・前掲注 (18) 89頁、山本爲三郎「判批」別ジュリ194号209頁 (2008) 等参照。

[研究ノート]

管轄の合意・再考（二）

川 口 誠

はじめに

- 一. 旧民訴法時の議論と新法による解決
 1. 学説の概要と「約款による合意管轄」の問題
 2. 判例による「移送」制度の利用
 3. 新民事訴訟法での管轄の合意に関する改正
 - (1) 「専属管轄（～を除く）」規定（以上50号）
 - (2) 訴え提起後の管轄の合意の許容
- 二. 新法での管轄の合意についての問題点
 1. 理論的な類型化の必要性
 2. 約款による管轄の合意の場合への対処的な改正（以上本号）
- 三. 管轄の合意の理論的類型化…原則に立ち返った検討
 1. 付加的合意・専属的合意という分け方
 2. その他の考えられる合意の類型
 - ①追加的合意・制限的合意と任意的合意管轄・専属的合意管轄
 - ②積極的追加的合意・消極的追加的合意
 - ③積極的制限的合意・消極的制限的合意
 - ④定型的合意・非定形的合意
 - ⑤事前的合意（原始的合意）・事後の合意（後発的合意）
 - ⑥暫定的合意（一時的合意、時限的合意）・恒定的合意（確定的合意）
 - ⑦一回的合意・繰返しの合意
 - ⑧条件付合意・無条件の合意
 - ⑨主たる（主位的）合意・従たる（予備的）合意
 - ⑩選択的合意・非選択的合意
 - ⑪抽象的合意・具体的合意
- 四. 現実の管轄の合意とその規制のあり方
 1. 約款による管轄の合意の場合とその他の場合
 - (1) 民訴法による規制
 - (2) 民訴法による対応ではなく、特別法による対応
 - ①消費者契約法②個別の業法
 2. 商人・非商人という分け方—人的要素による場合
 3. 合意の内容による分け方
- 五. まとめに代えて

3. 新民事訴訟法での管轄の合意に関する改正

(2) 訴え提起後の管轄の合意の許容

新法は管轄に関連して旧法をいくつかの点で変更したが²⁶、合意管轄に関する11条(旧25条)自体は、基本的に変更しなかった²⁷。

しかし、管轄についての当事者意思重視の観点との関わりで指摘しておくべき点として、1つには、知的財産関係の訴訟について、いわゆる「競合的広域管轄」を認めたことがある。競合的広域管轄の新設が、当事者に裁判所選択の可能性をより広く認めるという面をもつことは否定できない。その訴訟の専門性から、主に地理的な観点あるいは裁判所の負担分担の観点からのみ定められた土地管轄の枠を越えて、より専門的知見のある裁判所での審理・判決を望む当事者の意思を重視し、本来の管轄裁判所での訴訟追行に要する経済的負担、時間的負担との比較衡量で、東京地裁または大阪地裁で訴訟追行するという選択肢を新設したことになる。

もっとも、この改正は、他方で知的財産関係訴訟という専門性の強い訴訟を一定の裁判所に集中させ、迅速性と判例の統一を図るという司法政策的な面があり、知的財産推進計画を受けた知財高裁設置をにらんだものであって、15年改正で専属化・集中化される²⁸。したがって、新法成立時とはもかく、管轄に関する当事者意思を、より広く認める改正と単純にはみることができなくなってしまった。

26 中山幸二「管轄の争点」伊藤眞・山本(和)編『民事訴訟法の争点』(有斐閣、ジュリスト増刊、2009)42頁。

27 その後、いわゆる16年改正で第三項が追加され、「書面」のIT化対応がなされた。

28 新法改正当初は、知財関係訴訟の一部について、かつ地裁を第一審とする場合のみを対象とし、東京地裁か大阪地裁にも提起可能とされた。その後この2地裁を専属管轄とし(6条Ⅰ)、簡易裁判所を第一審とする場合についてもこの2地裁に提起可能とした(6条Ⅱ)。さらに、控訴審を東京高裁に集中させ(6条Ⅲ)、同時に6条の2を置いて著作権等を含む知的財産権全体を対象を広げた。また、関連して知的財産関係訴訟の移送の規定(20条Ⅱ、20条の2)を置いた。

つぎに、訴え提起後の管轄の合意を認めた19条を採りあげなければなら²⁹ない。従来、管轄の合意は、訴え提起前になされることがその要件の1つとされてきた。条文の文言上は時間的制約を明示していないが、管轄の基準時が訴え提起時であること（15条、旧29条）などから、訴え提起後、被告に訴状が送達され訴訟係属が発生した時点で、³⁰すでにその裁判所に一応の管轄権が発生しており、その後管轄違いなど特別な場合には、被告の応答による応訴管轄の発生と移送の必要性の問題としてとらえることとなる。

したがって、管轄の合意は訴え提起前にあらかじめなされていなければならないという点については、解釈上当然のこととされてきた。訴状が送達されて初めて被告が訴訟手続に関与することになるという建前上、以後は応訴管轄を除いて、当事者の意思（特に合意の相手方である被告の意思）が、管轄の問題に影響を与える局面ではなく、管轄違いや損害・遅滞を避けるため等の公益的観点から必要性がある場合には移送制度で対処する問題とされてきた。³¹

29 この19条の規定の性質について、訴え提起後の合意管轄を認めた趣旨ではないとする見解もあるが（前註5）、当事者の意思に裁判所が拘束される（必要的移送、ただし例外あり）点を考えると、訴え提起後の合意管轄を許容したものとみてよいのではないか。同趣旨の見解として、花村「移送制度の問題」『民事訴訟法の争点』47頁。

30 いつ訴訟係属が発生するかという点については、訴状送達時とする説（前註5・中野他編141頁、他）と訴状提出時とする説（前註5・新堂193頁、他）がある。ここでは一応訴状送達時説に従っているが、管轄の問題を考察していると、一義的に訴状送達時とすることに疑問を感じざるを得ない。15条の存在を考慮すると、管轄の問題ではむしろ統一的に訴状提出時とすべきではないか。結果的に、新堂教授の説く「個別に論じるべき」であるとする見解を支持することになるか。

31 移送の局面で当事者の意思に配慮する規定はいくつもある。簡易裁判所に提起すべき訴えを地方裁判所に提起した場合で地方裁判所が自庁処理を決定する際に、当事者の申立権を認め（旧30条Ⅱ、現16条Ⅱ）、また損害・遅滞を避けるための移送（現「遅滞を避ける等のための移送」）でも当事者の申立権を認

しかしそれでも、応訴管轄(12条)という被告の意思を認める制度は、旧法時から存在し、管轄違いの裁判所あるいは被告にとって何らかの不利がありうる裁判所での訴訟追行を自ら選択する権限を、訴訟係属後の段階で認めている。また、移送段階での当事者の意思については、それを認める根拠は各条によって異なるとはいえ、申立てという形で考慮することが可能となっている。したがって、どの裁判所で訴訟をするかということについて、法は基本的には、訴え提起前であれ提起後であれ、訴訟係属前であれ係属後であれ、当事者の意思を尊重する姿勢であり、一旦訴訟という紛争解決方式を選択した限りは、一定時点以後は恣意的に裁判所を変更することは許されないとしていると考えるべきである。その基準時は15条とは別に、応訴管轄が発生するか否かの判断がなされる時点であり、以後は主として公益的な要請が働く場合を中心とした移送と、当事者の意思をその時点でも重視すべき場合の移送とが用意されている。

すなわち、合意管轄、応訴管轄、そして移送制度は、それぞれ別個独立の制度ではなく、どこで裁判所で訴訟追行するかという当事者の意思の連続線上の相互関連する制度であって、19条の訴え提起後の管轄の合意もこの線上の制度ととらえるべきである。

また他方で、訴状送達があって初めて被告が訴訟手続に関わるということは、あくまでも一種の擬制であって、現実的な観点からすると、紛争は訴え提起以前から発生し継続しているはずで、訴え提起以前でも以後でも両当事者間で何らかの交渉が続けられていることが常態ではないか。その過程で、紛争当事者はその状況に応じて解決方式を選択し、可能であれば民法上の和解、そして最終的には訴訟という解決方式を選択するのであっ

めている(旧31条、現17条)。さらに簡易裁判所から地方裁判所への裁量移送の場合にも、当事者に申立権があり(旧31条ノ2、現18条)、そしてここで問題としている19条の必要的移送においては、一項では「当事者の申立て及び相手方の同意」、二項では「被告の申立て」により移送すべきとされている。

て、訴訟という解決方式を選択したからと言って両紛争当事者間にまったく意思疎通がないという場合はありえないのではないか。それこそ被告が見知らぬ相手からいきなり訴え提起され、紛争自体が訴訟前に認識されていなかったといった極端な場合を一般的に想定することは考えられない。

管轄の合意を、典型的には約款といった契約締結時の書面で、その一条項として合意されていたという過去の事実にとらわれずに、紛争発生前の経済的取引一般の過程でなされるもの、紛争発生後も紛争解決方法の選択についての両紛争当事者の交渉の中で、そして紛争解決方法として訴訟という方法を一方当事者・原告が選択した後においても、成立しうる合意であると見ることは、できないであろうか。

民事訴訟法上でも、そういった訴え提起前の両紛争当事者間の交渉という訴訟前・訴訟外の状況を前提とする制度は用意されている。旧法時からのもものとしては訴え提起前の和解（即決和解）もその1つと言えよう³²。また、訴訟上の和解についても、裁判所の和解の勧誘によるような裁判所主導の場合ではなく、両当事者側から訴訟外での交渉の結果としての和解の成立を口頭弁論にのせる場合も当然予定されている。

新法の下では、むしろ15年改正で導入された「訴え提起前における証拠収集の処分等」の制度・提訴予告通知制度が注目される³³。実際上の機能と

32 旧356条、現275条。この場合、従来その性質として裁判所という公署による申立人とその相手方の合意の公証的性質が指摘されている。そう性質づけるとすれば、法が相手方の普通裁判籍所在地の簡易裁判所のみを管轄裁判所とする点は、疑問である。申立人とその相手方が、現に裁判所に出頭して申し立てるのであれば、土地管轄・事物管轄を問題とする必要がない。もちろん、和解が成立しない場合に、両当事者の申立てによる訴え提起擬制があるので、相手方の普通裁判籍所在地の裁判所である方が便宜でかつ公平である。しかし、その場合でも申立人とその相手方が出頭して、そして両当事者が申し立てているのであるから、合意管轄ないし応訴管轄が発生しているとみる余地がある。

33 北「提訴予告通知」伊藤眞・山本（和）編『民事訴訟法の争点』154頁は、この提訴予告通知制度は、「和解協議の促進ないし和解による紛争解決」の機

して、この制度が提訴予告通知者と被告通知者間での和解協議の機会を創り出す可能性は否定できず、その間のやりとりから管轄の合意が成立する可能性もありうる。

この制度での提訴予告通知は、直接相手方に対してなすもので、照会に対する回答という任意の協力を前提とした非制裁型スキームを採用しているため、提訴予告通知自体と照会について裁判所の管轄は問題とならない(132条の2)。しかし裁判所による「証拠収集の処分」を申し立てる際には当然管轄の問題が生じる。法は、基本的に処分の内容、対象となる証拠の所在地に対応した定め方をしており、基本的に正当である(132条の5)。この規定を管轄についての当事者意思の重視の観点から見ると、132条の5第一項4号を除き、1号から3号まで、「申立人若しくは相手方の普通裁判籍の所在地」の地方裁判所にも管轄を認めており、訴え提起前とはいえ、相手方のみならず申立人自らの住所地での申立ても認めている。これも一面では、申立人の裁判所選択の余地を広げたとみることができるのではないか。

もっとも、この提訴予告通知制度での証拠収集処分の管轄は、その後ありうる訴え提起の際の管轄とはまったくリンクしていないので、この制度限りのことにすぎない。また、実際にはこの制度の利用が少なく、期待にそう状況にないと指摘されており、原因として「提訴前の和解も視野に入れた当事者のニーズに必ずしも適合しない性格」をもつことがあげられている。³⁴ 訴え提起前の紛争当事者間での自主的な交渉を通じての「合意」の形成、その場で収集された証拠を前提とした当事者による争点整理、そして後の訴訟へのリンクという新しいシステムが機能するように、早急の改善が必要である。

能を果たすことは、制度目的として設計されていないとする。ただ、「実務上、提訴予告通知とその返答のやりとりの中でこのような」「機能を果たすことが期待される」という意見を紹介している。

34 北・前注33、155頁。

二. 新法での管轄の合意についての問題点

1. 理論的な類型化の必要性

管轄の合意は、通説によれば専属的合意と付加的合意に分類され、前者は法定管轄裁判所のうち1つを特定する合意で（たとえばABCのうちA）、その他は付加的合意と解していた（たとえばABCでD）³⁵。これに対し、有力説は、ある裁判所を指定している限り、それが法定管轄裁判所であろうとなかろうとその裁判所での訴訟追行を求めているのであるから、すべて専属的合意であるとした（たとえばABCでA、ABCでD）³⁶。また最近はこれらの見解とは若干内容的に異なる説もみられる。「法定管轄のほかには管轄裁判所を追加する競合的合意（付加的合意）と、特定の裁判所の管轄だけを認めその他の裁判所の管轄を排除する専属的合意とがある」とする説である³⁷。都合上この説を以下「修正二分説」と呼ぶことにする。この修正二分説では、たとえばABCでAは専属的合意で、ABCでDという合意は、それ自体ではABC（法定管轄）を排除する趣旨か、排除せずに追加する趣旨かが判断できず、前者なら専属的合意、後者なら付加的合意ということになる³⁸。

しかしこの分類の方法では、ABCの法定管轄裁判所が存在する場合に、

35 前注5、兼子、三ヶ月など。

36 前注5、竹下。

37 前注2、新堂。前注5、中野他・講義（長谷部）、石川・小島編『新民事訴訟法』（青林書院、1997）41頁（清田）も同じ。

38 中山・前注28では、専属的合意と付加的合意の二分説を維持しながら、専属的合意をさらに「法定の管轄裁判所の管轄権を排除して新たに管轄権を創設する合意」と「複数ある法定の管轄裁判所のうちの一部を管轄裁判所と指定する合意」に細分している。前者がABCでD（ABCを排除）、後者がABCでAということで、前注37と基本的には同じ説とみられ、専属的合意を法定管轄との関係でさらに二分した説である。この場合やはり、ABCでDという合意を、それ自体からは付加的合意か専属的合意かは判断できない。

「A BとD」と合意した場合をどうとらえるのか。「A B」についてはCを排除しているとして専属的合意であるとしても、「D」については「A B」を排除していない。全体としてA B Dのみを管轄裁判所として指定している（E、Fなどを排除している）と解し、専属的合意であるとするようになるのか。A Bを専属的合意とし、「D」を付加的合意として、専属的合意と付加的合意の複合であると説明することとどう違うのか。³⁹そもそも専属的合意と付加的合意に二分する分け方こそが、問題とされなければならないのではないのか。

従来通説（兼子説）は、付加的合意についても専属的合意についても、法定管轄を前提としている。厳密には付加的合意については、「その他の場合」が具体的にどのような場合をも想定しているのかが定かではないという点で、必ずしも法定管轄を前提としていると言い切れない。それに対し、有力説（竹下説）は、明確に法定管轄を前提としていない。そもそも付加的合意という概念すら不要である。修正二分説は、付加的合意については法定管轄を前提とし専属的合意については法定管轄を前提としない。また中山説は、基本的には修正二分説とみられるが、専属的合意を細分する際に法定管轄を前提としており、付加的合意とあわせて全体として法定管轄を前提としているといえる。概念的には、修正二分説は付加的合意と専属的合意の概念が対応しておらず、二分しているにもかかわらず両方の概念にズレがあり、一方か他方かの関係になっていない。

概念的には竹下説がもっとも明確であるが、A B Cが管轄裁判所の場合にA B C D E F G……と10も20も列挙するような合意（現実的ではないが）を専属的合意と呼ぶことには躊躇せざるを得ない。もちろんわずかな裁判

39 ちなみにこの複合的な合意とする考えは、従来通説の考え方の延長線でのものであり、有力説（竹下説）では、専属的合意ということになる。いずれにせよ、この付加的合意と専属的合意という二分の分類方法を問題とするのが論者の立場である。

所だけをリストに挙げないという状況であれば、日本中ほとんどどこかの裁判所でも訴え提起が可能ということになり、被告の管轄の利益を著しく害するという理由でそのような合意はそもそも許されないと解することになる。もっとも、この場合にどの程度であれば許されないことになるのかという線引き、基準設定はなかなか難しい問題である。

修正二分説が、付加的合意について法定管轄を前提としながら、他方では専属的管轄について、その他の裁判所の管轄を「排除する」合意として、合意の内容・性質に基準を置いている点は、矛盾していると言わざるを得ない。しかし、合意の内容・性質に着目する点は、方向としては正しいのではないか。だからこそ、文書上から判断できない場合に、合意の「解釈」の問題となる。法定管轄以外の裁判所を指定している場合でも（ABCでD）、それが付加する合意なのか、法定管轄の裁判所を排除してその裁判所（D）のみとする合意なのかは、結局合意の内容・性質で判断することになるはずで、それは法定管轄のうちの1つを特定する場合（ABCでA）でも必然的に他の法定管轄を排除する合意だとは言いきれないはずである（実際にはあり得ないと思われるが、紛争当事者がDEFを法定管轄裁判所と誤認していたような場合）。

このように考えてくると、今回の改正でも管轄の問題が大いに議論されたと⁴⁰言われるにもかかわらず、合意管轄については現実に規定の変更がなく従来の理論がそのまま持ち越された状況にあり、かつその理論は、まだまだ再考の余地がある。付加的合意と専属的合意という従来の二分説は、再検討されなければならないのではないか。

2. 約款による管轄の合意の場合への対処的な改正

管轄に関して新法が抱えるもう1つの問題は、約款による管轄の合意の問題を解決するため、合意管轄それ自体を再検討するという根本的な解決

40 中山・前注28、42頁。

方法ではなく、本来は対象となるべきでない専属的合意を対象として、その専属性（排他性）をことごとく否定するかのような技術的な、対処的な方法をとったことである。

その結果、専属的合意という概念自体がすでに不要ないし存続不可のものとなっているとの指摘^{41,42}をさせている。専属的合意という概念自体が問題なのではなく、それが約款という一方的な契約方式で、経済的強者から一般消費者に対して利用されたことが問題のはずである。問題は、そういう言わば濫用的な制度の利用方法にあるのであって、解決策は専属的合意管轄をそういう形では利用ができないようにすることである。経済的強者という人的問題であるとすれば、企業対個人の契約では合意管轄自体を不可とするなり、あるいは専属的合意管轄を不可とすればよいということになるはずで、約款という形式が問題であるとすれば、約款による契約締結に限って不可とすれば足りるはずである。いずれにせよ専属的合意自体が問題ではない。それは、自由意思による両紛争当事者の合意であるならば、むしろ尊重されなければならないはずのものである。法が、旧法時代も含め長期に涉って認めてきた管轄に関する当事者意思の尊重の考えを否定するかのような対策と批判を受けなければならない。

特殊な場合の問題に、影響の大きい元のところを細工してしまったような方法で対応したと言わざるをえない。特殊な場合の問題には特殊な場合として対応すべきである。11条の規定中に、「～の場合には、裁判所はその合意を無効と決定することができる」とでも但書きを入れておけば、自

41 中山・前注28、43頁は、「専属的合意という概念は現行法により本来の意味を消失したと言わざるをえない」とする。事実上専属的合意概念の必要性を否定する趣旨か。

42 専属的合意の概念が無意味であるとする、当然従来通説（専属的合意と付加的合意に二分する説）も成り立たなくなるであろうし、まして管轄の合意をすべて専属的合意とみていた竹下説は、説自体の存在が危ぶまれることになるのではないか。

ずから妥当な基準が判例法により形成されたはずである。あるいは、民事訴訟法の改正ではなく、特別法（たとえば消費者契約法など）で対応し、問題の解決を図るべきであった。

管轄についての当事者意思の重視の観点からすると、専属的合意も当事者の合意のあり方として否定される理由はなく、1つの類型として認められなければならない。そういう意味では、今回の改正はむしろ逆行するものであり、早急に改正されなければならない。当然その際には、合意管轄について徹底的な検討を経て、理論的に問題のない類型化を前提として、他言すれば明確な基準設定の下、許されるべき管轄の合意が措定されなければならない。それには、どのような合意管轄が認められるかという態様の点だけではなく、どの時点ではどのような態様が認められるかという時的観点も必要である。抽象的合意・具体的合意がどの程度具体的でなければならないかという基準、条件付合意・無条件的合意の場合には、どのような条件がいつまでに成就していなければならないかの基準が問われることとなる。⁴³

43 今回も、諸事情により、全体のごく一部を（二）として示すに過ぎない形と
なってしまった。著者の不勉強の結果である。ご容赦を請う次第である。

[翻 訳]

Nobuyuki Yosida, Zur materiellen Legitimation
der mutmaßlichen Einwilligung,
in Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, 2001, S. 401.

クラウス・ロクシン 古稀記念祝賀論文集
吉田 宣之「推定的承諾の実体的正当化について」

秋 山 栄 一

I

私には、文明の発展は自己決定権の拡大を必然的にもたらすものように思われる。また、その拡大は自己決定権の深化を免れることもできない。「自己決定の可能性」の拡大の例として、日々発展を遂げている臓器移植の技術が、一方では、臓器提供者の、他方ではその受容者の承諾を要求することになっていることを指摘できよう。臓器提供者とその受容者が自ら生と死について決定しなければならないのであるから、自己決定権の思想を深化させることが、無条件に必要となる⁽¹⁾。このことは、既に、ドイツ基本法1条2項が生命、身体は無傷性および人身の自由に対する権利を保障

(1) Roxin, Strafrecht AT I³, 1997, § 13 Rn.38; § 16 Rn.20,42,85; § 22 Rn.159. 詳しくは、特に、TPG後の法的状況について、文献の紹介のある Niedermair, Körperverletzung mit Einwilligung und die Guten Sitten, 1999, 222ff. 参照.

(2) 我日本国憲法が13条において、生命、自由並びに幸福追求に対する権利を承認しており、法的にも基礎づけられている⁽³⁾。

現代生活にあっては、社会システムは絶えず複雑になっており、歩調も日々速度を増している。その上、さらに、次のような現代的な問題も生じている。すなわち、被侵害者の承諾が現実的に与えられているわけではなく、それが推定されうるに過ぎないような事情の下で、法益を侵害する行為者の行為が正当化されうるのかどうかという問題である。これが推定的承諾の問題である。我々の被祝賀者によって、元来の発案者であると指名された Mezger は、その内容を、「推定的承諾は、当該者が仮に事態の全認識を有していたならば個人的観点から行為に承諾したのではなかろうか、という趣旨を含んだ客観的且つ裁判官による蓋然性判断を意味する⁽⁵⁾」と定義づけている。この問題は、現在では、被侵害者の仮定的意思に基づく行為は正当化されるということで一致している。それ故に、我々の被祝賀者も、推定的承諾は正当化事由であるとしている。それによれば、この正当化事由の構造は、次のように理解されることになる。すなわち、ここでは、「行為者による推定された意思と、これに対立しているかもしれない法益保持者の現実の意思が衝突しているのであるが、この衝突は、法秩序によって客観的且つ個別化された基準によって『推定的意思』が確定され、その意思によって、後に法益保持者の現実の意思とは別のものではあつたとしても、侵害は正当化されるのである⁽⁶⁾」。

(2) さしあたり、Roxin (Fn.1), § 13 Rn.14 m.Fn.25; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrecht AT⁵, 1996, § 34 II 3; LK¹¹-Hirsch StGB, 1992, Vorbem. § 32 Rn. 92 m.Fn.147参照。

(3) 日本国憲法13条の内容は、「全て国民は個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、最大限の尊重を必要とする」となっている。

(4) Roxin, FS für Welzel, 1974, 447.

(5) Mezger, Strafrecht³, 1949, 219f.

(6) Roxin (Fn.1), § 18 Rn.3.

1. それと歩調を合わせて、ドイツの文献は、推定的承諾は正当化事由であるという点で見解の一致を見ている。また、実務も、たとえば⁽⁷⁾ BGH NJW 1988,2310は、医師が手術の拡大を、つまり患者の卵管閉塞(Eileiterunterbrechung)⁽⁸⁾を説明なしに、それ故に彼女の承諾をえないで実施したという事案について、正当化を認めている。その根拠は、医師が彼女の推定的な承諾に基づいて行動した点に求められている。それは、手術の開始の時点に突き止められたのであるが、腹腔に強度の癒着があり、そのために今後妊娠をし、帝王切開の手術をせざるをえなくなったような場合に、生命の危険のある子宮破裂という事態に至りうるとする「悲劇的な所見」の存在が医師を納得させたからであると説明されている。そのような場合に、BGHは、「推定的承諾は、独立した正当化事由を形成するの⁽⁹⁾であって、単なる正当化的緊急避難の一亜種(einen Unterfall)なのではない」との判断を示しているのである。

同様に、日本においても、ドイツの文献の強い影響の下に、推定的承諾は新しい正当化事由を意味するという限りにおいては⁽¹⁰⁾あるが、諸見解の一致が見られる。また、実務は、いわゆる「乳腺症事件」という民事事件⁽¹¹⁾において、それ故に、直接的にではなく、間接的にではあるが、推定的承諾を正当化事由として承認した。この判例でも、上記で引用されたドイツ

(7) Roxin (Fn.1), § 18 Rn.3; Jescheck/Weigend (Fn.2), § 34 VII 1; Hirsch (Fn.2), Vorbem. § 32 Rn.129; Schönke/Schröder/Lenckner²⁵, 1997, Vorbem. § 32 Rn.54. のみを参照。

(8) たとえば、BGHSt 16, 309, 312; 35, 246, 249; RGSt 25, 375, 382; 61, 242, 256 等々.; 詳しくは、文献の紹介のある Roxin (Fn.1), § 18 Rn.3ff. 参照。

(9) Yosida, Hikakuho-zashi 25,2 (1990), 143の評釈がある BGH NJW 1988, 2310; 批判的なのは、また、Geppelt, JZ 1988, 1024; Müller-Dietz, JuS 1989, 280.

(10) Yoshida, Das Wesen der Rechtswidrigkeit und der Handlungsunwert, 2.unveränderte Aufl. 1995, 233ff., 詳しくは、Fn. 12-15参照。

(11) たとえば、Oberster GH, Hanreijihō, 1011, 54; LGZ Tokyo, Kakyushinsaibanshyō-Minjihanrei-shyū, 22, 5, 6, 626; LGZ Kyoto, Hanreijihō, 848, 93等々。

における事例と同様に、医師が、女優の右胸部からのがん性腫瘍の摘出が必要とされていたに過ぎなかったのに、患者の承諾なしに、腫瘍が実際的に今後がんに発展するのかどうか学術の上確定的でなかったにもかかわらず、推定的承諾があると確信して、彼女の左胸部に存在する新たな腫瘍を切除するという手術の拡大あえて行ったというものである。東京地方裁判所は、このような事実に対して、「患者の生命の危険が差し迫っていて承諾を求める時間的余裕のない場合などの特別の事情がある場合を除いては、医師はその手術につき患者が承諾するかどうかを確認すべきであり、これをしないで手術を実施した時は、当該手術は患者の身体に対する違法な侵害であるとのそしりを免れることができないというべきである」と判示した⁽¹²⁾。

これらの事例が示すように、推定的承諾は正当化的に作用するという認識が共通財となっているといえる。しかし、推定的承諾が、なぜ正当化する効力を有するのかという理由づけについては、今日、非常に争われている。日本と同様にドイツにおいても、また、多様な見解が主張されている。正当化的緊急避難と社会的相当性の結合説⁽¹³⁾、事務管理説⁽¹⁴⁾、正当化的緊急避難説⁽¹⁵⁾、許された危険説⁽¹⁶⁾、承諾説⁽¹⁷⁾が、それである。

(12) LGZ Tokyo (Fn.11), 22, 5, 6, 626f.

(13) Zipf, Einwilligung und Risikübernahme im Strafrecht, 1970, 52ff. 参照。しかしながら、彼はこの論文の後に改説をし、推定的承諾を独立した正当化事由として承認した。:Maurach/Zipf, Strafrecht AT 1⁸, 1992, § 28 Rn.4参照。

(14) Noll, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten, 1955, 135ff.(彼の改説について、詳しくは、Roxin [Fn.4], 452 Fn.22 参照); Zitelmann, AcP 99(1906), 104f.; Ahrens, Geschäftsführung ohne Auftrag, 1904, 29ff.; Baumann/Weber, Strafrecht AT⁹, 1985, § 21 II 5a; Schroth, JuS 1992, 478参照。

(15) Schmidhäuser, Strafrecht AT², 1975, 9/49; Welzel, Das Deutsche Strafrecht¹¹, 1969, § 14 V; Bockelmann, Strafrecht AT³, 1979, § 15 C II 2; H.Mayer, Strafrecht AT, 1967, § 19 3参照。

(16) Roxin (Fn.4), 447, 452; Lenckner, FS für H.Mayer, 1966, 165, 181;

2. とはいえ、このように多くの主張が存在するのはなぜであろうか。その理由は、私見によれば、行為者が被侵害者の推定的承諾を信じて行為しようという事情の特殊性にある。すなわち、この正当化事由が複合的性質を示しているからに他ならない。私は、このような帰結は、行為者が、推定的承諾を信頼することによって、損壊した水道管の漏水を防ぐために、不在中の彼の隣人の家屋に侵入するという講壇事例から明らかにされると考える。

第1に、この事例の場合には、隣人の住居権の侵害が容易に正当化されるものと見なされるが、その理由は、家屋への侵入が、我々の事例が示しているように、隣人にとって好都合な行為であるが故に、被侵害者は、本来、行為者に対しその行為を非難するのではなく、彼に感謝すべきであるからである。隣人がその場に居合わせているのであれば、彼は確信をもって家屋への侵入を行為者に許したのではなかろうか。このことは、承諾説にとって極めて有利なものとなる。しかし、被侵害者の承諾は、現実的には与えられてはいない。それ故、推定的承諾に、現実的には欠けている承諾の代替物としての性格を否認するわけではない。それによって、この代替化を許すために、他の要素が必要となる。その要素は、推定的承諾の場合には、承諾権者自身であればどのように処理するであろうかということ、彼の決断では遅すぎるという理由から、期待して待つことはできないという状況の重要性を考慮して求められなければならない。それは、権限者が適宜承諾を与えることができないという不可能性と決断の強制の合体である。これらの要素に立脚しているのは、正当化的緊急避難説であるといえよう。隣人が、仮に彼が水道管の破損を知ったならば、家屋への侵入を許したに違いなかろうかといえるのか、あるいは、如何なる基準によって被侵害者の承諾が与えられるはずだと判断されえたのか、そのためには、

Jescheck/Weigend (Fn.2), § 34 VII 2; Müller-Dietz (Fn.9), 281参照.

(17) Mezger, GerS 89 (1924), 287ff.; Hirsch (Fn.2), Vorbem. § 32 Rn.132参照.

利益衡量が必要となる。なぜならば、利益は、端的に、意思の探求にとっての重要な観点であるからである。それによって、事務管理説も同様に主張されうるとしている。最後に、推定的承諾の場合に、法益保持者が何か別のことを望むということが後になってから明らかになるという可能性も未だ存在している。この我々の期待と相容れない事実的基礎は、許された危険説にも論拠を準備させる。

これが見解の相違の原因である。その原因は、まさに、行為者が法益保持者の推定的承諾を信頼するという状況の多面性にある。なぜならば、推定的承諾は正当化事由であって、その特殊性は承諾を請求することの不可能性、必要性、緊急性並びに蓋然性にあるからである。しかしながら、被侵害者の内心事情と矛盾する行為者の決意の可能性も依然として残ることになる。

II

これら諸学説の論争の渦中であって、私は、推定的承諾を独立した正当化事由と見なしており、その正当化力を、状況的な特殊性の影響はあるが一構造的に承諾説、正当化的緊急避難説、許された危険説の間で揺れ動いているのであるが—自律性の尊重から導きうるものと考えている。

1. まず、正当化的緊急避難と社会的相当性とを結合して主張されている学説を検討する。Zipfは、かつて、この学説の支持者として次のように主張した。すなわち、「推定された、あるいは仮定された承諾という固有の法制度は無用である。ある者が他人の利益のために行動したという諸事例は、超法規的緊急避難という正当化事由によって十分に把握されている。その際に、状況上明白な、対立している法益保持者の意思はそのような救助活動を許さないという視点が尊重されるべきである。最後に、ある者が自分の利益のために他人の法益を侵害した場合は、そのような態度が日常

的になされているために、当該者の同意をあてにすることができるような時に限って、社会的相当性という法制度によって十分に把握しうるのである⁽¹⁸⁾」と。

しかし、この主張は既に理論的に貫徹しえない。その理由は、Zipf 自身が正当化的緊急避難によって解決可能な、利他的な場合の内部で、「諸事情から法益保持者の反対の意思を推定することが可能」であり、故に、正当化されるべきではない諸事例を承認しているからである。彼の見解によれば、それ故、正当化の効力は、明らかに正当化的緊急避難のみにではなく、推定的承諾にもあることになる。我々の水道管破損事例において承認されるべきは、いわば対等の法益、つまり隣人の住居権と彼の財産権が対立しているということである。その場合、住居への侵入は財衡量によっては正当化されない。ただ、水道管の破損が公共の利益あるいは他人の個人的利益を侵害している場合には、住居権の侵害は純客観的な価値衡量によって正当化される。その理由は、ドイツ刑法34条によれば、保護された利益は、侵害された利益を本質的に優越しているからである。それに対して、隣人の住居のみが損害から守られるべきである場合には、その事例は、純客観的な価値衡量によってではなく、財産保有者の主観的な、承諾された内心的事情によって判断されることになる。この場合、正当化は被侵害者の主観的意欲に左右されることになる。しかし、これは、推定的承諾のあらゆる事例を正当化的緊急避難と社会的相当性のみによって正当化しようとする Zipf の見解とは矛盾する。また、次のような Zipf の論拠も批判されなければならない。すなわち、彼によれば、構成要件阻却事由としての承諾は、資格のある法益保持者によって（あるいは、権限のある代表者によって）法的に有効な方法で行為に先行して与えられた場合にのみ、認められる⁽¹⁹⁾と述べられているのであるが、それは、彼が現実的に与えられた承諾の

(18) Zipf (Fn.13), 1970, 56.

(19) Zipf (Fn.13), 1970, 56.

みを承諾として理解していることを意味する。とするならば、黙示的に表現された承諾を事実上の現実的な承諾に組み込むことはできない。このことから、正当化的緊急避難あるいは社会的相当性のみで推定的承諾の問題解決のための「管轄権を与える」理論には、明らかに欠陥があるといわなければならない。

2. 確かに、Zipfの批判から明らかなのは、推定的承諾は、既にBGHが承認しているように、独立した正当化事由であるという点である。しかし、この正当化事由が如何なる原理によって、そしてどのように判断されるべきなのか、という点についての展望の扉は未だ開かれていない。その場合に注目に値すべきは、推定的承諾は、私が上記(I. 2)で示したように、四つの状況的な特殊性、詳述すれば、承諾をうることの不可能性、必要性、緊急性並びに蓋然性を有するという事実である。それ故、この正当化事由は、Roxinもまたその性格を、確かに承諾と正当化的緊急避難の間で位置づけてはいるものの、両者とは異なっているものであると特徴づけているように、多面的な性格のものであるに違いない。そのことから、この正当化事由の一元的な理解は、実体的に不可能であるということが明らかになるのである。

a) 一元的な正当化説の主張者としてのMezgerは、「このいわゆる推定的承諾は、それ故、全体として現実的な承諾の完全な代替物である」と述べている。それによって、必然的に推定的承諾は、利益欠缺の原理によってのみ、正当化されるものと判断される⁽²¹⁾。

ただ、Mezgerは、決断の際に真の幸福ではなくて、当該者の推定すべ

(20) Roxin (Fn.4), 448.

(21) Mezger (Fn.5), 220.

き個人的な内心情を旨す試みをしているが、その場合に⁽²²⁾、私には、我々の被祝賀者と同様に、この理論の矛盾を指摘することが許されるのである。すなわち、Mezger は、行為者が注意深く考察したにもかかわらず、法益保持者の現実の意思に適っていなかったということ、それ故に、彼が侵害されたと感じたということが後に明らかになった場合であったとしても、行為自体は正当化されると見なさなければならない、と主張しなければならないことになるであろう。ただ、その場合には、決して利益侵害が欠落しているわけではないのであるから、他人の権利領域への望まれない侵害を如何にして正当化できるかということが、すなわち、衝突事例の解決が議論されることになるのである。従って、たとえば、この学説の現在の主張者である Hirsch は、推定的承諾の正当化力の根拠は、その場合に、適宜の決断が妨げられている承諾権者の期待されるべき意思に沿って行われていると考えられるからだけではなく、利益がこの意思を追求する際にまさに重要な観点を示すことになるという点にもまた基づくのであるといわざるをえない⁽²³⁾としているのである。被侵害者の承諾は、現実的に与えられていないために、その点については必然的に推定されなければならない。その場合には、被侵害者の真の内心情を明らかにするための判断基準が必要となるが、それは、利益衡量の観点である。というのは、社会生活では、自分自身のために利己的なものを望むという原則が妥当しているといえるからである。

b) 多くの論者は、事務管理説によりつつ自律性の尊重の原理と利益衡量の原理とによって推定的承諾の問題を解決しようとしている。Noll は、この理論の主張者として、「OR [=スイス債務法] 419条以下から論理必

(22) Mezger (Fn.5), 220ff.

(23) Roxin (Fn.4), 449.

(24) Hirsch (Fn.2), Vorbem. § 32 Rn.132.

然的に明らかになるのは、被侵害者の利益と推定的意思に一致し、しかも被侵害者自身が現実に承諾するはずである行為は、適法であるという点である⁽²⁵⁾と述べている。また、近時、Schrothはこの2つの要素の並列な結合を次のように基礎づけている。すなわち、「推定的意思は、常に仮定的意思であるに過ぎない」。この仮定的な性格のために、「法益保持者を保護する」という調整方法をそこに組み込むことが必然的となる。その調整方法とは、法益保持者の客観化された利益である。この客観化から「利益」という要素が、—「実益性」(Nützlichkeit)の意味における用語法に従えば—正当化的要素として生じる⁽²⁶⁾というのである。

この理論に対しては、既に、我々の被祝賀者が、ドイツ民法683条が要求しているのは、事務の執行が利益と本人の推定的意思に一致しているということであり、その意思を探求する際には、無論、「利益」が本質的な要因を形成しうるのではあるが⁽²⁷⁾、刑法にとっては専ら推定的意思が重要なのである、と批判している。加えて、今日では、一般的に、事務管理についての民法上の規定、および、とりわけ厳格な前提条件のもとで、しかも周知のように、本人の反対の意思に対し、意識的に生じた侵害を正当化する民法679条は、刑法にとっては無意味であるとも批判されている。それは、刑法に対して民法677条は、事務管理が規定するのは、「内的な損害の調整と支出の調整に過ぎないのであって、他人の法益への侵害を要件とするものではない⁽²⁸⁾」という異なった機能を果たすものであるからである。それに加えて、私は、この理論は利益と推定的意思の間での予定調和に基づいているという点を指摘したい。客観化された利益衡量による一定の利益と被

(25) Noll (Fn.14), 137.

(26) Schroth (Fn.14), 479.

(27) Roxin (Fn.4), 452.

(28) Günther, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983, 52; Roxin (Fn.1), § 18 Rn.9; Jescheck/Weigend (Fn.2), § 34 VII 2; Hirsch (Fn.2), Vorbem. § 32 Rn.130.

侵害者の主観化された内心事情による推定的な意思の間の矛盾は存在しないのであろうか、また、被侵害者の主観的な内心事情が可能な限り精密に追求された後でも、未だ追求された真の意思とは一致しない可能性が残っているのではなかろうかと問わざるをえないのである。仮に、真の意思が非理性的なものであるとしても、個々人の自律性は、基本法2条2項が命じているように、最大限に尊重されるべきであるから、その非合理的な意思こそが尊重されなければならないのである。最後に、私は、Schrothの利益の客観化による理由づけは、その侵害が承諾によって正当化される利益の個別的な性格を否定し、それ故に自律性の原理に違反しているという理由で、間違っていると考えている。以上の検討から導かれる結論は、推定的承諾の事例を2つの並列された原理に従って正当化することは不可能であるということである。よって、それに代わるものとして、2つの原理の連結可能性を追求する途が残されている。すなわち、被侵害者の主観的な内心事情に先立つ客観的な利益衡量の優先か、あるいは、その反対の序列かである。

c) 現在、有力な見解は、この可能性を取り上げ、「権利者に属している財(財客体)が侵害の危険に晒されており、その財は他の客観的に、より重要な彼の財の侵害によってのみ救助される場合であって、しかも、権利者は、自ら決断を下すことができない。そのような状況下では、彼の意思はそれを救助することに、そのための侵害には反対しないのであって、—いづれにしろ認識不可能ではあるが—それ故、対立してはいないのである。行為者は当該財の客観的な救助の見込みとその救助の意思によって行為すればよいのである。そのような緊急事例では、権利者の自律性は、危殆化された財の維持という利益の背後に退くことになる⁽²⁹⁾」と述べている。

しかし、推定的承諾を正当化的緊急避難の特別の形式として把握するこ

(29) Schmidhäuser (Fn.15), 9/49.

の学説は、次のような異議に耐えることができない。第1に、この学説には矛盾がある。この説の主張者である Schmidhäuser は、一方では、これらの事例を自律性の領域に属しているものと見なしつつも、他方で、彼は、破損した水道管の事例について、「行為者が個人的に望み、そして行為したことを、人もまた望まなければならないし、行為することが許されなければならない！」⁽³⁰⁾という結論に至っている。それによって、彼は、被侵害者の仮定的意思の重要性を否定し、それに先立った客観的利益の保護の優先を承認している。そうすることで、彼は、自律性を最初に絶対的な議論の根拠と見なしたのにもかかわらず、最終的には、自律性を理性高権に売り渡している。それ故、私は、我々の被祝賀者と共に、「当該者の一時的な不在あるいは決断の不可能性もまた、基本的に禁止された理性高権の僭窃に利用されるのは許されない」と考えるのである。⁽³¹⁾

さらに、Schmidhäuser は、破損した水道管の例では、なるほど、行為者は器物損壊と住居侵入を犯してはいるが、所有者の利益において切迫して必要なことをなしている⁽³²⁾から正当化できるとしている。しかしながら、私には、その行為を客観的な利益衡量によっても正当化することはできないと思われる。この事例の中で、保護された利益は被侵害者の財産権であり、それに対して、侵害された利益は、同様に彼の財産権と住居権でもある。保護された利益を侵害された利益と財産権とについてのみ比較した、換言すれば、保護された利益と侵害された利益を量的に比較衡量したとするならば、「彼は家屋の、より重大な破損を防いだが故に、彼はそのよう⁽³³⁾に行為することが許される」とする Schmidhäuser の言葉が示すように、保護された利益は刑法34条の意味において本質的に優越している

(30) Schmidhäuser (Fn.15), 9/49.

(31) Roxin (Fn.4), 451; ders. (Fn.1), § 18 Rn.6.

(32) Schmidhäuser (Fn.15), 9/49.

(33) Schmidhäuser (Fn.15), 9/49.

というのであろう。ただ、住居権が、その点に対し加えて比較衡量されるのであれば、端的に、保護された利益は侵害された利益を本質的に優越すると結論づけることはできない。というのは、住居権は法的な価値序列の中で財産権よりも高く評価されているからである。つまり、刑法34条は、法益を価値序列に従って次のように規定している。すなわち、生命、身体、自由、名誉、財産あるいはその他の法益と規定しているのである。この場合に、住居権は自由の法益に属する。しかも、本質的な優越は法益の価値序列のみによるわけではなく、あらゆる事情の包括的な評価によってもまた決定されるべきであるということが、一般的に承認されている。それ故、Schmidhäuser に従って、推定的承諾の事例は客観的な利益衡量のみによって判断されるべきであるとするならば、万人が正当化されるものと見なす我々の講壇事例は違法であるという予想外の結果になってしまう。なぜならば、財産権と自由が財産権を保護するためにのみ侵害されるからである。それによって、正当化的緊急避難説は、あまりにも厳格な基準を提示しており、その基準のために、正当化されて当然と思われる諸事例が不法阻却の領域から排除されてしまうことになる。換言すれば、「他面では、その場合、当該法益保持者の推定的同意が出発点とされうるとい(34)う事例群は蚊帳の外に置かれるべきである」のである。

最後に、この理論は、当該者の推定的意思が客観的な利益衡量によって決定された「真の幸福」と対立しているところでは、最終的に「真の幸福」が優先されることになってしまうとの批判にも耐えることができない。確かに、Welzel は、「専ら、当該者の真の幸福を目指す決断の場合に、第三者が過度な配慮をすること防ぐ」ために、「認識可能な反対の意思を」考慮してはいる。しかし、主観的な意思は、この理論に従う限りにおいて、他の観点と並んだ価値衡量の場合に多かれ少なかれ考慮されるべき要因に墮落することになる。このことは、Welzel が証明しているように、他人

(34) Maurach/Zipf (Fn.13), § 28 Rn.7.

の子供に対する教育上の懲罰の事例について、親権者の反対の意思は、重大な事例の場合には、より上位の公の利益の観点から、考慮に値しないという帰結になってしまうからである。⁽³⁵⁾

かくして、我々の被祝賀者は、「仮に、これが第三者には奇異なものと、しかも、当該者の『真の意思』と相容れないように思われるべきものであったとしても、その場に居合わせている法益保持者の明白な意思を超えて行為するは許されないのであって⁽³⁶⁾」、その点に議論の余地はないと述べている。その理由は、我々の憲法は、基本原則として自由主義と個人主義を承認しているのであるから、そこから自己決定権が基本的人権の1つとして導かれる点にある。さらに一歩進めて、推定された意思もまた尊重されるべきであるというのである。以上の考察から、『専ら正当化する基礎』は、権利者の推定すべき意思に方向づけられた行為なのであって、それに左右されない利益の擁護なのではない⁽³⁷⁾という結果が導かれるのである。それ故に、正当化的緊急避難説が誤りであることが明らかになる。それは、この学説が、法益保持者の仮定的な意思よりも利益衡量を優先させ、且つそれによって推定的承諾の事例の中で最上位のものとして尊重されうる自立性という基本原理を無視しているからである。それ故、仮定的意思の要素は、端的に、他の要素と並んで総合的な利益衡量において考慮される要素ではなく、当該者の真の意思を推定する場合に主役を演じるべき要素なのである。この方向性を持っている学説には、許された危険説と承諾説がある。

d) 許された危険説の主たる主張者である Roxin は、次のように述べ⁽³⁸⁾

(35) Welzel (Fn.15), § 14 V.

(36) Roxin (Fn.4), 450.

(37) Roxin (Fn.4), 451.

(38) Roxin は、自らこの概念の不明確性を認めている; Roxin (Fn.1), § 11 Rn.59f. 参照. さらに批判的なのは、たとえば、Schmidhäuser (Fn.15), 9/50;

ている。すなわち、推定的承諾の場合には「大抵の場合、(承諾の場合とは異なり)構成要件該当性に至る他人の権利領域への侵害の独断性は、当該者の真の意思についての事態に即した仮定的な蓋然性判断に基づく行為によって正当化される。『事態に即している』ということは、その判断が、法益保持者の意見を求めることが可能であるならば、彼が何というであろうかという問いに対する、客観的な尺度によってえられた回答と一致する。この意味において、『事態に即して』行為される場合には、行為はどのような場合でも正当化され、なるほど、法益保持者が何か別のことを望んだということが後から示された場合であったとしても、正当化される。それ故、この場合に重要なのは、一承諾および超法規的緊急避難の場合とは、まったく異なって一許された危険に基づく正当化事由であるということである。その理由は、法益保持者の決断がえられるということが不可能なのであるから、一定の、さらに詳細に限定されるべき状況(大多数の場合には差し迫った緊急状態)において行為され、決断が誤ったという危険を受け入れることが許される⁽³⁹⁾」のであると。

その場合に、Roxin は、利益衡量を端的に法益保持者の主観的内心事情を追求する手段と見なしている。この基本思想に基づいて、彼は推定的承諾の諸事例をまず2つの事例群に分けている。すなわち、一方では、行為者が、破損した水道管の例のように、当該者のためだけに行為をするという、利他的な場合であり、他方では、行為者が、たとえば、落ちた果実を拾い上げるために、既に何年かに亘って旅に出た隣人の庭園に侵入したという、落ちた果実の事例のように、自分自身あるいは第三者のために行為をする利己的な場合である。この区別に関連して、彼は、当該者の真の幸福を可能な限り正しく評価するために、第1の事例群を、さらに、事物に拘束された決断の場合、人格に拘束された決断の場合、および生存に關す

Rudolphi, GS für Schröder, 1978, 82.

(39) Roxin (Fn.4),453.

る決断の場合とに細分化した。そして、これらの事例を解決するために、彼は、「人間は一般的に自分にとって実益になるようなことを望むという経験則から、ある行為が正当化されるのは、行為者の知識あるいは状況から法益保持者の他の見解を示唆するような反対の徴憑が明らかである場合を除いて、それが当該者の『真の幸福』と一致している場合である⁽⁴⁰⁾」という指導原理を導いているのである。

しかし、第1に、この経験則が批判されなければならない。なるほど、一般に、人は自己にとって実益になるようなことを望むのは確かであるが、この原則によって非理性的な決断の事例を解決しうるわけでもなければ、当該者の真の内心情に適うわけでもない。むしろ、この経験則によっては、指導原理が示すように、まず、当該者の真の幸福が客観的な利益衡量によって決定され、次いで当該者の主観的内心情がそれについての制限原理として考慮されるに過ぎない。しかし、これは、仮に客観的利益衡量の結果が法益保持者の推定された内心情と一致しない場合であったとしても、当該者の内心情と可能な限り一致するという推定的承諾の端緒と矛盾するのである。

第2に、この経験則の承認からは、いわゆる利己的な場合は若干の留保を認めた上で正当化されるということも明らかになる。これについて、たとえば、Schmidhäuserは「しかし、権利者の支配領域への侵害は、この種の事例においては、(そのように彼は理解しようとしているが) まったく正当化されるものではない。よって、最終的には、そのような態度は、他人に対する理性高権の僭窃⁽⁴¹⁾ということに帰するのである」と批判している。

第3に、当該者の特別な個人的内心情が可能な限り考慮されなければならないという前提条件、それ故、常に自己決定権の尊重が重要であると

(40) Roxin (Fn.4), 464.

(41) Schmidhäuser (Fn.15), 9/50.

いう前提が出発点とされるならば、諸事例を侵害された法益の属性に従って、事物に拘束された決断の場合、人格に拘束された決断の場合、および生存に関する決断の場合というような、さらに3つの事例に分類することは不要であるといわなければならない。というのは、承諾それ自体は、個人的法益の領域でのみに効力を持ちうるに過ぎないからである。それ故、自己決定権を直接的に尊重しようとする場合には、個人的法益の区別は間違っている。たとえば、ある者が自己の自由のために生命を犠牲にしようとすることは、珍しいことではない。いや、それどころか、個人的法益の領域においては、多様な非理性的なものは、ちょうど理性的なものと同じくらいに生じるのではなかろうか。

最後に、この理論に対しては、「許された危険」の概念は、この場合、空虚な概念、つまりは機能的な概念に過ぎないという根本的な批判が加えられる。我々の被祝賀者は、かつて「許された危険」の概念の機能を次のように理解していた。すなわち、「推定的承諾が許された危険に基づく正当化事由であるならば、許されざる危険の場合には行為者の答責性は減少されることなく維持されるべきである。つまり、明確な根拠もなく、十分に検討されることもなく認められた推定的承諾の承認のすべての場合にも、故意が阻却されるのであれば、それは（身体傷害の場合は別としても）過失処罰が欠けることになり、常に無罪の判決に至るのではなかろうか。ただ、これは、恣意的で、有害な後見に門をさすという目的を無に帰せしめるものである。・・・刑法は、他人に対する、既にそれ自体として禁止された『理性高権』の僭窃のみならず、非理性的高権さえも許容しようとしている。これは、決して満足できない結果を認めてしまうことになってしま⁽⁴²⁾うであろう」というのである。このことは、許された危険が故意の阻却を制限するということ、換言すれば、この正当化事由についての錯誤の場合の故意阻却の前提条件を厳格にすることの意味する。それに

(42) Roxin (Fn.4), 455. Roxin の後の改説については、後出、本論文 Fn.54ff. 参照。

よって、Roxin は、まず、合義務的な検討を正当化の要素として承認し、制限責任説の立場から、この正当化事由における錯誤の諸事例を故意阻却の場合と故意維持の場合とに区分したのである。彼によれば、「誤った表象が、行為者に推定的承諾の承認の基礎を与えていた状況に関係する限りにおいて、一他の正当化事由の場合も同様であるが一故意は阻却される。しかし、行為者が一定の事実を根拠に法秩序という基準から見て誤った仮定的蓋然性判断を下した場合には、それ故、事態の状況から推定的承諾を承認することが許されないようなところで彼がそれを認めた場合には、故意は維持される⁽⁴³⁾」というのである。

推定的承諾が許された危険に基づくべきであるとするならば、正当化は、それ以外の正当化事由の事例と比較して、より厳格に検討されるべきことになるのではなかろうか。しかし、「合義務的な検討」という次のような加算された要素、つまり、許された危険によって基礎づけられた正当化事由は常にそれ自体の中に含まなければならないとされるこの要素が、錯誤の事例を正当に評価しうるのであろうか、非常に疑問である。それ故、我々の被祝賀者が、この要素を承認する前提として肯定した Lenckner の見解が検討されなければならない。この見解は、正当化の領域での合義務的検討概念の機能可能性を出発点として⁽⁴⁴⁾いる。

Lenckner は、「合義務的な検討」の要素の機能を次のように説明している。すなわち、「彼は正当化される諸事例を2つの事例群に区別する。一方は、正当化事由の客観的な事実は備わってはいたが、これが注意深く検討されなかったという場合と、他方は、正当化が依拠している客観的な基礎は欠けてはいるが、事態の義務的な検討によって行為者がその行為を許されていると認識したという場合」である。第1の事例群について、彼は、

(43) Roxin (Fn.4), 459.

(44) 正当化要素としての合義務的な検討に関する理論と実務の状況について、詳しくは、文献の紹介のある Rudolphi (Fn.38), 73f.

「他人の法益に対する侵害が、列挙された客観的な事与によって許されている場合には、現代の刑法解釈学の用語に従えば、いずれにしても結果の無価値が欠けているという意味で、その行為は正しかったのである。では、行為者が正当化の条件を合義務的に検討しなかったという事実とは、行為の行為無価値性にもみ表現されることになるのであろうか。真実は否である。行為者が彼を援助する正当化事由を客観的に実現しただけではなく、主観的にも実現しようと望んだのであれば、一さらに、我々はそれを出発点としたのであるが—構成要件に該当する行為の行為無価値もそれによって同時に一掃される⁽⁴⁵⁾」と述べている。それに対して、第2の事例群は、「合義務的になされてはいるが、しかし結果的に誤っていた決断をしたという危険から行為者を開放するということが、特別な理由から現実的に強制されているような場合である」。これらの事例群に属する推定的承諾は、行為は、なるほどこの場合に当然の帰結としてというわけではないが、實際上、大多数の場合は全体として被侵害者の重要な他の利益を保護するという利他的な傾向を帯びている⁽⁴⁶⁾のである。それによれば、推定的承諾によって遂行された行為者の行為の場合、彼の故意は阻却される。そして、残された過失処罰の可能性も、合義務的な検討に基づいているのであるから、同じく否定される。従って、行為は、行為者が客観的注意義務を遵守しているのであるから、正当化されるというのである。

しかし、この見解もまた、若干の反論を免れることはできない。合義務的な検討の要素が、事実として、一般に正当化事由の本質的な要素であるとされるのならば、この要素の必要性は、正当化事由の客観的な事実が存在しているのか否かによって左右されてはならないのではなからうか。なぜならば、本質的な要素は他のあらゆる要素には左右されることなく必要

(45) Lenckner (Fn.16), 173f.

(46) Lenckner (Fn.16), 182.

とされるものであるからである。⁽⁴⁷⁾

また、Lenckner は、客観的な事実のみが前提となっている彼の第1の事例群について、この合義務的検討の要素の必要性を次のように理由づけ、否定したが、ただ、そこには論理的展開の誤りが隠されている。彼は、正当化の前提として、「侵害された財の保護を自発的に放棄したか、あるいは他の、具体的にはより重要な利益に譲歩しなければならないというような状況が事実として存在している」必要があると主張している。さらに、「後者と見なされる状況は、保護されるべき利益が一事的に判断して一危険に晒されている場合には、既に与えられている。・・・このことが肯定されえた場合には、仮にこの判断が一事後的に見て一間違っていたとしても、行為者の行為は許されるのである。・・・危険概念は、将来の展開に関係づけられ、それによって必然的に常に我々にとって不知の申し子であるから、この危険は甘受されなければならない⁽⁴⁸⁾」というのである。

この基礎づけによって、彼は事前的判断の重要性に、換言すれば、事後的判断に対する事前的判断の優越性を強調したのである。正当化事由の本質的構造に従って見れば、この主張は、確かに事態に即しており、正しい。しかしながら、彼はそのことから、合義務的な検討の要素は、客観的事実が存在していること、すなわち、推定的承諾と後に判明する被侵害者の真の意味とが事実的に一致するということが事後的に証明されるためにのみ必要であるという間違った結論を導いているのである。⁽⁴⁹⁾ それに対しては、

(47) この点について、Rudolphi (Fn.38), 76ff. 参照;そこでは、彼は、正当化事由の二分割、つまり、正当化事由を合義務的な検討を内容とする正当化事由とその他の単なる正当化事由とに分割することを批判している。その理由は、彼は、あらゆる正当化事由を許された危険に基づくものと見ているからである。

(48) Lenckner (Fn.16), 173.

(49) Lenckner (Fn.16), 173. このことは、彼の次のような定式化の理由を十分に示すものである。すなわち、「その点について [つまり、行為者の権限のために行為すること] の前提は、端的に、侵害された財の保護が自発的に断念されたのか、あるいは、それがその他の具体的に重要な財に道を譲らざるを得な

なぜ、事後的に確認された客観的事実の存在に行為の違法性を阻却する権限が付与されているのか、と問わなければならない。Lenckner が事前的判断を優先することに力点を置き、それについて、危険は「我々の不知の申し子」であるという命題を常に必然的に承認するのであれば、彼は、当然の帰結として、事実の存在の自明性に左右されることなく、行為を違法と判断しなければならないのではなかろうか。

さらに、Lenckner の主張は、当該者の現実の主観的利益と一致する場合にのみ推定的承諾が正当化機能を持つとされるが、この点にも疑問がある⁽⁵⁰⁾。つまり、この主張は推定的承諾の特殊性を把握していない。この推定的承諾の本質は、当該者の推定された内心事情が事後的に彼の主観的な利益に一致するかどうかという点には存在していない。むしろ、問われるべきなのは、事前的に推定された被害者の意思は、この意思が被害者の現実の意思に反しているということが後から判明したのにもかかわらず、正当化する機能をどのように果たしうるのかという点である。また、この点に推定的承諾の実践的な困難性が明らかになるのではなかろうか。たとえば、我々の水道管の事例では、家屋の住人が二ヵ月後によく帰宅するであろう場合には、行為の正あるいは不正についての判断は二ヵ月経って初めて下されることになってしまうが、それでは意味がない。

他方、論理的な矛盾は、合義務的な検討がなされたという客観的な事実が欠けている場合の解決に際しても見出される。Lenckner は、推定的承諾を許された危険を包含する正当化事由と見なすために、推定的承諾の利他的な側面を指摘した。このことは、利他的な側面が被害者の真の意思と彼の推定的された内心事情との間にありうる相違を軽減するという限りにおいて正しい。しかし、利他的な側面を指摘することで、推定的承諾は

いのかというような、いずれかの状況が、事実的に存在しているということである」。

(50) Lenckner (Fn.16), 175.

許された危険を包含する正当化事由であるという解釈学的推論を証明することはできない。なぜならば、たとえば正当防衛や、Lenckner自身が許された危険を含む正当化事由であると見なした緊急避難のような他の正当化事由もまた、それによって第三者の権利が保護されるのであるから、この利他的な側面を有しているからである。それ故、私には、利他的な側面は当然の帰結として推定的承諾における許された危険の承認には至らないと判断することが、正しいように思われる。

たとえ、推定的承諾において許された危険の存在が承認されうとしても、これを承認することが、同時になぜ、合義務的な検討の必然的な要求に至ることになるのか、また、それが許されるのかが問われなければならない。この問いには、Lenckner自身が次のような命題によって答えている。すなわち、「行為者が事態を合義務的に検討することによって・・・結果的には正当化されることのない名誉の侵害の危険が、可能な限り排除されるのであり、それ故に、危険は許された危険と、また、この危険を含んだ行為は正当化されるのである」と。この説明は、なるほど、危険は、「回避不可能の領域においては、つまりは、具体的な状況下であって、そのような危険を可能な限り最小限にまで制限するために、当然、なされなければならないことのすべてが⁽⁵¹⁾甘受されうるのであり、その限りにおいて、納得のいくものである。事態が合義務的に検討されたのにもかかわらず、推定された内心情が被侵害者の真の意思と一致しえない場合はありうるのである。その場合に、行為者の行為が無条件で正当化されるのであれば、推定的承諾は、なぜ許された危険の要素をそれ自体において内含するのか、疑問である。その場合には、さらなる要素、たとえば手段の相当性や必要性は必要ではないのであろうか。そうでないのであれば、推定的承諾は自己保存の原理と法確証の原理という2つの正当化原理に基づく正当防衛と同程度の重要性を備えていないことになる。合義務的な検討の要素がなぜ

(51) Lenckner (Fn.16), 180.

無条件に正当化にとって必要なのか、という理由は、未だ明らかにされていないとはいえない。このことは、必然的に、この要素は、この正当化事由の構造を明らかにするものではなくて、この要素を超えて過失を阻却し、そのようにして行為者の行為を全体として正当化するという、その刑法上の機能を明らかにするものである、との帰結に至ることになる。その証拠は、Lenckner 自身による、「それ（つまり、合義務的な検討）は、客観的事実が欠けていることの埋め合わせをし、且つ適法性を本質的に構成する要素の役割を担うものである⁽⁵²⁾」との、また、詳細には、「支配的見解が承認するように、正当化事由の前提についての錯誤の際に、故意的な行為が欠落し、過失の犯行しか考慮されないような場合には、行為者が客観的注意義務を遵守した、つまり、彼の錯誤が合義務的な検討にあっても回避不可能であったのであれば、そのことは、既に、過失犯の構成要件が、少なくとも違法性が欠けている⁽⁵³⁾ということの意味するのである」との説明である。

それによって、我々は、許された危険の要素および合義務的な検討の要素は無用の長物であるという結論に達したのである。その理由は、両者は内容空虚なものであり、また、錯誤の領域においてのみ機能するに過ぎないからである⁽⁵⁴⁾。このことは、完全に、Lenckner の理論に基礎を置く、我々の被祝賀者である Roxin の見解にも妥当する。

無論、被祝賀者は、彼が1974年に「推定的承諾について」という表題の論文を表した後に、既に彼の「刑法総論、第1分冊」第1版において、次のように改説している。すなわち、彼は、推定的承諾を依然として許された危険に基づく正当化事由と見なしつつも、少なくとも合義務的な検討の

(52) Lenckner (Fn.16), 181.

(53) Lenckner (Fn.16), 182.

(54) そのように主張するのは、Rudolphi (Fn.38), 78, 80, 86ff.; Geppert (Fn.9), 1026; Hirsch (Fn.2), Vorbem. § 32. Rn. 140; Schmidhäuser (Fn.15), 9/52.

要素を、一般に、つまりは正当化事由のあらゆる場合に否定したのである。その理由は、「その検討は、正当化の前提をほとんど検討しなかった者は、仮に正当化事由が存在し、且つ行為者がその存在を仮定した中で行為をしたとしても、故意的な行為の故に処罰されなければならないという維持しえない結論に至るからである⁽⁵⁵⁾」というのである。このことは、推定的承諾の場合に、自ずとこの要素の否定を意味する。かくして、彼は、「推定的承諾の場合にもまた、行為者が当該者の同意に有利に働く状況を注意深く検討したということが、正当化の前提に属するのである⁽⁵⁶⁾」と述べている。

この改説によって、Roxin は、確かに、一方では、推定的承諾の場合の合義務的な検討を肯定することに対する批判を回避しうる。しかし、他方では、それによって新たな困難性が姿を現すことになる。というのは、許された危険を正当化する根拠は、そのことによって、推定的承諾における危険に対応した要素を喪失することになるのみならず、正当化の前提についての錯誤の場合に故意を基礎づける機能をもまた失うからである。そのために、次のように主張されている批判に同意しなければならない。すなわち、「『許された危険』という特徴づけは、その他に、従来の概念から出発するならば、間違っていると思われる。この場合に、危険は、将来の侵害の発生に関係するというわけではなく、既に行為の時点において存在する権利者の反対の意思が将来的に表明されるという点に関わっているに過ぎない⁽⁵⁷⁾」という批判に同意しなければならないのである。

仮に、推定的承諾が許された危険に基づく正当化事由であったとしても、我々の被祝賀者がこの概念に与えた意味は、Maiwald がこの概念の本質として認めた唯一可能な真の意味と矛盾している。Maiwald によれば、「許された危険の概念」は、「危険な行為がなされることが一如何なる基礎に

(55) Roxin (Fn.1), § 14 Rn.82.

(56) Roxin (Fn.1), § 18 Rn.30.

(57) Schmidhäuser (Fn.15), 9/50.

基づいても、常に一許されるということ述べるに過ぎない。それによって、許された危険は、形式的な概念を意味し、その中身は危険を許すことになる諸事由によってその内容が初めてえられるのである」。そして、彼は、「危険を許すことになる諸事由⁽⁵⁸⁾」という表現で、推定的承諾を許された危険に基づく正当化事由と考えている。しかし、我々の被祝賀者によれば、その「諸事由」は（この場合に考えられるのは、権利者の推定的承諾であるが）、この形式的概念に対し、何らかの内容を与えうるものとはなっていない。むしろ、彼はこの概念を形式的なままに放置している。これを敷衍すれば、Roxin の場合の許された危険は、当該者の推定された意思と後になって判明した意思との不一致性を肯定しようと、すなわち、不一致性を許された危険を理由に正当化しようとしているに過ぎないのである。それ故、私は、遺憾ながら、彼の新しい見解もこの概念の必然性を証明しえないといわなければならない。それは、この概念が固有の機能を有しないだけでなく、その内容も空虚なものであって、その結果として形式的なもの以上のなものでもないからである。

3. 推定的承諾の正当化事由については、上述(Ⅱ. 2.)で見たように、多くの見解が主張されている。しかしながら、この正当化事由の実体的な正当化根拠として提言された原理は、3つのもの、つまり自己決定権の尊重、利益衡量および許された危険に過ぎない。ただ、それらの原理の中で、許された危険の原理は、推定的承諾における実質的根拠たりえず、端的に、正当化事由の錯誤の場合に合義務的な検討という要素の助けを借りて正当化機能を果たしうる内容のない機能概念に過ぎなかった。それ故、正当化原理としては、自己決定権の尊重と利益衡量とが残されていることになる。とはいえ、私が既に批判したように、この2つの根拠は、並列的關係、いふならば上で論駁された事務管理説の中で見られたような関係ではなく、

(58) Maiwald, FS für Jescheck, Bd. 1, 1985, 409.

上位と下位の関係の中でのみ考慮されなければならない。しかも、そのような垂直的關係では、自ずと「主人」は自己決定権の尊重であり、「従者」は利益衡量でなければならない。そうでなければ、一正当化的緊急避難説のように一第三者の理性高権が当該者の自己決定権を抑制することになってしまうからである。

このような観点のもとに主張された理論は、承諾説以外にない。この理論の主張者として、Hirsch は、「推定的承諾を正当化する効力は、この場合に、適宜の決断が妨げられている承諾権者の期待すべき意思に沿って行為されるという点に基づいている。・・・この利益は、端的に、この仮定的意思を探求する場合の重要な観点を意味する。・・・利益が意思と比較して独立した前提条件にまで高められるや否や、その意思を取るに足らないものと見積もることによって、真の意思すら無視する可能性が出てくる。そこに存在する個人の自律性が無視されることによって、承諾説の基盤が一重要なのは、事実的に承諾が欠けていることの代替物に過ぎないという点であるが・・・放棄されてしまい、意思に方向づけられたこの領域と利益衡量に導かれた緊急避難との区別が希薄化されることになっているのである」⁽⁵⁹⁾と述べている。

私には、Hirsch の基本思想が自己決定権の尊重の端緒という意味においては、正しいと思われる。それにもかかわらず、彼が自己決定権の尊重と利益衡量の関係を現実的に矛盾なく「主人」と「従者」の関係として理解していたのかどうかの点には、疑いが残る。彼は、なるほど思想的には仮定的意思を探求する場合の利益に補助的な役割を付与しているに過ぎない。しかし、実際的に、Hirsch は、彼が、「当該者の意思は一般に正常且つ理性的なものに一致するはずである。そこでは、利益状況決定的な意味が付与されている」⁽⁶⁰⁾と記述しており、そうすることで明らかに、一いわゆ

(59) Hirsch (Fn.2), Vorbem. § 32 Rn.132.

(60) Hirsch (Fn.2), Vorbem. § 32 Rn.137.

る内的な利益衝突の解決の中で一利益に主たる役割を担わせているのである。この彼の基準によれば、当該者の異常且つ非理性的な内心事情は、推定的承諾から排除されることになる。それでは、最終的には、自己決定権の尊重が中心となるべきであるにもかかわらず、むしろこの権利の否定が導かれることになってしまう。利益衡量の要素は、とどのつまり、法益保持者にいわゆる「真の幸福」を押しつける結果になっているのである。それに代わって、推定的承諾を正当化しうる要素は、自己決定権の尊重以外のなにものでもないのである。

III

そのようであるとすれば、議論をさらに展開するためには、自己決定権の意味、というよりはむしろ本来の自律性の意味に従った問題解決が試みられなければならない。M.-K.Meyer は、たとえば、自律性の法的な意味を、「この概念はその本質的な中核の意味に従えば、個人の行為する自由と理解されている。行動の自由としての自由は、一積極的な意味に換言すれば一したいと思うことを行うということを意味する。さらに詳細にいえば、個人が望むことを望んだようにすることもできるし、しないこともできるということであり、彼が望まないようになすがままにしておく必要はないということである。この中核的意味と一致するのは、自律と行為の自由の概念である⁽⁶¹⁾」と要約している。この概念定義によれば、現実的に与えられた承諾は実行された決断の自由の結果を意味している。詳述すれば、決断の自由を実行するために、論理的に思考された2つの前提条件が絶対的に必要とされている。すなわち、主観的前提条件としての被侵害者の決断能力と客観的前提条件としての決断状況の確保とである。いうなれば、この

(61) M.-K. Meyer, *Ausschluß der Autonomie durch Irrtum*, 1984, 132. その他には、Kantorowicz, *Tat und Schuld*, 1933, 11; Schmidhäuser *BT*², 1983, 4/1参照。

前提条件が充足されている場合に初めて、承諾が可能とされるのである。

現実的に与えられた承諾の場合には、主観的前提条件は既にその条件の要素として根づいており、客観的前提条件はいうまでもなく前提とされた事態と見なされている。推定的承諾の場合には、主観的前提条件は、事情の特殊性、たとえば法益保持者が不在であることが決断能力の現実的な行使を妨げているのにもかかわらず、その条件の内的要素でもある。しかしながら、決断を下すための事態の客観的な確保は、一各種の障害から開放され一保障可能である。それ故、推定的承諾の場合には、少なくともこの決断の事態は、決断の自由がある種の行為の自由として保障されるべきであるならば、保護されなければならない。また、我々の被祝賀者によれば、彼によって実在的なものと位置づけられた場合について、「当該者の自己決定権が決断状態の確保によって、最も良く保持されている。なぜならば、患者が死亡してしまえば、彼からは如何なる決断の可能性も奪われてしまっているからである。ただ、彼が手術を行うのであれば、決断状態は確保される。また、患者が延命を望まないのであれば、彼が後に自発的にこの世から去るということを誰も妨げることはできないのである」⁽⁶²⁾と述べている。

このことから、Roxinによって利己的なものとして列挙された事例、あるいはHirschによって列挙された利益の放棄の事例群は、推定的承諾によっては正当化されてはならないという結論が導かれることになる。なぜならば、法益保持者が彼の固有の利益を行為者あるいは第三者の利益になるように放棄されなければならないというこの状態では、被侵害者の決断のための事態は残されてはいないからである。かくして、Schmidhäuserは、私と同様に、「しかし、権利者の支配領域への侵害は、この種の事例においては、(そのように彼は理解しようとしているが)決して正当化されるものではない。最終的に、そのような態度は、他人に対する高権の僭窃と

(62) Roxin (Fn.4),469.

いうことに帰するのである。よって、承諾が『推定的に』与えられたであろうということは、無意味である⁽⁶³⁾と述べているのである。それに対して、内的な利益衝突の事例群においては、被侵害者の決断にとっての事態は保持されている。その場合には、事物に拘束された決断、人格に拘束された決断、あるいは生存に関する決断が重要であるのかどうかとは無関係である。その場合には、法益保持者が行為者によって保護された事態の存否についてを後から自発的に決断しうるからである。たとえば、破損した水道管の事例では、当時不在であったが、その後すぐに帰宅した所有者は、侵害されていない彼の財産を自由に決断しうるのである。推定的承諾の適用範囲が過度に狭められたこの結果は、確かに批判を生み出すかもしれない。しかし、それに対して、推定的承諾は現実と与えられた承諾の代替物に過ぎない、すなわち補足するものであるということを描き出すことで十分であろう⁽⁶⁴⁾。

このようにして、私は次のような最終的な結論に至ったのである。つまり、推定的承諾は自己決定権の尊重という原理にのみ基づく独立した正当化事由であり、この意味においては、確かに、固有の原理によって基礎づけられているものではないが、決断状態の確保によっては基礎づけられているのである。それ故、当然の帰結として、利他的な場合が正当化されるのであり、反対に利己的な場合は正当化されない。

我々の被祝賀者が、推定的承諾の正当化根拠について、「推定的承諾について」という表題の論文を公にしたことに触発され、それ以後、この問題についての議論が、我国においても、改めて活発化した。このテーマをめぐるドイツにおける議論は、今日に至るまで終焉を迎えてはいな

(63) Schmidhäuser (Fn.15), 9/50; Geppert (Fn.9), 1025.

(64) この点について、Roxin (Fn.1), § 18 Rn.10; Tiedemann, JuS 1990, 109; Geppert (Fn.9), 1025; Müller-Dietz (Fn.9), 282; Lenckner (Fn.7), Vorbem. § 32ff. Rn.59参照.

い。他方、日本においては、彼の理論の支持者が増加しつつある。それは、Roxin が、この正当化事由の基礎としての許された危険の要素によって、行為者が常に可能な限り慎重に当該者の主観的内心情を採求することに努めたのにもかかわらず、推定された意思と真の意思とが、必ずしも常に相互的に調和しうるものではないという事情を考慮した点にあるように思われる。しかし、Roxin がそれによって許された危険という、まさに内容空虚な形式に与えた任務は、私が示したように、それよっては克服されえていない。

それに加えて、我々の被祝賀者は、利益衡量の原理を正当化根拠として承認し、その根拠に被侵害者の真の意思を推定する際に一定の役割を担わせようとしている。確かに、行為者は一緊急避難の場合のように一行為を遂行するかしないかという緊急状態に晒されている。實際上、彼の手には正当化する行為の方針を示す基準を委ねることが、無条件に必要となる。このことが利益衡量の原理の意味である。それ故、この原理は、なるほど、行為者あるいは犠牲者の客観的側面の調整に貢献するものではあるが、それらの主観的側面に貢献することはできない。その理由は、この衡量原理は、元来、単に事態を客観化し、一般化しうる、換言すれば合理化しうるに過ぎないからである。その点から、この原理は、本質的に、当該者の非理性的な内心情を考慮することがまったくできない。この原理が正当化原理として承認されるのであれば、それは常に被侵害者に対し理性高権を押しつけることになる。そうではなく、正当化根拠は、私が上記で詳細に説明したように、自己決定権の尊重の原理のみによって明らかにされるべきである。この原理によれば、推定的承諾の場合を正当化する時点は、現実に与えられた承諾の時というよりはむしろその前の時点に移される。それ故、こう考えることによつてのみ、我々の被祝賀者が生存に関する決断の場合に正当にも指摘した、犠牲者の決断の状況が守られることになるのである。確かに、これによつて推定的承諾の適用範囲は利他的な場合では制限されることになるが、推定的承諾は現実的に与えられた承諾の代替

物に過ぎないという基本的視座に忠実であることになる。

我々の被祝賀者の出発点とは異なる筆者のそれは、当然の帰結として、別の結論を導くことになっている。しかし、私は、我々の尊敬する被祝賀者である Claus Roxin とは、次のような意味において一致している。すなわち、解釈学というものを可能な限り一体系的な統一性を破ることなしに一現実性へと近づけ、さらに、推定的承諾の場合には一ほとんどの正当化事由の場合のように一緊急状態の中での行為者に、明白な行為の原則を示そうという試みであるという意味において。

第 49 号 目 次

論 文

- 刑法の役割と最近の刑法改正
—法定刑改正を中心として— 清 水 洋 雄 …… (1)
- ヨーロッパ契約法原則における不履行法について 齋 田 統 …… (27)
- イタリア倒産法制の現況と構造
：附・2006年イタリア倒産法試訳 萩 原 佐 織 …… (53)
- 景観計画における住民参加—観光行政のあり方についての一考察—
稲 積 重 幸 …… (171)

研究ノート

- 政治学の基礎概念(2)
—国家：ヨーロッパにおける歴史的展開と概念の変容—
吉 野 篤 …… (187)

第 50 号 目 次

論 文

- Conflicts and Conflict Resolution 阿 曾 村 邦 昭 …… (1)
- 公開買付規制と経営権防御制度に関する比較検討 (一)
洪 濟 植 …… (23)

研究ノート

- 盗電行為と類推禁止
—電気ないし電流は窃盗罪または横領罪の目的物となり得るか—
川 添 誠 …… (53)
- 韓国における民法改正の動向と「保証人保護のための特別法」の制定
孟 觀 燮 …… (67)
- 管轄の合意・再考 (一) 川 口 誠 …… (85)
- 記憶の場としての <constitution> 佐 藤 寛 稔 …… (95)

執筆者

道端 忠孝 ノースアジア大学法学部教授
孟 觀 燮 ノースアジア大学法学部講師
中里 真 ノースアジア大学法学部講師
川口 誠 ノースアジア大学法学部講師
秋山 栄一 ノースアジア大学法学部講師

(掲載順)

平成22年3月19日印刷
平成22年3月19日発行

秋田法学 第51号

編集兼 発行人 ノースアジア大学
総合研究センター法学研究所

印刷所 アートビジネス
秋田市仁井田目長田一丁目10-26
電話 018-839-2515

発行所 ノースアジア大学
総合研究センター法学研究所
秋田市下北手桜守沢46-1
電話 018-836-4531

AKITA HŌGAKU

LAW REVIEW OF NORTH ASIA UNIVERSITY No. 51 March, 2010

CONTENTS

Articles

- Hotelkeeper's Liability for Nondeposited Valuables
.....*Tadayoshi Michihata* ... 1
- The Constitutional Court and its Effect on Civil Law
—The Constitutional Court and Civil Law of the Republic of Korea—
.....*Kwansup Maeng* ... 27
- Eine Studie über die Verantwortung des Reiseunternehmer in Reisevertrag
.....*Makoto Nakazato* ... 61

Note

- Vereinbarung über die Zuständigkeit—Überprüfung (2)
.....*Makoto Kawaguchi* ... 85

Translation

- Nobuyuki Yosida, Zur materiellen Legitimation der mutmaßlichen Einwilligung,
in Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, 2001, S. 401.
.....*Eiichi Akiyama* ... 97

published by
Institute of Law
North Asia University General Research Center