

ICD NEWS

LAW FOR DEVELOPMENT

法務省法務総合研究所国際協力部報

INTERNATIONAL COOPERATION DEPARTMENT
RESEARCH AND TRAINING INSTITUTE
MINISTRY OF JUSTICE

第10号
2003.7

目次

巻頭言

“国境なき法律家”

日本弁護士連合会国際交流委員会委員長 吉野 正 1

調査報告

ウズベキスタン司法調査報告

日本弁護士連合会国際交流委員会 3

・ 弁護士会タシケント支部 9

・ 最高経済裁判所 13

・ 世界経済外交大学国際法学部リーガルクリニック 18

・ タシケント法科大学・同リーガルクリニック 22

・ 外国系法律事務所 25

・ 法律事務所 27

・ タシケント市刑事裁判所 29

・ 司法省 31

・ 事務監理報告 33

・ ウズベキスタン共和国基礎知識 38

研究報告

インドネシア共和国憲法仮訳（第1次ないし第4次改正を含む）

日本学術振興会特別研究員 島田 弦 49

国際研修

第4回日韓パートナーシップ研修講演会（平成14年10月21日開催）

国際協力部教官 黒川裕正 66

・ 講演会資料 104

～国際協力の現場から～

“早く一人前の国際協力専門官になりた～い”

主任国際協力専門官 小山田 実 152

～@閑話～ 17, 48, 65, 154

～ 巻頭言 ～



国境なき法律家

日本弁護士連合会国際交流委員会
委員長 吉野 正

前からずっと気になっている団体がある。国境なき医師団、**Médicins Sans Frontières (MSF)**である。**MSF**は1971年に緊急医療援助を目的にフランス人の医師とジャーナリストによって設立された非政府組織である。世界各地で起きる地震、洪水、干ばつ等による自然災害、また、戦争、内戦、民族・宗教紛争等、人為による災厄から人々の生命を守り、傷ついた身体を治療し、蔓延する病気を治し、飢餓に苦しむ人への人道援助を行い、1999年、28年間にわたる中立公平な人道援助活動を評価され、ノーベル平和賞を受賞した。現在世界18か国に支部をもち2か国に事務局を設ける国際連帯組織となっている。1992年から日本支部も活動している。

自然災害発生地、武力紛争地域、難民キャンプなどで、身の危険に曝されながら、素晴らしい人道援助活動を行う**MSF**医療従事者の姿を見る時、彼らの活躍する同じ場所で、人権侵害の防止、救済、再発防止、さらには平和と法の支配の確立に向けた貢献が、同じプロフェッションたる弁護士には何故できないのか、考えさせられるのである。

確かに医者と法律家の仕事の質の違いは大きい。医療活動は被災地域に出かけ、重い傷を負い病に苦しむ人に直に接し、診断し、傷口をふさぎ、薬を与え、看護しなければならない。法律家が武力紛争地域の虐殺現場や地震災害地の死に瀕している人、傷に苦しむ人を目前にしても対応はできない。

1996年夏、日弁連カンボジア司法調査団の一員として、私は初めてカンボジアの土を踏んだ。

3人乗り、4人乗りの多くのオートバイが赤土を巻き上げ、波のように行き交うプノンペン大通りそばの市場に、手足を無くした不自由な動きで物乞いをする人が多いのにまず驚いた。子供のころ近くの神社の祭礼に出かけ、白い服を身にまとい胸に黒い箱を下げた傷痕軍人を見て物悲しく感じたことを思い出した。しかし、それともまた大きく異なる衝撃的で忘れ難い光景があった。手足を無くした者の中に子供が多かったことである。

続いて見たのは、ポル・ポト時代の政治犯収容所の、立ったままでしか眠りようがない狭い独居房、残酷の限りを尽くした拷問用具、正視できない生々しい虐殺写真、積み上げられた頭蓋骨の山である。ポル・ポト一派が200万人ともいわれる自国民を大量虐殺（ジェノサイド）し、人道に反する罪を犯したのである。法律家は何もできなかったのか、これからも何

もできないのか、あるいは、これから何かできるのではないかという思いが、MSF への関心とともに今日まで続いてきた。

MSF 代表ジェームス・オルビンスキーのノーベル賞受賞演説の原稿をインターネットで読んだ。彼の発言は法律家そのものである。彼は「人道的な活動は単なる寛容や慈善事業以上のものです。一人一人が人間としての権利、尊厳を取り戻すことを目的としているのです。」「国家が人間の尊厳を直接脅かす行為をすれば、国家に対し異議を申立てます。沈黙と中立は違うのです。」「危機状況においては、人道的な国際法の枠組みが必要です。国際法によって犠牲者や人道援助団体の権利を確立し、人権の尊重を保障する国の責任を定め、戦争犯罪者に制裁を加えることを定めるのです。」と述べている。彼は残念ながらその枠組みが機能していないと訴えている。

「枠組みが機能しないのは政治家の責任であり、人道主義は政治の失敗に対する市民の答えです。」と言う。その例として北朝鮮をあげている。MSF は1995年北朝鮮に入り、食料援助を行った。しかし、食料援助が、数百万人の飢餓に苦しむ人々にではなく、その原因を作り出した元凶の政治家の支援になっている。まして援助が政治の責任を隠すものにならない、というジレンマから1998年援助活動から撤退したという。

法律家の国際貢献活動は幅広い。中でも人権、人道主義にかかわることは、法律家の本分であり守備範囲である。しかしそれは実際に行う段になると、戦争、平和、国家主権と離れ難い問題となる。MSF の人達はそんな中で、外科用具と医薬品を手に悪戦苦闘していることがわかる。外科用具と医薬品だけでは、とても太刀打ちできない相手に立ち向かっている様が、私の尊敬の念をつのらせ、増す所以である。法律家もペンの力と人権感覚と行動力で少しずつ、着実に取り組むべきであろう。

司法制度改革審議会意見書によれば、我国は世界的動向に受身で対応するのではなく、国際社会との価値観の共有を深め、公正なルールに基づく国際社会の形成・発展に向けて主体的に寄与することが一層重要となる、という。

国際社会と共有する価値の中に、人権、人道主義、平和が最上位を占めることに異論はないであろう。問題は実行である。意見書も発展途上国に対する政府、弁護士、弁護士会のこれまでの法整備支援活動を評価している。

日弁連の国際貢献活動は今日では、質量とも高く大きくなっている。

カンボジアにおいてもポル・ポト派による人道に対する犯罪とジェノサイドに対する刑事裁判が国際法廷の下に行われようとしている。MSF は、1979年、ポル・ポト時代の圧制からタイに逃れてきたカンボジア難民の援助活動をしている。

我々は世界に誇る第8代国連難民高等弁務官緒方貞子氏を輩出したのである。弁護士、裁判官、検察官が力をあわせ、世界各地で起きる、人権侵害や人道に対する犯罪を防ぎ、犠牲者を救済し、人権侵害者を処罰する国際的非政府組織、国境なき法律家団ができないかと思いつけるこの頃である。

ウズベキスタン司法調査報告



日本弁護士連合会

国際交流委員会

矢吹公敏日本弁護士連合会（「日弁連」）国際室長を団長とする9名の弁護士の方々が、日弁連におけるウズベキスタン共和国に対する法整備支援の方向性を検討するため、2002年10月18日から26日までの9日間にわたり、精力的に司法機関などを訪問し、調査を実施されました。

その調査結果を取りまとめたものが本稿であり、ウズベキスタン共和国の司法制度に関する貴重な資料であるため、日弁連の御了解を得て掲載いたしました。

矢吹室長を始めとする日弁連の皆様には、深く御礼申し上げます。

目 次

はじめに
団員名簿
ウズベキスタン司法調査行程
弁護士会タシケント支部
最高経済裁判所
世界経済外交大学国際法学部リーガルクリニック
タシケント法科大学・同リーガルクリニック
外国系法律事務所
法律事務所
タシケント市刑事裁判所
司法省
事務監理報告
ウズベキスタン共和国基礎知識

はじめに

ウズベキスタン司法調査団長
日本弁護士連合会国際室長
矢 吹 公 敏

第1 はじめに

日弁連では、2002年10月18日から26日まで、中央アジアのウズベキスタン共和国を訪問し、同国の司法調査を実施しました。

今回の調査は、同年2月17日・18日に名古屋大学が主催した「21世紀中央アジアにおける体制転換と法」というシンポジウムの席で、ウズベキスタン共和国弁護士会のイシヤンハーノワ女史から打診があり、これにこたえる形で実現したものです。

日弁連では、1995年に国際的な司法支援活動を開始して以来、カンボジア、ベトナム、ラオス、モンゴル等に対する司法支援に参加してきましたが、ウズベキスタン共和国への司法支援については、国際協力事業団（JICA）及び法務省法務総合研究所が行っている本邦での司法研修に講師を派遣するに止まっていた。他方、名古屋大学、法務総合研究所は、現地に数か月単位で専門家を派遣する等同国への司法支援に積極的でした。日弁連による今回の調査を開始するに当たり、両機関から、是非一度現地に行き司法の現状を調査することを勧められたことも調査を決定した一因となりました。

また、これまで培ってきた国際司法支援の経験をもとに、距離、政治体制、宗教等多くの点でこれまでの対象国とは違うウズベキスタン共和国に対する素朴な興味も、同国への調査を行う遠因となりました。

第2 調査の目的

日弁連では、国際司法支援を実施するに当たり、自己の専門性を生かし他の機関の活動と重複しない活動を行うために、対象国の弁護士制度を対象とする協力を行うことを活動指針の一つとしています。今回の調査でも、基本知識として①ウズベキスタン共和国の司法制度全般の調査を行うものの、②同国の弁護士制度の調査を中心とした調査を行い、③同国弁護士会との今後の協力の可能性を協議することを主目的としました。

他方、日弁連の調査は初めてなので、④同国の政治、社会、歴史、市民の生活等幅広く見聞を広めることも目的の一つでした。「百聞は一見にしかず」という訳です。

第3 所感

個々の調査結果報告は、各団員の報告をご覧ください、本稿では私の所感をいくつか述べたいと思います。

まず、同国は、すでに強固な社会主義が確立し、法曹のレベルも高く、我が国が市場経済化支援、民主化支援、基本的人権支援といった協力を実施するに際しては、時間をかけ

て取り組む必要があるという印象を受けました。国土の多くが砂漠で、大地に広大に広がる綿花畑も、ソ連時代のコルホーズ・ソフホーズの影響か、区画が碁盤の目に分けられ、灌漑用水も国家が管理していました。近隣諸国の政治の不安定さから警察力が強く、車での移動中も何度も検問がありました。また、ソ連時代の名残で、新しくはないものの建物、ガス、電気といった社会インフラは整っているようでした。他方、社会は比較的安定し、犯罪は少ないということで、タシケントで夜歩いても安全でした。司法制度も、社会主義的制度であるものの、それを担う法曹のレベルも高いという印象を受けました。こうした国で、私たちがどういう協力をする事ができるか、課題であると思います。

第2に、弁護士及び弁護士制度が不安定で、日弁連が協力する余地があるのではないかとこの点があげられます。ウズベキスタンでは、他の市場経済移行国と同様に司法の汚職があり、弁護士の地位が低く、裁判所でも一段低い所に弁護士席が設けられています。弁護士会も任意団体であり、不安定な地位にあります。日弁連は、こうした弁護士制度の向上に対する協力をすべきであると強く感じた次第です。ちょうど、調査団の滞在中に、弁護士法の改正法案が3機関から提出されたこともあり、同国弁護士会から日本の弁護士制度について多くの質問が出され、予定していなかったテレビでのインタビューもありました。今後も、引き続き同国弁護士会とのつながりを維持していきたいと考えており、JICAにも本邦研修に参加者に弁護士を加えることを提案させていただきました。

第3に感じたことは、若者への期待です。タシケント法科大学及び世界経済外交大学法学部のリーガルクリニックを訪問した際に、明るく、自信を持って取り組んでいる学生の姿に、この国の将来の光明を見た気がしました。

今回の調査は、紀元前に遡るウズベキスタンの歴史の一端にふれ、シルクロードを巡る同国の成り立ちに感動する毎日でもありました。チムール帝国の繁栄は、同国国民の自信の源かもしれません。

調査団員の多くが、体調を崩したにもかかわらず、楽しく調査を終えることができたのは、通訳のアスカルさんのお陰です。アスカルさんは、日本語が堪能で、通訳をお願いしていない日にも私たちに同行して裁判所等を訪問するほど、大変勉強熱心な方です。日弁連では、アスカルさんの親切に甘え、日弁連のパンフレットのロシア語訳をお願いすることになりました。また、今回の調査に当たり、名古屋大学の佐分晴夫、杉浦一孝、市橋克哉の3教授、法務総合研究所の丸山毅教官（現ベトナム JICA 長期専門家）には、事前準備の段階から大変お世話になりました。改めて、こうした方々に感謝申し上げます。

日弁連は、今回の調査結果を生かし、今後もウズベキスタン共和国に対する司法支援に取り組みたいと考えています。

団 員 名 簿



団 長
矢 吹 公 敏
日本弁護士連合会国際室長
矢吹法律事務所
東京弁護士会所属



副団長
上 柳 敏 郎
日本弁護士連合会国際室幹事
東京駿河台法律事務所
第一東京弁護士会所属



事務局長
田 中 みどり
日本弁護士連合会国際交流委員会委員
田中法律事務所
東京弁護士会所属



団 員
赤 羽 貴
日本弁護士連合会国際交流委員会副委員長
アンダーソン・毛利法律事務所
第二東京弁護士会所属



団 員
相 馬 卓
日本弁護士連合会国際交流委員会委員
新潟第一法律事務所
新潟県弁護士会所属



団 員
上 野 攝津子
日本弁護士連合会国際交流委員会委員
太陽法律事務所
第一東京弁護士会所属



団 員
宮 家 俊 治
日本弁護士連合会国際交流委員会委員
千葉綜合法律事務所
千葉県弁護士会



団 員
田 邊 正 紀
日本弁護士連合会国際交流委員会委員
酒井法律事務所
名古屋弁護士会所属



団 員
池 内 稚 利
日本弁護士連合会国際交流委員会委員
光和綜合法律事務所
第一東京弁護士会所属

ウズベキスタン司法調査行程

2002年

10月18日	タシケント着
10月19～20日	ヒヴァ視察
10月21日	タシケント
10 : 00 - 12 : 00	弁護士会タシケント支部訪問
14 : 00 - 14 : 40	外国系法律事務所訪問
15 : 00 - 17 : 00	最高経済裁判所訪問
17 : 30 - 18 : 30	世界経済外交大学国際法学部リーガルクリニック訪問
10月22日	タシケント
10 : 00 - 12 : 00	タシケント法科大学・同リーガルクリニック訪問
12 : 30 - 12 : 45	河東大使表敬
14 : 00 - 14 : 40	外国系法律事務所訪問
15 : 00 - 16 : 30	法律事務所訪問
17 : 00 - 18 : 00	タシケント市刑事裁判所訪問
19 : 00 - 21 : 30	河東大使主催夕食会
10月23日	タシケント
09 : 45 - 10 : 30	JICA 現地事務所訪問
10 : 30 - 12 : 00	司法省訪問
10月24日	サマルカンド視察
10月25日	タシケント発

弁護士会タシケント支部訪問報告

弁護士 相 馬 卓

弁護士 田 邊 正 紀

訪 問 日 2002年10月21日 10時－12時

先方応対者 ウズベキスタン弁護士会長 サンジャル・ヤクボフ氏

同会タシケント支部支部長 グルノラ・イシヤンカノーヴァ氏（女性）

ウズベキスタン弁護士会（Uzbekistan Bar Association）タシケント支部オフィスは、タシケント市中心部の、おそらく旧ソ連邦時代に建てられたと思われるビルの中にあった。同会会長のヤクボフ氏、同会タシケント支部長のイシヤンカノーヴァ女史が我々の対応をしてくれた。

両者の説明及び質疑応答から得られた同国の弁護士及び弁護士会に関する情報は以下のとおり。なお、双方間のコミュニケーションはロシア語－英語の通訳を介して行われた。下記の報告中、訳語や記述に不正確な点があり得ることをお断りしておく。



ウズベキスタン弁護士会タシケント支部にて

第1 弁護士制度について

1 監督機関

司法省が弁護士資格付与及び懲戒の権限を有している。

弁護士資格の資格審査委員会は、司法省6名、弁護士会6名及び裁判所4名の委員によって構成される。

2 弁護士試験

同国では、弁護士、裁判所及び検察官それぞれ別個の試験が行われている。弁護士試験の受験資格は、①高等教育を受けた者、②判事、検事の職にあった者、に認められている。

試験は、口述試験の方法により、刑事、民事、経済の3科目のうち1科目を選択して回答する方式とのことである。具体的には、上記3科目各1問の質問が記載されているカードを受験者が内容を見ずにクジ引きによって1枚選び、そこに書かれている3問の質問の中から1問を選んで回答するという、極めて簡略な方法らしい。質問は全部で90問（各科目30問）用意されるとのことである。イシヤンカノーヴァ女史によれば、質問

のレベルは易しいらしい。なお、筆記試験は無いのかとの当方の質問に対し、「事前に提出する」との説明がなされたようであるが、正確には確認できなかった。

3 研修制度

同国には、弁護士試験受験前又は同試験合格後に必要とされる研修制度はない。なお、イシヤンカノーヴァ女史は、後に説明するコレージュの24の法律相談所で、弁護士がトレーニングを受ける制度を導入したいと考えているようであり、この点については日本のシステムを倣いたいと希望していた。

4 弁護士の生活保障，収入水準

1998年12月に制定された「弁護士業務の保障及び弁護士の日常生活の保障に関する法律」により、弁護士の業務上の権限及び最低賃金その他の生活保障諸制度が規定されている。

雇用される弁護士の最低賃金について、(同法によるかどうかは不明であるが)一日4,000スム(約4米ドル弱)と定められているようである。ちなみに、弁護士の平均的な月収は、30,000スム(約30米ドル弱)との話である。なお、裁判官の平均的な月収は16米ドルとのことであるが、イシヤンカノーヴァ女史は、弁護士の収入はまだまだ低いと感じているようであった。

第2 弁護士会制度について

1 同国弁護士会の歴史

同国の弁護士会は、1922年、旧ソ連邦制度下の「コレージュ」(colleague と語源は同じと思われる)と称される国営の弁護士団体として発祥し、1958年にタシケントの弁護士会と各地方の弁護士会とに分割され、1991年のウズベキスタン共和国独立の際、国営から民営の団体に転換した。

2 弁護士会の根拠法

同国独立当初、同国の弁護士会は **decree** をその存立基礎としていたが、1996年12月に「弁護士に関する法律」が制定され、同法が現在の同国弁護士会の根拠法となっている。同弁護士会の設立根拠である **charter** は1997年8月に5年間の存続期間を定めて発効し、今年更に5年間の更新がなされたようである。

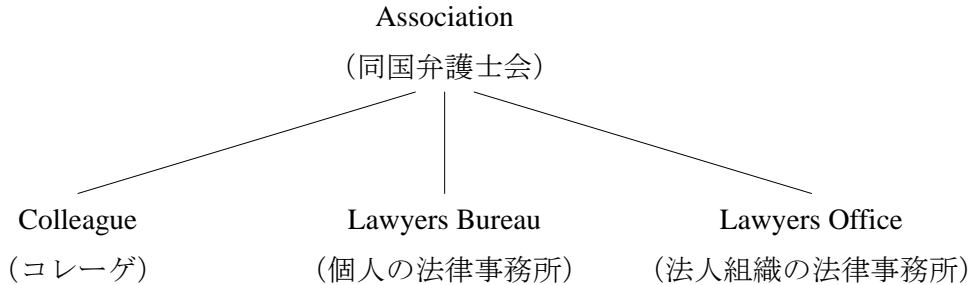
同国では弁護士会は任意団体であり、弁護士会に加入していない弁護士も多いようである。この点につきイシヤンカノーヴァ女史は全弁護士が弁護士会の会員になるべきとの考えを持っているようであった。

3 ウズベキスタン弁護士会の構成

現在、同国の弁護士数は2,000人以上、うち、タシケント市に約1,500人とのことであ

る。

イシャンカノーヴァ女史は、同国弁護士会の構成について、次のような図を示して説明してくれた。



タシケント市内でコレーゲに所属する弁護士数は約800人、24か所の法律相談所を有するらしい。コレーゲのほか、個人の法律事務所と法人組織の法律事務所があり、後者の設立には3人以上の弁護士が必要とのことである。なお、イシャンカノーヴァ女史は、コレーゲがどんな組織で弁護士会とはどのような関係に立つか、時間を掛けて説明してくれたが、我々の理解が判然としないところが残った。

4 弁護士会の財政

弁護士会の財政に対する国家予算からの援助はなく、会の運営は会員から徴収する会費で賄われている。弁護士会費は、同国の月額最低生活費の30パーセントと定められており、調査時の最低生活費は3,945スム（4米ドル弱）であった。なお、国家独立前は、コレーゲに対してはオフィススペースが無償で与えられたため、国家独立前から存するコレーゲはその恩恵に浴しているらしい。

第3 弁護士業務について

1 民事事件

民事訴訟に関しては、弁護士の資格を有しない者も代理人として訴訟行為を行うことが認められているらしい。（後に訪問した大学のリーガルクリニックでは学生が代理人として法廷活動を行った実例について話を聞くことができた。）同国では民事事件についても弁護士費用公費負担制度が存在するとのことである。その財政はソロスファンド他の国際的な援助によって支えられている。

2 刑事事件

同国の国選弁護人制度は、起訴前から弁護人が選任される。また、同国では、弁護士は刑事事件の依頼を受けた場合には、依頼者が弁護士費用を負担できないことを理由に受任を拒否することができないとのことである。国選弁護人の報酬は1日につき2米ドル程度とのことである。弁護人の取調べ立会権が認められており（但し、1回目の供述

調書が取られた後)、取調官の立会いなしの接見交通も認められているとのことである。

第4 その他

同国弁護士会が発行している機関誌で、日弁連の「自由と正義」が紹介されていた。アメリカ法曹協会(ABA)の援助により、同国の弁護士制度の発展に向けた諸方策についてのプロポーザルがまとめられ、冊子となっていたようだ。

約2時間のミーティングの後、ヤクボフ会長から昼食に誘われ、同会長、イシャンカノーヴァ女史及びABAプロジェクトの担当者であるという(Ms.)ユスポヴァ弁護士とともに近くのカフェで昼食を取った。ヤクボフ会長は、現在73歳だが、同会の中には、更に年長の80歳台の弁護士が2名いるとのこと。同氏は、レニングラード大学の法律大学院を出て、ウズベキスタンの大学でも教鞭を取った経歴を持つらしい。

第5 所感

同国弁護士会タシケント支部長のイシャンカノーヴァ女史は、同国の弁護士が裁判官や検察官と対等の地位を獲得することと、弁護士資格付与及び監督権限についての自治の獲得を目指し、熱心に活動しているらしい。我々一行は、後日、テレビ放映されるインタビューを受けることを要請された。そのインタビューでも、弁護士自治についての質問が集中した。同国弁護士の地位向上に対する熱意が感じられた。



テレビ・インタビューを受ける矢吹団長・上柳副団長

最高経済裁判所訪問報告

弁護士 上野 攝津子

訪 問 日 2002年10月21日 15時－17時
先方応対者 最高経済裁判所副長官 ムラート・アズモフ氏
最高経済裁判所国際部長 エリチバエフ・シャフカット氏
その他2名

タシケント市中心部に位置する最高経済裁判所の会議室において、上記4名の裁判官と面談をした結果は以下のとおりである。なお、面談がロシア語－英語の通訳を介して行われたこともあり、下記の報告書の記述に不正確な点がありうることを予めお断りしておく。



最高経済裁判所にて

第1 経済裁判所について

1 経済裁判所設置の経緯

ウズベキスタン共和国は独立後、市場経済導入のため経済裁判所法 (Law on Economical Court) を制定して経済裁判所を設置した。それから、今年で10年目となる。経済裁判所は、タシケント市に所在する最高経済裁判所の下部に、カラカルパクスタン共和国経済裁判所、12州に1庁ずつ配置されている州経済裁判所及びタシケント市経済裁判所の合計14庁の州級経済裁判所で構成される。なお、一般民事事件及び刑事事件を所管する通常裁判所では、州級裁判所の下位に地区・市裁判所が配置されているが、経済裁判所については、現時点では、州級裁判所までしか設置されておらず、地区・市経済裁判所の設置が今後の課題といわれている。

2 最高経済裁判所の役割

(1) 裁判所に対する監督権限

州級経済裁判所に対し、各裁判所の「裁判活動に対する監督権限」及び各裁判所が「指導的説明に従っているかどうかの監督権限」を有する。

(2) 統計

経済裁判所に係属する事件の統計を作成している。

2000年は33,000件、2001年は35,000件と事件は毎年増大してきている。

(3) 研修・啓蒙

- ① 大学の教授等とも連携して研修センターを運営し、経済裁判所裁判官の研修を行っている。
- ② 雑誌1種類と新聞3種類を発行している。
- ③ ウズベキスタン共和国は現在中小企業の育成に力を注いでおり、そのため最高経済裁判所は、中小企業の担当者に対する経済関係法の研修等の啓蒙活動も行っている。

第2 経済裁判所の構成

1 最高経済裁判所

最高経済裁判所は19名の裁判官により構成されている。

破産部、銀行・税務部及び契約関係部の3部に分かれており、契約関係部は更に11の係に分かれている。

2 州級経済裁判所

14の州級経済裁判所の裁判官の定員は143名であり、各州の裁判所は6名ないし13名、タシケント市経済裁判所は17名の裁判官により構成されている。

第3 経済裁判所の裁判官

各裁判官は独立しており、各人の自由意思で訴訟の判断を下す。

第4 経済裁判所が担当する案件

- 1 経済裁判所が担当するのは、両当事者が企業または個人企業である経済紛争事案である。当事者の一方が、企業ではない個人である場合は、通常裁判所の管轄となる。但し、破産事件は破産者が個人であっても経済裁判所が担当する。
- 2 知的財産権に関する場合は、当事者の一方が個人であっても経済裁判所が管轄権を有する。
- 3 経済裁判所が管轄する事件については、上記のようであるが、実際には、経済裁判所

と通常の民事裁判所が管轄する事件の区別が分かりにくい面がある。更に、通常裁判所と経済裁判所は、双方とも全く独立した組織であるため、一方の裁判所に提起された事件が管轄違いの場合、他方の裁判所へ当該事件を移送することはない。その結果、一方の裁判所で管轄違いとして受理されなかった事件が、他方の裁判所でも管轄違いとして受理されない場合が生じており、実務上問題となっている。この管轄問題については、最高裁判所と最高経済裁判所間で協議をしているとのことであるが、具体的な解決策については詳しい説明を受けることができなかった（なお、経済裁判所における審理手続き中に、刑事事件が発覚した場合は、刑事、行政、懲戒及び重加算税の4つに分類して、通常裁判所へ移送している。）。

4 なお、同種事件についての通常裁判所における判決を、経済裁判所に証拠として提出することは可能であるとのことである。

第5 経済裁判所における事件の審理

1 裁判所の構成

一審は通常単独の裁判官が審理する。控訴審では3～5人の裁判官による合議となる。なお、担当事件の70パーセントから80パーセントは弁護士が当事者の代理をしている。

2 事件の配分

提起された事件の配分は、タシケント市経済裁判所の場合、所長が担当裁判官を決定している。情実を廃するためには、日本と同様に順番制を取り入れることが好ましいと考えており、その導入を考慮中である。

3 審理期間

- (1) 経済裁判所では、訴訟提起から5日間で、訴訟受理の有無を決定し、その日から原則として40日以内に結審して判決をする。必要な場合は、30日間この期間延長が可能であるが、最長でも70日間の期間内で判決がなされる。なお、当事者が外国に在住する場合は、送達が必要等を考慮し、特例として更に期間延長が認められている。
- (2) 審理期間が最長70日と短期間であるため、複雑な事案の場合問題となることがないのか質問したところ、一審だけと考えず、上訴ができ、事案が最終的な判断を得るまでに2年位の期間の余裕があるので、問題はないと考えている、との回答を得た。

4 実際の手続

原告は、訴状提出時に、全ての主張と書証を提出する権利（義務ではない）を有しており、被告も答弁書提出時に全ての主張と書証を提出する権利（義務ではない）を有している。証拠は、原則として書証を優先し、書証がない場合にのみ、証人尋問を行う。当事者は、弁論（hearing）が開かれる前に主張や、証拠を提出する。裁判所は最長70日

間内に両当事者の意見を聞いて弁論を開く日時を決定する。弁論は1～2時間程度で原則1回だけ開かれる。

5 裁判上の和解

日本の裁判上の和解のような制度は、法律上はなく、裁判官は和解を斡旋しない。しかし、当事者間の協議で和解することは推奨されており、その場合、訴訟手続きは終了する（訴取下とみなされるのか否かについては不明）。

第6 面談後、経済裁判所の内部を見学した。

裁判官は、原則として個室を保有しているようであった（まだ執務時間内と思われるのにテレビがついている裁判官の部屋もあった。）。

また、法廷内を見学したが、民事の法廷でも検察官の机があること、弁護士は当事者と共に机のない席に座るようであることが印象に残った。



法 廷 風 景

第7 所感

裁判官の独立については、他の機関における意見聴取によると、裁判所の説明とは裏腹に、残念ながら現時点では建前にすぎないようであった。裁判官の給与も非常に低い水準のようである。また、日本とは異なり、民事の法廷にも、裁判の公正を保つための趣旨で検察官の席があったことが、裁判所の現状を示しているのではないかと思われた。

日本にはない経済裁判所という制度、更に、訴訟係属から70日以内に判決という迅速な審理のシステムは興味深いものであり、特に弁護士としては、迅速な訴訟手続きとは、どのようなものなのかを解明したいと考えたが、制度の違いもあり、残念ながら訴訟進行方法について十分理解できたとはいえない結果となった。ただ、原則は70日以内であるが、

複雑な事案等については、控訴審等を当初から考慮に入れた審理をしているのではないかとの印象もあった。この点について、弁護士事務所でも同様な質問を試みたが、裁判所と同様に、上訴も入れれば2年以上あるとか、訴訟となる前に当事者間で話し合いをしているので問題ないとの回答であった。

～ @閑話 ～

～ @閑話 ～

アジアにおける「おしん」(1)

NHK 朝の連続ドラマの不朽の名作といわれる「おしん」。アジアの様々な国で放映され、日本以上の人気を博したドラマである。ベトナムであれ、ラオスであれ、アジア人なら「おしん」というと話が通じるし、放映中は皆がテレビを見るため、人通りが少なくなったというから、その威力は絶大である。

「おしん」のどこが印象深いのかと聞くと、口減らしのための奉公、奉公人の世界、読み書きができない人の存在、川での洗濯、戦争などなど、様々な日本の昔の社会状況や生活が描かれていることを挙げる。そして、「日本にもああいう悲惨な時代があったのかという意味でアジア人は驚嘆・共感する。また、現在の経済発展を遂げた状況はアジア人の想像を越える」ということであった。単なる立身出世物語としてではなく、日本の庶民の現実が紹介され、自分の体験を思い出させる点が印象深いようである。

世界経済外交大学国際法学部
リーガルクリニック訪問報告

日本弁護士連合会国際室幹事
弁護士 上 柳 敏 郎

訪 問 日 2002年10月21日 17時30分－18時30分
先方応対者 世界経済外交大学国際法学部長 ナシロワ氏（女性）
同ロークリニック所長弁護士
ウバイドラエフ・ジヨドラ・サグドラエビッチ氏（男性）
その他、教授、指導弁護士、学生ら10名余

世界経済外交大学 (University of World Economy and Diplomacy) は、タシケント市内 (Buyuk pak Yuli str., 71, Mirzo Ulugbek district, Tashkent, Uzbekistan, 700077) に所在し、同国際法学部は、2000年9月、ロークリニック（リーガルクリニック、以下「クリニック」という）を設立し、活発な活動をしている。同学部長、同クリニック所長、教授、指導弁護士、学生等あわせて10数名が応対された。

応対者の説明及び質疑応答から得られた同クリニックに関する情報は以下のとおり。なお、双方間のコミュニケーションは同大学院生によるロシア語－英語の通訳を介して行われた。下記の報告中、訳語や記述に不正確な点があり得ることをお断りしておく。

第1 クリニックの体制や活動について

1 設立

クリニックは、2000年9月2日、世界経済外交大学国際法学部に、同学部の一部門として、オープンソサエティ研究所支援財団ウズベキスタン事務所の援助により、設置された。

同大学国際法学部は学部5年制、修士課程2年制で、約350名の学生が在籍する。ソクラテスメソッドを採用している。

クリニックは、当初任意選択科目であったが、2002年度より4、5年生用の必修科目となった。

2 目的

クリニックは、その目的として次の3点を掲げている。

- (1) 現代社会における法の支配を強化する。
- (2) 国民の法文化の水準を高める。
- (3) 勉学中の学生について、積極的な市民生活上の地位を形成し、さらに、法意識、強い倫理的確信と責任を形成する。

3 業務

クリニックは、その業務として次の3点を掲げている。

- (1) 国民のうち社会的弱者に対し、法律相談やその他の法的手段によって、優れた法律扶助サービスを提供する。
- (2) 法的紛争解決を活用する世論を醸成する。
- (3) グループによる双方向的学習を組織、実施する。

4 取扱分野

クリニックは、その取扱法分野として次の6つを掲げている。

- (1) 民事法
- (2) 環境法
- (3) 労働法
- (4) 家族法
- (5) 住居法
- (6) 民事裁判

クリニックは、現在、民事部門と環境法部門の2つに分かれている。近々に、小企業支援部門も設置する予定である。

民事裁判については、弁護士でなくとも代理人になれるので、クリニック学生も依頼者を代理し、法廷活動をしている。

刑事事件については、法廷活動ができないため、取り扱っていない。



世界経済外交大学校舎

5 支援団体

クリニックは、次の団体やソロス財団等の支援を受けている。

- (1) 立憲政治研究所
- (2) オープンソサエティ研究所支援財団ウズベキスタン事務所

- (3) 米国法曹協会 (CEELI)
- (4) 世界経済外交大学
- (5) 世界経済外交大学国際法学部研究所

欧米の大学やプタペスト大学等と経験交流をしてきた。

6 指導教員体制

クリニックは、指導者として次のメンバーを擁している。

- (1) クリニック所長弁護士
- (2) クリニック環境法部門長
- (3) クリニック事務局長
- (4) 指導弁護士 (現在8名)
- (5) クリニック事務所マネージャー
- (6) クリニック環境法部門事務所マネージャー

現在60名の学生が所属し、6グループに分けて、一人ずつ指導者が付いている。各グループは更に2つに分かれ、後記法律相談処理を分担する。

指導弁護士は、名目的な報酬で、週4～7時間指導を担当している。

7 事件処理実績等

2000年の開設以来、事件数約350件、関係依頼者数約500名の事件を取り扱ってきた。

8 法律相談の手順

法律相談者については、学生2～3名で初回面会を行う。

そのうえで、4～6名の学生と弁護士である指導者とで合議をし、回答等を起案する。

初回面会から1～2週間後に第2回面会を行い、相談者に対し、論点についての回答をし、処理方針を打ち合わせる。

裁判手続等が必要な場合は、再度合議のうえ面会というサイクルを繰り返す。

面会段階では指導弁護士は口を挟むことはしない。また、裁判準備も全部学生が行う。

第2 学生による受任事件の説明等

調査団を応対された学生のうち4名から、受任事件の苦労話を聞いた。概要は次のとおり。

- 1 クリニック開設当初に受けた事件が、2年間かかって、一審、高裁と敗訴し、現在破棄審手続中である。足を骨折した人の医療過誤事件で、医師の過失の立証が難しかった。
- 2 国家銀行相手の事件で、追加金請求を拒否している事案を担当している。担当裁判官は、国が間違っただけをやるはずがない旨言うので閉口している。政府や検事局に是正を求める書簡を提出した。

- 3 家事事件を多数担当している。ヨルダン人の夫とウズベキ人の妻の間の子どもをめぐる事件で、当事者からクリニックを閉鎖せよとの抗議の手紙が来た。
- 4 市当局が道路建設のために私人の家屋を破壊した事件を担当した。依頼者は、代替家屋建設を求めていたが、市当局が新土地と家屋建設費用を補償することになった。

第3 所感

世界経済外交大学国際法学部リーガルクリニックへの訪問は、日弁連側からの希望リストにはなかったのに、現地弁護士会側がアレンジをされていたものである。おそらく、現地弁護士会としては、同クリニックは、国際協力の一つの成果であるとともに、同国法曹界の希望の種であるとの認識があつて、日弁連にも見せたかったのではないかと想像する。

開設後約2年で必修科目にまで育成した指導弁護士らの献身と、それに応えた学生たちの意欲とを十分に感じる事ができた。とりわけ、学生たちの受任事件の説明及び苦勞話は、上記概要でもうかがえるように、実務を担当した者ならではのものであった。

同クリニックへの支援は、主に米国法曹協会や米系財団が実施しているようである。日弁連としても、日本型ロースクールやカンボジア弁護士養成校におけるクリニックを支援すると同時に、各地の同様の試みに参画していきたいものである。

タシケント法科大学
同リーガルクリニック訪問報告

日本弁護士連合会国際室幹事
弁護士 上 柳 敏 郎

訪 問 日 2002年10月22日 10時－12時
先方応対者 タシケント法科大学長 ルスタンバエフ氏
同リーガルクリニック担当教授 シャラメドフ氏
教授ら10名余

タシケント法科大学は、ウズベキスタン司法省に隣接する建物に所在し、教授らは同国の立法の審査、つまり日本の内閣法制局的な仕事もしている。同学長、教授等あわせて10数名が応対され、構内及びリーガルクリニックも見学した。

応対者の説明及び質疑応答から得られた情報は以下のとおり。なお、双方間のコミュニケーションは同大学院生によるロシア語－英語の通訳を介して行われた。下記の報告中、訳語や記述に不正確な点があり得ることをお断りしておく。

第1 タシケント法科大学長説明の概要



タシケント法科大学の教授たちと共に

1 学生数

法学部は4年制で、昼夜2部制をとり、毎年520名の入学者、現在学生総数約3,000名である。

大学院博士候補者は約20名、修士候補者は約80名おり、留学生は約300名いる。

2 教授による法制調査

本学教授は、立法の起草準備等に関与している。

また、最高裁判所や最高経済裁判所の顧問をしている教授もいる。

3 新教育技術

教科書や参考文献など教材の充実に努力しているほか、新しい教育技術の導入にも関心を持っている。

例えば、米国からリーガルクリニックによる実務研修と市民向け無料法的助言活動であり、近時学生に大人気である。

模擬裁判法廷も設置し、実務弁護士の協力も得ている。

また、2002年11月には、米国政府の協力により人権教育を提供する人権センター設立を予定している。

インターネット・ウェブサイトも開設した。

4 国際協力

問題解決のためにパートナーを求めている。

日本の名古屋大学と交換をしている。同大学市橋、佐分、杉浦各教授らに感謝している。

日本との協力を深めたく、弁護士資格を持った人の派遣も検討してほしい。

第2 タシケント法科大学リーガルクリニックの概要

1 設立

2000年に設立。

2 学生数

現在約50名が所属。

当初は希望者が少なかった。任意科目で通常課目の放課後に活動するのは大変というのが学生の本音だったと思われる。しかし、活動が実績を重ね、学生が実務に触れる貴重な機会であることが浸透した現在では、応募者が増加し、最優秀の学生のみを受け入れる状態となっている。

3 教員数

指導教員は約25名。実務弁護士の指導もある。

4 事件数

設立以来の取扱件数は、約2,000件である。

民事事件については、学生が法廷での弁論もしている。

5 インターンシップ，サマースクール

3週間程度のインターンシップや，専門家による研修を提供するサマースクールなども実施している。

6 専門クリニック

中小企業向けクリニック等，専門クリニックの設立も検討中である。



大学内の模擬法廷



タシケント法科大学の看板

第3 所感

タシケント法科大学は，実質的にウズベキスタン司法省直属の機関であり，エリート教育と同国立法を担当している。

学長は，名古屋大学をはじめ日本への期待を繰り返し言及された。

リーガルクリニックについては，前日訪問した世界経済外交大学国際法学部のようには訪問時間がとれず詳細を聞くことができなかったが，学長は当初は応募者が少なかったが現在では応募者多数のため最優秀学生のみを受け入れている旨発言されており，やはり若い法律家（志望者）の意欲を感じた。

外国系法律事務所訪問報告

日本弁護士連合会国際交流委員会

副委員長 赤羽 貴

訪 問 日 2002年10月21日 14時－14時40分

先方応対者 Chadbourne & Parke LLP 弁護士 ジャモリトディン・アスカロフ氏

訪 問 日 2002年10月22日 14時－14時40分

先方応対者 Denton Wilde Sapte 弁護士 イゴール・シデルニコフ氏

弁護士 ムボラク・カムバロヴァ氏

第1 10月21日、Chadbourne & Parke LLP（アメリカ系ローファーム）のジャモリトディン・アスカロフ氏と面談をした。同氏に全般的な法曹界及び法律システムについて質問したところ、以下の回答が寄せられた。

- 1 まず法制度については法律のみならず大統領府から出る Decree などがあり、相互に矛盾している可能性がある。
- 2 司法の独立についてはそれが行政府の一部であるというところから問題点があると考えられる。



ジャモリトディン・アスカロフ氏とのインタビュー

- 3 現地法律家のレベルについては必ずしも高いとは言えず、どのように契約を結ぶかなどについての法律というもの自体があるくらいである。
- 4 法律家としての教育としてはビジネスに関する書類作成をするような法律教育は非常に乏しいと考えられる。概して法律家に対しての信頼はあまり高くないようであり、また、裁判所に対する独立性もあまり高くない。

第2 10月22日、Denton Wilde Sapte（イギリス系ローファーム）のイゴール・シデルニコフ氏とムボラク・カムバロヴァ氏と面接を行った。同様に、法律システム及び法曹界全体についての感想を聞いたところ、以下のような所見であった。

- 1 ウズベキスタンにおいては、法律によって矛盾する条項があることがある。
- 2 全ての法律・先例が、法律家によってアクセスが可能というわけでもない。
- 3 他の裁判所が行った決定が先例としての拘束性を持たないというきらいがある。
- 4 法曹界全体として行政府からの独立が弱く、また、腐敗も蔓延していると考えられる。
- 5 ただし、経済裁判所はここ数年、法律制度の改正と法律の啓蒙について役割を果たしてきており、高く評価するべきと考えられる。
- 6 これに対して、司法省はあくまでも行政府の一部であり、司法改革をリードするというようなポジションをとっているとは思えないとのことであった。



Denton Wilde Sapte でのインタビュー風景

法律事務所訪問報告

弁護士 相馬 卓

訪問日 2002年10月22日 15時－16時30分
先方応対者 シャヴカット・ラスタモフ弁護士ほか

法人組織の法律事務所 Center of Legal Service は、タシケント市中心部の、国民議会議事堂に近いところに位置する銀行協会所有の近代的なビルの中にあった。小綺麗に内装が施されたオフィスの広々とした会議室に案内された。同法律事務所のヘッドパートナーと思われるシャヴカット・ラスタモフ弁護士を始めとするパートナー弁護士が3～4人、アソシエイト弁護士が3～4人、我々の応対をしてくれた。

同事務所での聞き取り及び見学の概要は以下のとおり。なお、先方と我々とのコミュニケーションはロシア語－英語の通訳を介して行われた。下記の報告中、訳語や記述に不正確な点があり得ることをお断りしておく。



Center of Legal Service の弁護士たちと共に

第1 Center of Legal Service 法律事務所は、1999年にラスタモフ弁護士らが開設した事務所で、主に商事分野（特に金融法務）を取扱い分野としている。現在、同事務所に所属する弁護士は、ラスタモフ弁護士を含めパートナーが5人、アソシエイトが8人であり、タシケント市の法律事務所の中でも大規模の部類に属するとのことである。他の法人組織の法律事務所の大半は、最低限必要とされる社員弁護士数（3人）であるらしい。

第2 Center of Legal Service 法律事務所は、民事・商事の訴訟及び企業法務の双方を取り扱っている。最近では、銀行法改正作業にも携わったとのこと。海外のクライアントでは、

日本の三井，東洋エンジニアリング，韓国の大宇，アメリカのテキサコ等の案件を手掛けたらしい。

第3 ラスタモフ弁護士は，外見から判断して40歳代半ばくらいか。弁護士になる前は国家の捜査機関の捜査官だったとのこと。弁護士になってからは銀行法務を中心としているとのことである。同弁護士のほか，我々とのミーティングに同席した弁護士は，ラスタモフ弁護士と同じ位の年齢のパートナーが1人，やや若い女性のパートナーが1人，その他，アソシエイトは地元のタシケント法科大学やモスクワ大学を卒業した弁護士経験1年前後くらいの若い弁護士だった。

第4 一通り説明及び質疑応答を終えた後，同事務所がオフィススペースの他に借りているビル上層階のカフェテリアを見学した。カフェテリアがあるフロアからは，タシケント市内を一望に見渡すことができた。フロア自体が360度回転するのだという。



カフェテリアからのタシケント市内の眺望

第5 所感

ウズベキスタン共和国は独立して未だ11年，市場経済化に向けて目下諸制度の整備を行っており，同国の経済は今でも農産物と天然資源に依存しているところが大きいと聞く。他方，タシケント市内では，銀行のビルを始め近代的な高層ビルが立ち並ぶ一角もあった。我々が訪問した法律事務所 Center of Legal Service は，おそらく同国の法律事務所の中でも市場経済化の流れの最先端を行っている事務所であろうと思われた。

タシケント市刑事裁判所訪問報告

弁護士 宮 家 俊 治

訪 問 日 2002年10月22日 17時－18時
先方対応者 タシケント市刑事裁判所長及び裁判官

第1 任命, 資格, 選出母体

ウズベキスタン最高裁判所は25名の裁判官と1名の長官により構成され, その任命は議会によりなされる。

ウズベキスタン憲法裁判所は7名の裁判官により構成され, その任命は議会によりなされるが, 大統領は自動的に構成員となることになっている。

他の裁判所(州裁判所, 市裁判所, 区裁判所等)の裁判官は全て大統領により任命されるが, この任命は裁判官選任委員会が作成する推薦名簿に記載される100名の候補者の中からなされなければならない。その候補者たるべき資格は, ①裁判所の主催する試験(民事訴訟法, 刑事訴訟法, 行政法を科目とする。)に合格すること, ②25歳以上であること, ③区裁判所の裁判官の候補者となるためには, 法律家として5年以上の経験があること, ④市または州裁判所の裁判官となるためには, 区裁判所で3年以上の実務経験があることが要求されている。推薦名簿に記載された候補者の選出母体は, カリーギェの長, 各種行政委員会の構成員, 外務省の部長クラス(Deputy Minister of Foreign Affairs), 法律科学の博士(Doctor of Legal Science), 法科大学教授団(Faculty of Law)の構成員, 検察官等である。

第2 管轄

ウズベキスタン国内の刑事管轄は14地域(14行政単位に対応する?)に分割され, それぞれに刑事裁判所(12の州裁判所, タシケント市裁判所及び自治共和国裁判所?)が存在し, そのうちの一つがタシケント市刑事裁判所である。

刑事裁判所は刑事事件及び行政事件を管轄する。

第3 配転, 事件数, 量刑

タシケント市刑事裁判所には11の部がある。2001年度の統計によると, 各部は月間約130の刑事事件(約25件)及び行政事件(約105件)の配転を受け, 刑事事件のうちの39パーセントは実刑判決を受けた。量刑事情について付言すると, 近時刑法改正があり, 死刑を量刑に掲げる犯罪類型は従前の33類型から現在は4類型に減少した(この最後の点については正確ではないかもしれませんが)。

なお, 量刑に裁判所の裁量の幅はどの程度あるのか質問したが, その回答は良く理解できなかった。

第4 参審制

タシケント市刑事裁判所（他の州裁判所も同様）は職業裁判官1名と2名の参審員により構成される。職業裁判官は各自60名の参審員（または候補者）を有しており、参審員の任期は2年半である。

参審員は、事実認定、証拠の採否及び評価、その他法律問題並びに量刑判断の全てに関与する。

なお、出所は不明であるが、ある統計によると、職業裁判官よりも参審員の量刑の方が厳しく、量刑のばらつきも参審員の方が大きいとされているようである。

第5 付則

最後に、否認事件で捜査段階の自白の任意性が争われる事件において、自白の任意性の判断は困難ではないか質問してみたところ、自白の任意性の判断には常に困難が伴い頭を悩ましている旨の回答を得た。

第6 雑感

前日訪問した弁護士会（タシケント支部）において、現状の刑事裁判は1920年代のスターリン時代、独立国家となった1991年以前と比較すれば改善されたものの、依然として有罪率は90パーセント以上であり有罪を確認するための機関として存在するという批判を免れない。これを抜本的に改革するためには、職業裁判官の参加を許す参審制ではなく、職業裁判官を排除し一般市民のみで事実認定を行なう陪審制を採用する必要がある旨力説されたことが印象に残った。在野の弁護士（我が国以上に裁判官・検察官との隔たりが大きい。）と現職の刑事裁判所裁判官との立場の相違はあるであろうが、司法制度改革に対する熱意及び一般市民に寄せる信頼という面では大きな開きがあるように思えた。

司法省訪問報告

弁護士 宮 家 俊 治

訪 問 日 2002年10月23日 10時－11時
先方対応者 司法省次官 サマトフ氏
 訟廷担当課長 ハシド氏
 渉外担当課長 ヤンコーン氏

第1 我が国との交流

ウズベキスタン司法省は日本の法務省及び法務総合研究所と交流がある。

第2 歴史

ウズベキスタン大統領は、1991年の建国以来、司法省の果たすべき役割について、三権分立の枠組みの中で大統領令を補助すべき機関として、格別の配慮を払ってきた。

第3 活動

- 1 司法省の主たる活動は、①法律及び政令の起草等の立法的な活動、②立法府の各種委員会及び諮問機関を監督する活動、③法律又は政令その他あらゆる法規範を裁可する活動に大別される。
- 2 司法省は、1992年制定されたウズベキスタン憲法（民主主義社会に移行憲法。）についても、フランス・ドイツ・日本等の先進国の憲法を参考にして、起草のための準備作業を担当した。
- 3 司法省は、憲法制定後、各種の活動を展開し、その結果、ウズベキスタンは旧ソ連邦内でもいち早く民法、刑法、民事訴訟法、刑事訴訟法を制定することができ、犯罪発生率の低下を実現することができ、旧ソ連邦内でも最も安全な社会となっている。
- 4 ウズベキスタンは、建国当初の第一段階を経て、現在は第二段階にあり、各種法律の見直し作業を行なっている。
 - (1) 刑法を部分改正し、死刑を量刑に掲げる犯罪は、テロ犯罪その他4類型に縮減された。
 - (2) 市民活動を NGO として登録することを制度化した結果、司法省の管轄する登録事務所には3,000以上の団体から登録がなされている。その内訳は、100以上の民族団体、約70の地域文化団体、約60のモスク、2,000以上の宗教団体であり、ソ連邦時代のように政党その他少数の任意団体のみが登録していたのとは隔世の感がある。

(3) 司法省は、弁護士に対する監督権限を有している。しかし、その内実は、①ソ連邦時代の政府による強固な監督を経て、②1996年制定にかかる弁護士法 (Law of Advocacy) による政府からの独立の保障、③1998年制定にかかる弁護士のための社会的圧力からの保護法 (Social Protection for Lawyers) により縮減されており、さらに、④現在弁護士会の協力のもとに起草を準備している新法では、弁護士のさらなる独立の保障が企図されている。

なお、残念ながら、上記の詳細については質問時間が貰えなかったため確認できなかった。

(4) 近時中小企業の権利保護、そのための官僚の汚職摘発を重要な政策目標に掲げ、2001年度には、司法省に対し約4,000件の救済申立てがなされた中で、約800件については官僚の告発がなされ、約500件については企業家の権利が救済された。

(5) その他の司法省の活動としては、一般市民に対する法的援助を行なっている。

なお、その内実については、確認できなかった。



矢吹室長とサマトフ司法省次官との記念品交換

事務監理報告

弁護士 田 中 みどり

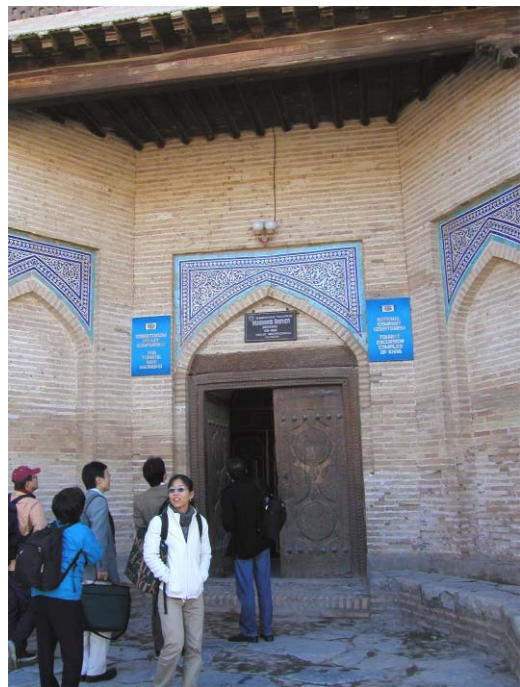
第1 調査関係手配の基本構造

1 国際交流委員会は、2002年度にウズベキスタン共和国について司法制度調査を行うことになり、前回のラオス・カンボジア司法制度調査（2000年度）の時と同様に、私がロジ関係を担当することになった。

前回の司法制度調査においては、航空券・ホテル・ビザも含めて、すべてについて自己手配をしたが、今回の手配は一括して旅行会社に依頼することにした。

その理由は、

- (1) 昨年、個人的にペテルブルグに行ったときの経験から推察するに、旧ソ連諸国内を旅行するには（特に自由旅行）、現在においても厳しい制約が伴い、ビザ等の書類等をきちんと正確に整えておかなければ無用のトラブルを招く危険性を痛感したこと、
 - (2) 私自身、ウズベキスタンは初めて訪問する土地であり、土地勘が全くなく、ノウハウも全く持っていなかったこと、
 - (3) 司法制度調査だけでなく、現地の歴史・文化面の視察も行う予定であったが、ウズベキスタンの雄大な歴史・文化を理解するためには、博学なガイドの存在は不可欠であったこと、
- にある。



修道院を改装して利用したヒヴァのホテル

2 以上の理由で、旅行業者に手配を依頼することにし、その選定に入った。現在、旧ソ連方面の手配旅行に強い旅行会社としては数社が存在しているが、最終的には、以下のとおりの理由で1社を選定した。

- (1) 私及び私の両親は過去に数回、同社主催の団体ツアーに参加したことがある。かつ、数年前に、両親が同社主催ツアーでウズベキスタンを旅行した経験があること。
- (2) 主催団体ツアーとともに、個人手配旅行も積極的に行っている業者であり、団体ツアーに準じた形での個人手配旅行の手配について、ノウハウがあると思われたこと。
- (3) 同社主催の団体ツアーは、若いバックパッカー向けではなく、むしろ、主に中高年を対象にしているために、比較的穏当なプランニングが期待できたこと。

(4) 同社本社事務所が、私の事務所から徒歩1分圏内に所在しており、打ち合わせ等に便利であったこと。

3 結果としては、同社に依頼をしたことは正解であり、準備段階から日程終了まで、全てがスムーズに、しかも何らの不安を感じることなく進み、無事に調査を終了することができた。

第2 日程・参加者確定作業

本調査旅行を行うにあたっては、外務省、JICA への便宜供与依頼を出すことが予定されていたが、公式に便宜供与依頼を行なう前に、調査旅行全体の日程や参加者を確定する必要があった。

今回は、諸般の事情から、アジアナ航空（成田発ソウル経由タシケント）を利用する予定であったが、フライトスケジュールは、

往路 金曜日の朝成田発→同日夜現地着

復路 金曜日の夜現地発→翌日昼頃成田着

というものであり、土日の日程を勘案しながら、スケジュールを組んでいった結果が、本調査旅行日程である。

参加者数については、旅行業者から最低10名を基準にすると価格的にも落ち着きやすいというアドバイスであったので、国際交流委員会及び国際室から参加者を募り、10名を確保した。

第3 外務省、JICA への便宜供与依頼

1 外務省や JICA には、一般的な便宜供与依頼だけでなく、具体的な便宜供与すなわち、現地調査にあたって、先方機関に対するアポ取り（現地日本大使館、JICA 事務所への表敬訪問も含む。）、その間の車両借上げ手配及び通訳手配を依頼する予定にしていたものであるが、問題は、外務省と JICA のどちらに具体的な便宜供与依頼をするのか、という点であった。

前回のラオス・カンボジア司法制度調査のときには、JICA 事務所が諸手配を担当してくれたし、現実的にも JICA 事務所の方が多数の調査の受け入れ実績があるために小回りがきくかもしれないと考え、今回も、まず、JICA 本部の担当者に内々に打診したところ、本件については、外務省にまず依頼をしてもらいたい旨指示があった。



柳沢 JICA タシケント事務所長（右）・田邊秀樹氏

そこで、外務省に具体的な便宜供与依頼書を出し、JICA 事務所には抽象的なお願いのみをすることにした。

2 前回の調査のときには、便宜供与依頼は外務省経済局技術協力課宛に出したが、今回は、先方の指示に従い、外務省条約局法規課宛に提出することになった。そして、矢吹弁護士と私は、外務省（芝公園）に向いて便宜供与依頼書を手渡しするとともに、調査の概要について説明した。

その当時の担当者は、非常に親切・丁寧に対応してくださった上に、さらに、「治安の関係から、タシケントの空港には現地大使館関係者が出迎えた方が安全である。」等のアドバイスをいただいたので、その申し出に従い、外務省に出迎えの手配までお願いすることにした。

3 当時の外務省の担当者からは、アポ取りの窓口は外務省に一本化して、日弁連が独自に別ルート（たとえば、ウズベキスタン弁護士会等）に直接コンタクトをとって日程調整を行うのは控えてもらいたい旨要請があった。窓口は一本化した方が混乱を招かないのは当然と考え、そのリクエストに従い、外務省からの連絡を待ちつづけた。しかしながら、現地調査日程が見えてきたのは出発前日であった。

その間、現地弁護士会から日程について何度も問い合わせが来る。しかも、調査日程（訪問先も含めて）の把握ができなければ、我々調査団の調査体制も構築できないために、非常にやきもきしたのも事実である。その間も、外務省の担当者（途中異動があったので、前述の担当者の後任にあたる。）とは、頻繁にメールで連絡を取り合っていた。彼女も、前任者と同様に大変親身になって対応してくださり、ありがたい限りであった。

この問題は、ウズベキスタンの国情上、日程はギリギリまで決まらないのが通常であるという現地事情に起因するということは分かっているながらも、やはり、非常に不安であった。外務省からは、「出発までに日程連絡が間に合わない場合でも、現地では何らかのアポが入っているはずだから調査は無事にできる。したがって、連絡が来ないままに出発しても心配はない。」と言われていたため、その覚悟を決めた上で、出発までに日程が確定しない場合には、現地滞在ホテルに直接連絡をして欲しいという依頼までしていたほどである。結局のところ、出発前日になって、待ちに待った現地大使館からの FAX が入ったのである。

ところが、それからが大変であった。というのは、日程の都合上、調査予定は、月曜日の朝から水曜日の昼までの2日半であると最初から強く念押しをしているにもかかわらず、水曜日の午後までばっちり予定が入っていたからである。しかも、現地日本大使館からは、日程等の詳細について確認したいことがあるので電話でコンタクトを取りたいとのリクエストが入っていた。しかし、私自身、出発の前日は裁判の予定がびっしりで、事務所にいる時間はほとんどなく、4時間の時差を考慮に入れても、国際電話での対応は全く不可能な状況にあった。そこで、急遽、日弁連国際課担当者に詳細を説明し、日本大使館からの問い合わせについては、国際課に適宜対応してもらうことにして、最終的な調整を行った。

また、この時点で、河東哲夫大使が、調査団のために大使公邸での夕食会に招待して

くださるとの報もあり、ありがたく招待をお受けすることにした。

4 ところで、外務省に便宜供与依頼を出したときには、いったん、依頼書を提出した後は、参加者人数の増減や差し替えも含む一切の変更は控えるようにと強く念押しをされていた。これは、外務省という公式ルートで物事を動かしていく以上、当然のリクエストであると思う。

しかし、出発前々日の夜になって、参加予定者の1人が、体調の都合で参加できない可能性が出てきた。この問題により、上記外務省との関係のみならず、すでに発給されているウズベキスタンのビザの有効性についても疑義が生じた（ウズベキスタンの観光ビザは、各自のパスポートに貼付されるのではなくて、全員分が1枚の紙に並列的に記載される形で作成される。）。そのため、早急に、これら諸問題について関係各所に有効性を確認する必要があった。本来ならば、全員の参加を実現するためにもギリギリまで参加可能かどうか様子を見たかったが、このような手続上の支障から、出発前日の午前中に、残念ながらキャンセルという最終結論を出してもらうことになった。結局、その時点から、大急ぎで、関係各所に対する問い合わせ作業を行ったが、幸いなことに、外務省も日本大使館も事情を了解し、即座に手配をしてくれたし、ビザの有効性も問題がなく、何とか無事に出発にこぎつけたのであった。

第4 空港にて

空港には、現地日本大使館の中村書記官と手配会社がアレンジした日本語通訳兼ガイド（アスカル氏）が出迎えに来ていた。今回利用したソウル経由アジアナ便は、ソウルからの大荷物を抱えた出稼ぎ者が多く搭乗していたために、タシケント空港でのイミグレーション、税関ともに大混雑であり、おとなしく列の後ろの方について並んでいるだけでは、何時間待たされるか分からないような状況であった。そのような状況のもとで、我々は、中村書記官とアスカル氏の機敏かつ適切な対応のおかげで、比較的スムーズに空港から脱出することができた（それでも、到着から脱出までに1時間半程度はかかった。）。



タシケント空港国内線

第5 現地日程について

現地日程については、調査部分は日本大使館、その他の部分は業者に手配を依頼した。

調査日程については、日本大使館の方でアレンジをしていただいたが、当方のリサーチ不足故に、訪問先の住所・電話も把握していなかった。幸いなことに、現地ウズベキスタン弁護士会タシケント支部会長のイシャンカノーヴァ弁護士が全行程にアテンドしてくれたおかげで、スムーズに事が進み、現地の関係機関を訪問し、意見交換を行うことができた。

た。現地弁護士会が主体となって我々を関係諸機関に案内したことは、現地の司法関係者に対する現地弁護士会のプレゼンスをアピールするためにも有効であったように見受けられた。

日本大使館、現地弁護士会の尽力により、当調査団が訪問した機関は、我々を歓迎してくれ、かつ、調査に快く協力してくれた。

第6 通訳について

調査部分については法律用語を使う関係もあり、外務省に便宜供与依頼を行うについて、法律用語に通じた通訳の手配を依頼した。ウズベキスタンには、法総研、JICA、名古屋大学等が法律関係の調査を行っているし、法律学専攻のウズベキスタン学生も少なからず日本に留学していることもあり、法律用語に通じた通訳の選定はそれほど難航しないと思っていたが、現状は全く違った。日本大使館には無理をいって、何とか英語—ウズベク（ロシア）語の通訳を紹介してもらったが、彼女の専門は国際経済であって法律学でなかった・・・。

タシケントでは大学法学部を訪問したが、そこで、英語も流暢な優秀な学生たちと出会った。彼らに通訳をお願いすれば、彼らは法律専門用語も分かっているし、また、日本の法律家との交流という意味でも、彼らにとっても有益であろう。現地法学部学生のキャパシティビルディングという観点からも、今後、司法関係調査については、彼らの協力を仰ぐことも充分考慮に値すると思われる。

第7 終わりに

私にとっては、初めてのウズベキスタンであったが、法制度だけでなく、歴史・文化等も含む全てにおいて興味深い国であった。特に、今回の調査は、多数の関係諸機関の方々の御協力があったからこそ、無事に終了することができたものである。また、調査団員も、ツアコンを泣かせるような独自単独行動をする者もなく、全体としてきわめて和やかかつ楽しい日々であった。

この場を借りて、今回、御協力いただいた皆様及び調査団員各位、そして我々が公私ともに大変お世話になったアスカル氏に、心からお礼を申し上げたい。

本資料は、日本弁護士連合会国際交流委員会委員の田邊政紀弁護士が、3ページ以下で掲載したウズベキスタン司法調査に先立ち、調査団の方々にウズベキスタン司法制度の概要を紹介するために作成された基礎資料です。多くの有益な情報がコンパクトにまとめられており、調査報告書に添付され、貴重な資料であるため、掲載いたします。

2002年9月23日

ウズベキスタン共和国基礎知識

弁護士 田邊正紀

第1 基本データ

- 国名：ウズベキスタン共和国 (Republic of Uzbekistan)
- 面積：448,900k m² (日本の1.2倍, 旧ソ連で4番目)
- 国境：横長の地形で、北と西はカザフスタン、東南はキルギス・タジキスタン、西南はトルクメニスタン、南部のごく一部がアフガニスタンに接している。
- 人口：2,515万人 (2001年7月・日本の5分の1)
- 首都：タシケント (214万人)
1966年に直下型地震で町は壊滅したが、ソ連の協力により数年で復興、近代都市となった (シルクロードの風情が無くなった)。
- 行政区：タシケント市、12州 (サマルカンド264万人、ブハラ142万人)
カラカルパクスタン共和国 合計14行政単位
- 言語：公用語ウズベク語
表記・現在キリル文字→2005年までにラテン文字へ
民族交流語ロシア語
- 宗教：イスラム教スンニ派 (ウズベク人・タジク人) 88%
東方正教会 (ロシア人・ウクライナ人) 9%
- 気候：典型的な大陸性気候 (最高30℃・最低1℃・湿度平均8%・月間降雨量9mm・以上10月に関するデータ)

第2 政治

- 政治体制：共和制・大統領制 (国会・大統領・裁判所の3権分立)
- 元首：イスラム・アブドゥガニエヴィッチ・カリモフ大統領 (1991年当選・任期延長・再選・任期延長・2007年1月まで・憲法上再選無し)
- 議会：一院制の最高議会・定員250議席・任期5年
2002年1月に国民投票で次回選挙から二院制へ移行決定 (時期不明)。
与党・人民民主党 (旧共産党) 49議席、野党については情報錯綜。
選挙権18歳以上・被選挙権25歳以上
- 政府：スルターノフ首相の下に14省庁 (司法省他)

第3 経済

- G N P : 国民1人あたり720米ドル (カザフスタンの半分・トルクメニスタンより少なく、キルギス・タジキスタンの倍以上)
- G D P : 農業 (34.9%), 工業 (15.8%), サービス (42.3%), 建設 (7%)
- 通貨 : スム (公定レート : 1米ドル=694スム, 商業レート : 1米ドル=1,250スム, 闇市レート : 1米ドル=1,530スム・2002年2月現在)
- インフレ率 : 政府発表年間27%・IMF 推定55% (なので, 上記は渡航時にはあまり当てになりません。)
- 街中では米ドルが流通している。
- 輸出入 : 輸入・機械設備 (50%), 輸出・綿花 (42%・世界第2位)
- 失業率 : 政府発表0.4%, 潜在失業率20%強と推定
- 日本の協力 : 円借款562億円・無償資金協力125億円・研修員受け入れ320名・専門家派遣115名
- 97年以降は, ODA 実績で日本がダントツのトップ
- 以下, ドイツ, アメリカ, フランス

第4 歴史

- 6世紀まで : ペルシャ帝国に属す
- 7世紀以降 : トルコ化が進む・西にイランイスラム王朝・東にトルコイスラム王朝
- 13世紀 : チングスハーンの征西・チャガタイハーン国 (第2子) 建国 (ティムール帝国・首都サマルカンド)
- 14世紀以降 : ウズベク族南下・ティムール帝国滅亡
- 1865年 : ロシア帝国タシケントを占領
- 1924年 : ウズベク・ソヴィエト社会主義共和国誕生
- 1990年3月 : カリモフ大統領・ウズベク・ソヴィエト社会主義共和国大統領就任
- 1991年9月1日 : 共和国独立宣言・ウズベキスタン共和国誕生
- 12月 : 直接選挙でカリモフ大統領就任
- 1992年 : 日本との外交関係開設
- 1999年3月 : JICA 事務所開設
- 2002年1月 : 二院制導入・大統領任期延長に関する国民投票実施, 通過

第5 裁判所制度

1 裁判所の構成

(1) 憲法裁判所

(2) 通常裁判所

① ウズベキスタン共和国最高裁判所

② カラカルパクスタン共和国裁判所, 州裁判所, タシケント市裁判所

③ 地区合同民事裁判所，地区民事裁判所，地区刑事裁判所

(3) 経済裁判所

① 最高経済裁判所

② カラカルパクスタン共和国経済裁判所，州経済裁判所

③ タシケント市経済裁判所

2 諸制度

最高裁判所及び最高経済裁判所は，各裁判所の「裁判活動に対する監督権限」，各裁判所が「指導的説明に従っているかどうかの監督権限」を有する（監督審）。

司法省等との関係で，裁判官の独立が認められ，裁判所の組織的保障がなされ，裁判官に身分保障（裁判官の不可侵）がなされている（ex. 銃の携帯が許されている）。

但し，裁判所内部の機関による懲戒手続等の規定もある。

各裁判所の裁判官になるためには，一定の実務経験と資格試験がある。任期は5年。

聞き取り調査によれば，試験は，最近司法省から独立した **Department of judge** が行っている（通常裁判所と経済裁判所の裁判官の資格は別である）。

州以下の裁判所においては，刑事事件において，参審制が採用されている（陪審制はない）。

経済裁判官候補者の養成や再教育は，最高経済裁判所付属の研修センターを設置している。

通常裁判官及び候補者の教育のため，司法省の下，共和国法律家研修センターが運営されている。

3 統計

経済裁判所受理事件数34,000件以上（2001年）

憲法裁判所裁判官7名，最高裁判所裁判官46名，州刑事裁判所裁判官170名，地区刑事裁判所裁判官306名，州民事裁判所裁判官110名，地区合同民事裁判所裁判官169名，最高経済裁判所裁判官19名，州経済裁判所裁判官143名，経済裁判所執行官34名（2002年2月）

第6 検察制度

1 1992年末に検察庁法が制定された。第1条は，「法律の履行に対する検察監督」である。監督事項は，各国家機関，各種団体の行為の憲法及び法律への適合性等である。検察庁は，適法性侵害を疑いうる根拠が存在するときには，通常裁判所または経済裁判所に申立てを行う（以前は裁判所の審理に対する監督機能を有していたが，現在はこれを有しない）。現状は，「（民事事件の）判決の効力を停止する権限」を有しているが，現在準備中の新検察庁法案では廃止が予定されている（現状では64パーセントの民事事件に立ち会っている）。

- 2 検察官への選任については、必要とされる資格はない（昇進してなる役職。但し、1年間の特別の研修プログラムあり。）。任期は5年（聞き取り調査によれば、検察庁が試験を行っているとのことである。3資格の中でも最も人気があり難しいとのことである。）。
- 3 最高検察庁検察官約180名，総検察官数約2,300名
- 4 最高検察庁付属の適法性強化及び検察・取調べ関係職員資質向上問題センターを設置

第7 弁護士制度

聞き取り調査によれば、弁護士=advocate（アドボケイト）≠lawyer（企業内法務担当等を一般的には意味する。）

1 弁護士に関する法律

弁護士に関する法律としては、1996年12月公布の「弁護士に関する法律」と1998年12月公布の「弁護士業務の保障及び弁護士の日常生活の保護に関する法律」がある。

2 弁護士の任務

弁護士の任務は、市民等に法的援助を行うことであり、その法的援助の内容は、法律問題に関する相談、申請書等の作成、代理人としての裁判所等での代弁、弁護人としての刑事手続への参加など。

3 活動方法は、基本的に3類型

- (1) 弁護士事務所を開業して個人で行う（個人か法人か不明）。
- (2) 弁護士会（法人）を設立して行う。
- (3) 法律事務所（ロー・ファーム，3人以上）（法人）を設立して行う。

弁護士会（一つの州に複数あり）は、弁護士事務所，法律事務所と同等の業務を行う単位でしかない。

その他にウズベキスタン弁護士協会等の弁護士団体がある（強制加入団体ではない。1997年設立）（BAR association が，弁護士会，弁護士協会どちらの呼称か不明）。

4 弁護士資格

弁護士資格は，高等法学教育を終了し，資格認定試験に合格した，ウズベキスタン共和国市民に，資格審査委員会の決定に基づいて，司法局により与えられる（1996年法）（聞き取り調査によれば，2年間裁判所で研修することが受験資格だという話あり。）。

資格審査委員会，最高資格審査委員会（分析総括権限）は，司法省とウズベキスタン弁護士協会半数ずつで組織される。

試験は，刑事，民事，経済の3コース。論述及び口述。受験者数は，月平均20名で，

うち2ないし3名が不合格となる（コースにより異なるため数字は不正確。合格率9割との情報あり。）。

法学教育を受けたウズベキスタン共和国市民は、弁護士補となることができる。弁護士補は、弁護士の指示に従って訴訟事件以外のその受任事件を処理する。

5 弁護士免許

弁護士免許は、弁護士が被疑者になると司法局により停止される。

弁護士活動を規制する法律に違反すると、資格審査委員会の決定に基づいて、6か月間停止または取り消しができる（弁護士会会員については、弁護士会が懲戒処分をした後、資格審査会で審査される。）。

免許の取り消しについては、申出、有罪判決確定等のほかに、職業倫理規範に違反する行為を繰り返し、または乱暴に法令に違反した場合にも取り消される（資格審査委員会の決定は必要ない。）。

異議申立ては、司法省への審査請求または裁判所への提訴。

6 業務遂行の保障

(1) 弁護士業務への干渉の禁止、弁護士への働きかけの禁止。

(2) 法的援助を行うことに対し、刑事責任、賠償責任その他一切の責任を追及されない（弁護士に対する刑事事件の着手は、検事総長、検事長等でないとできない。）。

弁護士の身体、住居、事務室、交通手段、通信手段、郵便物及び書類等は不可侵である。

(3) 弁護士は、職務上知りえた事実について証人として喚問されない。

弁護一件書類、業務遂行の過程で入手された書類は、押収、検査を受けない。但し、刑事訴追された場合、依頼者の同意がある場合は例外。

刑事事件に関し、立会い無しの接見交通権、刑事事件のすべての書類の閲覧権が認められている。

7 弁護士報酬

弁護士と依頼者との間の自由契約（月平均収入は15,000スム・一般の2倍程度）。

弁護士の給与は、弁護士事務所、弁護士会または法律事務所から支払われる。

刑事事件については、国選弁護制度が整備されている。また、刑事事件について、報酬をもらえないことを理由に受任を拒否することはできない。

民事事件について、私的法律扶助制度等はない。聞き取り調査によれば、貧困層に対する民事国選弁護士制度あり。費用の償還は不要なようである。詳細は不明。

8 弁護士数¹

約2,500名（うちタシケント市に1,000名以上）

タシケント市弁護士会は22の法律相談所を設置している。

タシケント市には、弁護士事務所74（74人）、法律事務所51（755人）、弁護士会2（815人・56人）。

第8 刑事手続

1 ウズベキスタン共和国刑事訴訟法典（1994年9月制定）に基づく（糾問主義・実体的真実主義・大陸法系・社会主義性以外は旧ソ連のまま）。

2 裁判前手続として、捜査手続と予備審理があり、いずれも糾問的取調べが行われる。

3 捜査機関としては、警察（捜査官）のほか、裁判官、検察官、取調官（予審官）、さらに社会公訴人（社会団体・集団の代表）がいる。裁判官が含まれていることが糾問性をあらわしている。

4 捜査手続については、日本の制度に酷似している。勾留期間、黙秘権等割と被疑者の人権が尊重されている。中央アジアで唯一の鑑定センターを有している（国立犯罪研究センター・司法省管轄）。

日本の制度との主な相違点は、以下のとおり。

- 少年事件では、弁護人の取調べ参加権がある。
- 搜索差押えの許可は、検察官が行う。
- 予審手続（取調べのことである）は、検察庁、内務省、国家保安局に属する取調官（予審官）が行う（期間は2か月以内）。
- 取調官が、被疑者を被告人とする決定を行う。
- 検察官への事件送致により、予審手続は終了する。
- 刑事事件の捜査・取調べの和解形式（司法取引？初犯・軽犯罪・被害弁償・嘆願などが条件）あり。

5 被疑者・被告人の地位

無罪の推定あり。

弁護人依頼権あり。弁護人には取調べ参加権あり。公判提出記録以外の捜査記録も閲覧権あり。

黙秘権あり。

1 ICD NEWS 第4号74ページ「1996年12月の弁護士法により州レベルの弁護士会が設立され1997年8月に全国団体である弁護士協会が設立された。メンバーである弁護士は約3,000名。ただし、強制加入団体ではなく、タシケント市では、会員弁護士約800名、加入していない弁護士約700名。」

防御権として、特に情報収集権が豊富に定められている。

取調べ受忍義務があるようである。

6 起訴手続

取調官が、起訴相当と判断した事件が、検察官に送致され、検察官が起訴するか否かを決定し、裁判官が事件を公判に付するか否かを決定する。

7 公判手続

第1審は、裁判官+参審員×2名（長期5年以下の罪については単独裁判官のみ）。

録音、写真及びビデオも裁判官の許可があれば可能。軽微事件については、検察官の関与無しでの公判あり（糾問的）。

現在、当事者主義化の司法改革が進んでおり、1994年刑事訴訟法典は改定される予定らしい。

上級審には、判決確定前の事件について審理を行う破棄審と確定後の事件について審理を行う監督審がある（比較的容易に監督審も審理をするらしい。この点2001年に改正され民事訴訟と同様の不服申立制度となったとの情報あり。）。

被害者の地位は、日本の現行制度よりもさらに広く認められている。付帯私訴制度あり。取調官、検察官、裁判所には、被告人の財産をあらかじめ差し押さえておく義務がある。

判決の執行は、裁判所の職務とされている。

2001年の第一審係属数46,000件、有罪率90パーセント。

第9 民事訴訟制度

前提知識：旧ソ連の国は、各国の民事訴訟法を調整するためのモデル民事訴訟法が作成されている。民事訴訟法の施行は、98年1月1日、全391条。経済裁判所は、1997年8月施行の経済訴訟法がある。

1 民事訴訟法の特徴

民事訴訟には、行政事件も含まれる。

検察官や国家機関にも提訴権がある。

聞き取り調査によれば、ほとんどの事件について、提訴から弁論（hearing）、判決・決定（decision）までの期間制限がある。一般事件で20日または30日、労働事件などは10日、複雑な事件についても60日程度。

判決は、破棄申立て及び不服申立ての期間の経過により法的効果が生じる（上訴がなされても遮断されない）。

判決に対する不服申立ての方式には、控訴審（20日以内）と破棄審（1年以内・救済措置的位置付け）に対するものがあり、いずれも原審が、地区裁判所であれば、州裁判所である。

不服申立権者は、事件当事者である。

監督審（確定から3年以内・判決が違法である場合の更正手続）は、上級裁判官・上級検察官が行うことができる。当事者には不服申立権はない（但し、職権発動の請願制度あり）。（三審級制が保障されていない？）。

判決書自体は債務名義にならず、裁判所が発行する執行命令書が執行の基礎になる（判決の効力を延長、分割払いなどすることがある。行政庁に属する執行官によって行われる。）。

2 経済訴訟法の特徴

もともとは仲裁裁判所であった。審理の対象を限定列挙しているが、文言が一般的で、民事訴訟との管轄の調整が問題となっている（聞き取り調査では、それほど混乱は生じていないと言っていた。）。²

破産事件、保全事件を除き、訴訟構造は、民事訴訟に似ている。

不服申立ては、民事訴訟と異なり、控訴審（当事者申立て）→破棄審（当事者申立て）→監督審（職権申立て）である（三審制の保障あり）。

税金の徴収も、この制度を利用して行われる。

審理期間は、訴訟準備決定がなされたときから判決まで、1か月以内（期間延長の例外あり。審理の停止というワザもある。）。

2001年の係属数34,700件。

第10 タシケント法科大学

1 1935年にタシケント国立大学法学部として出発し、1991年にタシケント国立法科大学となる。

他の大学の法学部を卒業しても法曹になれないという意味では、唯一の法曹養成機関である（修士課程がこれ以外に、世界経済外交大学、ウズベキスタン国立大学にもある。毎年約2,000名の法律家を輩出しているとする資料もあり。）。

2 秩序・法維持学部（刑事系科目）、国家建設学部（行政法系科目）、法務学部（民事経済法系科目）。

3 全日制4年1,486名、定時制6年712名（競争率約15倍）、教官185名。

4 通信制学部、修士課程学部、大学院、人道及び人道法研究センター、法情報公開図書館、無料法律相談所（リーガルクリニック）あり。

2 ICD NEWS 第4号69ページ「全当事者が法人ないし登録された商人の場合経済裁判所が管轄する。」

第11 外国の支援

- 1 タシケント法科大学
アメリカ法律家協会 ABA（法情報公開図書館）
- 2 最高経済裁判所
ドイツ GTZ が中心（新民法典・破産法），ほかにブレーメン大学，USAID 等
- 3 司法省
アデナウアー財団，JICA（内閣法制局）

第12 司法改革（進行中・課題）

- 1 最高経済裁判所
人材養成が基本的課題（裁判官の増員），監督審の廃止（個人的見解かも），当事者主義の強化，地区裁判所の設置（現在の同審級内での控訴審の廃止），商事仲裁機関を設置予定。
- 2 憲法裁判所
政党の憲法適合性審査権限の獲得，選挙の憲法適合性審査権限の獲得，職権裁判開始制度の廃止。
- 3 通常裁判所
司法権の独立の強化，市民の権利保護機関としての裁判所の強化（懲罰機関からの脱皮），控訴と破棄の各段階の整備，被告人及び弁護人の地位と検察官の地位の同等化。
- 4 検察庁
裁判に対する監督権の否定，判決の効力停止権の否定（当事者としては不満なようである）。
- 5 弁護士協会
人材養成，弁護士の免許制度，国家の監督からの開放（資格認定委員会の圧力排除）。
- 6 司法省
中小企業（社会主義時代にはなかったもの）育成のための法的整備（公務員の違法調査に対する強力な是正権を有している。）（2001年には，4,000件の訴訟を提起し，850人の公務員が処罰された。日本に中小企業育成のノウハウを提供してほしいと考えている。）
法体系を WTO 等の国際的な基準に適合させること。
人材育成・外国の法制度に関するデータベースの作成。

第13 その他、聞き取り調査情報

- 1 法曹三者の養成ルートが分かれている点について、一元性が良いとの意見と専門性を確保した方が良いとの意見に分かれていた。
- 2 仲裁制度は日本同様発達していない(国内向けには存在しない?)。現在、国際仲裁法、国際仲裁手続法を策定中。
日本の調停制度のようなものがないので、良い制度だと思うと述べていた。
- 3 法制度において、ムスリムに対する配慮は全くなされていない。国の制度と宗教は全く別物との考え方で、当然だと思っている。
- 4 庶民がどのように弁護士へアクセスしているかはよくわからなかったが、弁護士会(弁護士協会ではない)による法律相談等が実施されており、困難が生じているというイメージではなかった。
- 5 裁判官に対する賄賂はある。但し、逮捕起訴が報道されており、自浄作用を有している。

聞き取り調査先

アクバル氏、ノジム氏(名古屋大学大学院法学科、サマルカンド大学卒・タシケント大学卒)



JICA 事務所のある International Business Center 前にて

～ @閑話 ～

～ @閑話 ～

インドネシアのサイズ

ジャカルタの経験しかないが、インドネシアの人々の体格を見ていると、大きい人もいるが、全般的には日本人と大差がなく、特段の違和感はない。しかし、ホテルの大きさ、トイレの男性用便器の高さ、そしてソファのサイズといい、インドネシアのサイズは結構大きい。小柄な私は、例えば日本大使館の受付前にあるソファに座ると、足がブラブラしてしまうほどである。やはり、かつての宗主国オランダの影響であろうか。

オランダ人は皆体格がよく、私から見れば雲を突くような大柄な人ばかりである。彼らのサイズから考えるとインドネシアのサイズは納得がいくのだが、そのソファは特に印象に残らない国の製品であったから関係はないかもしれない。

しかし、インドネシアの人々は子供好きで、歌も踊りも好きで、行動もゆったりし、細かいことにこだわらないのを見ると、心の大きさを感じさせることは間違いない。

～ 研究報告 ～

このインドネシア憲法和訳（仮訳）は、ICD NEWS 第3号（2002年5月号）に引き続き、現在、日本学術振興会特別研究員の島田弦氏にインドネシア語から日本語に翻訳していただきました。第3号同様、改正新条項、改正日及び旧条項を組み込んでおりますので、憲法改正の変遷はもとより、インドネシアがどのような国に変わろうとしているかが分かっていたかと思えます。重ねて、島田氏の御協力に深く感謝し、厚く御礼申し上げたいと思います。

インドネシア共和国1945年憲法（仮訳） （第1次ないし第4次改正¹を含む） （編集2003.4/14時点）

翻訳 日本学術振興会特別研究員
島田 弦（しまだ ゆづる）

前 文

独立はあらゆる民族の権利であるべきであり、故に、世界に存在する植民地は、人道及び正義に反するものであり、すべて排除されなければならない。

インドネシアの独立を目指す闘争は、インドネシア人民を、自由で統一され、主権を有し、公正で、かつ、繁栄するインドネシア国家独立への扉の前に導く、平穏で幸福な瞬間に到達した。

インドネシア人民は、全能なる神の恩恵を受け、また、自由な民族としての栄光ある希望に支えられ、ここに独立を宣言する。

今後、すべてのインドネシア民族及びインドネシアの全国土を保護するインドネシア国政府を築き、また、公共の福祉を進め、民族の生活を向上させ、そして、自決、恒久平和及び社会正義を基礎とする国際秩序の実現に参画することを目的として、人民が主権を有する、一つのインドネシア共和国として構成される、インドネシアの自決及び民族性を、以下に掲げる原則に基づき、インドネシア国憲法に定める。すなわち、唯一神への信仰、公正で品位ある人道主義、インドネシアの統一及び代表制と協議における英知により導かれる民主主義、並びに全インドネシア人民のための社会正義の実現である。

第1章 国家形態及び主権

第1条

第1項

インドネシア国は、共和政体をとる単一国家である。

第2項（3次改正2001.11/9）

主権は人民にあり、憲法に基づき行使される。

（旧第2項 主権は人民にあり、国民協議会がこれを完全に行使する。）

第3項（3次改正2001.11/9）

インドネシアは法治国家である。

第2章 国民協議会

第2条

第1項（4次改正2002.8/10）

国民協議会は、法律の定めるところに基づき、総選挙により選出された国会議員及び地方代表議会議員により構成される。

（旧第1項 国民協議会は、法律の定めるところに基づき、国会議員並びに地方及び諸集団の代表により構成する。）

第2項

国民協議会は首都において少なくとも5年に1回召集する。

第3項

国民協議会のすべての決定は多数決による。

第3条

第1項

国民協議会は憲法及び国策大綱を定める。

第2項（3次改正2001.11/9の第3項が4次改正2002.8/10で第2項に変更）²

国民協議会は、大統領及び副大統領を任命する。

（旧第2項 3次改正2001.11/9は削除

国民協議会は、憲法を改正し、かつ、これを制定する権限を有する。）

第3項（3次改正2001.11/9の第4項が4次改正2002.8/10で第3項に変更）

国民協議会は、憲法に基づいてのみ、その任期中に大統領及び副大統領を罷免することができる。

1 第1次改正（1999年10月19日）、第2次改正（2000年8月18日）、第3次改正（2001年11月9日）、第4次改正（2002年8月10日）。なお、一部の語句については国際協力部教官山下輝年において修正・編集している。

2 第4次改正2002.8/10で「第3項を第2項に、第4項を第3項にする」旨の改正がなされ、3次改正の第2項が削除となったものである。

第3章 国家の統治権

第4条

第1項

インドネシア共和国大統領は、憲法に基づく統治権を有する。

第2項

大統領は、その職務の執行に当たり、副大統領1名による補佐を受ける。

第5条

第1項（1次改正1999.10/19）

大統領は国会に法案を提出する権利を有する。

（旧第1項 大統領は国会の同意を得て法律を制定する権限を有する。）

第2項

大統領は法律を適切に執行するために政令を定める。

第6条

第1項（3次改正2001.11/9）

大統領候補及び副大統領候補は、出生時においてインドネシア国籍を有した者でなければならず、自己の意思により他の国籍を取得したこと及び国家を裏切ったことがなく、かつ、大統領及び副大統領としての職務及び義務を執行するために心身共に健康でなければならない。

（旧第1項 大統領は先住のインドネシア人である。）

第2項（3次改正2001.11/9）

大統領及び副大統領の資格要件は、法律により更にこれを定める。

（旧第2項 国民協議会は多数決により大統領及び副大統領を選出する。）

第6A条（3次改正2001.11/9）

第1項

大統領及び副大統領は、これを一組として、人民が直接選出する。

第2項

総選挙に参加する政党又は政党グループは、総選挙の実施前に、一組の大統領及び副大統領を提案する。

第3項

一組の大統領及び副大統領候補は、総選挙において50パーセント以上の票を獲得し、かつ、インドネシアにおける全州の少なくとも半分以上の州において最低20パーセントの票を得た場合に、大統領及び副大統領に任命される。

第4項（4次改正2002.8/10）

一組の大統領及び副大統領候補が前項の選出要件を満たさないときは、総選挙において

第1位及び第2位の票を獲得した候補の組が人民による直接投票に付され、最も多くの票を獲得した候補の組が大統領及び副大統領に任命される。

第5項（3次改正2001.11/9の第4項が4次改正2002.8/10で第5項となった）

大統領及び副大統領の選出に関する方法は、法律により更にこれを定める。

第7条（1次改正1999.10/19）

大統領及び副大統領の任期は5年とし、その後、1回に限り同一の任期において再選することができる。

（旧第7条 大統領及び副大統領は5年の任期を有し、再選されることができる。）

第7A条（3次改正2001.11/9）

国民協議会は、国家に対する裏切り、汚職、贈収賄、その他の重大な犯罪となる法律違反若しくは破廉恥な行為が証明されたとき、又は大統領若しくは副大統領たる資格要件を既に具備していないことが証明されたときは、国会の提案に基づき、大統領又は副大統領を任期中に罷免することができる。

第7B条（3次改正2001.11/9）

第1項

国会は、事前に憲法裁判所に対して、大統領若しくは副大統領が国家に対する裏切り、汚職、贈収賄、その他の重大な犯罪となる法律違反若しくは破廉恥な行為に及んだとする国会の意見、又は大統領若しくは副大統領が大統領若しくは副大統領たる資格要件を既に具備していないとする国会の意見につき審査、判断及び決定を行うことを求めた場合にのみ、国民協議会に対し、大統領又は副大統領の罷免提案を提出することができる。

第2項

大統領若しくは副大統領が当該の法律違反を行ったとする国会の意見又は大統領若しくは副大統領たる資格要件を具備していないとする国会の意見は、国会の国政監督機能の発現である。

第3項

憲法裁判所に対する国会の要請は、全国会議員の3分の2以上が出席する本会議において、出席した国会議員の3分の2以上の賛成によつてのみ行うことができる。

第4項

憲法裁判所は、国会の要請を受理してから90日以内に、当該国会の意見につき、可能な限り公正に審理、判断及び決定を行う義務を

負う。
第5項

憲法裁判所が、大統領若しくは副大統領が国家に対する裏切り、汚職、贈収賄、その他の重大な犯罪となる法律違反若しくは破廉恥な行為に及んだと決定した場合、又は大統領若しくは副大統領が大統領若しくは副大統領たる資格要件を既に具備していないと決定した場合、国会は、国民協議会に対する大統領又は副大統領の罷免提案を採択するために本会議を召集する。

第6項

国民協議会は、前項の国会の提案を受理してから30日以内に、同提案を採決するための会合を召集しなくてはならない。

第7項

大統領又は副大統領の罷免提案に関し、国民協議会が行う罷免の決定は、国民協議会本会議において説明を行う機会を大統領又は副大統領に与えた後、全国民協議会議員の4分の3以上が出席する国民協議会本会議において、出席した国民協議会議員の3分の2以上の賛成を得なければならない。

第7C条（3次改正2001.11/9）

大統領は、国会を停止又は解散することはできない。

第8条

第1項（3次改正2001.11/9）

大統領が任期中に、死亡、辞任、罷免又はその義務を遂行することができなくなった場合、副大統領が任期の満了までその職務を代行する。

第2項（3次改正2001.11/9）

副大統領が欠員となった場合、60日以内に、国民協議会は大統領の提案する2名の候補者から副大統領を選出するための会合を召集する。

第3項（4次改正2002.8/10）

大統領及び副大統領が、任期中に共に死亡、辞任、罷免又はその義務を遂行することができなくなった場合、外務大臣、内務大臣及び国防大臣が共同で、大統領職務の執行者となる。その後、3か月以内に、国民協議会は、直前の総選挙において第1位及び第2位の票を獲得した大統領及び副大統領の候補の組を提示していた政党又は政党連合の推薦する二組の大統領及び副大統領候補から、残りの任期についての大統領及び副大統領を選出するための会合を召集する。

（旧第8条 その任期中に、大統領が死亡、辞任、又はその義務を遂行することのできなくなった場合、副大統

領が任期終了まで大統領を代行する。）

第9条

第1項（1次改正1999.10/19）

大統領及び副大統領は、その職務に就く前に、国民協議会又は国会において、以下の次第で、その宗教に基づき宣誓し、又は誠実に誓約する。

大統領（副大統領）宣誓

「神の名において、私は、最大限適切かつ公正にインドネシア共和国大統領（インドネシア共和国副大統領）の義務を果たし、憲法を遵守し、かつ、すべての法律及び規則を最大限、忠実に実行し、国土と民族に奉仕する。」

大統領（副大統領）誓約

「私は、最大限適切かつ公正にインドネシア共和国大統領（インドネシア共和国副大統領）の義務を果たし、憲法を遵守し、かつ、すべての法律及び規則を最大限、忠実に実行し、国土と民族に奉仕することを誓約する。」

第2項（1次改正1999.10/19）

国民協議会又は国会が会議を開催できない場合、大統領及び副大統領は、最高裁判所長官が証人を務める国民協議会議長の面前で宣誓を行う。

（旧第9条

大統領及び副大統領は、その職務に就任する前に、国民協議会の面前において、以下の次第で、その宗教に基づき宣誓し、又は誠実に誓約する。

大統領（副大統領）宣誓

「神の名において、私は、インドネシア共和国大統領（インドネシア共和国副大統領）の義務を最大限適切に、最大限公正に果たし、かつ、憲法に従い、最大限完全に法律及び規則を実行し、国土と民族に奉仕することを誓う。」

大統領（副大統領）誓約

「私は、誠実に、インドネシア共和国大統領（インドネシア共和国副大統領）の義務を最大限適切に、最大限公正に果たし、かつ、憲法に従い、最大限完全に法律及び規則を実行し、国土と民族に奉仕することを誓約する。」

第10条

大統領は、陸軍、海軍及び空軍の最高司令権を有する。

第11条

第1項（3次改正2001.11/9で項番変更、4次改正2002.8/10で表現を変更）

大統領は、国会の同意を得て、他国への宣戦、講和及び条約締結を行う。

(旧第1項 大統領は、国会の同意を得て、
宣戦、講和及び他国との条約締結
を行う。)

第2項 (3次改正2001. 11/9)

大統領は、国家財政の負担に関連して、人民の生活に広範かつ根本的な結果をもたらす国際条約、又は法律の改正若しくは制定を義務づけるその他の国際条約を締結する場合、国会の承認を得なければならない。

第3項 (3次改正2001. 11/9)

国際条約に関する規定は、法律により更にこれを定める。

第12条

大統領は非常事態を宣言する。非常事態の条件及びその効果は法律によりこれを定める。

第13条

第1項 (1次改正1999. 10/19)

大使の任命については、大統領は国会の判断に留意する。

(旧第1項 大統領は大使及び領事を任命する。)

第2項 (1次改正1999. 10/19)

大統領は、国会の判断に留意し、他の国からの大使を受け取る。

(旧第2項 大統領は他国の大使を受け取る。)

第14条

第1項 (1次改正1999. 10/19)

大統領は、最高裁判所の判断に留意し、特赦及び復権を与える。

第2項 (1次改正1999. 10/19)

大統領は、国会の判断に留意し、恩赦及び免訴を与える。

(旧第14条 大統領は、特赦、恩赦、免訴及び復権を行う。)

第15条 (1次改正1999. 10/19)

大統領は法律の定めるところに従い、褒章、勲章又はその他の栄典を付与する。

(旧第15条 大統領は、褒章、勲章、又はその他の栄典を付与する。)

第16条³

第1項 (4次改正2002. 8/10)

大統領は、法律の定めるところに基づき、大統領に助言又は意見を与える職務を有する顧問評議会を設置する。

(旧第1項 最高顧問評議会の構成は、法律によりこれを定める。)

第2項

本評議会は、大統領の諮問に対し返答する義務を負い、かつ、大統領に提案を行う権利を有する。

第5章 国務大臣

第17条

第1項

大統領は、国務大臣の補佐を受ける。

第2項 (1次改正1999. 10/19)

大統領は大臣を任命及び罷免する。

(旧第2項 国務大臣は、大統領により任命及び罷免される。)

第3項 (1次改正1999. 10/19)

すべての大臣は統治における特定の事項を担当する。

(旧第3項 大臣は、それぞれ、統治に関わる省を指揮する。)

第4項 (3次改正2001. 11/9)

省の設置、変更及び廃止は、法律によりこれを定める。

第6章 地方の統治

第18条

第1項 (2次改正2000. 8/18)

単一のインドネシア共和国は州 [provinsi] の領域に分割され、州の領域は県 [kabupaten] 及び市 [kota] に分割される。それぞれの州、県及び市は、法律の定めるところに基づき地方政府を有する。

第2項 (2次改正2000. 8/18)

州、県及び市の政府は、自治の原則及び補助職務に基づき統治事項を独自に定め、これを運営する。

第3項 (2次改正2000. 8/18)

州、県及び市の政府は、選挙により選出される議員で構成される地方議会を有する。

第4項 (2次改正2000. 8/18)

州、県及び市の政府の長である州知事、県長及び市長は民主的に選出される。

第5項 (2次改正2000. 8/18)

地方政府は、法律により中央政府の事項であると定める統治事項を除き、できるだけ広い自治を行う。

第6項 (2次改正2000. 8/18)

地方政府は、自治及び補助職務を行うため、条例又はその他の規則を定める権利を有する。

第7項 (2次改正2000. 8/18)

地方政府の構成及び運営方法は、法律によりこれを定める。

(旧第18条 大小の地方へのインドネシアの地域の分割及びその統治の形態は、

3 「第4章 最高顧問評議会」の表記が4次改正2002. 8/10で削除された (これは最高顧問評議会が顧問評議会に変更されたことによると思われる)。これにより、第4章は欠番となる。

国家統治システムにおける協議原則及び特別な性格を有する諸地方における伝統的諸権利を認識し、かつ、留意して、法律によりこれを定める。）

第18A条（2次改正2000.8/18）

第1項

中央政府と州、県及び市の政府との権限の関係、並びに州と県及び市との権限の関係は、地域の特殊性及び多様性に留意し、法律によりこれを定める。

第2項

中央政府と地方政府との間の財政、公共サービス、天然資源及びその他の資源の利用に関する関係は、法律に基づき公正かつ協調的にこれを定め、実行する。

第18B条（2次改正2000.8/18）

第1項

国は、法律の定める特別の性格又は特殊な性格を有する地方政府の単位を承認し、かつ、尊重する。

第2項

国は、慣習法に基づく社会単位及びその伝統的権利につき、これが依然として存在し、かつ、社会の発展及び単一のインドネシア共和国の原則に適合する限りにおいて、法律に基づき承認し、かつ、尊重する。

第19条

第1項（2次改正2000.8/18）

国会議員は選挙によりこれを選出する。
（旧第1項 国会の構成は、法律によりこれを定める。）

第2項（2次改正2000.8/18）

国会の構成は、法律によりこれを定める。
（旧第2項 国会は、少なくとも1年に1回召集する。）

第3項（2次改正2000.8/18）

国会は、少なくとも1年に1回召集する。

第20条

第1項（1次改正1999.10/19）

国会は法律を制定する権限を有する。
（旧第1項 すべての法律は、国会の同意を必要とする。）

第2項（1次改正1999.10/19）

すべての法案は、国会と大統領において、共同の合意を得るために討議される。
（旧第2項 一つの法案が国会の同意を得ることのできない場合、当該法案を、同一会期中に、再度国会へ上程することはできない。）

第3項（1次改正1999.10/19）

共同の合意が得られない法案は、同一会期中に再度提出することはできない。

第4項（1次改正1999.10/19）

大統領は、法律として制定することを共同で合意した法案を承認する。

第5項（第2次改正2000.8/18）

大統領が、既に共同で合意された法案に関し、その合意後30日以内に承認しない場合においても、同法案は法律となり、かつ、施行されなければならない。

第20A条（2次改正2000.8/18）

第1項

国会は、立法、予算制定及び監督の各機能を有する。

第2項

国会は、前項の各機能の実行にあたり、本憲法が他の条項で定める権限に加え、大統領に対する説明請求権、調査権及び意見表明権を有する。

第3項

国会議員は、本憲法が他の条項で定める権限に加え、質問を行う権利、提案及び意見を述べる権利並びに免責特権を有する。

第4項

国会の権限及び国会議員の権利は、法律により更にこれを定める。

第21条（1次改正1999.10/19）

国会議員は法案を提出する権利を有する。

（旧第21条

第1項 国会議員は法案を提出する権利を有する。

第2項 国会の同意を得たにもかかわらず、当該法案が大統領の承認を受けられない場合、当該法案を同一会期中に再び国会に上程することはできない。）

第22条

第1項

緊急の特別な事情があるときは、大統領は、法律に代行する政令を定める権限を有する。

第2項

当該政令は、直後の会期において国会の同意を得なくてはならない。

第3項

国会の同意を得ることができないときは、当該政令は廃止されなければならない。

第22A条（2次改正2000.8/18）

法律の制定方法に関する規定は、法律により更にこれを定める。

第22B条（2次改正2000.8/18）

国会議員は、法律の定める条件及び手続に基づき、罷免される。

第7A章 地方代表議会（3次改正
2001.11/9）

第22C条

第1項

地方代表議会議員は、総選挙により各州より選出される。

第2項

各州より選出される地方代表議会議員の数は同数であり、かつ、地方代表議会議員の総定数は、国会議員定数の3分の2を超えないものとする。

第3項

地方代表議会は、少なくとも1年に1回召集する。

第4項

地方代表議会の構成及び地位は、法律によりこれを定める。

第22D条

第1項

地方代表議会は、国会に対し、地方自治、中央と地方の関係、地方自治体の設置、拡大及び合併、天然資源及びその他の経済的資源の管理に関連する法案並びに中央と地方の間の財政配分に関連する法案を提出することができる。

第2項

地方代表議会は、地方自治、中央と地方の関係、地方自治体の設置、拡大及び合併、天然資源及びその他の経済的資源の管理に関連する法案並びに中央と地方の間の財政配分に関連する法案の審議に参加し、かつ、国家予算並びに租税、教育及び宗教に関する法案について、国会に意見を述べる。

第3項

地方代表議会は、地方自治、中央と地方の関係、地方自治体の設置、拡大及び合併、天然資源及びその他の経済的資源の管理、国家予算並びに租税、教育及び宗教の問題に関連する法律の執行を監視し、かつ、引き続き今後も措置が採られるべき参考資料として国会にその監視結果を提出する。

第4項

地方代表議会議員は、法律によって定める条件及び方法により、職務を罷免される。

第7B章 総選挙（3次改正2001.11/9）

第22E条

第1項

総選挙は、直接、普通、自由、秘密、誠実

かつ公正に5年ごとに行う。

第2項

総選挙は、国会議員、地方代表議会議員、大統領及び副大統領並びに地方議会議員を選挙するために行う。

第3項

国会議員及び地方議会議員を選挙するための総選挙へ参加するのは、政党である。

第4項

地方代表議会議員を選挙するための総選挙には、個人が立候補する。

第5項

総選挙は、全国において、常設かつ独立した一つの総選挙委員会が運営する。

第6項

総選挙に関しては、法律により更にこれを定める。

第8章 財政

第23条（3次改正2001.11/9）

第1項

国家の財政運営を具体化する国家予算は、毎年法律により定め、人民の最大限の繁栄のために、公開され、かつ、責任を持って執行されるものとする。

第2項

国家予算案は、地方代表議会の意見に留意しながら、国会と共同で討議するため、大統領がこれを提出する。

第3項

国会が大統領提出に係る国家予算案に同意しないときは、政府は前年の国家予算を執行する。

（旧第23条

第1項 予算は、毎年、法律により定める。国会が政府提案に係る予算に同意しないときは、政府は前年の予算を執行する。

第2項 国家の必要のためのすべての課税は、法律によりこれを定める。

第3項 通貨の種類及び額は、法律によりこれを定める。

第4項 国家財政の事項は、法律により更にこれを定める。

第5項 国家財政に関する責任を監査するために、会計監査院を設置する。その規則は、法律によりこれを定める。監査結果は、国会に通告する。）

第23A条（3次改正2001.11/9）

租税及び国家の必要に充てるための強制的なその他の賦課は、法律によりこれを定める。

第23B条⁴（4次改正2002.8/10）

通貨の種類及び額面は、法律によりこれを定める。

第23C条（3次改正2001.11/9）

国家財政に関するその他の事項は、法律によりこれを定める。

第23D条（4次改正2002.8/10）

国は一つの中央銀行を設置し、その地位、権限、責任及び独立性は法律によりこれを定める。

第8A章 会計監査院（3次改正2001.11/9）

第23E条⁵

第1項

国家財政の管理及び責任を監査するため、自由かつ独立した会計監査院を設置する。

第2項

国家財政の監査結果は、その権限に基づき、国会、地方代表議会及び地方議会に提出する。

第3項

前項の監査結果について、代表体又は機関は法律に基づき取り扱う。

第23F条

第1項

国会は、地方代表議会の意見に留意して会計監査院の構成員を選出し、大統領がこれを承認する。

第2項

会計監査院の長は、構成員の互選により選出する。

第23G条

第1項

会計監査院は、国の首都に所在し、各州に代表部を置く。

第2項

会計監査院に関する規則は、法律により更にこれを定める。

第9章 司法権

第24条

第1項（3次改正2001.11/9）

司法権は、法と正義の実現のために裁判を行う独立した権力である。

（旧第1項 最高裁判所及びその他の司法機関は、法律に基づき、司法権を行

4 23B条及び23D条は、憲法第3次改正で当該条文が抜けた形となっていたが、2002.8/10の4次改正で挿入された。

5 第4次改正2002.8/10の翻訳では、「23E条を25A条に変更」とあるが、疑問大であるので、現時点では修正しない。

使用する。）

第2項（3次改正2001.11/9）

司法権は、一つの最高裁判所、その管轄下にある通常裁判所、宗教裁判所、軍事裁判所及び行政裁判所並びに一つの憲法裁判所がこれを行行使する。

（旧第2項 司法機関の編成及び権限は、法律によりこれを定める。）

第3項（4次改正2002.8/10）

司法権に関する機能を有するその他の機関については、法律によりこれを定める。

第24A条（3次改正2001.11/9）

第1項

最高裁判所は、破毀審の裁判を行い、法律より下位にある法令の法律に対する審査を行う権限を有し、かつ、法律の付与するその他の権限を有する。

第2項

最高裁判所判事は、法分野における専門性及び経験を有し、高潔無私かつ公正な人格を有するものでなければならない。

第3項

最高裁判所判事候補は、国会の同意を得るために、司法委員会が国会に提案した後、大統領が最高裁判所判事として任命する。

第4項

最高裁判所長官及び副長官は、最高裁判所判事の中から、最高裁判所判事の互選により選出する。

第5項

最高裁判所及びその管轄下の裁判体の構成、地位、資格及び手続は法律によりこれを定める。

第24B条（3次改正2001.11/9）

第1項

司法委員会は、独立機関として、最高裁判所判事の任命を提案する権限並びに裁判官の名誉、尊厳及び行為を擁護し、かつ、実現するためのその他の権限を有する。

第2項

司法委員会委員は、法分野における知識及び経験を有し、高潔無私な人格を有するものでなければならない。

第3項

大統領は、国会の同意に基づき司法委員会委員を任命及び罷免する。

第4項

司法委員会の構成、地位及び委員の資格は、法律によりこれを定める。

第24C条（3次改正2001.11/9）

第1項

憲法裁判所は、初審かつ最終審として裁判を行い、その決定は、憲法に対して法律を審査し、憲法に基づきその権限を付与された国家機関の権限に関する紛争、政党の解散及び総選挙の結果に関する紛争につき決定をなし、同決定は終局的なものとなる。

第2項

憲法裁判所は、憲法に基づき、大統領又は副大統領の違反行為への疑いに関する国会の意見について決定を行う義務を負う。

第3項

憲法裁判所は、最高裁判所、国会及び大統領がそれぞれ3人の憲法裁判所判事を提案し、大統領が決定する9人の判事で構成される。

第4項

憲法裁判所の長官及び副長官は、憲法裁判所判事の互選により選出する。

第5項

憲法裁判所判事は、憲法及び国制に精通し、高潔無私かつ公正で、愛国的な人格を有するものでなければならず、かつ、国家上級公務員を兼任してはならない。

第6項

憲法裁判所判事の任命及び罷免、その手続法並びに憲法裁判所に関するその他の規定は、法律によりこれを定める。

第25条

裁判官の任命及び罷免の条件は、法律によりこれを定める。

第9A章 国家領域（2次改正2000.8/18）

第25A条

単一のインドネシア共和国は、法律の定める境界及び権限を持つ領域をとまなう「群島」としての特徴を具備する一つの島嶼群である。

第10章 国民及び住民（2次改正2000.8/18）
（旧第10章 国民）

第26条

第1項

国民とは、生来のインドネシア民族の者及び国民に関する法律により承認された他の民族の者である。

第2項（2次改正2000.8/18）

住民とは、インドネシアに居住するインドネシア国民及び外国人である。
（旧第2項 国籍に関する条件は、法律によりこれを定める。）

第3項（2次改正2000.8/18）

国民及び住民に関する規定は、法律によりこれを定める。

第27条

第1項

すべての国民は、法及び統治において平等な地位を有し、例外なく法及び統治を遵守する義務を負う。

第2項

すべての国民は、人間として適切な労働及び生活への権利を有する。

第3項

すべての国民は国家防衛の活動に参加する権利を有し、かつ、義務を負う。

第28条

結社及び集会の自由並びに口頭又は文書により思想を表明する自由などは、法律によりこれを規定する。

第10A章 基本的人権（2次改正2000.8/18）

第28A条

何人も、生存する権利を有し、その生存及び生活を維持する権利を有する。

第28B条

第1項

何人も、家族を形成し、正当な婚姻を通じて子孫を残す権利を有する。

第2項

すべての子供は生存、生育かつ成長する権利を有し、暴力及び差別から保護される権利を有する。

第28C条

第1項

何人も、基本的需要を満たすことにより自己を発展させる権利を有し、その生活の質を向上させるため、及び人間共同体の福祉のため、教育を受け、科学、技術、芸術及び文化の利益を享受する権利を有する。

第2項

何人も、社会、民族及び国を発展させるため、集団的権利を闘い取ることにより自己を進歩させる権利を有する。

第28D条

第1項

何人も、公正な法による承認、保障、保護及び確実性を求め、かつ、法の前での平等な取扱いを求める権利を有する。

第2項
何人も、労働し、報酬を得、労働関係における公正かつ適切な取扱いを求める権利を有する。

第3項
すべての国民は統治において平等の機会を得る権利を有する。

第4項
何人も、国籍を求める権利を有する。

第28E条

第1項
何人も、自由に宗教を持ち、その宗教に基づき礼拝を行い、教育、職業及び国籍を選択し、及び国内で住所を選択し、そこを離れ、そこに戻る権利を有する。

第2項
何人も、その良心に従い、信条を有し、思想及び態度を表明する自由を有する。

第3項
何人も、結社、集会及び意見表明の自由を有する。

第28F条

何人も、個人及び社会を発展させるために、他人と意志疎通し、情報を得る権利を有し、存在するすべての種類の方法を利用して情報につき、探索、獲得、所持、保存、加工及び伝達する権利を有する。

第28G条

第1項
何人も、自己、家族、名誉、尊厳及びその権限のもとにある財産への保護を求める権利を有し、並びに基本的権利を行使し、又は行使しないことについての恐れからの安全及び保護への権利を有する。

第2項
何人も、虐待又は人間の尊厳を損なう取扱いを受けない権利及び他の国に対して政治的庇護を求める権利を有する。

第28H条

第1項
何人も、内心及び外面の繁栄を保持して生存し、居住し、適正かつ健康な環境を得る権利を有するとともに、保健サービスを受ける権利を有する。

第2項
何人も、平等及び正義を達成するため、同一の機会及び利益を得るよう特別の便宜又は取扱いを得る権利を有する。

第3項
何人も、尊厳を有する人間として完全な自

己の発展を可能とする社会保障を求める権利を有する。

第4項
何人も、私的所有権を有し、この所有権は何人によっても恣意的に奪われない。

第28I条

第1項
生存権、虐待を受けない権利、思想及び良心の自由、宗教を持つ権利、奴隷とされない権利、法の前に個人として認められる権利及び遡及効を有する法に基づき訴追されない権利は、いかなる状況においても侵害されることのない基本的権利である。

第2項
何人も、いかなる理由による差別的取扱いも受けない権利及び差別的取扱いに対する保護を得る権利を有する。

第3項
文化の固有性及び伝統的共同体の権利は、時代及び文明の発展に調和して尊重されるものとする。

第4項
基本的人権の保護、拡大、実行及び実現は、国家、とりわけ政府の責任である。

第5項
民主的法治国家の原則に基づき、基本的人権を実行し、これを保護するため、基本的人権は法令により、保障、規定かつ確定される。

第28J条

第1項
何人も、社会、民族及び国家の生活秩序において、他人の基本的人権を尊重する義務を負う。

第2項
権利及び自由の行使に当たり、何人も、他人の権利及び自由を承認かつ尊重することを保障し、民主的社会における道徳、宗教的価値、安全及び公共の秩序に対する考慮に合致する公正な要求を実現することを目的とする法律の定める制限に従う義務を負う。

第11章 宗教

第29条

第1項
国家は唯一神への信仰に基づく。

第2項
国家は、すべての国民がそれぞれの宗教を有し、その宗教及び信仰に従って礼拝を行う自由を保障する。

第12章 国家の防衛及び安全（2次改正
2000.8/18）
（旧第12章 国家の防衛）

第30条

第1項

すべての国民は、国家の防衛及び安全のための活動に参加する権利を有し、かつ、義務を負う。

（旧第1項 すべての国民は、国家防衛の活動に参加する権利を有し、かつ、義務を負う。）

第2項

国家の防衛及び安全のための活動は、主たる力としてのインドネシア国軍及びインドネシア共和国警察、補助的な力としての人民による全人民防衛安全システムを通じて行う。

（旧第2項 防衛に関する条件は、法律によりこれを定める。）

第3項

インドネシア国軍は、国家の一体性及び主権を防衛し、保護し、かつ、防御することを職務とする国家機関として、陸軍、海軍及び空軍からなる。

第4項

インドネシア共和国警察は、社会の治安及び秩序を守る国家機関として、国民を守り、保護し、また、国民に奉仕し、法を執行する職務を有する。

第5項

インドネシア国軍及びインドネシア共和国警察の構成及び地位、職務実行におけるインドネシア国軍とインドネシア共和国警察の権限の関係、国家の防衛及び安全のための活動への国民の参加の条件、並びに防衛及び安全に関連する事項については、法律によりこれを定める。

第13章 教育及び文化（4次改正
2002.8/10）
（旧第13章 教育）

第31条

第1項⁶

すべての国民は、教育を受ける権利を有する。

第2項

すべての国民は、初等教育を受ける義務を負い、政府はその費用を負担する義務を負う。
（旧第2項 政府は、法律により定める国家教育システムを運営し、かつ、管理する。）

第3項

政府は、法律の定めるところに基づき、民

族の知的水準を向上させるために、敬虔さ及び道徳を高め、一つの国民教育システムを運営及び維持する義務を負う。

第4項

国家は、国民教育の運営の必要を満たすため、国家予算及び地方予算の少なくとも20パーセントを、教育予算に優先的に割り当てる。

第5項

政府は、人類共同体の繁栄及び福祉の発展のために、宗教的価値及び民族の統一を支持し、科学技術を進歩させる。

第32条

第1項（4次改正2002.8/10）

国家は、社会の価値観を保護し、かつ、発展させることにおける市民の自由を保障しながら、世界文明におけるインドネシア国民文化を進歩させる。

第2項（4次改正2002.8/10）

国家は、国民文化の富としての地方語を尊重し、かつ、保護する。

（旧第32条 政府は、インドネシアの国民文化を発展させるものとする。）

第14章 国民経済体制及び社会福祉（4次
改正2002.8/10）
（旧第14章 社会福祉）

第33条

第1項

経済体制は、家族主義に基づき、共同事業としてこれを編成する。

第2項

国家のために重要であり、かつ、多数の人の生活に影響を与える生産部門は、国家がこれを管理する。

第3項

土地、水及びこれらの中に含まれる天然の富は、国家がこれを管理し、人民を最大限繁栄させるためにこれを利用する。

第4項（4次改正2002.8/10）

国民経済体制は、共同性、公正な効率性、持続性、環境への配慮、自律性の原則及び国民経済の進歩と統一の調和を維持し、経済民主主義に基づき運営される。

第5項（4次改正2002.8/10）

本条の実施に関する規定は、法律により更にこれを定める。

第34条（4次改正2002.8/10）

第1項

貧困者及び孤児は国家が保護する。

第2項

国家は、全人民に対する社会保障制度を構築し、かつ、人間の尊厳に基づき、弱い立場

6 インドネシア語では第1項も4次改正で変更されているが、日本語訳には影響しない。

にあり、自助の困難な市民の地位を強化する。
第3項

国家は、適切な保健福祉設備及び一般福祉設備を提供する責任を負う。

第4項

本条の実施に関する規定は、法律により更にこれを定める。

(旧第34条 貧困者及び孤児は、国家がこれを保護する。)

第15章 国旗、国語、国章及び民族歌

(2次改正2000.8/18)

(旧第15章 国旗及び国語)

第35条

インドネシア国旗はサン・メラ・プティ旗である。

第36条

国語はインドネシア語である。

第36A条 (2次改正2000.8/18)

国章は、多様性における統一のスローガンを持つガルダ・パンチャシラである。

第36B条 (2次改正2000.8/18)

民族歌はインドネシア・ラヤである。

第36C条 (2次改正2000.8/18)

国旗、国語、国章及び民族歌に関する規定は、法律により更にこれを定める。

第16章 憲法改正

第37条 (4次改正2002.8/10)

第1項

憲法の条項の改正に関する提案は、国民協議会議員定数の3分の1以上がこれを提出したとき、国民協議会の議題とすることができる。

(旧第1項 憲法を改正するためには、国民協議会の総定数の3分の2以上が出席しなければならない。)

第2項

憲法の条項の改正に関するすべての提案は、書面により提出され、改正の提案される部分を、その理由と共に明示しなければならない。

(旧第2項 憲法改正の決定は、出席議員の3分の2以上の多数をもって採択される。)

第3項

憲法の条項を改正するために、国民協議会は、国民協議会議員定数の3分の2以上の定足数を満たさなければならない。

第4項

憲法の条項を改正する決議は、全国国民協議

会議員の半数より1名以上多くの賛成によって行われる。

第5項

単一のインドネシア共和国の国家形態に関しては、改正することはできない。

経過規定

第I条

インドネシア独立準備委員会は、インドネシア政府に対する統治の移管を規定し、かつ、運営する。

第II条

既存のすべての国家機関及び規則は、本憲法に基づき新たに設置のあるまでは、引き続き有効とする。

第III条

第1回の大統領及び副大統領は、インドネシア独立準備委員会が選出する。

第IV条

本憲法に基づき、国民協議会、国会及び最高顧問評議会が設置されるまでは、すべてこれらの権限は、国民の協議会の補佐を得て、大統領が行使する。

追加規定

第1項

大東亜戦争の終了後6か月以内に、インドネシア大統領は、本憲法に定めるすべての事項を規定し、かつ、運営する。

第2項

国民協議会設置後6か月以内に、協議会は憲法を制定するために会合を開く。

経過規定 (4次改正2002.8/10)

第I条

既存のすべての法令は、本憲法に基づき新たに定めのあるまで引き続き有効である。

第II条

既存のすべての国家機関は、憲法の規定を実施する限りにおいて、かつ、本憲法に基づき新たに定めのあるまで、引き続き機能する。

第III条

憲法裁判所は、2003年までに設置され、かつ、設置されるまでそのすべての権限は最高裁判所がこれを行使する。

第I条

国民協議会は、2003年の国民協議会会期に決議を行うために、暫定国民協議会決定及び国民協議会決定の内容及び法的地位に対する審査を行う任務を負う。

第II条

この憲法改正の決議により、1945年インドネシア共和国憲法は、前文及び各条項からなる。

この改正は、インドネシア共和国国民協議会年次会の2002年8月10日、第6回インドネシア共和国国民協議会本会議において決議され、かつ、決議の日より施行する。

一般

I 基本法の一部としての憲法

一国における憲法とは、その国の基本法の一部にすぎない。憲法とは、成文の基本法であるが、その憲法のほかに、不文の基本法が有効であり、それは、不文であるにしても、国家運営の実際において発生し、また、保持されてきた基本的諸規則である。

当然のことながら、ある国の基本法（*droit constitutionnelle*）を調べるためには、その憲法（*loi constitutionnelle*）の条項のみを調べるだけでは不十分であり、その実際はどうであるか、また、その憲法から生じる内面的環境（*geistlichen Hintergrund*）はどのようなものであるかを調べなければならない。

いずれの国の憲法も、その文面を読むだけでは理解することはできない。ある国の憲法の意味するところを真に理解するためには、我々は、その文面がどのように発生したのかを学習せねばならず、その説明するところも知らなければならず、そして、その文面が作られたのはどのような環境においてであったかを知らなければならない。

そのようにして、我々は、我々が学ぼうとする法律の意図するところは何か、その法律の基礎となった思想は何かを理解することができる。

II 「前文」における思想の諸原則

憲法の前文に含まれている諸原則は何か。

- 1 「国家」は文字通り、すべてのインドネシア人民のための社会正義を実現しつつ、統合を原則とし、すべてのインドネシア民族及びインドネシアの全国土を守るものである。

その「前文」において、統一国家という理解が受け入れられており、国家はすべての民族を全体として保護し、また、それに及ぶものである。したがって、国家は、すべての集団の思想を克服するものであり、すべての個人の思想を克服するものである。国家は、その「前文」の理解によると、統合を望むものであり、すべてのインドネシア民族に全体として及ぶものである。これこそが、忘れてはならない国家の第一の原則である。

- 2 国家は、すべての人民に対して社会正義を実現することを望んでいる。

- 3 「前文」において含まれている第三の原則は、人民が主権を有し、民主主義、及び代表の協議に基づく国家である。したがって、憲法において形成される国家システムは、人民

7 憲法注釈については、憲法公布と共に官報に記載され、少なくともスハルト体制以降、憲法と不可分一体で、同等の効力を有する文書として扱われてきている。

主権に基づき、かつ、代表の協議に基づいていなくてはならない。当然のことながら、この思潮はインドネシア社会の性格に合致するものである。

4 「前文」に含まれる第四の思想的原則は、公正で、品位ある人道主義原則に従った唯一全能の神への信仰に基づく国家である。したがって、憲法は、政府及びその他の国家運営者に対し、卓越した人道主義の美德を維持し、かつ、卓越した人民の道徳的理想を強く保持することを義務づける内容を含まなければならない。

III 憲法は、各条項において、「前文」において含まれる思想の諸原則を創造する。

これらの思想の諸原則は、インドネシア国の憲法の内面的状況を覆うものである。これらの思想の諸原則は、成文法（憲法）と不文法の両方である、国家の基本法を支配する法的理想（Rechtidee）を実現するものである。

憲法は、これらの思想の諸原則を、各条項において創造する。

IV 簡潔かつ柔軟な性格の憲法

憲法は、わずか37か条を定めるのみである。その他の諸条項は、経過規定及び追加規定を定めるにすぎない。したがって、例えば、フィリピンの憲法に比較すると、その法文は非常に短いものである。

したがって、仮に憲法が、中央政府及びその他の国家運営者らに対し、国家の存在及び社会の福祉を運営するために、基本的な諸規則のみを規定し、指針として大枠のみを規定していれば、それで十分である。特に、新しい国家及び若い国家にとっては、その成文基本法は基本的諸規則のみを規定しているほうがより良いものである。そして、その基本的規則を運営する諸規則は、より簡単な方法で、制定、改正及び廃止することができる法律に任せるのである。

それが憲法のシステムである。

我々は、常にインドネシアの社会及び国家の存在の躍動性に注意を払っていなければならない。インドネシアの社会及び国家は成長し、時代は変化する。現在の精神の外内及び内面における革命の時代においてはなおさらである。

したがって、我々は、躍動的に生きなければならない。インドネシアの国家及び社会のすべての動きを見なければならない。それと関連して、硬直化を急いではならない、依然として変わりやすい思想に形（Gestaltung）を与えてはいけな

い。

当然のことながら、その成文の規則の性格は拘束するものである。したがって、その規則がより「柔軟」な性格であることは、より良いも

のである。したがって、我々は、憲法システムが、時代遅れとならないよう注意しなければならない。我々は、早く枯れ果ててしまう法律を作ってはならない。統治において、また、国家の存在において最も重要なのは、精神であり、国家運営者らの精神、統治の指導者らの精神である。たとえ、その文言は家族主義的な性格を有する憲法が作られたとしても、国家運営者らの、その政府の指導者らの精神が個人主義的であれば、先ほどの憲法は、当然実際には意味がない。逆に、その憲法が完全ではないとしても、しかしなお、仮に政府の運営者たちの精神がよいものであったならば、その憲法は当然に、国家の歩みを妨げることはないであろう。したがって、最も重要なのは精神である。であるから、その精神は生きていて、言葉を換えて言えば、躍動的である。それに関連して、基本的な諸規定のみが、憲法に定められなくてはならず、一方で、その基本的諸規則を運営するために必要な事項は法律に任せられなくてはならない。

国家統治のシステム

憲法において明らかにされている国家統治システムとは：

I インドネシアは法に基づく国家（Rechtsstaat）である。

1 インドネシア国家は、法に基づくものであり（Rechtsstaat）、権威にのみ基づく（Machtsstaat）ではない。

II 憲法システム

2 統治は憲法システムに基づくのであり、絶対主義的（制限のない権力）なものではない。

III 国家の最高権力は、国民協議会にある（Die gesamte Staatsgewalt liegt allein bei der Majelis）。

3 人民の主権は、すべてのインドネシア人民を代表するものとしての「国民協議会」という名称の機関によって行使される。この協議会は、憲法を制定し、国策大綱を決定する。この協議会は、国家元首（大統領）及び副国家元首（副大統領）を任命する。この協議会こそが、最高の国家権力を有しているものであり、一方、大統領は、協議会の決定した大綱に従って、国策を実行しなければならない。大統領は協議会に任命され、協議会に服従し、かつ、協議会に責任を負う。大統領は、協議会の受任者であり、協議会の諸決定を実行する義務を負う。大統領は、協議会と「同等」ではなく、「下位」にある。

IV 大統領は、協議会の下にあり最高の国家統治担当者である。

国民協議会の下において、大統領は、最高の

国家統治担当者である。

国家統治を行うに当たり、権力及び責任は大統領の手にある(大統領への権力と責任の集中)。

大統領の指導の下で、できるだけ協力する。

V 大統領は、国会に責任を負わない。

大統領のほかには、国会がある。大統領は、法律を制定し、国家予算を決定するために、国会の同意を得なくてはならない。

したがって、大統領は国会と共同で働かなくてはならないが、大統領は国会に対して責任を負うものではなく、すなわち、大統領の地位は国会に依拠していない。

VI 国務大臣は大統領の補佐である。国務大臣は国会に責任を負わない。

大統領は、国務大臣を任命及び罷免する。大臣は国会に対して責任を負わない。その地位は、国会に依拠するものではなく、大統領に依拠している。大臣は、大統領の補佐である。

VII 国家元首の権力は無制限ではない。

国家元首は、国会に対して責任を負っていないとしても、「独裁者」ではなく、すなわち、権力は無制限ではない。

上述したように、国家元首は、国民協議会に責任を負っているが、そのほかにも確かに国会の意見に注意を払わなくてはならない。

VIII 国会の地位

国会の地位は強力である。この議会は、大統領によって解散させられることはできない(議会制とは異なる)。そのほかにも、国会議員は、すべて国民協議会議員を兼任する。したがって、国会は、常に大統領の行為を監督することができ、そして、仮に国会が、大統領が真に憲法及び国民協議会により決定された国策大綱に違反していると認める場合には、その協議会は、大統領の責任を問うことを求めるために特別会を召集することができる。

IX 国務大臣は通常の上級公務員ではない。

国務大臣の地位は大統領に依拠しているとしても、国務大臣は通常の上級公務員ではない。なぜなら、第一に国務大臣こそが、實際上、政府の権力を実行するからである。

省の指導者として、大臣は、その業務範囲に関する事項を内外において知っている。

それに関連して、大臣は、その省の関連する国家政策の決定においては、大統領に対する大きな影響力を有している。当然のことながら、その意味するところは、各大臣は国家の指導者であるということである。

国家統治において政府の政策を決定し、かつ、調整するために、各大臣は共同して、相互に、

逐条注釈

第1章 国家の形態及び主権

第1条 単一であり、共和制の国家形態を定めており、人民主権の思想原則の内容を含んでいる。

国民協議会は最高の国家運営者である。この協議会は、国家主権を行使する人民と同一体とみなされる。

第2章 国民協議会

第2条 意味するところは、すべての人民、すべての集団、すべての地方は、協議会において代表を有し、その結果として、その協議会は真に人民と同一体とみなすことができる。

「諸集団」と言われるのは、協同組合、労働組合及びその他の集団的組織のような組織である。このような規定は当然のことながら時代の潮流に合致している。経済において協同組合システムを置こうとする提案により、この項は経済諸組織の中に、諸集団があることを指摘する。

第2項

定数が多いこの巨大な機関は、少なくとも5年に一回召集する。少なくともであるから、仮に必要ななら、5年間の間に、特別会を召集することで、一回以上召集することもできる。

第3条 国民協議会は、国家主権を行使しているのであるから、その権力は制限されない。社会の躍動性については、5年に一回、協議会は、発生したすべてにつき、また、そのときのすべての思潮に注意を払い、そして、その後において利用されるべき国策は何かを決定する。

第3章 国家統治の権力

第4条及び第5条第2項

大統領は、国家の執行権の長であり、法律を執行するために、政令を定める権限を有する。

第5条第1項

執行権以外に、大統領は、国会と共同して、国家における立法権を実行する。

第6, 7, 8, 9及び10条

この諸条項における大統領の諸権力は、国家元首としての大統領の地位の帰結である。

第4章 最高顧問評議会

この評議会は、大統領に意見を付与する義務を負う一つの国家委員会である。これは単に諮問機関である。

第5章 国務大臣

第17条 上を参照

第6章 地方政府

第18条

I インドネシアは一つの「単一国家」(eenheistaat)であるから、その領域内において「国家」的な地方を有することはない。

インドネシア領域は、州に分けられ、州の領域は、より小さな地域に分けられる。

自治的な諸地方又は単に行政地域的な諸地方も、すべて、法律に定められる規定に基づく。

自治的な諸地方においては、地方議会が設置される。なぜなら、地方においても、統治は協議の原則に基づくからである。

II インドネシア領土においては、ジャワやバリにおけるデサ、ミナンカバウにおけるネグリ、パレンバンにおけるドゥスンやマルガなどの、250前後の「自治的地域」及び「民族共同体」が見られる。それらの諸地域は、原初的な構成を有しており、したがって、特別な性格の地域としてみなすことができる。

インドネシア共和国は、この特別な諸地域の地位を尊重し、そして、その地域に関係するすべての国家の規則は、その地域の伝統的諸権利に留意する。

第7章 国会

第19, 20, 21及び23条

一般注釈の第VIIを参照。

国会は、政府からの各法案に同意を与えなければならない。また、国会は法律を定めるための発議権も有する。

III 国会は第23条の予算権を有している。これにより、国会は政府をコントロールする。すべての国会議員は、国民協議会議員を兼任することにも、注意しなければならない。

第22条 この条項は、大統領の「緊急立法」を定めている。こうした規定は、当然のことながら、緊急で、政府が迅速かつ正確に行動することを強制する状況において、国家の安全が政府により保障されることができるようにするために置かれる必要がある。

そうだとすると、政府は国会の監視から自由なわけではない。したがって、この条項の法律と同じ効力を有する政令は、国会によって承認されなければならない。

第8章 財政

第23条第1, 2, 3, 4項

第1項は国会の予算権を定める。

予算の決定方法は、国家統治の性格を決定づける一つの基準である。ファシズムに基づく国家においては、予算は政府によつ

て決定されるだけである。しかし、インドネシアのような民主主義国家又は人民の主権に基づく国家においては、その予算は法律により定める。つまり、国会の同意による。

民族としての人民が生きる方法はどのようなものであるか、そして、生きるためにどこから調達するかは、その人民自身によって、国会を媒介にして、決定されなければならない。

第23条は、予算を決定する場合、国会の地位は、政府の地位より強力であることを明らかにしている。これは、人民主権の証拠である。

予算の決定は、自身の運命を決定する人民の権利に関連する。したがって、課税などによって、人民に負担を科すあらゆる行為は、法律すなわち国会の同意によって定めなければならない。

同様に、通貨の額及び種類についても法律で定める。通貨の地位は、人民に対する影響が大きいと、重要である。通貨は、交換及び価値を計る手段である。社会において交換、売買を容易にするための交換手段である。

それと関連して、交換されるそれぞれの物品の価値を決定する根拠のための価値基準として、人民が必要とする通貨の種類及び形態が存在する必要がある。その価値の基準となるものは、通貨の状況が規則的でなくなるため、上下に価値が変動してはならない。したがって、その通貨の状態は、法律により定めなければならない。

それに関連して、紙幣を発行し、流通を管理するインドネシア銀行の地位を法律で定める。

第5項

国会が既に同意した予算を政府が利用する方法は、この決定に合致しなくてはならない。政府の責任を審査するために、政府の影響及び権力から自由な機関が存在する必要がある。政府に服従する機関は、そのように重大な義務を実行することはできない。しかし、その機関は政府の上に立つ機関でもない。

したがって、その機関の権限及び義務は法律により定める。

第9章 司法権

第24及び25条

司法権は独立した、すなわち、政府権力の影響から離れた権力である。これに関連して、裁判官の地位に関する法律において保障を置かなければならない。

第10章 国民

第26条第1項

インドネシアに住み、インドネシアを母国と認め、かつ、インドネシア共和国に忠誠を誓う他の民族の人々、例えば、オランダ系の人、中国系の人及びアラブ系の人らは国民となることができる。

第2項

既に明らかである。

第27条、第30条及び第31条第1項

既に明らかである。これらの諸条項は国民の権利に関連する。

第28条、第29条第1項及び第34条

これらの諸条項は、住民の地位に関する。

国民にのみ関係するものも、また、すべての住民に関連するものも、諸条項は、民主主義的で、かつ、社会正義と人道主義を実行する国家の建設へのインドネシア民族の希望を定めている。

第11章 宗教

第29条第1項

この項は、インドネシア民族の唯一全能の神への信仰を明らかにしている。

第12章 国家防衛

第30条 既に明らかである。

第13章 教育

第31条第2項

既に明らかである。

第32条 民族の文化は、インドネシア民族全体の懸命な努力の果実として生じた。

全インドネシアの諸地方における文化の頂点として見られる古く原初的な文化は、民族の文化に数えられる。文化的活動は、自己の文化を発展させ、又は豊かにさせることのできる外来の文化の新しい素材を拒否することなく、また、インドネシアにおける人道主義のレベルを向上させることにより、礼儀、文化及び統一の発展の方向を目指さなければならない。

第14章 社会福祉

第33条 第33条には、社会の成員の指導又は監督の下におけるすべての者のための、経済民主主義原則、すべての者によって行われる生産が定められている。優先されるのは、社会の繁栄であり、個人の繁栄ではない。したがって、経済制度は家族主義的努力に基づく共同事業として組織される。これに合致する企業の形は協同組合である。

経済体制は、経済民主主義すなわちすべ

ての人々の繁栄に基づいている。したがって、国家にとって重要で、また、多くの人々の生活を支配する産業部門は国家が管理しなければならない。そうでなければ、生産の主導権は権力を有する個人の手に落ち、そして多くの人民はそれに抑圧される。

多くの人々の生活を支配しない企業のみが、個人の手にあることができる。

土地、水及び土地に含まれる天然の富は、人民の繁栄の根幹である。したがって、国家が管理し、人民を最大限に繁栄させるために利用しなければならない。

第34条 既に十分に明らかである。上記を参照。

第15章 国旗及び国語

第35条 既に明らかである。

第36条 既に明らかである。

その人民によって良く維持されている独自の言語（例えば、ジャワ語、スンダ語、マドゥラ語など）を有する地域においては、それらの言語は尊重され、そして国家により保護される。

それらの言語も、生きているインドネシア文化の一部となっている。

第16章 憲法の改正

第37条 既に明らかである。

～ @閑話 ～

～ @閑話 ～

H e r m e s

インドネシアの元宗主国オランダは17世紀に商業の国として大いに栄えた。しかし、フランスのような商業裁判所はなく、その影響であろうが、インドネシアにも行政裁判所はあっても商業裁判所は本来なかった。今回は、その商業と **Hermes** の関係の話です。

Hermes と聞いて、ある人は（特に日本女性は）高級ブランド品エルメスを思い出すでしょう。一方で、ブランドに疎い人はヘルメスと発音し、エルメスは聞いたことがあっても同じ綴りと聞いて意外に思うかもしれない。ヘルメス（エルメス）は、実はギリシャ神話に登場する神である。全能の神ゼウスは多数の女性と交わるが、ヘルメスは女神マイアとの間にできた子供である。その役目は、ゼウスの秘書的立場というか、取次ぎ役で、泥棒の神様、そして商業の神様でもある。ブランド名エルメスが商業の神の御利益を期待していることは、西欧人にとっては説明するまでもない当然のことなのであろう。

～ 国際研修 ～

第4回日韓パートナーシップ研修講演会 (平成14年10月21日開催)

国際協力部教官 黒川裕正

法務総合研究所では、韓国大法院法院公務員教育院との共同で、財団法人国際民商事法センターの協力を得て、平成11年度から日韓パートナーシップ研修を毎年実施しています。

この研修は、主に不動産登記制度をめぐる実務上の諸問題について、日本の法務省・各法務局及び裁判所の職員と、韓国大法院・各法院に勤務する職員が互いに意見を交換して検討することを目的とするもので、第4回から、不動産登記制度に関連する不動産執行制度を新たに検討対象に加えています。

また、折しも我が国では、担保・執行法制の見直しが行われているところです。

そこで、この研修の機会に合わせ、韓国から多年にわたって不動産担保法制を研究しておられる法院行政處企画調整室長の金滉植氏をお招きし、日本からは、同法制について立法等の豊富な経験を有しておられる弁護士（元法務省民事局参事官、元東海大学法学部教授）の浦野雄幸氏の御参加を得て、「日韓比較不動産担保法制」をテーマとした講演会を実施し、日韓の不動産担保法制について、両国の専門家による講演や討論の機会を設けたところ、講演会当日は、40余名の参加があり、会場からの質問も多く、活発な質疑応答が行われました。

この講演会のプログラム、講師のレジュメ、配付資料及び講演録を収録しました。日韓の不動産担保法制を知る上で有益なものと考えますので、御参照いただければ幸いです。

なお、第4回日韓パートナーシップ研修の概要につきましては、拙稿「第4回日韓パートナーシップ研修報告」が、財団法人国際民商事法センター発行のICCLC NEWS 第18号（2003年3月）に掲載されていますので、御興味のある方は、同センター事務局（TEL03-3505-0525）へお問い合わせください。



法曹会館「高砂の間」にて

第4回日韓パートナーシップ研修 講演会

日韓比較不動産担保法制

～抵当権の登記と実行を中心として～

日時： 平成14年10月21日（月）13：00～18：10

場所： 法曹会館「高砂の間」

○司会（黒川） それでは、ただ今より、法務省法務総合研究所、財団法人国際民商事法センター共催、最高裁判所事務総局民事局、法務省民事局後援による日韓比較不動産担保法制の講演会を開催させていただきたいと思っております。

この講演会は、日韓パートナーシップ研修の中で行う講演会です。韓国から大法院法院公務員教育院の高光徹教授と5名の韓国の研修員、そして5名の日本の研修員が出席しております。

なお、本日の講演会は、全体を通しまして韓国語又は日本語への逐語通訳により進めさせていただきますと思っておりますので、よろしく願いいたします。

開会のあいさつ

○司会（黒川） 初めに、法務省法務総合研究所の上田廣一所長（現東京地方検察庁検事正）からごあいさつがございます。

○上田法務総合研究所長 法務総合研究所の上田でございます。主催者を代表いたしまして、一言ごあいさつ申し上げます。

本日は、お忙しい中、日韓比較不動産担保法制の講演会に多数の御列席を賜り、誠にありがとうございます。

本日の講演会は、第4回日韓パートナーシップ研修の一環として、最高裁判所事務総局民事局及び法務省民事局の御後援をいただき、財団法人国際民商事法センターとの共催で開催するものでございます。

日韓パートナーシップ研修は、平成11年度以降、今回で4回目の開催となりますが、日韓両国の登記の実務家である研修員が、日ごろから問題意識を持っている事項などについて相互に意見を交換して検討し、双方の職員の資質の向上を図るとともに、両国の制度の発展と実務の改善に寄与することを主たる目的とするもので、言わば日韓比較研究ないし日韓共同研究の色彩を帯びた研修でございます。もちろん、その名のとおり日韓両国のパートナーシップの醸成も大きな目的の一つでございます。

今回の研修のメインテーマは、不動産登記制度及びこれに関連する不動産執行制度をめぐると実務上の諸問題となっておりますが、これらの制度は、様々な面で共通点が多い反面、近年の社会経済情勢の目覚ましい変化に伴ってそれぞれが独自に発展している面も少なくないのではないかと思います。そうした共通点や相違点を明らかにし、正確に比較検討することは、正にこの研修の趣旨に沿うものであるばかりではなく、両国の法制度の発展のためにも非常に意義深いものであると思います。そこで、日韓不動産担保法制の比較検討の場として本講演会を開催することとした次第でございます。

本日の講師には、弁護士で元法務省民事局参事官の浦野雄幸先生、ソウル高等法院部長判事で法院行政處企画調整室長の金滉植先生をそれぞれお招きしております。また、法務省民事局参事官室から、法制審議会で見直しが行われている担保・執行法制について、実務家の立場から報告をしていただく予定です。第一線で御活躍の先生方におかれましては、御多忙中の中、今回の講演等を快くお引き受けいただきましたことに対し、この場をお借りしまして厚く御礼申し上げます。

また、本日は、最高裁判所、法務省民事局の職員の皆様、財団法人国際民商事法センター、日本弁護士連合会及び日本司法書士会の会員並びに企業の皆様にも御列席いただいておりますが、本日の講演会が御列席の皆様にとりましても、また、日韓両国の法制度の発展にとりましても大いに意義のあるものとなるとともに、日韓両国のパートナーシップのより一層の醸成にも資することを期待し、私のあいさつとさせていただきます。

○司会（黒川） 続きまして、財団法人国際民商事法センターの岡村泰孝理事長からごあいさつがございます。

○岡村財団法人国際民商事法センター理事長 御紹介にあずかりました国際民商事法センターの理事長の岡村でございます。本日の講演会の主催者の一員といたしまして、一言ごあいさつ申し上げます。

本日の講演会は、第4回日韓パートナーシップ研修の一環として開催するものでありまして、まづもって、講演会の講師のソウル高等法院部長判事兼法院行政處企画調整室長の金滉植先生並びに今回の研修の韓国側の指導教官及び研修員の皆様方の御来日を心から歓迎いたします。

本日の講師の浦野雄幸先生及び金滉植先生は、いずれも裁判官などとして法律実務の経験も豊富であり、不動産担保法制に関する諸問題に精通しておられまして、研究者としても優れた業績を上げておられる第一人者でありまして、貴重なお話を聞かせていただけるものと期待いたしております。御多用の中、講師をお引き受けいただきまして、誠にありがとうございます。

また、本講演会を後援していただきました関係者の皆様並びに御参加をいただきました皆様方にも厚く御礼を申し上げる次第です。

財団法人国際民商事法センターは、1996年の設立以来、法務省法務総合研究所など関係機関と協力いたしまして、アジア諸国に対する法整備支援や民商事法分野での相互理解、相互協力を深めるための調査研究などの事業を推進しているところであります。

韓国との関係で申し上げますと、日本の法務省及び韓国の大法院と協力いたしまして、両国の法制度や実務処理上の諸問題につきまして実務担当者が集まって研究するためのパートナーシップ研修を実施いたしまして、今回で4回目を迎えております。また、一昨年の第2回研修に際しましては、日韓両国の会社法の比較をテーマといたしまして、両国の法律家・専門家を講師といたします講演会を催すなど、成果を上げているところであります。

その他に、アジア・太平洋諸国の法制度やその運用につきまして、韓国など関係諸国の御協力を得まして、その調査研究やシンポジウムの開催にも取り組んでおります。韓国とは、アジア諸国の中でも特に、経済、文化その他あらゆる分野でますます緊密な関係を深めておりますが、当財団といたしましては、パートナーシップ研修や講演会など両国にとりまして有意義なプロジェクトに更に積極的に取り組みまして、民商事法分野での相互理解を一層深め、友好協力関係の増進に努めたいと念願いたしておりますので、この席をお借りいたしまして、皆様に財団に対します御支援、御協力のほどをお願い申し上げまして、私のあいさつといたします。

○司会（黒川） どうもありがとうございました。

ここで若干の準備がありますので、5分間ほど休憩に入らせていただきたいと思います。

なお、本日お手元にお配りしております質問票は、講演を聞かれて講師の先生方に質問したいと思われた事項をお書きいただくためのものです。休憩時間に係の者が回収に参りますので、御提出ください。時間に余裕があれば会場から直接マイクで質問をお受けいたしますが、なるべくこの質問票にお書きくださいますよう御協力をよろしく願いいたします。

それでは、休憩に入りたいと思います。

○司会（黒川） それでは、講演会に移ります。

本日は、日本と韓国における不動産担保法制の最近の動向と課題につきまして、それぞれ約1時間20分程度の講演をしていただいた後、お二人の講師の先生方の討論や会場からの質問を受けた質疑応答を約1時間行う予定です。質疑応答の際には、本日お集まりの皆様からの御質問にできる限りお答えしたいと考えておりますので、活発な御質問をお願いいたします。

第1部 講演

「日本の不動産担保法制をめぐる最近の動向と課題」

講師：弁護士 浦野 雄 幸

○司会（黒川） それでは、第1部の講演に移ります。

第1部の講師をしていただく浦野雄幸先生は、裁判官としての実務経験が豊富で、現在は弁護士をされていますが、これまで不動産登記法や民事執行法の立法を担当された御経験があるとともに、大学教授としての御経験もあります。

それでは、浦野雄幸先生、よろしくお願ひいたします。

講演

目 次

- 1 はじめに
- 2 担保制度の見直しと改正項目の検討
 - (1) 韓国の民事法の改正
 - (2) 担保権の収益価値の利用権の見直し —— 抵当権の物上代位
 - (3) 抵当権の効力の及ぶ範囲 —— 換価権
 - (4) 抵当権の効力の明確化
- 3 まとめ

○浦野 ただいま御紹介にあずかりました浦野でございます。

1 はじめに

今日のお話は、1時間20分という時間が私に与えられていますけれども、逐語通訳でございますのでその半分で、実質は40分弱だと思いますので、要領よくお話を申し上げて、あと、御質問の時間にお話させていただきます。私の簡単なレジюме（本誌104ページから106ページ参照）をお渡ししてありますが、1の「はじめに」のところは、中心になりますのは、昭和46年（1971年）の根抵当権立法以来の抵当制度の改正が日本において目下検討中であるということです。これは後で法務省の担当者のお話があると思いますが、時間が限られての立法ですから、その改正の内容は、担保制度の重要な部分への第一歩しかできないのかもしれませんが、私は、別な角度から、特に執行制度の角度からこの改正について、私の意見を述べたいと思います。

それでは、早速本題に入りたいと思いますが、レジюме2の「担保制度の見直し」の「改正項目検討」の問題です。この点は、今日の日韓パートナーシップ研修の趣旨に沿って私の知る範囲で、韓国の実体法、手続法とも比較してお話ししたいと思います。

時間の関係から、主要なテーマは、資料化しておりますので、まず、本題に入る前に、

資料の内容の説明からいたします。

まず、資料1（本誌107ページから111ページ参照）として、最高裁の大法廷判決の昭和49年10月23日の判例を掲げてあります。これは、仮登記担保法の立法の原因、その根拠となった有名な判決ですので、長文ですが、全文を掲げてみました。これは、執行制度から見たときにも問題を考えなければならない、そういう点を残した判例です。これは、後で内容について御説明します。

資料2（本誌112ページから113ページ参照）は、仮登記担保の内容を解説したものです。つまり、仮登記担保法はどういう機能とどういうことを目的として立法されたものかを説明したものでありますけれども、現実の問題としては、我々実務家として、債権者としても、債務者としても、その対応を検討しなければならないことが多い内容です。

資料3（本誌114ページから144ページ参照）と申しますのは、民事執行法を施行いたしました昭和55年（1980年）から今日に至るまでの民事執行法の改正がどういう目的で、どういう内容でなされているかを解説したものです。主要な改正は主として議員立法によりなされているわけではありますが、基本的な構造については触れずに、担保権の実行、執行手続が効果的に、迅速に進むようにという趣旨の改正を政治家の判断でなされたものです。その内容については触れる時間ありませんので、後で機会があったらお読みいただきたいと思います。

民事執行法施行後、強制執行と担保権実行としての競売を含む不動産執行の未済事件の一番ピークになっているのは、昭和61年（1986年）です。最近の事件はこれよりも更に増えているようですが、いずれにしても、このピークの1986年というのはバブル期の最盛期でありまして、不動産はどんどん売れる時期で、抵当権の実行の新受件数が多かった時代であります。



講演中の浦野雄幸先生

その後、平成元年（1989年）、平成2年（1990年）は、一番事件が少ない。申立ての事件も少なければ、処理する事件も少ない。これがバブル経済の崩壊の始まりです。今日から日本では、臨時国会の代表質問が始まっていますが、いまだにこの当時に発生した不良債権の回収が、10年以上たってもできずにいるというのが日本の現状でありまして、執行事件というのはそれに振り回されているというのが実情だと思います。この点については、後で御講演なさる金先生の御意見も伺いたいところでもありますけれど、韓国では、早々と不良債権の処理を終えておりますから、日本と違った経済事情と日本と違ったいろいろな制度が実現できる態勢になっていると聞いております。

以上、資料の概略の説明により、日本経済の昭和60年（1985年）のプラザ合意以降、それが崩壊して、しかも不良債権の処理がなされずに平成14年の今日に至ったことを申し上げます。小泉内閣の方針で行けば後2年で不良債権の処理を終えるということで各種の構造改革が急ピッチで打ち出されています。今進められ、検討されている担保制度・執行

制度、そして司法制度の改革も、その流れの中に入っているのです。しかし、デフレ傾向が一つも改善されず、不良債権の回収もままならず、公的資金を投入して大銀行も国営化しなければならないのではないかとされているさなかで、そんなに早急に一体どんな改正ができるかが不安ですが、やらなければ少しも進まないのも現実です。こういう緊急事態の中で、何をどうすべきかを見ていきたいと思うわけです。

2 担保制度の見直しと改正項目の検討

(1) 韓国の民事法の改正

私は、この講義をするために、韓国の民法、民事執行法（この民事執行法は、2002年の7月1日から施行されたもの）の内容、それから不動産登記等を日本法と比較して、次のことを感じました。この点については、「韓・日民事執行法上の主要制度と論点の比較——韓国の新しい民事執行法の制定およびその内容と関連して——」金庠均・ソウル地方法院部長判事著（竹下守夫先生古稀祝賀「権利実現過程の基本構造」〔2002年6月有斐閣発行〕所収）を参考にいたしましたけれども、私は次の点について、重要な示唆を与えているように思います。

それは、韓国の実体法にしても手続法にしても、日本法を母法にしていると言っていると思います。ちょうど我々がドイツ法を母法にしたと同じように、日本法を母法にして、日本法のいいところを取り入れ、それをうまく韓国の国情、その経済、文化に合わせて伸ばしていこうと、こういうことが第一に感じられます。

しかも、ほかの国の法律も十分に取り入れ、かつ、日本法で実現できなかった、つまり、我々が考えてそれをしたいと思ったけれども立法できなかった実体法、手続法の規定を勇敢に取り入れて立法しているということでもあります。この点は、時間の許す限り、後の各論のところでお話し申し上げますけれども、民事執行法で申しますと、我々が強制執行の改正試案では検討しましたが、とても日本ではこれは実現できないということで立法（改正）を断念した規定が、実は2002年7月1日に施行した韓国の民事執行法ではきちっと条文にして入れてあるということです。ただ、この規定が、我々が日本で立法しようとした趣旨と同じものが韓国で実現されているかどうかについては、後で金先生に伺いたいと思うところです。

つまり、法律の規定というのは、規定を設けることは簡単でありますけれども、それをどうやって実現するかということは、その国の制度あるいはそれを運用する人の問題であって、これは国民性の違いがありますから日本と韓国と同等に扱うことはできませんけれども、我々の立場から言えば、思い切った立法ができたものと思います。これは、民事執行法の各所にありますが、典型は、債務者の財産の宣誓開示制度の導入です。

この点は民法の規定を見ても同じでありまして、我が民法で根抵当を作ったときに激論を闘わせながら結局克服できなかった被担保債権（基本契約）との附従性の切断というドイツ法の規定を勇敢に韓国民法は、取り入れています。我々の議論したものを超えて立法しています。

日本民法の根抵当立法は、昭和46年（1971年）に、明治民法について、担保法の大改正をしたのですが、「包括根抵当」の有効、無効の論議の末、立法され、結局、「基本契約」を必要とするという抵当権の附従性理論を克服できなかったのです。実際の運用としては、我が国でも、1回限りの抵当権を弁済後流用することも行われ、裁判例となるのですが、韓国では、逆に、担保権としては、はるかに多く根抵当権が使われていると言われているのですけれども、根抵当の規定が基本的に我が国の根抵当とは違いがあるからです。

今日においては、問題になりますのは、根抵当権の実行としての競売手続における配当で裁判例が多く出されていますが、やはり附従性が実は引っ掛かってくるのです。根抵当権においては、その被担保債権の入れ替えは自由なのですが、その債権は設定した「一定の範囲」に属するもの、つまり、基本契約から発生したものでないと根抵当権では担保しないと我が民法398条ノ2では限定してあるわけです。

ところが、韓国民法の357条ではその制限がない。そこは勇敢に取り払ってあるわけです。これは恐らく、ドイツ法の最高額抵当と同じように、枠さえ優先権を与えればその中の出し入れは自由で、その債権が基本契約に基づくものであることは要求されないと規定しているのです。すなわち、韓国民法357条は、「一定の範囲」という言葉を使わずに、「抵当権は、その担保する債務の最高額のみを定め、債務の確定を将来に保留してこれを設定することができる」というように規定しています。ですから、恐らく実際の取引においては、ほとんどこの規定の根抵当を使うだろうと思います。

せっかく皆さん、法律家がお集まりですから、表現を申し上げますと、日本民法では、398条ノ2では、「一定ノ範囲ニ属スル不特定ノ債権ヲ極度額ノ限度ニ於テ」と書いてある。「一定の範囲」ということをきちっと条文で書いてある。これが基本契約、附従性を満たすのは個々の債権ではなくてもいいけれども、一定の範囲でなければならないという具合に規定しているのです。

(2) 担保権の収益価値の利用権の見直し—— 抵当権の物上代位

担保制度の改正において検討をしなければならない大きな問題は、特に、抵当制度の機能をどう充実、強化するかであると思います。

抵当権の発展の歴史というものを振り返ってみますと、これは正にローマ法以来の歴史が物語るように、一番強力な担保というのは、目的物の所有権を取得するという担保ですね。いわゆる売渡担保ですね。債務を弁済すれば所有権を取り戻せるというもので、英米法のモーゲージもこの形態のもですね。しかし、この形の担保は、債務者はいったんは自分の所有権を失うことになりますから、これは早くから批判があって、全部の所有権を移転するのではなくて、その利用権だけを債権者に与えれば十分だということから質権制度というのが生まれてきているわけです。ただ、この質権は、債権者の目的物の占有、取立てが比較的容易なのですが、不動産質となりますと、その不動産の収益を担保権者が全部取ってしまうということになりますので、結果的には土地の利用権を質権者が把握するということで、農地の担保を考えると、極めて結果が大きいわけであ

ります。そのため、不動産質権をまともに制度的に持っている国というのは余りないのです。結局、不動産担保権としては、その利用、収益を債務者に留めたままで、その価値権のみを把握するという抵当権制度が近代国家の主流となったのです。ですから、ドイツ法には不動産質権という制度はありませんし、フランス民法でも、不動産質権というのは、プロバンス地方に慣習的に残っていたものを民法の片隅に入れ、それをポアソナードが日本民法に導入したわけです。今日においては、日本では全く利用されていない制度です。しかも、質権者が収益を取って、その収益は利息と相殺することになっていますから、したがって、元本は減らないという制度ですから、土地の利用権を把握する担保権はないのが、日本の現状です。そして、賢明にも、韓国民法は、不動産質権というのを規定していないわけです。今度の我が国でやっております担保制度の改正の中でも、不動産質権を削除するという改正案は入っていません。

このように、抵当制度は、近代法における不動産担保の代表となり、そして、この不動産抵当は、日本においては、「不動産」とみなすという擬制を使って、集合財産としての工場財団等に利用される立法がなされてきたわけです。

しかし、この抵当権を実行してその被担保債権につき優先的に弁済を受けるというその優先弁済権の行使の方法は、必ずしも各国で一致していません。これは、執行制度の問題としてとらえられるのですが、ドイツ法は、抵当権についても、一般の強制執行と同じ手続で実行されますので、強制競売と強制管理という2方法が認められ、不動産の管理により、その収益から優先弁済が受けられることとしています。

私は、不動産の収益も、抵当権の実行としてこれを把握すべきで、この収益を取り立てて抵当権の被担保債権の優先弁済に充てるべきであるという意見を日本経済新聞の「時論」(本誌145ページ参照)で書きましたけれども、非占有担保としての抵当権の実行として目的物を占有使用できるのかという問題が論ぜられているわけです。

上述しましたように、所有権を取得するという担保の一番強力な形から、利用権だけを取得するという質権制度に移行して、その質権制度も、不動産担保権として不完全であるから、価値権としての抵当権へ発展してきたわけで、今日世界各国で行われているわけです。

ところが、少なくとも我が国における抵当制度というのは、これは競売法という特別な法律があったという由来もありますけれども、後で申しますように、抵当権の目的物の範囲も具体的にははっきりしませんし、その実現手続もはっきりしない。結局、どの範囲について、どういう方法で抵当権の優先権をどこまで主張できるかは、結局、はっきりしていない、競売により換価して、その代金から優先弁済を受けるしかない。ところが、他方、抵当権についても、学説の反対があったが、最高裁判所が、平成元年(1989年)10月27日の判決で、先取特権の物上代位(民法304条)の規定の準用(同法372条)による抵当権の物上代位で賃料の差押えを認めて以来、不動産の抵当権の実行としての競売では、売却がスムーズに行かず、被担保債権の回収が進まないのを、この物上代位による収益の取立てでカバーしているわけです。最近は実務では抵当権の物上代位が圧

倒的に多く使われるのですけれども、その使われている中身というのは、準用されている先取特権の効力を使っているわけですから、極めて不十分であります。ですから、単純に抵当権の効力の拡大としての物上代位を準用するという方法から転換して、抵当権は非占有担保の価値権ではあるが、デフォルトにより抵当権の優先弁済権を行使して、その被担保債権の回収を図る執行方法としては、競売だけではなく、目的不動産の強制管理による収益の取立て、売却による方法もある。つまり、ドイツ法並みに、競売と強制管理の2方法が、強制執行の場合と同様に、抵当権の実行にも認められるとする立法論が展開されるわけです。ただ、単純に民事執行法の「強制管理」の規定を準用するわけにはいきませんから、立法する場合には、物上代位との関係、収益の配当順位、内容について細かい規定が要ると思われまます。今回の日本の担保・執行制度の改正問題の中でも、その改正が重要な問題になっているわけです。

ところで、見たところ韓国民法は先取特権の規定を置いておりません。おそらく、優先的権利については、例えば、雇人の給料等については、特別法で規定しているものと思われまます。これも賢明な選択です。一定の債権につき法律上当然に優先権が付与されるという「先取特権」という制度自体が、その優先権の範囲、内容、優先権の順位等においては問題を残している規定です。

先取特権が一番多く使われるのは船舶執行です。船舶先取特権というのはどこの国でも有用な規定として利用されているし、その実行としての競売が圧倒的に多く、国内法でも細かくその内容が規定されており、登記なくして、登記した船舶抵当権に一定の範囲で優先するのが通例であり、統一条約も作られているくらいです。それ以外はほとんど使われていない規定だと思われまます。したがって、先取特権制度自身も、我が国においては全体的に見直さなければならないのですけれども、それは今回の改正ではとてもできない。必要な部分だけ、例えば、雇人の給料の先取特権、これは、民法308条では6か月の給料の先取特権となっていますが、商法295条では会社の使用人の給料等の債権については、その制限がない。これなどは統一しないとおかしいし、給料に準ずる債権についての優先権の付与も考えるべきです。

(3) 抵当権の効力の及ぶ範囲

抵当権の賃料に対する物上代位を認めることと関連して考えなければならないのは、抵当権の効力の及ぶ範囲です。民法370条等の内容は、後でその公示制度と関連してお話ししますが、ここでは、民法371条の規定について考えてみます。我が民法371条1項では、差押えをした後の「果実」に抵当権が及ぶと書いてあります。同じようなことが韓国民法にも書いてあるのです。韓国民法359条ですが、「抵当権の効力は、抵当不動産に対する差押えがあった後に抵当権設定者がその不動産から収取した果実又は収取することができる果実に及ぶ」と書いてあります。この規定と、抵当権の収益に対する物上代位の規定が韓国民法にないことからすると、その内容は、日本民法と異なると思うのです。日本民法371条1項の果実は、天然果実だけを規定するものであると明治民法の立法者も説明しています。日本民法では、物上代位の規定があつて法定果実の請求権は物上

代位の対象になるという解釈があったから民法371条は天然果実であるとされてきましたが、物上代位の規定がなければ、この果実は、当然、天然果実だけではなく、法定果実にも及ぶということになると思いますが、そうすると、抵当権の実行として不動産を押さえたときに、一体どのようにして差押え後の法定果実の抵当権の実行をするかという手続が問題となります。日本民法では、天然果実は民法371条、法定果実は民法372条で準用されている民法304条の物上代位の手段によることとなりますから、個々の抵当権の及ぶ範囲には問題があっても、その区分けは問題になっていないわけです。韓国民法は、抵当権の物上代位の規定がなく、民法359条で果実を全部カバーしているわけですから、これから「収取する果実」に法定果実が入るとすれば、どういう形の抵当権の実行をするのが問題となります。これで強制管理ができるのが一番いいのですが、どうしているのか知りたいところです。

一番先に総論として申し上げましたように、抵当権というのは、価値権で、目的物を売ってその代金から優先弁済を受けるわけですが、それではどうやって売するのか、売れない場合はどうするのか、解決のよい方法は与えられていないのです。

私は、心配いたしますのは、担保制度というのは3段階で、最後は価値権を取得するという最も資本主義的な経済活動に結びつけた諸外国の立法というのは正しいと思いますけれども、それがうまく動くためには、どうやって不動産を売するのか、あるいは売る以外の方法でどうやって優先権を回収できるのかということを考えないと、これからの担保制度は機能しなくなるのではないかと考えています。

その意味で、これは実務家というか債権者の立場から申し上げますと、必ずしも正鵠を得ていないかもしれませんが、少なくとも面倒な執行手続をとらないで債権者が回収できる方法をとるという方向に流れつつあるように思います。これは、韓国でも譲渡担保権に関する立法をすべきかという議論があるようでありますけれども、我が国においては、今、譲渡担保に関する立法をするという考え方はないと思うのですが、将来的には、個別の抵当担保制度よりもっと広く担保物をとらえ、もっと簡便な方法で優先弁済を受けられるような広い譲渡担保制度は考えられるでしょう。面倒くさい裁判所の手続により換価をして、その換価代金から優先弁済権を受ける、つまり、登記された範囲の優先権を取得するという道を通るしかないというのは余りにも時間を食い、余りにも手続が面倒であれば、利用しなくなるというのは当然だろうと思うのです。

債務者の有する個別の物件に優先権を取得し、その換価代金から弁済を受けるという正統派の抵当制度は、その意味で、2つの方向で検討を余儀なくされていると思うのです。それは、担保権の効力の及ぶ範囲をどうとらえるかとも関連するわけです。つまり、第1は、担保権の目的物はその換価代金であるとする考え方ですね。この場合の価値権の「価値」というのは、担保物の「交換価値」をいうわけです。今の我が民法の抵当権がその典型ですね。売れる物でなければ抵当物にはならないし、また、換価できて範囲も抵当物件の天然果実に限定される。こういう担保制度は、物件が売れなければ機能しない。今日、大都市の裁判所だけではなく、地方の裁判所もそうですけれども、不動産

の競売の申立てが増えて、しかも売れない。これは不況のせいですから、何も執行制度だけが悪いわけでもありませんけれども、抵当権の実行をしても物が売れないというときには、結局物の値段を下げて、デフレですね、物の値段を下げてたたき売りする以外にはないということになるわけです。

もちろん、売れなくなる原因というのは、不動産流通がないということだけではなく、執行妨害とか、日本では特に対抗できない用益権があったために買受人が出てこないというようなことが原因だとも言われております。しかし、用益権があるかないかという問題、あるいは対抗できない用益権があっても、そのために売れないということではなくて、それを処理する方法が十分でない、裁判所もそういう能力を持っていないから売

れないだけなのであって、決定的に売却できない要因とはなっていないはずなのです。恐らく韓国では、執行妨害というのはほとんどないのではないかと思います。ですから、これは日本独特のものかもしれません。

そこで、考えるのは、換価しない方法で優先弁済を受けることができる担保、あるいは担保権の実現方法です。もともと本来的に言えば、資本主義経済の中で一番重要な担保制度として、換価代金を価値権の対象として、その優先弁済権を持っている抵当制度は、その実現が容易であれば、優れた制度だと思うのです。特に、ドイツ法や韓国民法が規定しているように、被担保債権についてその発生原因を問わないで一定の限度だけ決める、そういう根抵当の設定を認めれば、これはほとんどそれによってカバーされるものが多いわけですから、それで不動産が売れば、一番いい制度だと思うのです。


講演会（第4回日韓パートナーシップ研修）

日韓比較不動産担保法制
～ 抵当権の登記と実行を中心として～

《平成14年10月21日（月）13:00～18:00 法曹会館（高砂の間）》


【開会のあいさつ】（13:00～13:20）
法務総合研究所長 上田 廣一
財団法人国際民事法センター理事長 岡村 泰孝

● 第1部 講演（13:20～14:40）



「日本の不動産担保法制をめぐる最近の動向と課題」
弁護士 浦野 雄幸（うらの ゆうこう）
（略歴）1958年 東京大学大学院修士課程修了
1963年 法務省民事局付検事
（不動産登記法等の改正に従事）
1972年 同民事局参事官
（民事訴訟法・強制執行法担当、民事訴訟法の改正、
民事執行法の立案担当）
1979年 東京高等裁判所判事
1991年 松山家庭裁判所所長
1993年 東海大学法学部教授
同年 弁護士

● 第2部 講演（14:55～16:15）



「韓国の不動産担保法制をめぐる最近の動向と課題」
大韓民国大法院
法院行政處企画調整室長 金 滉植（キム ハンシク）
（略歴）1971年 ソウル大学校法科大学卒業
1991年 法院行政處法政局長
1997年 大法院先任裁判研究官
2000年 ソウル高等法院部長判事兼法院行政處企画
調整室長

● 第3部 質疑と討論（16:30～17:30）

「日韓の不動産担保法制をめぐる最近の動向と課題
— 日韓比較の観点から —」
金滉植・浦野雄幸
（進行）法務総合研究所国際協力部教官 黒川 裕正

【担保・執行法制の見直し～立法担当者からの紹介～】（17:30～17:45）
法務省民事局付 小 粥 太 郎

【閉会のあいさつ】（17:45～18:00）
財団法人国際民事法センター特別顧問 三ヶ月 章

〔主催〕 法務省法務総合研究所，財団法人国際民事法センター
〔後援〕 最高裁判所事務総局民事局，法務省民事局

講演会の際に配布した式次第

ところが、それが実現できないとなると、第2に、それをカバーする制度を考える必要が出てくる。債権者は面倒な、しかも低い代金でしか換価できない換価手続しかない抵当制度を使わずに別な方法を考案するというのは当然であります。それが譲渡担保なのです。

これは、韓国ではどういう立法をされるのか知りませんが、日本では、立法す

る考え方は、したらどうかという説はありますけれども、しばるような立法はしても、別な担保方法に逃れますから、立法の仕方が難しい。アメリカの州のモーゲージにしても、大体東海岸の方のモーゲージというのは、優先権を取得するというよりも、むしろ担保物の権利を取得して債務者が債務を弁済したら取り戻せるという、この取戻権の消滅請求がモーゲージの実行ということになる。そういう形をとるわけですから、売渡抵当的な方向ですね。

この考え方を押し進めていくと、債務者の個々の財産でなくて、不動産、動産、債権や株式等あらゆるものについて包括的譲渡担保に担保制度は発展していく可能性があるのです。動産や債権についてその出し入れ自由ないわゆる集合物譲渡担保も、担保権の目的物の特定とか第三者に対する対抗要件については、法律上の問題がありますが、集合物譲渡担保については、最高裁も認めておりますから、だんだんそういう方向が出てくる。実質的には、裁判所に競売の申立てをして差押えをしてもらわなければ取れないというよりも、直截に権利を取得していく方法を選び出していくということになるだろうと思います。

ですから、先ほど申しましたように、担保権の原型から考えていくと、所有権の取得、利用権の取得、それから価値権の取得というように発展してきたものが、このような経済状態のもとになりますと、逆に戻っていく傾向にある。後でお話ししますが、抵当権の実行として不動産の法定果実（賃料）を収取できるという今回の民法、民事執行法の改正の問題も、抵当権の優先弁済権の行使の方法を換価権から収益権、取得権へ拡大していくわけでした、時代の流れであると言えますね。

ところで、目的物の取得権を担保の内容とすると、問題になると、目的物のどの範囲の被担保債権の弁済（代物弁済）に充てられるかということ。つまり、目的物の「丸取り」をどこまで厳格に守らせるかということ。つまり、目的物の「丸取り」をどこまで厳格に守らせるかということ。つまり、目的物の「丸取り」をどこまで厳格に守らせるかということ。

仮登記担保法は、仮登記の本登記の際に清算金を吐き出させるということで、相当厳しく不動産を丸取りすることを禁止したのですが、この立法は、まさに丸取りの仮登記担保をつぶす目的でしたので、この立法により、丸取りを目的としていた仮登記担保というのは使われなくなりました。目的は達しましたが、考えてみれば、ある程度の枠を残して仮登記担保、所有権取得を認めた方が良かったという実務家の意見も出てくるわけです。ですから、逆に戻っていく。換価権だけを頼るのではなくて、いかにして債権者が優先権を取得できる方法があるのかという方向を考えないと、ただ抵当権だけを広げてみても使われなくなるだけだという、そういう心配はあるわけです。

このように、抵当権の効力は、どの範囲の目的物に対し、どの範囲の被担保債権につき、その優先権が確保されているかが問われているのですが、それとは別に、抵当権の優先権自体を債務者の財産の実体の中でとらえるという多重債権債務関係における存在が問題とされつつあります。

元来、抵当権の優先権というのは、目的財産が存する限り、消滅することはなく、抵当権者は、いつでもその権利を行使することができるのが原則です。ですから、倒産手

続においては、破産法、会社更生法、民事再生法等では、別除権として手続外における抵当権の実行として競売による優先弁済権を保障されているのです。しかし、最近の立法では、この抵当権の優先権も、総債権者のための利益とか債務者の再建のため等の手続実体の進行のためには、裁判所の手続により抵当権自体の抹消が認められるようになってきている。価値権としての抵当権は歴史とともに変わりつつあるわけです。

ですから、その意味で、今回の日本で担保権の改正というのは、単に抵当権自体の改正というよりも、いろいろな制度の中でどのように担保制度、抵当権制度というものを考えていくかという基本的な問題を問われているのだらうという具合に私は考えています。

そのことは、抵当権を実行するには、今は、民事執行法では競売しかない。不動産が売れなければ抵当権の使い道がない。もちろん、不動産が売れるように、保全命令の強化や執行妨害の排除等の改正がなされましたが、その頃から、抵当権の優先権とは何か、その実現方法はどうか多様化できるか、もう一度基本的な視点から考える必要が出てきました。

(4) 抵当権の効力の明確化

抵当権の優先弁済権を確保する方法の多様化は、結局、抵当権の実行方法として収益執行を制度化すること、つまり、賃料を収取し、そこから優先弁済を受けるという強制管理と同様の不動産管理制を認めることが一番手っ取り早いのです。しかし、それには、抵当権の及ぶ物的範囲を明確にし、かつ、その対抗要件の具備が大前提の問題です。抵当権の効力の及ぶ範囲というのは、日本民法では具体的には明確でないのです。韓国民法358条にも、「抵当権の効力は抵当不動産に附合した物及び従物に及ぶ」と書いてあります。その内容は日本民法と同じで、一体どの範囲の従物に及ぶのか。付加して一体をなした物（附合物）というのは独立性がありませんから、これは当然外形的にも分かるのですけれども、従物というのはどういうものを指すのかということは公示しなければ分からないと思うのですが、その公示方法については、日本民法も韓国民法も何の規定も置いていない。

韓国の工場抵当法というのがどういう規定になっているのかは、私、存じませんが、日本法では、工場抵当法3条1項に定める目録、これを一般に「3条目録」と言っていますが、これは、抵当権の目的とされる土地又は建物に備え付けた機械、器具等工場の用に供する物（工場供用物件）をこの3条目録に記載してこれを提出して抵当権の登記をしますと、この3条目録は、登記簿の一部とみなされ、その記載は登記とみなされているのです。したがって、3条目録に記載された工場供用物件に抵当権の効力が及ぶのですが、一体この3条目録の記載は、抵当物件を明確にするだけなのか、あるいは抵当権の登記の対抗要件なのか。

平成6年（1994年）7月14日の最高裁の判例は、土地、建物の従物であっても、3条目録に記載しなければ、供用物件に抵当権の効力が及んでいることを第三者に対抗できないとしています。この判例の趣旨は理解できているのですが、一般に従物に抵当権が

及んでいることが対抗要件であるとすれば、どう公示するかを考えておかなければならないと思うのです。

抵当権が従物に及ぶというのは、登記は要らないわけですね。実体的に従物であれば抵当権の効力が及ぶわけですから。登記がしてあろうがなかろうが従物に抵当権の効力が及ぶ。

しかし、実務的には、従物の公示がないために、競売では、常に問題となるわけですね。恐らく韓国でも同じだろうと思うのですけれども、抵当権の実行の競売の申立てにより執行裁判所が手続を開始し、執行官が現況調査に行ったときに一番困るのは、どの範囲の物に抵当権の効力が及んでいるのかというのが分からないということです。つまり、建物にしても、敷地内に別棟の建物があった場合、付属建物として登記されていればいいのですけれども、登記されていない建物については、従物として主たる建物の抵当権が及んでいると判断することがなかなか難しいのです。結局、それを調べて実態から判断しなければならない。ですから、従物も登記して対抗要件とするというのは明確なのですが、実現は難しい。

今日は登記のお話をする時間がありませんけれども、結局、抵当権の登記といっても、抵当権の目的になっている範囲すら分からない、明確でない。執行裁判所が常に悩むところなのです。韓国民法も執行法も日本よりも先に進んでいる部分がある。それはどういう目的、あるいはどういう意図で、どの範囲、日本法の欠陥を是正しようとして作られたのか教えてほしいところです。

結局、日本法にしる韓国法にしる、抵当権の目的物（観念的、抽象的には、法文にあるように本体のほか不可一体物、従物を含む。）についてその実体的内容を具体的に公示しているわけです。ですから、これをどう公示するかが担保法の改正の課題でもあるのです。公示制度全体、つまり、不動産登記法の全面改正も近い将来なされなければなりません。

ここでは、先ほど申し上げた工場抵当法3条の抵当権の効力に関する最高裁の判決の判示のように一般的に、抵当物件の従物まで登記をしないと対抗力がないとすると、これを詳細に登記簿あるいは登記簿の付属の書類に明らかにしなければいけないということになってくる。これは公示の一覧性に欠けることとなるわけですね。

そうなってくると、やはりトーレンスシステム、アメリカの公示制度ではありませんけれども、登記事項を記載した抵当権設定の基本の契約書（モーゲージ・ディード）をファイルすることによって登記が完了するという制度も考える必要がある。ドイツ法流の登記を導入した我が国では、更にそれを簡略にして、簡明に登記事項をまとめて登記簿に記載する方法を採り、それをコンピュータで公示するというところまで進めてきました。登記申請もオンライン化する。世界的には一番簡単に、一番きれいに公示されている抵当権だと言われているのです。しかし、内容は、今申しましたように、実体法的にも十分でないし、執行手続では執行の目的物が特定できずに執行不能になる例が少なくない。今こそ、実体法の改正と、手続法の改正と、登記法の改正というのは三本立て

で考えなければならないのが、まず最初の抵当権の効力の及ぶ範囲、すなわち、抵当権の目的物の特定であるという具合に私は思っているのです。

3 まとめ

今日、日本で進行しています担保・執行制度の改正のための法制審議会の検討作業と関連して、私が日ごろ主張しておりますいくつかの担保法、執行法の改正点を中心にお話ししてまいりました。

持ち時間も少なくなりましたので、私のお話のまとめをしておきたいと思います。

今日の課題の中心テーマは、抵当制度、つまり、我々の経済生活の中で、最も機能を果たすべく歴史的に発展してきた価値権としての抵当権、つまり、その法的性質として主張される債務者（所有者）に担保物の占有、使用を認めたまま、その価値のみにつき優先的弁済を受けられる権利を、どういう方法で利用しやすい効果のあるものに変身させられるのか。これが最大の課題です。

ところで、抵当権、根抵当権の実行を使いやすい効用のあるものにする前提が、日本法そして韓国法もそうなのですが、諸外国の制度と基本的に異なるのです。それは、日本法、韓国法では、抵当権の実行としての競売の申立てに、「債務名義」が要らない。つまり、裸のままの実体的抵当権の効力を用いて競売の申立てをすることができるとしていることです。

明治の立法者は、訴訟手続はドイツ法を見習ったのですが、換価方法だけは「競売法」という特別法を作って債務名義不要の特例を設けたのです。我が母法であるドイツ法では抵当権の実行についても特則を設けておりませんで、強制執行と同じですから、抵当権の実行のためにも強制管理、つまり、管理人を置いて不動産の収益（天然果実、法定果実）を取り立てるということを認めているわけです。

ところが、日本法では、抵当権の実行については債務名義が要らない。これは韓国民法も同じなのですね。これは、抵当権の実行を容易にすることにより、担保取引を活性化し、経済発展を図ることをねらっていたのです。もっとも、抵当権の定義自体、フランス法から引っ張ってきているので、強制管理、レシーバーなど考えていない。ただ、競売だけを抵当権の実行方法としたわけです。

しかし、今日、執行法上特例として認めた債務名義を必要としないとした担保権の実行の特則を改めることはできません。したがって、別な方法で、抵当権の実行の多様化を図らなければなりません。そこで、考えるべきことは、非占有担保として目的物件の占有を取得できないとする抵当権の本質をデフォルト後は、執行法に定める方法によりその優先弁済権を実現できることを、民法にも民事執行法にも明確にし、抵当権の目的不動産の管理人による管理の方法で、収益の取立て、債権者への配当ができるとし、個別の債権執行による物上代位を強制管理に吸収すべきことです。そして、この制度の導入に当たっては、抵当権者による管理人の選任や管理人による不動産の売却も認めるというレシーバー制度も検討すべきです。裁判所は損害が発生する違法行為をチェックする機能を持てば十分で

あって、債権者の自己責任による執行手続も考えるべきです。

今回の日本民法、日本の執行法の改正で一番問題になるのは、抵当権の実行方法の多様化として一体どういう制度をどのように導入するのか。物上代位の制度と抵当権の実行としての強制管理をどう調整していくかということです。これができなければ、今回の改正をした意味がないと思うのです。

ですから、担保法の改正で一番大事なことは、抵当権の目的になるものを、どのような内容、範囲のものかということはどう公示するか、その範囲において優先権があるということを取引上、明確に公示することがまず必要です。そして、その公示された内容の抵当権をどういう方法でその優先権を実現できるかという規定を設けるということが必要だと思います。

この意味では、今回の日本民法、執行法の改正は、近代法における担保制度の再生のための重要な岐路に立っていると思います。韓国民法、民事執行法は、日本の制度とその運用の実態を踏まえて、慎重に立法されていることに敬意を表するのですが、今回の日韓パートナーシップ研修に表章されるように、日本、韓国が相互に協力して、その国の特色を生かしながら、21世紀の新しい法制度を開拓していかなければならないと思います。時代、社会は著しく進展しています。国民生活も変わり、国民の法律に対する意識も変わりつつあります。まさに、日韓両国のパートナーシップが問われるところです。

時間がなくて、十分なお話もできずに残念ですが、これで私のお話を終わらせていただきます。

ありがとうございました。

○司会（黒川） 浦野先生、どうもありがとうございました。

それでは、ここで約15分間、休憩に入らせていただきたいと思います。

この間に係の者が質問票を回収に参りますので、既にお書きになられている方がいらっしやいましたら御提出ください。質問票の回収は、次の第2部と第3部との間の休憩時間の終了をもって終わらせていただきたいと思いますと思っておりますので、あらかじめ御了承願います。

なお、受付に、私ども法務省法務総合研究所国際協力部が出しております『ICD NEWS』というものを置いてありますので、御興味のある方はお越しくください。

では、第2部は3時から始めさせていただきたいと思います。よろしく願いいたします。

第2部 講演

「韓国の不動産担保法制をめぐる最近の動向と課題」

講師：大韓民国大法院法院行政處企画調整室長 金 滉 植

○司会（黒川） それでは、第2部の講演に移りたいと思います。

第2部の講演の講師をしていただく金滉植先生は、韓国の裁判官で、現在は韓国大法院法院行政處の企画調整室長として司法行政に携わられています。

金滉植先生は、今回、この講演会のために韓国からお越しいただきました。

金滉植先生は、韓国の不動産担保法制全般につきまして、日本語で講演をされるということで、必要に応じて適宜通訳に手伝ってもらいながら講演をされます。

それでは、金滉植先生、よろしくお願いいたします。

○金 皆さん、こんにちは。今日、皆さんにお会いできて、本当にうれしいです。皆さんに韓国の不動産担保制度などについて説明する機会を下さりまして、ありがとうございます。

2002年6月、原優法務省民事局総務課長が私の執務室を訪れて、今日の講義を頼まれました。当時、2002年 FIFA ワールドカップの最中であり、日韓の親善関係がますます良くなっているときでしたので、私は、少し高揚した気持ちで、すぐ承諾してしまいました。しかし、承諾した後、皆さんが期待している程度の講義ができるかどうかなどについていろいろ心配になって、承諾したことを後悔したときもありました。それでも、国際協力部の黒川教官に私が講義する具体的な内容を聞いて、精一杯、講義案を用意しました。

制限されている時間内に少しでも多くの内容を申し上げるために、日本語は下手ですが、日本語で申し上げたいと思います。もちろん、通訳の方の助けもお願いしたいと思います。韓国から参加になった方々には、あらかじめ韓国語の講義原稿をお配りしました。

それでは、講義を始めさせていただきます。

韓国の法律制度は、日本の植民地支配の影響を受けて、日本の法律制度と非常に似通っています。日本の植民地支配の間、日本の法律は韓国でそのまま適用されましたし、第二次世界大戦後も、韓国では、一部の法律分野において、法律を制定する余裕もなく、日本の法律をそのまま使う方法しかありませんでした。例えば、民法や不動産登記法は1960年になってからようやく新しい法律が成立され、施行されるようになったのです。

新しい法律の制定に当たっても、韓国は日本の法律の影響を受けました。そして、その後、日本の法律制度の改正は、韓国の法律制度に多かれ少なかれ影響を及ぼしました。

しかし、韓国では、部分的には日本の法律と異なった内容の改正も行われました。特にドイツの法律を参考にして改正の努力をしまし、韓国の特殊な事情を反映した結果、日本の法律と似ているものの、違う点も持つようになりました。ですから、両国の法律制



講演会中の金滉植先生

度を比較研究することは、非常に興味深いことで、また、有益なことであると思います。

私は、今日、韓国の不動産担保法制をめぐっての最近の動向と課題を説明するに当たって、韓国の担保制度を簡単に紹介しながら、主に日本法と異なるところ、また、韓国で問題になっていて、その改善の論議のある部分、それから、2002年7月から新たに施行された民事執行法の中で主な部分を重点的に説明させていただきたいと思います。

まず、韓国における各種担保制度の概要を説明いたします。

韓国の民法では、担保物権として留置権、質権、抵当権が定められています。留置権は法律の規定によって成立される法定担保物権であり、質権、抵当権は原則的に当事者間の契約によって成立される約定担保物権です。例外的には、法律規定によって法定質権や法定抵当権などが成立される場合もあります。

質権や抵当権の概念及び内容は日本の民法とほとんど同じです。ただし、質権の場合は、日本の民法とは異なって不動産質権は認められていません。これは先ほど浦野先生が説明されたことと同じです。すなわち、動産と権利に対してのみ質権を設定することができます。

レジュメ（本誌146ページから151ページ参照）2ページの間部分です。抵当権は、韓国では「担保の王様」と呼ばれるほど、最も重要で、広く利用されている担保制度です。民法には抵当権について詳しく定められていますが、根抵当権に対してはたった一つの条文しか置かれていません。しかし、実際には根抵当権だけが利用されていて、抵当権はほとんど利用されていません。継続的な取引関係のない場合においても当事者の間に根抵当権が設定されるからです。統計によると、根抵当権が99パーセント以上でした。

根抵当権に関する条文は一つしかなく、包括根抵当の有効・無効、特定債務のための根抵当の効力、被担保債権の確定時期、被担保債権の範囲などをめぐっていろいろな論議はありますが、そのすべてを判例と学説によって解決しています。ここにも、日本の民法の根抵当権に関する詳細な規定や解釈などが影響を及ぼしています。韓国としては、これらを整備する必要を感じ、そのための立法の努力を推進しています。

工場抵当、工場財団抵当などの各種の特別法による抵当制度は日本と似通っているので、説明を省略させていただきます。

レジュメ2ページ中間以下の抵当権の部分ですが、韓国の抵当制度の特色は、保全抵当権の機能、すなわち、被担保債権の回収のための機能は充実しています。しかし、投資手段として抵当制度を利用するための機能、すなわち、投資抵当権としての機能は不十分です。ドイツ法の所有者抵当制度も日本の抵当証券制度も導入されていないし、滌除、転抵当、抵当権順位の譲渡や放棄も認められていません。特に、滌除制度は、抵当権者の立場を不安にするおそれがあるという理由で、民法の制定時、導入されなかったのです。韓国の抵当制度は先進国型の担保制度とはほど遠いと言わなければなりません。

ところが、1997年以後、韓国が経済危機に陥って、それから抜け出す過程で、いわゆる資産流動化を促進するための新しい措置が採られました。ここにおきましても、日本の資産流動化に関するものが韓国において非常に参考になりました。

その代表的なものは、住宅抵当債権流動化会社法による抵当債権流動化です。これは、住宅抵当債権流動化会社が、資産保有者である金融機関などから住宅抵当債権を譲渡してもらい、それをもとにして住宅抵当証券を発行し、その住宅抵当債権の管理・運用及び処分によって収益を上げ、その収益を分配するものです。このようにすることで、投資者の立場では資本の投資が容易になり、金融業者の立場では投資資本を容易に回収できるようになって、金融取引の活性化を企てるものです。金融機関からの多量の住宅抵当債権を譲られた流動化専門会社は、流動化計画を立てて金融監督委員会に登録しなければなりません。登録されれば、抵当権移転登記なしに権利移転の効果が生じるようになっていきます。これは、多量の抵当権移転登記による時間と費用を節約するためですが、物権変動は登記によるという登記主義に関する重大な例外を認めたものであり、公示方法に混乱を引き起こす危険もあります。従来の物権法や登記法に精通した学者や実務者としては当惑する点もあるとはいえ、韓国の経済回復において相当の機能を果たしたというふうに評価されています。

次は、3ページ、(c)の伝賃権の部分です。

留置権、質権、抵当権のほかに、韓国の民法には、担保物権と用益物権の性質をともに持っている「伝賃権」——韓国語で「チョンセケン」と言いますが——という物権があります。

韓国において、地上権及び地役権を用益物権と言い、留置権、質権及び抵当権を担保物権と言いますが、この間に、用益物権と担保物権の性質をともに持つ伝賃権が規定されています。

この伝賃権は、伝賃金、すなわち、伝賃権者が、普通、目的不動産の価格の50パーセント以上に上る金額を所有者に支払ってその不動産を占有し、用途に従って使用収益をして、その不動産に対して後順位の権利者そのほかの債権者より優先的に伝賃金の弁済を受ける権利です。伝賃権設定者は、普通の場合、所有者ですね。伝賃権設定者は、取得した伝賃金を運用して利益を得て、伝賃権者は、その不動産を独占的に使用収益し、契約期間が終わると伝賃金の返還を受けます。この伝賃金の返還請求権はその不動産によって担保されます。すなわち、伝賃権者は優先弁済権と競売請求権を持ちます。もともと伝賃権者は優先弁済権を持たなかったのですが、1984年の法律改正によって優先弁済権が認められました。現在、日本でも、優先弁済権を持たない留置権者に優先弁済権を認めるようにする論議がなされていると聞いています。

以上までで説明したものは、制限物権に関するものです。

なお、韓国の担保物権を論じるに当たって重要なものは、登記によって公示されていない優先特権です。

優先特権は日本の先取特権に似た概念ですが、日本とは異なって民法には規定されてい

ません。レジюме 1 ページの優先特権の部分です。

優先特権は、登記簿に公示されていない状態で、ほかの債権者、場合によっては担保物権者よりも優先するものですので、担保制度の機能を低下させるおそれがあります。しかし、優先特権に該当する債権は、社会政策的な必要によって、保護されるものとして認められています。

優先特権の中で最も重要なものは、賃借保証金の返還債権です。住宅賃貸借保護法によると、賃借目的物の引渡しと町役場に住民登録の届出さえなされていれば、賃貸借登記がなくても、第三者に対して賃借権をもって対抗することができます。これを対抗要件と呼びます。

債権契約である賃貸借契約でも、引渡し、つまり占有の移転という意味ですが、これと、役所での住民登録があれば、賃貸借関係が登記されたような効力を持つようになります。これは、登記以外の新たな、別な公示方法であり、対抗要件と言います。

この対抗要件に加えて、賃貸借契約証書の上に確定日付を受けている場合には、優先弁済権が認められます。

引渡し及び住民登録に加えて、契約書面に確定日付を受けている場合には、優先弁済権が認められます。この場合に、二つの要件があれば、抵当権のような効力を持つに至ります。

競売申立ての登記がされる前に対抗要件を備えている賃借人は、保証金の中で一定額について、ほかの担保権者より優先して弁済を受けることができます。

この場合は抵当権のような効力を持ちます。この対抗要件（引渡し+住民登録）を備えている賃借人のうち、一定額以下、私たちはこれを少額賃借権者と呼んでいますが、少額賃借権者に関しては、どのような担保権者よりも先立って優先弁済権が認められています。これは、貧しい庶民たちの賃借保証金を一定の場合に限って最優先に保護することによって、彼らの生活の安全性を図ろうというものです。

これは、登記に不慣れで社会的に劣悪な立場にいる賃借人の保護のためのものです。今までは、住宅に関する賃借人だけがこのような保護を受けましたが、2002年11月からは、商店街の賃借人も住宅賃借人と類似の保護を受けるようになりました。商店街賃借人の場合には、住民登録の代わりに、税務署への事業者登録が対抗要件になります。

これが、韓国で最も重要な優先特権であり、問題のある部分です。この理由は、後で御説明します。

次に重要な優先特権は、賃金債権です。

勤労基準法によると、給料、退職金、災害補償金などの債権は、使用者のほかの債権者より優先して弁済を受けることができます。もちろん、質権、抵当権、質権や抵当権に優先する租税や公課金よりは劣位です。しかし、最終の3か月分の給料、3年間の退職金、災害補償金は最優先的に弁済を受けることができます。これも社会政策的な措置です。

ほかの優先特権である租税債権などは説明を省略します。レジюмеの内容を参考にしてください。

次に、所有権移転の形式による担保制度について説明いたします。

民法の中で制限物権の形式として定められている既存の担保制度は不便であるという不満を抱いていた取引の現場では、自分たちの都合に合う形の担保を開発・利用するようになりました。それは、所有権自体は債権者に移転するものの、それを債権の担保の目的に限定するという法律構成をとったものです。譲渡担保、買戻し、再売買の予約などの売渡担保、代物弁済の予約、担保仮登記などがこれに当たりますが、変則的ないし非典型的担保とされています。日本と同じです。

しかし、債権者は債務額を超える価値の目的物を取得するようになるので、債権者の暴利を防いで債務者を保護する必要が出てきます。

そこで、1984年、仮登記担保などに関する法律を制定し、これを規制することになりました。これもやはり、日本法からの影響です。

債権者は、清算期間を含む清算手続を経てから初めて所有権を取得することになりました。ここで清算手続というのは、債務額と目的物の評価額の差額の支払いの手続です。仮登記担保権者は、抵当権者に準ずる権利を行使することができます。また、債務者は、債権者から清算金が支払われる前に債権額を提供して目的物を取り戻すことができます。

所有権留保付きの売買も動産を中心に広く行われていますが、これも債権担保の機能を果たしています。

以上の説明に基づいて韓国の物的担保制度の利用現況をまとめて申し上げますと、次のとおりです。

1 番目は、非典型担保制度の利用はほとんどなくなり、根抵当制度の利用が急速に増えているということです。これは、仮登記担保などに関する法律による規制がその力を発揮しているからであり、また、金融機関が正常に動いているからです。従来、担保物を持っていても貸出しを受けることが難しい場合もありましたが、今はそんなことはなくなりました。むしろ金融機関の側が担保付貸出しに積極的に乗り出している状態です。

2 番目は、先ほど申し上げたように、抵当権が利用されないで、根抵当権が利用されているということです。

3 番目は、新しい取引の形式である資産流動化は、金融機関などの一定の機関に限られて運営されていますので、個人とは関連性がないということです。

4 番目は、工場抵当は利用されていますが、財団抵当は、費用と手続の負担などのため、ほとんど利用されていないということです。また、動産集合物の譲渡担保はたまに利用されています。

次は、韓国の不動産担保制度の課題をまとめて申し上げます。

1 番目は、抵当制度が消費貸借ないし金融取引を担保する程度の消極的な役割を果たすことにとどまらず、投資ないし投資資産の回収手段として積極的な役割を果たせるように改善する必要があるということです。所有者抵当制度、抵当証券制度などを導入する必要があります。

2 番目は、根抵当権に関する規定を整備しなければならないということです。包括根抵

当の有効性とその限界，被担保債権の範囲の公示の可否，物上保証人の保護規定，根抵当権の確定事由，確定時期などを，抵当制度の活性化と債務者・根抵当設定者の保護を十分に考慮して細かく規定する必要があります。

3番目は，新しく登場した資産流動化関連制度の整備です。率直に申しまして，この制度は，金融業者や経済官僚の立場から，彼らの主導下で導入されたものであって，正統的な民法学者や法律実務家の立場から見れば不満な点もあります。しかし，急激に変化している経済環境の下では，これについて肯定的な見方を持って対応する必要があります。関連費用の節減と手続の簡易化を図りながら，適正な公示方法を開発することがその内容になると思います。

4番目は，財団抵当の活性化の方策を見つけて，集合物の譲渡担保に関する最小限の法的規制及び保護方法の法定化を研究しなければなりません。

5番目は，優先特権の範囲を最小限にし，優先特権の内容を容易に把握できる方法を開発して，担保制度，特に抵当制度の機能が低下しないようにすることです。

最後に，何より大事なことは，抵当権の実行・執行と関連して，ローコスト，高い効率の執行制度を作ることです。これについては，後ほどまた説明いたします。

次に，抵当権登記について説明いたします。

まず，韓国の不動産の登記制度の特徴を簡単に見てみます。

登記業務の管掌機関は，日本とは違って，司法府，すなわち裁判所です。登記簿と台帳は二元化されていて，台帳業務の管掌機関は，市，郡，区などの行政機関です。二元化による国民の不便，非効率などについての指摘もありますが，一元化の作業は非常に難しい問題であります。そして，コンピュータなどを利用したIT化を通じて問題点はある程度解決されるだろうと見ています。

韓国では，日本とは異なって，登記は，不動産の物権変動において成立要件です。すなわち，当事者間に物権変動のための合意があっても，登記を完了するまでは，対外的にはもちろん，内部的にも物権変動は生じません。これは，ドイツ法からの影響ですが，日本の制度との大きな差異点です。

そのほかは，日本と大体似通っていますので，説明は省略いたします。レジュメを御参考ください。

抵当権登記の申請書の記載事項も日本と大きな違いはありません。レジュメを参考にしてください。ただし，根抵当権の場合，浦野先生が御説明された部分と関連して重要な意味があると思いますが，韓国の場合には，登記簿に，登記原因としては，ただ，根抵当権設定契約という旨だけを記載し，日本のように被担保債権の範囲を記載しません。日本の場合は，金融取引関係，物権取引関係などを記載すると思いますが，韓国では被担保債権の内容と範囲は全然書きません。

次は，抵当権申立て，抵当権設定登記申請書の添付書類について見てみます。

登記義務者の登記済証，韓国では登記畢証と言いますが，登記義務者の登記畢証を提出します。ただし，滅失や紛失の場合には，登記申請人が登記義務者と同一人であるという

保証書を差し出すのではなくて、司法書士・公証人からの登記義務者についての確認書・公正証書や、登記官からの登記義務者についての確認調書を登記済証に代えるようにしています。これは、ドイツの登記申請においての公証主義的な要素を取り入れたものです。

また、韓国では、国民は13桁の数字で構成されている住民登録番号というものをみんな持っています。登記名義人の特定のため、個人の場合は住民登録番号、個人以外の法人、非法人社団・財団、国家、地方自治体、外国、外国人などの場合は不動産登記用の登録番号を登記簿に併記しています。したがって、登記申請の際、住民登録謄本や不動産登記用の登録番号証明書面を提出しなければならないのです。これらの番号によって、所有財産の把握が容易になる点もありますが、プライバシーの保護の面からの問題も提起されています。

この問題と関連して、執行法において重要な問題がありますが、それは後に説明いたします。

そのほかの添付書面に関する説明は省略いたします。

抵当権設定登記事項も、基本的には先ほど申し上げた申請書の記載事項と同様です。

次は、韓国で抵当権設定の際に気を付けなければならない事項を簡単に申し上げます。

韓国では、登記は物権変動の効力発生要件であるため、抵当権設定の合意があつたとしても、登記がない状態では何の効力も生じず、また、権利の順位も登記順位によって決まります。

また、ドイツ法とは違って、登記に関する公信力は認められていないため、登記内容をそのまま信じ込んで取引した場合、予想以外の損害を被るおそれもあります。登記義務者の真偽に対する調査が必要なのです。特に、登記義務者が登記済証を持っていなかった場合には、更に気を付けなければなりません。関連書類などを偽造して取引しようとする場合も少なくないからです。また、先ほど申し上げたような優先特権に特に注意し、その存在及び範囲などに対する調査が必要です。担保価値の算定において、それらを考慮しなければなりません。

また、各種の行政法規によって、取得や処分についての制限がある場合がありますので、この点も考慮しなければなりません。そのような不動産にあっては、抵当権設定契約の効力が問題になるなどして、抵当権実行が容易ではないからです。

また、土地・建物の利用関係から生ずる紛争の可能性、例えば、法定地上権が生ずる可能性なども考慮して慎重を期しなければなりません。

最後に、何よりも不動産の急激な価格変動に備えなければなりません。経済状況の変動による価格変動が激しいので、担保価値の算定においては、この点も考えなければなりません。

次に、韓国の不動産抵当権実行方法について説明いたします。

韓国では、長い準備の末、民事訴訟法から強制執行編を切り離して、民事執行法を成立させ、2002年7月から施行しています。新しい執行法は、何よりも執行の実効性を強化し、競売手続の安定性と効率性を高めることを目指しました。

まず、執行法の中で抵当権の実行に関して変更された主な内容を申し上げます。抗告制度の改善に関する事項です。

韓国では、競売手続において、無理な抗告、抗告権の濫用により競売手続の迅速な進行が邪魔されてきました。これを防ぐために、売却許可決定に対する抗告の際には、原告人は売却代金の10分の1に当たる金額又は有価証券を供託するようにして、抗告をやたらにすることができないようにしました。また、抗告審の事後審査制度を取り入れて、原告人は必ず抗告理由書を差し出すようにし、抗告裁判所は抗告理由書に書かれている抗告理由のみを調べることにしました。これは日本と同じです。

また、競落人の保護のために、売却不動産の引渡命令の対象を権限のないすべての占有者まで広げ、売却決定が確定すれば競落人は直ちに代金を支払い、簡易な方法で不動産の引渡しを受けることができるようにしました。旧法では、差押えの効力発生以後に占有をし始めた占有者のみが引渡命令の対象とされていました。

不動産売却期日の公告を初めとする民事執行手続においての公告は、裁判所掲示板での掲示、官報・公報又は新聞での掲載、電子通信媒体を利用した公告の中から選べるようにしました。これによって、不動産競売の公告などにおいて、インターネットなどの情報通信技術の発展推移と社会経済的な環境の変化に弾力的に対応できるようになりました。既に大法院のホームページ（www.scourt.go.kr）では、全国の各裁判所で行われている競売事件の売却物件明細書、現況調査書、鑑定評価書などを含む競売手続の進行情報を提供しています。

そのほかに、日本の民事執行法を参考にして、期間入札制と一期日二回入札制を取り入れ、また、一括売却を広げるなどの各種の制度改善を企てました。

抵当権の実行とは直接に関連のないことではありますが、執行の実効性を確保するための制度を導入・強化しました。

韓国では、債務名義を持っている債権者は、債務者に対して、持っている財産を公表するよう申し立てることができます。これを財産明示といいます。これを債権者が正当な理由なしに財産明示期日に欠席した場合と財産目録の提出又は宣誓を拒む場合には、20日以内の期間、監置に処することができるようにしました。従来は監置に関する規定はありませんでした。

また、債権者の登載申請によって、裁判所が作成して備えている債務不履行者名簿の副本を、大法院の規則の定めによって一定の金融機関の長に通報し、信用不良者として不利益を受けさせることで、債務不履行者名簿制度が債務履行の強制手段としての実効性を持つようにしました。

また、債務者の財産に関する照会制度を取り入れました。財産明示の手続が終わってから、一定の理由があると認められる場合には、債権者の申立てによって、裁判所が個人の財産及び信用情報に関するコンピュータネットワークを管理している公共機関、金融機関などに対して、債務者名義の財産に関する照会をすることができるようにして、債権者が債務者の財産を容易に見つけられるようにしました。例えば、特定の債務者が全国にどん

な不動産を持っているかを調べるために、裁判所に申請すれば、裁判所が持っている登記インターネットを通じて、その人が持っている不動産全部を探すことができますから、これを債権者に提供します。金融財産についても、金融機関に知らせ、金融機関が持っている情報を受けて、これを債権者に提供することです。

それから、執行手続においては、裁判所の事務官——この事務官は、日本の場合には書記官に当たる職責ですが——の役割を強化し、執行手続の効率的な進行と人材の効率的な活用を企てました。例えば、各種の嘱託、催告、通知業務などを裁判所の事務官にゆだねました。

以上ですが、参考までに申しますと、2001年度の韓国の不動産強制競売、担保権事件競売を含めて、事件数は、16万です。浦野先生が提供された日本の資料を見ると、韓国の方がずっと数字は大きいと思います。抵当権設定登記の件数は、根抵当権を含めて、年間150万から200万の間となっています。

以上ですが、お忙しいところを最後まで聞いていただき、ありがとうございます。

時間よりも早く私の話の方を終了させていただきましたが、それは、私の方からお話しするよりも、逆に皆さんがどのような疑問を抱いているのか、それを聞いてお答えする方が有益なのではないかと思い、あえて15分ほど早く終了させていただきました。

○司会（黒川） 金滉植先生、どうもありがとうございました。

それでは、ここで約15分間、休憩に入らせていただきます。この間に前の方で机の移動を行います。

また、先ほどと同様、この間に係の者が質問票を回収に参りますので、お書きになられている方がいらっしゃいましたら、御提出ください。

なお、第3部は4時20分から始めさせていただきたいと思います。

第3部 質疑と討論

「日韓の不動産担保法制をめぐる最近の動向と課題 —— 日韓比較の観点から」

○司会（黒川） それでは、討論と質疑の時間に入りたいと思います。

実は質問をたくさんいただいております、少し始める時間が遅くなったこととお詫び申し上げます。

質問は、本来こちらでもっと整理してお伝えしなければならないのですが、何分時間の都合もありまして、大変申し訳ありませんが、私の方である程度整理した上で、先生方にお答えをいただくようにしたいと思います。

本日のこの講演会の内容は、できるだけ活字にして印刷するのようにしたいと考えておりますので、このいただいた質問の中でお答えできなかったものにつきましても、また、更に検討いたしまして、適宜その冊子の中で取り上げたいと思います。

この討論と質疑におきましては、実務的な手続的なことというよりは、基本的には原理・原則にかかわるような御質問を中心に取り上げさせていただきたいと思います。

それでは、まず、金先生への質問についてですけれども、「伝賃権について分かりやすく説明してください。」という御質問をいただいております。

また、別の方から、「伝賃権について、不動産価格の50パーセント以上との話があったけれども、この不動産価格はどのようにして決定されるのか。50パーセント以上でないと伝賃権は成立し得ないのか。」という質問をいただいております。

まず、以上の点につきまして金先生の方から御説明いただければと思います。

○金 伝賃権者が不動産価格の50パーセントぐらいを物件の所有者である伝賃権設定者に支払うというお話をしたのですが、これはあくまで一例として申し上げただけで、50パーセント以上になることもありますし、以下のこともあります。伝賃金は、当事者間の契約で定められます。

伝賃権者が保証金を支払います。そして、その物件を使用収益します。所有者の方は、もらった保証金を自分の利益のために使います。伝賃権の契約が終了しますと、伝賃権設定者は伝賃金を伝賃権者に返還します。その反面、伝賃権者は、目的物を所有者、伝賃権設定者に返還します。日本風に解釈するのであれば、抵当権と不動産質権が結合しているような形態というふうに理解していただければよいと思います。

これは登記される物権ですから、第三者に対しても効力が生じます。そして、一物一権主義の原則上、基本的に不動産の一部に対しては登記をすることができないのですが、しかし、伝賃権の場合には不動産の一部に対しても伝賃権の設定及び登記が可能だという例外が認められており、この点でも、意味があります。

○司会（黒川） それでは、次に、やはり金先生の御説明についてですけれども、「韓国における執行妨害の実情について伺いたい。」ということです。

先ほどの質問者の方からも、「韓国において、競売はスムーズに行われていますか。競売申立てから配当がなされるまでの期間や、競落率というのはどの程度ですか。」という御質問が出ています。

そして、先ほどの執行妨害と同様の御質問だと思いますけれども、「悪質な占有者が居座った場合に、スムーズに追い出すことができるのか。」という御質問もいただいております。

また、執行妨害とは少し違いますけれども、同じく執行がスムーズに進むかどうかという点で共通している御質問だと思いますが、先ほど浦野先生からも御説明がありましたような、「バブル崩壊後の土地の価格低落においては担保権の実行がはかばかしく進まないと思われませんが、韓国ではどうか。」という御質問も出ています。

以上をまとめますと、執行妨害と不動産価格低落という二つの問題で執行がはかばかしく進まないということが韓国であるかどうか、韓国ではどうなっているかという御質問です。

○金 まず、執行妨害について申し上げますと、不動産を占有している者の、競売手続によってその物件を手にした競落人に対する執行妨害ですが、これがないわけではありませんが、深刻な問題とはなっていません。

また、ケースによっては、買受人、要するに競落人との間で交渉が行われ解決に至るケースも多々あります。しかし、そのような方法というのは、法律的に見た際には正しい方法ではございません。先ほど私がお話ししたように、引渡命令制度を改善することによって、不当な占有者を排除するための立法措置が採られました。このように、法を厳格に執行し、法の趣旨を確立してから解決していくのが正しい方法だと思います。

暴力団を動員しての執行妨害というのは非常にまれなケースです。そういった意味からも、執行妨害というのは韓国においてはそんなに問題になっておりません。以前は、最優先弁済権が認められている賃借人になりすますというようなケースがございましたけれども、それも、厳しい法執行の下に減少傾向にあります。

以上、不動産の競売の執行妨害について申し上げます。

韓国におきましても、不動産価格の変動により、競売の申請件数、また、競落件数が変動します。不動産景気が良くないと競落率が落ちるとするのは事実ですが、その一方で、価格が下がるということで競落率を維持することができます。韓国におきましては、低い価格であれ、可能な限り早く処理してしまおうという、そういったリストラ的な動きがありましたので、余り問題になっておりません。

競売手続の迅速化ということにつきましては、私ども、国民に対して簡単に情報を提供する努力を続けております。これに関しては成果が上がるものと期待しております。インターネットがその上で大きな役割を果たすことでしょう。

以上です。

○司会（黒川） どうもありがとうございました。

続きまして、やはり金先生への質問ですけれども、「韓国においては、金融機関がより積極的に執行手続に関与しているようですが、その実情はどのような状況でしょうか。」とい

う御質問をいただいています。

それから、別の方からの質問ですが、金先生のレジュメの2ページの一番下の方に書かれております「住宅抵当債権流動化会社法による抵当債権の流動化」というところについての御質問かと思えます。この中で、次の3ページの方になりますけれども、「流動化専門会社は、流動化計画を作成し、金融監督委員会に登録しなければならない。」となっております。



講演会の風景

御質問の内容が三つあります。一つ目は、「流動化専門会社が作成して提出した流動化計画は公示されるのでしょうか。」ということです。「また、公示されるとすれば、どのような方法で、だれに対してなされているのでしょうか。」というのが二つ目です。そして最後に、「また、この流動化計画の提出の法的な効果はどのようなものなのでしょうか。」ということです。

以上、執行手続における金融機関等、流動化専門会社等の関与についての御質問だと思えます。よろしくお願いいたします。

- 金 金融機関が積極的な役割を果たしているということですが、ここでいう積極的な役割というのは、どういうことをおっしゃっているのですか。
- 司会（黒川） 例えば、これは質問された方が書かれていることですが、債権者などの金融機関が自ら担保物件の所有権を取得して債権を回収して、後日これを売却するというような、アメリカで行われている考え方だそうですね。そういったことは日本では行われていませんが、韓国ではいかがでしょうかということです。
- 金 債権者である金融機関が競落を受けてその物件を保有し、後ほど処分をするということも往々にあります。

資産流動化会社につきましては、非常になじみのない制度ですので、私が簡単に説明をしました。こちらの方は、流動化計画を作成して金融監督委員会の方に提出しますと、抵当権移転の登記なくして登記をしたのと同じような効力が生じます。これは、大量の抵当権債権が流動化会社に譲渡され、移転されることになって、それを以前のとおり全部登記していますと費用と時間が非常に多く費やされてしまいます。これを省略するためのものです。

利害関係にある人は、当然、金融監督委員会に公開を要求し、その内容を見ることができます。以上です。

- 司会（黒川） もう一つ別な質問ですが、「外国法人——これは金先生への質問ですので、外国法人というのは、例としては日本企業ということになりますが——が韓国で不動産担保の設定やその登記を実行する場合に、外国法人であるということで、特別な手続、例えば、政府の許認可であるとか政府への届出等が必要なのかどうか。」というのが一

つです。さらに、「外国法人が、今度は競売手続に参加し、配当を受けるに当たって、外国法人であるということで特別な手続が必要かどうか。また、自己競落する場合はどうか。」という御質問をいただいております。

○金 原則的に外国法人といえども内国法人と同じような取扱いを受けます。担保を提供させたり競落をする場合においても同じで、これといった制限はありません。また、先ほど申し上げましたように、不動産登記登録番号を受けて登録をすることができます。これは、外国法人であれ内国法人であれ、区別はございません。以上です。

○司会（黒川） もう一つ別な質問ですけれども、少し話が戻るようで申し訳ありませんが、韓国では抵当権の利用が少なく、ほとんどは根抵当権が利用されているという御説明がありました。それについて、御質問をいただいております。

御質問の内容は、「住宅ローン契約などの、個人がほぼ一回限りで融資を受けたりする場合の個別担保でも根抵当権が利用されるのでしょうか。また、このような場合に抵当権を設定するケースはないのでしょうか。また、理由はどのような理由によるのでしょうか。」という御質問です。

○金 先ほど浦野先生の話にもありましたように、韓国におきます根抵当権の条文を見ますと、比較的広い意味で根抵当権を設定できるようになっています。また、解釈上におきましても判例上におきましても、特定の債務に対して根抵当権を設定しても有効だというふうにしております。日本の法律と韓国の民法の違いに起因するものだと思います。このような解釈を根拠に、登記実務におきましても、登記原因のところに根抵当権設定の契約と書くだけで、被担保債権範囲の記載もしておりません。

抵当権と関連して、抵当権のところには、元金の記載とともに、遅延の際の賠償金がどこまで確定されるのかというような問題が発生してきます。しかし、根抵当権の場合には限度額だけが記載されていますので、基本的に、簡単に利害関係者に対してその内容を公示することもできますし、利害関係者はその内容を知ることができるという、そういった利点もあります。根抵当権と抵当権というのは、設定費用においてもさほど違いはございません。所有者の立場からしますと、自分はこちらまで負担をしますという覚悟をとることができますし、債権者の立場からは、自分がここまで返済を受けますというのが分かりますし、第三者の立場からは、どこまで担保されているというのが分かりますから、だれにとっても別に不利益を被るということはございません。こういう理由から、根抵当権が多く利用されているようです。また、特定の債権の担保のためにその根抵当権が設定されたとしても、追加で貸出しされる場合にその根抵当権を利用できるという便利な面があります。

○司会（黒川） ありがとうございます。

もう一つ別な質問ですけれども、やはり金先生への質問ですが、「日本における民事執行法の制定においての重要な問題点の一つは、抵当権と先取特権及び公示されていないけれども優先権を有する債権との調整の問題である。韓国においてはどのような調整をされていますか。」というのが一つです。

もう一つですが、「担保権と用益権との調整、特に、用益権としましては短期賃借権との調整について、特に、不動産の価格形成において影響が日本ではあると思われるけれども、韓国ではどうでしょうか。」ということです。

以上、抵当権と担保物権との関係、それから担保権と用益権との関係、その調整方法について、韓国での実情をお伺いしたいという御質問です。

○金 まず、日本で問題となっております短期賃借権を廃止すべきかどうかという問題についてですが、韓国におきましては短期賃借人を保護するという規定がありません。抵当権の価値権としての機能を十分に果たせるようにするための措置と言えます。

しかし、先ほども申し上げたように、登記簿に公示されていない優先特権と関連して、いろいろな問題があります。結局は、公示制度と社会政策的に配慮すべき人たちとの間の調整をどうすべきか、という問題です。これは一言では語り尽くすことはできませんけれども、様々な論議を経て、優先順位が決められつつあります。

その典型的なものが、先ほど申しあげました庶民の少額賃借人の保証金に関する問題、そして一部の勤労債権です。この二つの債権が、一定の範囲内におきまして、最優先で保護されます。この二つの債権は順位が同じです。それ以降の、それ以外のほかの優先特権につきましては、法律の定めるところにより順位が定められます。

社会全体として、この二つの債権については最優先すべきだということで、みんなが共感しておりますので、一部不満がないことはありませんけれども、すべての国民が受け入れる態勢にありますので、この点におきましては、問題はありません。もちろん、公示機能をきちんと果たせるよう、立法上、また、実務運営におきまして何か制度化するための、そういった努力の必要性はあると思います。

○司会（黒川） 別の御質問ですけれども、やはり金先生への御質問です。レジユメの6ページが一番上に、「売却許可決定に対する抗告の時、抗告人は売却代金の10分の1に当たる金銭又は有価証券を供託」と書かれております。そこで質問ですけれども、「抗告のための供託金は、抗告に対する裁判処理上はどのように処理されるのでしょうか。」という御質問が一つです。もう一つですが、「また、この供託金は相当高額となると思われますけれども、濫抗告防止の手段として債務者——これは所有者ということですが——に不利益であるという批判は出ていないのでしょうか。」という御質問です。

○金 抗告が認容された場合には、供託金とその法定利子は、抗告人に返還されるのですが、棄却の場合には、この供託金は、配当財団に含められて配当されます。

二つ目の、抗告人に対して不当なのではないかというような指摘ですけれども、これはうなずける点がございませぬ。ですが、競売実務において、余りにも抗告が濫用されているがために採られた特効薬のようなものです。不合理的な面はあることはありますけれども、競売手続の迅速な進行のために一部の犠牲を求めるといような性質のものです。

○司会（黒川） ありがとうございます。

金先生への質問はまだたくさんあるのですが、後は手続的な質問が中心かと思えますので、質問された方には大変申し訳ありませんが、ここで終了させていただきたいと

思います。

○金 皆さん，質問がたくさんあるかと思いますが，時間の関係上答弁し切れず，非常に申し訳ないと思います。まだ疑問に思われる点がございましたら，黒川さんあてに，日本語でも構いませんので質問事項を記載した上で送付していただければ，私ができる限り書面で答弁させていただきたいと思います。

○浦野 金先生に私の方から大分質問したいことがあったのですが，まず，今日お集まりの方を優先したので，私は書面で御質問していいですか。

○金 よろしいです。

○司会（黒川） それでは，そろそろお時間となりましたので，この辺で討論と質疑は終了させていただきます。

浦野雄幸先生，金滉植先生，どうもありがとうございました。

担保・執行法制の見直し～立法担当者からの紹介

○司会（黒川） 続きまして、法務省民事局の小粥太郎局付（現東北大学法学部教授）から、現在進行中の担保・執行法制の見直し作業について御紹介いただきたいと思います。

それでは、よろしくお願いいたします。

○小粥民事局付 御紹介いただきました小粥でございます。本日は日韓比較不動産担保法制の席にお招きいただき、誠にありがとうございました。



小粥民事局付

現在、法務省におきましては、担保・執行法制の見直し作業をしているところでございます。そこで、このような日韓パートナーシップ研修が行われます機会をとらえまして、私どもの見直し作業の全体像について簡単に御紹介させていただきたいと存じます。時間が限られておりますので、ごく骨組みだけの紹介になりますことをあらかじめお許しいただければ幸いです。

初めに、今回の担保・執行法改正の目的から御説明申し上げます。

目的としては二つ掲げることができようかと存じます。

第1は、民法が規定する抵当権等の担保物権の内容及び実行手続を、現代の社会経済情勢に適合したものに改めるということでございます。

第2は、司法制度改革審議会の意見を踏まえ、権利実現の実効性を確保するために、民事執行制度を強化するというものでございます。

大まかにこれら二つの目的に沿って様々な事項について検討を進めているところでございます。

検討の対象としております項目としては、ここでは大きく三つに分けて御紹介することにさせていただきたいと存じます。

まず、第1でございます。これは、「抵当権制度の現代化」とでも申し上げるべき項目でございます。

この第1の「抵当権制度の現代化」といたしましては、更に二つの項目が考えられようかと存じます。

その1は、「抵当権の実行方法の多様化」ということでございます。抵当権の実行方法として、現在、我が国の民事執行法においては競売だけが採用されているところでございます。しかしながら、不動産の収益から優先弁済を受ける手続として強制管理類似の手続を設けることを検討しているところでございます。その内容といたしましては、競売手続に付随するというものではなく、競売手続とは無関係に強制管理の手続をとることができる、つまり、現在の民事執行法第2章における強制管理の手続と同様のものが構想されているところでございます。

続きまして、その2、「抵当権の実効性の向上」とでも申すべき項目に参りたいと思います。ここで御紹介いたしますテーマは、短期賃貸借制度、滌除制度などがございます。短期賃貸借制度と申しますのは、抵当権に後れる短期の賃貸借が、抵当権者に対抗できるものとするという制度でございます。また、滌除制度と申しますのは、抵当不動産の第三取得者が抵当権を消滅させることができる制度と申すことができようかと存じます。これら二つの制度につきましては、その有用性に疑問が呈せられるとともに、濫用の問題がかねてから指摘されておりました。そこで、抵当権者の正当な利益を保護するために、これらの制度についての見直しが検討されているところでございます。

それでは、主な項目が三つあると申しましたうちの第2、「不動産執行妨害への対策」という項目に参りたいと存じます。

不動産執行妨害への対策として、二つの点を御紹介したいと存じます。

その1は、「保全処分の強化」でございます。占有屋——執行妨害を職業とする者——などを適切に排除するために、民事執行法上の保全処分の発令要件を緩和する見直しが検討されております。

その2は、「明渡し執行の実効性の向上」でございます。占有者を次々に入れ替える方法による執行妨害に対処するために、占有者を特定できなくても不動産の明渡しを実現できる制度を整備するという方向で検討が進んでおります。具体的には、保全処分の発令時に占有者が特定されていなくても保全処分を発令することができるようにするということが考えられております。

続きまして、主な項目が三つあると申しましたうちの第3、「強制執行の実効性の確保」という項目に参ります。ここでは三つの点を御紹介したいと存じます。

その1は、「間接強制の適用範囲の拡張」であります。これまでの民事執行法におきましては、「間接強制の補充性」と呼ばれる考え方が支配しておりました。しかしながら、より効果的な強制執行の方法を選択可能とするため、間接強制の適用範囲を拡張する方向で検討作業が進められております。

続きまして、その2としては、債務者の財産を把握する方策を整備することが検討されています。すなわち、強制執行の対象となる債務者の財産を把握するため、債務者による財産開示の手続を設けることが検討されております。

その3、最後になりますが、これは「少額定期給付債務の履行確保」でございます。費用倒れの防止等の観点から、弁済期前の定期金も一括して差押えをすることができる制度の導入が検討されております。具体的には、配偶者の一方が他方に対して、離婚によって生じた定期金を有するような場合、例えば、毎月5万円ずつ、配偶者が別れた相手方に対してお金を払うというような債務が生じている場合には、一度、債務不履行があれば、将来の定期金まで一括して差押えをすることができるようにしようと、こういうことでございます。

非常に簡単ではございましたけれども、改正が検討されております項目の主なものは以上でございます。

現在のところ、来年の通常国会に法案を提出する予定で作業が進められているところでございます。

担保・執行法制の見直しに関する御紹介は以上とさせていただきます。

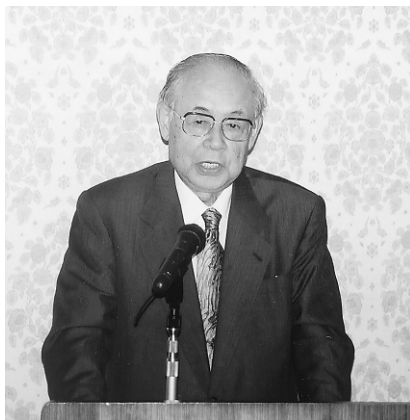
○司会（黒川） どうもありがとうございました。

本日は、長時間、御清聴と熱心な質疑応答をどうもありがとうございました。

閉会のあいさつ

○司会（黒川） それでは、最後に、財団法人国際民商事法センター特別顧問、東京大学名誉教授、そして元法務大臣で、日本ローエイシア友好協会会長であります三ヶ月章先生に、本日のまとめとして総括をお願い申し上げたいと思います。

○三ヶ月財団法人国際民商事法センター特別顧問 非常に意味のある日韓パートナーシップ研修第4回の成果のある会議が終わりまして、その総括を仰せつかったことは、私の光栄とするところであります。



三ヶ月章元法務大臣

まず第1に申し上げたいことは、これは直接本日の討論の内容ではないのですが、金先生が、日本語で、私どもに分かるような形で、非常に難しい法律問題を見事に御説明なされたということについての私の感想でございます。

皆さんは、あまり御存じないかと思うのですが、戦後長い間、韓国におきましては片言といえども日本語をしゃべることは厳禁でした。実は、韓国で初めて日本語をしゃべりましたのは、この私です。私の記憶では、私が東大の法学部長をやめた年でございますから、

昭和52年のことでもあります。それはどういうきっかけからであったか、なぜ私が、絶対に禁止されていた日本語を初めてしゃべるようなことができたか、ということにつきましては省きますけれども、それはどういう機会であったかと申しますと、韓国に日本の司法研修所と類似した施設を新しく設立するときの記念講演を頼まれたからでした。

そうした過去の、かなり長い期間にわたり、日韓両国の間に横たわっておりました不幸な反感と対立の歴史は、戦前の日本の、反省すべき政策に根ざしておりましたことは、我々として深く反省すべき点であるのですが、それを考えますならば、韓国の高等法院の部長判事の地位にあられる方がこの日本に來られまして、日本語で講演をされるということが実現するようになったことにつき、私は何ともいえない感銘を覚えるのであります。しかも、ただその事実だけではなしに、その内容もまた、日本人の私どもにとりまして非常に啓発的なものであったことも、私の深く感銘を受けるところでございました。と同時に、

やはり今度は、私ども日本人といたしましても、お隣の国におきまして何かこういう機会がありましたならば、私の世代はもう遅いのでしょうかけれども、金先生と同世代ないしはそれよりも若い世代の方は、もう一步奮発されまして、韓国語でもって日本の法律についての説明を韓国で行えるようになったならば、ということが、一人の老法学者としての感懐であります。

第2に申し上げたいことは、壇上に掲げてあります「パートナーシップ研修」ということに絡む事柄であります。

実は、私は、ただいまの御紹介にございましたように、この主催団体であります法務省の特別顧問であると同時に、同じく主催団体である国際民商事法センターの特別顧問という形で現在に至っているわけであります。その国際民商事法センターが法務省の法務総合研究所と共同して進めています仕事の重要な一つが、実は、アジア諸国に対する法整備支援と協力ということなのです。

「支援」と申しますと、これは皆さん、日本語でおわかりだろうと思えますけれども、何か力のある者が比較的弱い人に対して手助けをする、こういうふうな感覚を伴う言葉であります。これに対して、「協力」という日本語は、全く同格の者がお互いの持っている経験と知恵を出し合って相互の向上を図るという意味を持っています。

法整備支援の方は、私どもがどういう国を対象としているかと申しますと、ベトナム、ラオス、カンボジア、ミャンマー、モンゴルといった国々が主でして、ここでは、私どもが多少時間的に早く西欧法に取り組んだという経験をできるだけ学びとっていただくように努力するということが主眼であります。

これに対して、法整備の支援ではなく、協力ということの対象は、この韓国並びに中国や台湾といった漢字文化圏の国や地域が主であります。

かなり同じような形の、支援ではなく協力ということの対象国といたしましては、英語圏のフィリピンとか、シンガポールとか、マレーシアとか、あるいはかつてのオランダ法が支配的であったインドネシアなどですが、インドネシアはどちらかと申しますとむしろ支援の方に近いのかもしれませんが、そういう西欧法を母法とする国が多いのであります。

同じ国際民商事法センターが中心となり、法務省がバックしております支援・協力の実態はそういうところがございますので、私どもは、その国によって、支援の態勢を整えたり、協力の態勢を整えたりしているわけですので、私もつい一昨日までカンボジアに1週間ほど行ってまいりまして、支援活動の一環としての働きをしてまいったのであります。そして、そのつい一昨日までの経験と、本日のこの経験とを照らし合わせてみますと、やはりそこには非常に大きな較差があるということを改めて感じさせられたのであります。

カンボジアでは、今、日本の法整備支援としてどんなことをやっているかと申しますと、日本人とカンボジア人がディスカッションしながら全く新しい法典をつくるという作業に取り組んでいます。我々が明治時代に体験したようなことの手助けを今やっているのが、この支援事業であります。

これに比べますと、協力の方の一例である本日のこのセミナーというものは、これとは

比較を絶するほどレベルの高いものでして、両報告者のお話のレベルというものは、正に現在の不動産執行あるいは不動産担保実行というものの世界的な流れの中で、十分世界のトップクラスにある議論のレベルであったと私は率直に感じているところであります。

金先生の報告についての私の評価は先ほどの言葉の中に多少入っておりますので、浦野さんの御報告についての私の感想を申し上げさせていただきます。

実は、先ほど来いろいろ問題が出てまいりました民事執行法という法律をつくりますときに、私はシニアの法制審議会委員といたしまして、当時法務省の主任参事官でありました浦野さんといろいろ議論しながら作業を進めてきたわけでございます。時にはかんかんがくがくの大議論もいたしました。そういう間柄でございますので、浦野さんのお話を伺っておりますと、今からもう大分前、30年近く前のことでしょうけれども、その頃の思い出が非常に懐かしくよみがえってきたということが一つの感懐でございます。

実は、私の博士論文は、本日のテーマであります強制執行をテーマとしたものでして、昭和37年のことでございますから今から大分前になりますが、当時は、民事訴訟法の博士論文、旧制の博士論文というもののテーマとして強制執行を選んだのは恐らく私がただ一人ではなかったか、少なくとも東京近辺ではただ一人ではなかったかと思っているわけです。このように私と強制執行との御縁は深いのですけれども、その後、私もいろいろな仕事が多うございましたので、こうした強制執行、担保権の実行手続というものにつきましてはいささか勉強不足が続きまして、最近の進展というものにつきましては、ある程度自分の頭では理解しておりますけれども、実は昔ほど勉強はしていないというのが実情ですので、本日の浦野さんのお話を伺いまして、最近の動きというものにつきまして新しく目を開かれたという感じを持ったのが事実です。

その浦野さんのお話の一つの大きな底流をなしているテーマですが、これは、具体的な手続の細かさ、あるいは具体的な対応策というようなものを離れまして、大きな流れとして浦野さんが感じておられることは私も同じようなことを考えていると思うのですが、それはどういうことかと申しますと、次のようなことであります。

それは、この強制換価制度と申しますものは、常に経済情勢というものによって、動き方も、また評価も違ってくるといって性格を免れ得ないということでもあります。浦野さんの報告の中にもありましたように、日本の景気がいい時には、在来的な強制執行制度、強制換価制度でも十分に機能いたしました。しかしながら、ひとたび不況という流れの中に置かれますと、その欠点だけが目についてくるといふような性格を免れ得ないものであります。

こういう性格を持たざるを得ないこの法律制度をどういふふうに見ていくかということにつきましては、大きく二つに立場が分かれると思います。

それは、くるくると変わる経済情勢というものに引きずり回されて、その都度何か新しいことを決めなければならない、新しい制度を導入しなければならないといつて、そういうふうな形で細かな修正を次々と付け加えていくのが強制執行制度というもののあるべき姿だというのが一つの考え方でもあります。

しかしながら、経済変動と申しますのは、これは非常に短い期間に様々な変動をするものでして、私が生まれてからだけを見ましても、昭和初期の不況があり、戦時景気の時代があり、更に敗戦の混乱があり、それから日本経済の復興の時期があり、というようなことを繰り返しているわけですし、最近では、先ほども数を挙げて指摘されましたように、バブルの時代から今の崩壊の時代といったものが、そんなに長い時間をはさまずに繰り返されているのが経済変動というものであり、特に現在のような時代にはそれがますます激しくなってくるのであります。それにいたずらに追いまわされることなしに、大きな時代の流れというものをとらえなければならぬという一面があるということも確かなことです。現在、どちらの立場に基本的に立つか、これが、執行及び担保権の実行に携わる者に突きつけられている大きな選択であろうと思います。その選択は、ここでどちらが正しいというものではなくして、どちらもそれぞれの一応の正しさを持っており、各国・各人が決断していくべき問題であると私は考えるわけであります。

そうした大きな二つの選択肢があるという問題をここで皆様に突きつけながら、それをどういうふうに分として選んでいくかという問題を皆様に投げかけるという形で、私の総括を終えさせていただきます。

最後に、議論の内容ではございませんけれども、本日の通訳、誠に見事ございました。私も幾つかの国際会議、シンポジウムを経験しておりますが、非常に立派であって私ども参加者一同、やはり御礼を申し上げなければならないという気持ちを持ちました。皆様を代弁いたしまして、通訳の方にありがとうございましたと申し上げたいと思います。

○司会（黒川） どうもありがとうございました。

本日、先生からもお話がありましたけれども、お一人で通訳をしていただいた都成愛さんに感謝申し上げます。

それでは、以上をもちまして講演会を終わらせていただきます。

【第4回日韓パートナーシップ研修講演会資料】

日本の不動産担保法制をめぐる最近の動向と課題

2002年10月21日

弁護士・前東海大学教授

(元法務省民事局参事官) 浦野雄幸

1. はじめに

- (1) 本講義の目的 —— 日韓の法制度とその運用の比較
- (2) 日本において現在進行中の担保制度（及びその実現手続としての民事執行制度）の見直し作業
- (3) 日本における司法制度（裁判制度）の改革との関連

2. 担保制度の見直しと改正項目検討

- (1) 不動産の物的担保の利用状況の変化（増加から減少へ）
 - イ 所有権取得型担保から価値権担保へ（戦後経済の発展期）
 - i 不動産担保の変化
いわゆる『三種の神器』による目的物の「丸取り」（仮登記の無条件本登記）禁止→清算型（換価型）へ（最大判昭和49年10月23日（資料1）から仮登記担保契約に関する法律（昭和53年（1978年）法律第78号）の制定による仮登記担保の清算義務の明文化（資料2）
 - ii バブル経済期における抵当権の利用形態の変化（包括根抵当の多用化と濫用）と昭和46年（1971年）の根抵当立法（同年法律99号による民法の一部改正 —— 民法 § 398の2～ § 398の22の追加）
 - iii 抵当権の実行としての競売（換価）による優先弁済（配当）率の増加
 - ロ バブル経済の崩壊（不動産取引の低迷）による抵当権の実行（換価）機能の低下（1990年以降の現象） —— 有担保の貸付債権の回収不能率の増加（資料3）
- (2) 不動産の物的担保の機能低下の回復のための諸施策
 - イ 実体法の見直し
 - i 抵当権の優先弁済権確保の方法の多様化，明確化
 - ① 抵当権の効力の及ぶ範囲（民法 § 370， § 371， § 87 II）の明確化 —— その公示方法（登記）の効力とその登記の内容（不動産登記法 § 117）の見直し
 - ② 抵当権の物上代位制度（民法 § 307， § 304）の見直し —— 賃料債権（収益）に対する優先権の主張方法（個別債権執行から強制管理に準ずる Receiver 制度の導入）の検討

- ii 抵当権以外の担保権の見直し
 - ① 先取特権（特に雇人給料の先取特権（民法 § 308））
 - ② 留置権（民法 § 295, 商法 § 521）
- ロ 抵当権の機能の低下又は抵当権の実行としての競売の阻害要件の排除
 - i 短期賃貸借保護制度（民法 § 395）の見直し
 - ii 滌除制度の見直し
 - iii 一括競売

3. 民事執行手続の改善策の検討

- (1) 民事執行法における占有屋等の不法占有による執行妨害に対する執行手続の基本的態度（民事執行法 § 55, § 77, § 83及び同法 § 188によるこれらの条文の準用規定の立法趣旨）
 - イ 差押えの効力と債務者（所有者）の差押物の使用内容（民事執行法 § 46 II）—— 差押物件の価格の著しい低下の防止, 買受人へのスムーズな物件の引渡し
 - ロ 第三者の占有による執行妨害の排除
 - ハ 担保権の実行としての競売手続への準用（民事執行法 § 188）

- (2) 民事執行法施行後の実務の運用から法改正へ
 - イ 平成8年（1996年）の改正
 - ロ 平成10年（1998年）の改正

- (3) 占有屋等による執行妨害への対策（改正の要望）
 - イ 法 § 55の保全処分が発令の要件の緩和
 - ロ 保全処分による「保管」内容の改善
 - ハ 保全処分の対象者の改善

資料目録

- 資料 1 最大判昭和49年10月23日（民集28巻7号1473頁）
出典：幾代通・浦野雄幸編 判例・先例「要旨」で学ぶ新編不動産登記法
（判例・先例コンメンタール1）株式会社三省堂発行 102頁～106頁
- 資料 2 「仮登記担保」（浦野雄幸著 判例・先例「要旨」で学ぶ新編不動産登記法
（判例・先例コンメンタール別巻）110頁～111頁
- 資料 3 浦野雄幸「民事執行法施行20年，その改正の歴史と今後の課題」（判例民事
執行ノート（7））登記研究638号51頁～83頁
- 参考 浦野雄幸「担保不動産包括管理を」
（日本経済新聞 2002年（平成14年）9月7日（土）掲載の「時論」）

保目的の実現とそれに伴う清算を一挙にはかるのが公平の観念に照らし妥当であるからである。]

▶判例評釈 小倉顯・判解民92事件〔曹時23巻10号302頁〕, 山内敏彦・民商65巻2号315頁, 四宮和夫・法協89巻4号459頁, 椿寿夫・判タ260号92頁, 生熊長幸・法学35巻2号79頁

[107] 仮登記担保 ①仮登記担保権者が清算義務を負うのは、債務者または目的不動産の第三取得者に対してのみであり、後順位担保権者等に対しては直接清算義務を負わないが、後順位担保権者等は、自己独自の抗弁として、債務者（または第三取得者）に対する清算金の支払いと引換えに本登記の承諾をすべきことを主張することができる。

資料1

②仮登記担保権者がその権利の実行として仮登記の本登記手続またはその承諾を訴訟上請求する前に、第三者の申立てにより競売手続が開始されている場合には、上記の請求をすることは、原則として許されない。(最判昭49・10・23民集28巻7号1473頁, 判時758号24頁, 判タ314号152頁, 金法734号16頁, 金商432号2頁, NBL75号17頁)

〔後順位の差押債権者、抵当権者らに対する清算金支払義務の存否〕

右に述べたように、仮登記担保権者は、目的不動産の換価処分により差額を生じたときはこれを清算すべきものであるが、仮登記担保権者がかような清算金の支払義務を負うのは、債務者又は仮登記後に目的不動産の所有権を取得してその登記を経由した第三者に対してのみであつて、仮登記後に目的不動産を差し押えた債権者や、これにつき抵当権の設定を受けた第三者等は、仮登記担保権者と直接の清算上の権利義務の関係に立つものではない。仮登記担保権者による権利の実行には、実質上担保権の実行として、あたかも抵当権に基づく不動産の競売に類似する点があるとしても、その故をもつて、これらの権利者が、競売手続における競売代金の配当のように、一定の優先順位に従つて自己の債権の満足に充てられる金額につき、自己に給付せらるべき清算金として、仮登記担保権者に直接その支払を請求しうるものとするはできない。けだし、目的不動産の価値が競売以外の事由によつて金銭債権に変じても、不動産の差押は当然これに効力を及ぼすものではなく、また、不動産上の担保権も物上代位の方法によつてのみこれに追及しうるにすぎないものであるから、これらの権利者が差押又は担保権の効力それ自体として仮登記担保権者に対し直接清算金の交付を請求しうる根拠はなく、また、仮登記担保権者は、その義務の履行として清算金を債務者（又は第三取得者）に支払えばなんら利得するところがないこととなるので、仮登記担保権者と後順位差押債権者らとの間に不当利得に類似する関係が成立するものとは考えられないからである。のみならず、右のような直接の清算上の権利義務の関係を認めるときは、本来非訟手続である競売手続においてのみ適切になしうる多数債権者相互間及びこれらの債権者と債務者との間の錯綜した権利関係の処理を、その処

理に適しない訴訟手続による仮登記担保権の実行手続において要求することとなり、種々の不都合な結果を生ずるのをまぬがれない。例えば、競売手続においては、多数債権者のそれぞれの取分に関する紛争は配当表（又は計算表）に対する異議及びその後における配当異議訴訟によつて処理され、右紛争と関係のない部分についてはそのまま手続が進行し、清算が終了するという仕組がとられているのに対して、仮登記担保権者による本登記手続及びその承諾請求訴訟においては、後順位債権者らの取分に関する紛争は、紛争当事者間の争訟としてではなく、債務者及び後順位債権者らからの原告たる仮登記担保権者に対する重複する引換給付の抗弁としてあらわれ、それらの争点については必ずしも矛盾しない解決が保障されないばかりか、本来この紛争に関係のない原告が、その渦中に巻き込まれ、無用の負担と危険を負わされることとならざるをえないし、また、競売手続においては、いつたん配当額が確定すれば、これらの関係者間では後日紛争が再燃することは殆んどないが、本登記手続請求等の訴訟では、原告と各被告との間においてそれぞれ清算金額が確定しても、それは被告ら相互間においては効力をもたないから、後日これらの者の間で重ねて紛争が生ずることを防止することができないのである。他方、右のように後順位の差押債権者や抵当権者らに対して仮登記担保権者に対する直接の清算金請求権を認めなくても、これらの権利者は、その債務名義又は物上代位権によつて、債務者が仮登記担保権者に対して有する清算金債権を差し押え、取立命令等を得て債権の満足を得ることができるから、特に大きな不利益を受けることもない。しかも、いわゆる帰属清算の場合においては、清算金の支払と仮登記の本登記手続とが同時履行の関係に立つこと前述のとおりであり、この場合、後順位の差押債権者や抵当権者らは、仮登記担保権者からの本登記の承諾請求に対し、その承諾義務が本来本登記義務の履行されるべきことを前提とする性質のものであることにかんがみ、自己独自の抗弁として、債務者（又は第三取得者）に対する清算金の支払との引換給付の主張をすることができるものと解されるから、清算金の支払確保のために特段の手数を要することもない。右に述べたところと抵触する当裁判所の従前の判例は、その限度でこれを改める。……

競売手続と仮登記担保権の実行

原判決は、本件においては上告人らの本訴提起前に既に本件建物につき被上告人ツヨによつて強制競売手続が開始されており、かかる場合においては、上告人らは、右競売手続に参加し、その手続内においてのみその債権の優先弁済をはかりうべく、右手続を排除して自己の処分権の行使によつて債権の満足をはかることは許されず、したがつて、そのためにする被上告人らに対する不動産登記法105条1項、146条1項に基づく本件建物仮登記の本登記の承諾請求も許されないと判示して、上告人らの本訴請求を排斥している。そこで、右見解の当否を検討することとする。

(1) 原判決は、仮登記担保権者が目的不動産の競売手続に参加して自己の債権の優先弁済を受けることができることを前提としているので、まずこの点から考えてみる

と、

前述のように、仮登記担保権は、その権利者が目的不動産を換価し、その換価金をもって自己の債権の満足をはかることを目的とし、その換価の方法として目的不動産を正規の競売手続によらないで処分する権利を設定し、かつ、仮登記によつてこれを保全しようとするものであつて、右処分権の取得は目的不動産の簡易迅速な換価手段としての意義を有するにすぎないから、抵当権など民法上の法定担保権のように、その権利自体としてはこれに基づいて目的不動産の競売を申し立てることができないものであるとしても、第三者の申立によつて当該不動産につき競売による換価手続が開始されている場合には、手続上可能なかぎり、仮登記担保権者において、みずから右不動産の換価処分を実施することに代えて、右の競売による換価手続に参加し、その手続内において換価金から自己の債権の満足をはかることもできるものと解するのが、相当である。けだし、仮登記担保権者に右のような参加を認めても、後述のように、実質上右権利者に対してその本来有する以上の利益を与えるわけではなく、また、競売手続におけるその他の利害関係人に格別の不利益を課することとなるものでもないのみならず、もし仮登記担保権者にそのような参加を認めないとすれば、仮登記担保権者は、その権利を実行するためにはその妨げとなる競売手続の排除を求めざるをえず、競売手続が仮登記担保権者に登記上劣後する抵当権者らの申立にかかる場合や強制競売申立の登記が仮登記におくれている場合には、折角開始された競売手続が仮登記担保権の実行によつて覆滅され、更には、競落が確定したのちにおいても競落人の取得した所有権が追奪されることとなる等、競売手続の安定を著しく阻害する結果を生ずることをまぬがれないのであつて、ひとしく不動産の換価手続である仮登記担保権の実行手続と競売手続との関係を合理的に調整するゆえんではなく、実際上当を得たものということができないからである。

右のように、仮登記担保権者に競売手続への参加を認めるべきものとした場合、登記簿上からはその権利が仮登記担保権であること及びその被担保債権の存在と金額とが明らかでないから、登記された民法上の担保権のように、競売裁判所が職権でこれを斟酌し、競落に伴うこれらの権利の消除の前提として競売代金の一部を当然にその被担保債権の弁済に充てなければならないとすることはできないけれども、民訴法648条4号又は競売法27条4項4号により不動産上の権利者としてその債権（権利）を証明して届け出た者は、競売手続に参加し、競売代金の配当にあずかることもできるのであるから、仮登記担保権者は、民訴法又は競売法の右規定により、自己の権利が仮登記担保権であること及び被担保債権とその金額を明らかにして競売裁判所に届け出て、競売代金から自己の債権の弁済を受けることを求めることができ、この場合の競売代金の配当における優先順位は、他の担保権との関係においては専ら登記の順位によつて決すべきものと解するのが、相当である。もつともこのように解するときは、仮登記担保権者は仮登記のままでその優先順位を主張しうることとなるが、それ

は、右権利者が仮登記のままの状態においても、その権利の実行として換価処分の特権を行使し、その一環として所有権の本登記をすることによつて債権の排他的満足を得る法的地位を取得していることによるものであつて、仮登記の段階で、その本登記がされた場合と同様の権利主張、即ち所有権の取得そのものについての対抗力を認めるわけではないから、単なる登記の順位保全の効力を有するにすぎない仮登記に対して本登記を経由した場合と同様の効力を与えるものであるというにはあたらないのみならず、これにより自己の権利に影響を受ける後順位抵当権者らは、もともと仮登記の本登記手続による仮登記担保権の実行そのものを容認し、ひいて自己の登記の抹消を甘受せざるをえない地位にあるのであるから、仮登記担保権者に右のごとき権利主張を許しても、これによつてなんら格別の不利益を被るものではないのである。

(2) そこで進んで、仮登記担保権者が右のように不動産競売手続に参加してその被担保債権の優先弁済を受けることができるとした場合、仮登記担保権者は、目的不動産につき競売手続が行われるかぎり、たとえそれが登記上自己の権利に劣後する差押又は抵当権に基づくものであつても、常に右手続に参加し、その中においてのみ自己の債権の満足をはからなければならないものと解すべきかどうかを考えてみると、

仮登記担保権者が右の競売手続の開始に先立つて既にその権利の実行に着手し、そのための強制的手段として本登記手続又はその承諾請求訴訟を提起している場合には、あたかも租税滞納処分が競売手続に先行している場合と同様に、後の競売手続の開始によつて先着手にかかる自己固有の権利実行手続を放棄させられるいわれはないから、そのまま従前の手続を追行し、これと抵触する競売手続の排除を求めることができるものと解すべきである。しかしながら、これと反対に、競売手続が先行している場合には、仮登記担保権者に前記のような右手続への参加による債権満足の道が存し、これによつて目的を達することができる以上、仮登記担保権者としては、原則としてこれによるべきであつて、自己の仮登記が登記上先順位であることを奇貨として、自己固有の権利実行手続に固執し、ひいて既存の競売手続を無に帰せしめて関係者に無用な損害を被らしめることは、仮登記担保権者の行使としての正当な法的利益を有するものということとはできない。それ故、仮登記担保権者は、この場合には、原則として先行の競売手続の排除を求めることができず、ただ、換価後の清算を必要としない場合、自己の責に帰することのできない事由により右手続内において債権の弁済を受ける機会を失つた場合、競売手続が長期にわたつて停止し迅速な債権満足を得る見込みがない場合等、特に自己固有の権利の実行について正当な法的利益を有する場合のみこれが許されるものと解するのが、相当である。』

▶判例評釈 鈴木弘・判解民62事件〔曹時29巻6号107頁〕、米倉明・法協93巻6号940頁、高木多喜男・判評191号2頁、吉原省三・判タ314号23頁、山田卓生=石川正美・判タ316号18頁・318号18頁、福永有利・判タ316号30頁、林良平・法叢96巻3号87頁、鈴木弘・金法737号36頁、椿寿夫・金法738号5頁、堀内仁・金法738号11頁、

第1章 総則

村上博巳=赤塚信雄・金法 738 号 17 頁，鈴木正和・金法 739 号 12 頁，鈴木祿弥・ジュリ 577 号 83 頁・579 号 83 頁，玉田弘毅・昭 49 年度重判解説 59 頁，中野貞一郎・昭 49 年度重判解説 127 頁，岩城謙二・民法判例百選 I（第 2 版）218 頁，椿寿夫・法セミ 236 号 10 頁，鈴木弘・NBL 77 号 6 頁，岩城謙二・NBL 82 号 8 頁・84 号 11 頁・86 号 16 頁・87 号 27 頁，満田忠彦・民事月報 30 卷 2 号 27 頁，鈴木弘・手形研究 223 号 5 頁

[108] 仮登記担保 仮登記担保権者は，目的不動産の換価処分前においては，特段の事情のない限り，仮登記に遅れて賃借し，これを占有する第三者に対し，賃料相当の損害金の賠償を請求することはできず，また，換価処分前に，適法な債務の弁済提供を受けながら，その受領を拒絶して，目的不動産を占有する第三者に対し，その明渡しを求めることはできない。（最 3 判昭 50・2・25 民集 29 卷 2 号 112 頁，判時 772 号 48 頁，判タ 320 号 156 頁，金法 748 号 24 頁，金商 468 号 2 頁，NBL 86 号 22 頁）

「仮登記担保権に関する右判例の趣旨に照らせば，仮登記担保権者が目的不動産の換価手続の一環として，第三者に対しその占有する目的不動産の明渡しを求めることができる場合においても，明渡しを拒否し占有を継続する右第三者に対し，所有権を侵害されたことにより賃料相当の損害を被つたとしてその賠償を求めることは，換価処分前においても仮登記担保権者が目的不動産を使用収益することができる旨の約定があるなど特段の事情のないかぎり許されないものというべく，また，仮登記担保権者が，右換価処分前，即ち，債務者が債務の全額を弁済して目的不動産の完全な所有権を回復することができる間に，適法な債務の弁済提供を受けながらその受領を拒絶して，目的不動産を占有する第三者に対しその明渡しを求めることはできないものと解するのが，相当である。」

▶判例評釈 東條敬・判解民 34 事件〔曹時 30 卷 1 号 133 頁〕，椿寿夫・民商 78 卷 4 号 135 頁，石川正美・判タ 324 号 96 頁，東條敬・NBL 86 号 22 頁

[109] 仮登記担保 所有権移転予約形式の仮登記担保契約において，清算金の支払いと仮登記の本登記手続とが同時履行の関係にある場合，目的不動産の所有権は，予約完結権の行使により，直ちに仮登記担保権者に移転するものではない。（最 1 判昭 50・7・17 民集 29 卷 6 号 1080 頁，判時 792 号 33 頁，判タ 327 号 178 頁，金法 764 号 32 頁，金商 480 号 2 頁）

「債権者において清算金を支払う必要があり，その支払に関し叙上の同時履行関係が認められるべき所有権移転予約形式の仮登記担保契約において，債権者が債務者の履行遅滞を理由として単に予約完結の意思を表示したというだけでは目的不動産の所有権が債権者に移転するものではないと解するのが，前記のような仮登記担保契約締結の趣旨に照らし，当事者の意思の合理的解釈として，相当である。」

▶判例評釈 川口富男・判解民 34 事件〔曹時 30 卷 5 号 90 頁〕，米倉明・判評 208 号 17 頁，川口富男・金法 769 号 30 頁，川口富男・ジュリ 601 号 107 頁，川井健・昭 50 年度重判解説 45 頁

◎任意競売における仮登記抵当権者に対する配当は、本登記したときの順位および内容に従って、競売代金を供託すべきである。（最3判昭50・4・25判時780号40頁，金法755号33頁，金商458号2頁）——〈掲載巻頁番号〉①99 [101]

② 仮登記の対抗力

◎所有権取得の仮登記を経たにすぎない者は、旧民事訴訟法〔昭54年法律第4号改正前〕648条3号（民執49条2項参照）の利害関係人に該当しない。（大決大5・4・28民録22輯501頁）——〈掲載巻頁番号〉①99 [102]

③ 利害関係人に該当しない者

◎所有権取得の仮登記を経たにすぎない者は、旧競売法27条3項3号・4号（民執49条2項参照）の利害関係人に該当しない。（大決大10・3・2民録27輯375頁）——〈掲載巻頁番号〉①99 [103]

資料2

v 仮登記担保

抵当権者が抵当権以外に、目的物件について所有権移転請求権保全の仮登記をつける理由は、債務者に債務不履行があったときに、代物弁済の予約を完結することにより（これにより、所有権移転の本登記を申請できる）抵当権の実行に代えて、債権者が目的物件を取得できる（丸取りする）ところに、最大のメリットがあるといわれた。この丸取りが昭和30年代以降横行したが、昭和42年11月16日の最高裁第1小法廷の判決（[104]）を契機として、一連の最高裁判決は、相次いで、代物弁済予約のみならず売買予約を原因とする仮登記（しかも、抵当権、根抵当権と併用されていないいわゆる「非併用仮登記」についても）について、それが、担保契約を内容とするものは、その実質は、担保権と同視すべきであるとした。すなわち、仮登記権利者が、本登記請求をするにも、原則として目的物件の価額と被担保債権との差額を清算金として債務者に支払わなければならない（当該本登記請求および本登記承諾請求は、清算金の支払いと引換給付の関係となる）とし、目的物件を代物弁済等を原因に「丸取り」（非清算型）することを禁止した。そして、昭和49年10月23日の最高裁大法廷判決（[107]）は、これら一連の判例の立場を正当と評価して、担保目的の仮登記につき実体上ほぼ抵当権に近い効力を是認する立場を明らかにした。しかし、抵当権に関する民法の規定の準用の範囲、仮登記担保と競売手続との関係等々において、なお疑問を残していたため、立法的解決が期待された。

仮登記担保契約に関する法律（昭53年法律第78号——同法附則3条の根担保仮登記の効力（公布の日から施行）を除いて、昭和54年4月1日から施行）は、このような経緯で制定された。同法は、上記の判例理論を原則的に承認して、仮登記権利者が本登記を請求する場合の仮登記義務者への清算金の交付（同法3条）およびこれに対する後順位の担保権者の権利行使の内容を明確にし（同法4条・5条。最2判昭61・4・11民集40巻3号584頁）、かつ、清算金の額に争いが生じる場合においては、仮登記権利者の所有権取得機能を停止して競売手続を優先させて、その手続に仮登記権利者を参加させる（同法12条・13条・15条等）等々の規定を設けて、債権者および利害関係人の利害の調整を図ることとしたのである。

a 清算義務

◎仮登記担保権者が清算義務を負うと認められる場合に、目的不動産の差押債権者に

対して行使しうる権利は、自己の債権の優先弁済権を主張してその満足を図る範囲に限られ、本登記の承諾を求め、その執行を全面的に排除することは許されない。（最1判昭42・11・16民集21巻9号2430頁，判時498号12頁，判タ213号228頁，金法494号27頁）〔判例評釈〕横山長・判解民120事件〔曹時20巻7号154頁〕，谷口知平・民商58巻6号978頁，五十嵐清・判評111号17頁，椿寿夫・判タ218号42頁，横山長・金法499号27頁，村松俊夫・金法512号35頁，小川善吉・金法583号2頁，森泉章・金商93号2頁，横山長・ジュリ391号80頁，椿寿夫・昭41=42年度重判解説174頁，横山長・民法判例百選Ⅰ208頁，遠田新一・銀行取引判例百選（新版）158頁，玉田弘毅・民法の判例（第2版）92頁，SHE・時法634号56頁，神永政彦・民事研修130号28頁，湯浅道男・愛学11巻2号81頁——〈掲載巻頁番号〉①99 [104]

◎後順位担保権者および仮差押債権者は、仮登記担保権者に対し、清算金の支払いまたは供託と引換えに本登記の承諾義務を履行すべきことを主張することができる。（最1判昭45・3・26民集24巻3号209頁，判時586号26頁，判タ246号126頁，金法577号20頁）〔判例評釈〕吉井直昭・判解民89事件〔曹時23巻10号256頁〕，石田喜久夫・民商63巻6号879頁，安武敏夫・法時42巻9号153頁，吉井直昭・金法579号24頁，村松俊夫・金法581号2頁，坂井芳雄・金法596号10頁，伊藤進・金商225号2頁，吉井直昭・ジュリ452号84頁，椿寿夫・昭45年度重判解説45頁，樋口哲夫・民事研修159号56頁——〈掲載巻頁番号〉①100 [105]

◎債務者は、仮登記担保権者に対し、清算金の支払いを受けるのと引換えに仮登記の本登記手続および目的物の引渡義務を履行すべきことを主張することができる。（最1判昭45・9・24民集24巻10号1450頁，判時608号126頁，判タ254号131頁，金法595号40頁，金商235号6頁）〔判例評釈〕小倉顕・判解民92事件〔曹時23巻10号302頁〕，山内敏彦・民商65巻2号315頁，四宮和夫・法協89巻4号459頁，椿寿夫・判タ260号92頁，生熊長幸・法学35巻2号79頁——〈掲載巻頁番号〉①101 [106]

◎①仮登記担保権者が清算義務を負うのは、債務者または目的不動産の第三取得者に対してのみであり、後順位担保権者等に対しては直接清算義務を負わないが、後順位担保権者等は、自己独自の抗弁として、債務者（または第三取得者）に対する清算金の支払いと引換えに本登記の承諾をすべきことを主張することができる。

②仮登記担保権者がその権利の実行として仮登記の本登記手続またはその承諾を訴訟上請求する前に、第三者の申立てにより競売手続が開始されている場合には、上記の請求をすることは、原則として許されない。（最大判昭49・10・23民集28巻7号1473頁，判時758号24頁，判タ314号152頁，金法734号16頁，金商432号2頁，NBL75号17頁）〔判例評釈〕鈴木弘・判解民62事件〔曹時29巻6号107頁〕，米倉明・法協93巻6号940頁，高木多喜男・判評191号2頁，吉原省三・判タ314号23頁，山田卓生=石川正美・判タ316号18頁・318号18頁，福永有利・判タ316号30頁，林良平・法叢96巻3号87頁，鈴木弘・金法737号36頁，椿寿夫・金法738号5頁，堀内仁・金法738号11頁，村上博巳=赤塚信雄・金法738号17頁，鈴木正和・金法739号12頁，鈴木祿弥・ジュリ577号83頁・579号83頁，玉田弘毅・昭49年度重判解説59頁，中野貞一郎・昭49年度重判解説127頁，岩城謙二・民法判例百

その公示方法をIT化しインターネットやホームページの利用により、どこの裁判所の物件でも、買受希望物件の調査、内見等がより詳細に可能になるようにすること。そして、③買受申出の方法および保証金・代金の納入方法も電子納入決裁ができるように抜本的に改正することである。

そして、それとは別に、あるいは、その前提に検討し、克服しなければならない大きな制度的課題がある。それは、民事執行法の立案当時から白熱的議論を展開してきた執行機関一元論（執行官を一元的執行機関とする。あるいは、執行機関を裁判所から分離独立した機関とする。）（注14）の実現と平等主義の見直し（注15）である。いま行なわれている司法制度改革の審議においては当然取り上げられるべき重要な課題である。いずれも大きな課題であるが、不動産の差押えの方法（執行官の占有取得を内容とする。）と効果を抜本的に改正しなければ、執行妨害は排除できないのである。

（注14）この独立執行機関説は、執行事務と裁判事務を分離し、執行官に一本化するとする意見から始まり（昭和六年九月に（強制執行並競売ニ関スル法律改正調査委員会）のまとめた「強制執行法改正調査要目」第五（参照）、執行庁のような、専門の行政機関を設置し、滞納処分による差押え、換価、配当も含めて一元化する案として検討された。現行「執行官法」（昭和四一年法律第一一一号）は、手続面から二元論を採り、執行官制度に関する諮問第一三号の一部答申という形で立法されたものであり、一元論は、今日においてもなお重要な残された検討課題である。この詳細については、拙稿「民事執行法の諸問題（一）―民事執行法の立法の経過（その一）―」法曹時報三三卷一一号九頁以下、三三頁以下参照。

（注15）優先主義の採用は、特に、差押えの方法とその公示を強化、明確にすることのメリットは大きい。なお、拙稿「前掲民事執行法の諸問題（一）」二九頁以下参照。

(注12) 拙稿「二つの最高裁判決の執行法上の問題点」債権管理八八号九四頁以下参照。

(注13) この問題は、早くから国会でも取り上げられている。たとえば、第一四〇回通常国会の衆議院建設委員会(平成九年四月一日開催)における山本幸三議員と柳田幸三法務大臣官房審議官間の質疑応答(同日付同委員会会議録第七号九〜一〇頁)参照。

六 民事執行法改正の今後の課題

民事執行法施行二〇年の回顧として、主として最近の議員立法による民事執行法の改正の流れをフォローして来た。その実現しようとした民事執行法の改正の趣旨は、総合すれば、競売手続の簡易、迅速化による権利者の権利の実現の容易かつ確実性の確保にあったのである。これは、まさに民事執行の永遠のテーマである。これを実現するために、ある時は執行妨害の予防、排除に力を置き、ある時は、売却価格の適正化を中心課題としている。その永遠のテーマを実現するためには、議員立法であれ、政府立案の法案であれ、改正を要すべきものは早急に改正すべきことは当然である。問題は、何をどのように改正するかである。

今日、上述したように、民事執行法の改正に関する多くの検討、改正の意見、要望が目白押しである。しかし、その改正のねらいは、二〇年前に民事執行法案立案の段階で、筆者ら政府立案者が実現しようとした執行手続の「迅速」かつ「適正」な処理の更なる前進以外の何ものでもないと思われる。それを二一世紀初頭にかけて、近未来的に、早急に実現するためには、少くとも、次の三点の改正の更なる検討が不可欠であろう。

それは、①法定売却条件をより簡明化し、また合意売却条件をより機能的、かつ、使い易いものとする。そして、そのために、執行裁判所の積極的な仲介、和解制度が欲しい。②物件明細書の内容をより詳細にするとともに、

(登記研究638 平13・3)

いようである。しかし、「内見」は、上述した平成一〇年法一二八号の改正により追加された法六八条の二第一項で、占有排除後の措置として執行官保管だけでなく、同条の保全処分申立人である差押債権者による保管も認められたので、差押債権者がこの保管権限により買受希望者に内見を認めることができるようになった。

(三) 『二一世紀の司法の確かな一歩——国民と世界から信頼される司法を目指して』における改正意見

最後に、平成一二年五月一八日付で自由民主党司法制度調査会が公表した同会の報告『二一世紀の司法の確かな一歩』の中で表明されている『第三 裁判の迅速化と民事執行の充実』に関する改正検討意見である。

その『3 民事執行の充実』では、上述したように、平成八年および平成一〇年の民事執行法等の改正により民事執行事件の迅速化も相当程度進んでいると議員立法による法改正の効果を一応評価しながら、しかし、なお『執行妨害や債務者の不協力により、民事執行が実効性のあるものとなっていない場合もあることが指摘されている。』とし、『適正迅速な民事執行の実現のため、今後も必要な人的態勢の整備に努めるだけでなく、執行妨害への効果的な対応策の策定等に更に積極的に取り組むことが必要である。』とし、『また、民事執行を実効性のあるものとするため、債権者が債務者の財産状況を知り、容易に債権の回収ができるシステムなどについても検討する必要がある。』としているのである。執行妨害のより一層の効果的な対策の検討は当然のことであるが、この改正意見では、執行債権の容易な回収を実現するための『債務者の財産開示制度』の検討を要望しているようである。この要望は、重要な立法課題である。特に、債権執行においては、債務者の有する差し押さえることができる債権を探索することは、債権者にとって極めて困難であるからである。

(注11) 平成一〇年度の主要判例回顧については、拙稿「民事執行実務関連の最近の重要判例——不動産執行関係を中心にして——」債権管理八五号二四頁以下参照。

民法および民事執行法の改正をしなくても、抵当権の実行についても、民事執行法九三条〜一一一条（第三目 強制管理）の規定を準用ないし類推適用して、強制管理制度を利用することが可能であろう（注12）。

なお、この点は、次回の本稿で詳論する。

(3) 最低売却価額制度の廃止

次に、(3)として最低売却価額制度を廃止せよとする改正意見である。すなわち、『現行の競売手続きでは、裁判所が最低売却価額を定め、それを下回る価額での買受の申し出は認めないものとされているが、最低売却価額が実勢価格と乖離していた場合には、担保不動産の処分が進まない。特に、昨年の民事執行法改正により、売却見込みがない不動産については、競売手続きの停止・取消等もありうることとなったため、この点は重大な問題となっている。したがって、民事執行法第六〇条等を改正し、手続きの透明性を確保することを前提に、現行の最低売却価額制度を廃止し、最低売却価額の決定を取引参加者に委ねるべきである。』とするものである。

この点は、現行の最低売却価額の制度が適正価額による不動産の売却の実現と無剰余売却による無益執行の阻止による優先担保権者の保護を前提とする制度であることから、この現行法の趣旨と不動産の市場価額の形成との調和をどうするかが大きな課題である（注13）。

(4) 不動産の物件調査の民間委託等による執行事件の事務処理の大幅な迅速化

上記答申の最後は、『競売手続きに関わる事務処理を大幅に迅速化するため、裁判所の専門官による調査を民間委託し内見を可能にする等、民事執行法の改正その他の制度整備を行う。』とするものである。現況調査、物件明細書の作成等売却のための準備行為は、上記(3)の答申の最低売却価額制度の廃止に通ずるもので、裁判所が公権力を行使して行うべきものでなく、民間の業者に委託して行ない、それにより目的物件の「内見」を可能とすることが狙

A 賃借権排除型抵当権

B 賃借権審査型抵当権

C 賃借権無条件承認型抵当権

② 借家人の明渡猶予期間制度の創設：右の法改正により、抵当権設定後に成立した賃借権は買受人の代金納付によって消滅する。このため、Aが適切である。

③ 不測の不利益防止の原則―消費者保護制度：②の事項を宅地建物取引業の重要事項とする制度が適切に運用されることが必要である。』

(2) 強制管理制度の導入

(2)は、抵当権実行としての強制管理制度の導入の改正意見である。すなわち、『現行の民事執行法では、抵当権者が財産保全管理人を任命して、担保物件の管理・収益收受を行わせることにより、その収益から弁済を受けることは認められていない。抵当権者が、稼動している担保物件の賃料差押えを行っても、テナントが債務者と結託して供託制度を悪用したり、転貸を繰り返しテナントの確定そのものが難しいケースも多い。したがって、抵当権者による申立に基づき裁判所が財産保全管理人を選任し、財産保全管理人は担保不動産を維持管理しながら家賃を收受し債権者に分配するという強制管理制度を導入する。』とするものである。

この点については、筆者も早くから抵当権実行としての執行方法として強制管理による収益執行を認めるべきであるとする主張を展開している。参考までに、次頁および次々頁にその論稿を掲げた平成八年七月八日付日本経済新聞の「経済教室」の記事を掲げておく。(添付省略)

なお、最大判平成二一年一月二四日(民集五三卷八号一八九九頁)の判示の趣旨等を考慮すると、現在においては、

マイナスとなる。実際には、この制度を債務者の関係者等が悪用して不当な利益を得ようとするケースが多く、担保不動産の流動化の阻害要因となっている。このため、民法および民事執行法等の改正を行い、抵当権設定後に設定された賃借権は買受人に対抗できないとする抵当権の類型を認め、その内容を登記できるようにする。』とするものである。

上述したように、売却条件としての短期賃借権の処遇および引渡命令における短期賃借権者に対する対応については、用益を目的としない担保機能のものや、用益の意思のないもの等は通謀虚偽表示の短期賃借で無効なものであり、売却条件においてはたとえ登記があっても抵当権に対抗できないもので、売却により消滅することとし、したがって、上述した平成八年の改正前の法八三条の引渡命令においても、その発令の対象として実務上・判例上処理することが定着していた。しかし、この処置は解釈、運用でなされていたものであるため、これをアプルーブする意味で、これを明文化する民法および民事執行法の改正を行うべきものとする改正意見である。

この短期賃借権制度の改正意見については、平成十一年六月三〇日付で短期賃借研究会（主査上原由紀夫国土館大学教授）が発表した「短期賃借研究会報告書」にも、より具体的な改正意見として掲げられている。すなわち、緊急の法改正課題として、

『民法三九五条を直ちに改正するとともに、賃借期間終了（代金納付前に終了するときは代金納付時）又は代金納付三カ月後のいずれか早い時期が到来するまでは、明渡を猶予する制度を創設することが適切である。』

① 民法三九五条の改正（短期賃借保護制度の廃止）：抵当権設定について、登記と連動させることにより、次の三つのバリエーションを新たに設け、現行民法三九五条は廃止することが適切である。その選択は、賃借権設定以前の抵当権者相互の合意に委ねることとする（合意がなされない場合はAタイプ）。

（登記研究638 平13・3）

いところである。

もちろん、一般的評価からすれば、後述する「二一世紀の司法の確かな一歩」(平成一二年五月一八日付自民党司法制度調査会報告)でも述べているように、『平成八年及び一〇年の民事執行法等の改正、裁判官・書記官・執行官の増員、執行妨害への対処、競売の運用改善、事務処理の効率化等により、不動産競売事件を中心に民事執行事件の迅速化も相当程度進んでいる。』といわれている。しかし、それは自画自賛の評価に近いといわれよう。即効的、外科的、臨時的な民事執行手続の改正を、ぶつ切りにして毎年のように行うということは、実務の取扱いを混乱させるだけであらう(注11)。二一世紀における執行手続の改善については、もっと地に足をつけた基本的視点から、衆知を集めてその問題点を十分検討した上で行うべきである。

この意味で、次に掲げる経済戦略会議の答申や自民党司法制度調査会報告の『二一世紀の司法の確かな一歩』等は、抽象的なところがあるが、貴重な改正意見が含まれている。まず、年月日順で、「経済戦略会議答申」からみてみよう。

(二) 平成一一年二月二六日付経済戦略会議答申(日本経済再生への戦略)

この経済戦略会議の答申の中で特に注目されるのは、競売手続の円滑化・迅速化のための提案である。答申は、次の四点を掲げている。

(1) 短期賃貸借制度の見直し

この(1)は、『抵当権の設定登記に遅れる賃借権は、抵当権の実行に伴い消滅することになるのが原則であるが、民法三九五条に基づく短期賃貸借が認められる物件については、買受人は競落しても、賃貸借の期間が満了するまで当該物件を利用できず、従前の賃貸人が負担していた敷金返還債務を継承しなければならぬため、物件の評価が大幅に

なお、右三法案と同時に、いわゆるサービサー法と呼ばれる「債権管理回収業に関する特別措置法」(平成一〇年法律第二二六号。平成一一年二月一日から施行)も成立した。

(注10) なお、後掲(1)、(2)の法律解説については、後藤博二小堀悟「『競売手続の円滑化等を図るための関係法律の整備に関する法律』『特定競売手続における現況調査及び評価等の特例に関する臨時措置法』の概要」NBL六五四号六頁以下、同「同法律の紹介」金融法務事情一五三三号五八頁以下参照。

五 更なる民事執行手続の改正の要望、提言

(一) 平成八年、同一〇年の改正の成果

平成八年および同一〇年の民事執行法関連の改正の目的、趣旨を概観した。もちろん、その議員立法の改正の意図は金融機関の不良債権の迅速な回収にあることは明確であり、そのためのいわば、外科的手術をしたものである。臨時措置としての時限立法は、まさにその方法の意図を具現している。それだけに、民事執行関係の法令の改正、創設の視点からみると、政府与党が議員立法の型式を借りて、金融再編の足枷となっている金融機関の抱える不良債権の解消とバブル経済の崩壊後いまだに続く経済的不況からの脱出という国家の金融財政政策を早急に実現しようと焦燥しているように見えるのである。

議員立法は、役人の理論に傾いた作文とは違った政策立法が実現できるので、貴重な存在であるが、誰がどれだけの研究、調査、検討をし、執行手続の基本原則との整合性を考慮して、どこまでの効果を狙って条文を立案しているのかが必ずしも明らかでない。もちろんそれなりの調査、検討をされての立法であろうが、筆者が法制審議会において民事執行法案の条文を立案、検討、審議してきた経験に照らすと、実務家サイドでは、その辺が今一つ理解しにく

(登記研究638 平13・3)

条の九の新設)もなされた。

- (2) 特定競売手続における現況調査及び評価等の特例に関する法律(平成一〇年法律第一二九号。平成一〇年二月一六日から施行)

この特例法は、臨時の措置(施行日から一〇年の時限立法)として、預金保険機構、住管機構および整理回収銀行(これらの者を、この特例法では「特定債権者」と呼んでいる。)が申し立てた競売事件(特定競売手続)について、これらの特定債権者においては、専門的知識、経験を有する担当職員が物件の現況の調査や評価を行っている実情を踏まえて、現況調査および評価等について民事執行法の特例を定め、執行裁判所が相当と認める場合に、右特定債権者が不動産の現況を明らかにする書面を提出したときは執行官による現況調査を、不動産の評価を記載した書面を提出したときは評価人による評価をそれぞれ省略することができることとし、競売手続の進行を促進することを目的としたものである。

なお、この特例法は、その立法趣旨からして特定債権者のための臨時の措置として認められるものであることにかんがみ、その施行の日から起算して一〇年を経過した日に失効する時限立法とされている。

- (3) 金融機関等が有する根抵当権により担保される債権の譲渡の円滑化のための臨時措置に関する法律(平成一〇年法律第一二七号。平成一〇年一月一六日から施行)

この法律は、預金保険法二条一項に規定する金融機関、信用金庫連合会、労働金庫連合会、農林中央金庫等の金融機関が有する回収が困難となった不動産担保付債権の処理を容易にするための臨時の措置として、これらの金融機関等が根抵当権付き債権を共同債権買取機構等に譲渡する際の根抵当権の元本の確定事由を明確化し、かつ、その登記手続を簡素化する目的で制定されたもので、時限立法(平成一三年三月三十一日限りで失効)である。

(三) 平成一〇年の民事執行関係法律の制定

これを受けて、平成一〇年八月に開会された第一四三回臨時国会に金融再生関連法案の民事執行関係特別法案として、同月五日に、左記(1)～(3)の三法案がいずれも議員立法として提出（提出者は、保岡興治外四名の衆議院議員である。）され、衆議院では「金融安定化に関する特別委員会」に、また、参議院では「金融問題及び経済活性化に関する特別委員会」にそれぞれ付託され、約三か月というスピード審議を経て、同年一〇月一二日に可決成立し、同月一六日に公布された（注10）。

(1) 競売手続の円滑化等を図るための関係法律の整備に関する法律（平成一〇年法律第一二八号。平成一〇年二月一六日から施行）

この整備法中民事執行法の改正の要点は、(i)手続を不当に遅延させることを目的とする執行抗告の簡易却下の制度の新設（法一〇条五項四号、規則七条の二）、(ii)差押不動産に関する執行官および評価人の調査権限の拡充（法一八条二項、五七条四項・五項等）、(iii)買受けの中出をした差押債権者のための保全処分制度の新設（法六八条の二、規則五一条の四）、(iv)売却の見込みのない場合における執行手続の停止、取消しの制度の新設（法六八条の三、規則五一条の五）、(v)買受人の銀行ローン活用のための移転登記の嘱託方法の改善（法八二条二項、規則五八条の二）、(vi)配当期日の呼出状の送達手続の簡素化（法八五条六項）である。

なお、同整備法は、民事執行法の改正以外にも、滞納処分と強制執行等との手続の調整に関する法律について、民事執行と滞納処分とが競合した場合における民事執行の手続を続行させるための手続の簡素化の改正を行い、また、抵当不動産について他の抵当権者等が差押えをしたことを知った時から二週間を経過した場合（民法三九八条ノ二〇第一項四号の確定事由）における根抵当権の元本の確定の登記手続の簡素化を図る不動産登記法の改正（同法一一九

肯認されるところであろう。したがって、法律論は別として、制度的には、裁判所の手続により実現したいところである（なお、支払不能に陥るおそれのある債務者が負っている金銭債務に係る利害関係の調整の促進を民事調停法の特則の手続で実現するために、平成一二年に、いわゆる特定調停法と呼ばれる「特定債務等の調整の促進のための特定調停に関する法律」（平成一一年法律第一五八号）が議員立法により制定された。）。

(2) 金融再生トータルプランの政策テーマと具体的な措置

上述した金融再生トータルプランにおいては、「開かれた競売手続の形成と競売手続の迅速、円滑化」のための具体的な措置として、『競売物件の情報開示の促進と開かれたマーケットの形成、競売手続の簡素化の促進、執行妨害対策の強化、裁判所の競売実施体制の充実強化等を図るための競売制度の運用改善と見直し』が掲げられ、平成一〇年度の実施スケジュールとして、次の四項目を定めた。

- ① 競落人が競落不動産を担保に融資を受けられるよう民事執行法の一部改正法案を次期国会に提出
- ② 競売手続の簡素化（住管機構等の資料活用、滞納処分との調整）については次期国会に法案提出
- ③ 執行妨害対策の強化については速やかに実施
- ④ 裁判所の競売実施体制の充実強化

右項目の中、①は民事執行法の改正により、また、②は、民事執行法、滞納処分と強制執行手続等との調整に関する法律を改正して実現すべきものとしている。

なお、債権回収業務と債権管理の実をあげるサービサー制度の創設の具体的措置については、民間事業者が債権の買取り・回収、債権管理等を行う仕組み（民間サービサー制度）の創設を平成一〇年度に議員立法で早期に法案を国会に提出すべきものと提案した。

が続くケースも多い。複雑な権利関係をきれいにするには競売などの「公的整理」が最も有効だが、今の制度では時間がかかるうえに、落札価格が時価の七割程度と損失が膨らむため、処理が先延ばしされてきたのが実態だ。

このため、公的整理でも私的整理でもない「準公的整理」機関として、「臨時不動産関係権利調整委員会」を設置する。一部の債権を放棄する代わりに無税償却を認めることで、処理に二の足を踏む金融機関の同意を時間をかけずに取り付ける。公的整理についても、競売にかかる時間の短縮を図り、使いやすくした。

だが、「準公的整理」には、将来の返済見込みがある企業まで債務免除を認められ、結果として「駆け込み寺」にならないか、という懸念がある。景気が回復すれば回収が見込めるⅡ分類債権の一部まで整理を迫られることになる。金融機関は大量の損を抱えることになるため、「怖くて持ち込めない」（大手都市銀行の担当者）という声も強い。新しい制度について、長銀総合研究所の石沢卓志氏は「方向性は間違っていないが、運用が問題。再生のために時間は限られており、その間に企業と銀行が自立できるようにしなければならない」と指摘する。

競売制度についても、入札までの物件の情報開示期間が短く、競売後に発覚した賃借権を排除できない場合があるなど、買い手のリスクが残る。競売の申し立てによって処理する時期のめどが立てば売却益が見込めるため、不動産を証券化しやすくなることから、改善が求められている。』

しかし、行政委員会が上記のような裁判外の手続により（そして、一部は債務名義になる）、不動産関係の権利の調整を行うとする構想は、憲法三二条の裁判を受ける権利の保障等の憲法上の問題もあり、また、右のような不動産関係の権利の調整（調停、仲裁等）は裁判所の調停手続（その特則手続）で実現可能であるとする意見もあり、右ADRの委員会の設置の構想は立法されるには至らなかった。しかし、担保不動産の権利調整の構想は、担保権の実行としての競売手続の迅速な換価による金融機関の不良債権の回収に役立つことは、上述新聞記事のように、広く一般に

（登記研究638 平13・3）

れた。この中で重要なのは、①共同債権買取機構（CCPC）の機能拡充と、②臨時不動産関係権利調整委員会設置法案の骨子についてである。ここで注目を集めたのが、右②の権利調整委員会の設置構想についてである。

これは、そもそもこの権利調整委員会設置の発想の原点は、当事者間の合意形成の促進により、不動産に係る権利関係を整理し、事業の再建に配慮しつつ、金融機関等の不良債権の実質的な処理と不動産の有効利用を促進しようとするもので、同委員会を総理府に設置するものとし、その権限の目玉は、不動産に設定された担保権等および当該不動産の保有者を債務者とする債権債務、これに係る保証債務に関する調整のため、同委員会による斡旋、調停および仲裁を行い、不良債権を準公的整理機関により迅速に処理しようとするものである。そして、これには、特に税制上の特例として、斡旋等により当事者の合意が得られ、債務者の事業に関し合理的な再建計画が策定される場合の債権放棄により発生する損失の損金としての取扱い及び債務の免除益についての累積欠損金との相殺の規定の創設等に関し検討中としている。むしろこれがねらいで、これにより裁判外のADRとしての行政委員会による不良債権の処理を一挙に進めようとする処置の構想であった。

この金融再生トータルプランに掲げられた「臨時不動産関係権利調整委員会」の設置構想は、発表された翌日（平成一〇年六月二四日）主要新聞各紙が一斉に報道し、金融機関の抱える不良債権の回収処理の迅速化を狙った「準公的整理」であるとして、比較的好感をもった記事にしている。たとえば、同日の朝日新聞は、次のように、右委員会設置構想を評価したのである。

『銀行が抱える不良債権は、一債務者に十を超える金融機関が運転資金や設備資金、住宅ローンなどを貸し付けていることも少なくない。担保不動産の売却先を債権者自身が見つけなければならぬ「私的整理」では、抵当権の順位が低く回収が見込めない債権者が手切れ金などを得る「ゴネ得」を期待して同意せず、債権者間で「にらみ合い」

しての効力（強制執行ができる）を有する保全処分」を債務者（所有者）以外の第三者に対しては認めるべきでないとする国会の修正の基本的態度を「執行妨害」の防止、排除をねらいとしているとはいえ、これらの改正された規定が、正当な権原により占有している正当な権利者の追出し等に利用されていないか否か、また、排除された占有者（第三者）であっても、正規の手続により処遇されたかどうか、そして更に、なお執行妨害の占有を阻止し、排除するための有効な規定として機能するかどうかを、施行後五年を目途に検討することとしたものであると思われる。

（注9） なお、右改正または新設された条文の改正、新設の目的、趣旨と最高裁規則を含めた取扱い運用上の問題点の詳細については、拙編著「民事執行法」（前掲）の当該条文の解説参照。

四 平成一〇年の「金融再生トータルプラン」による「競売手続円滑化法」等による民事執行法の改正

（一）平成八年民事執行法改正後の動き

平成八年の民事執行法の改正は、上述したとおり、執行妨害を排除して適正な価格での競売物件の売却の促進および買受人に対する競売物件の引渡しを簡易、迅速に実現するための保全処分と引渡命令の制度の強化を図ったものであるが、もちろん、これだけで競売の機能が充実、強化される訳ではなく、平成八年後も新しい改正の動きが拾動して来ているのである。

（二）『金融再生トータルプラン』による不良債権回収のための執行手続の改正の動き

（1）臨時不動産関係権利調整委員会設置構想

民事執行手続の更に大きな改正の火付け役となったのは、金融機関の不良債権処理のため政府・自民党が平成一〇年六月二三日に発表した「金融再生トータルプラン推進特別調査会」がまとめた「議題」であり、その内容が注目さ

法八三条の改正においては、事件の記録上、買受人に対抗することができると認められる者以外の者は、すべて引渡命令の対象となることに改められた。すなわち、差押えの効力発生前から権原により不動産を占有している者に対しても、事件の記録上その者がその権原を買受人に対抗することができると認められる場合を除き、引渡命令を発することができるとされた。買受人に対する対抗要件の有無を引渡命令の発令の要件とする立案当時の政府原案の思想が甦ったのである。

(4) 法一八七条の二の新設

平成八年の改正法においては、不動産競売の開始決定がされる前に、債務者または担保権の目的である不動産の所有者もしくは占有者が不動産の価格を著しく減少する行為等をする場合において、特に必要があるときは、執行裁判所は、その不動産につき担保権を実行しようとする者の申立てにより、上述した法五五条の売却のための保全処分と同様の保全処分を命ずることができるとする担保権の実行としての競売の特則の規定が新設された。これは、上述したように、担保権実行としての競売の申立てによる競売開始決定（差押命令）前に執行妨害目的の第三者の占有関係が多く作出され、その第三者の排除が非常に困難となっている実態を踏まえて立法されたもので、その利用の範囲と効果は大きい。

(5) 改正後五年を目途とする改正条項の検討

平成八年の民事執行法の一部改正法の附則五項には、同法の施行（平成八年九月一日）後五年を目途として、同法により改正された第五五条、七七条、八三条および新設した法一八七条の二の規定の施行の状況を勘案し、「必要があると認めるときは」、これらの規定について検討を加え、その結果に基づいて必要な措置を講ずるものとされている。

この附則五項の「検討」の趣旨は、上述したように、立法段階において、「簡単な決定手続により強力な債務名義と

(1) 法五五条の改正関係

まず、同条一項の改正においては、売却のための保全処分に関し、債務者のほか、不動産の占有者に対しても、不動産の価格を著しく減少する行為等を禁止し、又は一定の行為を命ずることができるようにとされた。この債務者以外の「占有者」への保全処分命令の拡大が大きな改正である。

また、同条二項の改正においては、売却のための保全処分に関し、妨害行為の禁止命令等によっては保全処分の目的を達することができない特別の事情があるときは、直ちに執行官保管を命ずることができるようにとされた。これは、上述したように、法五五条二項の判例、実務の取扱いを立法で是認したものであり、その効果は大きい。

(2) 法七七条の改正関係

この法七七条の改正においては、債務者のほか、不動産の占有者でその占有の権原を差押債権者、仮差押債権者または五九条一項の規定により消滅する権利を有する者に対抗することができないものに対しても、不動産の価格を減少させ、もしくは引渡しを困難にする行為を禁止し、一定の行為を命じ、または執行官保管を命ずることができるようにとされた。この法七七条の買受人のための不動産の引渡しを容易にするための保全処分の強化も、法八三条の改正と合わせて実務的には改正の効果は大きい。特に、この保全処分の対象とされる占有者は買受人に実体上、手続上對抗できない者とされている。

(3) 法八三条の改正関係

立法段階における法八三条の国会修正により、競売手続の買受人の目的不動産の引渡請求の権利とその執行手続内における実現手続は、弱体化し、条文の文言も明確さを欠くため、判例、実務の取扱いにおいて、多くの問題が指摘されていたところである。

(登記研究638 平13・3)

および八三条について、民事執行法施行後はじめて実質的な改正をしたものであり、加えて、改正後の法五五条の保全処分と同様の保全処分を不動産競売の開始決定前にも発令できる規定を新設したものである。

すなわち、上述したように、民事執行法の立法段階において参議院において議員修正された執行手続内における簡易な決定手続による債務名義の形成手続である手続内保全処分の相手方を「債務者」（所有者）に限局したために、第三者の占有による執行妨害を保全処分で簡易に阻止、排除できないことが社会的に問題視され、政府原案を修正施行してから、一七年を経過して、立案段階の条文に戻ったのである。ただし、後に詳述するように、単に復元されただけではなく、法五五条の保全処分では、妨害行為の禁止、命令等による保全処分の目的を達しられないようなときは、禁止命令、原状回復命令を経ないで、直接執行官保管命令の発令できるとする上述した解釈論をアプルーブする改正もなされたし、また、担保権の実行の特則として、法一八七条の二を新設して、不動産競売の開始決定前に法五五条並みの保全処分の発令ができることとされた。この担保権実行としての競売の特則としての開始決定前の保全処分の制度は、競売申立てによる差押えの直前（一か月ないし三か月前が多い。）に執行妨害目的の短期貸借権の設定等による占有がなされる実態を踏まえて立法されたもので、手続内保全処分を手続開始前に前倒しするもので、保全処分としては、例外的なものである（類似の立法例としては、船舶執行の申立て前における船舶国籍証書等の引渡命令（法一一五條、一八九條参照）が、執行妨害の予防、排除の方法としては効果的であり、まさに、議員立法による改正でないと実現できないと評されたところである。

(二) 平成八年改正の概要

平成八年の民事執行法の一部改正法（同年法律第一〇八号）における改正の趣旨を条項別に略述すれば、以下のとおりである（注9）。

積、類推適用にも限界があることは当然であるが、執行妨害が目に見える状態になればなる程、この保全命令等執行手続内における簡易な債務名義の強化を目的とする民事執行法の改正が緊急の課題とされるに至ったのである。

この改正を議員立法の形で実現したのが、次に述べる平成八年法律第一〇八号の民事執行法の一部改正法である。

(注2) そのため、この住専処理法案については、様々の問題点が指摘された。たとえば、平成八年二月八日付日経新聞の藤川論説委員の論説「住専処理法案への疑問」とか、拙稿「住専」処理の残したもの」民事法情報二二〇号一四頁以下等である。

(注3) 拙著「条解民事執行法」一八頁以下(昭和五四年三月一日参議院法務委員会における修正案の趣旨説明)参照。

(注4) 民事執行法案と同時に国会に提案された、事件によっては弁護士を必要としないとする刑事訴訟法の一部改正法案(いわゆる「弁抜き」法(案))の成立阻止(廃案)が野党の要望であり、その関連で、民事執行法の審理も、色々の形で遅延したのである。

(注5) 拙編著「民事執行法」基本法コンメンタール(第四版)別冊法学セミナー一三頁参照。

(注6) この「横浜ローン方式」の買受申出の手続は、筆者が横浜地裁の第三民事部(執行部)の部長として勤務していた昭和六一年当時、横浜地裁本庁の執行事件について、運用上行ったもので、当時マスコミでも取り上げられ、好評であった。その手続の概要と問題点については、拙稿「買受予定不動産を担保とする銀行等のローン制度(いわゆる「横浜ローン方式」)について」ジュリスト八八〇号九六頁以下参照。

(注7) なお、この法五五條の平成八年改正前の執行実務(判例)の展開については、拙稿「執行・倒産事情」(平成五年、同六年、同七年)NBL五三二号、五五七号、五八二号参照。

(注8) 平成八年改正前の法七七條の運用については、拙稿「前掲」NBL五三三三号、五八三三三三号参照。

三 平成八年法律第一〇八号による民事執行法の改正とその効果

(一) 平成八年改正のねらい

平成八年の民事執行法の改正は、裁判所が解釈論として、その強化による執行妨害を凶ってきた法五五條、七七條

民事執行法77条に関する平成8年改正前の主要決定例一覧表

決定年月日・出典	積極 消極	決 定 要 旨
東京地決 平4・3・19判タ781号239頁	○	売却された建物に第三者を入居させようとする行為
千葉地木更津支決 平4・7・29金法1340号39頁	○	競落土地（ゴルフ場）の引渡阻止、ゴルフ場の開業妨害
千葉地木更津支決 平4・9・18金法1340号39頁	○	上記ゴルフ場に近接する債務者所有土地上に工作物等を設置することによるゴルフ場への進入路閉鎖
東京地決 平4・10・21判時1440号110頁 （平4(ワ)1214号）	○	第三者が暴力団の肩書のある張り紙を建物入口に貼り、現実占有しようとしていること
東京地決 平4・10・21判時1440号110頁 （平4(ワ)1215号）	○	第三者が暴力団の肩書のある張り紙を建物入口に貼り、現実占有しようとしていること
東京地決 平4・11・11判タ812号251頁	○	所有者と第三者が共謀して敷金要求の執行妨害目的での競落建物の占有
東京地決 平5・3・10判時1452号80頁	○	売却実施命令後の暴力団員らしい者の占有
大阪地決 平5・4・6金法1374号30頁	×	法77条の相手方には、依頼者、所有者以外の買受人に対抗できない占有者一般を含めることはできない（本件では債務者、所有者の占有補助者ともみられない）。
大阪高決 平6・4・14判時1511号77頁	○	買受人の買受申出時点に存在していた法55条の保全処分の理由となるべき事情も法77条の保全処分の可否の判断にあたり考慮すべきである。法55条の保全処分として執行官保管およびその旨の公示がなされている不動産についても、売却後買受人のために法77条の保全処分としての執行官保管等を求めることができる。
横浜地決 平7・1・19金法1429号30頁	○	法77条の保全処分として、差押え後の占有者で貸金があると主張する者に対し、執行官保管およびその公示命令が発せられた事例
浦和地川越支決 平7・2・3金法1429号30頁	○	法77条の保全処分として、差押え後の占有者で高額な立退料を要求する者に対し、執行官保管およびその公示命令が発せられた事例
名古屋地決 平7・2・27金法1429号30頁	○	法77条の保全処分として、高額な立退料を要求する債務者・所有者に対し、執行官保管およびその公示命令が発せられた事例

(登記研究638 平13・3)

<p>東京地決 平4・11・6判時1439号142頁</p>	<p>○</p>	<p>第三者に対し建築工事禁止、占有移転禁止が命ぜられ、その公示を執行官に命令</p>
<p>東京地決 平5・3・26判時1455号117頁</p>	<p>×</p>	<p>建物の再築</p>
<p>東京高決 平5・5・12判タ848号301頁</p>	<p>○</p>	<p>抵当権実行の準備段階以降の執行妨害目的で債務者の関与・協力の下での更地上の建物の建築をした者に対し建物の収去を命じた事例</p>
<p>大阪地決 平5・8・20金法1374号30頁</p>	<p>○</p>	
<p>大阪地決 平5・8・30金法1374号30頁</p>	<p>○</p>	
<p>大阪地決 平5・10・27金法1374号30頁</p>	<p>○</p>	
<p>東京高決 平7・2・15判時1527号102頁</p>	<p>×</p>	<p>更地に抵当権を設定した後、第三者が執行妨害のためにその土地上に建物を建築した場合、その第三者は、所有者の占有補助的地位にあるものとして法55条の相手方となるが、その建物所有者が建物に居住している場合に、その者に対する建物からの退去命令は、保全処分として相当でない。</p>

また、民事執行法七十七条についても、平成四年以降東京、大阪、名古屋等都会地の執行事件において、特に同条が目的としている売却後の引渡しを困難にするような執行妨害を予防し、あるいは排除するための執行処分として、執行官保管およびその公示命令の発令がなされる運用がなされたのである。その典型の主要決定を一覧表で掲げると次頁のとおりである（注8）。

なお、法八三条の引渡命令も立法時に大修正を受け、対抗要件ではなく占有権原の有無で、しかも執行記録上占有無権原である者を対象とすることとしたため、解釈上多くの問題を残し、判例を賑わしたが、この点は、論点が多く、平成八年の改正後の問題もあるので、独立した別稿で論述することとする。

これら法五五条、七七条、八三条の不備を補う執行実務におけるこれらの条文の拡張解

（登記研究638 平13・3）

	東京地決 平4・10・13判時1436号67頁	○	第三者を所有者の占有補助者と認定
	東京高決 平4・12・28金法1346号41頁	○	占有補助者（自称）、占有侵奪者
	東京地決 平5・2・15判時1425号81頁	○	第三者に対する建物退去処分
	東京高決 平5・2・18判タ815号224頁	○	所有者の関与のもとでの第三者を占有補助者と認定
	東京高決 平5・2・25判時1458号63頁	○	第三者を所有者の占有補助者と認定
	東京高決 平5・5・21金法1366号39頁	○	債務者(所有者)の関与、協力のもとでの第三者(占有補助者的地位)による建物の建築
	東京高決 平5・3・30判タ826号274頁	○	
	大阪地決 平5・4・6金法1374号30頁	×	執行妨害の占有だけでは占有補助者といえない。
	大阪地決 平5・8・11金法1374号30頁	○	
	高松地決 平5・10・15判タ842号203頁	○	執行妨害目的で占有移転を受けた第三者は占有補助者となる。
	大阪地決 平5・10・18金法1374号30頁	○	
	大阪地決 平5・10・18判時1476号137頁	○	執行妨害者は占有補助者でなくても保全処分の相手方となる。
	高松地決 平6・1・24金判948号20頁	×	法55条は所有者・債務者の行為にかぎられる。
	大阪地決 平6・2・22判時1491号109頁	○	
	大阪高決 平6・2・22金判965号33頁	○	占有者が所有者と共謀して執行妨害のために占有している行為は、法83条の引渡命令で排除できるとしても、法55条に当る。
工作物等の設置、その準備行為	東京高決 昭58・3・29判タ497号115頁	×	賃借人による建物の移築
	東京地決 平3・6・3判時1396号101頁	○	地質調査のための櫓の組立て
	東京地決 平4・3・10金法1320号72頁	○	建物の再築

民事執行法55条に関する平成8年改正前の主要決定例一覧表

決 定 行 為	決定年月日・出典	積極 消極	決 定 要 旨
価格の著しい減少となる使用収益、目的物件の放置	仙台高秋田支決 昭57・12・6判タ496号113頁	○	無施錠の空家放置
	福岡地小倉支決 平4・11・12金法1339号40頁	○	
目的物件の損壊	東京地決 昭60・9・18判時1396号101頁	○	
賃貸等による第三者の占有、管理、そのおそれのある行為	東京地決 平3・5・29判タ765号244頁	○	金融業者に依頼して賃貸の準備 第三者に対する執行官保管 濫用的賃借権者は無権原占有者と同視できるから法55条の相手方となる。 執行妨害の占有者は所有者の占有補助者と同視できる。 所有者が目的物の管理を暴力団関係者に委ね、同人が抗告人らに賃貸し、抗告人も先行の保全処分を知らず占有しているときは、抗告人も所有者の占有補助者と認められる。
	東京地決 平4・2・28判タ781号241頁	○	
	大阪地界支決 平4・9・24判時1433号123頁	○	
	甲府地決 平4・10・6判タ807号262頁	○	
	東京地決 平5・2・3判タ812号251頁	○	
	東京高決 平5・4・23判時1468号94頁	○	
	東京高決 平5・6・2判時1468号94頁	○	
	仙台高決 平5・9・7判時1485号32頁	○	
福岡高決 平5・9・20判タ857号269頁	○		
第三者の入居等による占有 (その表示行為を含む)	東京地決 平3・7・30判時1396号101頁	○	暴力団関与の貼紙 整地し工作物設置の企図 金融業者に依頼して賃貸の準備
	宇都宮地大田原支決 平4・1・27金法1343号39頁	○	
	東京地決 平4・7・6判タ799号240頁	○	
	大阪地界支決 平4・9・24判時1433号123頁	○	

(登記研究638 平13・3)

たり、あるいは暴力団的な無権原占有者による執行妨害に対応できず、執行実務は、右修正による執行の弱体化の影響をもろに受けることとなるのである。

そこで、執行実務（判例）においては、右修正を受けた法五五条、七七条および八三条において、上記修正前の政府原案の趣旨を生かすような解釈、運用の努力がなされてきたのである。

その典型が法五五条の保全処分である。この法五五条の保全処分が法施行直後から実務上問題となったのは、まず第一に、上記のとおり、同条第一項の修正により削除された債務者以外の第三者（占有者）に対する執行官保管等の保全処分が発令できないことに対する不都合であり、そして、第二には、同条一項および二項に規定されているように、一項の不作為命令あるいは現状回復命令が効を奏しないときにはじめて二項の執行官保管命令が発令されるとする二重構造に対する不都合である。前者は、明白に国会において修正された条項に対する批判であるが、解釈論としては、債務者（所有者）以外の第三者の占有であっても、それが所有者の指示、了解、同意等のもとでなされた占有については、その第三者を債務者（所有者）の占有補助者と認定して、当該第三者による占有により差押物件の価格を著しく減少するものと認めて、保全処分命令を発令する事案が多数出された。

加えて、後者の執行官保管のための二重構造についても、これは国会修正を受けた事項ではないが、当初から法五五条一項の不作為命令あるいは現状回復命令が実効が挙がらない場合、つまり、その占有が執行妨害を目的としたものであることが明白な場合には、直接同条二項の執行官保管の保全命令を発令することができるという積極的な立法論的解釈を展開したのである。

これらの法五五条関係の決定（平成八年の改正前）を同条一項の内容別に分類して要約すると、次頁以下の表のとおりである（注7）。

わが国の政治、経済は外形的には一応安定し、同年は、社会的にも重大事件もなく、概して平和で平穏な一年となり、これを受けて、執行事件、倒産事件の件数も昭和六一年をピークに次第に減少傾向に転じた。

しかし、世相は、対外的には、牛肉や米を含む農産物の自由化をめぐる日米貿易摩擦は依然根深いものがあり、アメリカの財政再建がらみで円高ドル安含みの経済的不安は解消されず、そして、対内的には、税制改革（リクルート問題を含み）の推進や天皇の病状を当時毎日マスコミが報道し、必ずしも平穏無事で昭和六三年を終えられるかどうかの不安が残されていた。

右に述べた不動産執行事件の第一次事件増加期（昭和六一年がピークであった。）前後においては、上掲グラフにあるとおり、どこの執行裁判所も多数の未済事件を抱えることとなり、この未済事件の処理のため執行事件の迅速処理が要望され、執行裁判所サイドでも、執行事件の遅延の最大の原因である執行妨害の予防、排除について法令解釈の拡大や執行実務の運用の改善等の努力がなされ、これらの努力により、執行事件の処理は大いに改善されたのである。この執行妨害対策については、次項(四)で詳述するが、ここでは一般的な改善のための運用努力を述べる。

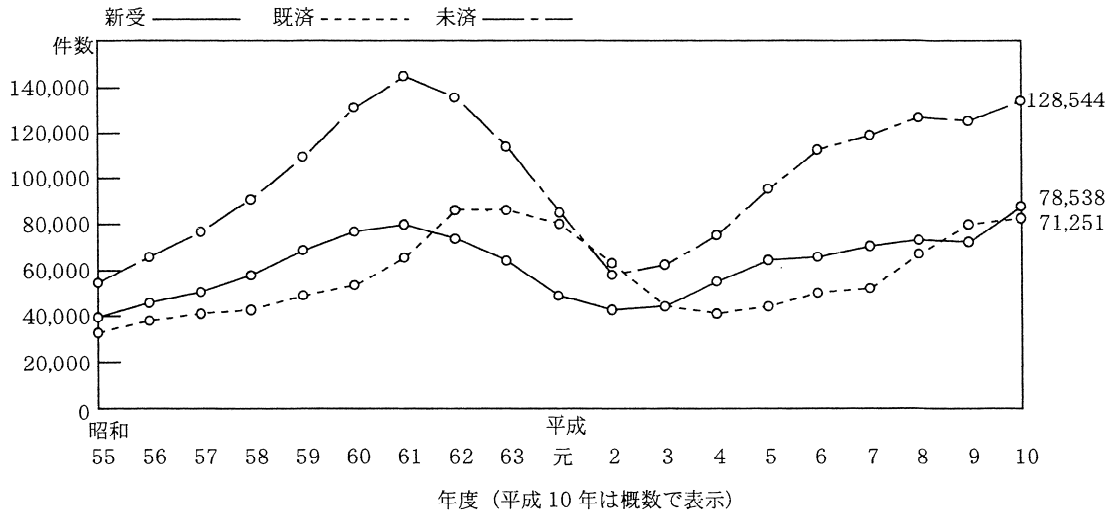
この執行実務の改善は、実体的には、不動産執行（競売）における売却条件の整理（たとえば、用益目的のない、あるいは濫用的短期貸借権の排除、法定地上権の成立要件の再検討等）、一括売却の拡大、抵当権による物上代位権行使の要件の整理等に顕著な効果を発揮し、執行手続の円滑な進行に寄与した。他方、手続法的には、売却方法の改善（横浜ローン方式（注6）の導入の試み、期間入札・特別売却方法の改善等）、執行妨害対策の推進等幅広く執行実務の改善が計られた。

(四) 執行実務（判例）における執行妨害対策（法五五条、七七条、八三条の解釈、運用の改善）

上述したように、国会修正がなされた民事執行法は、昭和五五年一〇月一日の施行直後から、権原ある占有を装っ

不動産執行事件の累年比較（昭和55年～平成10年）

（最高裁判所事務総局民事局監修「民事執行雑誌」
第8号〔平成11年6月〕1頁～2頁より）



年の最後の旧法時代には二万件弱であったものが、新法施行後は上のグラフ（注5）で示すとおり、逐年増加の一途を辿り、昭和五八年の新法事件では四万八千件を超え、これが、昭和六一年のピークまで続くこととなる。これが、『第一次事件増加期』と呼ばれるものである。

上のグラフにある昭和六一年のピークを迎えた後の昭和六二年～六三年当時の社会経済情勢下の執行・倒産事件の推移をみると、昭和六二年前半までは内需の拡大に伴う経済の安定指向を受けて、全体的には執行事件も破産事件も、その新受件数は落ち着きをみせていたが、後半に至って、一方では地価の異常高騰が社会的、政治的問題となり、私権の制限を含む抜本的な土地取引の適正化のための規制と対策の立案が国民的与論として最重要課題としてとりあげられた。そして、この課題は、同年一月二七日に開催された臨時国会以降で、竹下新内閣において各種の立法を含む国の施策を検討することが明らかにされた。他方、一〇月以降の急激な株価の暴落、史上空前の円高ドル安の経済変動が生じ、これら内外のきわめて重大な事変が今後の執行・倒産事件にさまざまな影響を与えようとしたのである。そして、昭和六三年に入ると、

（登記研究638 平13・3）

修正案の内容は、次のとおりであります。

第一は、差押え後の不動産価格を減少させる行為を未然に防止するための保全処分の相手方を債務者とするものであります。

第二は、最高価買受申出人又は買受人に対し不動産の引渡しを困難にする行為等を防止するための保全処分の相手方を債務者とするものであります。

第三は、代金を納付した買受人のための不動産引渡命令の相手方を、債務者又は事件の記録上差押えの効力発生前から権原により占有している者でないと認められる不動産の占有者として、ただし、差押えの効力発生後に占有した者で、占有権原を買受人に対抗することができると認められるものは、この限りでないものとするものであります。』

右修正案の内容は、民事執行法五五条および七七条の保全処分の相手方については、政府原案の範囲を減縮して、いずれも「債務者」のみを対象とすることに改め、また、代金を納付した買受人のための不動産引渡命令の相手方も政府原案の範囲を減縮して、「債務者または事件の記録上差押えの効力発生前から権原により占有している者でないと認められる不動産の占有者（ただし、差押えの効力発生後に占有した者で、占有権原を買受人に対抗することができる」と認められるものを除く）」とすることに改めようとするものであった。

(三) 民事執行法施行後第一次事件増加期までの執行実務の一般的運用努力

民事執行法は、右のように、執行手続内の保全処分の効力を大いに減殺する修正を受けながらも、予定どおり、昭和五五年一〇月一日から施行された。

施行当時は、日本経済はバブル経済の最盛期の終焉を迎えようとする傾向が次第に出てきて、民事執行事件の主流を占める不動産執行（強制競売と担保権の実行としての競売）の全国の執行裁判所の新受件数（総数）も、昭和五四

冒頭で述べたように、民事執行法案の参議院における審議の段階で政府原案中五五条、七七条、八三条の議員修正がなされた趣旨は、次に掲げる寺田議員の修正案の趣旨説明のとおりである（注3）。この参議院社会党の修正動機に對しては、筆者は政府の立案担当参事官として、その撤回を得べく、原案の立案の趣旨を十分説明したが、政治的「かけひき」（注4）から、結局参議院において修正されるに至ったのである。

参議院社会党の修正案の趣旨説明（亀田議員）は、次のとおりであった。

『原案の第五十五条は、売却のための保全処分、第七十七条は、最高価買受申出人又は買受人のための保全処分、また、第八十三条は、買受人のための引渡命令について、それぞれ規定いたしております。』

これらの規定に対しましては、差押え前より合法的に不動産を占有している労働組合や労働者の権利を不当に脅かすおそれがあるとする労働界の意見がありました。その意見の是非はひとまず措くとしても、第五十五条及び第七十七条は、差押え手続中、買受人が所有権を取得する以前の段階におきまして、占有者の権原の存否が未確定のまま、これらの占有者を排除し、不動産を執行官の占有に移す等の保全処分を認めんとするもので、不動産に対する物理的価格減少行為を防止する法的手段は、他に幾多あることを考慮いたしますと、正当な権原による占有者の立場の配慮に薄く、債権者の保護に厚いきらいがあるという批判を免れないと考えます。また、第八十三条も、引渡命令という簡易な債務名義により、能う限り有利な状態で不動産を買受人に引き渡そうとするものでありますが、これにより、差押え前より正当な権原により不動産を占有する者の排除まで認容せんとすることは、これまた前同様の批判を免れず、かかる占有者の排除については、買受人をして通常の訴訟手続によりその権限の実現を図らしむることが、むしろ妥当と考えられるのであります。

本修正案は、以上の点の是正を図らんとするものであります。

二 民事執行法制定の際の国会修正と法施行後の執行実務の運用

(一) 平成八年法律第一〇八号による民事執行法の改正の端緒

民事執行法の改正が政治問題化して国会における論議の対象となった契機は、住宅金融専門会社（いわゆる『住専』）七社が破綻し、その不良債権の処理をめぐって六、八五〇億円の財政資金の投入の可否が国会での与野党の激論を生んだことからである。政府は、右住専七社の不良債権の処理のための住専処理関係法案を第一三六回通常国会（住専国会と呼ばれた）に提出し、「住専金融債権管理機構会社」という独立した株式会社を設立し、預金保険機構の指導、助言により、一般債権よりも事実上優先する債権の回収を図ろうとした（注2）。そして、国の財政支援をできる限り削減するため、特に当時実務上横行して社会問題化していた暴力団がらみで差押不動産を違法に占有する執行妨害を排除して、適正な価格での差押不動産の売却（競売）を促進して、住専関連の不良債権の積極的な回収を図ることが社会的にも強く要望されたのである。

右趣旨の住専の不良債権の適正な回収のための緊急の民事執行法の改正として、同国会に議員立法で民事執行法の一部改正（平成八年法律第一〇八号）が行われたのである。この改正のうち法五五条、七七条、八三条の改正の主眼は、執行手続内における簡易な決定手続による差押不動産の価格下落行為の排除（法五五条の改正）や、買受不動産の買受人への引渡しの妨害行為の排除（法七七条の改正）および引渡命令の対象（相手方）の拡大（法八三条の改正）は、いずれも昭和五四年民事執行法案の立法審議の課程において、参議院の野党発案で政府原案を修正弱体化されたものを復活強化する趣旨のものであった。

(二) 民事執行法制定の際の国会修正の趣旨と内容

（登記研究638 平13・3）

には議員立法で改正等がなされ、この傾向は、今後も続く見込みである。

民事執行法は、昭和五五年一〇月一日に、旧民事訴訟法の『強制執行編』と旧『競売法』とを統合した私債権の強制的実現の最新型の基本手続法として発足した。しかし、民事執行法は、後述するように、同法案の国会審議において、同法の立法の目玉とされた差押不動産の価値の保全と買受人への不動産の引渡を保全する手続内の保全処分（法五五條、七七條および八三條）について、その改正の効力を否定するような大きな修正を受けたのである。ただ、法施行後の日本のバブル経済期の社会経済情勢の中では、右修正の効果も、何とか運用でカバーして、債権回収、就中、金融不動産取引における抵当権の実行としての競売は、旧競売法における実務の取扱いを一新して機能的に実施され、新法の面目を一応発揮したのである。この民事執行法は、施行後二〇年間に数度の改正がなされたが、後述する平成八年と平成一〇年の改正を除いては、民事保全法、民事訴訟法等他の法律の施行に伴うものであるので、本稿では、それらによる改正の内容については、特に触れない。

そこで以下、まず、民事執行法制定の際の国会修正の趣旨と、それをカバーしつつ新法の解釈、運用をして来た判例と実務の動向を概観しよう。

（注一）掲載済みの六稿は、次のとおりである。

- 第一話（平4・8月本誌535号） 抵当権の実行とその執行名義とは何か
- 第二話（平4・9月536号） 執行方法の選択
- 第三話（平4・11月538号） 一般執行と個別執行（破産と民事執行の関係）
- 第四話（平5・6月545号） 共有持分と執行
- 第五話（平5・10月549号） 滌除と増価競売（その一）
- 第六話（平5・12月551号） 滌除と増価競売（その二）

- (二) 『金融再生トータルプラン』による不良債権回収のための執行手続の改正の動き
 - (1) 臨時不動産関係権利調整委員会設置構想
 - (2) 金融再生トータルプランの政策テーマと具体的な措置
- (三) 平成一〇年の民事執行関係法律の制定
 - (1) 競売手続の円滑化等を図るための関係法律の整備に関する法律（平成一〇年法律第一二八号。平成一〇年一月一六日から施行）
 - (2) 特定競売手続における現況調査及び評価等の特例に関する法律（平成一〇年法律第一二九号。平成一〇年一月一六日から施行）
 - (3) 金融機関等が有する根抵当権により担保される債権の譲渡の円滑化のための臨時措置に関する法律（平成一〇

一 承前

本稿は、「判例・先例で学ぶ民事執行・民事保全の基礎」と題して、平成四年八月（本誌五三五号）から同五年一二月（同五五一号）まで計六回本誌に掲載してきた論稿（注1）を『判例民事執行ノート』と改題して、続行するものである。

改題して『民事執行ノート』として続行しようと考えたのは、時あたかも、昨年（平成一二年）一〇月一日は民事執行法施行二〇年目に当たり、しかも、ここ数年は、毎年その改正論議が政治課題とされ、現に平成八年、同一〇年

- 年法律第一二七号。平成一〇年一月一六日から施行）
- 五 更なる民事執行手続の改正の要望、提言
 - (一) 平成八年、同一〇年の改正の成果
 - (二) 平成一一年二月二六日付経済戦略会議答申（日本経済再生への戦略）
 - (1) 短期貸借制度の見直し
 - (2) 強制管理制度の導入
 - (3) 最低売却価額制度の廃止
 - (4) 不動産の物件調査の民間委託等による執行事件の事務処理の大幅な迅速化
 - (三) 『二一世紀の司法の確かな一歩―国民と世界から信頼される司法を目指して』における改正意見
- 六 民事執行法改正の今後の課題

（登記研究638 平13・3）

(改題) 判例民事執行ノート(七)

——民事執行法施行二〇年、その改正の歴史と
今後の改正の課題——

弁護士・前東海大学教授

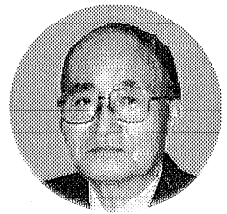
浦野雄幸

目次

- 一 承前
- 二 民事執行法制定の際の国会修正と法施行後の執行実務の運用
- (一) 平成八年法律第一〇八号による民事執行法の改正の端緒
- (二) 民事執行法制定の際の国会修正の趣旨と内容
- (三) 民事執行法施行後第一次事件増加期までの執行実務の一般的運用努力
- (四) 執行実務(判例)における執行妨害対策(法五五条、七七条、八三条の解釈、運用の改善)
- 三 平成八年法律第一〇八号による民事執行法の改正とその効果
- (一) 平成八年改正のねらい
- (二) 平成八年改正の概要
- (1) 法五五条の改正関係
- (2) 法七七条の改正関係
- (3) 法八三条の改正関係
- (4) 法一八七条の二の新設
- (5) 改正後五年を目途とする改正条項の検討
- 四 平成一〇年の「金融再生トータルプラン」による「競売手続円滑化法」等による民事執行法の改正
- (一) 平成八年民事執行法改正後の動き

担保不動産包括管理を

浦野 雄幸 弁護士



貸し倒れに備え金融機関は借り手の不動産に抵当権を付ける。貸金が焦げ付いたら、抵当不動産の競売を裁判所に申し立て、売却した代金から他の債権者に先んじて債権の

いま法相の諮問機関である法制審議会の担保・執行法制度部会が担保法制と民事執行制度の見直しに取り組んでいるのは、機能不全に陥った担保・執行制度を立て直すためである。使いやすい抵当制度は

場環境を整えても、バブル経済崩壊後のように、不動産市況が極端に落ち込めば、抵当権の担保機能は著しく低下する。特に日本の民法では、抵当権は目的不動産を競売で売却した代価から優先的に弁済を

ぶとして問題の解決を図ってきた。抵当不動産が焼失したとき、抵当権者が火災保険金から債権を回収できる「物上代位」の考え方を賃料にも認めたものである。

しかし、物上代位権を行使するには、抵当権者が賃料債権を個別に差し押さえ、自ら取り立てる必要がある。マンションなどの場合、管理費用をだれが負担するかといった面倒な問題が起きている。

時論

競売だけでは機能不十分

立法論としては、抵当権の実行により、抵当

弁済を受けることができる。

バブル経済の崩壊で、この

抵当権の担保機能がうまく働かなくなった。不動産取引が

冷え込み競売を申し立てても売れない。地価の暴落で競落

価格が債権額を大幅に下回る担保割れが続出した。暴力団

関係者が不動産を不法占拠し競売を妨害する事態も起きて

いる。「遅い、売れない、安い」という競売の三重苦が金

融機関の不良債権処理が進まない一因との指摘もある。

金融システムの基礎である。

私は二十数年前、現行の民事執行法の立案に法務省の参

事官として参画した。立法の狙いは、閉鎖的で不明朗との

批判が高かった不動産競売制度に競争原理が働くよう市場

環境を整えることであった。「マイホームを裁判所で」とい

った言葉が生まれたように、この改革で競売が不動産流通

のルートとして社会の認知を得たことは間違いない。

だが、いくら競売制度の市

受ける権利とされている。不動産が売れなかつたり、極めて安い値段しかつかないと、

債権回収が困難になる。もともと抵当権の実行方法

が不動産の競売に限られているのは、民法の欠陥である。

抵当権の担保機能を十分に発揮させるためには、担保にと

った不動産の利用価値からも債権を回収できる道を抵当権

者に認めるべきである。現行制度の欠陥を補うため

判例は、賃料にも抵当権が及

権者が選任した管理人に不動産を管理させ、賃料を取り立てたり、テナントを入れ替え

たり、チャンスと見れば売却できる包括的な管理制度を導入すべきである。

それとともに、抵当権の実

行手続きの簡易・迅速化を図

るため、簡易裁判所に競売の管轄を認め、不動産の競売手

続きを始めるには不動産を執行官の占有に移すことを要件

とするなど、執行機関も執行官に一元化すべきである。

韓国の不動産担保法制をめぐる最近の動向と課題

2002年 10月 21日

ソウル高等法院部長判事(兼任)

法院行政処企劃調整室長 金滉植(キム ホアンシク)

一. はじめに

韓日の法制度の類似性

1960年以前、日本の民法、不動産登記法などの韓国での適用
その後、日本法の影響、ドイツ法の影響、独自の要素を反映
両国の法制度の比較・研究の必要性と有益性

二. 韓国における各種担保制度の概要

I. 人的担保：債権総論で取り扱われる保証債務と連帯債務(413 - 448)

II. 物的担保

1. 制限物権の法理によるもの

(1) 法定担保物権

(a) 留置権(320、日民 295)

(b) 法定質権(648、650、日民 313)

(c) 法定抵当権(649)

(d) 優先特権

(aa) 賃金債権(勤労基準法 37)

- 賃金、退職金、災害補償金等の勤労関係による債権は、使用者の他の債権者より優先。
但し、質権、抵当権、質権又は抵当権より優先される租税及び公課金よりは、劣位
- 但し、最終の3ヶ月分の賃金、3年間の退職金、災害補償金は、最優先

(bb) 賃借保証金(住宅賃貸借保護法、商街建物賃貸借保護法)

- 建物の引渡し及び住民登録(事業者登録)のある場合には、賃貸借登記の無しに第三者に対抗力(住宅法 3条1項、商街法 3条1項) - 対抗要件 -
- 上記の対抗要件と賃貸借契約証書上の確定日字を備えている賃借人は、優先弁

済権を持つ(住宅法 3条の2 2項、商街法 5条 2項)。抵当権に類似

- 競売申請登記の前に対抗要件を持っている賃借人は、保証金の中で一定額を他の担保権者より優先して弁済を受ける。優先弁済を受ける賃借人及び保証金の中で一定額の範囲と基準は、目的物の価額の2分の1(商街建物は、3分の1)の範囲内で大統領令として定める(住宅法 8条、商街法 14条)

(cc) 租税債権

- 国税、地方税、関税及びその加算金と滞納処分費は、他の公課金、その他の債権より優先(国税基本法 35条 1項、地方税法 31条 1項、関税法 3条2項)
- 租税と抵当権・伝賃権の被担保債権(確定日字を持っている賃借保証金返還債権)の優先順位は、租税の法定期日と設定登記日(確定日字の翌日)との先後によって決定。法定期日は、租税の種類によって法定
- 売却不動産自体の関して賦課されている租税(当該税、例えば、相続税、贈与税、再評価税)は、法定期日の前に設定されている抵当権等によって担保されている債権より優先

(dd) 滞納処分の例によって徴収される公課金債権

- 優先順位の可否は、各法律の中で規定

(2) 約定担保物権

(a) 質権：動産質権、権利質権。日本とは、異なって不動産質権は、不認定

(b) 抵当権

- 抵当権に関する規定(356 - 372)
根抵当権に関する規定は、一つ(357)。学説、判例によって解決
- 各種の特別法による抵当：工場抵当・工場財団抵当、立木抵当、鉱業財団抵当、自動車抵当、船舶抵当、航空機抵当、建設機械抵当
- 実務上、抵当権の設定は、殆んどない。大部分は、根抵当権を利用
- 保全抵当権(Sicherungshypothek)の機能は、充実
投資抵当権(Anlagehypothek)の機能は、不充分
- 附従性を厳格に要求、所有者抵当は不認定
- 抵当証券制度は、未導入
- 滌除、転抵当、抵当権順位の譲渡・抛棄は、不認定(日民 375、378)
- 住宅抵当債権流動化会社法による抵当債権の流動化
住宅抵当債権流動化会社は、金融機関から住宅抵当債権を譲受け、それに基づいて住宅抵当証券を発行し、その住宅抵当債権の管理運用及び処分による収益を分配
- * 資産保有者の資格制限 -- 金融機関、韓国資産管理公社、企業構造調

整投資会社等に限定

- * 流動化専門会社は、流動化計画を作成し、金融監督委員会に登録しなければならない
- * 登録されると、抵当権移転登記の無しに、権利移転の効力--移転登記に伴う時間と費用とを節約するため。公示の混乱の危険

(c) 伝賃権

- 伝賃金を支給し、他人の不動産を占有して、その不動産の用途に従って使用・収益し、その不動産の全部に対して後順位権利者、その他の債権者より優先して伝賃金の弁済を受ける権利(303)。
- 伝賃権設定契約と伝賃権登記によって成立。
- 伝賃権設定者は、取得した伝賃金を運用して利得を得る。伝賃権者は、その不動産を排他的に使用・収益し、伝賃期間の経過の後、伝賃金の返還を受ける。この伝賃金返還請求権は、その不動産によって担保される。即ち、伝賃権者は、優先弁済権(競売請求権を含む)を持つ。
- 伝賃権は、用益物権と担保物権の性質を兼有。

2. 所有権移転の法理によるもの

- 既存の担保制度は不便であるとして、不満を抱いていた取引の現場では、自分らの要請を充足させる形の担保を開発して利用
- 所有権自体を債権者に移転するけれども、それを債権担保の目的に制限するという法律構成をとっているもの。
- 譲渡担保、還買・再売買予約等の売渡担保、代物弁済の予約、担保仮登記等がこれに該当 -- 変則的ないし非典型的な担保制度
- 債権者は、債務額を超過している価値の目的物を取得。債権者の暴利を防止し、債務者保護の必要性の発生
- 1983年、仮登記担保等に関する法律を制定して規制
債権者は、清算期間を含む清算手続(債務額と目的物の評価額の差額を支給)を経た場合だけ、所有権を取得
仮登記担保権者は、抵当権者に準ずる権利行使も可能
債務者は、債権者から清算金の支給を受ける前に、債権額を提供して目的物の回収が可能
- 所有権留保附売買も債権担保の機能

III. 物的担保制度の利用現況

- 非典型担保制度の利用の退潮、根抵当制度の利用の増加
仮登記担保等に関する法律による規制

低金利現象と金融機関の正常的な運営

- 抵当権は、利用されず、根抵当権が利用されている
- 資産流動化は、金融機関を中心として運営
- 財団抵当：利用されていない。費用、手続の負担のため
- 工場抵当及び集合物譲渡担保：たまに利用されている

IV. 韓国の不動産担保制度の課題

- 抵当権の投資・投資回収の手段化を目指して
所有者抵当制度、抵当証券制度の導入
- 根抵当権に関する規定の整備
包括根抵当の有効性、被担保債権範囲の公示の可否、
物上保証人の保護規定、根抵当権の確定事由・確定時期
- 資産流動化に関する抵当制度の整備
費用の節減・手続の簡易化、公示方法の開発
- 財団抵当の活性化方案、集合物の譲渡担保方法の法定化
- 優先特権の最少化、公示方法の開発

三. 韓国の不動産抵当権設定登記について

I. 韓国の不動産登記制度の特色

- 管掌機関：司法府、法院・支院の登記課、登記所
- 物的編成主義、登記連続の原則
- 1不動産1登記用紙主義、例外：集合建物
- 土地登記簿・建物登記簿の2元化
- 登記簿と台帳の2元化(台帳の所管庁 - 行政官庁)
- 共同申請主義の原則
- 登記官の形式的審査権、例外：区分建物の表示事項
- 物権変動の成立要件主義
- 登記簿の公信力：不認定

II. 抵当権登記申請書の記載事項

(1) 必要的な記載事項

- 債権額：外貨表示の可能、一つの債権の一部、数個の債権(合計額)
根抵当権の場合：根抵当設定契約である趣旨と債権の最高額
(被担保債権の範囲表示は、しない)
- 抵当権の目的である権利の表示

- 所有権(持分である場合は、持分を表示)、地上権、伝賃権
- 債務者(名称、住所)、法人である場合は、取扱支店も表示
- 抵当権設定者の同一人である場合も記載

(2) 任意的な記載事項

- 弁済期
- 利息、利息の発生期、又は、支給時期
- 元本、又は、利息の支給場所
- 損害賠償に関する約定
- 債権の条件付である場合には、その趣旨
- 抵当権の効力に関する別の約定(358条の但書)

III. 抵当権申請添附書類

- 契約書(登記原因証明書面)
- 登記義務者の登記畢証(滅失されている場合、法務士・公証人の確認・公証書面)
- 登記義務者の印鑑証明
- 登記権利者の住民登録謄本、住民登録番号
- 代理権限を証明する書面
- 法人、非法人社団・財団、国家、地方自治団体、外国、外国人の登記権利者である場合 - 法人登記簿謄(抄)本、不動産登記用登録番号を証明する書面
- 登録税領収畢確認書。国民住宅債券買入畢証

IV. 抵当権設定登記事項

V. 抵当権設定時の留意事項

- 登記は物権変動の効力発生要件、登記順位によって権利順位を決定
- 公信力の不認定、登記義務者の真正性の調査、特に登記畢証の未所持の場合
- 優先弁済権のある賃借人に関する調査
- 取得・処分について制限のある不動産
- 土地・建物の利用関係による紛争の可能性(法定地上権の発生など)に対備
- 不動産価格の急激な変動に留意

四. 韓国の不動産抵当権実行方法について

- I. 民事訴訟法の中で強制執行編を分離し、民事執行法を制定 2002. 7. 1.から施行
不動産競売について、競売手続の安定性と効率性を高めることを目指して制定
- II. 抵当権実行に関する主要内容

- (1) 抗告制度の改善 - 濫抗告の防止 -
 - 売却許可決定に対する抗告の時、抗告人は売却代金の10分の1に当たる金銭、又は、有価証券を供託
 - 抗告理由書の提出、抗告法院は抗告理由のみに関して調査
 - (2) 競落人の権利保護
 - 売却不動産の引渡命令の対象を権原のないすべての占有者として拡大
 - 売却代金の支給期限制度を導入
 - (3) 公告制度の改善
 - 不動産売却期日の公告などの公告を法院掲示板の掲示、官報・公報又は新聞の掲載、電子通信媒体を利用する公告の中で選択
 - インターネットなどの情報通信技術の発展、社会経済的状況の変化に弾力的に対応
 - (4) 配当要求の終期を初めての売却期日の以前までに早める
 - (5) 期間入札制、1期日2回入札制を 導入
 - (6) 一括売却の拡大
- III. その他の主要内容
- (1) 執行の実効性の確保
 - 財産明示義務の強化 -- 違反者は、20日以内の監置
 - 債務不履行者名簿の金融機関への通知 -- 信用不良者として不利益
 - 公共機関・金融機関などに対して、債務者名義の財産の照会
 - (2) 執行手続において、法院事務官などの役割の強化
 - 執行手続の効率的な進行と人力の効率的な活用
 - 各種の囑託、催告、通知の業務などの委任

～ 国際協力の現場から ～

“早く一人前の国際協力専門官になりた～い”

主任国際協力専門官 小山田 実

平成15年4月1日、法務総合研究所長から辞令の交付がありました。その辞令には、「法務総合研究所総務企画部（国際協力事務部門）国際協力専門官に配置換する。」と書かれていました。同年2月に内示を頂いていたので多少の準備（覚悟？）はしていましたが、土地勘のない大阪に足を踏み入れ、未経験の仕事を担当しなければならないことに多くの不安がありました。しかし、考えようによっては、同じ法総研内しかも同じ総務企画部内での異動であり（平成13年4月から2年間、法総研総務企画部企画課で勤務していました。）、また、幸いにも国際協力専門官室のメンバーは顔見知りの方が多く、それが何よりも安心材料でありました。

不安を抱いての異動でありましたが、着任から3か月弱が経過し、この間、私なりに気付いたことや思ったことを書きたいと思います。

1 法整備支援に関する情報発信 ～積極的な広報活動と情報共有～

私は役所の先輩、同期、後輩や友人、知人、親類等に対して、「この4月、大阪にある法総研国際協力部に異動となりました。国際協力部ではアジアの国々に対して民商事法分野を中心とした法整備支援に関する仕事をしています。」と話をしても、「法整備支援って何？」、「何をしているのか分からないけれど、難しそうな仕事だね。」といった返事が返ってきます。恥ずかしながら私も法総研に勤務するまでは、法整備支援という言葉自体聞いたことはありませんでした。国際協力部が新設されてから2年余り経過し、これまで広報活動を積極的に行っているところではありますが、関係者以外には全く興味のない分野であるためか、同じ法務省内ですら余り知られていません。私は上記返答があるたびに、法務省にはこうした活動を行っている部署もあるのだということを少しでも多くの方々にPRしていかなければならないと感じているところです。

一方、御承知のとおり国際協力部では、昨年から隔月で「ICD NEWS」を発刊し関係者の皆様にお届けしてします。本誌は、当部職員はもとより、関係者の方々から御提供いただいた貴重な情報を掲載し、毎号200ページ前後の分厚い研究成果物となっています。この度、これら貴重な情報をより多くの方々と共有するため、本誌に掲載されている記事を抜粋して法務省ホームページに順次掲載していくこととなりました。これによって、より多くの方々に、より効率的に、より迅速に法整備支援に関する情報を発信し、情報共有できれば幸いです。

2 初めて担当した国際研修 ～日韓パートナーシップ研修～

6月10日から19日までの10日間、当部の今年度最初の研修として、「第5回日韓パートナーシップ研修（日本セッション）」が実施され、私は同研修の事務を担当させていただくことになりました。そこで、同研修にかかわり印象深かったことについて、2点ほど述べたいと思います。

1点目は、講義や関係機関見学の際、韓国研修員が絶え間なく質問をぶつけることです。時には説明者が回答に困る場面もあるほどです（事務担当者としては、予定時間を大幅にオーバーしないかハラハラする場面も幾度となくありました。）。さらに、夕食会、懇親会等の時も、韓国研修員は、夜遅くまで日本研修員や法総研の担当者に対して、日本語や英語を使ったり、漢字を書いたり、身振り・手振りで「韓国では〇〇ですが、日本ではどうですか？」といった質問をし、その回答をメモしているのです。私は韓国研修員の物事に対する熱心さ、日本に対する興味深さ、そして何よりもその体力に驚きました（これぞ、正しくキムチパワー？）。

2点目は、日本と韓国とは言葉の違いや文化の違いはありますが、韓国の不動産登記制度は、日本の不動産登記制度を基にしていることから共通点が多く、また同研修の目的である「相互に意見を交換して検討し、双方の職員の資質の向上を図り、両国の制度の発展と実務の改善に寄与させるとともに、両国間におけるパートナーシップを醸成する。」にマッチした国であると思いました。今後も本研修が両国の登記制度等の発展に貢献できるよう微力ながら努力していきたいと思います。

3 不動産登記研究プロジェクトの発足について ～当面は資料収集から～

ベトナム、カンボジア、ウズベキスタンなどで、不動産登記制度についての法整備支援の要請が出てきていることを踏まえ、平成15年5月、試行的に国際協力部内に「不動産登記研究会」が設けられました。と言っても、当面、法務局に勤務経験のある黒川裕正教官を中心に、私、窪田浩尚専門官の3名で構成し、諸外国の不動産登記制度に関する資料を収集・整理するとともに、日本の不動産登記制度の歴史及び最新情報を収集し、意見交換をするものです。私もメンバーの一員として諸外国の登記制度に関する資料に目を通していると、法務局で登記事務をしていたころ（10年以上昔になりますが）には触れることもない資料がたくさんあり、非常に興味深く、勉強になるものばかりです。日韓パートナーシップ研修とも密接に関係しますので、今後、プロジェクトにおいて何らの成果物を作成するよう努力していきたいと思います。

4 その他

国際協力部で勤務していると、度々、日本では当たり前のことが諸外国では通用しないということに気付くことがあります。

また、外国語に通訳していただく際に、日本では当たり前のことなので、その部分の言葉を省略して話をしてしまうと、通訳から内容確認を求められることがあります。この時、

外国語を習得することも重要であるが、何よりも意味が通じる正しい日本語を話す必要があることに気がきます。

以上、今まで外国人と接したことがない新任の国際協力専門官が気付いたことを書かせていただきました。早く一人前の国際協力専門官になれるよう努力していきたいと思う今日このごろです。

～ @閑話 ～

～ @閑話 ～

アジアにおける「おしん」 (2)

アジアで放映されたNHK連続ドラマの「おしん」は、当然のことながら現地語の吹き替えです。以前、お笑いの世界での話ですが、日本でも外国映画の吹き替え放送を見て、おばあさんが「この外人さんは日本語が上手だね」と言ったとのこと。

ところで、当時のベトナムの吹き替え放送の実情を御存じでしょうか。日本では登場人物ごとに声優が割り当てられますが、彼の地では声優一人が何役もこなすのが一般的でした。つまり、無声映画の弁士の様なものでしょう。しかし、この「おしん」は違い、登場人物ごとに声優が割り当てられて放映されたのです。これはある意味では画期的なことで、彼らにとってはこの意味でも珍しかったのです。それにしても、声優を一人にするか複数にするか、放送関係者としてはその見極めも難しいであろう。まさか最初は声優一人で始め、人気が出たので複数に変わったというわけではあるまい。

— 編 集 後 記 —

(専門官) 教官、今からちょうど150年前の出来事と言われて何を思い出しますか。

(教官) 1853年と言えばペリーの浦賀来航でしょうね。その後、日本は、欧米列強と不平等条約を締結したことから、その解消のために、明治時代に民法を始めとする法律の制定等、急速に近代化を推し進めたのよ。国際協力部教官になってこの辺りから勉強し直すことになったわ。

(専門官) 各研修講義で、欠かすことのできない事柄ですからね。アジアの研修生が苦勞しているのを見ると、明治時代の先達の偉大さを改めて感じますね。

(教官) でも、過去を振り返ってばかりもいられないわ。今回、御寄稿いただいた吉野正日 弁連国際交流委員会委員長の巻頭言には、法整備支援において、法律家が目指す一つの方向性が示されているような気がしますね。

(専門官) 医療技術は万人に役立ちますが、法律分野は国家主権の問題や制度が違うし、最終的には思想の問題に行きつくので、難しいのでしょうね。それにしても「国境なき法律家」って格好よさそうですね。

(教官) ところで、ウズベキスタン司法制度については、すでに ICD NEWS に何度か掲載されていますが、今回のような弁護士制度に焦点を当てた調査は、初めてではないでしょうか。貴重な資料ですね。

(専門官) 貴重な資料と言えば、インドネシア憲法（第4次改正含む）和訳もそうです。当部で、2003年6月に日本・インドネシア司法制度比較研究セミナーを実施しましたが、研修員の明るい笑顔と熱の入った質疑応答等が思い出されますね。

(教官) 憲法改正の内容を見ると、インドネシアという国がかなり変わろうとしていると分かりますよね。改正点を記載することによって、インドネシアがどのように変化しているのかもよく分かります。そのような中で来日された研修員の皆さんは、今後、新しい司法制度の中でパイオニア的存在となるでしょうね。

(専門官) そうなると良いですね。日韓パートナーシップ研修講演会の中でのお話も、お隣の韓国が日本の不動産登記制度を導入し、その後発展しているということを知り、驚きました。国際協力部に来て3年経ちますが、私には、まだまだ知らないことが多いですね。「国際協力の現場から」を読んで、初心忘るべからずの気持ちを大事にしたいですね。

(教官) 私はもともと検事だけど、現在招へいしているベトナム最高人民検察院の検事は、民事訴訟を担当しているのよ。日本の検事も大変だけど、ベトナムの検事も大変よね。私もこの4月から国際協力部に着任しましたが、今までの枠組みを取り払って、ボーダレスに何事にもチャレンジしなければいけないと感じてるわ。

(専門官) 私も、精進します。

国際協力部教官 三澤あずみ
国際協力専門官 中川 浩徳