

# 明治大学・国立台湾大学 第8回研究交流会資料集

---

# 明治大學・國立臺灣大學 第八屆研究交流會資料集

2023年3月10日

明治大学駿河台キャンパス グローバルフロント5階C1会議室

明治大學駿河台校區 global front 5樓C1會議室

## 目 次

### 第1セクション (公法)

李 羿萱

「二つの判決についての研究—特別権力関係理論の変革に基づき教師による生徒の所持品検査の妥当性を検討する—」…………… 1

古木 凌

「直接民主制の部分導入と代表制との接合—フランスにおける合同発案と日本における請願権の問題を中心に—」…………… 13

### 第2セクション (民法)

齊 健翔

「無効の遺贈と死因贈与との転換」…………… 25

季 曉燕

「ABLにおける集合動産担保と集合債権担保の日中法比較」…………… 37

---

## 目 録

### 第一場 (公法)

李 羿萱

「兩個判決之研究—以特別権力關係改變探究學校老師搜索學生所持物品之觀點出發—」…………… 1

古木 凌

「直接民主制度的部分導入與代議制的銜接—以法國的共同提案公民投票及日本請願權之相關問題為核心—」……………13

### 第二場 (民法)

齊 健翔

「無効遺贈與死因贈與之轉換」…………… 25

季 曉燕

「ABL 集合動産擔保與集合債權擔保之日本法及中國法比較」…………… 37

# 明治大学・国立台湾大学第八回研究交流会

- ・ 日時：2023年3月10日 金曜日 13:30～17:00
- ・ 場所：明治大学 駿河台キャンパス グローバルフロント5階C1会議室
- ・ 主催：明治大学大学院法学研究科、国立台湾大学法律学院

## ・ プログラム (JST)

13:30～13:40 開会の辞：中空 壽雅 法学研究科長 (明治大学)

第一セッション (公法) 13:40～15:10 司会者：中空 壽雅 教授 (明治大学)

13:40～14:00 李 羿萱 「二つの判決についての研究—特別権力関係理論の変革に基づき教師による生徒の所持品検査の妥当性を検討する—」 (国立台湾大学)

14:00～14:20 古木 凌 「直接民主制の部分導入と代表制との接合—フランスにおける合同発案と日本における請願権の問題を中心に—」 (明治大学)

14:20～14:35 林 明鏘 教授コメント (国立台湾大学)

14:35～14:50 大津 浩 教授コメント (明治大学)

14:50～15:10 質疑応答

15:10～15:20 休憩

第二セッション (民法) 15:20～16:50 司会者：川地 宏行 教授 (明治大学)

15:20～15:40 齊 健翔 「無効の遺贈と死因贈与との転換」 (国立台湾大学)

15:40～16:00 季 曉燕 「A B Lにおける集合動産担保と集合債権担保の日中法比較」  
(明治大学)

16:00～16:15 顔 佑紘 准教授コメント (国立台湾大学)

16:15～16:30 川地 宏行 教授コメント (明治大学)

16:30～16:50 質疑応答

16:50～17:00 閉会の辞：王 皇玉 法律学院長 (国立台湾大学)

通訳：劉家丞、蕭丞晏

# 明治大學・國立臺灣大學與第八屆研究交流會

日期：2023年3月10日星期五

時間：13:30-17:00 (JST)

地點：明治大學駿河台校區 global front 5 樓 C 1 會議室

主辦：明治大學大學院法學研究科、國立臺灣大學法律學院

13:30-13:40 開幕詞：中空 壽雅 明治大學法學研究科科長

第一場（公法）13:40-15:10 主持人：中空 壽雅 教授

13:40-14:00 李 羿萱「兩個判決之研究—以特別權力關係改變探究學校老師搜索學生所持物品之觀點出發—」

14:00-14:20 古木 凌「直接民主制度的部分導入與代議制的銜接—以法國的共同提案公民投票及日本請願權之相關問題為核心—」

14:20-14:35 林 明鏘 教授評論

14:35-14:50 大津 浩 教授評論

14:50-15:10 綜合討論

15:10-15:20 休息

第二場（民法）15:20-16:50 主持人：川地 宏行 教授

15:20-15:40 齊 健翔「無效遺贈與死因贈與之轉換」

15:40-16:00 季 曉燕「ABL 集合動產擔保與集合債權擔保之日本法及中國法比較」

16:00-16:15 顏 佑紘 准教授評論

16:15-16:30 川地 宏行 教授評論

16:30-16:50 綜合討論

16:50-17:00 閉幕詞：王 皇玉 國立臺灣大學法律學院長

口譯：劉家丞、蕭丞晏

## 兩個判決之研究

### ——以特別權力關係改變探究學校老師搜索學生所持物品之觀點出發——

台灣大學法律研究所碩士三年級 李羿萱

#### 一、前言

2011年11月台北的某私立高中傳出老師大量搜書包，希望遏止學生帶飲料餅乾的習慣、新竹縣某國小老師基於指導學生「檢視自己書包重量」之理由而查看同學書包、2020年1月，屏北高中爆出，教官趁學生進行模擬考時，進入學校宿舍搜查，翻看學生個人物品，老師或學校人員基於不同名義搜學生書包的案件，在這十幾年來仍有多起。另一方面，依據憲法22條，人民有維持自己隱私的權利，因此，老師搜書包的正当權限為何便值得討論。

關於學校人員搜查學生最有名的台灣判決，非螢橋國中案件莫屬。於2006年，螢橋國中的老師在升旗時，到自己任課班級之教室搜學生書包，查閱是否有人攜帶手機。最終，學生家長控告該名教師輕忽學生隱私空間，任意翻閱學生書包，已然違反憲法第22條之隱私權保護，依據民法第195條向該名老師請求200萬元之損害賠償。台北地方法院96年度訴字第5356號民事判決認為一來學生對於書包被檢查一事是否真有隱私權期待，實屬未明，況且縱然有隱私權侵害，檢查行為也是基於教師的「生活指導權」，具有阻卻違法事由而並非違法行為，不該當侵權行為之要件。其上訴審臺灣高等法院民事判決97年度上易字第171號民事判決雖改為承認學生的隱私權確實受到侵害，但教師是在執行「春暉專案」，依據學校訂定教師輔導與管教學生辦法注意事項第28點，教師於有合理懷疑學生攜帶之同要點第30點所稱「槍械、刀械、毒品、或其他法令所規定之違禁物品」時，得為搜查學生所持物品，因此其搜查具有合法性。同判決亦指明：因為教師所擔負之責任，不僅單純知識傳遞，並負有健全學生人格之任務，是以學生與教師間存在一種特別的法律關係。上述兩則判決似乎均是以「生活指導權」以及特別權力關係作為根據。

## 二、問題意識

判決中所稱「生活指導權」之建構依據為何？對於特別權力關係的多數見解從原先採取基礎關係與經營關係的二分理論，到近年轉變為只要有權利義務關係受到侵害皆可提起訴訟的趨勢來看，基於特別權力關係的種種限制已然逐漸緩和甚至被破除（例如在司法院釋字第 736 號、762 號、784 號及 785 號中，對於教師、受刑人、學生及公務員在特別權力關係下受到侵害時是否有可能進行救濟之討論）。如此一來，我們是否仍能夠主張基於特別權力關係，學生不得對於教師的檢查行為進行任何法律上的主張？

## 三、判決解析

### （一）「生活指導權」之建構可能性

#### 1、從教育之本質進行建構

依據判決文字，「生活指導權」是指教師在傳遞知識外，尚有健全學生人格、維護校園秩序的義務。其法源來自於教育基本法第 8 條「學生之學習權、受教育權、身體自主權及人格發展權，國家應予保障」、（舊）教師法第 16 條第 6 款「教師之教學及對學生之輔導依法令及學校章則享有專業自主」（現第 31 條第 6 款）、以及上述之輔導辦法注意事項第 28 點。而上開法條亦多被認為是屬於建構「教師管教權」之依據。「教師管教權」之定義有以準父母地位的想法認為教師有管教權限，避免學生干擾或妨害教學進行、或從事有違健康的行為，以達到教育目的。亦有認為「教師管教權」乃由教師的教學自由以及專業自主權而生，期待教師肩負教育使命，使兒童培養人格、發展潛能。而教師搜查書包則屬於「教師管教權」中，為了維護校園安全秩序以避免學生健康受到危害或教學受到妨礙，所賦予的權限之一。故而可以發現「教師管教權」其實與「生活指導權」之內涵幾乎相同而能等同觀之，惟本文以下仍統稱為「生活指導權」。

本文同意「生活指導權」的建構有其正當性，因為中小學學生在發展過程中，多處於青少年這個正在塑造自我認同與角色定位的階段，且青少年的第二性徵、賀

爾蒙正發生變化，將造成青少年的杏仁核更為發達，具有較高的衝動性，是以為了避免學生因為衝動而做出不妥適的行為，或為了協助青少年建構地位，對於這個階段的學生而言，教師不僅是在傳遞知識，也在協助培養自身之品格。然而，青少年也具有少言、自我可憐、不願解釋、以及自我中心等特質，若一味以家父長式的態度進行管教，可能產生許多零和局面，況且學生也在尋找自身的定位，因此，教師在行使「生活指導權」時，應當注重學生的思考以及需求，才能真正達到幫助他們的目的。

## 2、「生活指導權」的特別權力關係性質

另一方面，對於教師的「生活指導權」，有以準父母想法而生或認為係基於公營造物之內部關係而立，但不論基於倫常觀念或公營造物，多認為學生與學校之間存在一種特別權力關係。故而，我們也可從特別權力關係的角度出發，檢討「生活指導權」的內涵。

從特別權力關係之發展脈絡可以發現，此詞彙始於德國，流至日本，最後輾轉引入台灣。特別權力關係起初在規範君臣之間的忠誠關係，而認為在君臣關係下，臣子不得主張權利、無庸法律保留以及不得救濟。爾後多數見解則採取二分理論以緩和特別權力關係，肯認對於身分關係之限制可為救濟。

我國對於特別權力關係之想法，起初也多以二分理論為建構標準。然而晚近則有破除之趨勢，例如司法院釋字第 736 號、762 號、784 號等，就受刑人、教師、公務員等都認為，僅要有權利受到侵害，都應該給予救濟機會。或許可以說在上述釋字的背後，大法官認為縱使是處於特殊關係下之人民，仍需給予其基本權高度保護，不宜基於特別權力關係即可不當侵害其基本權、使其不受法律保留之保障或限縮其救濟之權限。故，雖教師學生間的關係基於教育之本質，可視作一種特別權力關係，但並不得將其作為限制學生基本權之當然理由。

### (二) 搜查書包之界限

在螢橋國中搜書包之案件中，學生主觀上對於自己持有之書包，有不被他人隨意翻動、檢查的期待，且客觀上該期待亦有其合理性，因此，學生就其書包內容得主張受隱私權之保障。另一方面，教師搜查學生書包進而侵害學生隱私權的行為雖然是基於「生活指導權」之行使，但不宜將其直接視為阻卻違法事由，而應針對個案情節進行利益衡量，始得判斷該行為是否妥當。因此，在認定搜查書包的合法性時，可以依據搜查之目的、內容、強度、侵害程度等要素進行判斷。在螢橋國中案中，教師搜查學生書包之目的在於懷疑學生攜帶手機，因此，應先論證禁止攜帶手機本身的正當性，即攜帶手機是否會干擾課堂秩序或危害校園安全，然而，無論是一審或二審判決中均缺乏這方面的論證。不僅如此，在十餘年後的今日，基於特別權力關係所形成的種種限制已被大幅破除的情形下，教師搜查書包時原則上亦應符合一定的規範。因此，為了確認學生是否攜帶手機，而在未通知學生的情況下，在升旗時偷偷摸摸進行搜查，且搜查範圍擴及全班，這樣的手段是否仍符合最小侵害原則，即有所疑慮。

### （三）書包搜查的法源依據

以下，本文將以肯認「生活指導權」能被合理建構的前提作為出發點，回頭檢視以「生活指導權」為由進行書包搜查之法源依據：

#### 1、以學校訂定教師輔導與管教學生辦法注意事項為依據違反法律保留原則

法律保留原則來自於市民社會的需求，期待政府可以更少介入。然而後來因為國家行政事務繁雜多元，不可能一切交由立法為之，故學說提出重要性理論進行一定的放寬。重要性理論亦被我國司法院釋字第 443 號引用，藉由權利重要性以及事務專業性作為是否應由法律授權之依據。在教育事項中，特別像是本件搜查書包之情形，考量到教育現場之突發性、專業性，以及學生所受之侵害為憲法第 22 條概括保障的隱私權，重要性較低，因此可採取較為寬鬆之相對法律保留原則。

有關搜查書包的法源依據，首先如同上述，在教育基本法第 8 條以及教師法第



32 條中均有明文賦予教師「生活指導權」基礎，此外，在教育與輔導措施管教辦法中亦針對教師「生活指導權」之事項進行規範，其第 1 條「本法之制定乃基於（舊）教師法第 17 條（現行法第 32 條第 4 款）」則明示了授權基礎。然而，該辦法已於 2003 年廢除，「生活指導權」的具體內容交由各級學校自行制定，如此一來，學校依此自行制定的辦法究竟應屬法規命令或行政規則，成為討論法律保留時的重要問題。另一方面，若學校並未制定相關辦法，可否直接以學校訂定教師輔導與管教學生辦法注意事項第 28 點（搜查權限及搜查方式之規定）及第 30 點（規定能夠啟動搜查之違禁品）作為依據？本文認為，既然該注意事項僅是作為各學校制定輔導管教辦法時的指導，屬於內部的行政規則，在學生與學校間的特別權力關係已被大幅破除的現在、或從不應基於特別權力關係使學生不受法律保留之保障的立場來看，這種以行政規則授權教師搜查學生物品的規範模式，是否符合法律保護原則即有疑慮。

## 2、以學校訂定教師輔導與管教學生辦法注意事項為依據違反明確性原則

縱使認為教師以學校訂定教師輔導與管教學生辦法注意事項第 28 點、第 30 點為依據進行書包搜查，能夠符合法律保留原則，但第 30 點第 2 項「其他法令規定之違禁物品」所指的其他法令，其是否包含行政規則或個別學校的校規、第 28 點中有關「有相當理由相信」的發動要件，其是否須到達刑事訴訟法中搜索門檻的高度等問題，皆仍未受到明確規範，有違反行政行為明確性原則之虞。

## 3、小結

綜上所述，我們可以發現，僅以學校訂定教師輔導與管教學生辦法注意事項之規定作為教師搜查書包之依據，法律授權的密度過低，違反法律保留原則，且細部的授權規範及發動門檻亦違反明確性原則。本文建議，應參酌 2003 年以前的輔導管教辦法，由教師法明確將生活指導的權限授權給教師，並在此前提下，由行政機關基於該授權，在相關法規命令中寫明授權依據，同時制定出讓學生能夠預見及理

解的搜查範圍。如此一來，立法者是否確實授權教師搜查學生的書包、搜查所依據的行政規則是否滿足相對法律保留原則等問題，都能夠獲得解決。

#### 四、結論

從上述討論中可以發現，「生活指導權」是基於教育的本質而賦予教師的一種權限，其讓學生與教師間處於特殊關係之下（即特別權力關係）。然而，即使處於特別權力關係之下，也不應讓學生的基本人權因為特別權力關係而逸脫法治國原則之保護。基於此一想法回頭檢視螢橋國中之兩則判決，不難看出教師之行為已經違反法律保留原則、行政行為明確性原則及比例原則，而應該肯認學生的隱私權受到不當侵害（至於應該以國家賠償法或民事損害賠償進行救濟，本案之二審判決雖有詳細檢討，但因篇幅關係無法進行報告）。本文建議立法者可以針對教師搜查書包的行為進行立法，作為教師行使「生活指導權」的依據及學生相關權限之保障，以符合法治國的原則。

## 2つの判決についての研究

### —特別権力関係理論の変革に基づき教師による生徒の所持品検査の妥当性を検討する—

台湾大学大学院 法学研究科修士課程3年 李羿萱

#### 一、はじめに

2011年11月、台北のある私立高校の教師は、飲み物やおやつを学校に持ち込むという生徒の習慣をやめさせようとするために、生徒のカバンを大規模に検査した。2019年5月、新竹のある小学校の教師は、生徒に自分のカバンの重さを測らせることを理由としてカバンの中身を調べた。2020年1月、屏北高校の教官は模擬試験の際に、学生寮に進入し生徒の所持品を捜査した。このように教師または学校の職員がさまざまな理由をもって生徒のカバン、所持品を検査するケースは、この十数年で多く発生した。しかしながら、憲法第22条によれば、市民は自分のプライバシーを守る権利がある。それゆえに、教師が生徒のカバン、所持品を検査する行為の正当化根拠を検討する価値があると思われる。

教師が生徒のカバンを検査することに関しては最も有名な台湾の裁判例は、間違いなく螢橋中学校事件である。2006年、螢橋中学校のある教師は、生徒が携帯を持っているかどうかを確認するために、国旗掲揚式の際に担当クラスの教室に生徒全員のカバンを検査した。その後、ある生徒の保護者は、勝手にカバンを検査し、生徒のプライバシーを侵害した当該教師の行為がプライバシー権を保護する憲法第22条に違反したことを根拠として、当該教師に対して民法第195条の不法行為で訴訟を提起し200万新台幣（約800万円）の損害賠償を請求した。台北地方法院96年度（西暦2007年）訴字第5356号民事判決は、カバンを検査された生徒たちにはプライバシーの合理的期待があるかどうかはまだ疑問があることと、たとえプライバシーの侵害が認められるとしても、当該カバンの検査は、教師が違法阻却事由となる「生活指導権」に基づいたものであるために、違法性を有しないことを理由に、教師の行為が不法行為の要件に満たさないと認定した。それに対して、上訴審としての台湾高等法院97年度（西暦2008年）上易字第171号民事判決は、原審判決の見解と異なって、生徒たちのプライバシーが確かに侵害されたことを認めるが、当該カバンの検査は、被告の教師がいわゆる「春暉專案<sup>1</sup>」を執行した時、「学校が教師による生徒の指導、教育、管理に関する規則を規定する際の注意事項」（以下、「注意事項」という）第28点に依拠して行った管理措置の一部に属するために、違法性を有しないと認定した。すなわち、「注意事項」第28点によれば、教師は、生徒が第30点に規定された「銃器、刃物、薬物、他の法令に禁止された物」を所持していることについて合理的な疑いを有する場合には、生徒の所持品を検査することができる。それに加えて、同判決は、教師の責任が知識の伝達のみではなく、生徒の人格を健全に発展させることをも含んでいるために、教師と生徒との間に特別な法的関係があることを判断の前提として示した。総括すれば、この2つの判決は、教師の「生活指導権」または教師と生徒との間の「特別権

<sup>1</sup> 訳注：「春暉專案」は、学校中の不良グループを発見、指導、生徒がタバコ、アルコール、薬物などを使用することを予防、発見するために、台湾の中学校、高校、大学が行政機関の行政指導にしたがって、情報の宣伝、禁止された物の検査、問題生徒の指導などの措置を中心に行った行動である。

力関係」を判決の基礎としていることである。

## 二、本報告の問題意識

本報告は、まず、螢橋中学校事件の判決に引用された「生活指導権」という教師捜査の権限の法的根拠を探究する。次に、近年、その法的根拠となる特別権力関係について、「基本関係 (Grundverhältnis)」と「経営関係 (Betriebsverhältnis)」を区別する旧通説としての「区別説」が大幅に批判されたうえで、下位者の権利侵害または上位者の義務違反があれば、下位者が訴訟を提起し自らの権利を救済することが許されるべきであると主張する見解は多数説となっている、つまり、特別権力関係に基づく下位者の基本権への制限がすでに緩和・解除されたという傾向を示す (例えば、司法院大法官憲法解釈第 736、762、784、785 号には、教師、受刑人、学生、公務員の権利が特別権力関係の下に侵害された場合、被害者が訴訟などの救済制度を利用する可能性は議論された)。そうであれば、特別権力関係に基づいて、教師の検査行為に対する生徒の法律上の主張を一切認めないという判決見解の妥当性を再検討する価値があると考えられる。

## 三、螢橋中学校事件判決の検討

### (一)「生活指導権」の法的根拠

#### 1、教育の本質による「生活指導権」の生成

螢橋中学校事件の判決によれば、教師の義務内容は、生徒に知識を伝達するのみではなく、生徒の人格を健全に発展させることや学校の安全、秩序を守ることをも含まなければならない。こうした義務を完遂するために教師に与える指導、管理の権限は、「生活指導権」という。「生活指導権」の法的根拠について、教育基本法第 8 条「国家が生徒の学習権、教育を受ける権利、身体自主権、人格発展権を保障しなければならない」、(旧) 教師法第 16 条第 6 号「教師は、法令や校則の範囲内、生徒に対する教育や指導について專業自主権がある。」(現行法の第 31 条第 6 号)、「注意事項」第 28 点などが挙げられる。他方、学説上、上記の法令も「教師の管理・教育権」の法的根拠であると思われる。「教師の管理・教育権」とは、一部の学説によれば、教育の内容を干渉・妨害するや健康に危害のある生徒の行動を阻止して、教育の目的を達成するために教師に与え、両親の監護・教育権と類似する権限である。それに対して、「教師の管理・教育権」は、生徒の人格形成や潜在的能力の発展などの教師の使命を果たすために、教師の教育自由や專業自主権に由来する権限だと主張する見解もある。とにかく、カバン・所持品の検査は一般的に、教師が学校の安全や秩序を維持し、生徒の健康への危害または教育の内容への妨害を排除するなどの義務を達成するために、「教師の管理・教育権」の一部であると思われる。そうであれば、権限の内容からみると、「生活指導権」は「教師の管理・教育権」とほとんど同じものであるために、以下は、「生活指導権」という判決用語を使って検討を進む。

本報告は、教師に「生活指導権」という権限を与えることが正当だと考える。というのも、発達段階からすれば、青少年期にある小学校、中学校の生徒が自己同一性、自らの適性や集団的役割などを確立し始めると同時に、二次性徴の成熟や性ホルモンの分泌によっ

て扁桃体が暴走しやすいので、青少年の衝動性も高くなる。それゆえ、この段階の生徒にとっては、教師の責任範囲が知識の伝達のみではなく、衝動性の影響によって不当な行為を試す自分を阻止することと、自分の自己同一性、適性を発展させることをも含んでいるからである。他方、自己同一性を確立している青少年は、内向、感傷、自棄、自己中心などの特徴もある。こうした青少年に対して、単にパターンリスティックな管理、指導を行えば、逆効果を招く可能性が高いということを考えたうえで、教師は、教育の目的を実現するために「生活指導権」を行使するとき、生徒の考え方や需要を重視しなければならないと思われる。

## 2、特別権力関係としての「生活指導権」

教師の「生活指導権」が両親の監護・教育権に由来する権限だと主張する見解は、生徒と教育権者との間の内部関係を通じて「生活指導権」の根拠を説明する見解とともに、倫理的関係または学校という建造物の使用関係を理由として、教師と生徒の特別権力関係の存在を認めている。そのために、以下は、特別権力関係理論の変革から「生活指導権」の限界を検討する。

特別権力関係理論は、その母国であるドイツから日本の学説の紹介を通じて台湾の行政法に導入された。最初には、官吏に対する君主の干渉が法律の留保の原則に制限されないこと、君主に対して官吏が権利の主張または救済の提起をできないなどの忠誠義務の内容を想定したものである。その後、特別権力関係の厳しさの緩和を主張する「区別説」が多数説になったことによって、下位者が身分関係に関する権利の制限に対して救済を提起することは認められた。

台湾の特別権力関係の適用について、旧判例実務や旧通説はドイツの発展と同様に、「区別説」の基準に依拠していたが、最近、特別権力関係理論を放棄すべき傾向もよく見られる。例えば、司法院大法官解釋憲法第 736、762、784 号には、大法官は、受刑人、教師、公務員の権利が特別権力関係の下に侵害された場合、その救済の提起を認めなければならないと判示した。その理由は、特別権力関係にある下位者といっても、その基本的権利を保障するのは当然であるために、特別権力関係に基づき下位者の権利を侵害する、権利の制限を法律の留保から排除する、あるいは下位者の救済を求める権利を制限することは許されないのである。それにしたがって、たとえ教育の目的を達成するために、教師と生徒との間の特別権力関係の正当性が認められるとしても、この関係は、教師が当然にも生徒の基本的権利を制限する根拠にならないはずである。

### (二) カバン検査の限界

螢橋中学校事件の中に、生徒は、自分のカバンが勝手に検査されないような主観的期待を有することと、こうした期待はプライバシーの合理的期待に該当することが認められるために、カバン中の所持品は、生徒のプライバシーとして保障される。そうであれば、生徒のプライバシーを侵害した当該カバンの検査は、被告の教師が「生活指導権」を根拠として執行した管理行為に属するとはいえ、判決のように、この行為の違法性を直ちに「生

活指導権」によって阻却することはやはり妥当ではない。むしろ、事案の具体的状況に応じて、管理、指導の目的とプライバシーの侵害程度との利益衡量を通じて当該検査行為の合法性を判断しなければならないであろう。つまり、裁判所がカバン検査の合法性を認定する際に、検査の目的、内容、規模、プライバシーの侵害程度などの要素を考慮すべきである。それにしたがって、螢橋中学校事件の中に、当該検査の目的は、生徒が携帯を持っているかどうかを確認することであるので、裁判所は、最初には、生徒の携帯所持が授業の秩序あるいは学校の安全を妨害する可能性があるなど、生徒に携帯の所持を禁止する校則の合理性を論じるべきであろう。しかしながら、螢橋中学校事件の一審や二審判決においては、校則の正当性に関する検討が全く行われなかった。それに加えて、生徒の権利を正當的に制限する理由としての特別権力関係理論を大幅に批判する現在の多数説からすれば、教師は、生徒のカバンを検査する際に、原則として、一定の法的原則、規範を従わなければならない。このように考えると、生徒が携帯を持っているかどうかを確認するために、本人にも通知せず、国旗掲揚式の際に密かにクラス全員のカバンを検査した本件教師の行為は、必要最小限の原則に反するおそれがあるといわざるをえない。

### (三) カバン検査の法的根拠

上述のように、「生活指導権」の存在は一定の正当性があるにもかかわらず、教師に生徒のカバン、所持品検査の権限を与える法的根拠はまだ明らかではない。それゆえ、以下は、「生活指導権」の法的根拠を出発点として、その権限を直接に授権する法規範の存否を検討する。

#### 1、「注意事項」を法的根拠とすれば法律の留保の原則に違反する

法律の留保の原則は、もともと政府の干渉を軽減できるような市民社会の期待に由来するものであるが、現代社会において国家の行政事務が複雑化、多元化していたがゆえに、全ての権利の制限を立法機関によって規範するのは不可能となった。こうした法律の留保の原則の困難を解決ために、「重要事項留保説」が提出されていた。台湾の司法院大法官解釈憲法第 443 号も「重要事項留保説」の観点を引用し、権利の重要性や行政事務の専門性を基準として法律の授権の必要性を決めている。それにしたがって、螢橋中学校事件のようなカバンの検査について、プライバシー権は、ただ憲法第 22 条によって包括的に保障された権利に属し、その重要性がそれほど高くないために、教育現場の突発性や教師の専門性を考慮したうえで、「相対的保障」という基準によって法律の留保を審査することが足りると思う。

カバン、所持品検査の法的根拠について、上述のように、教育基本法第 8 条と教師法第 32 条が「生活指導権」という教師の権限を明確に規定したうえで、昔の「教師による指導、管理、教育に関する規則」は、その授権規範として「(旧) 教師法第 17 条 (現行法第 32 条第 4 号) に基づき、本規則を次のように定める」を第 1 条で明示し、「生活指導権」の具体的内容を規定していた。しかしながら、「教師による指導、管理、教育に関する規則」が 2003 年で廃止された。その後、教師による指導、管理、教育の具体的内容は、各

学校によって任意に規定されるものとなった。そうすると、カバン、所持品の検査が法律の留保の原則に違反するかどうかを検討する際に、「生活指導権」の具体的内容に関して各学校によって任意に規定される規則が法規命令に属するのか、あるいは行政規則に属するのかは重要な問題となる。他方、「生活指導権」の具体的内容を規範していない学校は、螢橋中学校事件の二審判決のように、上記の「注意事項」第 28 点(検査の発動基準や方法に関する規定)と第 30 点(検査対象としての禁止された物品に関する規定)をカバン検査の法的根拠とすることができるかどうかも検討しなければならない。後者の問題について、まず、「注意事項」はただ、各学校が教師の指導、管理、教育の具体的内容を規定する際の指導規範、つまり、機関内部の行政規則に属するのである。そうであれば、教師と生徒との間の特別権力関係に基づく制限が大幅に軽減された現状や、特別権力関係に基づき生徒の権利を法律の留保の保障から排除することが許されない見解からすると、単に行政規則としての「注意事項」を通じて教師にカバン検査の権限を与える二審判決の見解は、法律の留保の原則に違反するおそれがあるといわざるをえないであろう。

## 2、「注意事項」を法的根拠とすれば明確性の原則に違反する

たとえ螢橋中学校事件の二審判決のように、「注意事項」第 28 点、第 30 点を通じて教師にカバン、所持品検査の権限を与えることが支持できるとしても、この 2 つの規定はなお、明確性の原則に違反するおそれがある。というのも、「注意事項」第 30 点第 2 項「他の法令に禁止された物」について、いわゆる「他の法令」の射程範囲が機関内部の行政規則あるいは各学校の校則をも含んでいるかどうかは不明である。それに加えて、「注意事項」第 28 点「相当な理由をもって…と疑う」という検査の発動要件について、いわゆる「相当な理由」の程度を明確に規範していないために、刑事訴訟の捜査のような疑いの程度を要求すべきか、あるいは他の基準に依拠すべきかは明らかではないからである。

## 3、小括

上述の検討を踏まえて、「注意事項」第 28 点、第 30 点が授權規範に該当しないために、この 2 つの規定を法的根拠として教師にカバン、所持品検査の権限を与えることは、法律の留保の原則に違反することと、第 28 点「他の法令」の射程範囲や第 30 点「相当な理由」の程度などの規定は明確性の原則に違反することが明らかである。本報告の見解によると、2003 年で廃止された「教師による指導、管理、教育に関する規則」と同様に、行政機関（教育部）は、教師に「生活指導権」の権限を与える教師法第 32 条を法的根拠として明示したうえで、生徒が予見・理解できるようなカバン、所持品検査の発動条件や範囲を法規命令として規定すべきである。そうすると、螢橋中学校事件の判決に現れた問題、つまり、教師のカバン、所持品検査に関して法律の授權がどこにあるのか、その授權が法律の留保の要求を満たしうるのか、を完璧に解決することできると思う。

## 四、結論

上述のように、教師の「生活指導権」は、法規範が教育の本質に基づき教師に与え、生

徒と教師との間の特別な法的関係（特別権力関係）を正当化する権限であるが、こうした特別権力関係の下にある生徒の基本的権利を法治国家の諸原則の保障から排除することが決して許されないと思われる。このような前提から螢橋中学校事件を検討すれば、当該教師の検査行為が法律の留保の原則、明確性の原則、比例原則などの法治国家の原則に違反したために、生徒のプライバシーが不法に侵害されたことを認定すべきであると明らかである（生徒の侵害について、保護者が国家賠償法の規定あるいは民事不法行為の規定によって訴訟を提起すべきかは、二審判決において詳しく議論されたが、ここで紙幅の都合上割愛した）。最後には、本報告は、法治国家の諸原則の要求を満たすために、教師のカバン、所持品検査の法的根拠や生徒の権利の保障規範として、立法者が「生活指導権」の具体的内容を法規範で明定すべきであると提言する。



## 直接民主制の部分導入と代表制との接合

——フランスにおける合同発案と日本における請願権の問題を中心に——

明治大学大学院法学研究科 博士後期課程 2年 古木凌

### 1. はじめに

私は憲法学を専攻していて、特に国民投票および発案の研究をしています。戦後まもなく制定された新憲法、日本国憲法は、旧憲法すなわち大日本帝国憲法には存在しなかった国民投票制度を新たに規定しました。しかし、日本国憲法上、国民投票は第96条の憲法改正の場合に限られ、さらにその発議は国会にのみ認められています。つまり、新憲法下においても日本では、国民が自ら直接民主制的手続を開始し直接の政治的決定を行うことはできません。また、法律の制定・改廃についても、国民投票制度は存在しておらず、さらには憲法第41条が国会を「国の唯一の立法機関である」と規定しているために、法律制定・改廃の国民投票は憲法上認められないと、一般的に理解されています。このように日本では、直接民主制的制度は憲法上極めて限定的な形で規定されているにすぎません。

新憲法制定によって、天皇主権から国民主権へと主権原理が大転換したにもかかわらず、こうした民主主義の不十分さはほとんど不問に付されてきました。新憲法制定後、次第に平和主義に反する施策や近代立憲主義に反する改憲案が出てくるのに対して、憲法学界には新憲法は固く護られるべきだというコンセンサスが強くありました。そして、そうした「護憲」の立場にとって、国民投票法もなく憲法改正の実現性の乏しい状況は好ましかったために、国民投票制度ないし直接民主制的制度はまともに検討すらされてきませんでした。

しかし、2007年に国民投票法（日本国憲法の改正手続に関する法律）が成立し、公布から3年後の2010年に施行されました。その後も国民投票法の改正が行われており、投票環境の整備が進められています。憲法改正国民投票の実現の可能性は一層高まっており、国民投票に向かい合わなければならない状況は切迫したものになっています。そのため、日本における国民投票制度ないし直接民主制的制度を研究する必要性は非常に高まっています。

このような状況の中で私は、そもそも国民投票のような直接民主制に対する懐疑的な態度をとってきた憲法学界と異なり、前提としては直接民主制的制度を肯定的に捉えつつ、他方でポピュリズムのように直接民主制の行き過ぎも警戒するという立場をとります。この立場から、現行憲法において可能な直接民主制的制度の可能性を探りたいと考えています。憲法上、先述の通り、国民投票は憲法改正についても法律の制定・改廃についても認められていません。しかし、憲法第16条は請願権を定めています。それは法律の制定・改廃を請願する権利を規定していますが、法律の制定・改廃そのものとその請願の境界はどこにあるのでしょうか。そこに憲法上の直接民主制的制度の許容限度が示されているのではないのでしょうか。この点の検討に当たって、本報告では、まず示唆を得られるであろうフランスの合同発案国民投票（référéndum d'initiative partagée）を紹介し、次に日本の請願権を検討する。

## 2. フランスの合同発案国民投票

### (1) 制度の概要

合同発案国民投票は、フランス第五共和制における国民投票制度の一類型です。発案の成立条件や発案後の法案の取り扱いについてさまざまな制度設計の可能性が考えられますが、その制度の骨格部分を取り出せば、国民投票の発案権が（一定数の）国会議員と人民の合同によって行使されるものということができます。これに対して、人民発案国民投票は、その発案権が人民のみにあるものとして区別することができます。もっとも、この概念区分は、本報告にとって本質的なものではありません。重要なのは、この合同発案が国民投票に至るまでに突破しなければならない障害であり、つまりさまざまに設計されうる具体的なプロセスです。

2008年のフランス第五共和制憲法の大改正で導入された合同発案国民投票の具体的な制度設計を見てみましょう。まず、第五共和制憲法第11条第3項は、「選挙人名簿に登録された選挙人の10分の1の賛同を得て国会議員の5分の1によって発案される場合に、組織することができる」と定めています。しかし、2013年に制定された本条の適用に必要な組織法律によって、国会議員の5分の1がまず法案を国民議会または元老院の理事部に提出し、それが憲法院に送付され、憲法適合性の審査を経た後、選挙人の賛同の収集が開始されると、手続が具体化されてしまい、結局、本条の合同発案の手続の開始は国会議員のみに委ねられることになってしまいました。しかも、選挙人の10分の1の賛同というハードルは著しく高いものです。しかし、このように厳しい要件を満たして発案がなされた後にも、険しい障害があります——この障害こそが本報告にとって重要なものです。

第五共和制憲法第11条第5項は、合同で発案された法案が6か月の期限内に両議院において審議されない場合に、国民投票に付託されると定めています。これは言い換えれば、合同発案がなされたとしても、各議院で一度ずつでも審議されてしまえば国民投票に付す法的義務はなくなるということです。厳しい発案の要件を満たしたにもかかわらず、このように容易に国民投票手続が遮断されるのは不当に過ぎるのではないのでしょうか。この合同発案国民投票の制定過程からこの点を検討してみましょう。

### (2) 制定過程

まず、1993年に出されていた憲法改正諮問委員会の報告書（ジョルジュ・ヴデル（Georges Vedel）を委員長とするためヴデル委員会と呼ばれます）において、合同発案国民投票は初めて提案されました——この当初は少数派発案国民投票（*référendum d'initiative minoritaire*）という名称でした。ヴデル委員会報告書の提案では、発案された法案が「議会によって採択されない場合」に国民投票に付託されると規定しています。つまり、現行の合同発案国民投票の方が議会の介入・裁量を大きく認めているのです。もっとも、選挙人の10分の1と国会議員の5分の1での発案という要件は同じです。フランスの憲法学者オリヴィエ・パスレクは、本報告書での少数派発案国民投票という定式は、国民投票がもつ衆愚政

治や行き過ぎなどを引き起こすリスクを回避し、かつ国民投票の民主的な資質を十分に引き出すことができるものであると評価しています。ここで評価されているのは、国民投票のリスクを抑制しつつ、それによる民主化を進めるというバランス感覚です。

ヴデル委員会報告書はこのとき憲法改正に至りませんでした。2008年の憲法改正のために設けられた「第五共和制の諸制度の近代化と再均衡化に関する検討および提案の委員会」(エドゥアール・バラデュール (Edouard Balladur) を委員長とするためバラデュール委員会と呼ばれます)の報告書において、合同発案は再び提案されます。バラデュール委員会報告書は、直接民主制の領域の過度な拡大を認めると、それと議会との間に矛盾が生じるとした上で、それゆえ「最初から手続きに国会議員らに関わらせることが必要不可欠」だと考えました。ここではヴデル委員会が示したバランス感覚がより具体的に述べられています。しかし、バラデュール委員会報告書で提案された合同発案国民投票は、本報告書を受けて政府が提出した憲法改正法案ではなくなっていました。その後、国民議会第一読会で修正案が提出され、そこで再度合同発案国民投票が盛り込まれ、本制度の導入が実現しました。この修正案が認められる過程で、人民発案国民投票も提案されるなど、議論が行われました。

この議論の中で、重要な主張の一つには、市民運動にはしばしば責任に欠けており、「ああしろ、こうしろ」と言っただけで反対しなさいが、合同発案によって選挙人を立法過程に結びつけることで市民運動に責任を持たせ、世論を引き起こすことができるというものがありました。また、過去1年以内に公布された法律という限定付きですが、すでにある法律の廃止を目的とする国民投票(廃止型国民投票)はできないように制限が加えられました。この制限は、廃止型国民投票は、建設的ではなく破壊的な効果をもたらすと考えられたために設けられました。膨大な行政の任務を行う現代国家においては、市民らによる容易で強力な抵抗が制度上可能になると、迅速な行政の運営が困難になるということがあるでしょう。そのため、そのような直接民主制的制度は導入するとしても限定的にせねばならず、枠づけを行わなければならないでしょう。重要なのはその具体的な制度設計です。

### (3) 不完全な発案

その後、2019年には、黄色いベスト運動による市民発案国民投票(*référendum d'initiative citoyenne*)の要求が強まり、それに応える形でマクロン政府によって憲法改正案が提出されました。本法案は未審議ですが、合同発案のハードルの引き下げ(現行の国会議員の5分の1と約470万の選挙人から、国会議員の10分の1と100万の選挙人へ)および発案そのものの見直し(国会議員の賛同の獲得に先立って、市民は法律案の発案をすることができるようになる)が提案されています。本法案は、国民投票の付託条件は改正対象としていませんが、発案の手続を容易にすることを意図しています。

この合同発案国民投票の制度において、ある法案が一定数の国会議員と市民の賛同という要件を満たした上で、両議院で期限内に審議されたことで国民投票に付託されなかった場合、この法案は「発案」されたといえるのでしょうか。要件を満たさず「発案」されなか

ったのでしょうか。実際、2019年には、パリ空港の民営化法案の可決前日、その民営化禁止を目指す合同発案国民投票法案が提出され、本法案は選挙人の10分の1の賛同を集めることができませんでしたが、9か月間の賛同収集の手続が開始し、パリ空港の民営化は停止し、covid-19の流行も後押ししてこの民営化は流れたままになっています。つまり、結果としてはこの合同発案国民投票制度は強い効果を発揮したのです。しかし、形式上はパリ空港の民営化を阻止したいという希望を述べるにすぎないものでした。これは「請願」という概念に近いものです。不完全な発案は請願に近いのです。合同発案国民投票は、日本国憲法上認められていない法律制定・改廃の国民投票と、憲法上認められている請願の間にあるものといえるかもしれません。次に日本国憲法上の請願権の議論を検討することで、フランスの合同発案国民投票との比較により、憲法上、請願権規定によってどこまで直接民主制的制度を導入することができるかについて考えてみましょう。

### 3. 日本の請願権

日本国憲法第16条は、「何人も、損害の救済、公務員の罷免、法律、命令又は規則の制定、廃止又は改正その他の事項に関し、平穩に請願する権利を有し、何人も、かかる請願をしたためにいかなる差別待遇も受けない」と規定しています。したがって、本報告で問題としている法律の制定、廃止又は改正に関して「平穩に請願する権利」（請願権）が「何人」にも保障されると定められています。この請願権の主体は「何人も」と規定されており、請願の手続を具体化している請願法や国会法等も主体の限定を加えていないので、外国人も未成年者もこの主体に含まれます。

この請願権という権利の性格をどのように理解するかは、請願権の内容をどこまで認め得るかに関連しています。請願権はもともと、統治客体としての国民の統治主体である国王などに対する請願として登場してきました。古くは17世紀イギリスですが、19世紀半ばのプロイセン憲法も君主主権原理のもとでの外見的人権規定の一つとして請願権を規定し、それにならったのが大日本帝国憲法です。大日本帝国憲法第30条は、「日本臣民ハ相当ノ敬礼ヲ守リ別ニ定ムル所ノ規程ニ従ヒ請願ヲ為スコトヲ得」と、同第50条は「両議院ハ臣民ヨリ呈出スル請願書ヲ受クルコトヲ得」と定めていました。これは学説上、請願とは「希望を国家機関に陳述すること」をいい、「権利としての内容はただ受理を要求し得ることにある」とされ、受益権ないし国務請求権として理解されました。この理解は、新憲法の制定後、日本国憲法上の新たな請願権についても同様でした。

法律の制定・改廃についての希望の国民による陳述がただ受理されればよいという、請願権の理解はそこまでの批判を受けずにきました。このことは疑問に思われるかもしれませんが、しかし、請願権は、参政権も表現の自由も十分に保障されていなかった時代には、為政者（君主）に対して国民がその窮状を訴え救済を求めるための重要な手段でしたが、参政権や表現の自由が十分に保障されるようになってその意義を減じたのだと考えられてきたのです。とはいえ、議会政治が発達してきたといっても、代表民主制の限界が露呈し始め、国

民と国民の代表者との間にギャップが問題とされるようになり、そのギャップをなくすために、「代表民主制の欠点を是正するもの」として請願権に「新たな意義」を見出す見解が有力になってきつつあります。こうした意義は請願権の参政権的な側面に見出されます。そうして現在有力な請願権の権利の性格の理解は、「一定の国務〔受理など〕を請求するという積極的性格とその行為によって差別待遇を受けないという消極的性格、さらに国家意思の形成に参加するという能動的性格」を有する「複合的権利」というものです。

このように請願権に「新たな意義」を見出すことによって、請願の受理以上のことを請求できるように理解できるでしょうか。この点、請願法第5条は、「この法律に適合する請願は、官公署において、これを受理し誠実に処理しなければならない」と規定しており、官公署が請願を単に受理するだけでなく、「誠実に処理」することを義務づけています（誠実処理義務）。一般的に「誠実処理義務」は請願権の規範内容として等閑視されており、専ら受理義務を課すものとして理解され続けているために、会期末における形式的な一括処理という非立憲的な慣行が定着しています。市民の法律の制定・改廃に関する希望に対して、国民代表は応答責任（responsibility）ないし説明責任（accountability）を負うはずであり、これらの責任を追及する手段として請願権を捉えるならば、吉田栄司が提案しているように請願に対する「回答義務」も法制度化されるべきです。

#### 4. 結び

冒頭に述べたように、日本国憲法第41条は、国会を「国の唯一の立法機関である」と規定しており、法律の制定・改廃の国民投票は憲法上認められないと解されます。もっとも、内閣の法律案提出権が学説上議論はあるが実務上認められており、法律案の提出までは国会の専管事項ではないといえます。それでは、法律の制定・改廃の請願が行われたとして、どこまでその請願が国会を拘束し得るかが問題となります。請願は個人でも行えるため、その数が膨大になるおそれがあります。そのすべてに対して回答が義務づけられるのは現実的ではないかもしれません。フランスの合同発案国民投票のように最終的に国民投票に付託することまで要求することは憲法上できませんが、一定数の賛同を集めた場合に一定程度の対応（回答や一定期間の法案の採択の停止など）を義務づけることは可能であると考えられます。

台湾の政治制度を具体的に調べられておらず、不十分な知識になりますが、台湾では国会に対してではなく行政機関に対してはオンライン請願が可能とされています（公共政策オンライン参加プラットフォーム JOIN）。それによれば、5000人以上の賛同者がいれば、政府関連部門は書面による回答が義務づけられるという制度とされています。台湾の国制からも日本の請願制度に多くの示唆が得られるでしょう。皆さんからご意見などをいただき、さらに日本の直接民主制的制度を充実させる方途を考えていけたらと思います。



## 直接民主制度的部分導入與代議制的銜接

### ——以法國的共同提案公民投票及日本請願權之相關問題為核心——

明治大學大學院法學研究科博士後期課程 2 年

古木凌

#### 1、緒論

筆者的專業領域為憲法學，主要的研究課題則是公民投票及其提案。在戰後制定的新憲法（日本憲法）中，規定了舊憲法（大日本帝國憲法）所沒有的公民投票制度；然而，依照日本憲法，只有在憲法修正時才能夠進行公民投票（憲法第 96 條），且只有國會能對此進行提案。易言之，就算是在新憲法的制度下，日本國民仍然無法自發性開啟直接民主制度的程序，進而直接決定政治相關的事務。其次，在日本也不存在能夠制定、修正及廢止法律的公民投票制度。對此，一般均認為基於憲法第 41 條的規定，即：國會「乃國家唯一之立法機關」，並無法承認能夠制定、修正及廢止法律的公民投票制度。總結來說，日本憲法僅僅是透過一種非常受限的形式將直接民主制度規範於其中。

雖然日本的主權原則隨著新憲法的制定，已從天皇主權徹底轉變為國民主權，但對於上述民主主義無法獲得貫徹的缺陷，普遍卻付之不聞不問。可能是因為在新憲法制定後，逐漸有人提出各種違反和平主義的政策或違反近代憲政主義的憲法修正案，相對於這種動向，憲法學界則廣泛存在「應該堅決守護新憲法」的強烈共識。而對於抱持著「護憲」立場的憲法學者來說，既沒有公民投票法、修憲也幾乎是不可能成真的現狀自然是再好不過的了。因此，更無庸去認真檢討公民投票或直接民主等制度。

然而，在 2007 年日本國會通過公民投票法（日本憲法修正程序之相關法律）的立法，且已於公布後 3 年的 2010 年施行，爾後更是完成公民投票法的修法，進一步改善公民投票的環境。如此一來，進行修憲公民投票的可能性已然大幅提高，必須直接面對公民投票的情況可說是迫在眉睫。因此，對於日本公民投票及直接民主制度的研究，其必要性亦隨之水漲船高。

面對上述之發展，與對公民投票等直接民主制度在根本上抱持著懷疑態度的憲法學界不同，本文的前提是肯認直接民主制度，但對於過度推行直接民主而導致諸如民粹主義等問題，亦必須抱持警惕之心。筆者試圖以此為出發點，探尋在現行憲法的框架下可能實現的直接民主制度。但如同前述，依照憲法的規定，公民投票既無法直接修改憲法、也無法制定、修正及廢止法律。另一方面，憲法第 16 條的請願權，其賦予人民能夠對於制定、修正及廢止法律進行請願的權利，問題則是在於：法律的制定、修正及廢止本身與請願權間的差異為何。或許該差異正是現行憲法賦予直接民主制度的作用範圍。針對上述問題，筆者擬先介紹能夠從中獲得啟發的法國共同提案公民投票制度（*référendum d'initiative partagée*），再來檢討日本的請願權。

#### 2、法國的共同提案公民投票

##### （1）制度簡介

共同提案公民投票是法國第五共和體制下的一種公民投票制度。針對提案的成立要件及提案後該如何處理相關法案等問題，在設計制度時即被賦予相當多的可能性，不過若是就共同提案公民投票制度的核心部分而言，可以用「公民投票的提案權是由（滿足一定人數的）國會議員與人民共同行使」來加以總結。相對於此，人民提案公民投票制度則與共同提案公民投票制度有所不同，其提案權僅限於人民。然而，本文的關心並不是公民投票制度在概念上的區分，而是聚焦在共同提案進行到公民投票階段前所必須突破的種種障礙，也就是當初制度設計時所規劃的各種具體程序。

以下，本文將介紹法國在 2008 年針對第五共和憲法進行大規模修憲時所創設的共同提案公民投票制度，其制度設計的具體內容。首先，第五共和憲法第 11 條第 3 項規定：「當登錄於選舉人名冊中總選舉人數的 10 分之 1 以上連署，且由 5 分之 1 以上的國會議員提案時，得組織（公民投票）。」然而，在 2013 年制定的適用憲法第 11 條第 3 項時所必要之相關組織法規中，進一步確立了提案的具體程序，即：在 5 分之 1 以上的國會議員提案前，必須將法案提交於國民議會與參議院的理事部並送往憲法委員會，經過合憲性審查後，才能夠開始蒐集選舉人的連署。如此一來，能開啟憲法第 11 條第 3 項共同提案公民投票程序的主體，仍舊僅限於國會議員；不僅如此，總選舉人數 10 分之 1 以上的連署亦為相當困難的門檻。但是當達成上述種種艱難的條件而得以提案後，將面臨更為險峻的另一道難關，這個難關即為本文檢討的重點所在。

根據第五共和憲法第 11 條第 5 項之規定，當共同提出的法案無法在 6 個月的期限內經上下議院審議完成時，始得付之公民投票；易言之，即使滿足共同提案的要件，若上下議院皆能完成對於該提案的審議，也就不存在付之公民投票的法律義務。然而，提案要件本身都已經如此艱難，該規定卻能在要件滿足後輕易阻擋公民投票的進行，這樣是否過於不當呢？以下，本文將從共同提案公民投票制度的制定過程檢討這個問題。

## （2）制定過程

首先，最早提議設立共同提案公民投票制度的意見，出現於 1993 年作成的憲法修正諮詢委員會報告書中（該委員會是由 Georges Vedel 擔任委員長，因此被通稱為 Vedel 委員會）——當時是以少數派提案公民投票（référéndum d'initiative minoritaire）加以命名。Vedel 委員會報告書中的提案為：當提出的法案「不被議會所採納時」，該法案將被付之公民投票。也就是說，與當時的提案相比，現行的共同提案公民投票制度更廣泛承認議會介入與裁量的空間。不過，兩個制度在提案要件上則是相同的，即必須經由總選舉人數的 10 分之 1 及國會議員的 5 分之 1 提出。對於 Vedel 委員會報告書中少數派提案公民投票的設計，法國憲法學者 Olivier Passelécq 的評價為：「不僅能夠迴避公民投票過度推行時可能導致暴民政治等危險，還可以充分發揮公民投票所具備的民主素養」。一方面控制公民投票本身所隱含的危險，同時也促進公民投票可能帶來的民主化，正是這樣的平衡感讓這個制度獲得好評。

雖然 Vedel 委員會報告書在當時並沒有成功推動修憲，但在 2008 年為了修憲而設立的「關於第五共和各項制度的現代化及均衡性之檢討及提案委員會」（該委員會由 Edouard Balladur 擔任委員長，因此被稱為 Balladur 委員會）所作成的報告書中，共同提案制度再次被提出。Balladur 委員會指出，若是過度允許直接民主制度適用範圍的擴張，將會造成直接



民主與議會間的矛盾，因此「讓國會議員在公民投票程序的最初階段就進行參與，是不可或缺的要素」。不難發現，在當初 **Vedel** 委員會的提案中所顯示出的平衡感，更進一步獲得 **Balladur** 委員會的具體強調。然而，在政府聽取 **Balladur** 委員會報告書後所作成的憲法修正草案中，共同提案公民投票制度並未受到青睞。一直要等到憲法修正案在國民議會提出並進行一讀時，共同提案公民投票制度才又被加入到草案中，且最終成為現實所通過的版本。另一方面，在通過該修正案的過程中，同時也討論了是否應設立人民提案公民投票等制度。

在進行上述討論時，其中一項重要的主張為：公民運動只會囔讓著「不如做這個、不如做那個」或光是忙著反對，對於後續的處理往往不承擔任何責任，相較於此，共同提案能夠將選舉人與立法程序相互結合，讓公民運動也承擔起一定的責任，並且促進社會上的討論風氣。其次，在上述的討論中，雖然僅限於過去一年內所公布的法令，但也增設了限制規定，讓人民無法以廢止既存法令為目的而舉行公民投票。（廢止型公民投票）。這個限制是考量到廢止型公民投票本身並不具備建設性，反而只會帶來破壞的效果。對於從事龐大行政業務的現代國家而言，若在制度上允許人民能夠輕易且頑強抵抗政府的話，將不利於行政運作的效率。因此，就算真的要導入這一類型的直接民主制度，也必須有所限制或是明確劃定其範圍。而重要的問題則在於：該如何具體設計相關制度。

### （3）不成功的提案

其後，在 2019 年的黃背心運動中，對於人民提案公民投票制度（*référendum d'initiative citoyenne*）的要求不斷提高，馬克宏政府因而提出憲法修正案作為回應。雖然這次的修正案尚未通過審議，不過從降低共同提案的門檻（從現行國會議員的 5 分之 1 及約 470 萬選舉人降低至國會議員的 10 分之 1 及 100 萬選舉人）、對於提案程序的檢討（讓公民在取得國會議員的同意前就能夠提出法案）等內容來看，儘管沒有將啟動公民投票的條件視為修正的對象，但這次的修正案已試圖讓提案的程序變得更加簡易。

在共同提案公民投票制度中，當某法案雖然滿足國會議員及公民的連署數，卻因上下議院在期限內通過審議而沒有交付公民投票時，我們能說該法案已經被「提案」了嗎？如果條件沒有被滿足，應該還沒有完成提案吧！實際上，在 2019 年巴黎機場民營化法案通過前，即有人提出以禁止該機場民營化為目標的共同提案公民投票。儘管這次的提案無法蒐集到總選舉人 10 分之 1 的連署，但在歷時 9 個月的連署程序啟動之後，巴黎機場的民營化即被暫緩，其後又因為新型冠狀肺炎蔓延的影響，最終付之東流。從結果來看，共同提案公民提案在這次行動中發揮了相當重要的效果。但是在形式上，這次行動只能說是陳述了希望阻止巴黎機場民營化的願望，而更接近於「請願」的概念罷了。換句話說，不成功的提案與請願較為相似。因此，我們或許能將共同提案公民投票視為一種介於日本憲法所不承認，試圖制定、修正及廢止法律之公民投票與獲得憲法肯認之請願間的制度。以下，本文將針對日本憲法中的請願及相關討論進行檢討，並透過與法國共同提案公民投票制度間的比較，試圖探討以憲法請願權的規定為依據，能夠在多大的範圍內導入直接民主制度。

## 3、日本的請願權

日本憲法第 16 條規定：「任何人民對於損害之救濟、公務員之罷免、法規命令與行政規

則之制定、修正及廢止或其他相關事項，有和平進行請願的權利。任何人民均不應該因為行使請願權而受到任何差別待遇。」是以，依照憲法規定，「任何人民」對於法律的制定、廢止及修正（即本文所探討的對象）的請願權都獲得保障。此外，由於請願權的主體被規定為「任何人民」，而在具體規範請願程序的請願法及國會法中，也沒有對於主體施加任何限制，因此，請願主體亦包含外國人士及未成年者。

該如何理解請願權這種權利的性質呢？這個問題與能夠在什麼範圍內承認請願權的內容有關。請願權本來就是作為統治客體的國民對於國王等統治主體進行請願而誕生的權利，自古以來，無論是 17 世紀的英國或 19 世紀中期的普魯士憲法，均基於君主主權原則將請願權視為形式上人權規範的一環而規定於其中。仿效後者的大日本帝國憲法，其第 30 條規定「日本臣民能夠在遵守相當禮儀，並依照其他法規所規定之程序下進行請願」，第 50 條規定「上下議院能夠接受臣民所提出之請願書」。學說普遍認為依照上述規定，請願乃「向國家機關陳述自身希望之舉」，「作為其權利之內容，僅得要求受理」，因此將請願權理解為受益權或國務請求權的一種。而上述的理解也同樣能夠適用於新憲法制定後，被重新規範於日本憲法中的請願權。

國家機關只需要受理想要制定、修正及廢止法律的國民所提出之陳述，這種對於請願權內容的理解至今並未受到批判。或許有些人會對此抱持疑問，但如果考量到請願權本來就是在參政權或表現自由並未充分受到保障的時代，國民對於執政者（君王）陳述其困境以獲得救濟之重要手段，即會發現當參政權與表現自由均已獲得充分保障時，請願權的重要性將相對降低。儘管如此，雖說議會政治在現代社會已經成熟發展，然而，代議民主制也正顯露出其侷限性，公民與代議者間的隔閡成為新的問題。為了弭平上述隔閡，試圖賦予請願權「補正代議民主制缺陷的良方」此一「全新意義」的作法，逐漸成為有力的意見。而這種全新的意義也能從請願權所蘊含的參政權性質看出。因此，依照現今有力見解的理解，請願權同時具備「要求一定國家事務〔受理等〕的積極性以及不因請願而受到差別待遇的消極性，進而參與國家意思形成的能動性」等面向，屬於「複合性權利」。

此外，從上述請願權所發展出的「全新意義」來看，請願權賦予人民的權利範圍將不僅止於要求受理請願而已。例如請願法第 5 條規定「政府機關必須受理並誠實處理符合本法之請願」，政府機關被施加的義務不只是單純的受理，更包含必須「誠實處理」（誠實處理義務）。然而，雖然「誠實處理義務」作為請願權相關規範的一部分，但長期以來卻沒有獲得重視，僅被理解為課予政府機關受理義務的條文。因此，大多是在國會會期結束前，透過形式上的概括處理，這種不符合立憲主義的方式來回應。但面對國民有關制定、修正及廢除法律的願望，民意代表理應負擔起回應責任（responsibility）及說明責任（accountability），若請願權能夠被理解為追究上述責任的一種手段，則如同吉田榮司所提倡，也必須將對於請願的「回應義務」進行法制化。

#### 4、小結

如前所述，日本憲法第 41 條規定國會「為國家唯一的立法機關」，因此，憲法上並不承認能夠制定、修正及廢止法律的公民投票。然而，儘管學界存在不同意見，但在實務的運作上內閣的法律提案權已獲肯認，這代表法案的提出並非國會的專屬權責。是以，問題則在於

當人民針對法律的制定、修正及廢止進行請願時，該請願能夠在什麼樣的程度下拘束國會。另一方面，由於每個人都可以進行請願，如此一來請願的數量可能會過於龐大，對於每一則請願都賦予政府機關回應的義務亦顯得不切實際。對此，儘管依照日本憲法的規定，無法像是法國的共同提案公民投票制度般，最終要求付之公民投票；但當請願內容獲得一定數量的同意時，賦予政府機關一定程度的應對義務（例如進行回應或是在一定期間內停止對於特定法案的採納等），或許是可行的一種方案。

雖然筆者並未具體調查過台灣的政治制度，理解上或許有不充分之處，但是台灣存在「全民來 JOIN 公共政策網路參與平臺」，這種讓人民並非對於立法院而是向行政機關進行請願的制度。依照該制度的內容，只要達到 5000 人以上的同意，就會賦予相關政府機關以書面回應的義務。從這點來看，台灣政府制度應該能夠帶給日本的請願制度許多啟發。筆者也期待能夠參考在座各位的意見，更進一步充實日本的直接民主制度。



# 無效遺贈與死因贈與之轉換

齊健翔\*

## 壹、議題設定

本文評議之二案，乃對於晚年給予照顧者致謝而贈與，以實務對於「無效遺贈得否轉化為死因贈與？」之態度改變，從而探究被繼承人財產處分之社會功能，以及現行我國社會趨勢（不婚、少子、親屬關係疏離）之下，被繼承人、受贈人、繼承人間權利義務之調和。

## 貳、最高法院 110 台上 1916、高等法院 110 重家上更一 12

A 為榮民，婚後無子嗣。A 曾於 2008 年 12 月 1 日自書遺囑分配遺產款項。A 因感念 C 之照顧其生活起居，而將房地贈與 C 之子 D。被繼承人 A 於 2011 年持該「遺囑」向 D 表達贈與之意，經 D 允受。後該遺囑交給 A 之姪子 E 保管。後 A 於 2015 年受監護宣告，監護人為 E。A 於 2016 年 12 月 2 日死亡。監護人 E 於被繼承人 A 死後提出遺囑彩色影本，惟正本遺失。

臺灣高等法院 109 重家上 30 判決，認定該 2008 年遺囑不可信；理由大致因 D 所提遺囑僅為影本，而無正本，且簽名下方有「筆」及「笔」之異體字差異，用印位置亦不同，關於不動產之記載矛盾等。

最高法院 110 台上 1916，發回更審，理由為死因贈與乃不要式行為；倘系爭遺囑未具自書遺囑法定要式，則該段記載是否寓含 A 死亡後始生效之真意，而具死因贈與性質？不無疑義。

高等法院 110 重家上更一 12，在缺乏遺囑正本之情況下，予以「自由心證」。對於遺囑塗改未符合法定要式，僅就未依法定方式所為增刪塗改，視為無變更。並認定關於房屋及其坐落土地於所有權移轉時，應同時處分乃屬常態，認 A 以系爭遺囑所遺贈予 D 者為系爭房地全部。

## 參、最高法院 106 台上 2731、高等法院 107 重上更一 6

I 為中華民國國民，無子女，晚年居香港，由 J 照顧。J 宣稱 I 於製作遺囑前已「先」表示要將身後所有財產贈與伊，經其允諾。I 於 2000 年 11 月 21 日

---

\* 國立臺灣大學法律學系博士班學生

至香港 K 律師事務所立下系爭遺囑，遺贈予 J（惟該遺囑不符合民法第 1194 條之代筆遺囑規定）。I 於 2008 年 12 月 7 日在香港死亡，J 向香港高等法院聲請就系爭遺囑認證及註冊，經該院核可。臺灣士林地方法院選任國產署為遺產管理人。J 起訴請求交付遺贈物。

臺灣高等法院 104 重上 162 判決，認定死因贈與成立。

最高法院 106 台上 2731 判決，發回更審，稱 I 似已改採用遺囑方式贈與死後財產予 J，而不採契約贈與之方式。

高等法院 107 重上更一 6 判決 J 敗訴，理由稱遺贈與死因贈與之成立要件及效力，迥然不同，不可將無效遺囑轉換為死因贈與。

#### 肆、被繼承人財產處分社會功能及其方式

##### 一、被繼承人財產處分之社會功能

###### （一）分產

被繼承人之財產處分方式，往往出自家族之分產，此為最常見之因素。

###### （二）將財產分配予有血緣者

例如 L 男與 M 女結婚，婚生 N 子。之後感情不睦，但未離婚。M 女另與 O 男生下 P 子，依民法第 1063 條受推定為婚生子女。L 男亦另在外與 Q 女生下 R 子。L 男年事漸高，逐漸將財產贈與 N、R。

###### （三）感恩

被繼承人於年事已高之際，以各種型態的贈與來獎勵或報答在晚年生活給與其經濟與照顧服務者。有學者將此種「死因贈與」解釋為「附期限之生前贈與」，管見以為甚至可以將之解釋為「生前贈與及占有改定之結合」，意即被繼承人生前即與受贈人已達成贈與合意，但約定由死者繼續占有該財產迨至死亡。而其贈與範圍，依最高法院 26 渝上 1241 原判例，可包含將來財產。

##### 二、被繼承人財產處分方式

###### （一）遺贈

遺贈乃常見財產分配方式，惟應符合遺囑法定要式，且撤回應依遺囑撤回規定，亦可能受特留分規定限制。

## (二) 死因贈與

死因贈與乃以受贈人於贈與人死亡時尚生存為停止條件之贈與，且以贈與人死亡為條件而生效力之契約。相較於日本民法第五百五十四條將此明文化，我國就此無明文規定，但學者及實務上則多肯認。最高法院 58 台上 2845 前判例，算是我國實務肯認死因贈與之首例；後法務部於 1985 年及 2016 年稱我國關於死因贈與並無明文規定，解釋上在性質許可之範圍內，得準用關於遺贈之規定。

## (三) 生前贈與

生前贈與之法律性質，乃被繼承人生前處分自己之財產之行為，繼承人無權干預，且非遺囑行為，而不受特留分限制。縱尚未履行，其贈與義務自應依民法第 1148 條 1 項由繼承人所承受，受贈人既得權益應受保障。

## (四) 包括遺贈

包括遺贈，受遺贈者與繼承人屬同一地位，同樣自繼承開始時，承受被繼承人財產上之一切權利義務。相較於日本民法 990 條，我國法就此並無規定，實務界似亦僅有臺灣高等法院 94 家上 131 曾提及遺囑人得抽象的以遺產之全部或一部為遺贈內容之包括遺贈，惟此判決亦未論及該受贈者是否承受被繼承人之義務。

## 伍、被繼承人、受贈人、繼承人間權利義務之調和

### 一、被繼承人本意之尊重

學者指出，愈來愈多的高齡者使用例如遺贈、死因贈與等方式，積極地改變法定應繼分，法定繼承制度和其最低限度的保障(特留分)之正當性受到挑戰。

管見以為，以我國生育率低迷之情況以觀，家庭成員間的情感往往也日漸疏離；輔之以被繼承人之財產往往已非全家成員之家產，而係其畢生之財富累積；對被繼承人之財產處置，理應尊重；相較之下，單純因身份而取得繼承

人地位者（尤以對被繼承人並未付出而不被感激者）似乎較無被保障之必要。

## 二、受贈人之保障

### （一）具有社會功能贈與之撤銷

依民法第 408 條第 2 項，為履行道德上義務而為贈與者，不得撤銷。則被繼承人若係出感謝感恩之贈與，似可參酌之前實務界曾對此認定不得撤銷，以保障對被繼承人有實質付出貢獻者。

### （二）生前贈與之撤銷

實務認為生前贈與之撤銷乃專屬權利，如至被繼承人死亡時，仍無撤銷或拒絕履行之表示，繼承人應不得撤銷之（除有民法第 417 條前段之行為並依同條後段撤銷者外）。

### （三）負有負擔贈與之撤銷

倘若被繼承人係感謝生前照顧暨要求往後之祭拜掃墓等而贈與，依最高法院 100 台上 860，贈與人若欲撤銷需以受贈人不履行負擔為前提。管見以為，若受贈人有履行或付出，則被繼承人應不得撤銷其死因贈與或生前贈與。

### （四）雙務有償契約之撤銷

倘受贈人照顧被繼承人，而被繼承人贈與受贈人(或其家人)，兩者之價值若已足以互為對價或兩相對酬關係，依最高法院 100 台上 860，應適用雙務或有償契約之規定，不適用民法第 412 條第 1 項撤銷贈與規定。

## 三、無效遺贈轉換為死因贈與之趨勢：

### （一）依是否有贈與合意判斷得否轉化為死因贈與階段

以往實務見解，大多認定，不符合遺囑法定要式，且僅為單方行為者，不成立死因贈與。不符合遺囑法定要式，但兩造有贈與合意者，成立死因贈與。

### （二）遺贈與死因贈與不能並存階段



於前揭「最高法院 106 台上 2731」案，似認遺贈與死因贈與全然互斥，完全否定無效遺贈轉化為死因贈與之可能。惟管見以為，贈與之撤銷，屬形成權，應由撤銷人向受贈人以意思表示為之，此為民法第 419 條第 1 項明定。該案 I 與 J 間即已締結死因贈與契約。該贈與契約縱可撤銷，亦應由 I 向 J 為撤銷之意思表示，而非另立遺囑為遺贈。

### (三) 無效遺囑(以及遺贈)之有效化暨自由心證化階段

遺贈乃常見財產分配方式，惟應符合遺囑法定要式；原本我國實務對於遺囑採取嚴格要式行為，實務似乎不輕易將無效之遺囑轉換為死因贈與，以免架空遺囑要式規定。惟臺灣高等法院 110 重家上更一 12，似乎一改過去實務作法，無遺囑正本，仍予以「自由心證」。如此探求真意之極致，實屬正論，若能適用於被繼承人各種財產處分方式，從而貼近被繼承人之本意，殊值肯定。

## 陸、建議與結論

繼承尚未發生之時，就繼承人而言，僅係「期待」爾。輔之以被繼承人處分之財產往往已非全家成員之家產，而係其畢生之財富累積；對被繼承人之財產處置，理應尊重；相較之下，單純因身份而取得繼承人地位者（尤以對被繼承人並未付出而不被感激者）似乎較無被保障之必要。

對於同屬感激朋友之照顧而贈與，最高法院 106 台上 2731 號對於死因贈與之肯定，似乎較為躊躇；而本件最高法院 110 台上 1916、臺灣高等法院 110 重家上更一 12，似乎甚為肯認其為死因贈與（甚至肯認其為有效遺贈）。顯見實務趨勢，肯認對於被繼承人之照顧者的付出，保障其應有之合理期待。

且如此「無效遺囑(以及遺贈)之『有效化』甚至『不要式化暨自由心證化』」殊值肯定。如此探求真意之極致，實屬正論，若能適用於被繼承人各種財產處分方式（不限於遺囑，而擴及於遺贈、死因贈與、生前贈與等），從而貼近被繼承人之本意以及處分財產之動機與社會功能，應能有效保障被繼承人對於其財產之安排，亦保障對被繼承人有付出者之合理期待，尤值讚許。



## 無効の遺贈と死因贈与との転換

齊健翔<sup>1</sup>

### I. テーマの設定

本稿で評釈する二つの案件においては、晩年の世話してくれた者への感謝のための贈与について、「無効による遺贈が死因贈与に変わるか否か？」に対する実務見解の変遷に基づいて、被相続人の財産処分の社会機能を研究する。また、わが国の現在の社会の（非婚、少子及び親族の疎外）の動きの下で、被相続人、受贈者及び相続人の間の権利義務の調和を論じる。

### II. 最高裁判所 110 台上 1916 号判決・高等裁判所 110 重家上更一 12 号判決

A は退役軍人であり、既婚だが子供がいない。2008 年 12 月 1 日に、A は自筆証書遺言により、遺産の分配を行った。A は C からの日常生活への世話に感謝のため、建物とその敷地を C の息子である D に贈与した。2011 年に、被相続人 A がその遺言書をもって D に贈与の意思をして、D の承諾を受けた。その後、この遺言は A の甥である E に保管されていた。2015 年に、A が成年被後見人になったので、E は A の後見人となった。2016 年 12 月 2 日に、A が死亡した。A が死亡した後、後見人 E がカラーの遺言書の副本を提出したが、遺言書の原本はなくなった。

台湾高等裁判所 109 重家上 30 号判決は、2008 年の遺言書の真実を確認できないと認めた。主な理由としては、D の提出した遺言書が原本ではない副本だけであり、署名の所の下には「筆」と「笔」の異体字があり、押印の位置も違い、不動産に関する記載が矛盾したからである。

最高裁判所 110 台上 1916 号判決は、死因贈与が不要式行為であることを理由に、本件を原審に差し戻した。係争遺言が自筆証書遺言の法的要件を満たさなければ、その記載には A の死亡後にはじめて効力が発生するという真意が含まれたため、死因贈与の性質があるかどうかについては、疑問がある。

高等裁判所 110 重家上更一 12 号判決は、遺言書の原本がない状況下で、「自由心証」に基づいて判断した。遺言の添削が法的要式に従わなかった場合に、法的要式に従わなかった添削部分だけを、未変更とみなした。また、裁判所は、建物とその敷地の所有権の移転が同時に処分することが通常なので、A の係争遺言書による D への遺贈の目的物は係争建物・敷地の全部と認めた。

---

<sup>1</sup> 国立台湾大学法学部博士課程の大学院生。

### III. 最高裁判所 106 台上 2731 号判決、高等裁判所 107 重上更一 6 号判決

I は、台湾の国民であり、子供なしであり、晩年にホンコンに住み、J の世話を受けていた。J は、「I が遺言書を作成した前に、所有する全ての財産を自分に贈与する旨を『予め』伝えた。自らも承諾した」と主張した。2000 年 11 月 21 日に、I はホンコンの K 弁護士事務所で遺言書を作成し、J への遺贈をした。（しかし、この遺言書は民法 1194 条の「代筆遺言」の要件に該当しなかった。）2008 年 12 月 7 日に、I はホンコンで死亡した。J は、係争遺言書の検証と登録手続についてホンコン高等裁判所に申立てをし、裁判所の許可を受けた。台湾士林地方裁判所は、国有財産署を遺産管理人に選任した。J は遺贈目的物の交付について訴訟を提起した。

台湾高等裁判所 104 重上 162 号判決は、死因贈与の成立を認めた。

最高裁判所 106 台上 2731 号判決は、I が既に遺言書に基づいて、死後の財産を J に贈与し、契約に基づく贈与ではないように認めたため、本件を原審に差し戻した。

高等裁判所 107 重上更一 6 号判決は、J の請求を棄却した。理由は、遺贈と死因贈与との成立要件と効力が完全に違うので、無効の遺言書を死因贈与に転換してはならないからである。

### IV. 被相続人の財産処分についての社会機能とその方法

#### 1. 被相続人の財産処分についての社会機能

##### (1) 財産の分配

被相続人の財産処分の方法としては、家族への分配が最も多く見受けられる。

##### (2) 財産を血縁者に分配する

例えば、男の L は女の M と結婚し、嫡出子の N がいる。その後、仲が悪くなったが、離婚していない。M が夫ではない男の O と P を産んだ。P は、民法 1063 条により、M との嫡出子と推定された。L も、妻ではない女の Q と、R を産んだ。L は、年をとったので、財産を次第に N と R に贈与した。

##### (3) 感謝

被相続人は、晩年に経済的な支援と介護を提供する人に対する褒美又は恩返しとして、高齢期において各種の形で贈与をする。ある学説は、このような「死因贈与」を「期限付きの生前贈与」

と解する。私見では、これを「生前贈与と占有改定との結合」とまで解することもできる。すなわち、被相続人が生前に受贈者と贈与の合意をしたが、死者がその財産を死亡までに占有し続けると約定したと考える。贈与の範囲については、最高裁判所 26 滙上 1241 号旧判例により、将来の財産を含めることができる。

## 2. 被相続人の財産処分の方法

### (1) 遺贈

遺贈はよく見受けられている財産分配の方法であるが、遺言書の法的要式に該当し、撤回の場合に、遺言書の撤回の規定に従わなければならない。また、遺留分の制限を受ける可能性もある。

### (2) 死因贈与

死因贈与は、受贈者が贈与者の死亡の時点になお生きていることを停止条件とし、贈与者の死亡を条件として効力が生じる契約である。日本民法 554 条によるこれらの明文化に対して、わが国には、明確な定めがないが、学者及び実務上がこれらを普遍的に認めている。最高裁判所 58 台上 2845 号旧判例は、わが国では死因贈与を認める初めての判例だと言える。その後、1985 年と 2016 年に、法務部によると、わが国では死因贈与が明文されていないものの、性質上、許可される範囲内において、解釈上、遺贈に関する規定を準用できる、とのことである。

### (3) 生前贈与

生前贈与の法的性質は、被相続人が生前に自分の財産を処分する行為であり、相続人がこれを介入する権利がなく、かつ、遺言ではないので、遺留分の規定に制限されることがない。不履行であっても、贈与者の義務が民法 1148 条 1 項に基づいて相続人に、承継されるので、受贈者の既得権益は保障されるべきである。

### (4) 包括的遺贈

包括的遺贈は、受贈者が相続人と同じ地位にあり、相続開始時に、同じく被相続人の財産に関する全ての権利義務を承継することとなる。日本民法 990 条に対して、わが国ではこれに関する規定がなく、実務上にも台湾高等裁判所 94 家上 131 号判決のみが「遺言者が包括的遺贈として、遺産の全部または一部を抽象的に遺贈の内容とすることができる」と示した。但し、この判決は、受贈者が被相続人の義務を承継するかどうかについて、論じなか

った。

## V. 被相続人、受贈者及び相続人間の権利義務の調和

### 1. 被相続人の真意への尊重

遺贈・死因贈与等をもって積極的に法定相続分を変える高齢者がどんどん増えていくために、法定相続制度とその最低限度の保障（遺留分）についての正当性が問われている、という学説上の見解がある。

私見としては、わが国の出生率が低迷している状況から見ると、家族間の感情が日々に疎遠になりがちな他に、被相続人の財産がもはや家族の身代ではないことが多く、被相続人の畢生で蓄積した富なので、被相続人の財産処分に対して、尊重すべきである。これに対して、単純に身分関係により、相続人の地位を得る者（特に、被相続人に支援を与えたことなく、感謝されていない者）は、保障される必要がないのではないかと考える。

### 2. 受贈者への保障

#### (1) 社会機能をもつ贈与の取消し

民法 408 条 2 項により、道徳的な義務を履行するための贈与の取り消しをしてはならない。従って、被相続人が感謝のために贈与をした場合、被相続人に実質的な貢献をした者を保障するために、取消不能というかつての実務の見解をもとに、贈与を取り消すことができないと認めるべきである。

#### (2) 生前贈与の取消し

実務の見解としては、生前贈与の取消しが専属的権利であるために、（民法 417 条前段に基づく行為があり、かつ同条後段により取消された場合を除き）被相続人の死亡までに取り消しまたは履行の拒絶の意思表示がされていない限り、相続人が取り消してはならない。

#### (3) 負担付贈与の取消し

最高裁判所 100 台上 860 号判決によれば、被相続人が生前の世話への感謝、及び死後の祭祀・墓参り等の要求をするために贈与をすれば、贈与者の取り消しは、受贈者の負担の不履行を前提とすべきである。私見としては、受贈者が既に履行しており、または実行した場合、被相続人が死因贈与又は生前贈与の取消しをし

てはならない。

#### (4) 双務・有償契約の取消し

最高裁判所 100 台上 860 判決によれば、受贈者による被相続人の世話と、被相続人による受贈者（または受贈者の家族）への贈与の両方の価値が相当の対価に当たる、又は相対的な価値に該当できる場合、双務契約又は有償契約についての規定を適用すべき、民法 412 条 1 項の贈与の取消しの規定を適用すべきではない。

### 3. 無効の遺贈から死因贈与への転換についての動き

#### (1) 贈与の合意の有無によって死因贈与に転換できるかどうかを判断する階段

かつての実務上の主な見解としては、遺言書の法的要式に該当せず、かつ一方的な行為に留まる場合には、死因贈与が成立しない一方、遺言書の法的要式に該当しないものの、両当事者間の贈与への合意がある場合には、死因贈与が成立する。

#### (2) 遺贈と死因贈与が併存できない階段

前述した「最高裁判所 106 台上 2731 号」の事案では、遺贈と死因贈与が対立しており、無効の遺贈が死因贈与に転換する可能性が完全に否定されたと解される。しかし、贈与の取消しが形成権なので、取消者は受贈者に意思表示をしなければならない。これは民法 419 条 1 項に基づくものである。この事案では、I と J との間で、死因贈与契約を締結した。この贈与契約が取消可能であっても、I から J に取消しの意思表示をしなければならず、遺言書にて別途遺贈をすべきではないと考える。

#### (3) 無効の遺言書（及び遺贈）についての有効化及び自由心証化の階段

遺贈は、よく見受けられている財産分配の方法であるが、遺言書の法的要式に該当しなければならない。もともと我が国の実務では、遺言書に対して、厳格な要式行為を求めており、遺言書の要式規定の形骸化を避けるため、無効の遺贈が簡単に死因贈与に転換しない傾向が示された。しかし、台湾高等裁判所 110 重家上更一 12 号判決は、従来の実務の見解を覆し、遺言書の原本がなくても、「自由心証」に基づいて判断した。このように真意を究明することは、正論だと考える。これが被相続人の各種の財産処分の場合にも適用され、被相続人の真意を汲み取ることができるよう

になれば、非常に肯定的と考える。

## VI. 提言・結論

相続開始前は、相続人にとっては、「期待」にすぎない。それに加えて、被相続人の財産がもはや家族の身代ではないことが多く、被相続人の畢生で蓄積した富なので、被相続人の財産処分に対して、尊重すべきである。これに対して、単純に身分関係により、相続人の地位を得る者（特に、被相続人に支援を与えたことなく、感謝されていない者）は、保障される必要がないのではないかと考える。

同じく友人による世話を感謝するための贈与については、最高裁判所106台上2731号判決では、死因贈与を認めるかどうかを猶予したように思われる。本稿で取り扱う最高裁判所110台上1916号判決と台湾高等裁判所110重家上更一12号判決は、このような状況の下で、死因贈与を認める傾向を示した（有効の遺贈までも認めた）。被相続人の世話をした者が費やす時間・労力を認めており、その者の合理的な期待を保障する、という実務上の動きが明らかになっている。

また、このような「無効の遺言書（および遺贈）についての『有効化』、ないし『不要式かつ自由心証化』」は、肯定すべきものと考え。このような真意の究明は、正論だと考える。これが被相続人の各種の財産処分の場面（遺言書の場合だけでなく、遺贈、死因贈与及び生前贈与等に拡張する）にも適用され、被相続人の真意と財産処分の動機を汲み取る他に、社会機能を働かせれば、被相続人の自分の財産への処分を有効的に保障できると考える。また、これらのことにより、被相続人の世話をした者の合理的な期待を保障することもできるようになるため、非常に肯定的なものと考え。



## A B Lにおける集合動産担保と集合債権担保の日中法比較

明治大学大学院法学研究科博士後期課程 季 暁燕

### 【挨拶】

みなさん、こんにちは。明治大学法学研究科博士後期課程民事法学専攻の季暁燕（キ ギョウエン）と申します。どうぞ宜しくお願い致します。本日は皆さんに私の研究テーマについてお話をする機会を与えていただきまして、誠にありがとうございます。では、早速、始めさせていただきます。

### 【第一部 A B Lとは】

本日の報告テーマは、「A B Lにおける集合動産担保と集合債権担保の日中法比較」という題名です。まず、最初に、A B Lとは何かについてお話をしたいと思います。

A B Lは英語表記「Asset Based Lending」の略称で「流動資産担保融資」のことです。つまり、金銭借主が保有する流動資産を担保にして融資を行う金融手法を指します。日本の経済産業省の定義によると、A B Lとは、主として集合動産譲渡担保と集合債権譲渡担保、それにプラス $\alpha$ として事業収益などの担保を組み合わせた融資形態とされています。

この定義から、A B Lとは、「集合動産+集合債権+ $\alpha$ 」で構成された「流動資産」を担保にした融資といえます。 $\alpha$ には売掛金が振り込まれた普通預金口座や知的財産などが含まれています。

従来の日本における事業資金調達のための融資は不動産担保や個人保証などに過度に依存していましたが、20世紀後半以降、在庫商品などを担保目的物とする融資としてA B Lが注目されています。集合動産譲渡担保と集合債権譲渡担保はA B Lが注目される以前からすでに実務において多用されており、判例法理も形成されていますが、その一方で、集合動産譲渡担保と集合債権譲渡担保はいずれも民法上に明文規定がない非典型担保です。現在、日本では担保法改正の動きが進んでいますが、そこでは従来の判例法理の明文化や修正が議論されていまして、集合動産譲渡担保と集合債権譲渡担保の法制化も議論の対象とされています。また、中国でもA B Lに関する明文の規定は存在していませんが、日本における集合動産譲渡担保に相当するものとして浮動動産抵当について民法に明文規定が置かれており、集合債権担保としては民法に規定がある債権質と明文規定がない債権譲渡担保が実務において併用されています。

このような日中両国の法状況に鑑み、A B Lを構成する集合動産担保と集合債権担保をめぐる両国の判例学説と立法の動きを比較検討することを通じて、A B Lの円滑な運用を実現するための課題を解明し、あるべき法制度の整備に向けた指針を提示することが本研究の目的です。

それでは、次に、日本法と中国法のそれぞれについて、集合動産担保と集合債権担保を中心に、A B Lの法状況を説明させていただきます。お時間の関係で、有効要件（効力要件）と対抗要件を中心に報告いたします。

### 【第二部 日本法】

#### （集合動産譲渡担保について）

まず、日本法における集合動産譲渡担保の有効要件について説明させていただきます。

判例である最判昭和54年2月15日民集33巻1号51頁により、いわゆる集合物論が採用されており、「構成部分の変動する集合動産についても、その種類、所在場所及び量的範囲を指定するなど何らかの方法で目的物の範囲が特定される場合には、一個の集合物として、譲渡担保の目的となりうる」と判示され、集合物としての「目的物の範囲が特定される」ことが集合動産譲渡担保の有効要件とされています。「集合物」論を採用する判例の下では、集合物を構成する個々の動産は集合物の構成部分にすぎず、集合物としてまとめて所有権が譲渡担保権者に移転され、集合物に対して譲渡担保権が設定されると、集合物を構成する個々の動産にも譲渡担保の効力が及び、所有権も移転します。譲渡担保権の設定により、設定者は所有権を失いますが、譲渡担保権者の処分授權により設定者は個々の動産を継続的に処分

する権限を有します。以上のように、集合動産譲渡担保の有効要件としては、集合物論を採用した判例法理により、「目的物の範囲が特定される」ことが要件とされています。

次に、集合動産譲渡担保権の対抗要件についての説明に移ります。

集合動産譲渡担保権の対抗要件については、判例法理（最判昭和 62 年 11 月 10 日民集 41 巻 8 号 1559 頁、以下は昭和 62 年判決と略称します）により、動産の物権変動における対抗要件を定めた民法 178 条が適用され、動産の「引渡」が対抗要件となります。そして、民法 183 条において「占有改定」も引渡とされていることから、集合動産譲渡担保権の対抗要件としての引渡についても占有改定で足りるのかが問題となりますが、昭和 62 年判決はこれを肯定しました。集合物論の下で集合物が譲渡担保の対象となりますので、集合動産譲渡担保権設定時に包括的な占有改定を行えば、集合物全体について対抗要件が具備されたこととなります。このような判例に対して、占有改定による引渡は外形の変更を伴わないことから公示に不備があるとして、明認方法を対抗要件とすべきと主張する見解もあります。

もう一つの対抗要件として動産債権譲渡特例法が定める動産譲渡登記制度があります。集合物を対象とした担保権も登記が可能とされており、集合動産譲渡担保権の対抗要件として機能します。ただし、動産譲渡登記には民法 178 条の効力が与えられるにとどまり、登記後の第三者による即時取得（民法 192 条）を阻止する効力までは認められません。

以上をまとめますと、集合動産譲渡担保権の対抗要件は、「占有改定」（判例）もしくは「登記」（動産債権譲渡特例法）によって具備されます。

#### （集合債権譲渡担保について）

続いて、日本法における集合債権譲渡担保をめぐる判例や学説、実務の動向について説明します。

まず、集合債権とは「現存あるいは将来に発生する多数の債権」を指します。そして、集合債権譲渡担保とは現存債権ならびに将来発生する予定の将来債権をまとめて担保目的物とする譲渡担保を指します。集合債権譲渡担保の対象となる債権のうち将来債権についてはそもそも譲渡が可能かが問題となりますので、将来債権譲渡の有効要件がそのまま集合債権譲渡担保の有効要件となります。

まず、将来債権の譲渡が可能かについて 2017 年民法改正以前には明文規定がなかったのですが、2017 年改正により新設された民法 466 条の 6 において将来債権譲渡が可能であることが明文化されました。しかし、同条は将来債権譲渡の有効要件を定めていませんので、有効要件については改正以前の判例法理に従うことになります。

そこで次に、将来債権譲渡の有効要件をめぐる判例法理をみていきたいと思います。まず、最判昭和 53 年 12 月 15 日集民 125 号 839 頁は、「譲渡の対象となる将来債権が、その発生原因、発生時の始期と終期、ならびにその金額によって特定される必要がある」として特定性の要件を課すことに加え、さらに、「それほど遠い将来のものでない限りにおいて」という要件を課すことによって、債権譲渡契約時から 1 年以内に発生する予定の将来債権の譲渡のみを有効としたので、「特定性の要件」の他に「債権発生の確実性」も有効要件としたものと解されています。そのうえで、1 年以内に発生する将来債権を対象とした将来債権譲渡のみを有効とするのが判例であると理解されていました。しかし、最判平成 11 年 1 月 29 日民集 53 巻 1 号 151 頁におきまして、債権譲渡契約時から 8 年以上も将来に発生する債権を対象とした譲渡が有効とされ、債権発生の確実性を有効要件としないことが明らかとされました。この平成 11 年判決により、将来債権譲渡について、特定性要件のみが有効要件とされ、債権発生の確実性は要件から外されたこととなりますが、無制限に将来債権譲渡が拡張されるのを防止するために、設定者や他の債権者に不当な不利益を及ぼす場合には公序良俗違反により無効となりうるという制限が設けられました。

以上により、将来債権譲渡については特定性の要件のみが有効要件とされていますので、将来債権譲渡を含む集合債権譲渡担保の有効要件も特定性の要件のみであり、債権発生の確実性は有効要件ではないこととなります。

次に、集合債権譲渡担保権の対抗要件について説明します。通常の債権譲渡の対抗要件は、民法 467 条 2 項により、確定日付のある証書による債務者への通知もしくは債務者からの承諾とされていますが、集

合債権譲渡担保権の対抗要件についても民法 467 条 2 項が適用されるか従来から争いがありました。しかし、最判平成 13 年 11 月 22 日民集 55 卷 6 号 1056 頁によって、集合債権譲渡担保権にも民法 467 条が適用されることが明らかにされ、さらに、2017 年改正により民法 467 条が改正され、将来債権譲渡についても同条が適用されることが明文化されました。これにより、集合債権譲渡担保権の対抗要件が確定日付のある証書による通知・承諾であることが条文からも明らかにされました。

なお、もう一つの対抗要件として、動産債権譲渡特例法が定める債権譲渡登記制度があります。民法 467 条で定められた通知・承諾と特別法で定められた債権譲渡登記は、いずれも集合債権譲渡担保権の対抗要件として機能します。

### 【第三部 中国法】

中国において A B L という形で取り扱われているのは、浮動動産抵当担保と債権質です。

#### (浮動動産抵当担保について)

まず、中国における動産抵当制度の歴史的発展の経緯についてお話をしたいと思います。1990 年に台湾における動産抵当制度が中国に紹介されました。そして 1995 年の担保法において、個別動産抵当が規定され、2007 年の物権法において浮動動産抵当制度が新設されました。担保法と物権法を継承して、2021 年から民法典が施行されています。

浮動動産抵当は民法典 396 条において、「抵当権は、企業、個人工商業者若しくは農業生産経営者が現に有し、又は将来有する予定の生産用の設備、原材料、半製品若しくは完成品について設定することができる。債務者が弁済期の到来した債務を履行せず、又は当事者の約定した抵当権の実行条件が成就したときは、債権者は、抵当財産として確定された動産につき、優先弁済を受ける権利を有する」と定めています。

浮動動産抵当には以下の特性があります。すなわち、① 浮動抵当権の設定者は、企業、個人工商業者、農業生産経営者に限定されていること、② 浮動抵当権が設定される目的物は生産用の設備、原材料、半製品、完成品であること、③ 浮動抵当権を設定できる対象物は不確定性を有し、自由に処分できることという特性です。現在所有している財産だけでなく将来の財産も含まれ、目的物には流動性があります。③について、浮動動産抵当の目的物には A B L の特性である将来財産も含まれることに対して、浮動動産担保と個別動産担保では決定的な違いがあります。

次に、浮動動産担保の効力要件についての説明に移ります。上記の③の浮動動産抵当の目的物である動産は絶えず入れ替わることが前提とされており、一定の場所に保管された流動性があることからすると、日本法判例法理と同じような特定性要件が課されていると解されています。

また、物権法 189 条 2 項から承継した民法典 404 条において、浮動動産抵当権設定者である債務者は通常の営業過程において抵当動産について処分権限を有していることについて、日本法と同じく、譲渡担保権者の処分授權により設定者は個々の動産を継続的に処分する権限を有することと理解しています。

次に、浮動動産担保の対抗要件について説明させていただきます。

物権法 189 条 2 項を承継した民法典 404 条によって、以下の要件を満たす場合、買主に対して抵当権を対抗できません。

① 通常の営業の範囲において、② 合理的な代価で、③ 抵当動産の所有権を取得したという三つの要件を満たす買主に対して抵当権を対抗できません。しかし、民法典 403 条（物権法 189 条 1 項を承継）は、「登記を経なければ、善意の第三者に対抗することができない」と定めています。この「第三者」に買主が含まれるか、文言からは明らかにされていませんので、浮動動産抵当権登記の対抗力は「買主」に適用されるのか議論されています。買主と他の抵当権者が含まれると解しますと、民法典 404 条との関係で問題が生じます。

多数意見は動産抵当権が登記されていない場合のみならず登記されている場合であっても買主が民法典 404 条の要件を具備すれば、浮動抵当権の存在について善意か悪意かを問わず、抵当権の負担のない動産の所有権を取得できると解しています。

### (債権質について)

続いて、中国法における債権質をめぐる学説、実務の動向について説明します。

まず、中国法においては、日本のような債権譲渡を利用した集合債権譲渡担保ではなく、権利質の一つである債権質が一般的です。民法典 440 条の 6 は物権法 223 条を承継し、「現在に存在し、または将来に発生する」売掛債権に債権質を設定できることを明らかにしました。ただし、将来債権質に対して、日本のような集合債権譲渡担保に対する特定性の要件が必要かが問題となります。

そして、効力要件については、債権質では効力発生要件として登記も必要とされており、形式主義が採用されています。民法典 441 条によって、「当事者が、為替手形、約束手形、小切手、債券、預金証書、倉庫証券、貨物引換証を質入れする場合、質権は権利証書が質権者に引き渡された時に、設定できるが、権利証書がないときには、質権設定に登記をした時に質権が設定されたものとする。法律に別段の定めがあるときは、その規定を従う。」から理解しますと、権利証書がある場合には、目的物の引渡も債権質の効力要件となります。

以上にまとめますと、債権質の効力要件について、権利証書があるか否かによって、「登記」か「目的物の引渡」かのいずれかが効力要件とされています。従来、権利質の対象物によって、登記の機関は分かれていましたが、2022 年 2 月 1 日に中国人民銀行が発表した「動産と権利担保に対する統一の登記方法」によって、少しばかり統一がされました。しかし、日本のような動産と債権における登記法制度はまだありません。

そこで次に、債権質の**対抗要件**をみていきたいと思います。債権質の対抗要件に対する法律規定は存在していません。

民法典担保制度における司法解釈（最高人民法院 法積 [2020] 28 号）66 条よって、売掛債権に複数のファクタリングや質権が設定され、債権譲渡が同時になされた場合には、民法典 768 条の規定に従って、登記の先後によって優先順位を決定するルールが支持されています。

なお、学説には、民法典 546 条（契約法 80 条を承継）、「1、債権者による債権の譲渡は、債務者に通知しなければ、債務者に対して、その効力を生じない。2、債権譲渡の通知は取り消すことができない。ただし、譲受人の同意を得た場合は、この限りでない」により、債権譲渡の対抗要件としての通知がそのまま債権質の対抗要件にもなると主張する見解もあります。

### 【第四部 日中法比較と示唆】

日本法と中国法との比較を通じて、ABL が円滑に運用されるためには、中国法のように動産担保は動産抵当、債権担保は登記のある債権質というように、動産担保と債権担保のそれぞれについて別々の法制度を用いるのではなく、日本法において動産担保は集合動産譲渡担保、債権担保は集合債権譲渡担保として双方ともに譲渡担保権という法律構成で統一されているように、動産担保と債権担保における法律構成の統一化（統合化）を図ることが必要であると思われます。現に、日本では動産譲渡担保権と債権譲渡担保権に共通して適用される動産債権譲渡特例法の下で、動産譲渡登記制度と債権譲渡登記制度が設けられており、また、担保権設定者の処分権限の範囲、設定者に課せられる担保価値維持義務の内容、担保目的物の固定化などの法的諸問題についても集合動産譲渡担保と集合債権譲渡担保の双方において統一されたルールの構築が可能となると考えております。

日本法においては、ABL を構成する集合動産担保と集合債権担保について、いずれも譲渡担保という法律構成が採用されていることから、両担保の登記制度などの統合化を図ることが可能な状況にあります。中国法においては、従来から、動産担保と債権譲渡がそれぞれ動産抵当と債権質相互に別個の法律構成で成り立っていますので（現在は民法典の各編に定めています）、譲渡担保に対して特別立法されることを期待しています。

私からの報告は以上です。まだまだ検討されるべき多くの場面がありますので、不十分ではありますが、今後も引き続き研究を続けていく所存です。ご清聴ありがとうございました。

## ABL 集合動產擔保與集合債權擔保之日本法及中國法比較

明治大學大學院法學研究科博士後期課程 季曉燕

### 【問候】

各位好。本人為明治大學法學研究科博士後期課程民事法學專攻的季曉燕。請多多指教。今日能有機會向各位發表個人的研究，謹至上萬分謝意。那麼就請容許我直接切入主題。

### 【第一部分 ABL 概述】

今日報告之主題，題目為「ABL 集合動產擔保與集合債權擔保之日本法及中國法比較」。首先，一開始先介紹何謂 ABL？

ABL 係英文「Asset Based Lending」，即「流動資產擔保融資」之簡稱。亦即，以金錢借用人所持有之流動資產為擔保，而進行融資之手段。根據日本經濟產業省之定義，ABL 主要是指，除集合動產讓與擔保與集合債權讓與擔保外，再加上事業收益等（ $\alpha$ ）之擔保所組合而成之融資型態。

從前述定義出發，ABL 可謂以「集合動產＋集合債權＋ $\alpha$ 」所構成的「流動資產」為擔保，所進行之融資。應收賬款轉入之普通存款帳戶以及智慧財產等，亦包括於  $\alpha$  之內。

在日本，以往事業資金調度之融資，過度依賴不動產擔保及個人保證，然 20 世紀後半以來，以庫存商品作為擔保標的之 ABL 融資則受到關注。集合動產讓與擔保及集合債權讓與擔保雖然在 ABL 受到關注以前，即受到實務上大量運用，亦形成判例法理，然不論集合動產讓與擔保或集合債權讓與擔保，均為民法上未明文之非典型擔保。現在，日本正在進行之擔保法修正動向中，將從前判例法理明文化或修正受到討論，集合動產讓與擔保及集合債權讓與擔保之法制化亦成為議論之對象。再者，中國雖無 ABL 相關法規範，但相當於日本集合動產讓與擔保之浮動動產抵押，則明文規定於民法，而民法中所規定之集合債權擔保—債權質，以及未明文之債權讓與擔保，實務上則併行使用。

有鑑於日本、中國法規範之情形，透過聚焦二國關於 ABL 集合動產擔保及集合債權擔保的判例學說及立法動向之比較檢討，實現順暢地運用 ABL，提出法制度應有面向之方針，此乃本研究之目的。

緊接著，下述部分，請容我分別就日本法及中國法之集合動產擔保及集合債權擔保為中心，說明 ABL 之法規範情形。因時間的關係，僅聚焦於生效要件（效力要件）及對抗要件為報告。

### 【第二部分 日本法】

#### （關於集合動產讓與擔保）

首先說明日本法關於集合動產讓與擔保之生效要件。

根據最高裁判所昭和 54 年 2 月 15 日（民集 33 卷 1 號 51 頁）判例採取之所謂集合物說，「構成部分變動之集合動產，以種類、所在場所及量的範圍等一定方法特定標的物範圍時，得以一個集合物之形式作為讓與擔保之標的」，亦即，以「標的物範圍特定」之集合物，作為集合動產讓與擔保之生效要件。在判例所採取之「集合物說」下，構成集合物之各個動產僅為集合物之構成部分而已，以集合物移轉所有權予讓與擔保權人、對集合物設定讓與擔保權的話，效力及於構成集合物之各個動產、所有權亦隨同移轉。讓與擔保權之設定，設定人雖喪失所有權，但根據讓與擔保權人之處分授權，設定人對於各個動產仍繼續擁有處分權限。由此可知，依據採取集合物說之判例法理，集合動產讓與擔保之生效要件，即為「標的物範圍之特定」。

接著，進入集合動產讓與擔保權對抗要件之說明。

集合動產讓與擔保之對抗要件，依判例法理（最高裁判所 62 年 11 月 10 日民集 41 卷 8 號 1559 頁，以下簡稱爲「昭和 62 年判決」），適用規定動產物權變動對抗要件之民法第 178 條，以動產之「交付」爲其對抗要件。因民法第 183 條「占有改定」亦屬交付之一種，故集合動產讓與擔保權之對抗要件以占有改定爲之是否已足則成爲問題，昭和 62 年判決對此採取肯定見解。在集合物說之下，因集合物爲讓與擔保之對象，故設定集合動產擔保權時，若概括地以占有改定爲之，集合物全體亦具備對抗要件。然而，針對此判例，亦有見解主張，以占有改定爲之的交付，因外觀上未變更而不具備公示性，應以「明認方法」作爲其對抗要件。

另一項對抗要件，係動產債權讓與特例法所規定之動產讓與登記制度。以集合物爲對象之擔保權，亦得登記，藉以作爲集合動產擔保權之對抗要件，以發揮其功能。惟動產讓與登記僅被賦予民法第 178 條之效力，故阻止登記後第三人因時效取得（民法第 192 條）則未被承認。

綜上所述，集合動產讓與擔保權之對抗要件，係依「占有改定」（判例）或「登記」（動產債權讓與特例法）始能具備。

### （關於集合債權讓與擔保）

緊接著說明，日本法集合債權讓與擔保之判例、學說及實務動向。

首先，集合債權係指「現存或將來發生之多數債權」而言。因此，集合債權讓與擔保係指，以現存債權及未來預定發生之將來債權作爲讓與擔保之擔保標的。集合債權讓與擔保對象之債權，其中將來債權有無讓與可能此點，原本即有疑義，故直接以將來債權讓與之生效要件，作爲集合債權讓與擔保的生效要件。

應先指出者，關於將來債權得否讓與，2017 年民法改正前雖未明文，但 2017 年改正後所增訂之民法第 466 條之 6，則明文將來債權得讓與。然而，因同條規定並未設有將來債權讓與之生效要件，故關於生效要件，則依改正前之判例法理。

因此，接下來，擬檢視將來債權讓與之生效要件的判例法理。首先，最高裁判所昭和 53 年 12 月 15 日（集民 125 號 839 頁）判例指出，「將來債權作爲讓與對象，有依其發生原因、發生之始期及終期，以及該金額而特定之必要」之特定性作爲要件之外，另根據「以不遠之將來者爲限」之要件，僅自債權讓與契約起 1 年以內預定發生之將來債權的讓與始有效，故「特定性之要件」外，「債權發生之確實性」亦被解爲生效要件。基此，可理解爲，判例僅認爲以 1 年以內發生之將來債權爲對象的讓與，始爲有效。然而，最高裁判所平成 11 年 1 月 29 日（民集 53 卷 1 號 151 頁）判例則認爲，以自債權讓與契約時起 8 年以上之將來發生的債權爲對象之讓與爲有效，清楚可知其並未將債權發生之確實性作爲生效要件。根據該平成 11 年之判決，將來債權讓與，僅以特定性要件作爲生效要件，債權發生之確實性則從要件中剔除，然爲防止無限制地擴張將來債權之讓與，對於設定人及其他債權人產生不當之不利益的情形，將以違反公序良俗而無效以此方式作爲限制。

綜上，因將來債權讓與僅以特定性要件作爲生效要件，故關於包含將來債權讓與的集合債權讓與擔保之生效要件，亦僅有特定性之要件，債權發生之確實性非生效要件。

接者說明集合債權讓與擔保權之對抗要件。一般債權讓與，根據民法第 467 條第 2 項，係依有確定期日之證書而向債務人所爲之通知，或債務人之承諾爲對抗要件，但集合債權讓與擔保權之對抗要件是否適用民法第 467 條第 2 項，從前有所爭議。然而，根據最高裁判所平成 13 年 11 月 22 日（民集 55 卷 6 號 1056 頁）判例可知，集合債權讓與擔保權亦適用民法第 467 條，另因 2017 年改正而修正之民法第 467 條，亦明

文化將來債權讓與適用同條規定。綜上所述，集合債權讓與擔保權之對抗要件，從條文可知，係依有確定期日證書之通知及承諾。

再者，另一對抗要件，係動產債權讓與特例法所定之債權讓與登記制度。民法第 467 條所定之通知、承諾及特別法所定之債權讓與登記，不論何者均作為集合債權擔保權之對抗要件而發揮其功能。

### 【第三部分 中國法】

在中國，以 ABL 型態受到使用的是浮動動產抵押擔保及債權質。

#### （關於浮動動產抵押擔保）

首先說明中國動產抵押制度的歷史發展過程。1990 年，台灣的動產抵押制度被介紹至中國。於是，在 1995 年的擔保法中，規定個別動產抵押，2007 年的物權法中，則增訂浮動動產抵押制度。而承繼擔保法及物權法的民法典，自 2021 年起開始施行。

浮動動產抵押，規定於民法典第 396 條，「企業、個體工商戶、農業生產經營者可以將現有的以及將有的生產設備、原材料、半成品、產品抵押，債務人不履行到期債務或者發生當事人約定的實現抵押權的情形，債權人有權就抵押財產確定時的動產優先受償。」

浮動動產抵押具有以下特性。即①浮動抵押權的設定人係限定於企業、個體工商戶、農業生產經營者、②設定浮動抵押權之標的係，生產設備、原材料、半成品、產品等、③得設定浮動抵押權之標的物具不特定性、亦具有得自由處分之特性。不僅現在所有之財產，亦包含將來之財產，標的物具有流動性。關於③，浮動動產抵押之標的物包含 ABL 特性中之將來財產此點，係浮動動產擔保及個別動產擔保有決定性之不同。

接著說明浮動動產擔保之效力要件。上述③浮動動產擔保標的物的動產，以不斷地更替，且具有在一定場所被保管之流動性為前提來看，與日本法判例法理課予相同地特定性要件。

再者，承繼物權法第 189 條第 2 項的民法典第 404 條，浮動動產抵押權設定人即債務人，於一般營業過程中對抵押動產有處分權限此點，與日本法相同，即基於讓與擔保權人的處分授權，設定人對各別動產有繼續性地處分權限。

接下來說明浮動動產擔保的對抗要件。

依承繼物權法第 189 條第 2 項的民法典第 404 條，符合以下要件者，其抵押權不得對抗買受人。

符合①於通常營業之範圍、②以合理對價、③而取得抵押之動產等三要件之買受人，抵押權不得對抗之。然而，民法典第 403 條（承繼物權法第 189 條第 1 項）規定，「以動產抵押的，抵押權自抵押合同生效時設立；未經登記，不得對抗善意第三人。」此處的「第三人」是否包含買受人？因文義並不清楚，故浮動動產抵押權登記之對抗力，是否適用於「買受人」即受到議論。若解為包含買受人及其他抵押權人的話，則與民法典第 404 條之互動即生問題。

多數見解認為，不僅動產抵押權未經登記之情形，即便是已登記之情形，買受人具備民法典第 404 條之要件下，不問對於浮動抵押權之存否係善意或惡意，仍取得無抵押權負擔之動產所有權。

#### （關於債權質）

接著說明債權質在中國的學說及實務動向。

首先，在中國，非如同日本利用債權讓與的集合債權讓與擔保，一般是利用權利質之一的債權質。民法

典第 440 條第 6 款係承繼物權法第 223 條明文，就「現有的、或將來發生的」應收賬款得設定債權質。然而，針對將來債權質，是否如同日本對於集合債權讓與擔保，以特定性要件為必要則成為問題。

因此，關於效力要件，債權質之效力要件以登記為必要，採用形式主義。依民法典第 441 條「以匯票、本票、支票、債券、存款單、倉單、提單出質的，質權自權利憑證交付質權人時設立；沒有權利憑證的，質權自辦理出質登記時設立。法律另有規定的，依照其規定」予以理解的話，有權利憑證之情形，標之物之交付亦為債權質之效力要件。

歸納上述，關於債權質之效力要件，根據權利憑證之有無，「登記」或「標之物之交付」為效力要件。以往係根據權利質之標之物，登記機關予以區別，但根據 2022 年 2 月 1 日中國人民銀行所發表的「動產和權利擔保統一登記辦法」，已稍作統一。然而，仍無如同日本的動產及債權登記之制度。

以下，進入債權質的對抗要件。針對債權質對抗要件的法律規定並不存在。

依據《中華人民共和國民法典》有關擔保制度的解釋（最高人民法院 法釋〔2020〕28 號）第 66 條，應收賬款中同時存有複數保理、質押和債權讓與之情形，依民法典第 768 條規定以確定優先順序的規則，應予支持。

再者，學說部分，依民法典第 546 條（承繼契約法第 80 條）「I.債權人轉讓債權，未通知債務人的，該轉讓對債務人不發生效力。II.債權轉讓的通知不得撤銷，但是經受讓人同意的除外」，有見解主張，將債權讓與之對抗要件通知，亦直接作為債權質對抗要件。

#### 【第四部分 日本法、中國法之比較及啟示】

透過日本法及中國法的比較，為了順暢地運用 ABL，並非如中國法一般，動產擔保係動產抵押、債權擔保係登記之債權質，動產擔保及債權擔保分別適用各別之法制度，而是如日本法下，動產擔保的集合動產讓與擔保與債權擔保的集合債權讓與擔保，統合二者的讓與擔保權法律制度，此種追求動產擔保及債權擔保法律構成之統一化（統合化）有其必要。現今，在日本動產讓與擔保權與債權讓與擔保權共通適用之動產債權讓與特例法下，規範了動產讓與登記制度及債權讓與登記制度，再者，關於擔保權設定人之處分權限範圍、對設定人所課予之擔保價值維持義務的內容、擔保標之物固定化等法律上的問題，集合動產讓與擔保及集合債權讓與擔保，建構統合二者的規定，亦為可能。

在日本法中，構成 ABL 的集合動產擔保及集合債權擔保，不論何者均採用讓與擔保的法律構成，故二擔保制度的統合化係處於可能的狀態。在中國法下，從以往至今，動產擔保及債權讓與即分別採用動產抵押及債權質各別的法律（現在規定於民法典之各編中），故期待針對讓與擔保之特別立法。

以上是個人的報告。因尚有諸多應檢討、不充分之處，今後仍將持續研究。感謝聆聽。