HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集　第58巻　第4号　全1冊
Citation	北大法学論集, 58(4)
Issue Date	2007-11-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/30253
Type	journal
File Information	lawreview_vol58no4.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

ISSN 0385-5953

北大法学論集

第 58 巻　第 4 号

論　説

作為犯に対して介在する不作為犯（6・完）…… 松　尾　誠　紀　1
被害者の承諾（2）
——各論的考察による再構成—— …… 佐　藤　陽　子　35
おとり捜査の研究（2）
——ドイツ法理論の発展を手掛かりにして——
…… 内　藤　大　海　105
M．ウェーバーとK．ヤスパースにおける価値思考の法哲学的意義（4）
——現代正義論の思想史的背景—— …… 菅　原　寧　格　165

シンポジウム

中国のコミュニティにおける権利保護と市民運動
はしがき …… 今　井　弘　道　233
(1)　中国のコミュニティにおける権利保護と市民運動
…… 倪　　正　茂　236
(2)　中国の住宅小区をめぐるアクターの役割及び関係についての一考察 …… 伊　藤　和歌子　267

研究ノート

英国保険法における詐欺的請求をしない義務 …… 藤　原　晴　美　546[1]
韓国における条例制定権の範囲と限界（1）
——日本の条例論との比較検討を中心に——
…… 鄭　　原　昌　279
〈法のクレオール〉と主体的法形成の研究へのアプローチ（2）
・司法を通しての法形成と法文化の地平の融合・覚書
…… 今　井　弘　道　335
・憲法裁判におけるトランスナショナルなソースの参照をめぐって
——現代アメリカ法思考の開放性と閉鎖性——
…… 會　澤　　恒　490[57]
「非営利法人」法制改革（2006年）の批判的検討（2）
——「組織法制」研究・序説—— …… 東海林　邦　彦　452[95]

判例研究

刑事判例研究 …… 関　口　和　徳　384[163]

雑　報

2007(平成19)年

北海道大学大学院法学研究科・附属高等法政教育研究センター教員名簿

名誉教授

厚谷襄児（経済法）
五十嵐清（比較法）
石川武（法史学）
伊藤大一（行政学）
小川晃一（政治思想史）
神原勝（行政学）
小暮得雄（刑法）
小菅芳太郎（法史学）
小山昇（民事訴訟法）
近藤弘二（商法）
實方謙二（経済法）
東海林邦彦（民法）
杉原高嶺（国際法）
曽野和明（比較法）
高見勝利（憲法）
畠山武道（行政法）
深瀬忠一（憲法）
福永有利（民事訴訟法）
藤岡康宏（民法）
保原喜志夫（労働法）
松澤弘陽（政治思想史）
松村良之（法社会学）
藪重夫（民法）
山畠正男（民法）

教授

池田清治（民法）
今井弘道（法哲学）
遠藤乾（国際政治）＊
○遠藤乾（国際政治）＊
大塚龍児（商法）
岡田信弘（憲法）
尾崎一郎（法社会学）
小名木明宏（刑法）
○小森光夫（国際法）
権左武志（政治思想史）
佐々木雅寿（憲法）
笹田栄司（憲法）
白取祐司（刑事訴訟法）
鈴木賢（比較法）
瀬川信久（民法）
空井護（現代政治分析）
高見進（民事訴訟法）
○田口正樹（法史学）
田中宏之（知的財産法）
辻村康夫（政治学）
常本照樹（憲法）
道幸哲也（労働法）
長井長信（刑法）
中村研一（国際政治）＊
中山博之（刑事実務）
林田清明（法社会学）
林貫俊文（経済法）
稗人見剛（行政法）
深町晋也（刑法）
藤谷武史（行政法）＊
堀口健夫（国際法）＊
眞壁仁（日本政治思想史）
水野浩二（法史学）
横溝大（国際私法）
吉川樹（民法）
吉田徹（ヨーロッパ政治史）＊
吉田広志（知的財産法）
宮本融（国際政治）＊
藤原正則（民法）
○藤原泰貴（民事訴訟法）
松浦正孝（政治史）＊
松久三四彦（民法）
宮本太郎（比較政治経済学）
宮脇淳（行政学）＊
村上裕章（行政法）
山崎幹根（行政学）＊
山下龍一（行政法）
山本哲生（商法）
吉田克己（民法）
石川敬史（政治史）
押見善久（労働法）
根本尚徳（民法）

講師

特任准教授

助教

遠藤泰弘（政治思想史）
北見宏介（行政法）
黄詩淳（民法）
倉田賀世（社会保障法）
佐藤陽子（刑法）
菅原寧格（法哲学）
池炫周（政治学）
辻信幸（憲法）
内藤大海（刑事訴訟法）

特任教授

伊藤誠一（民事実務）
佐藤隆行（民事実務）
田村智幸（法実務基礎）
曽野裕夫（民法）
會澤恒（比較法）
桑原朝子（日本法制史）
新堂明子（民法）
得津晶（商法）
○中川寛子（経済法）
中島岳志（アジア政治論）＊

客員教授

＊准教授

＊は大学院公共政策学連携研究部専任教員

雑誌編集委員　○印

論説

作為犯に対して介在する不作為犯（六・完）

松尾誠紀

目次

第一章　はじめに
第一節　「犯罪の不阻止」という問題の本質
第二節　検討対象としての不作為関与
第三節　まとめ

（以上、五六巻五号）

第二章　不作為関与の単独正犯性
　第一節　後行不作為犯の正犯・共犯区別に関する学説の現状
　　第一項　総説
　　第二項　不作為共犯論の周辺議論
　　第三項　自殺行為者に対する不救助
　　第四項　プロバイダの削除義務違反
　　第五項　展開
　第二節　後行不作為犯における共犯成立可能性
　　第一項　総説
　　第二項　共犯成立の可否に関する形式的側面
　　第三項　共犯成立の可否に関する実質的側面？
　　第四項　まとめ
第三章　不作為関与成立の時間的限界
　第一節　総説
　第二節　検討
第四章　不作為関与の限定的な可罰範囲
　第一節　総説
　第二節　先行作為犯の存在に基づいて後行不作為犯の成立を一定の範囲で否定する見解
　　第一項　総説
　　第二項　義務二分説における後行不作為犯理解
　　第三項　先行行為説における後行不作為犯理解
　第三節　不作為関与の「中止構造」と限定的な可罰範囲
　　第一項　総説

（以上、五六巻六号）

（以上、五七巻一号）

（以上、五七巻二号）

（以上、五七巻四号）

第二項　限定的な可罰範囲の理論的根拠
第五章　おわりに

（以上、本号）

第四章　不作為関与の限定的な可罰範囲

第三節　不作為関与の「中止構造」と限定的な可罰範囲

第一項　総説

不作為関与（先行作為犯後の後行不作為犯）が単独正犯として理解されるべきだとしても、だからといって直ちにそれが、物理的・自然的原因によって創出された危険を回避しない単独不作為犯と同様に扱われるべきとは限らない。むしろ不作為関与においては、回避すべき危険が先行作為犯の故意行為によることに基づく「限定性への意識」が、後行不作為犯の成立を限定的に解するというかたちで表される、と理解すべきであるから、その結果、単独不作為犯の可罰範囲よりも不作為関与のそれが限定的に解されることになる。

このような問題意識に基づき、前節においては、すでに学説上、不作為関与の可罰範囲を単独不作為犯のそれよりも限定的に解する見解が主張されているので、それらの見解が果たしてその限定的な可罰範囲を合理的に基礎づけられているのかについて検討した。検討の対象としたのは、第一に、不作為共犯論における義務二分説が示す後行不作為犯理

解、第二に、作為義務発生根拠論における先行行為説が示す後行不作為犯理解である。前者は、法益保護義務類型に基づく場合とは異なり、犯罪阻止義務類型に基づく場合には、被監督者・危険源利用者の行為終了後の事後的な結果回避義務を否定することによって、そこでの後行不作為犯の成立を否定する見解であり、後者は、先行行為と結果発生の間に他人の答責的な故意行為が介在する場合には、当初の先行行為に基づく事後的な結果回避義務を（行為の阻止義務と共に）否定する見解である（両見解では、法益保護義務に基づく場合とは異なり、法益保護義務以外の義務に基づく後行不作為犯の成立が否定されている分、後行不作為犯の成立範囲が単独不作為犯のそれよりも限定的に解されることになる）。しかし、前節における検討の結果、両見解はそこでの後行不作為犯の不成立を合理的に基礎づけられてはいないと結論づけた。その理由は、前者については、なぜ犯罪阻止義務だけが犯罪行為の阻止までにかかる義務であるのかが基礎づけられていないこと、後者については、先行行為に基づく後行不作為犯を否定する実質は、答責原理によって導かれた先行行為自体の共犯性を維持するために、その結論を無意味にさせるような義務をそれ自体から認めることを否定することを目的とした外在的制約にあったが、そのような外在的制約が認められるべきことが合理的に基礎づけられてはいないことによる。

他方、前節では、近時、単独不作為犯に関して、先行行為に過失犯が成立しうる場合にはその放置によって先行行為者には過失致死罪が成立しうるから、そこでは既遂成立を避けるためには結果を回避しなければならないという意味での反射的な義務が先行行為自体に対する処罰によってすでに確保されている以上、それとは別個の義務を設定して不真正不作為犯を成立させる必要はない、との見地から先行行為説に対して批判をする高山佳奈子の見解を手掛かりとして[1]、当該先行行為が処罰されていれば後続の不作為犯を別途処罰すべきでないという高山説の実質は、不作為関与に関しても行為者は異なりこそすれ同じくあてはまりうると理解し、それを不作為関与に敷衍させることによって、先行作為犯

が処罰されうる場合には基本的に後行不作為犯の成立は否定されるべきであり、そしてそのことは犯罪阻止義務だけでなく法益保護義務に基づく後行不作為犯についても同じくいえることをも示した。しかし、高山説の実質を敷衍した理解においても、先行作為犯が処罰されていればなぜ別途義務を設定しその義務違反に後行不作為犯を成立させるべきでないのかについての実質的理由が未だ不十分である点、しかもその理解だけでは、先行作為犯が放火をした場合のように、すでに既遂が成立している犯罪類型については必ずしもそのような理解に基づいて不成立を導くことができないという点に課題が残されている。

もっとも、以上のような義務二分説における後行不作為犯理解や先行行為説における後行不作為犯理解、そして高山説を敷衍した理解が後行不作為犯の成立を限定的に解することの実質は、答責的な先行作為犯の方の処罰を重視するがために、惹起者でない不作為者に不真正不作為犯の成立を認めることによってその罪責が惹起者である先行作為犯と並んで前面に出ることのないように、いいかえれば、先行作為者に対する不作為者の背後者性を維持できるように、後行不作為犯の成立を限定的に解そうとするものと思われる。そうだとすれば、その理解自体は適切である。それでは、なぜそこでは先行作為犯の処罰の方が重視されるべきなのであろうか、そしてそれがために後行不作為犯の成立が限定的に解されるべきなのであろうか。その理由こそが、上記の見解が基礎づけられていなかった、後行不作為犯が基本的に否定されるべきことの合理的根拠である。そこで、本節においてはその合理的根拠を明らかにすることを目的とする。

――なお、本稿・第二章で検討した行為後幇助説（先行作為犯後の後行不作為犯も〔作為犯の背後の不作為犯と同様に〕幇助として理解する見解）[2]も、その罪責が先行作為犯と並んで前面に出ることのないように後行不作為犯をも幇助と解する、という点では、その実質において上記の見解と共通している。しかし、幇助規定が単なる減軽規定ではなくあくまで処罰拡張事由であることからすれば、共犯の成立が否定されるべき領域において、軽い処罰を実現するがた

めにそれを適用すべきではなく、その意味で行為後幇助説の理解は、幇助規定の適用のあり方として適切でない。行為後幇助説がその点に関して妥当でないことは、同章においてすでに基礎づけた(3)。

第二項　限定的な可罰範囲の理論的根拠

1．保障人的地位を否定する根拠を導く不作為関与の「中止構造」

不真正不作為犯はあくまで例外的に処罰されるべきものとされている。というのも、一般に、作為犯では結果惹起行為以外は何をしても構わないのに対し、不作為犯では結果の回避に向けた特定行為以外の行為が強度に制約される点から、その処罰に関して作為犯にはない特別の要件、つまり作為義務（保障人的地位）が別個求められるので、その成立がすでに規範的に限定されたものと理解されるからである(4)。当該不作為が結果発生に対して仮に因果性を有しているとされたとしても、その成立に対してはさらに、作為義務が存在する場合に限って成立するというかたちで規範的な限定が加えられている。また、不作為犯におけるそのような規範的な限定要件として、作為義務の他にも、「容易性」の要件が挙げられる(5)。容易性は、「作為を行うことが不可能ではなかったとしても、それが自己または近しい者の重大な法益に対する犠牲を強い、作為義務の履行が著しく困難な場合には、当該作為を刑罰法規を用いて強制することが妥当でないことを理由に、作為義務違反がないとして、不作為犯の構成要件該当性を否定すべきである(6)」との観点から理解されている規範的な限定要件である(7)。つまり、たとえ不作為者が作為義務発生根拠に該当しえたとしても、具体的に当該作為行為に出ることが困難な状況にあったのであれば、規範的にさらにその成立が限定的に解され、結果的に保障人的地位は否定されることになる。

不作為関与の基本的な不成立も、同じく規範的な観点に基づくものである。ただ、容易性のような不作為犯一般（単独不作為犯・不作為関与・不作為共犯）に共通してその成立を限定する規範的要素ではない。不作為関与の基本的な不成立を基礎づける要素は、単独不作為犯・不作為共犯にはない特質に基づいて基礎づけられる。そしてその規範的な限定要素は、不作為関与に特有の「中止構造」ともいうべき関与構造（因果構造）から見出されるものである。不作為関与は、先行作為行為終了後の後行不作為犯を内容とすることから、後行不作為犯は、先行作為犯がすでに創出した危険を事後的に回避しない不作為犯である。この点で、自然的・物的原因によって創出された危険を回避しない単独不作為犯や、未だ先行作為犯による行為が始まっていないあるいはそれが継続中の不作為共犯とは、決定的に異なる。以下で示すように、不作為関与の成立は、そのような不作為関与に特有の関与構造から見出される規範的な限定根拠に基づいて基本的に否定されるべきものである。また、そのような「中止構造」から見出される規範的な限定要素は、容易性と同じく不作為犯の成立を規範的に限定させるものだけれども、その限定原理は「容易性」とは異なるというべきである。つまり容易性は、作為義務と同じくその限定原理は共に不作為犯処罰おける自由制約という観点に基づくものだけれども、以下で示すように、「中止構造」から見出されるそれは特に、可罰的な先行作為犯後の後行不作為犯という関与構造から見出された、自由制約とは別個の観点に基づく規範的な限定根拠として位置づけられるべきものである。

このようにして、不作為関与の成立は、すでに規範的に限定する観点から求められた作為義務の発生根拠に仮に該当するとされた場合でも、それとは別の規範的要素からさらに限定的に解されることとなる。すでに規範的に限定されたものとして理解される（不真正）不作為犯にあっては、それとは別の規範的考慮によってさらにその成立が限定されるべきものと解したとしても、直ちにそれが不当とされるわけではないであろう。その適否は、そこでいう規範的な限定根拠の合理性いかんにかかる。そこで以下では、不作為関与が基本的に否定されるのはそれに特有の「中止構造」によ

るものだとして、まず、その「中止構造」とは具体的にいかなる構造を意味するものかを明確にし、その上で、その構造から見出される、後行不作為犯の成立を限定する規範的根拠とはいかなるものなのかについて検討していくこととする。

2．不作為関与の「中止構造」の意義

（1）　不作為関与の成立は、不作為関与に特有の「中止構造」から見出される、作為義務とは別個の規範的根拠に基づいて、基本的に否定的に解されるべきである。そこでまず、その「中止構造」とは具体的にいかなる構造を意味するものであるかについて明確にする。

何らかの原因によって法益に対する危険が創出された場合、侵害結果の発生（あるいは侵害の継続）を阻止するためには、当然、その侵害の回避に向けた特定の救助行為が求められる。不作為関与は、特に、他人が故意に創出した危険に対して救助行為が求められている場合である。

この点、刑法においては、ある行為者が犯罪行為によって危険を創出した場合に、侵害されゆく当該法益の保護を目的に、その行為者自身に向けて事後的な救助行為を促進する手段が用意されている。その手段は、①救助に出た場合のベネフィットを高めることによってそれを促進させるタイプである「利益提供型」と、②救助に出ない場合のコストを高めることで促進させるタイプである「制裁型」、の二つのタイプに分けられる[8]。「利益提供型」の規定の例として、中止犯の必要的減免（刑法四三条但書）、身の代金目的拐取罪における解放による必要的減軽（同二二八条の二）[9]、偽証罪・虚偽告訴罪における自白による任意的減免（同一七〇条、一七三条）[10]、またドイツ刑法三〇六条ｅにおいて放火罪に関して規定されている「有効な悔悟（Tätige Reue）」に基づく任意的減軽が挙げられる[11]。それに対して、「制裁型」

の規定の例として、道路交通法上の負傷者救護義務（同七二条、一一七条）が挙げられる。[12]

（２）　ここでは、不作為関与の「中止構造」の具体的内容を明確にするために、特に中止犯の規範構造を考察する。

「利益提供型」の代表としての中止犯も、[13]当初危険を惹起した先行行為と、その結果の実現を事後的に阻止する救助行為（中止行為）によって構成されている。[14]その中止犯の規範構造について、山中敬一は次のような理解を示している。「刑法は、法益保護の任務をもつ。一般予防のための事前的行為規制が侵害されたが、いまだ法益侵害の結果が生じていない期間において、刑法が、法益保護の任務を放棄することはできない。その期間においては、刑法は、実行行為に出た行為者に対して『引き返すための黄金の橋』を設けて、結果発生に至らないようにすることによってさらに法益保護を図ろうとしているのである。それは、『義務』を課しているのではなく、任意に中止することを『勧奨』している」[15]、「実行行為に出てしまった者に対して、その具体的危険が結果に実現することを防止せよという規範を与えるとしたならば、同一の結果防止のためにすでに禁止規範に違反した者に対して、もう一度、命令規範を与えることになり、同一目的の二重の結果惹起禁止となり、適切でない。そこで、刑法は、実行行為後の行為者に対しては、結果回避規範として、具体的危険を方向転換することによって、結果の発生を防止する行為を勧める規範を定立〔している〕」[16]とする。[17]

中止犯においては、ある犯罪行為により危険を発生させた者は、それに対する事後的な救助行為が「制裁」のもとで義務づけられることはなく、あくまで「勧奨」のもとでそれが促進されているにすぎない。それゆえ、当初法益侵害に対する危険を引き起こした後に、たとえ中止行為を行うことなく侵害結果の発生を阻止しなかったとしても、その不阻止について不作為犯としての犯罪が成立するわけではない。それによってそこでは当初の犯罪の継続と共に単なる不作為が存在していたにすぎないこととなる。[18]そこで、そのように中止犯において救助行為を「勧奨」でもって促進してい

るにすぎないとすべき根拠について、山中は、一度破られた「制裁」に基づく行為規範について再度「制裁」のもとで救助義務を課し、その義務違反について不作為犯としての犯罪を成立するように対処してしまうと、当該法益侵害に対する「二重の結果惹起禁止」になってしまうから、それを避けるために「勧奨」でもって促進しているのだと理解する。

もっとも、当初の危険惹起行為終了後に行われるすべての事後的行為について、そのような意味での「二重の結果惹起禁止」が避けられるべきだというわけでもないであろう。例えば、Xが、Zに対してバットで頭を殴りつけ致命傷を負わせたところ、息も絶え絶えに苦しむZを見て、とどめを刺すつもりでさらにバットを振り下ろし殺害する、という場合のように、後続の行為が法益侵害を積極的に「拡大」する新たな攻撃に該当する場合（「作為―作為」型）については、なお「制裁」のもとでそのような後続の作為行為は禁止されなければならない[19]。仮にそこで「制裁」のもとで禁止がなされないのであれば、一度致命傷を負った被害者は、積極的な攻撃に対してそれ以上の保護がなされない（逆にいえばそのような行為を許容する）ことになりかねないからである。従って、そのような後続の作為行為が行われたならば、それについての作為犯は別途成立しうる。そうだとすると、山中が中止犯において、二重の結果惹起の禁止を避けるべきことを理由に、それには「勧奨」で対処する、としたのも、後続の行為として、あくまで当初惹起された法益侵害を「縮小」させる行為については、それを「制裁」のもとで義務づけるべきでない、という限定的な趣旨のものと理解すべきである。いいかえればそれは、たとえ当初惹起された危険に対して救助行為（中止行為）をすることなく侵害を「縮小」しなかったとしても（「作為―不作為」型）、二重の結果惹起の禁止を避けるべきだとすればそこでの救助行為を「制裁」のもとで義務づけるべきではないから、それをしなかったことについて不作為犯としての犯罪が別途成立することはない、としたものである。

（3）　以上のことからすると、中止犯に関して、二重の結果惹起の禁止を避けるために事後的な救助行為について

はあくまで「勧奨」にとどめるとされているのは、①当該法益侵害を当初惹起した先行の作為行為の終了後、②すでに惹起されたその法益侵害を阻止しなかった不作為があった、という「作為―不作為」型の因果構造に対して言及されたものである。

もっとも、そこで二重の結果惹起の禁止を避けるのを目的とするだけであれば、事後的な救助行為をしないという後続の不作為の方だけを不作為犯として犯罪の成立を認めるという理解もありえたはずである。しかしそうではなく、事後的な救助行為は「勧奨」として、たとえそれをしなかったとしても不作為犯は不成立とし、当初法益侵害を惹起した先行の行為の方を作為犯として成立させる、ということからすれば、その理解は、実は、そのように事後的な救助行為に対しては「勧奨」として捉えることの前提に、そうした「作為―不作為」型の因果構造においては、当初法益侵害を惹起した先行の作為犯の方を成立犯罪として重視する、という実質をすでに含むものであると思われる。すなわちそれは、先行の行為を作為犯としての犯罪を成立させることを重視するがために、後続の不作為犯の成立を否定的に解するという方向を示すものである。仮に事後的な救助行為を常に義務づければ、先行の作為行為によって侵害結果を発生させても、結果的には事後的な救助義務違反に基づく不作為犯としての犯罪が成立することにもなりかねない[20][21]。そうだとすれば、中止犯規定は、たとえ事後的に救助行為をしなかったとしても、当該法益侵害を当初惹起した先行の作為犯の方を犯罪として成立させるのだという実質を、（未遂犯の範囲ではあるが）法的に明確にしている規定として理解されるべきである[22]。

そしてそのように後続の不救助を不作為犯として成立させないという実質が、実は、（単独犯においてのみあてはまりうるかのような根拠である）「二重の結果惹起の禁止」に基づくというよりも、「作為―不作為」型の因果構造においては先行の作為犯の方を犯罪として成立させるべきという理解にあるのだとすれば、その実質は不作為関与においても、

先行作為犯と後行不作為犯との間で行為者は異なりこそすれ、同じくあてはまる。不作為関与も、❶当該法益侵害を当初惹起した者と、❷その後すでに惹起された当該法益侵害を阻止しなかった者、が存在するという「作為―不作為」型の因果構造を有する。これが本稿でいうところの、不作為関与の「中止構造」である。他方、不作為関与は、すでに他人によって創出された危険に対して「制裁」のもとで義務を課しその義務違反に不作為犯としての犯罪を成立させるものであるから、先に示した救助行為促進規定の区分でいえば、救助に出ない場合のコストを高めてそれを促進する「制裁型」にあたる。しかし、不作為関与においても先行作為犯の犯罪成立の方を重視し、それがために後行不作為犯の成立が否定されるべきだと解されるのであれば、そのことは、中止犯と同じく、そのような因果構造が有する実質に基づくものと思われる。

そこで次に、なぜそのような因果構造においては先行作為犯の方を成立犯罪として重視し、それがために後行不作為犯の成立を否定的に解すべきなのか、その実質を基礎づける規範的根拠について検討することとする。

3．中止構造から見出される規範的限定根拠と例外的に後行不作為犯の成立が認められる場合

（1）　以上のように、当初法益侵害を惹起した先行作為犯の処罰を重視し、それがために後行不作為犯の成立が否定されるべきなのは、不作為関与が有する「作為―不作為」型の因果構造（中止構造）から見出される実質に基づくものだとして、さらに検討すべきは、その実質を基礎づける規範的根拠とは何かである。というのも、因果構造上、当該法益侵害を当初惹起した者と、すでに惹起された当該法益侵害を阻止しなかった者、と相対化させたとしても、それに対する規範的評価として、当該法益侵害を当初惹起した者も処罰するが、すでに惹起されたそれを阻止しなかった者も処罰する、という理解もありうるからである。そこで、すでに惹起された当該法益侵害を阻止しなかった後行不作為犯

をなぜ成立させるべきでないのか、その規範的根拠について検討する。

このときありうる理解の一つは、すでに惹起された法益侵害を阻止しなかった後行不作為犯は、因果性の観点において先行作為犯に対して劣後的だから、という理解である。しかしそれだけでは後行不作為犯の不成立を根拠づけられない。なぜなら、仮に因果的に後行不作為犯が先行作為犯に対して劣後的であるのだとすれば、すでに自然的・物理的危険が発生している単独不作為犯であってもそれは劣後的とされ、同じくその成立が否定されるべきことになるはずだからである。その意味で、当初法益侵害を惹起した「人」の処罰を重視するがために、後行不作為犯の成立が否定されるべきだと理解する必要がある。つまり、後行不作為犯の基本的な不成立を基礎づける上で、先行作為犯と後行不作為犯との間で見出されるべきは、「因果の差」ではなく、「規範の差」である。

そこでそれを規範的に基礎づける観点としてありうるのは、先の先行行為説で主張された後行不作為犯理解のように、先行作為犯の自己答責性によって後行不作為犯の成立が否定されるとする理解である。しかし、先に述べたように、そこでの後行不作為犯の成立を否定しているのは、先行作為犯の自己答責性それ自体ではなく、答責原理によって導かれた先行行為者（＝後の不作為者）の背後者性という結論を維持するがために、その結論を無意味するような義務をそれ自体に基づいて認めるべきではないという理解に従った外在的制約、という観点から後行不作為犯の成立が否定されたにすぎない[23]。自己答責的であるという点では後行不作為犯も自己答責的なのだから、そこで重視されているのは、自己答責者の処罰ではなく、自己答責的な「先行作為犯」の処罰である。そこで、不作為者の背後者性を維持すべきだとする実質的根拠こそが求められるのである。

（２）　そうだとすると、後行不作為犯の罪責が先行作為犯と並んで前面に出ることのないようにその成立を否定し、よって先行作為犯の方の処罰を重視すべきだとする実質的根拠はいかなるものであろうか。ここで検討されるべきは、

後行不作為犯に先行作為犯と同じ犯罪類型の不真正不作為犯を認めることの妥当性である。法益の保護を目的として現にある法益侵害に対し救助義務を課すのだとしても、そのために、その救助義務に違反をした後行不作為犯に、先行作為犯と同じ犯罪類型の不真正不作為犯を成立させることによって対処することは果たして妥当であろうか。確かに、その成立に作為犯との同価値性が求められる不真正不作為犯にあっては、不作為関与についても、当該後行不作為犯が、例えば他人が放火をした後にその燃焼箇所に油を注ぐような事後的な作為犯と同価値でありさえすれば、不真正不作為犯としての後行不作為犯の成立を認めることができるとする理解もありうる。しかし、ここで問われるべきは、そのような観念された作為犯との抽象的な比較ではなく、現実にあった先行作為犯と現実にあった後行不作為犯との規範的な比較において見出される問題性である。不作為共犯とは異なり、不作為関与は単独正犯と理解されるべきであることから、そこでの不真正不作為犯の成立を認めることが直ちに先行作為犯と同様の罪責を認めることになってしまうという特質を有している。だからこそ不作為関与には、不作為共犯・単独不作為犯とは別個の特別な限定考慮が求められる必要がある。そこで、そのような不真正不作為犯としての後行不作為犯が否定されるべき理由について検討する。

（3）　ある一つの法益侵害結果が発生した場合に、事後的な観点において、いかなる行為を第一に犯罪として処罰の対象とすべきであろうか。そこでは、最も抑止されるべきはいかなる行為であったかがまず問われるはずである。それを行為者の観点でいえば、最も避けるべきであった行為、最も非難されるべき行為が処罰の対象となる犯罪行為とされることとなる。それではそこでいう最も非難されるべき行為とは何か。それは、刑法は法益の保護を目的とし、その目的の達成のために事前に犯罪行為を規定することによって、法益侵害の状態がゼロであること（法益が完全であること）を維持するよう求めているのであるから、そのような侵害ゼロの状態を積極的に否定した行為こそが、第一に処罰の対象となるべき犯罪行為にあたるというべきである。すなわち、侵害ゼロの状態を積極的に否定した行為の処罰が最

も重視されることとなる。この点、不作為関与が問題となる事例においては、当該法益侵害に対して故意によりそれを惹起した先行作為犯が存在しているのであるから、それが最も非難されるべき行為にあたるというべきである。

それに対して、法益主体にすでに何らかの損害（実害）[24]が現に惹起されている状況においては、いかなる救助行為をしたとしても法益侵害状態をゼロにすることはできない。その時点においては、せいぜい侵害の程度をその時点での程度でとどめることができるだけである。仮に事後的に法益を回復できたとしても、過去にあった法益侵害の事実が否定されるわけではない。その時点においてはすでに刑法の目的追求が失敗した状態にあったわけである。そうだとすると、不作為関与において、すでにゼロには戻せない状態での救助義務の違反（後行不作為犯）に対して、法益侵害ゼロを積極的に否定した先行作為犯と同じ無価値評価を与えることが果たして妥当であろうか。確かに後行不作為犯は救助義務を果たさなかったけれども、しかし刑法が法益侵害状態がゼロであることを第一に求めていることからして、すでにゼロには戻せない状態を救助しなかった後行不作為犯と、ゼロ状態を積極的に否定した先行作為犯に、同じ無価値評価を与えるべきではない。すでにゼロには戻せない状態を救助しなかった後行不作為犯は、ゼロ状態を積極的に否定した先行作為犯よりも低い評価が与えられるべきである。仮に一つの法益侵害について、それを当初惹起した先行作為犯と、すでに惹起されたそれを救助しなかった後行不作為犯に同じ評価を与えれば、むしろゼロ状態を否定する行為に対する評価を相対的に低いものにしてしまいかねない。しかし、刑法はあくまで法益侵害が初めからゼロの状態を第一に求めているのであって、ゼロでなくなった侵害状態をゼロに戻すことを求めているわけではないのである。後者でいう最小限度の侵害で抑えることを求めるのは、刑法の法益保護目的からすると二次的なものにすぎない。少なくともすでに現実の損害が惹起された状態での不作為と、それを当初惹起した作為とでは、規範的な観点においても異なるものと見るべきであろう[25]。そうだとすれば、ゼロの状態を積極的に否定した行為の処罰を重視すべきであり、それと同等の

評価を後行不作為犯に与えることは否定されるべきである。従って、それと同等の評価を与えるような、後行不作為犯に不真正不作為犯の成立を認めることは否定されるべきこととなる。

以上が、後行不作為犯について不真正不作為犯の成立を基本的に否定すべき実質的理由である。その理解に従えば、すでに法益主体に損害が顕在化しているような場合においては、その救助義務に違反した後行不作為犯に、先行作為犯と同じ犯罪類型の不真正不作為犯を認めるべきではない。そこでの不真正不作為犯の成立は否定されるべきである。その意味で、例えば、YがZに対して殺人の故意で発砲した後、瀕死の重傷を負ったZをXが発見しながらも放置し、Zが死亡した、という事例において、たとえXに救助義務の違反があったとしても、その後行不作為犯に先行作為犯Yと同様に殺人をしたとの評価を認めるべきでないから、Xに（不作為による）殺人既遂罪が成立するということは否定されるべきである。まして、同様の事案において、Yは傷害の故意であったもののZに死亡の危険性が存在していたという場合に、Yは傷害致死罪にとどまるのに、不作為者Xに殺人既遂罪が成立するということは、なおさら否定されるべきである。以上のことは、法益保護義務・危険源管理監督義務の区別にかかわりなくあてはまるべきである。

（4）　もっとも、上記の理解は、すべての救助義務を否定するものではなく、後行不作為犯に不真正不作為犯の成立を否定すべきだとするにとどまるものである。その意味で、その義務違反に真正不作為犯が成立するような救助義務についてまで否定しているわけではないから、真正不作為犯としての後行不作為犯はなお成立しうる（例外的な可罰的後行不作為犯①）。例えば、父親Xは、他人Yがわが子Zに拳銃を発砲した後、重傷を負って倒れるZを発見しながらもこれを放置し、結果的にZが死亡した、という事例においても、父親Xには、少なくとも保護責任者不保護罪（同致死罪）は成立しうるものと思われる。わが国の判例においても、妻Zが、同居する（夫Xの）母Yによって頭を階段の角等に打ちつけられるなどして、頭部から多量に出血して倒れているにもかかわらず、発見後もそのまま放置した夫X

について（結果的にZは死亡した）、Xが発見した時点で、救命の確実性は否定されるものの救命の可能性は肯定されるとして、保護責任者不保護罪の成立が認められたものがある（他方、Yについては殺人罪の成立が認められている）[26]。そのことは、真正不作為犯が、不真正不作為犯における保障人的地位と比較して作為義務が認められる範囲が限定的に解されているように、特定の者に対してのみ特別に法益侵害回避を義務づけるものであって、しかもその違法性は義務者の義務の不履行によって直ちに実現されるものであることから、他人との関係性が考慮されない規定であること[27]からも理解できる。仮に後行不作為者が被害者の死亡を予見していたとしても、そのことは保護責任者不保護罪の成立を直ちに妨げるものではないと思われる[28]。

これまでの不作為犯論は、法益救助に対していかに対処すべきかという実態に即した問題関心に基づくものではなく、いかなる場合に不作為によっても構成要件実現が可能かというもっぱら理論的な問題関心から、不真正不作為犯の成立要件ばかりに議論を集中させてきた。しかし、法益に対する救助が問題となる場合において、必ずしもそこでの救助義務が、その義務違反について不真正不作為犯を成立させるものでなければならない理由はないはずである。その時点での目的が法益被害を最小限に抑えることにあるのであれば、そこでは救助行為をしてもらいさえすればよいのであるから、必ずしもその違反に対して（先行作為犯と同じ犯罪類型の）不真正不作為犯を成立させることをもって対処する必要はないと思われる[29]。

（５）　また、上記で不真正不作為犯としての後行不作為犯の成立を否定すべきだとしたのは、すでに法益主体に損害（実害）が現に惹起されている状況においては、その時点ですでに法益侵害の状況をゼロには戻せない以上、そのような場面での不救助を、ゼロ状態を積極的に否定した先行作為犯と同様に扱うべきではないと考えたからである。そうだとすれば逆に、後行不作為犯の介在時に未だ危険が顕在化していなかった場合（未だ損害が現に惹起されていなかっ

た場合）では、不真正不作為犯としての後行不作為犯の成立を認めてもよいように思われる（例外的な可罰的後行不作為犯②）。なぜなら、確かにそのように危険が未だ潜在期にある状態においても、先行作為犯に未遂犯が成立しうるという意味において観念的に法益侵害の危険は肯定されうるけれども、未だ現実的な損害が法益主体において発生していないのだとすれば、その時点においても法益侵害ゼロの状態を実現できた（法益の完全性が保たれえた）のであるから、その目的の維持が強く追求されるべきだからである。そうだとすれば、そこでの不作為犯について、ことさら先行作為犯と同様の罪責が認められることを否定する理由はない。その意味で、例えば、競技場の警備員Xは、Yが不特定の者に危害を加える目的で仕掛けた時限爆弾を発見したものの、それが爆発すれば死亡者が出ることを予見しながらもこれを放置し、結果的に爆発によって観客Zが死亡した、という事例において、たとえ爆弾を仕掛けた先行作為犯Yに殺人罪が成立したとしてもなお、警備員Xには、その結果回避義務の違反について不作為による殺人罪の成立が肯定されてもよいと思われる。

同じことを放火罪の場合にあてはめれば、次のようになろう。放火罪においては、物理的損害が他の法益主体にも拡大し、それぞれの法益主体において一つの最終的結果（いわば全焼）に向けて損害が拡大していくという特徴を有する。このとき、例えば、Xは、自宅が他人Yによって放火され燃え上がっているのを発見したもののこれを放置し、結果的にX宅は全焼した、しかし延焼はしなかった、という場合においては、後行不作為犯Xの発見時においてすでにX宅の損害というかたちで危険が顕在化しているので、先に述べた理由に基づいて、Xに不真正不作為犯としての放火罪が成立することは否定されるべきであろう。しかし、それに対して、結果的にその火災が隣のZ宅に延焼した事案において、Xが発見した時点において未だZ宅には延焼していなかった場合には、その時点において未だZ宅における法益侵害ゼロの状態を実現しえたのであるから、その目的の維持が強く追求されるべきである。その意味で、後行不作為犯の介在

後に延焼をした場合については、その延焼を防がなかった不作為について不真正不作為犯を肯定できるものと思われる（そうすると、確かに延焼結果が発生しなければ不消火に関する不真正不作為犯は成立しないけれども、関与時に延焼の危険があった場合には、延焼時の罪責を避けるために、事実上、消火が動機づけられることにはなろう）。

なお、先の爆弾事例において、仮に爆弾を仕掛けた後に雨が降り、火薬が湿って爆発しなかった場合には、たとえ先行作為犯に（不能犯が否定されて）殺人未遂罪が成立したとしても、後行不作為犯に不作為による殺人未遂罪の成立は否定されるべきであろう。なぜなら、例えば身体への損害は発生したが生命侵害は発生しなかったという殺人未遂の事案において、その危険顕在化後に介在した後行不作為犯でさえその不真正不作為犯の成立が基本的に否定されているのであるから、危険が潜在期のまま経過し結果的に現実的な損害も発生しなかった場合にはなおさら、そこでの不真正不作為犯の成立は否定されるべきだからである。

（6）　他方、先行作為犯が正当防衛行為者や責任無能力者であった場合には、先行作為犯による行為の時点で法益侵害状態をゼロに維持することが期待できなかった以上、そこでの先行作為犯を後行不作為犯と比べて重く評価することをことさら求めることができないと思われるので、その場合には、そこでの後行不作為犯に不真正不作為犯を認めてもよいと思われる（例外的な可罰的後行不作為犯③）。その意味で、例えば、正当防衛の事例において、息子Zは、被侵害者Yにバットで襲い掛かったところ、反対にYからナイフで反撃を受け腹部を刺された、そこに通りかかった父親Xは、ナイフが突き刺さったまま倒れる息子Zを発見したもののこれを放置し、Zは死亡した、という事例において、父親Xに不作為による殺人罪が成立することも許容される。その事例においては、先行作為犯が処罰されず、それゆえ先行作為犯において殺人既遂罪の成立を避けるべき反射的な義務が否定されていることからも、別途事後的な救助義務を課し法益の保護を図る必要性が認められる。まして、すでに息子Zは腹部を刺されており、それ以上Yに対して侵害

を続行できないことから、正当防衛が必要な状況は終了していると見られるので、この状況において侵害者Zによる不必要な（防衛結果としての）侵害を認める理由はない。「正当防衛は、防衛に必要な限度での法益侵害を認めているだけであって、侵害者はすべての法的保護を奪われてしまうわけではない」[30]。確かに、正当防衛行為者自身の後続の不作為（いわゆる正当防衛後の不救助）については、そのような後続の不作為犯の成立を認めれば結果的に正当防衛権が限定的に解されてしまうのではないか、あるいは侵害者を殺しても正当化されうる状況にあったのに、中途半端に傷害を負わせれば、逆に事後的な救助義務が課されてしまうのではないか、とする疑問も提起しうる[31]。しかし、少なくとも被侵害者ではない父親Xの義務に関して、そのような疑問を考慮する必要はないであろう。

もっとも、上記の理解に対しては、一般に、父親Xが介在した時点において、そこで倒れている息子Zの傷害が、可罰的故意行為によるものか、正当防衛行為によるものかは分からないであろうから、その時点において不作為者が救助に出るべきか出なくてもよいかの判断ができないのではないか、という指摘があるかもしれない。そしてその指摘は、息子Zの傷害が、可罰的故意行為によるものか、自然的原因によるものかが分からないという場合についても、同じくあてはまる。しかし、本稿の理解では、先に述べたように、後行不作為犯の不真正不作為犯の成立を否定すべきとするにとどまり、真正不作為犯の成立をも否定しているわけではない。それゆえ、可罰的故意行為による場合にも保護責任者不保護罪にいう救助義務までが否定されているわけではないので、いずれにせよ救助行為に出るべき義務が肯定され、救助すべきかどうかが特に不明確になるわけではない。端的にいえば、それらの事例の場合、救助行為には出るべきである。その義務違反に何罪が成立するかという点に違いが生じるにすぎない。

（7）　さらに、不作為者自身が、単に救助しなかっただけでなく（単なる不救助ではなく）、積極的に法益侵害を拡大させる行為をも行った場合については、不真正不作為犯の成立を認めてもよいと思われる（例外的な可罰的後行不

作為犯④）。なぜなら、実質的に見て、そのような不作為者にまで、先行作為犯に対する背後者性をことさら維持する必要がないからである。例えば、父親Xは、他人Yによって刺突されナイフが突き刺さったまま倒れる息子Zを発見し、病院へ搬送しようと自動車に乗せたものの、病院に向かう途中に搬送意図を放擲し、Zを、深夜の寒気厳しい農道付近の、たやすく人に発見されにくい陸田に放置して置き去りにし、結果的にZは死亡した[32]、という事例においては、そこでの後行不作為者が、先行作為行為の終了後、単に事象を放置しただけでなく、その不作為時に、結果発生の可能性をより確実にする強化行為をも併せて行っている。このように、法益侵害に対する強化行為を併せて行った後行不作為者は、先行作為犯による法益侵害を積極的に「拡大」したと認められよう[33]。なぜなら、その後行不作為者は、単に病院への搬送という期待された作為を果たさなかっただけでなく、さらに被害者を誰の救助も期待できない環境に置くことによって、被害者の死亡結果が発生する蓋然性を高めたからである。このような後行不作為者は、先行作為犯に対する背後者性を維持する実質に欠ける。従って、そのような後行不作為犯Xについては、たとえ先行作為犯Yに殺人罪が成立したとしても、その救助義務違反について不作為による殺人罪の成立が認められてもよいと思われる。

なお、そのような事例は、作為犯ではないかとする疑問もあるかもしれない。しかし、例えば、寝たきりの老人を無理やり連れ出して山中まで運んで移置した場合は、確かに作為犯かもしれないが、先の事例では、すでに病院へ搬送しなければ死亡結果を回避できないことからして、病院への搬送が期待されている以上、それを履行していないという点で、なお不作為犯の成否が問題になると思われる[34]。他方、法益侵害結果が発生する蓋然性を高めたことは、必ずしも被害者を移置しなければ認められないというものでもない。例えば、父親Xが帰宅し、自宅内でナイフが突き刺さったまま倒れる息子Zを発見した後に、Zの友人Wが訪ねに来たところ、父親Xが、「息子は出かけている」と嘘をいってWを追い返した場合にも、同様に結果発生の蓋然性を高める強化行為を行っているといえる。それゆえ、この場合の父

親Xにも不真正不作為犯としての後行不作為犯の成立が認められる。(35)

第五章　おわりに

（1）　他人による犯罪行為及びその行為からの結果の発生を阻止しない者の罪責は、「犯罪の不阻止」という問題に位置づけられる。「犯罪の不阻止」に関して問われるべきは、他人が故意に惹起した法益に対する危険について、惹起者ではない第三者に位置する不作為者に作為義務を課し、しかもその義務違反に（作為犯と同じ犯罪類型の）不真正不作為犯を成立させることの妥当性である。結論をいえば、法益の保護を目的にするとはいえ、その義務違反について不真正不作為犯を成立させることは基本的に否定されるべきであろう。不作為者は当該法益侵害の惹起者ではないので、当初それを惹起した者と同様の罪責を基礎づけるような不真正不作為犯の成立には、「限定性への意識」が存在すると考えたからである。それでは、そのような意識が特に不作為関与（先行作為犯後の後行不作為犯）の成立要件においていかなるかたちで現れるのであろうか。それが本稿の問題意識である。。その検討においては、これまでの学説において行われてきた不作為共犯や単独不作為犯に関する議論では意識されてこなかった課題、すなわち不作為関与においてこそ現れる課題が存在する。

（2）　そこでまず、不作為関与について、そのような「限定性への意識」を、幇助の成立を認めることによって表そうとする見解（行為後幇助説）の適否について検討した。確かに、そのような理解は、後行不作為犯を幇助とすることによって、その罪責が先行作為犯と並んで前面に出ることのないようにする、という実質においては、適切である。しかし本稿ではその理解は妥当でないと結論づけた。なぜなら、共犯は、背後者と結果との間に他人の自律的決定が介

在し、背後者に正犯としての帰属が否定された結果、刑罰法令各本条だけでは可罰性を肯定できない場合に、例外的に、刑法六〇条以下の処罰拡張事由を適用することにより、可罰性が認められる領域である。そうだとすれば、誰の介在もなく直接的に結果の発生に関与する後行不作為犯について、その軽い処罰を実現するために幇助規定を適用することは、共犯規定の適用のあり方として妥当でないからである（第二章）。

（３）　そうして不作為関与は単独正犯として扱われるべきこととなるが、そうだとしてもそれが直ちに、物理的・自然的原因による危険を回避しない単独不作為犯と同様に扱われるべきだとは限らない。そのような問題意識から、学説においてすでに不作為関与の可罰範囲を単独不作為犯のそれよりも限定的に解する見解が主張されているので、それについて検討した。検討対象としたのは、不作為共犯論における義務二分説で見られる後行不作為犯理解と、作為義務発生根拠論における先行行為説で見られる後行不作為犯理解である。しかし、本稿では、それらの理解はそこでの後行不作為犯の不成立を合理的に基礎づけられてはいないとした。なぜなら、前者については、なぜ犯罪阻止義務だけが犯罪行為の阻止までにかかる義務であるのかが基礎づけられていないからであり、後者については、先行行為に基づく後行不作為犯を否定する実質は、答責原理によって導かれた先行行為自体の共犯性を維持するために、その結論を無意味にさせるような義務をそれ自体から認めることを否定することを目的とした外在的制約にあったが、そのような外在的制約が認められるべきことが合理的に基礎づけられてはいないからである。

ただ、それらの理解が、後行不作為犯の罪責を先行作為犯と並んで前面に出ることのないように、後行不作為犯の成立を否定する（不作為者の背後者性を維持する）という方向性は妥当である。そこで、そのような方向性を基礎づける合理的な規範的根拠が求められるところ、本稿がそうした後行不作為犯が基本的に否定されるべきであるとしたのは、刑法の目的が、法益侵害状態がゼロであること（法益が完全であること）を第一の目的とするものであることからすれ

ば、すでに法益主体に損害（実害）が生じその時点では侵害ゼロには戻せなかった状態における救助義務違反について、不真正不作為犯の成立を認めることによって先行作為犯と同じ無価値性を認めるべきではないとしたからである。もっとも、①真正不作為犯としての後行不作為犯、②その介在時に危険が未だ潜在期にあった場合の後行不作為犯、③先行作為犯が正当防衛行為者等であって、当初の先行作為行為時に法益侵害ゼロの状態を期待できなかった場合の後行不作為犯、④後行不作為者自身が積極的に法益侵害を拡大させる行為をも行っていた場合の後行不作為犯、については、上記の規範的根拠があてはまらないことから、例外的にその成立が認められる（第四章）。

（4）　もちろん、そのような不作為関与に独自の規範的根拠に基づいてその成立が否定される場合だけでなく、不作為犯一般に妥当する、回避すべき危険の不存在に基づいてその成立が否定されるべき場合もある。本稿では、それを不作為関与独自の規範的根拠に関する前提議論と位置づけて、犯罪の終了時期と不作為犯の成否との観点から検討した（第三章）。

（5）　これまでの学説は、不真正不作為犯論においては単独不作為犯だけ扱い、「犯罪の不阻止」という問題領域においてはそれを不作為共犯の観点からしか扱ってこなかった。しかもそれらの検討視角は、共に理論的な成立要件解釈にとどまるまるものであって、必ずしも侵害法益の救助という実態を捉えた上での問題関心によるものではなかった。しかし、侵害されゆく法益に対して救助義務を課す際、必ずしもその救助義務が、その違反について不真正不作為犯を成立させるものである必要はないであろう。そこでは不救助に対する刑事責任がいかにあるべきかに関する基本的理解を深める必要がある。他方、これまでの共犯論は背後者の罪責ばかりを検討対象としてきたが、実際に生じる様々な犯罪事象においては、必ずしも関与者が、結果を直接に発生させた者の背後に位置するとは限らない。そうだとすれば、必ずしも共犯規定のあてはまらない事後的に関与する者の罪責についても、複数人関与の刑事責任という枠組みにおい

て意識的に議論を深める必要がある。[36] その意味で、本稿は、不作為関与（先行作為犯後の後行不作為犯）という新たに構築した不作為犯領域の検討を通して、これまでの個々に制限的であった学説の理解に対し、一方ではそれをさらに実態に則した「不救助の刑事責任」という方向に向けて、他方では必ずしもこれまでの共犯論には収まらない「複数人関与の刑事責任」という方向に向けて、新たな問題領域を切り開くものである。

（1）山口厚「不真正不作為犯に関する覚書」小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀『刑事裁判論集（上）』（二〇〇六年）二五頁は、危険の創出・増加を不作為犯における自由制約の正当化根拠と理解する見解に対して、「『危険を生じさせた者には、その危険を解消する義務がある』としても、それは侵害禁止に由来するものであり、先行行為による結果惹起を処罰の対象とすることによる行為の自由の制約を正当化するにすぎないのではないか」、「先行行為により創出・増加させた危険を解消しないと、結果惹起に至り、先行行為により結果を惹起した犯罪が成立し、処罰されることがあるが、それを回避するために必要となることであるにすぎないのではないか」、「先行行為による結果惹起を処罰することの正当性の反面として認められることにすぎないのではないか」と指摘している。

（2）近時、岡本勝「不作為による従犯に関する一考察」法学六九巻五号（二〇〇六年）一三頁も、不作為による従犯の作為義務は、先行作為行為終了後も結果が回避されるまで継続して課されるべきとする。

（3）北大法学論集五七巻一号（二〇〇六年）一七九頁以下、参照。

（4）鎮目征樹「刑事製造物責任における不作為犯論の意義と展開」本郷法政紀要八号（一九九九年）三五三頁以下、島田聡一郎「不作為犯」法学教室二六三号（二〇〇三年）一一六頁以下、同「不作為による共犯について（二・完）」立教法学六五号（二〇〇四年）二二七頁以下（以下、同論文は、「島田・不作為共犯（二）」と引用する）、井田良『刑法総論の理論構造』（二〇〇五年）三五頁、参照。

（5）例えば、平野龍一『刑法総論Ⅰ』（一九七二年）一五四頁以下は、「ただ、〔作為可能性のように―引用者註〕およそ可

能か不可能かという問題だけではなく、どの程度に『容易』に防止できるかどうかも考慮される。飛び込んで助ける可能性はあっても同時にみずからも溺れる可能性もある場合には、不作為犯は成立しないであろう。結局、作為義務の強さと作為の容易さとが綜合されて、不作為犯成立の有無が決まる」とする。

（6）島田・不作為共犯（二）（前掲註（4））二八六頁。

（7）林幹人『刑法総論』（二〇〇〇年）一五六頁以下は、「容易性」に関して、「このこと〔判例・学説が、作為は可能であるだけでなく容易でもなければならないとしていること―引用者註〕自体は正当であるが、なお注意すべきことがある。それは、そこで問題となっているのは、実は、作為が強いる負担、いいかえると、不作為の有用性にほかならないということである。たとえば、父親が泳げるとしても、嵐のために、子供を救うことが困難だということは、泳げば父親が危険となる、いいかえると、泳がないことにその危険を避ける有用性があることを意味する。重い火傷を負う危険があるときには、火中の子供を救う刑法的義務を認めることはできない、あるいは、監督過失の問題において、経営が破綻するほどの経済的負担を課してまで万全の安全体制を確立する義務を認めることはできないとされるときもそうである。このように、不作為犯においても、許された危険の法理が妥当する」と指摘する。

（8）樋口範雄「よきサマリア人と法」石井紫郎・樋口範雄編『外から見た日本法』（一九九五年）二四四頁以下は、他人に対する自発的な救助行為を促進するための法の工夫として、端的に救助義務を課し救助に出ない場合に法的制裁を与えようとする「制裁型」のほかに、救助に出た者に何らかの利益を与えようとする「利益提供型」もあるとしている。そこでは、「利益提供型」の例として、①救助によって意図に反して結果的に損害を惹起あるいは拡大しても、その責任を免ずる方法（アメリカでは「善きサマリア人の法（Good Samaritan Laws）」の規定が存在し、この方法を取り入れている。これについては樋口範雄「よきサマリア人法（日本版）の検討」ジュリスト一一五八号（一九九九年）六九頁、参照）、②救助のために費用を出捐した場合、あるいは何らかの損害を被った場合に、その補填を法で保障する方法、③救助にあたった者に対する報酬を法で保障する方法、などが挙げられている。

なお、ドイツ刑法三三三条c（一般的救助義務〔不救助罪〕）のような、自発的ではなく救助を義務づけるかたちの規定は、反対に、「悪しきサマリア人の法」と呼ばれている（まさに「制裁型」である。竹村和也「救助義務と悪しきサマリア人の法」同志社法学二六七号（一九九九年）五二頁以下、参照。わが国においても不救助罪規定を新設すべきとする

見解として、金澤文雄「不救助罪新設への提言」同『刑法の基本概念の再検討』（一九九九年）六二頁以下）。これに対して、一般的救助義務による自由の制約を問題視して、救助者の負担の補填を意図する「間接奨励」によって救助を促進しようとする見解もある（まさに「利益提供型」である。菅富美枝「個人の自由と法的救助義務」阪大法学四九巻二号（一九九九年）二一三頁以下、参照）。

(9) 齋野彦弥「中止未遂の因果論的構造と中止故意について」『田宮裕博士追悼論集（下）』（二〇〇三年）六一四頁以下は、身の代金目的拐取罪の解放減軽規定について、「これは、まさに、刑事政策的な配慮から設けられた規定であることは明らかであり、一旦成立した二二五条の二等の既遂罪については成立が確定しており、事後的に新たな、解放行為をした場合の恩恵であると考えられる。つまり、二二八条の二は、四三条の一般的中止未遂規定とはその性質を異にし、犯罪成立後の事情に基づいて減軽を認めた特別な規定であると考えられる」としている。ただ、中止犯規定と解放減免規定の性質が異なるかどうかは、既遂の成否ではなく、先行犯罪の終了時期に関わる。仮に身の代金目的拐取罪が、拐取行為後も犯罪として実質的には終了していないと考えられるならば（近時、共犯の成否をめぐって拐取罪の終了時期が扱われた事案として、東京高判平成一四（二〇〇二）年三月一三日東高時報（刑）五三巻一～一二号三一頁。同判決の評釈として、松尾誠紀「判批」北大法学論集五六巻三号（二〇〇五年）三四三頁）、既遂成立は犯罪成立の最小限度の要件（長井圓「判批」判例時報一六六四号（一九九九年）二二〇頁）にすぎないことからして、解放減免規定も、実際上継続する法益侵害の回避を促す政策的規定として、なお中止犯と共通の性質を有するものと考えられる。なお、近時、解放減軽規定について詳細に検討した論考として、中村雄一「刑法二二八条の二『解放減軽規定』の諸問題」秋田法学四一号（二〇〇三年）一三五頁、和田俊憲「被拐取者解放減軽における『違法減少』と『違法減少阻却』」慶應法学七号（二〇〇七年）一六九頁。

(10) ドイツ刑法三〇六条e第一項。放火罪の既遂成立後も、行為者が自由な意思により、著しい損害が発生する前に消火した場合は、任意的に減免されるとされている。なお、出火の原因となった先行行為が失火（同三〇六条d）の場合には無罪となる（同条二項）。また、「有効な悔悟」は、放火罪だけでなく他の罪にも定められている（同三一四条a、三二〇条、三三〇条b）。

(11) 場合によっては自首による任意的減軽（刑法四二条）も含まれると思われる。なお、刑法における損害の回復という観点から、これらの「利益提供型」の規定を再構成しようとする見解として、高橋則夫『刑法における損害回復の思想』（一

九九七年）一四頁以下、参照。

（12）いわゆる刑事製造物責任といわれている領域も、事実上これに属するものと思われる。

（13）川端博『現代刑法理論の現状と課題』（二〇〇五年）二三五頁以下〔井田良発言〕は、中止犯は、刑罰を科すようなネガティブなサンクションではなく、ポジティブなサンクションとして捉えられるとする。すなわち井田は、中止犯を、「先行する行為ゆえに本来であれば未遂犯として（さらにはそこに含まれる既遂犯として）処罰され得る場合に、中止行為を行うことを条件として、刑の減軽または免除を認めるということは、行為者に対し一定の利益の付与を認めることにほかならない」ものとしている。

（14）山中敬一『中止未遂の研究』（二〇〇一年）六九頁、参照。

（15）山中・前掲註（14）六五頁。

（16）山中・前掲註（14）六九頁。

（17）このような山中の見解とは反対に、野村稔『未遂犯の研究』（一九八四年）四五二頁以下は、刑法規範は法益保護を任務とするが、「そのためにまず第一に、最善の策として、刑法規範は、行為規範として、その評価機能の面より一般人をして法益侵害の危険を感ぜしめる行為を違法と評価し、犯罪避止義務を課すことによってこのような行為に出ないことを決定機能の面より行為者に命じ、これを期待するものであり、それが裏切られ、犯罪の実行に着手した場合は、第二に、次善の策として、いまだ実行行為の途中にある場合には、その状態を違法と評価し、犯罪中止義務を課すことによってさらに実行行為を継続しないよう命じ、これを期待するものであり、またそのまま放置すれば結果が発生してしまうという場合には、第三に、三善の策として、そして最後の手段として、そのような状態を違法と評価し、結果防止義務を課すことによって結果の発生を防止するよう命じ、これを期待するものである」としている。この理解に対して、山中・前掲註（14）九九頁以下は、「あらゆる実行行為者に犯罪中止義務が課せられているものとすると、刑法は、なぜ『例外的に』中止義務を果たした者に刑の減軽・免除という効果を与えたのであろうか」と疑問を呈するほか、「原理的問題に立ち返って批判するならば、そもそも一般国民に対して『犯罪避止義務』が課せられているという考え方自体が、あらゆる犯罪を義務犯とする見解であり、法益侵害を違法とする見解と相容れないのであって、野村教授の基本的な違法観に問題があるといえよう」と批判する。

(18) 中止犯の事案ではないが、大阪高判平成一六（二〇〇四）年四月二二日判タ一一六九号三一六頁も、ホームページの掲示板に他人の名誉を毀損する記事が掲載された事案について、名誉毀損罪の犯罪終了時期を検討する際、「自らの先行行為により惹起させた被害発生の抽象的危険を解消するために課せられていた義務」を問題とするも、犯罪が終了するまで継続していたであろうその義務違反自体を、不作為犯として理解しているわけではない。

(19) 最決昭和五三（一九七八）年三月二二日刑集三二巻二号三八一頁（いわゆる熊うち事件）では、自己の過失傷害後の、自己の殺人行為の介在が問題となっているが、たとえ先行作為行為が故意行為であったとしても、以上の理由に基づいて、後続の作為について殺人罪が成立することは肯定される。

(20) 山中・前掲註（14）六四頁以下も、「それ〔中止犯の規範構造―引用者註〕は、結果回避義務ではない。いったん、規範侵害の決意を行った者に対して、さらに結果回避の義務を課し、それを遵守することを強要し、その違反者に対しては、刑を加重するというのであれば、中止犯が原則で、障害未遂は、加重処罰の対象であるという規範構造とすべきであるが、……現行法の規定は、中止犯の刑を減免するものとしているからである」とする。

(21) BGH, Urt. v. 24. 10. 1995 = NStZ-RR 1996, 131 は、原判決が傷害致死罪と遺棄罪（置き去り）の成立を認めた事案に関し、同事案では、当初の作為行為が殺人の故意による可能性があり、そうだとすると被告人が事後的に被害者の死を回避する義務はないとして、「故意により結果を意欲あるいは甘受する行為者は、同時にそれを回避するよう義務づけられるものではない」と判示する。また同判決は、たとえ被告人が置き去りの際に殺人の故意を放棄していたとしてもその結論は同じだとし、「刑法二一一条〔遺棄罪―引用者註〕は人の生命を保護する危険犯である。この法益を故意により攻撃する場合、行為者が後で思い直し、救助すれば、確かに中止という刑罰減軽事由を得ることができるが、法的救助義務は存しない」と判示している。もっとも、これに対して、Urlich Stein, Garantenpflichten aufgrund vorsätzlich-pflichtwidliger Ingerenz, JR 1999, S.265ff は、殺人の故意による先行行為に基づいても結果回避義務が生じるとしている。また、岩間康夫「故意的先行行為に基づく保障人的義務」産大法学三四巻三号（二〇〇〇年）三〇頁も、「先行行為者がその最中に結果を意欲・認識していたことのみを以て、直ちにかつ一律に作為義務が排除されるべきではないと考える。何故なら、過失のみ、あるいは見解によってはそれすら有しなかった先行行為者にも保障人的義務が課されるのであり、先行行為が故意によろうと客観的状況はこれらの場合と変わるところはないからである」として、過失の先行行為でさえ

義務を認めるのであれば、故意であればなおさらであるとし、シュタインの主張に理解を示している（Vgl. auch Hans-Joachim Rudolphi, in : Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil, Band 1, 33. Lieferung, 7. Aufl., 2000, § 13, Rdn. 42a. ; Kristian Kühl, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2002, S. 725f）。確かに、シュタインが、当初の作為犯によって後続の不作為犯も一括して評価されているのではなく、当初の作為犯とは別個に後続の不作為犯の成立可能性があるとした点では妥当であるけれども、しかし、「勧奨」としての中止犯が認められている範囲内に、「制裁」として侵害回避を義務づけるとする点には同調しえない。

なお、Joachim Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 108f は、不作為犯の介在によって背後の作為犯の正犯性が否定されるとする Rudolf Ortmann, Zur Lehre vom Kausalzusammenhang, GA 1875, S. 280 に対して、「ドイツ刑法二四条一項前段に基づいて、単独正犯は、結果の発生を阻止することにより、実行を中止することができる。それゆえ、中止は、正犯者が（彼自身が創出した）危険を未だ回避できることを前提としている。違法な先行行為に基づいて保障人として義務づけられた危険の回避を、正犯者が不作為したならば、確かに、不作為によっても可罰的となる。しかし、その不作為の可罰性は、すでに完成している作為犯のために、その作為犯の背後に隠れる。すなわち、この場合は、後続の不作為犯（nachfolgenden Unterlassen）のために、先行の作為犯に結果が帰責されえない事例ではない。もし不作為が帰属を妨げるのなら、中止犯というものが不可能になってしまう」と指摘する。

(22) 中止犯で見られる規範構造は、中止犯以外の「利益提供型」救助行為促進規定にもあてはまるべきものと思われる。つまり、身の代金目的拐取罪における解放による必要的減軽、偽証罪・虚偽告訴罪における自白による任意的減免、「有効な悔悟」における任意的減軽でも、「勧奨」より既遂後の継続する侵害の回避が促進されているにすぎない。それらの規定においても、一つの当該法益侵害に対して、先行の作為行為の終了後（既遂成立後）もなお危険が存在する場合に、「制裁」のもとで侵害の回避が義務づけられるのではなく、「勧奨」により侵害の回避が促進されているのである。そのようにして、犯罪が成立する行為が、事後的な回避義務違反ではなく、当初法益侵害を惹起した先行の行為にこそ求められる構造となっている。

他方、高橋・前掲註（11）二三頁以下は、既遂成立後は中止犯が成立しないことによって「損害回復行為を促す可能性が大幅に制限されることになる」ことから、「損害回復としての中止を拡大するために、犯罪の実質的な終了時期を考慮し、

黄金の橋を架ける必要がある」とし、既遂後も一定の時期まで中止犯を可能とする必要があると指摘している。

(23) 本稿・第四章第二節第三項の２（北大法学論集五七巻四号一一三頁以下）、参照。

(24) 高橋・前掲註（11）一頁は、刑法における損害と法益侵害について、「損害という点は『法益侵害』という概念を通して刑法の中で考慮されている、という考え方もあり得るであろう。しかし、法益侵害という概念を用いた場合には、被害者の損害という点は客観化され、これによって匿名的な損害に抽象化されてしまうことになる。そして、このような抽象的損害だけが刑法によって除去される結果となる。すなわち、法益保護は、潜在的被害者に関わるものであり、現実的・具体的な被害者の保護を包含するものではない」とする。

(25) 葛原力三「不真正不作為犯の構造の規範論的説明の試み」刑法雑誌三六巻一号（一九九六年）一三八頁以下は、近時有力に主張される、作為・不作為に共通する処罰根拠を探る見解に対して（Vgl. Georg Freund, Erfolgsdelikt und Unterlassen, 1992; Günther Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991, 7/58, 28/14）、そうした考え方は、「不真正不作為犯の例外性を隠蔽し、作為犯の処罰根拠を希薄化する危険をも有している」と指摘する。

(26) 札幌地判平成一五（二〇〇三）年一一月二七日判タ一一五九号二九二頁。

(27) 島田聡一郎「不作為による共犯について（一）」立教法学六四号（二〇〇三年）四六頁以下（以下、同論文は、「島田・不作為共犯（一）」と引用する）、参照。同四五頁以下は、真正不作為犯においては、たとえ共犯的な関与であっても正犯とされる、統一的正犯概念がその範囲で認められているとする。そして、そのように正犯のみを認める特殊な構成要件は、「①そうした例外を認める趣旨が条文の文理から読み取れ、さらに、②そうした例外的な取り扱いを正当化するに足る実体的あるいは政策的な特別の事情がある場合に限ってそのような存在を認めるべきである〔引用文中、ⅰⅱを丸数字に改めた―引用者註〕」とし、道交法の救護義務違反、保護責任者不保護罪が、統一的正犯概念が妥当する規定であるとしている。本文に示した不真正不作為犯とは異なる真正不作為犯の性質は、この検討に際して述べられたものである。

(28) 平山幹子「判批」法学教室三〇六号（二〇〇六年）別冊付録・判例セレクト二〇〇五・三〇頁は、「殺意の有無によって両罪〔不作為による殺人罪と保護責任者遺棄致死罪―引用者註〕は区別されるようにもみえるが、不作為による殺人は原則として不保護による保護責任者遺棄致死罪を予定しているともいえ、殺意の存在から直ちに殺人罪の成立を導いてよいかは疑問である」とする。

(29) 近時、山口・前掲註（1）二四頁以下は、保障人的地位を行動の自由の制約を正当化するための要件として根拠づける見解に対し、「それによっては、真正不作為犯についても妥当すべき、不作為処罰の正当性の一要件が問題とされるだけである」と指摘している。同指摘については、同『新判例から見た刑法』（二〇〇六年）三九頁以下も参照。

(30) 佐伯仁志「不作為犯論」法学教室二八八号（二〇〇四年）六〇頁・註（25）。

(31) Vgl. Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch, 10. Aufl., 1995, S. 270.; Kristian Kühl, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2002, S. 718f. 高山佳奈子「不真正不作為犯」山口厚編著『クローズアップ刑法総論』（二〇〇三年）六五頁も、参照。

(32) この事例は、先行作為犯が過失により自動車で被害者を撥ねた後に、故意に不作為をした事案である、浦和地判昭和四五（一九七〇）年一〇月二二日刑月二巻一〇号一一〇七頁を参考にしたものである。同事案では、結果的に被害者は救助されている。同判決は、被告人について、業務上過失傷害罪と殺人未遂罪が成立するとしている。なお、類似の事案として、東京地判昭和四〇（一九六五）年九月三〇日下刑集七巻九号一八二八頁がある。この東京地裁判決の事案では、同様に、事故後、被害者を搬送すべく自己の車に乗せたものの、後に搬送意図を放擲し、被害者は遺棄に向かう途中の車内で死亡した。同東京地裁判決では、現場に放置されていれば、二四時間以上は生存しえたけれども、結果的に事故後三時間ほどで死亡したことが認められている。

(33) 佐伯仁志「保障人的地位の発生根拠」香川達夫博士古稀祝賀『刑事法学の課題と展望』（一九九六年）一〇八頁以下は、事実上の引受けによる作為義務は、引受けによって法益に対する危険を新たに創出したか、存在した危険を増大させた場合に認められるとして、「交通事故の被害者を病院に運ぶために車に乗せて走り出した者に刑法上の作為義務を認め得るのも、歩行者をその場に放置すれば第三者によって救助される可能性があったのに、自ら車の中に引き受けることによって第三者の救助の可能性をなくしてしまい、被害者をより危険な状況においたからである」としている。

(34) 高山・前掲註（31）四四頁以下も、参照。

判例において、前橋地裁高崎支判昭和四六（一九七一）年九月一七日判時六四六号一〇五頁は、小児麻痺のために歩行が困難な老人Zを、騙して山中まで連れ出して、現金をひったくった上、Zを厳寒期の山中に置き去りにした被告人Aについて（なおZは後に救助されている）、「自動車を運転してその場から立ち去る行為自体は作為の行為であるが、被害者

の生命侵害はその行為自体によってもたらされるのではなく、被害者を危険な場所に放置することによってもたらされるのであるから、自動車を運転してその場から立ち去る行為は、その行為によって、作為義務ある者が作為義務を果たさないことが明確になるという意味をもつに過ぎず、この行為自体を殺人未遂の実行行為と解することはできない」として、不作為による殺人未遂の成立を認める。

なお、同事案には、情を知らずにAに付き添い、犯行の直前にAの意図を打ち明けられ、一度は反対したものの、しぶしぶ協力した共犯者Bが存在する（立ち去る際に自動車を発進させたのがBである）。このBについて、同判決は、Bが情を知らずに付いてきたにすぎない以上、（訴因である殺人未遂罪の関係では）作為義務を負わないとした上で、「作為義務がない以上は、同被告人〔B〕は殺人未遂の正犯たり得ないのであり、たかだかその幇助犯となり得るに過ぎない」と判示している。学説上、このBについて、不作為による幇助と理解する見解がある（内田文昭『刑法概要（中）』（一九九九年）五〇八頁以下、同「不真正不作為犯における正犯と共犯」神奈川法学三四巻三号（二〇〇一年）六二頁以下）。しかし、同判決は、Bの作為義務を否定している上、自動車の運転行為自体は、Aに関する判示において、「自動車を運転してその場から立ち去る行為自体は作為の行為」と認めている。そうだとすれば、Bについては、不作為による幇助ではなく、不作為犯に対する作為による幇助と見るべきである（同旨、島田・不作為共犯（一）（前掲註（27））二九頁以下）。

(35) なお、例えば、父親Xは、わが子Z（成人）の店が他人Yによって鉄条網を張り巡らされ業務が妨害されているのを発見したものの、これを放置した、という事案は、確かに不作為関与が問題となる事案であるが、そこでの義務の否定は、本文で示した不作為関与独自の規範的根拠に基づくものではない。すなわち、その事例では法益保護義務の有無が問題とされるが、しかし成人である息子Zは自ら事態に対処できるのであるから、すでに「脆弱性」（Vgl. Bernd Schünemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971, S. 229）が否定され作為義務が否定される。そうだとすれば、そこでの義務は先行作為犯の存否にかかわらず否定されるのであるから、不作為関与独自の規範的根拠に基づく義務の否定ではない。そこでの義務の否定は不作為犯一般にあてはまる根拠に基づくものである。例えば、前日の洪水によって鉄条網がZの店の前に流れ着き、同じように業務が妨害されていたとしても、やはりXの義務は否定されよう（もちろん成人であるからといって必ずしも脆弱でないとはいえず、成人であっても保護義務が認められるべき場合はある。例えば、泳げない成人の息子を父親が発見したならば、いくら成人であっても、その事態に対処できない点は幼児の場合と同じで

あるから、その場合には、父親には救助義務が認められるべきことになると思われる（島田・不作為共犯（二）（前掲註（4））二三二頁、参照）。

（36）東京高裁平成一四年三月一三日判決（前掲註（9））において、先行行為者がすでに被害者を略取してそのまま監禁を継続していた状況において、その監禁の途中から事後的に関与した被告人に営利目的略取罪が成立するかが争われた。しかし、これまでの学説は、そのような被告人の罪責を検討するに際して適切な受け皿となる問題領域すら有していない（同判決を詳しく検討したものとして、松尾・前掲註（9）三四三頁）。

〔付記〕　本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（二〇〇五年三月二五日授与）に補筆したものである。なお、補筆にあたっては、平成一八・一九年度日本学術振興会科学研究費補助金（若手研究（スタートアップ））に基づく研究成果の一部を取り入れた。

論　説

被害者の承諾（二）

――各論的考察による再構成――

佐藤陽子

目　次

序論
第一章　国家・公共の法益に対する罪と被害者の承諾
第一節　はじめに

（以上五八巻三号）

第二節　虚偽告訴罪
一　日本の議論
（一）国家的法益保護説
（二）個人的法益保護説
（三）国家的・個人的法益保護説
二　ドイツの議論
（一）国家的法益保護説
（二）個人的法益保護説
（三）国家的・個人的法益保護説
三　私見
四　まとめ
第三節　特別公務員暴行陵虐罪
一　日本の議論
二　ドイツの議論
（一）ドイツ刑法一七四a条一項・一七四b条一項の議論
（二）ドイツ刑法三四〇条の議論
三　私見
（一）特別公務員暴行陵虐罪の保護法益
（二）有効な承諾のための要件
四　まとめ
第四節　小括
第二章　財産に対する罪と被害者の承諾
第三章　自由に対する罪と被害者の承諾

（以上本号）

第四章　生命・身体に対する罪と被害者の承諾
結語　～総論的考察への示唆～

第一章　国家・公共の法益に対する罪と被害者の承諾

第一節　はじめに

これまで総論的な検討の中で確認された原則に基づけば、被害者の承諾は当該法益を自由に処分できる法益所有者が自己決定に基づいて法益またはその法的保護を放棄することによって、犯罪阻却の効果を有するものである。そのため当該法益を所有しない者の承諾は、刑法的に何の価値も有さない。(1) つまり被害者の承諾が有効に成立するためには、被害者に当該法益の処分権が存在していなければならないのである。保護法益となんらかかわりのない者の承諾（自己決定）は当該法益の刑法上の評価になんら変化を与えることはできず、ゆえに、国家・公共の法益に対する罪に関しては、被害者の承諾の有効性は一般的に否定されるのである。

しかし、国家・公共の法益に対する罪であっても、当該法益に関係する私人が存在するようにみえる犯罪類型が少なからず存在する。この類型は、以下の三つに分類することができるだろう。

一つ目は、国家・公共の法益を保護した構成要件が、可罰的な行為態様として私人の承諾によって排除されうるような文言（又はその解釈）を用いている場合である。

たとえば、私文書偽造罪においては、文書作成にかかる名義人の承諾は、場合によっては犯罪の成立を妨げることができる。しかしここでいう名義人は、私文書偽造罪の保護法益である公共の信用の所有者ではないし、たとえばコンビニのレジ係のように法益所有者にかわって処分の権限を持つ者でもない。いわば保護法益に関してまったくの第三者である。それにもかかわらず彼の承諾が犯罪の成立を妨げるのは、名義人の承諾が、私文書偽造罪の可罰的な行為態様「有形偽造」を否定する要素となりうるからである。[2] つまり名義人の承諾は「名義人と作成者の人格の同一性」を判断する一材料であって、法益の放棄や法的保護の放棄とは直接関係のないものである。[3]

このような承諾は本稿が議論の対象とする被害者の承諾とは異なる性質を有しており、その性質や有効性は当該犯罪の文言とその解釈だけが定めることができるので、第一類型における承諾は、総論的に議論された承諾論の諸テーゼの射程外にあるといえる。

続いて二つ目の類型は、範囲の特定が可能な「公共」を構成する被害者の承諾である。この類型は比較的最近注目され始めたばかりの類型であるのだが、このような類型を認める見解によれば、公共の危険等を保護する構成要件において、当該行為と関係した「公共」[4]の範囲が特定できる場合には、その地域に住むすべての人の承諾でもって犯罪の成立を阻却することができるという。

それはたとえば非現住建造物放火罪といった公共の利益を保護した構成要件の場合に問題となる。このような承諾は公共危険罪としての性質と、個人の財産に対する罪つまり毀棄罪としての性質の双方が含まれる現住建造物放火罪において、当該建造物の現住者の承諾があれば、個人の財産は保護の対象からはずれ、行為者の処罰は非現住建造物放火罪の範囲に留まる場合[5]とは異なる。ここではさらに非現住建造物放火罪の公共の利益の部分も放棄されうるとするのである。つまり、放火で生じる危険が及びうるすべての者が当該行為と結果に同意している場合には、被害者の同意によ

り非現住建造物放火罪の成立さえも違法性が阻却され、否定されることになる。なぜなら、社会的法益であっても、「具体的かつ有限な被害者を観念できる場合には、なおそれらの者による同意があれば、法益の処分は可能であるように思われる」[6]からである。「放火罪の保護法益は、抽象的には公共の危険ではあるが、具体的な事例における被害者は、社会一般という抽象的な存在ではなくして、その放火行為による類焼可能な範囲に居住・生活する住民等ということがいえるであろう。したがって、こういった特定された被害者の同意があれば、なおこれらの類型では、違法性ないし構成要件該当性を阻却する場合がありうることになる」のである[7]。

このような見解の基礎となっているのは、公共の利益は個人の利益の複合体であり、当該行為に関係した公共の利益の範囲ですべての人がそれを放棄したのならば、そこには保護すべき利益は存在しないという考えであろう。しかし注意すべきは、ここでの被害者はあくまでも公共の利益という大枠を放棄したのではなく、その中にある自己の利益という点を放棄したにすぎないということである。それゆえ、個人の承諾の複合体が犯罪を阻却する前提として、その承諾の複合体が当該犯罪の公共の危険の範囲をすべてカバーしていること、つまりそれ以上公共の危険が生じないことが必要である[8]。堂々巡りとなりうるこのような承諾の理論は、その性質に鑑みると、本稿が検討の対象としているような、独自の犯罪阻却根拠である被害者の承諾の問題というよりは、公共の危険の一判断材料であると言った方が適切であるだろう。とはいえ公共の危険の判断材料としてのこのような承諾は本稿でいう被害者の承諾と同じ性質をもっており、被害者の承諾論とリンクして論じる価値は十分にある。

たとえば個人の法益を放棄する前提として被害者が当該行為の射程範囲を十分に認識していることは当然必要であり、壁を焼く程度の延焼だと思っていたのに、家が全焼したあるいは被害者の死傷という結果が生じた場合には、公共の危険判断の中でも、その承諾を無効にすべきであろう。それ以外にも承諾の有効性は、個々の個人的法益を保護する

規定、すなわち建造物損壊罪や傷害罪のそれと同じ基準をあてはめることができよう。

ただし、その一方で、第二類型の承諾には個人的法益に対する罪における承諾論のテーゼをあてはめるだけでは解決しきれない問題があるように思われる。それは、たとえば他に延焼の危険のない場所で個別具体的な損害を十分に認識せずに行われた放火への承諾の場合に、つまり当該個人の同意としては無効であったが、同意者以外の法益には危険が発生するおそれがまるでなかった場合に、発生した結果を行為者が被害者の個人の財産に対する罪、つまり建造物損壊罪や傷害罪として負うのか、あるいは公共の利益の一部を構成するものの侵害として（放火罪として）負うのかという問題である。ここでは不十分とはいえ承諾を表明することで特定された個人が、それによって公共という枠組みから外れるかどうかが問題になっている。場合によってはこの解決は、無効な承諾を与えてしまった個人の数に左右されることになるかもしれない。これは公共の危険が、どの程度の不特定・多数性を要求しているかという問題と密接に関係していると思われるが、公共の危険の概念、そしてこの問いに対する答えは後の研究にゆだねたい。

最後に三つ目の類型は、確かに国家・公共の法益に対する罪として分類された犯罪類型ではあるが、特定個人の利益保護のためにも貢献するような犯罪類型における承諾である。虚偽告訴罪や特別公務員暴行陵虐罪がこれにあたる。ここでは国家・公共の法益と特定の個人の法益がともに保護されており（あるいはそのように見えており）、このような場合に、個人的法益部分の処分権をもった被害者の承諾の有効性が問題となる。

具体的にいえば、この類型における個人的法益は、それ単独で保護されていたのであれば放棄可能なものでありうる。そしてその部分に係る承諾は、通常被害者の承諾で取り扱われるのと同じ性質のものであり、ここではともに保護された国家的法益との関係で、そのような承諾の有効性が問われることになるのである。すなわち、個人的法益の放棄として有効な承諾は、国家・公共の法益がともに保護されている場合においてもその有効性を維持できるのかという問題で

ある。この第三類型における承諾こそ、本稿がその議論の対象とする、固有の犯罪阻却事由としての承諾であるといえよう。

しかし、第三類型の検討の際におこなわなければならないことは、まず実際にその構成要件が国家・公共の法益と個人の法益をともに保護しているのかを検討することである。そこで国家的法益しか保護されていないのなら、個人の承諾は何の重要性ももたないし、個人的法益しか保護されていないのなら、被害者の承諾は有効のままであろう。国家・公共の法益と被害者の承諾を論じる際に、問題となっている構成要件の法益を確定することは必要不可欠な作業なのである。そして、国家・公共の法益と個人の法益の双方が保護されていることが確認されてはじめて、特別な類型としての被害者の承諾が問題となる。

また仮に、被害者の承諾が有効となりうるのであれば、続いてそれが有効に成立する要件についても検討しなければならないだろう。国家・公共の法益がともに保護されているような特別な状況下の承諾に、個人的法益に対する承諾と同じ要件を適用できるかはなお疑問である。

以上のように本稿がその議論の対象とするのは、第三類型における承諾である。国家・公共の法益と個人の法益がともに保護されているようにみえる犯罪類型における被害者の承諾の有効性とその成立要件を、各論的に、しかし総論的な視点を加えながら検討していくことで、国家・公共の法益に対する罪における被害者の承諾の性質を明らかにしたい。当然のことながらここでは第三類型に分類されるすべての犯罪類型を扱うことはできないが、第二節では虚偽告訴罪を、第三節では公務員暴行陵虐罪を例にあげて検討することによって第三類型に分類されるすべての構成要件に適用可能な一般原則を導いていきたい。

第二節　虚偽告訴罪

日本刑法一七二条は虚偽告訴罪として「人に刑事又は懲戒の処分を受けさせる目的で、虚偽の告訴、告発その他の申告をした者は、三月以上十年以下の懲役に処する」と規定している。本条文は、二十章「偽証の罪」と二十二章「わいせつ・姦淫及び重婚の罪」の間、二十一章に位置する。

虚偽告訴罪は、これまでいくつかの重要な変化を経て現在にいたっている。(9)

旧刑法時代には、虚偽告訴罪はフランス法の影響をうけて、誣告および誹毀の罪として、個人の名誉に対する罪に分類されていた。(10) しかし旧刑法から数年にわたる試行錯誤を経て、明治四〇年の新刑法においてはそのような性質が否定されることになった。(11) 新刑法の条文（但し平成七年の改正まで）は虚偽告訴罪（当時は誣告罪という名称であった）を「人をして刑事又は懲戒の処分を受けしむる目的を以て虚偽の申告を為したる者は第一六九条の例に同じ」と規定し、その条文に偽証罪を援用していたのであり、そのことから新刑法は誣告罪を偽証罪と同じく国家に対する罪、とりわけ司法機能に対する罪に分類したものであると理解されたのである。実際、旧刑法から新刑法へと転換する時期に出版されたいくつかの著書によると、誣告罪の本質は「裁判の公平を誤らしめんとする」(12)こと、「司法権を侵害する」(13)ことであり、旧刑法が誣告罪の本質と捉えていた名誉侵害や身体に対する侵害は、むしろ本罪の結果にすぎないと評価されていた。(14)

しかし、新刑法の規定には、まだその保護法益が個人の利益にもあると理解できるような文言が存在していた。それは「人をして刑事または懲戒の処分を受けしむる目的で」という文言である。仮に、純粋に国家的な法益のみが保護されているのであれば、このような文言は不要であるようにも思われる。そして平成七年の改正で、かつての「第一六九

条の例に同じ」という文言が「三月以上十年以下の懲役に処する」に変更されたことで、虚偽告訴罪の保護法益に関する議論はなお慎重におこなわなければならなくなったのである。

前述のように、虚偽告訴罪と被害者の承諾の関係を論じるにあたって重要なのは、その法益論である。仮にそれがもっぱら国家の法益に対する罪であるのならば国家的法益の処分権を有さない被誣告者の承諾は無意味であるし、もっぱら個人的法益に対する罪であるというのであれば、承諾は有効なままであろう。つまり、被害者の承諾の有効性を判断するためには、まずその法益を確定しなければならない。そして、国家と個人、双方の利益に対する罪だと解される場合にはじめて、国家・公共の法益に対する罪と被害者の承諾の問題が出てくるのである。

以下では、まず日本の学説が、虚偽告訴罪の法益をどのように理解しているかについて検討し、続いてドイツの議論についても言及する。ドイツにおいては、虚偽告訴罪の法益に係る議論は日本よりも熱心におこなわれており、このような議論は日本の虚偽告訴罪を検討するにおいても参考になるであろう。そして、これらの考察から虚偽告訴罪の法益を確定し、その過程をあきらかにすることで、国家・公共の法益と個人の法益がともに保護されているようにみえる犯罪類型一般に適用できるような、法益の性質を確定する方法論を確立したい。そうすることで総論的に検討された被害者の承諾論の諸テーゼの射程を、改めて明確に定めることができるのである。

一　日本の議論

（一）国家的法益保護説

フランス法の影響を受けて個人的法益の保護を目的とした旧刑法に対し、ドイツ法の影響下で制定された新刑法の虚

偽告訴罪（当時の誣告罪）は、制定当時はもっぱら国家的法益に対する罪であると解されるのが支配的であった。[15] それには、誣告罪の刑法典上の配置が、あるいは「第一六九条の例に同じ」という偽証罪を援用する文言がプラスの材料を与えていた。しかしそれ以後、自由主義的な思想の広がりや「人をして刑事または懲戒の処分を受けしむる目的で」という文言との関係で、虚偽告訴罪は個人的法益をも保護した犯罪類型であるという考えが広まっていったのである。

だが、このような個人的法益を顧慮した見解の台頭にもかかわらず、虚偽告訴罪を専ら国家的法益に対する罪と解する見解もなお受け継がれている。[16] この見解は、「誣告はそれによって国家権力の無用なる発動を惹起し、時には国家の強制処分又は審判権の適正を誤らしめるのであるから、その点において国家的法益を害することは明らかであ」ると主張し、[17] 国家的法益が虚偽告訴罪の保護法益であることをまず確認する。[18] その主な根拠となっているのは、偽証罪に並べて規定する立法上の体系づけである。

このような国家的法益保護の基礎に基づき、この見解は続いて虚偽告訴罪に個人的法益がともに保護されていないことを論証する。この点について、国家的法益保護説の論者は「若し誣告罪が刑事又は懲戒の処分に関し人を陥害する犯罪であるならば、陥害の手段は敢へて官憲に対する虚偽の申告に限定さるべきではない」[19] と指摘した。つまり、虚偽告訴罪の規定が名誉・身体といった個人の法益を不適切な国家権力の行使から保護することを目的としているのであれば、偽造の証拠を被疑者のポケットにいれたり、他人の所持しているものについて、他の者がそれを盗品であると憶測するようなことを言ったりするのも虚偽告訴罪となるはずだ、というのである。しかし現行法はそのようではなく、よって虚偽告訴罪内部における個人的法益保護の可能性が否定されるのである。

しかし国家的法益保護説は、現在ほとんどその支持を失っているといって過言ではないだろう。とりわけこの説が、虚偽告訴罪の刑法典上の分類と「第一六九条の例に同じ」の文言をその根拠としている点には批判が集中している。わ

が国の刑法は、必ずしも整然とした法益体系に従って犯罪規定を配置しているものではなく、また「第一六九条の例に同じ」の文言は刑についてのものであり法益の同一性を推認せしめるものではない[20]、あるいはそのような文言で保護法益の内容を決定するのは形式的な理由にすぎない上、個人の法益を直接的に侵害しない偽証罪との対比から虚偽告訴罪の法益についても国家的法益のみを保護法益とする論拠は薄弱である、というのである[21]。

しかし、「第一六九条の例に同じ」という文言からは虚偽告訴罪の法益に関する立法者意思は読み取れないという批判は適切ではないだろう。前の条文に同じ法定刑を定めた条文が偶然存在していたからといって、立法者がまったく性質の異なる犯罪の条文を引用することは通常考えられない。また新刑法制定時に新刑法を解説する文献において、虚偽告訴罪がこれまでの個人的法益重視の立場から国家的法益重視の立場に変更したことが明示されていることから、「第一六九条の例に同じ」の文言はやはり、立法者が偽証罪と誣告罪の類似性に鑑みて用いた文言であるというべきである。とはいえ、この文言を法益論の根拠とするのは形式的すぎるという批判はその通りである。確かに、新刑法制定時に立法者が誣告罪と偽証罪を類似のものとして扱っていたことは否定できないが、そのような類似性が現在においてもなおあてはまるかは疑問であろう。また上述のように「第一六九条の例に同じ」の文言は、平成七年の刑法改正によってすでに「三月以上十年以下の懲役に処する」と変更されている。そのような変更がどのような理由でなされたのかは明らかではないが、いずれにせよこの変更によって、「第一六九条の例に同じ」の文言を根拠にする見解は、説得力を失ったのである。

さらに、虚偽告訴罪の刑法典上の分類に関しても、制定時にはそれなりに根拠をもって整然とした分類がなされたのだろうが、解釈がそれに盲目的に従って、時代に見合った法益論のさらなる発展をかまける口実にしてはならないだろう。ゆえに、仮に国家的法益保護説に依拠するのであれば、更なる根拠を必要とするように思われる。

なお国家的法益保護説によれば、虚偽告訴罪は専ら国家的法益を保護することになるので、ここでは個人の処分権の存在は考えられず、被誣告者の承諾は常に重要でないことになる。[22]

（二）個人的法益保護説

虚偽告訴罪は専ら国家的法益を保護するものだとする国家的法益保護説に対して、個人的法益保護説は、虚偽告訴罪を専ら個人的法益の保護を目的とした規定であると解する。これは、すでに述べたように、旧刑法の立場であった。[23]しかし、現在ではその支持を失っている。それは旧刑法から新刑法へと移行する過程で、虚偽告訴罪の性質が国家的法益保護を重視した立場へと変更され、そのように刑法典上分類されたことを学説が重要視しているからであろう。

（三）国家的・個人的法益保護説

虚偽告訴罪は国家的な法益と個人的な法益を同時に保護するものである、とするのが現在の通説・判例である。[24]それによれば、虚偽告訴がなされれば、国家の法益（とりわけ司法）が侵害されることに疑いはないが、その結果として被誣告者が捜査機関による捜査、身体の拘束、さらには刑罰・懲戒を受ける危険が生じるので、個人の法益も同時に侵害されることになる。ゆえに、虚偽告訴罪は国家的法益と個人的法益を同時に保護しなければならないという。このような見解において、虚偽告訴罪が個人的法益をも保護している点にプラスの材料を与えているのは、「人に刑事または懲戒の処分を受けさせる目的で」という文言である。[25]また、刑事または民事の名誉毀損事件において虚偽告訴が大きな割合を占めるということが、虚偽告訴罪は名誉または信用毀損と密接に結びついていることを示しているという。[26]

この見解は、虚偽告訴罪の法益として国家的法益があることを前提に、個人的法益をもその保護法益であると解する

わけだが、このような見解に基づけば被害者の承諾の有効性に関しては若干の検討を必要とする。なぜならば、個人の承諾は、当該個人に処分権のある法益を放棄する（あるいはその法的保護を放棄する）ものであるから、国家的法益と個人的法益がともに保護されている場合の被害者の承諾は、後者のそれだけにしかかかわっていない、つまり国家的法益の侵害は残っているからである。それゆえここで保護された法益のうちのひとつの侵害だけで虚偽告訴罪の成立が肯定されるかが次に問題となる。

通説・判例は、被誣告者が虚偽告訴に承諾した場合であっても、国家的法益の侵害だけで虚偽告訴罪の成立を肯定するが[27]、厳密にいえばこれには二つの立場がある。一つは国家的な利益の保護は個人の利益のそれよりも優先されるという立場であり[28]、二つめは、国家的法益と個人的法益は択一的に保護されていて、どちらか一方が侵害されれば虚偽告訴罪は成立するという立場である[29]。

前者の見解によれば、虚偽告訴罪において国家的法益保護の側面は個人的法益保護の側面よりも基本的なものであるので、たとえ被誣告者の承諾があったとしても、第一義的な保護法益である国家的法益が侵害されている以上、承諾は無効で虚偽告訴罪は成立することになる（以下，国家的法益優越説と呼ぶ）。

他方、後者の見解によれば国家的利益と個人的利益はいずれも虚偽告訴罪がその保護を目的とする法益であるので、たとえ被誣告者の承諾によって個人的法益の侵害が喪失したとしても、なお虚偽告訴罪の成立は免れないことになる（以下、択一的保護説と呼ぶ）。

しかしここで注意すべきは国家的法益優越説はなお理論的に十分に両法益の関係を明らかにした説ではないということである。つまり国家的法益優越説はたしかに国家的法益だけが侵害された場合の帰結を導くことはできるが、個人的法益だけが侵害された場合の帰結を導くことができない。虚偽告訴によって個人的法益のみが侵害される場合とは、た

とえば外国の司法機関に虚偽告訴がなされた場合なのだが、このような場合の解決を示さなければ、虚偽告訴罪でともに保護された二つの法益の関係を完全に説明することはできないだろう。しかし、仮に虚偽告訴罪成立のためには個人的法益の侵害のみでは十分でないという答えが返ってくるのであれば、それは個人の利益は国家の利益が侵害されているときでなければ保護されないということであるので、国家的法益のほかに個人的法益を別個保護する意味はなくなり、個人的法益は表現上の保護法益にしか過ぎなくなる。他方、保護されるというのであればそれは択一的保護説と同様であって、そこに優越をつける必要性はないことになる。国家的法益優越説はその考察の課程で通常は国家的法益保護説を否定するのであるから、必然的に後者を選択することになるだろう。(30)

判例は「誣告罪ハ個人ノ権利ヲ侵害スルト同時ニ當該官憲ノ職務ヲ誤ラシムル危険アルニ因リ處罰スルモノナルヲ以テ縦令被誣告者ノ承諾アリトスルモ本罪ノ構成ニ影響ヲ及ホスモノニ非ス」(31)として、被誣告者の承諾が誣告罪の成立に何の関係も持たないことを明らかにしている。判例のこのような言い回しによれば、国家的法益優越説というよりは択一的保護説に立つものと解するべきであろう。(32)また、一通の告訴状で数人を誣告した事例において、大審院は数個の虚偽告訴罪の観念的競合を認めており、これによっても判例が択一的保護説にたっていることを読み取ることができる。(33)

このような通説・判例に対しては、虚偽告訴罪の保護法益が国家・個人的利益を保護していると明言しながらも、被誣告者の承諾を無効とするのであれば、それは国家的利益のみが保護されているのと変わらないとの批判がなされる。(34)しかしこの批判は適切ではない。なぜならば択一的保護説にたてば、個人的法益のみが侵害された場合にも虚偽告訴罪が成立するという形で国家的法益保護説との帰結の差異が生じるからである。また国家的法益の侵害が存在するにもかかわらず、自己誣告罪が不可罰であることを挙げて国家的法益の重視に疑問を投げかける見解もあるが、(35)虚偽告訴罪が「人に刑事又は懲戒の処分を受けさせる目的で」と規定し、刑法においては通常「人」は「他人」を意味することか

らすれば、自己誣告の不可罰は法益論ではなく可罰性を基礎付ける行為態様の問題として導くことが可能であろう。実際多くの論者は、「人」という文言を根拠に自己誣告を虚偽告訴罪の範疇から排除しているのである。[36]

さらに択一的保護説には、国家的法益と個人的法益がともに保護されているというのであれば、虚偽告訴罪を構成するにたりる違法性は両法益を侵害することによって具備されるはずであるとの批判もなされている。[37]このような批判はもっともである。択一的保護説に依拠するためには、虚偽告訴罪の成立のためには一つ分の法益侵害で十分であることを示さなければならないであろう。

その一方で、同じ国家的・個人的法益保護説の中でも、被誣告者が虚偽告訴に承諾している場合に虚偽告訴罪の成立を否定する見解がある。この見解は、国家的法益と個人的法益は重層的に保護されるものと解する説である（以下、重層的保護説と呼ぶ[38]）。これは、前述のように自己誣告が不可罰であることや、被誣告者の承諾ある虚偽告訴罪の成立を認めることは国家的法益保護説と同じであるとの理由から主張されているが、このような主張が十分でないことはすでに述べた。ここで注目すべきは、「個人的法益侵害の危険性を考慮しなくてよい場合には、その類型的違法性が大幅に減少し、残る国家的法益侵害（の危険）のみでは、本罪に必要とされる不法としては不十分である」[39]との主張であろう。重層的保護説の基本的な発想は、二つの法益侵害分の不法がそろって初めて虚偽告訴罪として処罰に値する不法を手にできると解することにあるのである。ゆえに、個人的法益の侵害が欠如している場合には、虚偽告訴罪を成立させるための不法は十分でなく、結果として被誣告者の承諾は犯罪の成立を妨げることになる。

なお、この見解に対しては、虚偽告訴罪の被害法益の一たる個人的法益が、被誣告者の同意により侵害の違法性が失われる性質のものであることを論証しなければならないとの批判がなされている。[40]

このように日本の学説は、国家的法益保護説と、択一的保護説、重層的保護説が対立している。前二説に基づけば被

害者の承諾の有効性は否定され、最後の説に基づけば被害者の承諾の有効性は肯定されることになる。

二　ドイツの議論

続いて、ドイツにおける虚偽告訴罪の議論について検討する。

ドイツにおける虚偽告訴罪は刑法一六四条一項に「官署の手続き又は他の官署の処分をその者に対して惹起させ若しくは継続させる意図で、官署又は告発の権限ある公務員又は軍の上司又は公的に、間違っていると知りながら違法な行為や服務義務違反の嫌疑を他人にかけた者は、五年以下の自由刑又は罰金に処する」と規定されている。

ドイツにおいてもかつて虚偽告訴罪は個人の法益に対する罪、とりわけ個人の名誉に対する罪として規定されていた。[41] それが国家的法益保護の性質を帯びるきっかけをつくったのは、虚偽告訴罪を「公的な信義誠実に対する罪」の章に分類した一八四〇年のブラウンシュバイク公領における刑法典であった。[42] ブラウンシュバイク刑法は、仮に虚偽の告訴に名誉毀損が存在していたとしても二つの事象はまったく異なっているとし、虚偽告訴罪と名誉毀損罪を完全に区別した。このことで虚偽告訴罪は国家機関への侵害、つまり権利の保護のために存在している公的な設備が不正のために濫用されることに、その犯罪としての特徴を得ることになったのである。[43]

このようなブラウンシュバイク刑法の解釈は、その後ハノーバー刑法典、ハンブルグ刑法典にも受け入れられ、一八五一年にはプロイセン刑法典でも受け入れられ、虚偽告訴罪は国家的法益に対する罪として分類された。しかしプロイセン刑法の分類は表面的なものであって、プロイセン刑法の立法資料によれば個人的な法益がいまだに重要な地位をしめていたという。[44] この傾向は虚偽告訴罪に関してプロイセン刑法の体系と解釈を受け継いだライヒ刑法においても同

様であったが、一八九二年の判例（RGSt 23, 371）をきっかけに国家的法益に対する罪としての特徴づけが強くなっていったようである。[45]

（一）国家的法益保護説

国家的法益保護説のきっかけといわれているRGSt 23, 371の判例は、以下のような事案であった。

被告人Xは検察庁への告発においてYが二年前に厚板を数枚盗んだとの嫌疑をかけていた。しかし公判でXはYの窃盗は二年前ではなく一四年前におこなわれたものであったと証言を覆した。このような事実に基づいて原審は、Xが告発したYの犯行の時間と後にXが証言したそれとの時間差が大きいことから、二つの事実はまったく異なった事実であるとして虚偽告訴罪の成立を認めたが、ライヒ裁判所はこれを同一の事件として、ただXがYの時効という刑の免除事由を申し出なかった点だけを問題とした。そしてライヒ裁判所は、もし虚偽告訴罪の本質が中傷的な侮辱の罪（verleumderische Beleidigung）の特別な加重類型ならば、本罪の成立は告発された罪が被誣告者に帰責されるのが正当か不当かに左右されると認めることには根拠があるように思われるが、司法に対する罪であると解されたのであれば反対の事態になると考えた。そして本条の沿革にふれて、立法者の見解は個人的法益を重視したものでないと結論付け、これらのことから、「もし本罪の本質的な特徴が、虚偽告訴によって官署が不当な刑事的な手続きを動機付けられうること、それによって司法が危険にさらされることにあるのなら、[46]既存の刑罰阻却事由を黙っていた場合と行為を犯したこと自体を虚偽で主張した場合とを区別して扱う理由がない」として、被告人に虚偽告訴罪の成立を認めたのである。

この事例は、実際に被誣告者は告発された行為をおこなっているという点で、個人の名誉は侵害されていないことを出発点にしている。[47]そしてライヒ裁判所は、虚偽告訴罪は国家的法益に対する罪であるから、そのような個人的法益

の欠如では虚偽告訴罪を無効にはできないと考えたのである。このような見解はそれ以後も受け継がれ、他人に自己を告発させた虚偽告訴教唆の事例においてライヒ裁判所は虚偽告訴罪の成立を認め[48]、実際には証明が不可能で公務介入のきっかけにならなかった虚偽告訴の事例において虚偽告訴罪の成立を否定した[49]。ドイツ連邦最高裁判所の時代になると、このような国家的な機能のみを保護する傾向は影をひそめることになるが、ドイツの学説においては、国家的法益保護説は現在でも少数とはいえ支持を得ている[50]。

国家的法益保護説の論者は、まず国家的法益が保護されている根拠として刑法典上の分類と、虚偽告訴罪の既遂時期をあげている[51]。ドイツにおける虚偽告訴の罪は偽証等の罪の章と宗教等に関する罪の章の間に規定されており、また虚偽告訴罪の既遂時期は個人的法益が侵害されたときではなく、司法に届いたときである。これらのことから、虚偽告訴罪が国家的法益を保護した規定であることを導きだせるというのである。

しかしこのような主張は、確かに国家的法益保護説に有利ではあるが、少なくとも国家的法益をも保護法益とする択一的保護説を否定するための決定的な根拠にはならない[52]。それゆえ国家的法益保護説は虚偽告訴罪における個人的法益の存在を否定しなければならなくなる。

この点について、国家的法益保護説の論者は、まず個人的法益の保護は、名誉毀損に関する範囲では名誉毀損罪や侮辱罪の条文で、虚偽の告発ゆえに起こった手続きに伴う活動の自由や身体の侵害に関する範囲では、それぞれふさわしい構成要件の虚偽告訴者による間接正犯という形で十分対処できると主張した[53]。さらに虚偽告訴は必ずしも名誉を侵害しないとして、また仮にここで侵害される個人の利益を「被誣告者への危険（Gefährdung der Person des Bezichtigten）」と解しても、その正確な定義ができないことは憲法の明確性の原則に反するとして、個人的法益の保護を否定したのである[54]。

しかし、国家的法益保護説に対しては批判的な視線も多くむけられている。その批判は形式的なものから実質的なものまで多岐にわたっている。

形式的なものに関していえば、一六五条[55]の文言が被誣告者を「被害者（Verletzten）」と呼んでいることである[56]。ただ、このような批判に対しては、「Verletzten」という文言は必ずしも法益所有者を意味するのではなく、とくに社会的法益に対する罪では間接的な当事者が「Verletzten」とされることもあるという反論があり[57]、それは十分に納得のいくものであるように思われる。

他方で実質的な批判はいくつか挙げられるのだが、まず国家的法益保護説では、国内の者が他の国の司法機関に虚偽告訴された場合をカバーできないことが指摘されている[58]。つまり、個人的利益の保護が十分になされないというのである。ここでは、国家的法益保護説の帰結の正当性が問われている。

この点について国家的法益保護説の論者は、国内にいる人間を外国の機関に訴えても当該外国機関の個人に対する干渉可能性が低いので大きな危険はなく、名誉毀損罪等の個人を保護する個々の構成要件でその保護は足りると反論するのだが[59]、しかし反対の立場からは、ドイツ国外にいるドイツ国民にとって外国の官署への虚偽告訴の被告人になることは、外国人の地位や言語の問題、環境に不慣れであることや国によっては必ずしも捜査方法が人道的ではないことから、個人的法益を非常に脅かすことになるとの主張がさらになされていることに注意すべきである[60]。

また国家的法益保護説は一四五ｄ条[61]と一六四条との差異を見出せないという点でも批判されている[62]。一四五ｄ条は、日本でいう軽犯罪法一条一六号に類似の規定であり、虚偽の申告による司法機関の誤誘導を禁止する条文である。

しかし国家的法益保護説によれば、両者は法条競合の関係にあり、文言からもそれを読み取ることができるという[63]。法条競合とは同じ性質の異なった侵害段階において異なった刑法命題が存在することであり、それゆえに適用範囲の重

なり合う二つの条文の存在は何の矛盾もないことになる。[64]

なお国家的法益保護説によれば、そこには個人の処分可能な法益はないので、被誣告者の承諾は虚偽告訴罪の成立に何ら影響を与えないものとなる。[65]

（二）個人的法益保護説

ドイツにおける虚偽告訴罪は、日本と同様に沿革の段階で個人的法益保護を重視したそれから、国家的法益保護を重視したそれに意識的に変更されている。それゆえ、多くの論者が、国家的法益を少なくともここで保護された法益の一つとして数え上げている。

しかし、ドイツの個人的法益保護説は、少数ではあるが現在もなお強固に主張され続けている。[66]個人的法益保護説は自説への批判に答えることによって個人的法益保護を基礎付け、他説への批判を通して国家的法益保護を否定する。

たとえば個人的法益保護説には、上述のように、個人的法益は虚偽告訴によって必ずしも侵害されないという批判がなされる。[67]個人的法益保護説は、このような批判に対し、仮にそうだとしても虚偽告訴が当事者にとって真の危険を必然的に伴うことを見落とすことはできないと反論した。[68]

また個人の法益とは具体的に何かが明らかではないという批判に対しては、虚偽告訴罪で保護されるべき個人の法益とは、様々な利益の総体（例えば名誉、自己決定権、活動の自由、その他の人格権など）であるので、それにふさわしい短い名称は存在しないと主張した。[69][70]このように解すれば確かにここでの個人的法益は内容のあいまいな法益であるように思われるが、個人的法益保護説によれば、規定の構成要件メルクマールは確定しているし、解釈のために重要なのは個人の保護が問題であるか否かであり、個人の利益が詳細に何であるかではないから、このことによって一六四

条の構成要件的明確性の問題は生じないという。[71]

さらに個人的法益保護説には、もし虚偽告訴罪が個人の利益を（単独にせよ択一的にせよ）保護しているというのであれば、実際にその法益を侵害した一八五条以下や二二三条、二三九条や二四〇条[72]の刑の方が、それらの侵害の危険を惹起したに過ぎない一六四条よりも低くなってしまう点で矛盾しているとの批判[73]がなされている。それに対してこの説は、一六四条では、一つの法益への侵害のみが問題となっているのではなく、とりわけ強力な行為手段の利用の下で被誣告者の複数の法益が脅かされたことが問題となっているゆえに法定刑上の矛盾はないと反論している。[74]

その上で個人的法益保護説は、国家的法益保護説と重層的保護説に対しては、これらの説では他国の司法機関に対する虚偽告訴が虚偽告訴罪として評価されず、個人の保護が十分でなくなると批判[75]し、国家的法益保護説と択一的保護説に対しては、これらの説では個人的法益の侵害がない場合にも一六四条が成立することになり、一六四条と一四五ｄ条の違いを根拠付けることができなくなると批判した。[76]

以上のように個人的法益保護説は、虚偽告訴罪において個人的法益の保護は必要であり、逆に国家的法益の保護は結論の不当性ゆえに、あるいは現行法と矛盾するゆえに、保護法益として不適切であると主張したのである。

個人的法益保護説に基づくと、被誣告者が虚偽告訴に承諾しているときには、もはや被誣告者を保護する必要性はないので、被誣告者の承諾は有効に虚偽告訴罪の成立を妨げることになる。

しかし個人的法益保護説に対しては[77]、上述した批判以外にもいくつかの批判がなされている。これらの中には、刑法典上の体系的な分類に反するというものもあるが、それは日本の学説を議論する際に述べたように決定的な批判ではないであろう。

それに対して説得力を持つように見えるのは、一六四条二項[78]が一六四条一項の行為を一項で列挙された方法以外の

方法でなされた場合と同じ刑罰をもって威嚇していることから、「仮に個人的法益のみというのであればより危険の大きい一項のほうが重い刑罰が科されるべきではないのか」という批判である。[79] たしかにここで保護された個人的法益が、正確には法益侵害の危険であるというのなら、危険性のより高い一六四条一項の法定刑の方が高いものとなりうるであろう。

さらに、被誣告者の承諾のある虚偽告訴が一四五d条でしかカバーできない点も批判の対象となっているが、[80] このことは個人的法益保護説の当然の帰結であって、特別な重要性をもった批判ではない。

(三)　国家的・個人的法益保護説

国家的・個人的法益保護説は、虚偽告訴罪に二つの法益の存在を認める立場であるのだが、日本と異なりドイツでは重層的保護説はほとんどその支持を失っている。[81] なぜなら、その適用範囲があまりに狭いと考えられているからである。[82] ゆえに国家的・個人的法益保護説で問題となるのは択一的保護説であり、それこそがドイツの通説である。[83]

BGHの判例もこの立場をとっていて、フランス占領時代に占領軍の官署に虚偽告訴をした事例、[84] 別居中の妻がポーランドを旅行中に、夫である被告人が彼女はドイツのスパイであるという手紙をポーランドの警察官に対して送った事例、[85] 息子を庇うために息子の共同被告人などに依頼し虚偽の証言をさせて自己（母親である被告人）の犯行に見せかけた事例[86] に虚偽告訴罪の成立を認めている。また下級審においてもその傾向は同様であって、免停中に起こした事故を隠すために同乗者の承諾を得て同乗者が運転していたように見せかけた事例[87] で虚偽告訴罪の成立が認められた。前二者はドイツの司法機関に対する侵害はないが個人的法益の侵害がある場合であり、後二者は被誣告者の承諾が存在するために個人的法益の侵害はないが司法に対する侵害がある場合である。[88]

とりわけBGHSt 5, 66は自己の誣告を教唆した事例であり、ＢＧＨは、自己誣告は一六四条を構成しないとするにもかかわらず自己の誣告教唆については躊躇なく一六四条を適用している。ここでは、「被害者の同意はその人に当該法益についての処分権があるときにのみ注目に値する。このような前提は一六四条には存在しない。この規定は確かに誤って導かれた官署の失策から個人を保護することにも貢献する。それは一六五条の規定にも、また行為者は被誣告者に手続きを惹起する意図を持っていなければならないという表現からも見出せる。しかしさらに一六四条は国家の司法を保護していて、公的な利益の保護のために公布されたのである。一四五ｄ条に基づくのと同じように不当な要求と犯罪の訴追に取り組む官署の誤誘導は妨げられるべきである。法によって同時に保護されているこのような法益についての処分権を被害者はもたない。従って同意は問題でない」との判断がなされた。また両法益のどちらが優先的に保護されるかは重要ではなく、仮に立法者が個人の法益を優先すると解していたとしても同意は無効であり、「なぜなら、他方の目的はそれが考慮されないままであることが許されるほど重要ではないと考えることはできないからである」と解した。[89]

自明のことながらドイツの通説・判例である択一的保護説が論証しなければならないのは、個人的法益の存在と国家的法益の存在である。

その重要な根拠の一つとしてあげられているのは、択一的保護説こそが実際に柔軟で適切な解決が導けるという帰結の妥当性である。[90]柔軟で適切な解決とは、外国の司法機関への虚偽告訴も、被誣告者の承諾ある虚偽告訴も一六四条でカバーできるということである。

またこの見解にとりわけプラスの材料を与えるのは、一四五ｄ条の存在と文言であるとされている。[91]一四五ｄ条がすでに司法を保護しているという事実は、国家的法益保護説をとった場合に一六四条と一四五ｄ条それぞれの存在価値に疑問を投げかけるし、逆に一四五ｄ条が一六四条成立時には適用されないことから、一四五ｄ条と一六四条に共通の

要素があることをよみとることができるという。つまり、一六四条は一四五d条と共通の要素（国家的法益）があり、そしてさらにそれと異なった要素（個人的法益）を有しているのである。[92]

しかし、択一的保護説には、いくつかの疑問が寄せられている。第一に、完全に異なった性質の法益をひとつの規定で、それも択一的に保護することができるのかということである。[93]異なった法益をひとつの構成要件が重層的な形で保護することはありえても、択一的に保護する条文は他に例がない。ゆえにこのような択一的保護は法技術的に非現実的であると批判されるのである。[94]第二に、一六四条にそのような択一性を疑わせる文言がないことから憲法違反の疑いもあるという。[95]なぜなら、ここで二つの法益が問題となっているのならば、立法者が規定した法定刑は二つの法益侵害分を考慮したものであって、どちらか一方の侵害分であるとは考えられず、一方しか侵害していない行為者は不当にも二つ分の責任を負わされてしまうことになるからである。このような法技術的な困難性が、択一的保護説の重大な弱点となっている。

三　私見

これまで虚偽告訴罪の保護法益について日本とドイツの議論を検討してきたのだが、まず確認しておかなければならないことは、たしかに虚偽告訴によって国家的な利益（司法の機能）と個人的な利益は侵害されることになるが、それが実際に虚偽告訴罪の法益であるかはさらなる検討を必要とするということである。このような検討は被害者の承諾の有効性を定めるにあたって必要不可欠であることは上述した。

それでは虚偽告訴罪の場合はどのように考えるべきであろうか。

虚偽告訴罪において国家的法益が保護されているということは、それほど困難なく認めることができるように思われる。たとえば、沿革において国家的法益の保護が重視されていること、[96]刑法典上、偽証罪にならぶ位置に分類されていること、既遂の成立時期が相当官署に虚偽の申告がなされた時点であることや法定刑が偽証罪と同じ程度にとどまっていることなどがあわさって、[97]国家的法益の存在にプラスの材料を与えている。

それに対して、個人的法益保護の証明は若干の困難を伴うように思われる。たしかに、虚偽告訴罪は主観的な要素として処罰をうけさせる目的を要求しているし、軽犯罪法一条一六号に国家的法益保護を目的とした条文を設けていることからも、虚偽告訴罪は個人的法益をも保護した犯罪であると主張することができそうである。しかし本条の目的に関しては、実際にそのような目的があれば個人的法益侵害の危険が必ずしも増すわけではないし、そのような目的は未必の認識でも十分だとされることから、[98]ここから個人的法益保護を導き出すことはそれほど容易ではないように思われる。国家的法益のみを顧慮しても、実在する人に処罰をうけさせる目的で告訴する方が、そうでない場合よりも、行為態様としてより司法を狂わせるおそれが高いと解することもできるであろう。

それでは軽犯罪法との関係はどのように解すべきであろうか。軽犯罪法一条一六号虚構申告の罪は、虚偽の申告により異常事態に対処すべき公務員が惑わされ、無用の活動をおこなうことを防止することを目的としている。[99]虚構申告行為は他人の犯した犯罪事実の申告であり、その他人の処罰を求める意思を表示した場合には、虚構申告の罪は虚偽告訴罪に吸収される。[100]つまり両者は法条競合の関係に立っており、虚構申告の中でも他人への虚偽告訴がより重い罪として一七二条に取り出されているといえよう。両者の違法性の差異は、確かに虚偽告訴罪が個人の法益をも保護している点で虚構申告の罪よりも違法性が増しているからだと解することもできるが、上述のように、他人に処罰を求める目的でおこなわれた虚偽告訴は、その性質上より司法の混乱を招くものであり、また場合によっては無辜の者に刑罰権を

行使してしまうことから、単なる虚構申告の罪よりも違法性が高いと解することができるように思われるのである。自己誣告が軽犯罪法一条一六号の範囲内であるにもかかわらず、自己を虚偽で告訴することの教唆が一七二条との関係で論じられることも、告訴者と被誣告者が同一ではないことによって、司法はより嘘を暴きにくくなるという点で説明することができるであろう。そのように考えれば、軽犯罪法一条一六号の存在も決定的ではないように思われるのである。

さらに個人的法益保護を肯定するのは問題だと思われる点が二点ある。第一に、ここで保護される個人的法益とは何かが明らかではないということであり、第二に保護の必要性が必ずしも存在しないということである。とりわけ前者の問いは、被害者の承諾論と密接なかかわりをもっている。

ドイツの個人的法益保護説の論者によれば、虚偽告訴罪で保護された個人的法益が具体的に何であるか明らかでなくとも構成要件上なんら問題はないという。たしかに構成要件メルクマールが定まっているから、具体的にどのような法益が侵害されたかは一見それほど重要ではないように思われる[101]。しかし被害者の承諾の問題をも顧慮すれば事情は異なるであろう。なぜなら一般的に被害者の承諾は、行為のみではなく結果に対してもおこなわれなければならないとされているので[102]、仮に被害者の承諾は有効に虚偽告訴罪の成立を阻むことができるという前提にたてば（個人的法益保護説・重層的保護説）、ここでいう結果とは何かを明らかにしなければならないからである。これは日本において重層的保護説が、被害者の同意が有効であるというのであれば、まずそのような個人的法益が処分可能かを明らかにしなければならないと批判されていることにも繋がる。

個人的法益保護説は虚偽告訴について被誣告者が承諾していることによって単純に虚偽告訴罪の成立を排除するが、それはなお適切な措置ではないのである。虚偽告訴行為による個人の利益侵害のうちどこまでが虚偽告訴罪で保護され、どこからがされないのか。有効に承諾が成立する要件を定めるために、まずこの問題に答えなければならない。

それでは虚偽告訴罪において保護された個人の利益とは具体的に何であるのか。それが名誉や身体の自由、身体の完全性あるいは生命の侵害そのものではないことは、虚偽告訴が功を奏したときに虚偽告訴者に名誉毀損罪の正犯や、監禁・傷害罪等の間接正犯が成立すると考えられていることからすれば明らかであろう。そうすると虚偽告訴罪が保護している個人の法益は、それ自体ではなくそれに対する危険であると考えることができるかもしれない[103]。しかし、このような前倒しの保護は実際に必要なのだろうか。確かに虚偽告訴によって複数の法益は一度に危険にさらされることになるが、虚偽告訴という手段の法益の危殆化が、他の手段の、とりわけ行為者自らが行う法益の危殆化よりも特別危険であるとはいえないように思われる。被誣告者は確かに国家という強力な存在を相手にしなければならなくなるが、その一方で国家は決して虚偽告訴者の話を鵜呑みにせず、自ら捜査をおこない虚言に惑わされないように努力するであろう。そうするとここで危険にさらされる個人の法益は各々の構成要件による保護で十分にまかなわれており、虚偽告訴という手段に限られた予備段階におけるその保護の必要性は存在しないように思われるのである。

また日本の学説では、虚偽告訴罪で保護される個人的法益はたとえば不当に刑事又は懲戒の処分を受けない被誣告者の法律的安定性[104]、あるいはより広く捜査又は懲戒手続きの対象とされないことと解されている[105]。しかし、生命・身体・名誉といった具体的な法益とは関係なく、抽象的な意味での刑事又は懲戒の処分（またその捜査）の対象にならない権利（いわば警察機関等に疑われない権利）がそのように強度に保障されているかは疑問であろう。個人的法益の侵害は、実際に国家機関が当該個人にあるいはその環境に対してなんらかの働きかけを起こした際に、はじめて生じるものであるように思われるのである。

さらに日本とドイツの通説である択一的保護説には、ドイツの議論で述べたように構造上の難点があるように思われる。確かに個人の利益も司法の機能も重要な法益であって、いずれかを選ぶことは難しい。そして重層的保護説をとれ

ばどちらかを選んだ場合よりもその成立範囲は狭くなるのだから、択一的保護説は「どちらも大切」と表明できる唯一の見解といえよう。虚偽告訴行為が国家にも個人にもダメージを与えるという社会一般の理解にもっとも当てはまっていて、最も妥当な結論に達せるのはこの説である。しかし、それが刑法の構成要件の話となると疑問が生じる。虚偽告訴罪が国家的法益と個人的法益をともに保護しているのであれば、そこでの法定刑は二つの法益侵害分のそれではないだろうか。なぜなら、通常予定されている二つの法益侵害と、例外的に発生するそのうち一つの法益侵害が、同じ不法の内容をもつとは考えられないからである。一つの法益侵害により二つ分の法益侵害の責任を負わせるのは不当であろう。この点で択一的保護説も適切でない。

それに対して個人的法益保護を否定した場合、外国機関に向けた虚偽告訴が一七二条を構成しなくなるという処罰の間隙は、日本においてはそれほど重要ではないように思われる。なぜならその地理的な特殊性ゆえに、日本では外国機関にむけた虚偽告訴が個人にそれほど重大な危険を及ぼすとは考えられないからである。

以上のことから、虚偽告訴罪は国家的法益のみを保護した犯罪であり、被害者の承諾は常に無意味だという帰結が導かれるのである。

四　まとめ

国家・公共の法益と個人の法益がともに保護されているようにみえる犯罪における被害者の承諾の有効性について論じる際には、まず、個人的法益と国家的法益が実際にどちらも保護されていることを確認しなければならないだろう。それは、条文の沿革や刑法典上の分類、文言やこれまでの運用、他罪との競合関係といったあらゆることをヒントとし

て、おこなうことができる。とりわけ虚偽告訴罪のように、個人的法益の内容が明らかではなく、被害者が何に承諾してよいのか分からないような場合には、そのような構成には疑いを抱くべきである。

またこれまで通説的に主張されてきた択一的保護説には法技術的な問題があるように思われる。両者の法益が侵害された場合と、どちらか一方が侵害された場合を、同一の構成要件と法定刑で威嚇することは難しいであろう。

以上のようにして、国家・公共の法益と個人の法益がともに保護されているようにみえるときには、まずその明確な法益を定めなければならない。そのことによって、場合によっては、国家的法益のみの保護が認められ、被害者の承諾の有効性が端的に否定されうるのである。このような犯罪は、そもそも総論的に築き上げられた承諾論のテーゼの射程外にあるものである。

第三節　特別公務員暴行陵虐罪

本節では虚偽告訴罪と同様に、国家・公共の利益と個人の利益がともに保護されているように見える特別公務員暴行陵虐罪について検討する。日本刑法一九五条一項は「裁判、検察若しくは警察の職務を行う者又はこれらの職務を補助する者が、その職務を行うに当たり、被告人、被疑者その他の者に対して暴行又は陵辱若しくは加虐の行為をしたときは、七年以下の懲役又は禁錮に処する」と規定し、また二項は「法令により拘禁された者を看守し又は護送する者がその拘禁された者に対して暴行又は陵虐若しくは加虐の行為をしたときも、前項と同様とする」と規定している。陵辱とは精神的に辱め、加虐とは肉体的に苦痛を与えることで暴行以外のものを意味しており[106]、前者はわいせつ罪や強姦罪[107]にあたるものに限られないので、一九五条に該当する行為がそれらの罪の構成要件に当てはまる場合は、観念的競合となる。

本節は、国家的利益と個人的利益がともに保護されているように見える犯罪類型において法益を確定するとともに、国家的利益と個人的利益がともに保護されている場合における被害者の承諾の性質、成立要件について検討する。ここでは議論の題材として特別公務員暴行陵虐罪を選択しているが、本罪と類似の性質をもつあらゆる構成要件に適用可能な一般原則を導くことを目的としている。

なお日本において特別公務員暴行陵虐罪に関する議論は判例評釈を別としてほとんどなされていないようである。また本節でその議論を参照するドイツ刑法においては、このような罪は、暴行・加虐と陵辱に区別して規定されていることにあらかじめ付言しておく。

一　日本の議論

日本において、特別公務員暴行陵虐罪は汚職の罪として国家的法益を害する側面を持つ一方で、個人の法益を害する側面をもつとされている。[108] 特別公務員暴行陵虐罪が汚職の罪の一類型として刑法典に分類されている事情が、本罪が国家的法益を保護していることを推測させ、昭和二二年の改正で法定刑が大幅に引き上げられたことや[109]暴行陵虐行為が死傷の結果を惹起した場合の結果的加重犯規定（一九六条）の存在が、[110]個人的法益の保護を推測させるのである。[111] そして国家的法益を侵害するゆえに、暴行陵虐に関する被害者の承諾は無効であるとするのが通説的見解である。

しかしその一方で他の職権濫用罪が職権の濫用を処罰するのに対して特別公務員暴行陵虐罪は職権の濫用を罰するものではないとして、一九五条は暴行陵虐の対象となる個人の生命・身体を保護法益とする個人的法益のみに対する罪であるとする見解もある。[112] この見解によれば被害者の承諾は有効ということになるだろう。さらに、国家的・個人的利

益の双方が保護法益であることを認めながらも、「個人の法益を侵害する場合と侵害しない場合とが同一の刑で処罰されるということは不合理であり、また、職権を濫用して個人法益を害するからこそ、職権濫用の罪が本来の逮捕監禁罪や暴行罪よりも重く処罰される根拠がみつけられる」のであるとして、被害者の承諾を有効とする見解もある。[113]

これまで判例は一貫して通説と同じ立場をとってきた。とりわけ最近では、東京高裁平成一五年一月二九日の判決（以下、平成一五年判決と略す）がある。[114] この事案は、警察官であった被告人が被留置者を看取する職務に従事していた際、留置場内に未決勾留中であった被留置者Aを七回にわたって姦淫したというものである。その際、Aが被告人にラブレターのような内容の手紙を出していた等の事情があり、被告人側から、被告人とAは互いに好意ないし恋愛感情を抱き、積極的に意欲して性交を重ねていたものであるから同罪にいう「陵辱若しくは加虐の行為」をした事実はないとの主張がなされた。

このような事実関係に基づき東京高裁は、特別公務員暴行陵虐罪の保護法益は「第一次的には、公務執行の適正とこれに対する国民の信頼であると解される」ために、陵虐の意味については「公務の適正とこれに対する国民の信頼を保護するという本罪の趣旨に照らして解釈されるべきである」として、このような前提で検討すると、看守者等は「被拘禁者を実力的に支配する関係に立つものであって、その職務の性質上、被拘禁者に対して職権違反行為がなされるおそれがあることから、本罪は、このような看守者等の公務執行の適正を保持するため、看守者等が、一般的、類型的にみて、前記のような関係にある被拘禁者に対し、精神的又は肉体的苦痛を与えると考えられる行為に及んだ場合を処罰する趣旨であって、現実にその相手方が承諾したか否か、精神的又は肉体的苦痛を被ったか否かを問わないものと解するのが相当であ」るとし、このような行為に及んだ場合には、「相手方の被拘禁者がこれを承諾しており、精神的又は肉体的苦痛を被らなかったとしても、公務の執行の適正とこれに対する国民の信頼を保護するという観点から見た場合に

は、本罪の陵虐行為に当たるということができる」として被告人に特別公務員暴行陵虐罪の成立をみとめた。

この事案は、特別公務員暴行陵虐罪における承諾の有効性が構成要件メルクマール「陵辱若しくは加虐の行為」を充足するかという形で問題となった事例であるが、東京高裁は、通説と同様に、本罪の保護法益が第一次的に公務執行の適正とこれに対する国民の信頼であることをあげて、一般的・類型的にみて、精神的又は肉体的に苦痛を与えると考えられる行為に対し、実際にそれが被害者に与えられたかに鑑みることなく本罪を適用できるとした。(115)

平成一五年判決は、当該判例の評釈を見る限り、ある程度の支持をえているようである。しかしより詳細に検討すると、これらの評釈は結論的には判例に与するが、理論的には全く異なったことを主張している。平成一五年判決は、特別公務員暴行陵虐罪の国家的法益保護の側面を重視して、被害者の承諾の有効性を否定したのであるが、評釈の多くは瑕疵ある承諾に基づく個人的法益侵害の危険を重視して、被害者の承諾の有効性を否定しているのである。(116)

平成一五年判決に関する多くの評釈が個人的法益保護の側面を重要視していることをうかがわせるのは、これらの論者が、「陵辱若しくは加虐の行為」の意義を明らかにするにあたって、看守者と被拘禁者のような特別な権力関係の下では「同意を得て行う性交も、精神的又は肉体的苦痛を生じさせる虞がないとはいえない」(117)といった記述をしたり、「相手方が精神的苦痛を感じつつ承諾・同意していた場合、承諾・同意していたことにより精神的苦痛を感じなかった場合の区別は極めて微妙であり、実質的差異はないことから、前者のみが『陵虐』に当たると解するのは適切でない。また、後者のように見える場合であっても、看守者と被拘禁者という一方が圧倒的優位に立つ関係においては、その承諾・同意には、看守者に対する迎合やおもねりなど、何らかの瑕疵が内心にある可能性が極めて高く、承諾・同意が自発的で真摯なものであったとしても、これを重視することは相当でない」(118)といった記述をしていることである。(119)またこれらの論者が、本判決が具体的事情を捨象した一般的・類型的な考察によって看取者が被拘禁者と性交すれば常に特別公務

員暴行陵虐罪が成立するとした点を批判し、それに至る具体的経緯や双方の関与の程度等は十分に解明される必要があると主張していることからも、それを読み取ることができるであろう。[120]

その一方で、平成一五年判決に正面から否定的な態度をとる見解も存在する。[121]

この見解によれば、判例の論理を貫くと、たとえば看取者が被拘禁者を勝手に連れ出して公園でデートしたという場合でも、特別公務員暴行陵虐罪が成立してしまうゆえに適切ではないという。なぜなら、看取者は、被拘禁者を実力的に支配する関係に立つものであって、その職務の性質上、被拘禁者に対して職務違反行為がなされるおそれがあるし、被拘禁者を勝手に連れ出すことは職務違反であり、拘禁する側が拘禁される側をデートに誘うことは、一般的、類型的に見て、このような関係にある被拘禁者に対し、精神的又は肉体的苦痛を与えると考えられる行為であって、公務執行の適正とこれに対する国民の信頼を害するからである。また、そうなると、これに任意に関与した者は、たとえ陵辱の相手方であったとしても、国家的法益を害する共犯であるということにもなりかねない。[122]ゆえに、被害者の同意の有無を問わずに、「性交」一般が「被拘禁者に対し、精神的又は肉体的苦痛を与えると考えられる行為」だとするのは過度の一般化だというのである。

このような主張は、判例が単純に特別公務員暴行陵虐罪の国家的法益保護の側面を重視して、被害者の承諾の無効性を導いた点を批判するものである。この説に基づけば、特別公務員暴行陵虐罪（とりわけ「陵辱若しくは加虐の行為」の意義）においても個人的法益保護の側面はあることになる、つまり被害者の承諾は有効となりうる。確かに身柄を拘束されている者には拘禁する側の理不尽な要求を拒否する真の自由は認めがたいから、このような場合には本罪が成立しうるかもしれないが、逃走目的で被拘禁者のほうから計画的・積極的に誘ったことが明らかな場合には、「陵辱若しくは加虐の行為」にあたらないという帰結が導かれることになるのである。[123]

この見解は、確かに他の評釈よりも結論において被害者の承諾の有効範囲が広いものとなっているが、個人的法益を重視し、又瑕疵ある承諾に基づく個人的法益侵害の危険を顧慮している点は同様であって、両説の相違は、どのような承諾に瑕疵があるかという承諾の真意性判断の違いにすぎないものといえるであろう。

以上のように、特別公務員暴行陵虐罪の法益は、通説によれば国家的法益と個人的法益である。そしてその国家的法益保護の側面があるゆえに、被害者の承諾が犯罪を阻却する可能性はないと解されている。しかし最近の傾向を平成一五年判決の評釈からよみとくと、むしろ瑕疵ある承諾がなされ個人の法益が侵害される可能性が高いことからその承諾を無効とする傾向が強いようである。

二　ドイツの議論

ドイツには、日本で言う特別公務員暴行陵虐罪にあたる構成要件は存在しない。しかし、それとほぼ同じ役割を果たす規定がいくつか存在する。

そのうちの二つは、ドイツ刑法一三章「性的自由に対する罪の章」の中にある。ドイツ刑法一七四ａ条一項は「囚人又は官署の命令による被拘禁者若しくは施設にいる患者や救助が必要な者（Hilfsbedürftige）への性的虐待」という罪名で「自己にその教育（Erziehung）、職業教育（Ausbildung）、監督（Beaufsichtigung）、看護（Betreuung）が委ねられている囚人若しくは官署の命令に基づいて拘禁されている者に、その地位を濫用して性的行為をおこなった者、又は自身に対して囚人や被拘禁者にそれをおこなわせた者は三月以上五年以下の自由刑に処する」と規定し、また一七四ｂ条一項では「公務上の地位を利用した性的虐待」という罪名で「刑事手続き若しくは自由を剥奪する矯正や保安の処分又

は官署の命令による拘禁の命令の手続きに協力するために呼ばれた公務員として、その手続きが向けられている者に対して、その手続きによって基礎付けられた依存性を濫用して、性的な行為をおこなった者又は自身に対してそのような者におこなわせた者は三月以上五年以下の自由刑に処する」と規定している。

これらの条文は、日本でいう特別公務員暴行陵虐罪の陵辱にあたる部分であるが、一七四a条一項は必ずしも公務員が主体でない点で、日本のそれとは異なっている。また一七四b条一項は特別公務員よりも広い範囲がその主体となる点で、また確かに文言上は公務員であることが要求されているが、公務員の地位は一七四b条一項の人的メルクマール（身分）を基礎付けるのではなく、特別な依存関係を形づくっているメルクマールのひとつに過ぎない、つまり公務員の地位は構成要件該当行為を構成する一要素に過ぎない（＝公務員犯罪ではない）[124]点で、日本の特別公務員暴行陵虐罪とは異なっている。

さらに特別公務員暴行陵虐罪の暴行の部分は、ドイツでは刑法三四〇条に「公務における傷害」という罪名で「職務の執行中若しくは職務に関係して傷害をおこなった又はおこなわせた公務員は、三月以上五年以下の自由刑に処する」と規定されている。三四〇条は賄賂罪等と共に三〇章「公務における罪の章」に分類され、また第六次刑法改正以降、三四〇条二項は未遂が可罰的であることを、同三項は、刑法二二四条から二二九条の傷害に関する特別規定が三四〇条にも適用されることを規定している。このような規定が三四〇条一項に与える影響については後述する。

以上のような条文の違いゆえに、日本の特別公務員暴行陵虐罪の議論に際してドイツの学説を参考にすることは容易ではない。しかし、それぞれの条文の解釈では日本法にとっても十分に示唆に富む重要な指摘がなされている。ゆえに、以下ではこれらの議論について紹介していきたい。

（一）ドイツ刑法一七四ａ条一項・一七四ｂ条一項の議論

一七四ａ条一項と一七四ｂ条一項はいずれも性的自由を侵害する罪として分類されている。

一七四ａ条一項は、特別な権力関係に組み込まれているゆえに、決定と行動の自由を制限され、非常に多くの範囲で行為者に委ねられている者の性的自由を保護するための条文である。[125] しかし通説によれば、本条の保護法益は個人の性的自己決定権にとどまらず、施設のスムーズな機能とそれに対する公共の信頼も加わる。[126] 少数説は、それが反射効にすぎないという理由で、通説が主張する保護法益のうち公共の信頼を排除するが、[127] 個人の自己決定権以外に公共の法益が保護されているという点で、両者はそれほど異った見解ではないということができるであろう。

通説・少数説が一七四ａ条一項の保護法益に公共の法益を付け加える主な根拠は、「その地位を濫用して」の文言である。この文言は一七四ｂ条一項の「依存関係を濫用して」という文言よりも広い、具体的な個人の自己決定権を捨象した表現であるとされている。[128] つまり、構成要件を充足するために必ずしも個人の自己決定権が侵害されることは要求されておらず、そのことからさらなる法益（国家・公共の法益）の存在とその独自の価値が見出されるのである。ここでは行為者が彼の地位によって与えられた機会を利用することで構成要件が充足され、被害者の同意がある場合も、被害者がイニシアチィブをとった場合も犯罪の成立が肯定されることになる。

とはいえ一七四ａ条一項は圧倒的な優位に立つ者とそれに従属する者との重度の依存関係を自己決定捨象の前提としている条文なのだから、承諾をまったく考慮しないことはむしろ条文の文言に反するだろう。ゆえに一七四ａ条一項で類型的に認められている囚人や被拘禁者[129]の高い依存性が、性的コンタクトに一切影響を与えていないときには承諾の有効性を認めるべきということになる。ただしそれは一般的には両者の間に真の恋愛関係があった場合でも認められることはなく、極めて例外的な事例、たとえば拘禁前から夫婦あるいは婚約者である二人が被拘禁者と看守者という形で

再会したといった悲劇的な事例でしか問題にならないとされている。[130] このような場合には、個人的法益と共に保護されている公共の利益について考えた際にも、行為者の行為は非難に値しないものとなるのである。[131]

ドイツの判例には一七四ａ条一項の保護法益について明確に論じたものはない。しかし、一七四ａ条一項の前身である一七四条[132]に関しては、その保護目的についての判断をおこなっている。

BGHSt 2, 93は、国有鉄道で護送中の囚人が自ら独居房をはなれ護送を担当した三人の警官と、囚人自身のイニシアチブで性交渉をおこなった事例である。このような事例においてＢＧＨは、「一七四条の意義は、そこで挙げられた依存者をその性的名誉の侵害から保護することにある。しかし、それを有効な方法でおこなうことができるのは、一七四条にあげられた関係（Verhältnisse）と付き合い（Beziehungen）が原則的にあらゆる性的影響から免れているときにのみあてはまる。従って判例は、患者あるいは救助が必要な者（Hilfsbedürftige）のための施設に収容された者にわいせつ目的で虐待をする一七四条二項の場合において、規定の目的が、公的な病院の道徳的な廉潔性を保護すること、そしてそのような施設についての公共の信頼を保護することにもあると認めた（中略）。警察官と彼の監督・監視にゆだねられた既決囚と未決囚との間に存在する関係についても無条件で同じ考慮があてはまる。そのような公務員の公務上の地位と結びついた、そして一定の条件下で直接的な身体的暴力の利用にまでいたる強力な権力ゆえに、公共は、彼がそれをただ法律に定められた前提の下でのみそして法律で許された目的のためにのみ使用し、また必要とあれば即座にそれを用いるということについて信頼していなければならない。このような保証は警察官と囚人との間に性的な影響が作用するとすぐに、それがどちらから開始されたのかを問わずに失われてしまう。ある囚人はまさに監督者（Aufsichtspersonal）に性的に接近することによって彼に与えられるべきではない自由と優遇措置を得ようとし、そしてそれによって当該事例が示すように必要不可欠な秩序が甚だしく破壊され得ることを経験が教えている[133]」と述べた。

この判示でもってＢＧＨは、確かに廉潔性の保護とそれに対する公共の信頼を保護法益であるとまでは明言していないが、それでも規定の目的がそこにもあることを示しているのである。

そのうえでＢＧＨは構成要件メルクマール「地位を利用して」については、「公務上の地位が行為者にわいせつ行為のための機会を与え、そしてそれを彼らが公務上の地位と結びついた義務侵害の下で意図的に利用したことで十分である」[134]と解した。

しかしBGHSt 2, 93 が定めた「地位の利用」メルクマール自体は、現在ではより詳細な検討を要するものだと理解されているようである。たとえばBGH, NStZ 1999, 29では、刑務所に勤務していた看護婦が二人の囚人の協力の下独居房に侵入し、そこで彼らと性交渉をおこなったという事例において、以下のような理由で「その地位を利用して」のメルクマールが排除された。

「行為者が責任を負っている任務に基づいて囚人の行為者への依存関係が著しければ著しいほど、彼に与えられた囚人に対する権限と命令権が大きければ大きいほど、そこから行為者が彼の地位を濫用したことが判明するような特別な状況の証明は通常は必要がない。たとえば囚人を監視する責任のある看守（Wachpersonal）メンバーの場合には、普通、公務上の地位が彼に性的行為を行う機会を提供したことの確定で十分であろう。もしも、そのように形成された関係の範囲で性的行為に至った場合には、公務上の地位の濫用は類まれな事例においてしか否定されえない。反対に囚人に対して責任ある者の権限がささいであればあるほど、そして弱ければ弱いほど、つまり優越関係と従属関係による関係がわずかしか形成されていなければいないほど、このような地位の濫用の受け入れを排除するあるいはより詳細な根拠を必要とする帰結に至るような、囚人の性的行為への協力について行為者の地位が重要ではなかった事例あるいはその重要性が背景へと退く事例を容易に考えることができるのである。」

またBGH, NStZ 1999, 349においても、作業療法グループ（Arbeitstherapiegruppe）のリーダーである女性とある囚人が数度にわたって性交渉を行ったという事案について、前述の判例と同じ理論でＢＧＨは一七四ａ条一項の成立を否定している。

このような二つの判例に対しては、「その地位を濫用して」の文言を排除する状況のためには、人的な関係を形成することについて制度上の依存関係のあらゆる影響が排除されていなければならず、ＢＧＨは本罪の公共の利益保護の側面を軽視しているとの批判がなされている。(135)

なおドイツ刑法一七四ａ条一項と日本刑法一九五条を比較する際に注意しなければならないことは、一七四ａ条一項の行為者の中には刑務所や拘禁施設に赴き被害者のケアをする看護士や療法士も主体として含まれているということである。日本の特別公務員暴行陵虐罪でカバーされている公務員の範囲は、そのような人ではなく必然的に大きな権限を有する警察官や看守者らであることから、日本刑法一九五条で問題となる範囲は、通常真の恋愛関係があっても被害者の承諾の許されない領域にあたるとみるべきであろう。

上述のように一七四ａ条一項は「その地位を濫用して」という個別具体的な自己決定権を捨象する文言が用いられているゆえに、多くの論者が本罪においては個人の自己決定権のみならず、公共の利益をも保護されていると解する。それに対して、一七四ｂ条一項は「依存性を濫用して」の文言が用いられており、このような表現は個別具体的に当該依存状況に基づき個人の性的自己決定権が侵害されることを要求するものであるように思われる。

一七四ｂ条一項の保護法益は、通説によれば一七四ａ条一項と同様に、第一に当事者の性的自由であり、第二にそこで列挙されている手続きの際の国家権力行使の完全性であり、第三にそれに対する公共の信頼である。(136)しかし上述のような文言の差異ゆえに本罪の保護法益を個人の性的自由のみとする見解も有力であり、(137)また通説の立場からも、そ

の文言上、個人の性的自由の侵害がなければたとえ公共の利益が侵害されても犯罪の成立は認められないとされている。[138]

このような条文の差異は、一七四a条一項においては被拘禁者らと行為者との間にはすでに特別な権力関係があるが、一七四b条一項においては行為者に特別な権力があるというよりは、条文に列挙された者は自己に不利益な決定が下ること、とりわけ自由が剥奪されることを恐れているという事情を持っているに過ぎないことから生じるものである。[139]それゆえ「依存性の濫用」は、行為者が明示的・黙示的に、つまり公然とあるいは密かに当事者に対して彼が何らかの方法で手続きに不利益な影響を及ぼすという懸念を起こし、そしてそれを、他人を従わせるための手段として利用する場合に、あるいは手続きが不利に運ぶのではないかという当事者のすでに存在している恐れを行為者がその人に有利な影響を与えることを約することによって利用した場合に基礎付けられることになる。[140]もしも、このような前提があるのであれば当事者と行為者の性的コンタクトのイニシアチブが当事者側からスタートした場合であっても、依存性の濫用は存在するし、[141]その一方で一七四a条一項の場合とは異なって、真の恋愛関係であれば依存性の濫用は否定されることになる。[142]

つまり本条は、たとえ被害者が承諾したとしても「依存性を濫用して」のメルクマールが充足されるかぎり被害者の承諾には瑕疵があることになるし、[143]その一方で、「依存性を濫用して」のメルクマールが個人の性的自己決定権の保護を優先的な解釈の基準としていることから、公共の利益が侵害されたかどうかにかかわりなく、個人の利益侵害がなければ構成要件は充足されない、[144]つまり、真意でなされた承諾は有効であるということになる。[145]

判例も同様の立場であり、被害者の承諾に重要性を認めているようである。

以上のことを要するに、ドイツ刑法一七四a条一項と一七四b条一項は、それが個人的法益に対する罪に分類されているにもかかわらず、通説ではさらに国家・公共の利益をも保護する規定と解されている。その一方で、特別な権力関

係にある当事者同士の性的関係が問題となる一七四ａ条一項は「その地位を濫用して」という文言ゆえに犯罪成立のために個別具体的な個人の性的自己決定権の侵害を要求しないが、一七四ｂ条一項は、いまだそのような権力関係は存在していないので、「依存性を濫用して」という文言を用いて個人の性的自己決定権の侵害を要求することになる。このことが、一七四ａ条一項においては公共の利益が、一七四ｂ条一項においては個人の利益が優先的に保護されていることを推測させ、またそれぞれの承諾論に影響を与えているのである。

（二）ドイツ刑法三四〇条の議論

ドイツ刑法三四〇条（公務における傷害罪）は、日本における特別公務員暴行陵虐罪のうち暴行の部分を処罰対象とした犯罪類型である。当該条文の概略は前述したが、その法益論は、一九九八年四月一日に施行された第六次刑法改正をきっかけに大きく変化した。

第六次刑法改正以前は、三四〇条は個人の身体的な利益と国家の信頼という公共の利益を保護する規定であり、行為者の公法的義務を被害者は放棄することができないので、被害者の承諾は重要ではないとするのが通説的見解であった。[146] しかし、三四〇条三項で二二八条が参照され、被害者の承諾の有効性が明文上認められたことで、このような解釈は時代遅れのものとなった。[147][148]

現在の通説によれば、被害者の承諾は二二八条により同意の有効性が排除されない限り有効である。[149] ただし、この帰結を導くのには二通りの考察方法がある。一つは、三四〇条の保護法益を個人のそれのみと解する方法と、[150] 三四〇条の保護法益は個人的法益と国家的法益であるが、両者の関係は重層的であると解する方法である。[151] どちらの見解に依拠してもその帰結は同様であるが、前者の見解の場合には、さらに二三条（傷害罪）に比較して三四〇条の法定刑

が高いことを正当化しなければならなくなるだろう。ここでは、職務義務違反から生じた高められた可罰性を償うためには、そうでない場合に既存の量刑では少なすぎると立法者が考えたからだとする見解[152]と、被害者の抵抗可能性が減少するといった個人的法益に関係した理由でその高い量刑を基礎付ける見解がある[153]。

それに対して第六次刑法改正後も、三四〇条に個人的法益保護と国家的法益保護という二重の保護機能をみとめ、被害者の承諾を原則無効にしようとする見解も存在する[154]。それは、三四〇条三項の範囲でなんとかそれを基礎付けようとする立場と、条文自体の改正を要求する立場とに分かれている。

前者の見解は、三四〇条の高められた量刑の根拠は傷害と結びついた通常は公的な利益を侵害する義務違反であるとし、そのことからまず三四〇条は個人の利益と具体的な公務執行についての公共の利益を保護する構成要件であると主張した[155]。そして二二三条を加重する三四〇条の構成要件は傷害の中に存在している国家機関による侵害に刑法的に明確に対抗するため、法治国家的に必要不可欠なものであり、そのような不法の内容は個人的法益の保護だけでは十分にカバーできないこと、そして三四〇条がいまだ三〇章に分類されていること、第六次刑法改正の政府案で三四〇条を削除する提案がなされた[156]にもかかわらず本条が維持されたことから、三四〇条が個人的法益保護の規定になったわけではないことを基礎付けた[157]。この見解によれば、三四〇条は公務員犯罪であり[158]、許容された公務員の行為の限界は公法だけが画定するから、そうでないところでは承諾は無効となる。三四〇条三項の参照規定の重要性は、この意味で被害者の承諾に限り相対化することになるのである。

他方後者の見解は、三四〇条三項が二二八条までをも含んだことはまったく不可解であると主張した[159]。なぜならこの条文の立場は、三四〇条はもはや公務員犯罪ではなく、公務員に対しては被害者の抵抗可能性が減少させられるので、個人の保護を補強するのに役立つ個人保護の規定であると理解することによってしか根拠付けることができないからで

ある。しかしそれは三四〇条が三〇章にあることとは矛盾しており、将来的には同意（結果として二二八条の参照）は排除されるべきであるという。[160] 確かに現行法上は、公務における傷害は常に良俗に反していると解することによって三四〇条三項の適切な運用は可能となるが、そのことは三四〇条三項が二二八条を参照していることと矛盾するから、立法者が公務員犯罪として三四〇条を維持したことに鑑みても、二二八条の参照は（二二四条から二二九条の間に偶然入り込んでしまったという意味でと思われるが）編集上のミスだったと結論付けている。[161]

なお、現行刑法下ではそれに関する判例はいまだ出ていないようである。

以上のように現行ドイツ刑法では条文から被害者の承諾の有効性を容易に読み取ることができるにもかかわらず、いまだにその適用可能性は争われている。このような争いは被害者の承諾に関する条文のなかったかつての条文下ではなおさら激しいものであった。そして日本刑法にはこのような条文はなく、三四〇条三項制定前のドイツの議論は日本の議論のために非常に有用なものとなりうるだろう。それゆえ以下では、三四〇条三項が二二八条を参照する前の三四〇条の法益論、被害者の承諾の有効性に関する議論を紹介したい。

当時の通説的見解は、三四〇条に個人の利益保護と公共の利益保護という二つの側面を認め、被害者の承諾は無効であると解していた。[162] なぜならば、私人は公法的な義務を放棄することができないからである。また三四〇条を個人的法益に対する罪に分類した論者でさえも、被害者の承諾に関しては、公務員の義務違反が二二六ａ条（現行二二八条）の公序良俗違反にあたり、無効になると解するものがあった。[163]

判例も通説と同様に三四〇条における被害者の承諾を無効と考えており、たとえばBGH, NJW 1983, 462は、州病院の保険監察施設に勤務していた被告人が、脳障害とアルコールを原因とした責任無能力状態で違法な行為をおこない収容されていた者（S）に対して金品と引き換えに酒を渡した事件で、被告人に収賄罪と公務における傷害罪の適用を

認めた。ここでの傷害結果は、収容者が飲酒によって酩酊状態に陥ったことである。当該事案ではまず収容者の飲酒は自傷行為ではないかと被告人側から主張がなされたが、BGHは間接正犯あるいは不作為犯が成立することを明示して、その主張を排除した[164]。そして「被告人の行為の違法性については、Sがたとえば傷害に承諾していたということに左右されない。なぜなら公務員に与えられるべき権限の範囲は公法によって定められていて、被害者の同意は三四〇条の犯罪の際には重要でないからである[165]」と判示したのである[166]。

しかし公共の法益保護の側面から被害者の承諾を無意味なものとするこれらの見解は、なぜ職務義務違反にすぎない行為がより重い三四〇条の不法を基礎付けるのかを十分に説明できていなかった。それゆえこのような疑問を排除するために、異なった理論から通説・判例と同じ帰結を導く更なる見解も主張された。

この見解によれば、職務義務違反と三四〇条は何の関係もなく、三四〇条で保護された国家・公共の法益は公務の適正な執行ではないという[167]。なぜならば、公務の適正な執行は国家と公務員の内部的法関係の問題であり、それは懲戒処分の対象にすぎないからである[168]。そして三四〇条は、国家と市民の関係を問題とする外部的法関係の問題である[169]。ここで問題となるのは、憲法的あるいは行政法的な行為義務であって、この義務は確かに個々の公務員によって実行されるが、公務員は単に国家の権利と義務を実行しているに過ぎない。そしてこのような国家と市民の外部的法関係は公務員の行為が違法であったとしても存在し、このような場合には国家は責任主体ではなく帰属主体であるので、国家と市民の外部的法関係における公務員の不法行為は、国家自身の不法行為となる。つまり、三四〇条の際には公務員は国家と市民の外部的法関係において個人の法益を侵害しており、彼はそのことによって国家に帰責される不法行為を犯しているのである[170]。

以上のことに鑑みれば、ここでの個人的法益の侵害は、同時に内部からの国家への侵害となる[171]。なぜなら基本権の

擁護を義務付けられた法治国家としての国家は、公務員の国家に帰責される形での基本権侵害によって部分的に非法治国家となってしまうからである。基本権は、法治国家の本質的な構成部分を表すので、不法な公務員の行為による基本権侵害と内部からの国家への侵害は不可分に関係している。ゆえに基本権に対するあらゆる不法の侵害は、同時に法治国家というその資質に対する国家への侵害になるのである。[172] この意味で、三四〇条に該当する行為には個人の法益侵害と国家の法益侵害が含まれていることになる。

そして論者によればこのような不法の特色をもつ公務員犯罪[173]において、被害者の承諾が有効か否かは、（以下のような）多元的な側面から検討しなければならないという。

まず市民に対する国家機関の優越性に鑑みると、同意が実際に当事者の「自律性」の表明であるかは疑わしい。[174] 同意の自律性に疑問があるからといって常に同意が顧慮するに値しなくなるわけではないという批判はあろうが、しかし両者の様々な依存性に鑑みて自律性の立証は疑わしく、ほとんどの事例で証拠不十分になってしまうだろう。それゆえ公務員が無罪判決をうけたときにも、彼が無理やり同意をさせたのではないかという疑いが残ることになり、それは法治国家にとって有害である。[175] また、公務員が法的に与えられていない権限を同意で補おうとすることが多く、そうすると許容される強制と許容されない強制の限界が確認できなくなることも問題である。[176] さらに同意で公務員の権限を補うことができるとすると、任意に同意した者が後になってから、例えば損害賠償を主張するためにあるいは嫌いな公務員に仕返しをするために、同意は彼に強制されたものであると主張する危険を排除することができなくなる。[177] こういった意味で、被害者の承諾の有効性を認めることは、様々な危険を伴っているのである。

また法的に規定されていない有効な同意を認めることは、国家の行為目標と目的の決定を私人と公務員の手に委ねることになる。[178] しかし公務員の個人的法益の侵害についての権限は憲法の問題であって、憲法によって引かれた限界は

刑法をも拘束する。[179]

以上のことから、論者は、国家に不法が帰責する犯罪（Staatszurechnungsdelikt）においては、法がそれを規定していない限り、被害者の承諾は無効であると結論付けたのである。[180]

このように、第六次刑法改正前の三四〇条は、国家的法益と個人的法益をともに保護する規定であって、また被害者の承諾は無意味なものであると解されるのが通説であった。

しかしその一方で、三四〇条における被害者の承諾は有効であるとする少数説も第六次刑法改正前から有力に主張されていた。[181]

それによれば、特別公務員犯罪の法益を個人の法益に加えて「国家機構の機能化」だと解したとしても、それが被害者の承諾を受け入れることと対立するかは検討が必要であるという。[182]つまり国家的法益保護を根拠に被害者の承諾の無効性を主張する者は、同時に市民の同意が常に公務員犯罪の構成要件の中で共に保護されている国家的な機関の機能可能性を減少させることをも主張しなければならないというのである。そして、服務規定に反して軍医に献血を申し出た兵士は、むしろ医療業務の遂行力を高めているといった事情から、常にそのような関係にはならないと主張した。[183]

またここで加えられる法益が「公共の信頼」だとしても、公務執行の適法性の信頼は公務が違法な場合のみ侵害され、結果として個人的利益の侵害に左右される、つまりここでの公共の信頼は副次的な性質しかもっていないと主張した。[184]公共の信頼は傷害が違法であるときにのみ侵害されうるのであって、それについて決定するのは個人的法益の正当化事由であるから、「純粋な公務の執行」が単独で保護されることは決してないという。[185]

以上のことを要するに、結局個々の事例において、三四〇条における国家・公共の法益は同意が存在する場合には侵害されない性質であるか、個人の法益に対して副次的な性質をもつに過ぎないから、市民が自由に身体の完全性という

基本権を処分できる範囲で[186]、その有効性は認められることになる。

三四〇条におけるかつてのドイツの通説は、虚偽告訴罪でいうところの択一的保護説の立場であったということができるだろう。公務における傷害罪では個人の身体的な完全性と適正な公務の執行といった国家・公共の利益がともに保護されていて、後者の侵害を正当化できないゆえに被害者の承諾は無効となるのである。それに対して、有力説は個人的法益保護説あるいは重層的保護説の立場であった。国家・公共の法益は少なくとも個人のそれとは独立に保護されることはなく、ゆえに被害者の承諾は三四〇条の不法を排除することができるのである。

三　私見

（一）特別公務員暴行陵虐罪の保護法益

特別公務員暴行陵虐罪は、国家的法益と個人的法益がともに保護されているようにみえる犯罪類型のひとつである。このような犯罪における被害者の承諾の有効性を検討するには、まずその保護法益が実際に何であるかを検討しなければならないだろう。

特別公務員暴行陵虐罪において、個人の法益が保護されていることは明らかであるように思われる。なぜならば特別公務員暴行陵虐罪が成立した場合に別個、個人法益に対する罪（たとえば暴行罪）[187]が成立しないからであり[188]、また一九六条に個人的法益に関係した結果的加重犯の規定が存在しているからである。

それでは施設の機能や公共の信頼といった国家的な法益はどうであろうか。この問いは、なぜ特別公務員暴行陵虐罪でおこなわれた暴行は通常の暴行罪よりも重く処罰されるのかという問いが明らかにしてくれるように思われる。ここ

では、行為者が公務員であるということは直接の根拠ではないであろう。なぜならば仮に、単なる身分の問題として「特別な権威の与えられている公務員が暴行をおこなったこと」が、暴行罪の加重事由になっているのならば、一九五条の行為は職務の執行中に限られる必要はないからである。それは特別公務員がふるうあらゆる暴力に当てはまるだろう。ここで重要なのは、一九五条で列挙された行為者が公務執行中に暴行陵虐をしたという、加重的な行為態様なのである。このような行為態様が通常の行為形態よりも重く処罰されるのは、この態様における個人的法益の侵害あるいはその危険が通常の犯罪構成要件（たとえば暴行・傷害罪）でカバーできないほど大きいからであろうか。おそらくそうではないだろう。公務員の質をある程度保証する制度と環境の整った法治国家的な現代社会においては、このような懸念はさほど大きなものではないように思われる。ここではむしろ、そのような行為によって公務の正常な執行や施設の機能、それに対する公共の信頼が侵害されることが、それを加重する根拠となっているのだろう。刑法典の分類は一材料にしかすぎないが、一九五条が汚職の罪に分類されているのも、そういう理由からであるように思われる。これらのことに鑑みると、特別公務員暴行陵虐罪では施設の機能・公共の信頼といった国家・公共の法益も保護されていると解することができるのである。

それでは、特別公務員暴行陵虐罪では国家的法益と個人的法益のどちらも保護されているとして、その関係はどのようなものであろうか。択一的な保護というのであれば、ここでの被害者の承諾は無意味であるし、重層的保護というのであれば、被害者の承諾は有効でありうる。本稿では後者の立場をとりたい。なぜなら特別公務員暴行陵虐罪において個人的法益のみが侵害されたというのであれば、それは個人的法益に対する罪で処罰する程度の不法しか有していない行為であって、逆に国家的法益のみが侵害されたというのであれば、それは特別公務員暴行陵虐罪で規定する法定刑には到底及ばない不法内容しか有さない行為であると考えるからである。虚偽告訴罪でも主張したとおり、条文が予定し

ている不法の内容は、二つの法益侵害分であるというべきであろう。

しかし、これらのことから即座に被害者の承諾は常に有効であると断言することはできない。

なぜなら、それは最近の日本学説が特別公務員暴行陵虐罪との関係で指摘し、またドイツ学説がドイツ刑法一七四ａ条一項と一七四ｂ条一項との関係で前提としている事実であるのだが、このような状況下での被害者の承諾の真意性は疑わしいからである。被害者が法益侵害への承諾によって法益（あるいは法的保護）を放棄するためには、このような承諾が被害者の自己決定の表明であるといえることが必要であり、本条では類型的にそれが疑わしい場合であるように思われるのである。ゆえに、以下ではこの点について若干の検討をおこないたい。

（二）有効な承諾のための要件

本稿の立場によれば、特別公務員暴行陵虐罪は国家的法益と個人的法益を重層的に保護している。個人は個人的法益にかかる部分を放棄することができ、個人的法益侵害の欠如は、特別公務員暴行陵虐罪の成立自体を否定する。

この承諾は純粋に個人的法益に関係した性質をもっていることから、他の犯罪と同様に法益所有者の自己決定が重要である[189]、つまり個人が自律的に法益を処分した（法的保護を放棄した）といえることが、有効な承諾のためには必須の条件である。そして本条の承諾が、通常の（個人的法益のみを保護した）承諾と異なる点は、一点であるように思われる。つまり、被害者は特別な状況下にあり、また行為者と被害者は特別な力関係にあるのだから、そこでなされた承諾の真意性は疑わしいということである。とりわけ二項における拘禁等、自身の活動の自由が著しく奪われた状況では、迎合やおもねりはもとより、被拘禁者が真意でなしたと思い込んでいる承諾にも、瑕疵が入り込んでくる可能性があるであろう。

たとえば平成一五年判決においては、被拘禁者は外国人であり、また同室の女性被疑者が亡くなり、精神的に不安定になっていた。このような状況下で、被告人が相談相手として現れれば、通常ならば好意を抱かない相手であっても、そのような心理状態に陥りやすくなるだろう。またそうでなくとも拘禁状態は精神的な負担になるものであるし、看守者らは被拘禁者らが接触する数少ない人物でもある。つまりここで起こりうる承諾は、人為的（制度的）に選択肢が狭められた、そもそも不自由な状況下での承諾といえる。もちろんこのような状態は一般社会でも十分に考えられるし、その承諾をすべて無効ということはできないが、国家的な強制制度にその原因があるのであれば、そのような制度を用いる国家の責任として、被拘禁者らの真の性的自己決定権を保護する必要があるように思われるのである。

またこのような特別な顧慮の必要性は理論的にも肯定されるだろう。というのも詳細は次章で述べるが、人為的になされた自由剥奪状況（強制状況）下での承諾は、本来ならば他に存在するはずの選択肢が制限されたという点で不自由であり、そのような強制状況が承諾を搾取するために意図的に作出された場合には承諾は常に無効であり、それが意図せずに作出された場合には作出者は可能な限り不自由な承諾の排除に努めなければならない、つまり当該強制状況から逃れる方法が他にない場合を別として承諾を利用してはならないと解するべきである。それを本条に当てはめると、国家が作出した自由剥奪状況と因果関係のある承諾を、国家の代理人である公務員は利用してはならない。それにもかかわらず、瑕疵ある承諾に基づいて一九五条（二項）に該当する行為をおこなったものは、当該条文によって処罰されることになるのである。

確かに、拘禁状態にある者のこのような自己決定はすべて瑕疵があるということはできない。事後的にはともかく、行為時には当事者が精神的苦痛を受けていないことは大いにありうるだろう。しかし、このような過剰ともいえるパターナリズム的な被拘禁者の保護は、拘禁という制度を有する国の責任として行わなければならないものであるように思わ

れるのである。(190)

以上のことを要するに、確かに理論上は特別公務員暴行陵虐罪において被害者の承諾がその犯罪性を排除する余地はあるが、本条二項が前提とする状況下では、その承諾の真意性は高度の蓋然性をもって否定されるのであり、実質的には被害者の承諾は無効となるものである。ただし、高度の蓋然性が裏返る場合、たとえば拘禁以前に夫婦や婚約者、恋人同士であった被拘禁者と看守者との間で性的な行為等がおこなわれた場合は、そのような強制状況が被害者の承諾の真意性になんら影響をあたえていないので、有効となりうる。

また警察官等の公務を対象とした一九五条一項の場合にも同様のことがあてはまる。ここでは警察官らは、国家によって強度の権力を与えられているのであって、このような権力は瑕疵ある被害者の承諾を導きやすくする。そして国家は、国家の代理人としての公務員が、自らの与えた権力によって不正に得た承諾を利用することを妨げなければならないのである。とはいえ、本項ではなお自由剥奪状態にない市民をもその保護の対象としているので、二項と比較して被害者の真の自由はなお残されているといえるだろう。一項では二項よりも詳細に、被害者がおかれている状況を加味して特別公務員の権限と被害者の承諾の因果関係を検討しなければならない。この点で、一項は二項よりも被害者の承諾の有効性を認める余地が広くなるであろう。

また同様のことが法益侵害の問題だけではなく、平成一五年判決で争われた構成要件メルクマール「陵虐」においても言えるだろう。「陵虐」とは確かに精神的に苦痛を与えることであるが、これは一般的・類型的にそのような行為を意味しているにすぎないと思われる。なぜならば、被害者が実際に（行為時に）精神的苦痛を感じなければならないとすると、精神的な疾患などにより苦痛を感じにくい者の保護が困難となってしまうからである。「陵虐」とは、一般的・類型的に見てそのような苦痛を与える行為一般であって、個人の人格権を侵害する行為であるといえよう。つまり、個

別具体的な個人法益の侵害と「陵虐」のメルクマールは被害者の承諾の範囲内ではリンクしているのである。

四　まとめ

国家的法益と個人的法益がともに保護されているようにみえる犯罪類型において、被害者の承諾の有効性は、まず実際の保護法益が何であるかということから検討しなくてはならない。そして特別公務員暴行陵虐罪においては、国家的法益・個人的法益の双方が重層的に保護されていることが明らかになった。そのため国家的法益と個人的法益の二つが侵害されて始めて特別公務員暴行陵虐罪が成立するので、被害者の承諾によって個人的法益の侵害が欠如すれば、それは本条として処罰されないことになる。

しかし、本条においては被害者がおかれている特別な状況、あるいは特別な権力関係ゆえに、被害者の承諾の真意性が問題となりうる。当事者間の権力の差や被害者がおかれている拘禁状態は被害者の瑕疵ある承諾を類型的に招きやすくするので、そのような状況を社会的なシステムとして作り出した国家は、被害者が本来的には自律的でない承諾を表明する機会を減らすような保障をしなくてはならない。つまり被害者の自由を剥奪する状況を作出した国家の代理人（公務員）は、このような抑圧状況から生じた承諾を用いて侵害を行うことができないのであって、抑圧状況ゆえの承諾ではないという事情が明らかではない限り、すべての承諾を無効とすべきである。ここでは高度の蓋然性をもってその真意性が否定されており、そのような推定は国家の責任として正当化されているといえよう。そして、このような類型的な承諾の無効がくつがえされるような事情がある場合にのみ、被害者の承諾は有効とみなされるべきである。

第四節　小括

国家・公共の法益に対する罪と被害者の承諾の関係はこれまでの議論から決して無関係ではないことが明らかになったように思われる。とりわけ国家・公共の法益と個人の法益がともに保護されているように見える構成要件については、十分な考察が必要となる。

このような類型ではまず当該構成要件で実際に保護されている法益は何であるのかを検討しなければならないだろう。そのことによって、虚偽告訴罪のように、個人の法益を保護しているようにみえても、実際には国家・公共の法益の保護にしか貢献していない犯罪を発見し、結果として被害者の承諾の有効性を否定することができるようになる。この点について大きなヒントを与えるのは、当該構成要件の刑法典上の分類であり、文言であり、法定刑であり、また他罪との競合関係である。

他方、特別公務員暴行陵虐罪のように、国家・公共の法益と個人の法益がともに保護されているときには、それが択一的に保護されているのか重層的に保護されているのかを検討しなければならない。しかし、おそらく複数の法益を保護するほとんどすべての構成要件において、それは重層的に保護されていると考えるのが自然であろう。ここでは二つの法益侵害分の不法が当該罪の不法だからである。ゆえに被害者の承諾の余地は十分あるということになる。

しかし国家・公共の法益と個人の法益が重層的に保護されている場合には、専ら個人的法益を保護する罪と比較して、その承諾の有効性に関して更なる考慮が必要となる場合がある。とりわけ公務員が主体となった犯罪類型の場合には、特別な権力関係など、個人の自由を狂わせてしまいかねない事情が存在する可能性があるからである。このような事情は、承諾の真意性を高度に疑う要素となりうる。被害者の真の自由を保護するために、そして法治国家の責任として、

場合によっては承諾の真意性が類型的に否定されなければならないだろう。そして、この類型に明らかにあてはまらないものに限り、被害者の承諾の有効性が認められるべきである。

（1）大谷實『刑法講義総論』（新版第二版、二〇〇七、成文堂）二五九頁、山口厚『刑法総論』（第二版、二〇〇七、有斐閣）一五四頁以下、大塚仁『刑法概説（総論）』（第三版増補版、二〇〇六、有斐閣）四〇〇頁、佐伯仁志「被害者の同意とその周辺（1）」法学教室二九五号（二〇〇五）一〇七頁、齋野彦弥「社会的法益と同意」現代刑事法五九号（二〇〇四）四七頁。

Lenckner, in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Auflage, 2006, Vorbem §§32ff., Rdn. 36; *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Auflage, 2006, §13, Rdn. 33; *Wessels/Beulke*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 36. Auflage, 2006, Rdn. 372; *Hirsch*, in: Leipziger Kommentar, 11. Auflage, 1994, Vor §32, Rdn. 114; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Auflage, 1996, S. 380; *Maurach/Zipf*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage, 1992, Rdn. 42ff.; *Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, 1991, 7. Absch., Rdn. 114.

（2）西田典之ほか「事例で学ぶ刑法（事例10（2））」法学教室三一九号（二〇〇七）九一頁、大塚仁『刑法概説（各論）』（第三版補訂版、二〇〇五、有斐閣）四五二頁、齋野・前掲論文（脚注（1））五三頁以下参照。

この点についてはドイツにおいても同様である（Vgl. *Hirsch*, a.a.O.(Anm.(1)), Vor §32, Rdn. 115.）。

私文書偽造における承諾に関しては大谷實『刑法講義各論』（新版第二版、二〇〇七、成文堂）四五二頁以下、西田典之『刑法各論』（第四版、二〇〇七、弘文堂）三四六頁、前田雅英『刑法各論講義』（第四版、二〇〇七、東京大学出版会）四四六頁、松宮孝明『刑法各論講義』（二〇〇六、成文堂）三六二頁以下、川端博『刑法各論概要』（第三版、二〇〇三、成文堂）二六八頁、福田平『刑法各論』（全訂第三版増補、二〇〇二、有斐閣）八九頁を参照。

一方で、内田文昭「名義人の承諾と文書偽造罪の成否」研修三九六号（一九八一）八頁は、「社会的法益・国家的法益に関する犯罪にあっても、理論的には、構成員『全員』の承諾があれば構成要件不該当となり、あるいは、違法性が阻却

される可能性は存在する」として、その例に文書偽造罪における「名義人の承諾」を挙げている。ここでの承諾は、「名義人の承諾」という表現を用いてはいるが、名義人が全責任を負うことによって、取引関係人になんらの危険をも生じさせることなしに文書が通用しうるものであることを、「関係者」（社会）が「承認」していることだと解されているから、正確には「関係者（社会）の承諾」であるといえるだろう。しかし、「名義人の承諾」が即座に「社会の承諾」に繋がるかは疑問の余地があるように思われる。

（3）ゆえに名義人の承諾は、文書偽造罪の成否になんら影響をもたらさない場合もある。たとえば道路交通法違反（免許証不携帯）の交通事件原票の供述書欄に、本人の同意を得て別人の名を署名した被告人が私文書偽造罪に問われた事例において、最決昭五六年四月八日刑集三五・三・五七は、本件供述書は「その文書の性質上、作成名義人以外の者がこれを作成することは法令上許されないものであって、右供述書を他人の名義で作成した場合は、あらかじめその他人の承諾を得ていたとしても、私文書偽造罪が成立する」として、私文書偽造罪の成立を認めた。

（4）佐伯・前掲論文（注（1））一〇七頁、齋野・前掲論文（注（1））四七頁以下。

（5）大塚・前掲書（注（2））三六九頁、大谷・前掲書（注（2））三八四頁以下、西田・前掲書（注（2））二七〇頁、前田・前掲書（注（2））三六九頁、松宮・前掲書（注（2））三二五頁、福田・前掲書（注（2））六五頁参照。

（6）齋野・前掲論文（注（1））五〇頁。

（7）齋野・前掲論文（注（1））五〇頁。

（8）Vgl. *Peter Noll*, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe im besondern die Einwilligung des Verletzten, 1955, S. 117ff.

（9）誣告罪の沿革の詳細については、団藤重光編『注釈刑法（4）』（一九六五、有斐閣）二六二頁〔田宮裕〕、江家義男「誣告罪の本質」江家義男教授刑事法論文集刊行委員会編『江家義男教授刑事法論文集』（一九五九、早稲田大学出版部）五四頁以下を参照。

（10）岡田朝太郎『日本刑法論（完）』（一八九五、有斐閣書房）八六五頁以下。

（11）磯部四郎『改正刑法正解』（復刻版、一九九五、信山社）三五五頁、田中正身『改正刑法釈義下巻』（一九〇八、西東書房）六七四頁。

（12）中嶋晋治『現行刑法対比改正刑法草案理由』（一八八九、有斐閣書房）一七三頁。

(13) 磯部・前掲書（注（11））三五五頁。
(14) 磯部・前掲書（注（11））三五五頁、田中・前掲書（注（11））六七四頁、中嶋・前掲書（注（12））一七三頁。
(15) 大場茂馬『刑法各論下巻』（一九一〇、巖松堂書店）七七〇頁以下、磯部・前掲書（注（11））三五五頁、田中・前掲書（注（11））六七四頁。
(16) 団藤重光『刑法綱要各論』（第三版、一九九〇、創文社）一〇九頁、石川才顕「誣告罪―罪質」福田平ほか編『演習刑法各論』（一九七六、青林書院新社）五一頁、江家・前掲書（注（9））六四頁以下。
(17) 江家・前掲書（注（9））六四頁。
(18) 石川・前掲書（注（16））五一頁。
(19) 江家・前掲書（注（9））六四頁以下。
(20) 小暮得雄ほか編『刑法講義各論』（一九八八、有斐閣）五四六頁〔神山敏雄〕。
(21) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第8巻』（第二版、二〇〇一、青林書院）三二九頁〔徳江義典ほか〕。
(22) 江家・前掲書（注（9））七四頁、団藤・前掲書（注（16））一〇九頁、石川・前掲書（注（16））五三頁。
(23) 岡田・前掲書（注（10））八六五頁以下。
(24) 山口厚『刑法各論』（補訂版、二〇〇五、有斐閣）五九四頁以下、岡野光雄『刑法要説各論』（第四版、二〇〇三、成文堂）三四八頁、橋本正博「虚偽告訴等の罪の保護法益と危険概念」現代刑事法五四号（二〇〇三）一七頁以下、平川宗信『刑法各論』（一九九五、有斐閣）一八九頁、大塚・前掲書（注（2））六一三頁、大谷・前掲書（注（2））五八八頁、西田・前掲書（注（2））四三八頁、前田・前掲書（注（2））五五四頁、福田・前掲書（注（2））三九頁以下、田宮・前掲書（注（9））二六二頁以下、神山・前掲書（注（20））五四六頁以下、徳江ほか・前掲書（注（21））三二九頁。
(25) 田宮・前掲書（注（9））二六三頁、神山・前掲書（注（20））五四六頁。
(26) 田宮・前掲書（注（9））二六三頁。
(27) 大塚・前掲書（注（2））六一三頁、大谷・前掲書（注（2））五八八頁、西田・前掲書（注（2））四三八頁、前田・前掲書（注（2））五五四頁以下、徳江ほか・前掲書（注（21））三二九頁。
(28) 大塚・前掲書（注（2））六一三頁、大谷・前掲書（注（2））五八八頁、徳江ほか・前掲書（注（21））三二九頁。

なお大塚・六一三頁によれば、承諾にもとづく虚偽告訴は情状により可罰的違法性がみとめられないこともあるという。

(29) 西田・前掲書（注（2））四三八頁、前田・前掲書（注（2））五五四頁。

(30) それゆえこのような見解が外国への虚偽告訴を規定の対象に含まないとするのは（徳江ほか・前掲書（注（21））三三四頁参照）矛盾である。

(31) 大判大元年一二月二〇日刑録一八・一五六六。

(32) 大判大二年五月二日刑録一九・五四一。

(33) 学説の一部は「判例は筋が通っておらず、誣告罪の法益の多元性を有罪方向に便宜利用している」という批判をおこなっているが（田宮・前掲書（注（9））二六四頁）、そもそも択一的保護説とは、国家的法益と個人的法益のどちらか一方でも侵害されれば、虚偽告訴罪の成立を認めるという見解であるのだから、このような批判は的を射ていない。

(34) 田宮・前掲書（注（9））二六六頁、神山・前掲書（注（20））五四六頁以下。

(35) 田宮・前掲書（注（9））二六五頁。

(36) 大塚・前掲書（注（2））六一六頁、大谷・前掲書（注（2））五八八頁、西田・前掲書（注（2））四三八頁、前田・前掲書（注（2））五五四頁、松宮・前掲書（注（2））四五五頁、徳江ほか・前掲書（注（21））三三〇頁、岡野・前掲書（注（24））三四八頁。

(37) 江家・前掲書（注（9））七二頁、石川・前掲書（注（16））五二頁。

(38) 平野龍一『刑法概説』（一九七七、東京大学出版会）二九八頁以下、木村龜二『刑法各論』（一九五八、法文社）三二三頁、福田・前掲書（注（2））三九頁以下、田宮・前掲書（注（9））二六六頁以下、神山・前掲書（注（20））五四六頁以下、岡野・前掲書（注（24））三四九頁、橋本・前掲論文（注（24））二二頁、平川・前掲書（注（24））一八九頁。また、山口・前掲書（注（24））五九四頁以下も同旨である。

(39) 橋本・前掲論文（注（24））二二頁。

(40) 江家・前掲書（注（9））七三頁、石川・前掲書（注（16））五三頁。

(41) Vgl. *Hirsch*, Zur Rechtsnatur der falschen Verdächtigung, in: Gedächtnisschrift für Horst Schröder, 1978, S. 323（以下、*Hirsch*, in: Schröder-G.S. と略す）; *Winrich Langer*, Die falsche Verdächtigung, 1973, S. 26.

（42）Vgl. *Hirsch*, in: Schröder-G.S.(Anm.(41)), S. 323.
（43）Vgl. *Hirsch*, in: Schröder-G.S.(Anm.(41)), S. 323.
（44）Vgl. *Hirsch*, in: Schröder-G.S.(Anm.(41)), S. 324.
（45）Vgl. *Hirsch*, in: Schröder-G.S.(Anm.(41)), S. 325.
（46）RGSt 23, 371, 373.
（47）個人の名誉を重視するプロイセン刑法下では、被誣告者に人的な不可罰事由があることを黙秘していた告訴者の罪責は否定されていた（Vgl. RGSt 23, 371, 372.）。
（48）RGSt 59, 34.
（49）RGSt 29, 54.
ライヒ裁判所は、被告人の行為は単なる侮辱にすぎないと説明している。
（50）*Rudolphi/Rogall*, Systematischer Kommentar zum StGB, 7. Auflage, 2003, §164, Rdn. 1ff.; *Axel Deutscher*, Falsche Verdächtigung eines Schuldigen durch falsche Beweismittel ― BGH, NJW 1988, 81, JuS 1988, 527ff.; *Langer*, a.a.O.(Anm.(41)), S. 35ff.
（51）*Langer*, a.a.O.(Anm.(41)), S. 48ff.
（52）とりわけドイツにおける虚偽告訴罪の議論はそれぞれの説の批判によって構成されることが多い。なぜなら個人的法益保護と国家的法益保護のすべての組み合わせが出尽くしており、これらのうちいずれかの説が正解ということになるから、他のすべての説を否定すれば、残りの説が適切だという帰結が導かれるのである（Vgl. *Langer*, a.a.O.(Anm.(41)), S. 35.）。そしてこのような批判の過程で、必然的に自説の主張がおこなわれることになる。
（53）*Deutscher*, a.a.O.(Anm.(50)), 529.
（54）*Langer*, a.a.O.(Anm.(41)), S. 44.
（55）刑法一六五条は誤って有罪判決を受けた被誣告者が、それが虚偽告訴に基づくものであったことを公示するための権利を規定している。
（56）*Lenckner*, in: Schönke/Schröder, 2006, §164, Rdn. 2; *Wolfgang Ruß*, in: Leipziger Kommentar, 11. Auflage, 1999, §164,

Rdn. 3.

(57) *Langer*, a.a.O.(Anm.(41)), S. 46.

(58) *Gerd Geilen*, Grundfragen der falschen Verdächtigung (§164 StGB), Jura 1984, 251; *Lenckner*, a.a.O.(Anm.(56)), §164, Rdn. 2.

(59) *Winrich Langer*, Aktuelle Probleme der falschen Verdächtigung, GA 1987, 293.

(60) *Hirsch*, in: Schröder-G.S.(Anm.(41)), S. 316ff.

(61) ドイツ刑法一四五ｄ条一項一号「間違っていると知りながら官署若しくは告発を受け入れる権限のある機関に、違法な行為がおこなわれたことを欺罔した者は、その行為が一六四条、二五八条又は二五八ａ条で処罰されないときは、三年以下の自由刑又は罰金に処する」なお二五八条は犯人隠匿罪を、二五八ａ条は公務における犯人隠匿罪を規定している。

(62) *Hirsch*, in: Schröder-G.S.(Anm.(41)), S. 318.

(63) *Langer*, GA 1987(Anm.(59)), 294.

(64) *Langer*, GA 1987(Anm.(59)), 294.

(65) ただし、被誣告者の承諾は刑法一六五条の権利を被誣告者から剥奪することになる（Vgl. *Rudolphi/Rogall*, a.a.O.(Anm.(50)), §164, Rdn. 46.）

(66) *Eberhard Schmidhäuser*, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Auflage, 1983, 6. Kapital, Rdn. 6; *Hirsch*, in: Schröder-G.S.(Anm.(41)), S. 307.

(67) *Langer*, a.a.O.(Anm.(41)), S. 44.

(68) *Hirsch*, in: Schröder-G.S.(Anm.(41)), S. 313.

(69) *Langer*, a.a.O.(Anm.(41)), S. 44.

(70) *Hirsch*, in: Schröder-G.S.(Anm.(41)), S. 314.

(71) *Hirsch*, in: Schröder-G.S.(Anm.(41)), S. 313.

(72) 一八五条は侮辱罪の規定であり、二年以下の自由刑又は罰金が規定されている。二二三条は傷害罪で五年以下の自由刑又は罰金、二三九条は監禁罪で五年以下の自由刑又は罰金、二四〇条は強要罪で三年以下の自由刑又は罰金が科されてい

る。なおランガーが論文を発表した当時は、傷害罪の法定刑は三年以下の自由刑又は罰金であった。

(73) *Langer*, a.a.O.(Anm.(41)), S. 49.

(74) *Hirsch*, in: Schröder-G.S.(Anm.(41)), S. 315.

(75) *Hirsch*, in: Schröder-G.S.(Anm.(41)), S. 316ff./S. 320ff.

(76) *Hirsch*, in: Schröder-G.S.(Anm.(41)), S. 317ff.

(77) *Horst Schröder*, Zur Rechtsnatur der falschen Anschuldigung, NJW 1965, 1890; *Geilen*, a.a.O.(Anm.(58)), 251.

(78) ドイツ刑法一六四条二項「同じ意図で一項に示された場所に又は公的に、間違っていると知りながら、他人についてその者に対する官署の手続き又は他の官署の処分を惹起させ若しくは継続させるような種類の事実的なその他の主張をおこなった者は、同様に処罰する」

(79) *Rudolphi/Rogall*, a.a.O.(Anm.(50)), §164, Rdn. 3; *Lenckner*, a.a.O.(Anm.(56)), §164, Rdn. 2.

(80) *Lenckner*, a.a.O.(Anm.(56)), §164, Rdn. 2.

(81) 但し、ともに保護された個人的法益を過小評価してはならないとして、重層的保護説に立つ論者もある（Vgl. *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Auflage, 1995, §17, Rdn. 99; *Mitsch*, Die erschlichene Abtreibung, Jura 1988, 204.）。

(82) *Hirsch* in: Schröder-G.S.(Anm.(41)), S. 320; *Rudolphi/Rogall*, a.a.O.(Anm.(50)), §164, Rdn. 2; *Deutscher*, a.a.O.(Anm.(50)), 528; *Ruß*, a.a.O.(Anm.(56)), §164, Rdn. 2; *Geilen*, a.a.O.(Anm.(58)), 251.

(83) *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Auflage, 2007, §164, Rdn. 1ff.; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht Besonderer Teil/1, 30. Auflage, 2006, Rdn. 688; *Arzt/Weber*, Strafrecht Besonderer Teil Lehrbuch, 2000, §48, Rdn. 1; *Lenckner*, a.a.O.(Anm.(56)), §164, Rdn. 2; *Ruß*, a.a.O.(Anm.(56)), §164, Rdn. 3; *Schröder*, a.a.O.(Anm.(77)), 1890.

(84) BGH, NJW 1952, 1385.

(85) BGH, JR 1965, 306.

(86) BGHSt 5, 66.

(87) *Meyer*, OLG Düsseldorf, NJW 1962, 1263.

原審は個人の法益の欠如は一六四条ではなく一四五ｄ条の適用に導くとして個人的法益保護説を採っていた。

(88) また被告人の予見とは別の者に嫌疑がかかった事例において、ＢＧＨは虚偽告訴罪が司法の利益と個人の利益の保護に貢献することを指摘した上で、「行為が司法の侵害である限り、（中略）その人に嫌疑がかかることを予見していなかった他人が最終的に疑われたことは本質的な差異をなさない」として虚偽告訴罪の成立をみとめている（BGHSt 9, 240）。

(89) BGHSt 5, 66, 68.

(90) *Lenckner*, a.a.O.(Anm.(56)), §164, Rdn. 2; *Ruß*, a.a.O.(Anm.(56)), §164, Rdn. 3; *Geilen*, a.a.O.(Anm.(58)), 251; *Schröder*, a.a.O.(Anm.(77)), 1890; *Meyer*, a.a.O. (Anm.(87)), 1263ff.

Vgl. auch *Heinz Zipf*, Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht, 1970, S. 23ff.

(91) *Arzt/Weber*, a.a.O.(Anm.(83)), §48, Rdn. 2.

(92) ただし択一的保護説に依拠しても、二つの条文の存在が疑われることに注意すべきである（Vgl. *Hirsch*, in: Schröder-G.S.(Anm.(41)), S. 317ff.）。

(93) *Hirsch*, in: Schröder-G.S.(Anm.(41)), S. 310; *Langer*, a.a.O.(Anm.(41)), S. 38; *Rudolphi/Rogall*, a.a.O.(Anm.(50)), §164, Rdn. 2.

(94) *Langer*, a.a.O.(Anm.(41)), S. 38.

(95) *Langer*, a.a.O.(Anm.(41)), S. 40.

Vgl. auch *Rudolphi/Rogall*, a.a.O.(Anm.(50)), §164, Rdn. 2.

(96) また旧刑法下では、被誣告者が虚偽告訴によって処罰されたか否かで刑が異なっていた点にも注意すべきであろう（岡田・前掲書（注（10））八七一頁参照）。

(97) 大判大三年一一月三日刑録二〇・二〇〇一、大塚・前掲書（注（2））六一五頁、大谷・前掲書（注（2））五八九頁、団藤・前掲書（注（16））一一四頁、徳江ほか・前掲書（注（21））三四九頁、山口・前掲書（注（24））五九六頁。

(98) 大塚・前掲書（注（2））六一八頁、大谷・前掲書（注（2））五九〇頁、西田・前掲書（注（2））四四一頁参照。また山口・前掲書（注（24））五九七頁以下は、本罪の目的は主観的違法要素ではなく、処罰を限定する要件であると説明している。

(99) 伊藤榮樹ほか編『注釈特別刑法第二巻準刑法編』（一九八九、立花書房）九二頁、稲田輝明ほか「軽犯罪法」平野龍一ほか編『注解特別刑法7風俗・軽犯罪編』（第二版、一九八八、青林書院）八八頁。

(100) 伊藤ほか・前掲書（注（99））九四頁、稲田ほか・前掲書（注（99））九〇頁。

(101) ただし、法益侵害は実質的な構成要件該当性を決定する上で重要な要素であるから、それを重要でないと言い切ってしまうこともできないであろう（Vgl. *Langer*, GA 1987(Anm.(59)), 294.）。

(102) 山中敬一『刑法総論Ⅰ』（二〇〇〇、成文堂）二〇四頁、内藤謙『刑法講義総論（中）』（一九八六、有斐閣）五九三頁、大谷・前掲書（注（1））二六一頁、佐伯・前掲論文（注（1））一一三頁。

Sternberg-Lieben, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 1997, S. 81; *Lenckner*, a.a.O.(Anm.(1)), Vorbem §§32ff. Rdn. 34; *Roxin*, a.a.O.(Anm.(1)), §13, Rdn. 49; *Hirsch*, a.a.O.(Anm.(1)), Vor §32, Rdn. 106ff.; *Zipf*, a.a.O.(Anm.(90)), S. 22.

この点は危険引受けについても同様である（塩谷毅「被害者の危険引受けについて」刑法雑誌四五巻二号（二〇〇六）一八六頁、深町晋也「危険引受け論について」本郷法政紀要九号（二〇〇〇）一三七頁以下参照）。

(103) 実際個人的法益保護説を採るシュミッドホイザーは、虚偽告訴罪を抽象的危険犯と理解している（*Schmidhäuser*, a.a.O.(Anm.(66)), 6. Kapital, Rdn. 6.）。

(104) 木村・前掲書（注（38））三二二頁以下。

(105) 田宮・前掲書（注（9））二六五頁、平野・前掲書（注（38））二九〇頁。また個人的法益の内容として明記されているわけではないが、大塚・前掲書（注（2））六一三頁は、ここで侵害される個人の利益を私生活の平穏と表現している。

(106) 大塚・前掲書（注（2））六二四頁、前田・前掲書（注（2））五六二頁。

(107) 大塚仁ほか編『大コンメンタール第10巻』（第二版、二〇〇六、青林書院）一二〇頁〔古田佑紀ほか〕、原田保「特別公務員暴行陵虐罪の意義と課題」現代刑事法三九号（二〇〇二）四六頁、筑間正泰「特別公務員暴行陵虐罪と強制わいせつ罪又は強姦罪との関係及びその訴訟法上の問題」広島法学二〇巻三号（一九九七）二頁、大塚・前掲書（注（2））六二四頁、大谷・前掲書（注（2））五九九頁。

(108) 大塚・前掲書（注（2））六二四頁、大谷・前掲書（注（2））五九九頁、西田・前掲書（注（2））四四二頁、川端・

前掲書（注（２））三六四頁、岡野・前掲書（注（24））三五六頁、原田・前掲論文注（107））四五頁。

(109) 西田・前掲書（注（２））四四二頁。

(110) 原田・前掲論文（注（107））四五頁。

(111) 団藤重光編『注釈刑法（４）』（一九六五、有斐閣）三九二頁〔香川達夫〕、大塚・前掲書（注（２））六二四頁、大谷・前掲書（注（２））五九九頁、古田ほか・前掲書（注（107））一二〇頁。

(112) 平川・前掲書（注（24））六五頁以下。

(113) 神山・前掲書（注（20））五五三頁。

(114) 判例時報一八三五号一五七頁以下。本判例の評釈は、橋本雄太郎「判批」判例時報一九〇〇号（二〇〇五）二三一頁以下、松宮孝明「判批」法学セミナー五九五号（二〇〇四）一二一頁、小川新二「判批」研修六六五号（二〇〇三）一七頁以下、北岡克哉「判批」警察公論五八巻五号（二〇〇三）六五頁がある。

(115) 判例は伝統的にこのような立場に立っているといえよう（大判大一五年二月二五日法律新聞二五四五号一一頁参照）。

(116) 橋本・前掲論文（注（114））二三三頁、小川・前掲論文（注（114））二〇頁以下、北岡・前掲論文（注（114））六九頁。

(117) 橋本・前掲論文（注（114））二三三頁。

(118) 小川・前掲論文（注（114））二〇頁以下。また北岡・前掲論文（注（114））六九頁も同旨である。

(119) このような視点の差異ゆえに「本判決は、本罪が危険犯であることを端的に判示したものである」（北岡・前掲論文（注（114））六九頁）という分析は適切とはいえないだろう。これは個人的法益を考えた場合であって、平成一五年判決は国家的法益の侵害を問題としているのである。

(120) 小川・前掲論文（注（114））二一一頁、北岡・前掲論文（注（114））六九頁。

(121) 松宮・前掲論文（注（114））一二一頁。

(122) 松宮・前掲論文（注（114））一二一頁。

(123) 松宮・前掲書（注（２））四六一頁。反対は古田ほか・前掲書（注（107））一二〇頁。

(124) *Lauffütte*, in: Leipziger Kommentar, 11. Auflage, 1994, §174b, Rdn. 12.

(125) *Lenckner/Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder, 2006, §174a, Rdn. 1.

(126) 個人の自己決定に加えられる法益は、論者によってその表現が異なっているが、おおむね本文であげたような意味内容である。

Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 54. Auflage, 2007, §174a, Rdn. 2; *Klaus Laubenthal*, Sexualstraftaten, 2000, Rdn. 283; *Lackner/Kühl*, a.a.O(Anm.(83)), §174a, Rdn. 1; *Laufhütte*, a.a.O.(Anm.(124)), §174a, Rdn. 1; *Lenckner/Perron/Eisele*, a.a.O.(Anm.(125)), §174a, Rdn. 1.

(127) *Wolters/Horn*, in: Systematischer Kommentar, 8. Auflage, 2004, §174a, Rdn. 2; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht Besonderer Teil Teilband 1, 9. Auflage, 2003, §19, Rdn. 3.

(128) *Laufhütte*, a.a.O.(Anm.(124)), §174a, Rdn. 14; *Lenckner/Perron/Eisele*, a.a.O.(Anm.(125)), §174a, Rdn. 6; *Tröndle/Fischer*, a.a.O.(Anm.(126)), §174a, Rdn. 10; *Laubenthal*, Sexualstraftaten(Anm.(126)), Rdn. 301ff.; *Wolters/Horn*, a.a.O.(Anm.(127)), §174a, Rdn. 2; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, a.a.O.(Anm.(127)), §19, Rdn. 13.

(129) *Laubenthal*, Der strafrechtliche Schutz Gefangener und Verwahrter vor sexuellen Übergriffen, in: Festschrift für Karl Heinz Gössel, 2002, S. 366; *ders*, Sexualstraftaten(Anm.(126)), Rdn. 301.

(130) *Lackner/Kühl*, a.a.O.(Anm.(83)), §174a, Rdn. 4; *Laufhütte*, a.a.O.(Anm.(124)), §174a, Rdn. 14; *Lenckner/Perron/Eisele*, a.a.O.(Anm.(125)), §174a, Rdn. 6; *Laubenthal*, Sexualstraftaten(Anm.(126)), Rdn. 301; *Wolters/Horn*, a.a.O.(Anm.(127)), §174a, Rdn. 7; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, a.a.O.(Anm.(127)) §19, Rdn. 13.

(131) Vgl. *Lackner/Kühl*, a.a.O.(Anm.(83)), §174a, Rdn. 4; *Laubenthal*, Sexualstraftaten(Anm.(126)), Rdn. 302.

(132) なお現行刑法一七四a条一項に当たる条文は当時一七四条二項に規定されており、その文言は地位の「濫用(Mißbrauch)」ではなく地位の「利用(Ausnutzung)」であった。

Vgl. *Laufhütte*, a.a.O.(Anm.(124)), §174a, Entstehungsgeschichte; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, a.a.O.(Anm.(127)), §19, Rdn. 1.

(133) BGHSt 2, 93, 94.

(134) BGHSt 2, 93, 95.

(135) *Tröndle/Fischer*, a.a.O.(Anm.(126)), §174a, Rdn. 10; *Laubenthal*, in: Gössel-F.S.(Anm.(129)), S. 366.

(136) *Lackner/Kühl*, a.a.O.(Anm.(83)), §174b, Rdn. 1; *Lenckner/Perron/Eisele*, a.a.O.(Anm.(125)), §174b, Rdn. 1; *Tröndle/Fischer*, a.a.O.(Anm.(126)), §174b, Rdn. 2; *Laubenthal*, Sexualstraftaten(Anm.(126)), Rdn. 306.
　また一七四a条一項で、その保護法益から公共の信頼を排除した見解は、ここでも公共の信頼を保護法益から排除することになる（Vgl. *Wolters/Horn*, a.a.O.(Anm.(127)), §174b, Rdn. 2）。

(137) *Laufhütte*, a.a.O.(Anm.(124)), §174b, Rdn. 1; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, a.a.O.(Anm.(127)), §19, Rdn. 3.

(138) *Wolters/Horn*, a.a.O.(Anm.(127)), §174b, Rdn. 2.

(139) Vgl. *Lenckner/Perron/Eisele*, a.a.O.(Anm.(125)), §174b, Rdn. 2.

(140) *Laufhütte,* a.a.O.(Anm.(124)), §174b, Rdn. 9; *Lenckner/Perron/Eisele*, a.a.O.(Anm.(125)), §174b, Rdn. 7; *Tröndle/Fischer*, a.a.O.(Anm.(126)), §174b, Rdn. 4; *Laubenthal*, Sexualstraftaten(Anm.(126)), Rdn. 319; *Wolters/Horn*, a.a.O.(Anm.(127)), §174b, Rdn. 8.

(141) *Laufhütte*, a.a.O.(Anm.(124)), §174b, Rdn. 9; *Lenckner/Perron/Eisele*, a.a.O.(Anm.(125)), §174b, Rdn. 7; *Laubenthal*, Sexualstraftaten(Anm.(126)), Rdn. 320; *Wolters/Horn*, a.a.O.(Anm.(127)), §174b, Rdn. 8; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, a.a.O.(Anm.(127)), §19, Rdn. 17.

(142) *Lenckner/Perron/Eisele*, a.a.O.(Anm.(125)), §174b, Rdn. 7; *Laubenthal*, Sexualstraftaten(Anm.(126)), Rdn. 320; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, a.a.O.(Anm.(127)), §19, Rdn. 17.

(143) *Wolters/Horn*, a.a.O.(Anm.(127)), §174b, Rdn. 8ff.

(144) *Wolters/Horn*, a.a.O.(Anm.(127)), §174b, Rdn. 2.

(145) BGHSt 8, 24; BGHSt 9, 13.
　但し、両者は一七四b条一項が一七四条二項として規定されていた時期の判例であり、当時の文言は「公務員の地位を利用して」で、文言上、依存性は要求されていなかった。

(146) *Lackner*, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 22. Auflage, 1997, §340, Rdn. 4; *Tröndle*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 48. Auflage, 1997, §340, Rdn. 1; *Cramer*, in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 23. Auflage, 1988, Rdn. 5; *Hirsch*, in; Leipziger Kommentar, 10. Auflage, 1988, §340, Rdn. 1; *Zipf*, a.a.O.(Anm.(90)), S. 24.

(147) ドイツ刑法二二八条「被害者の同意をえて傷害をおこなった者は、その行為が同意にもかかわらず良俗に反するときにのみ、違法に行為したものである」

(148) *Cramer/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, 2006, §340, Rdn. 5; *Tröndle/Fischer*, a.a.O.(Anm.(126)), §340, Rdn. 7.

(149) *Horn/Wolters*, Systematischer Kommentar, 7. Auflage, 2002, §340, Rdn. 8; *Lackner/Kühl*, a.a.O.(Anm.(83)), §340, Rdn. 4; *Tröndle/Fischer*, a.a.O.(Anm.(126)), §340, Rdn. 3a; *Cramer/Sternberg-Lieben*, a.a.O.(Anm.(148)), §340, Rdn. 5.

(150) *Tröndle/Fischer*, a.a.O.(Anm.(126)), §340, Rdn. 1; *Horn/Wolters*, a.a.O.(Anm.(149)), §340, Rdn. 2b.

(151) *Cramer/Sternberg-Lieben*, a.a.O.(Anm.(148)), §340, Rdn. 5.
Vgl. auch *Horn/Wolters*, a.a.O.(Anm.(149)), §340, Rdn. 8.

(152) *Horn/Wolters*, a.a.O.(Anm.(149)), §340, Rdn. 2b.

(153) *Tröndle/Fischer*, a.a.O.(Anm.(126)), §340, Rdn. 7.

(154) *Hirsch*, in: Leipziger Kommentar, 11. Auflage, 1999, §340, Rdn. 1; *Christian Jäger*, Die Delikte gegen Leben und körperliche Unversehrtheit nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz –Ein Leitfaden für Studium und Praxis, JuS 2000, 38.

(155) *Hirsch*, a.a.O.(Anm.(154)), §340, Rdn. 1.

(156) かつて規定されていた公務における監禁罪や住居侵入罪といった、個人的法益の侵害を加重する公務員犯罪は、一九七四年の刑法施行法によって削除されている。

(157) *Hirsch*, a.a.O.(Anm.(154)), §340, Rdn. 15.

(158) *Hirsch*, a.a.O.(Anm.(154)), §340, Rdn. 15.

(159) *Jäger*, a.a.O.(Anm.(154)), 38.

(160) *Jäger*, a.a.O.(Anm.(154)), 38.

(161) *Jäger*, a.a.O.(Anm.(154)), 38.
Vgl. auch *Hirsch*, a.a.O.(Anm.(154)), §340, Rdn. 15.

(162) 注（146）参照。

(163) *Schmidhäuser*, a.a.O.(Anm.(66)), 1. Kapital, Rdn. 20.

(164) Vgl. *Amelung/Weidemann*, Bestechlichkeit und Förderung einer Selbstschädigung im Maßregelvollzug –BGH, NJW 1983, 462, JuS 1984, 595.

(165) BGH, NJW 1983, 462, 463.

(166) 但しこの判例は、Sに自己制御能力がなかったことをもって間接正犯の可能性を肯定しているのであり、そもそも被害者の承諾は承諾能力の欠如ゆえに無効だとすることもできた。
なお被害者の承諾とは関係のない事例ではあるが、二四〇条の本質を公務員の義務侵害に求めた判例もある（Vgl. BGHSt 3, 349.）。

(167) *Heinz Wagner*, Neue Tendenzen im Bereich der Amtsdelikte, ZRP 1975, 277.

(168) ワーグナーが主張するこの見解の基礎には、当時の国家賠償に関する議論がある。国家賠償の議論においては、国家と公務員の関係である「内部的法関係（Innerrechtsverhältnis）」と国家と市民の関係である「外部的法関係（Außerrechtsverhältnis）」とが区別され、前者は公務員の任命や雇用契約、雇用契約に基づく権利義務関係などに、後者は憲法的あるいは行政法的な公務員（国家）の行為義務などに関係していた。

(169) *Wagner*, ZRP 1975(Anm.(167)), 277.

(170) *Wagner*, ZRP 1975(Anm.(167)), 277.

(171) *Wagner*, ZRP 1975(Anm.(167)), 278.

(172) *Wagner*, ZRP 1975(Anm.(167)), 278.

(173) 当時は傷害罪以外にも、公務における住居侵入罪や監禁罪なども規定されていた。

(174) *Heinz Wagner*, Amtsverbrechen, 1975, S. 362.

(175) *Wagner*, Amtsverbrechen(Anm.(174)), S. 362.

(176) *Wagner*, Amtsverbrechen(Anm.(174)), S. 362ff.

(177) *Wagner*, Amtsverbrechen(Anm.(174)), S. 363.

(178) *Wagner*, Amtsverbrechen(Anm.(174)), S. 363.

(179) *Wagner*, Amtsverbrechen(Anm.(174)), S. 364.

(180) *Wagner*, Amtsverbrechen(Anm.(174)), S. 365.

(181) *Horn*, in: Systematischer Kommentar, 5. Auflage. 1997, §340, Rdn. 7; *Amelung*, Die Zulässigkeit der Einwilligung bei den Amtsdelikten, in: Festschrift für Hanns Dünnebier, 1982, S. 508ff.

(182) *Amelung*, a.a.O.(Anm.(181)), S. 508.

(183) *Amelung*, a.a.O.(Anm.(181)), S. 508.

Vgl. auch Horn, in: a.a.O.(Anm.(181)), §340, Rdn. 7.

ただし、国公立病院の医師と私立病院の医師が異なった取り扱いを受けるのは不当であり、また三四〇条の加重処罰の根拠は公権力の濫用であるから、国公立の病院に勤務する医師は三四〇条の主体からはずれるとするのが現在でも通説的な見解である（Vgl. OLG Karlsruhe, MDR 1983, 250; *Lackner/Kühl*, a.a.O.(Anm.(83)), §340, Rdn. 4; *Tröndle/Fisher*, a.a.O.(Anm.(126)), §340, Rdn. 2; *Cramer/Sternberg-Lieben*, a.a.O.(Anm.(148)), Rdn. 3; *Hirsch*, a.a.O.(Anm.(154)), §340, Rdn. 15.）。ゆえにこの主張にどれほどの説得力があるかは疑問であろう。

(184) *Amelung*, a.a.O.(Anm.(181)), S. 510.

(185) *Amelung/Weidemann*, a.a.O.(Anm.(164)), 595.

(186) *Amelung*, a.a.O.(Anm.(181)), S. 510.

なおアーメルングは同意の一般的な根拠と制限について論文の冒頭で検討しており、それによれば憲法的に導かれた制限のみが同意を制限することができる。また三四〇条に関する二二六ａ条（現行二二八条）の「良俗」は、私人間の関係におけるそれとは異なった内容のものであるが、義務違反とは無関係である（*Amelung*, a.a.O.(Anm.(181)), S. 491ff.）。

(187) ただし上述のように、強制わいせつ罪・強姦罪は「陵辱」によってカバーし尽くされていないので、特別公務員暴行陵虐罪と観念的競合の関係にたつ。

(188) とりわけ一九六条の法定刑は、「傷害罪の罪と比較して、重い刑により処断する」と規定されている。

(189) 詳細は次章以下で検討する。

(190) 被害者の承諾の有効性を強固に主張したアーメルングさえも、同意の任意性を類型的に否定するのは勝手な憶測にすぎないとしつつ、基本権の保護が基礎付けられている議会は、濫用の危険がある範囲、たとえば囚人の同意の際には、任意

性についての不確実性を排除する適切な手段として、同意の任意性と手続きに関する規定を交付しなければならないとして、一定の留保を認めている（*Amelung*, a.a.O.(Anm.(181)), S. 495.）。

〔付記〕
本稿は北海道大学審査博士（法学）学位論文（二〇〇七年三月二三日授与）「被害者の承諾～各論的考察」に補筆したものである。

論　説

おとり捜査の研究（二）

――ドイツ法理論の発展を手掛かりにして――

内藤大海

目　次

序章
第一節　問題の所在
第一款　おとり捜査の必要性と利用目的

第二款　おとり捜査の問題点――法益侵害――
第二節　研究の目的
第一款　わが国における理論の展開
第二款　違法性判断の基準の不明確性
第三款　違法性判断の実質的担保――違法なおとり捜査に対する法律効果――
第三節　論文の射程
第一款　おとり捜査に関する試論
第二款　組織犯罪対策についての展望
第一章　おとり捜査と捜査概念――犯罪発生前の捜査の適否――
第一節　問題の所在
第二節　わが国における議論の展開
第一款　警察活動に関する議論の史的発展
第二款　目的的区分論
第三款　伝統的区分論
第四款　検討
第三節　ドイツにおける議論の紹介
第一款　ドイツにおける捜査概念
第二款　おとり捜査と捜査概念
第三款　検討――被作出犯罪の訴追に向けられたおとり捜査――
第四節　小括――おとり捜査と事後捜査限定説――
……（以上、五八巻二号）
第二章　おとり捜査および類似の捜査手法
第一節　アジャン・プロヴォカトゥール（agent provocateur）

第二節　潜入捜査官（Verdeckte Ermittler）
第三節　連絡員（V-Mann, V-Person, V-Leute）および情報提供者（Informant）
第四節　アンダー・カヴァー・エイジェント（under-cover-agent）
第五節　ドイツにおけるおとり捜査の担い手
第三章　ドイツ判例理論
第一節　はじめに
第二節　犯意の具体化理論（Konkretisierungstheorie）
　第一款　判例
　第二款　理論の出発点――「既存の犯意の具体化」――
　第三款　評価の視点
　第四款　許されざる犯罪誘発行為の法的帰結
　第五款　検討
第三節　重大な影響（erhebliche Einwirkung）基準
　第一款　判例
　第二款　理論の出発点――「被告人に対する重大な影響」――
　第三款　評価の視点
　第四款　許されざる犯罪誘発行為の法的帰結
　第五款　検討
第四節　量刑的解決
　第一款　連邦通常裁判所第一刑事部一九八四年五月二三日判決
　第二款　その他の判例
　第三款　量刑説の理論構造
　第四款　評価の視点

（以上、本号）

第五款　最近の判例の問題意識
第六款　検討
第五節　小括
第四章　ドイツ学説の発展
第五章　わが国における議論
第六章　おとり捜査の規制
結びに代えて

第二章　おとり捜査および類似の捜査手法

ドイツにおいては、わが国でいうところの「おとり」は、アジャン・プロヴォカトゥール（agent provocateur）あるいはロックシュピッツェル（Lockspitzel）と呼ばれる。この他にも、類似する欺罔的捜査手法がある。すなわち、以下で紹介する潜入捜査官（Verdeckte Ermittler = VE）、連絡員（V-Mann）[1]、情報提供者（Informant）である。これらの名称は、それぞれの名称から推察される活動を担う者を指すようであるが、必ずしも名称と活動内容は一致しない。一般には、対象者に働き掛けて犯罪を誘発させ、検挙するのがおとり捜査であると定義し、一方で、犯罪組織等に潜入し、公判手続において証拠となる情報の収集活動を行うのが、潜入捜査官や連絡員であると考えられる。しかし、実際には、連絡員と呼ばれる者が、犯罪誘発を伴う「おとり捜査」を行う場合も多い。本稿では、各々の捜査活動の内容とその担い手の名称のズレに基づく混乱を避けるため、一般には単に情報収集活動を行うと考えられる連絡員と呼ばれる者が犯

罪誘発行為を行う場合も、おとり捜査の問題として取り扱うこととする。

第一節　アジャン・プロヴォカトゥール[2]（agent provocateur）

右で示したように、アジャン・プロヴォカトゥール（agent provocateur＝教唆する捜査官）およびロックシュピッツェル（Lockspitzel＝警察のまわし者）は、わが国でいうおとりに該当する（以下、両者を総称する場合「アジャン・プロヴォカトゥール」とする）。この用語の定義については、その捜査手法を実行する「人物」を意味するものであるとする見解[3]と、捜査手法そのもの、すなわち「戦略」を意味するとする見解[4]とがあり、かなり多義的であり明確ではない[5]。

アジャン・プロヴォカトゥールを人物を示す用語であるとする場合、彼が警察官であるか民間人（私人）であるかで区別することになるが、潜入捜査官（VE）や捜査協力者（V-Leute）などがアジャン・プロヴォカトゥールとして活動する場合も考えられるため、アジャン・プロヴォカトゥールを捜査手法（戦略）の一類型として定義付けておく方が便宜であろう。そこで、本稿では、アジャン・プロヴォカトゥールを、他人に犯罪行為を教唆し、被教唆者が犯罪を実行するのを待って摘発する捜査手法と定義付けることとする[6]。中でも、その典型的な類型として浮かび上がるのが偽装バイヤー（Scheinaufkäufer）ということになろう。偽装バイヤーとは、捜査官あるいはその捜査協力者などが身分を秘して麻薬などの売人に近づき、薬物の売買の話を持ち掛け、対象者が犯行に出たところを検挙する、という捜査手法を実行する買手役のことである。さらに、偽装バイヤーについては、後に説明する潜入捜査官（VE）と異なり、一時的、単発的に身分を隠して活動しその任務が公にされない捜査官である単発的潜入捜査官（Gelegenheit-VE）の一類型であるとも説明される[7]。

ところで、アジャン・プロヴォカトゥールが捜査のためにどのような権限を有するのかについてはこれまで議論があったが、一九九二年の組織犯罪対策法による刑事訴訟法一一〇条a以下の立法に伴い、その問題はかなりの程度解消したように思われる。アジャン・プロヴォカトゥールの有する権限についてその詳細を明確にするには、潜入捜査官の権限について理解を深めることが有効であると考える。その理由は、潜入捜査官に付与された権限との比較からアジャン・プロヴォカトゥールの権限の範囲が明確になると考えられるからである。この点、先に触れた単発的潜入捜査官（Gelegenheit-VE）に関するヒルガー（Hilger）[8]による解説が興味深い。ヒルガーによれば、単発的潜入捜査官の投入は、基本法によって排除されるものではなく、基本権侵害を伴わないその投入は刑訴法一六一条および一六三条によって認められるのというのである。さらに刑訴法一一〇条a（対象犯罪）、同一一〇条b一項ならびに二項一号（検察官、裁判官による同意）の要件は、単発的潜入捜査官には適用されない[9]。同時に、刑訴法一一〇条a以下に規定される潜入捜査官の権限に関する規定が単発的潜入捜査官に適用されることもない[10]。したがって、潜入捜査官の投入のための要件を回避するために単発的潜入捜査官の利用が図られることについて若干の懸念も存在する[11]。

第二節　潜入捜査官（Verdeckte Ermittler）

ドイツ刑訴法一一〇条a以下の規定は、潜入捜査官について規定する。すなわち、「潜入捜査官とは、警察職務に携わる公務員で、彼に与えられたある程度永続的な偽りの身分（架空身分：Legende）を用いて捜査を行う人物のことをいう。彼は、その架空身分を用いて法律行為に関与することができる」、と。要するに、身分を秘した捜査官による潜入捜査、スパイ活動であると考えられる[12]。

このような潜入捜査官の投入にあたっては、いくつかの要件が設けられており（刑訴法一一〇条a以下）、それらの要件を満たす場合にのみ投入が許容される。すなわち、潜入捜査官は、主に薬物事犯や組織犯罪などの重大犯罪の解明のために投入され（刑訴法一一〇条a一項）、特定の犯罪カタログに該当する犯罪類型のみを対象とする。その投入にあたっては、原則的に検察官の事前の同意を必要とし（一一〇条b一項）、さらに一般の立入りが認められない住居への立入りを伴う場合は裁判官の同意を必要とする（一一〇条b二項）。

一方で、潜入捜査官は、彼に与えられた架空身分を維持するために文書を作成・変造・利用することが許され（一一〇条a三項）、投入後の身元の秘密保持も保障されている（一一〇条b三項）[13]。また、潜入捜査官によって収集された証拠は、法廷で被告人の不利益な証拠として利用されることが予定されている。

第三節　連絡員（V-Mann, V-Person, V-Leute）および情報提供者（Informant）

連絡員の利用もまた、アジャン・プロヴォカトゥールの投入と区別しておく必要のある捜査手法である。潜入捜査官（VE）については、その意義・概念については刑訴法上定義付けがなされている。この点、連絡員（V-Mann等）については法的な定義付けがなされていないため[14]、その意義も一義的ではない。しかしながら、刑事手続および過料手続に関する一九七七年一月一日の準則の付則D[15]により、これらの捜査手法についての定義付けが与えられており、これを参考にすることができる[16]。

まず、同準則の付則D二・二によれば、「連絡員は、刑事訴追機関に属さずに、犯罪の解明に際して比較的長期間にわたり自ら進んで秘密裡に刑事訴追機関を支援する者であり、その身元は原則的に秘密にされる。」と定義付けられて

いる。この連絡員は、単なる警察の任意の協力者にすぎないという点で[17]、潜入捜査官とは区別される[18]。連絡員として活動する一般私人の例としては、旅館の主人、ウェーター、タクシー運転手、守衛、売春婦などが挙げられ[19]、いわゆる密通者・協力者であるとされる[20]。おとりと比較した場合、連絡員は情報収集および捜査機関への情報提供が主たる目的であり、犯罪への関与が存在するアジャン・プロヴォカトゥールとは異なる[21]。

一方、情報提供者（Informant）とは、前掲の準則の付則D二・一によれば、「個々の事案において、秘密の保持と引き替えに自ら進んで刑事訴追機関に情報を提供する者」と定義付けられる[22]。より具体的には、個別の事件に対する情報提供者であるとされ、いわゆるタレコミ屋、情報屋を意味するといわれている[23]。具体的には、「職業上ないし立場上（タクシー運転手、ボーイ等）知り得た情報を提供する者」が、情報提供者（Informant）にあたるとされ、連絡員と共通のイメージが浮かび上がる。しかし、連絡員は潜入捜査官と同様「比較的長期間にわたる警察との協力関係」[24]を有するが、一方で情報提供者は「個々の事件ごとに」情報を提供するという点で両者を区別することができよう。

ところで、潜入捜査官と異なり、連絡員および情報提供者は任意の捜査協力者である。そのため、潜入捜査官の投入に際して求められるような特別な要件は存在しない。したがて、刑訴法一一〇条a以下の規定は、これらの捜査手法には適用されない。また、潜入捜査官が身分の秘密保持を保障されたまま証人として証言することを予定されているが、同様のことは連絡員および情報提供者には妥当しないと考えられる。これについて、寺崎嘉博は、証拠法上、おとりも情報提供者も一般の証人と異ならず、身元を明かさずに、その供述を証拠としたい場合には証拠法上の問題が生じる、と指摘する[25]。他方、クライ（Krey）は、情報提供者（Informant）および連絡員（V-Mann）を目撃証人として供述させることが将来的に許されないとまではいえないとする[26][27]。

第四節　アンダー・カヴァー・エイジェント（under-cover-agent）

アンダー・カヴァー・エイジェントとは、「長期間にわたり具体的な任務を伴わずに犯罪的状況（kriminelle Szene）に投入される警察官であり、かなり自由に行動し、場合によっては犯罪行為を行うことを許された者」[28]であると定義される。

アンダー・カヴァー・エイジェントは、潜入捜査と類似する捜査手法であるが、次の二点において潜入捜査官とは区別される。すなわち、アンダー・カヴァー・エイジェントは、①厳格な管理下に置かれておらず、具体的任務を伴わずに長期間投入され、②投入に際して必然的に付随する犯罪行為を行うことができる。これに対し、潜入捜査官は、具体的な任務のために犯罪的状況（kriminelle Szene）に投入され、また、原則として何らの犯罪行為も行うことは許されておらず、その点でアンダー・カヴァー・エイジェントとは区別されるということになる。アンダー・カヴァー・エイジェントはアメリカ合衆国において用いられている捜査手法であるが、その広範な権限による人権侵害、コントロールの困難性などが指摘されている[29]。わが国同様、ドイツにおいても実務上このような捜査手法が用いられたり、あるいは正面から認められたりした形跡はなく、本稿との関係上アンダー・カヴァー・エイジェントについては以上の紹介にとどめておく。

第五節　ドイツにおけるおとり捜査の担い手

以上、アジャン・プロヴォカトゥール、潜入捜査官、連絡員、情報提供者およびアンダー・カヴァー・エイジェント

について紹介した。このうち、ドイツではアンダー・カヴァー・エイジェントは用いられていないので、アジャン・プロヴォカトゥール、潜入捜査官、連絡員、情報提供者の四者の区別が問題となる。先にも示した通り、潜入捜査官と連絡員は情報収集活動を行うという活動内容はほぼ共通するが、その担い手が警察官であるか私人であるかによって区別される。これらの捜査方法は、主として情報収集活動に狙いを定めたものであるが、犯罪誘発行為を行う場合もある。すなわち潜入捜査官Aが刑訴法一一〇条a以下の規定に則って投入されている期間に、犯罪誘発活動をすることもありうる。この場合Aは潜入捜査官として情報収集活動に従事する側ら、アジャン・プロヴォカトゥールとしても活動しているといえる。すなわち、潜入捜査官として活動するAは常に潜入捜査官として定義付けられるわけではなく、Aが犯罪誘発行為を行う場合はアジャン・プロヴォカトゥールとなるのである。つまり、情報収集活動を担う主体を潜入捜査官（私人の場合は連絡員）とし、犯罪誘発行為を担う主体をアジャン・プロヴォカトゥールと定義付けることとする。

以下、第三章では、ドイツにおいてアジャン・プロヴォカトゥールによる犯罪誘発行為が問題となった裁判例を紹介し、分析・検討を加えたいと思う。

第三章　ドイツ判例理論

第一節　はじめに

ここからは、ドイツにおけるアジャン・プロヴォカトゥールの活動の違法性判断基準について、判例理論の変遷に沿って検討を行う。ドイツにおいては、判例において一九七〇年代から「犯意の具体化理論（Konkretisierungstheorie）」と

呼ばれる違法性判断基準が採用されていた。この理論は、わが国における主観説と類似した判断基準であった。しかし、その後判例は、客観面を重視した「重大な影響（erhebliche Einwirkung）」基準の採用へと移行することとなった。周知の通り、ドイツにおいては、一九九二年の組織犯罪対策法の導入以降、アジャン・プロヴォカトゥールなどの「おとり型」の捜査手法ではなく、潜入捜査官の投入による「情報収集型」の捜査手法が主流となっていくこととなる。しかしながら、一九九二年以降もまれではあるが「おとり型」の捜査手法が問題となった判例[31]が登場しており、その中にこれらの両理論の影響をみてとることができる。したがって、アジャン・プロヴォカトゥールの投入よりも、潜入捜査官の投

[30]

本稿で紹介する判例

【連邦】

番 号	裁判所・刑事部	判決・決定年月日	判断基準・その他
【1】	連邦通常裁判所第1刑事部判決	1975年6月10日	「犯意の具体化理論」
【2】	連邦通常裁判所第1刑事部判決	1980年4月15日	「犯意の具体化理論」
【3】	連邦通常裁判所第4刑事部判決	1980年9月11日	「犯意の具体化理論」
【4】	連邦通常裁判所第1刑事部判決	1980年10月21日	「犯意の具体化理論」
【5】	連邦通常裁判所第2刑事部判決	1981年2月6日	「重大な影響」基準
【6】	連邦通常裁判所第3刑事部判決	1981年3月25日	「犯意の具体化理論」
【7】	連邦通常裁判所第2刑事部決定	1981年11月13日	「重大な影響」基準
【8】	連邦通常裁判所第2刑事部決定	1981年12月23日	「重大な影響」基準
【9】	連邦通常裁判所第2刑事部判決	1983年9月23日	「重大な影響」基準
【10】*	連邦通常裁判所第1刑事部判決	1984年5月23日	「量刑的解決」
【11】	連邦通常裁判所第2刑事部判決	1985年2月1日	「重大な影響」基準
【12】	連邦通常裁判所第2刑事部判決	1985年3月20日	「重大な影響」基準

＊【10】判例は、本稿第三章第四節で紹介する。

【州】

番 号	裁判所・刑事部	判決・決定年月日	判断基準・その他
【AG-1】	ハイデンハイム区裁判所判決	1980年11月27日	「犯意の具体化理論」
【LG-1】	フェーアデン州裁判所判決	1981年10月22日	「犯意の具体化理論」
【AG-2】	オースターホルツ－シャームベック区裁判所判決	1982年2月18日	「重大な影響」基準
【LG-2】	ベルリン州裁判所判決	1984年2月23日	「重大な影響」基準
【OLG-1】	デュッセルドルフ上級地方裁判所決定	1983年8月10日	「重大な影響」基準

入が目立つようになった今日でも、なおこれら両理論は影響力を有していると考えられる。

ドイツ判例理論の変遷をみると、概ね三つの類型に分けることができる。以下ではドイツの判例を、一九七五年（【1】判例）から一九八一年頃（【6】判例）までの「犯意の具体化理論」、一九八一年頃（【5】判例）から一九八三年（【9】判例）までの「重大な影響」基準、一九八四年（【10】判例）以降の量刑説的理論の三つの類型に分類し、これらについて検討を加える。

本章では連邦通常裁判所の判例に時系列順に【1】から【23】の番号を割当てる。(32) 判例の変遷をみる限り、リーディングケースといえる一九七五年の【1】判例から一九八〇年の【4】判例は「犯意の具体化理論」を用いた判断を行っていることが確認できる。その後、一九八一年の【5】判例から一九八三年の【9】判例は「重大な影響」基準を用いた判断を行っていることがうかがえる。ただし、一九八〇年から一九八一年にかけては「犯意の具体化理論」から「重大な影響」基準への過渡期であったことは想像に難くないところ、一九八一年の【6】判例は重大な影響基準よりは「犯意の具体化理論」に近寄った判断が行われているように思われる。時系列的な順序は一部前後することになるが、本稿では【6】判例を「犯意の具体化理論」の判例として分類しておく。その後、【10】判例の第一刑事部一九八四年五月二三日判決が、これまでの判例の理論とは大きく異なる見解を示すこととなる。すなわち、それまでの判例理論は犯罪誘発行為の違法性判断については多少の差異こそあったものの、違法な場合には概ね訴訟障碍が認められるという見解を示していた。しかし、【10】判例の第一刑事部は、違法な犯罪誘発行為があったことが認められるとしても、せいぜい減軽事由しか認められないという結論を示したのである。その後二〇〇一年の【23】判例に至るまで、連邦通常裁判所はこのような量刑説的見解を維持し続けることになる。

第二節　犯意の具体化理論（Konkretisierungstheorie）

「犯意の具体化理論（Konkretisierungstheorie）」は、わが国における主観説と類似した違法性判断基準である。簡単に述べるとすれば、被告人に存在する既存の犯意を具体化して犯行に及ばせたにすぎない場合は、当該犯罪誘発行為は適法と判断される。この基準によれば、アジャン・プロヴォカトゥールの活動が違法となる根拠は、基本法一条一項の「人間の尊厳（Menschenwürde）」に求められ、さらにそこから導かれる具体的準則としての「人を国家の単なる客体」とすることの禁止が問題とされる。いかなる場合に、人が「国家の単なる客体」として取り扱われたのかは、以下に示す四つの評価の視点によって判断されることとなる。すなわち、（a）被告人に存在する「嫌疑の基礎と程度」、（b）アジャン・プロヴォカトゥールの「働き掛けの態様、強度および目的」、（c）「被告人の犯意」、（d）犯罪実行への被告人の「固有の能動性」である。先にも指摘した通り、犯意の具体化理論は、被告人の主観面に重点を置く基準であるため、四つの評価の視点のうち特に、aとcの視点が重要となる。すなわち、被告人に犯意が存在したか否かということが、違法性判断の中核的部分となり、それを外部的に判断するためにbとdの視点が用いられることになる。

犯意の具体化理論に基づいて違法性判断を行ったと思われる判例は、連邦通常裁判所第一刑事部一九七五年六月一〇日判決[33]をはじめとして、一九八〇年頃にかけて数件みられる。以下、紹介する。

なお、本稿【事実の概要】および【判決要旨】、【決定要旨】中、（【1】判決参照）、（Franzheim, NJW1979, 2014[2015]）のように、丸括弧で表記されているものは、元となった判例本文に含まれる標記である。

第一款　判例

【1】連邦通常裁判所第一刑事部一九七五年六月一〇日判決

【事実の概要】

偽装バイヤー（Scheinaufkäufer）である警察官Gは、譲渡目的で薬物を有する被告人に対し当該薬物の譲渡を申し出たところ、被告人はこれに応じた。彼は、警察官Gが活動するよりも以前から、譲渡目的で所持する薬物を購入希望者に譲渡する意思を固めていた。したがって、薬物の所有（Besitzerlangung）によってすでに可罰的な被告人に、直ちに売却の意思表示をさせるために特別な説得は必要ではなかった事案である。

【判決要旨】

上告人（Beschberdeführer）は、手続法上の観点からいくつかの反論を行っているが、その内容は以下の通りである。すなわち、偽装バイヤー（Scheinaufkäufer）であった警察官Gの行為により被告人は本件薬物犯罪を唆されたのであるから、州裁判所は警察官Gを証人として尋問してはならなかったはずである。同様に、鑑定人であるM博士と証人Fの尋問は許容されないという結果が導かれるべきである、というのは、これら証人の知識の前提は、証人Gの違法な活動によってはじめて獲得されたものだからである。許されざる方法で獲得された証拠は、被告人の不利に利用されてはならない。したがって、刑訴法一三六条a三項第二文に規定される証拠禁止が妥当する、と主張するのである。

このような反論は、的を射ていない。確かに、後に彼を刑事訴追機関に引き渡すために他人に犯罪行為を行わせようとする全ての活動が、行為者が有罪であることを証明するというそれ自体としては認められた目的によって、直ちに正当化されるわけではない。ただし、本件では、被告人は警察官Gの働き掛け以前から犯意を有しており、また、本件取引においては特別の説得も必要なかったのであるから、警察官の活動は、実質的には単に犯行の決意

（Tatentschluss）の具体化に向けられたものであり、しかし同時に行為結果の失敗に向けられたものであるといえる。このような状況において犯罪を誘発する行為は、危険または解明困難な犯罪との闘いにおいて、また、薬物犯罪への対応においても、認められえないものではないということは、承認されている法原理にも適う。

したがって、このような状況においては、刑訴法一三六条aから導かれる尋問禁止または証拠使用禁止に、直接あるいは間接に違反しているということは問題とならない。

以上のように、本件第一刑事部は、「危険または解明困難な犯罪」に対しては犯罪誘発行為が放棄できないことを指摘しつつも、犯罪誘発行為の適否を判断するにあたり、既存の犯意の存在を主たる判断要素としている。その上で、それを確認する要素として警察官による特別の働き掛けという点に着目しているといえる。また、当該犯罪誘発行為が違法となる場合に、刑訴法一三六条aに基づく証拠禁止を考慮している。

【2】連邦通常裁判所第一刑事部一九八〇年四月一五日判決(34)

【事実の概要】

被告人は、一九七九年六月二二日に、ヘロイン調合物の一部を、警察官に販売した。この警察官は、以前会った際に、大規模な薬物商人という偽りの身分で登場しており、被告人は、彼に対して「劣等感から」「コネクション」をひけらかし、より大量のハッシッシュを調達することができると自慢していた。この警察官は、実は被告人は小規模な売人であると知っていたが、彼に対し、「必ず（wesentlich）大量に買い取る」だろうといっていた。このような確約と、さらに「少量ならば持参するな（kleine Menge doch nicht bringe）」という指示により、警察官は被告人に

大規模な薬物取引を行うよう説得した。三日後、両者は、被告人がフランクフルトで約四〇グラムのコカインを購入し、どのくらいの量を譲渡するかについては、帰ってきた後に電話で伝えるということを取り決めた。同年六月二七日、被告人はフランクフルトでトルコ人の売人から約四〇グラムのコカインを購入した。同日、彼は二一時に警察官と会い、三六グラムの薬物を彼に譲渡した。この譲渡の後、被告人は逮捕された。

【判決要旨】

特に危険で解明困難な犯罪との闘争において、警察のロックシュピッツェル（アジャン・プロヴォカトゥール）は放棄しえないということは、これまでの判例でも確定していることである（【1】判例参照）。一方で、警察のロックシュピッツェルによる犯罪誘発行為の限界設定がなされなければならないという問題がある。すなわち、その限界というのは、無視された場合には当該法律違反が国家に帰責されなければならず、刑事手続に影響が及ぶようなものである。基本法と刑事訴訟法に内在する法治国家原則は、刑事訴追機関に対して、この原則に勝る根拠がないまま、犯罪行為の遂行を目指すことを禁じている。

本件の状況では、法治国家原則違反は確認されない。被告人は、生計の向上を図るなどの目的で長期的な視野で薬物を取引する意思を有しており、警察官に対して、売人として、四ないし五グラムのヘロイン調合物を提示したといえる。彼は「コネクション」を誇示し、より多量のハッシッシュを調達することができると述べている。このような取引の明白な行為および被告人の意思表明は、かなり重大な――すでに行われた、あるいは（与えられた機会を）待っているということに関する――薬物取引の嫌疑に対する十分な根拠とみなすことができる。被告人に影響を与えるために述べられたことは、大量取引は大量の報酬を生むという内容のものだったことは明らかである。また、アジャン・プロヴォカトゥールの活動は、このような巨額の利益を可能にするパートナーを演じることにとどまっている。その

他一切のことは、被告人に任されていた。彼は、購入価格を示し、直ちに購入先を探し出している。彼の行動は、日常的に行われているものであった。また、彼は、警察が誘発したような質および規模の取引を当初から嫌っていたわけではない。被告人には、すでに存在する犯意（Bereitschaft）があり、そのため彼に与えられた犯行の機会を利用したのである。その結果、本件の状況は、ロックシュピッツェルが単に一般的な犯行の決意（Entschlossenheit zur Tatbegehung）を具体化した状況と完全に比肩可能であるといえる（【1】判例参照）。

すべての本質的な評価の視点（Wertungsgesichtspunkt）――被告人に存在する嫌疑の基礎と程度、警察官の働き掛けの態様、強度および目的、被告人の犯行の準備および他人にコントロールされていない固有の能動性――によれば、被告人が誘発行為によって「国家的行為の単なる客体におとしめられた」ということはいえない（Franzheim, NJW 1979, 2014 [2015]）し、それゆえ国家刑罰権が発生しなかったり、失効したりすることはない。取決めに背き購入したヘロインを譲渡せずに所持している可能性が彼には残っていたという事実は、被告人にとって有利に働かない。構成要件の充足を望み、あるいはこれを受け容れたアジャン・プロヴォカトゥールの可罰性の問題は、ここでは論議の対象としない。

本件も【1】判例と同様、第一刑事部によって判断がなされた事案である。そのため、【1】判例とほぼ同じ判断枠組みが用いられているが、多少詳細に述べられている。理論の骨子はほぼ共通するところ、本件においても、第一刑事部は、被告人が「国家的行為の単なる客体におとしめられた」か否かを問題としており、その判断にあたって既存の犯意の存在の有無を重要視しているのである。本件第一刑事部は、フランツハイムの見解に影響を受けていることが明らかであり、そのため基本法一条一項および二条一項によって保護されるべき人間の尊厳に対する侵害を重視した見解で

あることがうかがえる。また、既存の犯意の有無を確認する要素として四つの評価の視点を示している。

【3】連邦通常裁判所第四刑事部一九八〇年九月一一日判決(35)

【事実の概要】

被告人らは、警察のロックシュピッツェルであるKにより、一万ドイツマルクの報酬と引き替えに、あるディスコに放火するよう説得された。Kは、彼らの犯行と思われるアーヘン地方のあるバーに対する放火事件について尋ねた。被告人らはこの犯行を認めなかったが、Kは彼らの「非の打ちどころのない完璧な仕事」であったと褒め称えた。

その後、被告人らは、Kおよび自称ディスコ所有者（実際は司法警察職員（Kriminalbeamte）であった）と密接に連絡を取りながら、必要と思われる準備を整えた。それからしばらく経った一九七九年二月のある夜、犯行現場のすぐ近くに駐車されていた自動車の車内で、Kは被告人らに前もって犯行の継続（Weitermachen）を説得した。その後、被告人らは、放火目的でディスコの裏口のドアを開けようとした際に逮捕された。

被告人らは、放火および保険金詐欺の未遂で一年六月の自由刑の有罪判決を受けた。

【判決要旨】（被告人らに対するKの犯罪誘発行為について）

被告人の有罪判決に対して、以下のような法的懸念が存在しうる。承認されてきた判例の理解によれば、特に危険で解明困難な犯罪との闘いにとって警察のロックシュピッツェル（アジャン・プロヴォカトゥール）は放棄しえないという事実は、確かに確定している。しかしながら、一方で以下のような問題も残る。すなわち、それを無視すれば国家に帰責されるべき法律違反として「刑事手続にまで［影響が］及ぶ」ような、ロックシュピッツェルの犯罪誘発行為の限界が存在しなければならないのである。基本法と刑事訴訟法に内在する法治国家原則は、この原則に勝る根

拠が存在しえない場合、刑事訴追機関に対して、犯罪行為の遂行を目指すことを禁じている。それゆえ、州裁判所は、この点に関しても状況を解明しなければならないであろう（被告人に対する放火の嫌疑の程度、その危険性、目的と彼らの犯意（Tatentschluß）に対するKの影響、彼らの犯行準備の程度、Kにコントロールされていない彼ら固有の能動性（Tataktivität）、犯行の遂行に対する継続するKの影響力の行使、犯行を断念しようとする考慮の程度および真剣さなど）。その上ではじめて、Kの行為は単に被告人に存在する保険対象物の放火の決意（Entschluss）の具体化を導いたにすぎないのか否か、また、その後もKは犯罪行為の遂行に対して決定的な影響を与えていないのか否か、あるいは、彼はただ被告人を犯行へと突き動かし、後に彼の挙行を途中で断念しないことまでをも説得し、そして、そのことにより被告人が刑事訴追機関によって国家的行為の単なる客体におとしめられたか否か、といったことが最終的に判断されうるのである。最後の場合においては、行為の法治国家性と比較して判断して危険な連続犯罪の解明のためになお甘受されうること、という限界を超えていると思われる。その場合、国家刑罰権は失効することになる。

本件は第四刑事部によって判断がなされた事案であるが、本件も【１】および【２】判例の第一刑事部と同様の見解が示されている。

【４】連邦通常裁判所第一刑事部一九八〇年一〇月二一日判決(36)

【事実の概要】

州裁判所は、被告人H. K.について、火器を輸送した罪の観念的競合（Tateinheit）、武器（Kriegswaffen）を無許可で譲渡したことに関する共犯、ならびに無許可で武器（Kriegswaffen）を製造した罪で、一年六月の自由刑の有罪

判決を言い渡し、被告人HおよびMについては、無許可で武器（Kriegswaffen）の事実上の権限を譲渡したことに関する共犯で、Hに対しては火器を輸送した罪との観念的競合（Tateinheit）で一年七月の、Mに対しては一年一〇月の自由刑の有罪判決を言い渡した。被告人らによる上告は、実体法および手続法違反を非難するものである。HおよびMの上告は全面的に、Kの上告は部分的に認められた。被告人全員による異議申立は、ここでは問題とはならない。なお、州裁判所は以下の点について十分な確認を行っていない。すなわち、有罪判決を受けた武器の譲渡がそもそも最初から単に州警察（Landeskriminalamt）によってイニシアチブが取られたものにすぎないのか否かという点、そして本件取引は購入者として行動する警察官により開始されているが、被告人はそれを遂行するよう甚だしい精神的な圧迫を及ぼされていたのか否かという点である。しかしながら、新たな公判手続に対しては、警察のロックシュピッツェルの犯罪誘発行為に関して以下のことが指摘される。

すなわち、州裁判所の事実認定によれば、これらの武器取引のきっかけは警察によって与えられているということが出発点とならなければならない。確かに、判決は、「自称Le」という男の役割を未解決のままにしているが、しかし、いずれにせよ、彼は、被告人MとA（表向きは仕入れ人であったが警察のために活動していた）およびHとを引き合わせる役割を担っていた。

しかし、州裁判所の事実認定は、被告人Mに違法な武器取引をさせ、それに関する交渉の過程で、彼の家族に対する報復するという威嚇により圧力を掛けるために、警察がどのような外的誘因（Anlaß）を与えたのか、という点を明らかにしていない。州裁判所の判決からは、Mはすでに以前から武器商人として活動していたという結論を引き出してはならないし、また、そのことに関する嫌疑も説明されていない。被告人はどうやら武器商人との繋がりを自由に利用できていなかったようでもある。というのは、彼はいずれにせよ共同被告人Hのところに行っているが、そ

の時が初めてであり、ただの偶然であったためである。さらに、Hは、最終的に武器を供給することになった男、すなわちこれまで彼の側では武器商人として現れることのなかった共同被告人H．Kのことを、後になってはじめて想起したのであった。

【判決要旨】

確かに、違法な武器取引も含まれる特に危険で解明困難な犯罪との闘争において、警察のアジャン・プロヴォカトゥールが投入されることについては、基本的に法的な懸念は存在しない。一方で、それを無視することが国家に帰責されるべき法律違反として「刑事手続」に影響するような、警察のロックシュピッツェルの犯罪誘発行為の限界が与えられなければならないという問題も存在する。基本法および刑事訴訟法に内在する法治国家原則は、この原則に勝る根拠が存在しえない場合、犯罪行為の遂行を目指すことを禁じている。国家は、基本的に品行方正な市民を惑わせて、犯罪の遂行へと向かわせてはならない。

しかし、これまでに行われた不十分な事実認定では、本件で実際にロックシュピッツェルの投入を正当化する前提条件が存在したのか否かという疑いは残る。特に、Mに対して存在する嫌疑の基礎と程度は明らかになされないままになっている。またどのようにしてLは武器取引をするように被告人Mを説得したのかということについても、判決は述べていない。同様に、もしかするとMに対して与えられていたかもしれない威嚇に関する懸念も、単に、警察がその行為に対して原因となっていないという考慮をもって、一掃されうるわけではない。したがって、行為者の意思決定が不安定であったということ、そして、これから犯行を行うことになるであろう行為者を、犯行を遂行するように威嚇することが適切であったかいなか、という点は論じられていない。あるいは、ロックシュピッツェルによって心を動かされた行為者が犯行の継続から離脱することに対して、本件のような手段で抵抗することは法治国家原則と

相容れないだろうということも、議論されていない。

本件第一刑事部は、州裁判所の事実認定の不備を指摘しつつ、被告人の既存の犯意の存否が、犯罪誘発行為の適否判断の中心的な要素となることを指摘している。この点は、これまでの判例と同様である。また、本件では、品行方正な市民を犯罪へ向かわせることへの批難が示されている。

【6】連邦通常裁判所第三刑事部一九八一年三月二五日判決(37)

【事実の概要】

被告人は、連絡員Fとの折衝の過程で、すでに一九八〇年の二月初旬には、三キログラムのハッシッシュと三キログラムのマリファナを調達することを提案していた。その後、Fは被告人に協力することになる。Fがこのように協力するに至ったのは、同年二月一二日に警察によって被告人に電話をかけさせられたということが契機となっている。そして、Fは一万ドイツマルクを自由に使うことがでるようになっていたのだが、同年二月初旬に被告人が三キログラムのマリファナの調達を提案したのは、これよりも前のことであった。したがって、Fは、被告人に大規模な薬物取引の契約の機会を提供するように見せ掛けるという点においてのみ、被告人に影響を与えたことになる。被告人は、――すでに先に説明した犯意（Bereitschaft）に従って――見込まれる利益のために、直ちにこの架空のチャンスを活かそう決意した。彼は、一キログラムのハッシッシュを九三〇〇ドイツマルクで元売人（もとうりにん）に譲渡するということについてFと同意した。これに関する手配の大部分は被告人の手で行われ、警察がそれに対して影響を与えたことはなかった。被告人が仲介者として協力していた元売人（もとうりにん）と購入者を演じていた警察官は、二度の接触で実行方法について意見

が一致しなかった。このことのみが理由となり、この取引は実行に至らなかった。

【判決要旨】

上告審裁判所の見解は、有罪とされた行為を理由になされた被告人の訴追を否定しない。行為の内容は、警察の連絡員（仲介者）および警察官（購入希望者）という架空の購入方に対して、被告人が仲介役としてハッシッシュの取引に協力したというものであった。判例においては、特に危険で解明困難な犯罪、とりわけ薬物事犯との闘いに際しては、ロックシュピッツェル（アジャン・プロヴォカトゥール）は放棄されえないということが認められている（【1】～【4】判例）。連邦通常裁判所は、それを無視した場合には国家刑罰権の失効という観点から被誘発行為が訴追されないという結果に至るロックシュピッツェルの誘発行為の限界は、法治国家原則から導かれるということを、確かに繰り返し強調してきた。本質的に、行為者に対して存在する嫌疑の基礎と程度、ロックシュピッツェルの働き掛けの態様、強さおよび目的、行為者の準備ないしは「他人にコントロールされていない」固有の能動性によって決せられる（【2】判例）この限界は、しかしながら本件では遵守されている。被告人は、先に示された基準によれば、行為に際して「国家的行為の客体におとしめられて」はいなかった。彼に対する連絡員の投入においては、彼が麻酔剤の取引者として活動しているということを十分な嫌疑が根拠付けている。彼は同種事犯で前科を有していた。認定された事実においては、警察の行為は法治国家原則と矛盾しない。

本件でも、これまでの裁判例と同様の判断枠組みが用いられている。その上で、被告人が麻酔剤の取引に従事していることに対する嫌疑、および同種事犯で前科を有していることなどから、被告人が国家的行為の客体におとしめられていないことを認定し、本件犯罪誘発行為を適法としている。

以上、「犯意の具体化理論（Konkretisierungstheorie）」を採用していると思われる判例を紹介した。これらの判例に共通し、その後の判例においても必ず確認されていることは、特に危険かつ解明困難な犯罪との闘いにおいてはアジャン・プロヴォカトゥールの投入は放棄しえないという点である。しかし、もちろん、そのような犯罪類型の捜査にとってアジャン・プロヴォカトゥールが必要であるとしても、そのことから直ちに正当化が導かれるわけではない。具体的に求められるのは、アジャン・プロヴォカトゥールによる犯罪誘発行為の限界が設定されなければならないのである。先に示した判例は、この点も十分に意識している。

さて、「既存の犯意（Tatentschluss）の具体化」という言葉をはじめて用いたのは、連邦通常裁判所第一刑事部一九七五年六月一〇日判決（【1】判例）であった。この事案では被告人が以前から犯行の「意思を固めていた」点、アジャン・プロヴォカトゥールの側で彼に対する「特別な説得」が必要でなかった点を指摘し、この事案におけるアジャン・プロヴォカトゥールの犯罪誘発行為を「実質的には単に既存の犯意の具体化に向けられたもの」にすぎないと評価して、適法と判断した。このように、当該犯罪誘発行為が犯意の具体化にとどまるか否かを指標とする基準は、その後も【2】判例によって維持された。第一刑事部は、【2】判例において犯意の具体化をメルクマールとしつつ、さらに「国家的行為の単なる客体におとしめられた」といえるか否かが問題であるとした。【2】判例で登場した「国家的行為の単なる客体」という用語はその後も【3】判例の第四刑事部一九八〇年九月一一日判決で用いられている。さらに、【4】判例の第一刑事部一九八〇年一〇月二一日判決ではこの用語は用いられていないが、「品行方正な市民を惑わせて、犯罪の遂行へ向かわせてはならない」という表現が用いられ、対象者の意思決定という側面を意識しているようにも思わ

れる。

この点、【2】判例の第一刑事部の見解をみると、後に紹介するフランツハイム（Franzheim）の学説に依拠していることがうかがえる。フランツハイム（Franzheim）は、対象者の有罪判決のために彼が「国家的行為の単なる客体」におとしめられる場合、「人間の尊厳（Menschenwürde）」が侵害されることを指摘する[38]。したがって、【2】判例の第一刑事部および【3】判例の第四刑事部の見解から、その背景にアジャン・プロヴォカトゥールによる人間の尊厳に対する侵害への考慮が読み取れる。また、その後の【4】判例の第四刑事部の見解も、品行方正な市民に対して犯罪誘発行為を行うことを非難の対象としており、意思決定の自由を包含する「人間の尊厳」に対する侵害を理論的根拠としていることがうかがえる。

第三款　評価の視点

では、犯意の具体化を違法性判断のメルクマールとする判例が、基本法一条一項によって保障されるべき「人間の尊厳」を理論的出発点としているとして、次に、どのような場合にこの基準に触れるのかが問題となる。すなわち、当該犯罪誘発行為が犯意の具体化にとどまるものであるか否かを判定する場合、どのような評価の視点を用いるのであろうか。

この点、【1】判例の第一刑事部は、評価の視点を示してはいない。同じ第一刑事部が取り扱った【2】判例においてはじめてそれが示されている。【2】判例では、評価の視点として、「被告人に存在する嫌疑の基礎と程度」、「警察官の働き掛けの態様、強度および目的」、「被告人の犯行の準備」および「他人にコントロールされていない固有の能動性」

が示された。次の【3】判例でもこれとほぼ同じ評価の視点が示されつつ、加えて以下のものが指摘された。すなわち、「目的」と「対象者の犯意に対するアジャン・プロヴォカトゥールの影響」、「犯行の遂行に対するさらなるアジャン・プロヴォカトゥールの影響力の行使」、「犯行を断念しようとする考慮の程度等」である。【4】判例は、前提となる事実認定が不十分なため、嫌疑の基礎と程度は明らかになされていない点を指摘している。したがって、【4】判例の第一刑事部も嫌疑の基礎と程度を評価の視点の一つと考えているといえる。

ここまでみたところ、「犯意の具体化理論」に立つ判例は、対象者に存在する既存の犯意や犯行の準備、固有の能動性といった点を評価の視点としつつも、アジャン・プロヴォカトゥールの働き掛けの程度も評価の対象とする。すなわち、対象者の側に着目した主観的視点のみならず、犯罪誘発行為の態様に着目した客観的視点も提示されているのである。確かに、「犯意の具体化理論」は、犯罪誘発の対象者に既存の犯意があり、それを具体化するにとどまっている場合を適法な犯罪誘発行為と評価するため、主観面に重点をおいた理論であることは明らかである。そのため、主観的視点のみからの判断も可能であるようにも思われる。しかし、【1】判例では特別の説得の必要性が、【2】判例および【3】判例では働き掛けの態様、影響が評価されるべきポイントとして挙げられている。犯意に重点をおいた犯意の具体化理論をいわば主観説的な判断基準であると捉えれば、これら客観的視点はどのような意義を有するのであろうか。

この点について判例は明確に述べていない。ただ、先に示した判例が「犯意」に重点をおいた評価を行っていることからすれば、嫌疑の基礎と程度、犯行準備といった主観的視点が主たる評価の視点となっていると考えられる。そして、アジャン・プロヴォカトゥールの働き掛けの態様および影響といった客観的視点の検討は、主観的視点を検討して導かれた結果に対して補強的役割を担う。例えば【2】判例で第一刑事部は、まず、被告人が「生計の向上などの目的で長期的な視野で薬物を取引する意思」を有していた点、被告人に「薬物取引の嫌疑に対する十分な根拠」があった点を先

に認める。これらの点から、当該犯罪誘発行為が既存の犯意の具体化にすぎなかったことを認めることも、おそらく可能であろう。しかし、同刑事部は、これらに加えて、アジャン・プロヴォカトゥールが巨額の取引のパートナーを演じているにすぎない点も指摘し、当該犯罪誘発行為が既存の犯意の具体化にとどまるものである点を確認している。

第四款　許されざる犯罪誘発行為の法的帰結

「犯意の具体化理論」においては、アジャン・プロヴォカトゥールの犯罪誘発行為が対象者の既存の犯意の具体化にとどまるものであれば適法とされ、他方、既存の犯意等のない被告人が「国家的行為の単なる客体」にされる場合は違法とされる。すなわち、「犯意の具体化理論」における違法の根拠は、基本法一条一項によって保護される人間の尊厳の侵害ということになる。では、人間の尊厳を侵害するような態様の犯罪誘発行為が行われた場合、これを違法と評価するとして、その評価の帰結はどのようなものであろうか。

まず【1】判例において第一刑事部は、この事案における犯罪誘発行為が適法なものであったことを確認しつつ、当該犯罪誘発行為は刑訴法一三六条aの尋問禁止および証拠禁止に違反していないとした。この第一刑事部の見解からすれば、違法な犯罪誘発行為が行われた場合の法的帰結として、刑訴法一三六条a一項および同三項に基づく証拠禁止が導かれるかのようである。しかし、その後の【2】および【3】判例においては、当該犯罪誘発行為が適法であるため国家刑罰権の失効はないということが確認されている。おそらく、判例は証拠禁止から国家刑罰権の失効へと態度を変えているが、いずれの判例をみても当該法律効果が導かれる根拠については触れていない。あえていうならば、犯罪誘発行為の法治国家的限界が踏み越えられたため国家刑罰権の失効が導かれると考えているといえよう。

いずれにしても、判例をみる限りでは、これ以上のことは明らかにならない。ただ、学説との関係では、リューダーセン（Lüderssen）の一九七五年の論文が違法な犯罪誘発行為の法的帰結として一三六条aに基づく証拠禁止を主張していたことが、【1】判例が同様の指摘をした点に影響をあたえているかも知れない[39]。また、違法な犯罪誘発行為が国家刑罰権の失効を導くとするのであれば、学説において近年広く支持を得ている刑罰阻却事由による無罪処理、あるいはブルンス（Bruns）らの主張する「矛盾行為禁止の原則（venire contra factum proprium）[40]」違反を理由とする訴訟障碍論とも一部共通性を有することになろう[41]。これらの学説の理論状況については後述する。

第五款　検討

以上、犯意の具体化理論に立つ一九八〇年までの判例についてみてきたが、これまでに示された理論の大枠は次のようなものであった。すなわち、犯罪誘発行為が違法となる場合、その根拠は、嫌疑のない対象者に犯罪を扇動することで彼が「国家的行為の単なる客体」とされることにあるというのである。そしてこのような違法は基本法一条一項の「人間の尊厳」を侵害するという。つまり、犯意の具体化理論を示した判例は、違法な犯罪誘発行為は基本法一条一項によって保護される人間の尊厳を侵害するため許されない、という見解を基礎としているのである。理論の枠組みを示すことにより、この種の議論は学説に大きな影響を与えたといえる。また、判例においてはいくつかの評価の視点を示したものもあった。ただ、「犯意の具体化理論」は「既存の犯意の具体化」という限界線をポイントとするため、どうしても主観面に頼る判断基準となる。わが国でも犯意誘発型と機会提供型とで違法・適法とする二分説が存在するが、犯意の誘発を基準とするこのような見解は、犯行に及んだのは犯意が存在したからだという前提の下で犯意の認定が甘くなる

可能性が指摘されている。[42] また、実際には外面的状況に着目した評価の視点を用いて既存の犯意の具体化であるか否かが判断されることになるとしても、理論上は犯意がすでに存在したことが確定していれば、どのような働き掛けであっても許されるということに繋がりかねない。その意味で、犯意の存否を基準にした違法性判断には限界があるといわざるをえない。いずれにせよ、その後の判例理論は外面的・客観的事象に着目した違法性判断を行う「重大な影響」基準の採用へと移行していくこととなる。[43]

第三節　重大な影響（erhebliche Einwirkung）基準

「重大な影響（erhebliche Einwirkung）基準」は、おとりの働き掛けの強弱、影響の度合いを違法性判断の中心に据え、客観的な判断をもたらす基準である。この基準においては、おとり捜査の違法の根拠は、法治国家原則から導かれる「矛盾し悪意に満ちた国家の活動の非難」という点に求められる。したがって、犯意を有していたか否かということよりも、国家の働き掛けに判断の重点が置かれることとなるのである。具体的には、「犯意の具体化理論」のところで紹介した評価の視点のうち、ｂおよびｄの視点を中心的に考慮する。すなわち、（ｂ）アジャン・プロヴォカトゥールの「働き掛けの態様、強度および目的」、（ｄ）犯罪実行への被告人の「固有の能動性」である。そして、ａおよびｃの視点は、ｂおよびｄの視点を評価する際に用いられるにとどまる。「重大な影響」基準は、先に挙げた「犯意の具体化理論」とは異なり、かなり客観的な側面に評価の重点をおくため、いわゆる機会提供型のおとり捜査においても違法となる場合がある。逆に、犯意誘発型のおとり捜査についても、適法となる場合がでてくる。以下、これらの判例をみておこう。

【5】連邦通常裁判所第二刑事部一九八一年二月六日判決(44)

【事実の概要】

証人Nは、前科もなく品行方正で、薬物取引についてその時点まで嫌疑のなかった被告人に対し、「運を天に任せて」話しかけられ、「大量のヘロインを供給することができる」かどうか尋ねた。当時自己の麻酔剤法（Betäubungsmittelgesetz）違反行為に関する手続が停止していたNは、警察に対して、自分は薬物取引者に関係する捜査のために尽力し、当該人物の有罪認定に際して協力したいということを述べていた。それと引き替えに、成功した場合は、警察から報酬が与えられることが約束されていた。その上さらに、彼は、この協力行為によって、自らの手続における見返りを期待していた。被告人は、当初はNの（不可能な）要求を断ったものの、彼に対して「一度、方々に問い合わせる」ことを約束した。その後の二週間以内に、被告人はNと二回話し合い、その結果、被告人はNに対し一〇〇グラムのヘロインを一万二〇〇〇から一万三〇〇〇ドイツマルクで提供すると述べた。その後Nは、彼に行動基準を示し、「見せ金（Vorzeigegeld）」を与えて、取引の実行を監視し、このことを警察に報告した。その後、警察はヘロインの譲渡の際に被告人を逮捕した。州裁判所は、被告人に無許可の麻酔剤（Betäubungsmittel）取引の罪等で二年三月の自由刑の有罪判決を言い渡し、同時に、押収されたヘロイン調合物の没収が命じられた。

被告人上告棄却。

【判決要旨】

本件においては、被告人は警察の指導を受けたロックシュピッツェル（アジャン・プロヴォカトゥール）によって

犯罪行為を扇動されていたのであるから、職権で考慮すべき訴訟障碍（Verfahlenshindernis）が被告人の訴追を阻害するのか否かを考慮するための根拠が存在する。この問題は、結論として否定されなければならない。

確立した連邦通常裁判所の判例によれば、薬物取引も含まれる特に危険で解明困難な犯罪との闘いの領域においては、警察のロックシュピッツェルの投入は基本的に必要であり、適法である（【1】および【2】など）。

このことは、しかし、絶対的ではない。ロックシュピッツェルの犯罪誘発行為に対しては限界が設定されており、その限界が考慮されない場合は、国家に帰責されるべき法律違反として被告人に対する刑事手続に影響が及ぶことになる。基本法および刑事訴訟法に内在する法治国家原則は、刑事訴追機関に対して、この原則に勝る根拠が存在しえない場合、犯罪行為を遂行するように影響を与えることを禁じている。その場合、根本的には、その判定にあたって、被告人に対して存在する嫌疑の基礎と程度、ロックシュピッツェルの影響の態様、強度および目的、行為の準備、および彼が影響を及ぼした行為者の他人にコントロールされていない固有の能動性が、考慮される（【2】および【3】判例等）。

しかしながら、これらの評価の視点によれば、本件では被告人の有利に働く訴訟障碍は考慮されない。確かに、被告人は、Nが「運を天に任せて」大量のヘロインの調達を彼に要求した時点では、すでに薬物を取引したことがあるとか、薬物取引に関与したいと考えているといった嫌疑を有していなかった。それにもかかわらず、自らに着せられた嫌疑の不存在は、当時行われた行為の刑事訴追の許容性を否定するのになお十分ではない。重大な影響（erhebliche Einwirkung）――例えば、繰り返しなされる、長期にわたり持続する説得の試み、徹底的かつ執拗に影響を与えること――があった場合、ロックシュピッツェルの誘発行為は、それに対して行為者の固有の寄与が背後に退く程に影響力を有しうる。国家機関の任務あるいは同意の下に活動するアジャン・プロヴォカトゥールが、――文

字通り――重大な影響によってはじめて行為者を法の道から逸脱させるのであれば、彼を再び法の道へと連れ戻すためにのみ国家が行為者を訴追する場合、国家は、矛盾し悪意に満ちた行為という非難に曝される。このことは、法治国家秩序においては、許されえないことである。そこからもたらされる結論は、誘発を受けた行為者に限定された刑事訴追の禁止ということになろう。それは、職権で考慮すべき訴訟障碍（Verfahrenshindernis）の効力を生じさせる。

しかしながら、この訴訟障碍の前提条件は本件においては存在しない。認定された事実ならびに自由な証明（Freibeweis）の過程で考慮された記録によれば、Nは、被告人にヘロインの取引、売却および譲渡をするように説得するために、持続的な方法で影響を与えてはいない。そのことは必要ではなかったのである。むしろ被告人は、――当初彼に示された要求を拒否したにもかかわらず――すぐにNと取引関係に入る準備ができていたのである。このことは、彼がすでに最初の接触の際にNに、「一度、方々に問い合わせる」と約束したことに示されている。すなわち、そのことによって彼は、協力に対するその一般的な犯意（Bereitschaft）を表明したのであり、二週間以内に薬物取引を終わらせるという協議の方向を自ら示しているのである。その後は、被告人自らが、取引を成功させるために必要なことを行ったという点が出発点となっている。すなわち、もはやその時から、Nは、被告人に当初断られた行為をさせるために、被告人に影響を与える必要はなかったのである。このような状況において、被告人に対する麻酔剤（Betäubungsmittel）取引に関する刑事訴追に対しては、何らの訴訟障碍も妨げとはならない。

警察に行為者の立証および薬物の押収を可能にするために、警察のロックシュピッツェルとして他人に薬物取引をするように説得する者は、可罰的とはならない。その他の手続的非難は明らかに事実無根である。

被告人上告棄却。

本件は、アジャン・プロヴォカトゥールによる犯罪誘発行為の適否について、第二刑事部が判断を行った初めての事案である。第二刑事部は、犯罪誘発行為の適否判断にあたってこれまでの判例とほぼ同様の評価の視点を用いつつも、重点の置き方を異にした判断枠組みを示しているといえる。すなわち、本件第二刑事部は、アジャン・プロヴォカトゥールによって行為者の固有の寄与が背後に退く程の影響が与えられたか否かを重視し、これまでの判例のように既存の犯意の有無より重要な判断要素としているのである。このように、アジャン・プロヴォカトゥールによる「重大な影響」を犯罪誘発行為の適否判断の中心的要素とする背景には、法治国家原則から導かれる撞着法理が挙げられている。すなわち、国家は矛盾し悪意に満ちた行為を行ってはならないのであるから、国家（アジャン・プロヴォカトゥール）が被告人に重大な影響を与え犯罪を行わせることは許されないというのである。本件では、被告人が犯行に及ぶまでに持続的に影響を与えることは必要でなかった点を指摘し、当該犯罪誘発行為は適法と判断している。また、犯罪誘発行為が違法となる場合の法律効果として、刑事訴追禁止を理由とする訴訟障碍を考慮している。

【7】 連邦通常裁判所第二刑事部一九八一年一一月一三日決定[45]

【事実の概要】

イラン人Sは被告人に大量のヘロインの仲介を頼んだ。被告人は、その時ヘロイン中毒であり、自己の中毒を満たすために必要なヘロインを、一六歳のトルコ人Cから購入した。他方、Sは、刑事の指導の下、司法警察（Kriminalpolizei）目的で連絡員（V-Mann）として活動している人物である。Sは、被告人のヘロイン中毒を認識しており、彼を仲介してヘロインの取引を行おうとし、被告人と関係することとなった。Sと被告人との間で行われたその後の交渉過程において、被告人は、取引が成功した場合少なくとも一〇グラムのヘロインを報酬として受け取る

ことを期待していた。彼はSの売却益についてCに伝え、彼は被告人の仲介によって、Sおよび購入者を演じていた警察官との間で、五〇〇グラムのヘロインを四万五〇〇〇ドイツマルクで売却することに同意した。ヘロインの譲渡の際に、これに協力した被告人は逮捕された。

州裁判所は、被告人に麻酔剤（Betäubungsmittel）の違法取引で五年の自由刑を言い渡した。

【決定要旨】

被告人の主張は以下の通りである。すなわち、被告人は、証人Sによって知らされたヘロイン売却行為の開始へと本格的に攻め立てられたが、そのような要求を長い間激しく拒んでいた。しかし、最終的に被告人はヘロインを必要としており、取引されるヘロインの一部が報酬として与えられることが約束されたため、取引に同意するに至った、というのである。（州裁判所の）刑事部は、このような主張を取り上げなかった。州裁判所がそれまでの事情（Vorgeschichte）を考慮して証人Sの異なる供述を支持し、これが「証人Tの供述によって支持（確認）され」、そしてSの証言の信憑性を証明する限りは、結局は、このことは単に取引開始の継続、および購買者の側から金が呈示された時点、ならびにヘロインの譲渡における過程に関係する。しかしながら、これに対して、州裁判所は、Sおよび警察官が上で再現した被告人の関与について意見を述べたのか否か、あるいは場合によってはどのようにして意見を述べたのかということについても、また、この問題に対する自己の信念が形成されたか否かということについても、伝えてはいない。

しかし、重要なのは次の点である。当刑事部は、その一九八一年二月六日判決（【5】判例）の中で、連邦通常裁判所によって別の機会になされた判断に言及して以下のように説明している。

「重大な影響（erhebliche Einwirkung）――例えば、繰り返しなされる、長期間にわたり持続する説得の試み、

強力で執拗に影響を与えること――があった場合、ロックシュピッツェルの誘発行為は、それに対して行為者の固有の寄与が、それに対して背後に退く程に影響力を有しうる。このことは、法治国家秩序においては、許されないことである。そこからもたらされる結論は、誘発を受けた行為者に限定された刑事訴追の禁止ということになろう。それは、職権で考慮すべき訴訟障碍（Verfahrenshindernis）の効力を生じさせる。」

当刑事部がその事案の関係において、ロックシュピッツェルが重大な影響によりはじめて行為者を法の道から逸脱させているということに言及する範囲では、単に一つの事例が問題となるに過ぎない。すなわち、ヘロイン中毒であり、それゆえに違法な方法ですでに麻薬業界（Drogenszene）に関与している人物の説得も、――例えば、まさに彼の中毒とそこから生じる抵抗力の欠如が利用される場合は――許容できない。とりわけ、ヘロインの譲渡が協力に対する報酬として見込まれている場合は、許されない。

本件も【5】判例と同様、第二刑事部によって判断が行われたものである。ここでも、第二刑事部は、重大な影響の有無を犯罪誘発行為の適否判断の中心的要素とし、長期的説得や強力で執拗な影響が与えられた場合に、違法となることを示唆している。本件では、ヘロイン中毒者の被告人に対してヘロインを報酬として与えることが重大な影響として考慮され、当該犯罪誘発行為に対して違法との評価がなされている。

【8】連邦通常裁判所第二刑事部一九八一年一二月二三日決定(46)

【事実の概要】

前科のない被告人Mは、警察のために連絡員として働いていたAと名乗る同郷のイラン人（実際はSという名前で

ある）によって、彼にヘロインを調達するようにたびたび求められていた。被告人は当初これを断っていたものの、最終的には、一九八一年にヘロイン取引に進んで協力する旨明言した。この取引においては、ドイツ警察の連絡員の他に、AおよびアメリカA合衆国の国家機関の構成員も関与していたとされる。この取引は当時まだ成立してはいなかったが、その後、連絡員Aは、被告人に対しヘロインを調達するように絶え間なく要請した。同年の二月中旬に、被告人は、純度不明のヘロイン調合物を、それから二、三日後、七・一五グラムの純粋なヘロインを含む一二七・二グラムのヘロイン調合物を譲り渡した。

州裁判所は、複数回にわたる麻酔剤（Betäubungsmittel）取引行為で、被告人に対し三年六月の自由刑を言い渡した。州裁判所は、警察の連絡員の協力があったという事実からは、何らの結論も導かなかった。被告人上告。

【判決要旨】

警察のロックシュピッツェルの犯罪誘発行為には、それを無視した場合に国家に帰責されるべき法律違反として、行為者に対する刑事訴追の禁止が効力を生じるような限界が設定されている。

重大な影響――例えば、繰り返し長期間にわたって永続的に行われる説得の試み、徹底的かつ執拗な影響――があった場合、ロックシュピッツェルの誘発行為は、それに対する行為者の固有の寄与が背後に退く程の重みを有することになる。国家機関の指示または承認の下で活動するアジャン・プロヴォカトゥールが、行為者を――文字通り――重大な影響によってはじめて法の道から逸脱させるのであれば、行為者を再び法の道に連れ戻すためにのみ彼を訴追する場合、国家は矛盾し悪意に満ちた行為という非難に曝される。このことは、法治国家秩序においては許容されない。すなわち、そこから生じる結果は、誘発を受けた行為者に限定された刑事訴追の禁止であり、それは職権で考慮すべき訴訟障碍（Verfahrenshindernis）という効果を生じさせる。そのような刑事訴追の禁止は、ロックシュピッツェル

によってさせられた薬物取引において、薬物が国家の側で供給されたとされる場合にのみ、生じるわけではない。このことを、州裁判所は誤認している。

行為者が、国家機関の指示または承認の下で活動するアジャン・プロヴォカトゥールによって法の道から逸脱させられるのであれば、あらかじめ彼によって計画され実行された行為のみならず、アジャン・プロヴォカトゥールの持続的な影響の結果行われた全ての行為に対して、刑事訴追の禁止が根拠付けられうる。いずれにせよ、最初の犯行と時間的・事実的に密接な関係にあり、警察のロックシュピッツェルが行為者を引き続き扇動したような同様の後続行為にとっては、犯罪誘発行為のそのような著しい影響は基本的には排除されていない。もちろん、行為者が比較的長期間にわたり種々の行為を犯しているという事実は、それに対する犯罪誘発行為が背後に退く程に彼の行為の重さにとって重大なものとなる。

本件においては、アジャン・プロヴォカトゥールは、持続的態様で被告人に対して影響を与えている。最初に計画された行為とその後実行された度重なる行為の間には、これまでの判決の事実認定によれば、時間的・事実的に密接な関係が存在し、そして警察のロックシュピッツェルは、被告人をしてこのような繰り返された犯行の両方の行為をも扇動している。当刑事部は、しかしながら本件に関する最終的な判断は行わない。

本件においても、第二刑事部は「重大な影響」基準を用いた判断を行っている。第二刑事部は、本件犯罪誘発行為の適否については具体的な判断を避けているものの、アジャン・プロヴォカトゥールが被告人に対して持続的に影響を与えている点を指摘しており、本件犯罪誘発行為について違法とする判断を示唆したものと評価できよう。

【9】連邦通常裁判所第二刑事部一九八三年九月二三日判決(47)

【事実の概要】

州裁判所は、被告人に対して、麻酔剤（Betäubungsmittel）の無許可取引で六年の自由刑を言い渡し、全体で七年六月の自由刑を宣告した。被告人による上告は、公平の権利の侵害を非難するもので、判決の取消を導くことを主張するものである。被告人が本件薬物取引を行い、逮捕されるまでの経緯は以下の通りである。

一九八〇年の夏、当時トルコに住んでいた被告人は、その売上金で借金を埋め合わせるために土地を売却した。購入者であるDが、換算するとおおよそ一二万ドイツマルクになる残額を支払い終わるとすぐに、土地登記所における名義変更がなされることになっていた。その後、Dはドイツ連邦共和国に滞在し、被告人に金を取りに来るように求めたので、被告人は、そのために一九八〇年の一二月にフランクフルトに行った。被告人はそこで、同郷人であるDに歓迎された。被告人は、Öおよび密かに警察のために連絡員として活動していたKと非常に密に連絡をとっていた。このKは被告人のことを非常に気に掛け、彼に対して彼の大私有地を売却したのはなぜか尋ね、被告人に対して、なぜその大私有地を売却せずに済むようにヘロインを持ってこなかったのか尋ねた。Kは、ヘロインの売れ行きを考えてみるように勧めた。そのような経緯で、被告人は、数度にわたり、かつて彼が住んでいたイスタンブールに電話をかけ、親友からHという男の電話番号を教えられ、そこに電話をかけ、ヘロインを注文した。Hは、被告人に対して、被告人が、ヘロインを仕込み隠すのに適したドイツの登録番号の付けられた自動車（メルセデスの乗用車かマイクロバス）をトルコに送らなければ、薬物は供給できないと伝えた。資金のない被告人は、彼に協力を約束したKにこのことを伝えた。

Hとのその後の長距離通話で、被告人は、ヘロインの供給にかかる準備は、彼がドイツ連邦共和国内での旅行者と

しての滞在許可を有している期間よりも長くかかるだろうということを伝え聞いていた。したがって、彼は、ひとまずHからの輸送を取りやめた。彼がこのことをKに伝えたとき、Kは彼を激しく非難した。Kは、被告人のために直ちに滞在許可の都合を付けることができたのであり、すでに、そのようなことを何度もしたことがあったのである。そういうわけで、被告人は、二日後イスタンブールにいるHにあらためて電話をかけた。今回は、Kと共同で行うこととなった。このことは、Kの指導にあたり、当該機関の同意を得て、およそ四週間に達する被告人の滞在許可の延長をもたらした刑事の思惑を超えていた。Kは、輸送に際して生じるあらゆる損害に対して準備ができており、被告人は三から四キログラムのヘロインを注文した。

被告人が、ミュンヒェンに行って車両と運転手を得るための金をKに求めたので、Kは二〇〇〇ドイツマルクを提供した。ミュンヒェンで、被告人とある別の人物は――おそらくはそこへ行くのに使われた自動車の所有者である.Ö だと思われる――密輸のためにタクシー運転手Rを雇い入れた。彼らはKからさらに二五〇〇ドイツマルクを送ってもらった後、Rが適切だと認めた一台の古いフォルクス・ワーゲン・バスをその値段で購入した。その後、Rとの間で、その旅の全ての段階のこと、トルコにいるRとの連絡のこと、ならびに戻ってきた後のヘロインの受渡しのことについて、取決めが行われた。一九八一年の二月二三日から同月二七日までの期間に、この車両に荷物が積み込まれた。被告人は、ほとんど毎日Hのところに電話をかけ、その際、輸送の準備の状態についてその都度、報告を受けた。一九八一年二月二七日に、Rは帰路についた。

その後、輸送者の出迎えについては少なくとも被告人とK、SならびにSeの間で、何度も協議がもたれた。KoとKは、まずトルコで製品の代金を支払うことを計画した。それから、Sは代金の支払いを受けたとされ、Koは、Sの住居でヘロインを見張っていたとされる。被告人は、二度にわたり――かつてKも所属していた――グループのメンバー

ら数人とミュンヒェンに行った。そこでは、ミュンヒェンでのRとSeの最初の接触、ならびにSeによるミュンヒェンからフランクフルトまでのフォルクス・ワーゲン・バスの動向について準備行為が行われた。このために、Kはさらに一三七〇ドイツマルクと二〇〇ドイツマルクを与えた。被告人は、SeにR、Kの写真を与え、それから、フランクフルトにあるÖの住居へ行った。そこで、彼らは、Rが一九八一年三月六日にミュンヒェンに到着することを電話で知らせられた。被告人は、Rのフランクフルト到着が目前に迫っていることを、Söに知らせた。彼の住居にはヘロインが運び込まれることになっていた。

同日の警察によるフォルクス・ワーゲン・バスの押収の後、その空洞に九二五・三グラムの純粋なヘロインを含有する三四五二・四グラムのヘロイン調合物が仕込み隠されているのが発見された。同時に、R、SおよびSöは逮捕された。被告人は、三週間後に、別のヘロイン取引に関連して逮捕された。

州裁判所の刑事部は、量刑判断に際して、「警察の連絡員（V-Person）がかなり著しく犯行に寄与している」という状況には、その限りにおける決定的な行為の指揮に対する「かなり著しく斟酌された意義」しか認められず、一方で、被告人は、彼が絶対にその願望に従わざるをえない程に「Kに支配されてはいなかった」という点を強調した。最後に挙げられた見解から十分に分かるように、州裁判所は、法的評価に際して国家刑罰権の失効の問題を論じる機会を何ら認めなかった。

【判決要旨】

連邦通常裁判所の確立した判例によれば、薬物犯罪との闘いのためのロックシュピッツェルの投入は認められている。同様に、犯罪誘発行為は、法治国家原則によって保護されている限界内においてのみ許される。したがって、判断するにあたって重要なのは、行為者に対して存在する嫌疑の基礎と程度、ロックシュピッツェルの働き掛けの態様、

強度および目的、犯行の準備、およびロックシュピッツェルが影響を及ぼした被告人の行為が他人にコントロールされていない固有のものであること、である。

これまでの事実認定によれば、いずれにせよ行為経過において、被告人が当初約束を取り消したことがあったことから、警察に帰責される働き掛けは許容される枠内にあったとの評価は認められない。ヘロイン取引の事実上の実行は――Kの主張に従ったとしても――被告人の協力に依存しており、したがって、後にフランクフルトに持ち込まれたヘロインは被告人の関与なしには輸入されなかったであろうという可能性は、未解決のままにされている。原判決の事実認定によれば、Kは、運転手を雇い、適当な車両を調達して薬物の保管のための準備を行わなければならないことについて事前に知っていた。販売はすでに別の人物によって確保されていたということに関する根拠は、判決の根拠を導きえない。すなわち、Kは、被告人に単なる独立の援助者だと信じ込ませていたのである。このような状況においては、Kは被告人の後続の行為によって現存する購入システムおよび販売システムを明らかにしようとしたのではない。本件はそういう事案ではない。すなわち、被告人を（場合によっては他の者をも）魅力的な協力に向かわせるために、嫌疑のないことの明らかな状況で誘発行為が行われたにすぎないのである。このことは、被告人に有利な事情として考慮されなければならない。後に警察に帰責されるべき取引に対するKの働き掛けは以下の点に存在する。すなわち、Kは、まず、被告人が行為を行うことを断念したことに対して激しい非難を行っており、滞在許可の延長を可能にし、あらゆる損害に対する保障の約束を与え、彼に、Kのいる前で、再度ヘロイン――目下、具体的な量は三から四キログラム――を確実に注文させているのである。さらに、彼は、被告人およびSeに、車両と運転手の調達および輸送の受入れのために必要な金――次々に渡された四回にわたる個々の額の総計は六〇七〇ドイツマルクに上る――を自由に使用できるようにし、受け入れおよび送られた物の受入れおよび保管の準備行為に際して深く協

力し、その後の販売協力の約束の際に、被告人と収益の利用について協議しているのである。

先に挙げた目的のためのこのような行為は、法治国家的観点からはもはや甘受されえない。警察の承認によって活動するロックシュピッツェルの行動は、州裁判所の刑事部が前提とするように、彼の希望に従わなければならない程に他人を自己の支配下に置いている場合にのみ許容される限界を超えているのではない。彼が、他人をして、本件で認定されている強度であらためて可罰的行為へと向かわせ、その後の過程において行為をあらゆる局面に至るまで支配し、コントロールする場合は、国家機関に帰責されるべき犯行への寄与は――被告人によって後に発展させられた行為を考慮したとしても――支持できない程に重大であるように思われる。先行する被告人の犯罪行為は、それらもKによって準備され、なお口頭の交渉の段階で被告人によって調整されたという点に鑑みれば、ここでは何らの異なる評価も認められない。したがって、州裁判所の刑事部は、事実的根拠に基づいて正当と認められる以上に、より広範な責任の範囲を認めている。このため、原判決を破棄、差し戻す。

本件は、アジャン・プロヴォカトゥールが被告人を自己の支配下に置いた上で犯行を行わせたという事案ではない。第二刑事部はこの点を指摘しつつ、本件犯行をあらゆる局面に至るまで支配し、コントロールした点を重視し、国家による重大な影響を認めて本件犯罪誘発行為を違法と示唆している。

【11】連邦通常裁判所第二刑事部一九八五年二月一日判決(48)

【事実の概要】

州裁判所は、麻酔剤（Betäubungsmittel）取引との観念的競合（Tateinheit）にある三件の違法な麻酔剤の大量輸入

の罪で、被告人に対し全体で五年九月の自由刑を言い渡した。被告人の上告は、却下され、検察の上告は、刑の言い渡しの点において、判決の破棄を導いた。

事実認定は以下の通り行われた。一九八二年の九月以前から、被告人E. B.は、彼の（共同被告人であり、その間に有罪の確定した）妻、および三人の息子と共同で、自分およびその家族のための追加収入を得る目的で、麻酔剤（Betäubungsmittel）取引を行った。彼およびその家族は、オランダおよびドイツの薬物グループ内で、特にヘロインの供給者として知られていた。オランダのヘールレン（Heerlen）にある彼の住居は、その一部はドイツの国境に近い地方の出身者である他の薬物取引業者および消費者にとって、接触場所となっていた。冷蔵庫には、購入希望者が吟味できるように、すでにヘロインの入れられた注射器が準備してあった。様々な購入希望者に対して、被告人は、「わずか五〇グラムという最低買取量のヘロインであっても、ドイツに供給する」用意があると明言していた。州裁判所の刑事部は、量刑判断にあたって、「薬物取引の実行に関して、確かに職業的であるとされる被告人の組織は……」と強調した。

州裁判所の刑事部は、個別的に、以下のように認定している。

一九八二年の九月に、被告人は、彼の妻と共同で、自動車内の五〇グラムのヘロイン調合物（純粋なヘロインの含有量二〇％）を、注文主の女性Nのもとへ届け、彼女とともに、何回かの取引ですでに買い手として知っていた証人Dの住居に運んだ。そこで、彼らによって薬物の吟味が行われ、同じくその場に居合わせていたHに九〇〇〇ないし一万ドイツマルクが支払われた。

それからしばらくして一九八二年の一〇月に、被告人は、妻と共同で、同様の方法で、同質・同量のヘロイン調合物を、Dからの電話注文によって直接にその住居に届け、再度Nのいる前で、DおよびHに売却した。

オランダのマーストリヒトでの購入希望者と詐称するヘッセン州刑事局の二人の情報提供者の問い合わせに対して、同年一二月一七日に、被告人は、一九八二年の一二月二二日にフランクフルトでパキスタン産のヘロイン一キログラムを一一万ドイツマルクで供給することを約束した。その後のある日、彼は電話で取決めを確認した。一九八二年一二月二二日、彼は、妻と共同で、その日彼が自由に処分できた二三六・八グラムのヘロイン調合物（純粋なヘロインの含有量八四・五グラム）をフランクフルトへ運び、そこで二人とも逮捕された。

【判決要旨】（ロックシュピッツェルの働き掛けについて）

認定された行為の訴追に対する訴訟障碍は、存在しない。

警察の情報提供者（Gewährsleute）が、被告人に対して一九八二年の一二月の薬物取引の売買契約の締結させた態様および方法は、本件可罰的行為の訴追に対する禁止を何ら正当化することはない。被告人は、ヘッセン州刑事局の二人のロックシュピッツェルが、一九八二年一一月に彼にはじめてヘロインの供給を依頼したときに、すでに薬物取引に深く関与していた。このような状況の下では、準備が行われているのであるから被告人は犯罪誘発行為に対して異議を申し立てることはできない。認定されている影響の強度は、許容される程度を越えていない。最初の接触は、被告人が要求された一キロという量のヘロインの供給をできる能力がないと明言することによって、終了した。マーストリヒトにおける一九八二年一二月一七日の二度目接触の際には、被告人は、ドイツ連邦共和国内においては（薬物を）自由に扱えること、供給可能であることを自負し、支払金額について交渉し、彼の息子によってヘロインのサンプルを運ばせ、最終的に一九八二年一二月二二日にヘロインをフランクフルトに運ぶことを約束した。なお、この過程において、偽装バイヤー（Scheinaufkäufer）によって加えられた圧力の根拠が明白であるということは全くなかった。その後の数日間、彼は、再度、取決めの引渡期日および受渡しについて、電話で確認をとっている。被告人はこ

のような状況を否認している。すなわち、彼は単に、一キログラムという量のヘロインの供給を約束したと主張するにすぎないのである。なお、オランダ警察の情報提供者が、一九八二年一二月二二日に、従わなければドイツ人の購入希望者に雇われている二〇人のオランダ人の派遣従業員が、職場を失うかもしれないということに言及しながら、自由に扱える分のヘロインを供給することを求めたという事実が、被告人によって主張されている。しかしながら、以上のような被告人の犯行への寄与に鑑みれば、証拠申請に際して彼によって主張された事実は、国家刑罰権の失効を導かない。

本件第二刑事部は、偽装バイヤーによる圧力があったことを認めなかった。反対に、被告人が薬物の引渡期日等について電話で確認をとっている点を重視し、被告人の犯行への寄与を認めることで、偽装バイヤーが被告人に対して重大な影響を与えていないとして、国家刑罰権の失効を否定した。

【12】連邦通常裁判所第二刑事部一九八五年三月二〇日判決(49)

【事実の概要】

失業中であった被告人は、職業紹介事務所を営んでいるロックシュピッツェルZによってヘロインを調達して欲しいという話を持ち掛けられた。はじめてこの話を持ちかけられた時、彼はヘロインを取引できる人物も知らないし、それを行う気もないと述べ、Zからのこの申し出を断った。しかし、Zによってあらためてヘロイン調達が可能かどうか話を持ち掛けられたとき、彼は断ることも約束することもせず、回答を留保した。というのは、いつの日か仕事を仲介してもらえるかもしれないという望みを持っていたためであった。その直後に、彼は、ヘロインを調達するこ

とができるといっていた同国人と連絡をとり、そしてZに電話をかけ、彼との接触を取決め、自動車を借り、ヘロインの供給者とともに、その後交渉することになっている約束の接触場所に行った。

なお、犯行時の被告人の生活環境は、確かに苦しい状況にあり、彼は銀行からおよそ九〇〇〇ドイツマルクの借金をしており、月々約一〇〇〇ドイツマルクの失業給付金を受け取っていた。そして、本件では、被告人には、一キログラムというヘロインの取引に関して一〇万ドイツマルクという高額の報酬が期待されていた。

【判決要旨】（許容される犯罪誘発行為について）

州刑事局のために活動した証人Zの犯罪誘発行為を理由とする訴訟障碍は、存在しない。

これに関して、許容されるロックシュピッツェルの投入の限界を踏み越えることが訴訟障碍を導きうるか否かという、連邦通常裁判所の刑事部によって多様に判断されている問題は、判断を必要としない。というのは、これまでの連邦通常裁判所の刑事部の判例によると、本件においては、刑事訴追禁止を根拠付けるために存在しなければならない前提条件を欠くためである。

この連邦通常裁判所の理論によれば、ロックシュピッツェルの犯罪誘発行為が、行為者の固有の寄与がそれに対して背後に退く程に強力であるか否かということが、基準となる。これに対する本質的な判断基準は、行為者に存在する嫌疑の基礎と程度、ロックシュピッツェルの働き掛けの態様、強度および目的、犯意（Tatbereitschaft）、ならびにロックシュピッツェルが影響を与えた人物の他人にコントロールされていない能動性である。許容される犯罪誘発行為の限界は、ロックシュピッツェルが執拗な方法で――例えば、繰り返し、長期間にわたる説得の試み、徹底的かつ執拗な影響を用いて――行為者に影響を与える場合に、踏み越えられうる。

このようなメルクマールは、ここで判断されるべき事案には存在しない。

認定されている事実経過を見れば、ロックシュピッツェルによる被告人に対する執拗かつ徹底的で、強固な影響は、ここでは問題とならない。なぜなら、被告人は、ヘロインを調達して欲しいというZの要求に対して、一度目だけは明確に拒否したが、しかしその後、このような提案の単純な繰り返しにはもはや何らの反論も行わず、――特に追及されたり、圧力を掛けられたりすることもないまま――さっそく、彼に与えられた機会を利用し、相当の量の薬物取引を成功させるために、他人にコントロールされていない固有の活動を展開したのである。

もちろん、ロックシュピッツェルが犯行の決意（Tatentschluss）の惹起のために不公正な手段を用いる場合、特に、行為者の苦境および窮地を策略的に利用する場合、行為者に対する追い立てるような影響がなかったとしても、犯罪誘発行為は許容されえない。しかしながら、本件では、それに対して十分な根拠は示されていない。確かに、被告人は失業中であり、職業紹介事務所を営んでいるZとの接触に就職の仲介を期待していた。とはいえ、このことは、Zを通じて被告人を犯行の決意へと向かわせたことが策略的に苦境および窮地を利用したものとみなされるためには、十分ではないのである。犯行時における彼の本質的な生活環境は確かに緊張状態にあった――彼は銀行からおよそ九〇〇〇ドイツマルクを借金しており、月々約一〇〇〇ドイツマルクの失業給付金を受け取っていた――、しかしここでは訴訟障碍の前提条件となる意味における苦境は存在しない。確かに、ロックシュピッツェルの犯行への寄与は、それがなお確かに苦境および窮地の域を超えないが、行為者の困難な状況を策略的に利用し、それ以外にも――単に強度にのみ基づくならばなお問題はないのだが――かなりの規模の影響を彼に与える場合にも、支持しえない程重大なものとなる。彼が犯意の惹起のために両方の手段を用いた場合、犯罪誘発行為は、あらゆる状況の全体考察において許容されないことが明らかとなりうる。しかし、そのような状況は存在しない。ロックシュピッツェルの働き掛けは、それが――被告人の失業状態を利用したとしても――訴訟障碍を根拠付けうる程重大なものとはいえない。認定

されている事件経過が示すように、本件ではすでに、ヘロインを調達して欲しいという提案の単なる繰り返しが、なお特別な説得あるいはさらなる影響を要せずに、被告人において薬物取引に関与するという内心的犯意（Bereitschaft）を惹起しているといえる。

本件被告人は、Zによるヘロイン調達の要求を一度目のみ断っているが、その後は何の反論も行っていない。また、彼によって特に追及されたり、圧力を掛けられたりしたこともなかった。他方、Zから持ち掛けられたこのような機会に乗じて、自ら犯行に及んでいる。第二刑事部はこの点を指摘し、本件において被告人に対する「重大な影響」の存在を認めなかった。なお、第二刑事部は、行為者の苦境および窮地を策略的に利用する場合、行為者に対する追い立てるような影響がなかったとしても、犯罪誘発行為は許容されえない点を認める。この点、本件被告人は経済的に困窮した状況にあったが、それだけではZが策略的に苦境および窮地を利用したとはいえないとする。

第二款　理論の出発点――「被告人に対する重大な影響」――

以上紹介した五件の判例は、いずれもアジャン・プロヴォカトゥールの重大な影響がある場合に当該犯罪誘発行為を違法とみなしている。はじめてこのような見解を示したのは、【5】判例における第二刑事部であった。この第二刑事部は、まず最初に、特に危険で解明困難な犯罪との闘いにおいては警察のアジャン・プロヴォカトゥールの投入は許されるが、その犯罪誘発行為に対しては限界が設定されていることを確認する。そして、基本法および刑訴法に内在する法治国家原則は、刑事訴追機関に対して、この原則に優る根拠が存在しえない場合、犯罪行為を遂行するように影響を

与えることを禁じているという。つまり、この点から、「重大な影響（erhebliche Einwirkung）」基準における許されざる犯罪誘発行為の違法の根拠は法治国家違反にあることがみてとれる。さらに、「犯意の具体化理論（Konkretisierungstheorie）」とほぼ同様の評価の視点を示しつつ、犯罪行為に対する行為者（対象者）の固有の寄与とアジャン・プロヴォカトゥールの影響とを比較し、前者が後者の背後に退くような影響がある場合に違法とするとした。そして、「重大な影響によってはじめて行為者を法の道から逸脱させるのであれば、彼を再び法の道へと連れ戻すためにのみ行為者を訴追することを彼が行う場合、国家は矛盾し悪意に満ちた行為という非難に曝される」という。同第二刑事部は、その後の【7】判例においても同様の見解を示し、そのような場合には「職権で考慮されるべき訴訟障碍（Verfahrenshindernis）」の効力が生じるという。なお、法律効果に関する理論の詳細については後に説明するが、「重大な影響」基準を採用する判例は、重大な影響が法治国家秩序に矛盾するため訴訟障碍が承認されるとする点に注目すべきであろう。同様の見解は、その後の【8】および【9】判例においても維持されている。(50) また、【10】判例の第一刑事部が違法な犯罪誘発行為の法的帰結に関して量刑説を示した後も、第二刑事部は【11】および【12】判例において自らの見解を維持したといえよう。

これら【5】、【7】、【8】、【9】、【11】、【12】の六つの判例はいずれも第二刑事部によるものであり、そのためアジャン・プロヴォカトゥールによる重大な影響の有無を違法性判断のメルクマールとするのは、第二刑事部独自の考え方とみることもできよう。いずれにせよ、これら四件の事案において第二刑事部が示した「重大な影響」基準の理論的基礎は、犯罪誘発行為の対象者が、アジャン・プロヴォカトゥールの重大な影響によりはじめて法の道から逸脱させられ、その者を再び法の道に連れ戻すためだけに刑事訴追が行われることを違法の根拠とする。すなわち、この点に国家的行為の矛盾点を見出し、いわゆる撞着法理を用いて違法な犯罪誘発行為を説明する点に、先に紹介した「犯意の具体化理

論」との違いがみてとれる。

第三款　評価の視点

以上みてきた通り、重大な影響基準を示した第二刑事部の見解は、当該行為に対する行為者の固有の寄与とアジャン・プロヴォカトゥールの影響の度合いを比較して、前者が後者の背後に退くような場合に、当該犯罪誘発行為を違法とする。この表現は、一見分かりやすくもみえるが、実際のところどのように評価すべきか曖昧で分かりにくい。そこで、「重大な影響」基準によって違法性判断を行う判例も、「犯意の具体化理論」の判例とほぼ同様の評価の視点を示す。すなわち、（a）被告人に存在する「嫌疑の基礎と程度」、（b）アジャン・プロヴォカトゥールの「働き掛けの態様、強度および目的」、（c）「被告人の犯意（Tatbereitschaft）」、（d）犯罪実行への被告人の「固有の能動性」である。ただ、重大な影響基準においては、それまでの判例が示したこれらの評価の視点を用いてはいるが、その評価の重点の置き方という点で「犯意の具体化理論」とは違いがみられる。以下では上記aからdまでの評価の視点が、どのように評価されているかそれぞれの評価の視点の位置関係に着目しつつ判例をみていこう。

【5】判例において、第二刑事部はアジャン・プロヴォカトゥールが被告人（対象者）に対し「運を天に任せて」犯罪行為を誘発した事案であった。すなわち、当初被告人には過去あるいはこれからの薬物取引について嫌疑がなかったことが確認されている。しかし、【5】判例において第二刑事部は、「嫌疑の不存在」は「刑事訴追の許容性を否定するのになお十分でない」とする。「犯意の具体化理論」においては、いくつかの評価の視点のうち特に被告人の内面に着目した主観的視点が重視されていた。つまり、被告人に存在する既存の嫌疑は、犯意の具体化の当否をみる上で重要な

要素であり、これが違法性判断に大きく影響していた。しかし、【5】判例においては第二刑事部はこれとは反対の評価方法を用いているのである。すなわち、嫌疑のなかった対象者であってもそのことから直ちに違法な犯罪誘発行為であるということはできず、その場合でもアジャン・プロヴォカトゥールの影響が重大でなければ違法とはならないというのである。反対に【7】判例においては、被告人の嫌疑等の要素について触れず、麻薬中毒者に報酬として麻薬の譲渡を約束するというアジャン・プロヴォカトゥールの働き掛けの態様を重くみて違法とする判断を行っている。この【7】判例では、被告人に薬物取引等の嫌疑が存在したか否かについては、第二刑事部は何も述べていないが、被告人が麻薬中毒者であった点等からすでに麻薬に関係する環境に身を置いていた人物であることがうかがわれ、犯罪に対する嫌疑を認定することが可能であったかもしれない。しかしながら、第二刑事部はこの点については何も述べずに、アジャン・プロヴォカトゥールの働き掛けの態様から、当該犯罪誘発行為の違法性判断を導いている。なお【8】および【9】判例においても当該犯罪誘発行為が違法であるという示唆がなされている。これらの事案においては、被告人に犯罪の嫌疑等がなかったと思われ、そのため「犯意の具体化理論」を用いても無罪となる可能性は高いと考えられる。しかしながら、第二刑事部は、アジャン・プロヴォカトゥールによる犯行への働き掛け、関与の態様を重視した判断を行っている。【12】判例でもまた、アジャン・プロヴォカトゥールによる働き掛けの程度、被告人の固有の能動性が、主たる評価の視点として持ち出されている。

次に、アジャン・プロヴォカトゥールの働き掛けの態様という評価の視点が、具体的にはどのような場合に当該犯罪誘発行為を有罪方向に導くのかが問題となる。この点、【7】判例は、「長期間にわたり、繰り返しなされる説得の試み、強力で執拗な影響」を例示する。ただし、【7】判例自体は、犯罪行為遂行の執拗な説得等が確認される事案ではなく、ヘロイン中毒の対象者にヘロインを見返りとして提供することにより、アジャン・プロヴォカトゥールが対象者に重大

な影響を与えたという事案であった。このように報酬が行為者を支配するこのような類型を精緻化すれば、おそらく極端に多額の報酬をアジャン・プロヴォカトゥールが提示しているような場合も違法と評価されることになろう。[51] これに類似した判例として【12】判例があげられる。【12】判例の事案では、失業中の被告人は就職の仲介を期待してアジャン・プロヴォカトゥールの犯罪誘発行為に従った。これについて、第二刑事部は、行為者に対する追い立てるような影響がなくても、行為者の苦境および窮地を利用する場合は当該犯罪誘発行為は許容されないとした。ただ、当該事案においては、当時の被告人の置かれた状況は、策略的に苦境および窮地を利用したものというには十分でないとされた。【7】判例で示されていたような、執拗な説得によって当該犯罪誘発行為が違法とされる類型には、【8】判例が妥当しよう。すなわち、この事案では前科のない対象者に対し、アジャン・プロヴォカトゥールが持続的態様で影響を与えていることが確認されている。[52] 反対に、【5】判例では、被告人はアジャン・プロヴォカトゥールによって違法な薬物取引の話が持ち出されたとき、当初は要求を断りつつもその時点で一度問い合わせてみることを約束しており、その後取引はスムーズに進められた。したがって、アジャン・プロヴォカトゥールの側の働き掛けとしては、行きすぎはなかったと評価されたわけである。最後に【9】判例であるが、この事案は、アジャン・プロヴォカトゥールの当該犯罪行為への関与の仕方が問題とされた類型である。すなわち、【7】判例を「過剰報酬類型」、【8】判例を「長期・反復的説得類型」とすれば、【9】判例は「犯行支配類型」とでもいえよう。【9】判例をみると、被告人が滞在許可期間の関係でいったん犯行を断念した時点でアジャン・プロヴォカトゥールが、①激しい非難を行っている点、②当該犯行を可能ならしめるために滞在許可の延長を可能にした点、③あらゆる損害に対し保証を約束した点、④当該犯行の遂行に必要な資金を工面した点、⑤その他準備行為に際して深く協力した点、⑥収益の利用について被告人と相談している点が指摘されている。そして、これらの事実から、この事案におけるアジャン・プロヴォカトゥールの行為は、被告人をして

当該犯罪におけるあらゆる局面に至るまで支配しているため、許されないとした。

第四款　許されざる犯罪誘発行為の法的帰結

では、以上のような違法の根拠、評価の視点の検討から当該犯罪誘発行為が違法と認められる場合、これら第二刑事部の判例はどのような法律効果が適当であると考えているのであろうか。この点、【5】および【8】判例が「職権で考慮すべき訴訟障碍」を考慮していることが明らかである。そこで、これらの判例からみていこう。

まず、【5】判例において第二刑事部は、重大な影響の存在を理由に、国家が「矛盾し悪意に満ちた行為という非難」を甘受すべきことは、法治国家秩序においては許されず、そこから導かれる帰結は刑事訴追の禁止であり、これは職権で考慮すべき訴訟障碍という効果を生じさせるという。このような表現は、そのまま【8】判例においても用いられており、実際【8】判例では訴訟障碍を示唆する判断が出されている。これらの判例は、撞着法理に触れる国家的行為の矛盾は法治国家原則に反するため、そこから刑事訴追禁止を経由して訴訟障碍を導く見解を示しているといえる。したがって、【7】および【9】判例も、訴訟障碍に触れた部分はないが、違法の根拠を【5】および【8】判例と同じくするため同様の帰結を想定しているものと推測される。(53)

ところで、【11】判例は国家刑罰権の失効を示唆しており、(54)【12】判例は訴訟障碍について示唆している。しかしながら、これらの判例は当該犯罪誘発行為が違法な場合にそのような効果が生じることを示唆するにとどまり、その理論的根拠については述べられていない。また【12】判例においては、訴訟障碍を刑事訴追禁止と関連付けていると考えられなくもない。犯罪誘発行為の前提を行為者の固有の寄与とロックシュピッツェルの犯罪誘発行為の比較に求める点、

そしてこれら一連の判例が第二刑事部において比較的短期間に取り扱われた事案である点を勘案すれば、少なくとも【12】判例については【5】および【8】判例と同様の理論構成を基礎とした訴訟障碍事由説に立つものと推察される。しかし、同じ時期になされた判断であるにもかかわらず、【11】判例が許されざる犯罪誘発行為の法的帰結として刑罰阻却事由という用語を持ち出している点、興味深い。判決文をみる限り、その理由は、明らかではない。二つの処理方法がいずれにしても被告人の不処罰結果を導くという側面においては共通するが、第二刑事部は理論・根拠等については明確な説明を行っていない。むしろ、これらの処理方法の理論的根拠付けは学説に委ねられ、そこで議論が展開されていくこととなった。(55)

第五款　検討

以上みてきた一連の第二刑事部の判例は、撞着法理に触れるような国家的行為を許されざる犯罪誘発行為の違法の根拠とし、アジャン・プロヴォカトゥールによる重大な影響が認められる場合に当該犯罪誘発行為を違法とみなしてきた。先に紹介した「犯意の具体化理論（Konkretisierungstheorie）」と大きく異なるのは、違法の根拠をアジャン・プロヴォカトゥールあるいは国家の側に見出す点である。すなわち、「犯意の具体化理論（Konkretisierungstheorie）」では犯罪誘発行為の対象者の犯意の有無が結論に大きく影響したのに対し、「重大な影響（erhebliche Einwirkung）」基準ではアジャン・プロヴォカトゥールの働き掛けの行きすぎや、国家による犯行の支配の程度が重視されることとなるのである。したがって、ほぼ同じような評価の視点を掲げつつも、重大な影響基準においてはアジャン・プロヴォカトゥールの働き掛けをみる外面的な評価の視点、すなわち客観的視点が主観的視点に優越して評価されることとなった。

このような視点の転換は、犯罪誘発行為の違法性判断を明確かつ客観的なものとし、実際に違法とする判断を導きやすくしたという点で画期的であったといえよう。なぜなら、犯罪誘発行為の対象者の内面に着目することは、犯行に及んだという事実が当初から犯意があったことを推認させる危険をはらむからである[56]。この点、「重大な影響」基準はそのような類推に左右されることのない違法性判断を期待できるし、実際に【7】、【8】、【9】判例では当該犯罪誘発行為が違法と判断された「実績」[57]がある。

ただ、指摘されているように、この理論が「犯意の具体化理論」に比べて全ての点で優っているわけではない点も看過しえない。例えば【5】判例においては、嫌疑のない対象者に対し、アジャン・プロヴォカトゥールが「運を天に任せて」薬物取引話を持ち出していたが、その働き掛けが重大ではなかったために適法な犯罪誘発行為と評価された。犯意の具体化理論を用いてこの事案における犯罪誘発行為の違法性判断を行う場合、違法と評価される可能性は高いといえよう。このようにアジャン・プロヴォカトゥールの働き掛けさえ常識の範囲内にとどまるのであれば（例えば、試しに声を掛けてみる行為のように）、全く嫌疑のない対象者に対する犯罪誘発行為も全て許容されるのであろうか。検討の余地を残すところであろう。「重大な影響」基準もその評価の視点として内面にかかわる項目を示している点に鑑みれば、「重大な影響」基準の客観的判断を担保しつつ、（a）嫌疑の程度や（c）犯意（Tatbereitschaft）[58]といった評価の視点の検討がより効果的に機能する判断枠組みが示唆されても良いように思われる。

（1）V-Mann の他にも、V-Leute あるいは V-Person (VP)とも呼ばれる。なお、V の意味については、Verdeckte または Vertrauens といわれている。

（2）本稿では、アジャン・プロヴォカトゥールという用語をそのまま用いる。あえて邦訳を当てるのであれば、教唆する捜査官ということになろうが、わが国においてもアジャン・プロヴォカトゥールの用語がかなり以前から通用しているため、このようにする（例えば、平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣、一九五八年）八五頁参照（以下、本稿では単に「平野」とする））。

（3）*Imme Roxin*, Die Rechts folgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege, 2. Aufl., 1995, S. 5f.

（4）最近では、エルボーゲン（*Ellbogen*）がこのような理解を示して、以下のように述べている。すなわち、「アジャン・プロヴォカトゥールならびにロックシュピッツェルという概念は、欺罔的捜査手法（die verdeckten Ermittlungen）の中で独立したパーソナルグループ（Personengruppe）という特徴を有せず、一定の行為類型（Handlungsmuster）ならびに戦略を意味するものである」とする（*Ellbogen*, Die verdeckte Ermiitlungstätigkeit der Strafverfolgungsbehörden durch die Zusammenarbeit mit V-Personen und Informanten, 2004, S. 49.）。

（5）寺崎嘉博『訴訟条件論の再構成』（成文堂、一九九四年）二五二頁以下註二八参照（以下、本稿では単に「寺崎『訴訟条件論』」とする）。

（6）金子宏ほか編集代表『法律学小辞典［第四版］』（有斐閣、二〇〇四年）三頁参照。ただし、同書によれば、アジャン・プロヴォカトゥールは捜査手法ではなく、そのような捜査手法を行う人物として説明してある。確かに、アジャン・プロヴォカトゥールを人物として説明するのが一般的であろうが、先にも述べたとおりここでは捜査手法として位置付けておく。

（7）*Krey*, Rechtsprobleme des Strafprozessualen Einsatzes VE, 1993, S. 29, Rn 2.

（8）*Hilger*, Neue Strafverfahrensrecht durch das OrgKG -2. Teil-, NStZ 1992, S. 523.

（9）*Krey*, a.a.O. (Anm. (7)), S. 30, Rn 5.

（10）*Krey*, a.a.O. (Anm. (7)), S. 31f., Rn 7.

（11）*Krey*, a.a.O. (Anm. (7)), S. 31, Rn 6.

（12）新屋達之「いわゆる『隠密捜査官』をめぐる若干の検討」『刑事法学の現代的課題――阿部純二先生古稀祝賀論文集』（二〇〇四年）四七一頁。

（13）新屋・前掲論文（註12）四八二頁。潜入捜査官の供述の利用については、その秘密保持との関係上様々な案が示されているが、定まっていない部分が多いようである。

（14）新屋・前掲論文（註12）四七二頁によれば、ここで論じる連絡員（V-Mann 等）とならんで情報提供者（Informant）については、潜入捜査官のような法律上の概念ではないため、論者によりニュアンスを若干異にする場合もあり、必ずしも一義的であるわけではないとする（なお、寺崎『訴訟条件論』（註5）二五二頁以下註二八参照）。

（15）Richtlinien für das Starfverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV) v. 1. Januar 1977., Anlage D 2. 2.

（16）寺崎嘉博によれば、この点、前掲の準則の付則Dにより「情報提供者とおとり、隠匿捜査官（VE）についての定義の問題は、一応の解決を見たと考えてよいだろう」、とされる（寺崎『訴訟条件論』（註5）二五二頁以下註二八）。

（17）*Rogall*, Strafprozessuale Grundlagen und legislative Probleme des Einsatzes Verdeckter Ermittler im Strafverfahren, JZ 1987, 847, 849 m. w. N.

（18）この点、寺崎は、潜入捜査官（VE）については、「国家の指図・了承」の存在が推認できるため、この点から連絡員と潜入捜査官を区別する必要があると指摘する（寺崎『訴訟条件論』（註5）二五二頁以下註二八）。

（19）*Krey*, a.a.O. (Anm. (7)), S. 33 Rn 13.

（20）新屋・前掲論文（註12）四七一頁。

（21）新屋・前掲論文（註12）四七一頁。

（22）新屋・前掲論文（註12）四七一頁以下。また、寺崎嘉博によれば、Informant のほかに Hinweisgeber や Gewährsmann 等が情報提供者として挙げられている（寺崎『訴訟条件論』（註5）二五二頁以下註二八）。

（23）寺崎『訴訟条件論』（註5）二五二頁以下註二八参照。

（24）*Krey*, a.a.O. (Anm. (7)), S. 33, Rn 13.

（25）寺崎『訴訟条件論』（註5）二五二頁以下註二八参照。

（26）*Krey*, a.a.O. (Anm. (7)), S. 33, Rn 15.

（27）BGH (1. Senat), Urt. v. 21.7.1994, NStZ 1995, S. 354f. は、警察が故殺事件の解明のために被告人の身辺に連絡員を投入した事案について、公判廷で被告人の証言拒否権（Zeugnisverweigerungsrecht）が用いられる場合は、被告人の家族の

発言に関する連絡員の目撃証言を利用することができるとしている。

(28) *Rogall*, a.a.O. (Anm. (17)), S. 847ff.

(29) *Krey*, a.a.O. (Anm. (7)), S. 31f., Rn 8 ff.

(30) 正式名称は、「違法な薬物取引およびその他の組織犯罪の現象形態の克服のための法律」（本稿序章（拙稿「おとり捜査の研究（一）」北大法学論集五八巻二号（二〇〇七年）四三頁以下および註6参照））。

(31) アジャン・プロヴォカトゥールの活動が問題となった最近の判例として、BGH (1. Senat), Urt. v. 30.5.2001, StV 2001, 492ff.（【23】）などがある。

(32) 以下、本稿ではドイツの連邦通常裁判所および憲法裁判所の判例を「【1】、【2】……【23】」と示し、下級審判例を「【AG-1】、【AG-2】、【LG-1】【LG-2】、【OLG-1】」と示す。また、第五章で紹介するの日本の判例を「［1］、［2］……［18］」と示すこととする。

(33) BGH (1. Senat), Urt. v. 10.6.1975, GA 1975, 333f.（【1】）

(34) BGH (1. Senat), Urt. v. 15.4.1980, NJW 1980, 1761.（【2】）

(35) BGH (4. Senat), Urt. v. 11.9.1980, NStZ 1981, 70f.（【3】）

(36) BGH (1. Senat), Urt. v. 21.10.1980, StV 1980, 163f.（【4】）

(37) BGH (3. Senat), Urt. v. 25.3.1981, StV 1981, 276f.（【6】）

(38) *Franzheim*, Der Einsatz von Agents provocateurs zur Ermittelung von Straftätern, NJW 1979, 2014f.

(39) *Lüderssen*, Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation?, Festschrift für *Peters*, 1975, S. 361f.

(40) 違法な犯罪誘発行為の法的帰結として訴訟障碍を導く見解のうち国家刑罰権の失効に基づく訴訟障碍を主張する論者として、ブルンス（*Bruns*）、タシュケ（*Taschke*）、デンカー（*Dencker*）、ゲッセル（*Gössel*）、カツォルケ（*Katzorke*）らが挙げられる。これら学説については本稿第四章「ドイツ学説の発展」において詳論する。

(41) 本稿第四章参照。

(42) 川崎英明「おとり捜査の規制」島大法学三〇巻一号（一九八六年）七三頁（以下、本稿では単に「川崎・前掲論文②」とする）。

(43) なお、下級審でも犯意の具体化理論を採用した判例が存在する。すなわち、【AG-1】ハイデンハイム区裁判所一九八〇年一一月二七日判決（AG-*Heidenheim*, Urt. v. 27.11.1980, NJW 1981, 1628.）および【AG-2】オースターホルツーシャームベック区裁判所一九八二年二月一八日判決（AG-*Osterholtz-Scharmbeck*, Urt. v. 18.2.1982, StV 1981, 276.）である。【AG-1】判例では、ハイデンハイム区裁判所は、アジャン・プロヴォカトゥールが被告人を「国家行為の単なる客体」とし、基本法一条一項で保障される人間の尊厳に対する侵害を行ったことを認めた。また、【AG-2】判例では、オースターホルツーシャームベック地区裁判所は、被告人がハッシッシュ売却の犯意があったことを認め、刑事訴追禁止を認めなかった。

(44) BGH (2. Senat), Urt. v. 6.2.1981, NJW 1981, 1626f. (【5】)

(45) BGH (2. Senat), Beschl. v. 13.11.1981, NStZ 1982, 126. (【7】)

(46) BGH (2. Senat), Beschl. v. 23.12.1981, NStZ 1982, 156f. (【8】)

(47) BGH (2. Senat), Urt. v. 23.9.1983, StV 1984, 4f. (【9】)

(48) BGH (2. Senat), Urt. v. 1.2.1985, StV 1985, 273. (【11】)

(49) BGH (S. Senat), Urt. v. 20.3.1985, StV 1985, 272. (【12】)

(50) この【11】判例をみると、被告人は犯罪誘発行為が行われた時点ですでに薬物取引に深く関与していた点、準備（Anbahnungsversuch）が行われている点など、主観的側面も検討されている。一方で偽装バイヤーの与えた圧力についても適切な範囲内であったことを認める。また、重大な影響という文言はここでは登場しない。したがって、【11】判例が「重大な影響基準」を採用する判例として分類されるか否かの判断は微妙なところであるが、この時期における一連の第二刑事部による判断の一つとして「重大な影響基準」の判例として位置付けておく。なお、犯罪誘発行為が違法な場合の法律効果については国家刑罰権の失効を想定していると思われ、この点ではここで紹介する第二刑事部の他の判例と共通性をみせているといえよう。

(51) 例えば、これに類する事例として、薬物中毒者に薬物を報酬として与える約束をした事案（【7】判例）、および借金苦にあえぐ者に高額の報酬を約束した事案（【9】判例）がある。

(52) この事案においては、数週間にわたる説得が行われたとされる。

(53) これら【5】、【7】、【8】、【9】判例は、いずれも第二刑事部において比較的短い期間に出されたものであり、主たる部分における文言がほぼ一致している。したがって、そのことからも、違法と認められる犯罪誘発行為に対する法的帰結を同一に解していると推察されよう。

(54) ただし、第二刑事部の見解が、学説において近年有力に主張されている刑罰阻却事由の承認と共通する見解を有しているのか否かは明らかではない。

(55) 学説の状況については、本稿第四章参照。

(56) このような指摘はわが国のおとり捜査の議論においても行われてきた。

(57) 川崎・前掲論文②（註42）八五頁以下。

(58) なお、下級審にも「重大な影響基準」を採用した判例が存在する。【LG-1】フェーアデン州裁判所一九八一年一〇月二二日判決（LG-*Verden*, Urt. v. 22.10.1981, StV 1982, 364.）は、警察のアジャン・プロヴォカトゥールの犯罪誘発行為に対して被告人の固有の行為寄与度が背後に退く程に、アジャン・プロヴォカトゥールの行動が重大であった場合には、当該犯罪誘発行為は許されざるものであり、職権で考慮されるべき訴訟障碍が存在する、とした。同様に、【LG-2】ベルリン州裁判所一九八四年二月二三日判決（LG-*Berlin*, Urt. v. 23.2.1984, StV 1984, 457.）でも、行為者の行為寄与度が問題とされている。【LG-2】の事案では、生活苦にあえぐ対象者に対し、彼が当初拒否していたにもかかわらず、犯罪を挙行するように働き掛け、被誘発犯罪である強盗のための道具もアジャン・プロヴォカトゥールによって調達されていた。さらに、【OLG-1】デュッセルドルフ上級地方裁判所一九八三年八月一〇日決定（OLG-*Düsseldorf*, Beschl. v. 10.8.1983, StV 1983, 450.）でも、アジャン・プロヴォカトゥールによる対象者に対する重大な影響が問題とされている。

論　説

M・ウェーバーとK・ヤスパースにおける価値思考の法哲学的意義（四）

――現代正義論の思想史的背景――

菅原寧格

目　次

序論　はじめに

第一章　ウェーバーにおける価値相対主義問題
　第一節　現代正義論の問題背景
　　第一款　ロールズ『正義論』以降の問題地平
　　第二款　ラートブルフの「哲学的妥当論」と「歴史的・社会学的妥当論」
　　第三款　ラートブルフにおける「相対主義」の問題性
　第二節　ウェーバーの「価値討議」論
　　第一款　「価値討議」の特質――〈技術的批判〉と〈価値論理的批判〉――
　　第二款　「価値討議」の意義
　　第三款　「価値討議」としての正義論
　第三節　ウェーバーにおける「人格」
　　第一款　行為主体としての「人格」
　　第二款　「人格」の思想史的背景と法哲学的意義
　　第三款　「人格」の二面性の問題
第二章　ヤスパースにおける「コミュニケーション」
　第一節　実存思想についての予備的考察
　　第一款　法哲学における実存思想の位相をめぐる問題
　　第二款　実存思想におけるヤスパースの位相
　　第三款　実存思想の問題と価値相対主義の問題
　第二節　ヤスパースの「コミュニケーション」論
　　第一款　ヤスパースとウェーバーの連続性
　　第二款　「コミュニケーション」論における「現存在」の意義
　　第三款　「実存的コミュニケーション」の理論的背景と意義
　　第四款　「コミュニケーション」としての「討議」と「愛しながらの闘い」

（以上、五八巻一号）

（以上、五八巻二号）

（以上、五八巻三号）

第三節　「コミュニケーション」論の可能性
　第一款　ヤスパースにおける「人格」
第三章　諸批判への弁明と展望
　第一節　〈実存思想の問題＝価値相対主義の問題〉に対する弁明
　第二節　「人格」の二面性の問題と「近代－反近代問題」に対する弁明
　第三節　ウェーバーとヤスパースにおける価値思考の展望

（以上、本号）

第二節　ヤスパースの「コミュニケーション」論

前節では、ヤスパースの「コミュニケーション」論をウェーバーの価値思考との関係から把捉していくための、いわば予備的作業を行った。現在、あらためて実存思想を法哲学的に考察しようとする場合に予想されるであろう問題の所在が、どこにあるのか。こうした問題と取り組むことによって、法哲学にとっての実存思想をめぐる論点の整理と提示を行ってきたわけである。そこで、本節では、そこで得られた成果を踏まえ、ヤスパースの「コミュニケーション」論をウェーバーの価値思考との関連から明らかにし、その特質を示すことにしたい。

第一款　ヤスパースとウェーバーの連続性

まず、ヤスパースの「コミュニケーション」論には、ウェーバーの「価値討議」論との間で価値思考として多くの共

通点があることを確認し、そこで見られる思考様式を考察することにする。つまり、ウェーバーの価値思考との関係からヤスパースの「コミュニケーション」論を捉え返し、その連続性を明らかにすることによって、ヤスパースの議論を効果的に理解していくための補助線を得よう、というわけである。

ヤスパースにとって、ウェーバーとは、「私の意識に対し世界の意義を肯定し、魂を吹き込んでくれた偉大な人間」であり、「私の哲学にとりまして今日に至るまで、他のいかなる思想家も及ばぬほどの、きわめて重要な意義を有する」存在であった[1]、と言われている。そして、ウェーバーの死後、「世界が一変したかのような気持ちに襲われ」[2]るに至り、以後、迷うことなく精神医学から哲学への道へと歩を進めていく決意を固めた、とも言われている。この意味で、ウェーバーの死とは、ヤスパースにとって、精神医学という科学から哲学の道へと進んでいくにあたっての内的起動力として、決定的な契機になったと考えられる。そこで、この点に着目し、科学と哲学に対するヤスパースの見解を見ることから始めることにしよう。

科学と哲学をめぐる問題にかんして、ウェーバー自身は、周囲が彼のことを哲学者としてみなそうとしたとしても、それを拒否した、と言われている。ただし、ウェーバーが哲学者と呼ばれることについて拒否したということは、ヤスパースにとって、「彼以前に実現された意味における哲学者ではなかった」ことを意味するにすぎなかった。より直接的に言えば、ウェーバー以前に「哲学者」としてみなされていた者たち――ヤスパースが直接的に念頭においているのはリッカートをはじめとする「講壇哲学」者たちである――を「哲学者」と呼ぶのであれば、なるほど、たしかにウェーバーは「哲学者」ではなかった、ということである。

かくしてヤスパースは言う。そうした「講壇哲学」を論じているような、当時のドイツの大学で支配的な「哲学者」とは異なって、ウェーバーは、「彼が生きていたわれわれの時代にとっては、真の哲学者」であったのだ、と。ヤスパー

スにとっては「彼そのものが一個の哲学」であり、「われわれは実存的な哲学者をマックス・ウェーバーのうちに認めた」のであって、それ以外の哲学者を認めることなどできなかった。(3)

このように、哲学者としてのウェーバーに対して最高級の賛辞を贈りつつ、「このとき私が自分で自分に言い聞かせたことは、少なくとも自分が敢えてやらなければならないことは、本来の哲学の伝統を護ることに寄与すること、…哲学を取り違えから護ること」である、とヤスパースは考えていた。つまり、彼にとっては、「真の哲学者」としてのウェーバーの思想イコール「本来の哲学の伝統」であって、実際に現前に展開されている「講壇哲学」など、非本来的な哲学として克服されるべき対象にすぎなかったわけである。

したがって、今や、ヤスパースにとって、「真の哲学者」としてのウェーバーの思想イコール「本来の哲学の伝統」を復権するということは、最重要な課題となった。しかし、そうであるとしても、彼は、一体どのようにしてこの課題と取り組んでいこうと考えていたのであろうか。この点を明らかにすること、つまり、ウェーバーとの連続性という観点から、ヤスパースが具体的にいかなる思想を展開していったのかを示していくことが、ここでの課題である。結論から先に言うと、ヤスパースのなかでの科学と哲学に対する理解の仕方がそのカギを握っている。

科学と哲学について、ヤスパースは、自らの若き日を振り返って、「私は科学としての哲学を期待していた」と告白している。そして「科学としての哲学を期待していた」ため、「疑問〔を抱くこと〕なしに、私は強制的な、誰にでも妥当する洞察と、現存在の本来的な諸問題の解答とを同時に切望して、両者を分離できなかった」ことを反省的に回顧している。(4) つまり、この時点でのヤスパースは、哲学的思考における真理の客観性にかかわる問題を、科学的知見を援用することによって客観性を調達し、解決しようと考えてしまったために、哲学と科学それぞれの領域にはそれぞれの領域に固有の問題があるということを、まったく理解できていなかったと考えられる。というのも、ヤスパースは、

こうした科学に固有の問題と、哲学に固有の問題の双方を、「科学哲学」とでも呼べるようなものによって、まとめて解決することができると考えていたからである。それゆえ、当時の彼には、両者を分離することができていなかった。だが、今や、こうしたみずからの考え方こそ克服の対象としなければならない。このように、考えられるに至ったわけである。

しかし、このことは、当初、精神医学への道を進み、科学としての医学の最前線で活躍した経験を持つヤスパースにとって、そうした「科学哲学」を構想しうる下地をなすような科学・哲学観が動揺を余儀なくされるに至った、ということでもある。かくして、彼は次のように述べた。

> 当時の精神医学界では、「あらゆる精神病は脳髄の事件に帰因するものだとするような誤った見解が支配していたのをみております。…私共にわからない場合でも、何らかの結論に到達して、証明的根拠が見出されないにも拘らず、政治的に必要な決定を可能にするため、科学が隠蔽手段とならねばならなかったということを知って、私は驚いたのです」[5]。

ヤスパースはこのように述べることによって、科学的見地から客観的に証明されえないことを、科学がまるであたかもそのことを証明しえていたかのように振舞っていたこと、そして、それを真似するかのように、政治的決定を正当化するために科学が奉仕することは可能だという見解が次第に支配的になっていく有様を目の当たりにしたわけである。そして、結局は科学に失望し、次のように考えるようになった。

「本来科学とは如何なるものであるか、科学は何をなすことができるか、科学の限界は何処にあるか、などという根本的な問題が生まれたのです。科学がもしその名に値するものである限り、それは否むことのできない普遍妥当的なものであらねばならないということが明らかになりました。」(6)

「特に重要なことは、諸科学は哲学の道具として利用されねばならないのであるが、哲学は仮にも一個の科学としてそれと並べられてはならないということであります。と申しますのは、哲学はたとえ科学と結合しており、科学なくしては決してありえぬとしても、それは科学とは全然別個のものであるからです。すなわち、哲学は内的行為によって存在そのものを覚知するところの思惟であります。」(7)

ここには、科学とは何かということ、科学との関係からみた場合の哲学とは何かということについての、ヤスパースの忌憚のない見解を看て取ることができる。そこには、もはや、若き日に思い描いていたような科学と哲学とをナイーヴに結びつけようとする姿勢――「科学哲学」への憧憬――は見られない。また、精神医学に携わりながら感じていた、科学に対する失望も見受けることはできない。その代わりとして彼の前に立ち現れてきたのは、科学と哲学それぞれに固有の意義を認めようとする姿勢、それぞれに固有の意義をもつ科学と哲学との関係を問題化しようとする姿勢である。

したがって、ここまでのヤスパースにおける科学と哲学に対する見解の経緯を整理しておくとすれば、次のようになるだろう。まず、哲学と科学とが未分離で「科学としての哲学」を夢想していた若き日。そして、科学としての精神医学へと向かったものの、政治的要求に応えて「隠蔽手段」として科学が奉仕しているのを見て失望した時期。その後、「隠蔽手段」としての科学とは異なった「普遍妥当的なもの」として科学を捉え返すようになったが、そうした科学観を理解しつつも、そういう科学とは峻別されたもとしての哲学を構想するに至った頃。おおよそ、このように展開しておく

ことができる。

さて、このようにヤスパースにおける科学と哲学に対する見解の変遷を整理した上で、もう一度、彼がウェーバーについて語っていた箇所を想起してみよう。そうすると次のような説明が可能である。ヤスパースは、ウェーバーの死によって、「世界が一変したかのような気持ちに襲われ」、「真の哲学者」としてのウェーバーの思想イコール「本来の哲学の伝統」の復権を最重要課題としていた。それゆえ、ヤスパースから見れば、明らかに哲学を「取り違え」ているとしか思えない「講壇哲学」の立場などは、およそ哲学と呼ぶに相応しくない。むしろ、非本来的な哲学として批難されるべきものにすぎない。そして、ウェーバーこそが「真の哲学者」と呼ぶに相応しいと考え、当時「意識的に科学的な専門的哲学」を称していた「講壇哲学」のような支配的哲学とは異なった、ウェーバーのような哲学を追求していく決意をヤスパースはした(8)。こう、言うことができる。

結局、ヤスパースは、ウェーバーとの出会いにより、「意識的に科学的な専門的哲学」＝「講壇哲学」＝当時の哲学主潮と、「マックス・ウェーバーのうちに認めた」哲学とが全く異質なものであることを悟った。そして、「マックス・ウェーバーのうちに認めた」哲学を擁護し、「本来の哲学の伝統を護ることに寄与すること」に、自己の「実存哲学」を定礎した、ということになる。

ただし、このように、ヤスパースがウェーバーの死を契機として自己の「実存哲学」の出発点を定礎したからといって、それまでと逆に科学を哲学の立場から見下そうとしたわけではない。このことには注意しておく必要がある。彼は、「科学を欠如した知識欲（哲学のこと――菅原注）は空虚なものに止まる」が、「哲学は、一切のものが無制限に合理的に照らし出さるべきことを欲する(9)」、ということも訴えていたからである。したがって、ヤスパースにとって、「哲学」

とは、たんなる科学以上のものではあるが、科学なくして成り立ちうるようなものではない、とも考えられていたわけである。このことは、次の言葉からも確かめることができる。

「哲学は科学ではなく、むしろ科学から自己を識別することによって明晰となる」[10]。だが、「科学は、自らにとって本質的なものに対して強制的に妥当することを要求するという課題によって、自らを哲学から区別する」ことを任務とする。すなわち、「哲学は無制約的真理を把握しようと思念するものであり、その点において科学以上のものである」[11]ことは確かだが、「科学を欠如した知識欲（哲学のこと――菅原注）は空虚なものに止まる」こともまた確かである。

そして、ヤスパースにとっては、こうした科学をめぐる当時の問題に対して、「ほとんどかつてみられないほどの情熱をもって、追求した」と思われたのがウェーバーであった。先述したように、ヤスパースは普遍的妥当性をもつことによって科学が哲学から自己を識別しているとみたわけだが、「科学の真理がすべての真理ではない」ことにも注意を促している。ヤスパースにとっては、科学によって知りえた、「私の知っていることと、私の欲していることは一致しない」、と考えられていた。それゆえ、ここには、客観的に普遍妥当的な「知識の正しさ」と、あらゆるものに対する絶対的妥当性を欠く「信念の真理」とを区別するという問題――「知識の正しさ」と「信念の真理」を区別する問題――が横たわっている[12]、と考えられていた。「科学の限界は明らかである。いいかえれば、事実からしては、いかなる拘束的な規範も導きだされない」、つまり、科学的に獲得された「知識の正しさ」とは、あくまでも「知識の正しさ」以上のものを示すわけではない。ましてや「知識の正しさ」が直接的に「信念の真理」とかかわって、「×××すべし」といっ

た当為を要求することなどできるはずもない。しかし、そうであるとすれば、科学には何をすることができるのだろうか。この点が問題になる。こうした問いに対して、ヤスパース自身は次のように述べている。

①「科学は、人が自分で立てた目標にかんがみて、表向きの手段で何を達成しうるかを教えてくれる。」
②「科学は人生の意味を私に示すことができない。けれども、科学は私によって欲せられているものの意味を、私に対して展開させ」
③「それによっておそらくは意志の目標そのものを変えることができる。」(13)

この見解は、簡潔ながらも、ヤスパースの科学観をよく示している。そして同時に、ヤスパースの科学観が、ウェーバーの価値思考における〈技術的批判〉と〈価値論理的批判〉を、踏襲していることによって成り立っている、ということも如実に示している。

ヤスパースにとっては、「本来科学とは如何なるものであるか、科学は何をなすことができるか」(14)という問題が、「知識の正しさ」(＝客観的な「科学」に基づいて導出される知識の普遍的妥当性)と「信念の真理」(＝主観的な究極的価値に由来する信念に潜む真実性)との関係上、抜き差しならない喫緊の問題であった。そして、ヤスパースによると、「科学におけるこの問題の解明は、今世紀のはじめに緊急のものとなった」のだが、なかでも、こうした問題に対して「ほとんどかつてみられないほどの情熱をもって、追求した」のは、他ならぬマックス・ウェーバーであった。(15)

すなわち、ヤスパースとウェーバーにとっての課題とは、科学によってなしうることと、科学によってはなしえないこととの問題が、まさに価値判断における認識の「客観性」にかかわる問題として捉えられていた。そして、彼らが、

こうした問題関心を共有していたことを理解することによって、はじめて、科学と哲学の問題に取り組むヤスパースの着眼点は価値相対主義の主張に関連してウェーバーが行っていた議論の延長線上にあるということや、それとアナロジカルな関係に立っている、ということが理解できるようになる。

そして、このように言えるとすれば、先に、「マックス・ウェーバーのうちに認めた」哲学におけるモティーフと同様のモティーフをヤスパース本人も抱いていた、と述べたことの意味も明らかである。それは、ヤスパースが、哲学へといたる「明瞭性への一つの決定的な手掛かりを、一九〇九年、マックス・ウェーバーの諸著作に見出した」と述べたゆえんでもある(16)。

むろん、このような、科学と哲学における価値判断の認識の客観性をめぐるヤスパースの問題意識は、ウェーバーが独自の――つまり、ラートブルフとは異なった――価値相対主義的思考によって展開していた議論と深くかかわっている。そして、科学と哲学をめぐるウェーバーとヤスパースの見解から確かめられたとおり、両者の価値思考は連続的な関係に立っていると言うことができる。しかも、この問題は、ヤスパースによって「価値判断の討議という標題ではじまった」(17)と言われていた問題である。そこで次に、ヤスパースの「コミュニケーション」論を吟味していく際には、彼自身が述べた「価値判断の討議」――つまり、ウェーバーにおける「価値討議」――をめぐる問題に対して十分な配慮を払いつつ、慎重に検討を進めていくことにしたい。

幸いなことに、本稿では既にウェーバーの価値思考における「価値討議」論を、〈技術的批判〉と〈価値論理的批判〉とに展開してきたし、「討議」の担い手としての「人格」についても一定の知見を得ている。そこで、ヤスパースの「コミュニケーション」論を考えていく際にも、まずは、今しがた確認してきた彼の科学観と哲学観にかんする見解を踏まえ、「コミュニケーション」における「討議」の問題として捉え返していくことにする。そうすることによって、彼の

価値思考の現れとして、「コミュニケーション」論がどのような形で展開されているのかを明らかにしていくことにしよう。

第二款　「コミュニケーション」論における「現存在」の意義

先述したとおり、科学と哲学の問題に取り組むヤスパースの着眼点は、価値相対主義の主張に関連してウェーバーが行っていた議論の地平を見据えた上で、それとアナロジカルな関係に立っている。このことは、ウェーバーの価値思考における〈技術的批判〉・〈価値論理的批判〉の理論と、ヤスパースの実存思想の背景にある科学観との間で、一定の共通性があることを示している。しかも、このことは、科学／学問（Wissenschaft）と哲学とが何を課題としなければならないのかという問題関心の出発点を、両者が共有していたことを示している。

そこで、以下、ウェーバーの価値思考と連続した関係に立っているという観点から、ヤスパースの「コミュニケーション」論の検討を進めていくことにするが、その導入として、「コミュニケーション」における「現存在」の意義を吟味することから始めることにしたい。ただ、そこでは、最低限必要と思われる前提が二点あるので、この点を確認しておくことにしよう。

第一に、ヤスパースの「コミュニケーション」論はウェーバーの「行為」論との関係で捉えられるのでなければならない、ということである。ウェーバーの「行為」論を取り込まずに「コミュニケーション」論を検討したとすれば、それは一面的な「コミュニケーション」理解にとどまってしまう。というのも、このことは、ウェーバーが、例の意味ある行為と意味のない行為とを明確に区別するよう要求していたことと、深く関係しているからである。すなわち、ウェー

バーが「行為」論において用いた区別と対応させるかのように、ヤスパースも、「意味を問い有意味に行為せざるをえないことが人間の本質であり状況である」と考え、「行為し、行為することによって存在し、しかもその存在が同時に自分自身であることを己の自由においてはじめて自覚しうるような存在としてみずからに現象する」こと、このことが、「私は私自身において存在」する本来的意味である、と考えていたからである。[18] 言うなれば、ウェーバーが自らの価値思考を「行為」論として捉えたのと同じように、ヤスパースも、あくまで「考察は行為ではない」し、「眺めることは実存することではない」[19]、と考えていた。それゆえ、ヤスパースの「コミュニケーション」論を吟味する場合にも、「行為」論としての「コミュニケーション」論という視点を欠くことはできない、と述べたわけである。

第二に、ヤスパースの「コミュニケーション」論においては、「実存」と「現存在」という次元の異なる二つの概念が区別されている、ということを理解しておく必要がある。

ヤスパースによれば、「実存」とは、決して「心理学的な（意味でいわれるところの――菅原注）主観ではない」。そうした主観とは異なり、「実存は、主観性と客観性との両極のうちに現存在として現象するもの」で、「実存は、対象としてどこかに与えられていたり、観察のために基礎的なものとして推論されたりするような或るものの現象ではない」。そうではなく、「実存は、ただ実存自身と他の実存にとってのみの現象である」、と考えられていた。[20] それゆえ、「私の現存在が実存であるのではなく、人間は現存在において可能的実存」に留まっている、と捉えられていた。

ここで述べられているのは、人間とは「現存在」において未だ「実存」しているわけではなく、「可能的実存」として現れてくる、という主張である。それゆえ、「実存」は「現存在」と異なっており、人間は「現存在として現象する」と言われている。ヤスパースによると、「現存在は現存するか現存しないかのいずれかであるが、実存は可能的なものであるがゆえに、選択と決断を通して、みずからの存在に向かって進むか、それともその存在からそれて無のうちに退

くかのいずれか」[21]、選択することができると言う。そして、人間とは、「現存在」として「他の実存」と出会い、「他の実存」と関係をもつことによってのみ、「実存」としての思いを他者に馳せることが可能になる存在として捉えられることになった。

したがって、ヤスパースにおいては、まずもって、「現存在」が、「実存」においての基底的な条件をなすと考えられている。それと同時に、「現存在」における人間とは、「実存」へと向けた条件としての「可能的実存」として捉えられている。そして、このことが、ヤスパースの「コミュニケーション」論を捉える際には「実存」と「現存在」の概念とを区別しておかなければならない、と述べた理由である。以下、こうした二つの前提を踏まえた上で、ヤスパースの「コミュニケーション」論をウェーバーの「行為」論との関係から捉えつつ、「現存在」の意義を検討していくことにしよう。

ウェーバーは、意味ある行為にかんして価値判断をくだすという場合、一定の「価値評価」の観点に立ちながらも、具体的な問題状況――例えば当時の「後進国」ドイツの政治的・社会的状況――に即して行われる価値判断を想定していた。この点からみると、ヤスパースの「コミュニケーション」論はどのように考えられるだろうか。ウェーバーのように、自らの議論を展開していく問題背景を具体的に想定していたと言えるだろうか。ウェーバーの価値思考との連続性を重視すれば、ヤスパースもウェーバーと同様に、「コミュニケーション」を具体的な問題状況のなかで取り上げるべきものとして想定していた、ということになりそうである。実際、ヤスパースも、「コミュニケーション」が「共同体諸関係のうちに現存する」、そういう「現存在のなかで種々の仕方で遂行される他の人々との生活」のなかで遂行されることになる[22]、と考えていたことは確かである。

だが、問題は、このような「共同体諸関係のうちに現存する」、そういう「現存在のなかで種々の仕方で遂行される

他の人々との生活」のなかで遂行される、ということをどのように理解すればよいのか、である。そして、ここに、「現存在」を理解する上でのポイントがある。というのも、「共同体諸関係」において営まれる「種々の仕方で遂行される他の人々との生活」の舞台――場――とは「現存在」であるということが、ここで端的に述べられていると考えられるからである。ヤスパースは、次のように考えていた。

原初的共同性が維持されているうちは、人は「明白で疑いのない共同体」のなかで関係を築いている。「明白で疑いのない共同体」であるがゆえに、そこでは、当人の「自己意識」と周囲の「一般意識」とが合致している。ただし、「自己意識」と「一般意識」とが合致しているということは、当人の「自己意識はヴェールをかけられている」状態に置かれていることを意味しているのであって、いわば「無意識性」の状態であるにすぎない。それゆえ、そこでは、当人に固有の意識と当人とは異なった周囲の人々の意識との間において、何らかの関係性が取り結ばれるといったことが考えられる余地は無い。むしろ、「私は万人がなすべきことをなし、万人が信ずることを信じ、万人が考えるごとくに考え」ることによって、「個人意識」を全体の「普遍意識」へ何の疑念も抱かずに合致させることさえ可能な状態である[23]、とされる。

このように、ヤスパースは、「ヴェールをかけられている」状態にとどまっている「自己意識」が支配的であるような「原初的共同性」の状態を「ナイーヴな現存在」とみなした。そして、「原初的共同性」の状態と、いわゆる「現存在」とを区別している。「原初的共同性」に満たされた「ナイーヴな現存在」においては、今みてきたとおり、「個人意識」を全体の「普遍意識」へと、何の疑念も抱かずに合致させることが可能になっているので――例えば、物心がつかない子どもにあっては、自己と他者との関係が未分離の状態に置かれて、自己と他者とが融合しているので――、何らかの関係性が成立するようなことはないし、それゆえ、「コミュニケーション」が成立する余地など生じようがない。つまり、

「ナイーヴな現存在」では、自己と他者とが未分離のまま意識レベルとしては無意識的に同一化している――無意識性によって支配されている――ので、人々の間で「コミュニケーション」が要請されるような事態などは、そもそも想定さえされていない。

ただし、こうした展開に加えて、ところが、とヤスパースは述べた後で、ひとたび「コミュニケーションを意志するならば、このような無意識性に沈み込むことを欲しない」、と言う。そして、自己と他者との間で生じた齟齬を意識レベルの上で調整しようと試みるなら――何らかの関係性が生じていることに気づくのであれば――、そこでは、必ず「コミュニケーション」への意志が現れてくる、と言う。ひとたび「コミュニケーション」への意志があることに気づいたとすれば、人間は、「原初的共同性」によって淡々と維持されるにすぎないような、「ナイーヴな現存在」にとどまることができなくなる[24]、と考えられていたからである。

このように言うとき、ヤスパースは、人間を、複数の「自我単子 Ichatome」として現れてくるような人間として、人間と人間との関係を築くように動機づけられている存在として見ている。「原初的共同性」、つまり「ナイーヴな現存在」を超えるようなものとして、「独立した自我」が顕わになってくると、それぞれに独立した「自我と自我とはいかにして了解し相互に交渉するかという問いが生ずる」ようになる、と考えている。したがって、そこでは、このような「自我単子」としての人間と人間との間においては、「原初的共同性」とは異なった、何らかの関係――「現存在と現存在との関係」――が成立している[25]、と考えなければならない。

ただ、「現存在」としての「独立した自我」相互間で成立する関係それ自体は、ウェーバーがいうような、自律的に「自由」な行為の担い手としての「人格」と「人格」との関係を指すわけではない。というのも、ヤスパースにとっての「あらゆる自我点 Ichpunkte」とは、相互に交換・代替可能である「自我点」を示すにすぎないからである。つまり、いず

れの「自我点」であっても、それぞれが固有の「自我点」であることを示すような特性をもたないという意味で、交換・代替可能であるといった特徴をもっている。そして、そのような意味での「自我点」と「自我点」との間で成立する関係が、ここで言われている「独立した自我」の間で成立する関係として、考えられている。それゆえ、今ここで・掛替えの無い存在である「自我」と「自我」とによって成立するような関係が、ここで直接想定されているわけではなく、このことには注意しておかなければならない。ここで示されているのは、誰が誰であってもよい。誰を誰とでも交換・代替することが可能な「自我点」と「自我点」との関係であるにすぎない。(26)

しかしながら、「現存在」における交換・代替可能な「自我点」と「自我点」との関係には、重要な特長がある。それは、同一の事物と直面したような場合であれば、どの「自我点」であっても同一の事物として理解できる、ということである。つまり「自我点」には、同一の事物を同一の事物として捉えられる点で相互に結びつくことができるという意味で、ある種の関係性を形成することができるといった特長がある。それゆえ、「自我点」としての「自我単子」相互間においては、次のような結びつきが成立すると考えられる。どれか任意の「自我点」を選んだとしてその「自我点」が、ある何らかの「目的」を掲げて行為を遂行したとすれば、その「自我点」が掲げた「目的」と同一の「目的」については同一の目的として相互に理解することができるし、「自我点」には、「目的」に対する理解を通じた関係を相互に形成することができるようになる。ウェーバーであれば、「自我単子」相互においては、ある行為――意味ある行為――の「目的」に適合的な「手段」をめぐって、理解や同意を形成していくことが可能になってくる関係が成り立つ、と言うところであろう。

ともあれ、交換・代替可能な「自我点」と「自我点」との関係――「現存在と現存在の関係」――とは、実は、ウェーバーが言うところの意味ある行為――「「目的」と「手段」の範疇」に結びつけられた意味ある行為――についての理

解を可能にする関係、ということになる。そして、ヤスパースはこのことについて、そこでは、「客観的な事物（Sache――菅原注）の共通の了解による、自我と自我との了解」と「目的とそれに所属する手段とが共通的に捕捉される行為」とが生じてくる[27]、と述べている。

むろん、このような「自我」とは「自我点」という代替可能な「点」としての「自我」だから、「自我」の目的を達成するためには「自我点」同士が相互に相手方を「支配されるような自然物」として、たんに手段として扱うよう働きかける場合もありうる。したがって、このような「自我点」としての自己と「自我点」としての他者との間――「自我点」相互の間において自己と他者といったことを識別するような標識は何も無いのではあるが便宜上そうした区別があるとした場合――に成立する関係とは、「あらゆる他の自我を物件（Sache――菅原注）として取り扱う」ような、「他人そのものが事物」と同義であるとみなすような関係[28]、つまり、まったくの非人格的な関係ということになる。

むろん、この「非人格的な関係」とは、「現存在と現存在との関係」と言い換えてもいいし「自我点」と「自我点」との関係であると言ってもよい。だが、先ほど見たとおり、このような関係においても、目的や、目的を達成する手段をめぐって共通の理解や同意を求めるようなことは十分にありうる。それゆえ、こうした関係においても何らかの「コミュニケーション」が成立することは十分に考えられるであろう。そして、ヤスパースは、こうした形で成立するような「コミュニケーション」を、「現存在」と「現存在」との間に成立する「コミュニケーション」とみて、「現存在的コミュニケーション」として規定したわけである。

ところで、このような「現存在」だが、「現存在」とは「現存在」であると同時に「可能的実存」でもあったということは、既に見たとおりでもある。そこで、このように「現存在」とは「可能的実存」であるということが言えるとすれば、「現存在的コミュニケーション」とは、「可能的実存」と「可能的実存」の「コミュニケーション」ということに

もなる。ただ、その場合に注意しておかなければならないのは、「可能的実存」が「現存在」として現象してくるのは「自我単子」にとどまるため、そこで成立してくる「コミュニケーション」とは、あくまでも今述べてきたような「現存在的コミュニケーション」である、という点である。そのため、「実存的コミュニケーション」を考えようとする場合、それは、「可能的実存」である「現存在」によって織り成される「現存在的コミュニケーション」の枠組みを超えたところでなければ、考えることができない。

このことから、「実存的コミュニケーション」とは、「現存在」と「現存在」、「可能的実存」と「可能的実存」との「コミュニケーション」の限界を超えたところで展開されるような、「実存」と「実存」との間で成立する「コミュニケーション」が成立するであろうということを前提にすれば、「現存在」の限界を超えた所で展開される「実存的コミュニケーション」のあり方が、「現存在的コミュニケーション」の枠組みを限界づけている、といった関係に立っていることも理解できるであろう。つまり、「現存在的コミュニケーション」と「実存的コミュニケーション」とは、互いに互いを限界づけ合う関係に立っている。その意味では、ある「コミュニケーション」が「現存在的コミュニケーション」の限界を超えたところで成立したとすれば、そこで織り成されている「コミュニケーション」のことを、ヤスパースは、「実存的コミュニケーション」と呼んだのだ、と考えることができる。

そこで、以上のようなヤスパースの議論からは、次のように言うことができる。すなわち、「明白で疑いのない共同体」において、「ナイーヴな現存在」と「ナイーヴな現存在」との間を「無意識性」が支配しているときに、そこで「コミュニケーション」が成立する余地は無い。しかし、そのような「ナイーヴな現存在」が「無意識性」から脱け出して、交換・代替可能な「自我点」として「一般意識」や「普遍意識」を抱くようになったとすれば、そこには、「現存在的コミュ

ニケーション」が成立している、ということができる。つまり、「コミュニケーション」が不可能であるというよりは、むしろ「コミュニケーション」など不要とされた「ナイーヴな現存在」とは違って、ここでは、「無意識性」を脱却した「自我点」としての「現存在」が現れてくることになる。それゆえ、こうした「現存在的コミュニケーション」は、先ほど見たとおり、「実存的コミュニケーション」によって限界づけられていたわけだが、それと同時に、自らを成り立たせる契機でもある「ナイーヴな現存在」としての「無意識性」の側からも限界づけられている、ということになる。

このような「現存在的コミュニケーション」は、「ナイーヴな現存在」と「ナイーヴな現存在」との間で見られる没「コミュニケーション」的関係の限界において現れてくる。それゆえ、先に見た、「現存在的コミュニケーション」と「実存的コミュニケーション」との関係も、これと相似的な関係として理解することができる。つまり、「現存在」は「可能的実存」として「現存在的コミュニケーション」を通じて「実存」を導出する契機となる、と考えられる。そして同時に、「現存在」は、「実存」を導出する契機を担うものとして、「実存」の現れを限界づけるという意味も持つことになる。

さて、こうして見ると、ヤスパースの実存思想においては、「現存在」が、意外にも高く評価されていることが理解されるであろう。このことは確かである。ただ、念のために注意を払っておかねばならないことが二点ある。そこで、この点を確認しておくことにしよう。第一に、このような「共同体」をめぐるヤスパースの見解とは、原初的共同体を起点としながら「現存在的コミュニケーション」を経由し、最終的には「実存的コミュニケーション」へと至るものとして、発展段階的に捉えられるべきではない。そうではなく、あくまでも、具体的な問題状況を前にした当事者が「コミュニケーション」を求めて、「コミュニケーション」への意志を発揮し、現象してくる可能態として、さまざまに移りうる様相を示したものであると理解されなければならない。つまり、「ナイーヴな現存在」的であることから「現存在」

的であることへ、「現存在」的であることから「実存」的であることへと、後ろへ行くほど価値の重みづけが与えられていくような諸階梯として理解されてはならない、ということである。

そして第二に、冒頭でも述べたとおりであるが、ヤスパースの「コミュニケーション」論とは「行為」論との関係のなかで性格づけられるのでなければならない。たしかに、「現存在」とは「原初的共同性」という限界を超えるものであるが、それと同時に、「可能的実存」であることを通して「実存」との限界をも画定するカギを握っているものとされていた。また、「現存在的コミュニケーション」は、交換・代替可能な「自我点」と「自我点」とが、眼前に広がった事物について共通の理解を可能にするということ、まさにこの共通理解を通じて結びつけられた関係のなかで遂行される「コミュニケーション」である、という点で特徴があるとされていた。それゆえ、「現存在」においては、「目的とそれに所属する手段とが共通的に捕捉される行為」――意味ある行為――が生じてくる。(29)

共通理解を求められたり、「目的」と「手段」の範疇に結びつけられた意味ある行為についての検討を可能にしたりするのが「現存在的コミュニケーション」であり、そこには、ウェーバーにおける〈技術的批判〉が「価値討議」において果たした役割と相通じる意義を認めることができる。したがって、ヤスパースの「コミュニケーション」論全体のなかで、あらゆる人間が「現存在」的であることから生じてくる「現存在的コミュニケーション」が占める地位を不当に低く評価するようなことがあってはならないだろう。仮に、低い評価が与えられているように映じたとしても、そのことは、あくまでも「ナイーヴな現存在」や「実存」との関係において、相対的な評価の一端が示されているにすぎないと解すべきである。

以上で、ヤスパースの「コミュニケーション」論における「現存在」についての検討を終える。「実存」との区別を自覚的に行いながら、かつ、ウェーバーの「行為」論との関係から整理するのであれば、「現存在」については、なお、

重要な意味づけを与えられるべきであることは、明らかであろう。そこで、こうしたことを念頭に置いた上で、次に、ヤスパースにおける「実存」を検討していくことにしたい。

第三款　「実存的コミュニケーション」の理論的背景と意義

人間は、「自我点」と「自我点」として、「現存在的コミュニケーション」を展開する。ヤスパースにとって、「自我点」とは、一方で相互に交換・代替可能な「現存在」のあり方を意味するものとして捉えられていたが、他方で意味ある行為をめぐって「現存在的コミュニケーション」を展開する存在としてみなされていた。そして、このような「現存在的コミュニケーション」には、ウェーバーが「価値討議」によって展開したところの〈技術的批判〉と通底するものがあったことが明らかになった。

たしかに、「現存在」としての人間は、交換・代替可能な「自我単子」である。しかし、「自我点」と「自我点」としての「現存在的コミュニケーション」を展開することによって、「現存在」としての人間には、「「目的」と「手段」の範疇」に結びつけられた意味ある行為の因果的帰属を問題化することが可能になる、と考えられていた。そして、このような、「目的」と「手段」の範疇」に結びつけられた意味ある行為の因果的帰属の問題とは、まさしくウェーバーが〈技術的批判〉として取り上げていた問題に他ならない。つまり、「現存在的コミュニケーション」とは〈技術的批判〉に通底した「コミュニケーション」のあり方を指している。

さて、こうしたことが、これまでの検討から明らかになったわけだが、ヤスパースは、「現存在」のあり方について、「現存在的コミュニケーション」を限界づけると同時に「現存在的コミュニケーション」が限界づけているものとして、

「実存的コミュニケーション」を捉えようとしていた。このことも確かである。そこで次に、この「実存的コミュニケーション」の理論的背景と意義について、これもウェーバーの価値思考との関係に留意しながら、吟味していくことにしよう。

「現存在的コミュニケーション」と「実存的コミュニケーション」との関係は、今みてきたとおり、双方が双方を限界づけ合うような関係に立っている。そこで、次に問題になるのは、「実存的コミュニケーション」には、「コミュニケーション」論としていかなる理論的背景と意義があるのか、という点である。結論から言うと、「実存的コミュニケーション」は、「自我が相互に、因果的にではなく理念的に結ばれている全体性」という意味的な問題を提起する点に、独自の意義がある、とヤスパースは述べている。「実存的コミュニケーション」の特長とは、決して因果的なものに尽きるのではなく、むしろ、意味的なものであって、「理念のもとに立ったコミュニケーションの限界（を超えるもの――菅原注）こそが実存」である、とヤスパースは訴えている(30)。

すなわち、一方で、「現存在的コミュニケーション」とは、「「目的」と「手段」の範疇」に結びつけられた意味ある行為についての検討を可能にするという点で、ウェーバーの〈技術的批判〉へと接近していくが、他方で、「実存的コミュニケーション」は、「目的」と「手段」をめぐる単純な因果的帰属の問題地平を超え、それらが意味的に適合しているか否かを問い質そうとする点で、ウェーバーの〈価値論理的批判〉へと接近していくことになる。ウェーバーの「価値討議」論との関係で考えれば、「実存的コミュニケーション」をこのように解することが可能になる。「実存的コミュニケーション」が、形式論理的な関係や因果適合的な関係を超え、意味適合的な関係において生じてきた問題を批判的に捉え返そうとする試みであるとすれば、このような価値思考は、ウェーバーによって〈価値論理的批判〉と表現されて

いた。そして、その意味では、「実存的コミュニケーション」には、〈価値論理的批判〉によって切り拓かれた問題地平へと通じていく契機がある。

ところで、こうした理解は、ウェーバーにおける〈価値論理的批判〉のポイントが、「目的」と「手段」をめぐる因果的帰属の問題地平を超えて、意味的に適合しているか否かを問い質そうとする点にあった、という点を適切に押さえたときに初めて可能になる。ヤスパースにとって、「実存的コミュニケーション」が「因果的にではなく理念的に結ばれている全体性」を限界づける、ということをウェーバー流に言い換えるとすれば、形式論理的適合関係や因果適合的関係では汲み尽くすことのできないものをも、意味適合的な関係に即して反省的に捉え返していこうとする契機をもっている、ということである。それゆえ、ヤスパースの「コミュニケーション」論とは、ウェーバーの価値思考に見られた〈技術的批判〉や〈価値論理的批判〉と極めて親和的な関係にあると解することができよう。

また、既に注意を促しておいたことだが、ヤスパースにとっては、「現存在的コミュニケーション」が、「実存的コミュニケーション」へと至る、発展途上のものとして捉えられているわけではなかった、ということを想起しておこう。たしかに、「現存在的コミュニケーション」とは、「実存的コミュニケーション」との限界を画定している。しかし、人間は、「現存在」として、すなわち「可能的実存」として、「コミュニケーション」を通じて自らがどのように現れてくるかを垣間見ることができる。そのような人間が、「現存在」の多様なあり方のうちの一つをある様相として受け止め、その限定された時点において表現するもの、これこそが「現存在的コミュニケーション」として理解されるのでなければならなかった。

その上で、「現存在的コミュニケーション」にかんするこのような議論を承認したとしても、次のような問いが残ることも確かであった。つまり、人間は、なぜ、「現存在的コミュニケーション」という状況にとどまろうとせずに、「実

存的コミュニケーション」という別の状況を求めるのだろうか、といった疑問がそれである。そこで、少し、「実存的コミュニケーション」の理論を背後で支えている、ヤスパースの考え方を一瞥しておくことにしよう。

ヤスパースによれば、「実存的」ではない「コミュニケーション」――例えば「現存在的コミュニケーション」――においては、諸々の「不満」によって人間が支配されている、という。いわく、

「コミュニケーションに対する不満は実存へ突破するための根源であり、その突破を開明しようとすることのための根源である。あらゆる哲学することが驚きと共に始まり、世界知が懐疑と共に始まるように、実存開明はコミュニケーションの不満の経験とともに始まる。」(31)

ここでのヤスパースは、「哲学すること」の「根源」について言及している。周知のように、プラトンやアリストテレスは「哲学すること」の「根源」を「驚き」に見出し、デカルトは「懐疑」に見出した。そうした先達に対して、「実存開明」を行う「実存哲学」の「根源」について、「実存」への「突破」を「開明」しようとする際に「根源」となるのは、「コミュニケーションの不満の経験」である、とヤスパースは申し立てているわけである。では、そうした「不満」とは、一体どのようなものなのだろうか。彼は、次のように分析している。

まず、ある時点における自己とは、所与的条件としての、一定の歴史的・社会的条件のもとに置かれている。そして、このことを前提とすれば、所与的条件のもとで形成されてきたものとしての自己とは、それと同様に所与的条件のもとで現象してきた他者と向き合い、対峙する、ということになる。それゆえ、「現存在的コミュニケーション」とは、そ

れぞれが所与的条件のもとで生成してきた「自己」と「他者」という、「現存在」と「現存在」との間で交わされる「コミュニケーション」、ということになる。この点は、既に交換・代替可能な「自我点」と「自我点」との間で成立する「コミュニケーション」として検討してきた通りである。しかし、ヤスパースによれば、実は、ここに第一の「不満」がある、とされる。

彼は言う。そうした所与的条件としての歴史的・社会的条件それ自体と、自己との間で展開される「現存在的コミュニケーション」それ自体は、「私自身がそれによって生成する本来的なコミュニケーションのうちにはない」。というのも、そうした状況下においては、「個々人は客観的な伝統のうちにあり、その伝統を私にもたらし、私自身はその伝統のうちで代置されるが、それによって（逆に――菅原注）伝統の客観性そのものは少しも変化されない」からである[32]、と。つまり、「現存在的コミュニケーション」にとどまっているうちは、みずからを取り巻く所与的条件それ自体を問題化し、変革しうるような形態の「コミュニケーション」を展開することができない、そして、みずからとは独立した関係に立つ「伝統の客観性」は些かも微動だにしない、だからここに「不満」が生じてくる、と彼は述べているわけだ。なるほど、人が「現存在的コミュニケーション」のうちにとどまっている限り、客観的なものとしての伝統や、歴史的・社会的条件をめぐる人間の「不満」が解消されることはあり得ないであろう。

第二に、比較的容易に理解されるであろう「不満」として、「私独りであることへの不満」が挙げられている。「私」が「私独りで立つことは私に内在する根源的に真実な衝動である」、とヤスパースは述べる。この議論は承認できるであろう。「私」がもっとも気にかけるのは、やはりどんな場合であっても、「私」自身以外にはいない、というわけだ。しかも、こうした「衝動」の中には、仮に「私にとってコミュニケーションがくだけるときでも」、なお抱かざるを得ないような、自己へと固執する「衝動」を読み取ることができる。むろん、この点を極大化して見ると、単なるエゴイ

ストのように見えなくもない。しかし、ヤスパースは、こうした「衝動」が、再度「コミュニケーションへの意志に転化しないならば、私は虚無のうちへ踏み込む」ことにならざるをえない、そして、「そのとき不満はあたかも私が存在から外へ転落したかのような意識となる」、ということを自覚している。[33] そうした傾向に対しては、一定の警戒を示している。

つまり、「自己」への飽くなき固執と「衝動」をもっているということ、このことこそ、「自己」が「自己」であることの証しになるというわけだが、もしこれが、「コミュニケーションへの意志」へと転化しないのであれば、そのとき待ち受けているのは単なる孤独な「現存在」としての「自己」にすぎない。こう言われているわけだ。だからこそ、ヤスパースは、こうした単なる孤独な「現存在」としての「自己」に対して、人間は必ずや不満を抱かざるをえないし、それを指して、「私独りであることへの不満」が生じると述べたのだ、と理解することができる。

しかし、ヤスパースが言うような、そうした「不満」が生じる可能性を認めるとしても、次のような疑問が生じるかもしれない。それでは、「不満」は、どうすることによって「コミュニケーションへの意志」へと転化していくのか、転化しないとすればそれはなぜか、転化するとすれば、それはどのような要因によって転化するのか。こうしたことが問題になるかもしれない。なぜ「不満」は「コミュニケーション」を志向する「意志」へと転化するのであろうか。

ところが、このような問いは、視点を変えて問い返してみると、「不満」を「コミュニケーションへの意志」へと転化させたものは何なのかといった形で、置き換えることができるであろう。なぜ「不満」が転化したのか、ではなく、「不満」を転化させた要因それ自体に着目し、それを直接的に問おうというわけである。このことについての結論を先取りして答えれば、ヤスパースのなかでは、「不満」が「不満」のままではいられなくなり、「コミュニケーションへの意志」へと転化する原動力として、「愛」が想定されているから、ということになる。ヤスパースによれば、「愛（があるとい

うだけで――菅原注）は、未だコミュニケーションではないが、コミュニケーションを通じて明らかになる、コミュニケーションの源泉である」[34]もの、これが「愛」である、とされている。つまり、「不満」を「コミュニケーションへの意志」へと転化させた要因は「愛」である、というのがヤスパースの答えである。しかし、そうであるとすれば、この「コミュニケーションへの意志」へと転化させる原動力としての「愛」とは何かということが問われねばならないわけだが、ここでは、こうした問題があるということを確認するにとどめ、この点については後述することにしよう。

いずれにせよ、「現存在的コミュニケーション」にとどまることなく――それも、発展的に移行していくという見解を採ることなく――、「実存的コミュニケーション」を人間が求めようとするのはなぜか、という問いを立て、それに対しては「不満」があるからだ、という答えをヤスパースが与えている、ということは明らかである。「実存」を「開明」しようとする際には、「コミュニケーションの不満の経験」を人間が回避することはできないという考えが、ここでは前提になっている。

ともあれ、人間は、こうした「不満」を抱えた存在であることを意識するようになって、はじめて「コミュニケーションへの意志」を持つようになる、とされた。ただ、その場合でも、「コミュニケーション」を遂行するためには、当然に「私」以外の「他者」の存在が不可欠な条件となるだろう。ヤスパースにしたがえば、「私独りであることへの不満」から「コミュニケーションへの意志」が生じるというわけだから、そこで「私」と「他者」とのダイアローグが想定されていることは言うまでもないことである。ただし、注意しておかなければならないこともある。それは、もし、「他者」を「他者」として見出そうとするのではなく、例えば「他我」といった形で自分が自己を投影したものとして他者存在を見出すのであるとすれば、そこに成立するのはダイアローグではなくなる、ということである。このような場合、そ

こで成立しているのは、ダイアローグではない。ダイアローグを装った、モノローグが成立することになる。

たしかにヤスパースは、「私」と「他者」との関係から、ダイアローグを想定しているわけだが、このように、自己と他者存在との関係がどのように位置づけられているかを確認しておくことは、「コミュニケーション」論として、決定的に重要な意味をもっている。その理由は、もし、「コミュニケーション」が、モノローグにとどまるとすれば、「コミュニケーション」論において不可欠とされる他者存在が、「私」にとっては独白を遂行する上で必要とされるにすぎない、単に手段的存在にすぎない、ということになってしまうからである。そして、「他者」として想定されているのがそのような他者存在であるとするならば、それを、「他者」と言うことはできない。それは、先述したように、「私」が「他者」のなかに投影して描いた、いわば「他我」とでも呼ぶべき存在であろう。この意味で、モノローグの特徴は、他者存在を、「他我」として扱い、単なる手段的存在とみなそうとする点にある。したがって、「私独りであることへの不満」を「コミュニケーションへの意志」が生じる要因であるとみなしていたヤスパースが、今述べてきたような「他我」を「コミュニケーション」論において想定していると考えることはできない。

この点について、ヤスパース自身は、「私は私自身の行為のみによってコミュニケーションの意味を獲得するのではなく、そのためにはそれを他人の行為が出迎えねばならない」と述べている。彼にとっての他者存在とは、「われわれ両者は相互承認において、はじめてわれわれ自身となる」ような存在以外に考えることができない。[35] 言うまでもなく、ここでの「相互承認」には、「私」と他者存在とが、互いに手段的存在ではないことを確認し合う、といった意味が含まれている。つまり、「私」にとっては、他者存在が、それ自体として尊厳をもった「他者」として現れてくることが、ここでの前提になっている。それゆえ、「相互承認」を交わすことに失敗したような場合には、「私」が投影した「他我」が現れてくることになるかもしれない。その点では、「相互承認」が失敗する余地も残されているかのように見える。

しかし、こうした事態が生じた場合、ヤスパースにあっては、自己の――「他者」として掴まえてもらえなかった「他我」の側からではなく「他者」を「他者」として掴まえ損ねてしまった自己の――内部から「不満」が湧き上がってくる、と考えられている。少なくともヤスパースの「相互承認」論は、このように読まれるべきである。

こうして見ると、このような、「不満」が、「私独りであることへの不満」にとどまることはない。そうではなく、他者存在が「他我」として現れてくることを拒絶したり、「私」が他者存在を「他者」として掴まえようとする過程を通じて現れたりするのが、ここで表面化してきた他者との関係において現れてくる「不満」の問題ということになる。そして、こうした事情があったから、先に、ヤスパースは、「私」と「他者」との関係からダイアローグを想定しているが、この点こそが、彼の「コミュニケーション」論を捉える上では重要だ、と述べたわけでもある。ヤスパースは、このような「他者」との関係を通じて現れてくる「不満」のことを、「他者への不満」と呼ぶ。

かくして、人間には、「私独りであることへの不満」に加え、拭い去り難い「他者への不満」があるということ、こうした「不満」を「不満」のままで放置することができないような「（実存的――菅原注）コミュニケーションへの衝動」を各人はもっているということ、こうしたことと向き合っていく必要性を、「可能的実存」としての「現存在」である各人に対して、ヤスパースは訴えていると考えられる。そして、こうした「コミュニケーションへの衝動」の原動力となるものが「愛」に他ならない。「愛は…コミュニケーションの源泉である」[36]、と述べた理由もここにある。

また、ヤスパースは、「（実存的――菅原注）コミュニケーションは目的的な悟性の善意志のみによっては明らかに到達され」ることは決してない、と述べる。「自己存在を賭けて」、「自己が自身にとっても他者にとっても決定的な要因であるという意識は、コミュニケーションのための最大の準備にまで駆り立てる」からである。仮に「コミュニケーション」が「目的的な悟性の善意志のみ」に由来するのであれば、それは、たんに「目的」とそれに適合的な「手段」をめ

ぐる、「現存在」と「現存在」とによって交わされる「現存在的コミュニケーション」であるにすぎない。それゆえ、そこに見出されるダイアローグの相手とは、「他者」ではなく、自己によって構成された「他我」ということになる。つまり、ここでの「他我」とは、交換・代替可能な「自我点」ということになる。それに対して、「実存的コミュニケーション」とは、「自己が自身にとっても他者にとっても決定的な要因であるという意識」をもつことによってのみ、「自己存在を賭けてのみ到達される」ものである。こうしたことから、「本来的なコミュニケーション（実存的コミュニケーション――菅原注）を回避しようとすることは、私の自己存在の放棄を意味する」ことにさえなりかねない(37)。

ヤスパースによれば、「本来的なコミュニケーション」へと向かう「衝動」や「意志」をもたないということは、他者存在はもちろんのこと、何よりも「自己存在の放棄を意味する」。「不満」を抱えた状態に甘んじ、みずからが「不満」を抱えた存在であることに追随するような存在のあり方は、ヤスパースにとって、自己存在の放棄以外の何物でもない。

しかし、ひとたび、「愛」を原動力としながら、「コミュニケーションへの衝動」や「コミュニケーションへの意志」を抱いたのであれば、「個人意識」が全体の「普遍意識」と合致している「自我一般」や、交換・代替可能な「自我点」にとどまることで、満足するようなことはありえない。そのとき、人は、「他者への不満」をもつことによって「不満」を克服するための「コミュニケーション」を遂行し、そうすることによって本来的な意味での「私自身」へ立ち返ろうとする。

したがって、「コミュニケーション」を遂行し、「実存」を「開明」しようとする際に、「根源」となるのは、先述した「私独りであることへの不満」と、「他者」に対する共存在性と相互承認性をめぐって生じる「他者への不満」である。そして、そうした「不満」が「コミュニケーションへの衝動」や「コミュニケーションへの意志」へと転化する際に、原動力として働くのが「愛」、ということになる。その意味で、「愛」とは、「コミュニケーション」の源泉である。「愛」

がなければ、「不満」が「コミュニケーション」へと転化することはない。また、仮に、「コミュニケーション」が欠落してしまうとすれば、「愛」が現れてくることはないし、人間は、本来的な意味での「私自身」になる機会を奪われてしまう。ヤスパースであれば、このように言うはずだし、実際、彼は次のように述べている。

「コミュニケーションは私の可能的な自己存在の深みから、他人のうちにある同じ可能性から話しかけられて要求されるものであり、このコミュニケーションにおいて私は、そのつどの唯一の他者と共に、私がそれであるものとなる」のであって、そうであるからこそ、「われわれ両者は相互承認においてはじめてわれわれ自身となる」[38]

ともあれ、「実存的コミュニケーション」の理論的背景としては、かような意味での「他者への不満」があったわけだが、こうした考え方にも限界がないわけではない。「コミュニケーション」の現代的用語法にしたがえば、かなり意外な感じもするが、ヤスパースは、「できるだけ多くの人々とコミュニケーションをもとうとすれば、私はきっとコミュニケーションを破壊してしまう」[39]ことになる、とも述べているからである。もし、これを文字通りに理解したとすれば、「コミュニケーション」とは、不特定多数の人々に対して、決して普遍的には開かれていない、非寛容な関係構成のあり方として、映ずることがあるかもしれない。一般的に、「できるだけ多くの人々とコミュニケーションをもとうとする」方が、「コミュニケーション」としては開かれたものであり、寛容な関係構成の現れとして、受け止められるように思われるからである。

しかし、ここでのヤスパースの真意は、次の点にあったと見なければならない。すなわち、「すべての人すなわち私に出会う各々の人に正しく適合しようとすれば、私は私の現存在を浅薄さで満たし、空想的で普遍的な可能性のために、

限定されているそのつどの唯一の歴史的可能性を断念することになる」、という点に彼の真意はあった。それゆえ、「できるだけ多くの人々」が対象であるかどうかは、「実存的コミュニケーション」にとって、重要な問題としてみなされていない。逆に、いくら「実存的コミュニケーション」を真摯に志向したとしても、決して「すべての人間をコミュニケーションの友として獲得することはできない」ことは認めなければならない(40)。たしかに、「コミュニケーション」とは、「そのつどの唯一の他者と共に、私がそれであるものとなる」よう誘うものだが、決してそれだけで万能というわけでもない。すべての人々と「コミュニケーション」を行うことができないというのは、「コミュニケーション」が「コミュニケーション」であるがゆえにもつ、内在的な限界を示したものである、と。

要するに、ヤスパースは、「すべての人間をコミュニケーションの友として獲得する」ようなことなど、不可能であるばかりか不誠実なことであって、そうした不誠実は到底、許されるべきものではない、と見たわけである。そして、現実的に不可能であるという点のみならず、不誠実でさえあるという点を重視した。だからこそ、「できるだけ多くの人々とコミュニケーションをもとうとすれば、私はきっとコミュニケーションを破壊してしまう」ことになる、とヤスパースは見ていた。このように理解すべきであろう。

また、「コミュニケーション」の結果、「友」として「同意」できない場合があったとしても、そのことと、「友」を「友」として「理解」するということとは、まったく別の問題であるということを、ヤスパースはハッキリと区別していた。ここから想起されるのは、「価値討議」論のなかで、ウェーバー(41)が「たんに理解するところからこれに同意するところまで道は通じていない」ことに注意を喚起していたことである。実際、ウェーバーのこの議論と呼応し合うかのように、ヤスパースも、「実存的コミュニケーション」が「可能的なもの」として成立しうる地平としての「現存在」においては、「了解可能なもの」と「了解しがたいもの」とを区別するように注意を促しているわけだが、それは、こうした問題と

かかわっていたからである。

ヤスパースによれば、「現存在」においては、とりわけ「了解しがたいもの」の場所と、その根源とが問題になるとされる。彼は述べる。「従順なる（馴致されたという意――菅原注）現存在」にとっては、「了解しがたいものは…神の客観的に固定された啓示のうちか、あるいはマルクス主義のような世界像の権威的な正当性のうちかにある」のに対し、「哲学する現存在」にとっては、「了解しがたいものは…事実的に相互に出会う人間の自己存在の現実のうちに」ある、と。つまり、「馴致された現存在」では、「了解しがたいもの」が客観的・普遍的な「啓示」や「権威的な正当性」のうちにあるのに対し、「哲学する現存在」においては、「人間の自己存在」という「現実」のうちに進み、自己の全力を傾けてそれを見出そうとする(42)。

したがって、ヤスパースは、現実の「了解しがたいもの」のうちに「実存的コミュニケーション」への契機を見出しうると考えていたと言ってもよく、逆に、「了解可能なもの」の意義については次のように述べるにとどまった。

> 「了解可能なものは実は了解しがたいもののうちにある共同体のための媒介であり、了解しがたいものを明晰化の無限の過程へもたらすものである。…だから、単に了解可能なものが主要関心事となれば、…万事が水のように透明に合理化されるならば、共同体としてのコミュニケーションは消失する」(43)と。

ちなみに言うと、「実存」と「実存」との関係では、神に媒介されたものとしての「隣人愛」の精神が否定されることになる。というのも、ヤスパースにとって、「隣人愛はその支えを神性に対する私の非現世的な愛か、あるいは人類の使命に対する合理的ではあるが了解しがたい不明瞭な意識のうちにある」以上、「コミュニケーションのうちに自己

存在を獲得するために常に新たに孤独を敢行するか、あるいは或る他の存在のうちで自己を放棄するか」しか残されていないからである。(44)

いずれにせよ、以上が、「実存的コミュニケーション」の背景と意義である。今一度、ウェーバーの「価値討議」論との関係に引きつけ直して言えば、「現存在的コミュニケーション」と「実存的コミュニケーション」をめぐる議論には、ウェーバーが「価値討議」で用いていた〈技術的批判〉や〈価値論理的批判〉をめぐる問題と通底している様相を看取することができる。また、「実存的コミュニケーション」を「現存在的コミュニケーション」の発展・進化版として捉えるのではなく、双方が互いにそれぞれを限界づけていると考えることによって、「実存的コミュニケーション」と「現存在的コミュニケーション」の双方を実体化することなく、むしろ人間が「コミュニケーション」を遂行しようとする際に現象してくる様相として、捉え返すことができるようになる。そして、この点に、ヤスパースの「実存哲学」の真意はあった。

さらに、こうして見ると、「不満」の問題を、「コミュニケーション」への「衝動」や「意志」をめぐる人間の内的動機づけの問題として、捉え返すことも可能になる。それゆえ、人間の心的状態や主観を、ただありのままに受け取ることによって、その現れを極端に重視しようとした、いわゆる「生」の哲学の嫡出子といった批判――むろん、こうした批判が立脚している「生」の哲学が、それ自体としては妥当である場合であるが――は、ヤスパースの「実存哲学」と無縁である。むしろ、ヤスパースは、「コミュニケーション」への「衝動」や「意志」といった心的状態や主観を「不満」の問題として捉えて構成し、「愛」を原動力とした「コミュニケーション」を遂行していくプロセスの中で、つまりは「コミュニケーション」のなかで「生」は問題化していくべきだし、問題化することができる、と考えていたからである。

ただし、「他者への不満」を「コミュニケーションへの意志」についての内的動機づけの問題として捉えると言うの

であれば、それでも、なお「コミュニケーション」が成立するのはなぜか、もし、成立するとすれば、それはどういう形態をとるのかといった先述した問題をあらためて検討していく必要がある、ということになる。現時点で、差し当たり、この問いに答えておくとすれば、それは、ヤスパースにとっての「実存」のうちに、「不満」の問題を「コミュニケーション」への「衝動」や「意志」をめぐる人間の内的動機づけの問題として捉え返していくような、何らかの規範意識を形成し共有していく可能性が含まれているからである[45]、ということになるだろう。

ともあれ、ヤスパースの「実存的コミュニケーション」には、以上のような背景と意義とがあった。そして、当のヤスパースは、「すべての人すなわち私に出会う各々の人に正しく適合しようとすれば、私は私の現存在を浅薄さで満たし、空想的で普遍的な可能性のために、限定されているそのつどの唯一の歴史的可能性を断念することになる[46]」、と言っていた。また、「できるだけ多くの人々とコミュニケーションをもとうとすれば、私はきっとコミュニケーションを破壊してしまう[47]」ことになる、とも言っていた。結論としては、誰にでも妥当するような普遍的な「コミュニケーション」をヤスパースは否定していることになるわけだが、そうであるとすれば、そこでは、「コミュニケーション」において生じるコンフリクトが問題化してくることになる。そこで、次にこの「コミュニケーション」において発生するコンフリクトの問題と取り組むことにしよう。

第四款　「コミュニケーション」としての「討議」と「愛しながらの闘い」

ヤスパースは、なぜ「コミュニケーション」が成立すると考えたのか。もし、「コミュニケーション」が現象してくるとすれば、それはいかなる形態においてなのか。「できるだけ多くの人々とコミュニケーションをもとうとすれば、

私はきっとコミュニケーションを破壊してしまう」[48]ということの真意については、先般、「コミュニケーション」において生じるコンフリクトの問題が関連している、ということを示唆しておいた。そこで、以下では、「コミュニケーション」におけるコンフリクトの問題にかんするヤスパースの所論を検討し、その意義を吟味することにしたい。

ここまでは、まず、科学と哲学をめぐる問題に着目することによって、ヤスパースの「コミュニケーション」論がウェーバーの価値相対主義的思考と深くかかわりながら形成されてきたものである、ということを明らかにしてきた。そして、ヤスパースの価値思考とは、「現存在的コミュニケーション」と「実存的コミュニケーション」とに分節化されていることを確認し、「現存在」と「実存」と次元を異にする「コミュニケーション」の様相について検討を重ねてきた。そこで、次に、ヤスパースが、一連の問題が「価値判断の討議という標題ではじまった」[49]と述べていたことを想起し、「コミュニケーション」の現れとしての「討議」と、「コミュニケーション」の形態として現れてくる「愛しながらの闘い」の問題を検討することにしよう。そして、そのことを通じて「コミュニケーション」論におけるコンフリクトの問題を吟味していくことにしたい。

ヤスパースにしたがえば、われわれが「討議」を行うのは「事物に関する理解のため」である、とされる。そして「政治的交渉においては、究極的目標が特定意志を決定することであるのに対し、事物に関する討議は、妥当な内容を理解したり発見したりすることに向けられている」[50]、と言う。つまり、ここでの彼は、「政治的交渉」と「討議」とを区別しているわけだが、まずは、この点に注意しておくことにしよう。ヤスパースにとって、「討議」とは決して単なる「政治的交渉」ではなく、「本来的なコミュニケーション（実存的コミュニケーション――菅原注）の手段」としても考えられていたからである。そして同時に、「自己の信念と意欲との意味を明らかにする」という意味では、「実存的コミュ

ニケーション」と直接的にかかわってくるからである。

ところで、このように「政治的交渉」と区別された「討議」は、「対話のうちにのみ存する」[51]、とも言われている。それゆえ、「討議」とは、原初的共同性が維持されている「明白で疑いのない共同体」において成立するようなものではない。「明白で疑いのない共同体」であれば、「対話」は不要とされているからである。したがって、「討議」とは、「現存在」や「実存」の次元における「コミュニケーション」を通じて現れてくる営為として、見なければならない。その意味で、「討議」とは、「妥当な内容を理解したり発見したりする」のを助けるが、それはあくまでも「事物に関する理解のため」に行われるので、「発見」や「理解」を必要としない「明白で疑いのない共同体」においては、当然「対話」を行う必要性が生じてこない。こうしたことから、「討議」であることのメルクマールは、それが対話的性格をもつか否か、という点にかかっている。

しかし、ヤスパースによれば、「討議」とは対話的性格をもつと同時に、「闘争」の契機をもたらすものである、とも言われている。その理由は、ヤスパースにとって、「討議」から引き出される「どの原理もそれ自体においては絶対的ではなく、合理的なものとして単に暫定的な終結」にすぎないと考えられているからである。「討議」の成果が「絶対的ではなく、合理的なものとして単に暫定的な終結」といったものにすぎないとすれば、確かに、そうした「単に暫定的な終結」の妥当性をめぐって「闘争」が勃発する、と考えるのも不思議ではない。ところが、ヤスパースの「討議」論では、「闘争」それ自体が「決定的不一致こそは実存的分裂ではなく、相互を結びつける問題」として捉えられている点で、特徴をもっている。[52]

さて、ここでのヤスパースの主張のポイントを理解するために、先に彼が「了解可能なもの」と「了解しがたいもの」とを区別していたことを想起しておこう。そこでは、「馴致された現存在」の場合と異なって、「哲学する現存在」にとっ

て、「了解しがたいものは…事実的に相互に出会う人間の自己存在の現実のうちに」ある、と考えられていた。つまり、「馴致された現存在」にとっての「了解しがたいもの」は、客観的・普遍的な「啓示」や「権威的な正当性」のうちにあったわけだが、「哲学する現存在」においては、「人間の自己存在」という「現実」のうちへ分け入っていく、と考えられていた。[53] そして、その際に、自己の全力を傾けてそれを見出そうとする契機をなすものが「了解しがたいもの」であった。

したがって、自己の全力を傾けて「了解しがたいもの」への理解を求め、それを「コミュニケーション」的に展開しようとする場合、「コミュニケーション」は、闘争的性格を帯びることを免れることができない。しかし、このように「コミュニケーション」を捉えると、それは、むしろ、闘争を煽るようなものとして理解されることになるかもしれない。「討議」を行うということには常に闘争の契機が存するという事態を、積極的に評価しているように見えなくもないからである。ただ、ここでは、そのように結論づけてしまう前に、「価値討議」をめぐって、ウェーバーが次のように論じていたことに留意しておくことにしよう。

> 「価値討議」を行った結果、コンセンサスというものは、「各々のとる立場の「方向がまったく逆であるため」獲得できないか、「〔価値〕討議に含まれている少なくとも外見上は「相対化」する作用によってむしろ遠のいてしまうこと」はよくある。しかし、「遠のくくらいならそういう討議はさけるべき」ということにはならない。[54]

ここでのウェーバーは、「価値討議」によってコンセンサスが「遠のいてしまう」かもしれないこと、「価値討議」には「闘争」の勃発する契機があるということを、積極的に承認している。また、単に承認するだけではなく、そうした

「闘争」の契機をもつからといって「討議」を避けるべきではないとも述べている。たしかに、「討議」によって「了解しがたいもの」が浮き彫りになり、その結果としてコンセンサスを得られないことはありうる。また、「討議」には「闘争」の契機がある。しかし、だからといって、「討議」を避けるべきではない、というのがウェーバーの主張であった。だが、そうであるとすれば、ヤスパースにとっての「討議」の方法や意義との関係は、いかなるものになるだろうか。少々長いが、必要最小限の補足をしながら、具体的に見ておくことにしよう。

「討議は本来的なコミュニケーションの手段であるが、まだ（単にそれだけをもってしても――菅原注）そのコミュニケーションの実現ではない（実現であるとはいえない――菅原注）。（現存在としての――菅原注）可能的実存は、自己の信念と意欲との意味を明らかにするために討議に入る。討議する者は両方とも、自分たちが本来何を考えているかをまだ知らない。彼らはその討議において、あの根源、すなわちそこにおいて彼らが一致したり一致しなかったりするところの、…根源に到達しようと努める。けれども、それらの原理は彼らにとって直ちに相対的となる。…もし実存的結合における信頼の意識が他の根源からして既に強力になっているならば、そのときには討議のこの形式は一つの自己存在の他の自己存在との絶え間なき哲学的開明への道である。(55)」

このことは、次のようにも言い換えられている。

「或る目標を立てようとする意志は、いかなる（科学的な――菅原注）知識からも、正当なものとしては導き出されない。けれども、誠実な理性的存在としての人間の意志は盲目ではないから、この意志は討議における思考を通

じていっそうはっきりしてくることもありうる。さらに討議は変化していくだろう。討議している二人は、もともと自分たちが何を欲しているかについて、自分でもいっそう明らかになるだろう。両者は、それぞれ相手の語ったことを、いわゆる《究極の立場》に帰着させようとし、君はそれを本当に欲しているのかという問いで、帰結を示そうとする。」(56)

ここには、ウェーバーが〈技術的批判〉と〈価値論理的批判〉に立脚しながら「価値討議」として描いていた構想を、「コミュニケーション」としての「討議」と読み替えた上で、ヤスパースにおいても同様の方向性が志向されていることが示されている。〈技術的批判〉と〈価値論理的批判〉によって、ウェーバーは、「価値討議」を行う前に当事者たちによって当初は誤解されていたような問題が明らかになり、それぞれの「究極的価値」を反省的に捉え返そうとすることが可能になるとみていた。それに対して、ここでのヤスパースが「コミュニケーション」としての「討議」として展開している論述は、ウェーバーが「価値討議」に対して示した思考と何ら変わるところはない。

ヤスパースにおいては、「討議」を進めていく当事者たちが、「心理に対する共通の意志」を相互に持ちあわせている場合に限り、「避けることのできない戦いの場にたどりつくことができる」、と考えられている。(57)そして、「彼らは、かかる戦いの場であるという点において一致をみる」ようになる、とも言われている。つまり、このようなプロセスを経ることによって、当事者の志向や信念を明らかにすることができるのであって、反省的に問題を捉え返して行くこともできるようになる、という見通しをヤスパースは抱いていた。そして、その前提として位置づけられていたのが「闘争」の契機である。ヤスパースが言うような「討議」にとっても、ウェーバーの「価値討議」の場合がそうであったのと同様に、「実存的分裂ではなく、相互を結びつける」契機としての「闘争」が重視されていた、ということである。

では、「闘争」は、いかにして「実存的分裂ではなく、相互を結びつける」契機として作用するのだろうか。

ヤスパースは、「闘争」の局面において「現存在」を限界づけているものとしては、「暴力をともなった闘い」を考えていた。「現存在」は、みずからをも破壊しかねない「暴力をともなった闘い」の問題を回避することができない。ヤスパースにとって、「暴力をともなった闘い」とは、「強制し、制限し、抑圧するという働きをする」一切の闘いを意味する。したがって、「現存在が暴力をともなった闘いに固く結びつけられたものであるということは、じつは乗り越えられないどうにもならない（現存在にとっての――菅原注）限界状況」である、とされていた(58)。

しかし、もし仮に、こうした「限界状況」に置かれていることから目を背け、「闘争」を回避しようとするのであれば、それは、次のような二つの方法によって可能になる、とも言われていた。第一に、「闘いの無い現存在を実現しようとする道を歩む」といったユートピアを志向する方法。そして第二に、「闘いを、ただ闘いというだけで肯定する」という方法、がそれである。この点について、ヤスパースは、仮に、前者の可能性を追求するのであれば、福音書を紐解いてみればよいと言う。「暴力をともなった闘い」に直面したとしても、福音書の中では、さも「暴力をともなった闘い」などが生じていないかのように振舞うこと――右の頬をぶたれたら左の頬を向けよ、といった無抵抗主義的な振る舞い――が要求されているからである。そして、後者については、既にソフィストたちのような、支配者たろうとする「権力欲」に溺れた者によって追求された経験があったと言う。そこで念頭にあるのはソフィストたちが、「闘いを、ただ闘いというだけで肯定する」ことによって、自らの価値の位階の大きさを手中に収めた権力の大きさによって測ろうとしたことである(59)。むろん、ヤスパースの目から見れば、これら、いずれもが、「錯覚」に陥っているにすぎない。

かくして、彼は言う。「前者の場合、そうした道程において生がおよそ可能になると思われているところに、錯覚があり、後者の場合には、闘うことそのものの中にすでにもうそれだけで内実があると思いこまれているところに、錯覚

がある」[60]、と。

しかし、ヤスパースは、「現存在」を「可能的実存」として捉えなければならない、とも述べていた。「現存在」は、「可能的実存」として、「その開示過程において自己を明白にしながら自己をなお創造する」。また、「コミュニケーションにおいて私は他者と共に私に開示される」ので、「実存的開示によって経験的な現存在としての私が何であるかのみならず、私自身が何であるかが世界内で明らかになる」可能性も闘争の仕方しだいによっては顕現してくる、と考えていた。それゆえ、ヤスパースは、「闘いということがもつ二つの本質的に異なった様式」を考えていたことになる。つまり、「闘い」には、第一に「暴力をともなった闘い」という側面があると同時に、第二に「他者と共に私に開示される」ような「闘い」のあり方もありうる、と考えていた[61]。

以上のことから、「コミュニケーション」としての「討議」は、「了解しがたいもの」をめぐって始まる、と考えられていたことがわかる。「討議」には「闘争」の契機があるので、「了解しがたいもの」に対する理解をめぐっては、「暴力をともなった闘い」として「現存在」に現象してくることもある。だが、ヤスパースによれば、「暴力をともなった闘い」が勃発するのは、「闘争」それ自体に問題の根源があるからではない。そうではなく、暴力が出現するという事態は、「現存在」における「乗り越えられないどうにもならない（現存在にとっての――菅原注）限界状況」に由来する問題である以上、むしろ、引き受けられるべき課題であった。

しかしながら、それでもなお、「暴力をともなった闘い」とは別に、「闘争」には、自己と他者とが「コミュニケーション」によって、自己自身と他者自身とが世界でどのような存在であるかを示すといった「開示過程」を現す機能があるということ。一見すると、「暴力をともなった闘い」のみに目を奪われてしまいがちな「闘争」には、このような第二の側面があるということにヤスパースは注目していたわけである。「コミュニケーション」論としての「闘争」という

ことを論じるうえでは、このことが強調されなければならないだろう。

さて、そうした第二の「闘争」ということで、ヤスパースはどのような「闘争」を考えていたのだろうか、という問いに戻ろう。彼は、それが「愛しながらの闘い」以外には考えられないと言う。

もちろん、「私は個別者として自分だけでは開示されることもないし現実的でもない」が、「コミュニケーションにおいて開示されることの過程は、闘いであると同時に愛であるような、あの、他と比較しようのない闘い」、すなわち「愛しながらの闘い」を引き起こさずにはいない。[62] したがって、このような「愛しながらの闘い」とは「実存」のための闘いにほかならない。

ヤスパースにとっては、「自己の信念と意欲との意味を明らかにする」ことを可能とする「討議」における闘いとは、こうした「愛しながらの闘い」のほかに考えることができない。

「愛しながらの闘いは、根源と終極における究極的な隠された意味をめざすものではあるが、しかしそのためには、その闘いは、そのつどの当座の状況や目的の中を動き、したがって具体的に現前することがらに即して行われる」ものだからである。したがって、「愛しながらの闘いが成功するのは、ただ、完全に暴力を排した場合にだけで」、いかなる実力行使を持ち込むことによっても、[63] たとえば「知的な優越とかあるいは暗示的効果が働くだけでも、（意味上――菅原注）停止してしまう」。

以上のように、「現存在的コミュニケーション」において生じる「闘い」と、「実存的コミュニケーション」に向けて生じる「闘い」とは、「暴力をともなった闘い」と「愛しながらの闘い」とにそれぞれ対応している。そして、同時に、それぞれが相互に限界づけ合っている。ヤスパースは、第二の「闘争」――「実存」をめぐる「愛しながらの闘い」――が、徹底的な公明さを求め、あらゆる権力と優越感を排除し、他者の自己存在と自分の自己存在とを同等に取り扱うことを、その内在的条件として含んでいる、と考えていた。したがって、「闘い」が愛しながら行われる際には、「愛」を通じて、そこには「連帯性」と「同等性」を見出すことができる、とヤスパースは言う。

「連帯性」とは、「（コミュニケーションに入るという意味での――菅原注）冒険を引き受け、それを共通のものとし、結果に対しては共に関与するから、自己を問いの対象とするあの徹底性をはじめて可能にする」ことで生じてくる、とされる。そして、「同等性」とは、「技術的な闘争手段（知識や知能や記憶力や疲労度）の差異にもかかわらず、いっさいの力を相互に出し合うことによって」成立するものとして考えられている。「コミュニケーション」においては、「闘いは同等の水準で行われるから、闘いそのもののうちには既に承認があり、設問のうちには既に肯定がある」。それゆえ、「実存的コミュニケーションにおいてはきわめて激しい闘いのうちに、まさに連帯性が顕現される」[64]、と言うわけである。

しかし、それでは、圧倒的な力量差――非暴力的な意味での力量差――が当事者間において既に存在するような場合に、ハンディ・キャップのような是正措置を取ることをヤスパースは認めないのだろうか。たしかに、当事者双方が「コミュニケーション」に入るという意味での「冒険」に入る、ということを了承し合っているとすれば、そこには、少なくとも「冒険」に入るという意味での形式的な合意が存在しているように見える。このような場合に、当事者間で「同等性」は満たされていると言えるのだろうか。明らかに力量差があることを確認しえた場合であっても、「いっさいの

力を相互に出し合うこと」が要求される、とヤスパースは言うのだろうか。

極端に言えば、どんな状況でも、徹底的に相手を打ちのめさねばならないということをヤスパースは要求し、そうした文字通り精神的にも肉体的にも消耗を強いられるような「激しい闘い」を通じてでないと、「連帯性」は形成されえないと言うのだろうか。あるいは、単に表面的に、「激しい闘い」を行っているかのようにさえ見えれば、それでもって「連帯性」が顕現していると言うのだろうか。こうした問いが疑問として生じるかもしれない。

結論から言えば、ヤスパースがそうした極論を要求していたわけではない。彼は、「有益な討議が成り立つためには、つぎのような前提が必要である」[65]、と考えていた。

すなわち、

「討議している二人は、ともに知ることを欲している。両者は明白な事実をみとめるとともに、もろもろの矛盾を認める。両者はおたがいに耳を傾ける。両者はおたがいに忌避しないことを欲する。しかも両者は、対立のなかで、それぞれの自分の究極的な目標が明らかになることを欲する」[66]こと、このことが必要である。

なるほど、このような「前提」があったならば、ヤスパースにおける「討議」としての「闘争」が理想的にすぎるとの批判は、的外れであったかもしれない。ただ、このように言ったからといって、そのことだけで、必ず「討議」が成功するとは限らない。実際、ヤスパースは「討議」が失敗に帰する場合についての考察を行っている。それによると、「討議」が失敗に帰するのは、コミュニケーションに入るという意味での「冒険」の当事者になろうとしない、といった場合である。例えば、当事者たちが、自己が明らかにされていく過程としての、闘うことが前提になっている「コミュニ

ケーション」を忌避したり、互いの声に耳を傾けようとしない場合が考えられる。そこでは、「コミュニケーション」における「同等性」が問題になる。

ヤスパースによれば、「同等の権利がどこまでみとめられるかは、うまく行っている討議において、それらの意見をくりひろげ、進展させることによって、はじめて明らかになる」のであって、「（理性的存在としてのわれわれによって発せられるのとは異なった――菅原注）たんなる意見としてのかぎりにおける任意の意見に、同等の権利を与えることは、何ら意味をもたない」、とされている。例えば、「生活上の利害」に立脚した意見や、「独善的に自説に固執すること」によって導かれた意見、あるいは、「空疎な決まり文句」などが、そうした「任意の意見」として考えられている。(67)

こうした、「たんなる意見」や「任意の意見」は、自己が「コミュニケーション」のなかで開示されて露わになることを怖れる者――「私独りであることへの不満」を隠蔽する者――や、他者存在との間で真摯な「コミュニケーションへの意志」を持とうとしない者――「他者への不満」を見出せない者――によって、主張されることがある。むろん、「不満」を感得しえない者に、「コミュニケーション」のセンスが欠如していると言うわけではない。ただ、「不満」を感得しえない者には、「討議」としての「コミュニケーション」、それも「実存」と「実存」との間で展開されるべき「実存的コミュニケーション」の成立可能性にかかわる主観的条件が欠如していると言わざるを得ない。というのも、そうした場合であっても、「暴力をともなった闘い」に対しても含みを残す、「現存在的コミュニケーション」が現前してくることは、十分にありうるからである。

では、なぜ、ヤスパースは「実存的コミュニケーション」をここまで規範的に捉えようとするのだろうか。しかも、彼の「実存哲学」において、「現存在」には重要な意義が認められていたにもかかわらず、である。

この点、ヤスパースは、「闘いながらのコミュニケーションが、時間的現象の中ではつねに未完結である」ことに注

意を促していた。時間的現象として「コミュニケーション」を捉え、「他人と私自身とを、とことん吟味する」[68]。そうした行為を展開することによって、「コミュニケーション」の当事者たちには、「コミュニケーション」の展開に応じた自己の意見の修正が認められるようになるし、それと同時に、他者の意見を修正するよう、異議申し立てをすることも認められるようになる。結果として、当初設定された問題を意味転換していく可能性が、双方に対して等しく間主観的に開かれてくることになる。そして、「コミュニケーション」のこうした働きがヤスパースの議論を理解する上では決定的に重要となる。

その理由は次のとおりである。「現存在的コミュニケーション」ではなく、「実存的コミュニケーション」を進めていくことによってのみ、一連の開示過程が示される、とヤスパースは考えていたが、「コミュニケーション」においては、開示過程を通じて「同等性」が形成され、「連帯性」が顕現してくるのであって、はじめから「同等性」や「連帯性」が客観的条件として、あるいは所与の条件として保障されているわけではないからである。ヤスパースは、自己の「コミュニケーション」論について、「他人と私とのうちに実存（現存在ではない点に注意されたい――菅原注）の可能性を疑いなしに前提する連帯性の根拠の上にのみ、可能である」[69]（強調菅原）と考えていた。それゆえ、「コミュニケーション」が、むやみに「闘争」を起こそうとする者に対して口実を与えるといったようなものでないことは明らかである。そして、こうした事態を見据えていたからこそ、ヤスパースは、「コミュニケーション」として「討議」を行うということは「闘争」であると同時に「対話」を行うことである、と言うことができた。つまり「コミュニケーション」においては、「同等性」と「連帯性」が基底的な条件をなしているのであって、「愛しながらの闘い」とは、徹底的な公明さを求め、あらゆる権力と優越感を排除することによって成り立つものとして考えられている。そこでは、自分自身にとっての自己存在と、他者にとっての自己存在とを同等に取り扱うことが要請されている。また、自分自身にとっての他者

存在と、他者自身にとっての他者存在とを等しく取り扱うことも要請されている。したがって、こうした「連帯性」や「同等性」は、「闘い」が「暴力をともなった闘い」の中にあるうちは、決して現れてくることがない。

ところで、既に見てきたことだが、ヤスパースによると、「コミュニケーション」を行おうとする内的動機づけを与えるのは、各人における「不満」であり、この「不満」は「コミュニケーションへの意志」へと転化すると考えられていた。そして、その転化する際に原動力として機能するのが「愛」であり、「愛」とは「コミュニケーション」の源泉であると考えられていた。だが、「愛」について論じようとする場合、このような言明が言明のままで留まるのであれば、「愛」という言葉が、単に陳腐な文句の一つであること以上の意味をもつことはない。というのも、ヤスパースにとっての「コミュニケーション」論とは、そもそも、「哲学すること」の条件であり、実践的な「価値判断」をも含めた「討議」のあり方を論じたものだったからである。「哲学すること」とは、決して、客観的に、そして普遍的に妥当するような「真理」の立言を目的とするわけではない。このことを「コミュニケーション」論の出発点としていたからである。

ヤスパースは、「哲学は各人に妥当する真理としてあるのではなく、種々の可能性の混同から立ち還って、自己の本来的なものを見出すためにコミュニケーションのうちにある」[70]、と考えていた。つまり、「哲学は…コミュニケーションのうちにある」というわけである。そして、「コミュニケーション」が不在の状況に置かれた人間は、自己と向き合い、他者と向き合うことを通じて「不満」を感得するに至り、「実存開明」へと向けて行為するようになると考えられていたわけである[71]。かくして、彼は次のように述べる。

「実存開明する陳述は、個別者を普遍的な認識のもとに包摂することによって知に導くのではないから、「私は一

つの実存である」という命題もまた無意味である。…けだし、実存の存在は何ら客観的範疇ではないからである。」(72)

このヤスパースの言葉にしたがえば、「私は一つの実存である」と端的に主張したから「実存」である、ということにはならない。このような一方的な態度表明に、ヤスパースが言うようなダイアローグとしての「コミュニケーション」を見出すことはできない。ここにあるのは、単なる願望の吐露か、よくても自己内対話――モノローグ――の成果として出てきた態度表明である。しかし、それ以上に重要なのは、「実存開明」を志向するにあたって、何らかの「普遍的な認識」のもとで人間を包摂しようとする命題の一切を、ヤスパースが否定している、という点である。つまり、「実存」という何か普遍的に認識可能なものがあって、そのもとで、各人の「実存」が包摂されてしまうわけではない、という主張がここにある。

したがって、「実存開明」していくことを欲するのであれば、「コミュニケーション」を遂行するなかで哲学していくより他にない。ここに、ヤスパースの断固とした「実存」に対する姿勢を窺うことができる。彼にとって、「実存」とは、あくまでも「コミュニケーション」を通じて現れてくる営為として以外に、考えることはできない。

しかし、そうであるとすれば、ヤスパースにとっては、「愛」もまた「実存」と同様に、「客観的範疇」にはなりえないことになる。「愛」は「コミュニケーション」の源泉となるが、それ自体として存在するのではなく、「コミュニケーション」を通じて現れてくるものだからである。

「実存は、コミュニケーションの中でのみ実現されてくるのだが、しかしこのコミュニケーションは、時間を通じて運動するものとして、さまざまな状況の変化の中で行われる。それゆえ、そのつどの状況の中では、その状況の

見通しがたさのために、愛しながらの闘いが生じてくる」[73]

これは、「実存」が現れてくるような「コミュニケーション」のなかで、「愛しながらの闘いが生じてくる」という主張である。だが、「コミュニケーション」のなかで、「愛しながらの闘いが生じてくる」のと同様に、「実存」もまた「愛しながらの闘い」を通じて成立してくる、という主張でもある。

ヤスパースにとって、「愛しながらの闘い」とは、「胸襟を開き合った腹蔵のなさをめぐる闘い」（原文強調）である。つまり、自己にとっても他者にとっても、開かれた存在であろうとする「闘い」である。そして、「実存」とは、まさに「胸襟を開き合った腹蔵のなさをめぐる闘い」としての「愛しながらの闘い」を介して成り立つと考えられている。[74]

このことについて、ヤスパースは次のように述べる。

「この闘い（愛しながらの闘い――菅原注）においては、知られうるものならなんでもすべてが、正確に間違いなく知るという手段を用いて、取り集められる。しかしその闘いの目標は、普遍妥当的な正しさにあるのではなく、現在の状況における真理にある。[75]この真理とは、こうしたコミュニケーションの中で実現される存在の真理にほかならない。」

すなわち、ヤスパースにとって、「愛しながらの闘い」を行う目標とは、普遍妥当的な正しさとしての「実存」を獲得するということではない。そうではなく、「コミュニケーション」を通じて現れてくるような「真理」へと接近することである。だからこそ、この引用文の後で、彼は、「愛しながらの闘い」において、どちらか一方が勝者であるとい

うことなどはありえず、勝利も敗北も「コミュニケーション」を行う当事者双方にある、と述べたわけである。そこでの判定基準は、「胸襟を開いた腹蔵のなさにいたろうとするお互いの共同した努力」[76]であって、「真理」とはそうした「努力」を通じて現れてくる真実性のことである。

したがって、少なくとも、ヤスパースの「コミュニケーション」論における「愛」とは、およそ「慈悲」とか「性愛」といったタイプの「愛」の概念とは無縁である。「闘い」という形態を取らざるをえないものの、そこでは、同等の水準に立ち、「コミュニケーション」を遂行しようとする――「胸襟を開いた腹蔵のなさにいたろうとする」――ことによってのみ現れてくる「愛」が考えられている。ただ、こうして見ると結局のところ「コミュニケーション」論としては、「コミュニケーション」を実践していくなかで垣間見ることができる現象の、部分的な描写として「愛」についての言明を行うことしかできない。このことも確かである。

「実存」と「愛」とは、ともに「客観的範疇」ではありえないという理由は、こうしたヤスパースに固有の「コミュニケーション」と「闘い」の概念に由来していた。それゆえ、ヤスパースにしたがえば、「愛」とは何ぞやということを、「コミュニケーション」から離れて客観的に論じることはできない。また、「愛」を「コミュニケーション」の実践から抽象しようと試みるのであれば、「愛」を分節化しえたとしても、その瞬間から、言明された「愛」は、仮象問題であることに気づかぬままに導出された「答え」と同程度の意味しかもちえない。それゆえ、「実存」をめぐる「コミュニケーション」から独立して、それと無関係に「愛」を論じることは不可能なだけでなく、無意味なことである。仮に、「愛」について何かを語ることができたとしても、そのような「愛」は、ヤスパースが言うような意味での「コミュニケーション」論とは、何の関係もない。

ヤスパースにとって、「愛」とは、当事者双方が親密な理解を築き上げ、無時間的となり、一体化して融け合っていっ

たとしても、それは、「愛しながらの闘い」において瞬間的に現れ、瞬間的に消えていく様相の一断面として捉えられている。つまり、「愛」とは、「実存」をめぐる「コミュニケーション」においてのみ現象するが、決して実体的に捉えて観察したりすることができるような対象物などではない。ヤスパースにとって、「愛しながらの闘い」を通して「実存」の「存在確信」が得られるということは、「現存在」のなかに置かれた「実存」にとって、どうにもならない「限界状況」として考えられていた(77)。

ただ、「闘いながらのコミュニケーション」とは、必ずしも合理的な論証――科学的考察――を必要とするものではないが、まったく合理性が欠落していては、実現できないようなものでもある。また、「愛」があればそれだけで直ちに「闘いながらのコミュニケーション」が可能になるものではないが、さりとて「愛」がなければ「闘いながらのコミュニケーション」を実現できる見込みもない(78)。それゆえ、「闘いながらのコミュニケーション」と「愛」との問題については、「その本質においてみるよりは、それの逸脱の姿を見つめる方が、より簡単にできる(79)」、とヤスパースは述べている。

しかし、彼がこのように言うのは、「闘いながらのコミュニケーションの真の方法を、直接的に、普遍的に、示すことはできない(80)」と考えていたからである。むろん、それは、「愛」や「実存」の場合と同様に、「客観的範疇」として捉えることができないということを裏返した表現であるが、仮に、「闘いながらのコミュニケーション」が現れたとしても、それは必ずや一回限りの、そのつどのものとしてしか把捉できないからでもある。「他者への不満」にかんして、次のようにヤスパースが述べていたことを、再度、引用しておこう。

「コミュニケーションは私の可能的な自己存在の深みから、他人のうちにある同じ可能性から話しかけられて要求されるものであり、このコミュニケーションにおいて私は、そのつどの唯一の他者と共に、私がそれであるものと

なる」のであって、そうであるからこそ、「われわれ両者は相互承認においてはじめてわれわれ自身となる」。(81)

さて、こうしてみると、ヤスパースの「コミュニケーション」論では、「討議」や「愛しながらの闘い」といった観点は、決定的な意味をもっていることがわかる。それは、ウェーバーの「価値討議」論における〈技術的批判〉や〈価値論理的批判〉をも自家薬篭中のものとして取り込んだ上で、さらに哲学的に敷衍したものとして評価することができるだろう。ヤスパースの「コミュニケーション」における「コンフリクト」の問題とは、以上のような事態を指している。また、ヤスパースの価値思考における「コミュニケーション」論の内容と、その特質は以上の通りである。

そこで、次にみるべきは、「愛しながらの闘い」としての「コミュニケーション」論がインプリケートしている理論的な可能性の問題であろう。この問題を探ることによって、いかなる意味で、ヤスパースがウェーバーの「価値討議」論を哲学的に敷衍したといえるのか、この点を明らかにしていくことにしたい。

第三節　「コミュニケーション」論の可能性

前節では、ヤスパースの「コミュニケーション」論について、ウェーバーの価値思考との連続性に配慮しながら、「現存在」と「実存」の観点から整理し、その理論的背景と意義についての考察を行った。その結果、「コミュニケーション」の過程においてはコンフリクトの契機が重視され、「愛しながらの闘い」を繰り広げていく点に、大きな特徴があるということが明らかになった。本節では、そうした作業を通じて得られた知見のもとで、「コミュニケーション」論がもつと思われるであろう「可能性」の問題について検討していくことにしたい。具体的には、ヤスパースにとっての「人

格」の問題を一瞥した後で、「コミュニケーション」論がもつ法思想としての可能性の検討、および「コミュニケーション」論にとって法や正義がもつであろう意義についての検討を行うことにする。

第一款　ヤスパースにおける「人格」

ヤスパースの「コミュニケーション」論の可能性を検討していくにあたって、まずは、彼の議論のなかから「人格」の概念を再構成し、その問題点についての整理をすることから始めたい。その目的は、「コミュニケーション」論を展開しているヤスパースが背景としている人間観についての理解を深めることによって、ヤスパースの価値思考の現れとしての「コミュニケーション」が展開しうる理論的可能性を明らかにする点にある。まずは、ヤスパースが「コミュニケーション」論の中で述べている「私」と「他者」をめぐる議論に注目することから始めよう。

ヤスパースの「コミュニケーション」論における「私」とは、哲学の対象として、「コミュニケーション」論を展開する際の対象として、考察されるようなものではなかった。彼にとって、「実存」とは、「主観性と客観性との両極のうちに現存在として現象するもの」ではあっても、「対象としてどこかに与えられていたり、観察のために基礎的なものとして推論されたりするような或るものの現象ではない」[82]、と考えられていたからである。つまり、「実存」を求めて「哲学する」ことや、「コミュニケーション」を遂行するということのうちにのみ「私」は存在する。このような意味での「私」については、ウェーバーが言うところの、意味ある行為の担い手として想定されていた行為主体――ここでは、「コミュニケーション」を遂行する主体――との関係から捉え返してみることによって、理解が容易になるであろう。もし、「私と他者とがコミュニケーションにおいて相互に依存していること」を「行為」の次元にかかわる問題としてではなく、「対

象」として観察しようとするのであれば、これは、私と他者とを、「現存在」における代替・交換可能な「自我点」として見ていることになる。このことについてヤスパースは、私と他者との関係を考える場合に、「対象的に把握する仕方は、ただ心理学的な、そのような対象的なものとして探求される現存在にのみあてはまる」[83]、と述べていた。

しかし、「私」が「対象的に妥当する」ものとして他者をみる見方を止めるよう促され、そうした見解を理解し得たのならば、次のような考えに至るとも言われている。

> 「私は実存としては他の実存によってのみ存在し、他の実存は私によってのみ存在し、それゆえ実存はそれのみとしては全く存在せず、ただ他の実存とのコミュニケーションによってのみコミュニケーションのうちにのみ存在する」[84]

この点は、前節の最後でも、「愛」と「実存」とについて論じてきたとおりである。そして、こうしたことの背景には、例の「不満」の問題が控えている。そこでは、「私独りであることへの不満」と「他者への不満」から、「私」という「自己」が、「実存的コミュニケーション」を「他者」とともに経験し、「同等性」と「連帯性」を形成していくと考えられていた。

ただし、再三繰り返しているように、このことから、「現存在的コミュニケーション」の意義をヤスパースが軽視していたと見てはならない。また、「現存在」の「コミュニケーション」が「暴力」によって限界づけられているといっても、このことと、原始的共同体でみられた「ナイーヴな現存在」のように、当人の「自己意識」と周囲の「一般意識」とが合致していた場合――「明白で疑いのない共同体」におかれていた場合――とは、明らかにディメンジョンが異なっている。というのも、「現存在」においては、たとえ代替・交換可能な「自我点」ではあるにせよ、人間が「意識一般

の悟性として考えられている」し、この点こそが決定的に重要だったからである。「意識一般の悟性として考えられている」にすぎない人間ではあっても、「目的」と「手段」の範疇」に結びつけられた意味ある行為についての理解を求め、〈技術的批判〉や「現存在的コミュニケーション」を遂行しうる行為主体であることに変わりはない。[85] そのことによって「暴力」をともなう可能性が完全に除去されるわけではないが、必ずや「暴力」の発動が論理的に要請されている、というわけでもない。こうした事情について、ヤスパースは次のように論じている。

「これらの（現存在での――菅原注）コミュニケーションにおいては、私は意識一般の悟性として考えられているにすぎない。しかし、この（意識一般の――菅原注）普遍的合理性の可能性は、私が実存としては、まだとどまっている中間状態であるにすぎない。たしかに、私は理性を通じて私自身であるのではない。しかし、理性がなければ、私は私自身になることができない。」（原文強調）[86]

さて、以上のように、ヤスパースにとっての「私」と「他者」とを把握してみた場合、そこから構成し得るような「人格」とは、いかなるものになるだろうか。ヤスパースが「現存在」と「実存」とを媒介する「コミュニケーション」の現れとして、「討議」を理解しているということについては、既に見てきたとおりである。それゆえ、ヤスパースにおける「人格」とは次のようにまとめることができるであろう。

第一に、そうした「討議」における行為主体としての「人格」を、「私」と「他者」の双方に対して要請していると見ることができる。たしかに、「討議」とは「事物に関する理解のため」のものであり、第一義的には「現存在的コミュニケーション」とかかわっている。このことは、「討議」のこうした側面が、「目的」と「手段」の範疇」に結びつけ

られた意味ある行為の因果的帰属の問題を扱うという点で〈技術的批判〉にかかわっていたことをみれば明らかであろう。しかし同時に、そこには、カント倫理学が要請していたように、自己や他者を単に手段としてではなく常に同時に目的として扱えるような「人格」も要請されていたと考えなければならない。というのも、「討議」には自己以外の「他者」の存在が不可欠だからである。

「不満」についての検討をした際にも指摘したことだが、「私は私自身の行為のみによってコミュニケーションの意味を獲得するのではなく、そのためにはそれを他人の行為が出迎えねばならない」、とヤスパースは述べている。彼にとっては、「われわれ両者は相互承認において、はじめてわれわれ自身となる」わけだから、これが満たされないときには、「他者への不満」によって支配されてしまうことになる[87]、と考えられていた。このことから、ヤスパースが「他者への不満」を考えたのは、カント倫理学に倣って、他者を単に手段としてのみならず常に同時に目的として扱わねばならないと考えていたからだ、と理解することができる。

また、「科学は、人が自分で立てた目標にかんがみて、表向きの手段で何を達成しうるかを教えてくれる」と見ていたことからも、たんなる実存的決断主義者としての「人格」が考えられていたわけではないことが理解される[88]。むしろ、それは、目的と手段、そこから得られる結果と意図せざる副次的結果についての比較考量を行う、科学の客観性や普遍妥当性を重んじる理性的な行為主体に他ならない。それゆえ、科学をまったく無視するか、よくても軽んじるような「実存的決断主義者」になることはありえない。そして、これは、ウェーバーの〈技術的批判〉を遂行する「人格」からも導かれたところの結論でもあった。

さらに、「討議」のなかには「自己の信念と意欲との意味を明らかにする」機能があったことを想起すれば、〈技術的批判〉のみならず〈価値論理的批判〉をも行いうる「人格」が要請されている、とも考えられる。むろん、ヤスパース

の「人格」は「現存在的コミュニケーション」を通じて何らかの決定を下す行為主体として考えられているが、それは、あくまでも、「自己の信念と意欲との意味を明らかにする」ことが前提になっている場合である。それゆえ、ウェーバーにおける「人格」の場合と同様にヤスパースの「人格」は、「討議」によって「独断的絶対主義」や「実存的決断主義」へと転落する危険を回避しながら、次々と移ろう行為局面に応じて主観的条件を調整し直してゆく――反省的なフィードバック的機能を果たす――可能性が十分に備わっていた、と考えられる。

第二に、ヤスパースにおける「人格」は、「討議」によってコンフリクトが起きることを、予め覚悟しているものとして見なされていた。しかも、そこでの「人格」間に「同等性」が認められていたことから、むしろ、抜き差しならぬコンフリクトが生じることは当然の前提として引き受けられていた、と考えられる。むろん、単なる意見という意味での任意の意見とは異なる意見とは異なった、すなわち「たんなる意見としてのかぎりにおける任意の意見」とは異なった、理性的存在としてのわれわれが発する意見と意見これら相互の対立が成立するのは、「コミュニケーション」を通じてである。(89)

このような見解に対して、ウェーバーであれば、「究極の拠りどころとなりうべき立場は、こんにちすべてたがいに調停しがたくまた解決しがたくあい争っている」点に着目し、意味上の闘争としての「神々のあいだの永遠の争い」に活路を見出すであろう。(90) むろん、ウェーバーの「闘争」は広く解されるべき意味上のものだが、ヤスパースの「闘い」も、「現存在」を限界づけている「暴力をともなった闘い」であり「愛しながらの闘い」であった。それゆえ、ウェーバーが言うところの「活き活きとした感受性に富む人々」を、ヤスパースはヤスパースとして自分なりに「私」と「他者」との関係に投げ入れて再構成し、そうした人々の間において形成される「同等性」と「連帯性」に基づくコンフリクトを想定していたわけである。

こうして見ると、ヤスパースの「人格」とは、ウェーバーの「人格」の延長線上に位置するものとして連続していることが確かめられる。ただ、ヤスパースの場合、哲学的には、さらに一歩進んで、人間の相互性をも問題化しようとしていたと言える。その理由は、ヤスパースが、「実存はそれのみとしては全く存在せず、ただ他の実存とのコミュニケーションによってのみコミュニケーションのうちにのみ存在する」[91]、と述べているからである。ヤスパースは、相互性を前提にして成り立つダイアローグを念頭に置いていた、と考えられる。

ウェーバーは、〈価値論理的批判〉について、「諸価値を評価し、選択する」際に、「われわれは、具体的な目的の根底にある、あるいはありうる「理念」を、まず開示し、論理的な連関をたどって展開することにより、かれが意欲し、選択する目的を、その連関と意義とに即して、かれに自覚させることができる」[92]と述べながら、なお、こうした〈価値論理的批判〉を尽くしたとしても、意味上の闘争を消し去ることができないと考えていた。それに対し、ヤスパースは、「現存在」で交わされる「コミュニケーション」――「実存」へと向けられた「コミュニケーション」としての「愛しながらの闘い」――においては、その「開示過程において自己を明白にしながら自己をなお創造する」[93]点があることに着目し、こうした点に「コミュニケーション」の意義を見出そうとしていた。

ヤスパースによると、このような「開示性への意志は、…一見したところ対立したものを内に含んでいる」、つまり、「開示性」への意志には、「現存在」における「あるがままの存在の承認」と「あるがままの存在の否認」とが同時に含まれている[94]。一方では、自己を明らかにする――所与的問題を認識する――とともに、他方では、自己を創造する――所与的問題の克服を志向する――「開示性」という過程を通じて、つまり「愛しながらの闘い」を可能にするような「中間状態」を通じて、ともに「実存」を希求し合うような「人格」を要請しているわけである。

このことは、「コミュニケーション」の中で、「私は他者と共に私に開示される」ので、「実存的開示によって経験的

な現存在としての私が何であるかのみならず、私自身が何であるかが世界内で明らかになる」、という表現を与えられていたとおりである。「コミュニケーションにおいて開示されることの過程は、闘いとして同時に愛であるような、あの独特の闘い」――「愛しながらの闘い」――として現れてくる(95)。「愛しながらの闘い」という、「実存的コミュニケーション」を遂行する「人格」こそ、ヤスパースが最終的に希求していた「人格」である。

第三に、このような「コミュニケーション」の行為主体であり、「愛しながらの闘い」へと至る「開示性への意志」をもった「人格」相互においては、その「闘い」を通じて、「連帯性」と「同等性」が形成されてくる、とされていた。既に検討したように、「闘い」とは、徹底的な公明さを求めてのあらゆる権力と優越感の排除、他者の自己存在と自己の自己存在とを同等に取り扱う、部分的には客観的だが「現存在」特有の観点から理解することのできない、自己献身を通じてなされる闘いである。したがって、「連帯性」と水準の「同等性」とは、「闘いながらのコミュニケーション」としての「愛しながらの闘い」を行っていくうえで欠かすことができない。

ところが、このことを「人格」との関係で再定位してみれば、「同等性」とは、「技術的な闘争手段（知識や知能や記憶力や疲労度）の差異にもかかわらず、いっさいの力を相互に出し合うことによって」成立することになる。そして、「連帯性」とは、自分と他者との相互承認に基づいて繰り広げられる、きわめて激しい闘争のうちに現れてくる。それゆえ、こうした「連帯性」や「同等性」は、自他ともに、「進んで、あからさまに自己を見せつけ、（互いが互いを）問うようにさせる」(96)ような、開かれた「人格」相互において顕現してくる、と考えられている。

したがって、こうしたことから、次のようなことが明らかになる。すなわち、ヤスパースの「コミュニケーション」論における「人格」とは、確かに、ウェーバーの思想の延長線上にあるものと理解すべきだし、ウェーバーの議論を抜きにして考えることはできないが、「愛しながらの闘い」を遂行する自己と「他者」との関係に着目することによって、

ウェーバー以上に、人間としての自己と「他者」に対する省察が加えられていることが理解できるようになる。この点で、「コミュニケーション」における「人格」と「価値討議」における「人格」とを比較してみた場合、少なくとも、自己と他者との関係性から構成し、その理解を深めようとしている意味において、ヤスパースはウェーバーの価値思考を哲学的に敷衍している、と評価することができるようになる。(97)

以上の三点をもって、ヤスパースにおける「人格」の特質と意義としたい。再度まとめておけば、ヤスパースにとっての「人格」とは、第一に自己と他者との間で成り立つ「コミュニケーション」を担う行為主体として考えられている。第二に、そうした「コミュニケーション」を担う行為主体として、「人格」には、コンフリクトを起こす存在であることが前提とされている。しかも、前提とされているだけではなく、ウェーバーの場合と同様に、積極的に肯定されてもいる。第三に、そのようなコンフリクトを起こす「人格」とは、「愛しながらの闘い」へと至る「開示性への意志」をもった「人格」としては、その「闘い」を通じて、「連帯性」と「同等性」が形成されてくる行為主体である。そして、こうした「人格」を背景として、ヤスパースは「コミュニケーション」論を展開していた。こうしたことが明らかになった、と言えるだろう。

では、ヤスパースにおける「人格」をこのように構成しえたとして、彼の「コミュニケーション」論には、いかなる可能性があることになるのだろうか。とりわけ、現代正義論の思想史的背景をなす法思想として、どれだけの可能性をもっていると言えるだろうか。この点が、次の課題となる。そこで、以下、ヤスパースの「コミュニケーション」論が、法思想としてどれだけのポテンシャリティをもっているかを吟味し、整理しておくことにしよう。

（1）K. Jaspers, *Philosophische Autobiographie*, Serie Piper, 1977, S. 34, S. 37（重田英世訳『哲学的自伝』（理想社、一九六五）四六頁、五三頁（以下、本書からの引用は『哲学的自伝』と略記する））。
（2）Jaspers, *ibid*, S. 37（『哲学的自伝』五三頁）。
（3）以上のウェーバーにかんするヤスパースの議論については、K. Jaspers, *Max Weber*, Serie Piper, 1988, S. 94, S. 36, S. 38, S. 45f.（樺俊雄訳『マックス・ウェーバー』（理想社、一九六五）八〇頁、一二六頁、一二九頁、一四一頁）を参照。
（4）K. Jaspers, 'Nachwort (1955) zu meiner 'Philosophie' (1931)', S. XXIV（鈴木三郎訳「私の『哲学』（一九三一年）へのあとがき」（『形而上学』二八五頁））。
（5）K. Jaspers, *Rechenschaft und Ausblick. Reden und Aufsätze*. R. Piper & Co. Verlag, 1951, S. 347（以下、本書からの引用は *RuA* と略記し頁数のみを記す）（草薙正夫訳「私の哲学への道」（ヤスパース協会訳『現代ヨーロッパの精神的課題』創元社、一九四九）二〇一頁（以下、本書からの引用は『精神的課題』と略記し、頁数のみを記す））。
（6）同上。
（7）Jaspers, *ibid*, S. 350（同上書二〇五頁）。
（8）Jaspers, *ibid*, S. 330f.（同上書一七二頁）。
（9）K. Jaspers, 'Philosophische Weltorientierung', in: *Philosophie I*, Julius Springer, 1932, S. 326（以下、本書からの引用は *Phi. I* と略記し頁数のみを記す）（武藤光朗訳『哲学的世界定位』〈哲学Ⅰ〉（創文社、一九六四）三八八頁（以下、本書からの引用は『世界定位』と略記し、頁数のみを記す））。
（10）Jaspers, *ibid*, S. 318（同上書三七七頁）。
（11）Jaspers, *ibid*, S. 319（同上書三七九頁）。
（12）K. Jaspers, *Kleine Schule des Philosophischen Denkens*, Serie Piper, 1974, S. 93.（以下、本書からの引用は *KSP* と略記し、頁数のみを記す）（松浪新三郎訳『哲学の学校』（河出書房新社一九八〇）一五〇－一五一頁（以下本書からの引用は『哲学の学校』と略記し、頁数のみを記す）。
（13）Jaspers, *ibid*, S. 95f.（同上書一五四－一五六頁）。
（14）Jaspers, *RuA*, S. 347（『精神的課題』二〇一頁）。

(15) Jaspers, *KSP*, S. 95（『哲学の学校』一五四頁）。
(16) Jaspers, *Phi. I*, S. XXIV（鈴木三郎訳「私の『哲学』（一九三一年）への あとがき」『形而上学』〈哲学Ⅲ〉（創文社、一九六九）二八五頁（以下、本書からの引用は『形而上学』と略記し、頁数のみを記す））。
(17) Jaspers, *KSP*, S. 96f.（『哲学の学校』一五六頁）。
(18) K. Jaspers, "Existenzerhllung", in : *Philosophie II*, Julius Springer, 1932, S. 36, 33（以下、本書からの引用は *Phi.II* と略記し、頁数のみを記す）K.ヤスパース（小倉志祥・林田新二・渡辺二郎訳）『ヤスパース・マルセル』（中公バックス・世界の名著七五）（中央公論社一九八〇）八七、八四頁（以下、本書からの引用は『世界の名著ヤスパース』と略記し、頁数のみを記す）。
(19) Jaspers, *KSP*, S. 95（『哲学の学校』一五五頁）。
(20) ここでの議論については、Jaspers, *Phi. II*, S. 1（『世界の名著ヤスパース』四九－五〇頁）を参照。
(21) 同上。
(22) Jaspers, *ibid*., S. 51（同上書一〇四頁）。
(23) Jaspers, *ibid*., S. 50 ff.（同上書一〇四－一〇五頁）を参照。
(24) Jaspers, *ibid*., S. 51 f.（同上書一〇五頁）。
(25) Jaspers, *ibid*., S. 51 f.（同上書一〇五頁）。
(26) Jaspers, *ibid*., S. 52（同上書一〇五－一〇六頁）。
(27) Jaspers, *ibid*., S. 52（同上書一〇六頁）。
(28) Jaspers, *ibid*., S. 52（同上書一〇六頁）。
(29) Jaspers, *ibid*., S. 52（同上書一〇五－一〇六頁）。
(30) Jaspers, *ibid*., S. 54 f.（同上書一〇八頁）。
(31) Jaspers, *ibid*., S. 55（同上書一〇九頁）。
(32) Jaspers, *ibid*., S. 56（同上書一〇九－一一〇頁）。
(33) Jaspers, *ibid*., S. 56（同上書一一〇頁）。

(34) Jaspers, *ibid.*, S. 71 （同上書一二六頁）。
(35) Jaspers, *ibid.*, S. 57 （同上書一一一頁）。
(36) Jaspers, *ibid.*, S. 71 （同上書一二六頁）。
(37) Jaspers, *ibid.*, S. 57 f. （同上書一一一－一一二頁）。
(38) Jaspers, *ibid.*, S. 57 （同上書一一〇－一一一頁）。
(39) Jaspers, *ibid.*, S. 60 （同上書一一四頁）。
(40) 同上。
(41) M. Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 3. Aufl., J. C. B. Mohr, 1968, S. 503（以下、本書からの引用は *GWL.* と略記し、頁数のみを記す）（中村貞二訳「社会学・経済学における「価値自由」の意味」（『ウェーバー・社会科学論集』（河出書房、一九八二））三二五頁（以下、本書からの引用は『価値自由』と略記し、頁数のみ記す）。
(42) Jaspers, *Phi. II*, S. 63 （『世界の名著ヤスパース』一一七頁）。
(43) Jaspers, *ibid.*, S. 62 （同上書一一七頁）。
(44) Jaspers, *ibid.*, S. 63 （同上書一一七頁）。もちろん、こうした「隣人愛」理解に基づくことで生じる問題については、ウェーバーの価値思考における「人格」論との関係で興味深い問題も含んでいるが、ここでは、そのような問題があるといったことを確認するにとどめておく。
(45) ヤスパースの「コミュニケーション」を通じて形成されてくる人間の内的動機づけや規範意識形成過程の問題は、「コミュニケーション」の具体的様相を探る上で、極めて興味深い問題だが、ここでこれ以上論じることはできない。他日の重要課題としたい。
(46) Jaspers, *ibid.*, S. 60 （同上書一一四頁）。
(47) Jaspers, *ibid.*, S. 60 （同上書一一四頁）。
(48) 同上。
(49) Jaspers, *KSP*, S. 96f. （『哲学の学校』一五六頁）。
(50) Jaspers, *Phi. II*, S. 100 （『世界の名著ヤスパース』一五六頁）。

(51) Jaspers, *ibid.*, S. 101 (同上書一五八頁)。
(52) Jaspers, *ibid.*, S. 100 (同上書一五七頁)。
(53) Jaspers, *ibid.*, S. 63 (同上書一一七頁)。
(54) Weber, *GWL*, S. 503f. (『価値自由』三一五―三一六頁)。
(55) Jaspers, *Phi.Ⅱ*, S. 100 (『世界の名著ヤスパース』一五六―一五七頁)。
(56) Jaspers, *KSP*, S. 77 (『哲学の学校』一一一―一一二頁)。
(57) 同上。
(58) Jaspers, *Phi.Ⅱ*, S. 235, S. 239 (『世界の名著ヤスパース』三二二頁、三二九頁)。
(59) Jaspers, *ibid.*, S. 237f. (同上書三一六―三一七頁)。
(60) 同上。
(61) Jaspers, *ibid.*, S. 64, 235 (同上書一一八、三二二頁)。
(62) Jaspers, *ibid.*, S. 65 (同上書一一九頁)。
(63) Jaspers, *ibid.*, S. 243 (同上書三三五頁)。
(64) Jaspers, *ibid.*, S. 65ff. (同上書一一〇―一一一頁)。
(65) Jaspers, *KSP*, S. 77f. (『哲学の学校』一一三頁)。
(66) 同上。
(67) Jaspers, *ibid.*, S. 78 (同上書一一三―一一四頁)。
(68) Jaspers, *Phi.Ⅱ*, S. 243ff. (『世界の名著ヤスパース』三三六―三三七頁)。
(69) Jaspers, *ibid.*, S. 243 (同上書三三六頁)。
(70) Jaspers, *ibid.*, S. 22 (同上書七一頁)。
(71) Jaspers, *ibid.*, S. 55 (同上書一〇九頁)。
(72) Jaspers, *ibid.*, S. 22 (同上書七三頁)。
(73) Jaspers, *ibid.*, S. 242 (同上書三三四頁)。

（74）同上。
（75）Jaspers, *ibid.*, S. 243（同上書二三五頁）。
（76）同上。
（77）Jaspers, *ibid.*, S. 242（同上書二三四頁）。なお、斎藤武雄『ヤスパースにおける絶対的意識の構造と展開』（創文社、一九六一）は、「絶対的意識」をヤスパース哲学の全体系を貫く重要な概念として捉え、「愛」とは「実存」の「絶対的意識」のことであり、哲学することの究極の根源であると主張している。
（78）Jaspers, *ibid.*, S. 244（同上書二三七頁）。
（79）Jaspers, *ibid.*, S. 245（同上書二三八頁）。
（80）Jaspers, *ibid.*, S. 246（同上書二三九頁）。
（81）Jaspers, *ibid.*, S. 57（同上書一一〇－一一一頁）。
（82）Jaspers, *ibid.*, S. 1（同上書四九頁）。
（83）Jaspers, *ibid.*, S. 13（同上書六二頁）。
（84）Jaspers, *ibid.*, S. 13（同上書六二頁）。
（85）Jaspers, *ibid.*, S. 52f.（同上書一〇五－一〇六頁）。
（86）Jaspers, *ibid.*, S. 53.（同上書一〇六頁）。
（87）Jaspers, *ibid.*, S. 57（同上書一一一頁）。
（88）Jaspers, *KSP*, S. 95f.（『哲学の学校』一五五－一五六頁）。
（89）Jaspers, *ibid.*, S. 78（同上書一二三－一二四頁）。
（90）Weber, *GWL*, S. 608, S. 507（『尾高邦雄訳『職業としての学問』（岩波文庫、一九八〇）六四頁（以下、本書からの引用は『職業としての学問』と略記し、頁数のみを記す）、『価値自由』三一九頁）。
（91）Jaspers, *Phi. II*, S. 13（同上書六二頁）。
（92）Weber, *GWL*, S150（富永祐治・立野保男訳、折原浩補訳『社会科学と社会政策にかかわる認識の「客観性」』（岩波文庫、一九九八）三三頁（以下、本書からの引用は『客観性』と略し、頁数のみを記す）。

(93) Jaspers, *Phi. II*, S. 65 ff.（『世界の名著ヤスパース』一一八頁）。
(94) Jaspers, *ibid.*, S. 65（同上書一一九頁）。
(95) Jaspers, *ibid.*, S. 64f.（同上書一一八－一一九頁）。
(96) Jaspers, *ibid.*, S. 65（同上書一二〇頁）。
(97) ヤスパースの「人格」は、近代以降の人間と自然にかんする問題についても言及されている点で際立っている。人間は、自然科学を発展させるにしたがって、自然を単なる素材として把握し、加工の対象として見るようになったが、こうした自然観が現代の深刻な地球環境問題を引き起こした遠因の一つであることは疑い得ない。現在、正義が公共的決定の正当性や正統性を問うのであれば、自然とどの様に共存していくことが適切なのかをめぐって、この問題を避けて通ることはできないであろう。近年の倫理学や社会哲学の領域における環境問題に対する注目度の高さも、こうした事態と決して無関係ではない。この点で、ヤスパースは、自然が破壊されるにしたがって同時に自己をも破壊せざるを得ないものとして「人格」を捉えていく一方で、自然を自己の本来的存在、すなわち自己を自然と同一化させようとする態度については厳にこれを戒めている（たとえば、Jaspers, "Metaphysik", in: *Philosophie III*, Julius Springer, 1932, S. 173 ff.（『形而上学』一九七－二〇七頁）を参照）。ただこうした問題について、ウェーバーの「人格」からは、何が言えるのか。少なくとも理論的に導き出せる範囲内で何が言えるのかという点については、あらためて検討しなければならない。

〔付記〕
本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（二〇〇六年九月二五日授与）に補筆したものである。なお、補筆にあたっては、平成一八年度－一九年度科学研究費補助金（若手研究（スタートアップ））による研究成果の一部を取り入れている。

シンポジウム

中国のコミュニティにおける権利保護と市民運動

はしがき
（一）中国のコミュニティにおける権利保護と市民運動
（二）中国の住宅小区を取り巻くアクターの役割及び関係

今井弘道
倪正茂
（李妍淑訳）
伊藤和歌子

はしがき

今井弘道

以下で掲載するのは、本年二月五日に北海道大学大学院法学研究科付属高等法政教育研究センター主催で行われたワーク・ショップ「中国のコミュニティにおける権利保護と市民運動」における倪正茂教授（上海政法学院）の講演「中国のコミュニティにおける権利保護と市民運動」及び同時に行われた伊藤和歌子氏（法政大学大学院社会科学研究科政治学専攻博士課程）の報告「中国の住宅小区を取り巻くアクターの役割及び関係」の全文である。

倪教授の専攻は、法哲学であり、近年は、「生命倫理」や中国の「少数民族」研究を手がけるほか、「法律戦争論」と言った新しい領域を開拓しておられるが、中国では著名な、長老クラスの法哲学者のお一人である。と同時に、倪教授自身が住んでおられる住区をめぐる紛争の中では、住区（倪教授の講演の翻訳ではコミュニティの訳語が用いられているが、伊藤報告で用いられている言葉で言えば「住宅小区」）の指導者として運動の前面に立たれた。そして、この運動のリーダーとしても、中国全土において極めて著名な存在でもある。

そこで、この倪教授が名古屋大学の客員教授としての来日の機会を捉えて、ここ一〇年来の友人としてお付き合いをしている私が特にお願いをして、中国の市民運動を理解するためのひとつのモデル・ケースとして、倪教授が直接に関

わられた市民運動がどのような性格のものなのか、それが現代中国の方向性をどのようなものとして示唆しているのかを、日本人にも具体的に理解できるような形でご講演いただけないかとお願いしてご快諾下さった。それが、このワーク・ショップとして結実したわけである。

講演内容は詳細をきわめており、私が付け加えることは何もない。ただ、この講演記録を見ればわかることであるが、倪教授が最後に「アレクシス・ド・トクヴィル（Alexis de Tocqueville）は、「アメリカにおける民主の根源は、コミュニティーの自治である」と指摘している。独立、自治と有権は、アメリカのコミュニティが一般的に有しているものである。中国の都市部の住宅団地における人口は、アメリカのコミュニティとほぼ同じであり、コミュニティの性質も類似しているため、アレクシス・ド・トクヴィルの観点は、中国における民主への展望と市民社会の形成に重要な示唆を与えるだろう」といわれたことには、ある深い感銘を受けたということだけを言っておこう。

なお、伊藤報告は、まさしく倪教授が直接コミットし、また法哲学者の観点から理論的反省をしておられるこの問題を、政治学の観点から研究している若手研究者がいるという情報を得たので、倪正茂報告についての背景的事情を知るために、また当日の議論をより深く活発なものにするために、特にお願いしたものである。

（一）中国のコミュニティ[1]における権利保護と市民運動

倪　正茂
（李　妍淑　訳）

現代社会における市民運動は、各国社会の進歩と民主の発展、および人権保護を推進する巨大な原動力であると同時に、それを根本的に保障するものという意味をもっている。中国では、都市部でのコミュニティにおける権利保護運動が、市民運動の主要形式となり、運動を切り開いていく前衛ともなりつつある。そこで、本稿では、主に上海の状況に焦点を合わせ、現代中国で起きているコミュニティの権利保護運動の要因、所有者委員会[2]の性質と問題点とその発展の行方と意義について検討しつつ、コミュニティにおける権利保護運動と市民運動、市民社会が織り成す関係を簡単に論じたい、と思う。

一、コミュニティにおける権利保護運動発生の要因

一九七八年以降、中国は計画経済から市場経済へと移行し始めた。それ以前の中国では、住宅は、社会的福祉の形式

で職場から従業員とその家族へと配給されていた。住宅は、職場の住宅管理部門または政府の住宅土地管理局によって管理されていたわけである。ところが経済体制改革の進行に伴い、二〇年足らずのうちに、中国の不動産事業と住宅の建設、分配、管理制度は迅速に発展した。一方では、公営住宅が廉価で払い下げられたために私有住宅へと変容し、私有住宅区が形成された、他方では、新式の商業住宅が大量に建設され、それを個人が市場を通して住宅建設会社から購入するという形で、売却用住宅団地が形成された。建設部の統計によると、全国における都市住宅私有化率は約七三%であり、全国の売却用住宅の累積販売総量で計算すると、住宅私有化率の約八五%が安価な補償の形で公営住宅を私有化した。[3] 二〇〇五年に至るまでに、上海における不動産の私有化率は八五%に達し、住宅団地の総数は約一〇〇〇〇になった。

これら不動産の所有権を有する都市住民のことを所有者と呼ぶ。所有者とは、私有財産と密接に関連する概念で、住宅消費における核心的概念でもある。現行法の規定によれば、所有者は、自分が購入した住宅に対して所有権を有すると同時に、住宅所在団地の公共施設、設備、場所と公共事務における公共的権益も認められている。共有施設には、エレベーター、配電室と配電設備、発電機、ポンプ、消防設備、管理用住宅、事務設備、共有の店舗用住宅、高架層、地下室、会場、駐車場、共有使用権の土地、緑化した草木と緑化設備、囲い、安全監視施設、補修と管理用物品、特別修繕基金、共有物件の賃貸収入などが含まれる。[4] このように住宅団地の所有者は、団地内において公共権力を獲得するが、この権力は政府に帰属しない。

同時に、不動産開発業者は、新たな利益集団として、市場経済への転換プロセスにおいて国家の自主性と管理システムの漸次的な弱化を契機に、体制と市場という二つの領域から資源を動員、吸収し、短期間で巨額の利益を上げ、しかも関係政府部門と政府官吏からの支持をも獲得していた。このプロセスを通して、不動産開発業者と住宅管理会社を中

心とした、不動産利益集団（一部の政府部門や政府官吏をも含む）が、次第に形成されていった。[5] 当該集団の強力な地位と利益を守るために、不動産開発業者と住宅管理会社は、普遍的に深刻な形で多くの所有者たちの合法的な権益を侵害するようになった。[6] 不動産開発業者と住宅管理会社の契約違反や不法行為に対して、所有者は、自己の正当な権益を法によって確保できなくなり、不動産開発業者に対する損害賠償請求どころか、不適任な住宅管理会社の交替申請すらできないでいる。このように、法と市場は正常かつ有効に機能しえていない。要するに、このようなことは、一種の複合的な「政治経済」的な運営方法として、住宅管理の問題が、市場や法だけでなく、行政や利益集団ともかかわっていることを示している。

このように、中国が計画経済から市場経済へ転換していくプロセスの中で、住宅の私有化を実施し、私有財産を承認したことは、コミュニティにおける権利保護運動の内在的動因であるといえるとすれば、不動産開発業者、住宅管理会社、一部の有力な所有者および政府部門からの権利侵害は、権利保護運動の外在的動因であるといえよう。

二〇〇四年、中国社会調査所が全国で行った「覇王現象」認知度調査結果では、「不動産開発業者と管理会社」が、「通信会社」に次いで二番目に顕著に〝覇王現象〟を示している事業団体であることが明らかになった。[7] これは、まさにコミュニティにおける権利保護運動が嵐のような勢いで展開されている背景となっているといえよう。「コミュニティにおける権利保護運動」の発生は、経済発展の必然的結果であり、社会発展のシンボルでもある。それは、中国における都市住民の「公民（市民）意識」養成の始まりであるとともに、私有財産を紐帯とした民主的な政治運動の現れでもあり、現代社会の発展において積極的な意義を有するものである。

二、コミュニティにおける権利保護運動の主体

コミュニティにおける権利保護運動の最終目的は、所有者の権益を保護することである。この目的を達成するためには、従来の、行政による過度な干渉や不動産利益集団の「経営方式」を排除し、所有者による自治が達成されなければならない。所有者による自治の達成は、個々の分散している所有者を集めて組織化し、一定の組織形式の下で、集団的な力で権利保護運動を展開し、自己の主張を訴えることが重要である。その組織とは、所有者大会およびその執行機構としての所有者委員会である。このような所有者大会および所有者委員会は、コミュニティにおける権利保護運動の主体となっている。

（一）所有者による自治の意味および特徴

所有者の権利保護運動は、社会生活での所有者による自治の現れである。いわゆる所有者による自治とは、住宅管理区域内のあらゆる所有者が、建築物の区分所有権の下で、法律、法規に基づき、民主的原則に則って、自治組織を打ち立て、自治規範を確立し、当該区域内の公共施設を自主的に管理する、一種の基層自治モデルである[8]。新しい社会領域としての所有者による自治制度の形成は、漸進的に進展しつつある過程であり、その発展には以下のような特徴がみられる。

一、所有者による自治は、国家が社会へと分権を行うプロセスである。

国の法律では、住宅団地の共有財産によって形成される公共権力（共用スペース、共用施設と設備の保護および特別修繕基金管理などにかかわる権力）を所有者の自治会へ付与すると明確に定められている。所有者の関係権利に対する法的確認および所有者の自治会が有する公共権力を政治的に認可することは、まさに国家が社会に分権を行うこと

とを意味している。したがって、社会の各構成員は、連帯関係を形成することによって一定の公共権力を獲得し、政府による介入を阻止することができることになる。

二、所有者による自治は、社会権力を分散化していくプロセスである。

自治会への承認と分権は、「政府と企業間の癒着」の破綻以来、計画経済体制下の都市の伝統的社会組織の構造や権力制度のシステムにおける重大な変革である。

一般的に、民間組織は二つの類型に分けることができる。一つは、共通の利益の下で形成される組織であり、もう一つは、共通の理念の下で形成される組織である。所有者の自治会は前者に属するが、それは現下の中国で最も活動的な民間組織になりつつある。権力の分散化は、現代の民主制にみられる重要な特徴である。所有者の自治会の興隆は、政府の社会管理能力を低下させるのではなく、むしろ政府の市場経済体制の下での効率的なガバナンス（原語は「治理」である）に大きな可能性を与えている。ガバナンスという概念は、二〇世紀九〇年代に、社会経済の迅速な発展、利益構成の多元化、人々の自立意識の増強、伝統的な政治体制と経済体制に現れたそれぞれの危機などとの関係において、提出されたものである。(9) ガバナンスの主体は、公共機構、私人機構、或いは公共機構と私人機構の協同形態のいずれかである。その本質は、市場原理、公共的利益および社会的承認に基づく協同関係を立てて、上下の相互作用によって働く管理過程を強調するという点にある。所有者による自治は、まさに「社会ガバナンス」理論の実践的現れである。

三、所有者による自治は、法治意識が強化されるプロセスである。

所有者は、新たな経済活動の産物である同時に、法律によって確認された社会的身分でもある。所有者の自治会をめ

ぐる法的環境には、まだ様々な欠陥が存在するが、自治会の民主的実践は、当初から法治理念の下で立てられており、各種の法律（各種の法律法規が不備している中で、政府の関係公文書を求める）を求めつつ、それを民主的実践の要としている。所有者委員会の自治と権利保護をめぐる各種の実践において、法治化は最も切迫な叫びとなってきている。

四、所有者による自治は、民主意識が高揚していくプロセスである。

自治会は、政府の行為を拘束することによって政府の法治化を試みている。その際、この民主的訴求において重要な基礎となるものは、所有者と自治会における民主意識の高揚である。すなわち、自治会の公共権力への獲得の正統性を、所有者による民主的自治の必然たる産物として見なしうる。ある意味では、公共権力の執行機関としての所有者委員会は、住宅団地内において一つの「政府」に相当する。多くの人は、選挙によって構成された所有者委員会のメンバーを、単に熱心な公益事業員として見るのではなく、逆に、公共的権力の濫用の防止と極小化に役立つ要素がどれくらいあるか、という面での潜在的可能性にもっとも関心を向けている。民主は、所有者にとって、単に選挙だけではなく、住宅団地の公共事務の政策決定における民主的参画および公共事務の執行状況に対する民主的監督といった意味も含まれる。

（二）所有者による自治の権利体系

所有者による自治の実質は、主体的な自治権の実現にある。この制度の枠組みの下で、権利主体としての所有者、所有者大会および所有者委員会は、異なる法的地位を有し、異なる権利と義務を持つ。

中国における「物業管理条例」（住宅管理条例）及び関係法令、地方性法規の規定によれば、所有者の有する自治権

には、以下の内容が含まれる。

・住宅管理サービスの契約に基づき、住宅管理会社の提供するサービスを受ける
・所有者大会の会議開催を提議し、住宅管理の関係事項に対し意見を提出する
・所有者公約や所有者大会の議事規則における制定と改正にあたって、意見を提起する
・所有者大会の会議に参加し、投票権を行使する
・所有者委員会の委員を選挙し、かつ被選挙権を享受する
・所有者委員会の仕事を監督する
・住宅管理会社のサービス業務提供契約の履行状況を監督する
・住宅区の共用スペース、共用施設・設備と関係場所の使用状況に対し、知る権利と監督権を有する
・住宅区の共用スペースと共用施設・設備における特別修繕資金（以下、特別修繕資金と略す）の管理と使用を監督する
・法律・法規の定めるその他の権利[10]

なお、所有者大会は、所有者が自治権を行使する最も基本的な組織形式であり、最高権力機関でもある。そのメンバーは全ての所有者によって構成される。その職責には、以下の内容が含まれる。[11]

・所有者公約や所有者大会の議事規則を制定し、改正する
・所有者委員会の委員を選挙し、または交替させ、所有者委員会の仕事を監督する
・住宅管理会社を選任し、または解任する

・特別修繕資金の使用と計画方案を決定し、その実施を監督する
・住宅管理区域内にある住宅共用スペースと共用施設・設備の使用、公共秩序と衛生的な環境の維持などに関する規則を制定し、改正する
・法律・法規または公約の定めるその他の住宅管理に関する職責

また、所有者委員会は、所有者大会の執行機構として、次のような職責を有する。

・所有者大会の会議を召集し、住宅管理の実施状況を報告する
・所有者を代表して、所有者大会で選ばれた住宅管理会社とサービス業務提供契約を結ぶ
・適宜、住宅所有者と住宅使用者の意見を聞き、住宅管理会社がきちんとサービス業務提供契約を履行するよう監督し、協力する
・所有者公約の実施を監督する
・所有者大会の付与するその他の職責[12]

（三）所有者委員会の性質

コミュニティの権利保護運動において所有者委員会は、非常に重要な役割を果たしている。委員会は、住宅管理区域内の所有者の代表によって構成され、所有者の利益を代表する民間組織である。また、社会（国家行政機関を含む）に向けて、所有者の意思と要望を代弁し、かつ住宅管理会社の管理運営状況をも監督する。現在、上海市において所有者委員会の数は、三〇〇〇個ほどあるといわれている[13]。

一、所有者委員会の法的な位置づけ

現行の関係法律・法規によると、所有者委員会は「所有者大会の執行機構である」とされている。このような曖昧な位置づけは、所有者委員会の法的な位置づけに関して様々な議論を理論的に引き起こしている。「所有者委員会は、独立的な社団法人である」という意見があれば、「所有者委員会は、独立な訴訟主体の資格をもつ非法人組織である」という意見もある。また、「独立的な法人でもなく、民事訴訟法に定める「その他の組織」にあたる独立の訴訟主体の資格も有しない」という意見もある。

中華人民共和国民事訴訟法第四九条の規定によれば、「公民、法人またはその他の組織は、民事訴訟において当事者となることができる」。また、最高人民法院の「中華人民共和国民事訴訟法の適用における若干問題に関する意見」第四〇条によれば、「民事訴訟法第四九条で規定する「その他の組織」とは、法により成立し、一定の組織機構と財産を有するが、法人資格を有しない組織を指す」とされている。現段階の所有者委員会は、自然人でもなく、法人でもないので、訴訟法に規定する「その他の組織」に属するべきものである。それは、次の三つの条件を満たしているからである。

（一）法を成立根拠とする

所有者委員会は、「物業管理条例」（住宅管理条例）に基づき、不動産の行政管理部門の指導の下で、住宅団地内の住宅所有者と使用者の選挙により成立したものである。

（二）一定の組織機構を持つ

「物業管理条例」の規定によれば、所有者委員会は、主任、副主任、委員により組織され、一定の組織分業を行っている。

（三）一定の財産を有する

所有者委員会の財産には、以下のようなものがある。

・住宅共用スペース、共用施設・設備と住宅管理、店舗用住宅およびこれにより得た収益（例えば、有料駐車場の収入、屋上広告の収入など）

・住宅共用スペースと共用施設・設備の修繕基金、修繕基金から発生する利息

・所有者から別途に徴収する弁公活動経費

上述のように、所有者委員会は、すでに最高人民法院の「中華人民共和国民事訴訟法の適用における若干問題に関する意見」第四〇条の条件を満たしており、民事的主体資格を有する「その他の組織」に属すると解すべきである。当面は、住宅管理に関する立法作業が遅れていて、所有者委員会に対して民事的主体としての地位を与える規定を欠くが、法の原理や行政規定に基づけば、所有者委員会の民事的主体という地位を否定することはできない。所有者の法意識が高まるにしたがって、所有者委員会と不動産開発業者或いは住宅管理会社との間における紛争は、ときどき発生している。その中でも有名な事件としては、上海市虹古住宅団地の所有者委員会が上海温哥華不動産建設会社を訴えた住宅管理紛争がある。[14] 地元の裁判所は、上述の原則により、法律・法規の不備の中で、国務院・各レベル地方政府の政策規定に基づき、本件を受理し、かつ公正な判決を下した。

二、所有者委員会と居民委員会の関係

現在、都市部における末端のコミュニティは、居民委員会、不動産開発業者および所有者委員会から構成されている。上海康健町内の人々は、この三者を〝三台の馬車〟と呼び、末端のコミュニティにおける生活管理政策決定の中心と見ている。形式的には、居民委員会とは、国の末端行政組織と関連をもっている大衆の自治組織のことで、政府における基層組織ネットワークの一部として行政的な社会システムに属している。所有者委員会は、所有者たちが立ち上げた大衆の自治組織であり、所有者社会システムに属している。(15)「物業管理条例」第一四条には、「住宅団地の所有者大会の開催の際しは、関連する居民委員会に告知しなければならない」という規定がある。また第二〇条では、「所有者大会、所有者委員会は、住宅管理区域内における治安等を維持するために、公安機関に協力し、居民委員会と相互協調しなければならない。なお、住宅管理区域内において所有者大会、所有者委員会は、関係居民委員会に協力して法による自治管理の職責を履行し、居民委員会の業務展開に支持し、かつ居民委員会の指導および監督を受けなければならない。住宅団地の所有者大会、所有者委員会の出した決定を関係居民委員会に告知し、かつ居民委員会の意見を真剣に受け止めなければならない」と定めている。このように、二者の関係は、「指導と被指導」、「監督と被監督」の関係であることが覗える。

三、コミュニティにおける権利保護運動の現状

権利保護の行為は、権利侵害から発生する。不動産利益集団等の権利侵害行為は、多くの紛争を引き起こし、かつそれらが相互錯綜しているため、現段階では、社会権利保護運動が膠着する要因になっている。

（一）紛争の類型

一九九四年に建設部が「都市部における新築住宅団地の住宅管理規則」（原文は「城市新建住宅区物業管理弁法」である）を公布して以来、所有者による自治は、様々な阻害があったにもかかわらず、逞しい発展を遂げた。したがって所有者による権利保護の行為の事例も絶えることなく、新聞やインターネットに頻繁に載せられてきた。所有者による自治会の設立から運営、および自己管理までの過程における紛争は、主に以下のようないくつかの類型がある。

一、所有者と住宅管理会社との間の紛争

この類型の紛争は、最も普遍的で顕著である。例えば、住宅管理会社のサービスの質と態度問題、財務状況問題、所有者共有財産の無断占用問題がある。また、所有者が管理費の納付を拒否するなどの消極的な方法で自己の権利を主張したり、住宅管理会社の選任と解任をめぐる紛争等もあったりする。

二、所有者と不動産開発業者との間の紛争

これは、主に住宅の購入契約に関する紛争であり、住宅の完成度をめぐる訴えとして生じる。例えば、地盤の沈下、壁のひび、水漏れ、水の滲みこみ、手抜き工事、パイプの漏れ、建築資材の不良品使用、耐震強度の低さなどがあり、また誇大広告で消費者を誘導したり、無断に既定の設計図を変更したり、芝生やガーデンの上にオフィスや店舗用建物を建てたり、プールを駐車場に改築したりすることもある。なお、面積が恣意的に縮小、または拡大されたり、共用スペースの面積を多めに割り当てられるようにするために実際に建築可能な面積を縮減したりし、ひいては不動産開発業者が住宅開発と売買の許可を得ていないため、不動産の権利証書の取得が困難となったような場合もある。(16)

三、所有者と所有者委員会との間の紛争

不動産開発業者や住宅管理会社は、一回目の所有者大会を準備する際、自らにとって有利な立場を取ってくれそうな所有者を所有者委員会の委員として推薦し、選挙の具体的な運営過程の中で、第一期の所有者委員会の選挙及び次期選挙を裏で操縦し、住宅団地内の重要事項をコントロールしやすくすることがある。これは、多くの所有者の不平不満を引き起こしている。他方では、自発的に行われた選挙によって構成された所有者委員会が政府機関の承認を得られないがゆえに正統性を獲得できず、所有者の自治を窮地へと陥らせるということもある。上海市質量協会用戸評価センターでは、「上海市住宅管理業者に対する満足度の評価基準」により当該市の一九区の一二九団地を対象にして調査した結果、七一％の回答者は、団地に所有者委員会が成立したと答えたが、そのうち四二％の回答者は、所有者委員会に対して不満を持っていると答えた。(17)

四、自治活動の過程における所有者間の紛争

このような紛争は、選挙や重要事項の決定過程で、実質問題と手続問題をめぐって発生する。例えば、選挙の主体となる者の資格有無や効力をめぐる事例があるが、具体的には、所有者の身分の詐称、賄賂、虚偽宣伝、偽造票等の不当な手段で票を獲得しようとする等である。

五、所有者または所有者委員会と行政機関との間に発生する紛争

この類型の紛争は、近年上昇してくる傾向にあり、具体的には、所有者または所有者委員会が不動産行政部門の不作為や越権行為に対する行政不服申立てや行政訴訟を提起する事例などがある。報告事項登録の不作為、所有者の自治権

利行使に対する過度な干渉といった違法行為がそれにあたる。

（二）問題の所在

一、立法上の欠陥

所有者が強く期待していた「物業管理条例」は、「所有者大会規則」とともに二〇〇三年に公布された。また、一部の地方性法規および関連の公文書をめぐる法も制定された。例えば、上海では、二〇〇三年に「上海市物業管理条例を実施する若干の意見」と「上海市物業管理条例の実施における若干の意見に関する応用解釈」が公布され、二〇〇四年に「上海市住宅物業管理規定」が公布された。しかし、上記の規定には、所有者による自治および住宅管理等についてある程度の定めがあるものの、実際には実効性を欠いているため、所有者による自治や権利保護においては、逆にある種の障害となった。

住宅管理の面において最高位の規定である「物業管理条例」を見ると、付与される権利は全体的に所有者と所有者委員会に関するものに限られており、不動産開発業者と住宅管理会社に対する制約が不足している。これでは、所有者の権利が十分に保障されているとは言い難い。

（一）「物業管理条例」における「物業管理」に関する定義は、住宅管理会社に対して有利である。

「物業管理条例」第二条によれば、「所有者は、住宅管理会社を選任することを通じて、住宅管理会社と結んだ住宅管理サービス業務提供契約に基づき、住宅および関連する施設と設備、場所における補修と管理を行い、関係区域内の秩序と衛生的な環境を維持する」とされている。この条文から、所有者は、住宅管理会社に団地の管理を委託しなけれ

ばならないことが分かる。したがって、団地に対する自己管理の権利が奪われてしまっている。

（二）不動産行政管理部門および居民委員会は、所有者委員会をコントロールし、影響する権力を獲得した。

「物業管理条例」第一〇条には、「同一の住宅管理区域内の所有者は、住宅所在地の区・県人民政府の不動産行政管理部門の指導の下で、所有者大会を設立し、選挙により、所有者委員会を構成しなければならない」とある。この規定によれば、不動産行政管理部門は、住宅管理過程において予想以上の権力を獲得し、所有者の自治権は、不動産行政管理部門の行政的な権力の干渉を受ける可能性がある。ほかにも、「物業管理条例」には、「所有者委員会は、居民委員会の指導と監督を受ける」との定めがある。居民委員会は、所有者委員会と同様、大衆による自治組織であるにもかかわらず、条例の中では大きな権力が付与されている。

（三）住宅管理に関する紛争においての訴訟法上の規定は、住宅管理会社に有利である。

「物業管理条例」によると、所有者が管理費を納付しない場合、住宅管理会社は法院に訴えることができる。しかし、もし住宅管理会社が相応なサービス業務を提供しなかったり、住宅管理会社の提供したサービスが当初の承諾の基準に達しなかったりした場合、所有者と所有者委員会が住宅管理会社に対して訴訟を提起しうるといった規定はない。しかも、所有者委員会の法的な主体性についても明確な規定はない。

（四）「物業管理条例」で使われている用語の定義が曖昧なため、実務に困難をもたらしている。

例えば、「物業管理条例」第四九条は、「県レベル以上の人民政府の不動産行政管理部門は、所有者、所有者委員会、

住宅使用者、住宅管理会社が住宅管理活動における紛争を、適宜処理しなければならない」と定めている。「適宜処理」するとはどういうことか、どういう手続きで紛争を処理するのかについては、極めて曖昧である。また、「物業管理条例」第一六条は、「所有者委員会は、選挙により設立された日から三〇日内に、住宅所在地区、県人民政府の不動産行政管理部門に報告・登録（原文は「備案」である）しなければならない」と定めている。では、「報告・登録」とは何か。地方政府は、実務において、「報告・登録」を審査や許可の基準としているが、結局、所有者委員会の正統性は、多数の所有者による選挙を通じて最終的に確かめられるのではなく、政府管理部門の審査によって決定される。また、所有者大会の開催、所有者委員会の選挙手続、費用の負担などに関する規定も非常に漠然としているため、実際問題の解決に根拠となることができない。

（五）「物業管理条例」には、所有者自治への法的救済に関する規定が欠如している。

「物業管理条例」は、行政機関に裁決や調停する権限を認めていないため、行政機関は、法に基づく行政という原則に従って、行政指導や紛争を処理するしかない。なお、法院の受理範囲についても、明確な規定はない。例えば、選挙に関する紛争は、財産紛争でもなく、人身紛争でもないので、法院により門前払いにされることがしばしばある。

住宅管理領域における法律・法規の不備は、不動産開発業者と住宅管理会社が広域な違法活動を展開する余地を残してしまう。特に、所有者の自治を基礎とする区分所有権をめぐる法律規定が不明確なため、所有者の権利主張においては最大の障害となり、所有者の権利保護運動を難航させている。

二、不動産開発業者と住宅管理会社に起因する問題

所有者に比べて不動産開発業者と住宅管理会社は、不動産と住宅管理領域において優位な立場にある。そのため、しばしば所有者に対し難題を吹っかけ、種々の障害を作り出す。その優勢な立場は、主に以下のいくつの面から現れる。

（一）情報の優勢。住宅団地の資料の殆どは、不動産開発業者と住宅管理会社の手元にあり、所有者に対して情報公開をしないため、所有者の権利主張が難航する。また、所有者間のコミュニケーション障害も、損得を効率よく予期する際の足かせになっている。例えば、同じ建物に住む所有者が互いに知らないため、先頭に立って呼び集める者がいない。また、知己をもたない者同士の共有財産をめぐる所有者の間では、有効な情報交換方法がない――掲示板、団地の中心広場、会議室などは、ほとんど不動産開発業者や住宅管理会社によってコントロールされているため、所有者による円滑な自治が妨げられている。

（二）専門技術の優勢。一般的に、所有者は住宅管理に関する知識が乏しいが、不動産開発業者と住宅管理会社は、住宅管理領域に関する専門家である。所有者は、住宅団地の公共施設・設備に関する状況把握が確実ではないばかりか、建築業における専門用語さえも良く分からない。それに対して、不動産開発業者と住宅管理会社は、専門職の人に管理や運営を委託しているのが普通である。

（三）組織の優勢。不動産開発業者や住宅管理会社のサービス対象は、所有者である。紛争と衝突が発生したとしても、それは仕事内容の一部であるため、組織的なコストはあまりかからない。しかし、所有者は自分の仕事を持っているため、不動産開発業者や住宅管理会社と組み合う時間も気力もない。しかも、所有者は分散しているので、一ヶ

所に呼び集めるのに必要とされる組織的なコストが相当高くなる。

（四）利益の優勢。一人の被害所有者の損失は何千、何万元に過ぎないかも知れないが、数百数千人の被害所有者の損失は、百万、千万元に達する。この巨大な利権をめぐって、不動産開発業者と住宅管理会社は、関係政府部門に賄賂を贈ったり、所有者委員会の委員や一部の所有者を買収したり、警備員を雇用したり、ひいては暴力団を使って所有者のリーダーや幹部に暴力的な襲撃を行ったりして、所有者の権利保護運動を阻止しようとする。

（五）財力の優勢。不動産開発業者の持つ実力と財力に対し個々の所有者のそれは比較しようもない程である。それに、住宅管理に関する法律・法規においての有利な立場、および政府部門や役人による後見があるため、不動産利益集団の強勢な地位は、しばらく続くものと思われる。所有者の中には、弁護士、有名人など社会的地位の高い人もいるが、不動産開発と住宅管理の領域においては、個人であれその集合体であれ、全て弱者である。ある住宅管理会社は、所有者の訴えに対し、〝勝手に訴えろ！政府は俺たちの味方だ！〟という理不尽な言い方をすることさえある。

上記のような立場の優勢は、不動産開発業者と住宅管理会社が違法な行為を展開する際に低コストで高い利益をもたらしている。しかし、所有者がそれに対抗しようとする場合は、高いコストがかかる、利益を見込めないといった正反対の結果をもたらしている。なお、権利保護運動においては、それが成功する確率よりも失敗する確率の方が高い。したがって、所有者による権利保護運動はあまり活発なものにはならず低調のままである。権利保護運動の主な目的は、自己の正当な権益を保護することであって、何らかの利益を求めるためではない。所有者の正当な権益は、本来なら国

によりその保障を提供されるものである。とはいえ、このような「正当」は、不動産開発業者や住宅管理会社の操作により「不法」または「無保障」へと形を変えてしまっているのである。

三、所有者の権利保護意識の希薄さ

所有者の民主的参与は、権利を保護するにあたって強い力となり、かつ根本的な方途でもある。五〇年ほど前、賽珍珠氏は、中国人のことを「物静かな人種」であると語ったことがあるが、現在に至ってもこのような状況に著しい変化があるわけではない。コミュニティにおける権利保護運動の中で、本当に活動している者は、ごく少数のエリートまたは活動家だけであり、ほとんどの人は、傍観者に止まっている。それゆえに、袁岳氏はいわゆる「一＋三＋六」理論を提示した[18]。すなわち、権利保護活動者の一〇％は熱心な活動家で、三〇％は追随者で、六〇％は一般の大衆だというものである。こうした現象が形成されたのには、歴史的かつ現実的な原因がある。まず、中国での長期にわたる住宅の福祉的な配分制度は、人々の個人利益および共用施設の保護・使用・管理に対する主体性と民主の意識を薄くさせた。また、権利保護の根本的な目的は、利益である。現在の法的環境において予想される利益が定まっている場合、集団行動は、その規模が大きくなれば大きくなるほどコストがかかり、一人当たりの獲得予想利益は少なくなる。故に、最善の方法は、少数のエリートの努力によって利益を勝ち取った後、皆で分かち合うことである。そうすれば結果的に利益を勝ち取れなかった場合であっても自分には損益が発生しない。つまり、「便乗」である[19]。熱心な活動家たちの孤立した状況は、おそらくもうしばらく続くだろうが、長い目で見れば、団結して共同で参与することこそ、権利保護運動が成功するための根本的な方途であると思われる。

基本的に民主的に訓練されているわけではないので、所有者の民主的自治が成功する確率は、かなり低いと思われる。

仮に所有者が民主的理念を持つに至ったとしても、民主的な行動様式と生活習慣が形成されなければ、民主的権利を行使する際に、なかなか「程度」を把握することができず、目的を達成しないうちに内輪もめを引き起こしてしまうような自治会も少なくない。所有者の多くは、民主的に活動を展開していくための技術を重視せずに、情熱だけで会議を開こうとする。その結果いたずらに会議回数が多くなり、効率のよいものにはならない。それゆえ民主の長所を把握できないうちに、ただ単に疲弊を招くものにすぎないといった見方が広まれば、人々は民主を一つの理想にすぎないとみなしてしまうかもしれない。

四、政府機関の消極的な態度

所有者の正当な権益は国の法律により保護されるべきであり、政府機関は所有者の権益を守るためにも、こうした見解を支持するべきある。所有者が自らの権益を侵害されたときに思いつくのは、まず政府機関に訴えることであると思われる。それゆえ、政府機関は法に基づき問題解決に努めなければならない。しかし一部の政府機関は、法を無視して故意に処理を引き伸ばしたり、適当にごまかしたり、あるいは法を逆手にとったり、回避したりする。所有者の訴えに対する政府の不誠実な対応や不作為は、所有者の権利主張をさらに難しくさせ、所有者の権利保護事件において処理上の長期化をもたらしている。さらにひどい場合、公権力を濫用して所有者の権益を侵害するといったケースも見られる。

一部の不動産行政管理部門やその他の関係部門には、事実確認、検査・引取り、管理・監督などの面において職務怠慢が見られる。例えば、多くの建物で手抜き工事が発見されたり、共有スペースにおける占有面積の混乱が発生しているにもかかわらず、何事も無かったかのように不動産行政管理部門による検査にパスしたりする事例が多くある。こうして専門技術の裏づけを欠いた大量の住宅管理会社による住宅管理が横行しているわけである。所有者委員会の設立に

対し関係政府機関は、積極的に指導または援助を行うべきであるはずだが、現実にそうなってはいない。手続きに問題があるという理由で、所有者委員会の設立を遅延または妨げたりすることもよくある。また、所有者が権利保護運動を行う際に必要とされる一部の資料が、政府機関が管理しているものであるにもかかわらず提供されないなどといった形で、所有者の知る権利がひどく侵害されている。さらに腹立たしいのは、不動産開発業者と住宅管理会社を訴える裁判において、所有者側に有利な証拠が十分に揃っていて明らかに勝訴できる裁判であるにもかかわらず、不動産開発業者と住宅管理会社の裏工作により、法院が所有者敗訴といった判決を出すといったケースも少なくないことである。業界内部の情報によると、このような事件は権利保護活動が展開されている殆どの住宅団地で発生している。また、行政部門や公務員の法意識が欠落しているために所有者の権益を有形無形に侵害しているケースも見られる。例えば、違法登記をするという問題は、所有者の権利保護事件全般において相当の比率を占めている。

四、コミュニティにおける権利保護運動の方向性

（一）権利保護の方途

上述のように、所有者の権利保護のプロセスには困難がある。自己の権益を保護するためには、方途・手段を多角的に用いる必要があり、その中から問題を解決するための最適な方策を立てることが重要である。権利保護の方途として、主に以下のいくつかが考えられる。

一、民主的な方法で権利を保護する

これは所有者の権利保護における根本的な方途であり、その他の権利保護方途における前提でもあるし、基礎でもある。所有者間の意見の相違や矛盾は、民主的な方法で民主的に討論を行い、民主的に裁定しなければならない。住宅団地内部に所有者大会のような適切な民主的メカニズムを作ることによって、所有者としての共同意志を惹起させ、所有者委員会の事業を支援・監督させる。今後の権利保護運動のプロセスでは、所有者が一方的に戦うという現象が徐々に減少し、所有者委員会を代表とする集団的な権利保護運動が主流になってくると思われるが、これは権利保護の成功への基本条件でもあろう。

二、話し合いによって権利を保護する

所有者の公共利益が侵害された場合、所有者は、所有者委員会を通じて不法行為者（不動産開発業者、住宅管理会社、他の所有者、政府機関など）と交渉し、話し合いによって問題を解決する。この方法によれば、問題解決に要する時間と気力のコストがかからないだけではなく、両者が気まずくならずに、問題をスムーズに解決できる。ただし、所有者側にある程度の妥協を強いることになるという欠点がある。話し合いによって権利を保護する際に前提となるのは、法による行政と司法環境の整備、当事者における法律知識の熟知、所有者の権益への尊重である。「和」を重要視する中国文化の中で、このルートが、しばらくは主となるであろう。

三、行政への訴えによる権利保護

これは、法治が未整備であり「官本位」意識の強い段階では、所有者の権利保護を目指す上で主たる有効なルートである。所有者の権益を保護することは、都市住民の利益を保護することであり、合法的な公民利益保護である。これは、

政府が回避しえない責務である。トラブルが起きたとき、市民はまず政府に救済を求める。政府は、問題解決に必要とする十分な、資源、資料、権力、権威を持っている。例えば、建物の一階に開店した飲食店や自動車整備店などが住民に迷惑を与えたといったことに対しては、行政の環境部門は、法によって慎重に処理しなければならない。高層階が他人に占領されて利益追求の手段に利用されたというような問題には、国土企画部門または住宅管理部門を通じて、所有者共有の特別基金が流用または着服されたような場合には、住宅管理部門を通じて、共同使用権のある土地が占領された場合、また不動産開発業者が会議所や駐車場を引き渡さない場合には、国土企画部門を通じて、法的措置を求めることができる。

四、司法による権利保護

話し合いや行政への訴えによって問題が解決されない場合、または当事者が行政の裁決に不服である場合、司法を通じて権利の回復を主張することができる。これは最終手段である。司法は、社会的正義への最後の番人である。しかし現在、所有者の権利保護における司法環境はまだ十分に整っていない。そのため、行政の法執行における不公平と努力の不足が放任され、不法行為者の話し合いへの拒否が頻発し、不当利得を継続的に得ようとする行為が少なくない。法治の加速化に伴い、このような現象は大きく変容すると思われる。

（二）権利保護を成功へ導く要素

現段階におけるコミュニティの権利保護運動の状況を把握し、他の住宅団地の成功例と失敗例とを照らし合わせながら、権利保護運動を成功へ導いていかなければならない。そのためには、以下の要素を取り入れれば、必ずや良い成果

がもたらされることだろう。

一、権利保護運動における中堅的メンバーと活動家によるリーダーシップ

所有者の権利保護運動においては、組織の中心的なメンバーが、重要な役割を果たす。一般的にトラブルが発生した際に、不動産開発業者や管理会社に問題解決を求めに行くのは、まず所有者の中の中心的なメンバーや活動家であることが多い。彼らの運動は、他の所有者に問題意識を持たせる。また、問題の深刻さと解決の必要性を十分に認識させることによって、権利保護運動に対する大衆の支持を獲得すると同時に、積極的な行動を促すことにも寄与する。なお、所有者委員会設立の準備と所有者の権利保護運動の全過程において、中堅的なメンバーと活動家は、主な参加者であると同時に重要な柱でもある。彼らは、数多くの運動に参加し、成果を挙げ、権利保護運動に貢献している。所有者の動員、資料や証拠の収集から、不動産開発業者、管理会社、政府部門、マスコミ、弁護士、有名人とのコンタクトまで、またその他の事務的な手続の処理において、彼らが果たす役割は、きわめて広範囲に及ぶ。

二、所有者委員会の設立

所有者の権利保護運動における所有者委員会の重要性は、周知のとおりである。住宅団地における権利保護運動は、基本的に所有者委員会の指導の下で行われる。所有者委員会を抜きにした不動産開発業者や管理会社との協議などあり得ないからである。所有者が単独で不動産開発業者や管理会社に問題解決を求めても、通常は相手にしてもらえないため、問題の解決にはならない。また、訴訟は、所有者の権利保護において最も重要なルートでもある。不動産開発業者や管理会社に対する訴訟提起は、所有者委員会が出頭しないと、法院に受理されない。なお、所有者委員会の組織と動

員がなければ、所有者は団結できない。団結した対抗がなく、個人単位で侵害された権利を取り戻すのは、容易ではない。

三、所有者委員会の効率良い動員

権利保護運動の力は弱く、強敵による打撃には耐えられないので、あらゆる要素を動員しなければならない。動員することで、分散している所有者を団結させ、所有者の各種資源を充分に利用し、所有者委員会の目指すべき目標を実現しなければならない。

四、策略の運用

ある権利保護活動家は、「権利保護にも「三六計」が必要である。これは、人騒がせな言論ではなく、実践によって繰り返し証明された真意である」と語った。ここで言われている戦略としては次のようなものがある。例えば、上級政府機関へ陳情することによって、下級政府機関にプレッシャーをかける、政府機関内部に設置された監督機構に問題の善処を求める、有名人やマスコミの影響力を利用して所有者の権利保護運動を広く知らしめるなどして、政府部門の支持を獲得するなどの方法があげられる。

五、所有者資源の利用

不動産開発業者と管理会社は、所有者に対する権利侵害や保護運動を阻止する過程で、賄賂等の資源を多用することがある。所有者も権利保護のプロセスにおいて、知らず知らずに大量の資源を利用している。具体的には、知識、人脈

またはその他の類型の資源などを利用している。もし、各所有者の様々な資源をうまく利用さえすれば、相手の勢力を大いに削減し、権利保護運動の円滑な進展に役立てることができる。北京のある住宅団地の所有者委員会の例をみると、復旦大学経済学部修士課程卒業生を主任に据えることによって実益の観点からの所有者動員を重視し、所有者に権利保護を展開することの利益を認識させたり、また法学既習者を副主任にすることで、所有者委員会で法律面の事務を担当させたりしている。他にも、住宅管理に従事する委員が住宅管理事務を担当したり、清華大学建築学部卒業生を委員に据えて、建築と関連する事務を担当させたりしている。所有者の法律、住宅管理、建築および経済に関する知的資源は所有者の権利保護運動と密接に関連しているので、住民の中に存在するこのような知的資源を上手に活用することによって、不動産開発業者、管理会社、さらには法院における専門知識[20]の独占寡占状態を打ち破ることは十分可能であり、権利保護運動における戦略をより円滑に推進することへと資する。

五、コミュニティにおける権利保護運動の意義

急速に都市化が進む今日、市民と市民社会[21]の形成は回避できない必然であり、きわめて重要な意義をもっている。市民は、都市化に伴って形成された新たな階層[22]であり、自己利益と自己権利を守る社会の基本的な力でもある。「市民社会」は、「国民社会」に対応するもので、私人の利益関係の総和を表わし、商品経済の発展によって条件づけられている。社会の最も基本的な構成要素としての市民は、民主、自由、平等、効果・利益と安全を根本的な価値とする。市民社会は自治を強調するので、政府の過度な規制の必要性を強調することはない。ひとつの成熟した市民社会は、市民自らが自己管理を行っている社会である。発展した市民社会において、市民は、自覚的に自己利益と自由を保護し、個

人の意思を表明し、同時に各種の自治組織を形成する。中国で生じているコミュニティの権利保護運動は、所有者が自覚的に自己利益を保護し、自由に意思表示をする一つの例として、まさに〝市民運動〟と呼ぶに値する。

政治学者の劉軍寧氏は、「農民が積極的に「自治」に参与する原因は、自らの農地、農業負担および村の公共建設と密接にかかわっているからである。だが、都市部の住民の利益は、住宅とその住宅を紐帯とするコミュニティにおいて集中的に現れてきている」と指摘している[23]。中国の住宅私有化が進んでいる状況の下で、コミュニティは、早くも都市部の基本的な構成要素となりつつあり、コミュニティの中で、所有者による自治組織の形成が進行していくことも必然の結果となる。市民社会を形成していく視角から見ると、民主が市民社会における最大の特徴の一つであれば、末端社会の自治は、民主へとアプローチする重要な前提である。アレクシス・ド・トクヴィル（Alexis de Tocqueville）は、「アメリカにおける民主の根源は、コミュニティの自治である」と指摘している。独立、自治と有権は、アメリカのコミュニティが一般的に有しているものである。中国の都市部の住宅団地における人口は、アメリカのコミュニティとほぼ同じであり、コミュニティの性質も類似しているため、アレクシス・ド・トクヴィルの観点は、中国における民主への展望と市民社会の形成に重要な示唆を与えるだろう。

中国人民大学行政管理研究所長の毛寿龍氏は、「都市部のコミュニティにおける民主的自治」は、「中国の民主建設において予想外の収穫であった」と語っている[24]。中国において、民主の発展が妨げられていたのは、主として公民と役人の資質を引上げるチャンスが欠けていたからである。コミュニティを民主自治の実験場として捉える意義としては、以下のように考えられている「住宅団地の選挙および所有者委員会の運営を通じて、数多くの積極的な公民が現れ、公民意識が徐々に形成されてきた。どのように弁論して、どのように自分の権威を勝ち取ることができるかは、すべて訓練である。また、これらの為は法律や人間関係、他の専門知識を学ぶプロセスともなる」。住宅団地の選挙および所有

者委員会の運営は、人間関係を円滑に運用する過程でもあり、たくさんの専門知識を勉強する過程である。普通のコミュニティの公民にしろ、役人にしろ、コミュニティの民主自治を経験したものは、すべて民主の真の意味を理解できるようになった。北京のある住宅団地の事務員によると、所有者委員会の選挙の際、所有者たちは自発的に連続七二時間にわたって投票箱を監視し、不正を防止した。驚くほどの真剣さであった！

コミュニティの権利保護運動を中心とする都市部のコミュニティにおける民主自治の実践は、中国政治の民主化と市民社会形成にとって重要な意義を持つ。明確な財産区分を基礎とする所有者の自治会は、すでに民主を建設していくにあたって切実な要求を提出している。さらに、今後、民主的実践の領域において、都市部の公民教育として、もっとも身近な「民主的訓練の場」となるに違いない。こうした権利保護運動は、市民社会の形成を推進し、都市部の末端社会における民主建設の重要な力となるだろう。

（1）コミュニティは、「社区」の翻訳であるが、厳密にはイコールではない。中国政府の定義によれば、社区とは「一定の地域に集まって住む人々によって構成される社会生活共同体」であり、一般的に都市社区の範囲は、「社区体制改革後に規模の調整が行われた居民委員会の管轄区」（平均一〇〇〇～三〇〇〇世帯）とされており、コミュニティと行政区画としての意味が二重になっている。本稿では、主に前者の文脈で使われているため、コミュニティと訳した。

（2）所有者委員会（「業主委員会」の訳）とは、集合住宅において区分所有者（「業主」の訳）により組織されるもので、いわば日本のマンションの管理組合にあたる。

（3）中華税網「従開徴物業税説起」。

（4）大維「業主維権之路」出所：東方法眼。

（5）張磊「業主維権運動：生産原因及動員機制」社会学研究二〇〇五年第六期。

（6）住宅改革後の住宅管理領域においては、従来の行政運営を廃止して、住宅のメンテナンスとサービスを専門の住宅管理会社に委託した。現在、中国における住宅管理会社は、すでに二〇〇〇社を超えており、従業員は、二〇〇万人に達している。

（7）中国で初めて行われた「覇王現象（各種のやり取りの中で、不合理・不公平な現象のこと）」認知度調査は、中国産業報協会が三〇社以上のマスコミと連合して実施した。今回の調査における質問の設定とデータを分析した中国社会調査所によれば、全国各地から五八二七五通の回答が集まった。それによると、大衆が評する一〇大「覇王業種」とは、電信、不動産建設会社・住宅管理会社、保険、電力、教育、医療、銀行、鉄道、交通、スーパーマーケットである。出所：新浪網。

（8）従広林「業主自治法律問題研究」出所：天下不動産法律服務網。

（9）李友梅「城市基層社会的深層権力秩序」社会学二〇〇四年第〇二期。「ガバナンス」は「統治」と異なる。〓可平教授は、両者の差異を二つにまとめた。第一に、政治管理過程において、ガバナンスと統治は、どちらも権威と権力を必要とし、正常な社会秩序を維持するといった同じ目的を掲げている。しかし、ガバナンスが必要とする権威は、協力というプロセスをその根拠とし、必ずしも政府に由来するわけではない。これに対して、統治における権威とは、その全てが政府を発生起源とするものであり、統治の主体として、社会の公共機構であることが想定されている。ガバナンスの主体は、公共機構でも、民間の機構でもいいし、公共機構と民間機構の協力体でもいい。第二に、管理過程においては、権力の及ぶ影響が段階的で上から下への一方通行だ、ということである。この過程では、統治によって運用されるのが政治権威ということになり、この権威が命令を発動したり、政策を決定・実施したりすることによって、社会的な公共事務を管理している。しかし、ガバナンスにおいては、権力の及ぶ影響が双方向に開かれており、主として合作、協商、仲間、といった関係を築くことによって承認し合い、共同目標を打ち立て公共事務を管理している。

（10）「物業管理条例」（二〇〇三年九月一日より施行）第六条参照。

（11）「物業管理条例」（二〇〇三年九月一日より施行）第一一条参照。

（12）「物業管理条例」（二〇〇三年九月一日より施行）第一五条参照。

（13）上海市不動産土地資源管理局の住宅管理処長の張年氏が、上海テレビ局ニュースチャンネル九九〇「都市家園」という

番組に出演した際の上海市の住宅管理状況に関する紹介から得たデータである。

(14) 上海市虹古住宅区の所有者管理委員会は、上海市仙霞路三〇号ビル所有者の代表者である。管理サービス業務を提供する上海温哥華住宅管理有限会社は、所有者の同意なしで、中国聯合通信有限会社上海支社と提携して無断でビルの屋上にデジタル移動通信ネットステーションを設置した。権益が侵害された所有者は、上海市長寧区人民法院に起訴し、被告に対しステーションの使用費を請求した。詳しくは、中国不動産網を参照。

(15) 李友梅「基層社区組織的実際生活方式」社会学研究二〇〇二年第四期。

(16) 李章生「業主維権其路漫漫」浦江従横二〇〇六年第六期。

(17) 今回の調査は、主に現有の普通住宅、高基準住宅、売却後の公的住宅の三つの住宅類型の占める比率及び質と価格の一致原則に従って行ったものである。売却後の公的住宅、普通住宅、高基準住宅団地の抽出比率は四：四：二であり、各住宅団地から三〇枚以上の見本を抽出した。調査年齢の多くは、三六歳以上で、女性五三％、男性四七％である。回収された見本は、四三〇二通であった。出所：上海物業網。

(18) 徐道穏「小区権利保護「運動」良性互動機制有待建設」出所：捜狐網。筆者が上海市徐匯区東安路「四季園小区所有者委員会」の主任を担当した時の経験によると、真剣に権利保護運動に参与する人は、僅か五％しかいなかった。これについて、中国中央テレビ局は、二〇〇二年一二月二日に、「東方時空」番組で一〇分程度報道したことがある。

(19) 徐道穏「小区権利保護「運動」良性互動機制有待建設」出所：捜狐網。

(20) 張磊「業主維権運動：産生原因及動員機制」社会学研究二〇〇五年第六期。

(21) 市民社会における市民とは、都市の市民を指すのではなく、burgher を指す。国家における人が公民であれば、社会における人は burgher である。市民と称するのは、社会と国家の区別を強調するためである。石元康「市民社会与重本抑末」参照。

(22) 市民社会 civil society、中国語では、公民社会、文明社会と民間社会という訳語もある。古代から近代まで、ドイツのマルクス、ヘーゲル及び現代のハーバーマスなどは、それぞれの時代における「市民社会」について論述している。マルクスは、ヘーゲルの思想を批判的に継承し、市民社会を市場経済における人と人の間の物質交流関係とこの交流関係が構成する生活領域と見なし、国家政治から独立した私人領域の契約関係によって連結する社会総体である、という。「Blackwell 政治学百科全書」の中にも、「国家によってコントロールされない社会、市場経済、規則、制度であり」、「近

代以前の社会秩序における非政治的領域」という解説がある。これに対し我々は、市民社会の中にも「政治」が存在し、市民の自治を、実は権力のコントロールの現れであると認識することにしたい。というのも、国家権力を排除し、「国家統治」から独立し「自己ガバナンス」を行うことを強調するためである。それゆえ、市民社会という概念は、国家利益関係を基礎とし、国家権力・国家統治を主導とする「国民社会」に相対するものであると主張したい。

(23) 苗炜「市民代表倪正茂」出所：人民網

(24) 楊永啓「城市草根民主的起承転合」人民法院報二〇〇五年一二月一八日。

＊本翻訳は、李妍淑によるものであるが、伊藤和歌子も校正に参加し、脚注の補足をつけた。念のため補記しておく。

（二）中国の住宅小区をめぐるアクターの役割及び関係についての一考察

伊藤　和歌子

中国では近年集合住宅建設の増加に伴い、管理面での法制化が進められている。二〇〇三年九月一日から施行された物業管理条例によれば、集合住宅は物業（不動産）管理区域ごとに区分されて管理されることとなっている。この管理区域の範囲を居住小区または住宅小区と呼ぶ。物業管理区域は物業の共用施設の設備、建築の規模や社区建設の要素を考慮して区分された地域であり、その具体的な方法は省級政府によって決定される。居住小区あるいは住宅小区の地域による基準を見てみると、例えば北京では「都市計画に基づいて建設され、設備が整備されている一定規模に達した居住区・居住小区・危険家屋建て替え区」を居住小区と呼び、瀋陽では「住宅を主体とした相応の設備を備えた、建築面積が二万㎡以上の住民生活区」を住宅小区と呼んでいる。

各小区には業主と呼ばれる建物の区分所有権者により構成された業主大会及び業主委員会という議事機関・執行機関があり、主に小区内の問題解決に貢献している。本稿ではこれらの小区のアクターについて説明した後、実際の運営上の問題点を分析する。まずは小区内のアクター自身の問題点を整理し、次に小区と並存するもう一つの末端社会管理系

統である社区をめぐるアクター、すなわち街道や委員会との関係及び問題点についての整理を行なう。[1]

（一）住宅小区の関連アクターの役割及びその運営状況[2]

一）業主委員会

業主委員会とは建物の所有権者である個人または法人により、選挙を通じて住宅に関連するさまざまな職権を行使する自治組織であり、後述する業主大会の執行機関である。日本で言えば、マンションの管理組合がこれに相当するといってよいだろう。国家の規定によれば、業主委員会を設立する条件は、①ある住宅小区内の共有住宅のうち商品住宅が三〇％に達した場合、②新築住宅の五〇％以上が商品化されている場合、③住宅が売り出しを開始して満二年が経過している場合、の三つである。小区は完全公有住宅、公有住宅と商品住宅の混合区、完全商品住宅の三つに分けられるが、業主委員会が設立されるのは後者二つのタイプの小区ということになる。先の三条件のいずれかに該当する場合、業主や業主団体は社区または関連部門に対して業主委員会の設立を申請・登記し、また規定を制定し、活動できる。また業主委員会のメンバーは業主大会と呼ばれる所有権者の大会で選出される。

業主委員会は業主大会による差額比率が二〇％を下回らない差額選挙によってメンバーの選出を行なう。この業主大会の成立条件は、①当該住宅区の入居率が五〇％以上に達していること、②最初の業主が入居してから満二年経過していること、の二つである。いずれかの条件が成立してから六〇日以内に、開発業者、物業管理会社、業主のいずれかが当該地の街道弁事処と区政府の主管部門に書面で通知する。書面を受け取った街道弁事処は、一回目の業主大会開催に向けて業主大会準備グループを組織し、その指導・協力をする。準備グループの構成メンバーは街道弁事処、居民委員

会、派出所、開発業者、物業管理会社、業主である。業主大会準備グループは業主大会議事規則や業主公約の草案作成、業主委員会メンバーの数の確定、立候補者の名簿作り、選挙方法の制定及び実際の選挙管理事務、業主大会開催の日時・場所・内容・形式の確定を行なう。

業主大会が開催されると、準備グループが草案を作成した業主公約、業主大会議事規則、業主委員会議事規則の議決を行った後、業主委員会のメンバーを選出する。なお、メンバーの任期は三年で、委員会の召集は三分の一以上の議員が提案したときまたは適宜必要に応じてなされる。定足数は半分で、議決数は過半数である。

業主委員会の主な職務は、①業主大会を召集し、主催すること、②業主公約や業主委員会規定を修正し、その実施を監督すること、③年度計画と予算及び物業管理会社のサービス費用徴収基準を審議すること、④物業管理会社の管理・サービス活動を監督すること、⑤住宅に関連する公共設備建築についての議論・決定、などである。

業主委員会メンバーの給与は法で規定されておらず、業主委員会主任、副主任、秘書、委員会が承認する人々により、委員会を通じてその額が決定される。

業主委員会の経費は物業管理サービス費から出される。業主委員会の事務経費については先述の通り業主委員会が年初に計画を提出し、物業管理会社と相談後業主大会を通過した後に認識される。経費の内容については業主大会で物業管理会社、業主委員会がともに会計を公開し、業主による監督や質問を受ける。

業主委員会の事務室は物業管理会社が使用する部屋を区切って使うが、その面積は人数に応じるが平均三～五平方メートルである。なお、事務経費や事務室の利用について業主委員会と物業管理会社の意見が一致しないときは、区の主管部門が判断する。

二）業主大会

業主大会は一つの物業管理区域に対して一つ設置され、その区域内の業主全員によって構成される、最高意思決定機関である。業主大会の開催は開会の一五日以前に業主全員に通知される。特に住宅小区での会議は同時に居民委員会への通知も義務付けられている。また大会は業主大会議事規則の規定に基づいて開催されるが、二〇パーセントの業主が提案した場合、臨時会議を開くことが義務付けられている。また会議の議決数は過半数だが、業主大会による規則の制定、業主公約や業主大会議事規則の修正・改定や、物業管理会社の選出・解任や維持・補修資金関連の法案の決定には三分の二以上の票数が必要となる。

業主大会の職務は、①業主公約と業主大会議事規則を制定・改定すること、②業主委員会委員を選挙し、業主委員会の活動を監督すること、③物業管理会社を選出・解雇すること、④維持・補修専門資金の使用などを決定し監督すること、⑤物業管理区域内の物業共用部分と共用施設・設備の使用や公共秩序・環境衛生維持などの規定を制定・改定すること、⑥法律、法規または業主大会議事規則が規定するその他の物業管理関連の業務を行なうこと、である。

三）物業管理会社

物業管理会社は日本のマンション管理サービス会社に相当し、業主に住宅区の範囲内で物業管理サービスを行なう営利企業である。業主委員会と契約した内容に基づき、物業サービス・管理を行う。「深圳市経済特区物業管理業界管理法」（「深圳市経済特区物業管理行業管理弁法」）の定義によれば、物業管理会社とは「法に基づいて設立され、住宅区、工業区、オフィスビルなどや公共設備、公共の場所に対して専門的かつ一体化した物業管理サービスを行なう企業法人」であり、物業管理を専門に経営する企業と兼営企業を含むという。

物業管理会社は行政の住宅管理部門の規定基準と住宅区の物業委託管理契約に基づいて管理業務を行なう。その業務内容は、主に住宅及び付属施設（消防設備・エレベーター、駐車場、緑地など）の維持・修繕・管理である。

また物業管理会社は、①法律・法規に基づいて住宅区の物業管理法の制定、②委託管理契約に基づいた費用の徴収、③住宅区における物業管理が規定する行為の違反の阻止、④会社が引き受ける経営業務の選択、といった権利を有している。

また新規開発の場合は業主や業主大会が物業管理会社を選任する前に開発業者などの建設単位が物業管理会社を選任し、「前期物業サービス条約」を結び、「業主臨時公約」を制定する。建設担当者は臨時規約を購入前に買主に明示し、説明することが義務付けられている。建設単位は買主と売買契約を締結する際に、臨時規約の承諾を書面で受け取る必要がある。

以上から、業主委員会と物業管理会社には次のような関係が成り立つことがわかる。

一つは雇用者・被雇用者の関係である。業主委員会は物業管理会社の選任・解任、物業サービス・管理の監督を実施する権利がある。業主委員会が既存の物業管理会社を解任するという事例は少なくなく、例えば河北省石家庄市世紀花園では、業主委員会が従来の物業管理公司を解任し、新しい物業管理公司を迎え入れている。

二つ目は、サービスと費用の徴収という関係である。物業管理会社が契約に則ってサービスを行っている場合、業主委員会は業主に管理費の支払いを催促する義務がある。

（二）実際の運営上の問題点

一）住宅小区関連アクター自身の問題点

上述のように住宅小区を取り巻くアクターの役割及び関係については法制化されているが、実際の運営ではいくつかの問題点が見られる。

一つ目は業主委員会設立そのものの手続きの煩雑さである。先述の通り業主、物業管理会社、街道弁事処、居民委員会などさまざまなアクターにより構成された準備グループを組織し、業主大会議事規則と業主公約を起草し、業主大会開会の時間と業主委員会の委員数の決定、業主委員への立候補者の資料を作成する。選出された業主委員会リストや業主大会の開会日時などを載せた報告書、業主大会の議事規則、業主公約、業主大会での決議などを政府に報告する。この手続きで少なくとも三、四ヶ月はかかるという。北京市のある小区では、業主委員会が成立して政府に届け出るまで一八ヶ月もかかったという。(3)

二つ目は、議決に必要な票数集めの難しさである。前述の世紀花園では業主大会を開いたとき、最も多くて総数の四分の一にも満たない四〇〇人しか参加がなかったという。票集めは大会での討論の他に書面形式で意見を求めることができるが、例えば物業管理会社の選任・解任に必要な票数は投票権を有する業主の三分の二であるが、これを書面で意見を収集する場合は委員が一軒一軒回らなければならない。

三つ目は、業主委員会メンバーの給料、および活動経費は一切ない無償の仕事であるということである。メンバーの多くは職を持っているため、余暇の時間を使って業務に携わる、ということも少なくない。(4)またその活動経費は委員のポケットマネーから捻出され、ある委員は電話代だけで年間二〇〇〇元を支払ったという。また業主委員会は物業管理会社に対して物業管理の範囲に限ってのみ監督を行うことができるが、居民委員会の業務と物業管理会社の業務が重複している部分については居民委員会の業務なのか物業管理会社の業務なのか判別することは難しく、物業管理会社は

それを利用し、業主委員会の監督から逃げる口実にすることもできる。(5)

それでは業主委員会が必要ないのかというと決してそうではない。商品住宅と公有住宅が混在する社区では、業主の意見を収集し、管理会社との橋渡しをする組織が必要であろう。北京市の古くからある小区では、住居やサービスにお金を払うという意識が薄く、物業管理会社はしばしば駐車費を徴収するのに難航している。また業主委員会がない場合、業主個人が物業管理会社との交渉にあたるが、その場合必ずしも業主全体の利益を代表したものであるとは限らない。その点から見れば、業主大会における住民の共通認識の形成、および物業管理会社との契約にもとづいた業主委員会による費用の徴収は、管理会社が物業管理およびサービスをスムーズに行うために必要であるといえよう。しかし業主委員会の設立や運営に困難が生じている、という現実もあることは否定できない。また業主委員会だけでは問題を解決できず、政府が介入するというケースもある。先の世紀花園では、新しい物業管理会社を一度は招聘したものの従来の物業管理会社との引継ぎがうまくいかず、住民との対立が激しくなり、当該小区から出て行かざるを得なった。その後新たな物業管理公司を招聘しようとしたがうまくいかず、街道弁事処が協調サービス小組を設立し、三ヶ月間物業管理業務を代行している。また、上海のある小区のように、業主の数があまりに多すぎ居住区の公共事務が業主による自治管理では手に余るため、居民委員会を街道弁事処に昇級し政府の権限を強め、その政府の指導と監督の下で業主委員会を設立・運営という物業管理への政府の介入を求める声もある。(6)

二）住宅小区関連アクターと社区関連アクターとの関係及び問題点

業主委員会の出現は、街道・居民委員会を中心とする末端社会管理系統の構造に大きな変化をもたらした。集合住宅の増加によって、社区をとりまく主要アクターは業主委員会、物業管理会社、街道弁事処、居民委員会となった。唐娟

によれば、住宅小区における衝突や紛争の傾向は、次の四つに分類できるという。(7) 一つ目は開発業者の不動産に対する詐欺行為である。例えば偽の広告、契約の罠、質の悪さ、付属設備の不備などの問題である。二つ目は物業管理会社が物業サービス契約に違反し、業主の自治権を侵犯した場合である。例えば会計の不透明性、過度の費用の徴収、虚偽の支出の水増し、サービスの質の低下、業主委員会の選挙の操作、業主大会による解雇の決定の拒否などである。三つ目は行政主管部門の業務不履行や不適当な干渉する場合である。例えば業主大会の召集の誘導を行なわない、業主委員会の選挙結果に対して報告書を与えない、業主大会決議に許可を与えない、恣意的に業主委員会のメンバーを変える、物業管理会社の入札の操作などである。四つ目は業主委員会が正常に機能せず、業主の利益を代表しない場合である。例えば業主大会の決議を行なわない、交代選挙を実施しない、新しく成立した業主委員会との交代を行なわない、権力の濫用などである。

この中で社区組織と関連が深いのは三つ目のケースであろう。これは行政主管部門、つまり街道弁事処以上の組織との紛争だが、深圳市の業主委員会と業主大会指導規則取り下げ要求にも見られるように、(8) 居民委員会が業主委員会の指導的立場になることに強い反発を示していることからも、居民委員会に対してもその干渉が不適当な場合は衝突に発展する可能性もあろう。

しかし、居民委員会と業主委員会を法律の面から見てみると、確かに両者とも自治組織のカテゴリーに入るが性質も法律による位置づけも異なる。まずは構成員と委員会の管轄範囲の違いである。居民委員会の構成員はその地域に住む住民全体であり、居民委員会は管轄する範囲の住民に対してさまざまな管理・サービスを行う。その内容は社会保障、教育、衛生面などバラエティに富み、また住民と政府との仲介役、住民同士の揉め事の解決など住民の生活に関係するものすべてにわたっている。一方業主委員会の構成員は業主、つまり区分所有の権利者である。そして業主委員会の職

務は区分所有に関連する項目に限定されている。居民委員会との関係についていえば、物業管理条例でも業主大会や業主委員会は居民委員会の活動を支持し、指導と監督を受けなければならないことが明記されている。また前述のように、住宅小区での業主大会開会やそこで議決された内容は居民委員会に通知することが義務付けられている。このことから、居民委員会は業主委員会を包含する性質を持つことがわかる。実際に業主委員会の運営が困難である場合、業主委員会を社区成員代表大会（社区の最高意思決定機関）の業務部門の一つにすることもできるという(9)。

では居民委員会と物業管理会社との関係はどうなのだろうか。物業管理会社とは社区内に存在する会社の一つである。基本的には業主委員会から委託を受け、契約に基づいて物業管理・サービスを提供するのみである。居民委員会は社区事務の全面的管理を請け負っており、社区内のすべての組織は居民委員会の監督を受ける義務がある。つまり、物業管理会社は居民委員会の幅広い業務の一端を担うものとして位置づけられる。

このように法律上は三者の位置づけははっきりすることはできるが、実際には業務内容が重なるため、三者の役割の境界線は非常に曖昧であることが多い。各地域ではこの問題を解決するためにさまざまな管理モデルを作っている。例えば上海の塘橋街道では「三つの馬車」（三駕馬車）と称した居民委員会、業主委員会、物業管理会社の三位一体のワンドア式サービスを提案し、居民委員会主任、物業管理会社経営者、業主委員会主任による連絡会議制度の設立により、共同して問題の解決にあたることを提唱している。このような「三位一体」の考えは、南京市鼓楼区でも導入されている。鼓楼区では「三つの看板、一組織」（三個牌子、一套班子）という社区管理・サービスシステムを設立し、住民自治・社区服務・物業管理が同時に行えるようにした。そのほかには、居民委員会が物業管理を請け負うモデルがある。成都市小天竺街道では社区居民委員会が物業管理を兼ねるモデルが試行されている。武漢市のある社区では物業管理会社の経営者が社区居民委員会の主任に当選し、居民委員会と物業管理会社の矛盾の緩和に貢献している。また狭西省咸陽市

恵民路社区居民委員会では、物業管理会社が居民委員会に事務室の提供、居民委員会は物業管理会社が水道代、物業管理費の徴収について住民ともめたときに仲介役を果たしたり、住民のレクリエーションの場として居民委員会と物業管理会社が老人大学を立ち上げたりしている。(10)

一方、完全商品住宅小区に住む住民は中・高所得者層が多く、住民間のトラブルも主に物業管理に関するものであるため、居民委員会の設立を必要と感じない。業主委員会と物業管理会社・開発業者に問題解決を委ねてきた深圳がそのいい例であろう。また、同様に上海市徐匯康健街道内の六つの完全商品住宅小区では居民委員会を設立せず、住民も設立の必要を感じていないという。(11) このように住民たちが街道・居民委員会などの従来の地域組織による社会管理システムを必要としていない場合、無理に居民委員会による指導を法的に規定しても、深圳のように反対に遭うことは必至であり、政府の従来システムの優位性の維持という思惑と、実際に住民が望むシステムとの溝を埋めるのは難しい。

しかしだからといって地域に業主委員会だけがあればよい、というわけでもなかろう。業主委員会だけでは問題を解決できず、政府が介入するというケースも存在するのである。先の世紀花園では、新しい物業管理会社を一度は募集・採用したものの、従来の物業管理会社との引継ぎがうまくいかず、住民との対立が激しくなり、当該小区から出て行かざるを得なくなった。その後新たな物業管理会社を募集・採用しようとしたがうまくいかず、街道弁事処が協調サービス小組を設立し、三ヶ月間物業管理業務を代行している。

上海のある小区のように、業主の数があまりに多すぎ居住区の公共事務が業主による自治管理では手に余るため、居民委員会を街道弁事処に昇級し政府の権限を強め、その政府の指導と監督の下で業主委員会を設立・運営という物業管理への政府の介入を求める声もある。(12)

物業管理条例を見る限り、業主委員会は物業管理の範囲に限ってのみ物業管理会社を監督し、必要によっては会社そ

のものを解任することもでき、物業管理に限っては自らの組織のみで問題解決できるだけの権限は付与されている。言い換えると、充分に自己統治できるだけの環境は整っているといえよう。しかし、業主委員会そのものの設立の煩雑さ、そして制度の実際の運営にあたっての困難さという現状を見る限り、政府や居民委員会との協働が不可欠であるといえよう。住宅小区における管理をスムーズに行うためには、先の各地方のモデルに見るように、居民委員会が中心的リーダーシップをとり、業主委員会・物業管理会社との職責の重複部分の境界線を引き、協働して社区管理にあたるシステムの構築が必要であるといえよう。

（1）中国の都市部では一九九一年から「社区建設」と呼ばれる従来存在していた人間関係や地域連帯感を生かすための制度整備がはじまった。社区の示す範囲は民政部の見解によれば、「体制改革後の規模の調整を受けた居民委員会の管轄区」であり、大体一〇〇〇世帯から三〇〇〇世帯をその範囲としている。

（2）本項では、各アクターの職務内容を『物業管理条例』（二〇〇三年九月一日施行）を中心に整理している。

（3）王連波「誰来為業主委員会解〝難〟」『社区』二〇〇四年四月号、七ページ

（4）「瀋陽一位業主委員会成員的苦悩」『東北新聞網』（http://house.nen.com.cn）二〇〇四年一一月一二日、「一個誕生中的業主委員会」『東方早報網』（http://www.dfdaily.comndex.asp）、二〇〇五年五月九日

（5）徐暁軍「城市社区自治：権力矛盾及其協調」『広東社会科学』二〇〇五年一月、一七三―一七八ページ

（6）「一個誕生的業主委員会」『東方早報網』、二〇〇五年五月九日

（7）唐娟、二〇〇五年、『城市社区業主委員会発展研究』八ページ

（8）二〇〇五年一月に深圳市政府の国土資源・不動産管理局は「深圳市業主大会と業主委員会指導規則」を公布し、当局が業主委員会・業主大会に対する政策法規の制定及び監督を行い、区の住宅局が業務の指導、監督を担い、街道弁事処、社区業務ステーション及び居民委員会が管轄区の業主委員会及び業主大会運営に関する具体的な管理業務を担うことを定め

た。しかしこの指導規則に対して、物業管理企業の権利侵犯であり、業主の権利を制限し、業主の権益保護活動に干渉し、業主による業主委員会の設置を妨害するものだとして業主たちの猛烈な反対が挙がった。同年三月二三日には業主の連名で、「法に基づいて『深圳市業主大会と業主委員会指導規則』を取り消すことについての建議書」（「関於応依法撤消『深圳市業主大会和業主委員会指導規則』的建議書」）が深圳市の人民代表大会と常務委員会に対して提出された。

（9）徐勇・陳偉東、二〇〇三年、一九ページ

（10）「居委会与物業公司的双向為民服務」、二一ページ

（11）徐中振、二〇〇〇年、『上海社区発展報告（一九九六―二〇〇〇）』上海大学出版社、四六二ページ

（12）「一個誕生的業主委員会」、二〇〇五年五月九日

研究ノート

韓国における条例制定権の範囲と限界（一）

――日本の条例論との比較検討を中心に――

鄭　原昌

目　次

はじめに
第一章　韓国の地方自治法制における条例の位置づけ
　第一節　現行法上の条例制定権の根拠

第二節　条例の法的性質に関する学説
一．条例自主立法説
二．条例委任立法説
三．学説の検討
第三節　小括
第二章　地方自治団体の事務と条例制定権
第一節　地方自治団体の事務
一．事務の類型
（一）自治事務（固有事務）
（二）委任事務
一）団体委任事務
二）機関委任事務
二．自治事務、団体委任事務、機関委任事務の立法上の区別
第二節　事務の配分
第三節　事務の類型と判例の傾向
一．判例の傾向
（一）委任の根拠法令がない機関委任事務を規定した条例
（二）委任の範囲を逸脱した委任状例
（三）条例の規定対象外の場合
二．判例の検討
第四節　小括
第三章　条例の法律適合性
第一節　概説

［以上本号］

第二節　憲法上の「法令の範囲内」の解釈
第三節　住民の権利・義務に対する法律留保事項と条例
一．学説
（一）合憲説
（二）違憲説
二．行政機関の見解
三．判例の傾向
四．関連判例
第四節　条例制定権の憲法上の限界
一．概説
二．基本的人権と条例
（一）平等原則と条例
一）概説
二）関連判例
（二）職業選択の自由と条例
一）概説
二）関連判例
三）表現の自由と条例
三．財産権法定主義と条例
（一）学説
一）財産権規制不能説
二）財産権規制許容説
①　財産権行使規制許容説

②　条例準法律説
③　憲法受授権説
（二）学説の検討
（三）関連判例
四．罪刑法定主義と条例
（一）合憲説
一）条例準法律説
二）法律授権説
三）憲法授権説
（二）違憲説
（三）学説の検討
（四）地方自治法第二〇条の問題点及び改正方案
五．租税法律主義と条例
（一）学説
一）地方税条例主義
二）地方税法律主義
（二）学説の検討
（三）関連判例
第五節　法律優位の原則と条例制定権の限界
一．法律優位の原則と条例
二．法律空白領域と条例
三．法律と異なる目的の条例
四．超過条例及び追加条例

（一）超過条例を適法とした判例
（二）超過条例を違法とした判例
第六節　小括
第四章　条例に対する統制
第一節　住民による統制
一．条例の制定及び改廃請求権
（一）意義
（二）請求権の内容
二．請願権及び住民の訴願権
第二節　立法的統制
第三節　行政的統制
一．再議要求による統制
（一）意義
（二）再議要求制度の類型
（三）再議要求権者
（四）条例案再議要求の事由及び基準
（五）再議要求の手続
（六）再議要求の実態
二．モデル条例案による統制
三．承認・協議による統制
第四節　司法的統制
一．違法条例に対する大法院提訴
二．違憲・違法命令・規則審査権による統制

三．憲法訴願制度による統制
第五節　小括
おわりに

はじめに

一般的に、条例論に関する研究は主に条例制定権をめぐる法律問題の領域と、個別条例についての実態的領域という二つの次元で行われている。本稿は前者の領域に関する研究であり、研究の対象を韓国の条例論に限定し、韓国における条例制定権の範囲と限界について日本の条例論との比較検討の視点から述べながら、韓国における条例制定権の範囲と限界をめぐる実態と理論状況を紹介したものである。

日本の場合は、条例制定権をめぐる法律問題については、主に憲法と法律との関係における条例制定権の範囲と限界をテーマに憲法及び行政法学の領域で研究が行われ、条例論が形成されてきた。特に、一九六〇年代以降、公害・環境行政の領域で国の法令基準より高次の規制を規定したり、法令の規制以上に条例で規制目的や規制対象を追加したり、法令が一定の規模・基準以上の種類・事項を規制対象にしている場合、条例がその規制対象から外れているものを規制した、いわゆる上乗せ条例、横出し条例、裾きり条例などが現れ、その法的許容性をめぐり理論的発展が図られながら、法律と条例の関係に関する条例論が形成されてきた。その過程で法律と条例の関係に関する戦後の通説的な見解であった国の法令が先占している事項については、法律の明示的委任がなければ条例を制定することができないという、いわゆる「法律先占論」の克服が行われた。法律と条例の関係に関する「法律先占論」の克服の可能性は、すでに徳島公安条例違反事件における最高裁判決[1]において公認されており、同判決が示した判断基準は今日の裁判実務界における通説的な見解となっている。

一方、韓国の場合、日本と同様に、条例制定権をめぐる法律問題については、主に憲法と法律との関係における条例制定権の範囲と限界をテーマに憲法及び行政法学の領域で研究が行わ

れ、条例論が形成されてきた。しかし、韓国の場合は独立後、しばらくの間地方自治を実施した経験はあったが、一九六一年以来中断された時期が三〇年間に及び、地方自治が復活したのが一九九〇年代に入ってからであったため、地方自治団体の条例制定権が論点として取り上げられる必要性はそれほどなかったといえる。すなわち、地方自治中断期における条例制定の実態は地方議会など住民の意思を反映する手段もなく、地方自治団体は中央行政機関の下部機関に過ぎなかったので、条例制定は中央行政機関が制定したモデル条例案に従って行われ、条例の自主性は乏しく、自治体独自の自治立法は殆どなかったのである。従って、日本のような法律と条例の抵触が問題となる余地は殆どなく、上乗せ・横出し条例の法的許容性に関する問題は浮上してこなかった。そのため、従来、韓国における条例論に関する研究はそれほど注目を浴びず、蓄積された研究成果も少なく、学説の展開も日本の条例論を参考にしたものが多く、独自の理論形成が行われてこなかった。

ところが、一九九〇年代以降地方自治が復活し、住民の選挙により選ばれた首長と地方議員や議会が構成されてからは、憲法と地方自治法によって保障された条例制定権を活用し、自主性と創意性のある条例が登場しつつあり、その過程で条例の規定が法律と抵触し裁判に至ったり、上乗せ・横出し条例の許容性をめぐり憲法・行政法学の領域でも議論が交わされるなど自治立法に対する関心が高まるようになってきた。韓国の地方自治制度は日本と歴史的背景や現行法制度が異なっているものの、日本と同じく機関対立型の首長制を一九四九年の地方自治法制定以来変わらず維持しており、日本と類似しているところがかなり多い。そのためか、近年の韓国における条例制定権をめぐる学説や、判例の見解などは、日本の学説や判例の影響を大きく受けており、条例制定権の範囲と限界を巡っては、日本のそれと同様の学説や論点が交わされているが、条例制定権をめぐる両国の実定法上の規定を比較してみると、韓国のほうがより限定・制約されたものとなっているため、条例制定権の範囲は狭く、自主的条例を制定するには現状の実定法上の制約環境があまりにも厳しいものになっていると言わざるを得ない。条例制定権をめぐる両国の実定法上の規定を比較してみると、次のようにまとめることができる。

先ず、条例制定権の根拠について、日本の場合、条例制定権の法的根拠は憲法第九四条と地方自治違法第一四条一項に求めることができる。すなわち、憲法第九四条は、「地方公共団体は、……法律の範囲内で条例を制定することができる」と定めてお

り、地方自治法第一四条一項には、「普通地方公共団体は、法令に違反しない限りにおいて第二条二項の事務に関し、条例を制定することが出来る」と定め、地方自治体の条例制定権を保障している。

一方、韓国の場合、条例制定権については、憲法第一一七条一項と地方自治法第二二条に法的根拠が規定されている。すなわち、憲法第一一七条一項には、地方自治団体は「法令の範囲内で自治に関する規定を制定することできる」と規定されている。そして、この憲法規定を具体化した地方自治法第二二条には「地方自治団体は法令の範囲内でその事務に関し条例を制定することができる」とし地方自治団体の「条例制定権」を規定している。規定の文言でみるかぎり条例制定権の自主性や制定範囲は韓国の方が日本のそれより制限されたものと解釈される。すなわち、憲法上の規定から見ると、日本の場合は法律の範囲内で条例制定権が保障されているのに対して、韓国は法令の範囲内で条例制定権が保障されている。法律の範囲内と法令の範囲内との違いは、後者は法律と命令を含む概念であり、一般的に、韓国では国会で制定された法律とその下位規範である大統領令、総理令、部令などの施行令及び施行規則[2]を合わせて呼ぶ時に使用される。従って、条例を制定する際には法律とその下位規範である命令にも拘束されることとなり、立法範囲は文言でみるかぎり日本に比べると、より制限されたもとなっている。一方、地方自治法上の規定からみると、日本の場合は法令に違反しない限り条例制定権が保障されているのに対して、韓国の場合は憲法の規定をそのまま取り入れ法令の範囲内で条例制定権を保障している。これは、憲法第一一七条第一項の「法令の範囲内」の意味に対する解釈と関わりを持つ。条例制定権の範囲を広く捉える立場からは、「法令の範囲内」の意味を「法令に違反しない範囲内で」条例を制定することができるものと解釈し、条例制定権の範囲を狭く捉える立場からは、「法令の範囲内」の意味を「法令の委任により」条例を制定することができるものと解釈する。いずれにせよ、日本の地方自治法のように「法令に違反しない限り」条例を制定することができると実定法上明らかに文言上規定していないかぎり、「法令の範囲内」の意味を「法令に違反しない限り」と解釈するのは無理があり、地方自治法上の規定から日韓の条例制定権を比較すると、韓国のほうがより制限的ものになっていると言わざるを得ない。

第二に、法規たる条例、すなわち、住民の権利義務を規律し、住民の権利義務に関する定めを内容とする条例について相違が

見られる。日本の地方自治法第一四条二項には「普通地方公共団体は、義務を課し、又は権利を制限するには、法令に特別の定めがある場合を除くほか、条例によらなければならない」とし、法令に特別な定めがないかぎり、法律の委任がなくても条例による制限を認めている。これに対して、韓国の地方自治法第二二条但し書きには、「…住民の権利制限若しくは義務の賦課に関する事項又は罰則を定めるときは法律の委任がなければならない」と規定し、住民の権利義務に変動をもたらすいわゆる行政事務条例の制定に当たっては、法律の委任がなければならないとし法律留保の原則を明らかにしている。この一五条但し書き規定については、従来からその違憲性が主張され、地方自治団体の条例制定権を萎縮させ、条例の自主性を妨げる要因であるとして批判されてきたが、未だに削除されていない。行政事務条例の制定に関する日韓の実定法上の規定をみるかぎり、韓国のほうが条例制定権の自主性を発揮するにはより制限的なものとなっていることがわかる。

第三に、日韓の地方自治法にはともに、条例の実効性を担保するための規定を定めているが、罰則の内容面で違いがある。日本の地方自治法第一四条三項は「…条例に違反した者に対し、二年以下の懲役若しくは禁錮、一〇〇万円以下の罰金、拘留、科料若しくは没収の刑又は五万円以下の過料を科する旨の規定を設けることができる」と規定し、条例により秩序罰だけでなく、刑事罰も設けている。これに対して、韓国の地方自治法第二七条一項には「地方自治団体は条例で条例違反行為に対して一千万ウォン以下の過怠料を定めることが出来る」と規定し、刑事罰則を定める権限を一般的に委任せず、行政秩序罰である過怠料（日本の科料に該当）を定める権限のみを委任している。元々旧地方自治法第二〇条は「市・道は当該地方自治団体の条例で三月以下の懲役又は拘禁、一〇万ウォン以下の罰金・拘留・科料又は五〇万ウォン以下の過怠料（過料）の罰則を定めることができる」と規定し、条例で刑事罰則を制定することができる規定が設けられていたため、これが罪刑法定主義を定めた憲法第一二条と住民の権利制限又は義務賦課に関する事項や罰則を定める場合には法律の委任がなければならないとした地方自治法第一五条の但し書規定に違反するのではないかをめぐり学説上の対立があったが、結局、違憲の余地が強いとみなされ一九九四年四月に行われた地方自治法改正の際、条例違反行為に対して刑事罰則を定めることができた旧地方自治法第二〇条の規定は削除され、行政秩序罰のみを定めることができる現行地方自治法第二七条の規定に改正されたのである。条例で規

定できる罰則の内容を比較してみると、このように日本のほうが刑事罰を条例で制定することができる点から条例の実効性を担保するうえでより強い権限が与えられていると言える。

第四に、長の規則制定権について、日本の地方自治法は第一五条一項に、「普通地方公共団体の長は、法令に違反しない限りにおいて、その権限に属する事務に関し、規則を制定することができる」としているのに対して、韓国の地方自治法第二三条には「地方自治団体の長は、法令又は条例が委任した範囲内においてその権限に属する事務に関して規則を制定することができる」としており、法令の委任に基づく法令委任規則と、条例の委任に基づく条例委任規則にわけることができる。従って、規則は法令や条例の委任の範囲を超えることができず、委任規則の性質上、上位の法令などの委任範囲を超えて規定することは許されず、法令などの全体的な立法趣旨に違反する規則を制定することはできない。この点で、韓国の規則制定権は日本に比べると弱くごく制限されていると言わざるを得ない。

第五に、広域自治団体条例と基礎地方自治団体条例との関係である。韓国の地方自治法第二条一項には、地方自治団体の種類について①特別市、広域市と道及び特別自治道、②市と郡及び区（区は特別市と広域市の管轄区域内に置かれる自治区であり、その自治権の範囲は法令の定めに従って市・郡と異なることができる）の二種類が定められている。地方自治団体間の関係は、基本的には、自治体に法人格が与えられ（自治法第三条一項）、対等・平等の関係を持つとされる。従って、広域地方自治団体と基礎地方自治団体の関係も、基本的には対等・独立した関係をもつとされるが、現実は、広範な国家委任事務の存在により広域地方自治団体の長が基礎地方自治団体の長を指揮・監督する垂直的関係が形成されている[3]。広域地方自治団体は現行法上設けられている様々な関与・監督手段を用いて基礎地方自治団体を統制しているが、条例制定権に対する統制もその一つである。すなわち、現行地方自治法第一七条には、条例と規則の立法限界について、「市・郡及び自治区の条例と規則は市・道の条例や規則に違反してはならない」とし、広域地方自治団体の自治立法権の基礎地方自治団体の自治立法権に対する優越を認めている。この点、地方分権一括法による改正前の日本の旧地方自治法では、広域自治体である都道府県が基礎自治体である市町村を包括する自治体であることにかんがみ、かつ、法体系の統一を確保する観点から、旧地方自治法第一四条三項に、「都道府県は、市町村の行政事務に関し、法令に特別の定めがあるものを除くほか、条例で必要な規定を設けること

ができる」と規定されていた。同項の規定により、都道府県が市町村の行政事務に関し定める条例が、いわゆる統制条例であり、市町村の行政事務条例が統制条例に違反するときは、当該市町村の条例は、無効とされた（同条四項）。都道府県は、この統制条例を制定することにより、都道府県の独自の意志で、市町村の行政事務の処理を規制することができ、都道府県が市町村の条例制定権を統制する手段となっていたが、昨今の分権改革でこの規定は削除された。

広域地方自治団体条例の優越性を名文で認めている韓国の制度は日本の旧地方自治法上の統制条例制度よりも、基礎地方自治団体に対する強力な統制手段となっており、この点からみても、韓国の基礎地方自治団体における自治立法権の自主性は日本よりかなり大きな制約を受けているといえる。

近年、日本における条例制定権をめぐる立法環境は大きな変化を遂げている。一九九〇年代以降進められた地方分権改革は、一九九五年五月に地方分権推進法を制定し、四次にわたる勧告を経て、一九九八年五月に「地方分権推進計画」が閣議決定され、一九九九年には同計画を実現するための関連法律に対する大幅な法改正が行われ、地方分権一括法が成立し、二〇〇〇年四月から施行されることとなった。二〇〇〇年分権改革の最大の成果は、戦後長い間中央集権型地方自治制度の要因となっていた機関委任事務制度を廃止し、新たな事務区分として法定受託事務と自治事務を設けたことである。これにより、自治体の条例制定権の範囲は大きく拡大されることとなった。すなわち、従来、機関委任事務に対しては条例制定権が及ばなかったので、条例制定権の範囲は限定されていたが、分権改革により従来の機関委任事務の五五％が自治事務化し、自治体の条例の制定及び運用に係る事務量が飛躍的に増大し、条例制定権の対象と範囲も広がることになった。しかし、憲法九四条の「法律の範囲内において」、地方自治法一四条の「法令に違反しない限りにおいて」条例を制定することができるとした基本的性格には変化がないため、新たな自治事務について自治体がどこまで条例で定めることができるかは、自治事務について定める法令の規定により左右されるところが多きいと思われる。いずれにせよ、今日の日本における条例制定をめぐる立法的環境は、国が先占している事務領域については条例制定権が及ばないとする「先占領域論」は、既に過去のものとなり、独自の存在意義を喪失した今日おいては、分権改革により改正された地方自治法第一条の二に掲げられた国と地方の役割分担の原則、すなわち、①国際社会における国家としての存立に関わる事務、②全国的に

統一して定めることが望ましい国民の諸活動もしくは地方自治に関する基本的な準則に関する事務、③全国的な規模でもしくは全国的な視点に立って行わなければならない施策及び事業の実施など、との調和を図りながら、地域の実情や必要性に沿った条例を、拡大された条例制定権を活用しいかに創出し運用するかが、大変重要になってきたといえる。

一方、韓国は金大中政権から現慮武鉉政権に至るまで着実な分権改革が進められ、中央権限の地方移譲のための地方移譲促進法（一九九八年）、地方分権を推進するための基本原則を定めた「地方分権特別法」（二〇〇四年）、地域間の不均衡を解消し、自立型地方化を促進して国家の均衡ある発展を図るための「国家均等発展特別法」（二〇〇四年）などの制定や、地方分権を推進するための具体的な日程と課題を盛り込んだ基本計画である「地方分権ロードマップ」（二〇〇三年）の策定などにより、地方分権を国政の最重要課題として位置づけ取り組んでいるが、中央集権型地方自治制度の柱とされる機関委任事務制度の廃止や分権型社会に合う自治立法権の在り方などに関する議論は殆ど論外視されているのが現状である。

本稿は、上記のような日韓の条例制定権をめぐる立法的環境や実定法上の現状を踏まえ、韓国の現行地方自治法制における条例論の現状を、日本の条例論との比較検討の視点から、条例制定権の範囲と限界に関する韓国国内における学説や判例を中心に紹介しながら述べているが、その意義と趣旨は次のようにまとめることができる。

第一に、韓国の地方自治法制は制度の根幹をなす地方自治法そのものが制定当初から日本の地方自治法をモデルとして制定されたため、日韓の地方自治制度は類似点が多く、抱えている課題や問題点にも共通点が多い。特に本稿のテーマである条例論においては、地方自治制復活以降、日本の条例論に関する学説や理論が多く導入されており、条例の法律適合性が問題となった判例においても日本の判例理論がかなり反映されている。本稿はこうした条例論における日韓の共通点や相違点を比較検討の視点から考察することにより、日韓の条例論の抱える共通した問題点を見出し、日韓の地方自治法制において、条例が自治体の政策形成や住民福祉の増進など、地方自治の理念を実現する道具としての役割を果たせるようにするための共通の課題を提示することである。

第二に、従来、日本では諸外国の条例論に関する研究はそれほど重視されず、日本国内の条例論に関する研究が主として行われたため、これまで日本で蓄積された条例論に関する文献の

中で諸外国の条例論を取り上げた文献は極めて希薄である。そこで、本稿が日本ではまだそれほど取り上げられていなかった韓国の条例論を紹介することにより、韓国だけでなく諸外国の条例論に関心を持つ契機となれば幸である。なお、本稿は全四章で構成されており、各章の小括には日韓の条例論に関する比較検討を行った。

第一章　韓国の地方自治法制における条例の位置づけ

第一節　現行法上の条例制定権の根拠

韓国の憲法は一九四八年七月一七日に制定されたが、その第八章に地方自治団体の事務範囲と地方自治団体の組織や運営など地方自治に関する規定を設け地方自治を憲法的に保障している。

韓国の憲法はこれまで九次にわたる改正を行っているが、地方自治と関連した主な改正の沿革を見ると、次のようにまとめることができる。まず、国政を大統領制から議院内閣制度に変えた第三次改憲においては、地方自治団体長を住民の直接選挙により選出する公選制とし、邑・面・洞などの基礎地方自治団体にまで地方自治が実施され、地方議会には条例制定権が付与された。次に、軍事政権に変わった一九六二年の第三共和国憲法である第五次改憲においては、いわゆる「地方自治に関する臨時措置法」（一九六一年九月一日制定）により、地方自治が全面的に中断されることとなり、条例制定権は中央行政機関の承認に基づき行われた。そして、大統領直選制、憲法裁判所などを導入した一九八八年の第九次憲法改憲下においては、中断されていた地方自治が一九九一年から復活し、地方自治団体長の公選制、地方議会の構成などが段階的に実施され、地方自治団体の条例制定権が復活した。

現行韓国憲法はその第八章に地方自治に関する独立した章を設け、その第一一七条第一項に、「地方自治団体は住民の福利に関する事務を処理し、財産を管理し、法令の範囲内で自治に関する規定を制定することができる」と定められている。これは、憲法が地方自治団体に地方自治行政に関する権限と責任を与え、統治団体としての性格を付与することにより、自治立法権を承認したことを意味する。

憲法第一一七条第一項の規定に基づき、地方自治法[4]第二二条には「地方自治団体は法令の範囲内でその事務に関して、条例

を制定することが出来る。但し、住民の権利制限又は義務賦課に関する事項や罰則を定めるには法律の委任がなければならない」と規定し、同法第三九条一項には、条例の制定及び改廃は地方議会の議決によることを規定している。

ところが、憲法第四〇条は、「立法権は、国会に属する」と定め、国会立法の原則を明らかにしている。従って、憲法第一一七条第一項の地方自治団体の条例制定権と、憲法第四〇条の国会の立法権との関係が問題となる。これについては、憲法第四〇条により国会は立法機関としての地位を持つが、これは国会が立法権を独占することを意味するものではないとされる。同条は、憲法秩序において国会が中心的な立法機関であることと、法律の形式で行われる立法機能は必ず国会によらなければならないことを意味するものであって、地方自治団体の条例制定権を妨げる趣旨ではないとされる。(5)

憲法第一一七条第一項の法的性格をめぐっては、地方自治権を固有権説の立場を取るか伝来的立場を取るかにより、確認規定説と創設規定説に分かれる。確認規定説は、条例制定の根拠を地方自治団体に保障されている自治権に求め、憲法第一一七条第一項や地方自治法第二二条の規定がなくても条例制定権は存在し、憲法第一一七条第一項の規定はそれを確認する規定に過ぎないという。一方、創設規定説は、憲法第一一七条第一項の規定は確認規定ではなく、創設規定であり、地方自治法第二二条はこの憲法規定に基づき、名称、形式、規定事項の範囲などを明確にしたことに過ぎないという。

憲法第一一七条第一項は、自治に関する包括的な規則制定権として条例制定権を保障しているので、原則的に国の立法は国会が、地方自治団体の立法は地方議会が担当することにより、立法権の機能的配分を図っている。(6)従って、法律によっても自治の核心的な部分は侵害できないことを規定し、これに必要な立法権を地方自治団体の権限として保障したのである。法令において自治に関する事項を詳細に規定し、条例制定権を制約することは地方自治を保障し自治に関する条例制定権を授権した憲法の趣旨に反することであり、地方自治の本質に反する法律は違憲・無効である。(7)

第二節　条例の法的性質に関する学説

一般的に、条例とは自治体が法令の範囲内でその権限に属する事務に関して地方議会の議決により制定される法である。条例は不特定多数人に対して対外的拘束力を持つ法規であり、形

式的意味の法律ではないが、実質的意味の法律に該当する。[8]

条例の法的性質は条例制定権の根拠と関連があり、特に、条例制定の範囲を決める重要な基準でもある。条例の法的性質について韓国の公法学者の間では、公法上の高権的権力の性質と法規としの性質を持つ点については異論がないが、条例が自主法としての性質を持つか、委任立法としての性質を持つかによって、条例自主法説と条例委任立法説の対立がみられる。

一．条例自主立法説

条例自主立法説は地方自治権に関する固有権説に立つか、伝来説に立つかによって固有権的自主立法説と伝来的自主立法説に分かれるが、条例は当該地方自治団体の事務に関して規定する自主法であるという点では一致している。

固有権的自主立法説は、地方自治団体が持つ自治権は自然権的固有権であり、憲法に規定がなくても地方自治団体の固有の領域に関する事務は地方自治団体の条例で規律でき、従って、地方自治団体の固有事務に関しては憲法に基づかなくても、条例を制定できるという。また、地方自治の固有の領域においては自治立法である条例と国の法律が抵触しても条例に優先的な効力があるから、法律の効力は排除せざるを得ないという。この説によると、憲法第一一七条の「法令の範囲内」の意味は、固有事務については意味がない規定とされるか、緩和して解釈される。すなわち、地方自治団体の固有事務に関する条例に関しては自然権的固有権である自治権の行使であるから、法律留保と法律優位の原則が適用されないとされる。

他方、伝来的自主立法説は地方自治権に関する伝来説に基づき、条例は憲法により国家の統治権の一部として国から地方自治団体に伝来されたものであるという。この説は、法律の条例に対する優位を認めながらも、自治権の本質を害する程度の法律による条例制定権の制約は違憲とされる。だが、この場合でも、固有事務領域において制定された国の法令に優先することは出来ず、国法体系から完全に独立した排他的・閉鎖的な地方法体系を構成するものではない。[9]条例は自主法ではあるが、それは憲法の承認を受け由来したものであり、広義の意味で国法秩序の中に含まれるべきであり、憲法第一一七条第一項の「法令の範囲内」の設定は、それの現れであるという。

しかし、この伝来的自主立法説の見解においても、地方自治団体の自治権ないし自治事務（固有事務）は憲法によって保障された制度的保障の一つであり、従って、自治事務に対しては法令に違反しない限り、法令の個別的な委任がなくても条例を

制定できるとされる。[10]

二．条例委任立法説

条例委任立法説は法体系における条例の位置づけから条例の法的性質を検討している。この説によると、自治権は国家権力から与えられたものであり、条例制定権も国家権力から由来し、憲法を頂点とする法体系において条例は法律の授権に基づく委任立法の一つであるという。条例は行政機関の命令と同様に法律の授権に基づくものであるから、地方自治団体の住民の権利・義務に関して規律する場合は、必ず法律の委任が必要であり、従って、条例制定権は地方自治法の授権によって認められ、法律留保原則と法律優位の原則は必ず適用されるという。

この説を主張する韓国の公法学者の見解によると、「地方自治団体の自治立法権は憲法上の行政権の一つであり、その一部を形成しているから、その意味で自治立法権も行政権と同様に法律の優位及び法律の留保原則の支配下にあるものとみなければならない」[11]、また、「地方自治団体の自治立法権は行政行為の一部であり、従って、それは当然行政の法律適合性を持つ」[12]とか、「条例も行政主体が定める法規範であるから、一種の行政立法であるといえるが、他の行政立法である法規命令とは違いがある」[13]と述べている。要するに、条例委任立法説は地方自治団体の条例制定行為は、一種の行政行為であるから、条例の制定には必ず法律の委任が必要であるという。

三．学説の検討

一般的に、条例とは地方自治団体が法令の範囲内でその権限に属する事務に関して地方議会の議決で制定される法である。[14]地方自治団体が条例制定権を通じて自治立法権を持つことは、憲法上の権力分立原則に違反することではなく、憲法一一七条第一項により明文を持って保障されたものである。条例に関する実定法上の根拠規定である地方自治法第二二条は、憲法上の規定を具体化したものであり、条例制定権を創設したものではない。

条例の法的性質を明らかにすることは憲法上保障された地方自治を具体化するための法的手段である条例制定権の範囲と限界を設定する上で非常に重要な法的課題でもある。条例の法的性質に関して、韓国では条例自主立法説と条例委任立法説の対立がみられるが、地方自治を保障した現行韓国の憲法下における多数説は条例自主立法説、特に、伝来的自主立法説であると言える。[15]固有権説に基づいた条例自主立法説は、自治権を自然

権的な固有権として捉え、条例制定権に関する憲法の規定がなくても地方自治団体の固有の事務領域においては自由に条例を制定できる自主法であると主張するが、固有権説の説くように今日の地方自治制においては国家から完全に独立した地方自治団体を想定することは国家法秩序の統一性の要求からも、また、現行地方自治制度が憲法によって保障され、制度化されていることからみても困難であり、現行憲法秩序に反する法理であると言える。

他方、条例を単純な委任立法の一種として捉える条例委任立法説は、次のような理由から妥当ではない。すなわち、現行韓国憲法が、その第一一七条第一項に「地方自治団体は法令の範囲内で自治に関する規定を制定することが出来る」とし、条例制定権を保障している趣旨から見ても、憲法が地方自治団体に対して、国の行政機関に対する委任命令制定権とは区別される自主立法権を保障していることは明らかであり、「法令の範囲内」とは、「法令の委任によって」とその解釈が異なるからである。「法令の範囲内」とは、条例と法令が抵触する場合は法令が優先し、条例は既存の法令に違反して制定できないことを意味し、これは、法律優位の原則を宣言するに止まり、少なくとも、地方自治団体が自治事務の領域のおいては自主的に条例を制定できることを意味していると解すべきである。

結局、条例制定権は憲法第一一七条第一項により保障されたものであり、法律の委任がなくても条例を制定することが出来る。条例は地方自治団体の自治権に基づき、民主的正当性を持つ地方議会から制定される自主法であるが、国法体系から完全に独立した排他的・閉鎖的な地方法ではなく、憲法を頂点とする国法体系の一部をなすものであり、条例制定権は国家の統治権から伝来され、自治事務に関しては法令に違反しない限り個別の法令の委任がなくても条例を制定できるものと解釈すべきである。

第三節　小括

日本の場合、条例制定権の法的根拠は憲法第九四条と地方自治法第一四条に求めることができる。まず、日本国憲法は第八章に地方自治に関する規定を別途に設け地方自治を保障している。第九二条には「地方公共団体の組織及び運営に関する事項は、地方自治の本旨に基いて、法令でこれを定める」とし、地方自治の基本原則を宣言し、第九四条には「地方公共団体は、その財産を管理し、事務を処理し、及び行政を執行する権能を

有し、法律の範囲内で条例を制定することができる」とし、自治財政権、自治行政権、自治立法権を明示している。

この条例制定権に関する憲法上の規定をめぐって、条例制定権が憲法の保障する自治権の一つであることについて今日殆ど争いはないが、その憲法上の根拠及び範囲をめぐって学説の対立が見られる。まず、第一説は、いわゆる創設説又は授権規定説と呼ばれるものである。これは、憲法上保障された自治権（憲法第九二条）に含まれる条例制定権を、自治体の存立を維持し活動するために必要な組織・運営に関する内部的規律についての一般的規範の定立に限定し、その構成員たる住民に新たな義務を課し、その権利自由を制限する実質的意味における法規を定立するには、そのための特別の授権が必要であるとする。そして条例制定権を定める憲法第九四条が、この実質的意味における法規を定立しうる自治立法権を憲法上創設・授権したのであり、それは、国を唯一の立法機関とする憲法第四一条の例外を憲法上特に認めた規定であるとする。(16)

第二説は、いわゆる確認規定説というものである。これは、条例制定権の根拠について、自治体が自治体としての存立を認められている限り、その事務に関して法規を設けることは、その自治権の内容としてこれを認めなければならないとし、条例制定権には、自治権を認める規定の他に、法的根拠を必要としないとする見解と、(17)憲法第九二条で保障されている地方自治権には条例制定権が当然含まれるとし、憲法九二条に根拠を求める見解がある。(18)この見解によると、憲法第九四条の規定は、確認的意味を有するに過ぎないことになり、その法的意味は法律と条例の関係について規定したことにある。

第三説は、自治体の条例制定権が九四条によって創設されたのか、九二条の「地方自治の本旨」にすでに含まれているかという議論は、あまり意味がないとし、日本国憲法は、九二条の「地方自治の本旨」の一環として九四条で条例制定権を含む地方自治権の保障を明記したのであり、条例制定権は九二条と九二条があいまって憲法上に保障されていることになるという。(19)

いずれにせよ、これらの説は、条例制定権の憲法上の根拠を憲法第九二条または九四条に求める点で異なるとはいえ、憲法が実質的意味の法規の定立を含む自治立法権を保障しているとし、条例制定権の根拠を憲法に求め、条例制定において別途に法律の授権は要しないと考える点においては一致している。

最高裁の判例も条例制定権の根拠について、「地方公共団体が制定する条例は、憲法が特に民主主義政治組織の欠くべからざる構成として保障する地方自治の本旨に基づき（同九二条）、

直接憲法九四条により法律の範囲内において制定する権能を認められた自治立法に外ならない。従って条例を制定する権能もその効力も法律の認める範囲を超えることはできないけれども、法律の範囲内にあるかぎり、条例はその効力を有するものといわなければならない」[20]とし、条例制定権の根拠は憲法にあり、条例制定において別途に法律の授権は要しないことを示している。

一方、自治立法権を保障した憲法第九四条の規定を受けて、地方自治法第一四条には、「普通地方公共団体は、法令に反しない限りにおいて…条例を制定することができる」とし、自治体の条例制定権を規定している。条例制定権について定める本条の解釈については、憲法九四条の解釈との関連で様々な諸学説が見られるが、大きく二つに見解が分かれている。一つは、いわゆる確認規定説（条例自主立法説）である。これは、条例制定権の根拠が憲法自体に存在する以上、法律の特別の授権や媒介を必要とせず、条例は原則的に当該自治体の事務に関して定立される自治体の自主法とされる。すなわち、憲法による自治立法権の授権は、自治体の事務について、法律に矛盾・抵触しない範囲で、包括的に自治体固有の自主法を定立しうる権能を自治体に与える趣旨である、命令のように法律による委任を改めて必要とせず、また憲法には、本来自治体の事務処理権能に属しない事務に関する条例の制定を法律が自治体に委任する場合も、それは、概括条項による一般的、包括的委任で足りる、このことから、まず地方自治法第一四条一項は、自治立法権の根拠を定めたものではなく、憲法自身による授権を地方自治法上確認したものに過ぎないとされる。[21]

もう一つは、いわゆる創設規定説（条例委任立法説）であるが、これは、条例制定権が法律の授権によって認められると解し、条例も国の命令と同様に委任立法であるとするものである。すなわち、近代法というのは憲法を頂点としてその下に法律があり、法律の授権によって命令・条例が制定されるという法体系を持つものである。そして、こうした法体系の一貫性により近代法の法的安定性、個人の権利・自由の保護、行政の適法性が保障される。従って、条例の法的性質を考慮する際、それが近代法体系の中で占めている位置をまず考えなければならない。そうすると、条例は法体系において命令と同様、法律の授権によって初めて制定することができるものである。この見解によると、地方自治法第一四条の規定は憲法第九四条の自治立法権保障規定を確認した確認規定ではなく、直接自治体に条例制定権を授権する創設規定とされる。[22]

この自治法一四条の規定の法的性質については、自治立法権自体は憲法によって賦与されたものであり、自治法一四条は、「自治立法権の根拠を定めたものではなく、自主法の法形式を明瞭にし、その規定事項の範囲を他の法形式との間において確定するものであるにすぎない」という、確認規定説がが通説とされる。

条例制定権の法的性質については、日韓ともに、憲法によって条例制定権が保障されていること、条例は当該自治体の事務について制定する自主法であることについては一致している。また、条例制定権の根拠を憲法自体に求め、条例に関する実定法上の根拠規定である地方自治法上の規定(日本の場合は一四条、韓国の場合は二二条)は、第一次的な授権規定ではなく、憲法の規定を受けて、規定事項の範囲を具体化・明瞭化した趣旨に過ぎないし、条例制定権を創設する意味ではないことにについても一致している。ただ、韓国の場合は、住民の権利・義務に関する事項ないし権利制限・義務賦課に関する事項については、実定法上の規定が個別的法律の委任を要求している関係上(自治法二二条但し書規定)、いわゆる、住民の権利義務に関わる行政事務領域の条例を制定するに当たっては法律の個別的委任が必要とされるが、日本の場合は、韓国の自治法二二条但し書規定のような制限条項が設けられていないため、公権力をもって住民に命令・強制し、権利自由を侵害するいわゆる干渉行政(Eingriffsverwaltung)にかかわる条例の制定についても法律の特別の授権は必要としない解されている。[23]

第二章　地方自治団体の事務と条例制定権

地方自治団体は法令の範囲内でその事務に関して条例を制定することができるため条例制定権の範囲を知るには条例制定権が及ぶ事項的範囲を限定している地方自治団体の事務体系について理解することは重要である。地方自治団体の事務体系について地方自治法第九条第一項に「地方自治団体はその管轄区域内の自治事務と法令により地方自治団体に属する事務を処理する」と規定し、同法第一〇二条には「市・道と市・郡・自治区で施行する国家事務は法令に他の規定がない限り市・道知事と市長・郡守及び自治区の区庁長に委任して行う」と規定し、第一〇三条には「地方自治団体の長は当該地方自治団体の事務と法令によりその地方自治団体の長に委任された事務を管理し執行する」と規定している。この九条第一項の規定は自治事務と

団体委任事務ついて、一〇二条と一〇三条の規定は機関委任事務について規定したものである。

上記のような地方自治団体の事務体系において地方自治団体の条例制定権が及ぶ範囲は、固有事務である自治事務と団体委任事務に限るというのが、学会の支配的な見解であり、判例上も確立された見解である。

以下では、地方自治団体の事務体系や事務の内容と条例制定権の範囲について述べてみることにする。

第一節　地方自治団体の事務

一．事務の類型

（一）自治事務（固有事務）

自治事務とは地方自治団体がその仕事を遂行するに当たって国家又は他の地方自治団体から干渉されず、自己の意志と責任の下で住民の福利増進のために処理する地方自治団体本来の事務であり、地方自治団体の存立の目的に属する事務を指す。地方自治法第九条一項には「地方自治団体はその管轄区域の自治事務と法令により他の地方自治団体に属する事務を処理する」と規定し、自治事務に関する規定が置かれている。地方自治団体の自治事務は法令により国家又は他の地方自治団体に帰属されない限り、住民の福利に関する全ての事務が含まれる。自治事務は任意的自治事務と義務的自治事務に分けることができる。義務事務には教育法による初等学校の設置とその経営義務、汚泥清掃法による汚泥処理義務、伝染病予防法による予防接種施行・予防施設の義務、消防法による消防事務などがある。任意的自治事務を随意事務、義務的自治事務を必要事務という。[24]

自治事務は憲法第一一七条第一項で規定している「住民の福利に関する事務」[25]と地方自治法第九条第一項の「その管轄区域の自治事務」である。自治事務の処理経費は当該地方自治団体が全額負担するのが原則である。自治事務については補助の根拠が法令に定められていなくても中央と上級地方自治団体は補助することができ、奨励的補助金が当たる。地方自治法第一六六条第二項は「国又は市・道は地方自治団体が当該地方自治団体の事務を処理するに当たって必要と認められる場合は財政支援又は技術支援を行うことができる」と規定している。

自治事務に対する国家又は上級地方自治団体の事前監督は原則的に排除され、合法性監督又は事後監督に止まる。地方自治法第一一六条第一項は「中央行政機関の長又は市・道知事は自治団体の事務に関して助言又は勧告及び指導することができ、

このために必要な場合は地方自治団体に対して資料の提出を求めることができる」と規定している。しかし、地方自治法第一六九条第一項は「地方自治団体の事務に関して長の命令や処分が法令に違反するか著しく不当であり、公益を害すると認められる場合には市・道に対しては主務部長官が、市・郡及び自治区に対しては市・道知事が期間を定めて書面で是正を命じ、その期間内に履行しない場合にはこれを取消又は停止することができる。この場合自治事務に関する命令や処分に対しては法令に違反するものに限る」とされ、自治事務に対しても取消・停止権を与えており、自治権に大きな制限を加えている。

地方自治法第九条第二項には第一項の規定に基づく地方自治団体の事務の内容が例示されているが、これに対してはその事務の性質をめぐって自治事務のみが規定されたものであるという見解と自治事務と団体委任事務を規定したものであるという見解に分かれている[26]。思うに、団体委任事務とは法令の規定により地方自治団体の事務に属するものであることから、個別法令の規定にさきたって団体委任事務を例示するのはあまり意味がないし、自治事務のみを例示したものと解釈される[27]。

（二）委任事務

委任事務とは地方自治団体が法令により国又は地方自治団体から委任を受け行う事務を指す。委任事務は狭義には団体委任事務のみを意味するが、広義では機関委任事務も含まれる[28]。

一）団体委任事務

団体委任事務は地方自治団体の本来の事務ではなく個別法令又は条例の規定により国又は他の地方自治団体から委任を受け処理する事務を指す。団体委任事務は元々当該地方自治団体の事務ではないが法令や条例の個別的規定により地方自治団体に委任された事務である点において自治事務や機関委任事務とは異なる。団体委任事務は一応地方自治団体に委任されると地方自治団体の事務に転換され、自治事務と同様の扱いになり条例制定の対象になる。また、団体委任事務は地方自治団体に直接利害関係にあるだけでなく、全国的利害関係にある事務であるため中央政府や上級地方自治団体の指導・監督は自治事務に比べ広範囲に渡る。

現行法上規定されている団体委任事務として挙げることができるのは、国が国の河川の占用料等の徴収を市・道に委任したもの（河川法第三八条）、国が市・郡・区に国税徴収を委任したもの（国税徴収法第八条）、道が道税の徴収事務を市・郡に

委任したもの（地方税法第五三条）、市・郡が他の市・郡に義務教育学齢児童の一部に対する教育事務を委託したもの（初・中等教育法第一二条第三項）などがある。

団体委任事務の一般的な特徴は次の通りである。[29]

① 団体委任事務は事務を委任した国又は地方自治団体の事務であるため団体委任事務の処理効果は国又は委任地方自治団体に帰属される。

② 地方自治団体は自治事務のみならず委任事務に所要された経費も負担する義務があるが、国の事務又は地方自治団体の事務を委任された場合はこれを委任した国または地方自治団体がその経費を負担する（地方自治法第一四一条）[30]

③ 団体委任事務は自治事務と同様に地方自治団体の自主的な責任の下で処理することができるが、中央政府や上級地方自治団体による統制及び監督が認められる。

④ 団体委任事務は地方自治団体の固有事務ではないが地方自治団体が行う事務であり地方自治団体に影響を及ぼすものであるため自治事務と同様に地方議会の関与が認められる。自治事務と団体委任事務の区別は理論的にも実際的に明確ではない。自然法的な地方権思想を背景とした自治事務と団体委任事務の区別理論が近時においてはその理論的根拠を喪失したし、[31]両者共に個別法により地方自治団体に配分される事務であること（自治事務は包括的な委任であるが、団体委任事務は個別委任）、両者共に地方議会の関与が認められていること、経費の面でも実質的に大きな差はないことなどから区別の実益を否定し団体委任事務の自治事務への一元化を主張する見解が多い。[32]

二）機関委任事務

機関委任事務は国又は他の地方自治団体がその地方自治団体の長又は機関に委任した事務を意味する。機関委任事務に関しては自治法第一〇二条に「市・道は市・郡及び自治区において行われる国家事務は法令に別の規定がない限り市・道知事と市長・郡守及び自治区の区庁長に委任して行われる」と規定し、同法第一〇三条には「地方自治団体の長は当該地方自治団体の事務と法令に基づいてその地方自治団体の長に委任された事務を管理し執行する」と規定されているが、この「市・道と市・郡及び自治区において行われる国家事務」と「法令に基づいてその地方自治団体の長に委任された事務」が機関委任事務を意味する。また、国家事務を地方自治団体の長に委任する根拠は政府組織法第五条第一項及びその下位法令の一つである「行政

権限の委任及び委託に関する規定」第四条に規定されている。

機関委任事務制度は国の事務を処理するために国の地方行政機関を別に設けるよりは地方自治団体に任せた方が経費の節約になるし、住民の抵抗が予想される業務を中央機関が行うよりは地方自治団体に委任した方が便利であり、地方的事務は自治機構により処理する地方自治の理念に沿うことから設けられた制度である。従って、機関委任事務は国の直接的行政に属し、機関委任事務処理の効果は国に帰属する[33]。このような機関委任事務を処理するに当たって地方自治団体の長は当該地方自治団体の機関ではなく国の行政機関としての法的地位を持つ。団体委任事務は地方自治団体の事務であるのに対して機関委任事務は地方自治団体の事務とは関係ない国家事務である。従って機関委任事務に対しては条例制定権が及ばず、条例を制定することができない。しかし、機関委任事務においてもそれに関する個別法令で一定の事項を条例で定めるよう委任している場合は地方自治団体の自治条例制定権とは無関係にいわゆる委任条例を制定することができるが、この際にもその内容は個別法令が委任している事項に関するものとして個別法令の趣旨に符合するものでなければならないし、その範囲を逸脱した場合は委任条例としての効力が認められない[34]。

機関委任事務の例としては、戸籍、住民登録、兵事、大統領及び国会議員選挙、警察、地籍、統計、経済施策に関する事務と各種の許認可事務などである。その他、個別法による機関委任事務が規定されたものとして公有水面埋立法による公有水面埋立事務、自動車運輸事業法による自動車運輸事業免許及びその取消事務、道路法による国道の維持・修繕義務、食品衛生法による営業時間制限事務などがある。

機関委任事務は地方的利害関係のない国家的事務であり、当該国家事務が地方自治団体の長に委任されても国家事務としての法的性質には変わりがない。国と上級地方自治団体は機関委任事務に対して積極的な指導監督権を持つ。地方自治法第一七〇条には地方自治団体の長に対する職務執行命令及び代執行、行政・財政上の必要措置を取ることができ、地方自治団体の長は異議がある場合は大法院に提訴することができると規定されている。機関委任事務の経費負担に関しては委任者である国又は他の地方自治団体が負担する（自治法第一四一条）。機関委任事務に対する監督は下級行政機関に対する監督に該当するため違法な場合のみならず不当な場合にも行われることがある。また、地方議会は当該地方自治団体で経費を負担する場合を除き、原則的に機関委任事務に関与できないし、条例を制定する

ことが出来ない。

日本の場合、機関委任事務については従来からその弊害が指摘され近年の分権改革により廃止されることになったが、韓国では従前の日本のような機関委任事務に対する問題点が指摘されているものの、まだ、廃止されず存続している。[35]

二．自治事務（固有事務）、団体委任事務、機関委任事務の立法上の区別

現行法令において地方自体団体の事務を区分することは容易ではない。その理由としては、第一に、三〇年間に及ぶ地方自治の中断期には地方議会の主要機能を上級機関が行い、条例は上級機関の承認を得て制定されていたため、事務を区別する実益があまりなかったことである。従って、現行法令には自治事務、団体委任事務、機関委任事務に対する区分があいまいになっている場合が多い。第二に、行政事務の複雑・多様化により国家事務と地方の事務を区別することは容易ではない。第三に、国家事務と地方事務の基準が明確に定められていない。また、国家事務の地方移譲に関する基準が明確に定められていない。

一般的に事務区分については、個別法令の趣旨と内容を総合的に判断して、地方自治団体に利害関係がある事務は自治事務に、中央と地方の共通的利害関係にある事務は団体委任事務に、全国的統一が必要であり、地方的利害がない場合は機関委任事務として区分することが合理的であるというのが、通説的な見解である。[36]

現行法上の規定形式と事務の性質等による事務の類型を比較したのが〈表二〉である。

第二節　事務の配分

条例制定権の範囲を決定する基本的な要素として重要なのは事務配分の基準である。事務配分によって法律留保の範囲が決められ、条例制定権の範囲を確定することが出来るからである。

憲法第一一七条第一項は地方自治団体の事務について、「地方自治団体は住民の福利に関する事務を処理し、財産を管理し、法令の範囲内で自治に関する規定を制定することが出来る」とし、「住民の福利に関する事務」が地方自治団体の事務であることを明らかにしている。これは、地方自治団体の事務に対するいわゆる全権限性（Allzustandigkeit）の原則を保障したものである。[37]すなわち、地方自治団体の事務は全権限性の原則に基づき、法律に別途の規定がない場合でも住民の福利に関する

〈表２〉現行法上の地方自治団体事務の類型比較

区　分	自治事務	団体委任事務	機関委任事務
法的根拠	地方自治法第９条第１項前段・第２項、第103条	地方自治法第９条第１項後段・第２項、第103条	地方自治法第102条・103条・第104条、政府組織法第６条第１項
法令上規定形式	・「地方自治団体は000を施行する」と明記された事務 ・「市・道知事（市長・郡守・区庁長）が000を施行する」と明記された事務で、その性質上全国的統一性の必要性がなく、当該地方自治団体のみに利害関係がある事務	・「国又は上級地方自治団体が地方自治団体（市・道又は市・郡・自治区）に委任すると明記された事務 ・法令上中央部処の長とし・道知事（市長・郡守・区庁長）の権限を同時に規定している事務 ・「市・道（市・郡・自治区）に000小（委員会・委員会・委員）を置くと規定している事務 ・「市・道知事（市長・郡守・区庁長）が000を施行する」と明記された事務で、国家的利害関係と地方的利害関係を同時に持つ事務	・個別法律に委任することが出来る根拠条項を置き、大統領令で地方自治団体の長に委任する事務 例：この法律による000長官の権限はその一部を大統領令が定めるところにより市・道知事に委任することができる。 ・行政権限の委任及び委託に関する規定により地方自治団体の長に委任された事務 ・「市・道知事（市長・郡守・区庁長）が000を施行する」と明記された事務で、全国的統一が必要であり、地方的利害関係がない事務
国家の監督	消極的監督		
経費の負担	法令に明文の規定がなく、規定があるとしても補助と表現された事務	事業費の一部を国が負担する事務	全額国費補助として交付金の性格を持つ事務
事務の性質	・地方自治団体の存立目的のため、地方自治団体の責任に基いて住民の福利のため独自に処理する事務 ・住民の公共福利に関するもので当該区域内に限定された事務	・法令の個別的規定により国又は地方自治団体から他の地方自治団体に委任された事務 ・地方自治団体に委任又は所属された事務 ・必ず個別的法的根拠が必要な事務 ・直接的に当該地方的利害関係がありかつ全国的利害関係がある事務	・法令などにより国又は上級地方自治団体から地方自治団体の機関に事務処理を委任する事務 ・国家的利害関係が著しい国家事務 ・事務を処理する際、委任者である国又は上級地方自治団体の機関の地位で処理する事務
地方議会の関与	許容	許容	事務処理に必要な経費負担に関する事項以外は原則的に不可
賠償など結果責任	地方責任	国・地方共同責任	国の責任

資料出所：法制處『法律教育教材Ⅱ』2000、165～167頁。

全ての事務は地方自治団体の事務として処理することが出来ることを意味する。そして、憲法の規定を受け地方自治法第九条第一項には「地方自治団体はその管轄区域の自治事務と法令により地方自治団体に属する事務を処理する」とし、地方自治団体の事務には固有事務である自治事務と委任による委任事務があることを明らかにし、同法第一〇二条には「市・道及び自治区において施行する国家事務は法令に他の規定がない限り市・道知事と市長・郡守及び自治区の区庁長に委任して行う」とし、機関委任事務について規定している。

現行地方自治法は事務配分に関する原則として第一〇条第三項に「市・道及び自治区はその事務を処理するに当たって競合しないようにし、その事務が競合した場合は市・郡及び自治区が優先的に処理する」とし、事務不競合の原則と基礎地方自治団体優先の原則を掲げている。また、一九九九年に制定された「中央行政権限の地方移譲促進などに関する法律」[38]には国と地方自治団体の事務配分の基準として第四条第一項に「国と地方自治団体間の事務を配分するに当たっては、地方自治法第一一条に規定された国家事務を除き、出来る限り地方自治団体に配分しなければならない」と規定し、同条第二項には「地方自治団体において処理する事務の中で地方自治団体の専門的・技術的能力を超え、その業務の性格上中央行政機関で処理することが合理的な事務は中央行政機関に移譲しなければならない」と規定している。そして、同法第三条第一項には事務移譲の基本原則として、次のようなことが掲げられている。

①地方自治法上の事務（第九条第二項の例示事務）は地方自治団体において関連事務一括移譲の原則、可能な限り独自に処理できるようにすること、②地方自治団体の与件及び能力を考慮し、地方自治団体の意思を尊重すること、③地方自治団体が移譲された事務を自主的な決定と責任に基いて処理できるように移譲された事務と関連した全ての事務を可能な限り同時に移譲すること、④地方自治法上の事務配分基準（第一〇条の規定）を守ること、⑤住民の福利及び生活と直接関連した権限又は事務は市・郡・自治区に優先的に配分すること、⑥市・郡・自治区が処理する事務の中で市・郡・自治区の専門的能力を超え、業務の性格上市・道において処理することが合理的な事務は市・道に移譲すること。

地方自治法第一章第三節には地方自治団体の機能と事務について四カ条に渡り詳細に規定されている。まず、第八条には事務処理の基本原則として、第一項に「地方自治団体はその事務を処理するに当たって住民の利便性と福利増進のために努めな

ければならない」と規定し、第二項には「地方自治団体は組織及び運営の合理化に努め、その規模の適正化を図らなければならない」と規定し、第三項には「地方自治団体は法令及び上級地方自治団体の条例に違反してその事務を処理してはならない」と規定している。そして、第九条には地方自治団体の事務範囲について、第一項に「地方自治団体はその管轄区域の自治事務と法令により地方自治団体の事務に属する事務を処理する」と規定し、第二項には第一項の規定による地方自治団体の事務が六分野五七事務に関する規定が包括的に例示されている。(39)

第一〇条には地方自治団体の種類別（市・道及び市・郡・自治区）事務配分基準について規定しているが、まず、市・道の配分基準については、①行政処理結果が二つ以上の市・郡・自治区に及ぶ広域的事務、②市・道単位に同一の基準により処理すべき性質の事務、③地域的特性を生かしながら市・道単位に統一性を維持する必要がある事務、④国と市・郡・自治区間の連絡・調整などの事務、⑤市・郡・自治区及び自治区が共同に設置するのが適当であると認められる規模の施設の設置及び管理に関する事務を挙げている。

そして、市・郡・自治区については、市・道が処理する事務として例示された事務を除いた事務を処理することが出来ると

〈表３〉 行政階層間の事務配分の基準

区　分	事務基準	例　示
国の事務	・国家存立事務 ・全国的政策事務 ・全国的法制化の必要性 ・基準の統一性 ・国際情報資料 ・高度の技術開発 ・全国的規模の事務	・国防、外交 ・経済開発及び国土総合開発計画 ・国家制度整備及び改善 ・物価統制、食糧管理 ・住宅政策 ・気象、航空、原子力 ・郵便、電話通信、港湾
広域自治事務	・行政統合性・平等性 ・地域環境体系性 ・地域間利害関係 ・地域平等性 ・広域サービス ・地域計画監督	・警察、消防 ・水質、大気汚染、下水道 ・租税、所得関連事務 ・母子保健、伝染病管理、建築規制、法律行為規制 ・広域基準に一致する都市計画、環境影響評価
基礎自治事務	・地域現地性 ・住民密着性 ・地域開発・経済性 ・地域社会近接性 ・地方自治上の規定による事務	・地域住宅開発及び住居環境関連規制事務 ・住民生活及び福祉関連事務 ・商店街開発 ・条例、規則制定及び改廃と行政運営のための基本事務

資料出所：金会昌「中央行政権限の地方移譲に関する小考察『中央行政権限の地方移譲に関する研究』」2000、５頁。

し、人口五〇万以上の市については道が処理する事務の一部を直接処理できると規定している。[40] また、市・道と市・郡・自治区はその事務を処理するに当たって競合しないようにし、事務が競合した場合は市・郡・自治区が優先的に処理することにしている。

第一一条には地方自治団体が処理できない国家事務の例示が規定されているが、法律に特別な規定がある場合は例外を認めている。[41]

第三節　事務の類型と判例の傾向

憲法第一一七条第一項は「地方自治団体は住民の福利に関する事務を処理し、財産を管理し、法令の範囲内で自治に関する規定を制定することが出来る」と規定して地方自治団体の自治立法権を保障しており、この憲法の規定に基いて地方自治法第二二条は「地方自治団体は法令の範囲内でその事務に関する条例を制定することが出来る」とし、自治立法権を確認にしている。そして、地方自治法第九条には地方自治団体の事務範囲に関する規定が置かれており、第一一条には地方自治団体が処理できない国家事務に関する規定が置かれている。しかし、こうした地方自治法上の規定にもかかわらず国の事務と地方自治団体の事務を区別することや地方自治団体事務の類型を区別することは困難なことである。すなわち、実定法においては個別事務の一部を地方自治団体の長に委任する規定をおく場合が多く、個別法令が地方自治団体の長の権限として直接規定した場合、これが自治事務又は団体委任事務該当するか、国家事務としての機関委任事務に該当するかは法律の文言のみでは判断が難しいと言える。したがって、地方自治団体の事務範囲を規定した地方自治法第九条と、国家事務の類型を規定した第一一条からは地方自治団体の事務の類型を確認することは困難であり、自治権の法律留保原則を定めている憲法第一一七条第一項と第一一八条第二項の規定を前提にすれば、地方自治団体の事務類型に対する確認は立法者の意思に依存せざるを得ない。[42] 一般的に、当該事務が地方的考慮よりは主務部長官の統制の元に全国的基準により統一的処理すべき性質のものは機関委任事務として扱い、当該事務が例示された地方自治団体の事務に該当し、地域的特性による自立的な処理が望ましい場合は、自治事務として扱うのが望ましいという見解もある。[43]

事務類型に対して大法院は、発電所周辺地域に対する支援事業の一部を地方自治団体の長ではなく地域団体が施行できるよ

うに規定した蔚珍郡発電所周辺地域支援産業施行に関する条例案無効確認訴訟において、「機関委任事務においても、それに関する個別法令において一定の事項を条例に定めるよう委任している場合には地方自治団体の自治条例制定権とは関係なしにいわゆる委任条例を制定することが出来るが、その際にもその内容は個別法令が委任している事項に関するものとして個別法令の趣旨に合わなければならず、その範囲を逸脱した場合は委任条例としての効力も認めることは出来ない。法令上、地方自治団体の長が処理することになっている事務が自治事務であるか機関委任事務であるかを判断するに当たってはそれに関する法令の規定方式と趣旨を考慮すべきものであるが、その他にもその事務の性質が全国的に統一的な処理が求められる事務であるかの当否及び経費負担と最終的な責任帰属の主体も考慮して判断すべきものである」[44]とし、事務類型に対する区分基準を提示している。

一．判例の傾向

地方自治団体の事務と条例制定権の限界に関する判例の傾向は、国家事務（機関委任事務）と地方自治団体の事務（自治事務及び団体委任事務）という二元論にこだわり、地域住民の福祉や生活環境など、地域的必要性がある事項に対しても機関委任事務という立法形式上の理由のみで違法条例と判断する場合が多く、機関委任事務と判断されればいかなる領域においても条例制定を事実上不可能にし、地方議会の関与を認めていない。国家事務と地方自治団体事務の立法上の区別が容易でないことを考えれば、機関委任事務と自治事務という区分を条例の違法性判断の基準として執着している裁判所の態度には批判が多い。

条例制定権が及ぶのは自治事務と団体委任事務に限定されるが、法令の委任がある場合は、機関委任事務にも条例を制定することが出来る。しかし、この場合も委任の範囲を逸脱してはならない。以下では、条例制定の対象ではない事項を規定した条例案の議決に対して、無効を宣言した判例の傾向について、①委任の根拠法令がない機関委任事務を規定した条例　②委任の範囲を逸脱した委任条例、③条例の制定対象でない事務を規定した条例のケースに分けて紹介する。

（一）委任の根拠法令がない機関委任事務を規定した条例

住宅建設事業の承認に対する事項を規定した「光州広域市西区住宅建設事業計画立地審議会運営条例案」に対する判決[45]で、

大法院は、機関委任事務を規定した条例案に対して無効とした。大法院は判旨において、「本件、計画立地審議会運営条例案は、住宅建設事業計画承認に伴う住宅建設立地の適正当否を光州広域市西区庁長が決定にするに当たって、所管事項を事前審議するための住宅建設計画立地審議会の設置と運営に関して必要な事項を規定することを目的とし（第一条）、委員会の審議対象は住宅建設促進法第三三条の規定に基づき事業計画承認を得なければならない共同住宅とし（第三条）、住宅建設促進法第三三条及び同法施行令第三二条第一項の規定によると、同法第三三条による事業計画の承認を得なければならない共同住宅は二〇世帯以上の共同住宅であり、その事業計画承認は建設部長官の権限となっており、建設部長官はこの権限を同法第五〇条第一項、同法施行令第四五条第五号により市・道知事に委任し、再び、光州広域市長は同法第五〇条第二項及び光州広域市事務委任規則に基づき、三〇〇世帯未満の住宅建設事業計画承認に関する権限を原告に再委任したことがわかる。上記条例案は条例で制定できない事項を規定したものであり、条例制定範囲に関する地方自治法の規定に違反し違法である」と示した。

こうした判例の見解はその後も引き継がれ、「全羅北道共同住宅入居者保護のための条例案」に対する判決[46]で、大法院は委任の根拠法令がないにもかかわらず、機関委任事務を規定した条例を次のように判示し無効とした。「住宅の供給条件・方法・手続などに関する事項は、建設交通部長官の固有業務である国家事務であり、住宅建設促進法第五〇条、同法施行令第四五条に基づく権限委任の場合でも、これは機関委任事務とみるべきであり、国会事務は自治事務とは異なり、憲法第一一七条第一項により法令の範囲内で条例を制定出来る対象とは言えないので、住宅建設事業承認の対象である分譲を目的とする二〇世帯以上の共同住宅を対象として必要な事項を規定した本件条例案は、地方自治法第一五条但し書き（現行地方自治法二二条但し書き、以下、本稿の判例中に示した地方自治法一五条とは現行地方自治法二二条を表す）、住宅建設促進法第一条、第四条、第五条、第三二条に違反し、全体的に無効である」と示した。

また、後述の「ソウル特別市都市公園改正条例案」に対する判決[47]でも、大法院は、機関委任事務の場合は、委任の根拠法令がなければ条例で規定できないと示した。

（二）委任の範囲を逸脱した委任条例

機関委任事務に対しても委任の根拠法令があれば条例を制定できるが、これは委任条例と呼ばれる。しかし、委任条例の場

合も、委任の根拠となる法令の趣旨に合わなければならず、委任の範囲を逸脱した条例は無効とされる。

後述の「蔚珍郡発電所周辺地域支援産業施行に関する条例案」に対する判決[48]で、大法院は、「機関委任事務においても、それに関する個別法令で一定の事項を条例に定めるよう委任している場合は、地方自治団体の条例制定権とは無関係に、いわゆる委任条例を制定することが出来るが、この場合にも、その内容は個別法令が委任している事項に関するものとして、個別法令の趣旨に合うものでなければならず、その範囲を逸脱した場合は、委任条例としての効力を認めることができない」とし、委任の範囲を逸脱した委任条例の効力を否定した。

（三）条例の規定対象外の場合

国家事務または、立法事項であるため条例の制定対象でない場合、これを規定した条例は無効とされる。

「京畿道都市計画委員会条例の改正条例案」に対する判決で、大法院は、「都市計画法第七五条第一項、同法施行令第六〇条の規定からみて、地方都市計画委員会の事務において、中央都市計画委員会から委任を受けた事項を審議することは地方自治団体の自治事務や団体委任事務に該当するとは言えないから、地方議会は委任された事項に関して、地方都市計画委員会がその審議案件と会議結果を道議会に報告することを義務づける内容の条例を制定することはできないし、また、道知事の諮問機関としての事務は、地方都市計画委員会が道知事の諮問に応じて道知事の意志決定に参考となる意見を提供することに過ぎず、道知事はその意見に羈束されることではないから、地方議会が道知事の諮問に関する事項に関して、その審議案件の報告を義務づける内容の条例を制定することは出来ないから、京畿道都市計画委員会条例の改正条例案において、地方都市計画委員会の委員長が、道議会に審議する案件と、その会議結果を事前・事後に報告することを義務付けたことは、条例で制定できない義務規定を新設したこととなり、地方自治法第一五条及び都市計画法令の規定に違反し違法である」と示した。

また、「光州広域市議会事務處設置条例の改正条例案」に対する判決では、「地方議会議員に、別定職地方公務員である議員補佐官を付けるのは、地方議会議員の身分、地位及びその待遇に関する現行法令上の制度に重大な変更を招くものであり、これは、個別地方議会の条例で規定すべき事項ではなく、国会の法律で規定すべき立法事項であるので、地方議会議員に有給補佐官を付ける内容の改正条例案は無効である」と示し、国会

の立法事項であるから条例で規定できないとした。

二．判例の紹介

（一）道知事から市長・郡守に墓地などの許可権を委任したことは団体委任事務ではなく、機関委任事務なので議会がその事務を規律する条例を制定できないとした判例・楊平郡墓地など設置許可における住民の意見聴取に関する条例案再議決無効確認判決（大判 1995. 12. 22, 95chu32）

〈事実の概要〉

京畿道楊平郡議会（被告）は一九九四年一二月二〇日に開かれた第三八回臨会において楊平郡墓地など設置許可における住民意見聴取に関する条例案（以下、「本件条例案」）を議決し、同月二二日に楊平郡守（原告）に移送したが、原告は一九九五年一月一〇日に本件条例案が地方自治法及び埋葬及び墓地などに関する法律に違反する理由で、地方自治法第一九条第三項に基づき、条例案に対する再議を求めたが、被告は同年三月一三日第四〇回臨時会において原案通りに再議決を行った。

再議決された本件条例案第三条には墓地など設置許可における住民意見反映ついて「郡守は墓地などの設置許可の申請を処理するに当たって、意見聴取対象の三分の二以上の賛成がなければ許可できない。但し、楊平郡が設置する公設又は営利目的でない家系墓地などは例外とする」と規定されていた。また、七条には公用施設の設置について「郡守は経営を目的とする施設墓地などの誘致を抑制し、不法墓地発生防止と火葬を進めるために楊平郡住民が使用できる公設火葬場と納骨堂を設置しなければならない」と規定されていた。なお、京畿道知事は施設墓地など設置許可権を京畿道委任条例第二条別表の第八号に基づき、市長・郡守に委任していた。

原告は墓地、火葬場、納骨堂の設置許可において住民の意見を聴取するように規定した本件条例案第三条は法令の委任なしに郡守の許可権を制限するものであり、郡守の上記許可行為は覊束裁量行為として本件条例案がこれを不当に侵害しており、埋葬及び墓地などに関する法律によると、墓地などの設置許可事務は道知事の権限に属するが、京畿道委任条例に基づき市長・郡守に委任したものであり、郡の自治事務又は団体委任事務ではないにもかかわらず、条例で定めているので、本件条例案第三条は地方自治法第一五条に違反するとし、条例案の無効を求めて出訴した。

〈判旨〉

地方自治法第一五条に基づき、地方自治団体が条例を制定できる事項は地方自治団体の固有事務である自治事務と個別法令により地方自治団体に委任されたいわゆる団体委任事務に限られ、国家事務として地方自治団体の長に委任されているか、上級地方自治団体の事務として下級地方自治団体の長に委任されたいわゆる機関委任事務に関する事項は条例制定の範囲外といえる。埋葬及び墓地などに関する法律第八条は、私設墓地、私設火葬場又は私設納骨堂などを設置したいものは道知事の許可が必要であると規定し道の事務として規定しており、地方自治法第九条第二項第二号によると、墓地などの運営・管理を地方自治団体の事務として規定しており、同法第一〇条第二項、同法施行令第八条、別表一の第二号によると、財団法人が運営する墓地などの設置許可は道の事務とし、家系又は自然人が設置する墓地などの許可は市・郡の事務として規定している。

上記の法令の規定を検討すると、財団法人が運営する墓地などの許可は道の事務に属することで一致するが、家系墓地などの許可事務は埋葬及び墓地などに関する法律によると道の事務に属し、地方自治法及び同法施行令によると市・郡の事務に属することになっており、両法の規定が異なる。ところが、地方自治法施行令第八条但し書きには「他の法令にこれと異なる規定がある場合はこの限りではない」と規定しているが、墓地などの設置許可に関しては地方自治法とは異なり、埋葬及び墓地などに関する法律が特別に規定したものとみることができ、埋葬及び墓地などに関する法律が地方自治法地方施行令よりも上位法規であることから、家系墓地などの許可事務も埋葬及び墓地などに関する法律第八条により道の固有事務である自治事務であると解釈すべきである。

次に、京畿道委任事務条例に基づき、市長・郡守に墓地などの許可事務を委任したことが機関委任なのか団体委任事務なのかについては、①地方自治団体が下級地方自治団体に対して団体委任事務を行う根拠規定は地方自治法第九五条第二項であるが、京畿道委任条例はその根拠を機関委任事務の根拠規定である地方自治法第九五条第一項に明示していること、②京畿道委任条例の第一条が道知事の司る事務を市・郡ではなく市長・郡守に委任していると規定していること、③団体委任事務の場合、自治事務と同様に委任した機関は消極的・矯正的監督に止まり、機関委任事務の場合は違法な場合だけでなく、不当な場合でも処分の取消・停止を行う積極的な監督を行うものであるが、京畿道委任条例第二条が委任した事務に関して道知事が指

揮・監督し、その処分が違法な場合だけでなく不当な場合でもこれを取消・中止できると規定していること、④墓地などの設置は当該市・郡がそれぞれ管理する場合これを設置することが困難な地方自治団体もあり得るので市・郡の間に調整が必要であり、道レベルで統一的に処理することが妥当であることなどから、京畿道知事から市長・郡守に墓地などの許可権を委任したのは団体委任事務ではなく、機関委任事務とみるべきである。

したがって、この事件において京畿道知事から墓地などの許可事務を委任された主体は地方自治団体である楊平郡ではなく、道の下位行政機関である楊平郡守であり、埋葬及び墓地などに関する法律又は上記京畿道事務委任条例から特別に委任された機関である市長・郡守が所属された市・郡の条例により事務処理に関する規定を定めることができる委任根拠規定もないので楊平郡議会がその事務を規律する条例を制定することはできないと言える。したがって、本件条例案第三条は地方自治法第一五条の本文に違反すると言える。

（二）都市公園造成計画の決定及び変更決定に関する事務は機関委任事務に該当するとした判例：ソウル特別市都市公園改正条例案無効判決（大判 2000. 5. 30, 99chu85）

〈事実の概要〉

ソウル市議会（被告）は一九九四年四月二一日第一一二回臨時会においてソウル特別市都市公園改正条例案（以下、本件改正条例案）を議決し、同月二二日にソウル特別市長（原告）に移送したが、原告が一九九九年五月八日に本件条例案において新設された第二三条第三項と第二三条第四項が法令に違反する理由で再議を求めたが、一九九九年一〇月二一日一一六回臨時会において当初原案通りに再議決（以下、本件再議決）を行った。

本件条例案は従来のソウル特別市都市公園条例（以下、公園条例）の第一〇条第一項第二号の但し書き「保健社会部長官」を「保健福祉部長官」にし、第二三条に第三項に「委員会の付議案件はソウル特別市議会の意見を聞かなければならない」、第四項に「委員会の会議関連資料及び会議録は公開する」を新設することを内容とする改正案であったが、従前の公園条例第二〇条は「都市公園に関する法第四条の規定による造成計画（以下、造成計画）の決定・変更決定に関する事項として原告に委任された事項、原告又は区庁長が立案した造成計画に関する事項、その他公園に関する重要事項を審議するためにソウル特別市にソウル特別市都市公園委員会（以下、委員会）を設ける」

と規定されていた。

原告は本件改正条例案に新設された第二三条第三項は都市計画法第一二条第一項但し書きと、同法施行令第七条の三第三号及び第一五条に違反し、第二三条第四項は「公共機関の情報公開に関する法律（以下、情報公開法）」第七条第一項第五号に違反し、本件条例案の再議決は無効であると主張し出訴した。

〈争点事項〉

① 地方自治団体が機関委任事務に関して条例を制定することができるか。

② 都市公園造成計画の決定及び変更決定に関する事務が機関委任事務に該当するか、また地方自治団体の事務に対して委任条例を制定することができるか。

〈判旨〉

① 地方自治法第一五条、九条に基づき、地方自治団体が条例を制定できる事項は地方自治団体の固有事務である自治事務と個別法令に基づき地方自治団体に委任された団体委任事務に限られ、国家事務が地方自治団体の長に委任された機関委任事務は原則的に自治条例の制定範囲に属しない。しかし、機関委任事務において個別法令で一定の事項を条例に定めるように委任している場合は、委任された事項に関して個別法令の趣旨に付合する範囲内においていわゆる委任条例を制定することができる。

② 都市公園法第四条第五項は都市公園に関する造成計画の決定及び変更決定は都市計画で行うことを規定しており、都市計画法第一二条第一項は都市計画の決定及び変更決定に関する事務は建設交通部長官の固有事務である国家事務であると言える。しかし、都市公園造成計画は都市計画により決定された都市公園に対する公園施設の種類、位置及び範囲などを具体的に確定する計画であるから、造成計画の決定及び変更は都市計画法施行令第七条の三第三号の規定する「既に決定された計画における都市計画法第二条第一項第二号の施設に対する細部施設の決定及び変更決定」に該当し、したがって、都市計画法第一二条第一項但し書きの規定する「軽微な都市計画の変更」に該当するため、都市計画法第一〇条第一項、同法施行令第六条第一項第四号に基づき、造成計画の決定及び変更決定に関する建設交通部長官の権限が地方自治団体の長に委任されているだけであって、地方自治団体長の都市公園造成計画の決定及び変更決定に関する事務は機関委任事務

に該当する。

一方、都市公園法第三〇条は都市公園の設置及び管理に関して必要な事項は当該地方自治団体の条例に定めると規定しているが、「都市公園の設置及び管理に必要な事項」とは地方自治法第九条第二項第四号の規定する自治事務のことであり、都市公園造成計画の決定及び変更に関する事務はそれに該当しないと思われる。また、地方自治法施行令第四二条には地方自治団体はその所掌事務の範囲内で諮問機関を条例で設置することができると規定しているが、ここにおける地方自治団体の所掌事務とは固有事務である自治事務と団体委任事務のことであり、機関委任事務はそれに該当しないというべきであり、都市計画法第三〇条と地方自治法施行令第四二条を、国家事務として機関委任事務である都市公園造成計画の決定・変更決定に関する事項を条例で規定できるよう委任した根拠法令とは言えないし、他にその委任根拠となりうる法令が見当たらないので、地方自治団体は都市公園造成計画の決定・変更決定に関する事項を条例で定めることができない。

（三）発電所周辺地域に対する支援事業の一部を地方自治団体長ではなく、地域団体が施行できるように規定した発電所周辺地域支援事業施行に関する条例案が発電所周辺地域支援に関する法律施行令の委任の範囲を逸脱し無効とした事例（蔚珍郡発電所周辺地域支援産業施行に関する条例案無効確認訴訟：大判1999. 9. 17, 99chu30）

〈事実の概要〉

蔚珍郡議会（被告）は一九九八年一二月二六日に蔚珍郡発電所周辺地域支援事業施行に関する条例案（以下、本件条例案）を議決し、同月二八日に蔚珍郡守（原告）に移送したが、原告が一九九九年一月一六日に条例案第二条第一号と第三条第一項及び第七条第一項が法令に違反することを理由に再議を求めたが、一九九九年三月五日に被告は当初の原案通りに再議決を行った。

本件条例案はその第一条に、発電所周辺地域支援に関する法律（以下、法）第一一条と法施行令第三〇条第一項及び第三六条の規定に基づき、蔚珍郡発電所周辺地域支援事業の施行を効率的に進めるために必要な事項を規定することをその目的とすると規定し、①第二条第一号に「地域団体とは当該支援事業と直接利害関係がある当該邑・面の住民全体の構成と合議により運営される繁栄会又は地域発展協議会などの団体をいう」と規

定し、②第三条第一項に「蔚珍郡守は地方財政法第一四条第一項第四号に基づき、支援事業の効率的推進及び管理上、地域団体などが直接施行するのが妥当であると認められる事業は補助事業として施行することができる」と規定し、③第七条第一項に「地域団体は当該邑・面の住民福祉と地域発展及び住民所得増大など共同の利益を計る目的で当該地域全体住民で構成する協議体」と規定した（以下、上記三つの条項を、本件係争条項）。

原告は本件の請求原因として、法に基づく支援事業は地方自治団体の長に委任された機関委任事務に該当し、地方自治団体の条例で定めることができないにもかかわらず、本件条例案はそれに関して規定し、本件係争条項の法第一一条と法施行令第三〇条第一項及び第三六条の委任範囲を逸脱した事項を規定しているのでその制定のための本事件再議決は無効であると主張し出訴した。

〈判旨〉

① 憲法第一一七条第一項と地方自治法第一五条に基づき、地方自治団体は法令の範囲内でその事務に関して自治条例を制定することができるが、その事務とは地方自治法第九条第一項の地方自治団体の自治事務と法令により地方自治団体に属する団体委任事務であり、地方自治団体が自治条例を制定できるのはこうした自治事務と団体委任事務に限られ、国家事務が地方自治団体の長に委任された機関委任事務のように地方自治団体の長が国の機関の地位で行う事務は地方自治団体の自治事務ではなく、原則的に自治条例の制定範囲外である。

② 機関委任事務も個別法令により一定の事項を条例に定めるよう委任している場合は、地方自治団体の自治条例制定権と関係なく、委任条例を制定することができるが、その内容は個別法令が委任している事項に限られ個別法令の趣旨に付合しなければならず、その範囲を逸脱した場合は委任条例としての効力を認めることはできない。

③ 法令において地方自治団体の長が処理するように規定している事務が機関委任事務に該当するかを判断するに当たっては、それに関する法令の規定方式と趣旨を考慮すべきものであるが、その他にもその事務の性質が全国的に統一的な処理が求められる事務であるかの当否及び経費負担と最終的な責任帰属の主体も考慮して判断すべきものである。

④ 発電所周辺地域支援に関する法律は地域開発の他に電源開発促進と発電所及び放射性廃棄物管理施設の円滑な運営を図ることを目的としており（第一条）、発電所周辺地域に対す

る支援事業は韓国電力公社が全国の周辺地域に対する長期計画を立て（第九条）、支援事業は地方自治団体長の他に同公社も施行主体であり（第一一条）、支援事業の内容により各自分担して施行し（同法施行令第一九条、第二五条）、事業施行に必要な経費は基本的に同公社が運営・管理する基金により賄う（第四条、第七条）ことなどを考慮すれば、発電所周辺地域に対する支援事業は地方自治団体の財政能力の差に関係なく統一的に施行すべき国家事務に該当するが、当該地域の事情と地方自治団体が施行する他の福祉施策と密接な関連を持ちながら施行する必要があることなどを考慮して当該地方自治団体の長に施行を委任した機関委任事務に該当する。

⑤　発電所周辺地域に対する支援事業の一部を地方自治団体の長ではなく、地域団体が施行するよう規定した蔚珍郡発電所地域支援事業施行に関する条例案は発電所周辺地域支援事業施行に関する法律施行令第三〇条第一項、第三六条の委任範囲を逸脱し無効である。

（四）仁川広域市都市ガス供給安定に関する条例案[49]

地方自治団体の条例制定権の範囲は自治事務と団体委任事務に限られ、機関委任事務は原則的に条例制定権が及ばない。都市ガス供給安定に関する条例案が規定しているガス供給施設の工事計画と都市ガス供給規定の承認などの事項は機関委任事務に該当せず、法令により地方自治団体の事務に属する事項として条例制定が可能であるが、地方自治団体長の執行権を侵害する事項を規定しているため違法とされた判例。

〈事実の概要〉

仁川広域市議会（以下、被告）は、二〇〇一年五月二八日に「都市ガス供給安定に関する条例案」（以下、本件条例案）を議決し、仁川広域市長（以下、原告）に移送したが、原告は行政自治部長官の指示により、本件条例案第四条第二項、第五条第一項、二項が、都市ガス事業法、地方自治法など上位法令に違反することを理由に再議を求めたが、被告は原案通りに再議決した。

本件条例案は、その第一条に都市ガス供給施設及び使用施設（以下、ガス供給施設）の安定的・均衡的普及と設置を促進し、ガス事業者と使用者間の利害を調整することにより、公共の安全を図ることを目的とすることを規定し、第四条第一項は、「ガス事業者は都市ガス事業法（以下、法）第一八条の三第二項但

し書き規定に基づき、供給計画によるガス供給施設の工事が出来ない場合は、可能な限り当該年度六月以前に、市長に承認を要請しなければならない」とし、第二項には、「市長は第一項の規定により承認する場合、承認しようとする一定規模以上のガス供給施設に対する追加設置ができるようガス供給計画を変更しなければならない。ただし、ガス供給計画を変更する場合は、ガス供給施設の設置を要求する多くの住民の民願地域を優先的に考慮しなければならない」と規定していた。また、第六条第一項は、「市長は法第一八条の三の規定によるガス供給施設工事計画を立てる際には、市議会の所管常任委員会に報告しなければならない」とし、第二項、「市長は法第二〇条の規定に基づく都市ガス料金及びその他供給条件に関する供給規定を承認又は変更する際には、上記供給規定が法第二〇条第二項各号の基準に適合するかについて、市議会に報告し意見を聴取しなければならない」と規定されていた。

原告は、本件条例案に対して、ガス供給施設の工事計画樹立と都市ガス供給承認に関する業務は、法第一八条のガス供給計画変更命令権、第二〇条のガス料金など供給規定承認権、第四〇条の調整命令権などに照らし、全国的に統一を図る必要がある国家事務であるが、当該地域の特殊事情を考慮し、地方自治団体長に委任されたことに過ぎない機関委任事務に該当し、それに関して地方自治団体の条例で定めることはできないものであるばかりか、本件条例案第四条第二項、第六条第一項、第二項は、地方自治団体長の執行権を侵害し、上位法令である法第一八条、第一八条の三第二項但し書き、第四〇条など、地方自治法関連条項の委任範囲を逸脱した事項を規定しているので、本件条例案の再議決は無効であると主張し大法院に提訴した。

〈判旨〉

認容判決

(i)「憲法第一一七条第一項と地方自治法第一五条によると、地方自治団体は法令の範囲内でその事務に関して自治条例を制定できるが、その事務とは、地方自治法第九条第一項で示している地方自治団体の自治事務と、法令に基づき地方自治団体に属する団体委任事務のことであり、地方自治団体が自治条例を制定できるのは原則的にこうした自治事務と団体委任事務に限られる。したがって、国家事務が地方自治団体長に委任された機関委任事務のように地方自治団体長が国の機関として行う事務は、原則的に自治条例の制定範囲に含まれない。そして法令上、地方自治団体長が処理するよう規定し

ている事務が、自治事務に該当するか機関委任事務に該当するかを判断するに当たっては、まず、それに関する法令の規定形式と趣旨を考慮すべきものであるが、その他、その事務の性質が全国的に統一的な処理が求められる事務であるかの当否、それに関する経費負担と最終的な責任帰属の主体なども考慮して判断すべきものである。」

(ii)　「法第三条、第九条、第一〇条、第一一条、第一八条の三、第二〇条などの関連規定を総合すれば、特別市長・広域市長又は道知事（以下、市・道知事）が、一般都市ガス事業の許可権者であり（ガス卸事業許可権者は産業資源部長官）都市ガス供給規定の承認権者であるとしながら、委任の形式も取っておらず、市・道知事にその地域特性に適合するように都市ガス供給圏域などを設定・公示する権限を与えており、その許可などに伴う手数料の帰属やその事務処理費用の負担に関しても、市・道に帰属させている。一般都市ガス事業者が都市ガス供給のために設置すべきガス供給施設の設置などが専門的・技術的なことではあるが、必ずしも市・道など地方自治団体の技術と財政能力では行うことが出来ないものとは言えず、都市ガスの料金、その他供給条件を規定した供給規定は、都市ガス使用者に直接影響を及ぼすものではあるが、必ずしも全国的に統一すべきものではなく、韓国ガス公社から都市ガスの供給を受け保管する一般都市ガス事業者の保管場所、地形、ガス供給施設設置に所要する費用など、地域的な事情によりガス料金や費用負担などにおいて、適正な程度の合理的差別は可能であると言える。

　従って、市・道知事の地域別ガス供給施設の工事計画樹立・公告や都市ガスの料金及びその他供給条件に関する供給規定の承認に関する事項は、地方自治法第九条、第三五条第一項第一一号に基づき、法令により地方自治団体の事務に属する事項として条例を制定できるし、国家事務として市・道知事に機関委任された事務とは言えない。

　ただ、産業資源部長官は毎年当該年度を含めた五年間のガス需給計画を立て、当該年度を含めた一〇年以上の期間にわたる長期天然ガス受給計画を立て、その主要内容を公告し（法第一八条の二）、天然ガスの輸出入計画締結などに対する承認権を行使し（法第一八条の四第一項）、市・道知事の上記供給規定承認に関連して一般都市ガス事業者の供給規定においてガス料金と供給条件及び費用の負担に関する事項が適正でなく、都市ガスの需給不均衡を招く恐れがあり、ガス使用者の保護のためにこれを改善する必要があると認められる時

には、市・道知事に供給規定の内容変更のため必要な措置を取らせることができ（法第二〇条第三項）、一時的なガス供給不足により緊急にガス使用を制限しないと、国民生活に支障を来し公共の利益を阻害する恐れが著しいと認められる場合には、必要な範囲内でガス使用者のガス使用を制限することができ（法第二四条第一項）、その制限に必要な範囲内で都市ガス事業者にガス供給の制限を命じることができ（法第二四条第二項）、ガスの需給上必要と認められる時には、都市ガス事業者にガス供給施設工事計画・ガス供給計画・ガス料金など供給条件の調整命令などを行うことができ（法第四〇条、その施行令第一〇条）、ガスの供給及び使用と関連した公共の安全又は危害発生の防止のために、ガス供給施設又はガス使用施設の安全管理業務に対して、市・道知事を指導・監督し業務報告をさせることができるが（法第四〇条の三、第四一条第一項、その施行令第一一条、第一二条）、これは、国の地方自治団体に対する一般的な指導・監督の範囲に属するものというべきであり、上記規定だけで市・道知事がもつ地域別ガス供給施設の工事計画の樹立・公告や都市ガス料金及びその他供給条件に関する供給規定の承認に関する業務の性質が異なることになるわけではない。」

(iii)　「しかし、地方自治団体がその自治事務に関して条例を制定することができるとしても、上位法令に違反することはできず（地方自治法第一五条）、特別の規定がない限り地方自治法が規定している地方自治団体の執行機関と地方議会の固有権限に関しては、条例でこれを侵害することはできず、地方議会が地方自治団体長の固有権限でない事項に対しても、その事務執行に関する執行権を本質的に侵害することは地方自治法の関連規定に違反し許されないといえる。

法第一八の三は第一項に、『市・道知事は第一八条第一項の規定に基づき、一般都市ガス事業者が提出したガス供給計画を元に、毎年三月末までに当該年度を含めた二年間の地域別ガス供給施設の工事計画を立て、これを公告しなければならない。公告した計画を変更した時も同様である』と規定し、第二項では、『一般都市ガス事業者は第一項の規定に基づき公告した地域別ガス供給施設の工事計画に従い、ガス供給施設を設置しなければならない。但し、産業資源部令が定めるやむを得ない事由がある場合は、この限りではない』と規定し、その施行規則第三〇条第二頁は、一般都市ガス事業者が地域別ガス供給施設の工事計画によるガス供給施設の設置をしなくてもいい場合として、①道路掘削許可をもらわなかっ

た場合、②ガス供給施設の設置予定日から一年以内に道路の拡張・包装が行われるよう計画されている場合、③地域再開発が進められる予定の場合、④その他予想外の事由が発生し、都市ガスの供給が不可能であると判断される場合として市・道知事の承認を得た場合と、規定している。

従って、上記の規定によると、ガスの供給計画は一般都市ガス事業者が作成し市長に提出するものであり、それにはガス供給に必要なガス供給施設の工事計画が含まれ、市・道知事が樹立・公告するものはその供給計画を元にした二年間の地域別ガス供給施設の工事計画であって、ガスの供給計画でないことは明らかであるにもかかわらず、本件条例案第四条第二項が、市長にガス供給計画を変更させる趣旨であるかは明らかでない。

また、本件条例案第四条第二項が、当初樹立・公告した地域別ガス供給施設の工事計画を市長に変更させる趣旨であるとしても、法第一八条の三第二項によると、市長によって樹立・公告された地域別ガス供給施設の工事計画に基づき、一般都市ガス事業者はそのガス供給施設の設置義務を負担することになるが、法第一八条の三第二項但し書きに基づき、その未設置が承認された後にも、その障碍事由が除去されれば、直ちに設置するのが妥当な場合があるにもかかわらず、これを一律に排除し、市長に対してガス供給施設の工事計画を変更させ、他の場所にガス供給施設を設置させることは、当初ガス供給が予定されていた住民の利益を侵害する恐れがあり、一般都市ガス事業者に絶対的な代替的作為義務を賦課することになるばかりでなく、ガス供給施設設置地域の優先順位も、その施設設置のために要される工事費の規模、既存供給施設との距離、公示の難易度、ガス需要の予想量、ガス供給の事業性などに対する考慮なしに、民願（苦情）を提起した地域住民の数だけで決めるのは、市場の供給施設設置地域と規模などに関する優先順位の決定に関する執行機関としての権限を本質的に侵害するものであり、上記関連法令に違反するといえる。」

(iv) 「一方、本件条例案第六条第一項には、原告が法第一八条の三の規定によるガス供給施設工事計画を樹立する際には所管常任委員会に報告しなければならない、これは、その工事計画の適正性に対する統制手段として、毎年当該年度を含めた二年間の計画を樹立するものであり、既に提出された一般都市ガス事業者のガス供給計画を元に樹立されるものであり、報告後必ず市議会の議決や意見に従わなければならない

法的拘束力はないから、地方自治団体の固有な執行権を侵害したものとはいえない。

また、原告が法第二〇条の規定に基づき、都市ガスの料金及びその他供給条件に関する供給規定を承認し、変更を求める場合でも、まず、上記供給規定が法第二〇条第二項の各号の基準に適合するかについて、事前に検討が行われるわけであり、その検討意見も公開すべき事項であり、必ず市議会の議決や意見に従わなければならない法的拘束力もないから、本件条例案第六条第二項にその供給規定の承認や変更要求前に、市議会に報告し意見を聴取することを規定したとしても、地方自治団体長の執行権を本質的に侵害したものとは言えず、法第二〇条第三項に規定された産業資源部長官の市・道知事に対する供給規定の内容変更のため必要な命令権限を剥奪・排除するものではないから、それに直接的に違反するとはいえない。

ところが、条例案の一部が法令に違反して違法である場合は、その条例案に対する再議決はその全体の効力を否認せざるを得ない。したがって、本件条例案第四条第二項が法令に違反しているから、第六条第一項、第二項など残りの条項が法令に違反しないとしても、本件条例案に対する再議決の効力排除を求める原告の請求は認容すべきである。」

第四節　小括

日本の場合、条例制定権の事項的範囲と関わる自治体の事務体系が、二〇〇〇年分権改革により従前と比べ大きく変わった。長い間中央集権型地方自治制の象徴であった機関委任事務が廃止され、従前の機関委任事務の五五％が自治事務に、四五％が法定受託事務に再編成された。自治事務とは、地方公共団体が処理する事務のうち、「法定受託事務以外のものをいう」とされている（地方自治法第二条八項）。このように、自治事務について控除概念が採用されたのは、現実に地方公共団体が処理する事務が多種多様でありそれを定義することは困難であることや、自治事務を定義することにより、むしろその範囲を限定する結果をさけるためであるとされる。法定受託事務については、地方自治法第二条九頁に具体的に例示されている。すなわち、①法律又はこれに基づく政令により都道府県、市町村又は特別区が処理するとされる事務のうち、国が本来果たすべき役割に係るものであって、国においてその適正な処理を特に確保する必要があるものとして法律又はこれに基づく政令に特に定

めるもの、②法律又はこれに基づく政令により市町村又は特別区が処理するとされる事務のうち、都道府県が本来果たすべき役割に係るものであって、都道府県においてその適正な処理を特に確保する必要があるものとして法律又はこれに基づく政令に特に定めるものである。①は国と地方公共団体との関係に関する法定受託事務であり、第一号法定受託事務と呼ばれる。②は都道府県と市町村・特別区との関係に関する法定受託事務であり、第二号法定受託事務と呼ばれる。要するに、法定受託事務とは、法律又はこれに基づく政令により処理される事務である点、国又は都道府県が本来遂行すべき役割に関連した事務である点、国又は都道府県でその適正な処理を特に確保する必要がある事務である点などが、その基本的な特徴であると言える。また、法定受託事務は機関委任事務のように国家事務が自治体に委任されたものではなく、国の法令により自治体の事務として配分される点において従来の機関委任事務とは異なると言える。

機関委任事務制度の廃止は二〇〇〇年分権改革の中でもっとも大きな意味を持つものであり、機関委任事務制度の廃止により、普通地方公共団体の長の機関委任事務の管理・執行権の規定、国の事務に係る主任大臣・都道府県知事の指揮監督権等を定める規定、職務執行命令に関する規定、その他機関委任事務の根拠規定となってきた関連規定はすべて削除された。

機関委任事務制度の廃止は、条例制定権に対して大きなインパクトを与えたといえる。従前、機関委任事務に対しては条例制定権が及ばなかったため、自治体の条例制定権の範囲は狭かったが、分権改革により自治事務だけでなく、法定受託事務についても、条例を制定することができるようになり、条例制定権の事項的範囲は大きく拡大されたからである。又、機関委任事務の廃止に伴い、自治体の事務の種類について定めていた旧地方自治法第二条二頁「普通地方公共団体は、その公共事務及び法律又はこれに基づく政令により普通地方公共団体に属するものの外、その区域内におけるその他の行政事務で国の事務に属しないものを処理する」の規定は、「普通地方公共団体は、地域における事務及びその他事務で法律又はこれに基づく政令により処理することとされるものを処理する」の規定に改められ、自治体の事務の例示（同法二条三項）、自治体が処理できない国の事務の例示（同法二条一〇項）の規定なども削除された。

また、改正された新地方自治法には旧地方自治法には存在しなかった、国と地方の役割分担の原則を掲げ、自治体は、住民

の福祉の増進を図ることを基本として、地域おける行政を自主的かつ総合的に実施する役割を担うものとし、一方で、国の役割を、①国際社会のおける国家としての存立にかかわる事務、②全国的に統一して定めることが望ましい国民の諸活動もしくは地方自治に関する基本的な準則に関する事務、③全国的な規模でもしくは全国的な視点に立って行わなければならない施策及び事業の実施など、国が本来果たすべき役割を限定した。

これにより、国の立法領域は国の役割の範囲に限定され、自治体の自治立法の範囲は拡大することとなった。また、分権改革後の条例解釈論は、国に先占された事務領域を確定し、その範囲を国に留保するという先占領域論は存在意義を喪失し、①「法令の範囲内で」②「法令に違反しない限り」という二つの判断基準に対する適合性に配慮しながら、分権改革の趣旨を踏まえた条例解釈論をいかに構築するかが課題となったといえる。(50)

日韓の条例制定権の事項的範囲を限定している事務体系や事務配分の現状を比較してみると、日本の場合は分権改革の最大の成果であった機関委任事務制度の廃止により、条例制定権の範囲は拡大し、条例の果たす役割と機能は従来よりも増して向上したと言えるが、韓国の場合は、分権改革前の日本のように条例制定権が及ばない機関委任事務の比重が大きく、固有事務の範囲は狭い。もちろん、韓国も近年になって、中央行政権限の地方移譲を促進するための「地方移譲促進法」（一九九九年）の制定、地方分権を進めるため「地方分権特別法」（二〇〇四年）の制定など、地方分権型国家建設のための分権改革を行っているものの、機関委任事務の廃止に関する論議は対象となっていない。韓国の機関委任事務制度は二〇〇〇年分権改革前の日本の機関委任事務制度のように中央政府により自治体統制の手段として様々な弊害をもたらしており、特に、広範な機関委任事務の存在は条例制定権の範囲を限定している大きな要因となっている。今後、韓国における分権改革においては、日本の分権改革を参考にして機関委任事務制度の廃止を含む新たな事務体系の構築や事務の再配分に関する改革を進めなければ条例制定権の拡大にはつながらないだろうし、日本と比較して依然として自治行政において条例が政策形成の手段として果たす機能と役割は低く、地域の課題に速やかにかつ適切に対応できる自治立法の本来的機能と役割は期待できないであろうと思われる。

（1）最大判一九七五・九・一〇判時七八七号二二頁。同判

決は、条例の法律適合性について、法令の趣旨解釈説を用いて、「地方公共団体の条例制定権には限界があるが、具体的な条例の規定が法律に違反するかどうかは、両者の対象事項と規定文言を対比するのみでなく、それぞれの趣旨、目的、内容及び効果を比較し、両者の間に矛盾抵触があるかどうかによってこれを決しなければならない」という基本的な考え方を示し、具体的な判断方法として、①法令中に明文規定がないことが規制をしてはならない趣旨であれば条例による規制は法令に抵触する、②特定事項について法令と条例が併存していても条例が目的を異にしていて条例による法令の目的・効果が阻害されない場合は抵触はない、③法令と条例が同一であっても法令が全国一律規制を意味せず自治体ごとに別段の規制を容認する趣旨であれば抵触はない、という三つのパターンを示した。また、法律と条例との関係に関する同判決が示した見解は、地方分権推進委員会第一次勧告にも受け継がれ、「法律との関係において条例制定が制約されるかどうかは、個別の法律の明示規定によるほか、法律の趣旨、目的などにより判断されることになる。こうした法律と条例の関係についての考え方は、国と地方の新しい関係の下においても維持されるものであるが、具体的な法律と条例の関係に係る判断を迅速かつ的確に行わせる仕組みを検討する必要がある」とした。地方分権推進委員会第一次勧告（第一章Ⅰ二⑶）。

（2）大統領が定める命令は施行令と呼び、国務総理が発する総理令や各部（日本の省に該当）の長官が発する命令は、施行規則と呼ばれる。

（3）現行地方自治法上、広域地方自治団体の基礎地方自治団体に対する指揮・監督は以下のような仕組みが設けられているが、国の広域地方自治団体に対する指揮・監督の仕組みと連結されているため、これを含めて紹介すると次のような仕組みとなっている。①委任事務処理の指導・監督：地方自治団体又はその首長が委任を受けて処理する国家事務に関しては、市・道においては主務部長官の、市・郡及び自治区においては一次的に市・道知事の、二次的に主務部長官の指導・監督を受ける（第一六七条一項）。市・郡及び自治区又はその首長が委任を受けて処理する市・道事務に関しては市・道知事の指揮・監督を受ける（第一六七条二項）。

② 違法・不当な命令・処分の是正指示：地方自治団体の事務に関する首長の命令や処分が法令に違反したり、著しく公益を害すると認められる場合は、市・道に対しては主務部長官が、市・郡及び自治区に対しては市・道知事が期間を定めて書面で是正を命じて、その期間のうちに履行しないときには、これを取消又は停止することができる（一六九条）。

③ 職務履行命令：地方自治団体の長が法令の規定によって、その義務に属する国家委任事務又は市・道知事の管理及び執行を明白に懈怠していると認められる場合は、市・道に対しては主務部長官が、市・郡及び自治区に対しては市・道知事が期間を定めて書面でその履行すべき事項を命じることができる（第一七〇条一項）。主務部長官又は市・道知事は、当該地方自治団体の長が期間内にこれを履行しないときには、当該地方自治団体の費用負担で代執行をするか行政・財政上の必要な措置を講ずることができる（第一七〇条二項）。

④ 自治事務についての監査：行政自治部長官又は市・道知事は、地方自治団体の自治事務について報告を受けて書類・帳簿あるいは会計を監査することができる。この場合、監査は法令違反事項に関して実施する（第一七一条）。

⑤ 地方議会議決に対する再議と提訴：地方議会の議決が法令に違反したり、公益を著しく害すると判断される場合は、市・道に対しては主務部長官が、市・郡に対しては市・道知事が再議を求めることができ、再議の要求を受けた地方自治団体の長は、議決事項の移送を受けた日から二〇日以内に地方議会に理由を付して再議を求めなければならない（第一七二条一項）。地方自治団体の長は、再議決された事項が法令に違反すると判断される場合は、再議決された日から二〇日以内に大法院に提訴することができる（同条三項）。主務部長官又は市・道知事は、再議決された事項が法令に違反すると判断されるにもかかわらず、当該地方自治団体の長が提訴しない場合は、当該地方自治団体の長に提訴を指示しあるいは直接提訴及び執行停止決定を申請することができる（同条四項）。

以上のような制度を通じて国→広域地方自治団体→基礎地方自治団体への広範な統制の仕組みが存在しており、これは、地方自治の発展を阻害する大きな要因となっている。

（4）ここで、韓国の地方自治法や地方自治制の沿革について若干付け加える。韓国の地方自治法は一九四九年七月四日に公布され、八月一五日から施行された。地方行政階層を二層制とし、広域地方自治団体であるソウル特別市、道と、基礎地方自治団体である市・邑・面に分け、執行機関と議決機関を分離し、広域地方自治団体の執行機関の長は大統領が直接任命した。一九五二年には初の地方議会が構成され民選による地方議会議員選挙が行われ、市・邑・面長は議員の選挙による間接制で選ばれた。

一九五六年には第二次地方自治法改正を行い、市・邑・面長の直選で選ぶことになったが、ソウル特別市長と道知事は依然として大統領による任命制のままであった。一九五八年には、地方選挙で敗北が予想された当時

の政権党である自由党により地方自治法の第四次改正が行われ、市・邑・面長まで国が任命する制度に変え、地方自治の後退が見られた。

一九六〇年には、いわゆる四・一九学生義挙（当時の無能・腐敗した自由党独裁政権を妥当し、自由民主主義国家の建設をめざし、全国各地で起こった大学生主導による革命運動）により政権が野党の民主党に変わり、憲法も改正された。改正された憲法には、議員内閣制度の導入とともに、地方自治団体長の選任方法を法律で定め、特に市・邑・面長に対しては公選制を法定化し、憲法的に保障した。これに従い、首長の完全公選制を内容とする地方自治法の五次改正が行われ、一九六〇年一二月に首長と地方議員を選ぶ地方選挙が行われた。これにより韓国建国以来はじめて、完全な意味での地方自治制が実施される運びとなったのである。

しかし、それもつかのま、翌年の一九六一年に起きた五・一六軍事クーデターにより地方議会は解散され、同年九月には「地方自治に関する臨時措置法」が制定され、すべての地方自治団体の長を任命制とする第六次改正が行われ、地方自治は事実上中断されることとなった。同法の施行により地方自治法は事実上、死文化され地方行政の改編などは地方自治法ではなく、同法の改正により行われた。

一九七二年に改正された憲法（いわゆる維新憲法）には、地方議会の構成を韓国統一まで猶予することを規定し（憲法付則第一〇条）、地方自治法にも関連条文が廃止された（六次改正）。

一九七〇年代の地方自治の暗黒期を経て、地方自治に対する論議が再び始まるようになったのは、一九八〇年に改正された憲法（第五共和国憲法）に、地方議会を地方自治団体の財政自立度を考慮して順次構成し、その構成時期は法律で定める（付則第一〇条）と規定してからである。これにより一九八〇年代半ばからは地方自治の復活をめぐり与野党間に活発な議論が行われた。

そして、一九八七年六月に起きた民主化革命後、改正された憲法（第六共和国憲法）には、地方議会の構成に関する猶予条項を削除し、市・郡・自治区議会を構成してから、市・道議会を構成することを規定し地方自治制の復活を憲法的に保障した。この憲法の改正を受け、一九八八年には「地方自治に関する臨時措置法」は廃止され、地方自治法に対する大幅な改正が行われたが（第七次改正）、これが、現行地方自治法である（部分的な改正は幾度か行われたが、全面改正は第七次改正以来行われていない。従って、第七次改正時の内容がほぼ現行地方自治法に受け継がれている）。

第七次改正時に行われた主要内容は、①特別市・直轄

市の区を地方自治団体の種類に含める、②地方自治団体の種類を広域地方自治団体（特別市・直轄市・道）と基礎地方自治団体（市・郡・自治区）の二種類とする、③地方自治団体の機関構成は機関対立型を採用④地方自治団体の種類別事務配分の基準を定める⑤地方議会、地方自治団体長の住民直選制などである。

そして、一九九一年四月には基礎地方自治団体（市・郡・自治区）レベルの地方議会が構成され、七月には広域地方自治団体（特別市・直轄市・道）の地方議会が構成されることとなり、三〇年あまり中断されていた地方自治の復活が実現され、一九九五年には第二期地方議会の議員選挙と同時に地方自治団体長の選挙も行われ、長い間の官選首長の時代から抜け出し民選首長の時代を切り開いたのである。

（5）許栄『韓国憲法論』博英社、二〇〇一、八三七頁。

（6）韓国地方行政研究院『条例の法的地位及び制定範囲に関する立法政策的方案』韓国地方行政研究院、一九九五、五〇～五六頁。

（7）朴源永「条例の法理に関する研究」『東亜法学』創刊号、東亜大学、一九八五、三〇〇頁。

（8）金東熙『行政法Ⅱ』博英社、二〇〇四、七四頁；洪井善『地方自治法学』法英社、二〇〇二、二〇三頁。

（9）イ・サンチョル「条例の法的性質と規律限界」『法制』一九九七年九月号、法制処、一七二頁；朴ユンフム「法令と条例の関係『考試界』一九九二年一一月号、三八頁。

（10）朴ユンフム「法令と条例の関係『考試界』一九九二年一一月号、三九頁；条例自主立法説を主張する公法学者の見解をみると、「憲法第一一七条第一項による自治事務に関する条例制定権の認定は、国の事務に関して憲法第四〇条が認めた国会の立法権に準ずるものであり、法律による行政は地方自治領域においては『条例による行政』を含めていると解すべきである」朴ユンフム「法令と条例の関係『考試界』一九九二年一一月号、四二頁、また、「地方議会が憲法によってその民主主義的な正当性が保障されている限り、適法手続きによって制定される条例は当該地方自治体の事務に関する限り、法律に準ずる性質を持っているし、これは民主主義の原理や法治国家の原理に反するものではない」と述べている；徐元宇「憲法と地方自治」『月刊地方行政』一九九四年一一月号、一九頁。

（11）金南辰『行政法Ⅱ』法文社、一九九一年、一一四頁。

（12）洪井善『地方自治法論』法英社、一九九一年、七二頁。

（13）李琦雨『地方自治行政法』法文社、一九九一年、七二頁。

（14）金東熙『行政法Ⅱ』博英社、二〇〇四、七四頁。

（15）朴ユンフム「法令と条例の関係『考試界』一九九二年

一一月号、三七頁。「我が国の学者は明らかにしてはいないが、条例自主立法説が多数説であり、条例委任立法説は少数説のようである」。

(16) 成田頼明「法律と条例」『憲法講座四』、有斐閣、一九六四、一九九頁；秋田　周「法律と条例」『現代地方自治全集六』ぎょうせい、一九七七、六六頁。

(17) 田中二朗『新版行政法（中巻）』弘文堂、一九九〇、一三一～一三六頁。

(18) 俵　静夫「地方自治法」『法律学全集』有斐閣、一九六五、二九五～二九七頁。

(19) 兼子　仁「条例をめぐる法律問題」『条例研究叢書一』学洋書房、一九七八、三四頁。

(20) 最判昭和三七・五・三〇大法廷判決、刑集一六巻五号五七七頁、判例時報三〇三号二頁。

(21) 俵　静夫「地方自治法」『法律学全集』有斐閣、一九六五、二九七頁「自治立法権自体は憲法によって賦与されたものであり、自治法一四条は、自治立法権の根拠を定めたものではなく、自主法の法形式を明瞭にし、その規定事項の範囲を他の法形式との間において確定するものであるにすぎない」；成田頼明「法律と条例」『憲法講座四』有斐閣、一九九頁；久世公尭「法律と条例」『総合判例研究叢書』有斐閣、七九頁。

(22) 綿貫芳源「条例の性質とその司法審査の基準」『公法研究』三五号一六九頁。

(23) 成田頼明「法律と条例」『憲法講座四』有斐閣、一九九頁。

(24) 金南振『行政法二』、法文社、一九九二、一一六頁。

(25) この「福利事務」とは、いわゆる生活配慮事務から発展してきた概念である。生活配慮（Daseinsvorsorge）という概念は、ドイツの公法学者フォルシュトフ（Forsthoff）が発展させた概念であるが、高権的な侵害行政に対して、給付行政を構造的な特性と意味において述べるために作られた概念である。一般的に生活配慮とは、国民に対する行政のすべての給付活動を意味する。洪井善「条例と侵害留保」『考試界』考試界、一九九三年四月号、三一二頁。

(26) 朴英道『自治立法の理論と実際』、韓国法制研究院、一九九八、六三頁。

(27) 金弘大『地方自治立法論』、博英社、一九九九、八一頁。

(28) 朴ユンフム『最新行政法講義（下）』博英社、二〇〇〇、一一〇～一一一頁。

(29) 韓堅愚『現代行政法二』、延世大学出版部、二〇〇〇、五九四～五九五頁。

(30) 地方自治法第一四一条には経費の支出について「地方自治団体はその自治事務の遂行に必要な経費と委任された事務に関して必要な経費を支出する義務を負う。但し、

国の事務又は地方自治団体事務を委任した場合はこれを委任した国又は地方自治団体でその経費を負担しなければならない」と規定している。

(31) 地方自治団体の事務を自治事務（固有事務）と委任事務に区別する理論は、ドイツ・フランスなど大陸系の自治制度をもつ国の歴史的所産として、自然法的・天賦人権的な地方権の観念がこの背景にある。しかし、自然法論が衰退し、地方自治団体は国家以前の固有な生命体でもなく国家の創造物であり、その機能も地方自治団体に固有な地方権ではなく、国から伝来したものであるとする伝来説が支配的になるにつれ、自然法的地方権思想を背景に成り立っていた伝統的な固有事務・委任事務の理論は、その区別の実質的根拠を失ってしまったといえる。

(32) 崔昌浩『地方自治学』、三英社、一九九六、二五四～二五五；李尚圭『新行政法論（下）』、法文社、一九九二、一五七頁；金道昶『一般行政法論（下）』、青雲社、一九九二、一五六頁。

(33) 韓堅愚、前掲書、五九四～五九五頁。

(34) 大判1999. 9. 17. 99chu.30.「機関委任事務においてもそれに関する個別法令において一定の事項を条例で定めるよう委任している場合には自治条例制定権とは無関係にいわゆる委任条例を制定することができる。その際その内容は個別法令が委任している事項に関するものとして個別法令の趣旨に符合するものでなければならない」。

(35) 機関委任事務については次のような問題点が指摘されている。

第一に、機関委任事務制度は国家事務を地方自治団体の執行機関に委任して処理する事務であるが、自治事務と国家事務を区分する基準が明確ではなく、行政事務の多様化と高度化によりその区分はますます困難になっている。第二に、中央政府は地方自治団体に対する統制を強化するため、機関委任事務を増やし、機関委任事務が中央政府の地方に対する指揮・監督の手段となっている。第三に、地方自治団体を中央政府の下部機関化し、地方行政を全国画一化する要因となっている。第四に、機関委任事務を通じた中央行政機関の関与により地方自治団体の自主性と創造性が阻害され地方自治の発展を抑制する。第五に、機関委任事務は国と地方自治団体間の責任所在が不明確であり、地域住民の意思を反映することができない。

(36) 洪井善『一般行政法（下）』、博英社、一九九七、一〇六～一〇八頁。

(37) 全権限性の原則とは一九世紀にドイツで生まれた自治行政概念であるが、地方自治体は地域共同体に関する全ての事務を自らの判断と自己の責任に基いて規律できる

ことを意味する。すなわち、地方自治体は地域共同体に関する全ての事務を規律できる権利を持つが、こうした事務の範囲は原則的に制限がない。地方自治体の固有事務は法律に特別な規定がない限り、全ての事務に及ぶものであり、包括的に規定される。

(38) 「中央行政権限の地方移譲促進などに関する法律」は中央行政機関の権限を効率的・体系的に地方自治団体に移譲出来る制度的仕組みを設け、国家機能の地方移譲を促進し、地方自治団体の自立性・責任性を強調することで住民の福利増進を図る目的で一九九九年に金大中政権時に制定された法律である。この法律が制定された背景には一九九一年に三〇年間中断されていた地方自治が復活したことに伴い国と地方の役割を見直す必要性が生じたため、当時政府は民間合同の協議体である「地方移譲合同審議会」を設け、中央権限の地方移譲を推進したが、地方移譲を体系的に行うことができる法的な仕組みが整えられていなかったため、地方分権は遅々として進展しなかった。そこで、「国民の政府」をキャッチフレーズに掲げ登場した金大中政権は、先進地方自治の実現と政府機能の効率的な配分を通じた国家競争力の強化のために、「中央権限の地方移譲」を国政改革の課題として採択し、同法を制定した。そして、同法に基く体系的・効率的な地方移譲を推進するため大統領直属機関として「地方移譲推進委員会」を設置し、中央行政権限の地方移譲を推進することになった。これは地方分権を最優先国政課題として掲げた現慮武鉉政権に引き継がれ、地方分権ロードマップの課題の一環として進められた。その結果、「地方移譲推進委員会」は二〇〇五年一二月までに五、一九四の地方移譲対象事務から三、五五五の事務を審議、一、三四六の事務に対する移譲を確定し、九八九の事務に対する移譲を完了した。行政自治部『二〇〇六年行政自治白書』第三章、行政自治部。

(39) 六分野五七事務とは、①地方自治団体の区域、組織及び行政管理などに関する事務、②住民の福利増進に関する事務、③農林・商工業など産業振興に関する事務、④地域開発及び住民の生活環境施設の設置・管理に関する事務、⑤教育・体育・文化・芸術の振興に関する事務

(40) 現行地方自治法及び同法施行令は広域地方自治団体である特別市・広域市・道と基礎地方自治団体である市・自治区間の事務配分について次のような二つの特例を設けている。第一に、特別市・広域市・区間の特例である。すなわち、区は特別市・広域市の一部として人工的に設けられたものに過ぎないので、その性質上市で処理すべきものは区で処理するのではなく、特別市・広域市で処理する。地方自治法施行令の別表二には自治区ではなく特別市・広域市で処理する事務の例示として、地方自治

団体の人事及び教育などに関する事務、地方財政に関する事務、都市計画に関する事務などが規定されている。第二に、人口五〇万以上の市に対する特例である。人口五〇万以上の市については道が処理する事務の一部を直接処理することが出来る。これは人口五〇万以上の大都市に配分する権限を中小都市及び郡に配分する権限と同様に画一化するのは不合理であるため、大都市にはより多くの権限を与える趣旨である。地方自治法施行令の別表三には人口五〇万以上の市が直接処理できる道の事務の例示として、保健医療に関する事務、地方公企業に関する事務、住宅建設に関する事務、土地区画整理事業に関する事務、環境保全に関する事務などが規定されている。

(41) 第一一条には地方自治団体が処理できない国家事務の例示として次のような事項が規定されている。

①外交、国防、司法、国税等国家の存立に必要な事務、②物価政策、金融政策、輸出入政策など全国的に統一的処理が必要な事務、③農林・畜・水産物及び穀物の需給調節と輸出入など全国的規模の事務、④国家総合経済開発計画、国家河川、国有林、国土総合開発計画、指定港湾、高速国道・一般国道、国立公園など全国的規模又はこれと類似した規模の事務、⑤勤労基準、測量単位など全国的な基準の統一及び調整が必要な事務、⑥郵便、鉄道など全国的規模又はこれと類似した規模の事務、⑦高度の技術を必要とする検査・試験・研究、航空管理、気象行政、原子力開発など地方自治団体の技術及び財政能力では耐え難い事務

上記のように地方自治法第一一条には、地方自治団体が処理できない国家事務の例示として、「国家の存立に必要な事務、全国的統一及び調整が必要な事務、地方自治団体の能力に合わない事務」などを規定しているが、国の事務と地方の事務を区分することは、そう簡単ではない。すなわち、実定法上は個別事務の一部を地方自治団体の長に委任する規定を置く場合が多いが、個別法令が「市・道知事は○○事務を行わなければならない」のように地方自治団体長の権限として規定する場合は、これが自治事務又は団体委任事務なのか、機関委任委事務なのか文言上では判断が難しい。従って、この場合は、当該事務が主務長官の統制の下で統一的に処理しなければならない場合は、機関委任事務とし、当該事務が例示された地方自治団体の事務に属し、地域的な特性による自律処理が望ましい場合は、地方自治団体の事務として処理するという見解もある。洪井善「条例と侵害留保」『考試界』考試界、一九九三年四月号、三一三頁。

(42) キム・ゼホ「地方自治団体の事務と条例制定権」『地方自治法研究』第四巻第一号、韓国地方自治法学会、二

○○四年六月、七五頁。

(43) チェ・スンウォン「条例制定権の範囲と限界」『考試界』考試界社、二○○一年一月号、一○八頁。

(44) 大判 1999. 9. 17, 99chu30；大判 2001. 11. 27, 2001chu57 など。

(45) 大判 1992. 7. 28, 92chu31

(46) 大判 1995. 5. 12, 94chu28

(47) 大判 2000. 5. 30, 90chu85

(48) 大判 1999. 9. 17, 99chu30

(49) 大判 2001. 11. 27, 2001chu57

(50) 日本都市センター『分権型社会における自治体法務』財団法人日本都市センター、二○○二、六七～六九頁；佐藤俊一『地方自治要論』成文堂、二○○六、一二三～一二六頁；神奈川県自治総合研究センター『条例の制定と運用』公人社、二○○○、一○七～一一頁；川崎政司『地方自治法基本解説』法学書院、二○○六、五八～六四頁。

研究ノート

〈法のクレオール〉と主体的法形成の研究へのアプローチ（二）

目　次

司法を通しての法形成と法文化の地平の融合・覚書
憲法裁判におけるトランスナショナルなソースの参照をめぐって
——現代アメリカ法思考の開放性と閉鎖性——

今井弘道
會澤恒

北法58(4・335)1963

司法を通しての法形成と法文化の地平の融合・覚書

今井弘道

一・「法クレオール」ということをテーマとする本プロジェクトの枠組の中で、私は、「トランスナショナルな規範形成の過程」を法哲学的な考察の対象とするという作業を、私個人の小プロジェクトとして展開したい、と考えている。この小プロジェクトにおいて、私は、「法クレオール」の問題を、「閉ざされたナショナルな法共同体を超え出ていく法形成の展開」と「異種の法文化の地平の融合」の問題として、つまりは「トランスナショナルな規範形成」の問題として捉え返したい、そこに視点を定めた上で、そこに伏在する法哲学的・法思想史的な問題を引っ張り出し、それについて若干の検討を加えてみたい、このように考えているわけである。

以下では、この私の小プロジェクトの基本的な視点を、覚書風にまとめておきたい、と思う。

二・現代のフランクフルト学派の法学者であるクラウス・ギュンターは、EUの内外において進行しつつある「トランスナショナルな規範形成の過程」を目の当たりにして、かつてこのように述べたことがある。

「トランスナショナルな規範形成の過程は、とりわけ4つの異なる領域で観察することができる。その領域とは、(a)経済システムのグローバルな分化発展と、それを担う、またそれに伴うメディアとメカニズム、(b)この分化発展の、環境や移民や発展に対してもつ帰結、(c)諸々の人権、(d)グローバリゼーションの逆機能的帰結の克服のためのトランスナショナルな保護権の形成、である。これらの領域においては、国民国家とならんで、インターナショナルなローファー

ム、法律コンサルタント、NGO、インターナショナルな諸組織などが、法定立の主体として現れている。もちろんこれらの主体がもつ重みは、それぞれに異なってはいる。だが、それらの活動は、ひとつのトランスナショナルなネットワーク構造のなかに組み込まれている。そのネットワークのなかでは、経済学者、自然科学者、主体的に参加する市民と並んで、法の専門家がとりわけ活発に活動している。したがって、このようにして確立されていくトランスナショナルな法は、法曹法の特徴を持つと言うことができる」。

ギュンターは、このように、法曹＝法実務家が主導する、既存の実定法も、実定法を制定する権力も存在しない状況の中での、いわば賢慮と合意に基づく具体的な合意形成とコンフリクトの解決の集積が、新たな法形成につながっていくのだと考えている。その上で、現にそのような過程がグローバルに進行しつつある、と見なしている。そして、その法形成の過程を、「法曹法」の特徴をもつ「トランスナショナルな規範形成の過程」だ、と性格づけているのである。表題で私は「司法を通しての法形成」という言葉を使ったが、それは、この「法曹法」が、国際的なレヴェルで展開されるADRなどを含めた広い意味での「司法」を通して形成されるものだ、という了解を踏まえたものである。

ともあれ、このような形での「トランスナショナルな規範形成の過程」は、あらためて言うまでもないところであろうが、東アジアにおいても進行しつつある。EUで進行しているのとある意味では同じような形で、しかしまたある意味では異なった仕方で……。

三．ここで用いられている「法曹法」という言葉は、周知のように、オイゲン・エールリッヒの法理論において、極めて重要な意味を込めて用いられていたものである。ギュンターは、「トランスナショナルな規範形成の過程」を法学的観点から捉えるにあたって、このエールリッヒの「法曹法」的法形成論をモデルとして動員しているわけである。上の引用文には出てこないが、ギュンターは、エールリッヒの名前を明示的に挙示してもいるのである。

私は、このように現在EUでも東アジアでも、そしておそらくは世界中で進行しつつある「トランスナショナルな規範形成の過程」を、エールリッヒの「法曹法」的法モデルを念頭において把握していくことは、基本的に正当であろう、と考えてい

る。しかし、そのことを踏まえた上で、私は、それならばこのエールリッヒの「法曹法」的な法形成のモデルに、ギュンターとは違った、より原始的な仕方で若干の現代的な要素を加味しておくことがなおいっそう必要となるといわねばならないであろう、と考えている。

今はまだ抽象的な形でしか言えないが、この問題を法哲学的・法思想史的な次元での反省を加えつつ検討していくこと、私がこのプロジェクトに参加して私なりに考えていきたいと思っていることは、このようなことである。以下では、このプロジェクトの全体の中での私なりのこのような「小プロジェクト」にとっての概括的な見通しを立てておきたい、と思う。

四.「トランスナショナルな規範形成の過程」を考えていくために、エールリッヒの「法曹法」的法形成を現代的な観点に立ってあらためて捉え返そうとする場合、ハイエクの「spontaneous order としての法生成論」が重要な意味をもってくるといいうるのではないであろうか。私は、このハイエクの「spontaneous order としての法生成論」をエールリッヒの「法曹法」的法形成論に接合させることができるし、そのことよってそれをより広い眺望の下にもたらすことができるのではないか、と考えている。

そもそもハイエクの「spontaneous order としての法生成論」は、エールリッヒの「法曹法」的法形成論とは、かなり強い内在的な親和性をもつものとして理解することができる。エールリッヒとハイエクの議論の背後には、いずれもローマ法やイギリス法に対する深い教養、そして歴史法学派に対する肯定的な関心のあり方などがあり、その点で両者の間に大きな共通性を見出すことができる。このことを想起するならば、――因みに、私はこのエールリッヒとハイエクの間に存在する親和性は、理論内在的にも思想史的にも十分な根拠をもつものであり、それは論証可能でもある、と考えている。この点については、機会があれば論じてみたい、と思っている――このような私の理解は、決して唐突なものではないはずである。

しかもエールリッヒとハイエクは、ともにハンス・ケルゼンの論争相手であった――ケルゼンは、民主主義的立法の理想化というルソー主義的な理念を背景にもつ独自の法実証主義の立場からエールリッヒを批判したが、ハイエクはハイエクで、そのようなケルゼンの民主主義的公法実証主義の尖鋭な批判者であった――。

このような思想史的状況の中には、国家的立法――民主主義

的な手続を通してのを含めた――と国家や政治からの法の自立性／自律性との緊張にみちた関係をめぐって、深い考察に値する重要な問題が伏在しているといいうるのではないであろうか。ここでは、そのことを念頭に置きながら、私は、エールリッヒの「法曹法」的法形成論とハイエクの「spontaneous order としての法生成論」とは、思想史的連続性を有するものとして理解することは十分に可能なことであろうし、意義深いことであろう、と考えているわけである。だが、ここでは、このような思想史的連続性の確認とそのことがもつ意味についての考察は、この私の「小プロジェクト」にとっても導入的な意味を持つ作業ともなるであろう、ということだけを記しておくことにとどめたい。

五．では、エールリッヒの「法曹法」的法形成論とハイエクの「spontaneous order としての法生成論」とを思想史的連続性を有するものとして理解するというこのような作業がこの「小プロジェクト」にとっても導入的な意味を持ちうるとは、一体どういうことなのか。今ここでは、この点については、簡単には、次のように言っておくことができるであろう。

エールリッヒの議論は、いわばローカルな――集権的国家からは独立した固有の――社会現象として成立する〈生ける法〉の自生的生成ということをを前提として、コンフリクトの社会内部での発生とそれの司法的解決を通して、この〈生ける法〉が何らかの法命題 Rechtssatz として定立されるに至る過程を焦点にするものであった。そして、集権的な国家機構から独立したこのような司法過程のうちにこそ法の生成メカニズムの源泉がある、人々の日々の生活が営まれる場としての社会とその関係を規律する法との関係に即して法が生成するという法の自生的な生成メカニズムにとっての焦点がある、と考えられたわけである。

司法的紛争解決が、日々の生活の中に息づいて働いている規範的意識の公的な総括としての意味を持っている。それが法命題として結晶せしめられていく、ここに「法曹法」的法形成のポイントがある、というわけである。

六．しかし、エールリッヒは、このような形での法形成への視角を、国家主義的法形成を批判するための批判的視点として提示したにとどまり、それを法システムそのものの形成と発展の論理として提示することには、必ずしも成功してはいない。つまり、エールリッヒはローカルな社会現象として成立する〈生

ける法〉を前提として法の生成を説き、その観点を集権的な国家権力による構成主義的な立法を批判する方法的観点として確保しえたにすぎなかった。その限りで、それは、つまるところアンチ・テーゼを超えるものではなかったと評さざるを得ないものであった。

もっとも、エールリッヒは、このローカルな社会現象として成立する〈生ける法〉を前提とし、このような法の生成論を歴史法学派の慣習法論、ひいては民族精神論を背景としてその核心部分をなすものとして位置づけ理解することを通して、この法生成論をより包括的なものとして展開しようとする構えを示してはいた。このことはハッキリと認めておかねばならない。しかし、そのエールリッヒの作業は、必ずしも完成したものとはならなかった。

このエールリッヒの法形成論にハイエクの「spontaneous order としての法生成論」を接合させて理解することができるのではないか——逆に言うと、このように考えることによって、ハイエクの歴史法学派に対する理解がエールリッヒの視角をくぐり抜けることによって可能になっているという事態が了解可能となるのではないか——。もしそのように理解してよいとすれば、このようなエールリッヒを踏まえながら、同時にエールリッヒの限界を超えた視野を手に入れることができるのではないか。逆にまた、そのことによってハイエクの法生成論の方も、より具体的な内実をもったものとして具体的に理解しうるものとなるのではないか。私には、このように思われるのである。しかもそのように考える際に、「歴史法学派の慣習法論、ひいては民族精神論」とその論理の「社会」法への読み込みというエールリッヒ法形成論の背景を「トランスナショナルな法形成」という背景にまでふくらませた上でそれと置き換えておけば、そこには、私の「小プロジェクト」に対してかなり見通しのきく展望があたえられるのではないであろうか。

しかしそのことにふれる前に、この作業は、それ自体、極めて大きな理論的／思想的な問題、それも高度の原理的な法哲学／実践哲学の問題に、ひいては哲学や論理学の問題にも関わっていくものだということを確認しておくことにしたい。その問題とは、つまり判断力の問題である。そのことによってこのようなものとして法生成論を再構成するという作業は、法哲学プロパーの——そしてある意味では政治哲学の領域に属する——問題にも、かなり重要な仕方で関わってくることになる、と思われるからである。

七．判断力というものを考える場合には、「規定的判断力」と「反省的判断力」とを区別して考える必要がある。このことは、周知のように、カントの『判断力批判』が注意を促したところである。それでは、「規定的判断力」とか「反省的判断力」とかという言葉は、いったい何を意味しているのであろうか。

ここでは簡単に言っておくが、規定的判断（力）とは、普遍的なルールが所与のものとして前提とされていて（大前提――ルールではないが、古典的な論理学の出している例に従っていえば、「すべての人は死ぬ」）、個々の事例（小前提――「ソクラテスは人である」）をその大前提に包摂することによって判断（結論――「ソクラテスは死ぬ」）が下される場合に働くところの、三段論法的な構造をもつ判断（力）のことである。

制定法実証主義は、時に包摂実証主義などといわれることがある。個々のケースについての法的判断というものを、普遍的ルール――判断されるべき個別的事例以前に、それとは独立して存在するものとして前提されている普遍的ルール――に包摂することによって成立するもの、と理解しているからである。要するに制定法実証主義／包摂実証主義は、三段論法として定式化されうる規定的判断力を直接のモデルにして法的判断を理解しているわけである。

ここにおいては、普遍的ルールは、dogma――その背後に回り込んでそれについて問いただすことを禁ずる資格をもつ教義――として現れる。そして法律学は、包摂判断ということに焦点を置いてdogmaに潜められている可能的な意味を――dogmaの背後に回り込んでそれについて問いただすことを抑制しつつ――それのために開き示すDogmatikとして成立し展開されることになる。

八．ところが、このような規定的判断力をモデルにして法的判断を考えることを原理的次元において否定しようとしたのが、エールリッヒであり、ハイエクであった。

普遍的ルールが、その名に値し、様々なコンフリクトを人々に正当なものと納得させうるような形で解決する可能性を有しているかぎり、規定的判断力を軸に展開される法的判断は、たしかに社会の安定性を維持する積極的な役割を果たすことができる。しかし、それは歴史的変動期には、当然に変動すべき社会構造のあり方を頑固に現状にとどめておこうとする役割を果たしてしまう。生が生み出した文化がやがて生のそれ以上の発展を押しとどめる桎梏の役割を果たしてしまうという、ジンメルがいう「文化の悲劇」の法律版が成立するわけである。

こういう事態の中では、規定的判断（力）の限界を理解しようとする法学的努力が——従って dogma の背後に回り込んでそれの根拠について問いただすことを抑制しつつただ包摂判断のために dogma が内包している意味内容を開き示すということだけをこととする dogmatisch な思考の限界を超えようとする法学的努力が——台頭してくることは避けがたい。そしてその限界の理解とそれの超克を可能にするという意味をもつ反省的判断力の構造に、関心が向けられていくことになる。エールリッヒやハイエクがこの問題を、このような哲学的判断論の用語を用いて考えていたかどうかということは別として、彼らが制定法実証主義批判として考えていたのは、明らかにこのような規定的判断力と反省的判断力との関係にまつわる問題の法的な局面においてであった。

それでは、反省的判断力とはいかなるものなのか。やはり簡単に言っておかなければならないが、それは、規定的判断力の場合のように個々の事例を包摂しうる普遍的なルールが予め前提されていない場合——つまり、三段論法の大前提に当たるものが与えられていない場合——に下される判断のことである。この判断は、要するに、三段論法のシェーマに即していえば、大前提が存在せず、小前提だけを前提にして結論が下されるような判断なのである。あることがらに、適用すべき規準を念頭に置かないまま、直観的に「ノー」という答えを出すというような場合がそれに当たる——美的判断の場合などを念頭に置いてもっといろいろな例を出してこの問題のふくらみを示しておくことができるが、ここではそのようなことは一切省略して議論を進めることにする——。

しかし、有意に類似的であるといいうるような事例が続く場合には、最初のこの直観的に下した判断がこの類似したケースにも何らかの形で援用可能なのではないかといったことが検討されることになる。そして最初の判断がこの類似した事例に対する判断の際に援用された場合には、最初のケースにおける判断のうちに潜在的にのみ存在した規準が、今度のケースに適用されるに当たって明るみに出され、一般化を施されたということになる——今あげた例に即して簡単に言っておけば、あのとき「ノー」といったのだから、この場合にも「ノー」ということになる筈だというように考えることを通して、あのときに「ノー」といった根拠が反省され一般化されて「ノー」というべき場合のそれなりの一般的準則が確立されるということになる——。

このことは、公認された大前提がない状況の中で上で示した

ような形で直観的に判断を下すという継続的な営為の中で、判断を下すことを可能にしたルール――三段論法に言う大前提――が模索され、それが一般的なルールとして漸次的に確立されていくことになるということを意味している。あることがらに、適用すべき規準を念頭に置かないまま、一応の状況論的な考慮を尽くして「ノー」という答えを出す場合、その直観的判断の中では、なぜ「ノー」という答えを出したのか、そこにどういう根拠があったということが、分節化されないまま、定式化されないままではあっても、それなりに含まれていた筈である。このような分節化されない規準や根拠が、後続の有意に類似的な事例に対する判断を下すという営為の中で、自覚され析出されやがては明確に定式化されていく、ということになるわけである。

従って、後知恵的に振り返って見れば、次のように言うことができる。反省的判断は、判断基準（＝大前提）を前提しえないような事態の中で――あるいは判断者が既成の判断基準を、もはやナンセンスに化したものと考え、それを判断基準として受け入れることを拒否するというような事態の中で――、それにもかかわらずあえて判断を下し、そのことを通して、そのケースに限定的なものとして判断の前提となる新たな規準を、いわば判断をくだすと同時に、定立する――定式化はおこなわないままに――ということを行っていたのである。そして、有意に類似的な事例が続いた時に、最初の判断がこの類似したケースにも援用可能であるかどうかについての検討が行われ、そのケースに限定的なものとして定式化されないままに定立されていた判断規準を、いわば定式化するべき努力が行われることになるわけである。

よくいろんな会議などで、ある問題に直面した場合に、ある「前例」が思い出され、それがどういう意味で「前例」なのか、そもそもそれを「前例」として考えていいのか、といった議論がなされることがある。その議論が行っているのは、このような作業なのである。

九．もしこのようなことが言えるのであれば、反省的判断力は規定的判断力に論理的に先行している、と考えることができる。反省的判断力こそが規定的判断が可能になる前提を蓄積し形成していく働きを行っている、と考えることができるからである。そしてさらには、規定的判断力が無造作に前提としていた大前提は、実はこのような反省的判断力が働いていた地平を踏まえて成立していたのだし、自らの妥当性はこの反省的判断

力の地平によって保障されていたのだ、と言うこともできるはずである。

一歩踏み込んで言うならば、そもそも包摂判断こそが法にとって本来的な判断だと考える立場は、このような事情を、従って反省的判断力が働く地平を、一面で無視しながら、他面でそれを無自覚のうちに自らの前提として取り込んだがゆえにこそ可能となった立場にすぎないのではないか。無論、包摂判断も、無根拠に作動していたわけではない、といわねばならない。包摂するだけで、基本的に正当な判断を生み出すことが不可能ではない状況においては、包摂判断は、十分な社会的な基礎をもっているといいうるのである。いや、逆に言うべきであろう。つまり包摂判断は大前提となる一般的ルールが十分な社会的基礎をもっている場合にだけ、包摂によって正当な判断を生み出しうるのである。ただ、包摂判断は、自らの妥当根拠についての反省の構造を有してはいない。制定法実証主義が立法として考えている作用は、このような事情に無知であることによって——あるいはそれに気づきながらそれを無視することによって——可能となっているにすぎないのではないか、このように考えることができるであろう。

このような反省的判断力は、そもそも一般的ルールが存在しない場合だけでなく、既存の一般的ルールが古くなって、現在の事例に適用することが不適切だと考えられるような場合にも、重要な役割を果たすことになる。

一〇．エールリッヒやハイエクは、この反省的判断（力）というものこそが、法的判断にとっての適切なモデル、本源的モデルだと理解したのではなかったのだろうか。そして、一般的ルール——あるいは「国家主義的法観」の意味における体系的立法の成果としての法体系——の存在根拠／妥当根拠は、この反省的判断力が働く地平、法学的にいえば判例法的な法曹法的な法形成の地平の中にある、と考えたのではなかっただろうか。ここにエールリッヒが法曹法に着目する根拠がある。

このような観点に立って考えて見れば、エールリッヒにとって、制定法実証主義が——規定的判断力をモデルにして法的判断を理解し、大前提となる法を、反省的判断力が働く地平＝判例法的な法形成の地平とは無縁なところで人為的に自由に制定しうると考える制定法実証主義が——拒否し批判すべき対象として現れてきたということも、十分に納得のいくことである、と言うことができるであろう。それと同時に、現実に反省的判断としての法的判断を担う階層——法曹階層——とその法曹階

層が立脚する社会的地平こそが、換言すれば反省的判断力を働かせるのでなければ解決していくことができないような新たな質をもった紛争を日々のダイナミズムの中で次々と生み出していく社会的地平こそが、包摂判断を越えた、本来の意味での法判断と法形成とを可能にする根源的な基盤だという自覚が明確に抱かれてきたことも、容易に了解しうるところとなるであろう。

こうして、エールリッヒにとっての法と社会との内在的な関係をめぐる問題圏が現れてくる。このような社会の次元が、この判断論という局面においては、「反省的判断力が働く地平」としての「法曹法の地平」いう形で浮上していたのであるが、それがあらためて社会と法の関係として現れてくるわけである。エールリッヒが法を論じる際にまず第一に着目したのは、このような意味での「反省的判断力が働く地平」に対してであった、といいうるであろう。

一一．私は、八．において、「反省的判断」は、「判断基準を前提しえないような事態の中で――あるいは判断者が既成の判断基準を・・・判断基準として受け入れることを拒否せざるをえないような事態の中で――」それにもかかわらずあえて判断を下す場合に成立する、という意味のことを言った。ここで今この文章の私が傍点を振っておいた部分に注目するならば、この「反省的判断」は、もはや妥当性を喪失した古い判断基準を廃棄して新たな判断基準を模索するという革新的な機能を有しているということが明らかになってくる。

むろん、この革新的な機能は、革命的な機能ではなく、dogma の硬直化を批判して漸次的な進歩を可能にする機能にすぎない。「習慣を破り得るもののみが習慣を作り得る」という言葉があるが、この言葉の意味を実現させるのが、この革新的な機能なのである。ハイエクは spontaneous order に立脚することによって可能となる「進化論的合理主義」の思考様式がイギリスのコモン・ローの伝統の影響下に成立したものと推測している。このようなハイエクの議論が可能となる根拠が、この反省的判断力がもつ漸次的な進歩を可能にする革新的な機能というものにあったということができるであろう。

今ひとつの確認をしておきたい。反省的判断力がこのような革新的な機能を有しているとすれば、その機能は、反省的判断力という論理的次元を超えた次元に根拠をもっているはずだ、ということである。結論的に言えば、その根拠は、私が先ほど用いた表現を繰り返すならば、反省的判断力を働かせるのでな

ければ解決していくことができないような新たな質をもった紛争を日々のダイナミズムの中で次々と生み出していく社会的地平という意味での「反省的判断力が働く地平、法学的にいえば判例法的な法形成の地平」にある、というべきであろう。この「地平」の変動が――表現を換えれば「生ける法」の変動が――、反省的判断力を介して「大前提」――社会的なコンセンサスの結節点である一般的ルール――の変動として、現れてくるわけである。

こうして、反省的判断力が、もはや妥当性を喪失した古い判断基準を廃棄して新たな判断基準を模索するという革新的な機能を有しているということが了解されうるのであれば、この論点は、ハイエクの議論それ自体を脱・市場原理主義化させてその硬直性を否定していく上で重要な意味をもちうるであろう、と私は考えている。この点は後に補足することになるであろう。

一二　規定的判断力と反省的判断力の関係にまつわるこのような問題は、より一般的にいって、カントの『判断力批判』の解釈を軸にして展開されてきた実践哲学的な議論と大いに関わるところである、ということができるであろう。そのことがおおよそどのような問題に関連しているのかということについては、ここで立ち入って議論しているわけにはいかない。そこで、ここでは、そのことを示唆するために、ある意味では「全体主義」以降の問題状況の中での一般的な実践的コンセンサスの確立可能性という実践哲学的・政治哲学的な問題関心から美的判断力の構造（＝反省的判断力の一つの具体的なあり方を示しているところの美的判断力の構造）の問題に関心を示しているハンナ・アーレントの名前を挙げておきたい。それだけで、ここで私が言いたいことのおおよそとそれがどのような方向を向いているものなのかは、推測可能となるであろう。

ところで、このようにいうことによって明らかになっているであろうように、以上で私が考え進めてきた法学的な問題領域は、単に『判断力批判』の解釈を軸にして展開されてきた実践哲学的な議論の単なる一分野にとどまるものと理解されるべきではない。むしろ、法学的な領域は、このような実践哲学的な問題が最も明瞭な形を取って切実な形で現れる領域、範型となるべき領域なのである。従ってこの問題に対する議論を最も生産的に展開しうる可能性をもつ領域なのである。

念のために言っておくが、私は、法学的な領域が政治的な領域よりもこの問題にとって重要な領域だなどということを言いたがっているのではない。法学的な領域のほうが政治的な領

域においてよりも問題が遙かにクリアーに現れるだけに、より包括的な――それゆえにこそ茫漠とした様相を呈することも避けられない――政治的領域における問題を展開する場合のモデルを提示し、議論の方向を明確にしうるという意味で、このような法学的な問題領域は先駆的な意味をもつ分析が可能となる領域だと言いうるのではないか、重要なのはこの点にある（私は、いずれアーレントの判断力論の意味を論じてみたい、と考えている。この点は、そのときに立ち入って論じうるであろう）。

一三. 議論を元に戻そう。私のいいたかったことは、要するに、エールリッヒの「法曹法」的法形成論とハイエクの「spontaneous order としての法生成論」とを思想史的連続性を有するものとして理解するという作業は、同時に、反省的判断力と規定的判断力の関係の問題という法の根幹に――ひいては政治哲学・実践哲学一般の根幹に――関わるような重大な問題とつながっているということ、そこに現代実践哲学と深く関係しうる法哲学的・法思想史的なテーマが存在するということ、である。例えば、賢慮 prudentia であるとか、体系思考 Systemdenken と対立する問題思考 Problemdenken であるとか、Topik や Rethorik といった言葉を援用しながら行われてきた議論とかは、それぞれにこのような問題と何らかの形で通底する問題であった、と考えることができるのではないであろうか。

私は、このような問題連関が存在しているということを意識しながら、エールリッヒの「法曹法」的法形成論とハイエクの「spontaneous order としての法生成論」とを思想史的連続性において理解しうるということについての理解を進めていきたい、そしてそれらの法理論が国家的制定法実証主義批判の意味をもったという事実がもつ、法学を超えた含意について考察を進めてみたい、と考えているわけである。

一四. ギュンターは、「トランスナショナルな法」は「法曹法の特徴」を持っているといっていた。「トランスナショナルな規範形成の過程」は、「法曹法」的法形成の過程として理解しうる、というわけである。私は、このようなギュンターの指摘を肯綮に当たるものと考えている。だからこそ、それを上述のような議論と接合させて見たわけである。しかし、ギュンターの議論に問題がないわけではない。

ギュンターは、すでに見たように、このように「トランスナショナルな規範形成の過程」を、エールリッヒを動員しながら、「法曹法」的法形成の過程として理解しているわけであるが、

ここで重要なことは、ギュンターがその上で、

・ハバーマス的な法理論について、それを、法多元主義的事態に対応しうるように修正を施し、

・そのことを通して、ハバーマスの「合法性の普遍的コード」論の核心を救出するべきだ、と考えている点である。

この場合の問題のポイントは、

① いったんは「法」を「民主的で立憲的な国民国家」の制度的法であると見た上で、

② 「トランスナショナルな規範形成」の時代の到来ということを意識するがゆえにナショナルな限定から「法」を解放し、

③ 「国民国家」の枠組を超えたトランスナショナルな法形成の可能性を展望するが、

④ だからといって「民主的自己立法という理念」を捨てるのではなく、トランスナショナルな段階においてなおこの「理念」に準拠することが可能となるような理論的根拠を確保する必要がある、

と考えられている点にある。

つまり、ギュンターは、このような問題意識を通してエールリッヒをハバーマス理論と接合させようとしているわけである。

一五. 私は、上の四から九までの議論において、エールリッヒをハイエクに接合させ、そこに連続と発展を見ていこうとする企図を示した。エールリッヒをハバーマスに接合させるというギュンターの発想よりも、私のこの企図の方が適切でもあり、豊かな可能性を有してもいるのではないか、と考えているからである。私には、ここにはいろいろな論点が関連しあいながら凝縮して存在しているように思われるが、ここではそのうちの二三のものに触れておこう。

「法」を「民主的で立憲的な国民国家」の制度的法という限定から解放しながら、トランスナショナルな段階においてなお「民主的自己立法という理念」に踏みとどまろうとするギュンターの構えは、「国家的制定法」のみを法と見る制定法実証主義的な思考回路に戻りかねない含意をもっていると言えようが、それを度外視した上でいえば、EUのような比較的均質な地域において「トランスナショナルな法」の問題を考える場合には、それなりの説得力を装うことも不可能ではないのかもしれない。だが、例えば東アジアで問題を考える場合には——ましてやそれ以外の地域で問題を考える場合には——、あまり意

味を持たないのではないであろうか。むしろ、そのような地域においては、従って東アジアにおいては、「トランスナショナルな規範形成の spontaneous な過程」に眼を向ける方が有意味なのではないであろうか。

いや、――エールリッヒの「法曹法」理論に「国家的立法」（民主的なという限定はつけられていても）理論を接合するということの無理を度外視した上で――、敢えてハバーマス的なパラダイムに敬意を表していうなら、トランスナショナルな段階における「民主的自己立法という理念」は、「トランスナショナルな規範形成の spontaneous な過程」を通してこそ、それなりに有意味な形で実現可能になるのではないか、このような見方の方が、事態に即した見方だといいうるのではないか、このように思われるのである。

「民主的自己立法という理念」は、主権国家を前提としてのみ意味をもちうる観念である。それでもこの観念を「トランスナショナルな規範形成の過程」に対して適用しようとすることに合理的な意味があるとすれば、EUをスーパーナショナルな「主権国家」たらしめようと志向しているのではないとすれば――私は、そのような志向は、極めて反時代的なナンセンスなものであろうと考えているが――、「トランスナショナルな規範形成の過程」を可能な限り広いコンセンサスに支えられたものとしたいということであろう。そのときにはじめて、「民主的自己立法という理念」はそれなりに有意味な形で実現可能になるということなのであろう。

「トランスナショナルな規範形成の過程」を可能な限り広いコンセンサスに支えられたものにするということは、しかし「民主的自己立法という理念」などという主権国家とそこにおける国民の主権的意志＝一般意志とを前提としてのみ意味をもちうる観念を動員することによって可能になるものなのではない。この過程を広いコンセンサスに支えられたものとするためには、むしろ「インターナショナルなローファーム、法律コンサルタント、NGO、諸々の国際的な機構など」の「法定立の主体」による「法曹法」的な法形成が、従ってそのような法曹の活動の背後にある現実的なあるいは可能的なコンフリクトの解決が、その都度毎にいかにして公正なものとして機能しうるのか、その条件を考えていく方が適切だろう、と思われるわけである。問題は、「立法」にではなく、以上のような広い意味で理解された「法曹法」的法形成に関わっている。そこに無媒介に立法の理念を持ち出すのではなく、「法曹法」的法形成に固有のコンセンサスの調達の問題として立てられねばならないの

ではないであろうか。

一六. ここで、アクセル・ホネットの「承認を求めての闘争」の基本的モティーフを想起しておこう。ホネットは、ハバーマスの議論を踏まえながら、その超越論的な議論構成については、それを事実上拒否している。ホネットは、むしろ不合理な抑圧や差別が存在している現実を出発点にしている。そして、そこで苦しんでいる人々の「承認を求めての闘争」を通して、そこに支配していた非対称的な関係が対称性をもった関係へと変容させられていく過程のメカニズムを追求している。

この過程は、かならずしも多数者の意志が貫徹していく過程ではない。「承認を求めての闘争」を支えるのは、むしろ少数者の多数者に対する抗議の意志であることが少なくないのである。だから、この過程は、一般意志の実現の過程だとはいえない。この過程は、主要には、民主主義的な多数者の支配の中でもなお存在し続けるような不合理な抑圧や差別に対する抵抗の過程なのである。

ホネットの中心的なモティーフとなっているのは、このような不合理な抑圧や差別の漸次的除去を通して相互承認に支えられた対称的な関係性に無限に接近していくというネガティヴ・アプローチ的なモティーフだということができるであろう。ホネットは、このような否定的なアプローチを通して、ハバーマスが前提としているような規範的な価値の実現の方策を、ハバーマス以上にリアルな形で示したのである。

ところで、このようなホネットのネガティヴ・アプローチにおいては、非対称的な不合理な関係性とそれへの抵抗は、どのような過程を通ってどのような帰結を生んでいくと想定されているのであろうか。私は、この点を考える場合には、ホネットの議論をエールリッヒやハイエクの議論を重ね合わせて考えていくことができるのではないか、と考えている。つまり、この過程は、ある種の spontaneous order としての性格を帯びるのではないか、と考えている。というのは、民主主義的な多数者の支配の中でもなお存在し続けるような不合理な抑圧や差別に対する少数者の抵抗として現れるコンフリクトは、ＡＤＲを含む広い意味での司法的な解決に委ねる可能性に開かれていることが、重要な意味をもつであろうからである。そしてそのことによって司法を通しての法形成という問題がクローズアップされてくることになるであろうからである――むろん、このことは、そこで問題が最終的に解決されるかどうかとは別の問題である。しかし、このような可能性が、抵抗者の承認要求を一般

的なコンセンサスにまで広げていく上で大きな意味をもちうることは否定し得ないところであろう――。そして、そのように考える場合には、この過程をナショナルに閉じられた過程だと考える理由はなくなるであろう。

一七．私は、「民主的理念」に立脚するハバーマスと「承認要求」を掲げての闘争の過程を重視するホネットとの関係は、トランスナショナルな段階における「民主的自己立法という理念」と「トランスナショナルな規範形成の spontaneous な過程」との関係とパラレルな関係にあるというように捉え返していいのではないか、少なくともそのような一面をもちうるのではないか、と考えている。というのは、不合理な抑圧や差別の漸次的除去を通しての対称的な関係性への接近というネガティヴ・アプローチが含意している規範形成の過程は、エールリッヒの〈生ける法〉の紛争解決を通しての「法曹法」化の過程と類比的なものであり、同時に前項で示唆したように、それを長い射程で見たときにはハイエクの spontaneous order という言葉で説明されてよい過程であろうと思われるからである。ただし、その場合には、ハイエクのこの概念から「市場原理主義」的な意味合いは除去しておく必要はあるであろうが……。

一八．この点をめぐる私の理解には、もう一つの背景がある。それは、一九六〇－七〇年代の公害訴訟等をきっかけとして大きな話題になった「裁判を通しての権利形成・法形成」の問題と、それをめぐる田中成明の議論とである。この田中の議論は、「裁判を通しての権利形成・法形成」と表現しうるような問題の存在とそれがもつ現代法・現代日本法にとっての意義の解明について、極めて大きな役割を果たしたものであった。

私がエールリッヒの「法曹法」的法形成論に現代的な意味での関心を向けたことについては、この田中の議論から受けた大きな影響が働いていた。ところで、田中は、この「裁判を通しての権利形成・法形成」の過程にハバーマスの「理想的発話状況」という観念を接合させようと試みたことがあった。そのことによって、この「裁判を通しての権利形成・法形成」の正統性についての議論を構築しようとしたわけである。

率直に言ってしまえば、私には、この試みは成功しているようには思われないし、田中自身もやがてはそのように考えるようになったのではないか、と推測している。また、このような試みを行うのであれば、「承認を求めての闘争」というホネットのモティーフを動員したほうがうまくいったのではないか、

私はこのようにも考えている。「裁判を通しての権利形成・法形成」の過程を、「承認を求めての闘争」を契機として顕在化したコンフリクトの一定の集約点であり、問題の一定の――あくまでも一定の――解決が可能となる過程であるというように位置づけることができるであろうからである。

一九．ハイエクの議論は、市場原理主義的な傾向をもっており、その限りでは、それはまことに保守的な議論になってしまっている。このことは一般に指摘されるところであり、私もその通りだと考えている。

しかし、ハイエクの議論に食い込んでいる市場原理主義的な要素は、ハイエク理論の――それはネガティヴ・アプローチがもつ積極的意味だ、ともいえるであろう――spontaneous order という概念に込められている積極的な意味を放棄することなしに相対化することが可能なのではないか。そしてそれは、これまでも示唆してきたところだが、現代的な問題を考えていく上では必要不可欠なことであり、重要な意味をもつことなのではないか、私はこのようにも考えている。

例えば市場原理主義の相対化を要求する消費者運動や社会的弱者などのマイノリティの団体が掲げる権利要求の承認を求める運動を、「規範形成の spontaneous な過程」を動かす重要な要素として評価し組み入れていくことが、ハイエクの思想の核心を維持しながらそれを脱保守化していく上で、有効な意味を持ちうるのではないであろうか。このような脱市場原理主義的な動機をもつ「承認を求めての闘争」を、裁判を通しての法形成というモティーフと接合させ、それを法形成論として具体化していくという方向性を追求することは、たしかにハイエクの市場原理主義のモティーフを否定することにはなるであろう。だが、それは、ハイエクの spontaneous order 論と rule of law 論の核心を否定することにはならないのではないであろうか。むしろその間の不整合を克服することになるのではないであろうか。

二〇．法や制度・政治的支配の正統性（legitimacy）は、被治者の承認という事実――それに従う人々がその法や制度・政治的支配の正統性を承認しているという事実――に求められるとする立場がある。このような立場は、G. Radbruch に代表される法哲学的伝統においては、「承認説」と呼ばれてきている。コンセンサスをキー概念とする J. Habermas のコミュニケーション的行為論も、ある意味では、その現代版と見ることがで

きる。

この「承認説」の一つの源流に、アダム・スミスの考え方を位置づけることができる。スミスは、法的ルールや社会的諸制度の基盤となる規範的基礎は、抽象的で形而上学的な理性にあるのではない。市民間の日常的慣行のなかで自生的に成立し共有されていく「道徳感情」にある、と考えたからである。そしてスミスは、市場的秩序を、この日常的慣行によって統制されるものとして理解したのであった。

このスミス的「承認説」は、法的自律の観念――自分が設定した法に自らが従うという観念――を継承している。思想史的には、法的自律の観念は「社会契約」の理念に最も明確に表現されているが、スミスは、この「社会契約」の理念を、「自生的秩序（spontaneous order）」――日々の現実的な無数の諸関係がもたらすダイナミズムによって自生的に形成されていく秩序――へと読み替えたのである。

二一．市民間の慣行とは、市場での取引行為を含んだ、「自由な主体」間の「相互行為」のことを指すものと理解されてよい。従って、オークショットに倣って、その慣行の総体を「市民的結合体（sicietas civilis）」――つまりは civil society――と呼んでもいい。この慣行は、市場的相互行為に尽きるわけではなく、市民間の非市場的な慣行をも含んだ、より大きな外延をもつものであって、市場はその一部分としてその中に埋め込まれている。この意味では、慣行は市場の環境だ、ということができる。

市場は「法的ルール」――文字通りに「市民法（civil law）」的な法的ルール――によって制御されている。その「法的ルール」が、スミスが考えたように、市民間の日常的慣行のなかで成立する道徳感情をその存立と正統性の根拠とするのであれば、市場は、慣行の一部でありながら、結局は全体としての慣行／道徳感情に制御されていることになる。

スミスの『道徳感情論』の議論の狙いは、市場は全体としての慣行／道徳感情に制御されているというこの事実を示すことによって、いわば「市民的結合体」の自足性を示し、権力の市場への介入の不当性を説くことにあった。こうして、法的ルールや社会的諸制度の第一義的任務は、「市民的結合体」における「慣行」の核心をなす市場の機能を――またそれを通して生産過程を――円滑に保持することにあると考えられていた。

二二．このようなスミスの世界はきわめて調和的なもので

あった。その調和性は、「市場」と「慣行」とが――つまり「市場」とその「環境」とが――、スムースな連続性を保っていることによって保障されていた。そしてその連続性は、スミスがいわば「商人」をモデルとする人間観をもっていたことによって、理論的に表現された。

スミスは、人間を、「交換する性向」を「本性」としてもっている（Wealth of Nations）、と理解していた。このような「本性」をもつ人間（＝「商人」的人間）がすべての慣行の担い手であり、市場はその慣行の部分であった。この「交換＝人間本性論」が、スミス理論における「慣行と市場の連続性」／「道徳感情と市場の適合性」の基礎となっていた。そしてそれが、スミスの普遍主義の根柢をなしていた。

ハイエクに代表される市場主義的自由主義者は、この「慣行と市場の連続性」を――更には「前市場社会的慣行と市場社会的慣行との連続性」を――前提にしている。「自生的秩序（spontaneous order）」というハイエクの概念は、慣行＝市場の外部からの介入を否定するためのキー概念であるが、それは、その前提の上で成立するものなのである。

このように考えた時に重要なことは、ハイエクのspontaneous order論自体が、「慣行」の漸次的ではあるが不断の革新という議論を含んでいるということである。その「慣行」の不断の革新は、「慣行」を通しての「市場」の不断の抑制の可能性をも含んでいる、と見ることができるのであろう。このような「抑制」は、古典的には労働法上の権利の成立などとして現実化されてきたことであるが、近年では消費者保護の問題をめぐって、大いに注目されていることである。ネガティヴ・アプローチは「慣行」の漸次的革新を可能にし、そのことを通して「市場」を不断にコントロールしうるわけである。

私は、このように考えた上で、例えば消費者運動その他の市民運動の国境を越えた連帯的展開というような方向性をそこに考え合わせていけば、ハイエクの議論に含まれているこのような積極的な可能性を、「法文化の地平の融合」論の方向性に発展させていくという更に大きな展望をもつことができるのではないか、と考えている。つまり、ハイエクのspontaneous order論の中には、「共同体の融合」論を見出すことができる。それを、我々が当面している「法文化の地平の融合」論のモデルとして読み取り、読み替えていくことができるのではないか、というわけである。

二三　ここでは、議論の簡略化のために、かつての私の論文

の引用という形で、このハイエクの「共同体の融合」論を見ていきたい、と思う。私は、「正義論と価値相対主義」という論文で、ハイエクの spontaneous order という観念を以下のように説明したことがある。

「分業の急速な発展と市場圏の拡大・深化の過程は、前近代的共同体を解体すると同時に、統一的な目的論的意志が社会に貫徹していると見る目的論的世界観を維持し難いものにしていった。他面で新たな社会形成を通して統一的なものとしての「大社会（Great Society）」が現出してくる。しかもこの社会形成のあり方は、共同体を支配する単一の目的に……従属するという存在のあり方から個々人を解放し、自己固有の目的を自らの有する知識に立脚して追求するという意味で自由な主体たることを各人に許容しながら、却ってそのことを通して個々人によって営まれる多元的な運動の思わざる結果として社会形成自体が一層の展開を遂げていく、という相互促進的構造をもっている。このような社会形成に参与することによって各人は共同体の偶有的契機たることを脱却し、自主的・自律的存在へ成長していくことが保証される。……ハイエクが「進化論的合理主義」――A・スミスにおいて一定の完成を見るところの――とよぶ思考様式が捉え……たのは、まさにこのような社会形成の過程的構造（ここでこのように「過程的構造」と呼んでいるものが、spontaneous order に他ならない―引用者としての今井）であり、それが（自然と人為のいずれにも属さない―引用者としての今井）第三のカテゴリーに属すること、及び個人的自由の根拠がそこにあるということであった」。（竹下賢編『実践地平の法理論』（昭和堂、一九八四）所収、一五九―一六〇頁）

ここで示されているように、この過程は、ハイエクによれば、前近代的な共同体の解体とその前近代的な諸々の共同体の「地平の融合」の過程を含むものであった。その「融合」の成果が、上で言われていた「大社会（Great Society）」だというわけである。そのことを、私は、やはりこの論文で、spontaneous order の中での general rule の形成に即して、このように述べた。

「このようなルールは社会的過程において淘汰され不断により整合的なものへと形成されるが、そのようなルールをもつ共同体自体も又淘汰――他のよりすぐれた共同体のルール

の模倣による適応能力の獲得とか、その模倣に失敗し現実に適応するシステムを形成しえなかった共同体の崩壊等の形で――されていく。こうした淘汰の結果、意図的設計によらぬ思わざる結果として秩序を産出しうるシステムが選択的に形成される、というわけである」。（同、一六一頁）

このふたつの引用において述べられていることは、ほんの若干の適切な修正さえ加えれば、「トランスナショナルな規範形成の spontaneous な過程」という我々が当面の検討課題としている問題についての記述にもなりうるのではないであろうか。

このようなものとして「トランスナショナルな規範形成の spontaneous な過程」を捉え返すならば、そこに現代における「法文化の地平の融合」の問題が鋭く現れてくる局面が浮かび上がってくるのではないであろうか。

二四．ところで、このように考えるならば、ハイエクの spontaneous order の中での general rule の形成論が、あくまでも市場原理主義のモデルの限界内で行われるのか、それとも市場原理主義の相対化を要求する消費者運動その他の運動が掲げる権利要求の承認などをも「規範形成の spontaneous な過程」を動かす重要な要素として評価してこの spontaneous order の中での general rule の形成論の枠組の中に組み入れていくのか、そのような可能性を容れるものとして「慣行」という概念を把え、活性化させていくのか、ということが、あらためて重要な問題として浮上してくることになるであろう。冒頭で引用したギュンターの文章で用いられている言葉を援用して言うならば、この「市場原理主義モデル」の肯定か否定かに関わる問題は、「グローバリゼーションの逆機能的帰結」というものをどのように考えるのかということに関わっているであろう。

二五．私は、冒頭で、「法クレオール」の問題とされている問題を、私なりに「トランスナショナルな規範形成」の問題として捉え返したい、その上でそこに伏在する法哲学的な問題を引っ張り出し、それについて若干の検討を加えてみたい、という意味のことを言った。そのときに念頭に置いていたことは、おおよそ以上のようなことであった。

ある意味では、このような課題設定は、あまりに過大なものであるというべきかもしれない。しかし、その過大さから不都合が生じるとすれば、それはその課題を達成し得ない私の能力の問題であって、このような課題設定の不適切さのゆえではな

い、と私は考えている。

＊　本稿は、私が中国（上海政法学院）に長期出張中に執筆され、校正されたものである。従って、そのことによる制限が本稿に避け難く残っている。この点については、いずれこの「覚書」を本格的な論文へと高めていく中で、修正・克服していきたい。

雑　報

北海道大学法学会記事

○二〇〇七年七月二六日（木）午後二時より
「韓国民法の特色――日本法との比較――」

報告者　高　翔龍
（韓国・成均館大学名誉教授・大東文化大学大学院教授）
出席者　一四名

本報告は、法学会および民法理論研究会の共催で行われた。内容および質疑は、本誌次号に掲載予定である。

（文責　吉田邦彦）

研究ノート

英国保険法における詐欺的請求をしない義務

藤　原　晴　美

はじめに
第１章　*Britton v The Royal Insurance Company* 事件判決
　第１節　*Britton* 事件判決の事案と Willes 判事の説示
　第２節　*Britton* 事件判決における Willes 判事の説示と詐欺的請求をしない義務に関する議論との関係
　第３節　詐欺的請求をしない義務違反による保険者免責と故意免責について
第２章　詐欺的請求に関するコモン・ローと1906年海上保険法17条の関係
　第１節　詐欺的請求に関するコモン・ローと最大善意の原則
　第２節　*The Litsion Pride* 事件高等法院判決
　第３節　*The Star Sea* 事件貴族院判決
　第４節　*The Mercandian Continent* 事件控訴院判決
　第５節　*The Aegeon* 事件控訴院判決
　第６節　主要な判決のまとめ
第３章　詐欺的請求をしない義務違反の成立要件
　第１節　詐欺的請求の詐欺の要件
　第２節　詐欺的請求をしない義務に違反する過大請求
　　１．主観的要件によるケース
　　２．実質性の要件によるケース
　　３．情報量の格差によるケース
　　４．詐欺的過大請求に関するまとめ
　第３節　詐欺的請求をしない義務に違反する詐欺的手段の利用
　　１．*The Aegeon* 事件控訴院判決において述べられた仮の要件
　　２．*The Aegeon* 事件控訴院判決の詐欺的手段の利用の射程

3．*The Aegeon* 事件控訴院判決後の詐欺的手段の利用に関する判決例
第4章　詐欺的請求をしない義務違反の効果
第1節　保険者の免責について
第2節　保険契約の取消について
第3節　損害賠償請求について
結びに代えて

はじめに

保険契約は、保険金を不正に請求するという方法で、悪用されることがある。例えば、故意に事故招致をしながら、それを隠し、偶然に発生した事故だと偽り保険金を請求することが考えられる。保険契約の悪用は、不正な保険金請求の成功により達成される。すなわち、保険契約を悪用しようとする者は、必ず保険金請求をする。しかし、商法には、不正な保険金請求への対策として、保険金請求自体に関する規定がない。

英国法においては、被保険者（保険金請求者）の保険金請求時の義務として詐欺的請求をしない義務がある。詐欺的請求をしない義務は、約款に規定がなくても課されるものである。ここで、詐欺的請求をしない義務の内容について、大まかに述べておこう。詐欺的請求にあたる場合は、被保険者が自分には受け取る権利がないと知りながら保険金を請求した場合や、被保険者が損害を受けたと信じながら虚偽の表示により保険金請求に関連する事実を自己に有利になるよう変えた場合である。前者の例として過大請求があげられる。後者は、詐欺的手段の利用（use of a fraudulent device）といわれる。例えば、損害を受けたと信じながら損害額を証明することができないために損害額に関する証拠を偽造したりすると、詐欺的手段の利用があったかどうかという問題になる。これらの例は、ともに損害額に関連する虚偽の表示であるが、次のような相違点がある。過大請求の場合、保険金請求者は損害額そのものについて故意に虚偽の表示をしている。すなわち、保険金請求額と同額の損害を受けたと思っていない。これに対し、詐欺的手段の利用の場合、保険金請求者は損害額そのものについて故意に虚偽の表示をしているわけではない。すなわち、保険金請求額と同額の損害を受けたと信じた上で、損害額を証明する事実について故意に

虚偽の表示をしている。

詐欺的請求をしない義務違反の効果としては、まず、保険者は免責される。さらに、保険者は保険契約を取り消すことができる。保険契約の取消の効果が遡及するかどうかに関しては議論がある。その議論は、詐欺的請求をしない義務違反に1906年海上保険法17条が適用されるかどうかという議論といい換えることができる。17条が適用されれば、保険契約は契約締結時に遡って取り消されることとなる。

日本においても、過大請求に対しては、不実申告免責規定と呼ばれる約款規定で対抗する場合がある。例えば、火災保険では、保険契約者または被保険者は、保険の目的について損害が生じたことを知ったときは、これを保険者に遅滞なく通知し、かつ、損害見積書に保険者の要求するその他の書類を添えて、損害の発生を通知した日から30日以内に保険者に提出しなければならず、保険契約者等が正当な理由なく提出書類につき知っている事実を表示せずもしくは不実の表示をしたときは、保険者は保険金を支払わない旨の約款規定（火災保険普通保険約款17条１項・４項等）に基づき過大請求に対抗している。不実申告免責規定を何ら制限することなく適用すると、些細な不実申告でも保険者免責になるという問題があろう。しかし、他方で、過大請求以外の不実申告のケースにも不実申告免責規定を適用することもできるのではないかと思われる。

不実申告免責規定の適用を認めた判決の中には、信義則上許されない目的をもった不実申告があるとして保険者免責を認めているものがある（東京高判平成16年３月11日・金判1194号15頁等）。そこで、不実申告免責規定は信義則上許されない目的をもった不実申告があった場合に適用されると解釈すると、保険事故発生の通知義務規定の解釈に関する最高裁昭和62年２月20日判決（民集41巻１号159頁）が参考になる。すなわち、保険契約者又は被保険者が保険金を詐取し又は保険者の事故発生の事情の調査、損害てん補責任の有無の調査若しくはてん補額の確定を妨げる目的等保険契約における信義誠実の原則上許されない目的をもった不実申告に不実申告免責規定が適用されると解することができる。そうであるならば、保険金詐取を目的とする過大請求のケースだけではなく、保険者の事故発生の事情の調査、損害てん補責任の有無の調査若しくはてん補額の確定を妨げる目的をもってした不実申告にも不実申告免責規定が適用できるのではないかと思われる。適用できるとすると、過大請求に該当する損害額の不実申告の他に、どのような事実についての不実申告に不実申告免

責規定が適用されるのかという問題が生じる。英国法における詐欺的手段の利用に関する議論は、この問題の解決方法を示唆するものと考えられる。

また、生命保険契約の約款には、不実申告免責規定がないため、保険金請求時に詐欺があったとしても、それを根拠として保険者は免責されない。特別解約権に関する規定において、重大事由の一つとして保険金請求時の詐欺があげられているが（有配当終身保険普通保険約款31条１項２号等）、保険金請求時に詐欺があったことを理由に特別解約権を行使したとしても、その効果が重大事由発生時までしか遡らないのであれば、保険者は、他に根拠がない限り問題の請求について免責されない。生命保険契約は、保険金請求時の詐欺に直接対抗する規定をもたない。詐欺的請求をしない義務が日本法においても認められたならば、生命保険契約に基づく保険金請求時の詐欺に直接対抗できる。

このように、英国法における詐欺的請求をしない義務を研究することは有意義なことと考えられる。それでは、詐欺的請求に関するコモン・ローを公式化したといわれる判決の検討からはじめよう（第１章）。そして、詐欺的請求をしない義務違反の効果に影響を及ぼす詐欺的請求に関するコモン・ローと最大善意の原則を規定した1906年海上保険法17条との関係について述べている判決例を検討し（第２章）、詐欺的請求をしない義務の要件および効果についてまとめることとする（第３章、第４章）。

第１章　*Britton v The Royal Insurance Company* 事件判決

第１節　*Britton* 事件判決の事案と Willes 判事の説示

詐欺的請求に関するコモン・ローを公式化したといわれる *Britton v The Royal Insurance Company* 事件判決[1]を紹介しよう。本件は、火災保険に関する事案であり、被保険者（原告）による保険金請求に対し、保険者（被告）は過大請求と放火を理由に保険金の支払いを拒否した。過大請求の抗弁は、保険の目的たる商品の価値が実際には120ポンドであるのに490ポンドとして保険金を請求したことに基づいてなされた。保険契約には、詐欺的請求の場合保険契約は無効になる旨の条項があった。本件では、結論として保険者に有利な評決が

[1] (1866) 4 F. & F. 905 ; [1930] 176 Eng. Rep. 843.

下されたが、Willes 判事は、陪審員に対し、真の問題は詐欺であるか否かであるとして、次のように説示した。

「火災保険契約は損害てん補の契約である。すなわち、故意によるものではない火災を原因とする損害をてん補する契約である。もちろん、被保険者が自宅に放火した場合、被保険者は保険金を取得できない。これは明白である。しかし、同様に明白なこととして、火災が故意によるものではないとしても、火災保険契約は損害のてん補を目的とする契約、すなわち、被保険者が火災によって滅失した財産の価値を取り戻すための契約であるから、保険金請求が詐欺的であるならば、保険契約は無効となる。すなわち、被保険者が、保険者を油断させ、結果として与えられた権利以上の保険金を取得しようとして、損害額の２倍にあたる保険金を請求したとしよう。これは故意による詐欺であり、結果として被保険者は保険金を一切取得できない。これは放火の抗弁とは全く異なる抗弁である。この抗弁は火災の原因を問題としない。被保険者は詐欺的請求をするために火災を利用した。このようなケースに関する法は、正義に合致したものであり、健全な政策（sound policy）にも合致している。その法とは、そのような詐欺的請求をした者が保険金を取得することは少しも許されない、というものである。保険契約は、当事者双方に完全善意（perfect good faith）を求める契約の一つであり、このような善意が維持されることは極めて重要である。火災保険約款が詐欺的請求の場合に保険契約は無効となる旨の規定を有するのは通常であり、本件約款にもこのような条項があった。このような条項だけが、法の原則および健全な政策に合致している。被保険者に対し、このような詐欺を許し、そのうえ被保険者の虚偽の陳述と詐欺にもかかわらず、罹災したものの実際の価値について保険金を支払うことは、極めて危険である。したがって、保険金請求時に故意の虚偽の陳述および詐欺があった場合、被保険者は保険契約に基づくすべての権利を失う」[2]。

第２節　*Britton* 事件判決における Willes 判事の説示と詐欺的請求をしない義務に関する議論との関係

[2] *Id.* at 908-909 ; at 844.

Willes 判事の説示は、詐欺的過大請求[3]をした被保険者は、詐欺的な請求部分だけでなく正直な請求部分についても保険金を取得できないとする。このような結論だけが、法の原則および健全な政策に合致しているとする。この点が詐欺的請求に関するコモン・ローの心髄といえよう[4]。

問題は、どのような過大請求が詐欺的過大請求なのか、詐欺的過大請求の他に詐欺的請求に関するコモン・ローが適用される詐欺的請求はあるのかどうかである。故意の事故招致であることを隠した詐欺的請求、事故仮装による詐欺的請求に詐欺的請求に関するコモン・ローが適用されることに異論はないであろう。それでは、詐欺的手段の利用にも詐欺的請求に関するコモン・ローが適用されるか。後述するように、これを肯定する判決があらわれ、詐欺的請求に関するコモン・ローが適用される詐欺的手段の利用の範囲が議論の焦点となっているといえよう。

本説示では、詐欺的請求をしない義務が被保険者に課されるとは明示されていない。しかし、現在では、被保険者には詐欺的請求をしない義務が課され、義務違反により保険者は免責される、すなわち、詐欺的請求に関するコモン・ローは詐欺的請求をしない義務を被保険者に課していると解釈されているといってよいであろう。したがって、どのような過大請求が詐欺的過大請求なのか、および詐欺的請求に関するコモン・ローが適用される詐欺的手段の利用の範囲に関する議論は、詐欺的請求をしない義務違反となる詐欺的請求の類型、要件に関する議論につながるといえる。

保険契約締結後においても当事者双方に完全善意が求められるとする説示内容は、最大善意の原則に関するコモン・ローを成文化した1906年海上保険法17条と詐欺的請求に関するコモン・ローの関係に関する議論につながる。仮に、詐欺的請求をしない義務違反に17条が適用されるとすると、後述のように、義務違反の効果は保険契約の遡及的な取消となる。つまり、17条と詐欺的請求に

---

[3] 詐欺的過大請求とは、詐欺的請求に関するコモン・ローが適用される過大請求を指す。後述するように、過大請求すべてが詐欺的過大請求になるわけではない。

[4] *Britton* 事件判決前にも、詐欺的過大請求に関する判決例があり、Willes 判事の説示内容と同様に、詐欺的過大請求をした者は保険金を一切取得できないという趣旨と解される意見が述べられている（e.g. *Goulstone v The Royal Insurance Company,* (1858) 1 F. & F. 276 ; [1930] 175 Eng. Rep. 725.)。

関するコモン・ローの関係に関する議論は、詐欺的請求をしない義務違反の効果に影響を及ぼす。

多くの学説は、*Britton* 事件判決における説示で述べられた法則が認められる理由として、保険契約が最大善意の契約であることをあげ、保険契約に詐欺的請求に関する条項がなくとも説示内容と同様の効果を認めている[5]。詐欺的請求をしない義務は約款に規定がなくとも課される最大善意の義務といえよう[6]。

第３節　詐欺的請求をしない義務違反による保険者免責と故意免責について

ここで、詐欺的請求をしない義務の本質を明らかにするために、保険金請求が詐欺的であることを理由とする保険者免責と被保険者による放火を理由とする保険者免責は異なるとする説示について検討しよう。

英国法においても、日本法と同様、被保険者が保険契約に基づきてん補される損害を故意に引き起こした場合、保険者は免責される。保険者免責の根拠は、損害を引き起こすための行動が、犯罪になるか否かによって二つに分かれる。すなわち、故意による犯罪によって引き起こされた損害が補償されないのは、公序良俗（public policy）の次のルールを根拠とする。裁判所は、誰にも、自己の犯罪から利益を得るような援助あるいは犯罪を補償するような援助を与えない。故意に損害を引き起こしたが、それが犯罪を構成しない場合にその損害が保険によりてん補されないのは、次のような保険法のルールを根拠とする。被保険者は、故意に損害を引き起こした時、原則として保険金を取得できない。このような保険法のルールは、保険者は故意に引き起こされた損害をてん補することに合意していないとの推定に基づく契約解釈のルールのようである[7]。

---

[5] e.g. A.W.B.Welford and W.W.Otter-Barry, *The Law Relating to Fire Insurance*, p 289-290（4th ed. Butterworth, 1948）, 25 *Halsbury's Laws of England*, p 284（4th ed. Butterworths, 1994）, J.Birds & N.J.Hird, *Birds' Modern Insurance Law,* p 263（6th ed. Sweet & Maxwell, 2004）, M.A.Clarke, *The Law of Insurance Contracts*, p 846（5th ed. Informa, 2006）.

[6] 詐欺的請求に関する約款条項を研究した文献として、中西正明「英国保険約款における詐欺的請求条項」『傷害保険契約の法理』（有斐閣、1992年）327頁以下がある。

[7] *MacGillivray on Insurance Law*, p 348（10th ed. Sweet and Maxwell 2003）.

このように、故意免責に該当するかどうかは、損害発生の原因で判断される。これに対し、詐欺的請求をしない義務違反があったかどうかは、保険金請求時に詐欺があったかどうかで判断される。被保険者が故意に損害を引き起こした疑いがあるような怪しい状況においては、被保険者が故意に損害を引き起こしたことを証明するよりも、請求過程において詐欺的な陳述があったことを証明する方が容易な場合がある[8]といわれている。もちろん、被保険者が故意に損害を引き起こしたことを理由に詐欺的請求をしない義務違反を主張することも可能であろう。すなわち、被保険者が故意に損害を引き起こしたにもかかわらず、そうではないと虚偽の陳述をした場合である。このような場合、詐欺的請求をしない義務違反は、故意に損害を引き起こしたことを理由に成立するのではなく、虚偽の陳述を理由に成立する。しかし、このような場合、保険者は、被保険者が故意に損害を引き起こしたことを立証しなければならない。同様のことは、事故の仮装を理由に詐欺的請求をしない義務違反を主張する場合にもいえよう。すなわち、保険者は被保険者が損害を被っていないことを立証しなければならない。

第２章　詐欺的請求に関するコモン・ローと1906年海上保険法17条の関係

第１節　詐欺的請求に関するコモン・ローと最大善意の原則

Britton 事件判決[9]における Willes 判事の説示が保険契約の完全善意性に言及していることから、詐欺的請求に関するコモン・ローは最大善意の原則に関係があると解することができる。しかし、Willes 判事の説示はこれらに関係がある根拠について述べていない。まず、この根拠を明らかにすることを試みよう。なお、詐欺的請求に関するコモン・ローは最大善意の原則に関係があると解することは、詐欺的請求に関するコモン・ローと1906年海上保険法17条の関係に関する議論が生じる原因ともなる。

保険契約は最大善意（*uberrimae fidei* ; utmost good faith）の契約であるとし

[8] *Id.* at 509.

[9] (1866) 4 F. & F. 905 ; [1930] 176 Eng. Rep. 843.

て他の契約と区別されている。その理由は、大まかにいえば、保険契約にはコモン・ローの原則である「*Caveat Emptor*（買主をして注意せしめよ）」が適用されず、当事者に開示義務が課されることにある。最大善意の原則のリーディング・ケースが、*Carter v Boehm* 事件[10]である。事案は、スマトラ島にあるマールボーロ城塞の損害に備える保険に関するものであり、被保険者（原告）は城塞の管理者である。この城塞がフランス軍に占領され損害を受けたため、被保険者は保険金を請求した。これに対し、保険者（被告）は、被保険者が城塞はヨーロッパ軍による攻撃に耐えられるほど頑丈ではないという事実を開示しなかったとして、保険金の支払を拒否した。Mansfield 卿は、被保険者の最大善意の義務の根拠について次のように述べた。

> 「保険は、推測に基づく契約である。偶然の出来事を見積もる基礎となる特別な事情は、一般に被保険者のみが知っている。保険者は被保険者の表示を信頼する。そして、保険者は、被保険者はそのような事情は存在していないと保険者を誤信させ、そのような事情は存在しないとして危険を見積もらせるために知っているいかなる事情も隠していないと信じて手続きを行う。そのような事情を隠蔽することは詐欺であり、それ故、保険契約は無効である。たとえ、隠蔽が詐欺的な意図なく間違いによるとしても、保険者は欺かれたことになり、保険契約は無効である。なぜならば、合意の時に理解し引き受けたつもりの危険と、実際に引き受けた危険が現実に異なるからである」[11]。

現在、最大善意の原則は成文化され、1906年海上保険法17条は、「海上保険契約は最大善意に基づく契約であり、当事者の一方が最大善意を守らない場合には、他方当事者はその契約を取り消すことができる」と規定している。最大善意の原則はあらゆる種類の保険契約に適用され[12]、保険契約の当事者に開示義務を課す。保険契約締結前に、被保険者に開示義務が課されることは1906年海上保険法18条に規定されており、最大善意の義務の相互性から保険者にも開

---

[10] （1766）3 Burr. 1905 ; [1909] 97 Eng. Rep. 1162.

[11] *Id.* at 1909 ; at 1164. 本件では、開示されなかった事情は保険者が種々の方法で得ることができた情報であり管理者の個人的な知識にのみ属するものではなかったとして、保険者の主張は認められなかった。

[12] *MacGillivray, supra* note 7, at 409.

示義務が課されることとなる。契約締結後にも、あらゆる状況において保険契約の当事者に開示義務が課されるかどうかは、契約締結後の最大善意の義務の内容に関する議論で問題とされる。

最近の判決例である *Orakpo v Barclays Insurance Services* 事件控訴院判決[13]および *Galloway v Guardian Royal Exchange (UK) Ltd.* 事件控訴院判決[14]においても、*Britton* 事件判決[15]で述べられた法則は最大善意の原則から生じていると分析されている。その理由として、保険者と被保険者間の事故状況に関する情報量の格差があげられている。すなわち、保険契約締結時に、被保険者だけが危険の性質に関する情報を知っていることから被保険者と保険者に危険の性質に関する情報量の格差があるように、保険事故発生時にも事故状況に関する情報量の格差があり、保険者は被保険者からの情報に依存するとの理由である。さらに、保険者は、被保険者は善意で保険金を請求すると期待できるべきであるとする。これは、このような保険者の期待は法的に保護されるべきということと解することができる。情報量の格差および保険者の期待保護は、まさに、最大善意の原則のリーディング・ケースである *Carter v Boehm* 事件判決において、Mansfield 卿が最大善意の義務である開示義務を保険契約締結時に被保険者に課した理由である。このことから、詐欺的請求に関するコモン・ローは最大善意の原則に関係するものといえよう。

詐欺的請求に関するコモン・ローが最大善意の原則と関係があるならば、詐欺的請求に関するコモン・ローと1906年海上保険法17条との関係が問題となる[16] [17]。後述するように、この問題は、保険金請求時の最大善意の義務の内容に関する

---

[13] [1995] LRLR 443. 事案および判旨については後述する。

[14] [1999] Lloyd's Rep. I.R. 209. 事案および判旨については後述する。

[15] (1866) 4 F. & F. 905 ; [1930] 176 Eng. Rep. 843.

[16] *Orakpo* 事件控訴院判決および *Galloway* 事件控訴院判決は、詐欺的請求に関するコモン・ローと1906年海上保険法17条との関係に言及していない。

[17] 法律委員会は、保険契約法の見直しをはじめており、契約締結後の善意の義務および保険金請求時の詐欺も見直しの対象となっている。契約締結後の善意の義務と保険金請求時の詐欺は、密接に関連していることから、あわせて検討することが提案されている（Law Commission, Scottish Law Commission, *Insurance Contract Law Analysis of Responses and Decisions on Scope,* August 2006.）。なお、最終レポートの公表は、2010年以降になるようである。

議論との関連性が認められる。すなわち、保険金請求時の最大善意の義務は、詐欺的請求をしない義務に限られるのか、それとも、例えば開示義務も含まれるのかといった議論と関連する。また、詐欺的請求に関するコモン・ローが適用される詐欺的請求の類型に関する議論との関連性も認められる。すなわち、詐欺的手段の利用にも詐欺的請求に関するコモン・ローが適用されるのかという議論と関連する。さらに、この問題は詐欺的請求をしない義務違反の効果にも関連する。それでは、この問題に関する主要な判決をみてみよう[18]。とりわけ、①保険金請求時の被保険者の最大善意の義務の内容（以下、①の問題という）、②詐欺的請求をしない義務の法的性質[19]（以下、②の問題という）、③詐

[18] 榊素寛「特別解約権の基礎」小塚荘一郎＝高橋美加編『商事法への提言』（商事法務、2004年）739頁以下において、これから検討する判決例の多くがとり上げられている。

[19] 従来、最大善意の義務の法的性質は、主に契約締結前の開示義務について議論されてきた。すなわち、契約締結前の開示義務は、契約に基づくものか、あるいは裁判官が発展させたコモン・ロー上の義務かという争いがあった。19世紀には、黙示的条項の概念に基づく契約上の義務と解されていた（S.Park, *The Duty of Disclosure in Insurance Contract Law,* p 49（Dartmouth, 1996）, P.M.Eggers and P.Foss, *Good Faith and Insurance Contracts*, p 78（LLP, 1998）.）。しかし、 *Merchants and Manufacturers Insurance Co.Ltd. v Hunt* 事件控訴院判決（[1941] 1 K.B. 295.）において、このような見解は、次のように否定された。「コモン・ロー上の開示義務であっても、契約の黙示的条項に基づく理論で十分に説明することは難しい。開示義務が黙示的条項であるならば、開示義務は契約が成立するまで生じないであろう」（*Id.* at 313.）。現在では、契約締結前の開示義務はコモン・ロー上の義務とする見解が優勢といえよう（e.g. *Banque Keyser Ullmann S.A. v Skandia (U.K.) Insurance Co.Ltd,* [1990] 1 Q.B. 665.）。

契約締結前の開示義務は黙示的条項に基づく義務か、あるいはコモン・ロー上の義務かという議論は、義務は契約に基づくものかどうかという議論といい換えることができよう。すなわち、黙示的条項は、制定法、慣習あるいはコモン・ローをもとに黙示された条項といわれている（E.McKendrick, *Contract Law,* p 204-205（6th ed. Palgrave, 2005）.）。契約締結前の開示義務を黙示的条項に基づく義務とした場合、その条項の源はコモン・ローであろう。1906年海上保険法18条に基づく制定法を源とするものと解することもできるが、18条自体コモン・ローの成文化であるから、やはり、そのような条項の源はコモン・ローということになろう。したがって、契約締結前の開示義務を黙示的条項に

欺的請求をしない義務違反に17条が適用されるかどうか（以下、③の問題という）という点に焦点をあてる。

第2節　*The Litsion Pride* 事件高等法院判決

The Litsion Pride 事件高等法院判決[20]は、契約締結後の最大善意の義務に関する議論を活発化させた判決であり、海上保険に関するものである。本件保険契約では、戦争のため危険である特定の領域に船が入る場合、被保険者は保険者に対しできるだけ早く通知をしなければならないこと、および追加保険料の支払が必要となる場合があることが規定されていた。Litsion Pride 号は、ヨーロッパからペルシャ湾に向けての航海に出発した。ペルシャ湾は、イラン・イラク戦争のために保険者に対する通知を必要とする特定の領域に指定されてい

基づく義務としてもコモン・ロー上の義務としても、義務の源はコモン・ローである。相違点は、契約上の義務かどうかである。すなわち、黙示的条項に基づく義務は契約上の義務であり、コモン・ロー上の義務は契約上の義務ではない。要するに、契約締結前の開示義務の法的性質に関する議論は、契約上の義務かどうかという議論といえよう。

契約締結後の最大善意の義務の法的性質に関する議論は、このような契約締結前の最大善意の義務の法的性質に関する議論の延長線上にあろう。しかし、後述するように、契約締結後の最大善意の義務違反の効果に影響を及ぼす重要な議論である。すなわち、契約上の義務であるならば、契約法の一般原則が適用されることとなる。

なお、コモン・ローをもとに黙示された条項は、二つのタイプに分類される。すなわち、事実上黙示された条項（terms implied in fact）とコモン・ロー上黙示された条項（terms implied in law）に分けられる。この分類は、*Scally v Southern Health and Social Services Board* 事件貴族院判決（[1992] 1 A.C. 294.）で認められた。後述するように、詐欺的請求をしない義務の法的性質に関する議論は、詐欺的請求をしない義務はコモン・ロー上黙示された条項か、あるいはコモン・ロー上の義務かという議論といい換えることができる。

[20] *Black King Shipping Corporation and Wayang (Panama) S.A. v Mark Ranald Massie,* [1985] 1 Lloyd's Rep. 437. 本判決は、*Continental Illinois National Bank & Trust Co. of Chicago and Xenofon Maritime S.A. v Alliance Assurance Co. Ltd.* (The Captain Panagos (D.P.)) 事件高等法院判決（[1986] 2 Lloyd's Rep. 470.）において支持されている。

た。Litsion Pride 号は、1982年８月９日にペルシャ湾でイラク軍のミサイルを受け火災が発生したため沈没した。被保険者（原告）は、７月15日には、Litsion Pride 号がペルシャ湾に入ることを知っていたが、８月11日に、ブローカーに対し特定の領域に入ることを知らせる手紙を発送した。この手紙の日付は８月２日付となっていた。保険者（被告）は、保険金支払拒否の理由の一つとして、８月２日付の手紙は詐欺または最大善意の義務違反になることをあげた。

本判決は、保険金請求時の最大善意の義務には、詐欺的請求をしない義務だけでなく、非難に値する不実表示あるいは不開示をしない義務も含まれる[21]とした。ただし、これらの義務違反の要件として重要性を加えている。重要性の基準は、1906年海上保険法18条(2)に規定された契約締結前の開示義務の重要性の基準に類似する基準であるとし、不実表示あるいは不開示のあった事情が慎重な保険者の保険金の支払に関する判断に影響を及ぼす場合、その事情は重要である[22]とする。このような保険金請求時の最大善意の義務違反に1906年海上保険法17条が適用されるとしながら、詐欺的請求をしない義務および最大善意の義務に違反して請求をしない義務は黙示的条項に基づくことを示唆した[23]。さらに、本判決は、保険金請求時の詐欺は、前述の重要性の要件を満たすことを条件として、保険金請求の誠実性（おそらく故意の事故招致または事故仮装を意味する）あるいは請求金額に関する詐欺に制限されない[24]とした。そして、本件については、問題の手紙は重要な詐欺を構成するとして、保険者の主張を認めた。

①の問題について、本判決は、被保険者の保険金請求時の最大善意の義務には詐欺的請求をしない義務だけでなく非難に値する不実表示あるいは不開示をしない義務も含まれるとした。詐欺的請求をしない義務と非難に値する不実表示あるいは不開示をしない義務の違いは、過失による不実表示が義務違反を構成するかどうかにあろう。すなわち、過失による不実表示は、詐欺的請求をしない義務の違反にはならないが、非難に値する不実表示あるいは不開示をしな

---

21 *The Litsion Pride,* [1985] 1 Lloyd's Rep. 437, at 512.

22 *Id.* at 511.

23 *Id.* at 518-519.

24 *Id.* at 513.

い義務の違反になる可能性がある[25]。さらに、保険金請求時の詐欺は保険金請求の誠実性あるいは請求金額に関する詐欺に制限されないとしていることから、詐欺的請求をしない義務の詐欺の類型も拡大していると解することができる[26]。

②の問題について、本判決は、詐欺的請求をしない義務は黙示的条項に基づくことを示唆する。③の問題については、詐欺的請求をしない義務違反に17条は適用されるとする。本判決の②の問題と③の問題に関する判示内容には矛盾があると指摘されている。すなわち、1906年海上保険法17条の保険契約の取消は遡及的な取消であることに異論はない[27]。本判決[28]においても、後述する *The Star Sea* 事件貴族院判決[29]においても、この点は明確に述べられている。これに対し、英国契約法においては、契約違反は将来に向かって作用する[30]。詐欺的請求をしない義務は黙示的条項に基づくとするならば、契約法の一般原則により、救済方法は将来に向けた契約の解除となるはず[31]との指摘である。このように、②の問題と③の問題は密接に関連しており、詐欺的請求をしない義務の法的性質は詐欺的請求をしない義務違反を理由とする保険契約取消の理論的根拠、および取消の遡及効の有無に重大な影響を及ぼす。

第3節　*The Star Sea* 事件貴族院判決

The Litsion Pride 事件高等法院判決[32]をきっかけに、契約締結後の最大善意に関する議論が盛んになったが、このような状況の中で言い渡されたのが、*The Star Sea* 事件貴族院判決[33]である。本件の事案は次のとおりである。被保

---

[25] B.Soyer, *Continuing Duty of Utmost Good Faith in Insurance contracts : still alive?,* [2003] LMCLQ 39, at 52.

[26] 本判決は詐欺的手段の利用のケースとの見解がある（*Id.* at 78.）。

[27] e.g. J.Birds & N.J.Hird, *supra* note 5, at 127.

[28] *The Litsion Pride,* [1985] 1 Lloyd's Rep. 437, at 515.

[29] *Manifest Shipping Co. Ltd. v Uni-Polaris Insurance Co. Ltd. and Others,* [2003] 1 A.C. 469, at para [51] .

[30] E.McKendrick, *supra* note 19, at 392.

[31] B.Soyer, *supra* note 25, at 51.

[32] [1985] 1 Lloyd's Rep. 437.

[33] [2003] 1 A.C. 469. 本判決をとり上げた文献として、中西正明「保険契約の

険者（原告・交差上訴人・被上訴人）が、Star Sea 号の火災を原因とする損害に関して保険金を請求したのに対し、保険者（被告・上訴人・上訴人）は、Star Sea 号は、発航の当時、不堪航であり、被保険者はこのことを了知していたとして、1906年海上保険法39条５項[34]に基づき保険金の支払を拒否した。訴訟開始時の保険者の抗弁は、39条５項に基づく抗弁のみであった。訴訟中に、被保険者は、特権（privilege）があるとして、保険者が39条５項の抗弁に利用できそうな情報が記載されている Star Sea 号の姉妹船の火災の原因に関する専門家作成のレポートの開示を拒否した。そこで、保険者は、最大善意の義務違反に関する抗弁、すなわち、被保険者がレポートを開示しなかったことは1906年海上保険法17条に基づく最大善意の義務に違反するとの抗弁を加えた。保険者は、被保険者の最大善意の義務の具体的内容について、被保険者は、17条に基づいて、保険金請求に関して重要でありかつ保険金を支払うか拒否するかについての保険者の決定に影響を及ぼし得る知っているあらゆる情報を開示することを要求され、この義務は訴訟開始後も課されると主張した。保険者は、本件では、このような被保険者の最大善意の義務は、保険金請求そのものではなく、39条５項に基づく抗弁に関係することを認めている[35]。

前述の三つの問題のうち、本判決が明らかにした点は、①の問題である。す

善意契約性とイギリス法－スターシー号事件貴族院判決－」『損害保険研究』65巻３・４号67頁以下、青木隆太郎「STAR SEA 号火災事故の英国貴族院判決について」海事法研究会誌171号18頁以下がある。

[34] 次のように規定している。

期間保険においては、船舶が航海のいかなる段階においても堪航でなければならないという黙示担保はない。ただし、船舶が被保険者の了知のもとに、不堪航の状態で就航させられた場合には、保険者は不堪航に起因する一切の損害について責任を負わない。

[35] 高等法院（[1995]1 Lloyd's Rep. 651.）は、39条５項に基づく抗弁には理由があるとし、17条に基づく抗弁については、保険者が保険金の支払を拒否したならば、その保険金請求に関する最大善意の義務は終了するため理由がないとした。控訴院（[1997]1 Lloyd's Rep. 360.）は、39条５項に基づく抗弁を認めず、17条に基づく抗弁についても、保険金請求時の被保険者の最大善意の義務は詐欺的請求をしないことだけを要求するとして認めなかった。貴族院は、39条５項に基づく抗弁を認めなかった。17条に基づく抗弁についても、本文で後述するように、認めていない。

なわち、保険金請求時の最大善意の義務は、詐欺的請求をしない義務あるいは正直に述べる義務に制限された。Hobhouse 判事は、先に紹介した *Goulstone* 事件判決[36]および *Britton* 事件判決[37]は、被保険者の善意の不遵守を抗弁としているが、実質的には保険金請求をする際の被保険者の詐欺の事案であると分析している[38]。そして、本件について、被保険者に詐欺があると認定されていないので、17条に基づく抗弁は理由がない[39]とした。

保険金請求時の最大善意の義務の範囲を拡張することには慎重な見解がある。その最大のリスクは、詐欺に至らない、例えば、無罪の不実表示あるいは不開示の場合も保険契約を取り消すという制裁を被保険者に与えることを可能にすること[40]といわれている。この見解は、*The Litsion Pride* 事件高等法院判決[41]をきっかけとする裁判所の最大善意の義務を拡張する傾向によって、非難に値しない被保険者に制裁を与えるような妥当性を欠く結果が導かれることになるが、*The Star Sea* 事件貴族院判決は、そのような傾向を完全に非難していない[42]とする。すなわち、Clyde 判事の意見[43]は保険金請求時の最大善意の義務に開示義務も含めるように思われ、Hobhouse 判事は、*The Litsion Pride* 事件高等法院判決を論理的ではない判決[44]としながら、保険金請求時の最大善意の義務の範囲の拡張を非難するまでに至っていないとする。これに対し、

---

36 (1858) 1 F. & F. 276 ; [1930] 175 Eng. Rep. 725.

37 (1866) 4 F. & F. 905 ; [1930] 176 Eng. Rep. 843.

38 *The Star Sea,* [2003] 1 A.C. 469, at para [64] .

39 *Id.* at para [72] .

40 N.J.Hird, *The Star Sea-the continuing saga of utmost good faith,* [2001] JBL 311, at 316.

41 [1985] 1 Lloyd's Rep. 437.

42 N.J.Hird, *supra* note 40, at 317.

43 Para [7] の次の部分を指している。「ひとたび保険契約において善意の要素が遵守されるべきと認められ、そしてその要素によって開示義務が課されうると認められたならば・・・」。もっとも、この部分は、最大善意の義務の内容は状況に応じて異なることを説明している部分であり、保険金請求時の最大善意の義務として開示義務があるとまではいっていないと解することができる。

44 *The Star Sea,* [2003] 1 A.C. 469, at para [71] .

Hobhouse 判事の意見については、契約締結後の最大善意の義務の範囲をさらに広げることを制限したとの見解[45]もある。

本判決は、②の問題および③の問題について、明確に述べていない。ただし、②の問題に関連して、 Hobhouse 判事は、最大善意の義務の法的性質について次のように述べている。

> 「論理的な構成は、契約締結自体に重要な影響を及ぼす善意の欠如と、相手方当事者に損害を与え得るあるいは継続している契約関係を破壊し得る契約履行段階における善意の欠如を区別することによって可能になる。前者は、たとえ契約が締結されて初めて重要になるとしても、契約から生ずるものではなく、契約締結前から存在する法の要求から生じる。救済方法は契約を取り消す権利である。後者は、契約の明示的あるいは黙示的条項から生じうる。それは契約から生じた契約上の義務であり、救済は契約法に基づく契約上の救済である」[46]。

Hobhouse 判事は、明確に述べていないが、詐欺的請求をしない義務は黙示的条項によって課されるとの意見と解釈できるとする見解[47]がある。確かに、Hobhouse 判事は詐欺的請求をしない義務を契約上の義務とし取消の効果は契約法の原則で解決する立場をとっていると解することができる。その理由として、次の点があげられる。第一に、ひとたび当事者が契約関係に入ったならば、当事者の義務は契約から生じると述べている[48]。第二に、契約締結後の最大善意の義務違反を理由に保険契約を遡及的に取り消すことについて厳しく批判し

---

[45] B.Soyer, *The Star Sea-a lode star?,* [2001] LMCLQ 428, at 444. この見解は、他の法域では保険者が損害の発生に関係のない根拠に基づき免責されることを許す英国法のもつ極端な特徴をなくしてきていること等から、最大善意の義務の拡大は慎重になされなければならないことが分かる旨を述べている部分（para [79]）を引用している。

[46] *The Star Sea,* [2003] 1 A.C. 469, at para [52] .

[47] B.Soyer, *supra* note 25, at 76-77.

[48] 概ね次のように述べている。

契約の履行過程における最大善意の契約上の義務を認めることに概念上の困難さはない。そのような義務は、黙示的条項あるいは推認される契約条項から生じ得る。ひとたび当事者が契約関係に入ったならば、当事者の義務の源は契約である（*The Star Sea,* [2003] 1 A.C. 469, at para [50] .）。

ている[49]。第三に、前記の引用部分は、契約締結後の最大善意の義務は契約上の義務とすることができるとする。第四に、*Orakpo* 事件控訴院判決[50]において Hoffmann 判事が詐欺的請求に関するコモン・ローを契約上の法理と分析したことに賛成している[51]。

Orakpo 事件控訴院判決において、Hoffmann 判事は「保険金を請求する際の詐欺は契約の根源にまで届き、保険者は契約を解除できる（Any fraud in making the claim goes to the root of the contract and entitles the insurer to be discharged.）」と述べた。これは契約違反についての文体との見解[52]がある。また、Hoffmann 判事が、詐欺的請求に関するコモン・ローをコモン・ロー上黙示された条項と分析していることから、詐欺的請求は契約の根源に達し、保

---

[49] 概ね次のように述べている。

17条の取消は、契約上の義務違反の救済方法とは異なり、遡及的な取消である。この遡及的な取消は、契約締結前に善意の義務違反がありそれが契約の締結に重要な場合、適切である。しかし、遡及的な取消を契約締結後の善意の義務違反に適用することは異例であり不均衡である。この結果は、実際上刑罰である。そして、原則と調和しない（*Id.* at para [51] .）。裁判所は、一貫して、被保険者の善意の義務が保険者の不誠実な行動を可能にする道具として利用されることに反対してきた。契約締結後の段階では、契約の遡及的な取消という救済方法は完全に一方に有利になることは避けられない。すなわち、この救済方法は、保険者が引き受けた損害のてん補責任を遡及的に免除するため、保険者にのみ有利である（*Id.* at para [57] .）。

[50] [1995] LRLR 443.

[51] 概ね次のように述べている。

Orakpo 事件控訴院判決は、保険者は詐欺的請求を理由に契約を遡及的に無効とすることができるかどうかという問題に関する先例として十分に機能しない。なぜならば、*Orakpo* 事件控訴院判決において、Hoffmann 判事が、契約的な分析を採用したからである。Hoffmann 判事が使用した文言は、契約的な分析に基づいて十分に正当化される。詐欺は、保険者と被保険者の取引および契約関係を継続させることに根本的に矛盾する（*The Star Sea,* [2003] 1 A.C. 469, at para [66] .）。

[52] M.A.Clarke, *supra* note 5, at 859, B.Soyer, *supra* note 25, at 53, H.N.Bennett, *Mapping the Doctrine of Utmost Good Faith in Insurance Contract Law,* [1999] LMCLQ 165, at 211.

険者は将来に向けて免責される[53]と解することもできよう。つまり、Hoffmann 判事は、詐欺的請求に関するコモン・ローは黙示的条項に基づくものとし、保険契約の取消は契約法の一般原則に従って将来に向けて効力を生じると判示したと解釈できる。

このように、Hobhouse 判事は、②の問題に関して、詐欺的請求をしない義務の法的性質は契約上の義務としたと解することができる。したがって、詐欺的請求をしない義務違反に17条は適用されないとの立場をとっていると解することができる。しかし、明確には述べられていない。すなわち、本判決は、17条は保険契約締結前だけでなく締結後にも適用されること、17条の適用は訴訟の開始によって終了することは明らかにした。前者については、傍論的意見として述べる先例[54]が多数ある[55]とする。後者は、保険者に不利な判示内容であり、Hobhouse 判事が、その理由として次の点をあげている。第一に、訴訟開始によって、当事者の関係が対立関係になる。第二に、訴訟開始によって、訴訟手続のルールが当事者間の関係および当事者の権利を規律するため、17条に基づく取消による救済は必要なくなる[56]。

Hobhouse 判事は、契約締結後の最大善意の義務違反の救済方法として保険契約の遡及的な取消を認めることについて厳しく批判していても、詐欺的請求に17条は適用されないとは明確に述べていない。逆に、Hobhouse 判事は、前述のとおり、詐欺が認定されていないから保険者の17条に基づく抗弁は認められないと判示していることから、詐欺的請求をしない義務は契約上の義務とすることが妥当であるとし、契約締結後の最大善意の義務違反を理由に保険契約を遡及的に取り消すことについて厳しく批判しながらも、詐欺的請求に17条が適用される可能性を残しているとも解釈できる。Hobhouse 判事は、詐欺的請求に関するコモン・ローを契約上の法理とする分析を是認するまでには至らな

---

53 *MacGillivray, supra* note 7, at 513-514.

54 e.g. *Overseas Commodities Ltd. v Style,* [1958] 1 Lloyd's Rep. 546, at 559.

55 *The Star Sea,* [2003] 1 A.C. 469, at para [48].
保険金請求時以外に契約締結後の最大善意の義務が存在する可能性がある状況として、例えば、被保険者が担保範囲の変更を申し出た場合（*MacGillivray, supra* note 7, at 420.）があげられる。このような場合、変更される部分について契約締結前と同様の開示義務が課されると考えられる。

56 *The Star Sea,* [2003] 1 A.C. 469, at para [75].

かったとする見解[57]がある。

第4節　*The Mercandian Continent* 事件控訴院判決

The Star Sea 事件貴族院判決[58]後に言い渡された *The Mercandian Continent* 事件控訴院判決[59]は、1906年海上保険法17条に基づく遡及的な取消が適用される場面を制限した[60]と解釈されている。本件は、責任保険契約に関するものであり、被保険者による過失ある修理により損害を受けた船の所有者（原告・被上訴人）が、被保険者が清算したため1930年第三者（保険者に対する権利）法（The Third Parties（Rights against Insurers）Act 1930）１条に基づき、保険者（被告・上訴人）に対して、船の修理に関する被保険者の責任を認めた判決に基づき修理費用等の支払を求めた事案である。保険者は、被保険者が船の修理に関する責任を確定する訴訟中にした文書偽造が最大善意の義務に違反すると主張した。文書の偽造は、保険者の利益のために、裁判権に関して行われた。すなわち、修理の責任に関する訴訟を英国の裁判所で行うよりも、トリニダードの裁判所で行った方が損害額を減額できるとのトリニダードの弁護士の誤ったアドバイスがあったために、被保険者は文書の偽造を行った。

Longmore 判事は、契約締結前の最大善意の義務違反を理由に保険契約を取

57　*MacGillivray, supra* note 7, at 514.

58　[2003] 1 A.C. 469.

59　*K/S Merc-Scandia XXXXII v Certain Lloyd's Underwriters Subscribing to Lloyd's Policy No.25T 105487 and Ocean Marine Insurance Co. Ltd. and Others,* [2001] 2 Lloyd's Rep. 563.

高等法院（[2000] 2 Lloyd's Rep. 357.）は、本件は被保険者の最大善意の義務が生じないケースと判示している。その理由として次の点をあげる。本件保険者はリスクの引受あるいは変更を申し込まれたわけではなく、保険金の支払や保険金の支払に関する検討を求められたわけでもない。このような状況では最大善意の義務を課す根本的理由がない。裁判権に関する不実の表示は、被保険者の保険金請求と法的関係がなく、重要ではない。さらに、裁判権に関する文書偽造の結果として、保険者が保険金請求に関する何らかの行為をするように導かれたことを示す証拠がない（*Id.* at para [78].）。

60　H.Y.Yeo, *Post-Contractual Good Faith-Change in Judicial Attitude?,* [2003] 66 MLR 425, at 433.

り消すための条件である誘因と重要性は、契約締結後の最大善意の義務違反を理由に保険契約を取り消す時にも、状況の変化を酌量しつつ、適用されなければならない[61]とする。重要性の基準については、次のように述べている。（A）詐欺は重要でなければならない。ここにいう重要とは、詐欺が保険者の最終的な責任（ultimate liability）に影響を及ぼすことをいう。そして、（B）詐欺の重大さ、あるいはその結果が、保険者が望むのであれば契約違反を理由に契約を終了させることができるようなものでなければならない[62]。本件については、被保険者による裁判権に関する書類の偽造は保険者の最終的な責任に関係がないとした。

本判決は、契約締結前の最大善意の義務違反の要件である重要性と誘因は、その内容に違いはあるが、契約締結後の最大善意の義務違反に17条を適用する際にも要件となるとする。本判決で述べられた契約締結後の最大善意の義務違反における重要性の要件は保険者の最終的な責任への影響を必要とすることから特定の保険者を基準としており誘因の必要性を包含しているため、誘因の要

---

61 *The Mercandian Continent,* [2001] 2 Lloyd's Rep. 563, at para [26].

契約締結前の被保険者の開示義務の重要性の基準については、1906年海上保険法18条２項において、慎重な保険者が保険料の額を定め、又は危険を引き受けるかどうかを決定する際にその判断に影響を与える事実は、すべて重要な事実とすると規定されている。*Pan Atlantic Insurance Co. Ltd. v Pine Top Insurance Co. Ltd.* 事件貴族院判決（[1995] 1 A.C. 501.）は、18条２項の重要性の基準を満たす事実であるかどうかの判断基準は、リスクを評価する際の慎重な保険者の思考過程に影響を及ぼす事実かどうかであり、開示されたならば慎重な保険者の決定に決定的な影響を及ぼす事実かどうかではないとした。そして、保険者が被保険者の不開示あるいは不実表示を理由に保険契約を取り消すためには誘因が必要であるとした。その誘因は、一般法の不実表示の誘因と同じ意味とする。一般法の不実表示の要件としての誘因は、唯一の誘因である必要はない（*Edgington v Fitzmaurice,* (1885) 29 Ch.D. 459, at 485.）。契約締結前の重要性および誘因と、契約締結後のそれらの違いについては後述する。

Pan Atlantic 事件判決をとり上げた文献として、中西正明「最近の英国告知義務判例」大阪学院大学法学研究25巻１号１頁以下、中村雅人「イギリスの告知義務における重要性」松山大学論集10巻６号85頁以下、山下友信「最大善意の原則は時代遅れか？」海法会誌復刊39号113頁以下がある。

62 *The Mercandian Continent,* [2001] 2 Lloyd's Rep. 563, at para [35].

件は不要である[63]と指摘されている。すなわち、契約締結前の最大善意の義務違反における重要性の基準は慎重な保険者を基準としており、誘因の要件を設けることに意義があるが、契約締結後の最大善意の義務の重要性の要件が特定の保険者を基準にしているとすると、誘因の要件を包含することとなり、別個に誘因の要件を設ける意義がない。また、契約締結前の最大善意の義務違反の要件としての誘因と本判決の重要性の基準に包含される誘因は異なると指摘する。すなわち、契約締結前の義務違反の要件としての誘因は決定的でなくてもよい。問題となる事項が、表示受領者の契約締結に関する判断に重要ではないとしても何らかの影響を及ぼしたのであれば十分であり、唯一の誘因である必要はない。立証責任に関しては、誘因であるとの推定があるようだ。これに対し、本判決のいう誘因は、保険者が信頼した被保険者の行動が保険者の最終的な責任あるいは少なくとも抗弁に直接的な関連性を有すること、すなわち、保険者に重大な侵害を与えるに相違ないことと表現されており、誘因が保険者の判断に決定的な影響を及ぼすことが必要と解することができるから、誘因であるとの推定が働く余地がほとんど無いことになる。それ故、契約締結後の義務違反の要件である誘因は、締結前の誘因よりも強い誘因のようだ[64]とする。

さらに、本判決に対しては、次のような指摘もある。契約違反の救済方法は将来効であるのに、なぜ、保険者は最大善意の義務違反を理由に保険契約を遡及的に取消すことができるのか。逆にいえば、ある状況において契約違反が17条違反になるとするのであれば、なぜ、17条に明記された救済方法が否定されるのか明らかではない[65]。

本判決は、17条が適用される契約締結後の最大善意の義務に関して判示しているが、17条が適用されない契約締結後の最大善意の義務が存在する可能性を否定していない。本判決は、①の問題に関しては明確にしていないといえよう。②の問題および③の問題に関して、Longmore 判事は次のように述べている。

「詐欺的請求をしない義務が課されること、および実際に詐欺的請求をした場合に保険金を取得できないことは、黙示的条項から認められるとする

---

63 H.Y.Yeo, *supra* note 60, at 435-436.

64 *Id.* at 436.

65 N.Hird, *The Saga of the Continuing Duty of Utmost Good Faith-the sequel,* [2002] JBL 327, at 331.

よりもコモン・ローから認められるとする方が妥当である。このコモン・ローのルールは、保険引受人と被保険者の間に存在する善意の義務から生じ得るし、契約締結後に17条が適用される例となり得る。・・・たとえ詐欺的請求をしない義務が善意の原則から生じているとしても、当事者は保険契約の取消（avoidance）以外の効果を契約に定めることができることに疑いがない」[66]。

第５節　*The Aegeon* 事件控訴院判決

The Aegeon 事件控訴院判決[67]は、詐欺的請求に関するコモン・ローは詐欺的手段の利用にも適用されるとした判決である。すなわち、詐欺的請求に関するコモン・ローは過大請求のケースにおいて確立してきており、詐欺的過大請求が認められたならば、約款に保険者免責と規定されていなくても、詐欺的請求に関するコモン・ローに基づき保険者は免責される。これに対し、詐欺的手段の利用の場合に保険者は免責されるという約款規定がなくとも、詐欺的手段の利用が認められた時に詐欺的請求に関するコモン・ローを適用し保険者が免責されるかどうかは、最近まで不明であった[68]。本判決は、詐欺的請求に関するコモン・ローが適用される詐欺的請求の類型に詐欺的手段の利用も含まれるとした。この点は、①の問題に関連するが、保険金請求時の被保険者の最大善意の義務の内容というよりも、詐欺的請求をしない義務の詐欺の類型に関する。

本件の事案は次のとおりである。1996年２月19日に被保険者所有の船であるAegeon 号が金属の熱間加工をしている際に生じた火災により損害を受けたため、被保険者（原告・被上訴人）が、海上保険に基づき、保険者（被告・上訴人）に保険金を請求した。保険者は多くのワランティ違反があるとして保険金の支払を拒否した。とりわけ問題となったワランティは、金属の熱間加工は

66　*The Mercandian Continent,* [2001] 2 Lloyd's Rep. 563, at para [11] .

67　*Agapitos and another v Agnew and others,* [2003] Q.B. 556.

68　従来から、請求が詐欺的であった場合、あるいは保険契約に基づく何かを得るために詐欺的手段が利用された場合、保険契約に基づくすべての利益を喪失すると約款に規定されている場合がある。このような詐欺的手段の利用に関する約款規定に基づく主張がなされた判決例として、*Welch v Royal Exchange Assurance* 事件控訴院判決（[1939] 1 K.B. 294.）があげられる。

LSA（London Salvage Association）の証明書が発行されるまで始められないというワランティである。被保険者は訴訟を提起し、保険者はワランティ違反を抗弁として主張した。訴訟中に、被保険者は、1996年２月12日に金属の熱間加工を始めたと述べたが、その後、金属の熱間加工は１月下旬頃に始められていたことを証明する書類を提出した。これを受けて、保険者は抗弁の変更を求めた。すなわち、保険者は、被保険者には詐欺的請求に関することを含む契約締結後の最大善意の義務が課されており、被保険者による金属の熱間加工を始めた日についての不実表示を理由に保険契約を取り消すことができると主張した。第一審は、成功の見込みがないとして、保険者の抗弁の変更を認めなかった[69]。保険者は、上訴審において、正直な請求を維持するための詐欺的な主張は詐欺的請求になり、そのような詐欺的な主張（詐欺的手段の利用）があったならば保険者は免責されるとする根本的な理由は、詐欺的請求に関するコモン・ローと同じ、つまり嘘をつかないように動機付けるためと主張した。

本件は、保険事故や損害額に関する虚偽の陳述ではなく、ワランティ違反を隠そうとして熱間加工が始められた日付について虚偽の陳述をしたことが問題となったので、詐欺的手段の利用の事案となる。本判決は、保険金請求の有効性に関する詐欺がある事故仮装や損害額に関する詐欺がある詐欺的過大請求と、詐欺的手段の利用を次のように区別している。

> 「損害がないあるいは損害額が誇張されたケースという狭義の詐欺的請求と詐欺的手段の区別は明確である。すなわち、被保険者が損害はないと知りながら、あるいは損害は請求額よりも少ないと知りながら請求したならば、狭義の詐欺的請求となり得る。詐欺的手段は、被保険者が、請求した損害を受けたと信じながら、虚偽の表示により請求に関する事実を改善したり修正したい時に利用される」[70]。

---

[69] 第一審（unreported, ILM 14.1(5)）は、契約締結後の最大善意の義務について、次のように判示している。ワランティ違反があったならば保険者の義務は終了することとなる。最大善意の義務の相互性から、被保険者の義務もワランティ違反の時に終了する。ワランティ違反がなければ、最大善意の義務違反とはならない。保険金請求時に課される被保険者の義務は、訴訟が提起された時に終了する。本件の虚偽の陳述は正直な請求を詐欺的請求に変えるものではない。

[70] *The Aegeon,* [2003] Q.B. 556, at para [30] .

そして、本判決は、詐欺的手段の利用は詐欺的請求の亜種として扱われる[71]とした。本件については、詐欺的請求に関するコモン・ローの適用期間は訴訟開始によって終了するため[72]、訴訟中になされた詐欺的手段の利用に詐欺的請求に関するコモン・ローの適用はないとして、保険者の主張は認められなかった。なお、詐欺的請求に関するコモン・ローの適用が訴訟開始によって終了する理由は、*The Star Sea* 事件貴族院判決[73]が1906年海上保険法17条の適用は訴訟開始によって終了するとした理由と同じである。

③の問題に関して、本判決は、詐欺的請求（詐欺的手段の利用を含む）に関するコモン・ローは17条の適用範囲外であるから、遡及的取消の問題は生じない[74]とした。なお、*The Mercandian Continent* 事件控訴院判決[75]は、詐欺的請求あるいは詐欺的手段の利用の事案ではなく、この判決において述べられた17条適用の要件である重要性の基準は、そのような事案に必ずしも適当ではないとする。もし、その重要性の基準を詐欺的手段の利用に適用したならば、次のような結果になるとする。第一に、詐欺的手段の利用は、一般に重要ではないこととなる。第二に、詐欺的手段の利用を理由に免責されるとの予備的な主張が不可能になるであろう[76]。また、その重要性の基準を採用したならば、ほとんどのケースにおいて詐欺的手段の利用に制裁はないということになる[77]とする。要するに、*The Mercandian Continent* 事件控訴院判決において述べられた重要性の基準は詐欺的請求に関するコモン・ローには不適切とした。

---

71 *Id.* at para [45].

72 *Id.* at para [52].

73 [2003] 1 A.C. 469.

74 *The Aegeon,* [2003] Q.B. 556, at para [45].

75 [2001] 2 Lloyd's Rep. 563.

76 *The Aegeon,* [2003] Q.B. 556, at para [35]. 第二の点は、たとえ詐欺的手段の利用に詐欺的請求に関するコモン・ローが適用されるとしても、*The Mercandian Continent* 事件控訴院判決において述べられた重要性の要件を適用すると、保険者に有効な抗弁を与える事実についての虚偽の表示のケースのみが詐欺的手段の利用になるから、保険者は、予備的に、そのような虚偽の表示にあたらないとしても詐欺的手段の利用になるとして免責を主張できないことを問題としているものといえる。

77 *Id.* at para [37].

詐欺的請求に関するコモン・ローは、主に詐欺的過大請求の事案において確立してきた。*The Aegeon* 事件控訴院判決は、詐欺的手段の利用にも詐欺的請求に関するコモン・ローが適用されるとした。Mance 判事が、詐欺的請求に17条は適用されず保険契約が遡及的に取り消されることはないとしながら、詐欺的手段の利用に詐欺的請求に関するコモン・ローを適用するとしたことを支持する見解[78]がある。すなわち、詐欺的請求の救済方法として保険契約の遡及的な取消は認められないこととなるため、被保険者の不正とそれに対する救済方法が不均衡になることを回避でき、かつ保険者は詐欺的請求の定義を詐欺的手段まで広げることにより保護を受ける。なお、後述するように、本判決が認める詐欺的手段の利用の射程について二つの見解があり、どのような詐欺的手段の利用に詐欺的請求に関するコモン・ローが適用されるかは明確ではない。

The Mercandian Continent 事件控訴院判決[79]を下した Longmore 判事は、*The Aegeon* 事件控訴院判決が詐欺的請求および詐欺的手段に関するルールは17条の適用範囲外としたことについて、幾分驚くべき進展との見解を示している。なぜならば、制定法上の善意の概念が契約締結後にも適用されるのであれば、詐欺的請求のケースは最も明確で無視できない契約締結後の善意の欠如に関する例だからである。しかし、いかに法の解釈が勇敢であろうとも、歓迎される進展である[80]とする。

第6節　主要な判決のまとめ

詐欺的請求に関するコモン・ローと1906年海上保険法17条の関係に関する議論について、①保険金請求時の被保険者の最大善意の義務の内容、②詐欺的請求をしない義務の法的性質、③詐欺的請求をしない義務違反に17条が適用されるかどうかに焦点をあてて、主要な判決を検討した。②の問題と③の問題は、密接に関連しており、実質的には、詐欺的請求をしない義務違反を理由とする保険契約の取消に遡及効を認めるかどうかという問題に関わる。この点は、詐

---

78 B.Soyer, *supra* note 25, at 77, H.Y.Yeo, *supra* note 60, at 439.

79 [2001] 2 Lloyd's Rep. 563.

80 A. Longmore, *Good Faith and Breach of Warranty : Are We Moving Forwards or Backwards?,* [2004] LMCLQ 158, at 167.

欺的請求をしない義務違反の効果を検討する際に、再度とり上げる。

ここで、保険金請求時の被保険者の最大善意の義務の内容および詐欺的請求をしない義務の詐欺の類型に関する判示内容をまとめよう。前者について、*The Litsion Pride* 事件高等法院判決は、詐欺的請求をしない義務だけでなく非難に値する不実表示あるいは不開示をしない義務もあるとした。しかし、*The Star Sea* 事件貴族院判決は、詐欺的請求をしない義務あるいは正直に述べる義務に制限した。後者について、*The Litsion Pride* 事件高等法院判決は、保険金請求時の詐欺は保険金請求の誠実性あるいは請求金額に関する詐欺に制限されないとした。本判決を詐欺的手段の利用のケースとみる見解があり、本判決は詐欺的請求の詐欺の内容を拡大し類型を増やしたと解することができる。*The Star Sea* 事件貴族院判決では、この点を否定的に捉える意見が述べられているが、*The Aegeon* 事件控訴院判決は、詐欺的請求に関するコモン・ローを17条の適用範囲外として扱うとしながら詐欺的手段の利用にも詐欺的請求に関するコモン・ローが適用されるとした。要するに、*The Litsion Pride* 事件高等法院判決において認められた保険金請求時の被保険者の最大善意の義務の内容は、後の判決によって縮小されたが、詐欺的請求をしない義務の詐欺の類型は、後の判決によって、詐欺的請求に関するコモン・ローは17条の適用範囲外として扱うとしながら認められた。

第３章　詐欺的請求をしない義務違反の成立要件

第１節　詐欺的請求の詐欺の要件

詐欺的請求の詐欺の要件として、①主観的要件、②実質性の要件、③重要性の要件があげられている[81]。これらの要件について、簡単に説明しよう。

主観的要件は、虚偽の表示が、故意になされたこと、あるいは、無謀に（recklessly）真実であるか虚偽であるかについて注意を払うことなくなされたことを要求する[82]。過失による虚偽の表示は、詐欺を構成しない[83]。

---

[81] M.A.Clarke, *supra* note 5, at 850.

[82] *Lek v Mathews,*（1927）29 Ll.L.Rep. 141. 本件は、被保険者（原告・上訴人・被上訴人）が切手のコレクションを盗まれたとして盗難保険に基づき44,000ポ

詐欺には沈黙による詐欺も含まれる[84]。 *The Aegeon* 事件控訴院判決は、被保険者が正直に保険金を請求した後に虚偽であることに気づいたが保険金請求を訂正しなかった場合、詐欺的請求になる[85]とした。

実質性の要件は、 *de minimis* rule （法は些事に関せず）の適用にすぎないようである[86]。

重要性の要件は、虚偽の陳述が保険者の責任の内容に決定的な影響を及ぼす（decisive effect on the readiness of the insurer to pay）時に満たされる[87]。

実際には、これらの要件を核として、詐欺的請求の類型によって、これらの要件の内容がより高度な要求を課すものとなったり、逆に、要件を満たす範囲が拡大していたりするといえる。すなわち、実際には、詐欺的請求に関する判決例は、どのような過大請求が詐欺的過大請求であり詐欺的請求に関するコモン・ローが適用されるか、あるいは、どのような詐欺的手段の利用に詐欺的請求に関するコモン・ローが適用されるかということを問題としており、上述の三つの要件の内容が、詐欺的請求の類型により異なっているといえる。詐欺的請求の要件は、上記の要件をもとに、詐欺的請求の類型に即して分析した方が

ンドの保険金を請求した際に、盗まれた切手の価値は44,000ポンドと信じていたのであるが、損害額を証明するために盗まれた切手のリストに所有していなかった切手を故意に載せたため、保険者（被告・被上訴人・上訴人）が虚偽の請求に関する条項に違反するとして保険金の支払を拒否した事案である。本文に引用した部分は、虚偽の請求に関する条項の解釈に関する部分である。第一審は、請求は虚偽で詐欺的であると認め、第二審は、保険者に保険金の支払を命じた。貴族院は、第一審を支持し、詐欺を認めた。

83 M.A.Clarke, *supra* note 5, at 849.

詐欺的請求の詐欺は、コモン・ローの詐欺のようだといわれている（*Ibid.*）。コモン・ローの詐欺に関する先例である *Derry v Peek* 事件貴族院判決（(1889) 14 A.C. 337.）において、詐欺は次のように述べられている。虚偽の表示が、(1)故意になされた、または(2)その真実性に関して確信なくなされた、または(3)無謀に（recklessly）真実であるか虚偽であるかについて注意を払うことなくなされたことが必要である。

84 M.A.Clarke, *id*, at 850.

85 *The Aegeon,* [2003] Q.B. 556, at para [45] .

86 M.A.Clarke, *supra* note 5, at 850, *Lek v Mathews,* (1927) 29 Ll.L.Rep. 141.

87 M.A.Clarke, *id*. at 853.

明確になるようである。それでは、詐欺的請求の類型ごとに要件を整理しよう。

第２節　詐欺的請求をしない義務に違反する過大請求

損害の過大評価は必ずしも詐欺とはならない。なぜなら、被保険者は正直に損害を過大評価した、あるいは、間違って過大評価したのかもしれず、損害の程度と評価は主として意見の問題であるからである[88]。これらのケースは、主観的要件が満たされていないといえよう。また、些細な損害額の誇張も、実質性の要件を満たしていないから、詐欺的請求として扱われないであろう。さらに、厳密にいえば、主観的要件、実質性の要件および重要性の要件を満たすとしても、交渉額（starting figure for negotiation）の提示としての過大請求は許される[89]。すなわち、前述の三つの要件を満たした過大請求は、直ちに、詐欺的請求に関するコモン・ローが適用される詐欺的過大請求になるとはいえない。換言すれば、詐欺的過大請求は、前述の三つの要件を満たした過大請求よりも狭い範囲に属する過大請求である。その範囲は、主観的要件の悪性を高める、すなわち、詐欺的な意図を必要とすることにより、あるいは、実質性の要件を具体化することにより、狭められているといえよう。

実質性の要件により過大請求が詐欺的であるかどうかを判断することは、*Orakpo* 事件控訴院判決[90]をきっかけにしており、主観的要件によって判断することよりも歴史が浅い。さらに、最近、情報量の格差があるかどうかを重視するという見地から、過大請求が詐欺的であるかどうかを判断した判決があらわれた。このような判決は、前述の三つの要件の内容によってではなく、情報量の格差によって、詐欺的過大請求となる範囲を縮小しているといえよう。それでは、過大請求が詐欺的であるかどうかの判断を、主観的要件によるケース、実質性の要件によるケース、および情報量の格差によるケースに分けて検討してみよう。

なお、過大請求には、二つの類型があるといわれている。第一の類型は、被

---

[88] A.W.B.Welford and W.W.Otter-Barry, *supra* note 5, at 291, E.R.H.Ivamy, *General Principles of Insurance Law,* p 436（6th ed. Butterworths, 1993）.

[89] e.g. *London Assurance v Clare,* [1937] 57 Ll.L.Rep. 254.

[90] [1995] LRLR 443.

保険者が、損害額を単に誇張するものである。第二の類型は、被保険者が機会をとらえて、失っていないあるいは損害を受けていないものについて請求するものである[91]。例えば、家財が火災により焼失したとして保険金請求をした時に、１万円の価値しかない机を10万円の価値があるとして保険金請求をした場合は、第一類型である。もともと10万円の机は存在しなかったのに、10万円の机が焼失したとして保険金を請求した場合は、第二類型である。

１．主観的要件によるケース

主観的要件によって過大請求は詐欺的であったかどうかを判断する場合、主観的要件として、故意または無謀ではなく、詐欺的な意図が求められるといえよう。すなわち、詐欺的な意図をもってした過大請求は詐欺的過大請求である[92]。

判決例の評価として、詐欺的な意図は、損害の過大評価の程度から推論できるとの見解がある。すなわち、損害の過大評価が、被保険者は正直に請求したのではなく保険者から詐取する意図で請求したに違いないという推論に導くほど法外である場合、過大請求は詐欺的過大請求と考えられるとの見解[93]がある。このような見解を参考にして、詐欺的な意図が推論されているといわれる火災保険に関する判決を分析すると、損害額の誇張の程度から詐欺的な意図を推論するためには、損害額と請求金額の差額だけではなく、被保険者が損害額を知っていた、あるいは請求金額がかなり誇張された金額であることを知っていたことも証明する必要があろう。

例えば、*Goulstone v The Royal Insurance Company* 事件判決[94]は、被保険者が以前自ら50ポンドと評価した財産について260ポンドを請求した事案である。また、*London Assurance v Clare* 事件高等法院判決[95]は、被保険者が以前20,000

---

91 P.M.Eggers and P.Foss, *supra* note 19, at 230.

92 A.W.B.Welford and W.W.Otter-Barry, *supra* note 5, at 291, E.R.H.Ivamy, *supra* note 88, at 436.

93 A.W.B.Welford and W.W.Otter-Barry, *id.*, E.R.H.Ivamy, *id.*, at 437, *Halsbury's, supra* note 5, at 284.

また、多くのケースにおいて、詐欺的な意図は故意に誇張した請求から当然に推論できるとする見解もある（*MacGillivray, supra* note 7, at 511.）。

94 (1858) 1 F. & F. 276 ; [1930] 175 Eng. Rep. 725.

95 [1937] 57 Ll.L.Rep. 254.

ポンドで売りに出した在庫品について81,000ポンドを請求した事案である。両判決の事案の共通点として、損害を受ける前に、被保険者が保険の目的物について自ら何らかの形で評価していたことがあげられる。また、*Central Bank of India, Ltd. v Guardian Assurance Co.Ltd. and J Rustomji*事件枢密院司法委員会判決[96]は、被保険者が、査定者が約43,000ルピーと評価した小麦等に関して約4,000,000ルピーの保険金を請求した事案である。第一審は詐欺はないとしたのに対し、第二審は詐欺を認めた。被保険者から保険契約の譲渡を受けた銀行の上訴に対し、Maugham 判事は、上訴人は主張した損害額を証明しておらず、請求は著しく誇張されていたとする十分な証拠があり、そして被保険者はきっとこの著しい誇張に気づいていたに相違ないから、請求は詐欺的であるといえるとした。

なお、損害額と保険金請求額との比較から保険金請求時の詐欺的な意図を推論し詐欺的過大請求としたのではなく、保険金額と保険事故発生時の真の評価額との比較から詐欺的過大請求としたとみられる判決がある。*O'Connell v Pearl Assurance Plc. and Others*事件高等法院判決[97]は、200,000ポンドの保険が付けられた雌馬が死亡したため、200,000ポンドの保険金請求がなされた事案である。雌馬の死亡時の評価は20,000ポンドと認定された。200,000ポンド（保険金額）と20,000ポンド（死亡時の価値）の差額はとても大きいことから、被保険者は、雌馬に200,000ポンドの保険をつけたことは偽りであり、保険金請求は詐欺的であると知っていたに相違ない[98]と判示された。本判決によって、過大請求をするために保険の目的物について故意に節度を超えた過大評価をすることは詐欺と考えられる場合があることが確立された[99]といわれている。

詐欺的な意図により過大請求が詐欺的かどうかを判断する場合、交渉額の提示としての過大請求は詐欺的な意図がないから詐欺的過大請求とはならないと説明できよう。ただし、過大評価が、保険者に請求金額全額を支払わせようという詐欺的な意図で提示されたのではないとしても、保険者と交渉するための

---

96 [1936] 54 Ll.L.Rep. 247.

97 [1995] 2 Lloyd's Rep. 479.

98 *Id.* at 508.

99 D.Morse and L.Skajaa, *Tackling Insurance Fraud : Law and Practice,* p 28 (LLP, 2004) .

共通基盤（basis）を固定させる目的で故意になされた場合、過大請求は詐欺的過大請求となるとの見解[100]もある。

2．実質性の要件によるケース

従来の判決例は、詐欺的な意図によって詐欺的過大請求であるかどうかを判断してきたといえるが、*Orakpo* 事件控訴院判決[101]が保険金請求は実質的に詐欺的（substantially fraudulent）であるから無効と判示したことから、実質性の要件に関する議論が始まった。

Orakpo 事件は、13の寝室居間兼用の部屋を有する家が保険の目的であった事案である。家の所有者である被保険者（原告・上訴人）は、保険契約締結時、家は荒廃した状態であり修理が必要であったにもかかわらず、住宅は手入れの行き届いた状態であると不実表示をした。保険金請求時には、保険事故である浸水あるいは嵐が原因とは思われない乾腐病の被害と２年９ヶ月分の部屋の賃貸料について被害総額を算定し保険金を請求した。また、賃貸料について、３部屋しか賃貸していなかったのに13部屋すべてが賃貸されているとして保険金を請求した。控訴院は、第一審を支持し、保険契約締結時の不実表示を認め、保険金請求についても、虚偽があることを知りながら著しく誇張された保険金請求をしたとして、実質的に詐欺的であることを認めた。

Galloway v Guardian Royal Exchange (UK) Ltd. 事件控訴院判決[102]において、保険金請求の一部が詐欺的である場合の実質性の基準[103]について二人の裁判官が異なる基準を示している。本件は、家財保険に関する事案であり、被保険者（原告・上訴人）は盗難に遭ったとして保険者（被告・被上訴人）に対して16,133.94ポンドの保険金を請求した。この保険金請求額には、コンピュータ

---

100 E.R.H.Ivamy, *supra* note 88, at 437.

101 [1995] LRLR 443.

102 [1999] Lloyd's Rep. I.R. 209. 第一審（未公表）は、被保険者の主張、すなわち、たとえ被保険者の保険金請求が偽造したレシートを使用し、存在しなかったコンピュータに関する請求が含まれた詐欺的請求であったとしても、正直な請求部分について保険金を取得できるという主張を認めなかった。

103 本判決においては、「material」という文字が使われている。実質的には、*Orakpo* 事件控訴院判決において使われた「substantial」と同じ意味と考えられるため、本文においては、実質性の基準とした。

に関する損害2,000ポンドが含まれていた。しかし、コンピュータに関する損害は発生しておらず、しかも、被保険者はコンピュータ購入時のレシートを偽造していた。Woolf MR 判事は、詐欺的請求にあたるかどうかは、問題の保険金請求金額全体に対する詐欺的請求の割合で判断するとした。本件については、詐欺の部分が請求金額全体の約10％にあたるから、実質的な詐欺にあたる[104]とした。これに対し、Millett 判事は、割合で判断することは正直な請求金額が大きい場合に重大な詐欺的請求に対し制裁がないという不合理な結論を導く[105]と批判した。そして、正直な請求部分の大きさは関係がないとし、本件のようなケースにおける適切なアプローチとして、次のような基準を示した。詐欺的請求の部分だけを分離して、被保険者の当該保険金請求のやり方（the making of that claim by the insured）が善意の義務違反として被保険者を非難し保険契約を取消す（avoid）[106]ことを正当化するほど重大かどうかを考慮するという基準を示した[107]。Millett 判事も、本件は実質的な詐欺にあたるとした。

両判事の基準について、次のように指摘されている。例えば、200ポンドの請求金額のうち40ポンドが誇張された金額である場合、Woolf MR 判事の実質性の基準によれば詐欺的請求となろうが、おそらく Millett 判事の実質性の基準によれば詐欺的請求とならないであろう。同様に、200,000ポンドの請求金額のうち3,000ポンドが誇張された金額である場合、Millett 判事の実質性の基準によれば詐欺的請求になるかもしれないが、Woolf MR 判事の実質性の基準によれば詐欺にならないであろう。公平な決定のためには、この二つの基準は、同時に適用されるべきである[108]と提案されている。

---

[104] *Galloway,* [1999] Lloyd's Rep. I.R. 209, at 213-214.

[105] この批判を支持する見解が示されている（M.A.Clarke, *supra* note 5, at 850.）。

[106] Millett 判事は、「avoid」という文字を使っていることから、遡及的な取消を意味していると理解できる。

[107] *Galloway,* [1999] Lloyd's Rep. I.R. 209, at 214.

[108] B.Soyer, *supra* note 25, at 45-46. この見解は、Woolf MR 判事の実質性の基準は保険金請求金額全額に対する詐欺的請求の割合を基準とし、Millett 判事の実質性の基準は詐欺的請求金額の大きさを基準としていると解しているように思われる。しかし、Millett 判事の実質性の基準は *Galloway* 事件のようなケース、すなわち前述の第二類型に属する過大請求のケースに適切なアプローチと

Galloway 事件控訴院判決は、単なる誇張は詐欺ではないという伝統的な立場に疑いを投げかけている[109]といわれている。被保険者が交渉の手段として受け取る権利があると考える金額以上の保険金を請求することはよくあり、伝統的な立場は、権利がある金額以上の保険金を取得しようとする交渉の手段とは別の特別な意図がある場合のみ詐欺とみなしていた[110]とする。この見解は、新価保険ではない火災保険に基づいて新品の価格を基準に保険金を請求したケースである *Ewer v National Employers' Mutual General Insurance Association, Ltd.* 事件高等法院判決[111]は、交渉額として新品の価格を記入したので詐欺にはあたらないとの判決を下したが、現在では、この判断は疑わしい[112]とする。すなわち、本件の被保険者（原告）は、火災によって損害を受けた建物内の備品（中古品）についてカタログを見たりメーカーに価格を聞いたりして新品の価格で保険金請求をした。MacKinnon 判事は、被保険者は詐欺的請求としてではなく、交渉額として新品の価格を記入したとした。被保険者は、請求は徹底的に調査されることを知っていた。このため、請求額は途方もなく法外であるが、提出時に詐欺はない[113]とした。

この判決が現在では疑わしいといわれる原因は、保険金請求額が著しく誇張されているにもかかわらず、単なる交渉額の提示であり、詐欺ではないとした点である。もっとも、この点については、主観的要件の点から問題があるとする見解もある。すなわち、本判決は、現在では行き過ぎであり、この種の著しい誇張は詐欺とみなされるであろう[114]との指摘がある。要するに、これらの

して立てられた基準であるから、Millett 判事の実質性の基準は詐欺的請求金額の大きさを基準とするとして第一類型に属する過大請求のケース、その中でも損害額の評価が難しい目的物に関する過大請求のケースに適用することには問題があろう。なぜならば、過大請求は単なる意見の相違に基づく可能性が高いからである。

109 J.Birds & N.J.Hird, *supra* note 5, at 265.

110 *Ibid.*

111 [1937] 2 All E.R. 193.

112 J.Birds & N.J.Hird, *supra* note 5, at 266.

113 *Ewer,* [1937] 2 All E.R. 193, at 203.

114 M.A.Clarke, *supra* note 5, at 851. 本見解は、主観的要件として故意をあげ、故意の要件の当然の結果として交渉額の提示は許されるとする（*Ibid.*）。

見解は、現在の英国法では、故意に著しく誇張した保険金請求をした場合、主観的要件からしても実質性の要件からしても、交渉額の提示という理由は認められず、詐欺とみなされるとの見解といえる。

実質性の基準に関する議論のきっかけとなった *Orakpo* 事件控訴院判決[115]は、*Ewer* 事件高等法院判決を否定的に捉えていない。すなわち、Staughton 判事は、損害査定人により減額されることを知りながら交渉の目的で過大請求をする人もいるとする。そして、請求が明白に誇張されている場合、例えば、動産の取替原価を請求したような場合、実際に虚偽の表示はないといえるとする。なぜなら虚偽はたやすく明らかになるからである。Staughton 判事は、*Ewer* 事件高等法院判決を支持する立場といえる。

Ewer 事件高等法院判決は、前述の第一類型の過大請求に属し、おそらく保険の目的物の評価がそれ程困難ではないケースである。*Galloway* 事件控訴院判決は、第二類型に属する過大請求の事案であり書類の偽造が認められている。*Galloway* 事件控訴院判決において述べられた重要性の基準をもとに *Ewer* 事件高等法院判決を検討することには、事案が異なることから、全く問題がないとはいえない。すなわち、裁判所も *Ewer* 事件高等法院判決は行き過ぎとの評価をしているとまではいえない。

故意に著しく誇張し保険金請求をしたケースについて、判決例よりも学説の方が厳しい見方をしているといえよう。判決例よりも学説の方が詐欺に対して厳しいことは、次にとり上げる情報量の格差により詐欺的過大請求かどうかを判断するケースにおいてもあらわれている。

3．情報量の格差によるケース

Orakpo 事件控訴院判決[116]において、Hoffmann 判事は、被保険者が疑わしいあるいは誇張した請求をした事実から、直ちに詐欺と推論すべきではないとする。何も不実表示や秘匿はされておらず、そして損害査定人が保険金請求の妥当性や評価についての見解を形成する際に被保険者と同等の情報を有しているケースにおいて、単に交渉額を提示したということは正当な理由になるとする。この意見について、故意の過大評価全般について述べているのではなく、損害

115 [1995] LRLR 443.

116 [1995] LRLR 443.

額を明確に評価できない場合、あるいは消費者による保険金請求に関するものにすぎないようであるとの見解[117]がある。そして、保険金請求者が保険金請求額は高額過ぎると明確に認識している時は別であり、*Nsubuga v Commercial Union Assurance Co.Plc.* 事件高等法院判決[118]における Thomas 判事の意見[119]について、そのような場合を詐欺と考えないとの意見であれば、この意見は英国法であるか疑う必要がある[120]とする。この見解は、故意による過大請求ではあるが著しく誇張したとはいえない場合に、情報量に格差がないことによっては交渉額の提示としての過大請求であるとの主張は直ちには正当化されないとするものといえる。換言すれば、被保険者が故意に過大請求をした場合、情報量の格差は詐欺的請求であるかどうかの判断にほとんど影響を及ぼさないとの見解といえよう。

しかし、*Danepoint Ltd v Allied Underwriting Insurance Ltd* 事件高等法院判決[121]は、Hoffmann 判事の意見を引用し、詐欺的過大請求かどうかを判断する際に、保険者が保険金請求に関して調査ができ独自の見解を形成することができるかどうかに重点をおいている。次のような意見が述べられている。

> 「故意の過大請求、あるいは不実表示や秘匿と同類である過大請求は、詐欺的請求である可能性が極めて高いと考えられる。それに加えて、請求の評価あるいは損害の項目（head）が不明確または意見の問題である場合、保険者の損害査定人が被保険者と同等に請求額を評価することができる場

---

117 M.A.Clarke, *supra* note 5, at 852.

118 [1998] 2 Lloyd's Rep. 682.

119 次のような意見である。

「世間の人々が取得できると信じている額よりも高額で保険金を請求することがよくあることを商業上の現実として受け入れなければならないので、過大請求のケースにおいて明らかな詐欺の証拠が求められることを強調することは重要である。なぜならば、それらの者は抜け目のない取引（horse trading）あるいはその他の交渉を求めるからである。このような状況においては、ある者が取得できると合理的に信じている額よりも高額な提示をしただけで直ちに詐欺的に行動したと結論づけるのは一般的に正しくないであろう。その者は、請求の主要部分について何ら根拠はないと知りながら、かなり誇張した請求をしなければならなかったのであろう」（*Id.* at 686.）。

120 M.A.Clarke, *supra* note 5, at 852.

121 [2005] EWHC 2318（TCC）.

合、過大請求はよくあり、より許されると考えられる。逆にいえば、請求額の評価は明確にでき、さらに根拠となる情報が完全に被保険者の支配下にある場合、過大請求は容易に許されず、かくして詐欺的であろう」[122]。

この意見は、被保険者が故意に過大請求をした場合でも、情報量に格差がなければ、被保険者は許される場合があるとするものといえる。本判決を、詳しくみてみよう。

Danepoint 事件高等法院判決は、被保険者（原告）が、13のフラットがありそのすべてが賃貸されている建物で火災が発生し建物と賃貸料に関して損害が発生したとして保険金を請求したが、保険者（被告）が詐欺的過大請求であるとして保険金の支払を拒否した事案である。すなわち、建物について、修繕費は83,000ポンドおよび消費税とするという和解が成立し保険者が25,000ポンドの保険金を支払った後に、被保険者が60,000ポンド分の明細記入請求書で保険金の仮払い（interim payments）を請求した。保険者が建物の調査をした結果、建物に施された作業には7,500ポンドの価値しか認められなかった。保険者は、建物に関して詐欺的過大請求があったと主張したが、Peter Coulson QC 判事は、仮払いの請求は、試し（try-on）であり、詐欺的過大請求ではないとした。その理由として次の点があげられている。①和解内容には保険者が建物に施された作業を定期的に調査することが含まれていたため、保険者は仮払いの正当性を確実にすることができた[123]。②7,500ポンドの価値の作業しか行われていなかったとしても、約20,000ポンドの価値のある資材が敷地に存在した[124]。③仮払いの請求であって確定的な請求でも最終的な請求でもなく、補正ができる[125]。しかし、火災発生後すぐにすべての賃貸人が立ち退いたため賃貸料の損害は火災発生日から生じたとしてなされた賃貸料に関する保険金請求は、火災発生後も賃貸人がいたことや偽造された書類が提出されたことなどから詐欺的過大請求であると判示された。賃貸料に関する保険金請求と建物に関する保険金請求には類似する点はあるが、一つ決定的な相違点があるとする。建物に関する請求については、保険者は常に注意深く調査をすることになっており、

---

122 *Id.* at para [56].
123 *Id.* at para [70].
124 *Id.* at para [71].
125 *Id.* at para [73].

保険金を支払う前に修繕費について独自の見解をもつことができた。賃貸料に関する請求については、そのような綿密な調査は不可能であった[126]。さらに、賃貸料に関する保険金請求は、被保険者の支配下にある情報に基づく。このような場合、被保険者が有すべき書類をもとに正直な請求をすることが被保険者の責任である[127]とする。

本件では、一つの保険契約に基づき、建物に関する保険金請求と賃貸料に関する保険金請求がなされ、前者は詐欺的請求ではなく、後者は詐欺的請求とされた。このような場合、賃貸料に関する請求について保険者が免責されることに異論はないが、建物に関する請求はどうなるかという問題が生じる。Peter Coulson QC 判事は、後に紹介する *Axa General Insurance Ltd v Gottlieb and another* 事件控訴院判決[128]を参考にして、本件の請求は保険の目的物をもとに二つの請求に分けられるとしても、一つの出来事（火災）を原因とする一つの請求であるから、一つの保険の目的物に関する詐欺は、保険金請求全体を無効にする[129]とした。すなわち、賃貸料に関する保険金請求だけでなく建物に関する保険金請求についても保険者は免責されるとした。

4．詐欺的過大請求に関するまとめ

第1節で述べた核となる要件である主観的要件、実質性の要件、重要性の要件を満たした過大請求でも、直ちに詐欺的過大請求とはならない。換言すれば、核となる三つの要件を満たした過大請求でも、許される過大請求がある。許される理由は、いくつかある。

第一に、詐欺的な意図がないことがあげられる。すなわち、主観的要件によって、詐欺的過大請求であるかどうかを判断する場合である。詐欺的な意図は、損害の過大評価の程度から推論できるとの見解がある。この場合、交渉額の提示としての過大請求は詐欺的な意図がないから許されると説明できる。

第二に、詐欺的請求金額の大きさがあげられる。すなわち、実質性の要件によって、詐欺的過大請求であるかどうかを判断する場合である。この場合には、

---

126 *Id.* at para［140］.

127 *Id.* at para［144］.

128 ［2005］1 All E.R.（Comm）445.

129 *Danepoint,* ［2005］EWHC 2318（TCC）, at para［146］.

詐欺的請求金額が高額であれば詐欺的請求とみなされ、交渉額の提示としての過大請求として許される余地はほとんどないであろう。ただし、実質性の要件によって判断することは、あらゆる過大請求のケースに適切かどうかという問題があろう。

第三に、保険者と被保険者の情報量の格差があげられる。すなわち、情報量の格差の有無によって、詐欺的過大請求であるかどうかを判断する場合である。損害額の評価が明確にでき、その上損害額の評価に関する情報が完全に被保険者の支配下にある場合には、詐欺的請求が認められやすい。

第3節　詐欺的請求をしない義務に違反する詐欺的手段の利用

1．*The Aegeon* 事件控訴院判決において述べられた仮の要件

詐欺的請求に関するコモン・ローは詐欺的手段の利用にも適用されるとした *The Aegeon* 事件控訴院判決において、詐欺的請求に関するコモン・ローが適用される詐欺的手段の利用の要件について、次のような仮の見解が述べられている。虚偽の陳述が、①問題の請求に直接に関係すること、②和解の成立あるいは勝訴判決を得る見込みを改善する意図でなされたこと、③当事者の権利に関する審理の最終的な決定の前に被保険者の見込み－和解もしくはよりよい和解成立の見込み、または勝訴判決を得る見込み－に客観的に無意味とはいえない改善をもたらすことに資することが必要となる[130]。

③の要件は、保険者が明らかに関係のないあるいは些細な虚偽の表示を利用する可能性を排除するために付け加えられた要件[131]と解釈されている。なお、①および③の要件を満たす虚偽の陳述が故意になされたのであれば、②の意図は推論できるのではないかと思われる。

2．*The Aegeon* 事件控訴院判決の詐欺的手段の利用の射程

The Aegeon 事件控訴院判決[132]の詐欺的手段の利用の射程は、詐欺的請求の詐欺の要件の一つである重要性の範囲がどこまで拡大されるかという問題につ

130　*The Aegeon,* [2003] Q.B. 556, at para [45] .

131　H.Y.Yeo, *supra* note 60, at 439.

132　[2003] Q.B. 556.

ながるであろう。すなわち、保険者の責任の内容に決定的な影響を及ぼさないどのような虚偽の表示が詐欺を構成するかという問題につながる。これに関して二つの見解がある。

第一に、詐欺的手段の利用が保険者の最終的な責任にとって重要であるケースに詐欺的請求に関するコモン・ローが適用されることは明らかであるが、そのようなケースではない場合、どのような詐欺的手段の利用に詐欺的請求に関するコモン・ローが適用されるか明らかではないとの見解がある。本判決で問題となった虚偽の陳述は、ワランティ違反を隠すためになされたものである。この場合、詐欺は保険者の責任の前提条件違反（breach of a condition precedent to the insurers' liability）を隠す際に行われており、そのため、保険者の最終的な責任にとって重要である。しかし、詐欺が、被保険者の認識とは異なり、保険者の責任と無関係な場合については、詐欺的請求に関するコモン・ローが適用されるかはそれほど明らかではないとの見解[133]である。この見解は、*The Aegeon* 事件控訴院判決において提案された仮の見解は応用するのが容易ではない複雑な基準であるとする。さらに詐欺的請求に関するコモン・ローの領域を保険者の責任にとって重要ではない行いに広げる必要性には疑問があり得るとする。保険者は、既に、保険契約以外の契約の当事者はもたない詐欺に対する強力な防御手段により保護されている[134]とする。

保険者の責任の前提条件違反を成立させる事実について虚偽の表示をした場合は、*The Mercandian Continent* 事件控訴院判決[135]において述べられた1906年海上保険法17条を適用するための重要性の要件を満たすように思われる。前述のように、Mance 判事は、*The Mercandian Continent* 事件控訴院判決において述べられた重要性の基準を詐欺的手段の利用に適用すると、詐欺的手段の利用は一般に重要ではないことになるから、その重要性の基準は詐欺的請求に関するコモン・ローには不適切とした。つまり、Mance 判事は、保険者の責任の前提条件違反を成立させる事実について虚偽の表示をした場合にのみ詐欺的手

---

133 *MacGillivray, supra* note 7, at 513. この見解は、*The Litsion Pride* 事件高等法院判決において問題となった詐欺は、保険者の責任とは無関係とする。おそらく、本件の場合、被保険者は特定の領域に入ることを事前に通知しなくても補償されるから、保険者の責任とは無関係となるのであろう。

134 *Ibid.*

135 [2001] 2 Lloyd's Rep. 563.

段の利用となるとの意見ではないと解することができる。換言すれば、そのような場合以外にも、詐欺的手段の利用となる場合があるとの意見ということができる。また、仮に、保険者の責任の前提条件違反を成立させる事実について虚偽の表示をした場合にのみ詐欺的請求に関するコモン・ローが適用される詐欺的手段の利用となるとすると、詐欺的手段の利用に詐欺的請求に関するコモン・ローを適用する意味がほとんどなくなるであろう。すなわち、被保険者は虚偽の表示をしたことが明らかになったとしても何も失わないことになるから、詐欺的手段の利用に詐欺的請求に関するコモン・ローが適用されるとしても、被保険者に正直に述べる動機を与えないであろう。

第二に、Mance 判事が、*Wisenthal v World Auxiliary* 事件高等法院判決[136]における Roche 判事の陪審員に対する次の説示に同意していることから、真実が述べられた場合よりも保険金の支払いがより容易にあるいはより早くなされることを確保するために虚偽の表示が用いられたと考えられる場合、詐欺的手段を利用したことになるであろうという見解[137]がある。

> 「詐欺は、単なる嘘ではない。詐欺は、嘘によって、一般的に金銭的なものについて、有利な立場を得ること、あるいは、ほかの者を不利な立場に置くことを必要とする。陪審員が、真実が述べられた場合よりも保険金の支払いがより容易にあるいはより早くなされることを確保するために嘘が用いられたと考えたならば、詐欺にあたる」。

まさに、時は金なり（time is money）であるとすれば、たとえ保険金請求が有効であり虚偽の表示によって保険者は損害を受けないとしても、保険金の支払いがより容易にあるいはより早くなされることは、被保険者の立場の意義深い改善といえる[138]。この見解は、詐欺的請求に関するコモン・ローが適用される詐欺的手段の利用の範囲を拡大する際に生じる問題を指摘している。すな

---

136 ［1930］38 Ll.L.Rep. 54. 本件は、毛皮および皮革につけられた保険に関するものである。被保険者（原告）は、毛皮等が盗まれたとして保険金を請求したが、保険者（被告）は、誇張された請求であることを理由の一つとして支払を拒否した。さらに、保険者は、被保険者は毛皮等が持ち去られることを知っていたとの主張を付け加えた。陪審員は、被保険者が在庫品元帳と銀行預金口座に関する事実および書類を秘匿したことは詐欺的手段の利用であると認めた。

137 M.A.Clarke, *supra* note 5, at 855.

138 *Ibid.*

わち、さほど重要ではない不実表示を保険金が一切支払われないこととなる詐欺と判断することは、損害が発生した後に、保険者が被保険者に不実表示をさせるためにしきりに質問しようとすることを助長するであろう[139]と指摘している。また、保険者が、保険金の支払いがより容易にあるいはより早くなされるように利用された詐欺的手段を理由に、被保険者に対し保険金を一切支払わないという制裁を与えることができるべきであるとすることは当然とまではいえない[140]とする。

第一の見解をとっても第二の見解をとっても、保険者に有効な抗弁を与える事実について虚偽の表示をしたケースは、*The Aegeon* 事件控訴院判決の詐欺的手段の利用の射程内となる。しかし、先に指摘したように、このような詐欺的手段の利用にのみ詐欺的請求に関するコモン・ローが適用されるとしても、あまり意味がない。そうであるからといって、詐欺的請求に関するコモン・ローが適用される詐欺的手段の利用の範囲を拡大しすぎることにも問題がある。また、*The Aegeon* 事件控訴院判決で述べられた仮の要件から、詐欺的請求に関するコモン・ローが適用される詐欺的手段の利用の範囲を確定することは難しい。詐欺的請求の詐欺の要件の一つである重要性の範囲がどこまで拡大されるのかという問題の解決には至っていないといえよう。

3．*The Aegeon* 事件控訴院判決後の詐欺的手段の利用に関する判決例

ここでとり上げる判決例は、詐欺的請求に関するコモン・ローが適用される詐欺的手段の利用の範囲を明確にするまでには至らないとしても、詐欺的手段の利用の類型の一部を示唆するものと思われる。

Interpart Commerciao E Gestao SA and another v Lexington Insurance Co 事件高等法院判決[141]は、ワランティ違反の成立には直接関係ないがワランティに関連する事実についての虚偽の表示が詐欺的手段の利用となる可能性を示唆する。すなわち、本判決は、ワランティを満たしたことを証明する書類に記載された虚偽の表示が詐欺的手段の利用となるとの保険者（被告）の主張に対し、本件には正式事実審理を経ないでなされる判決（summary judgment）によっ

139 *Id.* at 856.

140 *Ibid.*

141 [2004] Lloyd's Rep. I.R. 690.

て解決できない問題があるとした。事案は、船荷保険に関するものであり、保険約款には、被保険者は船荷に保険をつける前に自費で船荷の数量と品質に関する調査をしなければならない旨のワランティが含まれていた。問題の虚偽の表示は、数量と品質に関する調査証明書に記載された出航の日付に関して行われた。すなわち、1997年１月３日に出航したのに、証明書には1996年12月14日に船荷証券が発行されたと記載されていた。1997年１月27日に、船が衝突し船荷に損害が生じたため、被保険者（原告）は保険金を請求した。Chambers QC 裁判官は、本件の問題は、詐欺的な行為と保険者に対する保険金請求の成功（promotion）の間にあるべき関係の程度に関するもので、いまだ解決されていない[142]とした。すなわち、この問題は、数量と品質に関する調査証明書は保険金請求に必要な書類の一部であり、その証明書に記載された虚偽の表示は保険金請求の成功に不可欠な部分となる[143]が、出航の日付に関する虚偽の表示と保険金請求の成功の関係はどの程度か、すなわち、詐欺的手段の利用となる程度かという問題であろう。

Stemson v AMP General Insurance (NZ) Ltd 事件枢密院判決[144]の Mance 判事による同意意見は、免責事由に該当する故意の事故招致があったかどうかの保険者の判断に関係する事実についての故意の虚偽の表示は詐欺的手段の利用となる可能性を示唆する。本件は、火災保険に関する事案であり、大邸宅が火災による損害を受けたとして被保険者（原告・上訴人・上訴人）が保険金を請求したが、保険者（被告・被上訴人・被上訴人）は次の点を理由に保険金の支払を拒否した。第一に、被保険者の放火である。裁判所は、被保険者による放火を認定した。第二に、調査の過程における被保険者の虚偽の表示である。問題となった被保険者の虚偽の表示は、火災発生前に大邸宅を売ろうとしたことはなく市場に出そうと考えたこともないとの虚偽の表示である。Mance 判事は、第一の放火の問題とは別に、被保険者が火災前に大邸宅を売ろうとしたことに関する虚偽の表示によって保険金請求を成功させようと努めたことを根拠に、保険者は保険金の支払を拒否できる[145]とした。このようなケースと故意の事

142 *Id.* at para [43].
143 *Id.* at para [42].
144 [2006] UKPC 30.
145 *Id.* at para [36].

故招致を理由とする詐欺的請求とは次の点において異なるといえる。前者では故意の事故招致を立証する必要はないが、後者ではそれが必要となる。

Eagle Star Insurance Co. Ltd. v Games Video Co (GVC) SA 事件高等法院判決[146]によると、損害額を証明するための書類に虚偽の表示があった場合、詐欺的手段の利用となる場合があるといえよう。本件は、海上保険に関する事案である。被保険者（被告）は、船舶の爆発による損害につき1,800,000ドルの保険金を請求し、保険者（原告）には被保険者に対し1,800,000ドルを支払う責任があるとの確認判決を求め、保険者は、保険契約は有効に取り消され被保険者に対する責任がないという確認判決を求めた。被保険者が船舶の価値を証明するために内容に虚偽のある書類を保険者に提出したことが認められ[147]、被保険者は、保険者がその書類を信用して直ちに保険金を支払うことを期待して、保険金請求を成功させる（advance）ために詐欺的手段を利用した[148]と判示された[149]。なお、本件は、損害額自体に虚偽の表示があることを認定するのではなく、損害額を証明するための書類に虚偽の表示があることを認定しているため、詐欺的過大請求の問題ではなく、詐欺的手段の利用の問題となるといえる。

これらの判決例から、詐欺的請求に関するコモン・ローが適用される詐欺的手段の利用は、保険者に有効な抗弁を与える事実について虚偽の表示をしたケースに限られないといえよう。ただし、 *Interpart Commerciao E Gestao SA* 事件高等法院判決および *Stemson* 事件枢密院判決における虚偽の表示は、有効な抗弁を与える事実についての虚偽の表示とは抗弁と虚偽の表示の関連性の程度は異なるが、保険者の抗弁に関連する事実についての虚偽の表示ということができ、保険者の抗弁と全く無関係というわけではない。さらに、 *Games Video Co (GVC) SA* 事件高等法院判決における虚偽の表示の内容も考えあわせると、

---

146 [2004] 1 All E.R. (Comm) 560.

147 例えば、船の価値を2,000,000ドルと評価した専門家のレポートは、1998年３月（船が爆発する前）に作成されたレポートとして提出されたが、1998年３月には存在しなかったことが認められた。

148 *Games Video Co (GVC) SA,* [2004] 1 All E.R. (Comm) 560, at para [153].

149 本判決は、被保険者が、保険契約締結当時船舶は約100,000ドルの価値しかないと知りながら、1,800,000ドルの価値があるとして保険契約を締結したため、契約締結時の被保険者の不実表示も認めている。

保険者の最終的な責任の内容に関連性を有する事実についての虚偽の表示は、詐欺的請求に関するコモン・ローが適用される詐欺的手段の利用になる場合があるといえるであろう。

第4章　詐欺的請求をしない義務違反の効果

第1節　保険者の免責について

被保険者が詐欺的請求をした場合、保険者は当該保険金請求について免責される。すなわち、保険金請求の一部が詐欺的である場合、詐欺的請求部分についてだけでなく正直な請求部分についても保険金は支払われない。この点に関して、*The Star Sea* 事件貴族院判決において、Hobhouse 判事は次のように述べている。

> 「詐欺的請求をした被保険者は正直にした請求の部分についても保険金を取得できない。この原則は確立しており、19世紀のはじめから存在する。この結果は、このような効果をもつ条項が契約に明記されていることに基づくもの、あるいは保険の種類に基づくものではなく、コモン・ローのルールの結果である」[150]。

そして、このような効果をもたらす論理は簡単であるとする。すなわち、詐欺的な被保険者が、詐欺が成功すれば保険金を取得することができ、失敗したとしても何も失わないと考えることは許されない[151]。この理由付けにより、今日、このような効果を認めることは、詐欺を思いとどまらせようとする公序良俗上の健全なルールとみなされている[152]。*Galloway* 事件控訴院判決[153]も、

---

[150] *The Star Sea,* [2003] 1 A.C. 469, at para [62].

The Aegeon 事件控訴院判決において、Mance 判事は、次のような意見を述べている。「詐欺的請求に関するコモン・ローの真の効果（real bite）は、保険金請求の誠実な部分さえ喪失することである」（*The Aegeon,* [2003] Q.B. 556, at para [33].）。

[151] *The Star Sea,* [2003] 1 A.C. 469, at para [62].

[152] *MacGillivray, supra* note 7, at 510.

[153] [1999] Lloyd's Rep. I.R. 209.

詐欺的請求に関する法の目的は詐欺的請求を思いとどまらせること[154]とする。また、公序良俗上、裁判所が詐欺の道具となってはいけないことも根拠としてあげられている[155]。さらに、一般的に契約法に適用される格言、*fraus omnia corrumpit*（詐欺は全体を無効にする）を反映している[156]といわれている。詐欺的請求をしない義務違反により保険者が免責される根拠は、最大善意の原則というよりも公序良俗のようである。既に述べたように、詐欺的請求をしない義務を黙示的条項とする見解がある。たとえ、保険者免責の根本的理由が被保険者による契約違反として構成され得るとしても、義務違反の効果は、公序良俗（*fraus omnia corrumpit*）という根本的な要素のために、契約で自由に定めることができる問題にはならない[157]といわれている。

なお、*Orakpo* 事件控訴院判決[158]において、Staughton 判事は、詐欺的請求の場合、適法な請求の部分についても保険者は免責されるとする黙示的条項を認めなかった。すなわち、保険契約法以外に詐欺的請求をした者は適法な権利さえ失うとする法の領域を知らず、契約に取引としての有効性を与えるために、あるいは契約の当事者にとって明白な条件であるから契約に明記する必要がないとの理由から、そのような黙示的条項を認めないとする。これは、そのような条項が事実上黙示されたと認めることはできないという趣旨と解することができる[159]。また、そのような条項がコモン・ロー上黙示されるとする保険者の主張については、詐欺的請求をしない義務は躊躇なく認めることができるが、その義務違反の効果として適法な権利さえ失うという制裁を認めることには疑いがあり、さらに、*Britton* 事件判決[160]における Willes 判事の説示等そのような効果を支持するものはあるが、拘束力のある先例は示されていないとし、保険者の主張を認めなかった。Staughton 判事は、詐欺的請求に関するコモン・ローを公序良俗を反映したルールと解していないといえよう。

---

154 *Id.* at 213. 後述する *Gottlieb* 事件控訴院判決も同様の見解をとる。

155 M.A.Clarke, *supra* note 5, at 857.

156 *Ibid*, M.A.Clarke, *Policies and Perceptions of Insurance Law in the Twenty-First Century,* p 206-207（Oxford University Press, 2005）.

157 M.A.Clarke, *supra* note 5, at 857.

158 ［1995］ LRLR 443.

159 事実上黙示された条項については、注⑲参照。

160 （1866） 4 F. & F. 905 ; ［1930］ 176 Eng. Rep. 843.

保険金請求が詐欺的であったにもかかわらず保険者が保険金を支払った場合、保険者は錯誤（mistake）に基づき保険金を取り戻すことができる[161]。

それでは、保険金請求手続の途中で何回かの保険金の仮払いがなされ、当初は正直な請求に対して仮払い保険金（interim payments）が支払われていたが、後に、詐欺的請求に対して仮払い保険金が支払われた場合、保険者は、詐欺的請求に関するルールに基づいて、当初の正直な請求に対して支払われた仮払い保険金の返還を請求することができるか。このようなケースについて、*Axa General Insurance Ltd v Gottlieb and another* 事件控訴院判決[162]は、第一審を支持し、保険者（原告・上訴人）は詐欺が行われる前の正直な請求に対して支払った仮払い保険金についても返還請求をすることができるとした。すなわち、詐欺的請求に関するコモン・ローの妥当な範囲（proper scope）は、詐欺が行われた保険金請求権全体を失わせることであり、その効果として、その請求権に基づいて支払われた仮払い保険金の約因がなくなり、保険者は仮払い保険金を取り戻すことができる[163]とする。なお、詐欺的請求に関するコモン・ローは純粋に将来に向けて効力をもつとはいえないとする。すなわち、条件がある場合および責任保険は別として、付保された危険が損害を引き起こした瞬間に保険金支払義務は具体化し、保険金請求権（cause of action）はその時に生じるが、詐欺的請求の効果は、既に生じている保険金請求権を失わせるという遡及効をもつ[164]とする。

詐欺的請求を抗弁とするのは保険者であるから、保険者が被保険者の詐欺を立証しなければならない。詐欺の立証は高い程度でなされる必要がある[165]。詐欺的請求の場合に保険者に保険契約の取消権が認められること、あるいは保険者が当該請求に関して免責されることは、詐欺的請求の一部が正直な請求であり保険者に特別な損害が発生しなかった場合は、保険者に利益をもたらすが、このルールは正義と保険者の堅実な運営に関する考慮から支持されるとし、同じ考慮により、保険者に対し詳細に詐欺の主張をすること、およびその主張の

---

161 M.A.Clarke, *supra* note 5, at 856.

162 [2005] 1 All E.R. (Comm) 445. 事案の詳細は後述する。

163 *Id.* at para [32].

164 *Id.* at para [26].

165 M.A.Clarke, *supra* note 5, at 846.

証明は高度になされることが求められるとした控訴院判決[166]がある。また、被保険者が放火をしたとして詐欺が主張されたケースにおいて詐欺と決定する際には、民事訴訟における立証の基準は蓋然性のバランスであるとはいえ、一般的な基準において求められる蓋然性の程度の範囲内で蓋然性の程度が非常に高い基準が適用されるとする高等法院判決[167]もある。

第2節　保険契約の取消について

保険者は詐欺的請求を理由に保険契約を取り消すことができるが、その取消の効果は保険契約締結時に遡るのか、それとも将来効のみなのか、判決例・学説ともに見解が分かれている。見解の相違が生じる根拠の一つとして、詐欺的請求をしない義務の法的性質があげられる。まず、この点に焦点をあてて整理しよう。

詐欺的請求をしない義務がコモン・ロー上の義務であるならば、1906年海上保険法17条が適用されうることとなる。17条に規定された最大善意の義務違反に対する救済方法は、保険契約の遡及的な取消である。*The Mercandian Continent* 事件控訴院判決[168]は、このような立場の方が優れているとする。本判決において、17条が適用される要件として誘因と重要性があげられ、重要性の基準が判示されたことは前述の通りである。*The Litsion Pride* 事件高等法院判決は、詐欺的請求をしない義務の法的性質を黙示的条項とするが、詐欺的請求をしない義務を含む契約締結後の最大善意の義務違反に17条が適用されるとする。さらに、17条の救済方法は保険契約の遡及的取消であるが、商業上の良識から保険者は保険契約を取り消さないで保険金の支払のみ拒否することもできる[169]とする。

詐欺的請求をしない義務が契約上の義務であるならば、契約法の一般原則に従い、保険契約は将来に向けて取り消されることとなる。詐欺的請求に関する

166　*Diggens and another v Sun Alliance and London Insurance Plc.*

167　*S. and M. Carpets (London) Limited v Cornhill Insurance Company Limited,* [1981] 1 Lloyd's Rep. 667, at 668.

168　[2001] 2 Lloyd's Rep. 563.

169　*The Litsion Pride,* [1985] 1 Lloyd's Rep. 437, at 515-516.

コモン・ローは契約上のルールであるとした判決例として、*Orakpo* 事件控訴院判決[170]があげられる。また、*The Star Sea* 事件貴族院判決[171]は、明確に述べてはいないが、詐欺的請求に関するコモン・ローを契約上のルールとしたと解釈することができる。この場合、詐欺的請求をしない義務に違反して請求することは契約違反となる。この立場について、詐欺的請求をしない義務違反の効果である保険者免責と保険契約の取消は理論的根拠が異なると説明することができる。すなわち、保険者免責の理論的根拠は詐欺的請求に関するコモン・ローであり、保険契約の取消の理論的根拠は契約法の一般原則と説明することができる。

The Aegeon 事件控訴院判決[172]は、詐欺的請求をしない義務の法的性質を明確にすることなく、詐欺的請求に関するコモン・ローを17条の適用範囲外として扱い、遡及的な取消の問題は生じないとした。

なお、前述の *Gottlieb* 事件控訴院判決[173]において、詐欺的請求に関するルール自体が被保険者による詐欺があった保険期間の保険金請求権を喪失させる、すなわち、保険契約を遡及的に取り消すことと同様の効果が詐欺的請求に関するルールにはあると保険者が主張した。この保険者の主張は、1906年海上保険法17条や契約法の一般原則に基づかずに、詐欺的請求に関するルールには詐欺的請求をしない義務違反に17条を適用した場合と同じような効果があるとするものである。裁判所は、このような効果を詐欺的請求に関するルールに認める

---

170 [1995] LRLR 443. なお、Sir Roger Parker 判事は、Hoffmann 判事に同意しているが、保険金請求時の詐欺には契約締結前の最大善意の義務違反と同様の救済を与えないとする根拠はないとした。契約締結前の最大善意の義務違反に対する救済方法は、契約の遡及的な取消である。Sir Roger Parker 判事は、17条に言及していないとはいえ、詐欺的請求に対する救済方法は保険契約の遡及的な取消とする意見と解する見解がある（H.N.Bennett, *supra* note 52, at 210.）。しかし、保険契約締結時の不実表示・不開示の救済方法が遡及的な取消となる根拠は契約締結時からの合意の瑕疵であるが、この根拠は詐欺的請求に当てはまらないこと、さらに、Sir Roger Parker 判事が Hoffmann 判事に同意していることから、Sir Roger Parker 判事の使用した文言も将来に向けた取消を意味すると解する見解もある（M.A.Clarke, *supra* note 5, at 859-860.）。

171 [2003] 1 A.C. 469.

172 [2003] Q.B. 556.

173 [2005] 1 All E.R.（Comm）445.

理由はない[174]とした。

本件は、住宅保険に基づいて被保険者（被告・上訴人）が4件の保険金請求を行い保険者が保険金の一部を既に支払ったが、詐欺が判明したため保険者が保険金の返還を求めて提訴した事案である。保険金請求は、①1993年12月1日に乾燥腐敗による損害に関して、②1994年5月3日に水漏れによる損害に関して、③1994年7月に嵐による損害に関して、④1994年12月1日に水漏れによる損害に関して行われた。①と②の保険金請求に詐欺があったことが認められ、これらの保険金請求に対して、詐欺的請求部分を超えて全額保険者免責が認められ、保険者が支払った仮払い保険金全額について返還請求が認められたことについては、既に述べた。それに加えて、保険者は、詐欺がない③と④の保険金請求に対して①と②の保険金請求に関して詐欺が行われる前に支払った保険金の返還も請求できるように、前述のような主張をした。

学説は、保険契約の取消の効果を遡及させることに反対する見解をとるものが多い。その理由として、取消の効果を遡及させることは被保険者に厳しすぎることがあげられる[175]。遡及効を認めることは、とりわけ、フリート型保険において、厳しく不均衡な結果をもたらす[176]と指摘されている。例えば、船団保険において、被保険者が船団の中の一つの船の部分的な損害について請求する際に詐欺的請求をしない義務に違反した場合である。また、次のような点も理由としてあげられている。契約履行期の詐欺的行為に関しては契約法の一般原則が十分に認められている。そのうえ、ひとたび当事者が契約関係に入ると、その関係は契約上の法理で規律できる。この意味で、最大善意の原則のような契約外の原則の適用の余地があるか疑問である[177]。また、詐欺的請求をしない義務の源を1906年海上保険法17条に求めることにより、救済方法の柔軟

---

174 *Id.* at para [22] . 第一審（未公表）の判断を支持してる。

175 MacGillivray, *supra* note 7, at 514, B.Soyer, *supra* note 25, at 53.

176 B.Soyer, *supra* note 45, at 436.

177 B.Soyer, *supra* note 25, at 53. 本論文においてとり上げられている判決例は、すべて保険契約に関する事案である。そのため、契約履行期の詐欺的行為に関する契約法の一般原則と表現されているが、保険契約以外の契約における詐欺的請求についても、詐欺的請求に関するコモン・ローと同様の効果が認められているのか明らかではない。

性が奪われる。すなわち、義務違反に対し損害賠償請求ができないこととなる[178]。

遡及的な取消を認める学説もある。まず、詐欺的請求に関してコモン・ローは、保険契約の遡及的な取消、将来的な解除、当該請求についての免責という三つの救済方法を認めており、救済方法として遡及的な取消しか認めない1906年海上保険法17条は詐欺的請求に適用されないとする学説[179]がある。遡及的な取消という救済方法は、詐欺的請求に関しては、その過酷さは正当と認められるし、17条に基づかなくとも可能である[180]とする。おそらく、被保険者が保険者に請求に対する抗弁を与える事情を故意に秘匿した場合、救済方法を詐欺的請求のみの喪失（merely loss of the fraudulent claim）としたならば、法は正直に述べる動機を与えないし、詐欺を思いとどまらせるどころか勧めるともいえる[181]ことが、詐欺的請求の場合に保険契約の遡及的な取消も認められるとする理由としてあげられよう。

また、遡及的な取消は、裁判所の裁量を条件として、契約締結後の最大善意の義務違反に適用できるとする説[182]がある。この説は、確実に被保険者が詐欺を犯す動機を持たないようにし、確実に保険者を詐欺から守るために、契約締結後の最大善意の義務違反を理由とする保険契約の取消に遡及効を認める必要があることを強調している[183]。

---

178 *Ibid.* 損害賠償請求ができないこととなる理由については、後述する。

179 H.N.Bennett, *supra* note 52, at 213.

180 *Id.* at 220.

181 *Id.* at 210. 被保険者は詐欺的な請求の部分だけを喪失するとしたならば、なおさらのこととの注釈がついていることから、詐欺的請求のみの喪失とは、問題の保険金請求全体が無効となるという意味と解される。

182 P.M.Eggers, *Remedies for the failure to observe the utmost good faith,* [2003] LMCLQ 249.

183 契約締結後の最大善意の義務違反に遡及的な取消が認められる理由として、(1)17条は契約締結後にも適用できる、(2)契約締結後にも契約締結前と同様に情報量の格差が生じる場合がある、(3) *Britton* 事件判決における *Willes* 判事の説示内容は、 *void* という用語を使用していることから遡及的な取消という救済を是認していると説明できる、(4)保険金請求時の詐欺は保険契約を無効にする *(void)* という趣旨の規定が保険契約にあることは珍しくない、(5) *The Star Sea* 事件貴族院判決において、 Hobhouse 判事は、遡及的な取消は契約締結後の最大善意の義務違反に対する救済方法として利用できないとは述べていな

要するに、詐欺的請求をしない義務違反を理由とする保険契約の取消に遡及効を認めるかどうかの判断において、詐欺を防ぐ効果と被保険者に対する過酷さをどう評価するかに重点がおかれているとみられる。

保険料の取り扱いについて、保険契約が将来に向けて取り消される場合、保険料は被保険者に返還されないことに問題はないであろう。問題は、保険契約が遡及的に取り消された場合である。1906年海上保険法84条は保険料の返還について規定している。1項は、保険料の支払に対する約因が全部消滅し、被保険者あるいはその代理人に詐欺または違法がなかった場合、保険料は被保険者に返還されるものとすると規定している。また、3項(a)は次のように規定している。保険契約が無効であるか、あるいは保険者によってリスクの開始の時から取り消された場合、被保険者に詐欺あるいは違法がなかったことを条件として、保険料は返還されるものとする。ただし、危険が不可分でありかつ一旦開始した場合、保険料は返還されないものとする。これらの規定によれば、被保険者側に詐欺があった場合、保険料は返還されない。詐欺的請求を理由に保険契約が遡及的に取り消されたとしても、保険料は被保険者に返還されないであろう。

第3節　損害賠償請求について

詐欺的請求をしない義務違反に基づく損害賠償請求を困難にする先例が存在する。詐欺的請求をしない義務を黙示的条項とした場合と、コモン・ロー上の義務とした場合とでは、損害賠償請求を困難にする先例が異なる。

詐欺的請求をしない義務を黙示的条項とした場合、前述の *London Assurance v Clare* 事件高等法院判決[184]が問題となる。本件において、保険者は、調査費用の請求に関して次のように主張した。契約には、被保険者は正直に保険金請求をしなければならず詐欺的請求をしてはならないという黙示的条項がある。それ故、詐欺的請求をしたことが判明したならば、保険者は、契約違反を理由

い、(6)遡及的な取消が詐欺的請求に対する救済方法として利用できなければ、契約締結前の無罪の不開示の救済方法が遡及的な取消であることとの均衡がとれないことをあげる（*Id.* at 255-262)。

[184] [1937] 57 Ll.L.Rep. 254.

に詐欺的請求に関する調査費用すべてについて損害賠償請求ができる。これに対し、Goddard 判事は、次のように判示して、詐欺的請求の調査費用に関する損害賠償請求を認めなかった。

「保険者は、保険金を支払うかどうかあるいは支払額を決定する前に、保険金請求につき調査しなければならない。その調査の流れの中で、保険者は請求は詐欺的であると決定するに十分な情報を得る。そして、それに基づいて保険者は責任を拒否し、被った費用等はおそらく訴訟費用の一部となる。しかし、(詐欺的請求の場合・・・筆者注) 保険者は、正直な請求がなされた場合に比べてどの程度悪い立場に置かれるのかを想像することは困難である。正直な請求であっても、やはり保険者はそれを調査しなければならない。しかし、それは別としても、損害は遠すぎて、契約違反を理由とする損害とはいえない」。

前述の詐欺的請求をしない義務を黙示的条項とする学説は、本判決について、遠さ (remoteness) と軽減 (mitigation) のような障害を克服すれば、詐欺的請求のケースにおいて損害賠償請求ができるとした[185]と解釈している。しかし、本判決があることから、保険者は契約違反を理由に調査費用について損害賠償請求はできないとする見解[186]もある。

詐欺的請求をしない義務の法的性質をコモン・ロー上の義務とした場合、最大善意の義務違反を理由とする損害賠償請求を認めなかった *Banque Keyser Ullmann S.A. v Skandia (U.K.) Insurance Co. Ltd* 事件控訴院判決[187]、および

---

[185] B.Soyer, *supra* note 25, at 51. 保険者が調査費用について損害賠償請求をしたケースで考えると、遠さとは、詐欺的請求をしてはならないという黙示的条項に違反したことと詐欺的請求の調査費用発生の因果関係が遠いことを意味するといえる。軽減は、損害の軽減 (mitigation of damages) を意味するといえる。すなわち、保険者が調査時に合理的な注意を払っていなかったならば、調査費用が嵩んだとしても拡大損害とされ損害賠償請求は認められ難いと解することができる。

[186] J.Birds & N.J.Hird, *supra* note 5, at 267, E.R.H.Ivamy, *supra* note 88, at 438.

[187] [1990] 1 Q.B. 665.

本判決をとり上げた文献として、石山卓磨「英国保険法における最高信義の義務」長濱洋一他編『現代保険法海商法の諸相』(成文堂、1990年) 535頁以下、梅津昭彦「英国保険者の最高信義義務－判例法の展開を中心として」東北学院

Bank of Nova Scotia v Hellenic Mutual War Risks Association Ltd. 事件控訴院判決[188]が問題となる。*Banque Keyser S.A.* 事件控訴院判決は、契約締結前の最大善意の義務について、*Bank of Nova Scotia* 事件控訴院判決は、契約締結後の最大善意の義務について、コモン・ロー上の義務とする。両判決とも最大善意の義務違反を理由に損害賠償請求が認められない理由として、次の点をあげる。第一に、重要な事実の不開示があった場合に救済を与える裁判所の権限はエクイティ裁判所で行使されていた裁判権に由来する。救済を与える裁判所の権限が同じ裁判権に由来する強迫および不当威圧はそれ自体損害賠償請求権を生じさせないから、不開示自体から損害賠償請求権が生ずるべきとする理由がない。第二に、保険者が保険契約の取消を求める場合、実際の保険者に対する不開示の影響ではなく、観念上の慎重な保険者に対する不開示の影響が問題となる。これを被保険者が保険契約の取消を求める際に適用すると、概念上の困難さが生じる。この困難さは、損害賠償請求を是認する際の概念上の困難さの一つである。第三に、1906年海上保険法から推測すると、議会は最大善意の義務違反が損害賠償請求権を発生させると考えていなかった。第四に、最大善意の契約において、知っている重要な事実を開示する義務は絶対的なものであり、義務違反がどのような特徴をもつかにかかわらず、すなわち、詐欺があるか、あるいは過失があるかにかかわらず、義務違反の効果は同じである。それ故、義務違反により損害が生じた場合に、あらゆるケースにおいて義務違反それ自体が不法行為を構成するとすることは、保険者および被保険者にとって過酷であろう。おそらく保険者よりも被保険者にとって過酷であろう[189]。なお、両判決とも詐欺的請求に関する判決ではない。

先に紹介した裁判所の裁量を条件として最大善意の義務違反に対する救済方法として遡及的な取消を認めると主張する説[190]は、最大善意の義務はコモン・ロー上の義務であるとしながら、その義務違反に基づく損害賠償請求は認めら

大学論集（法律学）37・38合併号35頁以下、小林道生「イギリス判例にみる保険者の開示義務」損害保険研究60巻３号167頁以下がある。

188 ［1990］1 Q.B. 818.

189 *Banque Keyser S.A.*, ［1990］1 Q.B. 665, at 780-781, *Bank of Nova Scotia*, ［1990］1 Q.B. 818, at 888.

190 P.M.Eggers, *supra* note 182.

れるべきとする。この説は、最大善意の義務の相互性から、被保険者のために損害賠償請求が認められるべきとする。すなわち、保険契約の遡及的な取消は保険者にだけ有利な救済方法であり、遡及的な取消が唯一利用できる救済であるとすると、被保険者にとっては本質的に救済なしとなる。このため、最大善意の義務違反に対する救済方法として、損害賠償請求を認めるべきである[191]とする。

なお、詐欺という不法行為があったとして損害賠償請求をすることも可能であろう[192]。

結びに代えて

詐欺的請求に関するコモン・ローは、過大請求に関する判決例により確立されてきたルールであり、被保険者に詐欺的請求を思いとどまらせるために、あるいは正直に述べる動機を与えるために、詐欺的請求をした被保険者は正直な請求部分についても保険金を取得することができないというルールであるといえる。そして、被保険者に正直に述べる動機を与えるために、詐欺的手段の利用の場合にも被保険者は保険金を一切取得できないという厳しい効果が認められるようになってきた。英国においては、詐欺的請求をしない義務違反の効果として当該詐欺的請求に関して保険者が免責されることについては、ほとんど異論がない。このことは、正義および健全な政策に合致しており、公序良俗上のルールといえる。*Galloway* 事件控訴院判決[193]において、Millett 判事は、不正直な保険金請求をすることが当たり前になりすぎたと指摘する。今日、裁判所が強制することを求められるルールは、幾分厳しいとはいえ、必要で有益なルールであり、周知されるべきものである[194]とする。ただし、どのような請求に詐欺的請求に関するコモン・ローが適用されるのかについては明確になっていない点もある。

保険金請求者は、容易に、詐欺的請求をしない義務を遵守できるであろう。

---

191 *Id.* at 273-277.

192 M.A.Clarke, *supra* note 5, at 865.

193 [1999] Lloyd's Rep. I.R. 209.

194 *Id.* at 214.

保険金請求者は、故意に虚偽の表示をしなければよいのである。日本法において詐欺的請求をしない義務を認めたとしても、善良な保険金請求者の負担になることはないであろう。他方、詐欺的請求をしない義務違反を立証することは、故意の事故招致を立証するよりも容易な場合があろう。このことは、善良な保険契約者の保険料負担を軽くすることにつながる。また、詐欺的請求をしない義務は、不実申告免責規定、あるいは特別解約権における重大事由としての保険金請求時の詐欺についての解釈の基準になると考えられる。日本法においても詐欺的請求をしない義務を認めるように検討されてよいと考える。

研究ノート

〈法のクレオール〉と主体的法形成の研究へのアプローチ（２）

目　次

司法を通しての法形成と法文化の地平の融合・覚書
今井弘道
憲法裁判におけるトランスナショナルなソースの参照をめぐって
――現代アメリカ法思考の開放性と閉鎖性――
會澤　恒

憲法裁判におけるトランスナショナルなソースの参照をめぐって

――現代アメリカ法思考の開放性と閉鎖性――

會澤　恒

Ⅰ．はじめに

21世紀に入ってから、アメリカ合衆国最高裁判所が、国内問題に関する憲法判断にあたって、海外の法実行や国際的な法源へと言及したことが彼の地で注目を集めた。そしてこれを契機として、このような参照が許されるか、許されるとすればその条件は何かが論争となっている。本稿はアメリカの裁判所内外におけるこの議論の一端を紹介するものである。

ここで、本稿の紹介する議論の対象を確認しておく。

まず、本稿で取り扱うのは国内事件における国内的論点をめぐる憲法裁判である。論者によっては国内的問題と国際的問題との連続性が強調される場合もある[1]

[1] *See, e.g.*, Harold Hongju Koh, *International Law as Part of our Law*, 98 Am. J.

が、本稿では差し当たり両者を区別して、国際的なアスペクトを含む裁判については考察の範囲から外し[2]、専ら国内的な問題に関する憲法判断に検討対象を限定する。

「法源」の概念を広くとれば、本稿で取り扱う問題も法源論の一部ということとなろう。しかし、Ⅲ.Ａで見るように、賛成／容認論者も、参照されている国外の法実行・法的言明に裁判所は拘束されていないことを前提としている。論争の争点は、それでもなお、外国法や国際法を検討の材料として用いてよいかということである。参照対象が法的拘束力を持つものではないということを確認するため、本稿では「法源」と呼ぶことを避け、より中立的に「ソース」[3]、「典拠」、「参照（の対象）」などと呼ぶこととする。

また、参照の対象についてであるが、「国際的 international な」法的言明と言っても、本稿で取り扱う論争においては、①条約に代表される、狭義の国際（公）法（international (public) law）上の規範に必ずしも限定されない[4]。②外国の立法例や裁判所による（それぞれの国内問題に関する）裁判例その他の法実行に対しても言及がなされることがある。すなわち、アメリカ合衆国との関係において「国内的 domestic」であると言いうるものではない、そうした意味でアメリカの“外部”に属するあらゆる法的ソースの参照が問題となっており、①②両者の間に取り扱いの差異を設けようという態度はあまり見られない。ただし、②のみについて特に明示的に議論する場合には「外国の foreign」ソースあるいは「比較法上の comparative」ソースなどと言われることがある。また、①狭義の国際法との混同を避け、①②両者を包含することを明示する場合には、「トランスナショナル transnational な」という語が使われることもある[5]。本稿においては、「国際的」という語は①狭義の国際法上の対象に限定せず、②（アメリカから見て）外国の（それぞれの国内問題に関する）ソースも含む広い語

Int'l L. 43 (2004).

[2] *Cf.* Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507, 520-521 (2004) ; Sarah H. Cleveland, *Our International Constitution*, 31 Yale J. Int'l L. 1, 6-7 (2006).

[3] もっとも、英語で“source of law”とはまさしく「法源」を意味するが。

[4] しかも、条約のようないわゆるハード・ローに必ずしも限定されず、いわゆるソフトー・ローも含まれる。

[5] “Transjudicialism”という（造）語もある。*See, e.g.,* American Justice for Americans [sic] Citizens Act, *infra* note 111, 2005 H.R. 1658 §2(5)-(7).

として取り扱う。①狭義の国際法が特に問題となる場合にはその旨明示する。文脈によっては誤解を避けるために①②の両者を包含するという広い意味で「トランスナショナルな」という語を使用することがある。

以下、第Ⅱ節ではトランスナショナルなソースを参照した近時の代表的な裁判例を紹介する。第Ⅲ節は論争における争点を概観する。第Ⅳ節はこの論争のさらなる検討から得られるべき示唆について触れる。

Ⅱ．裁判例

アメリカにおける法律問題をめぐる論争がしばしばそうであるように、本稿の主題である国際的なソースをめぐる論争もまた、裁判所――ここでは連邦最高裁――の具体的な判決を契機としてなされている。本節では、連邦最高裁が国際的なソースを参照し、それについて議論をしている、そしてそれ故に論争の焦点となっている近時の主要な判決を紹介する。

A． Lawrence v. Texas 判決[6]

2003年のLawrence v. Texas判決は、本格的な論争の引き金を引いた判決である。テキサス州法は「人が、同性の他者と倒錯した性交渉に従事」することを犯罪として刑事的に禁止していた[7]。別件の通報に基づいてLawrence（男性）の住居に踏み込んだカウンティ警察の警察官は、同人とGarner（男性）とが性的行為に及んでいることを発見した。両名は成人であり、一方の住居という私的空間における、同意に基づく行為であった。逮捕され、一晩拘禁され、治安判事の下で有罪判決を受けたため、両名は合衆国憲法修正14条のデュー・プロセス条項[8]の

---

[6] 539 U.S. 558(2003). 日本語での紹介・検討として、根本猛「実体的適正手続の新たな射程――いわゆるソドミー法をめぐって――Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558(2003)」静岡大学法政研究9巻4号184頁（2005年）、篠原光児「ソドミー法と同性愛者の権利 Lawrence v. Texas, 539 U.S. _, 123 S.Ct. 2472(2003)」アメリカ法2004-1号69頁、藤井樹也「ソドミー行為を禁止する州法が違憲とされた事例――Lawrence v. Texas, _U.S. _, 123 S.Ct. 2742(2003)」ジュリスト1255号142頁（2003年）参照。

[7] Tex. Penal Code Ann. §21.06(a)(2003).

[8] U.S. Const. amend. XIV, §1（「…州は、何ぴとからも、法の適正な過程によら

違反等を主張した。

同様の論点については、1986年の Bowers v. Hardwick 判決[9]が合憲判断を下していた。Lawrence 判決の法廷意見は Bowers 判決を明示的に覆し、違憲判断をしている。[10]

ａ．法廷意見（Kennedy 執筆）

法廷意見はそれまでの判例法を概観した[11]上で、Bowers 判決を検討する。同判決はそもそも問題を不適切に定式化したとし、同判決の依拠した、同性愛行為の禁止に関する歴史理解は誇張されており疑問の余地があると主張する。[12]

さらに、Bowers 判決における Burger 同意意見が西洋文明の歴史とユダヤ－キリスト的道徳・倫理基準に言及していることに対して、この問題にとって特に関連性の深いのは最近半世紀の法と伝統のはずであるが、そこでは、成人の私的領域における性の問題に関する決定について、実体的な保護が与えられてきている、と批判する。そして、このことに関する（Bowers 判決時点における）アメリカ国内における具体的な動きが摘示される[13]。[14]

さて、本稿の主題との関係では、この批判の延長として、Bowers 判決の Burger 同意意見では近時のヨーロッパの動きが念頭に置かれていない、と指摘されている。すなわち、まず、イギリスにおいて、1963年に同性愛行為を処

ずに、その生命、自由または財産を奪ってはならない。[N]or shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law…」). 以下、合衆国憲法の訳は全て田中英夫編集代表『BASIC 英米法辞典』（東大出版、1993年）による。

9 478 U.S. 186 (1986).

10 ここで紹介する法廷意見、Scalia 反対意見のほか、O'Connor がもっぱら平等保護条項に依拠する結果同意意見（539 U.S. at 579）を、Scalia 反対意見にも参加する Thomas が、本件で問題となった立法は愚かなものだとしつつ、それを覆す憲法上の根拠がないとする反対意見（*id.* at 605）を著している。

11 *Id.* at 564-566.

12 *Id.* at 566-571.

13 ALI, Model Penal Code §213.2, Comment 2, p 372 (1980) 及びこれに従ったイリノイ州他の動きを指摘する Cato Institute のアミカス・ブリーフに言及する。539 U.S. at 572.

14 *Id.* at 571-573.

罰する法の廃止が議会に対して提言され、10年後に実際に廃止されたことを挙げる[15]。さらに、同意に基づく同性愛行為を禁止する法は欧州人権条約の下で無効であると判断した、Bowers 判決より５年前の欧州人権裁判所の判断を摘示し、この判断は欧州評議会構成国（当時で21カ国、判決時で45カ国）において拘束力を持つ以上、Burger の見解は不適切だとする[16]。

さらに法廷意見は、アメリカ国内における州・連邦双方における動きを指摘して、Bowers 判決の判断の不適切さを強調している[17]。加えて、本件の州法がもたらすスティグマ効果も大きいことも指摘される[18]。

その上で再び、欧州人権裁判所のその後の判決[19]及び国際的人権擁護団体が共同で提出したアミカス・ブリーフ[20]に言及する形で間接的に諸外国の状況を

---

[15] *Id.* at 572-573（citing The Wolfenden Report: Report of the Committee on Homosexual Offenses and Prostitution（1963）and Sexual Offences Act 1967, §1）.

[16] 539 U.S. at 573（citing Dudgeon v United Kingdom, 45 Eur. Ct. H. R.（1981）P 52）. Kennedy は判決言い渡しの際、欧州人権裁判所の判例に対して合衆国裁判所が言及することの重要性を強調したとされる。Cleveland, *supra* note 2, at 2, n.2.

[17] Bowers 判決で問題となったような法を持つ州が減少し、存置している州においてもあまり執行されないこと、Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey 判決（505 U.S. 833（1992））におけるデュー・プロセス条項の下での実体的自由の保護の確認、Romer v. Evans 判決（517 U.S. 620（1996））における平等保護条項の下での性的志向に基づく差別立法の規制、学説による批判や州憲法解釈に当たって州裁判所がなした判断、といった諸点が挙げられている。539 U.S. at 573-575，576.

[18] *Id.* at 575-576.

[19] P. G. & J. H. v United Kingdom, App. No. 00044787/98, P 56（Eur. Ct. H. R.，Sept. 25, 2001）; Modinos v Cyprus, 259 Eur. Ct. H. R.（1993）; Norris v Ireland, 142 Eur. Ct. H. R.（1988）.

[20] Brief for Mary Robinson et al. as *Amici Curiae* in Support of Petitioners, Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558（2003）（No. 02-102），2003 WL 164151（on file with author）. 筆頭アミカスの Mary Robinson は前国連人権高等弁務官、さらにアムネスティ・インターナショナル、ヒューマン・ライツ・ウォッチなどが参加している。*Id.* at 1.

参照して、Bowers 判決の判断は外国でも従われていないと指摘している[21]。その上で、

> 他の多くの国々で、本件において申立人〔筆者注：被告人〕の求める権利は人間の自由の不可欠の部分として受容されつつある。我が国において、個人の選択の制約についての政府の利益が、いくらかなりともヨリ正当ないし緊急であるとの主張はない。[22]

と述べる。

以上の検討の後、本判決の事案の範囲に判断の射程を限定した上で、明示的に Bowers 判決を覆している[23]。

法廷意見の最後は、次の判示によって締めくくられている。

> もし第５修正や第14修正の各デュー・プロセス条項を描き、承認した人々が、多方面にわたる自由の構成要素について知悉していたとすれば、それらはヨリ特定的であったであろう。〔だが、〕彼らはこうした洞察を持っていると仮定はしなかった。むしろ、時代〔の制約〕が一定の真理を見えなくさせることがあり、一時は必要かつ適切であると考えられていた法が実は抑圧にのみ資すると、後の世代が気付くことがあることを、彼らは理解していた。憲法が生き続けるにあたって（As the Constitution endures）、全ての世代の人々は、自らのヨリ大いなる自由の追求に際して、憲法の原理を援用することができる。[24]

破棄、差し戻し。

b．Scalia 反対意見[25]

Scalia は、法廷意見が先例拘束性原理の適用において一貫しておらず不適切

---

[21] 539 U.S. at 576-577.

[22] *Id.* at 577.

[23] *Id.* at 578.

[24] *Id.* at 578-579.

[25] *Id.* at 586（Scalia, J., dissenting）. Rehnquist、 Thomas 同調。

な判例変更をしていると――いささか八つ当たり気味にCasey判決を引き合いに出して――批判した[26]後、同性愛行為をなす権利というものは「〔アメリカの〕伝統と歴史に深く根ざした」ものではなく、Bowers判決当時の実体的デュー・プロセスをめぐる法状態からするとBowers判決は誤っていない、と主張する[27]。その文脈で、法廷意見が最近の動きに依拠していることに対し、次のように反駁している：

> 一定の行為についていくつかの州が刑事制裁を軽減ないし廃止したからといって、憲法上の権利（Constitutional entitlements）が発生するものではない。ましてや、外国（foreign nations）がある行為を非犯罪化したからといって、〔権利が〕生起するというようなことは――法廷意見はそのように信じているようであるが――ない。Bowers判決の多数意見は「我々がヨリ広い文明と共有する価値」には決して依拠しておらず、むしろ、同性愛行為の権利というものは「この国の歴史と伝統に深く根付いて」はいないという根拠に基づいて、そうした権利を認めなかったのである。Bowers判決の合理性基準に基づく判示も同様に、「ヨリ広い文明」の諸見解へのいかなる依拠をも有していない。従って、こうした外国の見解についての法廷意見の議論（〔そこでは〕もちろん、ソドミーの刑事的禁止を維持してきている多くの国々を無視している）は無意味な傍論である。だが、危険な傍論である。と言うのも、「この裁判所は、外国のムードや流行やファッションを、アメリカ人に対して押し付けるべきではない」からである。[28]

さらに、本件で問題となっている立法の目的を正当なものと認めないことはあらゆる道徳立法を認めないことになること[29]、法廷意見のような判断は司法部が文化戦争（culture war）に（しかも必ずしも「メインストリーム」では

---

[26] *Id.* at 586-592.
[27] *Id.* at 592-598.
[28] *Id.* at 598 (internal citations omitted).
[29] *Id.* at 599.

ない側で）介入することになること[30] [31]もまた、主張されている。

Ｂ．死刑

合衆国憲法修正８条は「過大な額の保釈金を要求し、または過重な罰金を科してはならない。また残酷で異常な刑罰を科してはならない。」[32]と規定するが、果たして死刑は「残酷で異常な刑罰」に当たるのか。この問いに対して、1976年の Gregg v. Georgia 判決[33]は、死刑それ自体は合憲であることを確認した。しかし、同日に下された今一つの判決がノース・カロライナ州の死刑制度を違憲とした[34]ように、如何なる死刑制度／死刑宣告であれば「残酷で異常な刑罰」に当たらず合憲となるのかという問題群は、むしろ Gregg 判決によって発生したと言える。

その後の判例においては死刑を科す手続に焦点が当たる事例が多いが、死刑を科す対象についても連邦憲法上の実体的な制約が課されることがある[35]。さらに、「対象」と言う場合、死刑を科しうる犯罪行為が問題となることもあるが[36]、近時、死刑を科しうる被告人の範囲を実体的に制約する判決が続き、しかもその中で国際的なソースに言及されている。そのうちの代表的なものを以下で紹介する。

---

[30] *Id.* at 602-605.

[31] この点については、志田陽子『文化戦争と憲法理論：アイデンティティの相剋と模索』（法律文化社、2006年）参照。

[32] U.S. CONST. amend. Ⅷ(“Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted”).

[33] 428 U.S. 153(1976). 差し当たり、金原恭子「Gregg v. Georgia 死刑の合憲性」藤倉皓一郎他編『英米判例百選』（第三版、有斐閣、1996年）118頁参照。

[34] Woodson v. North Carolina, 428 U.S. 280(1976).

[35] 2000年頃までの状況について、岩田太「合衆国における刑事陪審の現代的役割（三、四）――死刑陪審の量刑裁量をめぐって」法協119巻１号１頁、３号450頁（2002年）参照。判例の概観として、小早川義則『デュー・プロセスと合衆国最高裁Ⅰ――残虐で異常な刑罰、公平な陪審裁判――』（成文堂、2006年）、特に25～29頁、115～194頁参照。

[36] *See, e.g.*, Enmund v. Florida, 458 U.S. 782(1982) ; Coker v. Georgia, 433 U.S. 584(1977).

1．Atkins v. Virginia 判決[37]

Lawrence 判決と時期は前後するが、2002年の Atkins 判決は、犯罪行為をなした精神遅滞（知的障害）者（people mentally retarded）[38]に対して死刑を科すことを、違憲と判断した。

この問題に関しては、1989年の Penry v. Lynaugh 判決[39]が合憲判断を下していた。しかし本件は、とりわけ Penry 判決以降の各州政府の対応に着目し、状況が変化したとして、第８修正関連事件で審査の指針とされている「成熟しつつある社会の進歩を示す、品位の発展的な基準 evolving standard of decency that mark the progress of a maturing society」[40]の適用として、違憲判断に転じたものである。

a．法廷意見（Stevens 執筆）

法廷意見がまず着目するのが、Penry 判決以降の各州政府の動向である。Penry 判決に前後する状況を瞥見した後、Penry 判決の後に十数州が、精神遅滞者に対する死刑の執行を禁ずる立法を行ったり、中断されていた死刑を復活する際に精神遅滞者を除外したりした事実を挙げる。しかも、単なるその数よりは、変化の方向性が精神遅滞者に死刑を科さない方向で一貫していることを重視している。さらに、こうした立法が各州立法部の圧倒的多数に支持されたこと、新規の立法がなされていない州の中には数十年にわたって死刑が執行されていないことからそもそも新規立法の必要性の乏しい州もあること、それ以外の州でも Penry 判決以降実際に精神遅滞者に対して死刑が執行されたのは５件に過ぎないこと、を指摘する。こうした点を踏まえて、犯罪行為を行った精神遅滞者は一般の犯罪者よりもカテゴリカルに有責性が低く、精神遅滞者に

---

37 536 U.S. 304 (2002). 日本語での紹介として、岩田太「精神遅滞者に対する死刑の合憲性――合衆国における死刑制度の揺れ（Atkins v. Virginia, 122 S. Ct. 2242, 70 U.S.L.W. 4548 (2002)）」ジュリスト1237号233頁（2003年）参照。

38 現在の法令用語では、英語の“mental retardation”に相当する用語は「知的障害」であるが（例えば、知的障害者福祉法・昭和35年法律第37号参照）、本稿では原語の表現に近づける意味で「精神遅滞」と訳出する。

39 492 U.S. 302 (1989).

40 Trop v. Dulles 判決 (356 U.S. 86, 101 (1958)) で打ち出されて以来、裁判所はこの基準を参照している。

対する死刑執行は真に unusual であり、それに反対する国民的コンセンサス（national consensus）が発展してきた、と評価される。[41]

さて、本稿の主題との関係では、この部分に付された注21で、各州の動向以外の要素に追加的に言及する中で、国際的な状況も挙げられている。

> さらなる証拠によると、かかる立法判断はヨリ広い社会的及び専門家間のコンセンサスを反映したものであることが明らかになる。〔ここで専門家による指摘に言及し、アメリカ心理学会のアミカス・ブリーフ等を引用している。続けて宗教界の見解に言及し、合衆国カトリック協議会他のアミカス・ブリーフを引用している。〕さらに、国際社会（world community）においては、精神遅滞者によってなされた犯罪に対して死刑を科すことは、圧倒的に非とされている。 Brief for The European Union as *Amicus Curiae* in *McCarver v. North Carolina*, O. T. 2001, No. 00-8727, p. 4. 最後に、世論調査によれば、精神遅滞者を処刑することが不正であるとのコンセンサスが、たとえ死刑を支持する者であっても、アメリカ人の間に幅広く存することが示されている。 R. Bonner & S. Rimer, Executing the Mentally Retarded Even as Laws Begin to Shift, N. Y. Times, Aug. 7, 2000, p. A1; App. B to Brief for AAMR as *Amicus Curiae* in *McCarver v. North Carolina*, O. T. 2001, No. 00-8727... これらの要素は決して決定的なものではないが、これらが立法に関する証拠と一貫していることは、この論点に取り組んできた人々の間でコンセンサスが存在するという当裁判所の結論に、さらなるサポートを提供している。 See *Thompson v. Oklahoma*, 487 U.S. 815, 830, 831, 101 L. Ed. 2d 702, 108 S. Ct. 2687, n.31 (1988) (「尊重に足る専門家の団体、英米の伝統を共有する他の国々、西欧のコミュニティの主要なメンバー」の見解について検討)[42]。[43]

さらに、死刑に関する最高裁の判例法も、精神遅滞者に対してはカテゴリカ

---

41 536 U.S. at 313-316.

42 *Infra* note 58

43 536 U.S. at 316, n.21.

ルに死刑を科すべきではないとする立法部の判断と一貫した、２つの理由を提供しているとする。すなわち第一に、精神遅滞者に対する死刑執行は、応報と抑止というその目的に資するところはないから無目的かつ不必要な苦痛を与えるものとして違憲の刑罰となる、と評価する。第二に、精神遅滞の結果として、刑事司法手続における手続保障が不十分になる虞があることが指摘される。[44]

こうした検討を経て、法廷意見は、精神遅滞者に対する死刑という刑罰は過剰なものであり、精神遅滞者の生命を剥奪するという州の権能に対して連邦憲法は実体的な制約を課している、と結論している。[45]

b． Rehnquist 反対意見[46]

Rehnquist は、法廷意見による各州立法の評価を批判するとともに、前述のように外国法・専門家団体・宗教団体・世論調査に法廷意見が依拠していることを欠陥だとして、独自に反対意見を著している。そうしたソースが憲法問題に対して関連性を有するとの前提には先例上根拠がほとんどないし、連邦制の考慮からすると、現代におけるアメリカの品位の基準の判断にあたっては立法と陪審による法適用のみが判断材料とされるべきだ、とする。

> …それぞれの市民に対する刑罰についての他の国々の見解が、いかに当裁判所の究極的な判断に対してサポートを提供するのか、私には理解できない。品位の発展的な基準に関する結論を補強するために、当裁判所の先例の中には「国際的な意見の状況」を参照したものがあるのは事実だが、その後当裁判所は、第８修正法理における第一の必要条件である、当該実務が我らが人民によって受容されていることの立証に、他国の量刑実務が資することがある、という考えを明示的に否定した。*Stanford*, 492 U.S. at 369, n. 1（アメリカ（人）の／アメリカ的な品位の概念 *American* conception of decency が決定的であることを強調）[47]。

---

[44] *Id.* at 317-321.

[45] *Id.* at 321.

[46] *Id.* at 321 (Rehnquist, C.J., dissenting). Scalia、 Thomas 同調。

[47] *Infra* note 59.

> Stanford 判決の理由付けは適切であり、法廷意見はこれを疑問視するいかなる根拠も提示していない。当裁判所が探究しているのは国民的コンセンサスの証拠であるのだから、他の国々の視点といったものは端的に関連性を有しない。〔実際にそうしたものに言及している〕Thompson、Enmund[48]、Coker[49]、Trop といった諸判決も反対のことを示唆するものではない。Thompson、Enmund、Coker 各判決は、他国の量刑選択が密接な関連があるとするための典拠として、Trop 判決の相対多数意見における国際法のむき出しの引用に依拠する。しかし、Trop 判決の相対多数意見――当裁判所の少数の見解しか示さないものである――は自らの参照について何らの説明を提供していない。そして、そうした議論は Stanford 判決において確実に拒絶された以上、この見解を復活させる理由はない。[50]

さらに、世論調査や専門家団体・宗教団体の見解は立法部が採用しなければ無関係だし、仮に参照しうるとしても、世論調査が適切に行われたかの情報はない、ともしている。[51]

c． Scalia 反対意見[52]

Scalia による反対意見は、法廷意見が各州の動向から「国民的コンセンサス」を導いている議論に対して詳細な批判を加えた[53]上で、その部分の最後に次のような皮肉に満ちた判示を付け加えている。

> だが、「国民的コンセンサス」をでっち上げている法廷意見のこの上なく内容の乏しい努力については、（相応しくも脚注へと格下げされているが、）詰め合わせられた専門家団体・宗教団体、いわゆる「国

---

48 *Supra* note 36.

49 *Supra* note 36.

50 *Id*. at 324-325 (internal citations omitted except *Stanford*) (emphasis in original).

51 *Id.* at 325-328.

52 *Id.* at 337 (Scalia, J., dissenting). Rehnquist、Thomas 同調。

53 *Id.* at 341-347.

> 際社会」そして世論調査への回答者の諸見解が表彰されねばなるまい。専門家団体・宗教団体の見解や世論調査の結果が関連性を持たないという〔Rehnquist〕の意見に、私も同意する。同様に関連性を持たないのは、「国際社会」――そこでの正義の観念は（幸いにも）我が国民のものと同じであるとは限らない――の実務である。「当裁判所が解釈しようとしているのは、アメリカ合衆国憲法（a Constitution for the United States of America）であることを、我々は決して忘れてはならない…我ら自身の人民の間にまずは確立したコンセンサスがない場合には、他の国々（other nations）の見解は、どれほど啓蒙的であるとこの裁判所の裁判官が考えたとしても、憲法を通じてアメリカ人に押し付けられることがあってはならない。」[54]

さらに、法廷意見が精神遅滞者に対して死刑を加えるべきでないとする規範的検討についても反論を加えている[55]。

2． Roper v. Simmons 判決[56]

2005年の Roper v. Simmons 判決も、死刑の対象となる被告人のカテゴリをめぐる事件である。 Penry 判決[57]に先立つ1988年の Thompson v. Oklahoma 判

---

[54] *Id.* at 347-48, quoting *Thompson, infra* note 58, 487 U.S. 815 at 868-869, n.4 (Scalia, J., dissenting).

[55] 536 U.S. at 348-352.

[56] 543 U.S. 551(2005). 日本語での紹介・検討として、杉本一敏「少年に対する死刑と合衆国憲法修正８条の『残虐で異常な刑罰』の禁止――Roper v. Simmons, 543 U.S. 551(2005)――」比較法学40巻３号152頁（2007年）、勝田卓也「18歳未満の少年を死刑に処することが第８修正に違反するとした米国最高裁判決――Roper v. Simmons, 543 U.S. 551(2005)」大阪市大法学雑誌52巻４号824頁（2006年）、岩田太「Roper v. Simmon, 543 U.S. 551, 125 S.Ct. 1183(2005)――従来の判例を覆し、17歳以下の少年に対する死刑が合衆国憲法第８修正の禁止する『残酷かつ異常な』刑罰にあたるとした事例」アメリカ法2005-2号368頁、門田成人「『進展する品位の水準』原理と修正第８条（１～未完）――Roper v. Simmons 事件判決をめぐって――」神戸学院法学35巻３号631頁（2005年）参照。

[57] *Supra* note 39.

決[58]は犯行時に15歳以下であった被告人に対する死刑を「残酷で異常な刑罰」であるとして違憲としたが、翌年の Penry 判決と同日の Stanford v. Kentucky 判決[59]は犯行時16歳・17歳の被告人に対する死刑については合憲と判断した。ところが、Penry 判決が Atkins 判決によって実質的に覆されたと言える状態になったため、それとパラレルな Stanford 判決の主題である15歳を超える少年について、改めて問題となったのが本件である。[60]

トランスナショナルなソースの参照についても、議論の進展を受けて、各裁判官ともページを費やしてがっぷり四つに組んだ詳細な意見を公表している。

ａ．法廷意見（Kennedy 執筆）

法廷意見は Atkins 判決とパラレルな構成を採る。すなわち、まずは Stanford 判決以来の各州の動向を検討し、Atkins 判決における精神遅滞者の場合と同様に、少年犯罪者に対する死刑を制限する動きを指摘する。精神遅滞者の場合と異なり、その制限のペースは相対的に緩慢だが、重要なのは変化の方向の一貫性であるとしてこの点に重要性を認めない。[61]

この部分に関連して、国際人権規約に触れられている。批准に際してアメリカ合衆国政府が、少年犯罪者に対する死刑を禁ずる第６条５号[62]に留保を付した点を州政府側は指摘して、少年犯罪者の死刑に反対する国民的コンセンサスは存在しないと主張した。しかし法廷意見は、留保が通過した後に５州が少年犯罪者に対する死刑を廃止した事実及び連邦議会自身が1994年連邦死刑法で少

---

58 487 U.S. 815(1988).

59 492 U.S. 361(1989).

60 なお、ここで問題になっている死刑は英語では“juvenile death penalty”などと表現されるが、これは、本文でも述べたように、犯行時に（例えば）17歳の少年であった被告人に対して死刑を科しうるかという問いである。すなわち、公判時ないし執行時には既に成年に達している場合もあるが――むしろそれが通常であろうが――本件も Stanford 事件もそのような事案である――、本稿では便宜上「少年犯罪者／未成年犯罪者に対する死刑（執行）」と言う。

61 543 U.S. at 564-567.

62 「死刑は、十八歳未満の者が行った犯罪について科してはならず、また、妊娠中の女子に対して執行してはならない。」以下、条約の訳は全て外務省公定訳による。

年犯罪者に対しては死刑を科さないとした事実を捉えて、州側のこの主張は最低限の意味しかないとする。

引き続いて法廷意見は、成熟性の欠如と責任感の未発達、周囲からの影響の受け易さ、人格の可塑性といった少年の特徴を指摘して、少年を最悪の犯罪者と分類する如何なる結論も疑わしいものになるとする。少年犯罪者の有責性が限定されたものであることから、応報と抑止という刑罰の正当化根拠は成人と同様には適用できず、第８修正の下で、18歳という線を引いて、それを下回る少年犯罪者に対する死刑が禁止されていると結論する。[63]

さて、本稿の主題との関連では、法廷意見は以下のように検討を続ける。

> 18歳未満の犯罪者に対する制裁として、死刑は不相応であるとの当裁判所の結論については、世界の中でアメリカ合衆国が、少年に対する死刑に対して公的な是認を与え続けている唯一の国であるという、際立った現実の中に確証を見出すことができる。第８修正を解釈するという任務は当裁判所の責任であり続ける以上、この現実によってコントロールされるということはない。だが、遅くとも当裁判所の Trop 判決[64]の時期以降、「残酷で異常な刑罰」を禁ずる第８修正の解釈にとって指針を与える（instructive）ものとして、当裁判所は外国の法や国際的な典拠に言及してきた。[65]

その上で Atkins 判決その他の第８修正関連の判決を引用する[66]とともに、児童の権利に関する条約37条[67]等の国際的な合意について検討している[68]。（児

---

[63] 543 U.S. at 569-575.

[64] *Supra* note 40.

[65] 543 U.S. at 575.

[66] *Id.* at 575-576（citing *Atkins*, *supra* note 37, *Thompson*, *supra* note 58, *Enmund*, *supra* note 36, *Coker*, *supra* note 36）.

[67] 「締約国は、次のことを確保する。(a)いかなる児童も、拷問又は他の残虐な、非人道的な若しくは品位を傷つける取扱い若しくは刑罰を受けないこと。死刑又は釈放の可能性がない終身刑は、十八歳未満の者が行った犯罪について科さないこと。〔後略〕」

[68] 543 U.S. at 576.

童の権利に関する条約は、アメリカとソマリア以外の全ての国が批准していることも指摘されている。）引き続いて、近年、未成年者に対して死刑を執行した国々――しばしばアメリカが人権状況について批判している国々であるのが示唆的である――を挙げる。

> 1990年以降、アメリカ合衆国以外で未成年者に対して死刑を執行したのは、イラン、パキスタン、サウジアラビア、イエメン、ナイジェリア、コンゴ民主共和国、中国の７カ国のみである。それ以降、これら各国も、未成年者に対する死刑を廃止したり、そうした実務を公式に否認してきている。要するに、今や合衆国は、未成年者に対する死刑に反対してきた世界において孤立しているのである。[69]

次に法廷意見が「歴史的な関係及び第８修正それ自体の起源に照らして特に関連性を有する」[70]として参照するのは、イギリスの経験である。現在においてはイギリスでも死刑は完全に廃止されているが、少年犯罪者に対する死刑についてはそれより数十年前に廃止されていた。このことを捉えて、未成年者に対する死刑は特別なものとの観念があったと指摘する。[71]

以上を踏まえて、法廷意見は国際的なソースを参照する部分を次のように締めくくる。

> …少年犯罪者に対する死刑に反対する国際的見解は圧倒的であると、当裁判所が認めることも適当であろう。国際社会の見解は、当裁判所の帰結をコントロールするものではないが、当裁判所自身の結論に対して、尊重に足る、重要な確証を提供する。
>
> 代々にわたって、合衆国憲法は、アメリカの人々の高い尊敬と…崇拝すら獲得するようになった。この文書は、連邦制…といった、アメリカの経験に独自の、革新的な原則を規定し、またそれらに基づいている。こうした原理と権利保障はアメリカ的経験の中核であり、我々の

---

69 *Id.* at 577.

70 *Id.* at 577.

71 *Id.* at 577-578.

> 現在における自己規定と国民的（国家的 national）アイデンティティにとって本質的なものである。そうだとすれば、それが我ら自身のものと認識しているということは、我々が合衆国憲法を誇りに思う最低限の理由とはならない。他の国々や人々による一定の基本的権利の明示的な肯定が、我々自身の自由の伝統の枠内において同一の権利の中核性を端的に強調するということを認めることが、合衆国憲法に対する我々の忠誠やその起源に対する誇りを減ずるものではない。[72]

そして、Simmons に対する死刑を退けたミズーリ最高裁の判断を支持した。

b． Stevens 同意意見[73]

Stevens が 1 段落のみの短い同意意見を付している。本稿の主題である外国法の参照について直接に言及するものではないが、その背後にある解釈態度を明らかにしている。すなわち、仮に第 8 修正の意味が条項の採択時に固定されるものであるとすれば、7 歳の子どもの死刑をも全く妨げるものではない。しかし、第 8 修正の解釈指針である「品位の発展的な基準」は今やそのような読み方を許さない。

> コモンローの伝統においては、発展（進化 evolution）のペースは議論に開かれた問題である。しかし、合衆国憲法の理解が時とともに変化していくということは、John Marshall がそのテクストに息を吹き込んで以来、確立している。例えば Alexander Hamilton といった当時の偉大な法律家が今日、我々とともに裁判に当たったとすれば、Kennedy 裁判官の法廷意見に同調したであろう。[74]

c． O'Connor 反対意見[75]

O'Connor は、近時の各州の動向は国民的コンセンサスの存在の証拠として

---

[72] *Id.* at 578.

[73] *Id.* at 587 (Stevens, J., concurring). Ginsburg 同調。

[74] *Ibid.*

[75] *Id.* at 587 (O'Connor, J., dissenting).

は不十分であるとする。O'Connor によればかかる事情は Atkins 判決でも同様であったが、それとは独立の、罪刑均衡についての道徳的議論が同判決では決定的だったとする[76]。本件では同様の道徳的議論はできないが故に、少年犯罪者に対する死刑が第８修正上、禁止されているとはいえないと判断している[77]。

O'Connor は、国際的なソースの利用について、興味深い判示をしている。彼女も、アメリカ以外の国が18歳未満の被告人に対して死刑を科していることがほとんどないことは「疑問の余地がない」[78]と認める。だが、

> 未成年者に対する死刑に反対する真の国民的コンセンサスは未だ形成されていないと信ずるが故に、そして法廷意見の道徳的均衡性に関する議論が、年齢に基づくカテゴリカルな憲法的ルールを正当化するとは信じないが故に、法廷意見の言うところの国際的コンセンサスに対して、結論を確証する役割を与えることはできない。要するに、国際的コンセンサス（an international consensus）の証拠は、現在において第８修正はあらゆる事件における17歳の殺人者に対する死刑を禁止してはいない、という私の結論を左右するものではない。
>
> それにもかかわらず、当裁判所の第８修正関連法理に外国法や国際法の占める場所はない、との Scalia 裁判官の主張に、私は同意しない。半世紀近くにわたって、最高裁は、品位の発展的な基準の評価に関連性のあるものとして、外国法や国際法を一貫して参照してきた。…当裁判所がずっと判示してきたように、第８修正はその意味を文明社会の成熟しつつある価値から直接に引き出してきているという、同条の独特の性質が、かかる審査には反映されている。明らかにアメリカ法は多くの点について特色あるものである。これは合衆国憲法の特定の条項やその解釈の歴史がそのように指示する場合に限らない。だが、人間の尊厳に関するこの国の発展しつつある理解は、間違いなく、他の国々において有力な価値から完全に断絶してはいないし、それらと本質的に合致しないということもない。むしろ逆に、国内における価

[76] *Id.* at 590-593.

[77] *Id.* at 593-604.

[78] *Id.* at 604.

> 値と国際的なそれとの間で一致が見出されたとしても、我々は驚くべきではないだろう。とりわけ国際社会が、特定の形態の刑罰が基本的人権と合致しないと――国際法あるいは個々の国々の国内法に表明される形で――明確な合意に達成している場合はそうである。少なくとも、この種の国際的コンセンサスの存在は、アメリカにおける調和的かつ真のコンセンサスの合理性の確証に資することができる。しかしながら、本件においてはそのような国内的コンセンサスは提示されておらず、他の点においてグローバルなコンセンサスが近年現出しているとしても、この基本的な事実を左右することはない。[79]

この判示は、トランスナショナルなソースの利用のあり方について、ある態度を示していると言える。後に検討する。

d． Scalia 反対意見[80]

法廷意見がそうであることに対応して、Scalia の反対意見も Atkins 判決とパラレルの構成を採る。すなわち、各州の動向から国民的コンセンサスを導く難を指摘し[81]、少年の特性に基づく法廷意見の道徳的判断を、民主的でないし、そのような判断の根拠も薄弱であるとする[82]。

その上で、議論の深化を反映して、国際的なソースの参照について微に入り細を穿った批判を展開する。

> 今日の法廷意見の判断にとって我々自身の市民の見解は本質的に関連性がない一方で、他の国々といわゆる国際社会の見解は中心的な話題となっている。[83]

まず指摘されるのは、児童の権利に関する条約をアメリカ合衆国は批准して

---

79 *Id.* at 604-605 (internal citations omitted).
80 *Id.* at 607 (Scalia, J., dissenting). Rehnquist、 Thomas 同調。
81 *Id.* at 608-615.
82 *Id.* at 615-622.
83 *Id.* at 622.

いないこと、国際人権規約の批准にあたって留保を付していることである。条約締結権能は大統領と上院が有しているし、だとするとこれらの事情は、少年犯罪者の死刑に反対する国民的コンセンサスの不存在か、むしろ逆のコンセンサスの存在を示すとする。また、児童の権利条約37条は釈放の可能性のない終身刑もまた少年犯罪者に対して禁じている[84]ことから、これを死刑と同様に取り扱わないことは平仄が合わないとも指摘する。[85]

また、少年犯罪者への死刑を認めないとされる諸国についての、法廷意見による評価の仕方も批判される。諸外国――極めて専制的な政治体制かも知れないし、司法システムが十分な能力を持っていなかったり政治システムに従属していたりするかも知れない――が、少年犯罪者への死刑を禁ずるルールに実際に従っているかは確認されていない。またそうした国々が、アメリカでは認められない死刑制度――特に、一定の犯罪類型に対して如何なる減軽事由も認めず必要的に死刑を科す制度[86]――を持っている可能性もある。そうした国々で少年犯罪者に対する死刑を一律に廃止するのは意味があるかもしれないが、アメリカでは量刑判断者――典型的には陪審――が、あらゆる事情を考慮して個別的に判断している、との差異の存在を指摘する。[87]

そもそもアメリカ法と他の国々の法とは多くの点で異なっているので、アメリカ法が他国の法と調和すべきとの法廷意見の議論の前提は拒絶されるべきだ、とも主張される。その上で、違法収集証拠排除則については他国では（イギリスやカナダといった英米法系の国々でも）アメリカとは異なった判例法が展開されていること、逆に政教分離や妊娠中絶の領域では連邦最高裁は他国が採用しているヨリ緩やかな対応に従っていないことが摘示される。[88]

法廷意見によるイギリスの状況への参照も批判される。確かにアメリカとイギリスは共通の歴史を有しているし、憲法テクストの解釈にあたって18世紀のイギリス法もしばしば参照される「が、最高裁は――誤っていると考えるが――以前より第８修正について純粋な原意主義的アプローチを拒絶してきている

---

84 前注67。

85 543 U.S. at 622-623.

86 これは Woodson 判決（*supra* note 34）が違憲と判断している。

87 543 U.S. at 623-624.

88 *Id.* at 624-626.

し、それは明らかに、今日、法廷意見が採用しているアプローチでもない。」[89]そこで問題とされているのは、現在のアメリカの品位の水準であるが、その判断に際して、独立戦争から数世紀が経過し、ヨーロッパ統合の影響を強く受けている現代イギリスの状況を参照するのは理解し難い、とする。[90]

> 裁判所は、これら全ての事柄〔筆者注：外国法と異なるアメリカ法の諸領域〕を外国人の見解に照らして再検討する意欲を表明するか、あるいはその判断の論理的な基礎の一部として外国人の見解を提示することを止めるべきであろう。自身の思考と一致する場合には外国法を援用し、さもなければ無視するのは、論理に基づく判断ではなく、詭弁である。[91]

また、O'Connor の意見に対しても批判が加えられている。憲法条項の意味が時代によって変化するとはテクストから読み取れないこと、国際的コンセンサスがアメリカにおける調和的かつ真のコンセンサスの合理性の確証に資するとするが、非合理性を示すこともできる場合でなければ、そうしたことは言えないこと（「アメリカの原理は自らのものであるか、あるいは世界に従うかのいずれかであって、両方ではあり得ない」[92]）、また、O'Connor は国内的コンセンサスが見出せないので本件では外国法を参照する必要はないとするが、彼女は国内的コンセンサスがなくとも裁判官独自の判断の可能性を認める以上、そうした裁判官が外国法に影響されないとは言えないこと、を指摘する。[93]

その上でこの部分を締めくくって、次のように述べる。法廷意見は外国法の参照が合衆国憲法への忠誠や誇りを減ずるものではないとするが、

> 「他の国々や人々」による是認によってアメリカの原則に対する我々のコミットメントを強化すべきだなどとは、（そこから論理的に導き

---

89 *Id.* at 626.

90 *Id.* at 626-627. もしそうするのであれば、アメリカは二重の危険の禁止法理や陪審審理の保障も緩めねばならないだろう、と言う。 *Ibid.*

91 *Id.* at 627.

92 *Id.* at 627, n. 9.

93 *Ibid.*

> 出されることである）「他の国々や人々」による批難によってそうしたコミットメントを弱めるべきだとは言えないと同様に、私は信じない。だがヨリ重要なことだが、法廷意見の言明は端的に本件で行われたことを誤って記述している。今日、外国のソースが引用されたのは、合衆国憲法への我々の「忠誠」や「その起源への誇り」や「自らの〔アメリカ的〕伝統」を強調するためではない。むしろ逆に、12人の市民からなる陪審に対し、特定の事件において、未熟さ（youth）が死刑を差し控えるべき根拠となるかを判断させるという、数世紀にわたるアメリカ的実務――関連する州では現在でも多くの州で行われている実務――を覆すために引用されたのである。これら外国のソースが、退けるのではなく、肯定するものは、世界が如何にあるべきかの裁判官自身の観念であり、アメリカにおいても今後そうであるべきとのその命令（diktat）である。外国法の詳細な議論の重要性を控えめに見せようとする最後の試みは説得的ではない。外国による是認を「認めること（“Acknowledgment”）」は、裁判所の判断の基礎の一部でない限り、その法的意見に占める場所はない――それは、今日、まさしく誇示されているものなのである。[94]

そして最後に、Stanford 判決に従わなかった原審たるミズーリ州最高裁を放置したこと、時に応じて憲法解釈を変えることを批判して、意見を閉じている。[95]

Ⅲ．議論の争点

第Ⅱ節で紹介したような、判決中での国際的なソースの参照をめぐっては、連邦最高裁の裁判官たちがその判決の中で論争しているだけでなく、裁判外の講演等においてもその是非をめぐる言明を行っており、“場外乱闘”のような様相も呈している[96]他、学説等でも賛否が激しく議論されている。本稿でその

---

[94] *Id.* at 628.

[95] *Id.* at 628-630.

[96] *See, e.g.*, Justice Ruth Bader Ginsburg, Keynote Address Program, *“A Decent Respect to the Opinions of [Human] Kind”: The Value of a Comparative Perspective*

全体について網羅的に検討することはできず、他日を期したいが、以下、いくつかの論点について若干の整理を試みる。

A．賛成／容認論の基本的立場

1．理論的主張

賛成／容認論の基本的な立場として確認すべきは、トランスナショナルなソースの利用はもっぱら説得的典拠（説得的権威 persuasive authority）としての利用であって、その法言説に拘束されるものではない（拘束的典拠／拘束的権威 binding authority ではない）という了解は、当然の前提とされていることである[97]。このことは、第Ⅱ節で検討した判決の中で実際に参照している裁判官も明示的に言及している[98]。その意味で、主権の作用としての内国裁判所の自律的な判断は確保されている――少なくとも、タテマエ上確保している外観は維持している――ことは前提である。ある論者はこのような態度を、追従でも拒絶でもない“engagement”として、肯定的に評価している[99]。

---

in Constitutional Adjudication, 99 AM. SOC'Y INT'L L. PROC. 351 (2005) [hereinafter Ginsburg 2005] ; Ruth Bader Ginsburg, *Looking Beyond Our Borders: The Value of a Comparative Perspective in Constitutional Adjudication*, 22 YALE L. & POL'Y REV. 329 [hereinafter Ginsburg 2004] ; Justice Antonin Scalia, *Keynote Address Before the Ninety-Eighth Annual Meeting of the American Society of International Law: Foreign Legal Authority in the Federal Courts*, 98 AM. SOC'Y INT'L L. PROC. 305 (2004); Justice Stephen Breyer, *Keynote Address Before the Ninety-Seventh Annual Meeting of the American Society of International Law*, 97 AM. SOC'Y INT'L L. PROC. 265 (2003); Justice Sandra Day O'Connor, *Keynote Address Before the Ninety-Sixth Annual Meeting of the American Society of International Law*, 96 AM. SOC'Y INT'L L. PROC. 348 (2002). 文献によると他にも例えば大学主催の講演会等での発言もあるようであるが、典拠を確認できなかった。

97 Austen L. Parrish, *Storm in a Teacup: The U.S. Supreme Courts Use of Foreign Law*, 2007 U. ILL. L. REV 637, 649-650 (2007); Mark Tushnet, *When is Knowing Less Better Than Knowing More? Unpacking the Controversy Over Supreme Court Reference to Non-U.S. Law*, 90 MINN. L. REV. 1275, 1276, 1284-1287 (2006). *But see* Cleveland, *supra* note 2, at 92-93.

98 前注43、65、79の本文参照。

99 Vicki C. Jackson, *Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement*, 119 HARV. L. REV. 109 (2005).

最も端的な賛成／容認論の主張は、国際的な典拠の参照は裁判所に判断のための情報をヨリ多く提供する、と言うことである。国際社会を構成する各国が、アメリカと同様の経験をし、同様の問題に直面してきたのだとすれば、それに対する個々の対応や、その積み重ねとしての知恵から学びうるものがあるはずだ、とするのである。[100]

こうした考え方には、かかる情報が判断に際して有用であり、有意義であり、関連性がある、という想定が前提としてある。ここで問題となっているのは憲法の解釈であるが、憲法解釈に際しても、新しい経験に基づく知見と知恵とが有用である、と想定していることになる。賛成／容認論者は、時代の状況に即した憲法解釈という憲法解釈方法論を前提としている。[101]このことは、Roper 判決の Stevens 同意意見が特に強調することでもある[102]。

さらに進んで、トランスナショナルなソースの参照を通じて、グローバルな司法部間の対話／会話に参加し、グローバルな法の発展（特に人権分野におけるそれ）へと参与することに価値を見出し[103]、さらには協調的に作用するトランスナショナルな法システムの創成まで構想する論者もいる[104]。このとき、

---

[100] Ginsburg は他から学ばないとすれば「敗者 loser」「より粗悪 poorer」になるとすら言う。 Ginsburg 2005, *supra* note 96, at 351; Ginsburg 2004, *supra* note 96, at 329. *See also* Robert P. Alford, *In Search of a Theory for Constitutional Comparativism*, 52 UCLAL. Rev. 639, 692-703 (2005) ; Jackson, *supra* note 99, at 116-117; Breyer, *supra* note 96, at 266; O'Connor, *supra* note 96, at 350. Jeremy Waldron, *Foreign Law and the Modern* Ius Gentium, 119 Harv. L. Rev. 129(2005) は、このようなアプローチをローマ法におけるアプローチからのアナロジーとして「現代型万民法 modern *ius gentium*」と呼ぶ。 Eric A. Posner & Cass R. Sunstain, *The Law of Other States*, 59 Stan. L. Rev. 131 (2006)は、広範囲の情報を参照する有用性をコンドルセの陪審定理を援用して論じる。

[101] 但し、これは、賛成／容認論の必要条件ではあっても十分条件ではない。また、このことが第８修正（の「品位の発展的な基準」法理）に特殊な問題なのかどうか（前注64～66、79の本文参照）という問いについても留保しておく。

[102] 前注73～74の本文参照。前注24の本文も参照。 *See also* Scalia, *supra* note 96, at 308.

[103] *See, e.g.*, Koh, *supra* note 1, at 55, 56; O'Connor, *supra* note 96, at 352. *See also* Vicki C. Jackson, *Narratives of Federalism of Continuities and Comparative Constitutional Experience*, 51 Duke L. J. 223, 262-263, n.180, n.182 (2001).

[104] *See, e.g.*, Rex D. Glensy, *Which Countries Count?*: Lawrence v. Texas *and the*

そうしたグローバルな法発展におけるアメリカの「リーダーシップ」が強調されることもある[105]。

また――これは比較法一般に言われることでもあるが――、外国法の参照が自らの（法）システムの特色をより深く認識することにつながる、との理由も挙げられる[106]。

2．参照の作法

ここで、Roper 判決に示された O'Connor の見解を検討する。彼女の意見は、国内におけるコンセンサスを見出し得ない以上、国際的なソースの参照は意味をなさない、とするものである。別の言い方をすれば、国際的な情報を利用するためには、国内の論拠に基づいて一応の結論が導かれていることを要求していることになる。

そしてこうした態度は、Roper 判決の法廷意見を含む多数派も共有していると考えられる。第Ⅱ節では各判決の理由付けの流れをやや詳しく紹介した。Roper 判決において最も明確に現れているが、同判決は①アメリカ国内の動向の検討、②これとは一応切り離された、第 8 修正の法理論的検討ないし道徳的・倫理的判断、③国際的動向の検討、という 3 本柱がこの順番で構成されており、そして①・②において一応の結論に到達した上で、さらにそれを補強するために③トランスナショナルな典拠に言及している。こうした構成は国際的なソースを参照するために国内的論拠に基づいて一応の結論が導かれている必要があるとの態度を表しており、国際的なソースはあくまでも裁判所の結論を「確証 confirm」するために参照されるというのはそうした意味である。Atkins 判決でも本文で検討されているのは①・②の要素であり、③の要素は注に落ちているが、③の要素が基本的に Roper 判決と同様の位置づけがなされているという点では違いはない。Lawrence 判決においてはこのような構造はやや崩れているが、これは、Bowers 判決における「西洋文明の歴史とユダヤ－キリスト的道徳・倫理基準」への言及に反駁していることから来るものだと言えよう。

Selection of Foreign Persuasive Authority, 45 VA J. INT'L L. 357, 397-398（2001）; Koh, *supra* note 1, at 53-54; Breyer, *supra* note 96, at 267.

105 *See, e.g.*, Jackson, *supra* note 99, at 121-122.

106 *See, e.g.*, *id.* at 117; Jackson, *supra* note 103, at 257-258.

法廷意見がアメリカ国内の動向を（も）強調していることは、やはり確認しておきたい。

これが現在、合衆国最高裁が採用している外国法の参照の作法である。もっとも、裁判所が本当に、国内的検討に基づいた結論の専ら「確証」のために、国際的ソースを参照しているのか、むしろ前者が弱いが故に後者に依拠しているのではないか、という批判は可能であるし、正当であろう[107]。しかし少なくとも、多数派がそのような「外観」を確保しようとしてはいる、ということは指摘しておく。[108]

もちろんこれは、考えうる唯一のアプローチではない。例えば、通常のコモンローにおいては、当該法域に従うべき先例のない、オープンな（first impression の）論点が裁判所に持ち込まれた場合こそが、他法域の法を参照する最も有用な局面である。しかし、本稿で主題としている状況では、国内で決まっていないから外国の有力な見解に従う、などとはしていない。あるいは、他法域を参照しつつ、それとは異なる法域内の状況を指摘して区別する、ということもしていない。そうした意味で、問題となっている国際的なソースの参照は、いささか特殊な形の参照である。

Ｂ．反対論の基本的立場

１．政治的な動き

前提ないし背景事情として注意すべきなのは、反対論はしばしば政治的には保守の陣営から提出されていることである。第Ⅱ節で紹介した裁判例においても、反対論を展開するのは保守派の論客である Rehnquist であり、Scalia であった。すなわち、理論的・原理的批判の体裁をとっていたとしても、実際の批判の動機はそれぞれの事件ないし争点についての裁判所の結論に対する不同意な

---

[107] *See* Ernest A. Young, *Foreign Law and the Denominator Problem*, 119 HARV. L. REV. 148, 154-155 (2005). 杉本・前掲注56・165頁、勝田・前掲注56・841～842頁も参照。

[108] *See also* Calabresi & Zimdahl, *infra* note 129, at 899-903. 本稿では、最近話題の Lawrence、 Atkins、 Roper 各判決に焦点を当てたため、本文のような暫定的な結論をしている。これは、Calabresi & Zimdahl が「論理的補強（援軍）」と呼ぶ類型に属するが、 Calabresi & Zimdahl は歴史的には他の類型も存在することを指摘している。それらの検討は他日に委ねたい。

いし不満にあるのではないか、ということを割り引いて考える必要がある[109]。実際、議論のきっかけであり焦点でもある第Ⅱ節の諸判決は、それぞれ同性愛者の権利を擁護し、あるいは死刑の利用を限定するすなわち犯罪対策に制限を加えるというものであり、いずれも保守の立場からは後退と位置づけうるものであった。（そしてScaliaは、外国の法実行が保守派の立場を支持するであろう政教分離や妊娠中絶の分野では外国法が参照されないことに苛立つのである。[110]）

本稿の主題は、法の世界――広い意味で、すなわち司法部や法曹界、法の学界――を超えて、政治の世界でも議論されている。その中でも主要な動きとして、憲法解釈方法に関する法案や議会決議案が各種提出されている。例えば、2005年4月にテキサス州選出の共和党下院議員Ron Paulによって提出された「アメリカ市民のためのアメリカ的司法・法」案は

> 合衆国最高裁判所および連邦下級裁判所は、合衆国憲法を解釈し適用する司法権の行使に際し、国際機関または外国政府の、憲法、法、行政規則、執行命令、指令、政策または司法決定を援用してはならない。但し、合衆国憲法の起草者によって依拠されたイギリスの憲法ならびにコモンローおよびその他の法源についてはこの限りでない。[111]

と規定する。これは下院司法委員会に係属していたが、2006年の選挙に伴って会期が終結したため廃案となった。2006年選挙の結果である第110議会においては、同様の法案は本稿執筆時点で提出されていない。また、2005年3月に提出された「2005年憲法回復法」案は、憲法解釈にあたって同様の指針を示した上で、弾劾についても規定している[112]。

---

[109] 無論、同様のことは賛成／容認論の側にも言えるかも知れない。

[110] 前注88の本文参照。前注26の本文も参照。

[111] American Justice for Americans [sic] Citizens Act, 2005 H.R. 1658, §3. 7名が共同提案者として名を連ねている。この法案は、前年に同じくPaulによって第108議会に提出されたが2004年選挙に伴う会期終結のために廃案となった法案（American Justice for American Citizens Act, 2004 H.R. 4118.）と同一である。

[112] Constitution Restoration Act of 2005, 2005 H.R. 1070; 2005 S. 520. 下院法案はアラバマ州選出共和党議員Aderholtが提出し、50名が共同提案者として名

また、フロリダ州選出の共和党下院議員 Tom Feeney は、憲法解釈に関する議院決議案を提出している。これは、

> 下院の了解として次のように決議する：外国の機関による宣言、法、判決については、合衆国憲法のオリジナルの意味の理解について情報を与えるのではない限り、全体であっても一部分であっても、合衆国憲法の意味に関する司法的解釈の基礎とされるべきではない。[113]

と宣言しようとする[114]。本稿執筆時点で下院司法委員会に係属中である。[115]

さらに、周知の通り2005年夏から2006年初頭にかけて、連邦最高裁裁判官の交代があったが、国際的なソースの参照の問題は上院による裁判官の承認の際にも話題となった。Roberts も Alito も消極的な見解を表明している（但し、若干ニュアンスは異なっている）。[116]

を連ねている。上院法案は同じくアラバマ州選出共和党議員 Shelby 提出で、９名が共同提案者として名を連ねている。各院の司法委員会に係属したまま廃案となった点、第110議会では同様の法案は提出されていない点は「アメリカ市民のためのアメリカ的司法・法」案と同様である。類似の法案が第108議会に提出されていた点も同様である。 *See* Constitution Restoration Act of 2004, 2004 S. 2323; 2004 S. 2082; 2004 H.R. 3799.

113 2007 H. Res. 372.

114 49名が共同提案者として名を連ねている。これは、2005年に同じく Feeney が提出したが、2006年の選挙に伴って会期が終結したため廃案となった決議案（2005 H. Res. 97.）と同一の文言である。これもまた、2004年に提出された決議案（2004 H. Res. 568.）の文言を若干手直ししたものであり、さらに遡ると2003年にも同趣旨の決議案が提出されている（2003 H. Res. 446）。

115 なお、第109議会においては2005年に上院でも、ほぼ同一の文言の決議案がテキサス州選出の共和党上院議員 Cornyn によって提出されたが（2005 S. Res. 92）、上院司法委員会に係属したまま廃案となった。第110議会に入ってからは上院では同様の決議案は本稿執筆時点で提出されていない。

116 *See, e.g.*, Adam Liptak & Adam Nagourney, *Judge Alito the Witness Proves a Powerful Match For Senate Questioners*, N. Y. TIMES, Jan. 11, 2006; *On Eminent Domain, Supreme Court Workload, End of Life and Consistency*, N. Y. TIMES, Sep. 15, 2005; 'I Believe That No One Is Above the Law Under Our System,' N. Y. TIMES, Sep. 14, 2005.

2．理論的立場

最も原理的な反対論の論拠は、国際的なソースは合衆国憲法の解釈にあたって関連性がない（irrelevant）、とするものである。最高裁における反対派の最右翼である Scalia は憲法解釈方法論において原意主義を採ることでも有名だが、その立場からは、トランスナショナルな典拠を拒絶するのは論理的帰結である[117]。原意主義においては採択時に憲法制定者が憲法テクストに与えた意味が決定的権威を持つとされるとされる[118]以上、現代の・他の国の法実行に関する情報は、端的に無意味・無関係だ、ということになる。[119]このような了解は前述の議会に提出された法案・決議案にも現れているものである。

関連して、反対論者はアメリカ（の法／歴史／文化／伝統／価値／…）の特殊性・独自性を強調するのも特徴的である[120]。これを政治文化論的な観点から位置づければ、アメリカ例外主義が内向きに表出した排外主義の系譜に属すると言える[121]。さらにこれは、外交における孤立主義の伝統とも連なっているとも言えるだろう[122]。

また、反対論の立場から、賛成／容認論の根拠への批判もなされている。まず、内国裁判所の自律性を確保しつつ、説得的典拠としてトランスナショナルなソースを参照しているのだとの容認論者の主張に対しては、裁判所が実際に行っている利用はそのようなものではない、と批判される。説得的典拠として参照するのだとすれば、当該参照対象が「説得的」であることが重要なはずだが、実際には対象たる外国裁判例等の理由付けに関心が払われることはほとん

---

117 但し、十分条件ではあるが必要条件ではない。

118 原意主義については、差し当たり、阪口正二郎『立憲主義と民主主義』（日本評論社、2001年）第３章参照。

119 前注46～50、54、88～94の本文参照。 *See also* Alford, *supra* note 100, at 645-658; Ginsburg 2005, *supra* note 96, at 355-356; Michael D. Ramsey, *International Materials and Domestic Rights: Reflections on* Atkins *and* Lawrence, 98 Am. J. Int'l L. 69, 73-74 (2004).

120 同前。前注28の本文も参照。 *See also* Tushnet, *supra* note 97, 1289-1292; Scalia, *supra* note 96, at 310.

121 排外主義については、古矢旬『アメリカニズム――「普遍国家」のナショナリズム』（東京大学出版会、2002年）特に12～16頁参照。

122 差し当たり、西崎文子『アメリカ外交とは何か――歴史の中の自画像』（岩波書店、2004年）特に21～36頁参照。

どなく、もっぱら結論のみに注意が向けられている。その上で、特定の――すなわち裁判所の結論と合致する――立場を採る外国法域を並べ挙げているのであって、そうだとするともっぱら「数合わせ nose-counting」のために国際的なソースを利用しているではないか、とするのである。特にこの問題は、アメリカ国内の動向において、裁判所が否定しようとする立場を採る法域が必ずしも少数とは言えない数、存在する場合、すなわち裁判所の立場を支持する法域が国内において圧倒的多数とまでは言えない場合、後者に外国法域を加える形で前者を不当に過小に見せようとしているのだ、という形で顕著になる。[123]

このことをさらに質的な側面に投影すれば、アメリカ国内の多数の意見に対して、それとは異なる見解を――「国際社会の見解」という回路を通じて――押し付けることになる、との批判に連なる[124]。西欧等、民主主義や自由主義の伝統を共有する国であったとしても、民主主義のヴァージョンには多様なものがありうるのであって、そこで重視されている価値はアメリカ的価値とは異なるものかも知れない、と強調するのである。近時は裁判官同士の国際交流も盛んであるが、そうした回路を通じて連邦最高裁の裁判官が西欧等の裁判官から影響を受け、（文化人類学に言う）「文化変容 acculturation」を起こしているのではないか――もっと口悪く言えば「洗脳」されたのではないか――との声もある[125] [126]。

---

[123] *See, e.g.*, Young, *supra* note 107, at 149-156. *See also* Jackson, *supra* note 103, at 247-251.

[124] *See, e.g.*, Young, *supra* note 107, at 161-163. 阪口正二郎「立憲主義のグローバル化とアメリカ」ジュリスト1289号35頁（2005年）、特に40～41頁も参照。国内的コンセンサスを認定した後に「確証」として国際的ソースを参照するアプローチ（Ⅲ．Ａ．２参照）は、この問題を解消ないし緩和するための方策だと位置づけることができる。 *See* Roger P. Alford, *Misusing International Sources to Interpret the Constitution*, 98 Am J. Int'l L. 57 (2004).

[125] Young, *supra* note 107, at 156-158. そこで Steven G. Calabresi & David C. Presser, *Reintroducing Circuit Riding: A Timely Proposal*, 90 Minn. L. Rev. 1386 (2006) は、夏季休廷期間中に裁判官がヨーロッパへ旅行する余裕を与える替わりとして、最高裁裁判官による巡回裁判（の復活）を提案する。

[126] もっとも、反対論者の最右翼である Scalia もよく外国を旅行する人物である。 *Cf.* McCreary County, Ky. v. ACLU of Ky., 545 U.S. 844, 886-887 (2005) (Scalia, J., dissenting). Antonin Scalia （会沢恒訳）「憲法と宗教――憲法解釈方

C．新規？

トランスナショナルなソースの参照を批判する陣営（とりわけ政治的・社会的アクター）から、かかる実務は最近になって――すなわちLawrence判決になって――突如始められたことであって、先例に基礎付けることができない、との批判が出されることがある。例えば、前述の「アメリカ市民のためのアメリカ的司法・法」案は、その立法事実として「Atkins v. Virginia判決およびLawrence v. Texas判決において、合衆国最高裁判所は、“transjudicialism”と呼ばれる新しい解釈技法を援用して、アメリカのコモンローの伝統と相反する個人の『憲法的』権利を認定した」ことを挙げている[127]。これに対し賛成／容認派からは、以前からの外国法等への言及の例を摘示することになる[128]。

この論点については、Calabresiらが、独立期から21世紀に至るまでの連邦最高裁による外国法の参照を網羅的に検討している[129]。この研究によると、最高裁は独立直後以来、継続的に外国法を参照してきており、その中にはDred Scott判決[130]やReynolds v. United States判決[131]、Muller v. Oregon判決[132]といった歴史的な著名判決も含まれる。但し同研究は、参照の頻度は時代が下るにつれて頻繁になっている、とも評価する[133]。しかも、裁判官の間でもまた、外国法の参照をめぐって論争があることが、遅くとも1820年代以来、19世紀には判例集中に現れていることを指摘する。国際的ソースの参照が新規／新奇か、古くからあるかという問いについては、この研究を初めとする同様の指摘によって決着がついたと言えよう。もっともこのことから直ちに、外国法の参照が容

法論の一事例として〔含質疑応答〕」北大法学論集55巻4号1784頁（2004年）も参照。

127 American Justice for Americans [sic] Citizens Act, *supra* note 111, 2005 H.R. 1658, §2(5). *See also* Ramsey, *supra* note 119, at 71-72.

128 *See, e.g.*, Cleveland, *supra* note 2; Glensy, *supra* note 104, at 361-397.

129 Steven G. Calabresi & Stephanie Dotson Zimdahl, *The Supreme Count and Foreign Sources of Law: Two Hundred Years of Practice and the Juvenile Death Penalty Decision*, 47 WM& MARY L. REV. 743 (2005). 但し、Calabresi自身は保守派の憲法学者と評してよい。

130 Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857).

131 98 U.S. 145 (1878).

132 208 U.S. 412 (1908).

133 もっとも私見によれば、このことは裁判所全体の事件処理量の変遷と関連

認されるべきだとの論を導き出せるかは――少なくとも、紛争類型・論点・参照対象等、いかなる状況においてもそのように言えるかは――また別問題である。

D．外交権限と権力分立原理

以下、各論ないし制度論に属する幾つかの論点についても触れる。

まず、狭義の国際法源、特に条約等を参照する場合の問題として、反対論の立場から、権力分立原理と抵触するないし緊張関係に立つとの批判が提出されることがある。すなわち、条約締結を含む外交権限は政治部門――特に大統領と議会上院――に委ねられている[134]のであって、司法部がそこに関与すべきではない、との指摘である。

もっとも、この種の議論も方向性が真逆の２種類のものがあることに注意が必要である。一方で、司法部が政治部門の権能を侵害するのではないかとの議論がある。これは特に、ある条約に合衆国が所定の手続を経て加盟していない場合、あるいは加盟している場合であっても留保を付している場合に顕著である。そのような場合において、そうした条約を参照して憲法解釈を行うのは、司法部が憲法解釈の名の下に憲法上予定されていない回路を通じて国際法上の規範をアメリカに持ち込むことになる、と指摘するのである。[135]

他方、政治部門が司法部の権能を侵害するのではないかとの議論もある。すなわち、憲法の有権的解釈というのは司法部の権能であるはずなのに、その判断に当たって政治部門が左右できる条約等を持ち込むのだとすれば、司法部の憲法解釈権能が歪む、との指摘である。[136]

E．一貫性

裁判所が外国法を参照している法分野と、参照しない法分野とがあって、そ

付けないと確実に言えないと思われる。

[134] *See* U.S. CONST. art. Ⅱ, §2, cl. 2（「大統領は、上院の助言と承認を得て、条約を締結する権限を有する：ただし、この場合には、上院の出席議員の３分の２の賛成を要する…」）。

[135] 例えば、前注85の本文参照。 *See also* Young, *supra* note 107, at 163-165. *Cf.* Cleveland, *supra* note 2, at 115-122.

[136] Alford, *supra* note 124, at 61-64.

の間に一貫性がないことも、反対論者は問題にする[137]。例えばⅡ.Bで見た死刑を含む罪刑の均衡性に関する論点についてはTrop判決[138]以来の蓄積があるのに対し[139]、Scaliaも指摘する通り、政教分離や妊娠中絶についてはアメリカの判例法は世界的にも厳格な立場を維持している[140]。

これについて、賛成／容認論からは、個人の権利の保障を拡大する場合にもっぱらトランスナショナルなソースを参照するのだ、などとされる場合もある[141]。が、これまでの議論が主として特定の判決を焦点にしてきたこともあり、特にアメリカの外部のほうが権利保障に消極的な場合も射程に含めた、一貫した包括的な応答は未だなされていないように思われる。[142]

F．比較対象の選択

参照対象となる外国法の選択も、批判の対象である。反対論者に言わせれば、裁判所による外国法の参照は選択的で恣意的であり、自らの結論をサポートするもののみを参照して、そうでないものを無視している、とされる[143]。そして、いずれの外国法を採り上げるかのガイドラインは、ない。他方、ガイドラインがないとすると、あらゆる外国法が参照される（べき）ことになるが、そうすると反民主的な、あるいは非アメリカ的な価値を持つ法域もまた、参照され（得）ることになってしまう、とも批判される。[144]

これに対し賛成論者は、比較可能性と適切な比較方法についての一貫した理

---

137 *See, e.g., id.* at 67-69; Ramsey, *supra* note 119, at 76-77, 81; Scalia, *supra* note 96, at 309.

138 *Supra* note 40.

139 特に、前注64～66、79の本文参照

140 前注88の本文参照。

141 *Cf.* Alford, *supra* note 124, at 67.

142 *See* Tushnet, *supra* note 97, at 1280-1285. *Cf.* Cleveland, *supra* note 2, at 108-113; Jackson, *supra* note 103, at 268-271.

143 「ソドミーの刑事的禁止を維持してきている多くの国々を無視している」とのLawrence判決におけるScaliaの批判もこれに属するだろう。前注28の本文参照。 *See also* Ramsey, *supra* note 119, at 72-75, 81; Scalia, *supra* note 96, at 309.

144 但し、前段と後段は若干の緊張関係に立つと思われるが、あまり意識はされていないようである。

論を主張ないし提案することになるわけだが[145]、未だ安定的な枠組みの提示には至っていないというのが適切な評価だろう。[146]

G．裁判所の能力

アメリカの外部の状況を参照するに当たっては、関連する情報を収集する裁判所の能力も問題になる。反対論の立場からは、裁判所は外国一般についても外国法についても――それらは極めて多様であり得、それぞれ独自の歴史・文化・伝統・背景・論理を有しているであろう――情報を収集する能力に欠けている、と批判されるのである。[147]

これに対して賛成／容認論者は、かかる問題は専門家を活用することで解決し得る、と反論する[148]。アメリカにおける裁判ではしばしば自然科学・社会科学等の専門家がその知見を提供し、裁判所もそれに依拠して判断している。そうであるとすれば、外国（法）の専門家が、当事者（代理人）の Brandeis ブリーフを通じて、あるいは専門家証人として、あるいは法廷助言者として、関連する情報を提供することは大いにあってよい。実際、その嚆矢として名高い Muller 事件の Brandeis ブリーフは外国法の情報も含んでいたのであり、裁判所もそれに依拠して判決しているのである[149]。

しかしそうした専門家の利用の主張に対しては、反対論者から――E 項・F 項の問題とも係わる――再反論が提出されている。すなわち、Brandeis ブリーフや専門家証人は、当然、一方当事者が裁判所に送り込む情報源であるし、法廷助言者も通常は一方当事者に肩入れする形で裁判所に登場する。そうだとすると、そうした情報源の提示する外国の法情報というのは提示側に有利になるような形のものであり、従ってしばしば偏っていたり恣意的に選択的であったりする（あるいは少なくともそうした虞がある）、との指摘である。中でも皮

---

145 *See, e.g.*, Glensy, *supra* note 104, at 401-440.

146 *See also* Tushnet, *supra* note 97, at 1280-1285.

147 *See, e.g.*, Young, *supra* note 107, at 165-167; Ramsey, *supra* note 119, at 78-79.

148 *See, e.g.*, Glensy, *supra* note 104, at 409-410. *See also* Tushnet, *supra* note 97, at 1294-1302.

149 *Supra* note 132, 208 U.S. at 419; *see also* Calabresi & Zimdahl, *supra* note 129, at 822-825.

肉なのがLawrence事件におけるアミカス・ブリーフに対するAlfordの批判[150]であろう。Lawrence判決の法廷意見の依拠するアミカス・ブリーフは各国において同性愛者の権利が確保されつつあることを強調するわけであるが[151]、このブリーフを提出した当の人権NGOが、別の媒体では世界における同性愛者の迫害を批判していることを、Alfordは指摘している。

Ⅳ．若干の示唆

本稿で紹介したアメリカにおける議論から、どのような教訓を引き出すことができるであろうか。筆者は3つのレベルないし領域において示唆を得られると考えている。詳細な検討は他日に譲らざるを得ない以上、現時点ではむしろ今後の検討課題を挙げる程度しかできないが、若干の見通しを示しておく。

Ａ．アメリカ理解の観点から

第一に、アメリカ研究ないしアメリカ理解の視点における示唆である。とりわけ反対論に顕著であるが、この論争はアメリカ自身によるその特殊性・独自性の自己認識を具体的に示している一局面であると言える。反対論は特殊性・独自性を強調することでトランスナショナルなソースを参照すべきではないとの帰結を導く。これに対して、賛成／容認論は逆に外の世界への相対的な感受性（receptivity）を示していると評価できる場合もあるが、注意すべきは、必ずしもそうではない言説も散見されることである。「世界の潮流」と平仄が合っていることを以ってアメリカのあり方の普遍性を確認できると判示[152]や、かかる参照を通じて人権の分野でのアメリカの「リーダーシップ」を発揮すべきであるとの議論[153]を見ると、そこにあるのは、外からの批判に照らして自己改革を行っていこうという態度よりは、自らの理念的卓越性は所与であるとのアメリカ観である。そうであるとすれば、反対論も賛成／容認論もアメリカ中心主義という点では共通するのであり、それが内向きに表出するか外向きに表

150 Alford, *supra* note 124, at 64-67.
151 前注20～22とその本文参照。
152 Ⅲ．Ａ．2参照。
153 前注105及びその本文参照。

出するかの差異に過ぎない、という位置づけも可能であろう。

B.（憲）法理論の観点から

第二に、(憲) 法理論の視点における示唆である。憲法解釈方法論における（狭義の）原意主義が反対論の十分条件である――必要条件ではないにせよ――というのは前述の通りである[154]。他方、賛成／容認論は、現在の社会の現実に対応した形で憲法解釈がなされるべきだとの考え方を前提としている、とも指摘した[155]。すなわち、本稿で紹介した論争は、現代における憲法解釈に対する基本的な立場の違いが、具体的な局面で現れているものだと位置づけ得る。

さらに言えば、これは法それ自体の基本的な考え方の違いを反映しているものでもある。原意主義とパラレルな法観は、法を権力発動のヒエラルキーとして理解する考え方である。これに対して、人々の間の争論のフォーラムとして法を理解すれば、法はより柔軟に時代に応じて変化していくものと観念することになる。

こうした解釈態度の差は、英米法における法思考の二つのパターンとその中での憲法解釈の特殊性を反映していると位置づけることができる。すなわち、英米法における法的思考においては、一方で裁判所自らがそのイニシアチブで法を発展させていくコモンロー型の思考があり、他方で立法部が採択したテクストの意味を明らかにすることに専ら努める制定法適用型の思考がある。憲法判断においては、憲法テクストの解釈という点においては後者と共通する性質を持つが、他方、立法部に縛られずに司法部独自が判断するという点においては前者と共通する性質を持つ。憲法判断にはこうしたハイブリッドな性質があり、その中でどの要素を強調するかによって解釈態度が決まってくる。そして、原理的な反対論も有力ではあるが、裁判所の多数派はトランスナショナルなソースの参照を許容している点に、アメリカ型憲法思考におけるコモンロー的要素の重要性が確認できる[156]。

---

154 Ⅲ.B.2 参照。

155 Ⅲ.A.1 参照。

156 *See* Ginsburg 2004, *supra* note 96, at 332-336.

C．比較法方法論の観点から

日本において比較法が盛んであるというのは、日本の法学界の当然の認識であろう。しかし、本稿で紹介したアメリカにおける議論は、日本においては必ずしも問題とならない論点が（も）争われているが故に、日本における比較法のあり方に関する暗黙の前提について、再認識ないし再検討する材料を提供しているように思われる。

1．比較法のフォーラム

より具体的には、まず、比較法の行われる場、フォーラムについてである。日本の学界は――少なくともこれまでは――、実定法学の研究者も含めて、比較法・外国法を参照することを当然のように行ってきた。また、立法に際しても、法典継受期はもちろん外国の法典を元に法典編纂がなされたし、現在においても、立法を行う場合に外国の状況を調査することは様々なレベルで行われている。

これに対し、裁判所の判決の中で外国の法事象に対して言及されることは、少なくとも最近では、あまり見られない[157]。むしろ、当事者がそれぞれ外国（アメリカと西ドイツ）の法状況に言及した鑑定意見書を提出したのに対して、裁判所が「外国の法制度あるいは外国の判例解説等は、我国の法律の解釈適用に際して参考となるに過ぎない」と一蹴した例もあるという[158]。

このことは、大陸法系に属し、テクスト解釈をその基本的な方法とする日本の司法からすれば、当然との評価もできるかも知れない。これはアメリカにおける論争における反対論者の基本的な立場[159]と軌を一にする。しかし、アメリカにおける論争も、憲法というテクストの解釈にあたってのトランスナショナルなソースの利用可能性を問題にしているのであり、そこで賛成／容認論が有力に議論され、実践もなされている以上、かかる理由付けで事足れりとは言えない。特に、法典解釈であっても外国のソースを参照することに意義がある局面というのは、（憲法の人権条項や民法の90条、709条のように）法文のテク

---

157 最近の例として、名誉毀損法におけるいわゆる配信サービスの抗弁の可否をめぐる最二小判平成14年３月８日・裁判所時報1311号１頁における梶谷裁判官の反対意見参照。

158 東京高決平成２年５月11日。五十嵐清教授の指摘による。なお、五十嵐清『人格権法概説』（有斐閣、2003年）155頁・注17参照。

159 Ⅲ．B．２参照。

スト自体が抽象的であり、「解釈」の名の下で、実質的な法創造が要求されるような場面である。アメリカにおいても同様の局面が議論されている。そうだとすれば、思考の材料として外国のソースを排除すべき理由があるとすればそれは何故なのか、積極的な論証がなされなければならないだろう。

２．比較対象

比較法方法論との関連で示唆が得られる次の論点は比較対象についてである。日本の比較法・外国法研究の対象としては、古くからはドイツ・フランス・イギリス、戦後にアメリカをもっぱら対象とし、最近になって東アジア諸国がこれに加わった[160]。これは、法継受の母法国であるという理由で、あるいは文化的基盤及び西洋列強との距離感の共通性という理由で、一応の説明は可能であろう。しかし、アメリカの論争でいかなる法域を比較対象とするか、その基準としてはどのようなものが考えられるかの議論[161]を見ると、こうした理由付けは必ずしも十分ではないように思われる。特に、ここに挙げていない対象を排除する理由付けは必ずしもなされていない。また、アメリカの反対論者の中には、母法国であっても、法継受時の状況を検討するならばともかく、それ以降については異なった歴史を歩んでいる以上見る必要はない、との議論すらあるのであり[162]、そうだとすると法継受母法国だからという理由付けは必ずしも十分ではないことが確認できよう。

＊　＊　＊

本稿で採り上げた問題は、現地アメリカでも決着を見ていないし、本稿での分析・検討も不十分である。さらなる検討のための論点整理であるとの性格を確認して、本稿を閉じることとする。

---

160 例えば、『法律時報』誌の毎年12月の「学界回顧」特集に「アジア法」の項目が登場したのは1992年のことである。

161 Ⅲ．Ｆ参照。

162 前注90の本文参照。

研究ノート

「非営利法人」法制改革（2006年）の批判的検討（２）

――「組織法制」研究・序説――

東海林　邦　彦

＊全体目次・概要

０：はじめに――問題意識・視点など：

―――以上：（１）＝58巻３号―――

Ⅰ：「06新法」：その前史、及びその立法過程――その基本的側面についての批判的検討：

Ⅰ―１：（06新法成立）前史――主要問題点：

Ａ）序

Ｂ）ＮＰＯ法成立前の問題状況

Ｃ）ＮＰＯ法

―――以上：（２）＝本号（（３）以下、58巻６号以下）―――

Ｄ）ＮＰＯ法以外の組織法制関連・主要改革動向

Ⅰ―２：06新法じたいの立法過程と、その問題点：

Ⅱ：06新法の内容的問題点・その１：法形式論的側面（とくに、体系・類型論）についての批判的検討：

Ⅲ：06新法の内容的問題点・その２：実質論的側面についての批判的検討：

Ⅳ：残された課題と展望――総括に代えて：

Ⅴ：補遺：

Ⅰ：「06新法」：その前史、及びその立法過程――それらの基本的側面についての批判的総括：

新法成立後の現段階では今や、大方の関係者の関心は（上述のように）、「06新法」実施に向けての実務的対応に向かいつつあるように思われるが、それだけにまさにこの時点で、新法制定にいたるまでの歴史的流れ・背景（その前史と、新法じたいの制定過程）を分析・総括し、そのなかで新法を（その積極面と問題性とをともに）批判的に位置づけ評価しておくことは、新法が、民法・公益法人制度の・民法制定後110年来はじめての大改革であるという側面と同時に、（新法に次ぐ画期的立法としてのＮＰＯ法との関連では、新法の施行が）折りしもＮＰＯ法制定後10年目に当たること※、そのような意味で、非営利法人にかんする基本法の第三の歴史的エポックを画するものであること、は否定できないところであるだけに、大いに意味あることと考える。

※正確には、（本稿校正中の）平成19年９月７日政令275号により、新法の施行期日は平成20年（2008年）12月１日と決定（他方、ＮＰＯ法のそれは平成10年12月１日であった）。

そして一般的方法論的次元からみても、いうまでもなく新法もまた、社会的現実の、それゆえにまた歴史的な所産であって、それを、その背景ヌキに平面的な論理の次元で整理・理解することをもって能事足れりとするのみでは、到底その深相に迫ることは出来ないように思われる。

――以上のような問題意識のもと、本項では、まず前半では、（新法成立前後までの）前史（Ⅰ―１）を、とくに新法じたいの制定過程と内容の理解・評価にとってレレバンシーを有すると思われる特徴点を浮き彫りにするような観点から概観的に整理・分析し、後半ではその新法じたいの成立過程・背景（Ⅰ―２）を、とくにＮＰＯ法との対比、ないし（本稿の本論ともいうべき、次項Ⅱ以下の）新法の内容理解との関連で、その問題点を批判的に検証することとする。

Ⅰ―１：（06新法成立前後までの）前史：

Ａ）序

1998年に成立したＮＰＯ法は、06新法の前史を考える際にはいうまでもなく、

民法・公益法人制度施行後の100年余の歴史にとっても、その内容上も制定過程の点でも、まさにエポック・メイキングなことであったと考えられる。それゆえ本項における上記「前史」も、なによりもこのＮＰＯ法成立の前と後に分けて整理検討することが適切であろう：すなわち、まず、ＮＰＯ成立前の問題状況を、とくに民法・公益法人制度を中心とした法人法制の「病理」とそれへの・行政・立法・市民運動等における対応の限界等を中心にやや概観的に整理し（Ｂ）、ついでＮＰＯ法じたいの制定過程ないし内容の特徴・問題点、等を具体的に分析整理し、最後に以上の総括を兼ねて、ＮＰＯ法の成立・施行が与えた各方面へのイムパクトを簡単に整理する（Ｃ）；ついで、（1998年ＮＰＯ法成立から「06新法」成立前後までの、いわば）「中間期」段階における（ＮＰＯ以外の）関連組織法制の主要動向につき、その批判的検討をおこなうこととする（Ｄ）。

Ｂ）ＮＰＯ法成立前の問題状況とそれへの社会的対応

以下では、（ＮＰＯ法成立前の）とくに公益法人を中心とした非営利法人法制の基本的問題状況（「病理」）（Ｂ－１）と、（それに対する改革的対応としての）行政・立法・市民運動等の主要動向（Ｂ－２）につき、それぞれ分説する。

Ｂ－１）「病理」

イ）序――とくに、現時点でその「病理」現象を見ておくことの意義・必要性：

イ・１）上記「病理」とは、（ＮＰＯ法成立前の、しかし本・06新法の施行後その新制度への完全移行までは存続することとなる）民法・公益法人を中心とする非営利法人（法と制度）をめぐる社会的な負の諸現象（とくに、本稿が、一括して「公益法人問題」と呼ぶもの）を指し、而して以下では、まず、その「病理」の由って来たる法制度的根源・出発点としてあった民法34条を、その基本的概念要素ごとに、その立法過程での論議とその基本的問題という観点から批判的に検証し（ロ）、そして、その34条の解釈・適用とその結果として叢生した（病理現象としての）「公益法人問題」を、その「病理」の具体的現われ・諸形態という観点から、６つに分けて整理・概観する（ハ）。

イ・２）ところで、（06新法のもとで、民法・公益法人関連規定が削除され、あらたな制度への移行が目前に迫りつつあり、それゆえにまた、その当

の「公益法人問題」という病理現象じたいが過去の問題として歴史の彼方に消え去ろうとしている）今この時点で、その「病理」のあれこれの具体的現われ（症状？）とその根源（病因？）とを、あらためて問題にする（「古傷を舐める」？）のは、何故か？

その、第一の、今日的かつ実際的意義としては、その「公益法人問題」こそが、ＮＰＯ法が直接対峙・克服しようとした（明治来の「宿痾」ともいうべき）法制度のカベであり、そしてそこでも基本的には克服できずに、そのカベの・抜本的破砕という課題は、結局今回の06新法に引き継がれたものであり、それゆえにまた、06新法の然るべき理解と評価のためにはいうまでもなく、ＮＰＯ法の理解・評価にとっても、この「公益法人問題」の具体的内容とその歴史的背景とを明確に把握しておくことは、むしろ避けて通れない必須課題であるともいえるからである；

第二の、その意義は、いわば社会的歴史的側面における意義であって、それは、今回の06新法が、「行革」という政治的アジェンダの一環として、直接・主要な改革の対象として対峙したものは、少なくとも客観的歴史的には、「公益法人問題」に化体され、その背後にあるものであり、それは要するに、この国の・明治来の「近代」国家―社会の諸過程における、かの官僚主導体制（筆者のみるところ、その戦前日本社会における総決算が、かの「40年体制」（野口悠紀雄）といわれるものであったと考える）が生み出したもろもろの蔭の部分（「癌」？）の中の（全体の中では相対的にはやや小さめの）病原（「癌細胞」？）の一つであり、日本的「公―私」「官―民」問題の一症状であり、そのような意味でそれはまた、いわばこの国の「100年余の旧弊」として、戦後社会が今日まで基本的には引き摺って来た戦前的なもの（＝「明治レジーム」）の残滓ともいえるものの一環であって、而してまたそのような意味で今回の06新法は、それら「病弊」の（現在進行形での）清算的改革（「治療」）の一環として位置づけることができる以上、その「治療」の歴史的社会的意義を適切に理解し評価するためには、その「病弊」と「病原」を正確に理解しておくことが、これまた（必須とはいえないまでも）有益であることは確かだからである；

そしてその最後の意義として筆者が考えるものは、特殊・法律学的ないし歴史学的意義であって、それは、この「公益法人問題」の法制的根

源たる、34条を中心とする（明治）民法・法人規定の立法過程・趣旨には、次項ですぐ見るように、その起草者の・独自の政治的イデオロギー的方向性が色濃く投影されているように思われるのであり、ひいてまたそれ（法人規定の立法過程・趣旨）は、わが「近代」国家草創期における基本レジーム整備の一環としての民事法関連・基本法典編纂がもっていた特殊日本的な政治的イデオロギー性を、「法人法制」という小さな穴から照射する貴重な素材であるということであって、家族法・相続法のみならず、明治期・財産法制整備のもっていた歴史的意義を、われわれ自身の今日的視点から批判的に再規定するという観点からも、また、法典起草者たちの（尚古賤近的権威主義的神話化の風潮に抗して）そのイデオロギー性政治性もふくめた「脱・神話化」を遂行するという観点からも、興味深い研究対象である、ということができるからである（ただし最後の点については本稿は、残念ながら、筆者自身の今後の本格的研究のための・問題発見への一階梯でしかない）。

イ・3）なおまた、本項では「公益法人」を「諸悪の根源」として、その「病理」や「蔭の部分」のみにスポットライトをあてて、その現象とルーツを批判的に暴き出す、一種の・偏った「公益法人バッシング」との印象をもたれる惧れなしとしないが、筆者自身、こうした「病理系」公益法人は、存在する公益法人の一部（とくに後述「官製」公益法人）であって、まさに語の真の意味において「公益」活動の一端をにない、まさにＮＰＯ固有のメルクマール（政府セクターからの独立性はその不可欠の一要素）を失わずに、健全かつ積極的建設的な活動を続けておられる、そのような意味で「正常系」公益法人こそがむしろ量的には多数であるということも、重々認識しており、それを承知で、本稿ではもっぱら民法・公益法人法制の「病理」の種々相に敢えて分析の焦点をおいたものであること、蛇足とはいえ、ここにお断りする次第である。

ロ）「病理」の法制度的根源・出発点としての民法34条：

ロ・1）民法34条――基本構造、問題の所在：

・上記「病理」現象の法制度的根源にはこの34条が存すること、それゆえ06新法との関連においては（前者は後者が何よりもまず改革の対象としたものであるだけに）いうまでもなく、また次項のＮＰＯ法との

関連においても（それが、ＮＰＯ法制定への・その制度的発端ないし背景にあるものだけに）、本条の基本構造・趣旨、それをめぐる問題の所在を、（すでに少なからぬ量の検討・論議の蓄積があるにもかかわらず）とくにこの時点で本稿なりの視点から再整理し再確認しておくことは、十分意義あることと考える。

・ところで、同条を構成する基本的要素と（それらから成る）基本的命題総じてそこでのキーワードは、いうまでもなく、「非営利目的かつ公益関連」という意味での「公益法人」の設立は、「主務官庁」による「許可」が要件とされること、に尽きる；

・而して同条は、論理的にも、その一つ前の33条、及びその後に位置する（平成16年法律147号「民法の一部を改正する法律」※による改正＝削除前の）35条第１項「営利ヲ目的トスル社団ハ商事会社設立ノ条件ニ従ヒ之ヲ法人ト為スコトヲ得」）との有機的関連において一体としてはじめてその真義が理解されうるように思われる：つまり、33条によれば、およそ一般に「法人」なるものは、法律がその成立を認めたものに限って、法的に成立しうる、逆にいえば、法人の設立は必ず何らかの根拠法規を必要とするのであって、当事者の私的自治だけで成立するとの主義（後述のようにスイス民法60条はこの原則に立つ）は明示的に否定される――さらに別言すれば、法律的には、一般に（自然人たる個人以外のものとして、それに法的人格＝権利能力が帰属せしめられるところの）「法人」なるものはすべて原則・設立禁止であって、法律のみがその禁止状態を（例外的に）解除しうる、というわけである（「自由設立主義」の否定、そのような意味での「法人法定主義」の採用）。

※本法は「標記の現代用語化等」をさしあたりの改正作業課題とするものであるが、結果的には（内容的にはそのような形式面に止まらぬ、かつ立法手続的にも看過しえない問題性を孕むと思われる）実質改正をも含むものであって、上記「削除」の意義も含めて後にあらためて後述・別項（Ｄ）で批判的検証の俎上に上せることとする。

・そしてこの33条との関係では、上記意味での「公益法人」に関しては、本34条が、33条に所謂「法律」として、上記「許可」を（上記禁止の

解除）条件としてその設立を認め、他方、営利社団に関しては（上記・民法改正前の35①を根拠法規とし、平成17年法86「会社法」による全面改正前の商法規定、とくに同64条所定の事項等を含む）法定条件に従った適式の会社登記（のみ）を（解除）条件として（営利）法人として認められる、というわけである（33条が上記35①にもかぶるとし、後者と33条との関係を強いて論理的に説明するとすれば、そのように説明するほかないであろう）。――なお、そのような意味では、「許可主義―準則主義」如何の問題は、むしろ、上記法定主義＝原則「禁止」解除のための法律上の条件の原則的内容・規準如何の問題であって、上記「自由―法定」如何の問題とは論理的位相・次元を異にすることに注意すべきである）。

・以上のような基本構造から成る34条は、（とくにその立法過程での論議、およびその成立後今日にいたるまでの論議、ないしそれが惹起した現実的法的問題状況等をも、あわせ考慮に入れてみるとき）、総じて以下二つに大別しうる基本的問題・論議を惹起することとなった：

問題１：「非営利目的かつ公益関連」という要件の解釈ないし立法論的当否をめぐる諸問題：

問題２：上記意味での「公益法人」の設立につき、「主務官庁」による「許可」を要件とした、その趣旨、その当否如何という（どちらかといえば立法論的次元での）問題：

――以下では、この二つに分けて、それぞれにつき、とくにその立法過程に遡り、問題の所在の歴史的背景をいささかなりとも明らかにしたいと考えるが、ただしここでのそれは、あくまでも次項以下の検討作業に必要と思われる限度・程度においてであって、とくに、上記33ないし34条の立法趣旨等についての民法典立法過程での論議、ボアソナード民法規定や外国法規定との関連等についての以下の記述は、あくまでも、既成の研究文献に主として依拠した、そのような意味で現時点でのさしあたりの整理であって、極めて不十分なものでしかない。それらのより立ち入った検討は今後、本・組織法制論研究の基礎的部分の一環として予定している「日本近代における団体・法人・組織法制の歴史的成立・展開の意義・特質、それを支えた《制度と思想》の批判的検討（さらに、その一環としての民法典成立過程での、その批

判的検討)」とでも称すべき研究課題を遂行する段階で、再度あらためて試みることとしたい――ここでの検討はそのための論点整理・問題発見的準備作業でしかないことをお断りしたい。

――なおまた、以下では叙述の便宜上、上記二つの問題のうち、問題２の方から検討をはじめることとする※。

※とくに、下記・本文のロ・２およびロ・３における旧民法および明治民法編纂過程における論議の検討は、以下（１）ないし（３）に掲記したような検討対象・論点ないし検討素材等を欠落させているという意味において歴史研究としては不十分さを免れないものであり、その点も含めた、とくに一次資料を用いての本格的検討は、今後の課題として留保したい（その点もまた、「研究ノート」ゆえの不十分さということでご寛恕賜りたい）：

（１）上記の二項目のもとで採り上げた論議のテーマはあくまでもそれぞれの項目の標題に即しそれに限定してのものであり、それと密接に関連する以下のテーマ・論点は、全く視野の外に置かれており、その点まずもって今後の課題として残されている：「会社」－「組合」、「商事会社－民事会社」、営利－非営利目的、社団―契約関係の等の関係概念の区別・関連づけ、とくに、それらと法人（格）制度（設立主義・要件等）との関係等につき、ボアソナード、明治民法立法関係者（とくに梅－富井－高木－長谷川）等はどのように理解し主帳していたか、とくに、後者における関係者間の論議の対立点、国会修正との関係等如何？

（２）先行実施された（旧）商法典ないし同時に編纂・論議された（新）商法典中の会社にかんする論議と上記民法・法人ないし組合規定との論議の関連性如何？

（３）上記法典編纂作業時点でのフランス法およびドイツ法における上記（１）の諸論点をめぐる規律・主要論議の、とくに上記日本での法典化とそれをめぐる論議との対比・差異如何？

――なお、以上のうちのいくつかの点は、本稿脱稿後・校正の段階でたまたま接しえた野田良之「会社という言葉について」@竹内昭夫編『現代商法学の課題（中）』昭和50年、有斐閣（p690-717）という論稿に示唆をうけ、その示唆するところをさらに敷衍したものである。

ちなみに上記・野田論文に筆者は、上記の（いわば形而下的な）目前の課題との関連での有益な情報と並んで、それ以上に、（筆者自身

かねがね興味を抱いてきた）「法と言語」をめぐる味わい深い思索を窺がわせ、また全体として（氏ならではの）気高い文化的香気を漂わせる逸品、との感銘を受けたものであり、あらためて氏への敬愛の念を新たにしたこと、その敬愛の念がまた、筆者をして、敢えて、この註を付記すべしとの思いに駆り立てた、という次第である。

ロ・２）（「公益法人」設立要件としての）「主務官庁」の「許可」：

33条・34条の立法過程での論議等の要点とその特徴点・問題点は大略以下のごとくである：

（ａ）旧民法典：

・日本人起草の人事篇中の第一章第５条は「法人ハ公私ヲ問ハス法律ノ認許スルニ非サレハ成立スルコトヲ得ス又法律ノ規定ニ従フニ非サレハ私権ヲ享有スルコトヲ得ス」と規定し、その「理由書」中、外国法としては、イタリア民法２条のみが引用されるとともに、その理由として、「立法官」のみが「社会ノ公益如何ニヨリ」「仮想上ノモノ」たる法人を「造成」し権利義務を与えうるとして、法人擬制説的説明と公益団体にたいする取締り的発想とがミックスしたような説明となっている；

・他方、ボアソナード起草の同・財産取得篇中の（売買等とならぶ契約各論的章節たる）第六章会社第118条の第一項は「民事会社ハ当事者ノ意思ニ因リテ之ヲ法人ト為スコトヲ得」とし、いわゆる自由設立主義をとっている（なお第二項はその公示の要件効果に関する規定である；ちなみに、同篇同章第143条は会社の契約上の債務についてのその社員の第二次的責任を規定し、そしてまた、旧民法典にかんする内国法人にかんする規定は以上の４箇条のみである）；

・上記人事編の規定と財産編の規定の間には内容的には一見明白に齟齬が存するようにも思われるが、この点のボアソナードの説明は（必ずしも論旨明快とはいえないが）、要するに（その時点での母国フランスのように）営利会社たる民事会社についての自由設立主義と非営利・公益法人についての厳格な法定設立主義という正反対な立法主義の採用を是とするもののようである。しかしいずれにせよ、すでに旧民法典の段階で日本人起草になる条文が、とくに公益法人的団体について「立法官」のみがその法人格付与の権限を与えうるとしていたこ

とは、その後明治民法（上記・民法34）にも基本的に継承されているという意味でも、注目すべきことである（それが、ボアソナードないしフランス法の影響によるものか、明治政府の意を体した国家主義的政治的イデオロギーの一表現なのか、はたまた法人擬制説ないし否認説等からの純粋に理論的帰結なのか、は、なお究明されるべき一個の論点たりうる）。

（ｂ）明治民法：

・第二章「法人」部分全体は、ドイツ民法第一草案（以下、「独草」）を参考ベースに穂積陳重起草に成るものであるが、ただし星野英一「日本民法典に与えたフランス民法の影響」『民法論集』第１巻（有斐閣、1970）（初出：1965）（p116－7）によれば、できあがったものは、「独草」以外に、旧民法に由来する規定、旧商法に由来する規定等が混在する；

・上記「法人」の章の冒頭におかれた33条は、民法修正案『理由書』及び原田慶吉『日本民法典の史的素描』(1954、創文社）によれば、上記・旧民法典・人事編５条の「改正」であるというが、比較対照すればあきらかなように後者の前半部分をほぼそのまま継承した規定といえる；上記『理由書』はこの33条の趣旨につき、法人の本質についての「自然存在説」（＝実在説）を批判する同じ論理の延長線上で「団体ガ人格ヲ得ルハ（中略）法律ノ効力」によるのが当然であるとする；なお、梅『民法原理』総則篇は、法人本質論として、同様の批判の延長上で法人は社団であれ財団であれ自然人たる個人には還元しえない法的擬制であるとの理解を示すが、他方、同『民法要義』巻之一総則の同条の説明は、法人設立の諸主義を列挙したうえで、（当然のことながらと断ったうえで）すくなくとも自由設立主義を明文で否定する趣旨で旧民法の上記規定を承継したとする；

・同34条については、星野・上掲 p120によれば、穂積は「独草」を引用するも、その内容はかなり異なることを強調する；なお、旧民法典には本条に直接対応する規定はないが、上記のとおり、旧民法典・人事編５条がすでに、「法人」一般という形をとりつつも、実質的にはこの34条の考え方を含んでいたともいえる（『理由書』にもその旨の応接はない）。むしろ『理由書』は、商法・株式会社の免許主義、社

寺の免許主義、学校の文部大臣・府知事県令による認可主義、病院等にかんする当時の関連「現行法規」を参酌して、主務官庁の許可主義としたのだとするが、このうち、まず「商法」というのは、ドイツ人・ロエスラー起草になる明治23年旧商法の156条（会社につき「政府の免許」を設立要件とする）を指すものとおもわれれるが、明治民法と同時期に成立した明治32年明治商法（梅謙次郎起草）第二編会社第一章総則には、設立要件についての上記・旧商法規定に対応する規定はなくなってしまった（関連規定としては、登記は対抗要件とする45条があるのみで、準則的登記のみで成立となったと解される――その他の引用・準拠法規についても、許可主義という既定の路線を正当化するために強いて調査引用されたとの感もなくはない）。要するに、民商法が一応ともに成立したこの段階で、民法・公益法人と商法・会社との間にはその設立主義につき正反対の方向が明確となったわけである。

而してその背景には、なによりも、上記旧商法「免許主義」にたいする経済界からの反対があり、それが政府によって受容されたという社会動向が直接の要因としては考えられるが、さらに起草関係指導者たる梅らの、一方では、たとえば、上掲・梅『要義』からも明瞭に窺うことのできる「公益団体にたいする取りしまりの必要性」、その他の関連文献にも看取される「公益を国家の秩序に結びつけて考え」る「国家主義」的傾向（星野――ただし筆者の見るところ、それは、「国家主義」一般というよりも、明治期・法典編纂が総体としては、当然のことながら、「特殊・明治国家という論理」の枠の中でのものであった、ということに由来するものであろう）、他方また、星野・上掲（p127註４）の指摘するような、梅の「営利法人にたいするオプチミズムと殖産興業的な考え方」等がその背景としてあったことは否定できない（いずれにせよ、とくに梅における、一方における、このような経済的自由主義的立場、法人関係の論述・発言等から窺われる・かなり透徹した法人擬制説的考え方、またさらに、かの「イエ制度」に対する醒めた見方等と、他方における、公益団体にたいする上記「国家主義」的発想とが、どのように親和的に説明可能なのか、は今後なお考えてみたい問題の一つではある）。

（ｃ）小括：

・以上のように、旧民法典から明治民法典の段階にいたるまで一貫して、少なくとも公益的団体にたいしては、その成立要件のステージから、国家による監督取締り的なスタンスがとられてきたこと、しかもこれは、参考とされた外国法中、（フランス法との関連は今しばらく措き）少なくともドイツ法草案（財団については、連邦の認可を要件とするも、「非経済的社団」にかんしては、登記のみで法人格取得）とも全く異なること、とくにそれとワンセットと考えられる33条は「比較法」的には珍しく※、むしろ当時の日本人起草者の独自の考えによるものと考えられること、などが、とくに注意を惹くところである。

※スイス民法が唯一（母法ないし参照外国法として）引用されることもあり、たしかに同法60条は「定款意思」による自由な法人格取得をみとめているといえるが、しかし同法はすくなくとも旧民法典の段階ではいうまでもなく、明治民法典成立の段階でも、まだ成立はしていなかったことに注意（その成立年は1907年＝明治40年）。

・しかし、この・わが公益法人制度における「主務官庁」制とそのもとでの「許可主義」の二つの柱ともいうべきものが、その後100年余におよび、官僚制度のもとでの病理的運用と相俟って、まさに後述のように、その後の公益法人制度の病理現象、ひいてまた自由闊達な民間非営利活動にとっての制度的桎梏となったことも否定できないところである。そしてまさにそれが、今回の06新法における公益法人改革の主要ターゲットとなり、（基本的には）否定・克服されることになったわけであり、その意味では、以上の立法過程は基本的にはいまや文字通り「過去の歴史的問題」ということになったともいえる。

・これに反して、次項（ロ・３）でとりあげるもう一つの要件問題群は、06新法においては「一階法人」および「二階法人」を構成する基本的柱とも関連し、また現在進行中のＮＰＯ法の見直し・再検討作業にとっても、基本問題のひとつであり、その意味では、まさに今日的意義を失っていない問題であるといえる。

ロ・３）（民法34条所定の要件としての）「公益に関する」（「公益」要件）かつ

「営利を目的としない」(「非営利」要件) :

(a) まず、要件「公益に関する」につき :

・本条に対応する旧民法典規定は形式的には存在しないが、上記のように実質的にはその精神は33条とともに本条にも受け継がれたと考えられる。

・法人全体の体系類型化として、外国法との関係では、(上記のように) 法人規定部分につきその起草段階で第一義的に参照されたドイツ民法 (第一草案) とも異なり、営利―非営利だけではなく、少なくとも非営利法人についてだけは、日本法は独自にこの「公益」要件を付加し、それに意識的かつ一貫してこだわったといえる。

・「公益」の意義につき、起草過程での立法者意思によれば、それは「不特定多数者の利益」の謂であったことが、さしあたりとくに注目される――これは、下記ＮＰＯ法の要件規定とも一脈通じるものがあり、他方また、「新法・二階法人」の公益認定との関連でも興味深い。

・「目的」ではなく、「関する」にした理由・真意については、法典調査会での、「公益ニ関スル」ではなく「目的」にせよとの意見に対し、梅は「(その意見でいくと) 鉄道事業のようなものも公益にはいってきて困る」という趣旨の反論をしていて、「関スル」の方が公益法人を限定制限する方向に作用するものと考えていた節がある ;

・いずれにせよ、「公益」の語がその抽象性・多義性ゆえに、立法段階ないし直後から多くの疑義・論議を惹起し、解釈・運用上の問題点を提起し、しかも上記「主務官庁」制下の「許可主義」体制のもとでのこの「公益」概念の解釈運用が、公益法人制度の (しばしば「官益」中心の) 恣意的で不透明かつ不統一な運用の元凶になったことは否定できない ;

(b)「非営利目的」要件につき :

・旧民法典じしん、上記のように、「非営利・公益団体―営利(組合契約)」間の区別は、営利会社法制はすでに先行実施され、商法との棲み分けはすでに既定の路線となっていたせいか、法典調査会でも、この要件についての議論はあまり出なかったようにおもわれる (論議はむしろとくに次項の「公益―非営利」の関係関連如何という問題に集中した)。

・ただしとくに「営利－非営利」の区別の規準・メルクマール如何とい

う技術論的論点に関しては、その制定直後から、民（旧）35条の「営利目的」との関係をどう考えるか、とくに、下記１ないし２いずれが区別の規準として妥当か、が、とくに商法学者をまきこんで議論されてきたことが、今日につながる議論として注目される（後者の論点にかんしては、松本烝治「営利法人ノ観念」法学協会雑誌28－３／４（明治43）以来、２の基準が通説化）：

１．主たる事業活動の目的ないし内容の、主観的ないし客観的性質を区別の規準とする説。例えば、（旧）商法（52①）ないし（旧）有限会社法（１①）上の「商事会社」の要件要素については、前者＝商行為／後者＝商行為＋営利行為とし、他方、民事会社（商52②については、商行為目的ではないが、営利目的がその要件要素とする。

――この説に対してはとくに、下記の問題点が指摘できる：

１）旧法上の「会社」における定款・事業目的による限定に関しては、１．準則主義下での実際の適用の広範性、２．民43の・判例による無化という問題。

２）営利的協同組合の存在（例：生産組合、企業組合）をどう位置づけるか。

２．構成員への利益分配の有無、それに対応する構成員の利益持分権［利益配分請求権、（脱退時における）持分払い戻し請求権、残余財産分配請求権等］の有無を区別の規準とする説。

（ｃ）上記・両要件がandで接合されたこと（つまり、非営利目的かつ公益関連性が許可の基本要件とされたこと）、とくに、非営利要件以外にそれと並んで、あえて「公益関連性」という要件が維持されたことは、立法段階ですでに、以下のような困難な解釈論的ないし現実的論議を惹起することとなった：

・「営利―非営利」、「公益―非公益（＝私益＋共益？）」という、質的次元的に異なる二つの座標軸が重畳的に用いられたことに伴う問題（つまり、公益は営利の反対概念でもなく、また非公益だからといって非営利とはいえない等）。本条をめぐる法典調査会での議論はとくにこの点に多く集中し、この二つの適用基準の関係につき、たとえば、「営利かつ公益」の事業組織もありうること（例、鉄道会社――ちなみに、この点は現在の営利企業ＣＳＲ論にもつながる問題点）、非公

益だからといって非営利とはかぎらない（例、産業組合、相互保険会社）こと、公益事業で利益を分配するものはどちらにカテゴライズされるのか、営利事業で利益をすべて社会奉仕にまわすものはどちらか、などの問題・疑義が提起された。

・また、両要件の関係につき、いずれに重点があるかも議論され、民法制定過程での梅説は、ＢＧＢ第二草案を挙げながらも、公益目的性は法人たるの当然の要件であって、ただ鉄道会社のようなものは公益事業ではあるが、営利性もあるので（つまり一般的にも、公益要件では本来区別はつきにくいので）、結局区別のメルクマールとしては「非営利＝34、営利＝35」という点に重点をおくべきであるとする。いずれにせよこのように、立法の当初から、両要件の関係は矛盾を孕むものとされ、法典調査会の議論のなかでも、以上のような問題の錯綜を見越して、ドイツ法のように「営利―非営利」の一本立てにした方がすっきりするのでは――との意見もだされ、公益要件の存在意義を問題視する見解もあったことは注目される。

ちなみにまた、後年（大正11年）制定された（旧）信託法66条は、公益信託の設立要件規定であるが、他の点は上記・民法34条と平仄をあわせた規定となっているのに対し、「非営利」要件の方はこれを採らず（しかも「公益ニ関スル」ではなく）敢えて「公益ヲ目的トスルモノ」のみを公益信託の許可要件としたことが、以上との関連でも注目される（この点、後に（公益）信託制度を取り上げる際に再度ふれてみたい）。

・とくに営利目的でもなく、さればといって公益関連性もない、いわゆる「中間団体」が、本条のもとでは法人格を取得する道を閉ざされてしまうという、いわゆるその後の「権利能力なき社団・財団」問題の不可避性はすでに立法段階でも気付かれていた。とくに、法典調査会・主査会では、「公益」要件との関連で、「これでは「倶楽部等」が法人格をとれなくなって困ることにならないか」との意見もでたが、論議がすすまず、無視のかたちとなった。ただし、別の箇所では梅は、非営利でも公益でもないものは法律で法人格をあたえればよいので、民法上問題になるものは多くはない、と楽観的な発言をしたりしてもいる；

（ｄ）小括――両要件をめぐる立法過程における論議の、以上の簡単な検討からも気付かれる点は、上記二要件中でもとくに「公益関連」要件をもちこんだことが、問題を不透明かつ複雑なものとしたように思われること、それは非営利要件との二元的並存に由来するものであるのみならず、そもそも「公益」要件そのもののなかに胚胎するものであるように思われること、であり、それだけに（「歴史の教訓」としても）、すくなくとも法律論・法制度論としては安易に「公益」概念をもちこむことには、（少くとも私見は）慎重であるべきと、改めて思う次第である（なお以上の「営利」「公益」要件をめぐる法人類型論的問題点については後にⅡにおいて06新法のとった法人類型・体系を検討する際に再び詳しく採りあげることとする）。

ハ）「病理」の具体的現象：

上記「病理」は、法規の具体的内容、その運用、それがもたらしたもの、という三つの次元において存在し、かつ、以下６つの局面・態様において現象した、と総括できよう：

ハ・１）「病理」その１：設立段階でのハードルじたいの高さ、裁量的・恣意的運用（＝不透明性）。

（ａ）民法（＝実体法的許可要件）じたいの規範的具体性・明確性の欠如（「非営利目的」「公益関連」要件等をめぐる上記事情）；

（ｂ）その運用における、

・硬直性（例、財団法人許可基準におけるバーの高さ、つまり公益活動の永続性要件の名のもとでの多額の基本財産要件――非営利団体の内容的多様性、規制の必要性の多様性、等の現実とのミスマッチ）；

・裁量性（判例※による・その追認）

・その結果としての恣意性（例：事業者団体・親睦的クラブ的団体等が民法・公益法人として許可される例）；

・不透明性（実質上の便宜・裁量的運用――下記判例はこれも追認）；

・非迅速性（許可がおりるまで長期間を要する、等）。

※最判昭63.7.14判時1297-29：

・事案：東京都足立区医師会内の内紛を原因としてそれを脱退した医

師72名が新医師会を結成し、都にたいし法人許可申請を提出。都は地域医療に混乱と障害をもたらすとの理由をもって不許可処分したのに対し、これを不服とする処分取消の行政訴訟提訴。

・判旨：民34「許可」の趣旨として「設立を許可するかどうかは、主務官庁の広範な裁量に任されている」。つまりそれは便宜裁量であって、旧・行訴法30条の・裁量権の「踰越」「濫用」のみが司法審査になるとの前提のもとで、その「踰越」の有無については、事実判断の誤り、判断の妥当性の社会観念上の逸脱のみが基準となる；本件の判断には上記合理性が認められる、とし、原審の、裁量権逸脱を理由とする取消判決を破棄自判。

・問題点：

①本判例のとる上記見解は、行政庁の予測的判断を中核とする裁量的処分にたいする司法審査の判断基準をめぐる見解としては、当時の判例の主流的見解からは逸脱的見解；

②本判例は結論的に、公益法人許可の判断における行政庁の広範な自由裁量を追認するものであるが、本・裁量要素のなかには、同業者間の競業秩序的介入ないし行政的業法的規制（それを通じての業界にたいする行政指導等；本件では、裁量による不許可処分をつうじての医師会運営・事実上の加入強制等）等の要素・意義も入りうることにも注意すべき。

ハ・２）「病理」その２：設立・存続等における、主務官庁＝縦割り体制下での、許可規準の不統一性、主務官庁ごとの民法・公益法人ないし特別法公益法人のパッチワーク的乱立・存続、などの問題状況の現出：

・民法34・公益法人じたいが、上記のように縦割り「主務官庁」ごと各種公益法人の乱立を許す体制；

・（180を越す）各種（所管官庁のもとでの）特別法による公益的ないし共益的（ないし「官益」的）法人の乱立；

・設立段階だけでも、民法：許可主義；特別法：特許主義、認可主義、認証主義（宗教法人等）、（事実上ないし法律上の）準則主義（認可地縁団体、区分所有管理組合）、認許主義（外国法人）等の、諸「主義」の分裂；

・主務官庁制の弊害：例、「共管法人問題」、許可・監督基準の不統一（主務官庁毎の違い）；

・その結果としての、総体としての、（非営利）法人法制体系全体の（そ

の時々の政策的政治的必要等に応じての・統一性を欠いた）カオス的存立・管理監督状況。

ハ・３）「病理」その３：「（参入規制という機能をももつ）法人格付与＋優遇税制その他の行政的補助・保護＋組織・事業内容の行政規制・監督」の三つの権限・関係（それにもとづく、支配ー服従・依存・保護）が、三位一体となった、それゆえ、「主務官庁―公益法人」間のタテの（なれあい、もたれあい）関係を中心とした非営利法人法制（下記（ａ））；そこでの「監督」等の非・実効性（同（ｂ））。（なお、この「三位一体」的性格については、松原明の、本稿（１）＝本論集58巻３号541頁引用の指摘にも示唆を受けたことを付記しておく。）

（ａ）上記「三位一体」としての非営利法人法制・運用：

わが国従来の（旧）公益法人（のみならず、「共益法人」をふくめ一般に非営利法人）をめぐる法制・運用は、法人格の付与が、民事法的意味もさることながら、社会的により重要な意味として、「主務官庁」による事業・組織（法的）規制・監督（民法段階でも、設立における「許可」権限のみならず、監督・命令・検査権限（67）、設立許可取消（71）等）、法人税等の税制優遇ないし補助金等の各種公的補助（法人格取得のための高いハードルじたいが参入規制をつうじての保護的規制といえる）等の行政的規制・保護と直結し、しかもそれが、「主務官庁」の縦割り的体制のなかに組み込まれてきた、ということに、おおきな特徴がある（そのような意味でも、わが国のとくに公益法人の多くは、レスター・サラモンがいみじくも指摘したように「政府の一部」であって、ＮＰＯの基本的メルクマールとしての「政府からの独立性」という要素が希薄であったことは否定できない）。

（ｂ）上記・事前的規制・監督の実効的限界：例、

・上記の許可主義のもとでの入り口＝設立段階での高いハードルと上記各種保護制度は、一方で、公益法人資格のプレミアム化（公益法人資格のヤミ売買問題等）、他方、公益法人制度の乱用・悪用（租税回避のための法人成り、租税優遇措置の悪用等）をまねき、また、上記許可規準の不統一性・裁量性・不透明性等の欠陥は、早くから各方面で指摘され、また「権利能力なき社団・財団」問題等の一つの背景とも

なってきたこと周知のとおりである。その他、休眠法人問題、公益法人の営利企業化、一部親族等による法人運営等の私物化、意思決定・経理財務状況等の不透明性・不公正等、これらの「公益法人問題」とも総称すべき社会問題は、次項の「官製公益法人」問題とは異なる意味・次元においてもすでに何度か浮上し指摘されてもきた。

そして、これらの「病理」にたいしては、後述のように早くから旧・総務庁・行管局の公益法人白書・勧告等による数次の実態調査・問題指摘等がかさねられ、また、後述のように数度にわたる政府の・閣議決定等での対応策もとられてきたことも事実であるが、実効性はあまりあがらなかったことも事実で、その本格的な対策は、結局近時の一連の行革政策ないし本・06新法改革をまたざるをえなかった(ただし、上記・休眠法人等にたいしては、後述の昭和52年民法改正がすでに一定の立法的対応をしていることも忘れてはならない)。

ハ・4)「病理」その4：濫用的公益法人等、官益（というよりもむしろ「省庁益」）主導の「官製公益法人」の横行、そのもとでの「行革対応」的病理現象の蔓延――行革問題としての「公益法人問題」。

これはすでに（とくに行革問題の一環として早くから、そして本稿執筆段階でもまさに現在進行形の問題として)指摘されてきたことであり、本稿で繰り返す必要もないほどに周知の事態であるが、あえて本稿の観点から整理・要約すれば、それは要するに、中央省庁、および（昭和18年臨時措置法および平成3年民法改正による83ノ2に基づく）その機関委任事務としての都道府県・所管掛による、ないし都道府県じたいによる、各種・行政補完型（ないし外郭団体的）公益法人の叢生的設立、官益的監督・運用・利用等の問題、そしてその結果としての、ヒトの面での「天降り」問題、カネの面での補助金・委託事業費等公的資金の投入、事業面での業務委託（例：指定法人への丸投げ）等による行政代行・介入・下請け的利用、さらには官製談合・民業圧迫等の弊害、ひいてまた、ＫＳＤ事件等の刑事立件化された政官癒着の不祥事　等等――※。

※北沢栄『公益法人――隠された官の聖域』岩波新書、2001は、肥大化する「見えない政府」としての公益法人の多くの「知られざる実態」を実

例をあげながら文字通り「暴露」する貴重なドキュメントであり、特に、その「設立・運営を巡るさまざまな手法」として法によらずに「通達」や「告示」で利権を取得する方法の紹介、特殊法人改革と公益法人問題との関係、とくに1983年「土光臨調」最終報告により特殊法人・認可法人の新設が制限された結果、「官の「自己増殖衝動」が、〔中略〕自分たちの裁量で手軽につくれる公益法人へと怒涛のごとく向かった」との指摘：ｐ６）、その結果として発生した「公益法人問題」の基本的内容（ｐ７以下）、問題となる公益法人の類型化（p35以下）、「公益法人を利用した典型的な犯罪」事件、とくに政府が公益法人改革に本格的にとりくまざるを得ない契機となったＫＳＤ事件の背景・経緯（p43）等、が本稿の視点からはとくに注目すべき情報といえる。

なお、より早い段階での「暴露本」風ルポルタージュとしては、周知のように猪瀬直樹『日本国の研究』文芸春秋社、1997（とくに「第Ⅴ章迷路の世界――公益法人に群がる寄生虫たち」）が有名。

ハ・５）「病理」その５：共益的組織活動をふくむ、社会の民間非営利活動の法制的ニーズに十分応ええない状況：

これは、要するに、上記民法34条の「公益」かつ「非営利」という設立要件じたいが、「非・公益＋非営利団体（中間団体）」問題（＝「権利能力なき社団」問題）の発生を不可避的にもたらしたということ、またその許可主義のもとでの「公益性」要件等の運用実務等による、設立段階での高く不透明なハードル等が、民間非営利組織活動の法人成りしえないための種々の困難をもたらしたということ、これらの公益・共益問わず簡易法人化への社会的要請・ニーズにたいし、法制度の側が十分に応えなかったということ、であり、そのような意味で、民法公益法人制度とその行政運用は、民間非営利活動にとって法制度的桎梏として立ち現れつづけてきたということ、それは1995年大震災以前の段階でもすでに（戦前からも）民間の側から数度にわたり指摘されてきたことでもあるが、しかし、上記・大震災を契機とする「ボランテア元年」の幕開け、それを決定的契機とするＮＰＯ法の制定にいたるまでは、その民の声もその法制的桎梏・カベを打破するにまでは至らなかったこと（それを可能にするような政治状況ではなかったこと）も事実である。

ハ・６）「病理」その６：民法・法人規定の（とくに民事法的）規範性の機能

喪失・希薄化、空洞化。

・設立ないし指導監督の両段階での行政運用については、その運用基準の統一・明確化等が数次にわたって政府部内でも試みられ、とくに、平成８年閣議決定「公益法人の設立許可及び指導監督基準」および同・関係閣僚会議幹事会申し合わせ「同・運用指針」の二つがさしあたり、06新法前の段階での・最終版ともいえる具体化として重要であるが、いずれにせよ、それらは民法に代わって民法規範の不十分性を埋める行政運用規範であり、したがってまたそれは民法法人規範の空洞化を意味するものでもある；

・行政運用における大幅な裁量性（上記）は、いうまでもなく同時にまた、上記「規範性」の喪失・希薄化そのものでもある。

・標記のことに関連して、「従来の民法法人規定の解釈・論議の不十分性」、とくに、「法務省民事局の登記等実務の回答に依拠した解釈が多い」旨の指摘が、後述のように（ＮＰＯ法の立法過程で、みずから立法提言・ロビーイング作業に加わり、成立後そのコンメンタール作業にも加わった市民団体リーダーであり、専門法曹とはいえない）松原明によって、それら作業の過程での率直な感想として鋭く指摘されている（上記）ことは、興味深いことである。

・なおまた、法人登記・商業登記の法務局審査基準とその運用傾向として指摘されている点（例：社団定款の登記窓口での実質審査主義的チェックと民72①所定「定款自治」原則の空洞化）も、そうした傾向の一環として捉えることが出来よう。

Ｂ－２）上記「病理」現象への対応・対策ないし改革動向：

上述のように、これら種々の病理は、最終的（かつ形式的）には、06新法によって除去されるほかなかったといえるが、しかし、それ以前にもこれまで、政府・立法府により、ないし民間活動等として、一定の改善・改革作業ないし克服運動が試みられてきたことも、歴史的事実として、忘れてはならない。而してその作業・運動をめぐる諸動向は、下記イないしハの、三つの異なる流れに整理できると思われる。その基本的内容を箇条書き的かつ時系列的にコメント抜きの事項のみを概観すると以下の如くである：

イ）第一の流れ――（本格的「行革」過程以外・以前の）行政・立法による（公益法人制度の運用改善ないし立法的改正等の）一定の対応とその限界：

イ・１）行政的対応――とくに、行政監察・勧告、情報収集・開示、監督強化、許可基準等の明確化・統一化等の側面での対応：例、

・昭和42（1967）年：許可審査基準申し合わせ；昭和46（1971）年：行政管理庁監察・勧告（関係省庁は法人の事業運営の適正化のための指導監督強化の必要、休眠法人の整理促進等）；昭和60（1985）年：総務庁行政監察局編『公益法人の現状と問題点』大蔵省印刷局

・平成４（1992）年・総務庁行政監察局監察・勧告『公益法人の現状と課題』（指導監督についての勧告、それを受けて各省庁は詳細な運用規準を作成）

――しかし全体としては、これら数次の勧告を受けての統一規準の作成がなされても、各省庁の天下り先確保等の利害がからみ、ほとんど遵守されなかったことにつき、後掲（Ｃ－１）イ）関連文献中の谷（１）〔1999〕70頁注５参照。

イ・２）立法的対応：とくに、

（ａ）昭和54法68による（下記諸点における）民法・公益法人関連規定改正：

１．67②の新設（主務官庁による監督上必要な命令権）；

１’．違反理事・監事への罰則の新設（84条三号の２）ないし強化（84）；

２．主務官庁による設立許可取消権の新設（71前段改正）；

３．休眠法人整理のための措置（設立許可取消：71後段新設；関連登記手続：77）cf １）「財団法人・天下一家の会」（ネズミ講主催者による、休眠財団法人の不正流用）事件、cf ２）昭和49商法改正（406新設）：休眠会社のみなし解散規定；

４．民法法人でない者の類似名称使用の制限（34ノ２、84ノ２）。

（ｂ）公益法人行政をめぐる地方分権化：

・平成３法79――83ノ２追加；平成４政令――都道府県等の機関委任事務化；

・平成11法87：地方分権推進一括法（関係法律整備法）による民法83ノ３追加――①機関委任事務の廃止、団体委任事務化（公益法人にかんする主務官庁の権限の、法令による都道府県・「自治事務」化の可能

性）②（その場合における）主務官庁による指示・基準告示の権限等。

（c）非営利法人特別法関連改革――例、とくに、オウム真理教サリン事件を契機とする宗教法人法改正（平成７法134）、その他、医療法人・福祉法人等の関連特別法の改正（詳細・略）。

ロ）第二の流れ――「行（財）政改革」の一環としての「公益法人制度改革」の本格化：

1990年代後半から本格化する行（財）政改革のなか、その一連の政治的アジェンダの一環として公益法人改革が本格化していくが、その基点となったのは、平成８（1996）年・与党行政改革プロジェクトチーム（以下、ＰＴ）「公益法人の運営等に関する提言」であるといえよう。以下、それを基点とする・その後の改革動向を、そこでの論点項目毎にかつ箇条書き的に整理・概観すれば以下のロ・１ないしロ・４通りとなろう：

ロ・１）公益法人監督行政の見直し・強化・具体化・統一等、および情報公開等の、動向――とくに：

・平成８：閣議決定「公益法人の設立許可および指導監督基準」等；

・平成９：同上の改正：「基準・指針」――そのポイントは、①「公益」要件認定における厳格化・限定、②非営利要件の厳格運用：とくに、収益事業要件、財務会計（とくに、財産運用方法、「内部留保」限定）、株式保有要件等の明確化。

――ただしここでも、それらの実効性は官側の抵抗に阻まれて十分にあがっていないことにつき、谷（１）〔1999〕 p71注７参照。

・平成10年度以降：総理府編『公益法人白書――公益法人にかんする年次報告』刊行。

ロ・２）「官製公益法人」関連改革等：

・「病理系公益法人」の多くは、上述のような・この「官製公益法人」であったといえるが、とくに、1983年「土光臨調」最終報告以来の、「特殊法人・認可法人」等の新設制限ないし解体の結果、逆にこの種の「公益」法人が増加したことも上述のとおり；そのような意味でも、特殊法人等改革と公益法人改革はともに行政改革の一環として関連してい

ることに注意すべきである；

・ただし、行政改革の一環としてのこれら「官製公益法人」等についての改革動向については、とくに、平成14.3閣議決定「公益法人に対する行政の関与の在り方の改革実施計画」にもとづき、421法人の事務・事業については廃止、登録制への意向等の措置、183法人に交付される補助金等について（丸投げ、丸抱え、役員報酬助成等の改革・廃止等の方法での）廃止、縮減等の措置がはかられ（なお　総務省大臣官房「公益法人の効率的・自律的な事業運営のあり方等に関する研究会」報告書（平成16年７月）および内閣府・行革推進事務局 HP 等参照）、またとくに公務員天下り問題との関連での公務員労働法制改革、官製談合防止法改正とその後の公取の（刑事罰を視野にいれた）厳格対応等の諸動向は、本稿執筆段階（平成19＝2007年前半）でもなお現在進行形の形で続いているが、詳細は省略（いずれにせよ、近時の緑資源機構・官製談合事件※等からもあらためて窺われるように、これら官製公益法人問題は、本稿執筆の段階でもなお基本的には解消されているわけではないことが、明らかである）。

※2007.5.24朝日新聞報道によれば、農水省所管独立行政法人「緑資源機構」が発注する林道整備の調査業務をめぐる入札談合事件で公取は受注上位の公益法人と民間コンサルタント会社など４法人を独禁法違反で刑事告発し、東京地検特捜部は同法人担当幹部と同機構理事らを逮捕の見通し。同紙によれば、これは古典的な官製談合であり、農水省・林野庁 OB の受け皿団体が、天下り先の公益法人などに国の補助事業などを組織的に割り振るシステムとのことである。

ロ・３）「僭称公益法人」対策：

（ａ）この「僭称公益法人」問題とは、公益法人をめぐる以下のような逸脱的現象である：

問題１：（株式保有＝投資的事業もふくめ）営利事業団体化、民業圧迫等のケース；

問題２：同業者団体等の・本来公益性のない団体が、（とくに昭和47年前の行政運用において）公益法人としての法人格取得する等のケース。

――これらに対する対策として、上記・平成８年：与党行革ＰＴ・提言、同：閣議決定を受けて、その「整理」問題が法務当局の課題として浮上し、具体的には、上記・問題１については「営利法人等への転換」方法が、また同様に問題２についてはこのような「非営利・非公益」の団体に法人格を賦与すること、要するにいずれも、それら「僭称法人」の実体に即した法制度的受け皿作りが、行革の一環として急がれることとなった；

その結果、それぞれ以下のような対応が公にされることとなった：

（ｂ）上記・問題１については、以下のような行政的対応策が発表された（その手続き的ないし内容的問題点等についてのやや立ち入った批判的検討については、下記Ｄ－３参照）：

・上記平成８年の与党行革ＰＴの提言―閣議決定をうけ、同年法務省民事局に法律学者および各省庁公益法人担当者からなる「法人制度研究会」をもうけ、その検討結果を同10年に報告書「公益法人の営利転換の方法」（別冊ＮＢＬ47号）として公表。

・それを受けて同年、「公益法人等の指導監督に関する関係閣僚会議幹事会」申合せのかたちで、所管官庁の指導監督上の統一的指針として「公益法人の営利法人への転換に関する指針」発表。

（ｃ）また問題２については、以下のような経緯を経て立法化がなされた（その立法趣旨ないし内容的問題点等についてのやや立ち入った批判的検討については、下記Ｄ－１参照。）；

・平成11.9：上記法人制度研究会「〔中間法人法制の創設にかんする〕報告書」（ＮＢＬ673-25）；

・同12.3：法務省「中間法人（仮称）制度の創設にかんする要綱（中間試案）」発表；

・平成12.9：法制審議会法人制度部会「共同法人（仮称）制度の創設に関する要綱」；

・同13：中間法人法（法49）成立（平成14.4.1より施行）。

ロ・４）民法・公益法人制度じたいの改革（06新法へむけての改正作業）

上記の一連の公益法人改革が、いずれも、上記公益法人のかかえる「病理」的現象に対する対応としては、あくまでも部分的・対症療法的なも

のでしかないことも否定できないところであり、政府はその後平成14（2002）年以降、行革担当大臣のもと行革推進事務局が中心となって、より抜本的な民法・公益法人改革にとりくむこととなり、４年の経過を経て今回の06新法の成立に至った、というわけである。

その改革過程のやや立ち入った批判的な検討は、次項Ⅰ―２で「（06新法じたいの）成立過程」として、そのいくつかの特徴点を浮彫りにするという視点から、見ていくことにする。

ハ）第三の流れ――民間非営利活動じたいの社会的促進・保護のための法制的改革（とくに、上記・民法公益法人改革とは別建てでの、新たな法人立法としての、ＮＰＯ法制定）への、市民活動団体を中心とする胎動、1995年「大震災」を契機とする、市民団体・政党・議員を中心とする・その本格化、そして更に1998年ＮＰＯ法の成立、等の一連の流れが、それであるが、これについてはとくにＮＰＯ法の制定過程とその内容に焦点とあてるかたちで、項をあらためて次項Ｃで、やや詳しく採り上げることとする：

Ｃ）ＮＰＯ法

Ｃ－０）序：

以上（前項Ｂで）みてきたような民法・公益法人を中心とするわが非営利法人法制の「病理」とそれへの社会的「対応」にたいし、おおきなインパクトを与えたのは、なんといっても、ＮＰＯ法の成立という、文字通りエポックメーキングな事件であり、そのような意味でまたそれは、06新法の前史としても中核に位置する歴史的事件であったといえる。

以下では、そのＮＰＯ法につき、その成立過程（Ｃ－１）とその内容（Ｃ－２）につき、それぞれの光（特徴）と陰（問題点）の両面を可能なかぎりバランスよく整理・分析し、最後に総括的に、その成立が現実の非営利活動ないしその理論・法制等の各方面に及ぼしたインパクトを整理概観する（Ｃ－３）こととする。

その検討に入る前にここ（Ｃ－０）で、（06新法を直接の検討対象とする本稿があえて）このＮＰＯ法をいささか立ち入って検討する意義ないし趣旨（それゆえにまた、ＮＰＯ法にアプローチする視点）如何、をあらかじめ序論的に明確にしておくのが有益であろうと思われる――而してその意義ないし趣旨と

しては、大きく分けて、以下のように、一般的意義（イ）と今日的意義（ロ）、の二つが存するように思われる：

イ）一般的意義：

イ・1）わが国「立法過程論」一般にとっての貴重なケースとしての、ＮＰＯ法立法過程：

それはとくに(後述のように)、本ＮＰＯ法成立にいたるまでの過程が、議員・政党と市民運動団体との協働の過程であり、その成果であるという点で、わが立法史上も画期的な意義をもつものであっただけに、すでに「立法学・立法過程論」ないし「政策学・政策研究」等の観点からもそれについてのいくつかのすぐれた実証的研究・論稿が公刊されており、筆者自身も（上記「立法・制度論」としての「現代日本・民事法理論体系・原論」構築という問題意識の延長線上で）大いに関心があるところでもある。

イ・2）その内容面での、わが「非営利組織・法人法制論」一般にとっての（はじめての本格的）問題提起・論議としての意義：

本・立法過程で、その内容をどうするかにつき、市民団体ないし政党間、また市民団体―政党間、その他各種民間団体・研究機関等の、諸フォーラムで、ミクロ・マクロ取り混ぜての諸論点をめぐり、各方面から取り交わされた論議は、単にＮＰＯ法だけの範囲にとどまらず、より広く一般に非営利組織法制論全体にとって、おそらく嘗てない質量における初めての論議であり、(初めての論議であるだけに、いわば「星雲状態」的混沌も含みつつ、それだけにまた）極めて注目すべき多彩豊富な示唆を提供するものといえよう。本稿でも可能なかぎりその内容の摂取に努めたが、とくにそこでの論議の記録等の一次文献については、ほとんど精査の余裕がなく、それらもなお今後の課題として残されていることをお断りしたい。

ロ）今日的意義：

ロ・1）06新法の批判的検討にとっての意義：

ＮＰＯ法が、民法・公益法人とは異なる（一般的）公益法人類型を（特

別法としてであれ）新たに創出し、而してさらにそれを通じて、民法・公益法人（ないし規定・制度）じたいに対し、重要かつ批判的な問題提起をしていることはあきらかであり、そのような意味で、両者の対比、とくに、ＮＰＯ法が民法・公益法人規定とは異なる規定・立法論をとり、後者を改革した点を、その意義・背景とともに明らかにすることが、ＮＰＯ法じたいの内在的理解にとっても重要であること、いうまでもない。

しかし同時にまた、06新法が成立し、上記・民法公益法人規定じたいの・ほとんどの部分が削除され、あらたに「一階法人」ないし「二階法人」という法人法制の「新装開店」も遠くない将来となった現時点、しかも（後述のように）本ＮＰＯ法と06新法というふたつの、一般的ないし実質的には同種の二つの法人類型の「並存体制」が（良かれ悪しかれ）現実のものとなった現時点、では、上記民法・法人規定との対比という課題に加えて更に、本ＮＰＯ法は、この06新法との関係というあらたな局面・切り口での位置づけが求められているものといえよう。そしてそれは具体的には、一方では（上記のように「同種」のものであるだけに）06新法にとって、その立法過程・内容の両面で、いわばその問題性を映し出す鏡としてのＮＰＯ法という位置づけに関してであり、本稿でもそのような観点から、次項（Ⅰ―２）においては、とくにＮＰＯ法成立過程との対比を絶えず意識しつつ、06新法の制定過程の特長・問題点を批判的に分析し、またⅡにおいては、とくに法人体系・類型論的観点から、06新法とＮＰＯ法との「並存体制」の法理論的問題点等を分析し、更に06新法じたいの・法人法制としての内在的批判的分析を行うⅢにおいては、ＮＰＯ法をも同じ俎上に載せて対比的検討をおこなうよう試みた。

06新法とＮＰＯ法との、もう一方の「関係」は、前者の成立・施行を受けての後者の（全面）見直し作業という、すぐれて現実的な立法論的アジェンダにかんするものであり、それについては項をあらためて次に若干のコメントをくわえる：

ロ・２）（とくに06新法を受けての）ＮＰＯ法自体の（全面的？）見直し（改正）という立法作業が現在進行形で進められつつある現段階での今日的意義：

・本稿執筆の2007年７月の現段階でのＮＰＯ法（人）を中心とする現実的問題状況は、およそ下記の二点に整理できよう：

1．06新法成立１年後の現時点では、その施行規則・公益認定委員会等の細部的内容の明確化・始動、民法・公益法人ないし中間法人等の既存法人の法制の移行実務の明確化等、の新法具体化のための一連の動向のなかで、ＮＰＯ（法）側にとっては、06新法との「同種併存＝二元体制」下での棲み分け＝差異化（生き残り？）戦略如何がさし当たってのアジェンダとなる；

そしてこの点、ＮＰＯ法担当官庁たる内閣府・国民生活局でも、現段階ですでに、「市民活動促進課」を事務局として「第20次国民生活審議会総合企画部会ＮＰＯ法人制度検討委員会」で何度かの検討会が重ねられ、平成19年６月「最終報告」も出されるに至っており、今後はそれを中心としたＮＰＯ法の立法論的再検討が必要とされよう。

2．同時にまたＮＰＯ法じたいにとって現時点は、同法施行後８年余り後の現時点という意味もあり、そのような意味で、この間の、行政側では「認証」等の実務経験、またＮＰＯ側ではその設立―活動等の過程で実際にぶつかった問題点等の、実際的経験からみえてくる・同法の問題点についての実証的内在的検討が、ＮＰＯ法みなおしにとっての基礎・前提となるこというまでもないところであり、すでに、同旨の観点からの、上記・事務局による全国レベルのＮＰＯ調査が実施され、公表されていて、今後の論議の資料としての（批判的）活用が期待される。

※なお、税制にかんしては、本稿校正中に2007年10月13日付け日本経済新聞にて、同12日政府税調は08年12月以降の（06新法により）、認定公益法人とされたものについては寄附金優遇と法人税減免が同時に受けられる税制優遇措置拡充の方向で合意した、との報に接した。（12日の会合後の担当「主査」による記者会見での質疑応答は内閣府ホームページにてアクセスしえたが、本稿にその内容を織り込む余裕は、残念ながら、ない。）

・而して、本稿も（いうまでもなく）こうした目前の立法論的問題状況を強く意識した形で、以下・本項では、まず本ＮＰＯ法の立法過程ないし内容上の特質・問題点等の批判的検討をおこない、さらにまた――下記Ⅱないし Ⅲでの、06新法の（上記のように、本ＮＰＯ法との対比をも検討視点とする）批判的検討をふまえたうえで――最後のⅤにおいて（本稿の主題はあくまでも06新法の批判的検討にあるゆえに）いわば附論的に「補遺」として、ＮＰＯ法の見直し・改正提言を試み

ることとしたい。

Ｃ－１）立法過程――その展開概要と主要特徴点：

イ）序：

・ここで「立法過程」とは狭義かつ公式的には1995年から政府・国会で本格的にその作業・論議が開始され、最終的に98年、「特定非営利活動促進法」（平成10法律第７号、同年12月１日より施行）として成立した同法の立法過程を指すが、実質的には、95年以前の、種々の立法提言等の胎動期と、98年成立後の見直し、税制優遇等をめぐる作業・論議の時期までも含む、一連の政府・国会内外の、公式・非公式の、同法をめぐる関連動向を指すものとする。

・ところでこのＮＰＯ法立法過程に関しては、それが（後述のように）、わが国・立法過程の歴史の中でも文字通りエポックメーキングな事件であり、とくに、市民団体と国会議員・政党との協働作業の成果としてのＮＰＯ法の成立という側面から、多大の関心・注目を浴びることとなり、それにかんするいくつかの、すぐれた精緻な実証的分析・研究もすでにいくつか公刊（ないし発表）されている※；

そして、筆者にとってもいうまでもなく、06新法ないしＮＰＯ法の内容の理解・分析という観点からはとくに、そこでの法成立に至るまでの、各種立法提言、市民団体の立法案、各党案、およびそれらの間の批判・妥協・交渉過程等、まさに多彩多様な論議の、その論点・内容じたいが、まさに非営利組織・法人論にかんする豊富な示唆を含むものとして貴重である。のみならずまた、より一般的に、「立法・制度・政策論としての法律学」という方法論的方向性において「民事法理論体系」を構築しようとする、上記のような・筆者の理論的実践的指向との関連でも、本ＮＰＯ法の立法過程はそれじたい一個の貴重なケース・スタデイ的素材であり、極めて興味ふかいものがある。

本稿はさしあたりしかし、この立法過程そのものに立ち入って本格的に再検討をくわえ、上記諸研究に新たな何かを付け加えようとするものでもなく、あくまでもただ、それら諸研究を基礎としつつ、とくに06新法制定過程との対比において、かつその立体的歴史的理解に資するという観点から、それに必要な範囲で、ＮＰＯ法立法過程の主要な特徴点をいくつか析出・整理しようとするに止まる。

・その特徴点析出作業じたい（下記ハ）に入る前に、本ＮＰＯ法成立過程に現

れた立法提言等の動向を、その時系列的展開に即し、かつそれに関わったアクターの属するいくつかの組織セクターの活動・動向とそのセクター間の「対立と協調」という視点から、概観的に整理しておくことが、そのおよその全体像・アウトラインを把握するためにも、また次項の説明理解にとっても、有益であろう。而して、その「時系列」は、なんといってもとくに、平成７（1995）年１月の阪神・淡路大震災（以下「震災」）の前と後で分けるのが妥当であろうし、またその「セクター」の属性は、さしあたり、「市民団体―議員・政党―政府・行政」の三極に分けてみていくことで十分であろう。次項（ロ）では、その方向に沿って、かつ下記・関連研究文献等を参考にしながら、整理することとする：

※ＮＰＯ法成立過程にかんしては、とくに以下のような文献・資料が筆者の目を惹いた主要なものであり、その資料的価値等の筆者自身の評価を（それがまた、上記・立法過程論全体にも関連すると考えるが故に）あえて付して、それらを概観すると――：

・シーズ〔1998〕：シーズ：ブックレット『解説・ＮＰＯ法案――その経緯と争点』1998改訂第三版（この版は小島広光北大大学院経済学研究科教授よりの借覧による）

――ちなみに、ここで「シーズ」とは、正式名称「C's=市民活動を支える制度をつくる会」であり、1994年11月　ＮＰＯ立法をめざす市民運動団体としての目的規定を明確にするかたちで、市民団体24団体の参加のもと結成され、爾後一貫してＮＰＯ法制定にいたるまで、市民団体側からの立法化の運動の中核を担ってきた団体であり、松原明はその事務局長として終始立法の成立にむけて献身的かつすぐれた能力を発揮したことが、ここで銘記されるべきである。そして上記ブックレットは公刊されているものではないが、ＮＰＯ法立法過程の・1998年成立段階までの経緯、参考資料１ないし８、年表等、立法過程の初期の段階から一貫してかかわってきた人たちによる、文字通り足と汗で得られた情報・資料集としても貴重である；なお、本項（１）＝本「論集」58巻３号541頁をも参照。

・松原〔1999〕：松原明「ＮＰＯ法にいたる背景と立法過程」中村陽一＋日本ＮＰＯセンター『日本のＮＰＯ2000』日本評論社、1999、p58-61

――ここでは、まさに百家争鳴的論議の応酬のなかでの新立法の成立過程がコンパクトに活写されている；

・山岡〔1998〕：山岡義典「なぜいまＮＰＯ法案なのか」軍縮問題資料1998.2、p16以下
——山岡も（松原と並ぶ）市民団体側の有能なリーダーとして、法成立に尽力されたほか、とくに法成立後「日本ＮＰＯセンター」の理事長としてＮＰＯ活動の先頭に立って活躍されている方であり、多くの論稿・講演記録があるが、上記論考で山岡は、「市民活動促進法案」衆議院通過、四党合意で『特定』非営利活動促進法案に変更、等の事態展開の直後の同法案の特徴を６点にしぼって解説；とくに、主務官庁のもとでの許可制の廃止という点において「ジワリと日本社会全体を変えていく可能性を秘め」た法案であり、一般法ではなく特別法ゆえの一定の限界にもかかわらず、法人の認証や監督に関わる団体委任事務のはじめてのケース、情報公開の義務づけの点でも意義大であり、また選択肢の拡大（ＮＰＯ法人もその一つという相対化）の視点の必要性を説き、最後にＮＰＯをはじめとする市民活動こそが「日本型世間社会から地球型市民社会へ向けての大転換のはじまり」を告げるものであると高らかに総括する。

・明学〔1996〕：明治学院大学法学部・立法研究会編『市民活動支援法』信山社、1996（本書の入手は岡田信弘・北大大学院法学研究科教授の尽力に負うものである）
——本書は、1996同大での公開シンポの、ＮＰＯ法成立前の（上記・松原、山岡らの）諸報告と討論記録＋（各党案、各種民間団体提案を含む）巻末参考資料からなる、貴重な資料；

・堀田・雨宮〔1999〕：堀田力・雨宮孝子『ＮＰＯ法コンメンタール——特定非営利活動促進法の逐条解説』日本評論社、1999
——とくにp29以下「第二部　ＮＰＯ法をどう活用するか（座談会）」は、上記・松原以外に、同法の成立にも市民団体側からコミットした雨宮や二名の弁護士をふくめ、立法過程の内側にいた者ならではの、貴重かつ鋭い指摘を含むという意味でも興味深いものがあり、また本コンメンタールの存在じたいが、従来、「立法に携わった官僚が行政や裁判所に向けて書く法律解説書＝立法者意思」的受け止めという憂うべき風潮にたいする「頂門の一針」的批判の書という位置づけの点でも画期的である（堀田発言）（ただし「解釈論」については、その故のバイアスを免れていないことも注意）。

・堂本〔2000〕：堂本暁子「ＮＰＯ法の立法過程——環境ＮＰＯの視点から」鳥越皓之『環境ボランテア・ＮＰＯの社会学——シリーズ環境社会学１』新曜社、2000、p146以下

――環境保護系議員としての堂本の同法成立をめぐる奮闘記録ドキュメントとして貴重であり、とくに、環境ＮＰＯ/ＮＧＯにたいする行政・保守的政治家側からの政治的警戒感から、それを法人格付与対象からの除外しようとする動向すらあったという、今日的視点から振り返ると昔日の感あるエピソードも紹介されており、「これまで圧倒的に多かった内閣提出の法律でなく、議員立法としてＮＰＯ法を成立させるという大仕事を、議員と市民が一体となって成し遂げた意義は大きい。さらに上意下達から下意上達への逆転の可能性を秘めたＮＰＯ法は、明治以来の民法に大きな風穴をあけたともいえる」（p172）との総括的一文は本法の本質を抉って余りあるものがあろう。

・熊代〔1998〕：熊代昭彦『日本のＮＰＯ法』ぎょうせい、1998
――とくに、「第二章　ＮＰＯ法成立への道程――三年有余の苦闘」が、自民党議員として同法立法の中心的な立場にいた熊代議員の、その立場から見た立法過程の（「裏話」的情報もふくめた）情報という意義がある；

・谷（1）（2）〔1999〕：谷勝宏「議員立法の有効性の事例研究――ＮＰＯ法の立法過程を通して」名城法学48巻４号59ページ以下、同５号55ページ以下（1999）
――副題のテーマについて、「政党・市民団体の協働・主導する議員立法としてのＮＰＯ法の成立」ないし「日本の国会における議員立法の成立可能性とそのための克復課題を示す初めての立法事例」との基本的把握のもと、その議題設定段階から法律成立にいたるまで時系列的な順序を追って、各党・議員―政府・関係省庁―議会法制局ー各種市民団体等の「参加アクター」が政府・国会等の「公式アリーナー」を舞台として繰り広げた、各種法案等をめぐる論議・攻防を、標記の主題のような問題意識・視角から実証的かつ克明に整理分析したものであり、資料的価値も大きい労作であり、本稿でも随時利用させていただいた。

・政策提言書〔1999〕：公共政策研究会発足準備委員会・ＮＰＯ法に関する政治・政策評価プロジェクト「政策提言書・ＮＰＯ法に関する研究報告」1999年６月（未公刊、なお本報告に目を通すことを得たのは、上記・小島廣光教授のご好意に負うものである）
――白石克考・龍谷大学法学部助教授をリーダーとして関西と東京の大学生十数名から成る上記プロジェクトによる、ＮＰＯの立法過程の（とくに数十名に亘る関係議員・市民団体リーダー等のインタヴィウ等を踏まえた）実証的検討、とその内容ないし税制等についての批判的考察、さらに

は、政策機能の充実強化のための国会機能・政府機能の充実、さらには「政策提言型シンクタンクの育成強化」等の提言をふくむもの――とくに最後の点は筆者のかねてより問題意識として抱き続けてきたものと一致する。そのような意味で、実証的資料として貴重であるのみならず、随所に鋭い指摘が見られる。上記参加学生の中には、その後研究者として、税法学・政治学分野において非営利組織関連の優れた論考を発表された方も散見され、学生を主要メンバーとするプロジェクトでもこれだけのリポートをまとめることができるという事例的な証左としても瞠目すべきものがある。

・初谷〔2001〕：初谷勇『ＮＰＯ政策の理論と展開』大阪大学出版会、2001
――大阪府の公務員として勤務の傍ら（当時）、大阪大学大学院国際公共政策研究科博士後期過程で博士論文として纏められた実証的労作といえる。戦後すぐの段階からのＮＰＯ政策の法制・税制についての歴史的変遷過程の実証的あとづけ、「特増法人」の分析、ＮＰＯ法の立法政策過程の「唱道提携モデル」を使っての実証的分析、やや具体的にはとくにオウム事件を契機とする宗教法人法改正との関連（p279以下）、介護保険法成立過程との関連（p280以下）等についての分析が筆者の関心を惹いた。

・橘〔2002〕：橘幸信「ＮＰＯ法の立法過程からみた「市民立法」の課題と展望」山本啓・雨宮孝子・新川達郎『ＮＰＯと法・行政』ミネルバ書房、2002
――始めに末広厳太郎の先駆的提言をうけ立法学というアプローチの今日的重要性を、とくに93年総選挙による55年体制の崩壊後の議員立法の重要性の増大、地方分権推進一括法のもとでの、自治体の条例制定能力強化の必要性等の状況変化を引証しつつ強調し、その意味で、とくに「従来官僚に独占されてきた法律案の立案・審議過程を、市民との協働（市民立法）によって議員主導（議員立法）にギアチェンジした」ものとしてのＮＰＯ法立法過程の画期的意義に着目し、そこでの正負両面の「教訓」を数点にわたって具体的に指摘する（なお、橘にはその他、自治体立法における市民参加のための実践的啓蒙書等もある――同書文献案内参照）。なお、同書p24以下の広瀬稔也「市民立法の動き」は、ＮＰＯ法成立の同じ142回国会で「被災者生活再建支援法」が小田実らの市民立法運動の成果であり、また、99年に成立した情報公開法は、20年におよぶ市民立法運動の成果でもあったと指摘する。

・小島〔2003〕：小島広光『政策形成とＮＰＯ法――問題、政策、そして政治』有斐閣、2003

――（政策形成分析のための最も包括的な理論モデルたる）J.W.キングダンの「政策の窓モデル」を修正・導出して独自に理論化し、そのような意味で、上記・谷や初谷とは異なる視点・理論モデルを用いて、立法過程全体を、第一期：大震災まで、第二期：与党案第一次合意まで、第三期：第二次合意まで、第四期：衆議院通過まで、第五期：法成立まで、第六期：優遇税制成立までに、という6段階に分けて、それぞれにつきデータを駆使して詳細かつ実証的に分析した労作。筆者にとっては、とくに、本立法過程についての総括として、その評価すべき点と問題点の指摘、市民立法の動向とそれへの提言が関心を惹いた。

・市民立法機構〔2001〕：市民立法機構編『市民立法入門――市民議員のための立法講座』ぎょうせい、2001

――本書は（次の尾野論文と同様）直接ＮＰＯ法制定過程論をあつかうものではないが、表題のように「市民立法」というキーワードのもと、その日本ないし外国における立法制度論的な状況・動向を俯瞰する総論部分ののち、各論的に、「市民＋議員立法」のわが国近時の具体例をケース・スタデイ的に検証するものであり、具体的ケースとしては、ＮＰＯ法（p208以下：山岡義典「立法過程への市民参加――ＮＰＯ法」）、情報公開法（p232以下）、ダイオキシン法、フロン回収法（p274以下）、個別公共事業改革―河川法改正（吉野川河川堰）（p174以下）等がとりあげられる。なお、「市民立法」が市民権を得たのは、神戸震災復興をめぐる市民運動の一環として小田実氏を中心とした震災被害者支援立法活動展開の過程であった、との上記と同旨の指摘もある。

・尾野〔2002〕：尾野嘉邦「ＮＰＯと政策過程――公共利益集団とイシューネットワーク」国家学会雑誌115－９＝10－132以下（2002）

――これは、「公共利益集団としてのＮＰＯが、現在の政策過程において果たしている役割」として、それを通じて、従来の「鉄の三角形」的政策過程、ひいて、利益集団自由主義としての政治的多元主義の問題性を克復する可能性、とくに日本においては官僚主導型の立法過程に風穴を開ける可能性に着目し、具体的事例研究としては、「動物管理法」改正（1999年末）過程、及び「自然エネルギー促進法」（「電気事業者による新エネルギー等の利用に関する特別措置法」）の立案過程（従来「鉄の三角形」によって独占されてきたエネルギー政策に風穴を開けた）におけるＮＰＯの果たした役割を分析検討し、その政治学的インプリケイションないし、日本政治過程へのインパクトを、総括的に命題化する。

・佐藤〔2006〕：佐藤岩夫「国家・社会関係――市民セクターの発展と民間非営利法制」東大社研『「失われた10年」を超えてⅡ：小泉政権への時代』東大出版会、2006年

――これは、直接ＮＰＯ立法過程を扱うものではなく、06新法＝公益法人改革との関連で、その先行作業としてのＮＰＯとの不連続性を論証しようとするものである；つまり、本来「行政のスリム化効率化」という行政改革の政策論理と民間非営利活動の促進という政策論理との交錯する場であったにもかかわらず、後者の方向性は必ずしも十分には展開できず、結果ＮＰＯ法を契機とする民間非営利活動の活性化という方向においては、税制優遇措置の足踏み状態、ＮＰＯ法人の新・公益法人改革からの切り離しへの軌道修正等の点で、それを必ずしも継承するものではなかったこと、この、ＮＰＯ法と公益法人改革との不連続性ということの背景的要因として「ポストＮＰＯの法人制度改革が、行政改革としての公益法人改革の枠の中で進められ、民間非営利部門の促進という政策論理が必ずしも十分には実質化されていない」ことにあったと結論づける；総じてとくに、ポストＮＰＯ法の議論展開を批判的実証的かつ手際よく整理・論証する。

ロ）（時系列的ないしセクター毎）動向・概要：

ロ・１）胎動期（震災前）：

（ａ）（市民団体の立法要求運動を中心とする）民間側動向：

（ａ・１）ここではまずもってとくに、上記「シーズ」が1994年結成されたことが、なによりも特記されるべきであろう。

（ａ・２）しかしそのまえの1993年段階ですでに以下のような組織の結成・活動がすでにみられたことも、特記に値するであろう（この項、主としてシーズ・ブックレットによる）：

・「市民活動推進法研究会」；
・（社）自由人権協会内の研究会「ＮＧＯへの寄付金税制に関する研究会」；
・環境ＮＧＯ「市民フォーラム2001」内「ＮＧＯ活動推進委員会」；
・ＮＰＯ研究フォーラム（本間正明阪大教授・主宰）
・ＮＩＲＡ助成「市民公益活動の促進にかんする法と制度のあり方――市民公益活動基盤整備にかんする調査研究」プロジェクトの立ち上げ。

（ａ・３）その具体的な公表アウトプットとしては、私見の限り以下のものが挙げられよう：

・1985（昭和60）（財）公益法人協会・公益活動研究会（林修三他）「公益法人および公益信託に関する基本法（公益活動基本法）要綱案」（公益法人15巻７号、1986年）；その経緯・コメントとして、橋本徹・古田精司・本間正明『公益法人の活動と税制――日本とアメリカの財団・社団』昭和61、精文社（とくに、同書 p321以下の、公益活動研究会「公益法人及び公益信託に関する基本法の必要性について」）；
・本間正明編『フィランソロピーの社会経済学』東洋経済新報社、1994（とくに、 p107以下）；
・森泉「最終講義・公益法人制度の現況と課題」青山法学論集39巻１号（1997年）とくに、 p47以下の提言；
・（上記・ＮＩＲＡ助成プロジェクトの成果たる）ＮＩＲＡ研究報告書『市民公益活動基盤整備に関する調査研究』平成６年〔1994〕、総合研究開発機構（とくに、 p155以下の「非営利法人制度に関する提案と民間公益活動基本法の考え方」）。

cf）以上以外に、ＮＰＯ法の前段階での（戦後市民運動の系譜の簡単な概観からはじまる）ＮＰＯ的運動ないしそれを担保する法人制度、ないし公益法人改革の諸動向・提言等の整理として、とくに松原〔1999〕・ p51以下を参照。

（ｂ）行政側等：

・とくに、経済企画庁は、1992－94年段階での、第13次及び14次国民生活審議会・部会報告で、ＮＰＯ法人格・税制優遇等に言及、また、厚生・環境庁・外務省等でもその研究に着手する等、他省庁も「行政補完的資源」としてのＮＰＯに注目しはじめた；
・在日アメリカ大使館による、米国ＮＰＯの・日本国内での法人格取得・税制優遇を求めるレポート作成等の要請（＝外圧？）。

ロ・２）本格展開期（震災以降）：

（ａ）政府・省庁内部：

・政府の指示により、95年に「18省庁ボランテア問題連絡会議」が結成され、その事務局たる経済企画庁としては、本格的ＮＰＯ法制定と優遇税制を企図し、その旨の経企庁中間報告もだされたが、他省庁の抵抗、市民団体からの反対にあい、上記「連絡会議」は活動停止し、以後、立法論議は議員・政党と市民団体を主要アクターとする舞台に移り、官の介入はそれらアクターによって、むしろ一貫して忌避・拒絶された、といってよいようである（この間の経緯につき、詳しくは、谷（１）〔1999〕

p74以下参照）。

（ｂ）市民団体等：

・シーズ「市民活動推進法・試案」（法人制度）1995；
・日弁連「市民活動団体に関する法制度改革に関する提言」1995；
・神奈川ネットワーク運動「市民活動法人法案」1996；
・ＮＩＲＡ研究報告書「市民公益活動の促進にかんする法と制度のあり方――市民公益活動基盤整備にかんする調査研究（第二期）」1996、総合研究開発機構；
・構想日本「公活動の基盤整備に関する法律案（公活動促進法案）」1997；
・（社）日本青年会議所ＮＰＯ推進政策委員会「地球市民活動推進法案・試案」1997；
・民間法制審議会（仮称）「同会・報告書」1999（とくに、p72以下の「諸提言」）。

（ｃ）政党・議員：

・1995年連立与党「ＮＰＯプロジェクトチーム」 結成、種々の紆余曲折を経て、97年通常国会にて市民活動促進法案（「自社さ」による議員立法提案）審議開始；
・なお、この間も上記・与党三党案以外に、新進党案・共産党案が提案され論議された；

cf）以上の各党案の対比、その他、国会審議開始以後の、国会内外の詳細な動向・経緯等につき、シーズ〔1998〕、初谷〔2001〕、小島〔2003〕など参照。

ハ）以上の諸過程の総括的批判的分析：

以上のＮＰＯ法立法過程の主要な特徴点・問題点等を総括的に整理すれば、それは要するに、震災を一大契機として文字通り社会の・下からの、草の根的ボランテア活動の高まりのなかで、現行法制の（上記のような）限界・問題性を突き破るかたちで、国会議員＝各政党とＮＰＯリーダー達との・長期間にわたる積極的意見交換ないし対話をへての・両者間の緊張と協同の成果として出来上がった立法ということができる。その意味ではそれは、やや突き放した見方をすれば、震災という自然現象、ボランテア活動の全社会的高まり、94年連立与党体制成立を始めとする戦後政治体制の地すべり的変化という政治動向等の諸要因（そしてそもそも、立法の主たる趣旨・目的・規律対象事項が、ほかならぬＮＰＯへの法人格付与立法であったという事情）が、幸運にも相乗的に

作用して為し得た（偶然的？）成功事例ということも言えなくはない――そうであるとしても、しかしまたそれは、長い目でみれば、わが国における、立法過程論の観点からも、市民公益活動の歴史、非営利・公益法人・組織法制の歴史という観点からも、きわめて注目すべき画期的な歴史的事件であったことは、否定できないように思われる。06新法を直接の検討対象とする本稿でも、後述いくつかの関連箇所で、このＮＰＯ法の制定過程を一つのモデルとし、それとの対比において、06新法ないしその他の関連立法（的）動向とその問題性を明らかにすることになるであろう。

而して、より具体的にこの立法過程の特徴（ないし問題）点をわれわれの視点から析出すれば、さしあたりそれは以下の数点に整理できよう：

ハ・１）「市民団体」と政党・議員の協同作品としてのＮＰＯ法、その意味でまた、官僚主導型立法の伝統に風穴を空けたＮＰＯ法、という特徴：

――この点についてはすでに多くの文献等が挙って指摘し、かつその過程等についての種々の観点等からする精細な理論的分析がすでにかなりの程度なされていることも上述の通りであり、本稿でもすでに何度も繰り返し強調してきたことであり、いまさらここで加えるべきものは何もないというほかないが、ただ敢えて以下の二点だけを、付け加えておきたい：

１．まず、少なくとも本ＮＰＯ法制定過程では、上記本項冒頭にも要約したような諸要因や、法律の主たる対象（あるいはまた、当該法人制度を使って活動する主体）がまさに市民団体そのものであった、という要因、も作用して、「官 vs 市民団体」、ないし「官 vs 政党・個別議員」間の対立図式から、「市民団体＋政党・議員」の協同関係の成立へと、力関係がシフトしたという特殊性を見落としてはならない（逆にそれは本成立過程の理論的射程をどこまで一般化できるか、むしろそれを限定的に見る必要があるのではないか、ということを示唆するものでもある）、と同時に、とくに、これら「協働」の各セクター内部でも、例えば、市民団体も一枚岩ではなく（シーズ「政策提言」p82－83参照）、例えば税制の位置づけ論等の論点をめぐっての意見対立が、とくに「国際的活動ＮＧＯ vs 国内・地域レベルＮＰＯ」、「文化活動関連団体 vs その他の事業活動団体」という対抗軸等で見られた

こと、また政党間の対立・協調・妥協関係は上記諸文献が詳細に報じるとおりであり、とくにそれとの関連で政局の時間的変化とともに中核議員の入れ替え等の流動化要因があったことも注意を惹く。これらの諸要因を更に、論点ごとの論議内容分析の次元に落として考察してみることも立法過程論的に興味深いことであろう。

２．「市民立法」論が（ＮＰＯ法以外でも一般に）目指そうとする立法過程改革の背景にある問題意識・状況認識、つまり、（地方自治体ではともかくも）国政レベルではとくに、省庁縦割り体制のもとでの官僚主導の立法体制という従来支配的な立法過程の問題性、他方で、また政策・立法論議への国民・住民の可及的参加という民主主義的意思決定としては当然のことが、なによりも制度・慣行・能力等のもろものの壁に阻まれて、十分に実現できていないという問題意識・状況認識等の点では、筆者も共有するものが多いし、それがめざそうとする方向性においても共鳴するものが多いが、しかし、単に運動論的スローガンとしてではなく、現実の問題としてそれを捉えたとき、「市民立法」の実践・実現は非常に多くの解決克服すべき課題を抱えていることを、当然のことながらあらためて強調しておきたく思う（この点ＮＰＯ法じたいの内容的欠陥についての立法関与者じしんの率直な感想として、後述（Ｃ－２）へ））参照。）。それはとくに、立法論なるものが本来（すくなくとも「百年の大計」的責任意識を十分にふまえた理想型としては）、まさに「知の総合」ともいうべき営為として、深い専門的知識と広い視野を必要とする、極めて困難な作業であることを、（わずか二三の具体的課題との取り組みの中でも痛感した経験をもつ）筆者としては、「水を差す」ことになることを惧れつつも、あえて強調したいと考えるからである。

むしろ筆者としては、さしあたりセカンドベストの一般論的立法過程論としては、議員立法の制度的充実こそが、第一次的に追求されるべき方途であり、而してなによりもそのための（官僚機構に匹敵しうる能力をもったパーマネントな）政策提言型シンクタンクの整備・充実（ないし、それとあわせて、法の具体的執行過程と評価・フォローアップ過程とにおいても不可欠の官僚機構等との協働・ネットワーキング体制のそれ）、そして、それらをも基盤とする議員自身の立法能

力の充実拡大こそが、指向さるべきさし当たっての政策課題ではないか、と考える。そしてそれと平行して、その議員立法をサポートし、それに働きかける主体としての、市民・市民団体の主体的積極的立法・政策提言能力をたかめていく制度的な手当てを考えていくべきである（その意味で、国政レベルでの現在のいわゆるパブ・コメやタウンミーティング、住民レベルでの住民投票は、なお、受身のものであるという本質的限界を免れない。また前者の「シンクタンク」云々の点は、まさに数年前の「日本ＮＰＯ学会」での・アメリカ・ワシントンＤＣ所在のシンクタンクに勤務する上野真城子の講演に示唆されるところ大であると同時に、筆者自身、研究者として、一市民として、日頃痛感していることでもある。そしてまさにＮＰＯは、政府系シンクタンクや企業のそれでは不十分な、市民の立場からの立法・政策提言をしていく「市民型シンクタンク」のための器として最適のものではないか、と考える）。※

※なお、本稿（２）部分提出後に生起し、校正の現段階（2007年10月中旬）においても現在進行形の、参院議員選挙における与野党の逆転とその下での第168臨時国会での審議状況にメディアを通じて接するにつけても、国会が真に実質的な意味において立法・政策論議の場として活性化しつつあることに大きな感慨を覚えるとともに、一層、本文で主張したことの重要性を再確認する次第である。

ハ・２）立法過程・内容面における行政側の介入、ないしその内容面での恣意的運用余地、の意識的排除：

・上述のように、本法の立法過程では、その比較的早期の段階で、中央省庁のプレゼンスはむしろ意識的に排除され、もっぱらそれは市民団体と国会議員・政党との協働の成果であることが、その最大の特徴であることは、くりかえし強調してきたところである。

のみならず、その内容面でも、官の支配を可及的に排除する方向が追求されたことが、上記「座談会」でも関係者（雨宮・松原）によって語られている（とくに、入り口段階での「認証」に「所轄庁」の裁量ができるだけ入り込まないように、「原則・認証」の方向のもと、例外としての「不認証」要件を細かに書き込む、また、政令にできる

だけおろさないようにして、基本的に必要なことはすべて法律に出来るだけ書き込む、税の優遇措置についての規定は、ＮＰＯ法の成立に税務当局の介入を入れないために、法律本体ではなく、附則ないし附帯決議に委ねる、等の「立法戦略」が、市民団体側のそれとしてとられたとされる――ただし内容的にはなお、役所の監督権限等は比較的多く残されたこと、後述の通りであり、また、「市民」（１条）「公益」（２条）等、少なくとも私見では、その法律用語としての適切性につき疑問のある用語が使われたこと、また少なからず不確定概念が残ったこと等、その面での限界も否定できないように思われる）。

・われわれは、ここでも、（民法34条の・官益的恣意的濫用等の上記「病理」現象を見るにつけても）、残念ながら上記・立法過程のスタンスの根底にある（少なくとも、この局面での）「政府の失敗」という認識を共有するものであるが、他方同時にまた、（官の介入を可及的に排除するという、上記・基本方向のもと、いわば流れの赴くところ、というべきか）、第一線で認証事務を新たに担当する都道府県の意見はいうまでもなく、（介護・福祉、教育、環境保護、国際ＮＧＯ等各種の分野での行政側の・ＮＰＯ活動への期待・ニーズ、さらには各種行政サービスの委託ないし補助等、ＮＰＯとのパートナーシップが行政サイドからも要求されている中にあって）その・行政側からの個別的要請・意見は、本法成立過程での論議の中で、ほとんど聞かれなかったようであり、而してそれで果たして良かったのかは、バランス感覚という観点からはなお反省すべき点なきにしもあらずではないか、ということも同時に指摘しておく必要があるように思われる（この点は、ＮＰＯ法見直し作業の段階ではとくに重要な視点であると考える）。

ハ・３）税制論議との関連：

・本法立法過程では、上述のように、市民団体の側には、「優遇税制ヌキの法人格付与立法では（現実問題として財政難に悩んでいるＮＰＯの多い現状では）無意味であり、それとセットの立法要求をしていくべきだ」との意見を主張する団体もすくなくなく、一つの論争点となったといわれるが、結局、「法人格簡易取得立法実現」という当面の課題目標を優先させるための戦術としても税制論議は一時棚上げにする

という方針が大勢を占め（税制との一体での論議では、法人格のハードルが極めて高くなる惧れから、むしろ市民団体側は政策的にそれを拒否（山岡））、実際にも、少くとも寄附優遇税制については、本・立法過程での論議の主要アジェンダとはならず、本法成立の２年後に「認定ＮＰＯ制度」として実現をみることとなったわけである。（なおこの点については、本稿（１）＝本「論集」58巻３号523頁の指摘も参照。）

・而してこの点は、法人法制をめぐる「民事法的視点」と税制的視点との峻別・ランクづけという上記・原則的立場を主張する筆者としても、上記「立法運動論的ポリシー」は、いうまでもなく完全に支持できるものである。

しかし、同時にまた本法（46条）では、すくなくとも、法人税（等）に関し結果的には、法人格認証取得は、法人税法上「公益法人等」並み、部分的に「法人格なき社団」扱い（つまり、通常の「公益法人等」よりもワンランク下げた優遇）という限度においては、税制と直結していることも事実であって、しかしてこれが、（後述するような）ＮＰＯ法の認証主義その他の入り口要件のバーの高さ、その他の行政的監督の多さにつながったとの指摘もある。この点の立法過程での論議はどうであったのかは、一個の問題であるが、少なくともここでもあらためてわれわれは、法人税レベルでも、「税と法人格との分離」という原則的立場が必ずしも一般的な観念として社会に定着しているわけではないことを認めざるをえない（そのことがまた、営利法人の場合とちがって、こと公益的団体に関しては、法人の問題が即・税の問題に直結ないし矮小化されて論議され、規制・監督の問題が持ち込まれ易いことの背景ともなっている。すくなくとも、関連文献等で「税制優遇」が云々するときのその「税制」とは主としてもっぱら寄附税制のみを指すもののごとくであり、法人税に関してはここでも、「公益的法人なら当然優遇」との前提があったように思われる）。そうであるだけにまた、すくなくとも原理的には、上記・分離原則を主張し続けることの重要性を再確認したいと考える（上述のようにそれはまた、戦後の「シャウプ勧告」における法人税制のとる立場でもあった――つまり、公益法人全部についての課税当局による別途、法人税優遇適格審査をすべきこと（つまり法人格との切り離し）――ことを、

行政コストの問題はともかくも、原則的立場の問題として、ここであらためて想起しておきたい)。

ハ・４）そこにおけるわが法律学の理論的プレゼンスないし指導性の点での限界と、その背景・根源にあるもの：

このＮＰＯ法制定過程で（実践的コミットメントはいうまでもなく、理論的寄与の点でも）わが（民事）法律学は（中央省庁主導型の立法過程の場合と比較して、且つ極く僅かの研究者の例外を除けば）十分その寄与ないしプレゼンスを示しえなかったということであり、このことは少なくとも法律学研究者としての筆者の観点からは（本法立法過程が内包する）無視しえないひとつの問題点と考える。

つまり「それの由って来る背景・原因は奈辺に在りや」と自己省察的に問う時、さしあたり以下の（ａ）ないし（ｄ）という四点の、わが法律学に支配的な体質的構造的問題性（いわばＮＰＯ法の成立過程があらためて気付かせてくれたともいえる、われわれの学問のスタンス・その方法論的枠組み等の内在的問題性）を、なによりも自戒を込めて、指摘せざるを得ないようにおもわれるのである（以下はあくまでも、本法の成立過程論がさし当たっての問題意識としてあるが、しかし、それは、後述の06新法制定過程等における法律学内在的問題点として指摘する点とも部分的には通底するものであり、決して過去の一立法をめぐるエピソードに止まらぬ今日的意義をもつものと考える――無論それらはいずれも、（民事）法律学の方法論・基礎理論等の根幹にふれる根本的大問題ばかりであり、その点についての筆者の具体的考え方につき、本稿はそれらを本格的に論じる場でもなく、それらをふくめて基本的には、上記「民事法理論体系」論の「序説」部分の論稿に委ねざるを得ないが）：

（ａ）「国家・実定法中心法学」ともいうべき学問の体質への反省――つまり、日本社会の生きて動いている現実の問題(本稿の主題との関連でいえば、市民公益活動・ＮＰＯ活動への動向・ニーズ等をめぐる社会的現実）から出発するのではなく、実定法規の地平（非営利組織法制についてはさしあたり民法・公益法人規定）にのみ局蹐した法律学という伝統的思考枠組みに安住してはこなかったか、そのような意味でまた、われわれの法律学は果たして（「官僚法学」や「裁判法学」等の限界を突き抜けた）

真の意味での所謂「市民法学」足り得ているか？

――なお、この点につき本稿（１）＝本「論集」58巻３号541頁引用の松原明の指摘参照。

（ｂ）「判例・訴訟中心法学」、（そしてそれと裏腹の）「立法･制度論的志向・蓄積の弱さ・欠如」、ともいうべき学問の体質への反省――つまり、裁判所における判例なり訴訟が、そのまま社会的現実における（法制的）問題全体であると考えるものは、いうまでもなく誰もいない（「判例の部分体系性」としてかねて北川善太郎が指摘・克服しようとされた法学方法論的問題性）。とくに、公益法人をめぐる行政の上記・裁量的運用等の制度的要因等もあって、公益法人等をめぐる内部的ガバナンス等の問題が民事裁判として登場することじたい、きわめて稀である。そのような状況のもとで、「判例整理の学」のみをもって能事足れりとすることでは、全く不十分であるこというまでもない。また、上掲・後者の「立法・制度論云々」の点については、既述のとおりである。

（ｃ）「法典ごと縦割り的専門化」への反省――つまり、筆者の上記「理論体系」においてかねてから「民法」学ではなく「民事法」学というネーミングに拘る筆者の問題意識の一端も上述のようにこのことと関連があるのであるが、さしあたり法人・組織論分野に限定しても、たとえば「民法・法人論ないし公益法人―商法・会社法―特別法・公益法人―協同組合等特別法共益型法人」論等の分野横断的団体法・組織法制研究の欠落※と、それゆえの体系理論的指導性の不在、そして研究分野によるその極端な「跛行性」、つまり、会社法学を主体とする営利組織論の膨大な蓄積に対比して、公益法人・特別法上の法人・組織等にかんする研究蓄積の質量両面での乏しさは覆うべくもない、等の事情が、あらためて、とくにＮＰＯ法（ないし06新法等）の立法過程論における学問の側の限界・問題性の根源としてあるといえるのではないか？

※ちなみに、「法人」概念についてのいささか法教義学的概念法学的次元に限定された問題提起であるが、津田利治『横槍　民法総論（法人ノ部）』慶応義塾大学法学研究会、平成８年（なお本書についてのコメント：内池慶四郎「津田利治先生「横槍　民法総論（法人ノ部）」質問録――私の研究ノート」法学研究66巻12号（1993））は、その問題意識の出発点として「民法学者の説く法人法と、我々商法学者の説く会社法との間に、

理論の整合性が甚だしく欠けている」こと、その現状を克服し「民商法一貫した整合性ある法人学説を樹立し講述すること」（p １）をあげ、具体的問題提起として「設問」17題を冒頭に掲げる：例、「民法第一篇第二章法人」の規定は、全ての法人に適用される総則的規定か？（p ３）。（あまり注目されることのない文献であるが、上記本文の問題意識からも、又「民－商法」二元体制批判という観点からも、筆者の注意を惹いたので、敢えて引用する次第である。）

（ｄ）「足元の現実から出発した理論的営為という方法論的指向の弱さ」への反省――つまり、わが法律学（ないし総じて人文・社会系の学問・理論全体）の一般的傾向として、それが、若干の優れた例外※を除き、明治以来この方、われわれのこの社会的現実が抱え提起する問題からその理論的問題性を発見しそこでの問題意識・問題設定から出発させるのではなく、しばしばそれと切り離されたところで、特定の「先進」国のあれこれの理論が持ち込まれ雑然と接木がくりかえされるという（周知の）悪しき伝統、ないしそうした「研究」をもって学問と等値し理由（わけ）もなく有難がる精神風土（筆者はそれをかねがね心ひそかに、この国（伝来かつ骨がらみ）の「精神的植民地主義のマンタリテ」と呼ぶ。そしてそれは、他の学問分野ならともかくも、まずもって、他ならぬこの国の法制度のありように対し責任を負うほかない実定法律学にとって、本質的欠陥というほかない。この点でもむしろ今や実務と社会の現実の方がリアルな認識をもっているとさえいえるように思われる。）、そうした伝統・風土からわれわれの法律学はどれだけ自由でありえたか（やや具体的には、少くとも民法学における法人法制研究についていえば、その基礎理論の面でも、かの法人本質論についても、抽象論レベルでの紹介の域を出ず、とくにわが実定法理論との接合という点では多くの課題を残したままである、というほかないのではないか）？

※上掲の田中実氏・雨宮孝子らの一連のお仕事はこの意味でも特筆に値するであろうし、近時ではとくに大村敦志『生活のための制度を創る―シビル・ロー・エンジニアリングにむけて』（2005年、有斐閣）が注目に値する（同書には、ＮＰＯ法や地域通貨についての啓蒙的概説もなされている）。

Ｃ－２）その内容（特徴・問題点等）――とくに（ＮＰＯ法成立段階での）民法・公益法人規定との対比という視点を中心として、以下イからトまでの７点の内容的特徴・問題点を指摘できるように思われる。（なお本項では、ＮＰＯ法の条文は、単に「法＋数字」として引用）：

イ）体系的次元での特徴・問題性：

イ・０）序――ＮＰＯ法の（法人）体系論的特徴・概観：本ＮＰＯ法によって創出されることとなったＮＰＯ法人は、とくに法人の体系的類型論の観点からは、全体として以下の（ａ）ないし（ｃ）という三つの特徴（ないし問題点）をもつものと総括できるであろう：

（ａ）民法34との関係での、いわば「対外的側面」においては、形式的には「民法＝一般法＝公益法人」vs「ＮＰＯ法＝特別法＝特定非営利法人」というかたちで区別され、しかし実質的基本的には同一の目的（＝不特定多数者の利益のための活動組織）をもつ二つの法人体系の並立（特徴１――その経緯・問題性等につき、下記イ・１）；

（ｂ）ＮＰＯ法じたいの「内部的側面」においては、それは、一方において、「特定多数者の利益」にのみ奉仕する、いわゆる「共益」型法人を（定義ないし認証要件として）そこから排除し（特徴２――その問題性につき、さしあたり下記イ・２）、他方、

（ｃ）ＮＰＯ法人を社団法人に限定することによって財団法人をそこから排除する（特徴３――同様に、下記イ・３）。

――以下、これら三つの特徴のそれぞれにつき、とくにその問題点を分説・検討することとする：

イ・１）民法・公益法人規定との関係＝「一般法としての民法・公益法人法vs特別法としてのＮＰＯ法」：

・上記のように、民法（公益法人規定）と新ＮＰＯ法との関係は、法形式的体系上は、「一般法―特別法」の関係にあるものと位置づけられている。

しかし、此の点は、その立法過程・背景においては「妥協の産物」としてそのような形をとらざるをえなかったというのが事実であり、論理の必然としてではなく、むしろ政治的選択の結果であることを、この際明確にしておく必要があるであろう。すなわち、とくに市民団

体活動を推進し担ってきた多くの人々にとって、民法34条公益法人制度が大きな法制度的カベとして立ちはだかり、それに代わる非営利法人一般法制の制定という形であれ、その活動組織の法人化の必要性が痛感され、それが上記ＮＰＯ法制定への・草の根からの立法要求として国会をも動かす一つのうねりとなっていったことすでに縷述の通りであるが、而してその立法論議が公式の立法アジェンダとして設定された当初の段階では､そもそも立法の形式として民法改正でいくのか、特別法でいくのか、等が論議され、さらには、その点もふくめ、非営利法人法制全体の体系的再構築にかんする諸モデル等の各種提言もあったのであるが、少なくとも民法改正の方向はその早期の実現可能性の低さという点で比較的早い段階で放棄され、さしあたっての「ＮＰＯ法制定優先」という戦略の選択が大勢を占めるにいたり、その結果当然、次の問題として、現行の民法・公益法人との棲み分けをどうするかが、立法過程での論議の一つの重要な論点として浮上し、議会法制局の示唆（指示？）もあり結局、「民法＝一般法」 vs「ＮＰＯ法＝特別法」という基本枠組みのなかでの、後者の具体化という枠が設定されることとなったというわけである（それゆえまた民法の条文を多数準用する（８、30、40の各条でのそれ）という法形式がとられることとなる）；

それに関連して「最大の論争点」となったのは、「公益」要件を入れるかどうかという点であり、最終的には上記民法との関係で体系的整合性をはかるための、いわば「妥協策」という意味でも、特別法たるＮＰＯ法の側では、「公益」要件ではなく、上記「不特定多数利益」を中心とする「特定・非営利」要件※が入ったというわけである（松原〔1999〕p58）――そこでは、ＮＰＯ成立をめぐる「保守派政党・議員 vs 市民派政党・団体」との、いわば政治的対立の象徴的概念としても「公益」か「不特定多数」かが論議されたといわれる（後者の立場から「公益性」概念の二つの問題点を指摘するものとして例えば、山岡@明学〔1996〕p109；また関係議員の発言として、「公益」の語を敢えて避け、「不特定多数のものの利益の増進」にした理由として、従来の「公益」の古いイメージ（＝官益、縦割りの行政システムの枠の中に収まるもの）を敢えて払拭する意図があった、とされる。ただし、

「目的規定」たる第一条では、「公益増進寄与」という文言が入ったので、認証要件中の不確定概念の解釈適用にあたって、この目的規定との関係で、「公益」性がないということではじかれるボーダーライン的団体が出てくる可能性は否定できない)。

此の点しかし、たしかに、「一般法＝公益一般」にたいする「特別法＝特定・非営利等」での縛りという形での「棲み分け」という意味では一応論理のスジは通るともいえるし、また民法34「公益」概念への立法者のこだわりとその背景にあったもの、それが齎した運用・解釈上の上記混乱・乱用・悪用等の上記「負の歴史」を見てきた現段階でのわれわれにとっては、少なくとも実定法的効果をともなう設立（認証）要件中に「公益」の語を入れなかったのは、結果的には賢明な選択判断であったとも評価しえよう。

しかしまた、(後に詳しく見るように）本ＮＰＯ法には「特別法＝特定・非営利等」という枠での縛りが課せられたために、(少なくとも筆者のみるところ)「別表」による活動内容の列挙という形等による、ほとんど非生産的としか評しえないような法人化可能組織の「特定」＝限定化作業が必要となり、その他の設立要件面での縛りもふくめ、少なくとも筆者には本ＮＰＯ法人には不必要に高いハードルが設定されることにつながったようにおもわれる。そしてまたより一般的には、「一般法―特別法」という法律学にとってはおなじみの操作概念が、このような「排除の論理」としても機能しうるということを改めて示唆する事例を提供したという意味（！）でも、意味深いものがある。

そしてそもそも、(確かに、民法・公益法人とＮＰＯ法との間には、上記の点とか税制の点もふくめ、要件―効果の点で大きく異なり、その意味で法形式的には「棲み分け」の区別・規準は間然するところがないかのようにも見えるが）しかし、その実質的内容においては、(上記のように、「公益」要件を立法者自身、「不特定多数者利益」で置き換えて説明していたことからも窺われるように）両者はむしろほとんど同種内容の二つの法律・制度の競合・並存」というべき関係、つまり、少なくともその目的規定においては、同じような種類の公益的法人が二種類、さしたる内在的理由もなく、ただ政治的背景・事情のもとで、並存することになったというのが、実体であって、而して本来

のスジとしては、このような屋上屋を架する方向ではなく、民法・公益法人をＮＰＯ法的内容に合わせる方向で全面改正していれば、少なくとも「同種並存」の故の（上記のような）種々の不要な混乱・歪み・ねじれ等は生じなかったのでは――と、すくなくとも理論的観点からは悔やまれるのである（それはまた、「民法＝一般法」という枠のなかでの改革の限界を意味するものでもある。）。のみならず、そこに内包されている問題性は、単に「死んだ子の歳を数える」類の愚痴にとどまらず、06新法によって上記「公益法人」に代わって「二階法人」たる「認定公益法人」がもうけられたことにより、後に次項Ⅱで詳しく検討するように「後者とＮＰＯ法人との関係如何」という理論的体系的問題が新たに提起され、そしてさらに後者のＮＰＯ法人を、06新法成立・施行という新たな事態を受けて、どのように「リニュウアル」していくかが、まさに目前の立法論議として提起されている現状のもとでは、リアルな現実問題としてのあらたな意義をもって、今日浮上してきているといってよい。

※ちなみにまた、本法のネーミングも、当初「市民活動促進法（案）」として衆議院を通過したものが、参議院・委員会でのとくに自民党からの反対で「特定非営利活動促進法」へと変更して成立したのは、「市民活動」のイメージが反体制的なものとする観念からの反対のゆえであったこと筆者自身、本法の国会審議に関与した自民党議員にインタヴィウした折り直接聞いたことがあるが、この点もふくめ、現在の「特定非営利」という、いささか無機質で、必ずしも体を現してもいない（というのは不特定多数者利益のためという、互酬性をも超えた、より利他的な活動という中核的意味が、この語からは伝わってこないから）ネーミングには、上記民法との関係でも、そこにこめられている上記のようなイデオロギー的意味合いという意味でも、問題があるように思われる（もっとも、ＮＰＯ法人という用語の方が今日ほとんど完全に定着しているように思われるだけに、あまり拘る必要はない、ともいえるかもしれないが）。

イ・２）「共益」型非営利法人の排除：

・本法によって法人格を取得できるのは、上記のように、あくまでも「不

特定多数者の利益」のための活動組織であって、特定（＝クローズドな範囲）の者の利益を図る目的でのいわゆる共益型非営利組織は本法の対象外とされる※。この点もその立法趣旨は、現時点では筆者にはあきらかではないが、本法が当初から市民の公益的ボランテア的活動の法的支援を目指して論議されてきたことは明らかであるとしても、上記「共益」的なものと「公益」的なものとを明確に区別し、その差異をふまえて強いて前者を意図的に排除する意図であったのかは、疑問であるように思われる※※。そして現に、現在のＮＰＯ法見直しのための作業の一環として内閣府が行った調査でも、認証事務段階で、はたして「不特定多数者の利益」といえるかどうかが疑問のある団体もすくなからずＮＰＯ法人として認証されている例もあることからも窺われるように、そもそも上記意味での公益と共益とを分ける基準じたい、しかく明確ではないこととか、すくなくとも、ボランテア的な社会貢献活動という観点からは、一定の地域限定の相互扶助的組織もＮＰＯ的なものとして括れるのではないか等、ＮＰＯ法が形式的にはあえて共益的なものを排除したことの当否如何の再検討が必要であるように思われる。

・ただし、この点にかんする本法後の環境変化として、後述のように「中間法人法」が成立して、上記共益的な団体は、「中間法人」として法人化する可能性を与えられることとなったが、その後さらに数年を経ずして、06新法によって同法が廃止されると同時に、それをも取り込む形で「一階法人」法たる一般非営利法人法が成立したことにより、あらためて、後者のもとでの「共益的組織―公益的組織」の両者間の法人法制上の体系的関係づけをどう考えるかという、基礎理論的ないし立法論的課題が提示されることとなり、それ故本稿でも次項（Ⅱ）でその点についても若干の考察をあらためてくわえることとする。と同時にまた、本ＮＰＯ法の見直し作業との関係でもこの点の再検証が上記のようなあらたな状況のもとで求められており、本稿でもⅢでその点にも一応の検討を加えることとする（なお、此の点あらかじめ結論を先取りして抽象的にいえば、要するにミクロ的形式的観点からは「共益―公益」は区別されるべきだが、マクロ的実質的観点からは両者の境界は流動的である、ということではないか、と考えられる）。

※その他、「共益」型法人の否定は、以下のような点にも現れていると言ってよいであろう：

１）解散による清算の際の残余財産帰属者の法定・限定（「シ・プレの法理」、つまり、国・地方自治体その他三つの所定・公益的法人のみで、それ以外への帰属を認めないという点で、定款自治は完全排除、とくに、会員・役員への帰属の余地完全否定――11③、32cf。民72①：定款による後者の余地あり）；その限りでまた、（ＮＰＯ法人の・他の要件メルクマールたる）「非営利」原則が明確化されているといえるが、ただし収益の分配、ないし会員の・団体財産等にたいする持分権的なものがどうなるかは、不明。

２）社員の資格の得喪に不当な条件を課さないこと（２②一号イ）

※※堀田・雨宮〔1999〕p81以下の、此の点についての説明もその間の事情を裏付けるもののように思われる（ただし、問題の困難さ複雑さを反映してか、説明はやや明快さを欠く、との印象がある）。

イ・３）財団型ＮＰＯ法人の排除：

・本法において認められるＮＰＯ法人は、もっぱら社団型のそれであって、財団法人型のものは、対象とはなっていない。後者ははじめからあまり話題にもならなかったかに見えるのはなぜなのか、その「立法趣旨」は現在のところ筆者にも推測の域を出ない。中間法人法の場合にも同様に財団法人型中間法人の道は閉ざされたのであるが、それらから窺われるものは、総じて、財団法人についての既成の一定の（否定的な）イメージなり評価がその背景にあるようにも思われる（例、従来民法・財団法人の設立許可の行政運用規準が高額の基本財産を要求していたこととの兼ね合い、社員が存在せず内部的ガバナンスにも実際上種々の問題が多いこと、租税回避・財産隠匿等に濫用されやすい実態等？）。

・いずれにせよ、ＮＰＯ法が、財団型のそれの設立の道をみずから閉ざしたことは、寄附型のものであれ事業型のものであれ、財団法人もまた、少なくとも正常型のものは、とくに寄附財産の公益目的での活用の一形態として、とくに日本では従来は（公益信託が活用されなかった分）それなりの社会的貢献を果たしてきたという事実に鑑みるとき、いささか狭きに失したのではないか、との感もなくはない。しかも他

方、06新法「一階法人」は、財団型一般非営利法人を従来の民法・公益法人とは要件・内容等で一新した形でみとめ、（従ってまた）「二階法人」も財団型「認定公益法人」をあらたに創出し、さらに新・信託法は公益信託をより使い勝手のよいものにリニュウアルする予定のようである。こうしたあらたな状況のもとで、財団法人法制の根本的理論的問題性と従来の運用実態を批判的に分析・検証することをつうじて、非営利法人法制全体の中での・財団法人の体系的位置づけ（とくに、一方では社団法人との関係・対比、他方では公益信託との関係）如何を明きらかにする、という作業課題が、今日あらためて提起されているように思われる。次項（Ⅱ）で06新法の批判的検討の一環としてその作業に取り組む予定であるが、それを踏まえてさらに、（上述のように）われわれのＮＰＯ法見直し提言を行う際に（Ⅴ）、この点を再度振り返ってみたいと考える。

ロ）「入り口」（＝法人格取得・法人設立）要件における、（民法・公益法人と比較しての）一方における大幅な緩和と、なお残った少なくないハードル：

ロ・１）一方における、大幅な緩和：

・この点はすでに随所で触れた点であるが、要するに、（主務官庁による）「許可」主義から（９条所定「所轄庁」、つまり各都道府県知事ないし旧・経済企画庁長官＝現・内閣府・総理大臣による）「認証」主義（ただし、12①所定要件の形式的充足の場合には、所轄庁による認証の義務付け、つまり「原則・認証主義」）へ、という転換である；

・この「認証」主義は、概念的には許可と準則との中間にあるものと位置づけられるが、類似概念としての「認可」ではなく、より準則主義に近い（宗教法人設立における書類・形式審査で採用されている方式に近いもの？）という意味でこの「認証」概念が採用されたもののようである。そして「認証主義」といっても、「原則・認証」であり、下記の具体的な実体的ないし形式的要件に適合しない申請に関してのみ（例外的に）「不認証」とされるというものであり、またその際の所轄庁の裁量の余地は、上記・民法の場合とは異なり、意識的に排除されるよう立法された等の点で、すくなくとも民法・公益法人制度との対比では格段にその設立が「自由化」されたということは否定でき

ない；

ロ・２）他方における少なくないハードルの残存――これは具体的には、以下のような（ａ）ないし（ｆ）の諸点に現れていると思われる：

（ａ）（上記）「認証」が要件とされ、「準則主義」はとられなかった点：

・（上記「自由化」の方向をとった）このＮＰＯ法のもとでもしかし、少なくとも法形式的には、（営利法人等にみられるような）準則主義は採用されなかったわけで、しかも既述のように、適格団体の認定（とくに「不認証」処分）にあたり行政庁の裁量の余地（従って又それに伴う行政責任を問われる可能性）は不可避なわけであるから、その意味でも完全な準則主義とはいいがたく、この点多くの先進諸国の立法例が概して非営利民間法人につき準則主義を採用していることと比較しても、保守的というほかない（但し、自治体の審査能力の制約から「限りなく準則主義に近い運用」が予想されてはいたが――。ちなみに、特別法上の公益法人の設立主義における多様性がこの点では参照に値するであろう：例、「認可地縁団体」の届出主義的運用；「区分所有管理組合」の準則主義）。

・また、法律じたいの内容からみても、下記（ｂないしｆ）の諸点に窺われるとおり、そのハードルは全体として相当高く、とくに、後者は小規模団体の多いＮＰＯにあっては負担となっていることは、現に、近時の内閣府・調査でも現行法に対する・その点のクレームを回答するＮＰＯが最も多いことからも、その間の事情が窺われるところである（また、全国レベルでの統計での「不認証」決定の数も決して少なくない）。

・そもそも、営利法人とは異なり、（公益型）非営利法人となると、なぜ、わが国では、「準則主義」の余地がなくなるのか、この入り口段階での縛りや下記・設立後の種々の行政的取締・管理主義的対応傾向は、なお本法が民法・公益法人の、民間公益活動・団体にたいする国家主義的取締り的発想を完全には払拭できていないのではないか、等の疑問を禁じえない。むろん、その背景には、何よりも、本法の国会審議過程で発生したオウム真理教問題に対処するために急遽なされた宗教法人法改正動向が影を落としていることは否定できないように思われ

るが、それ以外にも（上記のような・法人）税法との意識・無意識の連動、本法と同時に成立した公的介護保険制度の事業実施主体等をにらんでの対応等も（推測の域を出ないとはいえ）考えられようが、いずれにせよ、民間非営利活動の自由闊達な展開を以て原則的に志向すべき方向とし、その社会的ガバナンスは可能なかぎり情報開示と市民の「寄附市場」的アリーナでの評価に委ね、また紛争・問題事例はできるだけ裁判所の事後的司法的判断に委ねるという基本的視点からは、なお再考の余地が残るのではないか。

・むろん、法人制度の濫用・悪用の問題とそれへの対処方法如何の問題は、すでにそのような問題事例も報ぜられている通り、別途取組むべき課題としており、下記の諸点もふくめ、なお、本稿最後の「補遺」部分（Ⅴ）で、ＮＰＯ法改正提言として総括的に考えてみたい。

（ｂ）「法人化適格対象団体・限定列挙＝選別主義」

今日ひろく見られるボランテアないしＮＰＯが現に実現しようとしている社会的文化的価値領域・活動領域は、空間的広がりにおいては、町づくりや地域環境保護・保全というローカルなものから、ＮＧＯのようなボウダーレスな活動を目的とする国際性豊かな団体まで、またその実現しようとする目的・価値ないしその社会的意義・機能という観点からは、福祉・介護のような公共的サービスの供給をはじめとして、価値多元化社会下での生きがい・自己実現の場・雇用の創出､文化・芸術活動､さらには政府・自治体権力・企業活動の監視・モニタリング・政治的アドボカシイ活動にいたるまで、きわめて多種多様かつ広範である。

しかしＮＰＯ法によって法人格を与えられ得る可能性を有するのは、決して上記のような事実として存在する広範なボランテア活動すべてにつき無限定にというわけではなく、あくまでも以下のようなかなり厳格な要件（（ｂ・１）および（ｂ・２））によって限定された範囲の団体についてのみである、ということは注意を要する：

（ｂ・１）団体の活動目的ないし内容からの限定：本法により法人格を付与されるのは「特定非営利活動」を目的とする団体に限られる。それはやや具体的には「ボランテア活動をはじめとする市民が行う自由な社会貢献活動」（１）というふうに置き換えられて説明されているが、これはより厳密にはさらに次のような積極的側面（い）と消

極的側面（ろ）から限定がくわえられている――

（い）積極的限定：

（い・１）「不特定かつ多数のものの利益」を目的とすること（２①――なおこのことはさらに３①において「特定の個人または法人その他の団体の利益」を目的としてはならないと、消極的方面からも規定されている。ちなみにまた、民34の公益法人の許可要件として「公益ニ関スル」社団・財団であることが「非営利目的」とならんで明示されていたが、本法では「公益」に代わり上記の要件が掲げられたこと上述の通りである。――ただし、１の目的規定には「公益増進」をもって本法の最終目的とする旨述べられてもいることからすれば、私益でも共益でもないという意味での「公益」と同義であるということにはなりそうである。

（い・２）非営利の目的（２②一）

（い・３）（以上二つの抽象的限定とならんで、さらにやや具体的限定として）別表列挙12項目※のいずれかへの目的該当性（なお、この列挙は例示ではなく、限定列挙と解すべきことは、本法全体の趣旨、特に第２条の定義規定からみて明らか）；

※ただし、平成14年改正により、この「特定非営利活動」の種類に五つ追加（12分野から17分野へ）；

（い・３’）なお、この「項目」には、平成10年立法段階でも、上記平成14年改正でも、いわゆる「バスケットクローズ」は設けられていない。

（ろ）消極的限定：下記三団体は適用外――

（ろ・１）宗教団体（２②二・イ）

（ろ・２）政治的活動団体（その具体的内容は同上・ロとハにやや具体的に明示）

（ろ・３）「暴力団」ないしその関連団体（12①三）※

※平成14年改正：暴力団を排除するための措置の強化として、下記要件が付加：

・設立および合併の認証基準の強化：12①三号関係
・役員の欠格事由の追加：20五号関係
・（上記二点について暴力団関連の疑いある場合の、所轄庁による）警察の意見聴取：12の２、43の２関係

（ｂ・２）組織構成員をめぐる要件上の限定：
・社員の数：10名以上（10①二号）
・社員資格の得喪につき「不当な条件をつけない」こと（２②一・イ）
・有給役員の数の限定（役員総数の三分の一）（同・ロ）

（ｃ）ところで上記の諸設立認証要件はいわば「法人化適格対象団体・限定列挙主義」とも称すべきであるが、而してこのような要件限定には差し当たり以下二点の問題点を指摘できるように思われる：

（ｃ・１）限定列挙の切り口ないし限定された外延的範囲をめぐる問題性――ボランテアないしＮＰＯの活動内容をめぐる実態的多様性は既述の通りであるが、このような枠をはめることがそもそも可能ないし妥当なものか疑問なしとしないのみならず、具体的にも例えば、本法によれば「政治上の主義」を主目的とする団体が適用外とされる（２②二・ロ）結果、「政治」の語義の解釈、「主として－従として」の区別の仕方如何によっては、議論の余地のある運用の可能性も考えられなくはなく、立法論的に再考の余地があるように思われる（――ちなみに上記のように、衆議院通過の段階では本法は「市民活動促進法案」とされていたのが、現行法の法律名称に改訂されたという経緯は、我が国において「市民運動」がなお、少なくとも10年近く前には、いかなる受け止められ方をされているかを示す一事として象徴的な事柄といえよう）。

（ｃ・２）認証要件としての具体性――上記限定要件にかんする文言からもうかがわれるように、なお解釈の余地をおおいに残す点が少なくない（例：「非営利」「多数の利益」等の文言以外にも別表所定各号の解釈）。これは（既述のような）本法がその規整対象とする社会活動の多様性多面性からいって不可避の限界であって、立法技術一般論としてもやむを得ないものがあるとはいえ、所轄庁による設立

認証適格性審査の段階での裁量の必要性・可能性は避けがたいところであると思われる（ただしその裁量の幅は、民法・公益法人許可における裁量とは量的にも質的にも法規の要件・趣旨等にもとづく、より限定された裁量でなければならないことは、本法が許可主義ではなく認証主義を採ったことからいっても、あきらかであろう）。

（ｄ）設立認証段階での詳細かつ多岐にわたる申請書類提出義務（10①）（コメント省略―ただし、平成14年改正で、その簡素化への方向での一定の改善は図られたが、それでもなお、小規模団体にとっては負担となっていることは、上述の通り。）

（ｅ）定款記載事項――必要的記載事項の多さ（11①　cf。民37）

（ｆ）登記が（対抗要件であると同時に）成立要件でもあるとされたこと（７、13　cf。民45））――此の点はやや細かなことになるが、本法における法人登記は成立要件（ただし、それは対抗要件としての効力をももつ）として位置づけられている（その法人登記の準拠法規は、他の特別法上の非営利法人と同様「組合等登記令」（昭39政令29）であるが、これは大巾に商業登記法（昭38法125）を準用している（同令25））。この点民法・公益法人が対抗要件主義（45②、46②）（それは、少なくとも法政策的には設立における許可主義と親和的といえそうである）をとっていることと対照的であり、むしろこの点では本法は、若干の特別法上の公益法人や商法（旧規定）上の会社（57、188等――ただし、商業登記一般の効力としては対抗要件主義が採用されている（12；19、20等））と同一の主義を採用したことになる。たしかに法律関係の明確化、とくに対第三者・公示機能ないし予告機能、の点では成立要件主義が勝ることはあきらかであるが、現行・法人登記制度における実質審査的扱いに鑑みるとき、新法のとった認証（＝準・準則）主義にもかかわらず、（上記のように）設立登記＝法務局レベルでの実質チェックの可能性は残る。なお、成立要件主義ともからんで「認証」済みの団体がこの法人登記を履行しないままという事例が少くないことが報告されている（登記の不履行は、理事の過料事項とされるが（49①）認証じたいの効力とは無関係である）。この場合には法的には当該法人格はないものとして扱わざるをえないであろうが、一考の余地ある問題である。以上のことと関連し

てまた、その情報開示手段としての有効性等についても、（総務省「公益法人データベース」に対応するような日本ＮＰＯセンター「ＮＰＯ法人データベース」等の）電子データベースの整備とも絡んで今後の検討課題として残されているようにも思われる。なおまた、（立法段階で提言としてあった）法人成りし（え）ないＮＰＯのための公示手段（例：簡易登録制度）は採用されなかったが、この点改善の余地なしとしない。

ロ’）一方において（法人格取得・法人設立後の）中央官庁による行政的関与・規制ないし裁量権限の、弱化・減少（ロ’・１）と、他方においてなお少なからざる（上記「所轄庁」による）監督・規制権限等の残存（ロ’・２）：

ロ’・１）弱化・減少：

この点は、とくに民法・公益法人法制との対比では、以下の（ａ）（ｂ）二点に窺われるところである：

（ａ）「主務官庁」制から「所轄庁」制への転換：

なお、この「所轄庁」制については、以下のような積極的意義と克服すべき問題点を指摘する必要があろう：

（ａ・１）従来の中央省庁―地方・機関委任事務という中央集権的一元的な非営利組織・法人認可監督行政体制が原則的には都道府県（団体委任（自治）事務として、したがって、中央官庁と対等で、法律の枠内で自主的に処理）に降ろされたことの意義は、ＮＰＯが今後「第三の分権」（＝地域的公益管理システム）の実現・構築のための一つの重要な担い手とされていることからみても、特記すべきことと考えられる。

と同時にまた、認証規準・運用等の統一性、またその監督コストと実効性等の点での行政の側から見た課題、地域に根差したＮＰＯという観点からは、都道府県単位というのはやや粗きに失し、政令指定都市等のより狭いローカルな単位を考えるべきではないか、等なお克服すべき課題は残るように思われる。

（ａ・２）複数都道府県にまたがるＮＰＯの「所轄庁」は旧・経済企画庁（現・内閣府）ということになる。この点に関連してとくに、内閣府・国民生活局の果たしている機能は、ＮＰＯ法の所管官庁として、経済企画庁以来の蓄積を活かしたわが国ＮＰＯ全体の情報

収集・提供、企画立案ないしＮＰＯ活動のための基盤・環境整備等、大きいものがあるが、この点はとくに、行政―ＮＰＯ間パートナーシップの促進等が不可避・必須であるとすれば、内閣府に一元化したＮＰＯ政策だけではなく、政府・行政全体の他省庁（例、環境・厚生・教育等担当省庁ごとの）の政策方向・行政ニーズ等を反映させた総合的ＮＰＯ政策が必要ではないかと考えられ、この点でも、省庁縦割り的弊害を排除した総合的政策が求められるように思われる。

（ｂ）上記「所轄庁」における認証・監督事務処理における自由裁量余地の可及的排除：

・立法形式的にも、裁量の余地を少なくし委任立法を可及的に減らすため、法律規定自体の比較的詳細・明確化の方向が志向された（上記）こと；

・認証決定期間が原則２ヶ月以内とされたこと（民法公益法人制度運用にたいし寄せられていた批判の一である非・迅速性の克服）；

・不認証処分の際の理由開示の義務づけ（12②／③――cf. 民法・公益法人の場合はなし）

ロ’・２）行政的裁量的監督・権限等の残存：

・所轄庁による強力かつ詳細にわたる監督権限（41：検査等による強権的情報収集、42：改善命令　等。cf. 民67：業務監督・命令・検査権限付与の抽象的規定）；要するに全体として、公証人、会計士等の第三者機関をかませる方法でのガバナンス方法や、裁判所の事後的司法的救済の方向というよりは、むしろどちらかといえば基本的には行政規制・監督依存型といえる。

・法人格否定・剥奪等におけるやや強権的な管理体制（43：設立認証取消）。

ハ）情報開示体制の強化・充実とその問題点：

・当該法人の事業内容・財務内容・組織構成等の情報開示のための、「申請段階での関係書類縦覧＋登記」＋「設立後の関係情報の・所轄庁への提出・備付」等、情報公開体制の義務付けとそれを媒介とする、ステイクホル

ダー・会員等による自律的ガバナンス体制への前進を意味する諸規定(28、29；44　cf。民51：財産目録・社員名簿の備付義務のみ)

・「行政的監督―報告型会計」から「情報開示型会計」への方向での会計規範：会計原則のやや具体的内容にわたる明示的規定（27　cf. 対応する民法規定なし)、収益事業別会計原則（５②　cf. 同上）

・ただし。とくにそのコスト面での問題点として、下記（ホ）に述べるような点の指摘も存することに注意すべきである。

ニ）内部的ガバナンス体制の強化・充実とその限界・問題性：

・上記「強化・充実」の方向としては、例えば、役員の親族的構成の排除(21　cf. 民法規定なし)、監事が必置機関とされたこと（15　cf. 民58)、監事の利益相反的兼職禁止（19）等；

・他方その面での本法の「限界・問題性」としては、すでに、立法過程にコミットした法律実務家によっても、以下のような指摘がなされている：行政庁が監督すれば適正な行為が行われるとの前提のもと、私人間の争いを予想した民事司法的規律とは十分なっていない；また具体的規律について基本的には民法と定款自治にゆだねているが、そのこと自体限界があり問題も多い；定款自治と強行法的縛りの線引きの不明確性（例、絶対的定款記載事項の不明確性）；団体内部の民主主義ないし構成員の権利・義務の最低限の明確化、機関の権限・責任、意思決定機構・ルールの公正性の担保等の制度的手当て等についての一層の明確化・具体化、の必要性　等。（現に、上記・内閣府調査でも、理事の専横事例等、内部的ガバナンス体制上少なからざるＮＰＯが問題をかかえていることも事実のようである)。

ホ）画一的規制：

上記に屡述したように、本法は（入口－途中－出口の）全段階にわたる、法人格付与とそれに関連しての行政的取締立法的性格が濃厚な立法という側面は否定しがたく、行政とＮＰＯとの「対等で緊張関係あるパートナーシップ」は、本法のもとで可能か、むしろ行政によるＮＰＯ支配・管理・差別等の可能性への危惧は完全には払拭しきれないものがあり、現に既存のＮＰＯ団体のなかには、上記のような法的行政的規整・統制をきらって、法人格取得をあきらめ又は忌避する団体も少なくないと聞く。そもそもまた、本法に

よって法人格取得のために要求されるコスト（申請段階でのそれと、取得後の組織・会計等の整備・情報開示等の負担）は、団体の人的・資産的規模によってはそのメリットと比較して引き合わない団体も少なくない（要するに新法による法人格取得は団体によっては要件・効果ともにやや重装備に過ぎてバーが高い）ことなど、の事情もすでに指摘されている通りである。

近時の内閣府調査からも明らかなように、少なくとも現時点でのわが国ＮＰＯの現状としては、会員数・常勤有給スタッフ数・予算規模等の諸点で圧倒的に小規模のＮＰＯが多いという事情からすれば、上記諸側面での法的規律は、むしろ原則として、徹底的に「軽量化」の方向を追及し、例外的に、一定の大規模ＮＰＯについてのみ、上記の、官による規制、内部ガバナンス、情報開示等の諸側面で（とくに後二者についてはより明確かつ具体的な）規律の方向を追求すべきではないか、そのような意味での類型別法制化が志向されるべきとかんがえる（ただし、これらの点についても、とくに06新法との関係でのＮＰＯ法との棲み分け問題との関連もあり、次項Ⅱないし Ⅲの検討もふまえ、最後（Ⅴ）のＮＰＯ法の見直し提言で再検討する機会をもちたい）。

へ）その他の内容的な不十分性・不整合性等の欠陥：

此の点に関しては、上記・堀田＝雨宮〔1999〕座談会中で、本ＮＰＯ立法にコミットした上記市民団体リーダーも率直な感想として語っているところでもあり、さらにまた出来上がったＮＰＯ法じたいについての参加者＝執筆者の感想として、「内容的な不十分性」、「諸関連法律の寄せ集め的内容・用語」、「第二条の部分に議論が集中して他は十分に詰めきっていない」「全体の整合性での問題」、「用語の定義の不明確性」等が交々語られ（堀田、濱口、松原等各発言）、それゆえ本法は「あくまでも過渡的な法律」であり「今後に残された諸検討課題は多い」（浅野）とされる。

――尤もこれらの「欠陥」は、上記のような立法過程、とくに（実質的に初めてといってよい）「市民団体＋政党・議員」間の試行錯誤的協同合作としてのＮＰＯ法にとっては、免れがたい欠陥として寛容に受けとめ、今後の改正作業において補完していくべきものであろう。

ト）「唯・法人格付与立法」としての限界――上記諸特徴の総括に代えて：

最後にここで、強いていささか突き放した見方を敢えてとれば、既述のように本法の主たる目的は簡易法人格付与立法たるところにあり、そのような意味で「唯・法人格付与立法」とも言い換えることのできるものであるところ、しかしいうまでもなく全体としてのボランテアないしＮＰＯ活動がこれまでもかかえ、今後もかかえるであろう現実的問題全体（とくに、カネ・ヒト、マネージメント、制度濫用規制、等の実際的問題）のなかでは、法人格の問題なるものは質量ともに部分的な問題であることは否定できないように思われるし、法律論的論点全体のなかですら、「入り口」要件の問題は大きな問題であるとはいえ、いうまでもなく、それのみに尽きない、他の多くの法的論点が課題が残されている、ということである（とくに、構成員相互の権利義務関係、構成員ないし役員の対外的責任、意思決定・執行機関とその構成・権限等の内部的ガバナンスをめぐる制度設計　等）。

のみならずまた、本法の制定過程における論議・報道を見ていて改めていささか気になったことは、そこでは「法人格」付与がＮＰＯ活動にとってあたかも「万能の救世主」であるかのような過剰な期待、それが言い過ぎであるとしても、いわば事実的「法人格」概念の肥大化・実体化・一人歩きとでも称さざるを得ないような言説が少なくなかったことであって、この点はむしろ突き放した形で厳密な法律論的立場から、「法人格」のもつ極く限られた意義・機能を強調しておく必要を感ずる。むしろマスコミ報道等で喧伝されている「法人格」取得の意義なるものはしばしば、いわばそれによる社会的事実的次元でのメリット（例：社会的・取引的・国際的信用の増大、事実的便宜；公的補助・事業委託・企業寄付等における事実上の・公的オウーソライズ＝“お墨付き”故の有利性※　等）にすぎないことが多いことも否定できない（このような日本的「法人」観念の特徴・問題点等については既述のとおりであるが、なお、06新法との関連でも、あらためて、「民事法」的視点から組織法制全体のなかでの「法人格」概念・制度を、どのように位置づけるべきか、については、後述Ⅲで、とくに有限責任―無限責任との関連等で、ややたちいって批判的検討をくわえる予定である。逆にまた、法人化しないままでの・組合契約的非営利活動等、に関する規律は、本法の対象からは完全にはずされている点も、このこととの関連での一個の問題点としてあげることができよう）。

※最後の事例としては、「内閣総理大臣認証・ＮＰＯ法人×××」という名称を利用する法人悪用事例も報告されている。

Ｃ・３）ＮＰＯ法（成立）のもった意義・イムパクト、「反省期」の問題状況：

以上の検討から、ＮＰＯ法の成立過程とその内容は、それぞれ一定の積極的意義及び克服すべき問題点をもつものであることが、一応明らかとになったと思われるが、ここでは最後にそれらをふまえ、その総括に代えるかたちで、そのＮＰＯ法の成立・施行が、非営利市民活動をめぐる、現実（イ）ないしその理論（ロ）または法制度（ハ）等の各方面に及ぼしたインパクト※を、簡単に整理概観し、さらに、施行後8年余の経験を踏まえた「反省期」たる現段階での問題状況を瞥見して（ニ）、(06新法・前史としての）ＮＰＯに関するこの項をさしあたり閉じることとする：

※佐藤〔2006〕p116以下は、そのインパクトを、１．法人格取得の容易化、２．民間非営利組織の国家的正統性（＝法人格付与のシンボリックな意義）の獲得とそれによる拡大発展の可能性、３．ＮＰＯの社会的認知度の増大、４．行政とのパートナーシップの拡大、の四点に整理するが、本稿では、それらをも参酌しつつ、なお独自の視点で以下の（イ）ないし（ハ）の三点に再整理した。

イ）民間非営利組織活動全体へのインパクト：

イ・１）ＮＰＯ法（人）は（上記批判的検討から明きらかなような種々の問題点・限界にもかかわらず）、その制定後現在にいたるまで、日本社会によって積極的肯定的に受容され、いまや完全に定着したということは否定できないところであり、それを契機としての各種市民公益活動の高まりは日常のメデア報道からも十分窺われるところである。そのような意味でもそれが提起した、市民公益活動の社会的政治的等の諸側面での拡大発展に果たした意義はきわめて大きいものがあったといえよう（佐藤・上掲は、ＮＰＯ法（人）の社会的政治的認知・受容、正統性確保として総括する。；ちなみに、内閣府 HP のＮＰＯ法人認証統計、各種ＮＰＯサポートセンター等から窺われる中間支援組織の活発な活動・定着はその一証左）。

イ・２）しかし現時点ではＮＰＯ法（人）をめぐる状況は（上記「認知」「受容」のようなやや受身的な「市民権」付与の段階から）さらにすすんで、より積極的に、中央政府・地方自治体等による、行政側からの行政サービスへの制度的取り込み、行政との積極的パートナーシップの構築、さらには、行政以外の各種法制度への、法主体としての積極的役割付与・位置づけ等、公式的ビルトインが各方面ですすみつつあるように思われる（とくに、上記認証統計からも窺われるように、福祉・教育・まちづくり・環境保護・消費者保護等の分野。なお、佐藤・上記 p108のあげる例、及び本稿次項Ｄ－１も参照。なおまた、政治的にも、ＮＰＯは無視できないプレゼンスをもちつつあることも周知の通り）。

ロ）理論的インパクト

またそれは理論的にも、非営利組織・法人ないしその活動・経営等をめぐる関連研究領域にたいし多大のイムパクトを与えてきていることも事実である（日本ＮＰＯ学会をはじめとする各種関連学会等の立ち上げ、またいくつかの大学での関連専門研究・教育の制度的展開、等はその証左。また個々の学問分野としてはとくに、経営学・会計学・経済学・社会学・政治学等につき、本稿・冒頭部分で若干ふれたとおりであるが、法律学へのインパクトに関しては、税法以外は、私見によればなお一部にとどまるように思われる――しかし、小生自身にとってはすくなくとも、上述のように、本稿副題に掲げるような組織法制論に多少なりとも本格的に取り組むきっかけは、本ＮＰＯ法制定のイムパクトなしには考えられない）。

ハ）民法・公益法人制度ないし非営利法人・組織法制（ないし関連制度・システム）へのインパクト：

ハ・１）ＮＰＯ法は、既存の公益法人ないし非営利法人法制が市民非営利活動にとってのカベとして立ちはだかっている現状の打破・その克服（特別法による修正）という立法動機から出発し、内容的にも（下記のような）簡易迅速な法人格取得を中心とする・既存の公益法人と並ぶ別個の非営利法人類型を創出し、そしてまたそれを通じて結果的にも、従前からの公益法人法制に風穴をあけ、（すでに指摘されてきた上記制度的病理現象の克服もふくめ）改めてその制度論的な根本的見直しを迫り、06新法制

定につながる、少なくともひとつの源流にはなった、といえよう。（また、特別法上の各種、非営利法人とＮＰＯ法人間の競合する活動分野（例：福祉・医療）での事実上の競争・緊張関係という事態も、今後の特別法・非営利法人改革へのあらたな実際上のイムパクトとして作用する可能性も無視しえない問題である。）

ハ・２）と同時に、法人・組織法制そのものではなく、その周辺・基礎に位置する会計制度・税制にも、ＮＰＯ法は、一定の無視し得ないインプリケーションをもつものといえよう――それは、専門外ゆえの誤解を懼れつつも、しかし紙面の制約等から結論だけを簡潔に摘記すれば：

・非営利組織会計システムの基本的構築原理につき（上述のとおり）、既存のそれが、「官の監督―それに対応する官への報告的会計システム」であったのに対し、ＮＰＯ法のもとでの会計システムは「情報公開＝社会的説明責任型会計システム」に質的転換の方向を指向するものであること；

・公益的団体にたいする寄附優遇税制につき、従来の（民法ないし特別法）公益法人のそれが、かの「特増法人」方式であったのに対し、ＮＰＯ法のもとでは、新たに「認定ＮＰＯ」方式が採用され、後者のハードルの高さは今後なお再検討の余地・大であるとはいえ、少なくとも、その基準の明確性・透明性という手続き的公平性という点では格段の進歩というべきものであり、ひいてそれは、06新法のもとでの非営利法人優遇税制にも積極的インパクトをあたえつつあること、上記・政府税調ワーキンググループ中間報告の基本方向からも看取できるところである（税法理論的にはなお詰めるべき問題は山積しているらしいことは、既述（本稿（１）＝本「論集」58巻３号530頁）引用文献の指摘する通りであるとしても）。

ニ）「反省期」の問題状況：

本項冒頭でも指摘したように、本稿執筆時点でＮＰＯ法は施行後すでに８年余り後を経過し、内閣府・事務局による全国レベルのＮＰＯ調査からも窺われるように、行政側での「認証」等の実務経験、またＮＰＯ側ではその設立―活動等の過程で実際にぶつかった法制的問題点とそれらをめぐる「現場」の意見、さらには、認証取り消し、刑事問題化、休眠法人、未登記法人等の

ネガチブ事例も報告され、これらの実際的社会的経験からみえてくる、同法の問題点等についての、一種の反省期にあるように思われる。そして折しも、06新法の成立・施行という新たな事態をむかえ、それとの棲み分け・共存（もしくは組織間選択競争にさらされる立場？）が不可避となった現在の体制下での、あらたな、法制見直しという立法論的課題にも直面している。同時にまた、税制にかんしての新たな動向も上記のとおりである。

以上のような意味で、ＮＰＯ法とその関連制度・実務も今日なお進化・変化の過程にあるというべく、今後の社会的動向が注目されるところである。

而してまた、それらについての理論的深化のための諸課題も山積しており、本稿は06新法の検討を通じてその探求（ひいてまたＮＰＯ法改正提言）のための一翼を担おうとするものでもあり、それがまた06新法を主題とする本稿が（いささか仔細に亘りすぎるくらいに）ＮＰＯ法の検討に紙幅を割いたひとつの趣旨でもある。

判例研究

刑　事　判　例　研　究

関　口　和　徳

刑訴法328条によって許容される証拠

最高裁平成18年11月７日判決

（平成17年（あ）第378号　現住建造物放火、殺人、詐欺未遂被告事件）

刑集60巻９号561頁、裁時1423号13頁、判時1957号167頁、判タ1228号137頁

【事実】

本件は、「東住吉放火殺人事件」として知られる現住建造物等放火、殺人、詐欺未遂被告事件である。事案は、被告人が、内妻と共謀の上、当時11歳の内妻の長女に掛けられていた保険金の取得を企て、被告人方家屋内の土間兼車庫の床面にガソリンをまいたのち火を放って家屋を全焼させ、同女を死亡させたものの、保険金の詐取については未遂に終わった、というものである。

１審において、弁護人は、証人Ａの証言後に、消防指令補ＢがＡから火災発見時の状況について聴取したとされる内容が記載されその内容にＡの証言の内容とは異なる点の含まれるＢ作成による「聞き込み状況書」（以下、「本件書証」とする）を証拠請求したが、検察官が不同意としたため、刑訴法328条による証拠採用を申請した（なお、「本件書証」は、聴取の相手に記載内容を読み聞かせ、署名・押印を求める形式になっておらず、実際、Ａに対してもそのような手続は取られていなかった）。１審は、提示命令によって「本件書証」の内容を確認の後、刑訴法328条の書面には当たらないとして請求を却下した。

控訴審において、被告人側は、１審の措置を法令違反であるとして争ったが、控訴審は、「刑訴法328条により許容される証拠は、現に証明力を争おうとする供述をした者の当該供述とは矛盾する供述又はこれを記載した書面に限られる

と解すべき」とした上で、「本件書証」は、「Ｂの供述を記載した書面であるから、同条により許容される証拠には該当しないことは明らかである」、として、１審の判断を是認した。

そこで、被告人側は判例違反を理由に上告し、それに対してなされたのが本判決である。

【判示】

上告棄却。

「所論は、原判決は、供述の証明力を争う証拠としてであれば刑訴法328条によりすべての伝聞証拠が許容される旨の判断を示した福岡高等裁判所昭和24年（つ）第908号同24年11月18日判決（高刑判決特報１号295頁）と相反する判断をしたものである旨主張する。

確かに、所論引用の判例は、刑訴法328条が許容する証拠には特に限定がない旨の判断をしたものと解され、これに限定があるとして本件書証は同条で許容する証拠に当たらないとした原判決は、所論引用の判例と相反する判断をしたものというべきである。

しかしながら、刑訴法328条は、公判準備又は公判期日における被告人、証人その他の者の供述が、別の機会にしたその者の供述と矛盾する場合に、矛盾する供述をしたこと自体の立証を許すことにより、公判準備又は公判期日におけるその者の供述の信用性の減殺を図ることを許容する趣旨のものであり、別の機会に矛盾する供述をしたという事実の立証については、刑訴法が定める厳格な証明を要する趣旨であると解するのが相当である。

そうすると、刑訴法328条により許容される証拠は、信用性を争う供述をした者のそれと矛盾する内容の供述が、同人の供述書、供述を録取した書面（刑訴法が定める要件を満たすものに限る。）、同人の供述を聞いたとする者の公判期日の供述又はこれらと同視し得る証拠の中に現れている部分に限られるというべきである。

本件書証は、前記Ａの供述を録取した書面であるが、同書面には同人の署名押印がないから上記の供述を録取した書面に当たらず、これと同視し得る事情もないから、刑訴法328条が許容する証拠には当たらないというべきであり、原判決の結論は正当として是認することができる。

したがって、刑訴法410条２項により、所論引用の判例を変更し、原判決を

維持するのを相当と認めるから、所論の判例違反は、結局、原判決破棄の理由にならない。」

【検討】

1　刑訴法328条によって許容される証拠の範囲

(1)　憲法37条２項は、すべての証人に対する審問の機会を被告人に保障し、それをうけた刑訴法320条（以下、刑訴法については、条項数のみで示す）も、そのような審問を経ていない供述証拠と捜査過程において作成された供述調書（すなわち伝聞証拠）の証拠能力を原則的に否定している。ところが、321条以下では種々の例外規定が設けられ、伝聞証拠の証拠能力を許容している[1]。そのような例外規定の１つに位置付けられる328条は、「第321条乃至第324条の規定により証拠とすることができない書面又は供述であっても、公判準備又は公判期日における被告人、証人その他の者の供述の証明力を争うためには、これを証拠とすることができる」と規定している。そこで、328条に関しては、まず、公判供述の証明力を争う証拠としてであれば伝聞証拠がすべて証拠として提出できるのかという問題、すなわち328条によって許容される証拠の範囲が問題となる[2]。

本判決は、この点について、最高裁として初めて判断したものである[3]。

(2)　ところで、学説においては、328条によって許容される証拠の範囲につ

---

[1] 田宮裕『刑事訴訟法［新版］』（有斐閣、1996年）374頁、松尾浩也『刑事訴訟法（下）［新版補正第２版］』（弘文堂、1999年）56頁、白取祐司『刑事訴訟法［第４版］』（日本評論社、2007年）365頁等参照。なお、以下で詳述するように、限定説に立てば、328条は例外規定というよりも、むしろ注意的規定と解されることになる。328条をめぐる学説の対立は、「本条は形式的には刑訴法320条の例外であるが、実質的にも例外なのか、そもそも同法320条の適用のない場合を注意的に規定したにとどまるのか」（小野清一郎他『ポケット註釈全書　刑事訴訟法（下）［新版］』（有斐閣、1986年）930頁〔横井大三執筆〕）という点についての対立といってよい。

[2] 小田中聰樹他編著『刑事弁護コンメンタール１　刑事訴訟法』（現代人文社、1998年）318頁〔川崎英明執筆〕参照。

[3] 本判決の研究として、徳永光「証明力を争う証拠の範囲」法学セミナー626号（2007年）122頁、山下裕一郎「判例紹介」研修704号（2007年）91頁、小川新二「判例研究」研修706号（2007年）33頁がある。

いて、これまでに、大別して次の４つの見解が主張されてきた。

第１は、非限定説である。非限定説は、328条を、公判供述の証明力を争うためであればあらゆる伝聞証拠を取り調べることを許容した規定と解する[4]。確かに、328条の文理からすると、許容される証拠について具体的な限定は付されていない。そこで、本来321条ないし324条の要件を満たさなければ取り調べることのできない証拠であっても、公判供述の証明力を争うためであれば、すべて取り調べることができるとも解しうる。しかし、このような解釈は、被告人が公判で捜査段階でした自白を翻したような場合、事件に関連する捜査段階の書面等をすべて取り調べうることになることから[5]、伝聞証拠が無限定に許容される事態を防止できず[6]、証人審問権の保障や、伝聞法則が骨抜きになる[7]、といった批判がなされてきた。

第２は、公判供述者の能力、性格、偏見、利害関係等のみに関連する純粋補助事実を立証する証拠について非限定説と同様の扱いを認める純粋補助事実非限定説である。この説は、さらに、㈠328条によって許容される証拠は純粋補助事実のみに関連するものに限定され、主要事実・間接事実に関連するものは許容されないとする説[8]、㈡主要事実・間接事実に関連するものについても許

---

4 非限定説に立つものとして、横井大三『新刑事訴訟法逐条解説Ⅲ』（司法検察研究会公安発行所、1949年）127頁（もっとも、横井大三「刑訴328条の法意」判例時報編集部編『刑事訴訟法基本問題46講』（一粒社、1965年）308頁は若干ニュアンスが異なる）、勝尾鐐三「弾劾証拠」団藤重光責任編集『法律実務講座刑事編　第９巻』（有斐閣、1956年）2067頁、河上和雄「証明力を争うための証拠」警察学論集37巻９号（1984年）135頁等。なお、団藤重光博士は、328条を、「伝聞法則の適用を排除し」たもの、とされる（団藤重光『新刑事訴訟法綱要［７訂版］』［創文社、1974年］245頁）。

5 青柳文雄「証明力を争う証拠と立証趣旨の転換」警察学論集21号（1951年）16頁（非限定説は、「旧刑訴当時の一件記録の提出と殆んど変らない取扱も可能」とする）、勝尾・前掲（註４）2069頁。

6 能勢弘之『刑事訴訟法25講』（青林書院、1987年）168頁。

7 松岡正章「伝聞法則の例外(1)」高田卓爾＝田宮裕編『新演習法律学講座　演習刑事訴訟法』（青林書院新社、1984年）349頁、光藤景皎『口述刑事訴訟法（中）［補訂版］』（成文堂、2005年）245頁等。

8 江家義男『刑事証拠法の基礎理論［訂正版］』（有斐閣、1952年）179頁、平場安治『改訂刑事訴訟法講義』（有斐閣、1954年）490頁。

容されうるが、その場合は自己矛盾供述に限定されるとする説[9]とに分かれる。しかし、純粋補助事実非限定説に対しては、まず、主要事実・間接事実に関連する証拠とそうでない証拠とを明確に区別しうるのか、という批判がなされている[10]。また、この説は、純粋補助事実の立証は自由な証明で足りるという立場を前提にしているものと解されることから[11]、純粋補助事実の立証についても厳格な証明が必要であるとする立場からの批判も向けられている[12]。

第３は、328条によって許容される証拠を、公判供述者の自己矛盾供述に限定すべきとする限定説である[13]。限定説に立つと、伝聞証拠が無制限に公判廷に持ち込まれる事態を回避することができ、証人審問権の保障や伝聞法則が骨

---

9 青柳文雄『五訂刑事訴訟法通論（下）』（立花書房、1976年）412頁、伊藤栄樹他『注釈刑事訴訟法［新版］第５巻』（立花書房、1998年）373頁〔香城敏麿執筆〕、大野市太郎「刑事訴訟法第328条の証拠についての一考察」中山善房判事退官記念『刑事裁判の理論と実務』（成文堂、1998年）294頁、松尾･前掲（註１）75頁、寺崎嘉博『刑事訴訟法［補訂版］』（成文堂、2007年）347頁。

10 横井・前掲「刑訴328条の法意」（註４）308頁、光藤景皎「自己矛盾の供述にかぎるか」熊谷弘他編『証拠法大系Ⅲ』（日本評論社、1970年）374頁。

11 堀江慎司「憲法37条２項と刑訴法328条」法学論叢146巻２号（1999年）５頁参照。

12 平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣、1958年）253頁註(6)、鈴木茂嗣『刑事訴訟法［改訂版］』（青林書院、1990年）216頁、渡辺修「不一致供述、自己矛盾供述」現代刑事法16号（2000年）48頁、光藤・前掲（註７）244頁。なお、堀江・前掲（註11）６頁。

13 限定説に立つものとして、平野・前掲（註12）252頁、栗本一夫『実務刑事証拠法』（立花書房、1960年）182頁、柏木千秋『刑事訴訟法』（有斐閣、1970年）242頁、田中和夫『新版証拠法［増補第３版］』（有斐閣、1971年）198頁、鴨良弼編『新版刑事訴訟法講義』（青林書院新社、1981年）228頁〔鴨良弼執筆〕、高田卓爾『刑事訴訟法［２訂版］』（青林書院新社、1984年）248頁、鈴木・前掲（註12）216頁、坂本武志『刑事訴訟法』（酒井書店、1992年）149頁、井戸田侃『刑事訴訟法要説』（有斐閣、1993年）228頁、岡田光了「刑事訴訟法第328条の解釈及び運用について」判例タイムズ950号（1997年）76頁、村井敏邦編著『現代刑事訴訟法［第２版］』（三省堂、1998年）245頁〔村井敏邦＝大出良知＝川崎英明＝白取祐司＝高田昭正＝新倉修執筆〕、光藤・前掲（註７）244頁、石井一正『刑事実務証拠法［第４版］』（判例タイムズ社、2007年）201頁、小川・前掲（註３）44頁、白取・前掲（註１）389頁、寺崎嘉博編『刑事訴訟法講義』（八千代出版、2007年）225頁〔伊藤博路執筆〕等。

抜きになる非限定説の問題点を克服することができる。しかし、限定説に対しては、328条によって許容される証拠を自己矛盾供述に限定するのは文理に反するという批判がなされている[14]。また、限定説は、公判供述者が自己矛盾供述をしていること自体を立証することで公判供述の信用性を減殺するものである（どちらかが虚偽なので、証明力が減殺される）から、328条は伝聞法則の例外というよりもむしろ注意的な規定と解されることになる[15]。すなわち、328条で許容される証拠は、犯罪事実の認定のために取り調べられるものではなく、もっぱら公判供述者の供述の矛盾を指摘してその信用性を争うために取り調べられるものであり、「厳密には非供述証拠であって伝聞証拠ではない」と解するのである[16]。そのため、限定説に対しては、敢えて328条が設けられていることと整合しないのではないかという批判もなされてはいるが[17]、限定説が現在の学説の通説であるといってよい。

第４は、被告人側の請求にかかる証拠については非限定説と同様の扱いでよいが、検察官側の請求にかかる証拠については限定説と同様の扱いをすべきとする片面的構成説である[18] [19]。この説の代表的論者である田宮裕博士は、328条の文理からすると非限定説が妥当であるが、検察官側の請求にかかる証拠については、それを無限定に許すと憲法37条２項の保障する証人審問権に抵触するため自己矛盾供述に限定すべきとされる[20]。また、堀江慎司准教授も片面的構成説を主張されているが、田宮博士が非限定説を基調とされたのに対し、堀江准教授は限定説を基調とされる。その上で、憲法37条２項前段の「審問」は

---

[14] 河上・前掲（註４）140頁。

[15] 平野・前掲（註12）252頁、高田卓爾・前掲（註13）248頁、鈴木・前掲（註12）194頁、村井編著・前掲（註13）245頁〔村井＝大出＝川崎＝白取＝高田昭正＝新倉執筆〕、光藤・前掲（註７）244頁等。

[16] 鴨・前掲（註13）228頁〔鴨執筆〕。

[17] 田宮裕『注釈刑事訴訟法』（有斐閣、1980年）377頁。

[18] 田宮裕『三訂版刑事訴訟法入門』（有信堂、1982年）247頁、堀江・前掲（註11）１頁。

[19] 328条の解釈としては限定説に立ちつつ、317条の解釈として被告人側の無罪立証は自由な証明で足りるとする立場に立てば、片面的構成説と同様の帰結になる。例えば、白取・前掲（註１）298頁、389頁。なお、庭山英雄『刑事訴訟法』（日本評論社、1977年）167頁も同旨と解される。

[20] 田宮・前掲（註18）248頁。

被告人が伝聞証拠を用いて供述証拠を吟味する権利をも保障しているものと解し、328条の解釈としては、被告人側の請求にかかる証拠を片面的に広く許容することが必要であるとされる[21]。しかし、片面的構成説に対しては、321条以下の諸規定に鑑みると被告人側に片面的に有利な解釈を導くことは困難である、といった批判がなされている[22]。

(3) ところで、これまでの判例をみると、328条によって許容される証拠の範囲について明確な判断を示した最高裁判例のない中で、下級審判例は非限定説に立つものと限定説に立つものとに分かれていた。

非限定説に立つ判例としては、まず、本件弁護人が上告趣意において引用している【1】福岡高判昭24・11・18判特報1号295頁を挙げることができる。【1】は次のように判示している。「原審第1回公判において検察官が証拠として取調を請求した（一）現行犯人逮捕手続書（二）Aに対する検察事務官作成の供述調書（三）Bに対する検察事務官作成の供述調書（四）C提出の始末書については、被告人及び弁護人において之を証拠とすることに同意しなかつたことが明らかであるから、刑事訴訟法第321条以下の規定により之を証拠とすることは許されないわけであるが、他面同法第328条により公判期日における被告人の供述の証明力を争うためには之を証拠とすることが出来るものであるところ、原審第1回公判調書の記載によれば、同公判期日において被告人が本件控訴にかゝる窃盗未遂の事実を否認する旨供述した後に、検察官において前記第328条の規定により右供述の証明力を争うための証拠として前記各書面の取調方を請求し、原裁判所もその趣旨における証拠として之等を取調べたことが明かであるから、原審の右証拠調手続は適法に行われたものと云わねばならない」[23]。

また、【2】東京高判昭26・7・27高刑集4巻13号1715頁は、「刑事訴訟法第328条は公判準備又は公判期日における被告人その他の者の供述の証明力を争

---

[21] 堀江・前掲（註11）6頁。

[22] 鈴木・前掲（註12）216頁、岡田・前掲（註13）77頁等。

[23] ただ、判例【1】は、括弧書きにおいて、「尤も裁判所として、斯る反対証拠については、之により証明力を争う対象とされている証拠及びその如何なる部分と如何様に関連するものであるかを指摘して提出するよう、之が提出者に対し適宜の指揮を為すことが、望ましい所ではある・・・」とも述べており、基本的に非限定説に立ってはいるものの、限定説にも通じる思考を窺うことができる。

うためには同法第321条乃至第324条の規定により証拠とすることができない書面又は供述であつてもこれを証拠とすることができる旨を規定しているのであつて同法の法文解釈よりすれば一般的に刑事訴訟法第321条乃至第324条の規定により証拠とすることができない書面又は供述であつても公判準備又は公判期日における被告人、証人その他の者の供述の証明力を争うためには総て無制限に証拠とすることができる趣旨と解すべきであ［る］」として明確に非限定説に立ち、【３】東京高判昭31・４・４高刑集９巻３号249頁では、【２】の上記判示が引用され、「同条により提出し得る供述は自己矛盾の供述に限らない」ことが付言されている。これらのほか、非限定説に立つ判例としては、【４】東京高判昭36・７・18判時293号28頁、【５】東京高判昭37・９・26東高時報刑13巻９号235頁を挙げることができる。【４】は、【２】の上記判示を引用して非限定説に立つことを明らかにしている。【５】は、「なお所論は刑事訴訟法328条のいわゆる反証は自己矛盾の場合に限るというのであるが、採るを得ない」としているのみで、328条によって許容される証拠の範囲をどの程度のものと捉えているのかが分明ではないが、限定説の立場については明確に否定したものといえる。

他方、限定説に立つ判例としては次のものがある。まず、限定説に立つ最も古い判例として、【６】福岡高判昭26・９・28高刑集４巻10号1262頁が挙げられる。【６】は、「刑事訴訟法328条にいわゆる供述の証明力を争うというのは証人の公判廷外における供述の真実性を証明するためでなく、その証人が同一事項について、公判廷においてした供述と矛盾する供述を公判廷外においてしたという事実を証明することによって、証人の公判廷における供述が措信し難いものであることを立証する単なる証人の信憑性の弾劾にすぎない」としている。ただ、【６】の判示は、328条によって許容された証拠を犯罪事実の認定には用いえないという文脈で述べられたものである。328条によって許容される証拠の範囲が問題となった判例で、初めて限定説に立つことを明言したのは、【７】仙台高判昭31・５・８裁特報３巻10号524頁である。事案は、公職選挙法違反事件につき、第１審公判において買収の意思を否定した被告人Ａの供述の証明力を争うために、検察官はＢらの供述調書の取調べを請求したがそれが却下されたため、検察官が控訴趣意において上記第１審の措置の適法性を争ったというものである。【７】は、「同条の規定により公判準備又は公判期日における被告人、証人その他の者の供述の証明力を争うために用いることのできる

証拠は、現に証明力を争おうとする供述をした者の従前の供述を記載した書面又は供述・・・に限るものと解する」として上記１審裁判所の措置を適法と判示した。

328条に関する最近の公刊物登載判例としては、1990年代に入ってからの高裁判例が2件あるが、それらは共に限定説に立っている。まず、【８】東京高判平５・８・24判タ844号302頁は、括弧書きにおいてではあるが、「なお、職権により調査すると、原判決は、Ａほか第三者の検察官、司法警察員、司法巡査らに対する供述調書８通（謄本を含む）、『被害品の弁済について』と題する書面、実況見分調書、電話聴取書、現行犯人逮捕手続書（２通）等の書面を被告人の公判供述の弾劾証拠として刑訴法328条により採用しているが、同条により許容される証拠は、現に証明力を争おうとする供述をした者の供述を記載した書面または供述に限られると解すべきであるから、原審の前記措置は不適法である」と判示している。また、【９】東京高判平８・４・14高刑集49巻１号174頁（【８】と同じ刑事第10部［裁判官も同一］によるもの）も、「原審は、右２回にわたるＡ作成の逮捕状請求書の各写し及び司法警察院作成の『道路交通法被疑者の所在確認』と題する書面写しを、弁護人からの請求により、刑訴法328条の証拠として採用して取り調べ、これらを任意性を肯認する資料として用いている。しかし、刑訴法328条により許容される証拠は、現に証明力を争おうとする供述をした者の当該供述とは矛盾する供述又はこれを記載した書面に限られると解すべきところ、右逮捕状請求書２通についてはＡの原審公判における供述との間にいかなる矛盾があるか不明であり（立証趣旨も『逮捕状の請求』とされている）、また、右司法警察員作成の書面についてはおよそ誰の供述の証明力を争おうとするのも明らかでない（立証趣旨も、被疑者の所在が明らかにされていることなどとされている）から、原審の前記証拠の採用・取調べは違法である。他方、同条の証拠は、証拠の証明力を争う限度においてのみ使用しうるのであるから、原審が任意性に関する事実についてとはいえ、右各証拠を積極的認定のために用いたことも疑問である」として、限定説に立つことを明確にしている。

【９】以降に出された328条に関する判例は見当たらないが、最近の実務では限定説に立った運用が定着していることが指摘されてきた[24]。もっとも、最

[24] 伊藤栄樹他・前掲（註９）374頁〔香城執筆〕、大野・前掲（註９）293頁、

高裁判例が存在せず、また、【8】および【9】は共に自己矛盾供述以外の証拠を取り調べた1審裁判所の措置を違法としたものであることから、非限定説による運用が皆無というわけではないこともまた指摘されてきた[25]。

(4) このような状況の下で、328条によって許容される証拠の範囲について最高裁として初めて明確な判断を示したのが本判決である。本判決は、「刑訴法328条により許容される証拠は、信用性を争う供述をした者のそれと矛盾する内容の供述が、同人の供述書、供述を録取した書面（刑訴法が定める要件を満たすものに限る。）、同人の供述を聞いたとする者の公判期日の供述又はこれらと同視し得る証拠の中に現れている部分に限られるというべきである」として、328条により許容される証拠の範囲について、学説上の通説とされ、実務上も有力視されている限定説に立つことを最高裁として初めて明らかにした点に重要な意義がある。

(5) それでは、328条の解釈として限定説は妥当なのであろうか。確かに、非限定説の論者の指摘するように、328条の文理から限定説を導くことはできない[26]。法解釈は文理に忠実でなければならないことは言うまでもない[27]。しかし、非限定説は、条文の文理のみに拘泥して[28]、その結果、無限定に伝聞証拠を許容することになり、証人審問権の保障や伝聞法則を骨抜きにしかねないという点に本質的な問題がある[29]。

平木正洋「検察官未提出の供述調書」平野龍一＝松尾浩也編『新実例刑事訴訟法Ⅱ』（青林書院、1998年）309頁、宇藤崇「328条の意義」刑事訴訟法の争点（第3版）（2002年）192頁、松尾浩也監修『条解刑事訴訟法［第3版増補版］』（弘文堂、2006年）754頁、石丸俊彦他『刑事訴訟の実務［新版］（下）』（新日本法規出版、2005年）198頁〔石丸俊彦＝服部悟執筆〕、村岡啓一「証明力を争う証拠」刑事訴訟法判例百選（第8版）（2005年）191頁、石井・前掲（註13）200頁等。

25 飯田喜信「刑訴法328条と回復証拠」大阪刑事実務研究会『刑事証拠法の諸問題（上）』（判例タイムズ社、2001年）223頁。

26 河上和雄元検事は、この点を特に強調される（河上・前掲［註4］140頁）。

27 五十嵐清『法学入門［第3版］』（悠々社、2005年）140頁、団藤重光『法学の基礎［第2版］』（有斐閣、2007年）346頁参照。もっとも、同時に、文理解釈だけでは不十分な場合があることも説かれている。

28 判例【7】参照。

29 光藤・前掲（註7）245頁等。

もっとも、328条は公判供述の証明力を争うために伝聞証拠を許容しているにすぎず、犯罪事実の認定に用いることを許容するものではないこと[30]に鑑みれば、非限定説に立ったとしても証人審問権や伝聞法則に対する弊害は小さいという見方もありうる。これは、非限定説の根拠として事実認定が職業裁判官によって行われる点を挙げる主張[31]とも密接に関連する[32]。すなわち、職業裁判官であれば、たとえ328条によって伝聞証拠が広範に許容されたとしても、犯罪事実の認定に用いることのできる証拠とそうでない証拠との区別できるというのである。しかし、伝聞法則は、まさに自由心証主義（318条）に対する規制なのであるから、職業裁判官によって事実認定がなされるという点を強調するのは妥当とは思われない[33]。また、確かに、職業裁判官であれば、328条によって取調べられた証拠が仮に犯罪事実に対する証明力を備えていたとしても、それを犯罪事実の認定に用いてはならないということを熟知しているであろう[34]。しかし、そのような証拠の存在が、裁判官の心証形成に与える影響が皆無であるとは断じ難いし、そのような証拠を犯罪事実の認定に用いないとしても、そのような証拠に接したことが他の証拠の評価に無意識のうちに影響を与えるということも否定できない[35]。それゆえ、非限定説に立って伝聞証拠を広範に認めた場合、被告人による十分な審問を経ていない証拠に対して、公判供述の証明力を減殺するという意味以上の証明力が与えられ、その結果、被告

---

30 東京高判昭25・4・28高刑集3巻1号125頁、東京高判昭26・6・7高刑集4巻6号633頁、最決昭28・2・17刑集7巻2号237頁等。

31 勝尾・前掲（註4）2067頁。

32 宇藤崇教授は、学説の対立の「決定的な要因となるのは、弾劾目的という立証趣旨が、裁判官の心証形成に際して事実上制約として働きうるか否かの認識であろう」と指摘されている（宇藤・前掲［註24］192頁）。なお、津村政孝「328条の意義」刑事訴訟法の争点（新版）（1991年）220頁。

33 高窪貞人『新訂刑事訴訟法概論』（蒼文社、1996年）131頁。なお、江家・前掲（註8）178頁。

34 青柳・前掲（註5）17頁参照。

35 石川才顕『刑事訴訟法講義』（日本評論社、1974年）274頁、石井・前掲（註13）201頁。伊藤滋夫元判事も、「・・・自己が無意識のうちに有する価値観、自分の意識していない好悪・偏見といったものから完全に逃れることは不可能である」とされている（伊藤滋夫『事実認定の基礎』［有斐閣、2000年］276頁）。

人に対して不当な有罪心証が形成される危険がある[36]。そうであれば、そのような危惧はできる限り取り除いておくことが必要である。そして、このような必要は、間もなく実施される裁判員制度の下ではいっそう高まるのではないかと思われる[37]。一般市民は、裁判官とは異なり、そもそも証拠能力という概念に不慣れなため、犯罪事実の認定に用いうる証拠とそうでない証拠とを厳密に区別できるのかについては疑問の余地がある[38]。実際、アメリカにおいて実施された、証拠能力の否定された証拠の存在が陪審員の犯罪事実の認定に与える影響に関する実験では、たとえ自白の証拠能力が否定されたとしても、自白が存在するという事実自体に接することによって、有罪心証の形成が助長されるという結果が出ているのである[39]。

もっとも、突き詰めて考えれば、裁判官や裁判員の犯罪事実の認定に影響を与える場合がありうるのは、自己矛盾供述の場合でも同様といえる。しかし、被告人による十分な審問を経ていない証拠の提出をできるかぎり制限して、証人審問権の保障や伝聞法則をより実効あらしめる機能を有する点で、限定説は、非限定説よりも優れているのではなかろうか[40]。

このように考えてくると、328条の解釈としては限定説が妥当であり、限定説

---

36 田口守一『刑事訴訟法［第４版補正版］』（弘文堂、2006年）425頁参照。

37 小川新二検事も、裁判員制度に着目して非限定説の問題性を指摘されている（小川・前掲［註３］42頁）。

38 青柳・前掲（註５）15頁。

39 山崎優子「裁判員の心理」村井敏邦編『刑事司法と心理学』（日本評論社、2005年）248頁。*Cf.* Saul M. Kassin & Holly Sukel, *Coerced Confessions and the Jury : An Experimental Test of the "Harmless Error" Rule,* 21 Law and human behavior 27-46（1997）. もっとも、日本で行われた同種の実験では、必ずしも有罪心証の形成を助長しないという結果が出ているという（山崎優子＝伊東裕司「不採用証拠の存在が採用証拠の評価・判決に及ぼす影響について―社会人と学生が仮想的に裁判員になった場合の比較・検討」法と心理４巻１号［2005年］47-59頁参照）。しかし、証拠能力の否定された証拠を犯罪事実の認定に用いてはならないという原則は、適正手続の保障、無辜の不処罰と密接に関連するものであることに鑑みれば、有罪心証の形成を助長するという結果が存在することを軽視すべきではない。

40 坂口裕英「弾劾証拠の問題点」ジュリスト300号（1964年）355頁、光藤・前掲（註10）376頁。

に立つことを明らかにした本判決の判示は支持できる。また、裁判員制度の実施を目前に控えた今、最高裁が限定説に立つことを明らかにした意義は大きい。

ところで、本判決は、被告人側の請求にかかる「本件書証」の取調べを却下しているが、限定説を被告人側の請求にかかる証拠についてもそのまま適用すべきなのかについては検討の余地があるように思われる。これは、先にみた片面的構成説と深く関連する問題である。

(6) 片面的構成説は、被告人と検察官との間の歴然たる力の差を重視し[41]、被告人の地位を向上させて当事者間の対等・平等をはかろうとする点において、また、憲法37条2項の証人審問権の保障の被告人側に対する片面性に着目し、従来当然のように被告人側にも及ぶと解されてきた伝聞法則を再構成しようとする点においても、正鵠を射ている[42]。

判例には、片面的構成説の適用の可否について明確に論じたものは見当たらないが、先にみた【9】が、被告人側の請求にかかる自己矛盾供述以外の証拠を1審裁判所が取調べたことを違法としたものであることから、実務において片面的構成説は容れられていないという指摘がなされてきた[43]。学説においても、片面的構成説に対しては、(イ)322条1項本文が被告人に利益となる証拠についても制限を加えていることと整合しない[44]、(ロ)314条3項や321条1項3号

---

41 「弁護側が関係者に接触して供述書を得るなど、積極的に証拠収集を行う場合も少なくない」ことから、公判前整理手続における証拠開示の拡充によって、片面的構成説は「既にその前提を失っている」との指摘もなされている（小川・前掲［註3］42頁）。しかし、令状による強制が可能な検察側の証拠収集能力とそのような強制の不可能な被告人側の証拠収集能力とはそもそも比較の対象にはなりえないし（渡辺修・前掲［註12］49頁参照）、公判前整理手続における検察側の証拠開示も全面的なものではないことに鑑みれば（316条の14参照）、片面的構成説の「前提」は今なお失われてはいないというべきである。

42 小田中他編著・前掲（註2）318頁〔川崎執筆〕、庭山英雄＝岡部泰昌編『刑事訴訟法［第3版］』（青林書院、2006年）227頁〔内山安夫執筆〕。なお、北山六郎監修『実務刑事弁護』（三省堂、1991年）287頁〔後藤貞人執筆〕、渡辺修・前掲（註12）49頁。

43 飯田・前掲（註25）223頁。

44 青柳・前掲（註4）412頁、斉藤誠二「328条の法意」刑事訴訟法の争点（1979年）228頁、平場安治他『注解刑事訴訟法（中）［全訂新版］』（青林書院新社、1982年）797頁〔鈴木茂嗣執筆〕、光藤・前掲（註7）246頁。

が「犯罪事実の存否の証明」としていることから、法は犯罪事実の不存在についても証拠能力のある証拠を要求している[45]、といった批判が向けられてきた。しかし、(イ)については、被告人の公判供述は、それが任意になされたものであればすべて証拠として認められうるのであるから（322条２項、刑訴規則197条１項）、322条１項が被告人側提出の証拠に対する積極的な規制という側面を有しているとは必ずしも言い難い。また、(ロ)については、(a)被告人に犯罪事実の不存在の立証責任はないのだから「存否」の文言に拘泥する必要はない、(b)犯罪事実の存在の立証の失敗は犯罪事実の不存在に結びつくが、犯罪事実の不存在の立証の失敗は必ずしも犯罪事実の存在には結びつかないのであるから、犯罪事実の存在と不存在とを同じ次元で論じるべきではない、(c)無罪判決に証拠の標目を掲げる必要はないのであるから（336条、335条）、犯罪事実の不存在を立証する証拠に証拠能力は必要ない[46]、といった批判がありうる。

本判決は、片面的構成説の適用の可否について、被告人側の請求にかかる「本件書証」を却下していることから、結論として片面的構成説の適用を否定したものであるという指摘もなされている[47]。確かに、本判決は、被告人側の請求にかかる証拠に対して自由な証明を許すものではない。しかし、本判決は片面的構成説について学説・判例を踏まえて掘り下げて検討したものではないし、本判決が「本件書証」を却下したのは、「本件書証」がＡの署名・押印（この点に関しては３参照）を欠くことから供述者の供述であることや記載の正確性の担保がないためであることに鑑みれば、本判決には、被告人側の請求にかかる証拠について常に限定説を適用しなければならないという趣旨までは含まれておらず、被告人側の請求にかかる証拠については、供述者の供述であることや記載の正確性の担保（すなわち、署名・押印もしくはそれに準じた情況的な担保）のある場合には、たとえそれが自己矛盾供述に当たらないとしても許容される余地は残されているものと解される[48]。

---

[45] 斉藤・前掲（註44）228頁、高田卓爾・前掲（註13）248頁、198頁。

[46] 能勢・前掲（註６）134頁、田宮・前掲（註１）291頁、白取・前掲（註１）298頁。

[47] 福井厚『刑事訴訟法講義［第３版］』（法律文化社、2007年）356頁、徳永（前掲註３）122頁参照。

[48] 学説においては、伝聞法則の根拠を事実認定の正確性の確保と捉え、「伝聞法則の根拠と重なる一定の信用性（の情況的保障）が担保されれば実質証拠に

2　公判供述者が公判供述後にした自己矛盾供述の許容性について

(1)　328条の条文では、許容される自己矛盾供述の得られた時期が限定されていないため、公判供述者が公判供述後にした自己矛盾供述の許容性も問題となりうる[49]。この点に関しては、特に、公判廷での証人尋問が終了した後に検察官がその証人を取調べて得た公判供述と矛盾する内容の調書を、328条を根拠に取調べることが許容されるかが問題となる。

学説においては、公判供述後に得られた自己矛盾供述を肯定するものもあるが[50]、否定するものが多数説といえる[51]。それに対し、判例は肯定説が有力である。例えば、【10】最判昭43・10・25刑集22巻11号961頁は、「公判準備期日における証人Aの尋問終了後に作成された同人の検察官調書を、右証人の証明力を争う証拠として採証した原判決の説示は、必ずしも刑訴328条に違反するものではない」と判示している。

(2)　本判決は、「刑訴法328条は、公判準備又は公判期日における被告人、証人その他の者の供述が、別の機会にしたその者の供述と矛盾する場合に、矛盾する供述をしたこと自体の立証を許すことにより、公判準備又は公判期日におけるその者の供述の信用性の減殺を図ることを許容する趣旨のもの」としている。「前の」供述としないで、「別の機会にした」供述としていることから、本判決は、公判供述後に得られた自己矛盾供述をも許容しているようにも解しうる[52]。

しかし、公判供述者が公判供述後にした自己矛盾供述を328条が認めていると解しうるのかについては多大の疑問がある。確かに、328条の条文は許容される自己矛盾供述の得られた時期を限定していない。とりわけ、321条1項と328条とを比較すると、321条1項では公判準備又は公判期日以前の供述であることが

もなりうると解することも許されよう」との主張がなされている（伊藤博路「伝聞法則の適用範囲に関する一考察（5・完）」北大法学論集49巻3号［1998年］76頁以下）。なお、光藤景皎『刑事証拠法の新展開』（成文堂、2001年）186頁以下。

49　光藤・前掲（註7）246頁。

50　山本卓＝松本克己「証言の後に作成された検察官調書」谷口正孝編『刑事法演習　第1巻』（判例タイムズ社、1974年）348頁、伊藤栄樹他・前掲（註9）375頁〔香城執筆〕、石井・前掲（註13）202頁。

51　光藤・前掲（註7）246頁参照。

52　白取・前掲（註1）390頁、福井・前掲（註47）355頁参照。

要件とされているのに対し、328条では、公判供述の証明力を争うためという以外に特に要件が付されていないことから、328条は公判供述後に得られた自己矛盾供述をも許容する趣旨であるとも解しうる[53]。しかし、条文の文理のみに拘泥するのは妥当でない。また、同一人物の自己矛盾供述が存在すること自体に公判供述の証明力を減殺する効果があるともいいうるが[54]、そのような効果があることと、それが328条によって許容されるかどうかは、別個の問題である。さらに、公判供述後の取調べは、供述の真意を明らかにすることよりも、公判供述と異なる供述を引き出すことを目的になされるため、取調べを受ける者に対して不当な影響を与えることになりかねず、そこで得られた供述に公判供述の証明力を減殺する効果があるということ自体が疑わしいし[55]、公判供述後に法廷外での追及がなされうるということ自体が公判での証言に対する圧迫にもなりかねない[56]。そして、そもそも、証人尋問後に証人を取調べるというのは公判中心主義に反する。証人の供述内容に疑問があるのであれば、証人尋問終了後の取調べによってではなく、公判廷での尋問によって解消すべきであろう[57] [58]。

---

[53] 河上・前掲（註４）141頁。

[54] 石井・前掲（註13）202頁。

[55] 小田中聰樹『ゼミナール刑事訴訟法（下）』（有斐閣、1988年）183頁。

[56] 田宮裕『一事不再理の原則』（有斐閣、1978年）422頁、白取・前掲（註１）391頁。

[57] 田中・前掲（註13）465頁、平場他・前掲（註44）798頁〔鈴木執筆〕、北山監修・前掲（註42）頁292頁〔後藤貞人執筆〕、小田中他編著・前掲（註２）319頁〔川崎執筆〕、松尾・前掲（註９）76頁、安冨潔『演習講座証拠法』（東京法令出版、2001年）172頁、光藤・前掲（註７）246頁、白取・前掲（註１）391頁等。なお、このことは検察実務家からも指摘されている。例えば、外岡孝昭元検事は、基本的に判例【10】の判示を支持しつつも、「相手側証人に対し十分な反対尋問もしないで、漫然と証人尋問を終了し、その後、公判廷外において、自己矛盾の供述を引き出し、証言を弾劾することが不当であることは明らかでしょう。これは公判中心主義から要請される制限であります」とされる（外岡孝昭「刑訴法328条の証拠」法務総合研究所編『刑事法セミナーⅤ刑事訴訟法（下）』（信山社、1992年）237頁。同旨、渡辺咲子「刑事訴訟法328条に基づく供述調書の取扱い」研修562号［1995年］102頁。反対、山上圭子「新判例解説」研修568号［1995年］29頁）。

[58] 小田中聰樹教授は、さらに、本当に自己矛盾供述をしたのか否かやその理由についての反対尋問ができないことを挙げられる（小田中・前掲［註55］184

従って、公判供述後の取調べによって得られた供述を公判供述の証明力を争うために取り調べることは許されないと解される[59] [60]。上述のように、本判決は「別の機会の供述」という表現をしており、本判決の射程は公判供述後に得られた自己矛盾供述にも及ぶとも解しうるが、公判供述後の自己矛盾供述を許容することは上述のように多くの問題点を孕んでいることや、本判決の事案は公判供述前の供述の許容性が争われたものであることに鑑みれば、本判決の判示には、公判供述後に得られた供述をも積極的に認める趣旨までは含まれていないと解するのが妥当である。

3　署名・押印の必要性

(1)　本判決は、「本件書証は、前記Aの供述を録取した書面であるが、同書面には同人の署名押印がないから上記の供述を録取した書面に当たらず、これと同視し得る事情もないから、刑訴法328条が許容する証拠には当たらないというべきであり、原判決の結論は正当として是認することができる」としている。原判決が、「本件書証」をBの供述書であると解し、それがAの自己矛盾供述にあたらないことを理由に却下したのに対し、本判決は、「本件書証」をAの供述をBが録取した供述録取書であると解した上で、Aの署名・押印が欠落しているため、「刑訴法が定める要件を満た」していないことを理由に却下したものである。

そこで、供述録取書が328条で許容されるためには、供述者の署名・押印が必要とされるのかが問題となる。この点に関し、通説は、供述者の署名・押印のない供述録取書は、供述者が供述の正確性を確認していないことから二重の伝聞証拠となり、公判供述の証明力を争う証拠としであっても許容されないとす

頁以下)。

[59] 松尾浩也教授は、「『証明力を争う』方法としての適正さに疑問がある」とされる（松尾・前掲［註１］76頁)。なお、小早川義則「刑訴法328条と回復証拠」昭和54年度重要判例解説（1980年）236頁、渡辺修・前掲（註12）50頁、山田道郎『証拠の森』（成文堂、2004年）70頁。

[60] 福井厚教授は、「少なくともその証人を再度公判廷に呼ぶことが不可能であるとか、又は著しく困難な場合に限るなどの限定が必要」とされる（福井・前掲［註47］355頁)。

る[61]。すなわち、321条１項本文と322条１項とが供述録取書の証拠能力を認める要件として供述者の署名・押印を要求したのは、供述録取書には、供述が書面化されているという伝聞性に加え、録取者が書面化して表現する過程にも伝聞性が認められることから、供述録取書の内容の正確性を供述者に確認させることにより、二重の伝聞性を克服する必要があるからである、と解するのである。

確かに、まず、321条１項および322条１項では犯罪事実の認定に用いうるという意味での証拠能力が問題とされているのに対し、328条では、そのような意味での証拠能力が問題なのではなく、公判供述の証明力を争うために取調べうるという意味での証拠能力が問題とされているのであるから、両者を単純に同列に置くことはできないという見方はありうる。また、328条の文理からすれば、署名・押印を欠く供述録取書であっても許容する趣旨であるとも解しうる[62]。すなわち、328条は、「第321条乃至第324条の規定により証拠とすることができない書面又は供述であっても、公判準備又は公判期日における被告人、証人その他の者の供述の証明力を争うためには、これを証拠とすることができる」としているが、署名・押印を321条１項および322条１項において証拠能力が認められるための要件であると解すれば、そのような要件を欠く証拠であっても証明力を争うためであれば取り調べることができるというのが328条の趣旨と解するのである。しかし、328条をこのように解した場合、公判供述者の自己矛盾供述の記載された供述録取書であれば、供述者の供述であることや記載の正確性の担保のない供述録取書が無制限に法廷に持ち込まれる危惧がもたれる。極端な言い方をすれば、出処の知れない、ないしは捏造による「供述録取書」が328条によって法廷に持ち込まれる危険性も否定できないのである。

このように考えてくると、供述録取書が328条によって許容されるためには供述者の署名・押印が必要であるとする通説は正鵠を射ている。

(2) 本判決は、上述のような問題を孕む328条について、最高裁として初めて通説を容れ[63]、公判供述者の自己矛盾供述の記載されている供述録取書が328

---

61 平場他・前掲（註44）799頁〔鈴木執筆〕、藤永幸治他編『大コンメンタール刑事訴訟法　第5巻Ⅰ』（青林書院、1999年）406頁〔大野市太郎執筆〕。

62 青柳文雄他『註釈刑事訴訟法　第３巻』（立花書房、1978年）409頁〔西原春夫執筆〕参照。

63 徳永・前掲（註３）122頁。

条によって許容されるためには供述者の署名・押印が必要であるとの限定解釈を施した点に意義がある[64]。自己矛盾供述の要証事実は、公判供述者の供述態度が一貫していないこと（それゆえ、公判供述は信用性を欠くということ）であるが、そのような証明は、自己矛盾供述が公判供述者によってなされたものであることが確認されて初めて可能となる。もし、自己矛盾供述が公判供述者によってなされたものでないとすれば、要証事実に対する最小限の証明力もないのである。このように考えてくると、本判決は、適正な事実認定という観点から支持しうるものと思われる[65]。また、限定説に立つ以上、公判供述者による供述かどうかが疑わしい供述録取書を許容することは背理ともいえよう。この点からも、限定説に立つ本判決が、供述録取書が328条によって許容される要件として供述者の署名・押印を求めたことは妥当といえる[66]。

もっとも、供述録取書が328条によって許容されるために供述者の署名・押印が必要とされる根拠が、供述者の供述であることと記載の正確性の担保に求められるとすれば、署名・押印を絶対的な要件とする必要性は乏しく、たとえ署名・押印を欠く供述録取書であっても、署名・押印と同程度に正確性を担保しうる他の事情のある場合には許容される場合があってもよい[67]。本判決は、「本件書証は、前記Ａの供述を録取した書面であるが、同書面には同人の署名押印がないから上記の供述を録取した書面に当たらず、これと同視し得る事情もないから、刑訴法328条が許容する証拠には当たらないというべきであり、原判決の結論は正当として是認することができる」としていることから、署名・押印を欠く供述録取書であっても、署名・押印と「同視し得る事情」があれば、署名・押印のある供述録取書と「同視し得る証拠」として許容されうるという

---

64 小川・前掲（註３）49頁、徳永・前掲（註３）122頁。

65 白取・前掲（註１）391頁。

66 なお、本判決は「別の機会に矛盾する供述をしたという事実の立証については、刑訴法が定める厳格な証明を要する趣旨であると解するのが相当である」としている。先の検討とも併せて考えると、本判決のいう「厳格な証明」の趣旨は、公判供述者の自己矛盾の内容を含み、かつ供述者の署名・押印のある（すなわち、証拠能力のある）供述録取書によって、適式な証拠調べの手続（298条、刑訴規則190条等）に則ってなされる証明、と解される（小川・前掲［註３］48頁）。

67 伊藤栄樹他・前掲（註９）375頁〔香城執筆〕、松尾監修・前掲（註24）755頁、石井・前掲（註13）206頁参照。

立場に立つものと解される[68]。それでは、本判決によって、具体的にどのような供述録取書が許容されうるのであろうか。まず、供述者が幼少、病気等の理由で署名・押印できないために、供述の録取に立会った者[69]が供述者の代わりに署名・押印したような場合[70]が考えられる。また、供述者の供述を正確性の確保されるような方法で収録した記憶媒体、さらには、署名・押印を欠く点につき反対当事者の同意がなされた供述録取書なども許容されうるものと解される[71]。

本判決は、「本件書証」について、署名・押印と「同視しうる事情」も認められないとして却下している。これは、「本件書証」の許否の判断において、本判決が供述者による確認を重視した結果と解されるが、「本件書証」は中立的な立場にある（被告人の有罪立証のための証拠を収集する立場にない）消防職員が職務の過程で作成したものであるから、そこに、署名・押印と「同視しうる」ないしはそれに準じた正確性の担保を認める余地もありえたのではないかとも思われる[72]。また、「本件書証」は被告人側の請求にかかるものであって証人審問権の侵害は問題とならないことに鑑みれば、なおさら柔軟な解釈が必要であり、またそのような解釈も十分に可能であったのではなかろうか。

4　「供述の証明力を争う」の意味

(1)　328条は、単に「供述の証明力を争うためには」とするのみであるため、そこでの「争う」の意味が問題となる。「争う」の意味に、公判供述の証明力

68　小川・前掲（註３）49頁。

69　ここでの供述録取に立会った者とは、そのような者であれば誰でもよいというわけではなく、法定代理人や家族等、供述者の意思を的確に反映した行動をとりうる者でなければならないと解すべきである。

70　刑訴規則61条１項。福岡高判昭29・１・25判特報26号65頁、福岡高判昭29・５・７高刑集７巻５号680頁等参照。なお、最近、この点に関して初めて最高裁の判断が示された。最決平18・12・８刑集60巻10号837頁は、供述者が脳梗塞の後遺症で供述録取書（検察官調書）に自ら署名・押印できなかったため、次男が代わりに署名をしたという事案につき、「供述録取書についての刑訴法321条１項にいう『署名』には、刑訴規則61条の適用があ［る］」として、証拠能力を認めている。

71　判時1957号170頁および判タ1228号139頁の解説（匿名）参照。

72　徳永・前掲（註３）122頁。

を減殺する証拠（弾劾証拠）が含まれることについては学説・判例上一致をみている。では、328条によって許容される証拠は、公判供述の証明力を減殺するものに限られず、公判供述の証明力を増強する証拠（増強証拠）も含まれるのであろうか。学説上、増強証拠は許されないとするのが通説である[73]。判例も、かつては、増強証拠を許容するもの[74]と、許容しないもの[75]とに分かれていたが、比較的最近の判例は、増強証拠を否定する傾向にある[76]。

増強証拠は、まず、328条の「争う」という文言からみて無理がある。また、公判供述のみでは犯罪事実を認定できないが増強証拠があれば認定できるという場合には、結局、328条の証拠によって犯罪事実の認定をするのと同じ結果になると言わざるをえない[77]。従って、増強証拠を認めることは妥当でない。

では、公判供述の証明力が自己矛盾供述によって減殺された場合に、公判供述者の公判供述と一致する供述（回復証拠）の取調べを請求して、減殺された公判供述の証明力を回復させることは許されるであろうか。学説では、回復証拠を認めるものが多数説であり[78]、判例も、回復証拠を認めるものが有力であ

---

73 もっとも、青柳文雄博士は、「本条［328条―筆者注］が直接規定しているわけではないが、相手方がその証明力を争っていれば証明力の増強にも本来証拠能力のない証拠を用いられると考える」とされる（青柳文雄『日本刑事訴訟法論―国民性の視角から』［立花書房、1970年］198頁）。なお、勝尾・前掲（註４）2074頁。

74 高松高判昭29・12・10判特報５号91頁、判例【３】。

75 福岡高判昭30・２・28裁特報２巻６号141頁。

76 判例【11】（後掲）、大阪高判平２・10・9判タ765号266頁。かつて、「実務の運営としては、追々消極説に傾くのではないかと思われるが、他方積極説による運営も少なくないようである」といわれたが（辻本隆一「328条による証拠は、供述の証明力を増強するためにも提出できるか」平野龍一＝松尾浩也編『実例法学全集　刑事訴訟法［新版］』［青林書院、1977年］418頁）、最近では、実務上増強証拠が認められない運用が固まっているようである（大野・前掲［註９］279頁参照）。

77 横井大三『証拠　刑訴裁判例ノート⑵』（有斐閣、1971年）333頁、田宮・前掲（註１）365頁、裁判所職員総合研修所監修『刑事訴訟法講義案［３訂版］』（司法協会、2007年）334頁等。

78 平野・前掲（註12）253頁註⑸、後藤昭「演習」法学教室136号（1992年）90頁、田宮・前掲（註１）395頁、小田中他編著・前掲（註２）319頁〔川崎執筆〕、大澤裕「伝聞証拠の意義」刑事訴訟法の争点（第３版）（2002年）183頁、宇藤・

る。例えば、【11】東京高判昭53・５・17東高時報刑29巻５号81頁は、増強証拠については明確に否定する一方で、回復証拠については、「弾劾証拠を弾劾するものにほかならず、・・・当然許される」とし、【12】東京高判昭54・２・７東高時報刑30巻２号13頁は、「刑訴法328条の弾劾証拠とは、供述証拠の証明力を減殺するためのもののみではなく、弾劾証拠により減殺された供述証拠の証明力を回復するためのものをも含むと解するのが相当である」としている。

(2) 328条の「争う」の意味について、本判決は、「刑訴法328条は、公判準備又は公判期日における被告人、証人その他の者の供述が、別の機会にしたその者の供述と矛盾する場合に、矛盾する供述をしたこと自体の立証を許すことにより、公判準備又は公判期日におけるその者の供述の信用性の減殺を図ることを許容する趣旨のものであり」としていることから、本判決が増強証拠を否定していることは明らかである。他方、回復証拠の許否については、「供述の信用性の減殺を図ることを許容する趣旨」としていることから、328条によって許容される証拠は弾劾証拠に限定され回復証拠は許容されないという立場に立っているものとも解しうるが、回復証拠を否定する趣旨までは含まれないという指摘もなされている[79]。

確かに、回復証拠は、弾劾証拠の証明力を減殺するにすぎないとも解しうる[80]。しかし、回復証拠を認めることは実質的に公判供述の証明力を増強する結果をもたらしはしないだろうか。前掲【12】が、「本件において、検察官が、いったん減殺されたAの原審証言の証明力を回復する趣旨のもとに同人の前記供述調書の取調を請求したものであることは前記のとおりであり、同調書の取調により事実上同人の原審証言の証明力が増強される結果となったとしても、これによる不利益は前記のような内容の弾劾証拠を提出した被告人の側において甘受すべきものであ［る］」としているように、増強証拠と回復証拠との関係は相対的であり両者の間に明確な境界線は存在しない。また、弾劾証拠を提出した場合、常に回復証拠によって公判供述が増強される危険を甘受しなければな

前掲（註24）193頁、山田・前掲（註59）69頁、光藤・前掲（註７）247頁、白取・前掲（註１）390頁等。

79 白取・前掲（註１）391頁。

80 高田卓爾・前掲（註13）248頁、加藤克佳「328条と回復証拠」刑事訴訟法判例百選（第６版）（1992年）178頁、寺崎・前掲（註９）348頁等。

らないというのも問題である。さらに、回復証拠を認めると、公判外供述同士による水掛け論的争いに陥って、争いの重点が公判供述から公判供述の証明力を争う証拠へと移ってしまうのではないかという危惧ももたれる。加えて、限定説を支持する以上、たとえ回復証拠としてであっても一致供述を許容するのは背理と解されるし、増強証拠を否定する以上、増強証拠と同様の問題を孕む回復証拠についてもこれを否定するのが一貫した姿勢といえる。

このように考えてくると、回復証拠を認めるのは基本的に妥当とは思われない[81]。本判決については、判決文において「減殺するものに限られる」としていることと、回復証拠を許容することの問題性とに鑑み、本判決の射程はさしあたり弾劾証拠にのみ及ぶものと解すべきである。もっとも、回復証拠を認めることの問題の本質が「伝聞証拠が秘かに実は有罪立証の証拠に用いられる結果を生ずることがある」[82]点にあるとすれば、被告人側の請求にかかる証拠については回復証拠を認める余地を残しうるし、また残しておくべきではないか。本判決について、回復証拠を否定する趣旨までは含まれないとの指摘[83]は、このような観点からみて正鵠を射ているように思われる。

5　結びに代えて

328条で許容される証拠の範囲については、証人審問権の保障と伝聞法則の趣旨に立ち返った解釈が求められる。限定説は、伝聞証拠が無限定に法廷に持ち込まれる危険を防ぐという面で証人審問権の保障と伝聞法則に資するが、これを被告人側の請求にかかる証拠に画一的に適用すると、被告人に対して供述証拠を十分に吟味する機会を保障する証人審問権の核心[84]に抵触するおそれがある。従って、328条で許容される証拠の範囲の解釈としては、基本的に限定説に立ちつつ、被告人側の請求にかかる証拠に対しては非限定説に立った取り

81　回復証拠を認めない見解として、石川・前掲（註35）274頁、阪村幸男「328条と回復証拠」刑事訴訟法判例百選（第５版）（1986年）201頁、松本一郎『事例式演習教室刑事訴訟法』（勁草書房、1987年）212頁、渥美東洋『全訂刑事訴訟法』（有斐閣、2006年）401頁。

82　渥美・前掲（註80）401頁。

83　白取・前掲（註１）391頁。

84　堀江・前掲（註11）15頁、上口裕「身許不詳者の公判外供述と証人審問権(1)」南山法学３巻３号（1979年）139頁参照。

扱いをすべきであろう[85]。

本判決は、328条で許容される証拠の範囲について、最高裁として限定説に立つことを明らかにしたものであることから、今後の実務の運用は限定説で統一されてゆくものと思われる[86]。ただ、先の検討から明らかなように、本判決にはいくつかの点について解釈の余地が残されている。とりわけ、本判決が被告人側の請求にかかる「本件書証」を却下したのは、「本件書証」が供述者の署名・押印を欠いたためであって、本判決によって、被告人側の請求にかかる証拠に対して常に限定説を適用しなければならないという論理が導かれるわけではない点が重要である。証人審問権の実効的な保障のために、そして無辜の不処罰のために、このことは銘記しておかなければならない。

＊本稿脱稿（2007年８月７日）後、福島至「刑事訴訟法328条により許容される証拠」法律時報79巻11号（2007年）105頁に接した。

[85] 堀江・前掲（註11）15頁。
[86] 小川・前掲（註３）34頁。なお、山下・前掲（註３）94頁。

執筆者紹介（掲載順）

松尾誠紀	関西学院大学法学部専任講師
佐藤陽子	北海道大学大学院法学研究科附属高等法政教育研究センター助教
内藤大海	北海道大学大学院法学研究科助教
菅原寧格	北海道大学大学院法学研究科助教
藤原晴美	北海道大学大学院法学研究科博士課程
鄭昌原	前日本学術振興会特別研究員
今井弘道	北海道大学大学院法学研究科附属高等法政教育研究センター教授
倪正茂	中国・上海政法学院教授
李妍淑	北海道大学大学院法学研究科博士課程
伊藤和歌子	法政大学大学院社会科学研究科博士課程修了
會澤恒	北海道大学大学院法学研究科准教授
東海林邦彦	北海道大学名誉教授
関口和徳	北海道大学大学院法学研究科博士課程

平成19年11月23日　印　刷
平成19年11月30日　発　行

編集人　小森光夫

発行人　北海道大学大学院法学研究科長
瀬川信久

印　刷　北海道大学生活協同組合
情報サービス部
札幌市北区北8条西8丁目
TEL 011(747)8886

発行所　北海道大学大学院法学研究科
札幌市北区北9条西7丁目
TEL 011(706)3074 FAX 011(706)4948
ronshu@juris.hokudai.ac.jp

THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. 58 November 2007 No. 4

CONTENTS

ARTICLES

Die nachfolgende Beteiligung durch Unterlassen (6)
…… Motonori MATSUO 1

Die Einwilligung des Verletzten (2)
—— Rekonstruktion mit Rücksicht auf den besonderen Teil ——
…… Youko SATO 35

Eine Studie über die tatprovozierende Ermittlungstätigkeit (2)
—— anhand der theoretischen Entwickelungen in der BRD ——
…… Hiromi NAITO 105

Die rechtsphilosophische Bedeutung des Wertdenkens von M. Weber und K. Jaspers (4)
—— Der gedankengeschichtliche Hintergrund der gegenwartigen Gerechtigkeitstheorie —— …… Yasunori SUGAWARA 165

SYMPOSIUM

Protection of Rights in the Community and Citizens Movement in Urban-area of China
Introduction …… Hiromichi IMAI 233
(1) Protection of Rights in the Community and Citizens Movement in Urban-area of China …… Zhengmao NI 236
(2) A Study on the Role and Relationship of Actors Surrounding China's Housing District …… Wakako ITO 267

NOTES

Duty not to Make Fraudulent Claims in Insurance Contract Law in England …… Harumi FUJIHARA 546[1]

A Study on the Bylaw in Korean Local Autonomy (1)
—— Focused on the Limitation and Range of Bylaw in theories and judicial Precedents —— …… Chung One Chang 279

Approaches to a Study of the 〈Creole〉 and the Agency Formation of Law (2)
・Legal Formation through Judicatory and the Fusion of the Horizons of Legal Cultures …… Hiromichi IMAI 335
・Interpreting the Constitution with Transnational Sources: Openness and Exclusiveness of Modern American Legal Thinking …… Hisashi AIZAWA 490[57]

A Critical Consideration on the Reform Acts Concerning Nonprofit-Legal Person Law in 2006 (2)
—— An Introductory Study on the Legal System of "Organizations" —— …… Kunihiko SHOJI 452[95]

CASE NOTE

Note on Criminal Law Case …… Kazunori SEKIGUCHI 384[163]

[ ]…Indicates the pagination for articles typeset horizontally that begin at the end of the journal

Published by
Hokkaido University, School of Law
Kita 9-jō, Nishi 7-chōme, Kita-ku, Sapporo, Japan