HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集　第59巻　第1号　全1冊
Citation	北大法学論集, 59(1)
Issue Date	2008-05-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/35526
Type	journal
File Information	lawreview_vol59no1.pdf,

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

ISSN 0385-5953

北大法学論集

第 59 巻　第 1 号

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（7・完）
——現代正義論の思想史的背景—— …… 菅原寧格　1
政府の訴訟活動における機関利益と公共の利益（2）
——司法省による「合衆国の利益」の実現をめぐって—— …… 北見宏介　37
フランス憲法院による法律の憲法適合的解釈に関する一考察（4） …… 辻信幸　65
懲罰的賠償の終焉!?（1）
——私人は法を実現できないのか？—— … 会沢恒　522[1]
詐害行為取消権の理論的再検討（2） …… 水野吉章　498[25]

シンポジウム

〈国際研究集会〉
実効的権利保護論の現代的課題
——仮の権利救済を中心として——
主報告　ドイツ行政訴訟における仮の権利保護 …… ヴォルフ＝リューディガー・シェンケ　113
村上裕章　訳
副報告　実効的権利保護の要請と仮の救済・内閣総理大臣の異議 …… 笹田栄司　148

講　演

制度的契約論の構想
趣旨説明 …… 吉田克己　444[79]
制度的契約論の構想 …… 内田貴　441[82]
コメント1　民法学から見た制度的契約論 … 池田清治　419[104]
コメント2　行政法学から見た制度的契約論 …… 原田大樹　408[115]
討論　394[129]
再生的クローンと治療的クローンの法的許容性 …… ヘニング・ローゼナウ　368[155]
小名木明宏　訳

研究ノート

韓国における条例制定権の範囲と限界（3・完）
——日本の条例論との比較検討を中心に—— …… 鄭原昌　157
移転させられた損失（3・完）
——Hannes Unberath, *Transferred Loss, Claiming Third Party Loss in Contract Law*（2003）の紹介とイギリス法の分析を中心にして—— …… 新堂明子　344[179]

資　料

〈北大立法過程研究会報告〉「有事法制の立法過程と実際」 …… 前田哲男　223

判例研究

公法判例研究 …… 朝田とも子　249
刑事判例研究 …… 松原和彦　281

雑　報

2008（平成20）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

厚谷襄兒（経済法）
五十嵐清（比較法）
石川武（法史学）
伊藤大一（行政学）
今井弘道（法哲学）
臼杵知史（国際法）
小川晃一（政治思想史）
小木曽得雄（刑法）
神原勝（行政学）
木佐茂男（行政法）
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）
山畠正男（民法）

教授

池田清治（民法）
伊藤誠一（民事実務）
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）
小川浩三（法史学）
児矢野マリ（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）
城下裕二（刑法）
鈴木賢（比較法）
瀬川信久（民法）
空井護（現代政治分析）
髙見勝利（民事訴訟法）
○田口正樹（法史学）
辻村みよ子（知的財産法）
常本照樹（憲法）
道幸哲也（労働法）
長井長信（刑法）
中山博之（刑事実務）
長谷川晃（法哲学）
林脩（商法）
林田清明（法社会学）
人見剛（行政法）
○藤原正則（民法）
松浦正孝（政治史）＊
松久三四彦（民法）
宮本太郎（比較政治経済）
宮脇淳（行政学）＊
山口二郎（行政学）＊
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）
吉田邦彦（民法）
亘理格（行政法）＊

助教

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）＊
○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）＊
吉田徹（ヨーロッパ政治史）
吉田広志（知的財産法）

特任教授

佐藤崇行（刑事実務）
村主隆宏（民事実務）
田中智幸（法実務基礎）

客員教授

曽野裕夫（民法）

准教授

會沢恒（比較法）
川村力（商法）
桑原朝子（日本法制史）
齋藤哲志（比較法）
坂口一成（比較法）
關和德（刑事訴訟法）
菅原寧格（法哲学）
池炫悠（政治学）
宮崎周（国際政治）
黄詩淳（民法）
高橋影娥（民法）
板橋拓己（国際政治）
葛愛軍（刑法）
河森計二（商法）
北見宏介（行政法）

雑誌編集委員　○印
＊は大学院公共政策学連携研究部専任教員

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（七・完）

――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」　（以上、五八巻四号）
　第二款　法思想としての「コミュニケーション」論の可能性
　第三款　「コミュニケーション」論における法と正義
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
　　第一款　「人格」の二面性の問題に対する弁明　（以上、五八巻五号）
　　第二款「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
　　第一款「人格」論の展望――パーフィットの「人格の同一性」論を手がかりに――　（以上、五八巻六号）
　　第二款　歴史的・社会的文脈主義的思考様式の展望――シュトラウスの批判を手がかりに――　（以上、本号）
終論　おわりに

第二款　歴史的・社会的文脈主義的思考様式の展望――シュトラウスの批判を手がかりに――

ここでは、レオ・シュトラウスの「自然権」論を手がかりとしながら、ウェーバーとヤスパースの価値思考が持つ可能性を探ることにする。シュトラウスの議論を参照する理由は、ロールズが歴史的・社会的文脈主義的観点を評価するようになった『政治的リベラリズム』以降の現代正議論の問題状況に対して、ウェーバーとヤスパースの思想によって展望しうる可能性を検討するためである。そこで、この問題と取り組むにあたっては、ヤスパースの「人格」に対する

次のような見解を見ることから始めることにしたい。ヤスパースにとっての「人格」とは、「本質」に先立つ「実存」として、かけがえのない今ここにおける「人格」であるということ。つまり、各「人格」は、「実存」へ向かう存在として相互に個別性を有しているということであった。しかし、彼がこのように考えた背景として、次のような見解を同時に持ち合わせていたということについては、注意しておかなければならない。

「実存哲学は自身の人格を不当に重要視することであり、頑迷な個人主義であり、慰めなき孤立化に陥った故郷のない人間が実際には全然存在しそうもない空想的幻想的なコミュニケーションを適当に創りあげたり、あらゆるものを混同して自己自身を神となしたりする」という批判が向けられるかもしれない。しかしそこには、「実存哲学の思想でもって私の現存在のうちにある何か或るものを正当化しようとしたときにも現れる」といった意味での、「可能的実存と経験的人格との混同」という問題がある。(1)

ここでヤスパースは重要な指摘をしている。第一に挙げておきたい点は、先述したパーフィットの議論とも関連してくるが、「可能的実存」と「経験的人格」を区分しなければならないという趣旨のことをヤスパースが述べているということである。もし、両者が混同されることがあるとすれば、それは「実存哲学」によって「私の現存在のうちにある何か或るものを正当化しようとしたとき」であると。つまり、ヤスパースにとっての「実存哲学」とは、決して「現存在」としての「人格」を正当化するような規範的理論ではないということが、ここで示されているわけである。ヤスパースは、「可能的実存」と「経験的人格」をしっかりと区別し、また区別することの重要性を意識していた。

そしてこのように、ヤスパースが「可能的実存」と「経験的人格」とを自覚的に区別していたということは、前款で

検討したパーフィットの議論における「人格」の非「人格」化という問題ともかかわってくる。ヤスパースの言葉にしたがえば、「自身の人格を不当に重要視」することや、「現存在のうちにある何か或るものを正当化しよう」とすることは戒められなければならない。だが、ヤスパースによるこのような戒めが、パーフィットによって展開された「人格」の同一性にかんする議論――「人格」の非「人格」化という議論――とどのような関係に立つことになるのだろうか。ヤスパースによる「自身の人格を不当に重要視」したり「現存在のうちにある何か或るものを正当化しよう」したりしてはならないという主張と、パーフィットが述べていたような「人格」を非「人格」化しようとする構想は、どのような関連性を持つことになるのか。

「人格」を非「人格」化しようとするパーフィットの構想は、それと正反対の思想として捉えられるであろう人間の「実存」の問題と取り組んでいたヤスパースにとって、受け入れ不可能であるかのように見える。だがそれは、「実存哲学」を、「経験的人格」を「不当に重要視」するような議論、つまり、パーフィットが批判した「デカルト的純粋自我」のような「さらなる事実」を必要とする「非－還元主義」的な立場と同視し、ヤスパースがそうした立場に立っているかのように見えるからである。

しかも、ヤスパースが「可能的実存」と「経験的人格」とを区分していたということは、法哲学研究として実存思想を受容したときに見られた動向について検討をしたときの問題とかかわっている。繰り返しになるが、当時の法哲学界にとっては、実存思想を「自然法」論を正統化する理論として援用できるか否かという点が最大の関心事であった。しかし、このような学界の態度を今ここで述べたようなヤスパースの議論から捉え返してみれば、そうした態度が生じてきたのは「可能的実存と経験的人格との混同」をしたから、ということになる。つまり、あるべき法のあり方を根拠づけるような「自然法」の問題と経験的な事実の次元に属する法的判断の問題とを混同してしまったがために、「実存哲

学の思想でもって私の現存在のうちにある何か或るものを正当化しようとした」わけだ、ということになる。

いずれにせよ、先のヤスパースの指摘が重要なのは、「現存在的コミュニケーション」における「暴力をともなった闘い」が、「実存的コミュニケーション」としての「愛しながらの闘い」へと、すなわち、「人格」間の関係が個別的であると同時に「連帯性」と「同等性」をもった関係へと開かれていく可能性をもつとされた一連の思考の前提として、である。ヤスパースは、「連帯性」と「同等性」について、個別的でありながらもなお共通する何かについての理解を見極めようとする試みとして、「コミュニケーション」を想定していた。それゆえ、ヤスパースの「実存哲学」においては、先ほど言われていたような「頑迷な個人主義」や「自己自身を神となしたりする」ような態度は、拒絶されるべき対象であった。「頑迷な個人主義」や「自己自身を神となしたりする」ような見方は、むしろ「可能的実存と経験的人格との混同」があるときに成立すると考えられていた。むろん、ヤスパースが、「経験的人格」であるということから「コミュニケーション」を遂行する「可能的実存」であるということが直接的に導き出されてくる、と考えていたわけではない。もし、「経験的人格」即「可能的実存」である、という錯覚を抱いてしまうことがあるとすれば、そこに潜んでいるのは経験的に知りえたものこそが一切の判断基準になるということになるが、そうした考えは、ヤスパースと無縁の独我論である。

ヤスパースの「コミュニケーション」においては、「愛しながらの闘い」が展開されてくる契機は、「実存相互の闘いではなく、自己自身と他者とに対する共通の闘い」[2]のなかに見出されていた。また、そうした「自己自身と他者とに対する共通の闘い」という契機が存在するということは、ヤスパースの「コミュニケーション」や「愛しながらの闘い」の特徴であった。むろん、「自己自身と他者とに対する共通の闘い」は、ウェーバーにおける「調停しがたく」、「解決しがたくあい争っている」ような「神々のあいだの永遠の争い」と通底しているし、意味上とは言うものの抜き差しな

らぬ「闘争」へと移行していく可能性を秘めてもいる。しかし、このことを理由として、「実存」するということと、みずからを「神」であると看做したり「自身の人格を不当に重要視」したりすることとを同一視しなければならないわけではない。

こうした事情を見通していたウェーバーは、「闘争」が意味上の問題であることに注意を促した上で、次のように述べている。「諸価値の間では、…二者択一が問題なばかりでなく、「神」と「悪魔」のたたかいのようにおよそ調停不可能な死闘が問題である」[3]、と。「価値討議」を遂行する上での「闘い」が不可避であることを、ウェーバーは、強調している。彼がこのように述べたのは、「闘争の手段、闘争の対象、さらに闘争の主要方向や闘争の担い手を取り替えることはできても、闘争そのものをなくすことはできない」[4]からであった。ただ、これも繰り返しになるが、ウェーバーは、このような闘争へと移行する可能性があるからといって、つまりコンセンサスから「遠のくくらいならそういう討議はさけるべき」である、と主張したわけではない。そうした見解と自分の主張とは、むしろ、「正反対である」と述べていた[5]。ここではウェーバーとヤスパースの価値思考において重視されていた「闘争」の契機に着目し、以下、そこに潜む問題性と可能性を、シュトラウスが『自然権と歴史』において展開した批判を手がかりとしながら吟味し、その理論的可能性と現代的意義について検討していくことにしよう。

ただ、シュトラウスが直接的に批判の対象としているのは、ウェーバーの価値思考であって、ヤスパースのそれにではない。けれども、ヤスパースのウェーバーとの連続性に注目すれば、ウェーバーに対する批判の多くはヤスパースについても妥当する。シュトラウスの議論を手がかりとするのは、彼の議論がウェーバーにおける価値相対主義的思考をもっとも正当に理解した上で試みられている批判であるということ、それゆえ、ウェーバーとヤスパースの価値思考の理論的可能性を検討するためには、シュトラウスの批判を参照することが適切である、と考えられるからである。

ウェーバーの「価値討議」における「闘争」の問題に対して、シュトラウスは次のように述べている。「価値間の闘争にはいかなる解決もありえぬというウェーバーの命題は、したがって、人間生活は本質的に不可避的な闘争だとする包括的な見解の一部あるいは帰結であった」[6]、と。それゆえ、ウェーバーの闘争は「当為についての真正な知識などありえない」という見解に帰着し、「必然的にニヒリズムに行きつく」ほかにない、と[7]。厳しい批判のように見えるが、シュトラウスがこのように述べたのには理由があった。シュトラウスから見れば、ウェーバーの議論においては「すべての人間思想は歴史的であると考えられている」だけでなく、「正や善に関する普遍の原理といっても、相互に対立し合う多種多様な原理が存在していて、その中のいずれの原理も他の原理より優れていると証明されえない」[8]と主張されているし、そうした優劣の証明を可能とする「自然権」が、はじめから度外視されてしまっているからである。

ともあれ、このようなシュトラウスによるウェーバー批判は、正当な批判として理解されなければならないであろう。このように言うのは、今述べてきたようなウェーバーにおける「闘争」の不可避性といった問題を、シュトラウスが的確に捉え、「闘争」がもたらしかねない問題を見抜いて上で批判を展開しているからである。さらに言い換えるとすれば、シュトラウスの批判とは、諸価値の相対性に関する問題を「自然権」によって克服しようとしたり、ラードブルフのように「哲学的妥当論」に立って克服しようとしたりするのではなく、ウェーバーが「歴史主義」者として、否まさに「歴史主義」者であるからこそ「歴史的・社会学的妥当論」の系譜に立って相対主義の問題と対峙しているということ、このことを十分に理解した上でなされているからである。シュトラウスの手によって、「場所的・時間的なるものの普遍的なものに対する優越性を発見した」、「歴史学派」の嫡出子としてのウェーバーは、「現実的なるものを超越せんとする一切の努力の唯一堅固なる基盤」となりうる「何らかの普遍的あるいは抽象的原理」[9]――「自然権」――を「破壊してしまった」張本人という烙印を押されることになったわけである。

だが、もしこうした批判が正当であるとすれば、ウェーバーと同様に「闘い」の契機を重視するヤスパースも、こうしたシュトラウスの批判を免れることはできない。もちろんヤスパースとシュトラウスが直接に論争したわけではないし、シュトラウスが、ウェーバーのようにヤスパースを直接の対象として批判しているわけでもない。けれども、ウェーバーとヤスパースにおける価値思考の連続性を考慮すれば、ウェーバーにとって該当する批判の多くが、やはり同様に、ヤスパースにとっても当てはまるということは、容易に推測が成り立つところである。

ヤスパース自身は、「法は、せいぜい、そのつどの特定の歴史的諸力の表現にすぎない」ものであると述べていた。それゆえ、ヤスパースが、「正しい法は、ただたんに対象的にまた明確に知り取られないものであるばかりではなく、それは、実現という点でも、不可能」であることを自明視していたのは疑いない[10]。ヤスパースの「コミュニケーション」論が含意するのは、「永久に妥当する最終的な、客観的解決」ではなく、「そのつど歴史的な解決」の試みとしての法理論であったとすれば[11]、シュトラウスがウェーバーに対して行った批判は、ヤスパースに対しても該当すると考えてよいだろう。

こうしたシュトラウスによって批判されるような問題について、ウェーバーは「価値討議」が要請されるのは、「精神的連関もしくは社会的連関を扱う科学は、すべて人間の行動…を「理解」[12]しようとし、さらにその理解に助けられて、あの行動の経過を「説明的に解釈」しようとする」からだと考えていた。これを敷衍したかのように、ヤスパースは、「了解可能なものは実は理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[13]、…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」、と述べている。

ただ、シュトラウスの問題関心は「自然権」といった普遍的原理を擁護すること――「歴史主義」や「歴史学派」の

克服――に重心があった。「我々の社会の理想より一段と高い基準がなにもないとすれば、我々はその理想から批判的距離をとることが全くできなくなる」[14]。もし、「一段と高い基準」がなく、「理想」も無いとすれば、どのように社会を批判しうると言うのか。社会批判が可能であるとすれば、それは社会を超越した視点からのみである、というのがシュトラウスの主張のポイントである。それゆえ、「自然権」といった「普遍的原理を承認することは、既成の秩序、すなわち、今ここに現存するものを、自然的ないし合理的秩序に照らして判定するよう人をしむける」ものとして理解され、そうすることによってのみ社会批判は可能になると考えられたわけである。シュトラウスにとって、「今ここに現存するものは、普遍的で不易の規範におそらく及びそうにない」という発想が、価値相対主義者や実存主義者を批判する際の根底にあったと見てよいだろう[15]。

しかし、そうであるとすれば、この問題は、現代正義論においてロールズの立場転換以降顕わになってきた問題と関連性をもってくる。このような形でロールズの議論が再び登場してくることに対しては、やや唐突な印象をもたれる向きがあるかもしれないが、次のような議論を念頭に置いておけば、ここでロールズの議論を再び持ち出すことに適切な理由があることは明らかである。

シャンタル・ムフはリチャード・ローティを引き合いに出しながら、現在では、「ロールズによる「公正としての正義」に関する「歴史化された」理解は、どれだけ成功しているといえるだろうか」[16]という形で問いを立てる必要があることを訴えている。ムフの主張は、ロールズの立場転換によって象徴されている現代正義論の中心的問題が、社会批判を行ったり、正義とは何かを判別したりする規準をどのように設定すればよいのか、しかも歴史的な観点との関係からどのように設定すればよいのかをめぐって錯綜している、という点と関わっている。それゆえ、『正義論』のように普遍的な原理として「公正としての正義」を構想するのか、それとも『政治的リベラリズム』のように歴史化してそれを構

想するのか、後者のように行うというのであれば、そうした議論は果たして成功していると言えるのか、といった形で問題を立てる必要がある、ということである。しかも、ここには、「公正としての正義」を哲学的に構想する場合であれ、「歴史化」して理解しようとする場合であれ、必ずや抱えこまざるを得ない問題がある。こうして見ると、普遍的な原理として『正義論』を打ち立てたとしても、歴史や社会の文脈に即して「正義」を構想したとしても、それぞれの立場にのみ固執する限り、正義を一義的に決定することはできないのではないだろうか、という疑問が湧く。

今まで見てきたようなシュトラウスの議論へ戻って逆の側から見てみれば、歴史や社会の文脈に即した形で正義論を構想しようとする際にそこで構想されるような正義とは、いつ普遍的な原理を欠いた相対主義へ滑り落ちたとしてもおかしくないということになるだろう。そして、ウェーバーの観点から見れば、こうしたシュトラウスのような議論に付き合う必然性は無いのであって、普遍的な「正義」の原理を持たないからといって必ずしも相対主義へと陥るわけではないということになる。その意味で、現代正義論における普遍主義と文脈主義に関する問題とは、かつてシュトラウスがウェーバーの主張に対して展開していた批判と正面から関わってくることになる。

ただその前に、問題を少し巻き戻しておこう。まず、シュトラウスの批判がウェーバーやヤスパースに対する批判として有効なものになり得るか否か、この点について検討しておくことにしよう。つまり、ウェーバーやヤスパースのような価値思考はシュトラウスによって論駁されてしまうのか、といった点について検討しておくことにしよう。

たしかに、シュトラウスの「自然権」論から展開されている相対主義に対する批判は一貫している。それゆえ、仮にシュトラウスによって批判されていたなら、戦前のラートブルフの「相対主義」や法理論が動揺したであろうことは想像に難くない。また、そうしたシュトラウス的批判を踏まえておけば、ラートブルフがなぜ戦後になってから自然法思想へと転向してしまったのかという点についても、十分に理解することができる。しかし、ウェーバーやヤスパースの

立場からであれば、シュトラウスに対する反撃が十分に可能であると思われる。というのも、ウェーバーは、具体的な問題状況における具体的な問題解決を図るために、意味ある行為をするのか、あるいは、意味ある行為をしないのかについての「価値判断」を下すよう要求するとともに、「価値判断」を可能にするための条件として「価値討議」を考えていたからである。つまり、「価値討議」とは、現実の具体的な問題についての〈技術的批判〉と〈価値論理的批判〉を通じた合理的な具体的解決策を探るものとして考えられていたわけである。この点は、ヤスパースも、「歴史的実存がみずからの状況の中に立って」行う「決断」を通して成立するような種類の「コミュニケーション」を考えていたし、「現存在」において問題なのは、「どこで権力者の地位を掌中に収め利益をむさぼるべきか、どこで譲歩し我慢すべきか、どこで闘い突進すべきか、という問い」であると見ていた(17)。ただ、ヤスパースは、「コミュニケーションへの意志」を「可能的実存」としての「現存在」が抱くようになった際には、「愛」を原動力とした「コミュニケーション」を展開するようになるし、ひいては当事者を反省的思考へと誘うようになるとも考えていた。それゆえ、こうした事情を踏まえるのであれば、シュトラウスのウェーバーとヤスパースに対する批判は的外れということになる。

したがって、問題はむしろシュトラウスの「自然権」論の方にある。その問題とは、シュトラウス自身が、「自然権」といった「普遍的で不易の規範」によってしか所与的現実を克服しえないという観点を前提として取り込んでしまっていたことである。つまり、シュトラウスにとって所与的現実を克服し社会批判をなしうる規範とは、何らかの人智を超越したような権威によってのみ基礎づけられるといった仕掛けになっている。それゆえ、そうした観点から垣間見ることができるのは、超越的な観点から正統化される権威的な規範によって所与的現実の権威を克服していこうとする権威志向的な発想以外の何ものでもない。

この点について、ヤスパースは次のような議論を展開していたことを確認しておくことにしたい。ヤスパースによる

と、「時間のうちにおける闘いの有限的状況の中にのみ、みずからの存在と内実をもつような存在者」は与えられているので、「現実は、全体的なものではなく、また無時間的なものでもない」[18]。すなわち、ヤスパースは、シュトラウスのように「我々の社会の理想より一段と高い基準」に依拠するのではなく、あくまで「社会」の内側にとどまりながら、つまり、超越的な観点からではなく、社会内在的な観点から問題を捉え返そうと述べていたわけである。むろん、こうした見解をシュトラウスの議論から読み取ることはできない。だが、ヤスパースは、「現存在」の限界で問題とされる「暴力をともなった闘い」についても、「コミュニケーション」の過程を通じて、「実存」へと向けた「愛しながらの闘い」が生成され共有されていくことを訴えていたし、そうすることによって問題そのものの意味転換を図っていこうとする筋道を模索していた。

ところで、現代正義論のなかには、今ここで述べてきたような普遍主義と文脈主義とをめぐる争いの一環として、「人格」をどのように位置づけるべきかといった議論もある。前歴史的・前社会的・原子論的に「人格」は成立しうると見るのか、あるいは、共同体の産物として歴史的・社会的に成立したと見るのか、という形で一般的に問われてきた問題である。そこで、以上のようなシュトラウスの批判を検討してきたことによって得られた成果を踏まえつつ、今までに吟味してきたウェーバーとヤスパースの価値思考における「人格」の問題を、現代正義論における「人格」の問題との関係に投げ入れて、捉え返してみることにしよう。

まず、ロールズから導出されるであろう「人格」とは、『正義論』と『政治的リベラリズム』とで決定的に異なっていることを確認しておきたい。『正義論』における「人格」とは、端的にいって「自我によって肯定される目的に先行する」[19]主体として前歴史的・前社会的に形成されるものとして考えられていた。本論で展開してきた問題圏と引きつけて理解

すれば、それは、いわゆる「哲学的妥当論」によって正統化されるような普遍的に構想された「人格」であることを含意している。ところが、『政治的リベラリズム』においては、「民主主義社会の公共的政治文化に内在するもの」として「人格」を捉えるべきであると主張されるようになった[20]。つまり、『正義論』とは異なり、「歴史的・社会的文脈主義」の観点から「人格」は構想されるべきである、と考えられるようになったわけである。しかし、そうであるとすれば、『政治的リベラリズム』における「人格」とは、ウェーバーとヤスパースの議論から構想された「人格」と重なり合うかのように見えなくもない。

このように見える理由は以下のとおりである。たしかにロールズは『正義論』のなかで、「人格」とは「自己の本性を自由で平等な合理的存在として表現する生活様式を彼に構成させることができるような条件を求める」ような「自ら選択した諸目的を持った主体」であると述べていた[21]。しかし、ロールズにとっての「人格」とは、「第一の優先順位をもつものとしての正と正義の諸原理に基づいて行動することによってのみ満たすことができる」存在であって、それが「善」に対する「正」の優先性を承認するということは不動の大前提であった[22]。結果として、ロールズから導き出される「人格」間においては、「善」にかんする諸目的相互のコンフリクトを規制しうるような枠組みとしての正義が要請されざるをえないことになる。そして、「人格」をこのように見てしまったがゆえに、ロールズの議論には、看過することのできない重要な問題も生じてくる。ロールズの議論にしたがえば、コンフリクトを生じさせてしまうような問題を抱えこんでしまう「人格」は、規制されて――場合によっては保護されて――然るべき対象へと貶められてしまうからである。むろん、こうした問題は、サンデルによっても指摘されていたような、「人格」とは何ぞやといった本来きわめて論争的であるべき「人格」に関する道徳的性格づけの問題を予め先取りすることによってなしうるわけだが、ともあれ、『正義論』のロールズにおいてはこうした「人格」が自明のものとして取り込まれてしまっている。

ロールズの『正義論』から窺うことができるのは、ラートブルフが法の妥当根拠を「哲学的妥当論」に求めたときと同様の動機である。「同様の」と述べたのは、先ほどまで論じてきたようなシュトラウスのウェーバー批判を思い出してみるとわかる。ラートブルフは、シュトラウスのウェーバー批判を予め踏まえていたかのように「哲学的妥当論」を展開し、ロールズは『正義論』において普遍的な「正義の二原理」を展開しているように見えなくもないからである。彼らの議論は、「普遍的で不易の規範」によってしか所与的現実を克服しえないというシュトラウスの見解を取り込んだ上で展開されているかのようである。つまり、シュトラウスによるウェーバー批判がシュトラウスによる価値相対主義批判であるということを前提とすれば、ラートブルフの〈哲学的妥当論〉やロールズの『正議論』にはシュトラウスと同様の価値客観主義の観点から価値相対主義問題を克服しようとする含意を持つことになる、ということである

ところが、こうした見方ができるにもかかわらず、ロールズは、『政治的リベラリズム』において「民主主義社会の公共的政治文化に内在するもの」を重視するようになる。それゆえ、この点を重視すれば、「歴史的・社会学的妥当論」や歴史的・社会的文脈主義の立場――シュトラウスによっては当然批判されるであろう「ドイツ歴史主義」の立場――へと接近しているかのようにも見える。つまり、ロールズの文脈主義への立場転換とは、こうした思想史的スケールの枠組みから捉え直すことができる。

しかし、この点については、もう少し慎重に考えておかねばならない。というのも、そこで想定されている「人格」に着目してみた場合、こうした仮説は成り立たなくなってしまうようにも思われるからである。たしかに、ロールズの立場転換とは普遍主義から文脈主義――ラートブルフ流にいうと「哲学的妥当論」から「歴史的・社会学的妥当論」――への転換のように見えなくもない。しかし、そこで念頭に置かれている「人格」の観点から見ると、『政治的リベラリズム』における「人格」も『正義論』における「人格」も、両者とも同様のものとして構想されていることが明らかに

なる。例えば、『正義論』にしたがえば、コンフリクトを起こすような「人格」を規制する枠組み――「正義の二原理」――が枠組みとして機能するのは、その枠組みが特定の「善」から独立した中立的な「正」の立場によって正統化することができるからであった。しかし、そうであるとすれば、『政治的リベラリズム』における「重畳的コンセンサス」の概念も、まさにこうした『正義論』の延長線上に構想された枠組みとしての「コンセンサス」ということになる。

結局、ロールズにおいては、『正義論』における「正義の二原理」であれ、『政治的リベラリズム』における「重畳的コンセンサス」であれ、「正義」が諸々の「善」の観念とは独立に構想されるべきであるとの考えに立っている点で何らの立場転換も行われていない。たしかに、『政治的リベラリズム』では「人格」が歴史的・社会的に成立するものとして構想されるようになったかのように見えなくもないが、規制を必要としたコンフリクトを起こす存在として「人格」を捉えている点では、『正義論』と全く変わるところがないわけだし、「重畳的コンセンサス」は特定の「善」が重なり合うことによって成立するとは言うけれども、そうした「枠組み」としての「コンセンサス」は、あくまでも特定の「善」の観念とは無関係に成り立つと説明されているからである。

ロールズにおけるこのような「人格」に関する議論を理解するには、ラートブルフの次のような議論を想起しておけばよい。ラートブルフは、法価値論をめぐる議論の中で、「燃えている家の中に一人の子供とドレスデンのラファエルのマドンナとが存するとき」、どちらを救うべきかという形で問いを立てた論者を引き合いに出して、家の中にいる一人の子供という「人格」よりも、「人格」とは無関係な価値を持つ芸術作品である「マドンナ」が真っ先に救出されなければならないと答える論者とのやり取りを紹介している[23]。問題にしたいのは、「子供」をとるか「マドンナ」をとるかという価値判断ではない。そうではなく、そこで前提にされている子どもとは、単に救出を待つような「人格」として扱われていて一定の自律的行為を遂行する可能性をもった「人格」として想定されているわけではないという点であ

る。かくして、ラートブルフにとっての「人格」とは、「人格」をそれ自体として「追求しないときにのみ達成されうるような価値の一つで…事物に対する無我の献身の思いがけない報酬であり、贈物、恩寵」として理解されることになった。「普遍妥当な課題に我を忘れて献身すること」[24]、これぞ「人格」が「人格」たる所以であると考えられている。

ともあれ、こうしたラートブルフの議論をも踏まえた場合、ロールズは『政治的リベラリズム』において普遍主義から歴史的・社会的文脈主義へと立場転換していたと言えるが、しかし、「人格」を規制や保護の対象として見ている点では一貫していると言わねばならない。むろん、ロールズとウェーバーやヤスパース、そしてラートブルフとでは、直接的に論じている主題が同じわけではない。しかし、今ここで見てきたように、ウェーバーが「活き活きとした感受性に富む人々が協働する」[25]といった形で社会像や「人格」を捉えたり、ヤスパースが「愛しながらの闘い」を展開するような行為主体として「人格」を捉えたりしていたのと比べた場合、彼らとロールズやラートブルフの「人格」とではあまりにも距離が懸け離れている。このような乖離が持つ意味とは何か。こうした問いを立て、その意味を考えることによって、それぞれの議論の長所を見直す必要があるだろう。ロールズの立場転換にはどのような意味があったのか。ここで問題は再び投げ返されることになる。ウェーバーの「人格」論へと立ち返ってみよう。

ウェーバーは、実践的な行為局面において主体が下す「〝価値判断〟とは、私が具体的固有性の内にある対象に対して特定の具体的な形で〝態度を決める〟こと」に他ならず、断じて「いかなる〝抽象的概念〟でもない」と述べていた[26]。このことから、具体的な問題状況における具体的な問題解決のあり方を志向するのが、ウェーバーの「人格」であると考えられる。むろん、シュトラウスはこうしたウェーバーのような「人格」が抱く志向を気にかけていたからこそ、「今ここに現存するものは、普遍的で不易の規範におそらく及びそうにない」と考えたわけだが、こうした問題はウェーバー

から見れば、仮象問題にすぎなかった。

このことは、ウェーバーのピュウリタンとゼクテにかんする「人格」の考察からも確かめることができる。ゼクテでは、ただ単に「今ここに現存するもの」が受容されたわけではなく、ピュウリタンとしての「良心の自由」に基づく行為規範にしたがうことが要求された。それゆえ、ピュウリタンには「良心の自由」を根拠として既存の権威的な教会への抵抗を貫くことができたわけである。しかも、そうした「良心の自由」とは、自己のみならず他者のそれをも含めた「良心の自由」を意味するものとして、「特殊宗教的諸理由」に基づいて成立してきた「寛容」という「近代の「リベラル」な思想」へと連なるものと考えられていた。

そこで、こうしたことから見ると、ロールズの「人格」とウェーバーの「人格」とは、対極をなしていると言える。『政治的リベラリズム』における文脈主義への転換ということの意味が、「人格」という観点から見た場合には転換と言えるようなものではなく、むしろ、『正義論』で主張されていたようなタイプの「人格」が基本的に維持されていた点にあったことについては、既に確認した通りである。ロールズの「人格」論が、コンフリクトを起こす存在として人間を想定し、規制や保護の対象として性格づけていたことは疑いえない。だが、そうであるとすれば、そうしたロールズの「人格」とは、少なくともウェーバーのように徹底して歴史的・社会的な状況に応じた決断を下しうる主体として、またそうした状況をくぐり抜けていくなかで「近代の「リベラル」な思想」を形成していくような「人格」とはまったく異なった人間観に依拠していると言わざるをえない。

ところで、こうした議論が承認できれば、ロールズの立場転換とは、ある意味で普遍主義からの脱却が不十分――逆にいえば文脈主義への転換が不十分――なものにとどまっていたものとして評価することができるだろう。ロールズにおける「人格」という面から見れば、普遍主義――「哲学的妥当論」――と歴史的・社会的文脈主義――「歴史的・社

会学的妥当論」――に関わる正義の問題を、ロールズは、具体的に生成する歴史的・社会的条件を「人格」との関係で適切に処理しえなかった、ということになる。そして、この点は、立場転換の前後を通じて共通していたことになる。また、普遍主義的思考様式を保持しつつも歴史的・社会的文脈主義へも配慮しようとしたのが『政治的リベラリズム』であるし、その意味では『政治的リベラリズム』におけるロールズの立場転換とは不徹底なものに留まった、ということになる。そして、ロールズが『政治的リベラリズム』以降、歴史的・社会的文脈主義へと立場を転換した、という場合であっても、その「人格」という点から再検討を加えてみると、シュトラウスから「歴史主義の嫡出子」と評され、「歴史主義」やニーチェ的な意味でのニヒリズム問題をくぐり抜けてきたウェーバーにおける歴史的・社会的文脈主義とは決定的に異なっていたことがわかる。

ただし、ウェーバーの「人格」が、超越論的前提として「文化人」を想定していたかどうかについては、あらためて注意しておく必要がある。もし、ウェーバーが「文化人」という超越論的な前提を採用していたとすれば、特定の行為局面において下された「価値判断」の正統性根拠も「文化人」という客観点規準に帰せられることになり、ひいては、ラートブルフ型の「哲学的妥当論」と変わらないことになってしまうからである。だが、こうした見方は、ウェーバーも述べていたように、「ひどくお粗末な誤解」[27]である。ウェーバーが「文化人」を超越論的前提として捉えたということの意味は次のように限定的なものだったからだ。すなわち、「われわれが特定の、あるいは、およそなんらかの「文化」を価値があると見ることにではなく、われわれが、世界にたいして意識的に態度を決め、それに意味を与える能力と意思とをそなえた文化人[28]」という「人格」でありたいという点で重要だったからである。それゆえ、「文化人」の背景にあるのは、「人格」を構想する上での方法論的前提ではあっても、何らかの超越論的前提ではない。

こうしたことから、ウェーバーは価値相対主義のテーゼのなかに次のような主張を読み込んでいたと考えられる。価

値相対主義には「或る価値の妥当が、相異なる評価主体の関係に於て相対的に定まる」という消極的な意味のみならず、[29]選択や決定を下す「評価主体」それ自体の価値は、「或る価値」という何らかを対象化することによって把捉された実体的価値に対して優越するという、ある種の積極的な主張が含まれているわけだし、この点を読み取る必要がある、と。そうすることによって、「文化人」としての「人格」から、代表的な価値相対主義者と目されているラートブルフが規制や保護の対象として看做したような「人格」を克服していこうとする契機を読み取ることができるようになる。

また、ヤスパースも、「文化人」と同じような価値選択をなしうるに足りる行為主体――「責任」をともなった「決断」の担い手――として「人格」を想定していた。たしかに、人間は「現存在」として「可能的実存」にとどまっている。しかし、「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」として考えられていた。[30]したがって、このような「選択と決断」を「責任」をもって引き受けつつ、しかも、「愛」を原動力としながら「コミュニケーション」を遂行する行為主体が、ヤスパースにとっての「人格」であった。むろん、このような「選択と決断」は、「普遍的原理にもとづいて行われる」のではなく、「むしろ歴史的実存がみずからの状況の中に立って」行われると考えられている。しかも、ヤスパースによると、「選択と決断」を行う主体としての私や他者には「責任」が伴う以上、[31]「無からの創造」を行うような「コミュニケーションに先行する或る固定的な存在実体ではない」、と考えられていた。

ヤスパースがこうした発想を採ることができたのは、そもそも、「孤独」を「コミュニケーションにおいてのみ現実的となる可能的実存の準備意識」として捉えていたからであって、「孤独」に陥ることを想定していないような「コミュニケーション」は考えられていなかったからである。[32]「孤独」と無関係に下される「選択と決断」などヤスパースにとっ

て考えることはできなかった。「孤独とコミュニケーションとの緊張のうちにある実存の可能性」としての「選択と決断」が、彼にとっては重要な問題であった。そして、こうした観点に立っていたからこそ、「この選択は各人にとって普遍妥当的ではない」個別的な決断である、ということが言えたわけである。(33)

他方、ロールズの場合は、彼が『正義論』において「原初状態での合意を、任意に選ばれた一人の人間の観点から眺めることができる」と言ったとき、そこには「原初状態の秘密」があるとされていた。そこでは、任意の一人が一つの正義概念を選好するということが、直ちに、残りの全員も同じ選好をするはずであるということ、「満場一致の合意に到達できる」のは自明であるということを意味した。(34) それゆえ、ここでロールズが想定しているような「選好」とは、先ほど、ヤスパースが述べていたような「選択と決断」と明らかに異なっている。ヤスパースにしたがえば、「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」、「個人意識」を全体の「普遍意識」へと合致させた原初的共同性が支配している場合にのみ、「満場一致の合意」が得られるにすぎない。(35) つまりロールズによって「無知のヴェール」をかけられた「原初状態」とは、ヤスパースにとって、「ヴェールをかけられている」「自己意識」が支配する「ナイーヴな現存在」以外に考えることができない。「原初状態」では「コミュニケーション」は成立しない。

ヤスパースの実存思想とは、「選択と決断」を通して「コミュニケーション」を遂行する主体としての「人格」のあり方を問うものであると言うことができる。また、「選択と決断」の契機を提供するという観点だけでなく、対話という観点が「コミュニケーション」にとって不可欠であることが理解される。(36) ヤスパースにとって、「対話を哲学することの適当な伝達形式とみなすことは明白である」。しかし、だからといって、対話が成立するような前提が常に明白な形で存在しているわけではない。そうではなく、「哲学の形式は伝達性の疑問がそのものとして意識され続け、それゆえ根源と目標としてのコミュニケーションが失われていかないというような類のもののみでなければならない」(37)と考

えられていた。

ここで、伝達可能性という観点は、「コミュニケーション」が成立するための条件として考えられている。それとは対極に位置するものとして、ヤスパースは、「プラトン的な対話」を考えていた。[38]「プラトン的な対話は可能的実存のコミュニケーションの表現ではなく、思惟的認識の弁証法的構造の表現にすぎない」、と考えられていたからである。ヤスパースは、「プラトン的な対話」と異なった様式をとる伝達可能性にその成否を委ね、「コミュニケーションは、理念上はソクラテス的なコミュニケーション」でしかありえないと言う。そして、そのような「コミュニケーションにおいて、人々は自分自身を啓き示すために、またお互いに自分を啓き示し合うため、闘いつつ問いにかける」必要性を訴えた。しかも、それは、「コミュニケーションの仕方を意識的に反省してこそ、コミュニケーションへの道を開くことができる」[39]程の徹底性をもって行われるべきである、と言う。

だが、このような「伝達可能性」という観点から見れば、ウェーバーの「価値討議」論についても同様のことが言える。ウェーバーは、「われわれが「価値」と呼ぶものは、単なる「感情内容」と対立する」[40]ものである、と述べていた。そして、こうした「感情内容」と対立する「価値」というものは「美的判断」と異なるタイプの「価値判断」であって、その違いは「内容の確定性」にあると言っていた。「美的判断」の場合であれば、ある人にとっての「美」が必ずしも別の人にとっても「美」であるかどうかということを一義的に確かめられない、ということは自明である。しかし、「価値討議」で問題とされるような意味ある行為であれば、その「目的」と「手段」、および意味的連関を、〈技術的批判〉や〈価値論理的批判〉を通じて一義的に確かめられるし、「価値討議」の意義とはそうした点にこそあるとされていた。したがって、このことを言い換えるとすれば、「価値討議」であるための条件とは、「美的判断」に伴うような偶然性をも問題化しうるような「伝達可能性」が他者との間で存在するかどうか、である。

また、ウェーバーによれば、「価値」とは、「「妥当性を要求しつつ」われわれのもとに立ち現れ、ついでわれわれに「対する」「価値」としての「妥当性」が、われわれに「よって」[41]承認され、あるいは否認される、あるいは、きわめて複雑に絡み合いつつ「評価的に判断される」ところのなにものか」である。「価値討議」で例えるとすれば、意味ある行為の源泉となるような、あの各人の「究極的価値」をめぐってそれぞれがそれぞれの「妥当性」を要求し合うこと、それも〈技術的批判〉、〈価値論理的批判〉を通して要求し合うこと、これこそが「価値討議」であると言うわけである。それゆえ、ある「価値」の妥当要求が「伝達可能性」を持っていると言うことは、当事者間の「討議」を通じて、ある「価値」の正統性にかんする「理解」と「同意」が成立するかもしれない余地を探る条件が整っていることを合意しているわけだし、あるいは「同意」に至らずとも、なぜ「同意」しえないのかという点を互いに「理解」し合うことができる、ということが見込まれている。むろん、「理解」や「同意」の獲得が「価値討議」における目標では無い。だが、ある「価値」の妥当要求を行う際に「伝達可能性」が担保されているのであれば、シュトラウスが主張するように「自然権」といった客観的規準がなくとも混乱に陥ることはない。そうした規準などなくとも、われわれには、「価値」をめぐる「討議」を進めていくなかで何が問題とされているのか、ということを「理解」したり「同意」したりする余地が十分に残されているわけだし、「討議」のプロセスを通じて建設的な意見交換を行ったり、間主観的に正しい知識を獲得したりしていくことが不可能なわけではないからである。

シュトラウスは、ウェーバーの議論にしたがうと「正や善に関する普遍の原理といっても、相互に対立し合う多種多様な原理が存在していて、その中のいずれの原理も他の原理より優れていると証明されえない」[42]ことになる点を論難していた。だが、ウェーバーの主張とは、「当為についての真正な知識などありえない」という見解に帰着し、「必然的にニヒリズムに行きつく」[43]ようなものではない。「伝達可能性」をもった「価値討議」においては、当事者間において、

間主観的に正しい知識を獲得しうるし、間主観的な正しさそのものさえ問題化しうる徹底さをもっていたからである。

しかも、ある「価値」の妥当要求という形態で「討議」を理解することによって、例えば、はじめは少数の賛同者しか得られていないような問題であっても、これを多数者に対する異議申し立てとして理解し直すことができる(44)。少数者による多数者への異議申し立てとしての、妥当要求、こうした行為が正当化されるか否かは、ひとえに、「伝達可能性」にかかっているのであって、「自然権」や何らかの客観的規準に基づいた判定にかかっているわけではない。それゆえ、価値の多元性を承認するのであれば、「多種多様な原理」に基づいた主張を各人が行うことは当然だし、多元的な価値を承認することと「必然的にニヒリズムに行きつく」かどうかは別問題である。問題なのは、「自然権」といった権威のもとで、正しくないかもしれない「価値」の妥当要求についてはこれを認めない、といったような事態が生じてくる点にある。なにゆえに、単に正しくないかもしれない――「正しい」ことを証明していない――というだけの理由で、ある「価値」の妥当要求が退けられなければならないのだろうか。「正しさ」を決定できるのは、「自然権」や、あるいは世俗権力に立脚した権威に限られるといった形で理解しようとするのはなぜか。そもそも、そうした「自然権」や世俗権力による決定であれば、なぜ正しいと言えるのか。そもそも、こうした問いには唯一の正しい「解」が存在するのか。もし、存在するとすれば、正義を論ずる法哲学の仕事とは、そうした「解」を導き出すような「方程式」を立てることになるのかもしれない。しかし、「解」は二つあるかもしれないし、必ずしも一般化した式によって導き出すことができるとは限らないのではないだろうか。

結局、多元的な価値の成立可能性を承認するのであれば、ウェーバーやヤスパースが言う意味での「闘争」が勃発することは不可避である。ただ、不可避であったとしても「闘争」から目を背けることはせず、「伝達可能性」を備えた「価値討議」を根気よく行っていくこと。そうした営みを通じて、間主観的に成立する正しさを追求しよう、その際の最終

的な決定を下すのは、あくまでも各人の意志であるほかにない、というのがウェーバーの主張であり、ヤスパースの主張でもある。したがって、ウェーバーとヤスパースは、普遍的な価値であるところの「自然権」に依拠することなく、しかし、ラートブルフ流の「相対主義」やロールズ流の中途半端な文脈主義へと陥ることがないように、「伝達可能性」を確保することによって単なる主観主義的な意味での「正しさ」を克服し、「価値討議」や「コミュニケーション」における実践上の問題へと「正しさ」の問題を意味転換し、常に開かれた問いとして「正しさ」の問題を捉えようとした思想家であったと言うべきである。そして、ここには、「公正としての正義」を哲学的に構想することの困難さを承認すること、「正義」を「歴史化」して理解しようとするときにはさらなる困難と直面せざるをえないこと、その上で現代正義論が抱えこんでしまったこうした問題をどのような方向で克服していくべきかについての有望な可能性が秘められている、と言えるだろう。

普遍主義から歴史的・社会的文脈主義へと、たしかにロールズは『正義論』から『政治的リベラリズム』で重大な立場転換を遂げているかのように見える。しかし、「人格」がコンフリクトを生じさせてしまうものとして、規制や保護の対象とされているという点から見れば、ロールズの「人格」は常に一定の連続性を保っていたことが確認された。ところが、ウェーバーの「価値討議」やヤスパースの「コミュニケーション」においては、このコンフリクトとしての「闘争」や「争い」が、内在的で不可避的な条件として想定されている。そして、このような諸価値間における価値対立やコンフリクトに対する態度の違いは、そのままロールズとウェーバー・ヤスパースとの違いをなしている。

サンデルは、ロールズの『政治的リベラリズム』によって、正当な理由もなしに大部分の「重大な道徳問題」をカッコに入れなくてはならないように、仕向けられてしまっていると述べた(45)。その理由は、ロールズが言うような意味での「正義や権利に関する熟慮は、このような熟慮が行われるための前提である、多くの文化や伝統において、表現され

ている善の構想と関連させられなければ、継続していくことができない[46]」、と考えられていたからであった。それゆえ、サンデルにしたがえば、この点を忘却してしまったときに限り、『政治的リベラリズム』で言われているような「正義」の「政治的構想」は成立するにすぎない。つまり、ロールズは予め「熟慮」を成り立たせているような背景にある「重大な道徳問題」の論争誘発的な部分を封印しているのであって、そうすることによって「熟慮」としての「重畳的コンセンサス」は成立する、と唱えているわけである。

では、ロールズにそのような想定をすることができたのはなぜか。ロールズは、ここでサンデルが気にしているような「重大な道徳問題」を「包括的な哲学的教義」の一種と捉え、おそらくは、そうした「包括的な哲学的狭義」から独立して「重畳的コンセンサス」を「熟慮」として獲得することが十分に可能であると考えたのだろう。ロールズにとっては、そうした「熟慮」としての「重畳的コンセンサス」とは、「民主主義社会の公共的政治文化に内在するもの」であるがゆえに、論証不要なものとして看做されたように思われてならない。そこで今一度、現代正義論における「混乱」を象徴する二つの対照的な見解を想起することにしておこう。二つの見解とは、一方が、歴史的・社会的文脈に従って論証不要な「重畳的コンセンサス」を「正義」の核心的な構成要素とする正義の構想とは「正義の脱哲学化」を意味するという見解であるのに対し[47]、他方は、「正義や権利に関する熟慮」をめぐる対立やコンフリクトを封じることによって成立する「重畳的コンセンサス」にしたがえば「正義の政治的構想」が可能になると考える政治哲学とは紛争を忌避した「政治なき政治哲学」を意味するという見解である。

ウェーバーとヤスパースは、「正義や権利に関する熟慮」によって隠されてしまっているような対立やコンフリクトを問題化し、「価値討議」や「コミュニケーション」へと引き出すことによって、裸の対立や剥き出しのコンフリクトを具体的な問題状況に根ざして具体的に解決するような試みとしての「闘争」を提唱していた。それゆえ、ウェーバー

やヤスパースにとって、「重畳的コンセンサス」によって「闘争」の契機を捨象してしまうような正義論とは、たとえその著者自身が「正義の政治的構想」であると主張したとしても「政治なき政治哲学」ということにしかならない。その意味でウェーバーとヤスパースは、ラートブルフの「相対主義」においてもその萌芽が見られた「歴史的・社会学的妥当論」の系譜を徹底させることによって、政治的なものが孕むコンフリクトとの緊張関係から価値思考を形成し、それとの関連で「人格」を考えていたと言うことができる。

ただ、ラートブルフの「相対主義」に脱普遍主義的な志向――「歴史的・社会学的妥当論」――の萌芽が見られたということについては、価値相対主義問題を解きほぐす上で重要な意味をもつ。ラートブルフは法実証主義から自然法の立場へと転向することによって、「歴史的・社会的文脈主義」に基づく価値相対主義が底なしの相対主義へと陥ることを回避しようと試みていたわけだし、もちろん、その背後にあるラートブルフのナチスの経験に対する真摯な反省を無視するわけにはいかない。しかし、このことは同時に、ナチス政権のような政治的権威に対抗しうる権威を超「人格」的な自然法へ――内在から超越へ！――求めたとも言えるわけで、その意味では、権威主義的法理論の地平をラートブルフが越えることはなかったと言わざるをえない。この点、ウェーバーの「価値討議」やヤスパースの「コミュニケーション」は、こうした価値相対主義にまつわる問題性を「相対主義」に垣間見えた「歴史的・社会学的妥当論」を徹底させていく方向で超え出でようとする試みとして評価することができる。「価値討議」や「コミュニケーション」においては、ある価値の妥当要求を掲げる主張の正当性一切が「伝達可能性」にかかってくる。「伝達可能性」に依拠するということは、世俗の政治的権威に対して超「人格」的な自然法のような規準を要請することと真逆のスタンスに立つということである。つまり、「人格」とそれを取り巻く歴史や社会に内在しつつも間主観的に定立しうるであろう権威を単に求めるのみならず、常に同時にそこで打ち立てられた規準に則って政治的権威を問題化していこうとする姿勢そ

のものを――超越から内在へ！――問う、ということである。

こうして見れば、シュトラウスが述べたような「我々の社会の理想より一段と高い基準」といった権威は廃棄されるべきものであったとしても、不可欠なものではない。また、ウェーバーやヤスパースに対する批判としては、従来価値相対主義者や実存主義者に向けられてきたような批判は的外れである。彼ら二人の残した業績は、いわゆる価値相対主義や実存主義を真摯に受け止めた上で、批判的に克服していこうとする道があることを示している。

終論　おわりに

本稿の目的は、マックス・ウェーバーとカール・ヤスパースの価値思考を現代正義論の思想史的背景として再構成すること、そして、そのことを通じて両者の価値思考の法哲学的意義を明らかにすることであった。そのために、まずは、現代正義論における問題の所在を確かめることから始め、現代法哲学における正義論と従来の価値相対主義研究との関係を検討してきた。具体的には、ロールズを中心とする現代正義論の思潮を整理することによって問題の所在を確認し、ラートブルフの「相対主義」の問題性を踏まえた上でウェーバーの「価値討議」論の意義と問題とを明らかにしてきた。そして、ウェーバーの理論的可能性が発展的に継承されていく内実について、これをヤスパースの「コミュニケーション」論に見出し、再度ウェーバーの議論と接合させた上で、両者の価値思考における問題点と可能となる展望について検討してきた。

ヤスパースは、「批判的でない知識欲の根絶しがたい衝動」として「普遍妥当的に認識できる真理を一つの全体的にして究極的なものとして捉え、したがって何が善であり、何をなすべきであるか、存在そのものは何であるかを、私が

その真理によって知るのだとするようなこと」を考えていた。そして、「こういう一元論的な衝動とは反対の方向にマックス・ウェーバーの批判的な認識はむかっている」ことを看破し、これを継承し、自身の「実存哲学」として「コミュニケーション」論を展開するに至った[48]。また、思想的にこうした方向性で一貫しているウェーバーとヤスパースの価値思考には、ラートブルフのような「相対主義」とは異なった現代正義論とも関連した理論的可能性が見出せることを確認してきた。『正義論』の登場以降、従来価値相対主義と言われてきた主張をラートブルフに引きつけた格好で理解することによって、価値相対主義の問題を「独断的絶対主義」とか「実存的決断主義」の問題へと矮小化した上で『正義論』によってそれは克服できたと看做す考えは、法哲学界内部において広く受け入れられてきたように思われる。だが、これまで見てきた通り、こうした価値相対主義に対する理解は一面的にすぎる。少なくとも、ラートブルフによって示された「相対主義」や自然法論への立場転換という問題と、ロールズにおける『正義論』から『政治的リベラリズム』への立場転換へと至る法思想との間には、「価値討議」論や「コミュニケーション」論というスタイルで正義論や人格論を形成し、歴史的・社会的文脈主義に立脚した立場から法思想や正義の問題を検討していく確かな可能性があったからである。

むろん、この可能性については――ウェーバーとヤスパースへと継承された「価値討議」から「コミュニケーション」への観点が、その後いかなる展開を思想史的に遂げうるかの展望については――、パーフィットにおける「人格の同一性」論とシュトラウスの「自然権」論を手掛かりとした考察をしえたにすぎない。その意味では、ウェーバーとヤスパースの法理論としての可能性を探求することが、引き続き継続的な検討を要する課題であることも確かである。しかし、パーフィットやシュトラウスを手がかりとして検討した結果としては、現代の問題関心から見ても、ウェーバーとヤスパースの思想を再検討していく意義があることを十分に示しえたと言ってよいだろう。

すなわち、ウェーバーやヤスパースの価値思考とは、決して普遍主義的な立場から展開されているものではないが、歴史的・社会的文脈主義の立場からであっても、様々な問題関心から発せられた哲学的問題と突き合せて吟味していくだけの価値があることを示しているし、また、今後も、こうした作業を継続していく必要があることを示唆している。従来は「交わり」という訳語を充てられてきたがために見えにくくなっていたヤスパースの「実存哲学」であっても、ウェーバーの「価値討議」と連動させて理解することによってその法思想史・法哲学的意義を確認することができるわけだし、さらには、ヤスパースの弟子であるハンナ・アレントや自己の思想を「コミュニケーション」論として展開したユルゲン・ハーバーマスの思想を捉え返していく際の足がかりにさえなりうる。また、ウェーバーとヤスパースの思想史的関連に着目した本研究の今後の進展は、アレントやハーバーマスのような思想を、現代正義論とのかかわり合いから――しかしロールズの『正義論』以降の問題地平についてはこれを相対化しながら――解きほぐしていく際の糸口にもなりうる。

加えて、ウェーバーやヤスパースの価値思考には「闘争」や「争い」の契機を重視するという姿勢に独特の意義があるといった点も、本稿の検討によって得られた重要な成果である。たしかに、両者の価値思考は、合意の成立を一義的に考えたり、そのための普遍主義的で客観的な価値規準の探求を第一に考えたりする思考様式ではない。しかし、そのことによって、両者の価値思考が、まったくの非合理的なものや、独断的・絶対主義的なものではないことは、既に再三繰り返してきたことでもある。むしろ、両者は「闘争」や「争い」といった、人間社会において決して消し去ることのできない「政治的なもの」の領域における問題を的確に見据えた上で、その所論を展開するのに成功していると見る必要があるだろう。もちろん、ここで「政治的なもの」の領域に着目し、「闘争」や「争い」に独特の意義付けを与えていると言ったからといって、両者における「闘争」が、カール・シュミットにおける「政治的なものの概念」や「闘

争」の理解とは一線を画するものであることは言うまでもない。(49)

そして、こうした価値思考の成立を担保したのは、両者における「伝達可能性」をめぐる「理解」と「同意」にかんする主張であったことも忘れてはならない。この「理解」とか「了解」にかかわる問題は、法哲学的には、自然科学における因果的説明と異なった社会科学・文化科学に固有の「理解」を求めたディルタイの解釈学的方法論にまで遡ることができる。(50) それゆえ、ディルタイからハイデガー、さらには、ハイデガーからアレントへと連なっていく解釈学的方法論をめぐる思想史的系譜について検討するということも、今後の課題として銘記されねばならないだろう。また、現代正義論との関係で見れば、こうした解釈学的方法論の系譜がガダマーやウォルツァーらの解釈学を惹起させることは容易に想像できるが、本稿では、これまた後の課題として列挙しておくに留めなければならない。

ともあれ、「近代－反近代問題」を前に、既に「ドイツ歴史主義」の問題をくぐり抜けていたウェーバーは、安易にニヒリズムへと転落することなく、豊かな可能性をもった価値思考を展開していた。そして、ヤスパースは、まさに、そうしたウェーバー直系の「弟子」として、「近代－反近代問題」と取り組んでいた。それは、「近代－反近代問題」をめぐる法哲学的価値相対主義の問題を「コミュニケーション」論的に奪還しようとする企てだったと評価しうる。

さて、こうして見ると、現代正義論と価値相対主義の間には、ウェーバーやヤスパースの価値思考をいっそう掘り下げていく必要性があるように思われるし、多くの課題も積み残されたままのように思われる。しかし、本稿では、ウェーバーとヤスパースの検討を通じて、第一に、価値相対主義と実存思想の意義を再定位することによって、現代正義論の思想史的背景の一端を明らかにしえたわけだし、第二に、そうしたことを通じて、現代正義論が置かれている状況や現代法哲学が直面している課題が何であるか、明らかになったことは確かである。これまで行ってきた検討の結果、当初に設定した以上の大きな課題を新たに提出しえたことをもってむすびに代え、本稿を閉じることにする。

（1）K. Jaspers, “Existenzerhllung”, in : *Philosophie II*, Julius Springer, 1932, S. 108（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）一六五頁（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））。

（2）Jaspers, *ibid.*, S. 65 f.（同上書一一〇頁）。

（3）M. Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 3. Aufl., J. C. B. Mohr, 1968, S. 507（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）三一九頁（以下、本書からの引用は『価値自由』と略記し、頁数のみを記す））。

（4）Weber, *ibid.*, S. 517（同上書三二〇－三二一頁）。

（5）Weber, *ibid.*, S. 504（同上書三一六頁）。

（6）L. Strauss, *Natural Right and History*, Chicago U. P., 1953, p. 65（L. シュトラウス（塚崎智・石崎嘉彦訳）『自然権と歴史』（昭和堂、一九八八）七四頁（以下、本書からの引用は『自然権と歴史』と略記し、頁数のみを記す））。

（7）Strauss, *ibid.*, p. 42（同上書五〇頁）。

（8）Strauss, *ibid.*, p. 36（同上書四五頁）。

（9）Strauss, *ibid.*, pp. 12-16（同上書一七－二〇頁）。

（10）Jaspers, *Phi. II*, S. 240（『世界の名著　ヤスパース』三三一頁）。

（11）Jaspers, *ibid.*, S. 241（同上書三三二頁）。

（12）Weber, *GWL*, S. 503（『価値自由』三一五頁）。

（13）Jaspers, *Phi. II*, S. 62（『世界の名著 ヤスパース』一一七頁）。

（14）Strauss, *Natural Right and History*, p. 3（『自然権と歴史』五頁）。

（15）Strauss, *ibid.*, p. 13（同上書一七－一八頁）。

（16）C. Mouffe, *The Return of The Political*, Verso, 1993, p. 43（C. ムフ（千葉・土井・田中・山田訳）『政治的なるものの再興』（日本評論社、一九九八）八六頁）。

(17) Jaspers, *Phi. II*, S. 241 f.（『世界の名著 ヤスパース』三三三頁）。
(18) Jaspers, *ibid.*, S. 242（同上書三三三頁）。
(19) J. Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard U. P., 1971, pp. 560-561（矢島鈞次監訳『正義論』（紀伊国屋書店、一九七九）同上書四三七－四三八頁（以下、本書からの引用は『正義論』と略し、頁数のみを記す））。
(20) J. Rawls, *Political Liberalism*, Columbia U. P., 1996, pp. 10-13.
(21) Rawls, *A Theory of Justice*, pp560-561（『正義論』四三七－四三八頁）。
(22) Rawls, ibid., p. 574（同上書 四四七－四四八頁）。
(23) G. Radbruch, "Rechtsphilosophie, 3 Aufl. 1932", in : A. Kaufman (Hrsg.), *Gustav Radbruch Gesamtausgabe Bd. 2*, C. F. Müller, Juristischer Verlag, 1993, S. 283.（(以下、*Rechtsphilosophie*, と略記し頁数のみを記す）（田中耕太郎訳『法哲学』〈ラートブルフ著作集 1〉（東京大学出版会、一九六一）一八一頁）。
(24) Radbruch, *ibid.*, S. 287（同上書一八四頁）。
(25) Weber, *GWL*, S. 158 f.（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）五〇－五一頁（以下、本書からの引用は『客観性』と略記し、頁数のみを記す））。
(26) Weber, *GWL*, S. 252（森岡弘通訳「文化科学の論理学の領域における批判的研究」（『歴史は科学か』（みすず書房、一九八八）一五六頁）。
(27) Weber, *GWL*, S. 507 f.（『価値自由』三二〇頁）。
(28) Weber, *GWL*, S. 180（『客観性』九二－九三頁）。
(29) 加藤新平『法哲学概論』（有斐閣、一九七六）四七五頁。
(30) Jaspers, *Phi. II*, S. 2（『世界の名著 ヤスパース』五〇頁）。
(31) Jaspers, *ibid.*, S. 70 f.（同上書一二五頁）。ウェーバーの「人格」が「価値討議」を遂行する反省的な主体として想定されていたのと同様に、ヤスパースの「人格」も「コミュニケーション」の担い手としてそのように想定されていたという点については、既に本文中で述べた。とすれば、ここでいう「選択と決断」がカール・シュミットの「決断主義」と一線を画していることは言うまでもない。

(32) Jaspers, *ibid.*, S. 61 (同上書一一五頁)。
(33) Jaspers, *ibid.*, S. 63f. (同上書一一八頁)。
(34) Rawls, *A Theory of Justice*, p. 139 (『正義論』一〇七頁)、および、M. J. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice* 2. ed. Cambridge U. P., 1998. p. 132 (菊池理夫訳『自由主義と正義の限界〈第二版〉』(三嶺書房、一九九九) 二五四頁)。
(35) Jaspers, *Phi. II*, S. 51 (『世界の名著　ヤスパース』一〇五頁)。
(36) Jaspers, *ibid.*, S. 114 (同上書一七二頁)。
(37) Jaspers, *ibid.*, S. 116 (同上書一七四頁)。
(38) Jaspers, *ibid.*, S. 115 (同上書一七三頁)。
(39) K. Jaspers, Die Idee der *Universität*, Springer, 1961, 88f. (森昭訳『大学の理念』(理想社、一九五五) 一二一頁、一二七頁)。
(40) Weber, *GWL*, S. 123 (松井秀親訳『ロッシャーとクニース』(未来社、二〇〇一) 二五二―二五三頁)。
(41) 同上。
(42) *Strauss, Natural Right and History*, p. 36 (『自然権と歴史』四五頁)。
(43) Strauss, *ibid.*, p. 42 (同上書五〇頁)。
(44) 現代社会において〈対話〉の不在を指摘しつつも、その必要性を提起するのは、哲学者の中島義道である。中島によれば、〈対話〉とは「わからないことを「わかりません」とはっきり言うこと」が出発点となる。〈対話〉とは、「個人と個人が正面から向き合い真実を求めて執念深く互いの差異を確認しながら展開してゆく」ことによって成り立つとされる(中島義道『〈対話〉のない社会』(PHP新書、一九九七) 一〇五、一二五―一二六頁)。こうした中島の指摘はもっともものように思われる。ところが、この点について、「会話としての正義」を提唱する井上達夫は、「会話」が「分からず屋」をも包摂しうる営みである点を強調し、「怒鳴り合っていつも喧嘩別れする二人の頑固親父が、終生会話的連帯のうちにある」という例を用いてこれを説明している。たしかに、井上は一方で「コミュニケーション」が「行動(action)」であると正当にも認め、他方で「会話」が「分からず屋」も包摂しうる「営み(conduct)」であると措定しているのだが、異質な者を排除しないようにするあまり「会話は常に「次号に続く」で終わる永遠に未完の連載小説」であることを指摘するに

留まっている（井上達夫『共生の作法――会話としての正義――』（創文社、一九八六）二五二頁、二五四頁）。中島も「会話」の問題性を指摘しているが、本稿の観点からみて「会話」が問題なのは、実践的な行為局面においていかなる行為規準や規範をどのように決定すべきかという問題を、「会話」の局面では実質的にも形式的にも討論せずに済まそうと思えば済ましうるからである（常に、「次号に続く」！）。この点、ヤスパースが「愛しながらの闘い」にかんして次のように述べているのは注目に値する。「カルタの手のうちはすべて見せられるが、打算的な抑制は全く行われない。相互に見通し合うということは、単にそのつどの実際の内容にかんしてのみならず、また問いと闘いとの手段においても求められている。」「義侠性やあらゆる軽快性は…一時的な安全装置としてのみ妥当する」が、「それらのものが永続的となれば、コミュニケーションは破棄される」と（Jaspers, *Phi. II*, S. 65f.（『世界の名著 ヤスパース』一二〇頁））。たしかに、「実存的コミュニケーション」としての「愛しながらの闘い」とは、「時間的現象の中ではつねに未完結」なものである（*ibid.* S. 245（同書三三七頁））。しかし、「現存在」では、「時間のうちにおける争いの有限的状況の中にのみ、みずからの存在と内実をもつような存在者」が与えられているのであって、「現実は、全体的なものではなく、また無時間的なものでもない」からこそ「コミュニケーション」が可能になると考えられている（Jaspers, *ibid.* S. 242（同書三三三頁））。

(45) Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice 2. ed. pp. 195-196.*（サンデル前掲書三五五頁）。

(46) Sandel, *ibid.*p. 186（同上書三四二頁）。

(47) ロールズにとっての『正義論』から『政治的リベラリズム』への立場転換とは、「哲学的妥当論」から「歴史的・社会的文脈主義」への転向を含意するので、「伝統や文化という名のコンセンサスへの依存は…論証責任を回避するという意味をもつ」という点で、「正義の脱哲学化」ということになる（井上達夫『他者への自由――公共性の哲学としてのリベラリズム――』（創文社、一九九九）二〇頁）。

(48) K. Jaspers, *Max Weber*, Serie Piper, 1988, S. 86（樺俊雄訳『マックス・ウェーバー』（理想社、一九六五）六五頁）。

(49) 本稿では、ウェーバーとヤスパースの所論を直接シュミットの論考と参照させ合うような形で検討したわけではないが、「政治的なもの」に対する次のような議論から、前二者が後者と異なるのは自明のものとして考えている。シュミットによれば「政治的なもの」に固有の区別とは「友と敵という区別である」が、この「敵という概念には、闘争が現実に偶発する可能性が含まれている」。そして「友・敵・闘争という諸概念が現実的な意味をもつのは、それらがとくに、物理的

殺りくの現実的可能性」とかかわるからに他ならない。したがって、「政治的なあり方とは、血なまぐさい戦争」以外の何ものでもない。そこでは、「死の覚悟」と「殺人の覚悟」が当然に要求されると言う（C. Schmitt, *Der Begriff des Politischen* (Text von 1932), Duncker & Humblot, 1963, S. 26f., S. 33f., S. 46（田中浩・原田武雄訳『政治的なものの概念』（未来社、一九七〇）一五頁、二五－二六頁、四八頁）を参照）。このように「政治的なもの」の概念を理解するシュミットと、「討議」を中心としてこの問題を構成するウェーバーやヤスパースとが異なった立場に立つということは、言うまでもない。

(50) この点は、加藤もディルタイに価値相対主義の先駆を見出しうると指摘している（加藤前掲書五三七頁）。

〔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。校正の際には、綾部六郎氏（北海道大学大学院法学研究科博士課程）および高田慎二氏（北海道大学大学院法学研究科修士課程）にご協力いただいた。記して謝意を表したい。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。

論　説

政府の訴訟活動における機関利益と公共の利益（二）

――司法省による「合衆国の利益」の実現をめぐって――

北見宏介

序　章
一．問題の設定と検討方法
二．本稿における分析の視座
三．考察の範囲と限定

四．本稿の構成
第一章　政府訴訟と司法省　――法務総裁と政府の訴訟活動の歴史的展開
第一節　法務総裁の原像とその展開
第一款　一七八九年裁判所法と法務総裁の原像
一．前史
二．一七八九年裁判所法三五条
三．他省設置法との異同
四．立法過程
五．小括
第二款　法務総裁職の発展と大統領への接近
一．法務総裁の職務環境　――規模・職の性質・地位
二．大統領閣議
三．意見書作成とワートの対応
四．一八五四年クッシング意見書
第三款　創設期の訴訟活動
一．Hayburn 事件とその背景
二．検討
第四款　訴訟活動権限の集中化の試みと司法省創設
一．集中化の試みとその失敗
二．司法省創設とその背景
三．裁判所の制度図式の把握
第二節　合衆国の利益と法務総裁の性格
第三節　政府の法律事務の集中と分散

（以上五八巻六号）

（以上本号）

第四節　訴訟活動と大統領の権限
第二章　訟務長官の活動と合衆国の利益
第三章　訟務長官と政治性
終　章　総括とわが国に対する示唆

ここまでのところ、法務総裁の創設期の組織上の位置づけとその展開について中心に見てきた。ここからは、法務総裁の権限のうち、政府の訴訟活動に関するものに視点を向けて検討を行うことにしたい。

第三款　創設期の訴訟活動

一・Hayburn 事件とその背景

法務総裁が行う訴訟活動の性格については、法務総裁の設立の当初から論点とされてきた。この議論は一九七二年のHayburn事件[1]での初代法務総裁ランドルフの行動をめぐる議論にもみることができる。もっとも判例集ではこの議論を経た結論が簡単に記載されているだけであるため、議論の内容を詳しく知ることはできない。[2]したがってここでは、Hayburn 事件に関して記述をしている諸論稿にも依拠しつつ、ランドルフの行動とそれに対していかなる議論がなされてきたのかをみることにしよう。

（一）Hayburn 事件の概要

一七九二年疾病軍人恩給法（Invalid Pensions Act）は、独立戦争で負傷した退役軍人に対する恩給に関する法律であった。この法律では退役軍人に関する専門の担当部局を設置せず、恩給の請求は合衆国巡回区裁判所に対して行うものとされていた。請求を受けた巡回区裁判所は、恩給の支給者に該当するか否かを判断し、該当する場合には、その恩給額とともに受給者名簿への登録を陸軍長官に推薦することとなっていた。これを受けた陸軍長官は受給者名簿に登録を行うけれども、請求に欺罔の疑いがある場合には、登録を見合わせて次期の議会で報告することとされていた。

ヘイバーン（William Hayburn）はこの恩給の申請を行った者の一人であり、巡回区裁判所からその申請を拒絶されていた。こうした拒絶はヘイバーンに対してのみならず各所で起こっていた。

ちなみにそこで問題とされていたのは、この制度では裁判所の判断が陸軍長官によって覆されうることが前提とされていたために、これが裁判所の判断の終局性を損なうものではないか、という点であった。またこれとともに、そもそもこの法律で裁判所に与えられている任務は、裁判所が行使すべき司法的な事項といえるのかどうかについても問題視されていた。[3] 例えばこうした申請に係るジェイ（John Jay）首席裁判官、クッシング（William. M. Cushing）裁判官、ニューヨーク地区裁判所のデューン（James Duane）裁判官の議事録では、「立法府（*lagislature*）も執行府（*executive*）も、司法府（*judicial*）に対して次のような事項以外のいかなる任務も課すことはできない。それは、司法的な方式で行使される、適切に司法的（properly judicial）なものである」[4]とされていた。[5] この法律が課している任務が、こうした裁判所が扱うべき司法的事項に当たるのか、という疑問である。

結局、この疾病軍人恩給法が廃止されたことから、最高裁判所から実体的な判断は示されなかったが、事件に係る主たる論点として上記のようなものがあったため、この事件は、権力分立の観点から取り上げられることが多い。[6]

（二）法務総裁の地位での出訴とその拒絶

もっとも、本稿がこのHayburn事件に注目する理由は、上記のような権力分立に係る実体的な論点というよりも、むしろ訴訟に至る過程でのランドルフの行動と最高裁判所の対応にある。それは以下のようなものであった。

ランドルフは申請が各所で拒絶されている状況で、受給者名簿への登録推薦を行うよう巡回区裁判所に命じるマンダムスの発給を、最高裁判所に申し立てた。ところがこの申立てにより、最高裁判所の裁判官の間で議論が生じることとなった。[7]それは、最高裁判所に対して、「法務総裁の、本件申立てを法務総裁の地位で（ex officio）行う権限について疑問を抱」かせたためである。数日間の議論の末、意見は全員一致を見ることはなく、最終的に最高裁判所は、「法務総裁が、巡回区裁判所の誤りを正すために……当裁判所に対してマンダムスの申立てを法務総裁の地位で行う権限に関して……令状を発給することはできない」[8]という決定に至った。[9]

この決定より以前に、ヘイバーンは自らの申請の拒絶を受けて、議会への働きかけ等を行っていた。けれども対応が得られなかったため、ランドルフに状況を告げていた。そこで最高裁判所は、ランドルフの申立てを法務総裁の地位でなされたものとしてではなく、ヘイバーンの私的代理人たる地位によるものとして受け付けた。[10]Hayburn事件には、こうした事情が存在していた。

このランドルフの申立ては、法務総裁の地位でなされたものとして捉える場合、わが国でいえば、（権力分立に係る問題をさておけば）いわば行政庁の不許可処分について義務づけ訴訟を政府側が提起するようなものであり、アメリカ合衆国における当時の政府訴訟に関する観念とそこにおける法務総裁の位置づけを探る上で、興味深い。そこで問題となるのは、この申立てを法務総裁の地位でなされたものとして受け付けることを拒絶した、裁判官の思考である。

ブロックによれば、アイアデル（Iredell）裁判官の残した三つの書簡と当時の新聞から、裁判官らの関心が以下の点にあったとする。第一が、議会が法務総裁に対して本件のような申立てを行うことの授権を行っているかどうかという

点であり、第二には、大統領が法務総裁に対して、本件申立てについて明示的な承認（authorization）を行っているかどうか、という点である。(11)

他方ランドルフは、法務総裁の地位で申立てを行うことが可能だと主張していたという。まず第一には、裁判所法三五条を根拠とするものである。すなわち、巡回区裁判所が法律上の義務を果たしていないことは、明らかに、合衆国に関わり（concerned）があり、訴えに係る活動の権限を付与されていることには、その開始の権限も含まれるというものである。第二には、大統領が「法律の誠実な執行への配慮」の義務も有しており、法務総裁が政府の訴訟活動を担う存在として任命される際にすでに大統領による黙示の承認がなされているというものである。(12)

このランドルフの主張に対して、裁判官らはどのような反応を示したのか。ブロックによれば、まず第一の点について、当時の新聞によると、裁判官の中にはランドルフの主張に反対する見解を有する者があったという。ここで憂慮されていたのは、「「関わる」（concern）という語を法務総裁に出訴を認めるものとして読むことを許容してしまうと、いかなる私人間の訴訟においても、合衆国には正義の実現との間で関係があるということで、介入がなされることになってしまう」ことであったとしている。(13)

また第二の根拠については、当時の新聞によると、大統領のより明確な特別の承認を要すると考える裁判官もいたという。これは、裁判所法三五条は「法務総裁の通常の任務についての規定を置いているもので、特別の任務を行う際には、執行府の長（supreme executive）から、妥当性の確立（establish its propriety）のための承認を必要とする」というものである。(14)

しかし、ランドルフの主張は裁判官らから完全に否定されていたわけではないようである。特にアイアデル裁判官は、ランドルフの主張を完全に支持していたという。(15)そして当時の新聞によれば、当時の最高裁判所の六名の裁判官のうち、

アイアデル、ジョンソン（Thomas Johnson）、ブレア（John Blair）の三裁判官は、ランドルフによる法務総裁の地位での申立てに対し手続を開始すべきと考えたのに対し、ウィルソン（James Wilson）、クッシング、ジェイが、ランドルフの申立てを行う権限を疑問視したという。(16)

もっとも、ランドルフの申立てを法務総裁の地位でなされたものではなく、ヘイバーンの私的代理人の地位でなされたものとして受け付ければ、事件の処理という点でいえば充分である。(17)そこで最高裁判所の裁判官らは、この法務総裁の権限に関する議論を続けることを避けたと推測される。したがって、さらに議論が続くことにより、反対した裁判官らの根拠づけが明らかになることはなかった。すなわち前記第一の関心による、裁判所法三五条による授権が不充分であることが根拠とされたのか、あるいは第二の大統領による明確な承認の欠如が根拠とされたのか、それともその双方が根拠とされているのかである。

しかし、この Hayburn 事件後の動向を追ってみると、反対した裁判官らの根拠と、さらにはランドルフ自身の法務総裁の位置づけに関する認識が明確になってくる。

（三）法改正後の再出訴と反対論

議会は一七九三年に、この一七九二年疾病軍人恩給法を改正し、恩給決定に関する権限を陸軍長官に付与した。同時にここでは、最高裁判所における審理（adjudication）が必要な場合には、陸軍長官と法務総裁がこれを求めることができる旨が規定された。したがって、(18) Hayburn 事件で裁判官らが関心を向けた第一の点である、議会による授権の必要はこれで満たされたことになる。

この改正を受けてランドルフは、再度、最高裁判所に対してマンダムスの申立てを行う。ここでは、ヘイバーンのような具体的な依頼人がいるわけではなかった。ランドルフの申立ては、一七九二年法の下で巡回区裁判所から恩給の認

証を受けていた者一般に関して、陸軍長官に受給者名簿への登録を行うことを求めるものであった[19]。ランドルフが、法務総裁が出訴する場合には、「特定のクライアントの存在は不必要であると考えていた[20]」ことを示す行動といえるだろう。

しかしながら、ここでも最高裁判所の裁判官五名（クッシングは不在であった）の中には、この申立てに反対する者が二名あったという。この点からは、Hayburn 事件でランドルフの法務総裁としての申立てに反対していた裁判官の理由は、大統領のより明示的な承認が必要だとするものであったと推測できる[21]。

結局、この事件ではランドルフが申立てを取り下げることで決着した。ランドルフは、陸軍長官のノックス（Henry Knox）に対して次のような書簡を送っている。「私のことを依頼していない者の代理として行われているこの申立てに対して、ヒアリングを行うことに嫌気（disinclination）を示している裁判官が二名いる。……私には問題を紛糾させようという意図はないので、……主張を行うべき疾病軍人が現れるまで申立てを取り下げるのが最良だと思われる[22]」。こうして、法務総裁による申立ての許容性に関して、最高裁判所が判断を下すことなく申立ては取り下げられた。

二．検討

上記の Hayburn 事件およびその後のランドルフによる申立てと、それに対する最高裁判所の反応の検証から、次のように述べることができるだろう。

まず第一に、合衆国建国から間もないこの時期においては、植民地時代に法務総裁により行われていた活動の影響が、相当程度に根強く残っていたことがうかがえる。ランドルフはバージニアにおいて法務総裁を務めていた経歴を有している[23]。またランドルフの主張を支持したとされるアイアデルも、ノースカロライナの法務総裁を務めた経験があった。こうし

た経験が申立ての許容性に関する立場に反映されていると考えるのが自然であろう。[24] また当時の最高裁判所の内部で、申立てを許容する立場の者は、必ずしも少数であったわけではない。

また第二に、こうした植民地時代における運用の影響によるものとして推察されるのが、法務総裁が訴訟において実現を目指すものは、特定のクライアントの利益というわけではない、と考える者が少なからず存在していたことである。ランドルフによる法務総裁の地位での申立ては、合衆国の法律である疾病軍人恩給法の実現を求めたものであった。むしろここでは、具体的なクライアントの存在は不要であるとも考えられていた。そして上記のとおり、こうした考えに基づく申立てを許容する立場も見られた。このように、法務総裁が訴訟を通じて実現すべきものを、いわば法の実現そのものとして捉えるような観念が存在していたことがうかがえるだろう。

そして第三に、法務総裁による申立てに反対していた裁判官の根拠に関してである。反対派の裁判官には、法務総裁の地位で申立てを行う場合、大統領による明示的な承認が必要であるとする思考が存在していた。これは一方においては、法務総裁が大統領の下にある存在であるという位置づけがなされていたことをうかがわせるものではある。しかしながら、すでに見てきたように、創設間もない連邦の法務総裁には、大統領に従属する政府職員としての性格は、それほど強くはなかった面もある。そうすると、ここで要求された大統領による明示的な承認は、大統領による部下への職務命令ないし許可としての性格というよりも、むしろ、合衆国をクライアントとする弁護士に対する依頼としての性格のものだったのではないかと思われる。特にこの当時の連邦裁判所は、法務総裁に限らずすべての訴訟代理人に対して、当該事件に関してクライアントの代理権を示す「代理人証明書」（warrant of attorney）を要求していた。[25] この連邦裁判所の運用からすると、ランドルフが求められていたのは、いわば合衆国という法人の代表者たる大統領による、弁護士たる法務総裁への依頼を明示的に示すことだったようにも思われる。

また本款の検証からは、仮にこの大統領による明示的な承認を、大統領からの職務命令的な性格のものとして把握するとしても、もしもこれが存在した場合には、ランドルフによる申立てが受け付けられたとも考えられる。そうすると、大統領の承認をいずれに解するにしても、前述の第二の点である、法務総裁が法実現を追求すべきとする観念の存在は否定されないことになるだろう。(26)

第四款　訴訟活動権限の集中化の試みと司法省創設

一．集中化の試みとその失敗

（一）創設期

すでにみている裁判所法三五条の条文の通り、法務総裁は、最高裁判所における合衆国の代理活動を行うこととされており、下級審においては、地区法務官（district attorney）が行うこととされていた。そして、地区法務官と法務総裁の関係については、一切規定は置かれていなかったため、地区法務官は、法務総裁からコントロールを受けずに独立して、その訴訟活動権限を行使するものとして捉えられた。(27)

法務総裁による地区法務官への監督規定がおかれなかった背景には、建国時における、連邦政府の司法権をめぐる議論の影響によるものとする指摘がある。建国時には、連邦政府の下級裁判所の設置、その管轄権をめぐり意見の対立が存在していた。裁判所法の起草者らもこうした対立に極めて敏感であり、議会での紛糾を回避することを意図して、法務総裁が連邦政府内で大きな役割を果たすことを期待せず、その保持する権限についても抑制的に構想されたという。(28)

このように、裁判所法三五条の下で法務総裁は、他の法務職員に対する監督権限を一切有していなかった。こうした

状況に対して法務総裁は不満を抱く。初代法務総裁のランドルフは、すでに一七九一年の時点でワシントンに対して以下のような書簡を送っている。「……下級裁判所における様々な訴訟によって合衆国は深く影響を受けるかもしれないが、この下級裁判所における訴訟は上訴がなければ修正され得ない。法務総裁の固有の任務には、法務総裁自身が下級裁判所の事件に対して監視をすることが必要である。……［しかし］こうした監視はほとんど行われていないため、分裂（schism）の危険を起こすほどになっている」[29]。このランドルフの危惧のとおり、法務総裁が最高裁判所において訴訟活動を行う場合でも、事件に関する記録を法務総裁が手に入れることができないこともあったという[30]。

この要望を受けてワシントンは書簡を議会に示したが、議会は監督規定を置くことはなかった。こうした法務総裁側からの訴訟活動の権限拡大の要求は、その後いく度となく続くこととなるけれども、それはなかなか達成されなかった。いま少し、その状況を追っていこう。

（二）権限拡大の要求と議会の反対

法務総裁側からの権限増大の要求に、むしろ逆に議会は訴訟活動の権限を分散化する方向で対応した。

連邦政府では一八一二年戦争の終結後、債権の回収の機会が増大する。これに伴い、政府の訴訟の数もまた増大していた。これを受けて一九二〇年に議会は、財務省内の会計官とその下の財務係官（agent of Treasury）[31]に対して、租税を含む金銭債権回収訴訟についての地区法務官に対する監督権限を新たに付与する。しかしその一方で、法務総裁に対しては、地区法務官への監督権限は付与されることはなかった。

この会計官や財務係官は、必ずしも訴訟活動に関する訓練を受けていたわけではなかった。したがってこの時期においては、地区法務官は法務総裁のコントロールを受けることなく、むしろ逆に、特定の訴訟活動に関しては非法律家の指揮の下に置かれていたことになる[32]。

このような非法律家のコントロールの下での債権回収活動の状況としては、成功しない場合も多かった。こうした状況を憂慮して、一八二九年に第七代大統領アンドリュー・ジャクソン（Andrew Jackson）は、教書の中で当時の制度を批判するに至る。ここでは第一に、非法律家による訴訟の指揮により問題が生じていることが指摘され、第二にあらゆる財産に関する訴訟の監督権限を法務総裁に移管する必要性が示され、第三に地区法務官に対する監督権限を法務総裁に与えるべきであることが述べられた。そして第四に、法務総裁の下に組織を置き、法務総裁を省の長官と同じ地位にすることが提案された。これが、初めての法務に関する省の設立提案である。[33] そしてこの提案を受けて、「法務総裁の地位を再編成し、執行府の省に組み入れる」法案（The bill "to re-organize the establishment of the Attorney General, and erect it into an Executive Department"）が提出された。議事録にみるロウワン（John Rowan）上院議員の述べるところによると、この法案は以下の諸点を内容とするものであった。①法務総裁を長とする法務省（Law Department）を設立すること、②合衆国が当事者となるあらゆる訴訟の監督を法務総裁が行うこと、③法務総裁の活動は最高裁判所に限定され、下級裁判所における活動はその部下（deputy）によって行われること、④財務係官の任務はすべて法務総裁に移動すること、⑤国務長官が実施することとされていた特許委員会（Patent Office）の事務も法務省に移管させること、同時に国務省内の事務官も法務省に移動させること。[34]

しかしこの案に対しては、ウェブスター（Daniel Webster）上院議員が直ちに反対する。その理由は、ウェブスターの法務総裁に対する見方に起因するものであった。それは、この法案が「法務総裁を、半分は会計職員（countant）で、半分は法律家で、半分は事務官という存在、つまり、すべてにおいて中途半端な、大したことのない存在」[35]にしてしまい、「最高裁判所での活動に限定されてきた法務総裁に対してあいまいな性格づけを与えるものである」ということであった。むしろウェブスターは、「法務総裁はこれまで最高裁判所だけで充分な活動をしてきた。法務総裁は特許や財

務に関する事務官の監督を行う代わりに、法律の勉強に従事しているべきである」[36]という法務総裁像を有していた。ここでは、法務総裁を純粋な高度の法的専門性を有する存在として捉え、様々な管理的活動に関しては法務総裁に負わせるべきではないとするウェブスターの考えがうかがわれる[37]。

ウェブスターはこの法案を棚上げにした上で、逆に、財務省内に財務訟務官（Solicitor of Treasury）を創設する法案を提案する。この財務訟務官は、下級裁判所における合衆国が当事者となる、または財務省に関わるあらゆる訴訟における地区法務官への監督権を有するものとされていた。議会内での議論の後、結局のところウェブスター法案が議会を通過し成立した[38][39]。そのため、地区法務官は法務総裁ではなく、この財務訟務官の下に置かれることになった。しかも、一八三一年時点で財務訟務官に対しては、書籍費に三〇〇〇ドル、オフィススペース関連に二〇〇〇ドルが用意され、これは法務総裁を上回るものであった。規模の点では、連邦政府の訴訟活動の中心に据えられた存在だったといえる。

この財務省の訟務官が引き金になり、一八三六年には郵政省（Post Office Department）にも独自の法務官が用意され、地区法務官は郵政監査官（auditor of the Post Office Department）の監督に従うこととされた[40]。この動きを受け、その後、各省が自ら法務官を用意するという傾向が生じることになった。

もっとも、上記のような各省が法務官を設置するという傾向が見られる一方で、法務総裁の下に省を設立し、そこに訴訟活動の権限を集中させるという試みもなお継続的にみられた。例えば、一八四五年にポーク大統領は、教書の中で法務総裁の下に省を置くべきことを述べた。法案に対しては総体的には反対はなかったものの、法案の中にあった財務訟務官を法務総裁の下におくという規定について上院の反対があり、これも法案は棚上げとなってしまい実現することはなかった[41]。

また法務総裁が地区法務官に対して何らの権限も与えられていない状況については、すでに取り上げた、第二三代法

務総裁のクッシングによる一八五四年の意見書においても記述がされていた。ここでは法務総裁の訴訟活動に係る権限につき、「法務総裁は最高裁判所における合衆国の訴えを遂行するのが制定法上の通常の任務であるけれども、大統領は、憲法上の任務の行使として、大統領が政府の利益のために必要と考える場合には、合衆国のどこであろうと、法務総裁に対して法的問題に関するその注意を払うよう命じることが可能であることには疑いの余地がない」[42]として、法務総裁こそが、合衆国の訴訟活動で大統領の代理人として活動することが述べられた。その上で、法務総裁が最高裁判所の事件に加えて、下級裁判所の訴訟につき助言または命令をすることや、特に合衆国の領土獲得に関する重要な訴訟につき上訴の指示や自ら上訴を行うことが可能にならねば、法務総裁の任務は果たされえないことが述べられた[43]。

この意見書はピアース大統領によって議会に対して示され、これを受けて、上院支出削減・組織再編委員会（Committee on Retrenchment and Reform）が、法務省の創設を規定する法案を用意した。しかしこの法案に対しては、第二二代法務総裁を務め、その後上院議員となっていたクリッテンデン（John J. Crittenden）が反対の意思を示した。クリッテンデンは、ワートを引き合いに出し、相当の能力を有する者でなければ法務総裁は務まらないことを述べる。そして、ワート期に比して法務総裁となる者の能力が飛躍的に高まっているとは思われない状況下で、この法案が、法務総裁に対して過度の事務を与えるものだと批判を加えた[44][45]。このクリッテンデンの反対から、この法案もまた成立することはなかった[46]。

二　司法省創設とその背景

（一）司法省設置の背景

上記にみたように、法務総裁の下への訴訟活動の集中化への試みは失敗の連続に終わっていた。とはいえ、法務総裁

の訴訟活動へのコントロールが全く強化されていなかったわけではない。一八六一年に議会は、法務総裁に対して地区法務官への監督権限を付与する立法を行う。これにより初めて、法務総裁に地区法務官への訴訟活動に関する監督権限が付与されることになった。しかしながら、立法も極めて不完全な結果しか残さなかった。というのは、この法律が制定されたわずか四日後に議会は、財務訟務官の任務に対して新法は影響を与えないとする別の立法を行ったからである。したがって、地区法務官は法務総裁と財務訟務官の双方の監督を受けることとなった。(47)

以上の状況においては、二点の問題が意識されていた。第一には、地区法務官に対する監督権限が法務総裁に一元化されておらず、これにより各法務官による訴訟活動に関する調整が実現されていなかったことであり、第二には、法務総裁に対する過重な任務の付与がなされており、それに対応するための職務体制が不備であったことである。

こうした中で、一八七〇年に司法省は創設されることになる。では、それまで創設に失敗してきた法務総裁の下の省は、いかにしてできあがったのか。その背景にはこの二つの問題に加えて、次のような当時の問題状況と、その対応の必要性があった。

南北戦争の前後から、合衆国が関わる訴訟の数は増大していた。特に南北戦争後にはその増加は爆発的なものとなった。こうした訴訟数の増加への対応の必要性から、地区法務官や各省は、政府外の弁護士に依頼せざるを得ない状況になっていた。(48)そしてこれに伴い、連邦政府の訴訟対応にかかる支出もまた爆発的に増大していた。例えば、一八六一年から一八六六年までの六年間で、最高裁判所の事件については、議会の是認を受けて依頼したのべ三五人の政府外の弁護士に対して約五万ドル、下級裁判所に関してはのべ六一人に対して一五万五千ドルの支出を行っていた。(49)またこの時期においては、政府外の弁護士が一年間で法務総裁の給与以上の報酬を受けるという例も複数あったという。(50)さらに一八六四年から一八六九年までの期間では、連邦政府は政府外の弁護士に対して七〇万ドル以上の支出を行っていた。(51)

他方でまた各省も、自ら法務部局を用意するようになっていた。各省のいうその理由は、もしもこうした法務部局を設置しなければ、政府外の弁護士に依頼することになり、支出の増大を招いてしまうということであった。[52]

こうした支出の増大は、当然議会の強く注目するところとなった。議会ではこの訴訟活動にかかる費用増大への対処として、三つの委員会がそれぞれその対応に動いていた。上院司法委員会、下院司法委員会、そして両議院合同の支出削減委員会である。

一八六七年に上院司法委員会は、当時の第二八代法務総裁スタンベリー（Henry Stanberry）に対して、法務総裁の任務の現状と改変につき照会を行う。これに対してスタンベリーは、以下のように述べた。「法務総裁職の、管理に関する事務については、現行の権限で十分である。しかし、法務総裁の適正な任務、とりわけ最高裁判所における事件への準備と弁論……と法的問題に関する意見書の準備に関しては、任務の遂行を適正に行うためには、さらにいくつかの条項がぜひとも必要である」。「私には、……訟務長官（solicitor general）の任用によって最もよく実現されるものと思われる。こうした補助者の任用が行われれば、[53]最高裁判所での事件の弁論について政府外から弁護士を雇用することは、完全ではないにしても、ほとんど不要となる」。

他方、下院はこれよりも早くに法案という形で対応に乗り出していた。下院司法委員会の委員長のローレンス（William Lawrence）は、「法務総裁の省」[54]（Attorney General's department）を創設し、そこに各省の法務職員と地区法務官を移管させるための準備を指示し、その後二月一九日に法案を提出した。また、ジェンクス（Thomas Jenckes）下院議員もまた、司法委員会の案ではなく、両院合同委員会の報告を参考にした法案を、それに先立つ二月三日に提出していた。[55]

ところが当時の議会の注目は、完全にアンドリュー・ジョンソン大統領の弾劾に向けられていたため、法案が審議さ

れることはほとんどなかった。したがっていずれの法案も成立するには至らなかった。[56]

しかし、従来の省創設が試みられた際と異なり、この時期の連邦政府から政府外弁護士への支出については、早急に対応がなされる必要があった。そこで、議会次回期の一八七〇年の二月二五日に、ジェンクスはこれまでのローレンスとジェンクス自身の案から構成される、「司法省」を創設する法案を提出した。ここでは、議会での大きな反対はなく、最終的にはこの法案が可決成立し、司法省が設立した。

（二）司法省設置法の概要

ここで法律の内容を簡単にみておくことにしよう。第一条で、「司法省と称する、法務総裁を長とする、合衆国政府の執行府の省を設立するものとする」と規定する司法省設置法[57]は、全一九条からなる。この法律の規定する内容は多岐にわたるが、大きくは以下の四点にまとめることができる。

まず第一点目が、地区法務官や各省に存在していた法律事務を担当していた職員を司法省に移管させ、法務総裁の監督の下に服するものとさせたことである（第三条、第一四条、第一六条）。この移管される職員の中には、地区法務官に対する監督権を有していた財務訟務官も含まれている。

これに伴う第二点目が、各省の職員が有していた訴訟活動の権限を、司法省に移動することである（第三条、第七条）。第三点目が、各省が政府外の弁護士に依頼し、支出を行うことが、別に法律で定める例外的な場合を除いて原則的に禁止されたことである（第一七条）。各省において法的事項に関する助言が必要になった場合には、司法省に対して助言を要求し、司法省の職員がこれに対応することとされた。

第四点目が、法務総裁の下に、新たな法務職員として訟務長官（Solicitor General）を設置したことである。この訟務長官は、「法的見識を備えた、法務総裁の任務の補助を行」う職員であり、「法務総裁が欠けている場合、または法務

総裁が不在もしくは無能力（disability）の場合に、法務総裁のあらゆる任務を行使する権能を有する」ものとされた（第二条）。さらに法務総裁は、請求裁判所（court of claims）における事件について、訟務長官に主張活動を行うよう命じることができ、「請求裁判所から合衆国最高裁判所に上訴があった場合には、合衆国の利益に関わる（interested）他の事件と同様に、法務総裁と訟務長官が最高裁判所における訴訟の遂行と主張活動の任務を負う」ものとされた（第五条）[58]。

（三）司法省設置法案の意図

先に見た法案の提出に至る過程をみれば、司法省の設立はまずは、政府外の弁護士に対する連邦政府の支出を削減することに主眼があったといえる。これを、ジェンクス議員による法案提出に当たっての説明から確認することにしよう。

まずジェンクス議員は、裁判所法の制定から現在に至るまでの過程を簡潔に述べた上で、「政府の法律事務は、それを処理することを授権されている個人の能力を凌駕するまでに増大し、……一八六一年以降に雇用された外部の法律顧問の数は、この国中の政府のすべての正規の（commissioned）法務職員の数を上回っている」という現状を示している。そして、成立に失敗したローレンスとジェンクス自身の法案や、両議院合同の支出削減委員会の取り組みを取り上げ、「彼ら［支出削減委員会］が、他の省の組織よりも先にそれ［政府外弁護士への支出］[59]に関する報告を行ったのは、莫大な数の訴訟の実行に対して行い続けてきた、政府の多大な支出のためである……」とする。さらに、政府外弁護士のために支払われている金額に関する説明に対するヴァンウィック（Van Wyck）議員による、「同様の性質の費用支出の再発を防止する条項が法案にあるか」という質問に対して、「その目的のためにこの法案は作られており、こうしたあらゆる余分な支出を削除するものである」[60]と答弁している。このように、この法案の主眼点は支出の削減にあったといえる。

しかし、政府外弁護士に対する支出削減の他にも、この法案は、前述した当時の二つの問題（権限が一元化されてい

ないことによる訴訟活動における調整の欠如と、法務総裁の職務体制の不備）にも対応するものとなっている。例えば、訟務長官の設置についての説明では、政府外弁護士に依頼をしなければならなかった根底には、政府内部の体制が不充分だったという問題の認識が、以下のように示されている。「［政府外に対する過度の支出をもたらした］悪は、政府の法律事務の処理を行うのに充分な能力と識見を有する者の活動を、［政府内で］恒常的には求めることができなかったことと、政府の適切な法務体制（law force）を外部に求めざるを得なかったところにある。われわれはこの職員［訟務長官］を追加することで、合衆国の事務が合衆国の裁判所で充分にうまく取り扱われることになることを信じている」[61]。ここでは、法務総裁の下の体制改善により、支出削減を行うことが企図されている。

また、当時の訴訟活動権限が一元化されていなかった状況について、これを改善することが司法省創設で意図されていたことを示す次のような説明もみられる。「われわれは、政府内の異なる省に……合衆国の法務総裁から完全に独立した法務職員を設置し続けてきた。……この法務に関する権限の分裂が最も不幸な結果をもたらしてきたことを、われわれは把握した。合衆国のある省による法律の解釈が、別の省においては別に解釈されているということである。……この法案が、ある単一の長の下にすべての法務職員が従属することを規定する目的は、合衆国で実行される法律に関する決定と法理論（jurisprudence）の統一性を得ることである」[62]。

以上のように、この司法省創設は、第一には政府の支出を削減するという緊急の問題に対応するためのものであったが、これのみならず、政府の法務体制の増強と政府の法解釈をはじめとした見解の統一を企図したものでもあった。

三　裁判所の制度図式の把握

かくして、法務総裁の下に政府訴訟に関する権限が集中されることとなった。では、この制度につき、裁判所はどの

ように把握したのであろうか。これを司法省創設の前後における裁判例から確認しておくこととしよう。

まず司法省設置法に関してしばしば引用される、一八九三年の合衆国請求裁判所による Perry v. United States 判決[63]を取り上げることとする。この事件は、コロンビア特別区工兵委員会（Engineer Commission of the District of Columbia）の委員で、委員の職務とともに、委員会内の法律顧問的な役割を果たしていた者が、その法律顧問としての働きへの対価の支払いがなかったとして、支払いを求めて提訴したものであった[64]。判決では、司法省設置法の各条文を参照した上で、「議会が、法務総裁の指揮と監督を受ける司法省の下に、旧来は政府内で異なる法務職員、省、部局におびただしく散乱していた、合衆国の利益に関わるすべての訴訟活動とあらゆる法律事務を集中させ、公務においてしばしば依頼がなされていた、非公務員の弁護士を排除する意図を有していたことには疑いの余地はない[65]」として、訴えを棄却した。判決は、司法省設置法の立法意図に沿い、司法省外部の職員による法務活動への支出を認めなかった。

また特に訴訟局面における司法省と他省の関係につき参考になるであろう最高裁判所による判断が、司法省創設を目前にした時期に下されていた。

司法省創設の四年前である一八六六年の Gray Jacket 事件[66]では、法務総裁次官補が最高裁判所における訴訟活動を行っていたところ、財務省の法律顧問が法務総裁次官補に対抗的な主張を行おうとした。これに対し、シェイズ首席裁判官は、以下のような意見を示した。

「合衆国が当事者であり、法務総裁または法務総裁次官補もしくは法務総裁に雇用された特別法律顧問により代表される訴訟においては、政府内の他の省の立場による反論は、いかなる法律顧問も行うことはできない。[67]」

このように、最高裁判所の訴訟活動では、法務総裁の見解が他の省庁の見解に優越することが判示されていた。

さらに、この二年後の一八六八年のConfiscation事件[68]も取り上げよう。この事件では、東ルイジアナ地区裁判所において、南北戦争に関連した船舶没収に関する判決が下されていたところ、通報者（informer）が虚偽の情報を提供していたことが明らかになったため、法務総裁が訴訟取り下げの申立てを行っていた。クリフォード裁判官による意見では、地区法務官に対する監督権を法務総裁に付与した一八六一年の法律を参照しつつ、以下のように述べられている。

「これらの訴訟のコントロールは、控訴裁判所に係属しているものであるから、地区法務官の手によるものであるが、それは法務総裁の包括的な監督と指揮の下にある。地区法務官は、上訴に先立ついかなる手続の段階においても、適切と考える場合には訴訟を不継続とすることが可能である。[69]誤審令状（writ of error）の手続、上訴（appeal）、意見確認（certification）[70]により事件が最高裁判所に係属した際には、それが民事事件であろうと刑事事件であろうと、上記の地区法務官が訴訟中止に関して行使するコントロールは法務総裁の任務となる。このことは、裁判所法三五条が、合衆国に関わるあらゆる訴訟の遂行と訴追が法務総裁の任務であると規定するとおりである。……

……合衆国に関わる訴訟についてはどのような訴訟も、法務総裁の指揮に従い、そのコントロールの下にあるということは明白である[71]」

このように、法務総裁の最高裁判所における訴訟活動権限と地区法務官に対する監督権限を結びつけて、下級裁判所も含めて、政府の訴訟活動が法務総裁の指揮下に置かれることが判示された。これに加えて、最高裁判所での政府の訴訟活動における法務総裁の独占的地位を認めたGray Jacket事件を併せて考えると、法務総裁が訴訟局面において政府

内の最上位に位置して、各省をコントロールするという図式が導き出される。

すでに本款二（一）で見たとおり、この最高裁判所の二つの判断が示された司法省創設の直前期には、地区法務官に対しては財務訟務官らも監督権限を有していた。司法省設置法は、こうした権限を法務総裁を長とする司法省に一元化するもので、最高裁判所の両判示から導かれる図式を強固にするものといえる。

さらに、司法省設置法は、各省の法務職員を司法省に移管させ法務総裁の監督下に置き、Perry 判決が示した通り、司法省以外による政府の法務活動を禁止している。そこで法務総裁は、政府内の法務活動全般を独占し、他省をコントロールする地位に立つことになる。このように、司法省設置法により法務総裁は政府内において非常に強力な権限を保持することとなった。

しかし、こうした裁判所の判示とは裏腹に、司法省と政府内の法務の実情は、司法省設置法の条文とかなり乖離したものになっていた。第三節においてこのことを検証することにしよう。

（1）Hayburn's Case, 2 U.S. (2 Dall.) 409 (1972).

（2）Susan Low Bloch, *The Early Role of the Attorney General in our Constitutional Scheme: In the Beginning There Was Pragmatism*, 1989 Duke L. J. 561 (1989); Maeva Marcus & Robert Teir, *Hayburn's Case: A Misinterpretation of Precedent*, 1988 Wis. L. Rev. 527 (1988).

（3）2 U.S. (2 Dall.) at 410 n2.

（4）Minutes from Circuit Court for New York District (April 10, 1792), *reprinted in* 1 American State Papers, Miscellaneous 49, 50 (1834) (No. 30). なお、この時期の巡回区裁判所は、専属の裁判官はおらず、最高裁判所の裁判官二名と、地区裁判所（district court）の裁判官一名で法廷が構成された。田中英夫『アメリカ法の歴史　上』（東京大学出版会、

一九六八年）一七一頁。

（5）Bloch, *supra* note 2, at 590-95; 中川丈久「司法裁判所の「思惟律」と行政裁量（1）」法学協会雑誌一〇七巻四号（一九九〇年）六四八頁注一五。もっとも、ここでの裁判官を司法府の存在としてではなく、法律で特別に任命された調査官（commissioner）として見る場合には、裁判所が恩給に関する任務を行うことも可能とする見解も見られ、この見解の許容性もまた派生する問題となっていた。Minutes from Circuit Court for New York District (April 10, 1792), *reprinted in* 1 American State Papers, Miscellaneous 49, 50 (1834) (No. 30); Bloch, *supra* note 2, at 595-96.

（6）参照：中川前掲（5）論文六二八―二九頁。

（7）Minutes of Supreme Court (Aug. 8, 1792), *reprinted in* 1 Documentary History of the Supreme Court 203 (Maeva Marcus & James R. Perry eds., 1985).

（8）Minutes of Supreme Court (Aug. 11, 1792), *reprinted in* Marcus & Perry, *supra* note 7, at 205.

（9）*See Hayburn's Case*, 2 U.S. (2 Dall.) at 409.

（10）*Id.*; Minutes of Supreme Court (Aug. 11, 1792), *reprinted in* Marcus & Perry, *supra* note 7, at 206. 前款で見たとおり、初期の法務総裁は、自身の私的な弁護士活動を並行的に行うことが想定されていた。これに基づき、ランドルフの申立てを私的な弁護士活動として扱ったということである。

（11）Bloch, *supra* note 2, at 602.

（12）*Id.* at 602-04; Marcus & Teir, *supra* note 2, at 535-36. またランドルフは、イギリスの法務総裁には、本件のような事案でマンダムスの申立てを行うことが認められていることも、申立てが認められるべきとする根拠としていたようである。Bloch, *supra* note 2, at 604-05.

（13）Bloch, *supra* note 2, at 604, *quoting* Gazette of the United States, Aug.18, 1782 at 99, col1.

（14）*Id.*, *quoting* Gazette of the United States, Aug. 18, 1782 at 99, col1. さらにイギリスの法務総裁の活動を根拠とする主張についても、当時の新聞によると疑問視する裁判官がいたという。すなわち、イギリスの法務総裁と合衆国の法務総裁の「アナロジーは安全どころかむしろ危険である」というものであるという。*Id.* at 605, *quoting* Gazette of the United States, Aug. 18, 1782 at 99, col1. 当時はイギリスの制度を連続的に用いることは、イギリス法に対する反感もありセン

シティブな事項でもあったという。*Id.* at 605. また参照、田中前掲注(4)書二八四頁以下。この点につきジェイ首席裁判官は「最高裁判所としては、イギリスの王座裁判所と大法官裁判所（courts of King's Bench and Chancery）の運用は、当裁判所の運用の輪郭を提供するものではあるけれども、この輪郭も、当裁判所において時とともに必要に応じた変容を遂げるものである」と述べている。*Hayburn's Case*, 2 U.S. (2 Dall.) at 412-14.

(15) Bloch, *supra* note 2, at 606-07.

(16) Marcus & Teir, *supra* note 2, at 538, *quoting* Fed. Gazette (Philadelphia), Aug 18, 1792.

(17) *Id.*

(18) *Id.* at 540.

(19) *Id.* at 540-41; Bloch, *supra* note 2, at 610. この事件は公式的な記録としては残されていない。

(20) Marcus & Teir, *supra* note 2, at 541.

(21) *Id.* at 539; Bloch, *supra* note 2, at 610. また、この二名の裁判官は、反対派の三名のうち、不在のクッシングを除く残りのジェイとウィルソンであることはほぼ間違いないだろう。*See* Bloch, *supra* note 2, at 611 n168.

(22) Letter from Edmund Randolph to Henry Knox (Aug. 9, 1793), *reprinted in* 1 American State Papers, Miscellaneous 78 (1834) (No. 47).

(23) Easby-Smith, The Department of Justice 5 (1904).

(24) Bloch, *supra* note 2, at 564 n11. 指宿信「合衆国検察官制度成立史序説　――公衆訴追主義の成立とその意義――」北大法学論集三九巻四号（一九八九年）八九五頁も、創設期と植民地期の法務総裁の共通性を指摘する。

(25) Bloch, *supra* note 2, at 609-10.

(26) 以上のような法務総裁に関する諸点に加えて、裁判所の取り扱うべき事件の性質や範囲、すなわち事件性に関する当時の観念を示唆するものとしても、本款で見た事例は興味深い。ここでのランドルフの法務総裁による申立ては、行政庁としての巡回区裁判所や陸軍長官に義務づけを求めるマンダムスに係るものであった。この申立てはランドルフが自ら取り下げを行ったが、最高裁判所が明示的に否定したものではない。むしろ反対する裁判官においても、大統領の明示的な承認が存在すればこうした申立てを認める余地があることを強く示唆するものであった。このことは、「初期の最高裁判所は、

裁判所に関して現在とは対照的な像を描いていたかもしれない」ことをうかがわせるものであろう。Marcus & Teir, *supra* note 2, at 546. なお、州レベルでは、法務総裁による州政府職員や州知事を相手とした、違法な行為の是正を求めた出訴が許容される例も少なくない。*See* William P. Marshall, *Break Up the Presidency? Governors, State Attorneys General, and Lessons from the Divided Executive*, 115 Yale L.J. 2446, 2458-59 (2006). わが国のとりわけ機関訴訟と法律上の争訟をめぐる議論にとって示唆的なもののように思われる。

(27) ただし、地区法務官から法務総裁に対して意見が求められることはあったようである。しかし、これもワート期において議会に対してと同様に拒絶されることとなる。*See* Homer Cummings & Carl McFarland, Federal Justice 82 (1937).

(28) Bloch, *supra* note 2, at 567-71. また参照、田中前掲注(4)書一六八頁以下。

(29) Letter from Edmund Randolph to George Washington (Dec. 26, 1791) *reprint in* 1 American State Papers, Miscellaneous 45-46 (1834) (No. 25).

(30) Sewall Key, *The Legal Work of the Federal Government*, 25 Va. L. Rev. 165, 175 (1938).

(31) なお会計官は財務省創設時から、会計職員による不正に対する訴追についての指示を行うことが規定されており（Act of Sept. 2, 1789, ch. 12, § 3, 1 Stat. 65, 66.）、一七九七年から金銭債権回収に関する訴訟開始の決定を行う権限を有していた。Seth P. Waxman, *Presenting the Case of the United States As It Should Be: The Solicitor General in Historical Context*, pt. I n32 (1998), (*available in* http://www.usdoj.gov./osg/aboutosg/sgarticle.html (last visited Jan. 31, 2008));Key, *supra* note 30, at 177.

(32) Key, *supra* note 30, at 177.

(33) Cummings & McFarland, *supra* note 27, at 145. したがってこの時期には、法務総裁の性格として当初の非常勤的な性格が薄れ、すでに連邦政府内の一部門としての性格が相当に強めていたことがうかがわれる。

(34) 6 Cong. Deb. (Pt 1) 276 (1830). ロウワンの説明が、「地区法務官の無能を理由としてしばしば害されている合衆国の財政に関わる重要な」法案としている点から、ロウワンの主眼は、④の点にあったものといえる。*Id.* なお、この法案では、法務総裁の下でチーフクラークとして活動するアシスタントを「議会が」任命すると規定されていたようである。

(35) *Id.*

(36) *Id.* at 277.

(37) なお、このウェブスターの反対には、当時の税務に関する訴訟の重要度の低さがあることが指摘されている。この当時には、税務訴訟は基本的には公的な重要性を有していなかったという（Key, *supra* note 30, at 178 n45.）。また、ウェブスターがロウワン法案に強固に反対したもう一つの背景として、ウェブスターが大統領になるという野心を有しており、ジャクソン大統領の提案に対抗する論者であることをアピールする意味があったともいわれている。*See id.* at 179.

(38) *Id.* at 178; CUMMINGS & MCFARLAND, *supra* note 27, at 146. この財務訟務官には法律家が着任することにはなっていた。DANIEL MEADOR, THE PRESIDENT, THE ATTORNEY GENERAL, AND THE DEPARTMENT OF JUSTICE 7 (1980). けれども、ジャクソン大統領はこの法案への署名にも乗り気ではなく、後に教書の中で以下のように不満を述べている。「私は、政府の様々な法務係官（law agents）と、民事にしろ刑事にしろ合衆国の利益に関わりうるあらゆる訴訟手続に対して、法務総裁が一般的な監督を行うことにより公共の利益が最も促進されることになると確信している」。Key, *supra* note 30, at 178-79.

(39) この法律では、法務総裁は財務訟務官に対して助言を行いうる規定が置かれていたが、地区法務官に対する働きかけは、こうした財務訟務官を経由した間接的なものにとどまっていた。

(40) *See* Key, *supra* note 30, at 179.

(41) CUMMINGS & MCFARLAND, *supra* note 27, at 148. もっとも、前掲注(39)のとおり、法務総裁は財務訟務官に対して助言を行うこととされており、実際の運用上、両者は調和的に任務の遂行を行っていたともいわれる。*Id.* at 147.

(42) 6 Op. Att'y Gen. 326, 335 (1854).

(43) *Id.* at 347-48. 財務省による地区法務官への監督が、「大統領として（as the President）」行われるものと規定されていたことに対応した記述となっており、政府の訴訟活動が大統領の憲法上の権限に基づく作用と位置づけられている。

(44) ワートは当時、一流の法律家として知られていた。*See* NANCY V. BAKER, CONFLICTING LOYALITIES 126 (1992). 例えば、チェロキー族によるジョージア州を相手とした法廷闘争においては、この「全国的名声」を持ち、最高裁判所で大きな訴訟を何度も手がけていたワートに対して、白羽の矢が立てられ、ワートはここで活躍を見せた（阿川尚之『憲法で読むアメリカ史　上』（ＰＨＰ新書、二〇〇四年）一四四―六三頁）。

(45) 一七八九年の裁判所法以降、連邦政府の法律事務の増大に伴い、法務総裁に対しては多くの任務が追加的に付与されて

いた。とりわけ一八三〇年以降には、その傾向は強まっていた。Cummings & McFarland, *supra* note 27, at 153.

(46) *Id.* at 152-53.

(47) Key, *supra* note 30, at 180-81.

(48) *Id.* at 181.

(49) H.R. Exec Doc. No. 198, 40th Cong., 2d sess. 3-7 (1868).

(50) *See* Cong. Globe, 41st Cong., 2d sess. 3038 (1868).

(51) *Id.* at 3035.

(52) Meador, *supra* note 38, at 9.

(53) Waxman, *supra* note 31 pt. II n47 *citing* S. Exec. Doc. No. 13, 40th Cong., 2d sess 2 (1867); Meador, *supra* note 38, at 9.

(54) Cong. Globe 40th Cong.,2d sess. 153 (1867).

(55) *Id.* at 934.

(56) もっとも、こうした中でも、部分的な法務総裁の職務体制の改善への動きは進められた。一八六八年の六月には法務総裁に、合衆国請求裁判所における訴訟の監督権が付与され、それと同時に、新たに法務総裁の下に法務総裁次官補が二名追加されることになった。Cummings & McFarland, *supra* note 27, at 158.

(57) Act of June 22, 1870, ch. 150, 16 Stat. 162.

(58) この訟務長官の活動については、本稿の第二章以下で検討を行う。

(59) Cong. Globe, 41st Cong., 2d sess. 3035 (1868).

(60) *Id.*

(61) *Id.*

(62) *Id.* at 3036.

(63) 28 Ct. Cl. 483 (1893).

(64) *Id.* at 484-89.

(65) *Id.* at 491.

(66) 72 U.S. (5 Wall.) 370 (1866).
(67) *Id.*
(68) 74 U.S. (7 Wall.) 454 (1868).
(69) 正式訴訟記録上明白な法律問題の誤りについてを問題とする上訴方法である。参照、田中前掲注(4)書一七五頁注二二。浅香吉幹『現代アメリカの司法』(東京大学出版会、一九九九年) 六四頁注八九。
(70) 「下級審で問題になった法律問題について、審理を一時中断して最高裁判所の判断を仰ぐ手続」である。田中英夫編集代表『英米法辞典』(東京大学出版会、一九九一年) 一三三頁。
(71) 74 U.S. (7 Wall.) at 458-59.

〔付記〕
本稿は北海道大学審査博士 (法学) 学位論文 (二〇〇七年六月二九日授与) に補筆したものである。

論　説

フランス憲法院による法律の憲法適合的解釈に関する一考察（四）

辻　信幸

はじめに
第一章　日本とフランスにおける従来の議論
　第一節　日本における従来の議論
　　第一項　日本における憲法院研究

第二項　大河原良夫による議論
第三項　蛯原健介による議論（以上五八巻二号）

第二節　フランスにおける従来からの議論
～解釈留保の起源と、フランス公法雑誌（R.D.P.）における憲法院判決の扱われ方
第三節　フランスにおける解釈留保の扱われ方
第四節　小括～初期のフランスでの議論と、日本における議論との関係（以上五八巻三号）

第二章　憲法院による解釈留保付き諸判決
第一節　一九七〇年代までの諸判決（以上五八巻六号）

第二節　一九八〇年代までの諸判決
26　ニューカレドニアの発展に関する法律（以上本号）

第三章　現在の議論～留保の三分類論と、単一性質論
第四章　フランス憲法院判決における解釈留保の意義
第五章　日本の最高裁判決において用いられた合憲限定解釈の再評価
結びにかえて

第二節　開花期～一九八〇年代の諸判決

先に、解釈留保付き判決の開花期と位置付けたのが、この一九八〇年代の諸判決である。この時期は、政権交代やそれに続くコアビタシオン[219]といった、政治的に大きな出来事が起こった時期でもある。そしてこれらの出来事に歩調を合わせるかのように、解釈留保付き判決が数多く下されている。そしてこれらの政権交代等の出来事と、解釈留保付き判決の数の増減とは、リンクした形で現れている。それゆえ、憲法院を政権交代の保証人と見るような議論[220]がなされた。というのは、政権交代の結果できた新たな政権が、それまでの政権党の政策を覆すような新たな政策を打ち出して、それに関する法律を定めようとしたとき、現在の野党となったかつての政権党の議員団によって、その法律の多くが憲法院に付託されることとなる。付託を受けた憲法院はその法律に対して合憲か違憲かの判断をせねばならないのであるが、憲法上の理由に基づいて判断したとしても、結果だけ取り出してみるときには、仮に合憲とすれば、現在の政権党を支持したことになるし、逆に違憲とすれば、前の政権党の政策を支持したことになる。これは特に、二度目以降の政権交代の際に、よりはっきりといえることである。

このような状況に置かれたとき、憲法院は、確かに違憲判決や解釈留保付きの判決を下したのであるが、しかしそれは、たとえば国有化判決と、さらにその後の民営化判決などにおいて顕著に見られたように、いずれかの政策のみを支持するような態度を示すものではなかった。国有化法律を違憲としたときも、その第一判決では、国有化そのものを違憲とするのではなく、手続き的な面での問題点を指摘するにとどめたし、第二判決でも、同様の観点からの解釈留保を付すにとどめた[221]。さらにその国有化を覆した民営化法律を前にしたときも、それを違憲とすることなく、譲渡価格の決定方法などについて解釈留保を付しただけで合憲と判断した。このように、いずれかの政策的な立場に立つことなく、政権交代が円滑に行われるように憲法院は振舞ったと理解する立場[222]から、政権交代の保証人としての憲法院という位置付けがされるようになったのである[223]。そして解釈留保付き判決も、与党、野党のいずれの側にも肩入れすることの

ない憲法院の姿勢のひとつの現われと見られることが多かったといえよう。

本節で取り扱う一〇年間で、法律に対するD.C.判決は一三四件あり、そのうちあわせて四〇件で解釈留保が付されている。だが、年によってその数には大きなばらつきがあり、一九八一年には一件（約一二％）しか解釈留保付き判決は下されていないが、一九八六年には八件（約四二％）の解釈留保付き判決が下されている。この時期は、やはり、政治の動きといった外在的な要因によって解釈留保付き判決の手法が用いられる程度が異なっていると見るのが妥当であり、それゆえ、一九七九年までと比べれば、解釈留保付き判決が用いられる頻度は多くなっているものの、その手法が、憲法院の判決手法として一般化したとまではいえない。

もう少し細かく見ると、一九八一年に政権交代があり、社会党政権が誕生するが、その翌年、一九八二年には、解釈留保付き判決が占める割合が二七％（五件）に急増した。それまで、年間の判決が一件のみでそれに解釈留保が付された一九六八年を除いて、留保付判決の比率が二割を超えたことがなく、さらに、年間の留保数も二件が最高だったということを考えると、急増といわざるをえない。さらに翌一九八三年も二五％（三件）と、二割台を維持したあと、一九八四年には、四五％（五件）という非常に高い数値を記録している。その後、一九八六年の国民議会選挙で保守側が勝利し、いわゆるコアビタシオンが始まると、一九八六年は四二％（八件）、一九八七年は四〇％（四件）、一九八八年は四一％（五件）と、三年連続で四割を超える率で解釈留保が付されたのである。そしてその一九八八年に行われた大統領選挙と国民議会議員選挙においてともに社会党が勝利し、コアビタシオンが解消されると、翌一九八九年には、解釈留保が占める割合は二八％（四件）まで減少した。このように、この時期、解釈留保の付された判決の割合と、政権交代との間には、明らかな相関関係があるということができる。[224]

そのほか、この時期の判決を見ていて気がつくことは、まず、これまでと比べて長く詳細な判示が目立つこと、そし

てひとつの判決に複数の留保が付されるようになっていることである。長く詳細な判示については、何も解釈留保付き判決のみに限ったことではなく、合憲判決や違憲判決でも見られる。憲法院の判決は、とりわけ活動の初期においては、フランスにおける判決文の伝統に従って、非常に短く、とにかく簡潔なものであったが、この時期から、憲法院は、事件によっては、非常に長大な判決を下すようになった。それはたとえば、国有化に代表されるような大きな政策転換を前にして、その憲法上の是非を判断するに際して、それを是とするにも非とするにも、判決を受ける側と付託した側とに、自らの見解を十全に説明する必要性に迫られたからと見ることもできる。だが、こういった、政策そのものを問うようないわゆる与野党対決型の法案のみならず、たとえば10事件のような法律に対する判決や、27事件のような、広範な事柄について多用な措置をとることを政府に委ねた法律に対する判決のように、普通の法律に対する判決においても、長い判決が見られるようになっている。この10事件は、ストライキ権をはじめとする人権に対して制限を及ぼす可能性があった事件であり、そして27事件は、立法府と行政府の間の権限配分という、憲法上の重要な論点にかかわる事件であった。これらのこともあわせて考慮に入れると、憲法院は、とりわけこの時期から、憲法の番人という自らの役割を意識し、その役割を果たすために必要であると考えたなら、従来からのフランスの裁判所の判決の伝統を離れて判決するようになってきたということができるだろう。この必要性に迫られたことに加えて、憲法院の存在自体が、フランスにおいて、憲法院がそういった振る舞いをすることを許容するほどに大きなものになったとみることもできよう。(225)

それから、解釈留保が複数付されるようになったのは、先に見た27事件の法律に代表されるように、ひとつの法律の中で、それぞれが直ちに関係するわけではない複数のことをまとめて定めるようになった結果、そのそれぞれに対して解釈留保が付されるようになった、というのもひとつの理由である。だがそうではなく、ひとまとまりと見ることのできる条項に対して、複数の解釈留保を付する例も見られる。それはたとえば、9事件とか14事件、さらには28事件など

がそうである。これらのことからいえるのは、少なくとも、憲法院が解釈留保を付することに躊躇しなくなったということである。そしてこれは同時に、解釈留保の手法が、憲法院の側からも、そして判決の対象となる相手方からも、受けいれられてきたことを示していると見ることができよう。

最後に、形式の問題として、いくつかの判決の中で、典型的には、「上で見た留保のもとで、審査された法律は合憲である」と主文で言及する判決が出てきたことが指摘できる。これもまた、解釈留保の手法が受け入れられてきたことを示すものであるが、それと同時に、留保の効力に関する問題をも示しているものといえよう。ただ、この主文での言及は、まだ、ごく一部の判決において見られるに過ぎない。

では以下に、判決を見ることとするが、本号では、紙幅の都合上、一九八六年二月のコアビタシオン成立前までの判決を取り扱うこととし、次号以降において、残る一九八九年一二月までの諸判決を取り扱うこととする。

8　CC80－115DC判決：1980年7月1日：通常法律（農業指針法律）：代議士団

本件で問題となった法律の第七二条は、農村整備政策について定めていたものであるが、その中で、法律が定めた指針の適用条件を定める農村整備全国ディレクティブを、コンセイユ・デタが、デクレによって定めることを予定していた。これに対して憲法院は、以下のように判断した。

②上で言及された指針が一般的な用語で述べている事情は、それ自体で、適用条件を定めることを担う命令権に対して、憲法が法律に留保している規範や基本原則を定める権力を委ねえない。この条文がこのような権限の委任を含むということは、法律の文言自体からも、そしてその準備作業からも決して導きえないものである。

このように判断することで、コンセイユ・デタのデクレに委ねられる適用条件決定を限界付けたものである。

9　CC80－117DC判決・1980年7月22日・通常法律（核燃料物質の保護と統制に関する法律）・代議士団

核物質を扱う職場でのストライキ権を制限する法律の合憲性が争われた。本法第六条は、核燃料物質の管理について規定したもので、違反者に対する罰則などを定めていた。そのうち第三項は、「本条第一項に定める核燃料物質が保有される施設において地位の如何を問わず関与する自然人又は法人による法令に対する故意の違反、及び精錬事業者またはその受任者の指令に対する故意の違反は、それが施設の核の保護または身体及び財産の安全を危険に陥れる恐れのあるとき、自然人に関しては、これに適用されうる刑事上の制裁を科すことを妨げず、かつ適用される法令または協約の別段の規定にかかわらず、その違反は懲戒権者に通告され、懲戒権者は説明書を提示した後、予告を必要とせずかつ賠償を伴うことなく、右違反行為者との協約又は法規に基づく関係の停止または断絶を直ちに生じる。法人に関しては、協約の別段の規定にかかわらず、行政庁の許可の撤回、右法人がそれに基づき活動する協約につき予告を必要とせずかつ賠償を伴うことなく、協約に基づく関係の停止または断絶を直ちに生ずる」と定め[226]、施設内における、核燃料物質取扱に関する法令や指令に違反した際には、刑罰などが科されうることを予定していた。付託者らは、もしこれがストライキ権の行使による違反等にも適用されるならば、ストライキ権を侵害するものであるなどと主張した。これに対し憲法院は、第四理由付けで、とりわけ核物質の所持と利用を問題にする場合、ストライキ権の承認は、憲法的価値の原則の性格を有する、人と財産の健康と安全の保護を確保するという目的から、このストライキ権に対して必要な制限を立法者がもたらすことを妨げる効果を持たない、と述べたうえで次のように判断した。

⑥付託の書き手が主張しているのと反対に、これらの条文は、契約上あるいは法律上の関係の中断あるいは破棄を引き起こしうるような諸事実を決定する権限も、そしてそのことから、ストライキ権の行使を限定する権限も、政府あるいは行政機関と事業者に対して委ねる目的も効果も持たないのである。実際、一般的なレグルマン、あるいは事業者ないしその受任者の指示への違反が必要な条件であるとしても、そのような違反は十分条件ではない。そしてこのことは、その法律が適用されうる人々、テキストの条項で危険にさらされる人々の利益そのものである。それは、その違反が意図的なものであり、かつ、各施設の安全、核物質の保護または人または財産の安全を問題にする余地がある場合にのみ、契約上あるいは法律上の関係の停止あるいは断絶を正当化する。かくして、権限ある裁判所が、このテキストによって対象とされたレグルマンあるいは命令の適合性に対して行使しうる統制とは別に、先に見た条項は、レグルマンあるいは事業者の命令への違反がたとえ意図的であったとしても、そのレグルマンあるいは指令が各施設の安全と関係しないものであれば、そして核物質の保護あるいは人と財産の安全と関係しないものであれば、第六条三項の条文の適用を許すことを妨げるものである。

⑦したがって、それが対象とする一般利益の目的を守るために必要な拘束しかストライキ権の偶発的行使にもたらさず、政府、行政あるいは事業者のために、ストライキ権の行使を規律する処置をするいかなる委任も含んでいないこの第六条三項は、憲法に適合する。

このように判断することで、本法の規定が施設の安全、核物質の保護、あるいは人と財産の安全を侵害するような場合にのみ適用されるものであることを判示し、ストライキ権に対する不当な制限をもたらすものではないことを明らかにした。憲法院はさらに続く理由付けで、次のように判断している。

⑧たとえ本条によって対象とされた法人が、協約に別の定めをする条項があるにもかかわらず、行政的許可の撤回予告通知や賠償なしの協約の中断あるいは破棄を受けるとしても、これらの条項は、準備作業において明らかにされているように、問題の法人が、場合によっては法律、レグルマン、あるいは法の一般原則によって彼らに認められている防禦権を利用しうることを妨げない。

この判示によって、万一核燃料物質を取り扱う法人に対して不当に許可の撤回等がなされたような場合には、「予告を必要とせずかつ賠償を伴うことなく、協約に基づく関係の停止又は断絶を直ちに生ずる」という規定にもかかわらず、その法人が防御権を行使しうることを確認している。

10　CC80－127DC判決：1981年1月19－20日：通常法律（安全を強化し、個人の自由を保護することに関する法律）：代議士団・元老院議員団

本件で問題となった法律は、多様な内容を含むものであったが、それに対応して、複数の条文に対して解釈留保が付されている。

本法第三〇条は、一八四五年七月一五日の法律第一八条のあとに、一八－一条として、「車両の通行を妨げあるいは妨害するために、鉄道上にその往来の妨げとなるものを置き、またはそれらの往来を妨げあるいは妨害するための何らかの手段を用いたものは誰であれ、三ヶ月以上二年以下の懲役と、千フラン以上三万フラン以下の罰金、あるいはそのいずれかによって罰せられる。」という規定を挿入することを定めていた。また、本法第一六条は刑事法典第三〇五条を、同じく本法第一七条は刑事法典第三〇六条を改正し、人の身体または財産に対する一定の犯罪行為の脅迫をなしたもの

に対する罰を定めていたが、そこでは、ストライキ権の行使に関する行為を除外する趣旨の規定は特に設けられていなかった。これに対して付託者らは、本法第一六条、第一七条、そして第三〇条が、ストライキ権と組合権の行使を妨害するなどと主張した。これに対して憲法院は次のように判断した。

⑱本法の第一六条と一七条は、さまざまな脅迫行為に関する規定である。先に述べたように、ここで定められている軽罪は、あいまいさや不明瞭さを含まない用語を用いて定められている。本法の第一六条と第一七条の条項によって定められたいかなる犯罪も、重罪あるいは軽罪がなされるという脅迫がなければ構成されない。これらの条件において、これらの条項の適用は、ストライキ権あるいは組合権の適法な行使を妨げ、妨害しうることを排除している。

⑳線路上に物を置くことによる鉄道の通行の妨げまたは妨害を阻止することは、何であれ、ストライキ権あるいは組合権の合法な行使を妨げ、あるいは妨害する性格のものではない。

㉑先に見たこのテキストによって予定されている罰が、鉄道車両の通行を妨げあるいは妨害するため、それらの通行を妨げ妨害するために何らかの手段を用いたものの誰に対してでも適用されうるものであるとしても、これらの条項は、罰せられる行為をする側に積極的行動を要求するものであり、たとえ彼ら（鉄道警察隊）の労働の停止が、車両の通行を妨害しあるいは廃止する効果を有したとしても、憲法で認められたスト権を合法的に行使する人を対象としえない。

以上のように判断することで、ストライキ権の適法な行使の場合には、これらの条項によって処罰されないことを明らかにした。

次に、本法第三九条は、その第一項で、刑事訴訟法典第六三条のあとに、六三―一条として、捜査上の強い必要性がある場合に、列挙された犯罪[227]を対象として、共和国検事の求めにより、予審判事、または裁判所長かその委任を受けた裁判官によって、警察留置の理由を提示されることを条件として、被疑者の警察留置の期間の二四時間延長を認めることを定めていた。

付託者らは、これらの場合に警察留置を二四時間延長する決定が、予審判事の資格を有さない司法官によって下されうる点について異議を申し立てた。これに対して憲法院は、第二五理由付け[228]で、もし、本件では警察留置の延長の場合に司法官が介入することが、憲法第六六条の文言に従う必要があるとしても、いかなる憲法的価値の原則あるいは規範も、その司法官が予審判事の資格を有することを要求していないとした上で、次のように判断した。

㉖警察留置の二四時間の延長を許すために、必然的に書類を審査しなければならない司法官は、だからといって、予審をしたわけでもなければ、当事者の罪状に中間決定を下すわけでもない[229]。

これにより、この延長の決定が、刑事手続きに対してなんらの影響を及ぼさないことを明らかにした。

第三に、本法第四七―五二条は、軽罪の手続に関する条項であったが、そのうち本法第五一―一条は、刑事訴訟法典の第三九三―三九七条を修正するもので、修正された第三九三条は、軽罪の領域の事柄について、共和国検事は、被疑者が付託された事実などを認めている場合に、もし予審が不可欠ではないと判断したときには、被疑者の裁判所への出頭命令行為を、調書の提出をもってかえることによってであれ、裁判所への直接付託によってであれ、裁判所長あるいはその委任を受けた裁判官に事前に付託することによってであれ、事件を処理することができる旨を定めていた。

これに対し憲法院は、第三一理由付けで、人権宣言第七条[230]及び憲法第三四条[231]により、刑事手続は法律によって定められるが、事実や状況などに応じて異なる刑事手続規範を定めることは、立法者の自由であることを確認したうえで、次のように判断した。

㉝もし、予審判事に委ねられた予審手続による必要がなく、直接付託の手続を用いるかを評価する権限が共和国検事に委ねられているとしても、それは起訴と立証の負担が共和国検事に課されるという事実上の理由による。共和国検事が直接付託手続きに不適切に頼ることは、罪に問われた者の受ける無罪の推定を理由として、そのものの免訴の決定か、本法第五一条に由来する刑訴法三九六条二項によって予定された、予審の補足を行うという裁判所の判断の決定を引き起こす。

以上のように判断することによって、憲法院は、この条項が刑事手続の法定主義、あるいは防禦権の保護といったことと矛盾しないことを明らかにした。

第四に、本法第五五条は、破毀院弾劾部の長[232]に対して、控訴院の系列に属する予審判事の事務所の良好な運用を確保し、とりわけ予審判事に対して、予審行為の手続そのものが不可能なときに、容疑者に対する審問や対審以外について、司法警察係官によってそれらを執行させることなどを認めていた刑訴法第二二〇条に、「控訴院弾劾部の長は、そのために、証拠調べの途中で統制をし、事件の進行状況について報告を求め、予審判事を召喚し、予審判事の事務所を訪問し、そして訴訟書類を精査することができる」と定める第二項を追加するものであった。これに対し、付託者らによって、本法第五五条は、予審判事を控訴院弾劾部の長の一般的統制に従わせたものであり、憲法第六四条[233]により認

められた裁判官の独立の原則に反すると主張された。これに対し憲法院は次のように判断した。

㊸このテキストは、控訴院弾劾部の長に対して、予審判事の判断の選択を案内する（guider）ことも、それを修正する（réformer）ことも許すものではないから、したがって、本法により補完された刑事訴訟法第二二〇条によって、法廷の良好な運営という利益のために控訴院の司法官に与えられた権力は、予審判事の独立を侵害しない。

このように判断することで、統制、報告、あるいは精査といった文言によって、予審判事の判断に指示を与え、あるいはそれを改めさせるようなことができないことを明らかにしている。

第五に、本法第七六～七八条は、身元確認について定めていた。そのうち本法第七六条一項は、司法警察係官や司法警察補助官らに対して、捜査の際、または公序、とりわけ人と財産の安全に対する侵害を予防するために必要な際に、すべての人に対して、身元証明をするよう促すことを認め、また、いかなるものも、それを拒否することはできないことを定めていた。また同条第二項から第五項では、身元証明を求められた人がその場において身元を証明できないときには、必要があれば、その人を警察署に連れて行きその身元を証明するものの提示を求めうること、警察署に到着してから、その人は司法警察係官に直ちに引き渡され、その家族、あるいはその身元を確認することができるすべての人にすぐに連絡をし、あるいは彼自身が身元を証明するための完全な権利が保障されること、これらの活動は、礼節をもって行われなければならないこと、もし対象者が身元を証明することを許すいかなる要素をも提示することを望まず、あるいはできないとき、司法警察係官は、その身元を確認するために必要な活動を行うことができること、警察署に連行されたすべての人は、その身元を確認するのに厳格に必要な、六時間を越えない期間しか留置されえないこと、この期

間の計算は、第一項で言及された要請のときから計算すること、当事者はいつでも、彼が対象となっている措置について、共和国検事がすぐに知らせるように要求することができ、共和国検事は、その措置を終わらせる決定を下すことができること、そして対象者は、警察署についてから、それらの権利について通知されることを定めていた。これについて憲法院は、次のように判断した。

58先に見た条項の適用は、身元を証明するように求められた人が、その場において、彼らの選択による適切な方法によってその要求を満たし、必要がある場合にのみ警察署につれていかれねばならない、ということになる規範によって限定されたところにとどまる。警察署に連れて行かれた人が直接に司法警察係官に引き渡されることに関する記述の正確な尊重、連行された人にとって、その家族、あるいは身元を証明しうるすべての人に、その身元を証明させ、あるいは自らそれをなす可能性、共和国検事に訴える権利、その身元確認に必要な期間しか勾留できない義務、それらの人が拘束されうる、最初の身元確認要請から六時間以内という制限、これらのことは、その場においてその身元を提示することができず、あるいは望まない人に課される拘束をも制限するものであり、このことは、憲法的価値を有する一般利益の目的と、それゆえ身元確認を理由付ける捜査を擁護するために必要なことである。

62憲法院の審査に付託された本法第七六、七七、七八条の条文は、これらの条項によって述べられた形式的実体的条件の下で、認められている憲法上の自由の行使と、公序に対する侵害の予防の間の調整と矛盾しない。

64立法者は、濫用を妨げるという観点から、彼らが定めた身元の統制と確認の手続きについて多くの用心を張りめぐらした。それらの完全な尊重を監視することは、万一の場合に認められた違法性を無効にし、抑止をし、そして場合によっては、それらが損害を与えた結果に補償を与えることができる裁判所と同様、司法機関と行政機関に属する。

このように判断することで、憲法院は、法律の条項の厳格な適用を求めてこの手続の濫用を排除するとともに、警察署において身元が証明できなかった人でも六時間後には解放されることなどを明らかにしている。

第六に、本法第七八条は、身元確認活動に同意することを拒んだ者と、身元確認活動の遂行を阻害したものに対する罰則として、懲役刑と罰金刑を予定していた。これについて憲法院は次のように判断した。

㊶もし身元確認に同意することを拒んだ者や身元確認等の任務を遂行する権限を有する公務員を妨害したすべての者を、軽罪の懲役刑や罰金刑で処罰することを第七八条が定めているとしても、これらの条項は、その場または警察署内で彼らの身元を証明することができなかった者を対象としていない。

このように判断することで、憲法院は、積極的な妨害ではなく、単に身元を証明できなかっただけの者は処罰対象にならないことを明らかにした。

本判決は複数の条文に対して複数の留保が付されているが、これは、本法が、複数の直接には関係しない条項をまとめて定めているからである。[234]

11　CC81－134DC判決：1982年1月5日：通常法律（社会的次元の措置をとることを、憲法三八条の適用によって政府に授権する指令）：代議士団

本件で問題となった法律の第一条は、政府に対して、同条で列挙された分野について、[235]雇用状況と、労働者の生活条件を改善するそのプログラムを執行するために、一九八二年三月三一日まで、憲法第三八条で定められた条件のもとで、法律の領域に属するすべての措置をオルドナンスで定めることを授権するものであったが、同条六号は、その年齢、所

得と扶養者の数に応じて、退職者年金と職業活動による収入とを合併する可能性について、制限することをあげていた。このことが、一九四六年憲法前文の、各人は、労働の義務を負い雇用を得る権利を有すると定める部分に違反すると主張された。これに対し憲法院は、次のように判断した。

⑥労働権に関する基本原則を決定することは、憲法第三四条によって法律の分野に属する。先に見た授権法律の第一条六号は、憲法第三八条の適用によって政府に委ねられた権力の行使において、政府に対して、憲法原則、とりわけ自由、平等、財産権の尊重を免除する目的も効果も持つものではないから、それ自体で憲法に矛盾するものではない。

このように判断することで、政府のオルドナンスの制定に対して、一定の枠をはめた。

12　CC82－139DC判決：1982年2月11日：通常法律（国有化法律第二事件）：代議士団

本法第一八条は、国有化される銀行の純資産と純利益を決定する方法を定めているもので、その対象となる銀行について、会計検査院長を長とする、フランス銀行総裁、コンセイユ・デタ金融部長、破毀院商事部長、経済社会評議会議長によって指名された経済社会評議会のメンバー一人からなる、評価に関する中央委員会が、一九八二年六月三〇日におけるこれらの銀行の交換価値を定めること、委員会は、当該銀行の株式の平均市場価格と、同じく当該銀行の総資産と純利益の間の関連を考慮し、また、一九八二年の上半期における、取引価値に影響を与えた事柄をも考慮することで、一九八一年一二月三一日の各会社の株式の譲渡価値を決定することを予定していた。(236)

この条文について、憲法院は複数の解釈留保を付している。以下、順に見ていくこととする。はじめに、付託者らに

よって、純利益や総資産という文言が、当該銀行単体のものなのかそれとも子会社等と連結したものであるのか不明確であること、また、このように委員会に銀行単体の資産や利益のみを評価しうる可能性を与えていることが正当な補償の原則に違反していると主張されたことについて、次のように判断している。

⑳評価に関する中央委員会は、一九八一年一二月三一日現在における株式の取引価格を認定する使命を立法者から受けている。その取引価格は、株式が上場されて値をつけられていたとして、不可避的に近似値となるにせよ、それらの証券が株式市場での取引において有している価値と対応するものでなければならない。その結論に到達するために、各銀行の経済的財政的データに適用する際に適合化をすることがその委員会に属している、一般的規範を定めていた。それは、各銀行固有の運営技術や会計処理方法の多様性が、もし同一の会計方法がすべての銀行に対して課されていたならば、補償の評価に対して与えざるを得ない影響を回避するためのものである。裁判官の統制の下で、それぞれの場合において、とりわけ、子会社の存在とその重要性、そしてそれを認定するために用いられる連結決算と特有の技術とに応じて、各銀行の固有の状況に最も特徴的である純資産と純益とを選択することは、委員会に属することである。

㉑かくして批判された条項は、憲法に反しない。

憲法院はこのように判断することで、委員会の評価権に対して一定の枠をはめるとともに、子会社の存在にも配慮しなければならないことを明らかにしている。

次に、委員会は、株式の平均的市場価値と、市場に上場されている銀行の純資産と純益との間に確認される関係の両

方を考慮に入れねばならないが、本条はそういった点が明確になっておらず、補償の正当な性格を侵害しうると主張されたことについて、次のように判断している。

㉓この点について、立法者は、それが参照させているデータを基に、評価に関する中央委員会に対して、厳格な規範の適用が不適切であり、実際、そうすることが不平等を引き起こし、過剰あるいは不十分な補償を導く危険があるために、委員会が多様な状況を考慮しうることを望んだ。たとえば、上場銀行の評価額算出のために計算された銀行の収益、それはそれらの客観的な経済的財政的特長によって、最も近い非上場銀行のために参照されるものであるが、それらを照合し、そして各非上場銀行に固有のデータに応じて必要な補正をするということは、委員会に属している。非上場銀行と、それらと比較しうる上場銀行とを対照することで、委員会は、できる限り客観的で、正当な補償の要求と対応しうる譲渡価値を定めることができる。

このように判断することで、憲法院は、委員会の評価額算定に一定の枠をはめた。

第三に、本条は、非上場銀行の株主に対して、八二年上半期に割り当てられる配当金と同様、八一年に割り当てられた配当を受けることを認める条項を含んでいないとの批判に対して、憲法院は次のように判断している。

㉕この条文は、一方で、市場で評価を受けていない銀行で、一九八二年七月一日以前に国有化をされていないものが、一九八一年の配当を行うことに反対するものではない。

㉖他方で、第一八条の文言から、委員会によって定められる譲渡価値は、一九八二年上半期の間に起こった出来事を

考慮して現実化される。それゆえ、一九八二年上半期の会社の運営を考慮し、万一の場合には、もしその割り当てが適切な時期までに定められえなかったなら、一九八一年に割り当てられる配当と同様に、その結果と対応する配当と同等の利益を株主に割り当てることは、委員会に属する。

このように判断することで、一九八一年の配当が禁止されていないことを明らかにするとともに、もしそれが間に合わなかったときには、委員会が配当相当額を割り当てるべきことを明らかにした。

本判決は、一九八二年一月一六日のいわゆる国有化Ⅰ判決での違憲判断をうけて、一部内容を修正された国有化法案が成立したのに対して、再度憲法院に付託されたという事案であった。そのため、論点がかなり絞られていた。その中で、ここで問題となっている第一八条は、違憲とされた旧法から大幅に修正を受けた条文であったため、このように多くの留保が付されることになったものと思われる。

13　CC82－141DC判決：1982年7月22日：通常法律（視聴覚コミュニケーションに関する法律）：代議士団、元老院議員団

本件で問題となった第八五条は、フランスが当事国である国際協約によって放送局を開設した者によって請け負われている視聴覚コミュニケーション役務に関する許可は、第七九～八四条によって予定されている諸条項に違反しうる、などと定めていた。これに対し、付託者らは、本法第八五条により、フランスが参加している国際協約による放送局を営業しているものは、本法七九～八四条によって定められている条項に反して許可の対象となりえることなどが、平等原則に反すると主張した。これについて憲法院は、次のように判断した。

⑨本法第八五条一項は、その状況を合法化することを許さねばならない周辺局（訳者注・国境周辺に存在する隣接国の放送局で、フランス語で放送している局）しか対象にしていないということは、議会での議論によって明らかにされた法律のテキストに由来する。主張されているのに反して、もし本条が、これらの放送局に関係する許可が本法第七九～八四条の条項に違反することを許すとしても、だからといって本条は、それらの放送局に対して、個々の条約[237]がそれぞれの放送局に認めているのに相当しないような枠組みを享受することを認めてはおらず、かくして法律の前の平等を侵害することになるような制度を享受することを許したものではない。

このように判断することで、本法が対象とするのは、いわゆる周辺局のみであることを明らかにするとともに、そこで認められる例外も、条約において認められている範囲内のものであって、新たな例外を認める趣旨ではないことを明らかにしている。

14　CC82－142DC判決：1982年7月27日：通常法律（計画化法律を修正する法律）：代議士団

本法第八条は、計画化中央委員会が政府に提出した報告書を基にして、政府が最初の計画化法律案を起草し、議会に提出することを定めていた。また第九条も同様に、政府の法律案提出権を認めていたのに対して、議会の構成員の発案に対する拘束は憲法にしか由来しえないのに、本法第八条と九条が、計画化法律のイニシアティブ[238]が政府に留保[239]されると定めていることは、立法者のイニシアティブに対する違憲な制限で、憲法第三九条と第四四条に違反すると主張された。これに対し憲法院は次のように判断した。

⑥もし本条が政府による計画化法律案の提出を予定しているとしても、それは、議会のメンバーによる彼らの発議権をなんら禁じるものではない。かくしてその批判は基礎付けられない。

このように判断することで、憲法院は、本条が立法者による発案権を制限するものではないことを明らかにした。

次に、本法第四条最終項は、第二次計画化法律は計画の施行から二年を経た後で修正されうることを予定していたが、執行後二年を経たのちでなければ計画化法律の修正を認めないのは憲法第三九条と第四四条とに違反すると批判された。これに対して憲法院は、次のように判断した。

⑧立法者は自らを拘束しえない。法律は常に、そして無条件で、後法によって暗黙のうちに廃止、修正され、違反される。かくして、当該条項はすべての法的効果を失っており、政府と、議会のメンバーの発議権をまったく制限できない。それらはさらに、上述の条文と矛盾する諸法律を、将来において採択することを妨げえない。したがって、これらの条項の無効力的性格そのものを理由として、憲法不適合宣言の対象となるものはない。

憲法院はこのように判断することで、この条項は意味のないものであり、立法者はいつでも法律に修正を加えうることを明らかにしている。付託者らが主張するような問題について直接応答することなしに、本条は事実上効力を持たないものであると判断することで、違憲の問題を回避している。

第三に、本法第五条と第一三条三項は、将来の法律に一定の内容を課し、修正に対する同様の制限を設けていた。これが憲法第三九条と四四条に反すると主張されたのに対して、憲法院は次のように判断している。

⑨付託者らは同様に、将来の法律に一定の内容を課している本法第五条と一三条三項の条項が、憲法第三九条と四四条に反すると主張した。しかし、今述べたばかりの理由のために、上述の条項は、それらの無効力の性格そのものを理由として、違憲宣言の対象にならない。

このように判断することによって、第八理由付けと同様に、違憲の問題を回避した。

第四に、憲法院は、本件法律の合憲性について、総括的、概括的な判断を示している。

⑯本法のさまざまな条項が、政府は、あらかじめ定められた日あるいは期間内に、干渉するための諸法律を準備する多様な措置をとり、計画法律あるいはそれに続く計画法律の案を提出し、途中となっている計画の執行状態を知らせねばならないと定めているとしても、これらの一般的な性格の条項は、立法作業を組織する措置を構成するものであって、政府の権利を侵害する（仮）命令ではない。

⑰同様に、立法者に対して、立法作業の構成の範囲内で、計画の準備に結びつき、政府に対してであれ議会に対してであれ情報と示唆を供給する組織を作ることは、それらの助言がいかなる場合でも義務的効力を持たず、政府が自らの考えで、有益と判断したほかの諮問をすることができ、それらの権利の完全な行使のなかで、法律案を用意し提示し、計画化法律を執行し統制することができるものであるから、禁じられるものではない。議会の委員会と計画化の中央委員会の創設と役割に関する法律の諸条項は、これらの原則と矛盾しておらず、したがって憲法に違反しない。

⑱同様の理由により、同様の条件の下で、中央レベルの計画化に関する手続きの中で、純粋に諮問的な資格でレジオンの介入を予定している法律の条項は、憲法に違反しない。

⑲レジオンにおける国家の代表者に対して、政府の代わりに、計画化契約と、レジオン－国家間との特有の契約を用意することを課する本法第一七条一項は、一九八二年七月二二日法律によって改正された、コミューン、県、レジオンの権利と自由に関する一九八二年三月二日法律第七九条を適用することしかできない。ゆえに本条は憲法に違反しない。

以上のように判断することで、条文の適用における原則を示したり、その適用範囲を限定したりしている。

15　CC82－155DC判決：1982年12月30日：通常法律（一九八二年補正予算法律）：代議士団

本法第二二条は、ニューカレドニアとそれに付属する領域内において、一九八二年一月一日から、その税率、課税根拠、そして徴収方法が領域議会での議決によって定められる、自然人の所得に対する年次の税が制定されたことと、ニューカレドニアとその付属領域議会の一九八二年一月一一日の議決が、ある条項の執行を有効化したことを定めていた。付託者である代議士団らは、本条が、上述の決議に対する訴えが行政裁判官によって審査されることを直接的に妨げていること、またいずれにせよ、有効化の手続は、有効化されるテキストの刑事的条項に遡及効を委ねえないことを主張し、本条は違憲であると主張した。これに対して憲法院は次のように判断した。

㉞本法第二二条二項により先に見た議決によってなされた適法な有効化は、その適用が裁判所に属するものであると行政に属するものであるとを問わず、サンクションを記しているこの上述の議決の諸条項を、不遡及性の原則から逃れさせる効果を持ちえない。いずれにせよ、有効化の効果に対するこのような制限は、税（droit）の水増しや、金

銭的補償の性格を有する遅延利息（intérêts de retard）にまで及ばない。この先に見た議決を有効化する法律の施行日以前の事実を理由として、いかなる罰金も法律違反に基づいて宣言されないことを監視するのは、本法の適用を担う諸機関に属することである。

このように判断することで、憲法院は、本条によってなされた有効化は、サンクションの不遡及性原則を破るものではなく、また、それが守られているかどうかを監視することは、裁判所の権限に属することを明らかにしている。

16　CC82－153DC判決：1983年1月14日：通常法律（公務員の一般的身分に関する法律）：元老院議員団

本法第二条は、公務員一般身分規定に関する一九五九年二月四日オルドナンスに、第二〇条の二として、ENA[240]の卒業生の採用について一定の条件を課すことを定める条項を追加するものであったが、そこで追加された第八項では、担当大臣によって、ENAで施された研修の終了時に成績順名簿が作成されることなどが定められていた。付託者らは、このように一定のカテゴリーの者を優遇したりすることは、人権宣言第六条[241]に反するものであることなどを主張した。これに対し憲法院は、次のように判断した。

⑧もし新第二〇条の二第八項が、公務員関係を担当する大臣に対して、コンセイユ・デタ評定官によって主催される委員会の助言に従い、競争試験に合格した人のリストを作成する措置を委ねていたとしても、裁判官の統制の下で、公務員関係を担当する大臣にかくして委ねられた使命は、試験に応募してきた受験生の法的な適性を確認することを唯一の目的とするものであって、試験官のみに属する任務である、受験生の能力を確認するものではないということ

は、立法の準備作業にであれ、公務員の一般的規範にであれ、由来するものである。

憲法院はこのように判断することで、担当大臣によるリストの作成は、リスト登載者の能力について問題にするものであってはならないことを明らかにした。

17　CC83－160DC判決：1983年7月19日：通常法律（ニューカレドニアとその属領である海外領土との、国税上の協定を承認する法律）：代議士団

本法は単一条からなり、「課税一般法典の条項と、地方税規則とに由来する二重課税を回避し、税逃れを予防するために、ニューカレドニアの海外領土と結ばれた租税協定は、一九八三年三月三一日にヌメアで、そして一九八三年五月五日にパリで署名され、本法に添付された付属議定書全体とともに承認される」と定められていた。これに対して、本法が対象とする協定において、フランス共和国とニューカレドニアの領域とを、フランス共和国を分割することなしに主権的権威として個別化されえない、主権国家とその構成要素という関係であるのに、その両者の間に許しがたいまったくの厳格な法的平等をもたらしており、共和国の不可分原則に反していると批判された。これに対し憲法院は、いかなる約定も、ニューカレドニアの領土に主権的権威も国際法上の法人格も認めていないこと、契約当事者の法人として、権限あるものによって結ばれる国内法上の協約として、相互の権利と義務について定めることに反対するものは何もないこと、契約行為によるこのような権利と義務の決定は、フランスの立法者から憲法上割り当てられた権限を奪うものではないことを確認した上で、次のように判断した。

⑩同様に、協定の起草上の必要性から、「フランス領土（le territoire francais）」と「ニューカレドニア領土（le territoire de la Nevelle-Caledonie）」を区別する、あるいはそれぞれの地理的区域を定めるために、「フランスの税」と「カレドニアの税」を定めるという言葉を用いるところに導かれたとしても、それは、これらの言葉が、純粋に便宜的な言葉遣いの慣習に由来する本法第三条の条項そのものに由来するのであり、これらの言葉は、いかなる法的射程を有するものでもない。

⑪さらに、政府によって用いられた手続は国際的な実務を模倣したものであるとか、批判された条項は、国家間の二重課税を避けるために差し向けられる協約についてO.E.C.D.によって起草された条約モデルを有しているとかいう主張もとりあげることができない。実際、もし課税技術上の理由のために、批判された協約の起草者たちが国際協約における特定の習慣的な約定から着想を得ることができるとしても、この事実は問題となった協約に、なんらの国際的な性格を委ねることもない。

このように判断することで、憲法院は、本法で用いられている文言がどうであれ、それは共和国の不可分原則に触れるものではないことを明らかにした。

18　CC83－162DC判決・1983年7月19－20日・通常法律（公部門の民主化に関する法律）・代議士団、元老院議員団

本法第二二条は、賃労働者の代表者が担当する取締役会あるいは監査役会の職は、費用弁償を別として無給であること、その取締役としての責任が問題とされたときには、彼らの職の無償性を考慮することで評価され、いかなる場合においても、賃労働者代表の取締役らは、株主を代表する取締役と連帯して責任があると宣言されえないこと、さらに彼

らの監査役会のメンバーとしての責任が問題とされるときにも、それは、彼らの職の無給性を考慮して評価されることが定められていた。付託者である代議士団らは、本条に由来するすべての責任の抑止と同等であるこの責任の緩和は、これらの労働者代表取締役に、そのほかの取締役には認められていない特権的免除を与えるもので、いかなる一般利益の理由でも正当化されない形で、平等原則、責任の原則、償いの原則に反すると主張した。これに対し憲法院は次のように判断した。

⑫付託者らの不満に反して、本法第二二条は、賃労働者の代表の民事責任にしか関係なく、明示的な方法で、違反を構成する条件あるいは刑罰の段階の適用について、責任の免除の効果を定めている特別のテキストによってしか一般刑法から逃れえないものである、彼らの刑事責任を免除するものではないとみることが適切である。

⑬本法第二二条の文言に由来する免責は、明らかに民事法典第一九九二条二項に着想をえたものであるが、法的にも、事実の上でも、すべての責任を廃止するに等しいものではない。

このように判断することで、免責されるのは民事責任に限定されること、およびそれも全面的な免責ではありえないことを明らかにした。

次に、本法第三三条は、労働法典第一条に言及された公施設と企業に適用しうる新たな条項を、労働法典第四一二―二三条として追加するものであった。この新四一二―二三条は、雇用者が、企業内の代表的組合組織との労働組合権の行使の補足的な方法の交渉に参加せねばならない分野として、組合費の徴収を容易にしうるような諸条件をあげていた。付託者らは、労働組合に加入し、あるいはそれを維持するために、企業内の賃労働者に圧力をかけることを組合組織に

許したもので、一九四六年憲法前文によって定められた労働組合の自由の原則に反するなどと主張した。これに対して憲法院は次のように判断した。

㊺法律の条項のある適用において、憲法に矛盾する濫用の可能性があるということのみでは、法律の違憲を導かない。本件で批判されている条文は、法的にも事実の上でも、直接または間接に、賃労働者に対して組合に加入し、またはその加入を維持することが課されることを許しえない。このような結果を導く傾向にあるすべての条項に署名することを拒否することは、関係する企業の経営陣に、そして万一の場合に、その無効を述べ、あるいは適用を禁じることは、権限ある裁判権に属する。

㊻これらの所見を享受する下で、この主張は支持されえない。

憲法院はこのように判断することで、問題の規定は、組合への新規加入および加入の維持を賃労働者に課することを許すものではないことを明らかにすると同時に、万一そういった要求がなされても応じる必要はなく、さらにそういった協約が成立したとしても、裁判所がそれを無効と判断しうることを明らかにした。

19　CC83－167DC判決：1984年1月19日判決：通常法律（金融機関の活動と統制に関する法律）：代議士団

本法第三三条は、銀行規制委員会が、金融機関の資本額と、それらの金融機関において資本がひきうけられ、あるいは拡大されうる条件に関するレグルマンを定めうることを予定していた。付託者らは、銀行規制委員会にこのような権限を委ねることで、公部門に属している金融機関の偶発的な民営化を決定する権力を委ねており、これにより立法者は

公部門から私部門への財産権の移転に関係する諸規範を定めるための排他的権限を法律に与えている憲法第三四条を誤解しているなどと主張した。これに対し憲法院は次のように判断した。

㉕銀行規制委員会を設立することで、立法者は、その任務の行使において、憲法的価値の規範や原則の尊重から（委員会を）解放することを欲したわけではない。とりわけ、本法第三三条第一項がその委員会に対して、出資が金融機関においてなされ、拡大されうる条件を定めることを授権しているが、それは、公部門から私部門への企業財産の移転を支配する法的枠組の外で、このような移転が、出資への参加の規制によって許しうるということしか意味しない。かくしてこの条文は、付託者らがこの条文に割り当てたような射程を持たない。

このように判断することで、憲法院は、同委員会が銀行の民営化などは行ないえないことを明らかにした。

次に、本法第八条は、本法の適用を受けない金融機関などを列挙するとともに、その一部の機関について、銀行規制委員会の命令が、必要な適合化の留保と、コンセイユ・デタのデクレによって定められた条件の下で、拡大して適用されうることを定めていたが、法律によって課せられるいかなる条件もなしに、これらのレグルマンの適用の拡大または不拡大について決定する権限を銀行規制委員会に委ねている限りで、立法者は自らの権限を誤解していると主張された。これに対して憲法院は次のように判断した。

㉙本法第八条三項により、特別の基金の預託役務を保障している預託供託金庫[242]、郵便金融局[243]、特別の基金の預託役務を確保している国庫収入役[244]は、必要な適合化の留保のもとで、コンセイユ・デタのデクレによって定められた条

件において、金融機関と同じ条件において銀行の活動を行うときに、銀行規制委員会によって定められた規範に従いうる。いかなる特別の障害物も対置されていないからには、銀行の活動一般を統一的規制に従わせることを狙いとする本法のこの条項は、銀行規制委員会が、上で述べられた金融機関に対して定める規範について、その好みで、規範を拡大して述べたり述べなかったりする権限をそのままにすることはなく、単に、そのような拡大に必要な条件の存在を確認するための配慮を委ねただけである。したがって、援用された理由付けは、事実を欠いている。

このように判断することで、本条が銀行規制委員会に対して裁量的な適用範囲の決定権を与えたものではないことを明らかにした。

第三に、本法第一八条二項は、金融会社と特別の金融機関とは、銀行規制委員会によって定められる条件の下で、付随的な資格で許された場合を除き、一覧払いあるいは二年以下の期間で(245)、大衆から積立金を受ける権力を授与されえないことなどを定めていた。これに対して憲法院は次のように判断した。

㉛本法第一八条二項は、金融機関と専門金融機関に対して、これらの機関は付随的な資格で、銀行規制委員会によって定められた条件において、このような活動を行うことが許されうると定めることで、一覧払いあるいは二年以下の期間で大衆からの積立金を受けることを禁止した。このような禁止を示すことで、そして関係する活動が付随的性格を示すという条件に、その例外を従わせることで、本法は、その適用領域を定め、これらの規範の適用を保障する措置しか、銀行規制委員会に任せない。

このように判断することで、憲法院は、銀行規制委員会に認められる権限の範囲を限定した。

20　CC84－178DC判決：1984年8月30日：通常法律（ニューカレドニアの法的地位について）：代議士団

本法第一三一条は、C／Dカテゴリーの公務員職団の特別の地位は、競争試験なしにそれらの公務員の採用を許しうることを定めていた。これが、人権宣言第六条によって定められている、公務員の職へのアクセスの平等を侵害していると批判された。これに対して憲法院は次のように判断した。

⑩いかなる憲法的価値の規範や原則も、立法者に対して、一定の公務員職団の特定の地位のものが、競争試験なしに公務員を採用することを許しうると予定することを禁じてはおらず、そして法律のいかなる条項も、人権宣言第六条を誤解して採用措置を行うことを許しているものとして解釈されえない。かくして、公職へのアクセスの平等原則から引き出される主張は、とりあげられえない。

このように判断することで、憲法院は、競争試験なしの採用は認められるが、しかしそれは人権宣言第六条にいう公職へのアクセスの平等を侵害するようなものであってはならないことを明らかにした。

21　CC84－179DC判決：1984年9月12日：通常法律（公務員と公部門における定年制に関する法律）：代議士団、元老院議員団

本法第八条は、監察官と監査官の一定の職について、年齢以外の条件なしに、閣議のデクレによって補充される可能

性を予定せねばならないことなどを定めていた。付託者らは、本条は政府に対して、その者の能力、徳行、才能を考慮することなく欠員を補充することを許したもので、人権宣言第六条を誤解していると主張した。これに対して憲法院は次のように判断した。

⑰人権宣言第六条は、すべての市民はその能力にしたがって、かつ、その徳行と才能以外の差別なしに、等しく、すべての位階、地位及び公職につくことができると定めている。仮に本条が政府に対して、監察官と統制官の採用について大きな評価権力を留保しているとしても、それは、候補者の選択は、彼らに委ねられる権限の行使に必要な能力に応じて行われることを要求している人権宣言第六条の文言を誤解してそれらの指名をすることを許すものではない。したがって、人権宣言第六条違反から引き出される主張は、とりあげられえない。

このように判断することで、憲法院は、このような採用形態は許されるものの、それは人権宣言第六条を無視したものではありえないことを確認した。

22　CC84－181DC判決：1984年10月10日：通常法律（プレス企業の集中化を制限し、その財政の透明性と多元主義を確保することを目的とする法律）：代議士団、元老院議員団

本法は、プレス企業関係の多様な条項を定めていたが、その第三条は、プレス企業を保有し、あるいは支配しているすべての者に、どのような方法でも、その名義を貸すことは禁じられることを定め、第二六条は、それに違反した場合について、本法第三条の条文に反してその名義を貸した者は誰であれ、三ヶ月から一年の懲役と、六千から二〇万フラ

ンの罰金で罰せられること、同様の罰は、そのために名義貸し取引が引き起こされた者にも適用しうること、名義貸し取引が法人の名義でなされたとき、刑罰は、法人の会計のためにその取引を行った者に適用されることを予定していた。付託者らは、「名義貸し」を構成する要素が定められていないのは、罪刑法定主義を定める人権宣言第八条に違反するなどと主張した。これに対し憲法院は次のように判断した。

⑳一方で、違反の構成要素は、本法第三条の文言そのものに属している。そこでは、それらの裁判所に係属した事件においてそれを適用することは、権限を有する裁判所の責任に属する。他方で、ほかの分野での類似の禁止を別にして、これらの条項によって対象とされた名義貸しの禁止が、プレス企業に関係する財政の透明性の規範を侵害しうる名義貸し行為にしか関係しないということは、プレス企業の財政の透明性を確保するための法律のなかにこの条項があるということに本質的に由来する。かくして本法第三条と二六条とは、憲法に違反しない。

このように判断することで、憲法院は、本法によって禁止されている名義貸しの範囲を限定した。

第二に、本法は、日刊紙の所有の独占について次のような規定をおいていた。

第一〇条　一人の人間は、それらの流通量の全体が、同様の性格を有する全国紙の日刊紙全体の発行量の一五％を超過しないならば、政治と一般的な情報に関する、複数の全国紙の日刊紙を保有し、支配することができる。すべての版を併せて、三大レジオンでの流通のほかに、少なくともその流通量の二〇％を実現しているもの、あるいは、通常の紙面においてその編集上の記事の半分以上が、全国的な情報と国際的な情報とによっ

て占められているものは、全国紙としてみなされる。

第一一条　一人の人間は、それらの流通量の全体が、同様の性格のレジオン、県、地方の日刊紙全体の発行量の一五％を超過しないならば、政治と一般的な情報に関する、複数のレジオン、県、あるいは地方の日刊紙を所有し、支配することができる。

第一二条　一人の人間は、一ないし複数の日刊紙の発行が、①全国紙の日刊紙については、同様の性格のすべての全国紙の発行量の一〇％を、②レジオン、県、地方の日刊紙については、同様の性格のレジオン、県、地方の日刊紙全体の発行量の一〇％を、それぞれ超過しないならば、同様の性格の、政治的一般的情報に関する、一ないし複数のレジオン、県、地方紙と一ないし複数の全国紙を保有し、支配することができる。

第一三条第一項　本法第一〇、一一条で定められた一五％の上限と、第一二条で定められている一〇％の上限とは、その取得（acquisition）あるいは支配権獲得（prise de contrôle）に先行する一二ヶ月によって構成される同じ期間内において評価される。(246)

これに対して憲法院は次のように判断した。

㊸本法第一〇条、第一一条、第一二条は、これらの条項において述べられていた上限の適用を二つの仮説のみに限っている、先に見た本法第一三条の文言を考慮した形でしか読まれえない。すなわち一方で、本法律公布時に超過していた場合と、そして他方で、将来的に、もっぱら取得あるいは支配権獲得に由来する超過の場合である。法律そのものは、新しい日刊紙を創刊する場合や、あるいは買収や支配権獲得以外の理由による流通量の発展の場合、この上限

の作用から除外している。それゆえ、創刊の自由と日刊紙の自然な発展とは、読み手の自由な選択をまったく侵害しない。

㊹このような解釈は、さらに法律の準備作業にも適合するものであり、優位せねばならない。結局、本法第一〇、一一、一二条を、本法第一三条によってなぞられた範囲外に適用させるところに導く他のすべての解釈は、憲法に反する。

このように判断することで、憲法院は、本条による上限の設定について、新規の創刊や、部数の自然増といった場合には適用されないことを明らかにした。

第三に、先に見た第一三条について、次のように判断している。

㊺上で示したように、本法第一〇、一一、一二条の合憲性の命令的な条件となるものである本条第一項は、以下の場合に、本法第一〇条、第一一条、第一二条によって定められている上限の超過を禁止することを求めている。すなわち、これらの上限が、なんであれ、新しい日刊紙の創刊、あるいは現存している日刊紙の支持者の増大といったことに由来する状況に適用されうることなしに、そして、本条二項に関する違憲宣言を考慮して、法律公布時に存在している状況を再び問題にすることなしに、その上限の超過が、本法公布後の取得あるいは支配権獲得活動の結果であるとき。

憲法院はこのように判断することで、第一三条は、これら二つの場合しか対象としえないことを改めて判断している。

第四に、同じく第一三条について、その第二項が違憲であるとの判断をうけて、次のように判断している。

㊻本条第一項は、それが法律の公布後の事後的な取得や支配権の獲得である場合にしか関係しない限りで、違憲ではない。もし、本条第一項と第二項とが可分のものとみなされ、それゆえ違憲宣言を免れるならば、その二項を失った第一三条が、法律の公布前の取得や支配権の獲得に適用されるいかなる可能性もないものとして理解されることは、命令的（必要不可欠）な条件でしかない。

このように判断することで、同条第一項は、法律の公布後の事後的な取得や支配権の獲得の場合のみを対象としていることをあらためて判断している。

第五に、本法第三二条は、本法第一〇条、第一一条、あるいは第一二条の条項に違反して、自らの会計においてであれ他人の会計においてであれ、全国、レジオン、県、あるいは地方で発行されるものの所有権、あるいは支配権を獲得した者は誰でも、一〇万から一〇〇万フランの罰金で罰せられることを定めていた。憲法院はこれについて、次のように判断した。

㊽本法第三二条の適用は、その第二項の違憲宣言後に置きかえられた本法第一三条のように、先に本法第一〇条、第一一条、第一二条に与えられた解釈を考慮することでしかなされえない。かくして本法第三二条は、法律公布前に獲得された状況に由来する上限の超過も、法律公布後の、一ないし複数の出版物（publications）の買収あるいは支配権の獲得以外の理由による超過も、サンクションしえない。本法第三二条に関する他のすべての解釈は、憲法に違反

する。

このように判断することで、本条によって罰則が課される場合を限定した。これら第二、第三、第四、第五の判示は、解釈留保が付された第一三条一項の内容の確認と、関連する条文にそれがかかっていくことを明示的に示したものと考えることができる。

判決主文第二条において、「上で述べられた厳格な解釈の留保の下で、その余の条文は憲法に違反しない」と述べた。判決主文において言及がなされた久しぶりの例であり、しかも「厳格な」という形容詞が用いられている点で、注目される。[247]

23　CC84－184DC判決：1984年12月29日：通常法律（1985年予算法律）：元老院議員団

郵政電信特別予算（budget annexe des Postes et Télécommunication）の六九－五六は、「一般会計予算の歳入に割り当てられる差額積み立て準備金（Fonds de réserve）：二二億フラン」と題していた。付託者らは、このような定めは、一九五九年一月二日のオルドナンス第一八条、第二〇条、第二一条に由来するような、その予算の収入はその支出に当てられなければならないとする原則に矛盾する、年次予算の一部転用を構成するものであると批判した。さらに、これは年次予算の対象となった役務の収益性を評価することを許さないこと、利用者に提供された役務の対価でしかない電話利用者によって支払われた料金（taxe）について、部分的に国税としての性格を委ねたものである限りにおいて、憲法第三四条に反するなどと主張した。これに対し憲法院は次のように判断した。

⑬郵政電信特別予算は、一般会計予算の歳入に割り当てられる差額積み立て準備金と題された、六九―五六を含んでいる。ここでの金額の記入は、この金額を決定的な資格で評価して、一般予算に対する特別予算からの納付金を負担させたものとして解釈されえない。それは、議会への情報提供のために差し向けられた予想的な評価でしかない。一般予算のために行われなければならない起こりうる支払いの総額は、活動の終わりに現れうる個別予算の貸越額の観点からしか、法的に定められえない。

このように判断することで、憲法院はここに記入された金額は目安でしかなく、それゆえ本件特別予算に、この金額の納付義務を負わせたものではないことを明らかにした。

第二に、本法第七九条二項は、課税一般法典第二三八条の二に、寄付金の所得控除について、本条第一項で言及されている、〇・一％の控除の限界は、一般利益のための、文化的性格を有する基金あるいは結社で、経済・財政・予算担当大臣と文化担当大臣によって認められたものに、一九八五年一月一日以降になされた寄付については、〇・二％に増やされることなどを定める第七項を挿入することを定めていた。このうち、「各大臣らに認められた団体に対してなされた寄付」という部分が、大臣に課税の範囲の変更を許したもので違憲であると主張された。これに対して憲法院は次のように判断した。

㉗もし本条が、それが記している税的優遇措置を、企業の寄付が、一般利益のための、文化的性格を有する基金あるいは結社で、経済・財政・予算担当大臣と文化担当大臣によって認められたものに対してなされること、という条件に従わせていたとしても、この後者の条項は、大臣らに対して、憲法第三四条によって大臣らに属していない、問題

となっている税上の利益の適用領域を定める権限を与えるものではない。それは単に、本条が指名している大臣らに対して、その基金や団体が本第七九条によって定められている条件に対応しているか否か、すなわちそれが文化的性格の一般利益を有しているかの確認権を委ねたにすぎないものとして解釈されねばならない。かくして、批判された条項は、関係する大臣に対して、法律の適用に必要な個別の措置を担当させるという目的のみを有するものであり、憲法第三四条を誤解していない。

このように判断することで、憲法院は、本条により認められた大臣の評価権は、法律の要件を満たしているかどうかを確認する権限であって、控除団体と認めるかどうかの裁量的な権限を与えたものではないことを明らかにした(248)。

24　CC84－185DC：1985年1月18日：通常法律（83－663法律を補完し、国と地方公共団体との間の関係に、多くの条項をもたらす法律）：代議士団、元老院議員団

本法第一八条は、八三－六六三法律に、第二七－一～九条を追加するものであり、そのうち第二七－一条は、七一－四〇〇法律によって修正された五九－一五五七法律を補完する、私学の自由に関する七七－一二八五法律第一～四条が廃止され、国家と私立学校との間の関係に関する同法第四条二項と三項は、七一－四〇〇法律の公布前の文言で、再び有効なものとされることを定め、これにより復活される、五九－一五五七法律第四条は、連合契約の対象となるクラスにおいて、教育は公教育の規範とプログラムに応じて分配されることや、教育施設の指導者との合意で、公教育施設の教師にであれ、契約によって国家と結びついた教師にであれ、そのクラスを任せうること、教育施設は、契約の下にある部門以外のすべての活動について、自由に構成しうることなどを定めていた。付託者らは、これらの措置は私学の自

由、教育の自由を侵害するなどと主張した。これに対し憲法院は次のように判断した。

⑪かくして、連合契約（contrat d'association）の下にあるクラスにおいて教育している教師に対して、私学固有の性格を尊重する義務を課している一九七七年一一月二五日の法律の条項の廃止は、一九五九年一二月三一日の法律第一条最終項に由来するこのような義務から教師を免れさせる効果を有さない。このような義務は、憲法的価値を有するものである教師の良心の自由を侵害することを許すものとして解釈されえないとしても、その教師に対して、私学内においてその義務を果たすことを課するものである。

⑫同様に、連合契約の対象となるクラスにおいて、教育は、一九七七年法律が定めているように一般規範によって分配されるのみならず、公教育の規範によって分配されるとした一九五九年一二月三一日法律の第四条を再び現行のものにすることは、私学固有の性格に侵害をもたらす規範に私学が従うことを認めるものとして解釈されえない。

⑬同様に、本法第二七－一条によって、教育は、教育施設の指導者との合意で、指名された教師に任せられうることを定めている一九五九年法律第四条の条項を再び現行のものにすることは、校長の提案による教師の指名を予定している一九七七年法律のテキストの廃止と同様に、私学の固有の性格を尊重する義務と等しく組み合わせられなければならない。実際、批判された条項は私学の校長に対して、私学の固有の性格と両立しないすべての採用に反対することを許していた。さらにそれは、行政と私学の間の協議がもたれることをまったく妨げえない。さらに、批判された条項は、とりわけ、行政が私学の校長に対して、その私学の固有の性格と両立しない候補者を体系的に提案したときに、付託の書き手によって考慮された場合に、権限踰越の裁判官による統制を妨げえない。

このように判断することで、憲法院は、関係する教師の良心の自由の尊重などを明らかにするとともに、私学の自由を尊重すべきことを明らかにした。なおこれらの留保は、本件条項により形式的には復活することとなった、過去に成立していた条文を対象としている点で特徴的なものである。

25　CC 85－189 DC：1985年7月17日：通常法律（計画的開発（amenagement）の原則の決定と適用に関する法律）：元老院議員団

本法第三条三項は、都市計画法典第一三－一五条を改め、公用収用における補償などの対象となる「宅地」の資格を、公表され、あるいは承認された土地占有計画によって、建築可能として指定された領域、あるいはそのような文書がない場合、現実に都市化されている地域に属するもの、または県会と県における国家の代表者によって、都市計画法典第一一一－一－三条を適用して建築可能として共同で指定された地域などに限定することを定めていた。付託者らは、宅地の資格付けについて、行政によって作成される都市計画文書の「建築可能な用地」の資格付けに依存させている規範により、司法裁判官が私有財産の擁護者であるとする憲法原則を誤解していること、収用の受益者である行政機関が、本来裁判官に属さねばならないものである、価格を定める要素の評価権力を受けていることから、違憲であるなどと主張した。これに対して憲法院は、次のように判断した。

⑤批判された条項は、収用され、あるいは先行取得された不動産の内容、利用、価値を定めるためのただひとつの権限を有する機関であり続ける、裁判権の介入によって提供される保障を弱めない。とりわけ、批判されている法律の第三条二項が同様に定めているように、もしそれら（行政上）の制度が、収容する側に詐欺的意図を示すならば、財

産の利用に影響する行政上の束縛や拘束を取り除くことは、収用裁判官に属する。

このように判断することで、憲法院は、本条に定められている行政の評価権が、裁判権を拘束するものではないことを明らかにした。

第二に、本法第一三条は、都市計画法典に、一一一―五―二条として、都市計画の策定状況等に応じて、県会、あるいは県会の要請または助言をうけた県における国家の代表者が、決議あるいは理由付けられた決定によって、それらの機関が確定した地域内において、売買契約や賃貸借あるいは相続による、不動産の所有権または利用権のすべての意図的な分割を、事前の宣言にしたがわせることができること、この条項は、風景、生態系と景観の資格付けを理由として、特別な保護を必要としているものとして認められたコミューンの一部にも適用されうること、土地等の分割宣言は、市町村長に伝えられるが、場合により、市町村長あるいは県における国家の代表者は、役所がその宣言を受領した日から二ヶ月以内に、もしそれがその重要性により、その分割の数により、あるいはそれが引き起こす作用により、その自然の性格に、その風景の質に、あるいはそれらの空間に関与している生態系バランスの維持に深刻な打撃を与える余地がある場合に、その分割に反対することができるという定めを挿入するものであった。付託者らは、このような規定は人権宣言第二条、[249] 第五条、[250] 第一七条、[251] 平等原則と、立法者に与えられた権限を誤解したものであると主張した。これらのうち、人権宣言違反の主張について、憲法院は次のように判断した。

⑩都市計画法典一一一―五―二条は、その風景、生態系、そして景観の質を理由として特別の保護が必要なコミューンの部分のみに制限することで、一定の（土地）分割を宣言に従わせるという行政権に与えられた権力を明らかにし

ている。さらに、行政権は、その重要性によって、それが導く土地分割や作業が、景観の質や生態系の維持に影響する場合にしか、分割に反対しえない。かくして、保護地域を定め、あるいはこれらの地域内に位置する財産の分割に反対するための裁量的権限を自由にするところから遠く、行政は、権限踰越の裁判官の統制の下で、法律によって十分な明確さを持って定められている一般利益の目的を参照させている理由付けに、それらの決定を立脚させねばならない。

このように判断することで、本法により行政に与えられた分割反対権を行使しうる場合を限定した。

26　CC85－196DC判決：1985年8月8日：通常法律（ニューカレドニアの発展について）：代議士団、元老院議員団

本法第一条一項は、ニューカレドニア住民に対して、独立と、「フランスとの連合」について、同時に意見を求めることを予定していた。元老院議員団は、同法第一条一項について、憲法第八八条によって予定されている「連合」協定は、完全に独立した諸国家にしか関係しないのであり、それゆえ、ニューカレドニアの人民に対する諮問は、共和国領内の人民には、その地域が、独立を促進するという仮説の下で、フランスとの連合協定に署名できるか否かを決定するための資格を与えられないということを理由に、憲法第五三条三項[252]に適合しないと主張した。さらに、国内法的な行為は、二つの国家間で自由に署名される国際協定について中間決定を下すことができないこと、本法第一条は国際公法上の原則、とりわけ植民地であった地域や人民に独立の授与について、主権移譲のときにすべての条件あるいは留保を付することを禁じている一九六〇年の国連総会決議に反することも主張した。これに対して憲法院は次のように判断した。

⑦本法第一条一項のほかに、いかなる法律上の明確化もなしに、関係する人民に対して、『フランスと連合して』独立の地域を獲得することについて意見を述べるように求めると予定することは、規範的内容のない意思の宣言を述べることに限定される。立法者がそれ自体で、法律の後の条項のために定めた目的を問題にすることで、それは、現状でこのように憲法上無効となる余地があるとすることはできない。したがって、援用された主張は、受け入れられえない。

このように判断することで、憲法院は、本条によって求められているのは、規範的内容のない意思の宣言でしかないことを明らかにし、違憲の問題を回避した(253)。

以上が、一九八六年のコアビタシオン前までの判決である。これ以後の判決については、次号以降で紹介する。

(219) コアビタシオンとは、山口編『法辞典』によれば、大統領職と政府が異なる政党、政治勢力により支配される状況を指す。

(220) フランスにおいて上述の点を端的に指摘したものとして、Louis Favoreu, La politique saisie par le droit : alternances, cohabitation et conseil constitutionnel, Economica, 1988. ファヴォルーのこの論文を紹介し、これに対するフランスでの受け止め方を紹介したものとして、山元一「《八〇年代コアビタシオン現象》以降のフランス憲法の一断面―『法によって捕捉される政治』という定式をめぐって―」清水望古稀『憲法における欧米的視点の展開』（成文堂、一九九五年）二〇

九頁。このほかの邦語の文献として、たとえば、今関源成「フランスにおける〝違憲審査制〟の問題点」『法律時報』五七巻六号（一九八五年）六七頁以下、同、「憲法院と地方分権化改革」『早稲田法学』六二巻一号（一九八六年）一五頁以下など。

(221) この間の状況について簡潔にまとめたものとして、奥島孝康「フランスの企業国有化法と憲法院判決」『法学教室』二一号（一九八二年）八〇頁以下。

(222) たとえば、憲法院が与野党間の調停機関としての機能を果たしたと指摘したものとして、大山礼子「憲法院の権限拡大」『ジュリスト』九四四号（一九八九年）九九頁。憲法院が政府と野党との対立を法的に調停する政治的機能を果たすようになったことを指摘したものとして、北川善英「フランスにおける『憲法裁判』」『法の科学』一五号（一九八七年）一一四頁、一一七頁など。憲法院の主たる役割は与野党間の対立を法的に解決することであると指摘したものとして、江藤英樹「フランス憲法院の改革動向」『明治大学大学院紀要』第三一集（一九九四年）六九頁以下。

(223) 憲法院が左右いずれの側にも肩入れすることなく判断を下し続けたことを指摘しているものとして、パトリス・ジェラール（伊藤洋一訳）「フランスにおける違憲審査」『ジュリスト』八五六号（一九八六年）一〇七頁以下など。憲法院が、活動内容を徐々に変化させ、とりわけ一九八一年以降「政権交代の保障者」となったというファヴォルーの議論を好意的に紹介したものとして、中村睦男「フランス憲法院」法学セミナー増刊『世界の憲法裁判所』（一九八八年）二二九頁。

(224) 一九八八年に留保が付された判決は五件あったが、そのうち四件は三月までの間に下されたもので、選挙前、すなわちコアビタシオンの状態のときに出たものである。

(225) これは、第一章第二節第一項において指摘したような、憲法院があまり余計なことをいうと、直ちに裁判官統治であるという批判を受け、その結果憲法院の存立基盤そのものが揺らぎかねないという状況ではなくなったということである。

(226) 第六条の訳文は、基本的に、野村敬造「憲法評議院と基本的人権」『金沢法学』二四巻一号（一九八一年）二四頁以下の、本判決の紹介によった。なお体裁を統一するため必要な変更を加えている。

(227) 原語は、garde à vue である。中村他編『用語辞典』によれば、司法警察員が、法律に定める期間内、捜査の必要のため、警察の権限内に置かれるべきすべての者を警察署にとどめておく措置である、とされている。また、山口編『法辞典』によれば、司法警察主務官（officier de police judiciaire）が捜査の必要のため、罪を犯したことまたは犯そうとしたこと

を疑うに足りる徴憑（indice）のある者を警察庁署に留置する措置である、とされている。

(228) 第六六条は、その第一項で、「何人も、恣意的に拘禁されてはならない」と定め、第二項で、「司法機関は、個人的自由の守護者であり、法律が定める要件にしたがって、この原則の尊重を保障する」と定めている。

(229) ここで予審とは、公判前手続を構成する刑事訴訟の一段階として行われるもので、公訴権行使の前提として、犯罪の行為者を特定し、その人格を解明し、当該犯罪の状況、結果を確定する手続である。法律の文言によれば、警察留置の延長が認められるのは「刑法第三四一条一・二・三項、三四二～三四四条、三五五条によって定められている個人の自由への侵害の場合、または、刑法第三八四条によって定められている武器の保有による悪質な盗みで、二人あるいは複数人によってなされた場合」であったが、これは、犯罪者の行為の特定や当該犯罪の状況の確定と結びつきうるものである。それゆえ、憲法院はこの留保で、警察留置の延長は予審とは関係がないものであることを明らかにした。またもしこれが予審であるとすれば、予審判事の資格が必須となることもあるため、これが予審の性格を有さないことを明らかにしたものである。

(230) 何人も、法律が定めた場合で、かつ、法律が定めた形式によらなければ、訴追され、逮捕され、または拘禁されない。恣意的な命令を要請し、発令し、執行し、または執行させたものは、処罰されなければならない。ただし、法律によって召喚され、または逮捕されたすべての市民は、ただちに服従しなければならない。その者は、抵抗によって有罪となる。

(231) 憲法三四条二項に列挙されている法律事項の中に、「重罪及び軽罪の決定、ならびにそれらに適用される刑罰。刑事訴訟手続。大赦、新たな裁判制度の創設及び司法官の身分。」という規定がある。

(232) 原語は、président de la chamber d'accusation である。なお控訴院弾劾部は、予審手続における判決の控訴と、予審判事による重罪の認定の検証を受け持つ。

(233) 同条は四項からなり、共和国大統領は司法権の独立の保障者であること（第一項）、裁判官は罷免されないこと（第四項）などを定めている。

(234) 本刑法は、G.D.C.C.第一二版の四二六頁以下で紹介されている。

(235) 政府は、その綱領を執行するため、通常は法律の領域に属する措置を、一定期間に限りオルドナンスで定めることの承認を国会に求めることができる。

(236) 詳細な法文については、野村敬造「フランスの国有化法の合憲性審査（三・完）」『ジュリスト』七七一号（一九八二年）一四四頁以下を参照。なお本論文及びその連載である「フランスの国有化法の合憲性審査（一）（二）」は、本件及びこれに先行する一九八二年一月一六日のいわゆる国有化(1)判決を含め、詳細に紹介したものである。本稿では解釈留保が付された国有化(2)判決しかとりあげないが、G.D.C.C.でも、第一二版の四五七頁以下に、国有化(1)(2)判決をまとめて、GD31として紹介している。

(237) 判決文では、"traits"となっているが、"traites"の誤りであると思われるため、条約と訳出している。

(238) 法律の発議権は、首相および国会議員に競合して属する。

(239) 国会議員および政府は、修正権をもつ。

(240) ＥＮＡとは国立行政学院（Ecole Nationale d'Administration）の頭文字をとった略称である。

(241) すべての市民は、法律の前に平等であるから、その能力にしたがって、かつ、その徳行と才能以外の差別なしに、等しく、すべての位階、地位および公職に就くことができる。

(242) Caisse des dépôts et consignations の訳である。中村他編『用語辞典』によれば、「強力な公的信用制度で、公施設法人の形態をとり、指導機関のなかには非常に多くの公権力、グランコールの代表者が構成員として存在する。関与を効率化するために設けられたすべての組織網の中心に位置する。当初は公証人の義務的預託と供託金を受け入れるために設置されたが、今日では預託供託金庫は主に貯蓄運金庫、共済制度、社会保障組織の自由に運用できる資金を集めることによって成り立っている。資金の運用先は非常に多様である。金庫が重要な国庫預託元であるため国庫に投資されるものもあるが、大部分は、公法人とりわけ金庫が直接または間接に大口の融資者となっている地方公共団体、および及び社会住宅供給機構への出資と融資に用いられる」という機関である。

(243) les services financiers de la poste の訳である。

(244) les comptables du Trésor assurant un service de dépôts de fonds de particuliers の訳である。

(245) 証書の所持人が証書を提示したときが満期となり、あるいは満期の記載がない証書によるもの。これに続く二年以内という要件とあわせて、一般の、いわゆる個人からの短期の資金受け入れを禁止する趣旨である。

(246) 本条の第二項は、本法公布時に存在している状況についても同様に、本法公布に先行する一二ヶ月に基づいて上限を超

過しているかどうかを判断することを予定していたが、憲法院によって違憲と判断された。なお、本条第一項と二項とは可分のものとされたため、この第一項はそのまま残ることとなった。

(247) 本判決は、GD36として、G.D.C.C.第一二版の五九七頁以下に紹介されている。

(248) 本判決は、GD34として、G.D.C.C.第一二版の五六二頁以下に紹介されている。

(249) あらゆる政治的結合の目的は、人の、時効によって消滅することのない自然的な諸権利の保全にある。これらの諸権利とは、自由、所有、安全及び圧制への抵抗である。

(250) 法律は、社会に有害な行為しか禁止する権利をもたない。法律によって禁止されていないすべての行為は妨げられず、また、何人も、法律が命じていないことを行うように強制されない。

(251) 所有は、神聖かつ不可侵の権利であり、何人も、適法に確認された公の必要が明白にそれを要求する場合で、かつ、正当かつ事前の補償のもとでなければ、これを奪われない。

(252) 領土のいかなる割譲も、いかなる交換も、いかなる併合も、関係する住民の同意がなければ有効ではない。

(253) 本判決は、GD38として、G.D.C.C.第一二版の六三三頁以下に紹介されている。

〔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。

シンポジウム

国際研究集会

実効的権利保護論の現代的課題

――仮の権利救済を中心として――

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

ヴォルフ＝リューディガー・シェンケ
（村上　裕章　訳）

笹　田　栄　司

主報告　ドイツ行政訴訟における仮の権利保護

副報告　実効的権利保護の要請と仮の救済・内閣総理大臣の異議

二〇〇七年一一月二日（金）、北海道大学人文社会科学総合教育研究棟にて、国際研究集会「実効的権利保護論の現代的課題――仮の権利救済を中心として――」が開催された（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主催、同研究科公法研究会共催）。本研究集会については、財団法人社会科学交流江草基金から後援をいただいた。

二〇〇四年の行政事件訴訟法改正は、「国民の権利利益の救済を実効的に保障する」ことを目的として行われた。同法の解釈論を展開し、さらには第二段階の改正を構想する上で、実効的権利保護論を発展させることが重要な課題となっている。本研究集会は、ドイツから当該問題の第一人者であるヴォルフ＝リューディガー・シェンケ（Wolf-Rüdiger Schenke）氏（マンハイム大学名誉教授）を招き、仮の権利救済に対象を絞り、憲法及び行政法の観点からこの問題に検討を加えることを目的として開催された。

シェンケ氏（一九四一年生まれ）はドイツを代表する公法学者の一人であり、チュービンゲン大学及びエアランゲン大学で法学を学んだ後、エアランゲン大学で博士号を取得、マインツ大学、ボッフム大学等を経て、一九七九年、マンハイム大学に正教授として着任された。二〇〇七年にはマンハイム大学から名誉教授の称号を受けている。また、二〇〇〇年からは、自ら設立したドイツ・ヨーロッパ刑事訴訟法・警察法研究所の所長も務められている。

シェンケ氏は、憲法・行政法の両分野において、多くの重要な著書・論文等を公刊されている。とりわけわが国でもよく知られているものとして、教授資格論文である「規範による不法に対する権利保護」（Rechtsschutz bei normativem Unrecht, Schriften zum Öffentlichen Recht, Bd. 357, 1979）、ボン注釈書における基本法一九条四項の注釈（Die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG, Bonner Kommentar zum GG, 1982）、教科書「行政訴訟法」（Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl., 2007）及び「警察・秩序法」（Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Aufl., 2007）、注釈書「行政裁判所法」（Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 15. Aufl., 2007）などがある。

本研究集会では、シェンケ氏が主報告「ドイツ行政訴訟における仮の権利保護」を行い、日本側からは笹田栄司氏（北海道大学院教授）が副報告「実効的権利保護の要請と仮の救済・内閣総理大臣の異議」を行った。引き続き、ディスカッサントである川又伸彦氏（日本大学教授）、赤坂正浩氏（神戸大学教授）、人見剛氏（北海道大学教授）による質疑がなされ、最後にフロアを交えて活発な討論が行われた。

以下ではそのうち主報告と副報告を掲載する。

主報告

ドイツ行政訴訟における仮の権利保護

ヴォルフ＝リューディガー・シェンケ
（村上　裕章　訳）

Ⅰ　序論

今日、ドイツの裁判実務一般において、仮の権利保護は格別に重要な意義を有する。実質的な決定は、しばしば、仮の権利保護の段階で既に行われる。その場合、本案手続は、仮の権利保護と比べると、もはや従たる役割しか果たさない。仮の権利保護が付与された後は、訴訟当事者がそれ以上の活動を行わないことも稀ではないし、それどころか、状況によっては、仮の権利保護手続において裁判所の決定が下された後は、本案訴訟手続が全く開始されないこともある。

仮の権利保護が有するこの意義は、次の事実によって説明することができる。すなわち、高度のダイナミズムによって特徴付けられ、変化してやまない国家・社会秩序においては、実効的な権利保護を確保する上で、時間の契機が全く特別の重要性を有する、という事実である。本案手続が長時間を要し、原則として三段階ある全審級を経ると何年もかかることから、もし仮の権利保護が存在しないとすれば、裁判所による権利保護が遅きに失する危険が生じるのである。裁判所による仮の権利保護が認められなければ、原告は自分がめざす権利保護の目的を、いずれにせよ全面的には達成できないし、極端な場合には全く達成できない。仮の権利保護の時間との結びつきは、一定の範囲において、実体法によって既に前提とされている。実体法がある者に主観的権利を認める場合、この権利は原則としてまさに現時点で既に存在しているのであって、将来になって初めて存在することになるわけではない。それゆえ、この権利は即時の尊重を求めるのである。特に、非財産的権利が無視され、侵害された場合は、原状回復が原則として極めて限られた範囲でしか可能でないため、このことが一層あてはまる。加えて、本案確定判決までの間になされた、単に一時的でしかない権利の無視が、広範に及ぶ結果をもたらすこともありうる。こうした結果は、実体法上、常に補償されうるわけではない。というのは、ドイツ法においては、このような結果的損害は、原則として故意過失がある場合にのみ主張でき、補塡されうるからである。特に、財産権と関連しない自由権が侵害された場合に生じるような精神的損害は、しばしば全く補塡することができない。権利にとって時間の契機が重要であることから生じる仮の権利保護の必要性は、時間との結びつきが格別に強い権利の存在が争われている場合、とりわけ明らかとなる。たとえば、特別の政治的な機会に集団示威行進を催し、あるいはそれに参加する権利を、市民が有するか否かが争われている場合がそうである。短期間開催される見本市に出店する営業者の権利が争われている場合も同様である。

以上に加え、行政裁判所による仮の権利保護には、民事裁判権のような他の裁判権の領域における仮の権利保護と比

べて、より高度の重要性と全く特殊な役割が認められる。その原因となるのは様々な事情である。まず第一に、行政は、自らが主張する権利を、原則として行政行為の対策とすることができる。それによって行政は――一般市民と異なり――自ら執行名義を作出できるのである。当該執行名義が無視された場合、行政はこれを行政執行によって自ら強制的に実現できる。それゆえ行政は、自らが主張する権利に執行名義を付与するために、裁判所の介入を必要としない。その上、義務者が義務を履行しない場合、行政は自らの権利を実現するために、――私人と異なって――裁判所による強制執行手続が後に行われることを必要としないのである。

行政に認められている執行名義を作出する権利との関係で、次のような事情から、行政にはさらなる優位が生じる。すなわち、市民は、自らに対して主張された権利を争う場合、行政行為に対し、所定の期間内に、正式の権利救済手段（異議審査請求（Widerspruch）〔訳注一〕または訴訟）を提起しなければならない。これを怠った場合、行政行為は、たとえそれが違法であっても、不可争力を生じることになる。すなわち、その場合、市民は原則として――裁判手続においても――もはや行政行為の違法を主張できなくなるのである。その上、もし仮の権利保護が付与されなければ、違法な行政行為は、市民が正式の権利救済手段によってこれを争った場合ですら、少なくとも当該権利救済手段に対する決定がなされるまでの間、原則として効力を有することになるであろう。事情が異なるのは、行政手続法四四条の規定により、行政行為が特別に重大な瑕疵を帯びており、かつ、この瑕疵がすべての事情を合理的に考慮すれば明白であるような場合のみである。しかしそれが認められるのは極めて稀な場合でしかない。

行政裁判所による仮の権利保護が一層必要とされるのは、負担的行政行為に対する市民の保護や授益的行政行為の拒否が問題となる場合に、裁判所による権利保護に先立って、異議審査手続という行政手続が前置されていることによってである。行政裁判所法六八条以下によれば、この手続を履践したものの、それによって救済をえられなかったことが、

原則として訴えの適法要件とされている。このことは裁判所による権利保護をさらに遅延させる。確かに、異議審査請求について裁決を下す行政庁は、――裁判所と異なり――行政行為またはその拒否の適法性を審査するだけでなく、その合目的性についても判断することができる。しかし、多くの場合、このような事前手続を経ることによって、権利保護の実効性が顕著に高まるわけではない。このことは何より、自らが行政庁である異議審査庁の担当者が、裁判官のような身分上及び職務上の独立性をもたないことに基因する。加えて、異議審査庁は多くの場合、たいていは自らの下級行政庁である他の行政庁の行為について判断を行う際に、憲法によって中立を促されている裁判官と同様に不偏不党であるわけではない。注目すべきことに、行政裁判所法に関する各州の最近の施行法律も、異議審査手続の適用領域を限定する傾向にある。こうした手続を経由させることに伴う損失は、それによって得られる権利保護の利益と釣り合っていない、と考えられているのである。

行政には以上のような特権が権利の行使及び防御に関して認められており、このことはそれ自体として市民との関係における特殊な力の格差を意味することからすると、それに応じた調整メカニズムを整備する特別の必要があることは明らかである。このメカニズムを整備しなければ、法治国家において要求される市民と国家の間の力の均衡が、甚だしく損なわれることになるであろう。こうした均衡を回復するための一つの重要な手段が、市民に対する仮の権利保護の容認である。確かに、基本法は、仮の権利保護の付与に関する明文規定を設けているわけではない。しかし、このことは、――本稿Ⅱにおいてなお詳細に示すように――裁判所による仮の権利保護を保障する方向で、基本法それ自体が重要な方向転換を行っている事実を、何ら変えるものではない。加えて、行政活動に対する権利保護を対象とする行政裁判所法による規律は、仮の権利保護の実現に関して詳細な規律をおいているのである（本稿Ⅲ）。

Ⅱ　権利保護の実効性原則の帰結としての裁判所による仮の権利保護の憲法的保障

仮の権利保護の憲法的保障にとって基礎となるのは、基本法一九条四項一文及び二文による憲法上の権利保護保障である。そこでは、「何人も、公権力によって自己の権利を侵害されたときは、出訴の途が開かれている。他の裁判管轄が認められていない限りにおいて、通常裁判所への出訴の途が与えられている。」と規定されている。これは基本法が定める特殊な形態の法治国家原理であり、それは従来の全ドイツの諸憲法に前例をもたないものであったし、一九四九年の基本法施行の時点では諸外国の憲法にも類例をみないものだった。もっとも最近では、スペイン憲法のような欧州連合構成国の憲法に、類似の規律がみられる。ドイツ連邦のいくつかの州の憲法も、基本法一九条四項に対応する規定をおいている。そのうちのあるものは、それどころか基本法より早く制定されたものである。基本法一九条四項の規定は、ドイツの一部の憲法学者によって褒め称えられてきたし、現在でもそうである。それは「法治国家の完成」あるいは「法治国家という建造物の要石」と称される。しかし、その裁判官国家的な諸要素ゆえに、「肥大した司法国家」の現れとして、否定的に評価されることもある。

基本法一九条四項は、――内容上はるかに狭いヴァイマル憲法一〇七条のような――法的拘束力をもたない単なるプログラム規定ではなく、直接に適用される法である。このことは、憲法上の権利保護保障を具体化する法律に欠缺があるときは、基本法一九条四項に直接基づいてこれを埋めなければならない、ということを意味する。いずれにせよ、基本法一九条四項に認められている憲法的優位のゆえに、法律に定められた訴訟法規はこの規定に照らして解釈されなければならず、場合によっては合憲的に解釈され、または補足されなければならない。以上の確認は、他ならぬ「公権力」の活動に対する裁判所による仮の権利保護に関しても、過小評価できない意義を有する。

一　実効的権利保護の保障としての基本法一九条四項

基本法一九条四項が保障するのは、何らかの権利保護ではなく、有効な権利保護である。そこで、判例学説における全く支配的な見解は、基本法一九条四項から権利保護の実効性の原理を読み取っている。一般的な見解によれば、実効的権利保護の重要な前提となるのは、裁判所による仮の権利保護の確保である。法律に定められた訴訟法規が、裁判所による仮の権利保護を規定せず、あるいは不十分なものしか設けていない場合、裁判所は、基本法一九条四項に直接基づいて、このような仮の権利保護を付与しなければならない。そこでたとえば、連邦憲法裁判所は、当時十分な仮の権利保護を定めていなかった社会裁判所法を、基本法一九条四項に基づいて補足し、さらに、法律で規定されていなかった仮命令を適法と見なしたのである〔訳注二〕。

基本法一九条四項から読み取られる実効的権利保護の射程を見定めるためには、まず、憲法上の権利保護保障の要請の適用領域を明確化する必要があり（二）、次に、裁判所による仮の権利保護に関して、基本法一九条四項からいかなる具体的な要求が導き出されなければならないかについて、より詳細に解明することを要する（三）。

二　基本法一九条四項の適用領域

a）基本法一九条四項の意味における公権力の概念

aa）基本法一九条四項の意味における公権力の行使としての行政作用

基本法一九条四項による権利保護が認められるのは、公権力の行使にあたる活動に対してのみである。公権力の行使

にあたる行為のほか、違法な不作為もこれに含まれる。行政行為の発動及び不作為だけでなく、統治作用を含むすべての公法上の行政作用が、原則として公権力の行使にあたることについては争いがない。そこで、行政府及び統治府が行う監視、警告、情報提供などの事実行為や、公法上の契約もこれに含まれる。その限りでまた、基本法一九条四項は、行政行為のみを対象としていたヴァイマル憲法一〇七条に対し、重要な変更を内容とするのである。

今日の通説によれば、特別権力関係における高権的行為（hoheitliche Handlungen）もまた、公権力に数えられる。特別権力関係は、権力に服従する者の従属関係が強化された状態によって特徴付けられる。たとえば、受刑者に対して刑の執行の一環として行われる行為や、その他の営造物利用関係においてなされる行為、さらには、官吏に対して任用者が行う行為もこれに含まれる。これらの行為は、ゲオルク・イェリネク（Georg Jellinek）によって主張されたいわゆる「浸透不可能説（Impermeabilitätstheorie）」〔訳注三〕の帰結として、かつては法が及ばない空間における行為と見なされていた。その結果、裁判所による権利保護は、はじめから排除されたのである。この浸透不可能説は、法人と自然人を許容されない方法で同視する考え方に基づいており、思想史的にも政治的にも立憲君主制に密接に結びついていたのであるが、この理論が法理論上も法解釈上も維持できないことは明白である。それは君主の諸特権の確保に役立ち、それゆえに今日の民主主義的憲法体制にはなじまないものである。それゆえ、連邦憲法裁判所の判例も、有名な刑事執行判決（Strafvollzugsentscheidung）〔訳注四〕において、浸透不可能説を実質的に放棄した。もっとも、官吏関係のような特別権力関係における行為については、基本法一九条四項の適用に必要な権利侵害の可能性の観点から、今日でも裁判所による権利保護に一定の制限が生じうる。たとえば、官吏に対しその職務に関して発せられる職務命令は、公権力の行使として争うことができない。それは官吏の個人的な法的地位を侵害するのではなく、いわば国家機構の中の歯車としての官吏に関わるにすぎない。これは経営遂行関係（Betriebsverhältnis）〔訳注五〕における行為と呼ばれ、類型的に

名宛人の主観的権利に関連性をもたない。そこで、当然のことながら、当該官吏については、主観的権利のための権利保護は排除される。経営遂行関係における行為と対照的なのは、類型的に官吏の主観的権利を損なう任用者の行為である。これらの行為はいわゆる基本関係（Grundverhältnis）に関わる。具体例としては、官吏の任命または解任、他の行政庁または任用者の下への転任命令などがある。今日の一致した見解によれば、主観的権利に関連をもつこうした行為については、基本法一九条四項が適用される。

基本法が適用されるのは、侵害行政の領域のみではなく、公法人が給付行政の領域において典型的な国家任務を遂行する場合も同様であり、しかもそのためにいかなる手段がとられるかを問わない。たとえば、水道供給、廃棄物処理、経済助成、あるいは社会行政などがこれにあたり、こうした社会国家的な任務を遂行するために、私法上の行為形式が用いられている場合もそうである（いわゆる行政私法（Verwaltungsprivatrecht））。高権主体（Hoheitsträger）は、私法への逃避によって、基本法一九条四項の適用を免れるべきではないからである。これに対し、通説によって公権力の概念に含まれないとされているのは、行政の純粋に国庫的な作用であり、それは国家その他の高権主体が、――行政私法の場合のように――私法上の手法を用いるだけでなく、その活動領域の点においても、私人の行為と区別されない場合である。国家の行為が私人の行為と同様に第一次的に営利をめざしている場合（たとえば国営のビール醸造所や陶器工場）、あるいは、行政目的に間接的に役立てられるにすぎない財の需要を満たす場合（たとえば筆記具の調達や公の建造物の暖房）がそうである。

bb）公権力の行使としての規範定立

基本法一九条四項の意味における公権力概念には、行政による規範定立、すなわち法規命令及び条例の制定も含まれ

る。この見解は学説においては早くから主張され、私がモノグラフィー「規範による不法に対する権利保護」〔訳注六〕において既に前世紀の七〇年代に詳細に根拠付けていたが、連邦憲法裁判所も最近の判決〔訳注七〕においてこの見解をとるに至った。それまで同裁判所は、何十年もの間、この重要な問題について見解を表明するのを回避していた。さらに、私が「法曹時報（Juristenzeitung）」誌に公表した判例評釈〔訳注八〕で詳細に論じたように、連邦憲法裁判所のこの最近の判例の論理によれば、基本法一九条四項を国会制定法による不法にも適用すべきことになり、このことは同項の文理的、体系的、目的論的解釈にも適合するのである。もっとも、連邦憲法裁判所は、これまでの判例において、このことを説得的とは言い難い理由で常に拒否してきた。しかしながら、基本法一九条四項を行政によって発せられた実質的意味での法律に及ぼしたことの帰結として、同裁判所が国会制定法律についても直ちにこの歩を進めることが期待される。

cc）裁判は基本法一九条四項の意味における公権力の行使にあたらない

これまで全く支配的で、かつ正当な見解によれば、裁判権は権利保護保障の対象とはならない。確かに、基本法一九条四項の文言からすると、裁判権が含まれていることは争いがたい。しかし、目的論的な考慮からは、公権力の概念に裁判を含めることは妥当ではない。さもなければ、結果として無限の権利保護が生じかねないからである。そうなると、法的平和を作り出すという裁判官の任務は、明らかに達成できないことになるであろう。デューリヒ（Dürig）はこのことを、標語的かつ具象的に、「基本法一九条四項は、裁判官による権利保護を保障するものであり、裁判官に対する保護を保障するわけではない」という命題に要約した〔訳注九〕。最近の学説によってこの見解に対してなされている批判は、私見によれば――別の箇所〔訳注一〇〕で詳しく述べたように――説得的ではない。とはいえ、裁判機関が、

裁判ではなく、行政作用を行う場合には（いわゆる裁判行政）、裁判機関のこの種の行為を権利保護保障から除外する理由はない。こうした行為については、裁判官の身分上及び職務上の独立性の要請は働かないから、なおさらそうである。

dd）欧州共同体の行為は基本法一九条四項の意味における公権力の行使ではない

基本法二三条及び二四条によりドイツの高権的権力が委任された欧州共同体その他の国際組織の機関の行為は、原則として基本法一九条四項の意味における公権力ではない。しかし、共同体法を執行する管轄を原則として有するドイツの行政は、その限りで公権力を行使する。共同体法の執行を目的とする行政の活動に対する権利保護の枠内において、ドイツの裁判所は間接的にも（共同体条約二三四条を遵守してではあるが）共同体法の適法性及び有効性について判断しなければならない。

b）裁判所による権利保護の要件としての権利侵害の可能性

公権力の行為（作為または不作為）だけでなく、原告の権利侵害の可能性も、権利保護保障が適用されるための要件である。原告自身の権利が全く問題となっていない場合、法論理的な理由から権利侵害は認められない。これに対し、権利侵害が実際に存在するかどうかは、基本法一九条四項の誤解を招く表現にもかかわらず、出訴の途を開くことにとって決定的ではない。それが問題となるのは、原告が提起した裁判手続の本案においてであって、適法要件においてではない。このように、主観的権利の侵害が可能であることが権利保護保障の要件とされているが、ここでいう主観的権利は、基本法及びラント憲法に定める実体的基本権から直接生じうるし、また、法律、法規命令、条例などの憲法より下

位の法規や、不文の法、そして国内の行政庁に対して直接の拘束力をもつ共同体法からも生じうる。憲法より下位の法規が主観的権利の根拠となるかどうかについては、今日もなお通説的な保護規範説によれば、当該規範が少なくともそれを援用する者の保護をも目的としているかどうかによって判断される。その際、保護作用が基本権に根拠を有する場合には、基本権が法より下位の法規の解釈に影響を及ぼすことから、保護作用は容易に肯定されることになる。ドイツの国家権力に対する裁判所による権利保護が共同体法によって要請されうるという状況は、たとえそれが共同体法の執行を目的とするものであっても、保護規範説の放棄を要求するものではなく、せいぜい僅かな修正を必要とするにすぎない。

三　憲法によって命じられる仮の権利保護

憲法上の権利保護保障が適用されうる範囲においては、これを実効的なものとするために、仮の権利保護の保障もまた必要である。もとより、憲法上要請されたこの権利保護が、詳細の点でいかなる形態をとるべきか、という問題について、それによって回答が得られるわけではない。その決定は原則として立法者の任務であり、その際には立法上の広範な判断余地が認められる。立法者に対する制約は、仮の権利保護を具体化するにあたり、実効的権利保護の要請を考慮に入れなければならない、という限りにおいてのみ生じる。こうした考慮は極めて多様な方法で行われうる。

a）正式の権利救済手段の提起と結びつけられた停止効は憲法上保障されていない

立法上の判断余地に関し、基本法一九条四項は、負担的な公権力的行為に対する正式の権利救済手段（異議審査請求

及び訴訟）の提起が、原則として停止効を与えられることを要求しているわけではない。それゆえ、権利侵害を主張する者が、正式の権利救済手段を利用した場合に、公権力の行使としてなされる行為の効力または執行力が仮に排除されること、少なくともその適法性に関する本案判決に至るまでの間さしあたり停止されることは、憲法上命じられているわけではない。

もっとも、負担的行政行為に対する仮の権利保護については、従来の通説によって、これとは反対の見解が主張されていた。すなわち、基本法一九条四項は、正式の権利救済手段によって争われた行政行為が、その効力または執行力について、法律によって停止することを原則として要請している、と――さしあたり行政裁判所及び憲法裁判所の判例と一致して――考えられていたのである。私はこの見解を、既に早い時点で、ボン注釈書の基本法一九条四項に関する注釈〔訳注一一〕において論駁していた。憲法裁判所の最近の諸判決においても、この見解は実質的に放棄されている。学説においてすら、この見解は次第に支持者を失いつつある。行政裁判所法の制定にあたり、立法者が、負担的行政行為に対する異議審査請求及び取消訴訟の提起が停止効を有する旨を、同法八〇条においてさしあたり規定したという事情は、憲法それ自体が法律によるこの規律を要請しているという見解を正当化するわけではない。これと異なる見解は、支持しがたい憲法の法律適合的解釈に帰着するであろう。また、ここ一〇年ほど、立法者が次第に異議審査請求及び取消訴訟の停止的効力を排除する傾向にあることを考えるだけでも、この見解には問題があるように思われる。立法者はそれによって、異議審査請求及び取消訴訟の提起に停止効が結びつけられるという原則に対し、実質上既に以前から訣別しているのである。

憲法によって原則として停止効が要請されているとの考え方は、現代の行政作用の構造とも両立しがたいと思われる。現代の行政作用は、第三者効を伴う行政行為の増大によって特徴付けられるが、これは主観的権利の拡張がますます広

く認められるようになった結果である。こうした行為においては、ある者への授益がしばしば他者の負担を帰結する。このことはたとえば建設法やイミシオン防止法上の許可において明らかであり、そこでは許可相手方への授益が第三者、特に隣人の法的負担をしばしば伴うのである。こうした場合、一方では、停止効を肯定する場合に必然的にそうなるように、原則として、許可の相手方の負担において、利益を侵害される者の利益を図る実質的な理由はない。他方では、授益的行政行為を直ちに活用する受益者の利益が、利益を侵害される第三者のそれより重要と思われることも稀ではない。受益者もまた、――専ら負担的な性格の行政行為におけると異なり――実効的権利保護の要請を自らのために要求することができるのである。その上、行政が受益者の権利の存在を行政行為を発動する過程で既に審査し、肯定していることを考えると、これに対して第三者の利益がなぜ原則として法律上の優位を享受するべきなのか、法的には理解できないところである。したがって、立法者にとっては、行政行為の利害関係者の仮の権利保護に対する利益が原則として等価であることを前提とするような、仮の権利保護の制度設計が可能でなければならない。以上のことは、法律それ自体によってある特定の利益が優先されるのではなく、行政が、あるいは場合によっては後に裁判所が、具体的な個別事案に応じて法的に保護された諸利益を衡量できるような、仮の権利保護手続を法律によって規律することが許される理由となるのである。

このことは次の理由からも当然である。すなわち、基本法一九条四項が適用される他の公権力の行為に関しては、一致した見解により、これに対する正式の権利救済手段の提起は停止効と結びつけられておらず、行政行為について異なった取扱いがなされるべき理由は理解できないからである。最後に、これに対応する規律は他の国家――欧州共同体の中でも――にとってなじみがないという考慮も、憲法自体から原則として停止効が要請されているという見解に不利に働くものである。

b）仮の権利保護の付与について憲法上要請される利益衡量

基本法一九条四項が正式の権利救済手段の提起と結びつけられた停止効を要請していないとすれば、仮の権利保護の付与について、裁判所による利益衡量に基づいて判断されるような手続で足りることになる。この利益衡量においては、公権力的行為の執行に対する公益と並んで、公権力の行使によって影響を受けるすべての者の法的利益も考慮されなければならない。このことは、行政行為のみならず、基本法一九条四項が適用される他の公権力の行使にもあてはまる。もちろん、公権力的行為によって影響を受けるすべての利益を考慮すべきである、という要請によっては、いかなる方法で、とりわけいかなる基準によって、これらの利益を衡量すべきかという問題については、いまだ言明がなされていない。この点に関する回答を基本法一九条四項から読み取ることは、立法者によって補充されるべき枠組秩序としての憲法に対する過大な要求に帰するだけではない。公権力の行使によって影響を受ける利益の衡量という問題が、その重要な部分において、基本法一九条四項の定める手続的な権利保護保障ではなく、実体法によって規定されることを見誤ることになるであろう。もっとも、このことは、立法者が仮の権利保護の具体化に際して依拠すべき一定の訴訟上の指針を、基本法一九条四項それ自体から読み取ることを排除するわけではない。

この関連で生じる原理的な問題は、仮の権利保護についてなされるべき決定において、正式の権利救済手段の認容の見込みにいかなる重要性を与えるべきか、という問題である。主として訴訟上の問題に属するこの問いに答える場合、仮の権利保護の付与は本案における認容の見込み（Erfolgsaussichten）のみによって判断すべきである、という見解は排斥されなければならない。この見解は、本案において権利保護請求が認容される見込みについては、仮の権利保護の手続においては通常表面的な審査しか可能でない、という点に弱みをもつ。このことは、主張された権利の存否が、証拠調べによって初めて明らかになる事実状況にかかっている場合、特に――それだけではないが――あてはまる。本案

における請求によって主張された訴訟上の請求権について、一層踏み込んだ実体法上の審理を要求するならば、仮の権利保護の場合によっては顕著な遅延を類型的にもたらすことになるであろう。このようにして、仮の権利保護手続における実体法上の審理を、本案手続において求められる審理密度に近づけるならば、仮の権利保護の付与がそもそも疑問視されることが稀でなくなってしまうであろう。いずれにしても、そのような仮の権利保護は、もはや基本法一九条四項によって要求された意味で実効的とはいえないであろう。したがって、要求される審査の範囲は、裁判所による権利保護の緊急の必要性（Eilbedürftigkeit）から切り離すことができない。しかし、この緊急の必要性もまた、立法者が――とりわけ実体的基本権から読み取ることのできる憲法上の基準をもとより尊重してではあるが――行う、考慮されるべき諸利益の価値評価のみに左右されるわけではない。それは、仮の権利保護を付与しなければ原告の主張する権利がいかなる範囲で無用のものとなってしまうか、あるいは反対に、権利保護要求が棄却に終わった場合、仮の権利保護を認めることによって生じる諸結果をいかなる範囲で原状回復できるか、ということによっても決定される。以上のことから既に、本案手続における実体法上の認容の見込みのみを考慮する利益衡量の問題性が示されており、こうした要請に憲法上の地位を認める場合にはなおさらそうである。

加えて、実体法にのみ着目するこのような利益衡量においては、本案手続における認容の見込みがどの程度大きなものでなければならないかが不明確なままにとどまる。本案手続に高度の蓋然性をもって認容の見込みがなければならないのであろうか、棄却を上回る蓋然性で足りるのであろうか、それとも本案手続における認容が棄却と同程度に蓋然的であれば十分なのであろうか。認容の見込みがわずかしかなくとも、原告の請求が後に認容された場合に、仮の権利保護要求を拒否したことから生じうる回復しがたい結果ゆえに、仮の権利保護を付与することが必要な場合はありえないであろうか。逆に、本案における権利保護が高度の蓋然性をもって認容されうるにもかかわらず、実効的権利保護のた

めに裁判所による仮の権利保護が必要ではない場合も考えられないであろうか。これらすべてから次のことが明らかになる。すなわち、仮の権利保護手続においてしばしばかなり限られた範囲でのみ解明されうる本案手続の認容の見込みのみに着目するのではなく、認容の見込みの基準を補完し、それどころか一定の範囲内でそれと交換や相殺が可能な他の諸観点にも着目するのが自然ではないか、ということである。

オーストリアの法理論家ヴィルブルク（Wilburg）〔訳注一二〕が――民事法という異なった文脈においてではあるが――生み出した概念を借用して、これを、仮の権利保護の付与に際して考慮されるべき法的な諸観点が相互に形づくる動的体系（bewegliches System）と呼ぶことができる。いずれにせよ、本案手続の認容の見込みのみに着目する、憲法によって固定された硬直的な利益衡量は、この動的性格を正しく考慮しえないであろう。もちろん、憲法レベルでなされた以上の確認は、仮の権利保護の問題が生じる領域に応じて、立法者がこの動的体系を詳細の点で制限を加え、あるいは重点を置く可能性を排斥するものではない。たとえば立法者は、本案手続の認容の見込み、関係する諸利益の価値、あるいは仮の権利保護を付与し、あるいは付与しなかった場合に生じる、後の本案手続において解明された法状況と一致しない現状の可逆性に、より大きな重要性を与えることができる。もっとも、仮の権利保護を法律によって具体化する際に、立法者にとって越えることのできない限界となるのは、本案手続の認容の見込みを、少なくともそれが明らかである場合には、利益衡量から全面的に除外することはできない、ということである。このことは、仮の権利保護が本案手続との関係でもつ手段的機能から既に導かれるところである。

c）仮の権利保護の決定の内容に関する憲法上の基準

基本法一九条四項を具体化した法律に基づいて行われる利益衡量によって、裁判所による仮の権利保護を求める申立

人の優越的な利益が明らかになる場合、当該申立人には裁判所による仮の権利保護が付与されなければならない。したがって、かつての通説とは異なり、権利保護を付与するか否か（Ob）の点では、裁判所には裁量が存在しない。しかしながら、仮の権利保護の方法（Wie）については事情が異なる。いずれにしても、仮の権利保護についてなされるべき積極的な決定の内容について、基本法一九条四項から一義的な言明を読み取ることはできない。とはいえ、裁判官の決定は、少なくとも、裁判所による権利保護の実効性を高めるのに適したものでなければならない。このことは、負担的な公権力的行為に対する権利保護について、当該行為の全面的な停止を当然に要求するわけではない。むしろ、公益及び他者の利益を考慮した上で、それが申立人の実効的な権利保護の保障にとって十分である限りにおいて、停止を内容的、人的及び時間的に制限することができる。さらに裁判所は、それによって申立人の仮の権利保護が根本的に脅かされない限りで、行為の全面的ないし部分的な停止に負担の命令を附款として付したり、あるいは公権力的行為のその他の変更を行ったりすることができる。

その際、仮の権利保護について取られるべき措置に関して、行政裁判所には立法者によって裁量が認められうる。それどころか、仮の権利保護の方法に関するこのような裁量の容認は、仮の権利保護の本質にある程度内在しており、そこにおいて要求され、基本法一九条四項によって承認された裁判官の活動の柔軟性を適切に考慮するものである。仮の権利保護においては、行政及び基本法一九条四項の意味におけるその他の公権力の担い手の、法的に拘束された行為の直接的な審査が問題となっているわけではないのだから、裁判官の裁量のこのような容認には、基本法一九条四項はむしろ、法上の根拠を有する権力分立原理の観点からも、決定的な疑念が存在するわけではない。基本法一九条四項はむしろ、裁判所による仮の権利保護を要請することにより、基本法上の権力分立原理をまさに具体化しているのである。仮の権利保護にとっていずれにせよある程度固有のものである裁判官の裁量の行使と、それに結びつけられた法律による拘束

の後退は、裁判所による仮の権利保護の付与は実質的には裁判ではなく行政である、という見解がかつてしばしば唱えられた原因であった。しかし、このような見解は、本案手続との関係で附従的であるという仮の権利保護の性格をそれが十分に考慮しえないという理由だけからしても、問題となりえない。次の事実もこの見解に対立する。すなわち、裁判所による仮の権利保護においてなされる措置は、身分上及び職務上独立した中立的な裁判官によって行われ、――仮の権利保護の性質から生じる修正を伴ってではあるが――原則としてそれ以外の場合に裁判所がその裁判作用において遵守すべきものと同じ手続原則が適用される、という事実がそれである。

Ⅲ　憲法によって要求された仮の権利保護の行政裁判所法における実現

一九六〇年に制定され、それ以降本稿に関係する部分についても何度か改正された、連邦法である行政裁判所法は、八〇条以下、一二三条、及び四七条六項において仮の権利保護について規定している。そのうち、八〇条以下は負担的行政行為に対する仮の権利保護に関する規定である。一二三条は行政行為の不作為に対する仮の権利保護を対象とするが、行政訴訟による審査が予定されているそれ以外のすべての公法上の行政作用をも対象としている。最後に、四七条は、行政法的内容をもった法律より下位の州法上の法規、すなわち法規命令及び条例に対する仮の権利保護について規定している。

一　行政裁判所法八〇条以下に定める負担的行政行為に対する仮の権利保護

行政裁判所法八〇条以下は、異議審査請求及び取消訴訟という正式の権利救済手段との関連での、裁判所による仮の権利保護について定めている。その際、同法六八条以下及び補足的に七九条で規律された異議審査手続は、行政行為の適法性及び――裁量的行政行為については――合目的性の統制をも目的とする行政手続である。異議審査請求によって開始される異議審査手続は、原則として直近上級行政庁によって実施される。そこで主張を認められなかったことが、行政裁判所に対して提起される取消訴訟の適法要件であり、原告はこの取消訴訟によって、負担的行政行為による自己の主観的権利の侵害を理由として、当該行政行為の裁判所による取消しを請求することになる。

a）停止効の発生とその諸結果

行政裁判所法八〇条一項の原則的規定によれば、適法な異議審査請求及び適法な取消訴訟の提起は、停止的効力（aufschiebende Wirkung）、いわゆる停止効（Suspensiveffekt）を生じさせる。もっとも、その意味については争いがある。いわゆる効力阻止説によれば、行政行為の効力が差し当たり仮に停止されるものとされ、これに対し、執行力阻止説によれば、その執行のみが停止されるものとされる。もっとも、後説は執行の概念を非常に広く解釈することを余儀なくされるため、効力阻止説との相違は実際上ほとんど存在しない。効力阻止説にとって有利なのは、同法八〇条一項二文による停止効は、命令的行政行為のみならず、形成的及び確認的行政行為に対しても適用され、後二者はそれ自体として執行になじまない、という事情である。加えて、停止効は第三者効を伴う行政行為にも及ぶが、こうした行為においては、ある者の負担が他者の法的な受益を同時にもたらす。建設法上またはイミシオン防止法上の許可がその例である。こうした許可においては、許可の相手方（建設許可であれば将来の建築主）の受益は、隣人の負担を同時にもたらすのである。計画確定決定（Planfeststellungsbeschlüsse）もまた類型的に第三者効を伴う行政行為であり、それは

計画主体に技術的大規模開発計画（technisches Grossvorhaben）（たとえば連邦遠距離道路の建設）の実施を許可するが、他者――たとえば将来著しい騒音被害を受ける沿道居住者――の法的地位を通常同時に侵害するのである。第三者効を伴う行政行為については、行政裁判所法八〇条を補足する規律が同法八〇ａ条に存在するが、これは主として確認的性格しかもたない。

行政裁判所法八〇条一項一文による原則的規律は、同法八〇条二項に定める例外の拡大と、特定の行政行為について停止効を除外する補充的な特別法上の規律により、今日では実際上広範に空洞化されている。この点でとりわけ決定的だったのは、ドイツの経済的立地条件（Wirtschaftsstandorts Deutschland）の魅力を確保することを目的として、技術的大規模開発計画の迅速な実現を可能とするために行われた努力である。さらに、一定の役割を――以上の動きと手を携えて――果たしたのが、第三者効を伴う行政行為については、このような行政行為によって負担を課せられた者の利益が、当該行政行為の迅速な利用に対する受益者の利益に対し、なぜ原則として優位すべきか理解できない、という考え方である。そのようなわけで、ここ十年ほどの間に、第三者効を伴う行政行為の多くについて――たとえば建設法上及びイミシオン法上の許可、さらには計画確定決定も――、立法者によって停止効が広く排除されている〔訳注一三〕。こうした規律に対しては、基本法一九条四項から読み取ることのできる権利保護の実効性原理を引き合いに出して、今日もなお憲法上の疑念が主張されているが、こうした見解は説得力をもたない。もともと原則的規律として定められた行政裁判所法八〇条一項一文がいまだに適用される稀な事例においても、行政は同法八〇条二項一文四号により、公益または関係人の利益のために、行政行為の即時執行を命じることができる。その際には、基本法一九条四項によって保障されている権利保護の実効性の原理からすれば、行政裁判所法八〇条二項一文四号を憲法適合的に解釈し、利害関係者の利益の衡量に基づき、第三者効を伴う行政行為によって受益した者の優越的な利益が明らかになる場合は、行政は

行政行為の即時執行を命ずる権限を有するのみならず、それどころかこれを義務付けられると解さなければならない。

b）行政裁判所法八〇条五項、八〇a条三項に定める停止的効力の裁判所による命令または回復

aa）裁判所による仮の権利保護の適用可能性と行政庁による仮の権利保護との関係

法律または行政庁の命令によってなされる停止効の排除は、行政行為によって負担を課せられた者がそれによって裁判所による仮の権利保護を奪われることを意味するわけではない。そうではなく、この者には、行政裁判所法八〇条五項、及び、第三者効を伴う行政行為についてこれを規定する同法八〇a条三項により、申立てに基づいて本案裁判所によって仮の権利保護が付与される可能性が認められている。これらの規定によれば、負担を課せられた者は、停止的効力の全面的または部分的な命令を申し立て、また、同法八〇条一項一文四号によって行政庁が執行を命じた場合については、停止的効力の全面的または部分的な回復を申し立てることができる。これらの申立ては取消訴訟の提起に先立って行うことすら可能である。同法八〇条五項四文によれば、停止的効力の回復については、担保の提供その他の負担を付することができる。同法八〇条五項五文によれば、停止的効力の命令には期限を付することもできる。さらに、行政行為が裁判所の決定の時点で既に執行されている場合について、同法八〇条五項三文は、行政行為の執行を取り消すことを命じる権限を裁判所に与えている。

以上の裁判所による仮の権利保護の可能性は、行政裁判所法八〇条四項により行政行為の執行停止を命じる行政庁の権限と並んで存在する。同法八〇条六項によれば、停止的効力の裁判所による命令または回復を申し立てるために、行政庁による停止の手続を原則としてあらかじめ経ておくことを要するのは、係争行政行為が公租公課または公の費用の支払を内容とする場合のみである。また、さもなければ権利保護の必要を欠くという理由で、裁判所に訴える前に行政

庁による停止の手続を尽くしておくことを要求することもできない。

bb）裁判所の決定基準（Entscheidungsmaßstab）

注目すべきことに、行政裁判所法八〇条五項及び八〇a条三項は、仮の権利保護の付与について裁判所が決定を下す際によるべき基準を挙げていない。もっとも、行政庁による停止の手続を規定する同法八〇条四項三文は、この点で限られた手がかりを提供する。この規定によれば、公課及び公の費用に関して、原処分庁または異議審査庁が停止を行うべきであるのは、行政行為の適法性について重大な疑義が存在する場合、もしくは、その執行が、公租公課または公の費用を課せられた者に対し、優越的な公益により要請されない不当に過酷な結果を生ずる場合であるとされる。公租公課または公の費用の命令の執行が問題となっている限りでは、この規定を裁判所による停止の手続に類推適用することも許されるであろう。仮の権利保護の付与に関する裁判所の決定について、同じ対象に関する行政庁の停止決定と異なる基準を適用するのは、意味をなさないと考えられるからである。しかし、同法八〇条四項三文を一般化して、法律または行政庁の命令により即時執行が可能なすべての行政行為にこれを適用することはできない。この規定は何よりも財政政策上の理由による決定を内容とするものであって、（全く異なった利害状況を伴う場合もありうる）他の行政行為にそのまま卒然と転用することはできないからである。立法者が、ほぼ同種の利害状況を伴う公租公課及び公の費用の決定についてのみ上記の決定基準を示し、即時の執行が可能な他の行政行為についてはこれを行っていないことは、そのようにしてのみ説明可能である。とはいえ、同法八〇条四項三文は、正式の権利救済手段の認容の見込みと、さらにまた、優越的な公益によって要請されるわけではない、行政行為の即時執行によって負担を課せられた者に生じる過酷な結果とが、裁判所の決定にとって重要な観点であることを示す限りで、裁判所の決定にとっての一般化可能な手がか

りを含んでいる。加えて、同法八〇条二項一文からは、行政行為の受益者に優越的な利益が認められる場合、停止的効力の命令または回復は許されない、ということを、間接的に導き出すことができる。最後にしかし、正式の権利救済手段が提起されたにもかかわらず、係争行政行為が原則として執行可能である旨を定める法律の規定もまた、必要な利益衡量にとっての重要な視点（Topoi）を提供する。というのは、このような規定は、――その後連邦行政裁判所及び連邦憲法裁判所もこれを認めたように――争いがあるものの正当な見解に従って、行政行為の執行の停止によって立法者の原則的決定から離脱する場合には、個別事案の特別の事情を必要とする、という意味に解釈されなければならないからである。

以上すべてが示すのは、――憲法上の権利保護の実効性の原理との関連で既に述べたように――たとえばショッホ（Schoch）〔訳注一四〕と彼に従う論者が主張するように、停止的効力の命令または回復に関する決定を、正式の権利救済手段の認容の見込みにもっぱらかからしめることは、説得力をもたないということである。もっぱら実体法に着目するこのような見解の誤りは、仮の権利保護に関して同様の規律を行う行政裁判所法一二三条に照らしてみた場合、特に明らかとなる。この規定によれば、仮命令を発するためには、本案手続の認容の見込みとともに、仮命令が行われないと権利行使が危うくなることや、その他の不利益のような、それ以外の要素が必要とされている。同法八〇条五項の停止手続と仮命令の間に機能的な連関があることを考慮すると、前者についてももっぱら実体法的観点に着目することはできない。負担的行政行為に対する仮の権利保護の付与に際して基礎とされるべき決定基準について、相対的にみて規律が不足していることは、立法者がここでは基本法一九条四項と両立しうる動的体系に余地を残そうとしたことに、むしろより深い正当化を見いだすのである。この動的体系においては、本案手続の認容の見込みと並んで、停止的効力の命令または回復がなされ、あるいはなされなかった場合に、関係人に生じうる利益及び不利益もまた、一定の役割を

果たす。その場合、この関連で有意なものとなる諸観点は、一定の範囲で相殺可能である。たとえば、後に本案手続において請求を認容された原告が、行政行為の裁判所による停止が認められなければ、重大かつ回復不可能な損害を被らざるをえない場合、必要とされる訴えの認容の見込みは除外されうる。逆に、本案手続における訴えについて全く優越的な認容の見込みが存在する場合、仮の権利保護が認められない場合に生ずる不利益等の要求は著しく低くすることができる。必要な利益衡量から行政行為の停止に対する優越的な利益が明らかになった場合、裁判所による停止的効力の命令または回復が原則として義務付けられる。第三者効を伴う行政行為による受益者が、行政裁判所法八〇a条三項、一項一号、及び二項により、その停止を争い、その即時執行の命令を申し立てた場合も、利益衡量には同様の原則が当てはまる。

本案裁判所は、行政裁判所法八〇条七項により、停止的効力の命令または回復の申立てについて決定手続においてなされた決定を、実質的な理由がある場合には、いつでも変更することができる。さらに、行政行為の影響を受ける利害関係者は、事情の変化、または、当初の手続において主張しなかったことに過失のない事情を理由として、裁判所の決定の変更または取消しを申し立てることができる。加えて、仮の権利保護手続においてなされた第一審裁判所の決定は、同法一四六条以下により、抗告をもって争うことができ、これについては上級行政裁判所が決定を下す。同裁判所の決定は、仮の権利保護手続の枠内では、それ以上争うことができない。

二　行政裁判所法一二三条に定める仮命令による仮の権利保護

a）行政裁判所法一二三条に定める仮命令の適用領域

行政裁判所法八〇条が取消訴訟及び取消しを求める異議審査請求に関する仮の権利保護を保障しているのに対し、他のすべての訴訟類型に関する仮の権利保護には同法一二三条が適用される。そこで、同条に規定された仮命令は、行政行為をなすことを求める義務付け訴訟（同四二条一項後段）、一般的給付訴訟（同四〇条、四三条二項一文）、並びに同法四三条による行政裁判上の一般的確認訴訟について、仮の権利保護を保障する。それによって、行政行為の性格をもたない行政作用、特に高権的事実行為（hoheitliche Realakte）に対しても、仮の権利保護が可能となる。たとえば、公法的に経営される廃棄物焼却施設が、近隣に居住する市民に対して重大なイミシオン上の負担を及ぼす場合、これらの市民は、当該施設の今後の営業を差し止め、あるいはいずれにしても一定の制約下でのみこれを許容する内容の仮命令の発動を申し立てることができる。この場合の仮の権利保護は、本案において負担の差止めまたは軽減を求める一般的給付訴訟によって付与される権利保護を補うものである。

仮命令は規範に対する保護にも利用することができる。たとえば、従前存在していた公法上の許可（特定種類の営業法上の許可等）が、ある規範によって一般的に取り消され、そのために執行を要しない場合、このような自力執行的性格を有する規範（self-executing-Norm）に対して利害関係者は、本案においては、行政裁判上の確認訴訟をもって争うことができる。この訴訟によって原告は、こうした許可を取り消す規範はたとえば基本法一二条に反し違法無効である、といった理由により、自らが有する上記公法上の許可の存続を主張することができる。この場合原告が仮の権利保護を獲得できるのは、本案において彼の権利の存続が裁判所によって明らかにされるまでの間、自らの公法上の許可を仮に行使し続けることを裁判所が認める内容の仮命令を申し立てることによってである。

b）行政裁判所法一二三条に定める仮命令の構成要件

行政裁判所法一二三条は、いずれも訴訟提起に先立って申し立てることが可能な、仮命令の二つの形式を区別している。同法一二三条一項一文に定める保全命令（Sicherungsanordnung）は、現状の変化によって申立人の権利の実現が不能または著しく困難になることを前提としている。そこで、この仮命令は、差し迫った権利の侵害に対する防御が問題となる場合、たとえば、ある企業の製造物に対して、違法な可能性のある警告がなされた場合のように、負担的事実行為に対する保護が問題となっている場合に考えられる。同法一二三条一項二文に定める規律命令（Regelungsanordnung）は、係争法律関係に関する仮の状態を規律するものであり、特に、継続的法律関係について、著しい不利益を防止し、またはさしせまった暴力行為（drohende Gewalt）を予防するため、もしくはその他の理由でそれが必要と考えられる場合に認められる。規律命令で特に問題となるのは、原告の法的地位の拡張を目的とする権利の保全であり、たとえば、許可の交付や金銭の給付のような、授益的行政作用を求める請求権の保全がそうである。

保全命令と規律命令を区別することは実際上困難である。このことは特に問題ではない。というのは、行政裁判所法一二三条一項一文及び二文に定められた保全命令と規律命令の構成要件は、相互に異なるものではない、あるいは一体をなすものと広く認められているからである。同法一二三条一項で明示的に挙げられた命令の根拠（Anordnungsgründe）とともに、実体法に関係し、それゆえ本案手続の認容の見込みにも関係する、命令請求権（Anordnungsanspruch）が必要である。同法一二三条三項によって準用される民事訴訟法九二〇条により、この命令請求権は命令の根拠と同様に疎明されなければならない。命令請求権と命令の根拠は相互に動的体系を構成する。仮命令に対する申立人の利益が、それによって影響を受ける者の利益に優越する場合、仮命令を行うことを求める法的請求権が存在する。その場合、裁判所の裁量は、仮命令の方法（Wie）についてのみ認められる。

c）本案先取り（Vorwegnahme）の問題

仮命令について問題が生じるのは、それによって本案における権利保護が先取りされることになる場合である。たとえば、近い将来行われるごく短期間の販売行事――見本市など――に参加するため、関係法律の規定により必要とされる許可を原告が求めている場合がそうである。本案裁判所が許可の付与について判決を下す前に、当該行事は既に終了してしまう。そこで、仮命令の方法で可能となる当該行事への参加は、本案判決を事実上先取りすることになる。このような本案の先取りは、原則として、仮の権利保護の本質に反するものである。したがって、それは通常不適法である。しかし、憲法によって保障された権利保護の実効性に鑑みると、このような仮命令を認めなければ、相手方の利益を考慮しても、受忍し難い不利益が申立人に発生し、さらに申立人が本案において明白に請求を認容される見込みを有する場合には、例外を設けなければならない〔訳注一五〕。

d）本案手続以上の保護は原則として認められない

さらに、本案手続で可能である以上のことを仮命令によって申立人に認めることは、原則として許されない。しかし、授益を内容とする裁量的決定に関する仮命令は、それが行政庁の裁量の裁判所による不可逆的な先取りをもたらすのでない場合には、この原則によって排除されるわけではない。このような場合に仮命令を全面的に認めないとすれば、上記のような事案においては、瑕疵なき裁量の行使を求める権利について、裁判所による仮の権利保護の可能性が存在しないことになってしまうであろう〔訳注一六〕。

e）仮命令の変更可能性及び抗告可能性

行政裁判所法一二三条によってなされた仮の権利保護の付与に関する決定は、同法八〇条七項の類推適用により、変更することが可能である。同法一四六条により、この決定は抗告をもって争うことができ、上級行政裁判所がこれについて決定を行う。仮命令に当初から理由がないこと、すなわち、命令請求権または命令の根拠が存在しないことが、本案手続において判明した場合、申立人は相手方に対し、執行によって生じた損害を賠償しなければならない。この賠償請求権は故意過失を要しない。仮命令の影響を受けた第三者に生じた損害は、賠償する必要がない。

三　行政裁判所法四七条六項に定める仮命令

a）行政裁判所法四七条六項に定める仮命令の適用領域

行政裁判所法四七条六項は、上級行政裁判所における規範統制手続に関する仮の権利保護を規定している。この規範統制手続の対象は、申立人によって主張された、行政法的内容をもつ州法上の法律より下位の法規の、上位法違反を理由とする無効である。この手続を補足して、同項は、重大な不利益を防止するため、またはその他の重要な理由によって差し迫って必要な場合、裁判所は申立てに基づいて仮命令を発することができる、と規定する。裁判所はそれにより、規範の執行の全部または一部を停止することができる。争いがあるのは、裁判所は一般的効力を伴ってのみ規範の全部または一部停止できるのか、それとも、申立人との関係においてのみ規範の執行を停止することも可能なのか、という問題である。私見によれば、いずれの可能性も認められるべきである。しかし、同法四七条六項は、既に行われた規範執行行為の停止については根拠となりえない。このような停止を裁判所が行いうるのは、同法八〇条五項、八〇ａ条三項、一二三条によってのみである。

法律より下位の連邦法上の法規、並びに、議会が制定した連邦及び州の法律は、上級行政裁判所による規範統制の対象とはならない。その結果、これらについては、行政裁判所法四七条六項による仮命令も適用されない。同法四七条が適用されないこのような規範について、市民がその執行の一般的な停止を求めるためには、連邦憲法裁判所法三二条によって申し立てられる仮命令によるほかない。この規定は、法規憲法異議（Rechtssatzverfassungsbeschwerde）を補足する形で、憲法裁判所による仮の権利保護を市民に認めているが、これについて高い障壁を設けている。しかし、これに対して異論を唱えることはできない。というのは、憲法上求められている法律に対する権利保護は、原則として付随的な（前提問題として行われる）規範統制を通しても可能であり、後者に関しては行政裁判所法八〇条以下及び一二三条によって仮の権利保護が付与されるからである。効力を発するためにそれ以上の執行行為を必要としない、いわゆる自力執行的性格を有する規範に関しても、同法一二三条によって仮の権利保護が保障されうる。既に述べたように、この場合、申立人が無効と考える規範が取り消している権利の仮の存続を命じることができる。

b）行政裁判所法四七条六項に定める仮命令の要件

既に述べたように、行政裁判所法四七条六項に定める仮命令が可能な限りにおいて、それに必要な構成要件は同法一二三条よりも厳格である。この要件は、憲法裁判所による仮命令について連邦憲法裁判所法三二条において定められている規律を範としている。このことは、上級行政裁判所による規範統制と、憲法裁判所による規範統制手続の間の、緊密な親近性によって説明されうる。以上と密接に関連して、行政裁判所法四七条六項によって可能な規範執行の一般的停止は、多数の者が関わりを持っており、それに伴って、その効力がさしあたり実質的に停止される場合、規範の尊重に対する公益が顕著に影響を受ける、という事実も重要である。同法一二三条に定める仮命令の場合と同様に、同法四

七条六項に定める仮命令については、争いはあるものの正当な見解によれば、本案手続の認容の見込みが重要な意味をもつ。

Ⅳ　要約

以上をまとめると、ドイツ法においては、行政私法上の活動を含めて、高権的行政作用については、裁判所による仮の権利保護の必要性が、憲法それ自体によって要請されている、ということができる。同じことは――この点については争いがあるものの――法律に対する仮の権利保護についてもあてはまる。仮の権利保護は、基本法一九条四項に根拠を有する権利保護の実効性の原理の必然的帰結である。有効でない権利保護は、基本法一九条四項の意味における権利保護ではない。行政裁判所法及びこれを補足する連邦憲法裁判所法三二条における法律上の規定は、憲法上要請されたこの権利保護を具体化するものである。これらの規律になお欠缺がある場合、それは憲法上の権利保護の実効性の原理に直接依拠して埋めなければならないのである。

訳注一　異議審査請求はドイツにおける不服申立ての手段であり、本稿でも後に述べられているように、取消訴訟等を提起する際には、原則としてその前置が要求されている（行政裁判所法六八条）。異議審査請求について決定を下すのは異議審査庁（原則として直近上級行政庁）であるが（同七三条一項）、請求は原則として係争行政行為を行った行政庁を経由してなされ（同七〇条一項一文）、当該行政庁は自ら行政行為を取消しまたは変更することができる（同七二条）。

訳注二　BVerfG, Beschluss vom 19. 10.1977, BVerfGE 46, 166. 山本隆司「行政訴訟に関する外国法制調査――ドイツ（下）」

ジュリスト一二三九号（二〇〇三年）一一七頁以下参照。

訳注三　浸透不可能説とは、国家内部の機関に独立の法主体性を否定し、それゆえ国家内部では法律関係が成立しえない（法が浸透できない）とする考え方である。室井力・特別権力関係論（一九六八年）二五一頁以下、間田穆「ドイツにおける伝統的行政組織権理論の確立」名古屋大学法政論集六〇号（一九七三年）九二頁以下、畠山武道「許認可の際の同意の性質（一）」民商法雑誌六九巻一号（一九七三年）八〇頁以下など参照。

訳注四　BVerfG, Beschluss vom 14.3.1972, BVerfGE 33, 1. 室井力「受刑者の基本権の制限と法律の留保」ドイツ憲法判例研究会編・ドイツの憲法判例［第二版］（二〇〇三年）二六六頁参照。

訳注五　室井・前掲（注三）二九三頁の訳による。

訳注六　W. -R. Schenke, Rechtsschutz bei normativem Unrecht, 1979.

訳注七　BVerfG, Beschluss vom 17.1.2006, JZ 2006, S. 1021.

訳注八　W. -R. Schenke, Rechtsschutz gegen normatives Unrecht, JZ 2006, S. 1004.

訳注九　G. Dürig, in: Th. Maunz/G. Dürig, Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl., 1970, Art. 19 Abs. IV (1958), Rn. 17.

訳注一〇　W. -R. Schenke, Verfassungsrechtliche Garantie eines Rechtsschutzes gegen Rechtsprechungsakte?, JZ 2005, S. 116.

訳注一一　W. -R. Schenke, Die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG (zugleich Kommentierung des Art. 19 IV im Bonner Kommentar zum GG), Hamburg 1982, 277S.

訳注一二　Walter Wilburg はオーストリアの民法学者（一九〇五―一九九一）。「動的体系」とは、法を様々な力（理念）が相互に協働する動的な体系として捉える考え方を指す。C＝W・カナリス（木村弘之亮代表訳）・法律学における体系思考と体系概念（一九九六年）六三頁以下、山本敬三「民法における動的システム論の検討」法学論叢一三八巻一＝二＝三号（一九九五年）二〇八頁以下、石田喜久夫「一つの動的体系論」京都学園法学二七号（一九九八年）一二九頁以下、W・ヴィルブルク（熊谷芝青訳）「民法における動的体系の展開」高知短期大学社会科学論集八二巻（二〇〇二年）二九三頁など参照。

訳注一三　山本・前掲（注二）一九九頁以下参照。

訳注一四　シェンケ氏はその著書の中で次の文献を挙げている（F. O. Kopp/W. －R. Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung

Kommentar, 15. Aufl., 2007, §80 Rn. 158 Fn. 289)。F. Schoch, Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht, 1988, S. 1293ff.; ders., in: F. Schoch/E. Schmidt-Aßmann/R. Pietzner (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, §80 Rn. 250ff. 山本・前掲（注二）一二〇頁注二一〇、一二一頁注二一七、一二二頁注二二七参照。

訳注一五　山本・前掲（注二）一二三頁以下、同「義務付け訴訟と仮の義務付け・差止めの活用のために（下）」自治研究八一巻五号（二〇〇五年）一〇六頁以下、長谷川佳彦「仮命令決定の審理構造（一）」民商法雑誌一三四巻四＝五号（二〇〇六年）六五八頁参照。

訳注一六　山本・前掲（注二）一二四頁、長谷川佳彦「仮命令決定の審理構造（二・完）」民商法雑誌一三四巻四＝五号（二〇〇六年）九七九頁以下参照。

副報告

実効的権利保護の要請と仮の救済・内閣総理大臣の異議

笹田栄司

はじめに

「仮の救済」は裁判所において権利保護を求める際の重要な手続である。それは裁判を受ける権利の保障の観点からも要請されるが、わが国においては十分に整備されていなかった。そうしたなか、四二年ぶりとなる行政事件訴訟法の改正により、執行停止の要件が緩和され、新たに仮の義務付け及び仮の差止めの制度が設けられたことは、憲法学の観点からも注目すべきことである。その際、「実効的救済」が制度設計において重要な意味を持ったのである。その一方で、学説によって違憲と指摘されることもある内閣総理大臣の異議は廃止されることなく存置された。

一　「実効的救済」の位置づけ、及び日独の研究スタイルの差異

1　行政事件訴訟法改正のキーワードとしての国民の権利利益の「実効的救済」

司法制度改革審議会意見書は「司法の行政に対するチェック機能の強化」ということから、「行政事件訴訟法の見直しを含めた行政に対する司法審査の在り方に関して、『法の支配』の基本理念の下に、司法及び行政の役割を見据えた総合的多角的な検討を行う必要がある。政府において、本格的な検討を早急に開始すべきである。」としていた。それを承けて、司法制度改革推進本部のもとに置かれた行政訴訟検討会（以下、検討会とする）が行政事件訴訟法の検討を進めたのである。

国民の権利利益の「実効的救済」が今回の大改正のキーワードであるが、それは、第一六回検討会における配付資料「行政訴訟制度の見直しについて検討の方向性が概ね一致していると思われる事項」に登場する。同資料は「基本的な見直しの考え方－権利利益の実効的救済の保障」と「具体的な見直しの考え方」から成り、前者は、「行政訴訟制度を見直して、国家賠償や行政不服審査の制度と相まって、国や公共団体による権利利益の侵害を受けた者の救済を実効的に保障することができる制度とする」というものであり、後者は、「行政訴訟を利用しやすくするための見直し」、「審理を充実・迅速化させるための方策の整備」、そして、「本案判決前における仮の救済の制度の整備」に細分化されている。

さらに、第二四回検討会において「行政訴訟制度の見直しのための考え方と問題点の整理（今後の検討のためのたき台）」がだされ、そこでは、具体的に、①取消訴訟の原告適格の拡大、②義務付け訴訟の法定、③確認訴訟による救済の可能性、④本案判決前における仮の救済の制度の整備、があげられていたのである。

2　「実効的救済」の憲法上の論拠

改正のキーワードとされた「実効的救済」の憲法上の論拠について、検討会では正面から取り上げられていない。確かに、行政訴訟に関する外国法制調査も行われ、とりわけドイツ行政訴訟において基本法一九条四項が保障する「権利保護の実効性」が詳細に報告されている（山本隆司「行政訴訟における外国法制調査―ドイツ（上）」ジュリスト一二三八号八六頁以下、同一二三九号一〇八頁以下）。わが国の行訴法とドイツの行政裁判とのこれまでの関係に鑑み、上記の議論は重要なポイントとなっていると思われる。

さらに、検討会ヒアリングで、実効的救済を憲法に基礎づけようとする見解も多かった。宇賀克也教授は第三回検討会で、「行政事件訴訟法の見直しを行う場合に出発点となるのは、憲法の保障する裁判を受ける権利」であり、「憲法三二条の裁判を受ける権利を基礎に、包括的実効的な権利保護を付与するという視点を基本に据えて、訴訟制度の見直しが行われることを期待しております」と述べ、実効的救済論の先駆者である阿部泰隆教授は、第四回検討会において、「行政に対する救済制度は、憲法三二条の裁判を受ける権利に基づいて、権利救済の実効性に立脚して構築されなければならない。そこから、行政と原告の対等性の原理、権利救済ルール明確性の要請が導かれるわけですが、これは立法にあたって、最初の条文に示しておくべきだと思います」と主張し、さらに、高木光教授は第五回検討会で、「憲法上の『包括的な権利保護』という要請を満たすことをめざし、原告側の『訴訟類型選択負担』を軽減する」と述べている。

しかし、実効的救済の憲法上の論拠が改正法はもちろん、立法過程で公式に明記されることはなかった。ただ、「新しい行政訴訟実務は、少なくとも『国民の権利利益の実効的救済』を遺漏なきようにするという立法者意思という強い縛りをかけられた」のは確かである（橋本博之「行政事件訴訟法改正と行政法学の方法」自治研究八〇巻八号五一頁）。シェンケ教授は報告の最後に、「裁判所による仮の権利保護の必要性が、憲法それ自体によって要請されている」と結

ばれているが、わが国との落差は大きい。その一因を探ってみたい。

3　学説と裁判実務との距離、および憲法と行政法の距離について

ドイツの連邦憲法裁判所と異なり、最高裁裁判所は憲法判断に積極的ではない。（ドイツの基本法一九条四項になぞらえることができる）憲法三二条「裁判を受ける権利」について最高裁判例を見るなら、重要なものは五個程度だろう。一方、ボン基本法一九条四項についての連邦憲法裁判所判例は膨大である。また、アメリカ最高裁も、デュープロセスについて多様な判例を展開している。

わが最高裁判例に、ドイツ連邦憲法裁判所判例のように、学説が登場することは稀である。また、一五名の最高裁判事のうち、学者出身は一名（行政法研究者の藤田判事）にすぎない（ドイツ連邦憲法裁判所は、一六名のうち六名が公法学者出身：二部構成で、各部に三名配属されている。）。最高裁は最終的な憲法判断を行うところであるが、最終上告審でもある。実際には民事刑事事件の最終判断を行う後者の役割が極めて大きい（したがって、最高裁の負担も大きく、もう一つの役割である憲法判断に消極的な態度を採る一因ともなっている。）。ドイツでいうなら、連邦憲法裁判所と連邦通常裁判所・連邦行政裁判所が合わさったものである。さらに、ドイツと異なり、わが国では憲法と行政法の研究が分離していることも特徴である（憲法学、行政法学の両方を専門とする研究者は稀である。）。

確かに憲法と行政法との距離は相当に広がっているとしても、行政事件訴訟において人権条項を除いた形で「実効的救済」を言うことは難しいであろう。ドイツの連邦憲法裁判所判例がそうであるからというのではなく、行政裁判手続で問題となっている権利の「実効的」救済ということからしてそう考えるのである。例えば、公会堂などの使用不許可処分について仮の救済を想定すれば、集会の自由の実現が重要なファクターとなってくる。したがって実体的権利（な

かずんく実体的基本権）の保障・実現が「実効的救済」の決め手とならざるを得ない。今後、最高裁判所が「実効的な権利救済」を判例のなかでどう位置付けていくのかが注目される。

二　内閣総理大臣の異議

1　仮の救済は行政作用か

内閣総理大臣の異議については、執行停止が司法に属するかどうか、かりに司法に属するとすれば内閣総理大臣の異議は執行停止手続に介入するものであり司法権を侵害するのではないか、ということが検討されねばならない。

ところで、ドイツ公法における「仮の救済」の法的性質について、シェンケ教授は次のように述べている。

「仮の権利保護にとっていずれにせよある程度固有のものである裁判官の裁量の行使と、それに結びつけられた法律による拘束の後退は、裁判所による仮の権利保護の付与は実質的には裁判ではなく行政である、という見解がかつてしばしば唱えられた原因であった。しかし、このような見解は、本案手続との関係で附従的であるという仮の権利保護の性格をそれが十分に考慮しえないという理由だけからしても、問題となりえない。次の事実もこの見解に対立する。すなわち、裁判所による仮の権利保護においてなされる措置は、身分上及び職務上独立した中立的な裁判官によって行われ、――仮の権利保護の性質から生じる修正を伴ってではあるが――原則としてそれ以外の場合に裁判所がその裁判作用において遵守すべきものと同じ手続原則が適用される、という事実がそれである」（「ドイツ行政訴訟における仮の権利保護」北大法学論集五九巻一号一三二―一三三頁）。

それでは、わが国では仮の救済の法的性質はどう受けとめられているだろうか。政府見解として、執行停止は、「判

決前の暫定的措置としてされる行政作用に属する事柄」であり、「行政事件訴訟法においては、このような行政作用に属する執行停止の許否の判断権を立法政策上裁判所にゆだねた」にすぎない（平成一二年一二月一九日づけの政府の答弁書（内閣参質一五〇第一三号））、とするものがある。次に、行政作用として執行停止・仮処分を理解する見解は、最高裁判例に照らすならばどう位置づけられるだろう。

最高裁は「強制調停違憲決定」（最大決昭和三五・七・六民集一四巻九号一六五七頁）において、憲法三二条の「裁判」及び八二条の「公開の原則の下における対審及び判決によるべき裁判」は「純然たる訴訟事件の裁判」に限られる、とする。訴訟と非訟を二分し、訴訟手続には公開・対審・判決が保障されるが、非訟手続には法政策論としてはともかく、憲法上は上記手続保障は及ばないのである。

訴訟・非訟と判決・決定手続の組合せについては、ａ訴訟＝判決手続、ｂ訴訟＝決定手続、ｃ非訟＝決定手続がありえよう。仮の救済については、かつては非訟作用と同様の性格を持つとする見解も有力であったが、現在では、訴訟と見る見解が大勢である。また、その手続は決定であるから、仮の救済はｂのカテゴリに含まれる。しかし最高裁判例によれば、ａとｃの区別は性質上「純然たる訴訟事件」かどうかに係らしめられることから、ｂは訴訟非訟二分論を採るこの最高裁判例から抜け落ちｃと同一視される可能性が高い。換言すれば、「純然たる訴訟事件」とは異なる手続を採る必要のある仮の救済については、憲法上の手続保障、なかんずく裁判を受ける権利は及ばないのではないかという疑問が残るのである。この点、民事保全手続のみならず、口頭弁論を経ないで決定ができる執行停止手続にもあてはまる（参照、行訴法二五条二項、六項）。

執行停止（さらには仮の救済）の法的性質が司法か行政かと問うならば、司法権及び裁判を受ける権利を根拠として司法と解答することになる（仮の救済を行政とみる見解は最近では減少している。）。そして上記の分析を踏まえ、仮の

救済を司法と位置づけるには、最高裁判例の採る訴訟非訟二分論さらに本案手続中心思考を見直し、執行停止そして仮処分といった仮の救済が入るであろうb領域の固有の意味を探求するとともに、「決定」を重装備の訴訟＝判決手続からの逃避に終わらせないよう、それに憲法上の手続保障を結びつけて考える必要がある。

司法権を司法権たらしめているのは、「紛争を如何にして解決するか」（藤田宙靖『行政法学の思考形式〔増補版〕』（木鐸社、二〇〇二年）九九頁）という「対象の処理のしかた」（安念潤司「司法権の概念」高橋＝大石編『憲法の争点〔第三版〕』（有斐閣、一九九九年）二二六頁）にある。つまり、司法のメルクマールといってよい手続的公正を含むよう形成されねばならないのである。さらに、紛争解決の主体たる裁判官にも注目する必要があろう。公開・対審・判決を備えたものが訴訟であり、非公開・審尋・決定にとどまるものは非訟であり「行政」だという訴訟非訟二分論から脱却し、憲法上（他の権力から）独立した中立的な裁判官が、手続的公正に則って審理を行う（「対象の処理のしかた」）のであれば、それは司法と言うべきである（その際、法的審問、及び武器平等が核心である、とシェンケ教授は述べている。Vgl. Verfassungsrechtliche Garantie eines Rechtsschutzes gegen Rechtsprechungsakte?, JZ 2005, S. 121.）。

2　内閣総理大臣の異議の合憲性

内閣総理大臣の異議を合憲とする上記の政府見解は次のように述べている。「執行停止は、本案の訴訟における終局判決と異なり、判決前の暫定的措置としてされる行政作用に属する事柄であり、行政事件訴訟法においては、このような行政作用に属する執行停止の許否の判断権を立法政策上裁判所にゆだねたにすぎず、したがって、裁判所による執行停止の決定を覆す権限を内閣総理大臣に認めたとしても、司法権を侵害することにはならず、内閣総理大臣の異議の制度が憲法に違反することにはならない」。

しかし、執行停止＝仮の救済を行政作用とする見方は、1で述べたように採ることはできない。そして、執行停止＝仮の救済を司法作用と見るならば、「内閣総理大臣の異議」の制度は司法権を侵害し、さらに、裁判を受ける権利を侵害する。ところで、合憲説のもう一つの根拠は、内閣総理大臣が「緊急事態等への対応」するために必要とするものである。この主張はその出自からしてある意味当然といえる。即ち、結果として内閣総理大臣の異議の「誕生」に寄与した平野事件仮処分決定は、公職追放という占領政策の根幹を揺るがすもので、連合国総司令部及び日本国政府からすれば〝緊急事態〟と捉えられたのである。

緊急事態とは多義的概念であり、緊急事態に執行停止（仮の救済）手続が関わるものとして、どういうものが考えられるであろうか。内閣総理大臣の異議と緊急事態との関わりの例として言われることの多いメーデー事件は、そもそも使用許可申請が拒否されたため執行停止が関わった事案ではない。雄川教授が内閣総理大臣の異議について指摘しているように、「この諸国法にも例を見ない異議制度は、もし行政事件訴訟特例法になかったならば、むろん新たに案出されることはなかったであろう」（雄川一郎「行政事件訴訟法立法の回顧と反省」『公法研究四五号』一三〇頁）。

ただ、次のようなケースは考慮に入れる必要がある。行政文書不開示処分取消請求事件において、特定の文書の提出が仮の義務付け（行訴法三七条五第一項）によって可能となるならこれによって文書が閲覧され、被処分者にとり「満足的執行停止」となろう。その結果、抗告審の出番はなくなってしまう（地裁の執行停止決定に対する即時抗告について抗告審の高等裁判所が迅速に審理・判断する運用が最近の実務では行われている。そうすると、内閣総理大臣の異議によって執行停止決定の執行を停止する必要性は、上記のケースを除けば想定しがたいであろう。）。「国の安全等に関する情報」（情報公開法五条二号）、及び「公共の安全等に関する情報」（同法五条四号）が関係する場合が特に重要である。このようなケースに限り内閣総理大臣の異議を存続させることも考えられるが、それでは憲法上の問題は解消さ

れないだろう。そこで、抗告審の意味を喪失させる上記のようなケースについては即時抗告に執行停止効を認めることも考えてよいのではないか。

※追記

本報告については、笹田栄司『実効的基本権保障論』第三章（信山社、一九九三年）、及び、同『司法の変容と憲法』第二部第一章・第二章（有斐閣、二〇〇八年）を参照されたい。

（本報告は、科学研究費補助金・基盤（B）（2）「権利・利益の実効的救済手段としての『仮の救済』についての実証的、総合的研究」（平成一七～一九年度・研究代表者笹田栄司）の成果の一部である。）

研究ノート

韓国における条例制定権の範囲と限界（三・完）

――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条例
（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、五八巻四号］

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）現行地方自治法第二七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（地方税創設肯定説）
二）地方税法律主義（地方税創設否定説）
（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

［以上、五八巻六号］

（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．概説
二．違法条例に対する大法院提訴

三．違憲・違法命令・規則審査権による統制
四．憲法訴願制度による統制
第五節　小括
おわりに

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

条例は地方自治団体の自主法ではあるが、上位の法令に違反することは出来ない。すなわち、条例には法令優位の原則が適用され、法令に違反した条例は無効である。[1] こうした法令優位の原則は、韓国の実定法上明確に規定されている。憲法第一一七条第一項は「法令の範囲内」で条例を制定できると規定しており、地方自治法第九条第二項は、地方自治団体の事務を例示しているが、そのただし書に「法律にこれと異なる規定がある場合は、この限りではない」とし、同法第二二条には「法令の範囲内」で条例を制定できると規定している。これは、法令優位の原則を明示しているものと解釈される。ここで、「法令の範囲内」の解釈が問題となるが、これをめぐって通説は、「法令に違反しない範囲内で」条例を制定できるものとして解釈する。また、判例は「法令の範囲内」を厳格に解釈し、法令の明文に明らかに違反しない条例だけ、その効力を認め、明文規定に違反した内容の条例に対しては、一貫してその効力を否定してきた。

例えば、光州市都市計画事業収益者負担金徴収条例に対する判決で、大法院は、「都市計画法に基づき、収益者負担金徴収に関して条例で定めるよう委任されたとしても、その不服手続を訴願法による訴願に限定した都市計画法第八八条に違反する内容の規定を設けるのはできないので、負担金納付通知書を受けた日から一〇日以内に異議申請をしなければならないと規定した光州市都市計画事業収益者負担金徴収条例第二〇条は、都市計画法第八八条の規定に違反し無効である」[2]と示した。また、地方自治が復活した後に行われた近年の判例（安養市建築条例案無効確認請求訴訟）でも、「地方自治団体は法令の範囲内で

（以上、本号）

その事務に関して条例を制定出来るが、被告が一般住居地域内の建築物の建築禁止及び制限に関する条例を制定するに当たって、一般住居地域を一種、二種、三種に分けて指定できるようにした法令の趣旨に従わなければならず、二種一般住居地域が集合住宅・低層アパート中心の住居環境を助成するために指定されるものであるという範囲を逸脱することは出来ない。ところが、改正条例案は二種一般住居地域にも一五層アパートの建築が出来るようにその制限範囲を広げ、二種一般住居地域が高層アパート中心の住居環境になる結果を招いており、住居環境を保護するために建築物の規模を制限した都市計画施行令第二二条第二項第一号に抵触し無効である」[3]と示し、判例は一貫して条例に対する法律優位の原則を堅持し、法律の先占事項は条例制定の対象外とされ、法令が一定の事項に対して規定している場合に、条例でそれを上回る規定を設けることは許さなかった。いわゆる、法律先占論が厳格に守られてきたと言える。

法律先占論は、国が法律で規定している領域、すなわち、国が法律で先占している領域に対しては、法律の委任がない限り、条例を制定することが出来ないとする見解であり、日本で体系化され、一九六〇年代までには条例と法律との関係に関する支配的な見解であった。しかし、一九六〇年代末頃から、公害や環境の悪化から地域を守るために国の法令の規定よりも厳しい基準を規定した条例（上乗せ条例）、法令の定めた規定対象よりも広げた規定を定めた条例（横出し条例）が各地で制定されるにつれ、憲法論を導入した新しい条例論が登場することとなったが、この過程で法律先占論の克服が行われ、法律先占論は衰退することになる。

一方、韓国においては法律と条例の関係について、日本の法律先占論が早くから取り入れられ、支配的な基準として作用してきた。特に、地方自治が中断された時期が長かったせいもあり、法律先占論の克服が遅れ、地方自治が復活したしばらくの間も日本のような横出し、上乗せ条例の論議は殆ど見られず、法律先占論は学説・判例上も堅持されてきたと言える。しかし、地方自治が発展するにつれ、一九九〇年代半ば以降から、国の法令と規制の目的・対象は同一であるが、法令による規制よりも厳しい規制を規定した上乗せ条例や規制対象を追加した横出し条例（韓国では追加条例といわれる）が多く登場することとなり、判例も従来の厳格な法律先占論の立場から緩和し、国の法令の目的や効果を阻害することなく、国の法令が全国一律の規定を求める趣旨でない限り、地域の実情に合わせて条例による規制を上乗せ・横出ししても国の法令と矛盾・抵触するもの

ではなく、合法であるという見解が目立ってきている。

法律優位の原則と条例との関係については、こうした上乗せ・横出し条例の制定が可能なのか、そして、法律の規定と目的が異なる条例が制定可能か、法律の規定が存在しない空白の領域にも条例の制定が可能なのかなどが大きな論点である。以下では、法律優位の原則と条例の関係における上記の論点に対する韓国の学説や判例の傾向について述べることにする。

二．法律空白領域と条例

現代社会は多様化、複雑化、専門化、高度化を特徴とする。こうした社会ではしばしば法律の規制が社会のニーズに即時に対応できず、立ち後れて法律空白領域が発生する場合がある。法律と条例の関係については、こうした法律空白・立法不在領域に対して地域的ニーズにより条例で規制する必要性が発生した場合に、条例の制定が可能であるかが問題となる。

これについて学説では「法令に規定がなくても、国の全権に属しない事務に関して、一般的な裁量により条例で規定することが出来る」とする見解[4]、「立法者が直接規律していないため法令により規定されていない領域に対しては、条例で直接規定することは合法である」とする見解[5]、「地域的特性により、固有事務に関して拘束的な規律が必要な場合は、法律による全国的規律が行われる前でも、例外的に条例制定が許容できるという論理が可能であろう。規律対象・規律方法や手段及び手続などが、憲法と行政法の一般原理と調和できる限度内において法律の制定を待たず、条例で規律することは可能である」とする見解[6]等が、提示されている。

法律空白領域には、法律不備の場合と、法律廃止の場合に分けることができる。まず、法律の不備の場合は、当該事案の性格からみて、何の規制もしてはならず、自然放置すべきものと判断される場合は条例で規制できないが、国法が予想しなかった部分を地域特殊性に基づき、補完・規制したほうが合理的な場合には、条例で規制できると言える[7]。

次に、法律廃止の場合、当該分野において国家全体の立場から当該行為を法規範として規制する必要がないと認められ、法令を廃止した場合は、条例でこれを規制する必要がないと言える。例えば、ある処罰法規が廃止された場合、それは国法が単に沈黙しているのではなく、国家としては、その犯罪性そのものを否定したものであるから、条例を持って処罰することは出来ない[8]。

しかし、国レベルでは全国的・統一的規制をする必要性がないために国法を廃止したが、地域の特殊事情による規制を禁止

する趣旨で法令を廃止した場合は、条例でこれを規律できると言える。(9)

次に、法律空白領域と条例の抵触が問題となったケースとしては、以下のようなものがある。一つ目は、清州市行政情報公開条例に対する判例である。これは、既に第一節のところで紹介された判例であるため、詳しい内容は省略するが、当時（一九九一年）国のレベルで情報公開条例が未整備された状況下において、清州市議会が全国で初めて行政情報公開条例案を議決したが、首長は根拠法がないことを理由に再議を議会に要求した。しかし、議会で再び再議決されたために、首長が条例案の取消を求めて大法院に出訴した事例である。

大法院は、判決で「地方自治法第二二条は、地方自治団体は法令の範囲内で、その事務に関して条例を制定することが出来るが、住民の権利制限または義務の賦課に関する事項や罰則を定める場合は、法律の委任がなければならないと規定しているから、地方自治団体はその内容が住民の権利制限、又は、義務の賦課に関する事項でない限り、法律の委任がなくても条例を制定することが出来ると言える。ところが、本件条例案は行政に対する住民の知る権利の実現を目的としながらも、これによる個人の権利侵害の可能性を排除しているので、住民の権利を制限し、義務を賦課する条例であるとは言えず、その制定に当たって必ずしも個別的委任が必要であるとは言えない…。

本件条例案は、国家委任事務ではなく、自治事務に関する情報だけを公開対象としており、全国的統一基準に従う必要性はなく、地方自治団体が各地域の特性を考慮し、固有事務と関連した行政情報の公開事務に関して独自に規律できると考えられるので、国の立法不備を理由に地方自治団体の自主的な条例制定権の行使を妨げることは出来ない」と示し、「法律空白」領域に対する条例制定権を認めた。

二つめの事例は、ビデオルーム規制条例である。韓国では一九九〇年代に入ってから新種業態としてビデオルームという名のルーム付きビデオ鑑賞のお店が全国的に流行り始めた。これは、貸し出したレンタルビデオをその場でルームに入って見られるシステムであるが、ルーム式になっているため不健全な営業を行うお店も現れ、規制の必要性が生じてきた。しかし、当時はまだこれを規制する法令もなく、立法不備の状態が続いたため、釜山市ではビデオルームに対する登録制や規制違反に対する過怠料の賦課などを内容とする、「ビデオルーム規制条例」を一九九四年に立案したが、これについて当時の内務部（現行政自治部）は、「ビデオルーム営業に関する事項は、憲法が保

障する職業選択の自由に属し、これに対する規制行為は、国民の権利と自由を制限するものであり、個別法の委任がなければこれに関する条例制定権は認められない」という解釈を示し、結局、釜山市は条例の制定を断念し、ビデオルーム規制条例は制定されなかった。しかし、その後、ビデオルームに対する規制の必要性を感じた政府は、一九九五年に「音盤及びビデオ類に関する法律」を改正し、ビデオ鑑賞業を登録制にし、施設基準や規制に違反したお店には取り締まりが出来るようにした。

三つ目の事例は、急流ボート乗りに対する規制を内容とする条例案を議員提案で発議し、議決されたが、地方自治法第二二条の規定に違反すると判断され、再議の結果、否決となった事例である。これは、一九九六年に江原道麟蹄郡議会が、郡内に散在するリフトツアー業者の施設において、施設不備による安全事故が多発していたため、リフトツアー業者の数を制限し、施設に対する規制と登録制を内容とする条例案を発議したが、事業者の数を制限し、規制違反に対する財産権放棄などの規定は、住民の権利を制限するものであり、法律の委任がなく、法令に違反するとして再議に掛けられた結果、急流ボート乗り規制条例案は否決された。しかし、その後、水上レジャー事業者に対する登録制度、操縦免許制度を内容とする、水上レジャー安全法（一九九九・二・八公布、法律第五九一〇号）が制定され、法の空白領域が埋められた。

思うに、法律空白領域に対する条例制定の判断基準としては、法律不存在が条例による規制を明らかに禁ずる趣旨である場合、規制対象の事務が国家事務の性質を持つ場合、住民の権利制限・義務賦課に関わる分野に対して法律の委任規定がない場合[10]、憲法上の基本権原理から自然放置したほうが妥当であると判断される場合[11]などは、条例の規制対象にならないとみるべきである。

しかし、法律の空白が憲法上の基本権保障の側面から規律すべき事項を規律していない場合や不十分な場合などは、地域的必要性から条例でそれを規制・補完することが出来ると言える。また、法律の空白領域に対して条例で規制・補完する分野が住民の権利・利益を侵害する分野の際には、その解釈を厳格に適用し当該地域の特殊性から不可避的な場合でない限り、条例による規制は避けるべきであり、住民に利益を与える「収益的分野」の場合は、当該地域の特殊性を考慮し比較的自由に条例による規制が許されるというべきであろう。

三．法律と異なる目的の条例

法律優位の原則と条例との関係においては、法律と規制対象

が同一であるが、規制の目的、趣旨を異にする条例が制定可能かも重要な論点の一つである。すなわち、一つの建築物に対して、建築法はその構造の強度と安全性を、都市計画法は全体的な土地利用の合理化を、消防法は火災の予防を目的として各法律で規制しているのと同様に、法が規制している同一対象について、法の趣旨・目的とは異なる条例が制定できるかの問題である。これについて過去日本では、動物保護管理法（昭和四八年）の制定前に置いて、飼犬の取締りのために、犬の所有者に対する義務や罰則などを内容とした飼犬取締り条例を制定することは、狂犬病予防法とその趣旨を異にするからなんらさしつかえないとされている。[12]

また、判例上も、徳島公安条例上告審判決で、最高裁は、「特定の事項について、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って法令の目的・効果が阻害されない場合は、法令と条例の抵触はなく、条例は法令に違反しない」と示し、条例によって法令の目的・効果が阻害されない限り、目的を異にした条例の制定を認めている。[13]

一方、韓国の判例上も、光州広域市東区地方議会が制定した低所得住民の生活保護のための支援条例案に対する判決で、大法院は、「条例が規律する特定事項に関して、それを規律する国の法令が既に存在する場合でも、条例が法令と別途の目的に基づき規律することを意図し、その適用により法令の規定が意図する目的と効果を阻害しない場合…、条例は国の法令に違反しない」[14]とし、法律の目的と効果を阻害しない限り条例で法律の趣旨・目的を異にする条例は制定可能であるとされる。

思うに、法律が規定している対象に対して目的を異にする条例の制定は、法律に著しく違反しない限り条例を制定できると言える。しかし、それを判断するに当たっては、当該地域の特殊性、侵害される私益と保護する公益との比例原則、法律の目的と効果に対する阻害性、国法全体の統一性との関連などを総合的に検討する必要があると思われる。

四．超過条例及び追加条例

超過条例とは、法律と同一目的で同一対象に対して、条例で規制基準をより強化して施行する条例である。[15]一方、追加条例とは法律が規制している目的と同一の目的で規制し、その規制対象を追加して規制する条例である。[16]この超過条例及び追加条例に関する論議は、法律と条例の関係において法律が先占している領域に対して条例がどこまで規制できるかをめぐり議論が展開され、法律先占論を乗り越え、いわゆる上乗せ・横出し条

例の法的許容性を根拠づける条例論が形成されてきた一九六〇年代以降の日本の条例論の影響を大きく受けているため、日本における議論の展開について参照として補足しておく。

日本の場合、超過条例や追加条例、すなわち、上乗せ条例や横出し条例に関する法理は、一九六〇年代末から大気汚染防止、水質汚染防止、騒音規制など公害規制領域で、当時深刻化しつつあった公害や環境汚染を防ぐために国の法律の基準を上回る規制を取り入れた公害防止条例、煤煙防止条例、騒音防止条例などを制定する自治体が続出したが、その適法性を導くために展開された。

例えば、公害行政領域における地域的特性と住民の生存権確保という憲法的要請に照らし、企業の財産権及び自由権よりは、前者の価値優越性、公害行政に対する現代的要請などに鑑み、国の法令による公害規制は条例による規制を抑制するものではなく、全国的・全国民的視点から規制する最低基準（ナショナルミニマム）として捉え、上乗せ・横出し条例の合法性を導いた、公害規制法律ナショナルミニマム論[17]。地方自治体の営む行政の中には固有の自治事務領域としての第一次的権限と責任が地方自治体に留保されるべき行政が存在し、こうした事務領域は地方自治行政の核心的部分として、国の立法政策に左右されないいわゆる「固有の自治事務領域」であり、かかる事務領域に対して、国が法律を制定して規制措置を定めた場合は、それは全国一律に適用されるべきナショナルミニマムの規定と解すべきであり、地方自治体がそれを不十分と考える場合は、それ自体基本的人権の保障や比例原則に違反しあるいはその手段目的が不合理でない限り、独自に条例をもって横出しないし上乗せ規制を追加することも可能であるとした、いわゆる「固有の自治事務領域規制法律ナショナルミニマム論」[18]。地方自治にかかわる国の法令を最低基準として捉え、単なる法文の文理解釈ではなく、地方自治の本旨に従い、規定事項の性質に応じつつ条例を巡る地方自治を不当に抑制しない条理解釈によって、国の法律は「規制限度法律」と「最低基準法律」に大別でき、前者は、規制事項の性質と人権保障とに照らして、当面における立法的規制の最大限まで規定していると解される法律であるから上乗せはできないが、後者は、全国的な最低基準として定められていると解される法律であるから、地域行政需要に応じて上乗せ条例ができるとする、「規制限度法律・最低基準法律区別論」[19]などの解釈論が展開された。そして、この時期の上乗せ・横出し条例の適法性の法理を導く一連の過程は、従来、法律と条例の関係に関する支配的な解釈論であったいわゆる法律先占論…法令が明示

又は黙示に（法令による明確な規制はないが、法令全体の趣旨から考えて）先占している事項については、法令の明示的な委任がなければ条例を制定できないという論理…に対する批判と見直しが行われた時代でもあった。なお、日本におけるこうした上乗せ・横出し条例の適法性に関する法的可能性は、判例にも反映されることとなり最高裁大法廷判決[20]によっても、公認されることになった。すなわち、「条例が国の法令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。……特定事項についてこれを規律する国の法令と条例が併存する場合でも、後者が前者とは別の目的に基づく規律を意図するものであり、その適用によって前者の規定の意図する目的と効果をなんら阻害することがないときや、両者が同一の目的に出たものであっても、国の法令が必ずしもその規定によって全国的に一律に同一内容の規制を施す趣旨ではなく、それぞれの普通地方公共団体において、その地方の実情に応じて、別段の規制を施すことを容認する趣旨であると解されるときは、国の法令と条例との間になんらの矛盾抵触はなく、条例が国の法令に違反する問題は生じないのである」。

一方、韓国では日本のような横出し・上乗せ条例に対する論議が始まったのは、一九九〇年代以降、地方自治制が復活してからのことである。地方自治が中断されていた時期には上乗せ・横出し条例の問題が発生する余地がなかったため、日本のように法律と条例の抵触に関する議論や法理を展開する必要性がなく、当然、公法学者の間でも重要な関心の領域ではなかった。しかし、地方自治制が復活した以降は、法令の規定を上回る基準や規定を定めた条例や、法令の規制対象よりさらに規制内容を追加した条例などが現れ、その適法性を巡り大法院に提訴されるケースが増加するにつれ、その適法性を導く過程で日本の判例や学説が受容されるようになった。特に、韓国の代表的な行政法学者であり日本でも著名な故徐元宇教授は、上乗せ条例を超過条例、横出し条例を追加条例と名付け、日本の学説を紹介しながらその適法性を説いている[21]。

思うに、上乗せ条例・横出し条例に関する論議は、法令の不備や欠陥の程度、地域的規律の必要性、憲法上の生存権、幸福追求権、環境権などの基本的人権論の観点から、アプローチすべき論点であると思われる。

日本の場合、この種の論議は主として、公害・環境行政の領域で現れたが、韓国は生活保障、福祉などの給付行政の分野で

現れているのが特徴であるが、以下では、超過条例に関する判例の傾向について述べてみることにする。

（一）超過条例を適法とした判例

一）光州広域市東区地方議会の低所得住民の生活保護のための支援条例案

自活保護対象者に対する生活保護支援を規定した光州広域市東区地方議会の低所得住民の生活保護のための支援条例案は上位法令である生活保護法の趣旨と抵触せず、適法であるとした判例（大判 1997. 4. 25, 96chu244）

〈事実の概要〉

光州広域市東区地方議会（被告）は一九九六年一一月七日に低所得住民の生活保護のための支援条例案（以下、本件条例案）を議決し、光州広域市東区庁長（原告）に移送したが、原告は地方自治法第一七二条一項の規定に基づく光州広域市長の再議要求指示に従い、被告に再議を要求したが、被告は再議要求に対して原案通り再議決を行った。

再議決された本件条例案は、二年以上当該地方自治団体に居住を持つ者の中で法律上扶養義務者がいるが、扶養義務を行うことが出来ない者として認められ、事実上生活に困難な自活保護対象者を本件条例案の保護を受ける保護対象者とし、生活保護法所定の生活費水準に準じて、区予算の範囲内で生活費を支援し、区庁長に毎年の一般会計予算で保護対象者の生活費支援に必要な費用を確保することを義務づける内容であった。原告は、本件条例案は地方財政法や生活保護法に違反し違法であるとして、条例案再議決の無効を求めて大法院に提訴した。

〈判旨〉

大法院は次のように判示し、本件条例案は違法ではないとし、原告の主張を退け棄却した。

① 地方財政法違反について

原告は、地方財政法第一四条一項は、同項各号で定めている場合を除く、地方自治団体が個人に寄付・補助又は公金を支出することを禁じているが、本件条例案に基づき支援する生活保護対象者に対する生活費支援は、同項各号所定の場合に該当せず、地方財政法第一四条の規定に違反すると主張する。

地方自治団体の財政及び会計に関する基本原則を定めて地方財政の健全な運営と厳正な管理を図ることを目的で制定された地方財政法は、その第二条で地方自治団体財政の健全な運営の

義務を規定し、第一四条一項一号は、地方自治団体が個人又は公共機関ではない団体に寄付・補助又はその他公金の支出を行うことが出来る場合の一つとして「法令の規定がある場合」を規定している。

ところが、地方自治団体は住民の社会保障、社会福祉の増進に努力する義務（憲法第三四条二項、第一一七条）及びその事務を処理するに当たって、住民の便宜及び福利増進のために努力する義務（地方自治法第八条一項）を負い、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（地方自治法第二二条）、地方自治法第九条二項二号には、生活困窮者の保護及び支援を地方自治団体の事務の一つとして例示している。こうした法令の規定を総合してみると、本件条例案第三条、第五条、第八条の規定により決定された保護対象者に対する生活費の補助は、地方自治法第九条二項二号所定の「生活困窮者の保護及び支援」に該当し地方自治団体の事務に属することが明らかであり、したがって、本件条例案により決定された保護対象者に対する生活費補助は、地方自治団体が個人又は公共機関ではない団体に対する寄付・補助又は公金の支出が出来ることを規定した地方財政法第一四条一項一号所定の「法令の規定ある場合」に該当するものと見るべきである。したがって、本件条例案が地方財政法第一四条の規定に違反するという原告の主張は理由がない。

② 生活保護法違反について

原告は、生活保護法は保護対象者の選定基準及び保護内容と保護に必要な財源の調達方法に関して規定しているが、本件条例案は法律の委任なしに条例で生活保護法が定めている保護の対象及び方法を拡大したので上位法令である生活保護法の規定に違反すると主張する。

しかし、地方自治団体は法令に違反しない範囲内において、その事務に関して条例を制定することができ、条例が規律している特定事項に関してそれを規律する国の法令が既に存在する場合にも条例が法令と別途の目的で規律することを意図し、その適用によって法令の規定が意図する目的と効果を全く阻害せず、また、両者が同一の目的をもっているが、国の法令が必ずしもその規定により全国画一同一の内容を規律する趣旨ではなく、その地方自治団体がその地方の実情に合わせて別途に規律することを容認する趣旨として解釈される場合はその条例が国の法令に違反するものではないといえる。

ところが、本件条例案の内容は生活維持の能力がなく、生活

が困窮な人に対して保護を施し、彼らの最低生活を保障し自活を助成することにより、区民の社会福祉向上に寄与することを目的としたものであり、生活保護法とその目的及び趣旨が同じであるが、保護対象者選定の基準及び方法、保護の内容など生活保護法とは異なる規定をし、生活保護法所定の自活保護対象者の中から事実上生活維持が困難な者に対して、生活保護法とは別途に生活費を支援することを内容としている点で生活保護法とは異なるところがあり、本件条例案により生活保護法所定の自活保護対象者の一部に対して生活費を支援するとしても、生活保護法が意図する目的と効果を阻害する恐れはなく、生活保護法が自活保護対象者に対しては生活費を支援しないように規定しているとしても、それが全国一律・同一の内容の保護を行う趣旨とは言えず、各地方自治団体がその地方の実情に合わせて別途の生活保護を実施することを容認する趣旨であるとみるべきであり、本件条例案の内容が生活保護法の規定と矛盾・抵触するとは言えない。

そして、原告は、生活保護法第三六条は保護対象者に対する保護業務に要される費用を国と地方自治団体が一定の比率で負担するように規定しているが、本件条例案は保護対象者の保護に必要な財源の全額を当該地方自治団体の出費で賄うように規定しているから、生活保護法第三六条の規定に違反すると主張する。

しかし、地方自治団体がその財政権により確保した財貨は、その構成員である住民の犠牲によって成り立ったものであるからこれを効率的に使用することで健全な財政の運営を営まなければならず、住民の福利に関する事務を処理する権限と義務を持つ地方自治団体の機関である地方議会が、事前に地方自治団体長の意見を聞き（地方自治法第一二三条）、当該地方自治団体の財政能力の範囲内で生活保護法とは別途に、生活困窮者を保護する内容の条例を制定・施行することは地方自治制度の本質に付合するものであり、これによって地方自治団体財政の健全な運営に支障を来すものではない限り、これを責めることはできない。

ところが、地方自治法を見ると、地方自治団体長は会計年度ごとに法令及び条例が定める範囲内で合理的基準により予算案を編成し、これを地方議会に提出し（地方自治法第一一八条一項、地方財政法第三〇条一項）、地方議会は予算の審議・確定権限（地方自治法第三五条二号）に基づき、首長が提出した予算案の適正当否を判断し又は決算の承認権限（地方自治法第三五条三号）に基づき、事後的に首長が支出した予算の適正当否

を審査するようになっているが、本件条例案によると、保護対象者の具体的な選定基準は規則で定め（条例案第三条二項）、保護対象者に支給する生活費の額も区予算の範囲内で定めるように規定し（条例案第四条第二項）、地方自治団体長に生活保護に所要される予算の規模を決定する権限を与えているから、本件条例案の施行により当該地方自治団体財政の健全な運営に支障を来すとは考えられない。したがって、本件条例案により決定された保護対象者に対する生活補助に所要される財源の全額を当該地方自治団体の出費で賄わせたとしたことを理由に、本件条例案が生活保護法に違反するとは考えられない。よって、本件条例案が法令に違反し無効と主張する原告の主張は理由がないから、これを棄却する。[22]

二）丹陽郡共有財産管理条例[23]

地方自治法と地方財政法においては、重要財産の処分と取得に関して、地方議会の議決を義務づけながら、共有財産の管理行為に関しては、別途の規定を設けていないが、この事項を条例で規定したことが違法ではないとされた事例

〈事実の概要〉

丹陽郡（以下、原告）は一九九九年九月一三日に丹陽郡議会（以下、被告）に対して、丹陽郡共有財産管理条例改正案（以下、本件条例案）の議決を求めたが、丹陽郡議会は同条例案三七条第一項（以下、本件係争条項）を修正議決した。修正された係争条項には、そのただし書に、「原型を変更する工業用賃貸などの管理の場合」にも、地方議会の議決を受けることを義務づけ、共有財産の取得と処分以外にも原型変更を起こす可能性のある工業用財産の賃貸のような共有財産の一部管理行為も被告の議決事項としたが、原告が議決を求めた案には、共有財産の取得と処分のみが被告の議決事項とされ、上記のような管理行為はその対象から除外されていた。そこで、原告は、本件条例案の係争条項は、委任条例であるにもかかわらず、上位法令である地方自治法と地方財政法などの委任範囲を超え、その趣旨に反する事項を規定しており、法令が定めていない事項を規定した違法条例であると主張し、大法院に出訴した。

〈判旨〉

棄却

地方自治法第九条第一項と第一二条などの関連規定によると、地方自治団体は原則的にその固有事務である自治事務と法

令により委任された団体委任事務に関して、いわゆる自治条例を制定できるほか、個別法令において特別に委任している場合には、機関委任事務に関してもその委任の範囲内でいわゆる委任条例を制定できるが、条例が規定している事項が、その根拠法令に照らして自治事務や団体委任事務に関するものであるならば、これは自治条例として地方自治法第二二条が規定している「法令の範囲内」という事項的限界が適用されるのみで、委任条例のように国家法に適用される一般的な委任立法の限界が適用される余地はない。

ところが、地方自治法第九条第二項第一号などの規定によると、本件係争条項で規定している共有財産の管理は、地方自治団体の自治事務に該当することが明らかであり、したがって、本件係争条項は自治条例として地方自治法第二二条で規定している「法令の範囲内」という事項的限界が適用されるのみであるが、ここでいわれる「法令の範囲内」とは、「法令に違反しない範囲内」という意味であり、特定事項に関して、国の法令がすでに存在する場合でも、その規定の趣旨が必ずしも全国一律に規律するものではなく、各地方自治団体がその地方の実情に合わせて別途に規律することを容認する趣旨であると解釈される場合は、条例が国の法令で定めていない事項を規定していても、これが法令違反になるとは言えない（大法院 1997. 4. 25, 96chu244 判決参照）。

ところが、地方自治法第三五条第一項第六号及びその施行令第二二条の三と地方財政法第七七条及びその施行令第八四条は、一定の重要財産の取得と処分に関しては、管理計画で定め地方議会の議決を受けることを義務づけながらも、共有財産の貸し付けのような管理行為が、地方議会の議決事項であるかに関しては明示的に規定していない。しかし、地方自治法第三五条第二項では、地方議会で議決すべき事項を条例で定めるように規定しているだけでなく、共有財産の管理がその行為の性質などから、地方自治団体長の固有権限に属するものとして、地方議会が事前に関与してはならない事項であるとされる根拠はないかいら、地方自治法と地方財政法などの法令において、上記のような重要財産の取得と処分に関して地方議会の議決を受けることを義務づけながら、共有財産の管理行為に関しては別途の規定を置かなくても、これは共有財産の管理行為を地方議会の議決事項にすることを排除する趣旨ではなく、各地方自治団体においてそれに関して条例で別途に定めることを容認する趣旨であるとみるべきである。

したがって、本件係争条項においてその共有財産の管理行為

を被告の議決事項と規定しているのは、上記のような地方自治法第三五条第二項の規定によるものであり、同法第二二条で定めている法令の範囲内という自治条例の事項的限界内の規定と言うべきであり、法令に違反する条例規定であるとは言えない。

三）ソウル特別市農水産物卸市場条例[24]

月間取引の実績が最低基準に満たない場合に、卸業の許可を取り消す行政処分の規定を定めたソウル特別市農水産物卸市場条例は、旧農水産物流通及び価格安定に関する法律が定めた基準よりも厳格な基準を定めているが、裁量権の範囲を逸脱せず、違法ではないとされた事例

〈事実の概要〉

旧ソウル特別市農水産物卸市場条例（二〇〇一・四・一六改正前の条例、以下、条例）第五条は、仲卸業者が維持すべき月間最低取引基準を定め、第四条及び条例施行規則には、仲卸業者の取引実績が最低基準に三ヶ月連続して達しない場合は、仲卸業許可を取り消す行政処分ができる規定が定められていたが、これに基づき、許可の取消処分を受けた仲卸業者（以下、原告、被上告人）は、条例の規定内容は、地方自治法第二二条ただし書き定める住民の権利制限又は義務賦課に関する事項に該当するにもかかわらず、法律の委任がなく無効であり、したがって、本件処分は違法であるとしてソウル高等裁判所に処分の取消を求めて出訴し、原審では本件処分は違法と判断されたため、ソウル特別市長（以下、被告、上告人）は大法院に上告した。

〈判旨〉

破棄差戻し。

「旧農水産物流通及び価格安定に関する法律（二〇〇一・一・二八・法律第六二一三号全文改正前のもの、以下、同法）は、農水産物流通の円滑を図り、適正な価格を維持させることで、生産者と消費者の利益を保護し、国民生活の安定を図ろうとする立法目的（第一条）を達成するために、地方自治団体が農水産物の卸売取引のための卸売市場を開設し（第一二条）、農林部長官の許可を得て開設する中央卸売市場の場合、その開設要件として、卸売市場の運営に関する細部事項を定めた業務規定の内容が、卸売市場の健全な運営を図るに適合と認められること、開設される卸売市場の取引品目に対する当該地域の需給実績と需給見通し、そして、その地域の卸売市場ごとの取引実績

と取引見通し等の内容が入っている運営管理計画書の内容が忠実であり、その実現が確実であると認められることなどを要求することにより（第一五条）、卸売市場がその機能を果たすように配慮している。また、地方自治団体が開設された卸売市場で農水産物の販売などの業務を担当する適正数の卸売市場法人を指定し（第二四条、第一八条）、同法の立法目的の達成と卸売市場がその機能を円滑に行われるよう、卸売市場における正常な取引の妨害防止規定（第三七条第一項）、卸売市場開設者の公正な取引秩序確立義務（第一六条）と、卸売市場における取引秩序維持のために必要な措置を行うこと（第三七条第一項）を規定している。一方、条例は同法の規定を受け、卸売市場運営に必要な細部規定を定めているが、特に、仲卸業者が一ヶ月以上続けてその業務を休業した場合、仲卸業者の月間取引実績が条例が定めた最低取引基準に三ヶ月以上達しない場合、正当な事由なしにその業務を怠り農水産物流通に重大な障害をもたらした場合などの事由が発生した場合には、その中卸業の許可を取り消しうることを規定している。」

そして、判決は次のように示し、上乗せ条例の適法性を導き、原審を破棄差戻しした。

「仲卸業者に対して取引実績を維持するように明文の規定を置き、これを条例で定めるよう明示的に委任していないが、厳格な規制方法をもって卸売市場の適正な運営を図ろうとする同法の趣旨や農水産物の流通過程における仲卸業者の地位と役割から見て、もし仲卸業者がその役割を忠実に行わなければ、卸売市場における取引を通じて農水産物流通の円滑化を図ろうとする同法の立法目的達成に重大な影響を及ぼす恐れがあること、卸売市場における公正な取引秩序確立のために設けた同法第三七条などの規定は、仲卸業者がある程度の取引実績を維持することで卸売市場がその機能を発揮することを前提としている点、そして、同法が卸売市場における正常な取引を妨害する行為を禁止しているから、長期にわたる基準に達しない取引実績に対して制裁を加えることが同法の規定趣旨に付合する点などに照らして、仲卸業者の月間最低取引基準を定め、これに達しない場合は許可取消の処分をするように規定している本件条例第四条、第五条及び条例施行規則第一七条の二の規定は同法第三七条などに基づき、その法律規定が予定している事項を具体化・明確化したものとして委任根拠があると言える。

地方自治団体の月間取引実績が条例で定めた最低取引基準に達しない卸売市場の仲卸業者に対する仲卸業許可を取り消した場合、この取消処分は同法の立法趣旨、仲卸業者の役割及び適

切な処分をしなかった場合の波及効果などの公益目的を考慮すれば裁量権の範囲を逸脱・濫用したとは言えない。」

（二）超過条例を違法とした判例

一）水原市自動車車庫地確保などに関する条例[25]

車庫地確保対象を自動車運輸事業法令が定めた基準よりも拡大し、自動車管理法令が定めた自動車登録基準よりも高い基準を定めた条例を違法とした判例

〈判例の内容〉

この判例は前節のところで既に紹介されているため詳しい内容は省略するが、超過条例の適法性を否定した代表的な判例である。大法院は、自動車管理法など国の法令が規定している自動車登録基準よりも強化した基準（車庫地確保基準）を規定した水原市自動車車庫地確保条例に対して、法律の委任根拠はあるが、その内容が自動車運輸事業法令などの基準よりも高い基準や面積を定めた同条例は上位法令の制限範囲を超過し無効とした。

二）ソウル特別市ボイラ設置条例[26]

ボイラを設置する建築主に対して、ボイラの設置・施工確認書の提出を義務づけ、提出しないと建築物の使用承認を与えないことを内容とした条例案は建築法令に違反するとした判例

〈事実の概要〉

ソウル特別市議会（以下、被告）は、二〇〇三年一二月一九日にソウル特別市ボイラ設置条例改正案（以下、本件改正条例案）を議決し、ソウル特別市長（以下、原告）に移送したが、原告は上級官庁である行政自治部長官の指示に従い、本件改正条例案第四八条が、地方自治法第二二条、行政規制基本法第四条に違反することを理由に被告に再議を求めたが、被告は同年二月一六日に開かれた臨時会において本件改正条例案を原案通りに再議決し確定され、同年二月二七日に公布された。そこで、本件改正条例案の再議決は上位法令に違反し無効であるとして大法院に提訴したのが本事件である。

〈判旨〉

認容判決

「改正条例案第四八条が建築物にボイラを設置・施工した場合に、施工者に対してボイラ設置・施工確認書を建築主と工事

監理者に交付する義務を賦課する一方、建築主に建築物の使用承認を申請するに当たって上記のように交付されたボイラ設置・施工確認書の添付を義務づけ、その書類の未添付を建築物使用承認の拒否事由とすることで、ボイラを設置する建築主に対してボイラの設置・施工確認書を提出しないと建築物の使用承認を拒否することを内容としており、これは、住民の権利を制限し住民に義務を賦課する事項であることが明らかであるので、地方自治法第二二条ただし書き及び行政規制法第四条の規定に基づき、それに関する法律の委任がなければ適法とはならない。

都市ガス事業法第一四条第一項、第二項、同法施行規則第二〇条、第二〇条の二の各規定は、ガス施設施工業の登録をした者が、ガス供給施設又はガス使用施設の設置工事又は変更工事を完成したときには、ガスボイラ設置・施工確認書などを作成・保存し、その謄本を都市ガス事業者及び特定ガス使用施設でガスを使用する者に対して交付することを規定することで、ガス施設工業を登録した者に対して、ガスボイラ設置・施工確認書などを都市ガス事業者と特定ガス使用施設でガスを使用する者に対して提出を義務づけるだけであるから、ガス・油・電気・練炭ボイラなどのボイラ設置・施工者に対してボイラ設置・施工確認書を提出する義務を賦課し、建築主が建築物の使用承認申請時に、上記のような確認書の提出を義務づけている本件条例案第四八条の委任根拠とはならないと言える。

建築法第二一条第五項、建築施行規則第一九条第三項の各規定によると、工事監理者は暖房設備が設計通りに施工されているかを確認したが監理中間報告書及び監理完了報告書を作成し、建築主に提出し、建築主は建築物の使用承認を申請するときには、中間管理報告書と監理完了報告書を添付し提出することを義務付けているが、上記各規定は、暖房施設の手抜き工事を防止して安全事故を予防し、エネルギー使用の効率的な利用を図ることにその立法趣旨があるといえるが、そうであるなら、改正条例案第四八条は、上記建築法令の規定が規制していることとは異なる新しい規制であるか、より強い態様の規制を行うものとみるべきであるから、改正条例案第四八条は上位法令である上記建築法令の規定に違反するものである。したがって、改正条例案は違法であり改正条例案に対する再議決の効力は否認されるべきである。」

三）楊平郡墓地などの設置許可に対する住民の意見聴取に関する条例案[27]

羈束裁量である私設墓地などの設置許可の要件を法律の委任なしに、法律の要件よりも強化した規定を定めた条例案を違法とした判例

〈判決内容〉

この判例は、第四節「地方自治団体の事務と条例制定権の限界」のところで取り上げられているので、詳しい内容は省略するが、私設墓地などの設置許可に対して影響圏内の住民二／三以上の賛成を許可要件として規定した楊平郡墓地などの設置許可に対する住民の意見聴取に関する条例案（以下、本件条例案）が法令の規定より強い規定を定めた上乗せ条例としてその適法性を否定した判例である。

大法院は判決で「憲法第一一七条第一項と、これに基づいた地方自治法第二二条本文によると、地方自治団体は法令の範囲内でその事務に関して条例を制定できると規定しているから、条例は法令に違反すると無効になる。

本件条例案は第三条の内容は、墓地などの予定地に対する影響圏を規定し、影響圏内の二／三以上の賛成を得て墓地などの設置許可をすることを規定している。しかし、埋葬及び墓地などに関する法律第八条は、私設墓地などを設置する者は道知事の許可を受けることを規定し、同法施行令第五条は、私設墓地などの設置基準を定め、同法施行令第九条は、墓地などの設置禁止地域を定めているが、影響圏内にある住民の同意に関する規定は存在しない。

埋葬及び墓地などに関する法律第八条の私設墓地などの設置許可行為は、同法施行令第五条第二項などに定められた基準による羈束裁量行為と見るべきであり、行政庁としては法令が定めた基準に該当すれば私設墓地などを設置することを許可しなければならないと言える。

ところが、埋葬及び墓地などに関する法律の立法目的は、墓地などの管理に関する事項を規定することにより、保健衛生上の危害を防止し、国土の効率的利用及び公共福利の増進に寄与することにあり（第一条）、一方、本件条例案は、楊平郡の地理的状況を利用して墓地などの嫌悪施設乱立による住民の集団反発を防ぐために、墓地などの設置許可における住民の意見聴取事項を規定することを目的とする（第一条）ものであるが、本件条例案でいう住民の集団反発とは、保健衛生上の理由に基づくものであると言えるから、結局、上記法律と本件条例案の立法目的はほぼ同じであると言える。したがって、本件条例案第三条は、上記法律が定めた私設墓地などの許可要件に対して

上記法律と同一又は類似した目的で、法令の根拠なしに影響圏内の住民二／三以上の賛成という新しい許可要件を加重するものであり、法令の要件に該当すれば私設墓地などの設置許可をすべきことを規定した埋葬及び墓地などに関する法律及びその施行令に違反する違法なものとみるべきである。」と示し、法律の要件よりも強化した規定を定めた条例案を違法とした。

第六節　小括

日本の場合、条例制定権の範囲と限界に関する論議は、憲法によって保障された条例制定権に、自治体の条例で行政的規制を定める余地が認められた結果、公安条例による表現の自由の制限や青少年保護条例による表現の自由・営業の自由・私生活の自由の制限などにみられるように、条例による規制をめぐる基本権侵害がしばしば問題となり、憲法の定める法律留保事項との関係で条例制定権の範囲と限界に関する究明に議論が交わされてきた。また、法律との関係では、「法令に違反しない限り」条例制定権が保障されていることから、条例が国の法令に違反せずどこまで立法的規制をなしえるか、その適法性に関する理論的究明に議論が行われてきた。その結果、憲法や法律との関係における条例制定権の範囲と限界に関するテーマは条例論の核心をなすものとして取り上げられ、多くの議論と論点を交わしながら条例論が形成されてきたといえる。

憲法との関係における条例制定権の範囲と限界ついては、条例でどこまで住民の権利を制限し義務を賦課することが可能であるか、特に、財産権保障規定を定めた憲法第二九条二頁、罪刑法定主義を定めた憲法三一条、租税法律主義を定めた憲法第八四条などの憲法の法律留保事項との関係に関して議論が集中し、判例や学説が形成されてきた。以下では、日本における憲法上の法律留保事項と条例との関係をめぐる学説や判例の動向について述べてみることとする。

まず、財産権法定主義と条例との関係である。日本国憲法第二九条二頁は「財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める」と法律留保事項になっているため、条例で財産権を規制できるかが過去議論されてきた。特に、条例による罰則及び地方税の創設の場合と異なり、条例による財産権制限の可能性については、包括的委任を定めた法律規定が存在しないため、まちづくりのための土地利用の規制や環境保全のための産業活動の制限等を内容とする条例制定の許容性に関する問題は、実務上も切実な問題であった。(28)

条例による財産権制限については否定説と肯定説が見られる。否定説の論拠は、財産権の内容に関する規制は、たとえ公共の福祉の要請が存するとしても、法律の個別的な委任がある場合を除き、条例で規制することは憲法上認められず、形式的意味の法律によらなければならないというものであり、憲法二九条二頁の「法律でこれを定める」という文言をその根拠とする。さらに、財産権が全国的取引の対象となりうることから、土地利用規制について法律の定めるところによる旨を明記した旧地方自治法第二条三項一八号、一九号の規定を挙げ[29]、財産権の場合その内容を定めたり、これを制限するためには、統一的に法律によるものが妥当であると主張する[30]。また、この否定説の中には、憲法第二九条二項の文言が財産権の「内容」を法律で定めるようにしていることから、財産権の内容と行使を区分して前者に対しては条例による規制が不可能であるが、後者に対しては条例による規制が可能であるとする見解もある[31]。

肯定説は、条例による財産権規制は財産権の行使だけでなく内容についても可能であるとする。その論拠は、条例制定権を保障する憲法九四条が国会を唯一の立法機関と定めた憲法四一条の例外をなし、条例が地方議会という民主的基盤に立って制定されることから、実質的に法律と差がないこと（条例準法律説）、条例による規制が許される精神的自由権よりもその社会的・内在的制約の厳しい財産権について、条例による規制を認めないのは均衡を失すること、憲法二九条二項の趣旨は、財産権を規制するには議会の議決した法律を必要とし、行政命令をもってすることはできないという「法律の留保」の原則を定めたものと解すべきで、前述の条例準法律説にたてば、条例をもって財産権を規制してもその原則に反するものではないという点を挙げている[32]。

条例による財産権規制について、一九五〇年代までには行政解釈や判例[33]においても、財産権規制の全国統一性、財産権規制の法律留保を定めた憲法二九条二頁の文言、旧地方自治法第二条三項一八号、一九号の規定などを理由に、否定的な見解が支配的であった。しかし、一九六〇年代以降、住民の安全や健康を守り、快適なまちづくりのための条例が制定されるにつれ、条例による財産権規制の必要性が表れ、特に、一九七〇年以降は財産権の行使についても条例で規制できるとする見解が有力となり、自然保護条例、郷土保全条例、モーテル規制条例などが、一九八〇年代以降はリゾート開発、マンション建設などの乱開発から地域の環境や景観を守ろとうする各種まちづくり条例が登場することとなった。これらの条例は土地利用や開発の

規制など財産権規制にかかわる性格上、条例による財産権規制がどこまで許容できるかが特に問題となったが、判例の傾向もいわゆる「ため池条例判決」[34]で、ため池条例の条項はため池所有者の財産権行使に著しい制限を加えるものであるが、「それは災害を未然に防止するという社会生活上のやむを得ない必要から来るものであって、ため池堤とうを使用する財産上の権利を有する者は何人も公共の福祉のため当然これを受忍しなければならない」と判示し、災害防止の必要がある場合には、条例で財産権の行使を制限することができるとし、初期の否定的見解から肯定的見解に転じている。いまのところ判例の傾向は災害防止など消極的見地からの財産権規制しか認めていないが、都市計画区域外の区域や未線引き都市計画区域内での開発に関して許可制や届出制を定める条例、ゴルフ場等の造成事業につき協議にもとづく同意の取得を条件としたり、協定の締結を義務づけたりする条例など、地域の環境保全や快適なまちづくりを進めるために積極的な規制を行っている条例が数多く存在するのが現状であることから、現在では実務や学説においても、条例による財産権規制については可能であるという見解が支配的であり、もっぱら個別法令との抵触・違背に論点が集中する傾向である。[35]

次に、罪刑法定主義と条例との関係である。憲法第三一条は「何人も、法律に定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪われ、又はその他の刑罰を科せられない」とし、罪刑法定主義を定めている。これと関連して、憲法第七三条第六号ただし書では、「政令には、特に法律の委任がある場合を除いては、罰則を設けることはできない」とされている。これは、刑罰が社会秩序を維持していくうえで必要不可欠なものである反面、人身の自由に対する重大な侵害となるものであることから、法律の定める手続によるべきことを定めたものであるが、手続の法定にとどまらず手続の前提となる要件の法定、すなわち、法律で定めた刑によらなければ罰せられないという罪刑法定主義の原則が、その趣旨に含まれると解されている。ところで条例については、地方自治法第一四条第五項で「普通地方公共団体は、法令に特別の定めがあるものを除く外、その条例中に、条例に違反したものに対し、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、科料又は没収の刑を科する旨の規定を設けることができる」と定めている。このような条例への刑罰権の委任が、憲法第三一条等に違反してないかどうかが従前から問題とされ議論されてきた。

この問題について学説・判例はほぼ一致して当該条項を憲法

三一条違反ではないとしており、合憲か違憲かの次元よりは、もっぱら合憲性の根拠をどこに求めるかをめぐり見解が分かれている。

第一説は、憲法直接授権説ともいうべきものであるが、これは、条例制定権は憲法九四条から直接与えられたもので、それにはただ法律の範囲内という制約が付されているにすぎず、これは憲法第三一条の「法律」とは「国会の制定する法律」であるというべきことの例外として憲法自身が認めたものであるから、法律（法律の委任）なくして政令の罰則はないが、法律なきところ、若しくは法律の禁止なきところにも条例の罰則はあるとされる。そして、地方自治法第一四条三頁は、憲法第一〇三条を受けて、条例を制定しうる範囲内についての一般的制限を設けたものであるとする。(36)

第二説は、条例準法律説ともいうべきものであるが、条例が地方公共団体の議会の議決を経て制定され、法律に準ずる民主的な法形式であることから、憲法第三一条との関係では条例を法律と同様にみる見解である。すなわち、憲法第三一条は、政令に対する罰則の委任を禁止した憲法第七三条第六号ただし書とともに元来行政府による刑罰権の乱用を防ぐためのものであり、地方公共団体の自治立法である条例に対する一般的委任を禁止する趣旨ではなく、条例は行政立法と異なり、住民の代表機関である議会の議決により成立するものであり、実質的法律に準ずる性質をもつから、法律の委任は一般的・包括的で足りるとし、地方自治法第一四条三項は、そうした委任・授権規定であるという。(37)

第三説は、委任要件緩和説である。これは、条例に対する罰則の委任にも憲法第七三条第六号のただし書の制限を受けるから、条例への罰則の委任は包括的委任は許されず、具体的な委任が求められるが、条例は地方議会の議決を経た民主的な法形式であるから、罰則を政令に委任する場合のように個別的・具体的であることを要しないとする。

条例への罰則委任が問題となった代表的な判例である、「大阪市売春勧誘行為等の取締条例事件」(38)において最高裁は、条例に対する罰則の委任は憲法三一条に違背するとした被告の主張に対して「地方自治法一四条五頁（現行地方自治法一四条三項）による罰則の範囲も限定されている。しかも、条例は、法律以下の法令といっても…、公選の議員をもって組織される地方公共団体の議会の議決を経て制定される自治立法であって、行政府の制定する命令などとは性質を異にし、むしろ国民の公選した議員をもって組織する地方公共団体の議会の議決を経て制定

される法律に類するものであるから、条例によって刑罰を定める場合には、法律の授権が相当な程度に具体的であり、限定されておればたりると解するのが正当である」とし、条例準法律説の立場に立って条例への罰則の委任を合憲とした。

次に、租税法律主義と条例との関係である。日本国憲法第八四条は、「あらたに租税を課し、又は現行の租税を変更するには、法律又は法律の定める条件によることを必要とする」とし、租税法律主義を定めている。ところが、地方税に関しては地方税法第三条一項には、「地方団体は、その地方税の税目、課税客体、課税標準、税率その他課税徴収について定をするには、当該地方団体の条例によらなければならない」とされているため、当初から、地方税が租税法律主義に違反するのではないかが問題となり、租税法律主義を定めた憲法第八四条の規定と地方税の賦課徴収について条例によることを定めた地方税法第三条一項との関係をめぐって、地方税法の存在を前提としたその合憲性の問題として議論がなされてきた。

この論点に関する学説・判例は、地方税法の合憲という結論においては見解の一致を見せていたが、その合憲性の根拠については当初、見解が分かれていた。例えば、地方公共団体は地方税法の包括的委任を受けて条例による課税ができるという説[39]、租税法律主義の例外として地方公共団体は条例により課税をしうるという説[40]、などがあった。そして、一九六〇年代以降には、自治体の自治権を構成する財政高権を根拠として、個別的な法律の委任がなければ地方税の賦課徴収に関する事項を規定し得ないと解することに対して疑問を呈し、「自治権の一つとして財政高権を有する地方公共団体が個別法律の委任のない場合には地方税の賦課徴収に関する事項を規定し得ないとは解せず、又条例準法律説に立つならば憲法八四条の法律には条例も含まれると考える」とし、憲法八四条の法律には条例も含まれるとする説[41]や、憲法が創設した自治体の固有権たる財政権は、地方議会の議決を経て条例の制定というかたちで行使され、住民はこの条例によりはじめて納税の義務を負うという地方税条例主義が、地方税の賦課徴収には要請され、この点で憲法八四条の「法律」には条例が含まれるとするいわゆる「地方税条例主義が」提唱され[42]、判例[43]にも影響を及ぼすなど有力説となってきた。現在では、地方税に関する条例の制定は憲法により授権されたという見解が通説とされる[44]。

以上のように、日本における条例制定権の範囲と限界に関する問題は、憲法の法律留保事項との関係を巡る法律的論点とともに、法律との関係をめぐっては、一九六〇年代に国の公害防

止防止法令と同一対象について規制を強化した規定を定めた公害防止条例に象徴されるように、法律が規制している同一の対象に対して法律が定めた基準より高次の規制を定めたいわゆる上乗せ条例や、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横出し条例などの適法性に関する問題が、論点として議論を巻き起こした。これと関連して、戦後当初は、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の制定をなしえないという、いわゆる法律先占論が支配的な見解であったが[45]、一九六〇年に以降、公害防止条例のような上乗せ条例が登場したのを契機として、従前の法律先占論を克服し、法律と条例の関係を住民の生存権や憲法の保障する地方自治の本旨に基づき、理論的に再構築しようとする動きが現れた。例えば、「公害行政の目的は国民・住民の生活環境の保全＝生存権確保にあるから憲法の価値構造上資本的財産権に生存権が優先することなどを考慮するならば、すくなくとも公害行政領域においては国の法律の規制基準は最低基準であって地方自治体が地域的特質に応じて上乗せ基準を定めることも許されるべきである[46]」とする公害規制法律ナショナルミニマム論など、上乗せ・横出し条例の法的適法性を根拠付けるための様々な学説が展開された。この過程については、すでに本章で触れているので、分権改革以降、新たに登場した法律と条例の関係に関する解釈論である、いわゆる「標準説」または、「標準設定論」とも言うべき説について触れてみることにする。これは、二〇〇〇年分権改革により機関委任事務が廃止され、国と自治体の役割分担の原則を定めた地方自治法第一条の二、これに立脚した法令の立法・解釈運用の原則に関して定めた第二条一一項、一三頁などが新設・改廃されるなど、条例制定権をめぐる立法環境が大きく変わったことから、条例制定をめぐる法解釈にも分権改革の趣旨を生かした解釈論が必要であることを前提にした解釈論である。すなわち、法律は、全国画一的性格を持っているから、地域によっては、その内容が過剰・過少規定となっている可能性は否定できないとし、「地域の特性」の観点からみれば自治事務を規定する法令の内容は基本的に「標準的なもの」として、とらえるべきとされる[47]。

また、自治事務が自治体の事務であることに考えれば、国法は、むしろ、「標準法」的な性格を持つものであり[48]、自治事務の内容が、自治体の自己決定権を尊重する地方分権の趣旨に合わないとなるならば、地域の利害を調整した上で、当該事務を実施する自治体において、たとえ明文の規定がなくても、国法を解釈し、条例によって、当該自治体なりの「リージョナル・

オプティマム」あるいは「ローカル・オプティマム」が実現できる制度をつくればいいとされる。(49)

要するに、「標準説」又は「標準設定論」とは、少なくとも自治事務に関しては法令上の基準はいわば「規律の標準設定」としてとらえるならば、当該自治体において、法律の趣旨目的を阻害せず、当該自治体の公共の福祉の増進が期待されるなど、国の法令の基準を超える必要性が存在すれば、法令に特段の明示がない限り、地域の実情に応じてこれを緩和又は強化することは可能であるという考え方である。

また、最近条例制定権の拡大のため注目を集めているのがいわゆる条例による法令の上書き権である。これは、最近の北海道道州制特区設置の議論の過程で浮上した概念であるが、地方自治団体が自主的・主体的な裁量によって政策を実施できるように、国の法令や省令を修正できる強力な条例制定権を持つ仕組みである。上書き権については最近の地方分権改革推進委員会の中間報告（平成一九年一一月）において条例制定権の拡大のため条例で法令の補正を許容できる上書き権の確保が提示されており、日本における条例制定権は第二次地方分権改革が進むにつれより強化されていくものと思われる。

日韓の条例制定権の限界に関する学説や判例の傾向は、日本の場合、条例による基本権制限に肯定的であり、条例による行政刑罰の創設まで認めているのに対して、韓国は条例による基本権制限については消極的であり、住民の権利制限や義務賦課に対しては法律の委任が必要とされ、日本と比べると条例制定権の範囲が狭く、自治体の自主的な立法活動に制約が多い。また、日本のように上乗せ・横出し条例の法的許容性をめぐり、それを根拠付ける学説が展開される契機となる要因が少なかったせいか、条例論に関する韓国独自の理論形成が行われこなかった。長い間中央集権の国家システムが続いたため、自治体の実務界においても地方自治法制における自治立法権の果たす役割と機能の重要性をそれほど自覚していないのが現状であり、自治立法を作れる法務能力も十分とは言えない。住民も条例違反行為に対して行政罰しか設けていない条例を遵守するわけにはいかない。法律の委任なしには条例で住民の権利・義務に関する事項を定めることができないようになっている、現行地方自治法制の下では憲法によって保障された自治立法権は意味を持たないと思われる。その意味で、条例違反に対して「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」の罰則を科することが認められている日本の現行制度は、「地方公共団体にかか

る広範な立法権限を一律に認める地方自治制度は、おそらく比較法的にはめずらしい[50]」と指摘しているように、日韓の条例制定権を比較すると日本のほうがはるかに広範な権限が認められているといえる。

第四章　条例に対する統制

地方自治団体は独立した法人格を持つ主体であり、憲法により保障された地方の統治主体として国家から統制や関与されないのが原則である。しかし、地方自治団体も国家や国民の全体の利益に違反してはならず、それは地方自治団体に対する統制の正当な根拠となる。地方自治団体に対するこうした統制の手段は多様なものがあるが、特に条例に対する統制は地方自治団体のもつ立法権限に対する統制手段として多様な制度が設けられている。以下、韓国の現行法上設けられている条例に対する統制手段について統制の主体を中心に住民による統制、行政府による統制、立法府による統制、司法府による統制に区分して述べてみることにする。

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

住民による条例の制定及び改廃請求制度は地方行政への住民参加手段を強化するために一九九九年に新設された。地方自治法一五条一項には「地方自治団体の一九歳以上の住民は市・道及び五〇万以上の大都市においては一九歳以上の住民総数の一〇〇分の一以上、七〇分の一以下、市・郡及び自治区においては一九歳以上住民総数の五〇分の一以上二〇分の一以下の範囲内で当該地方自治団体の条例で定める一九歳以上の住民数以上の連署で当該地方自治団体の長に条例の制定及び改廃を請求することが出来る」と規定されている。

条例は住民の代表機関である地方議会で制定されるため、住民が条例の制定過程に参加することは出来ない。したがって、住民のニーズに合わない条例や不当・不合理な条例が制定された場合これを是正する手段が必要である。条例の制定及び改廃請求制度は、住民が積極的に地方行政に関与できる直接民主主義の手段として極めて重要である。

住民の条例制定及び改廃の請求があれば、地方自治団体の長は条例の制定及び改廃案を作成して地方議会に付議しなければならないから実質的には住民が提案権を持つものと解釈され

る。条例案の制定又は改廃請求があっても条例案に対して制定又は改廃する義務を負うものではないため実効性はないと思われる。しかし、住民の条例制定及び改廃の請求があった際、地方自治団体の長は必ず地方議会に付議しなければならないため地方自治団体の条例制定権に対する地域住民による直接的な統制手段の一つといえる。

条例の制定及び改廃請求の際、一定以上の住民が共同して行うことになっているが、これは、この制度が間接民主制の欠陥を補完するためのものであり、個人の権利擁護のためのものではないことによるものである。[51]

（二）請求権の内容

一）請求の主体

条例の制定及び改廃を請求できる住民の数は地方自治団体の規模により、市・道及び五〇万以上の大都市においては一九歳以上の住民総数の一〇〇分の一以上、七〇分の一以下、市・郡及び自治区においては一九歳以上住民総数の五〇分の一以上、二〇分の一以下の範囲内で当該地方自治団体の条例で定める一九歳以上の住民数以上の連署で当該地方自治団体の長に条例の制定及び改廃を請求することが出来る。一九歳以上の住民総数は年度ごとに算定し、「住民登録法」の規定による住民登録票に基づいて調査した前年度一二月三一日現在人口統計による。

二）請求の相手方

条例の制定及び改廃請求の相手方は当該地方自治団体の議会ではなく、地方自治団体の長である。

三）請求の対象

条例の制定・改廃の対象は地方自治団体の条例制定権が及ぶ条例の規定事項である。但し、次の三つの事項は除外される。ⅰ）法令に違反する事項　ⅱ）地方税・使用料・手数料・負担金の賦課・徴収又は減免に関する事項　ⅲ）行政機構の設置・変更に関する事項又は公共施設の設置を反対する事項。

四）請求の手続

ⅰ）地方自治団体の一九歳以上の住民が条例の制定及び改廃請求をするには、請求人の代表者を選定してからこれを請求人名簿に記載し、請求人の代表者は条例の制定及び改廃案を作成して提出しなければならない。

ⅱ）当該地方自治団体の長は請求があれば受け付けた日から五

日以内にその内容を公表し、請求を公表した日から一〇日間請求人名簿又はその写本を公開した場所に配置し閲覧できるようにしなければならない。

iii）請求人名簿の署名に関して異議がある者は地方自治団体の長に前記ii）の期間内に異議を申請することが出来る。

iv）異議申請があった場合、地方自治団体の長はi）の期間が終了した日から一四日以内にこれを審査・決定し、その申請に理由があると決定した場合は請求人名簿を修正し、これを異議申請した者と請求人の代表者に通知し、その異議申請が理由なしと決定した場合はその旨を直ちに異議申請をした者に通知しなければならない。

v）地方自治団体の長はiii）の規定による異議申請がない場合又、同項の規定によって行われた全ての異議申請に対してiv）の規定による決定が完了した場合は請求を受理し、そうでない場合は請求を却下し、これを請求人の代表者に通知しなければならない。

vi）地方自治団体の長はv）の規定により請求を却下する場合は請求人の代表者に意見提出の機会を与えなければならない。

vii）地方自治団体の長はiv）の規定により請求を受理した日から六〇日以内に条例の制定又は改廃案を地方議会に付議し、その結果を請求人の代表者に通知しなければならない。

二．請願権及び住民の訴願権

韓国憲法第二六条第一項には「すべての国民は、法律が定めるところにより、国家機関に文書で請願する権利を有する」、同条第二項には「国は請求に対して審査する義務を負う」と規定し、請願権を保障している。そして、この憲法の規定を受け、請願権行使の手続と請願の処理に関する事項を規定した請願法が制定されているが、その第九条には請願を受理した国家機関が誠実かつ公正に請願を審査・処理し、通知する義務を規定している。

請願できる機関は憲法の規定では国家機関とされているが、地方自治団体に対しても請願することが出来る。請願は地域の住民だけでなく地域に居住する外国人も出来る。そして、自然人だけでなく法人も請願できる。

請願について地方自治法第七三条第一項には「地方議会に請願を行おうとする者は、地方議会議員の紹介を得て請願書を提出しなければならない」と規定し、議員紹介による議会への住民請願権を認めている。請願を紹介した議員は所管委員会又は

本会議の要求がある場合は請願の趣旨を説明しなければならない。

請願の内容は被害の救済のみならず、立法に関する事項も請願事項であるため条例の制定及び改廃に関する請願も可能である。したがって、地方自治団体の住民は憲法、請願法、地方自治法の規定により条例に対する統制を行うことが出来ると言える。

第二節　立法的統制

立法府による統制とは中央政府が地方自治団体の行為に準則を定め、この準則に違反した場合に統制を行う方式である。しかし、立法的統制は現代行政においては行政の複雑多様化、専門領域の増大、行政裁量権の拡大等により弱まってきていると言える(52)。

韓国憲法第一一七条第二項には「地方自治団体の種類は法律で定める」と規定し、第一一八条第二項には「地方議会の組織、権限、議員選挙並びに地方自治団体の長の選任方法その他地方自治団体の組織及び運営に関する事項は法律で定める」と規定されている。これは地方自治団体の行政は立法権を持つ国会により統制され、国会が地方自治の形成者としての権限を持つことを意味する。

韓国憲法は自治立法に関して「法令の範囲内」で保障しているので国会は法律の制定を通じて自治立法を統制することが出来ると言える。すなわち、地方自治団体の事務に対して上位法規である法律で細かい規定を定めたり、地方自治団体の自治立法が国家の立法政策に反した場合は関連する法律の規定を改正したり廃止すれば、条例は法令の範囲内で制定されなければならないから条例の制定・改廃を誘導することになり自治立法に対する大きな統制手段といえる。

自治立法に対するもう一つの立法的統制手段として挙げることができるのは、地方自治団体に対する監査制度である。地方自治団体に対する現行監査制度には地方自治団体の執行機関自らによる監査、地方議会の行政監査・調査等の内部監査制度と、国会の国政監査・調査と、監査院(53)による外部監査制度がある。

国会や監査院による地方自治団体に対する監査の範囲は、「国政監査及び調査に関する法律」第七条二項において「地方自治団体の中で特別市・広域市・道、但し、その監査範囲は国家委任事務と国家が補助金予算を支援する事業とする」と規定し、広域地方自治団体に限定され、基礎地方自治団体には及ばない。

したがって、地方自治団体の固有事務に対しては地方自治団体の執行機関や地方議会による内部監査[54]のみ行われることになる。地方自治団体に対するこうした外部又は内部監査制度により地方自治団体の条例に対する調査・監査が可能であるため監査制度は地方自治団体の自治立法権に対する立法的統制手段の一つといえる。

第三節　行政的統制

一．再議要求による統制

（一）意義

再議要求制度はそもそも大統領制国家において立法に関する国会の独占を牽制し、法令の執行機関である政府の立法に関する意志を反映し、立法機関と行政府間の牽制と均衡を保つための手段として設けられた制度である。

現行地方自治法は地方議会と長の関係を機関対立型の大統領制を採用しており、再議制度は議会と長が対立した場合の調整手段の一つである。又、条例案や議決内容が権限の逸脱又は法令違反に該当する場合に条例の適法性を確保する手段でもある。

現行地方自治法は長による議会の議決に対する再議制度[55]と、国が地方自治団体を指導・監督する立場から地方議会の議決事項に対して再議要求を行うことが出来る制度を設けている。又、再議要求制度と併せて地方議会で再議決された違法な条例に対して大法院に提訴する制度を設けている。

（二）再議要求制度の類型

現行地方自治法には再議要求制度として四つの類型を規定している。まず、第二六条三項には「地方自治団体の長は条例案に対して異議がある場合に再議を要求することが出来る」と規定している。

第一〇七条には、地方議会の議決が越権又は法令に違反又は公益を著しく害すると認められる場合に、そして、第一〇八条には地方議会の議決が予算上執行出来ない経費が含まれると認められる場合に再議を要求することが出来ると規定している。第一七二条には、地方議会の議決が法令に違反又は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・郡及び自治区に対しては市・道知事が再議を要求することが出来るとし、上級行政機関による再議要求制度を設けている。

（三）再議要求権者

地方自治法第二六条三項及び第一〇七条一項と第一〇八条一項には地方自治団体の長が再議要求権者であることを、主務部長官（行政自治部長官）又は上級地方自治団体の長の指示による再議要求を規定している第一七二条にも当該地方自治団体の長が再議要求権者であることを明らかにしている。(56)

又、地方教育自治に関する法律には、教育監による再議制度(57)が設けられている。すなわち、教育監は教育・学芸に関する市・道議会の議決が法令に違反し若しくは公益を著しく害すると判断される場合は、その議決事項が移送された日から二〇日以内に理由を付し、再議を要求することができる。教育監が教育人的資源部長官から再議要求をするよう求められた場合は、市・道議会に再議を求めなければならない（同法第二八条一項）。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、教育監は再議決された日から二〇日以内に大法院に出訴することができる（同条三項）。教育人的資源部長官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、当該教育監が出訴しない場合は、当該教育監に出訴を指示し又は直接出訴することができる（同条四項）。

（四）条例案再議要求の事由及び基準

地方自治法第二六条における再議要求事由は「条例案に対して異議がある場合」であり、同法一〇七条における再議要求事由は「越権又は法令に違反するか公益を著しく害すると認められる場合」であり、同法第一七二条における再議要求事由は「法令に違反するか公益を著しく害すると認められると判断される場合」とされている。第一〇八条の再議要求事由は同条二項に「予算上執行できない経費が含まれていると認められる場合と、災害復興費等を削減する場合」に再議要求が出来ると規定され、再議要求の基準が第二六条、第一〇七条、第一七二条に比べて具体的に示されている。

一）当該地方自治団体の事務ではない事務に関して規定した場合

地方自治法第二二条は「地方自治団体は…その事務に関して条例を制定することが出来る」と規定しているので、当該地方自治団体の事務ではない事務に関して規定した条例は法令に違反することとなり、再議要求の事由となる。国家事務や機関委任事務等は個別法律において条例で定めることを委任しない限り、条例制定の事項ではない。したがって、国家事務や機関委

任事務等に関して条例を制定した場合再議の対象となるが、現行法上地方自治団体の事務と国家事務や機関委任事務の区分が困難な場合が多く、再議が行われやすい領域である。

二）法律の委任なしに住民の権利制限・義務賦課又は罰則を規定する場合

地方自治法第二二条ただし書には「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は法律の委任がなければならない」と規定している。したがって、こうした基準に違反した条例案に対して地方自治団体の長は再議要求を行うことが出来る。

三）法令に違反した場合

憲法第一一七条第一項は「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が出来る」と規定し、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」と規定している。したがって、こうした基準に違反した条例案に対して地方自治団体の長は再議要求を行うことが出来る。

四）市・郡・区の条例が市・道の条例・規則に違反した場合

地方自治法第二四条は「市・郡及び自治区の条例や規則は市・道の条例や規則に違反してはならない」と規定している。すなわち、上級地方自治団体の条例・規則に違反した下級地方自治団体の条例・規則は違法な条例として再議要求の事由となる。

五）予算上執行不可能な場合

地方自治法一〇八条第一項は「地方自治団体の長は地方議会の議決が予算上執行できない経費が含まれていると認められる時は…再議を求めることが出来る」と規定されているが、条例案も地方議会の議決事項であるので予算上執行不可能な事項を含んだ条例案に対しては再議を行うことが出来ると言える。

六）公益を著しく害する場合

地方自治法第一七二条第一項は「地方議会の議決が…公益を著しく害すると判断される時には、市・道に対しては主務部長官が、市・郡・区に対しては市・道知事が再議要求をするように求めることが出来る」と規定している。したがって、公益を著しく害する場合と思われる条例案に対しては、地方自治団体

の長は再議要求を行うことができる。しかし、公益を害すると思われる事項が何であるかについては抽象的・多義的概念であるためその判断が難しいが、地方自治団体の長の再議要求は地方自治法第二六条第三項の規定「地方自治団体の長は移送された条例案に対して異議がある場合は二〇日以内にその理由を付し地方議会に還付し、その再議を要求することが出来る」により長の自由裁量行為と解されるため、解釈上問題はないと思われる。

（五）再議要求の手続

一）地方自治団体長の職権による再議要求手続

再議要求を行うことができる期間は地方自治法第二六条第三項によると移送された条例案に対して二〇日以内であり、その理由を提示しなければならない[58]。議会は理由が提示されている限り再議を拒否することは出来ない。再議要求は地方議会が閉会期間でも行うことが出来、再議要求を受けた地方議会はやむを得ない事情がない限り、再議要求書が届いた日から一〇日以内にこれを再議に付しなければならない。この場合、閉会又は休会期間はこれを参入しない（地方自治法施行令第三七条一項）。地方自治団体の長は地方議会の議決の一部について、又はその議決を修正して再議を要求することは出来ない（地方自治法施行令第三七条第二項）。

再議の要求があった場合、地方議会は再議に付し、在籍議員過半数の出席と出席議員の三分の二以上の賛成により前と同じ議決が行われればその条例案は条例として確定される（地方自治法一〇七条第二項）。地方自治団体の長が先述の二〇日以内の期間内に公布又は再議の要求を行わなかった場合でもその条例案は条例として確定される。

地方自治団体の長は確定された条例を直ちに公布しなければならず、確定された条例を五日以内に地方自治団体の長が公布しなかった場合は地方議会の議長がこれを公布する。

なお、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認められる場合は大法院に提訴することが出来る（地方自治法一〇七条第三項）。

二）主務部長官・市・道知事の命令による再議要求手続（地方自治法一七二条）

地方議会の議決が法令に違反するか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、市・郡及び自治区に対しては市・道知事が再議を要求させることができ、再議

の要求を受けた地方自治団体の長は議決事項が移送された日から二〇日以内に地方議会に理由を付し再議を要求しなければならない。再議の結果、在籍議員の過半数の出席と出席議員の三分の一以上の賛成で前と同じ議決が行われればその議決事項は確定される。

そして、①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に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出来る、②この場合必要と認められる場合にはその議決の執行を求める執行停止決定を申請することが出来る、③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係わらず当該地方自治団体の長が提訴しない場合、当該地方自治団体の長に提訴を指示するか直接提訴及び執行停止決定を申請することが出来る、④提訴の指示は①の期間が経過した日から七日以内とし、当該地方自治団体の長は提訴指示を受けた日から七日以内に提訴しなければならない、⑤主務部長官又は市・道知事は④の期間が経過した日から七日以内に直接提訴することが出来る。

また、地方議会の議決が法令に違反すると判断され、主務部長官又は市・道知事から再議要求指示を受けた地方自治団体の長が再議を要求しない場合（法令に違反する地方議会議決事項が条例案の場合であって、再議要求指示を受ける前に当該条例案を公表した場合を含む）には主務部長官又は市・道知事は再議要求期間が経過した日から七日以内に大法院に直接提訴及び執行停止決定を申請することが出来る。

上記の手続により議決又は再議決された事項が二つ以上の部処と関連するか、主務部長官が明らかでない場合には行政自治部長官が再議要求又は提訴を指示するか直接提訴及び執行停止決定を申請することができる。

（六）再議要求の実態

再議要求制度は地方自治が復活されてしばらくの間は地方自治団体の法務能力を補完し、地方自治団体の執行機関と議決機関との適正な関係を維持する役割を果たしてきた。地方自治が復活され、初の首長選挙が行われた一九九五年から二〇〇五年までの一〇年間の再議統計を見ると、長による再議要求が二二二件、主務部長官の指示により市・道知事が行ったものが三一一件、主務部長官によるものが八二件で、合計六一五件である。再議要求の内容は、法令違反が四九〇件、公益違反が四六件、異義が六五件である。処理結果は、再議決が一四八件、修正議決が三七件、否決及び廃棄が三八五件（係属四五件）である。

そして、大法院に出訴されたのは七六件であり、主務部長官が四件、市・道知事が三八件、市長・郡守・区庁長が三四件である。訴訟結果は、無効確認が五八件、適法とされたのが七件、訴の取り下げが三件、却下が三件（係属三件）である。[59]

統計から見ると、長の判断で再議されたものよりも、上級機関の指示によるものが多く、再議決の結果、訴訟に至った場合地方議会が敗訴になるケースが多い。これは、多くの条例案が法令に抵触する理由で大法院の判決により廃棄されることを意味し、自治体の条例制定権を萎縮させる原因になりかねない。

二．モデル条例案による統制

一九九一年に地方議会が構成される前には「地方自治に関する臨時措置法」により地方議会の議決は市・道の場合は内務部長官（ソウル特別市の場合は国務総理）、市・郡の場合は市・道知事の承認を得て施行したが、上級機関が条例案の審査における利便性と全国的統一性を図るためあらかじめモデル条例案を作成して地方自治団体に提示し、地方自治団体はそのモデル条例案に基づいて修正した条例案を上級機関の承認を得て公布・施行するケースが殆どであった。

地方議会が構成され地方自治制が復活した近年においても中央の上級機関が作ったモデル条例案に基づいて条例を制定するケースが未だに根強く、地方自治団体の自治立法の自主性を損なう大きな原因になっている。

三．承認・協議による統制

現行法令には条例を制定・改正又は廃止する場合は関係中央行政機関の長又は上級地方自治団体の長の承認を得るか協議するよう規定している場合がある。[60]この場合、地方自治団体の長は条例制定過程においてそのような協議と承認手続を経なければならないが、このように国家機関等から承認を得なければならないことを国家的承認留保という。

こうした承認留保は現行地方自治法、地方財政法、地方税法、地方自治関連法令や各個別法令に規定されている。承認制度は権力的関与・監督の手段であると同時に協力的関与手段でもある。承認が協力的手段にもなるのは、地域的利害と同時に国家的利害がある事項について予め上級機関の承認を得ることによって地方自治団体と国が協力できるからである。[61]

第四節　司法的統制

一．概説

現行法上条例に対する司法的統制は大法院による統制制度と憲法裁判所による統制制度が存在する。大法院による統制には、地方自治法第一〇七条と第一七二条による違法条例に対する提訴制度と憲法第一〇七条二頁による違憲・違法命令・規則審査権による統制制度があり、憲法裁判所による統制には、憲法訴願による統制制度がある。憲法第一〇七条二頁による違憲・違法命令・規則審査制度は、審査結果が当該事件のみに拘束・適用されるのに対して、地方自治法第一〇七条と第一七二条による大法院提訴制度は、その条例が適用された事件の発生を前提としないことと、当該条例の無効を確認することだけであるという点が異なる。

憲法裁判所による統制である憲法訴願制度は憲法第一一一条一項五号と憲法裁判所法第六八条一項に基づくものである。憲法裁判所法第六八条一項は裁判所の裁判を除く一切の「公権力の行使又は不行使」に対する憲法訴願審判を認めている。これにより条例により直接基本権を侵害された者であって他の救済方法がない場合は、憲法裁判所に直接憲法訴願を提起出来るとされる。[62] 一方、憲法裁判所の審判の一種である「権限争議審判」[63]（憲法第一一一条一項四号）は国家機関相互間、国家機関と地方自治団体間又は地方自治団体相互間の権限争議に関する審判を扱うが、条例案に関する権限争議については大法院提訴制度により大法院の管轄となるため条例に対する司法的統制手段には含まれない。

二．違法条例に対する大法院提訴

条例は地方自治団体の議決機関である地方議会の議決を経て制定される自治立法であるが、条例も国法体系の一部をなすものであり、条例よりも上位の法規範に違反してはならない。上位法規範に違反した条例は無効である。

現行地方自治法第一〇七条と第一七二条には違法な条例に対する大法院への提訴制度を設けている。地方自治法第一七二条には、地方議会の議決が法令に違反するか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・道知事が地方自治団体の長に再議を地方議会に要求するよう求めることが出来る規定が設けられている。再議要求を受けた地方自治団体の長は議決事項が移送された日から二〇日以内に地方議会に理由を付し、再議を要求しなければならない。地方自治団体の長は再議要求した条例案が再議決された場合、その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へ提訴でき、この場合、必要と認められるときはその議決の執行を停止する執行停止の決定を申請することが出来る。

そして、主務部長官又は市・道知事は再議決された条例案が法令に違反すると判断されるにも拘わらず当該地方自治団体の長が訴を提起しないときは当該地方自治団体の長に提訴を指示するか直接提訴及び執行停止決定を申請することが出来る。提訴の指示は再議決後二〇日以内が経過した日から七日以内とし、当該地方自治団体の長は提訴指示を受けた日から七日以内に提訴し、主務部長官又は市・道知事は提訴指示による提訴期間が経過した日から七日以内に直接提訴することが出来る。

地方自治法一〇七条には地方自治団体の長が自らの判断で地方議会の議決に対する再議要求と提訴を行うことが出来る規定が設けられている。すなわち、一〇七条によると地方自治団体の長は地方議会の議決が越権又は法令に違反するか公益を著しく害すると認められる場合は地方議会に再議を求めることが出来、再議決された条例案が法令に違反すると認められる場合は大法院に提訴することが出来る。この場合、提訴期限と執行停止決定申請に関する第一七二条第三項の規定が準用される。

条例と規則の制定手続について規定している地方自治法第二六条にも地方自治団体の長は地方議会の条例案について異議がある場合は、地方議会に再議を要求することができる規定が設けられているが、再議決された条例案に対する大法院への提訴規定は設けられていない。しかし、第二六条により再議を要求した条例案に対しても再議決された条例案が法令に違反すると認められる場合は第一〇七条に基づいて大法院に提訴することが出来ると解釈される。

大法院提訴制度の被告は地方議会となるが、原告は地方自治団体の長もしくは行政自治部長官又は市・道知事である。前者の場合は、地方自治団体内部における地方議会と執行機関間の紛争であり、後者は地方議会と国家など上級行政機関間の紛争である。(64)

なお、大法院への提訴制度の性格については、地方自治団体の長が提起する条例案再議決の無効確認訴訟は機関訴訟であることについて異論はないが、行政自治部長官又は市・道知事が提起する訴訟の場合、機関訴訟の性質を同一の法主体間の紛争と理解するか、異なる法主体間でも機関訴訟が可能であるとみるかによって、学説上、機関訴訟説と規範統制説の対立が見られる。(65)

三．違憲・違法命令・規則審査権による統制

韓国憲法第一〇七条第二項には「命令、規則又は処分が、憲法又は法律に違反するかないかが裁判の前提になった場合には、大法院は、これを最終的に審査する権限を有する」とし、裁判所の命令・規則審査権を規定している。

大法院による命令・規則審査権は国法秩序の統一を維持し、違憲・違法な命令・規則による国民の基本権侵害を防止するために設けられた制度である。憲法は審査の対象として命令と規則を規定しているが、条例も国法秩序の体系下にあり、違憲・違法な条例による国民の基本権侵害を防ぐためにも大法院の違憲・違法審査権の対象に含まれると解される。また、大法院による命令・規則審査権は条例が憲法や法律に違反することが裁判の前提となった場合に審査することが出来、審査の結果違反すると認められる場合大法院はその条例を当該事件に適用することを拒否するのみであって、その無効を宣言することは出来ず、その範囲内で条例は裁判所の統制を受けることになると言える。

四．憲法訴願制度による統制

韓国憲法第六章（第一一一条～一一三条）には憲法裁判所制度[66]について定められているが、その憲法裁判所の管轄事項として憲法訴願制度が設けられている。憲法訴願とは立法・司法・行政等の公権力の行使又は不行使により憲法上保障された国民の基本権が直接的・現実的に侵害された場合、その侵害の原因になった公権力の行使を取消又はその不行使が違憲であることを確認するため国民が憲法裁判所に救済を求める特殊な権利救済制度である[67]。すなわち、公権力の乱用と悪用から国民の自由と権利を保護する制度として、基本権保障という最高価値の実現のために国民を憲法訴訟の当事者地位に昇格させる最も実効性のある権力制御装置である[68]。これは憲法による国家権力行使の正当性を統制し、実質的法治主義における基本権保障という憲法裁判制度の理念的基礎と不可分の関係にあり、国民の基本権に対する司法的保障を実質化することに意義がある[69]。こうした憲法訴願制度を導入した国にはドイツ、オーストリア、スペイン、ロシア、ハンガリー、チェコ、スロバキア等があり、アメリカ、イギリス、フランス、日本等多くの国は憲法訴願制度を採択していない。

憲法訴願制度は一八四九年ドイツ「paulkirchen 憲法」で裁判拒否や裁判妨害の場合、市民が最高裁判所に訴願する制度を設けたのがその始まりであり、韓国では第六共和国憲法（現行

憲法）に初めて導入され、憲法裁判の花と評価されるほど量的・質的面で多くの比重を占めている。[70]

憲法に定められている憲法裁判所の規定を受け、制定された憲法裁判所法には憲法訴願制度を「権利救済型憲法訴願」と「違憲法律審査型」の二種類に分類している。すなわち、憲法裁判所法第六八条第一項には「公権力の行使又は不行使により憲法上保障された基本権を侵害された者は、裁判所の裁判を除いては、憲法裁判所に憲法訴願審判を請求することが出来る。但し、他の法律に救済手続がある場合は、その手続を経た後でなければ請求することが出来ない」と規定されているが、これは、公権力の行使又は不行使により憲法上保障された基本権を侵害された者が請求できる伝統的な憲法訴願制度である。そして、その第二項には「第四一条一項の規定（法律が違憲であるかないかが裁判の前提となったときは、当該事件を担当する裁判所は職権又は当事者の申請による決定により憲法裁判所に違憲であるかないかの審判を申請する）による法律の違憲審判の提請申請が棄却されたときは、その申請をした当事者は、憲法裁判所に憲法訴願審判を請求することが出来る。この場合その当事者は、当該事件の訴訟手続により同じ事由を理由としてさらに違憲であるかないかの審判の提請申請することが出来ない」と定められている。これは、裁判所が法律の違憲審判提請申請を棄却した場合に、違憲法律審判を直接憲法裁判所に請求する制度であるが、客観的規範統制の意義を持ち、韓国特有の制度として世界的も珍しい憲法裁判手続である。[71]

憲法裁判所法第六八条一項が規定している公権力の行使には立法権の立法行為も含まれるが、地方自治団体が制定する条例も不特定多数人に対して拘束力をもつ法規であるので条例制定行為も立法作用の一種として憲法訴願の対象となる。[72]

しかし、憲法裁判所法第六八条二項で規定している違憲審査型憲法訴願の場合、「第四一条一項の規定による法律の違憲審判の提請申請が棄却されたときは、その申請をした当事者は、憲法裁判所に憲法訴願審判を請求することが出来る」と規定していることから、審判の対象が「法律」であるので地方自治団体の条例はその対象にならない。[73]

権利救済型の憲法訴願審判を請求できる者は条例により憲法上保障された基本権が侵害されたと主張する住民である。地方自治団体や地方議会は住民の基本権を保護する責任と義務をもち、基本権の主体ではないため憲法訴願を提起することは出来ない。[74]

憲法訴願審判を請求するには、①公権力の行使又は不行使に

より憲法上保障された自分の基本権が直接的かつ現実的に侵害されること、②他の法律に救済手続がある場合はその手続を全て完了すること、③権利保護の必要性があることが前提条件である。

したがって、条例そのものにより直接基本権が侵害された場合はその条例を対象に憲法訴願を請求することが出来る。この場合、憲法訴願の前提要件として当該条例が直接的かつ現実的に国民の基本権を侵害するものでなければならない。

条例に対する憲法訴願は憲法裁判所法第六九条一項により条例が施行された事実を知った日から六〇日以内、条例が施行された日から一八〇日以内に請求しなければならない。条例が施行された後になってその条例に該当する事由が発生し、基本権を侵害された者はその事由が発生したことを知った日から六〇日以内、その事由が発生した日から一八〇日以内に憲法訴願を請求しなければならない。[75] 憲法裁判所は審判の結果、条例は又は条例の条項が違憲であることを宣告することが出来、憲法裁判所の認容決定はすべての国家機関と地方自治団体を覊束する。

第五節　小括

日本の場合も条例に対する統制は多様な制度によって行われている。現行法上設けられている統制手段は、住民による統制、国の行政的・立法的・司法的統制に分けることができる。まず、住民による統制手段としては、地方自治法第七四条には住民の条例制定・改廃の請求制度が設けられいる。普通地方公共団体の議会の議員及び長の選挙権を有する者は、政令の定めるところにより、その総数の一／五〇以上の者の連署をもって、その代表者から、首長に対し、条例の制定又は改廃の請求をすることができる。但し、地方税の賦課徴収並びに分担金、使用料及び手数料の徴収に関する事項は除外される。

行政的統制手段としては、条例の制定改廃に対する報告や許可制度と、再議要求制度がある。二〇〇〇年改正前の旧地方自治法二五二条には、「第三条三項の条例を除くほか、普通地方公共団体は条例を設け又は改廃したときは、政令の定めるところより、都道府県にあっては自治大臣の、市町村にあっては都道府県知事にこれを報告しなければならない」とし、同法第三条三項には、「都道府県以外の地方公共団体の名称を変更しようとするときは、この法律に特別の定めのあるものを除くほか、条例でこれを定め、都道府県知事の許可を得なければならない」とし、条例に対する報告と許可の制度を設けていた。しかし、

現行地方自治法にはこれらの規定が削除され、旧地方自治法第三条三項の規定は、許可制から都道府県知事への協議制に改正された。

地方自治法一七六条には「普通地方公共団体の議会における条例の制定若しくは改廃又は予算に関する議決について異義があるときは、当該普通地方公共団体の長は、この法律に特別の定めがあるものを除くほか、その送付を受けた日から十日以内に理由を示してこれを再議に付することができる」とし、再議制度が設けられている。再議は、長が議会の議決、選挙等を拒否して再議・再選挙等に付する権限であり、「拒否権」といわれ、アメリカ憲法の法律案に対する大統領の拒否権（Veto power）に由来する制度である。現行地方自治法上、再議には、一般的に条例の制定改廃、予算に関する議決について異義がある場合に認められる「一般的再議」と（同法一七六条一項）、特別の事由がある場合に認められる「特別的再議」（同法一七六条四項、一七七条一項、二項一号、二号）に分けることができる。前者は、長が自己の意志や政策に反する議決について、その執行を強制されることがないように長と議会の力の均衡をはかろうとするものであり、その権限の行使は行使の機関に制限があるが、行使するかどうかは長の任意的判断によるものである。これに対して後者の特別的拒否権は議会の議決の欠陥、瑕疵等についてその是正を求めるものであり、これらの事由があるときは、長は再議に付することを義務づけられている。[76]

特別的再議には、①議会の議決又は選挙がその権限を越え又は法令若しくは会議規則に違反すると認めるとき、②議会の議決が、収入又は支出に関し執行することができないものがあると認めるとき、③義務費を削除・減額する議決のとき、④非常時に要される経費を削除・減額する議決のとき等、四種類がある。

再議に付した結果、議会の議決がその権限を越え又は法令若しくは規則に違反すると認めるときは、都道府県知事にあっては、総理大臣、市町村長にあっては都道府県知事に対し、当該議決が合った日から二一日以内に、審査を申立てることができる（同法一七六条五項）。申請を受けた総理大臣又は都道府県知事は、審査の結果、議会の議決又は選挙がその権限を越え又は法令若しくは会議規則に違反すると認めるときは、当該議決を取り消す旨の裁定をすることができる（同条六項）。この裁定に不服があるときは、普通地方公共団体の議会又は長は、裁定のあった日から六〇日以内に、裁判所に出訴することができる（同条七項）。

立法府による統制手段としては、憲法第九四条と地方自治法第一四条に定められた条例制定権の範囲と限界に関する規定を挙げることができる。すなわち、憲法第九四条の「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」という規定と、地方自治法第一四条の「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第二項の事務に関し、条例を制定することができる」の規定により、条例制定権は、「法令の範囲内で」、「法令に違反しない限りにおいて」制限されるから、条例は国の立法により統制を受けることになる。

司法府による統制手段としては、地方自治法第一七六条七項に設けられている、議会や長による裁判所への出訴制度がある。同条には先述のように議会の議決に対する再議制度が設けられているが、再議要求され再議決された条例が権限を超え又は法令に若しくは会議規則に違反すると認めるときは、都道府県知事にあっては総理大臣、市町村長にあっては都道府県知事に対し、審査を申立てることができる。そして、審査の結果なされた裁定に不服があるときは、議会又は首長は裁判所に出訴することができる。この訴訟の性格は機関訴訟であり、被告は、裁定庁が通常であるが、長が原告のときは、裁定庁又は議会を被告とすることもできると解されている。この訴訟は、議会の議決若しくは選挙又は裁決の取消を求めるものであり、裁定庁が被告となるときは、裁判所によって取り消されれば裁定庁は裁定をし直すこととなり、長が議会を被告としたときは、議決又は選挙が裁判所によって取り消されれば議決又は選挙がなかったこととなる。(77)

一方、韓国の場合、条例に対する統制は本章で紹介したように、住民による条例制定・改廃請求（地方自治法第一五条）、再議制度（同法第二六条、一〇七条、一〇八条、一七二条）、違法条例に対する大法院提訴（同法一〇七条、一七二条）、違憲・違法命令・規則審査権による統制（憲法第一〇七条二項）、憲法訴願制度による統制（憲法一一一条～一一三条）など、日本と比較するとより多様な制度が設けられており、国による指導・監督が強い。これは、地方自治団体の工夫と創意による自主的・独創的条例の創出を妨げる要因となっていると言える。

本章で紹介したように現行韓国の地方自治法には再議制度として、①異義のある条例案に対する再議（第二六条）、②地方議会の議決が越権又は法令に違反し若しくは公益を害すると認められる場合（第一〇七条）、③地方議会の議決が予算上執行不可能な経費が含まれると認められる場合（第一〇八条）、④

地方議会の議決が法令に違反し若しくは公益を害すると判断される場合、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・道知事が求める再議要求（第一七二条）等、四種類が用意されている。特に、②と④に対しては大法院への出訴ができることになっており、④は主務部長官、市・道知事（以下、監督機関）の再議要求に基づき再議決された事項に対して長が提訴するものと（第一七二条三項）、監督機関が直接提訴するもの（第一七二条第四項）の二種類が設けられている。

韓国の再議制度が日本と異なる点は、第一に、日本の場合、特別的再議には再議が義務づけられいるが、韓国は④を除くすべて任意的である。④は主務部長官や市・道知事の再議要求が求められた場合、地方自治団体の長は議会への再議要求が義務づけられている。

第二に、日本の場合、再議決された事項に対する裁判所への出訴には不服申立前置主義がとられているが、韓国の場合は大法院に直接提訴する仕組みなっていることと、市・道（広域地方自治団体）に置かれている教育委員会の代表である教育監による再議要求及び大法院への提訴制度を設けている点が特徴的である。また、この種の訴訟については機関訴訟に該当すると解されることについては日韓とも一致している。(78)

第三に、日本の場合、再議に対して国による指導・監督の仕組みがないが、韓国は国や市・道知事による再議要求、大法院への直接提訴など広範な関与の仕組が設けられている。

全般的にみて、韓国における条例に対する統制は日本に比べ広範囲にわたり条例の制定過程から運用に至るまで立法的・司法的・行政的多様な手段が用いられている。特に、司法的統制の場合、大法院の違憲・違法命令・規則審査権による統制、憲法裁判所の憲法訴願制度による統制、違法条例に対する大法院提訴による統制など、司法的統制手段が多様である。また、国や上級地方自治団体による行政的統制の比重が大きいことも特徴的である。これは、条例の自主性・創意性を阻害し、条例制定権を萎縮させる要因となっている。今後韓国においては、憲法上の保障された地方自治が本来の機能を果たすには、条例制定権の範囲が拡大するとともに、条例に対する統制を国による統制から自治体の自立的統制ないし住民による統制に変えるほうが望ましいと思われる。

おわりに

本稿は韓国の条例制定権の現状を、条例制定権の範囲と限界

をめぐる韓国国内の学説や判例を中心に述べてきた。各章の小括のところで日本の条例制定権との比較を加えたが、本文でも述べているように日本の条例制定権に比べ韓国における条例制定権をめぐる立法的範囲はごく制限されており、立法的環境も憲法の保障した自治立法権の趣旨や地方自治の本質とは裏腹に、条例による住民の権利制限や義務賦課に対する法律留保、広範な国家委任事務の存在、条例に対する実効性のない罰則規定、中央行政機関による条例案に対する提訴[79]等の条例に対する各種統制制度の存在、条例による基本権制限や上乗せ・横出し条例に対する消極的な判例の傾向、学界・法曹界・実務界における法律先占論に対する根強い信奉など、決して好ましい状況ではない。

特に、「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は法律の委任がなければならない」とし、条例による住民の権利制限や義務賦課に対する法律留保事項を定めている地方自治法第二二条ただし書は、条例は「法令の範囲内」で、すなわち、法令に違反しなければ、法律の委任がなくても自治事務に関して自由に条例が制定できるように条例制定権を保障している憲法第一一七条第一項の趣旨に反するものであり、条例を委任立法の一種として転落させ、自治体の自主的な立法活動を阻害し、条例制定権を大きく制約する大きな要因であるとして、従来からその違憲性が強く主張されている。

また、条例の実効性を担保する手段である罰則の規定が現行地方自治法上は、一千万ウォン以下の過料しか罰せられず、しかも、地方自治法第二二条ただし書規定により法律の委任がなければ条例で罰則を制定できないようになっている。これは、地方自治行政の実効性を確保できる規制手段を法律に留保することで、自治体の自治立法権ないし自治権そのものを形骸化する要因になりかねない。自治立法権が憲法上保障されている以上、自治権の範囲に属する自治事務に関する事項である限り、条例で罰則の規定を設けるのに法律の委任は必要でないと解すべきであり、罰則の規定も日本のように刑罰を含む多様な制裁手段を確保しなければならない。条例が地域の行政需要に応え、地域の実情と特殊事情にあった政策を立て、その行政目的を実現していく手段としての機能を十分果しながら、地域内の多様な利害関係を調整し、地方自治行政の実効性を確保できるには、刑罰を含む多様な罰則手段が伴わなければならない。この地方自治法二二条ただし書規定の削除と、二七条の罰則規定の強化は至急に解決すべき懸案課題にもかかわらず、近年進められている地方分権改革においても、まだ改正の動きは見られないの

が現状である。

そこで、韓国の現行法体系において萎縮された条例制定権の範囲を拡大するために改善すべき課題について述べてみると次のような点が提示できる。

第一に、事務配分の明確化と自治事務の拡大である。条例制定権の事項的範囲を限定する地方自治団体の事務体系が国家事務に偏っており、自治事務よりも委任事務、特に機関委任事務の比重が高く、条例制定権の範囲を狭める要因となっている。また、国家事務と自治事務の区別が明確でないため、自治事務が国家事務として解釈され条例制定権が及ばない場合が多い。特に、地方自治団体の事務範囲について例示している地方自治法第九条二項のただし書き「法律にこれと異なる規定がある場合には、この限りではない」規定は、個別の法により地方自治団体の事務範囲が限定される恐れがあり、国家事務と自治事務を区別した同法九条二項の立法趣旨を損なっている。同法九条二項の事務範囲は自治事務の例示に過ぎず、同法一一条に規定された国家事務を除く全ての行政事務は原則的に自治事務と見るべきであり、同法九条二頁のただし書きは削除されるべきである。

近年、韓国においても地方分権の動きか活発化するにつれ、中央権限を地方に移譲するとともに地方分権をより体系的に推進するために「中央行政権限の地方移譲促進等に関する法律」いわゆる「地方移譲促進法」を一九九八年に制定して、中央と地方の行政機能及び行政事務の再配分を進めているが、権限移譲に対する中央省庁の反発や消極的な姿勢等によりその成果はそれほど大きくはない(80)。また、最近では地方分権を協力かつ体系的に推進するための具体的な日程と課題を盛り込んだ「地方分権ロードマップ」（二〇〇三年）を作成し、その課題の一つとして中央地方政府間権限再配分を掲げて中央権限の画期的な地方移譲を推進している。しかし、自治事務を拡大し条例制定権の範囲を広げるには近年の日本の地方分権改革のように、地方自治団体に対する中央統制の象徴である機関委任事務の思い切った廃止が必要であり、機関委任事務の廃止を前提とした地方自治団体事務の再編成議論が進まない限り、中央権限の地方移譲は困難であろう(81)。

第二に、条例の制定範囲を規定している憲法一一七条第一項と地方自治法第二二条の改正である。自治立法権を保障している憲法一一七条第一項と地方自治法第二二は条例の制定範囲を「法令の範囲内」と規定している。この「法令の範囲内」の解釈をめぐっては条例制定権制定権の範囲を広く捉える立場から

は、「法令に違反しない範囲内で」と解釈され、条例制定権の範囲を狭く解釈する立場からは「法令の委任により」と解釈されるなど混乱が生じている。条例制定権の範囲を拡大するには「法令の範囲内」の解釈を「法律に違反しない限り」条例を制定できる趣旨として捉えるべきであり、憲法第一一七条一項に「法令の委任により」ではなく「法令の範囲内」で自治に関する規定を制定できると規定されているのは、個別的授権による法律留保原則ではなく、包括的授権による法律優位の原則を表した規定として捉えるべきである。そして、このような解釈を実質的に保障し、又解釈上の混乱を避けるためにも憲法や地方自治法上の規定を改め、「法令の範囲内」を「法律に違反しない限り」として明文で示すことが望ましい。現行憲法及び地方自治法上の規定である「法令の範囲内」はその趣旨が明らかでなく、しかも、法律の範囲内ではなく法令の範囲内という文言上、条例が法律だけでなく命令によりも下位に置かれ、命令により条例制定権の範囲が制限されることとなり、地方自治の本質を侵害する恐れがあるからである。憲法に地方自治を保障しながらも、命令によっても自治立法権を制限できるようにした憲法及び地方自治法の規定は条例に対する法律優位の原則だけでなく、命令優位の原則までも適用されるものとして解釈される可能性があり、「法令」を「法律」に書き換え、「範囲内」は「違反しない限り」に書き換え、条例の規律範囲が広げられるように立法的に明らかにすることが必要であろう。憲法一一七条一項の規定を改正するのは困難であっても、地方自治法二二条の改正は早急に取り組まなければならない課題であろう。

第三に、住民の権利制限・義務賦課に関する事項に関して法律の委任がなければならないことを規定している地方自治法第二二条ただし書きの削除である。この規定は日本でいう行政事務条例領域[92]における法律留保の原則を掲げた規定であるが、これについては従来から違憲論と合憲論が対立しており、違憲論の立場からは地方自治団体の包括的な自治権と全権限性の原則、条例のもつ民主的正当性などを理由に条例制定には法律留保の原則が適用されないとする見解が、合憲論の立場からは、住民の権利を保護するために法律留保の原則を求めたものであるから、伝統的な侵害留保原則を適用した例であり、基本権制限に関する法律留保の原則を掲げた憲法第三七条二頁の内容を確認し宣言したものであるという見解が主張されてきた。

思うに、今日のような社会の多様化・多元化・複雑化した社会においては、自治体行政領域においてもそれに対応してますます住民の権利・義務に関する条例を制定する必要性が高ま

り、行政事務条例領域が大きくなっているにもかかわらず、韓国の場合は、地方自治法第二二条のただし書きにより、法律の不備や根拠法律規定の不存在のために条例制定が遅延し、自治行政の支障を来す場面が多い。憲法第一一七条一項が条例制定の範囲について法律留保の原則を掲げず、「法令の範囲内」と規定したのは、行政事務の包括的な授権のために法律優位の原則を掲げものであり、地方自治法第二二条ただし書き規定は条例制定権について法律優位の原則を掲げた憲法の趣旨に反するものである。同規定は住民の権利制限や義務賦課に関する条例制定について一律的に法律の委任を求め、憲法上保障された地方自治の本質や自治権を侵害する恐れがあり、違憲性が高いと言える。本論で述べているように条例と法律留保の原則との関係について、韓国の判例の傾向は地方自治法第二二条ただし書き規定が合憲である前提から[83]、原則的に法律留保の原則が適用されるが、条例の民主的正当性から条例に対する法律の委任は一般行政立法とは異なり、包括的な委任で足りるという立場を示しているが[84]、一部の判例は条例の自主立法性、民主的正当性等条例の本質に関する理解がなく、形式的に法律留保の原則を適用することにより条例の制定権の範囲を萎縮する傾向も見られる。

地方自治法第二二条ただし書き規定は地方自治団体の条例制定について住民の権利制限・義務賦課関する事項を除く非権力的な作用に関してのみ条例の自主性を認め、権力的な作用に関しては法規命令と同様に法律の委任がある場合に許容できるようにしたため、条例と法規命令を同一視する結果をもたらし条例制定権の範囲を狭める大きな要因となっているといえる。住民の権利・義務に関する法律留保の原則を掲げた地方自治法第二二条ただし書きは諸外国の自治立法においてもまれな制限であり早急な削除が望まれる。

第四に、条例違反に対する罰則規定の強化である。現行地方自治法第二七条には条例違反行為に対して罰則規定が規定されているが、行政罰である一千万ウォン以下の過怠料（日本の過料に該当）しか設けられていない。ところが、九四年改正前の旧地方自治法第二〇条には、条例違反行為に対して市・道は当該地方自治団体の条例で三月以下の懲役又は禁錮、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の罰則を定めることができると規定されていた。しかし、条例で刑罰を科することができることを可能にした旧地方自治法二〇条の規定については従前からその解釈をめぐり違憲論と合憲論が分かれていた。

合憲論者は、地方自治団体の条例は委任命令と異なり住民の選挙により構成された地方議会が制定する準立法的性質を持つから、一定の範囲内で一般的・包括的委任が可能であり、また、その規律対象も地方自治団体の事務に限定され、罰則の範囲も限定されているから、憲法上の罪刑法定主義に違反しないと主張する。一方、違憲論者は刑事罰則を定める条例も委任立法の一つであり、条例に対する刑事罰則の委任も大統領令等の行政立法に対する委任と異ならないから、条例で定める犯罪構成要件を具体的に定めて個別的に委任しなければならないとし、旧地方自治法第二〇条の規定は量刑の最高限度は定めてあるが、犯罪構成要件は具体的・個別的に定めておらず、地方自治法に一般的な委任をしてその事務の全般に関して犯罪構成要件を定めるようにしているので違憲であると主張した。この論争は結局、条例違反行為に対する制裁として刑罰の規定を定めた旧地方自治法第二〇条の規定を削除し現行規定のように行政罰に改められ、終止符を打ったが[55]、改悪であったと言える。

地方の統治団体である地方自治団体は住民の安全を保障し多様な住民のニーズと地域の実情にあった行政を行う責任があり、そのような地方行政の目的を実現するには条例の実効性を担保する手段が確保されなければならない。地方議会の自治立法権は憲法によって保障されたものであるから自治権の範囲に属する事項である限り、条例で住民の罰則に関する事項を規律するには法律の委任が必要ではないと解釈すべきである。地方行政が総合行政として、複雑・多様化している現代社会においては、地域や住民の多様なニーズに応えるとともに、行政目的を実現する手段としての条例の役割と機能がより一層重視されている。そして、その条例の実効性を確保するには条例違反行為に対して刑罰を含む多様な制裁手段が必要である。制裁手段が過怠料しかない現行地方自治法第二七条の規定は罰則の委任を定めた日本の地方自治法第一四条三項の規定のように刑罰を含む多様な規定に早急に改正すべきであろう。

以上、韓国の現行法体系において萎縮された条例制定権の範囲を拡大するために改善すべき課題について述べてみた。しかし、こうした条例制定権をめぐる実定法上の立法的環境の脆弱さにもかかわらず、韓国では地方自治制の復活後、自治体の創意・工夫による先進的な条例が登場するなど、自治体の法務能力や住民の条例に対する認識は依然と比べれば高まっていると言える。例えば、本稿で紹介された清州市行政情報公開条例、富川市及び江南区のタバコ自動販売機設置禁止条例、光州広域市東区低所得住民生活保護支援条例などは、自治体の創意・工

夫により編み出された条例であり、その適法性をめぐり大法院に提訴されたが、適法の判断が示され、条例制定権の範囲と限界に関する判例の代表的なリーディングケースとなっている。特に、清州市行政情報公開条例は当時、情報公開に関する国の法律がまだ制定されていなかったにもかかわらず、全国で初めて情報公開条例を制定し、根拠法がないことで大法院に提訴され、全国の自治体から注目を浴びた条例である。同条例は大法院の判決で違法ではないとされ、その後、同様の条例を制定する自治体が相次ぎ、やがて国のほうでも一九九六年に情報公開法が制定され、一九九八年から施行される運びとなった。これは、日本において一九八二年に情報公開条例を全国ではじめて山形県金山町が制定し、その後、国のほうでも一九九九年に情報公開条例法が制定されるに至った経緯と非常に似通っている。自治体の条例が国の法令の不備を補い、先導する役割を果たしたのである。

これから、韓国で地方自治が成熟して行くにつれ、自治体の法務能力も向上していくものと考えられるし、条例が地域適応性・即応性をもつ法規として、国の法令の不備を補い、先駆性・先導性をもつ法規としての機能を果たす場面が多くなるだろうと思われる。

その際、永い間の中央集権国家体制から地方自治制が定着してから、わずか一七年あまりの歴史[86]しか持たない韓国にとって、自治立法領域における日本の経験と歴史から学ぶべきものは大きいと言える。もちろん、日本の地方自治制にも問題点や改善すべき多くの課題が存在するが、現行韓国の地方自治法のモデルが日本であったことなどから、両国の地方自治制には類似したところが多く、韓国にとって日本は自治体の政策、法務、地方議会の運営、まちづくり、住民自治・住民参加など多様な領域で自治の先進国として学び取るべきものが大であると言わざるを得ない。同時に、日本の地方自治制が抱える課題や問題点は韓国の地方自治制にも当てはまる課題であり問題点であると言える。その意味で日韓の地方自治制に関する比較研究は大切であり、意義のある研究テーマであると言える。

本稿は韓国の条例制定権の現状と課題について、条例制定権の範囲と限界に関する学説と判例を中心に紹介しながら論じてきたが、本稿を通じて隣国である韓国の自治立法権の現状を把握し、比較法的視点から日本の自治立法権の位相を振り返ってみる契機となれば幸いである。本稿の研究範囲は韓国の地方自治制における条例制定権の範囲と限界に限定しながら、日本の条例論との比較検討を中心に行ってきたが、比較法的分析が足

りなかった点については今後の課題として取り組んでいきたい。

（1）条例に対する法律優位は判例においても確立された原則でもある。例えば、仁川広域市都市ガス供給安定に関する条例案に対する裁判（大判 2001. 11. 27. 2001chu57）で大法院は、「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出来るとしても、上位法令に違反してはならず、特別な規定がない限り、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してはならず、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」とし、地方自治団体の自治事務に関する条例制定の限界について法令優位の原則を明確に示している。

（2）大判 1992. 7. 28, 92chu31。

（3）大判 1999. 4. 27. 99chu23。

（4）金道昶『一般行政法論（下）』青雲社、一九九二、一七一頁。

（5）柳至泰『行政法新論』新英社、二〇〇六、七七五頁。

（6）崔承元「条例制定権の範囲と限界」『考試界』考試界社、二〇〇一年一月、四〇五頁。

（7）劉尚炫『条例の法的限界に関する研究』一九九四年、慶熙大学校、博士学位論文、六一頁。

このような条例の例として、旧「ソウル特別市一般廃棄物管理に関する条例」（一九八八年制定）を挙げることができる。同条例第六条には、ゴミの分別保管について定めているが、同条例の根拠法律である廃棄物管理法第一五条は、「一般廃棄物排出者は、市・郡・区の条例が定める規定に従い、一般廃棄物を種類・性状別に分離・保管しなければならない」と規定している。しかし、同条例第六条は、第一号、第二号に、練炭灰と非練炭灰の分離・保管について規定しているが、第三号には、「保管したゴミは指定した時間と場所に出さなければならない」と規定し、母法とその施行令が規定していない「時間・場所」に対する規制の不備を条例で補った。これは、人口一千万を超える大都会の地域的特殊性を考慮し、時間と場所の指定によりゴミ収集の効率化を図る趣旨で設けられた規定であり、母法が予想してなかった領域に対する法の不備を条例の規定で補完したものといえる。

（8）徐元宇「条例制定権の範囲と限界」『考試界』一九九三年三月号、考試界社、一九〇頁。

（9）劉尚炫『条例の法的限界に関する研究』一九九四年、慶熙大学校、博士学位論文、六〇頁。

(10) 金弘大『地方自治立法論』博英社、一九九九、一八二頁。
(11) 高田敏「条例論」『現代行政法大系（地方自治八）』、有斐閣、一九八四、二一一頁。
(12) 兼子　仁「条例をめぐる法律問題」『条例研究叢書一』学陽書房、昭和五五年、五七頁。
(13) 最大判　昭和五〇・九・一〇、判時七八七号、二二頁。
(14) 大判 1997. 4. 25, 96chu244.
(15) 徐元宇「条例制定権の範囲と限界」『考試界』考試界社、一九九三年三月号、一九〇頁。この種の条例は、日本では上乗せ条例とよばれる。
(16) 徐元宇「条例制定権の範囲と限界」『考試界』考試界社、一九九三年三月号、一九〇頁。この種の条例は、日本では横出し条例とよばれる。
(17) 室井　力「公害行政における法律と条例」『法学セミナ一七七号』六七頁；同「公害対策における法律と条例」『ジュリスト四九二号』一七一～一七二頁。
(18) 原田尚彦「地方自治の現代的意義と条例の機能」『ジュリ総合特集：現代都市と自治』有斐閣、一九七五年四月号、六一～六二頁。
(19) 兼子　仁「条例をめぐる法律問題」『条例研究叢書一』学陽書房、昭和五五年、六九～七二頁、一八六～一八七頁。
(20) 最大判　昭和五〇・九・一〇、刑集二九巻八号四八九頁（徳島公安条例事件）。
(21) 徐元宇「条例制定権の範囲と限界」『考試界』考試界社、一九九三年三月号。
(22) 上乗せや横出し条例に対して韓国の判例は、条例が法令と目的及び趣旨が一致し、地域の特性によるものであるとしても、条文の解釈に拘って厳格に解釈する傾向にあるが、この判例は上乗せ条例の適法性を認めた画期的なリーディングケースである。本件で大法院は超過条例（上乗せ条例）の適法性を認める基準として、①法令の目的と異なる目的を規律する場合、②法令と同一目的で規律する場合でもその法令の基準がナショナルミニマム基準とされる場合などを挙げ、超過条例に対する適法性の判断基準を示したが、これは、上乗せ条例に関する日本の解釈論を参考として出されたものと思われる。
(23) 大判 2000. 11. 24, 2000chu29.
(24) 大判 2002. 3. 26, 2002du5927.
(25) 大判 1997. 4. 25, 96chu251.
(26) 大判 2004. 6. 11, 2004chu41.
(27) 大判 1995. 12. 22, 95chu32.
(28) 亘理　格「新制度のもとで自治体の立法権はどうなるか」『地方分権と自治体法務（分権型社会を創る④）』小早川光朗編』ぎょうせい、二〇〇〇、八三頁。

(29) 二〇〇〇年分権改革による改正前の旧地方自治法第二条第三項は、地方公共団体が処理する事務の例示規定を置いていたが、なかでも一八号は「法律の定めるところにより」建築物の規制や土地利用制限を行うことを、一九号は「法律の定めるところにより」地方公共団体の目的のための動産・不動産の使用・収用を行うことと定めており、いずれも特に法律の規定によることを条件とする旨の規定を置いていた。しかし、改正された新地方自治法には二条三項の例示規定が削除されたので、否定説の論拠は弱くなったとえる。

(30) 雄川一郎「財産権の規制と条例」『ジュリスト二八〇号』有斐閣、一四頁。

(31) 高辻正巳「財産権についての一考察」『自治研究』三八巻四号五頁；田中二郎「国家法と自治立法」『法学協会雑誌』八〇巻四号五頁。

(32) 今村成和「財産権の保障」『憲法講座二』有斐閣、二〇五頁；成田頼明「法律と条例」『憲法講座四』有斐閣、一九七八、二〇五頁；浦部法穂『憲法学教室Ⅰ』日本評論社、一九九八、二六七～二六八頁。

(33) 昭和二四年三月二六日法務庁法制意見一二九〇頁；大阪高判昭和三六年七月一三日、判例時報二七六号三三頁。

(34) 最判昭和三八年六月二六日、刑集一七巻五号五二一頁。

(35) 亘理　格「新制度のもとで自治体の立法権はどうなるか」『地方分権と自治体法務（分権型社会を創る④）』小早川光朗編』ぎょうせい、二〇〇〇、八六頁。

(36) 阿部照哉「条例による罰則と憲法第三一条」『法学論集（京都大学）』七三巻二号、一三九頁；杉村敏政『行政法総論上巻』有斐閣、二五頁等。

(37) 田中二郎『新版行政法下一』弘文堂、一一五頁；成田頼明「法律と条例」『憲法講座四』有斐閣、二〇二、二〇三頁。

(38) 最判一九六二・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。

(39) 清宮四郎『憲法Ⅰ』有斐閣、一九五七、二一二頁。

(40) 田中二郎「租税法」有斐閣、一九六八、四三頁。

(41) 成田頼明「法律と条例」『憲法講座四』有斐閣、一九六四、二〇五頁。

(42) 北野弘久『憲法と地方財政権』勁草書房、一九八〇、二五頁。

(43) 秋田県国民健康保険税条例事件第一審判決（秋田地判一九七九・四・二七）は、「地方税につき憲法八四条に規定する租税法律主義の原則は…、地方公共団体がその有する課税権に基づき地方税法の定める範囲内で、新たに地方税を課し、または現行の地方税を変更するには、条例によってその租税要件、手続規定等を定めることを要するとする趣旨でその適用あがると解すべき」である

としており、その控訴審判決（仙台高秋田支判一九八二・七・二三：判例時報一〇五二号、三頁）も、「憲法九二条に照らせば…租税（地方税）条例主義が要請されると言うべきであって、この意味で、憲法八四条にいう「法律」には地方税についての条例も含まれるものと解すべきであり」、「地方税法は地方税の課税の枠を定めるものとして理解される」とし、地方税条例主義を前提とした見解を示した。

(44) 高田敏「条例論」『現代行政法体系第八巻』有斐閣、一九八四、一九三～一九四頁。

(45) 久世公尭「行政事務条例の実態と問題点」『法律時報』三一巻七号、三七頁。

(46) 室井　力「公害規制法律における法律と条例」『法学セミナー』一七七号、六七頁：同氏「公害対策における法律と条例」『公法研究』日本公法学会、三二号、一一二～一一三頁。

(47) 北村喜宣『分権改革と条例（行政法研究双書一九）』弘文堂、二〇〇四、一三一頁。

(48) 南川諦弘「地方分権と条例制定権」『地方自治研究』一三巻一号、一〇頁。

(49) 北村喜宣『分権改革と条例（行政法研究双書一九）』弘文堂、二〇〇四、四〇頁。

(50) 塩野宏『法治主義の諸相（行政法研究七巻）』有斐閣、二〇〇一、三五五頁。

(51) 古川俊一「住民参政制度」『最新地方自治法講座三』ぎょうせい、二〇〇四、二三〇～二三一頁。

(52) 崔昌浩『地方自治制論』三英社、一九八九、四三三～四三四頁。

(53) 監査院は憲法九七条「国の歳入・歳出の決算、国家及び法律が定めた団体の会計検査並びに行政機関及び公務員の職務に関する監察を行うため、大統領所属の下に監査院を置く」の規定により創設された機関である。国家の歳入・歳出の決算を検査し、国家機関と法律が定めた団体の会計を常時検査・監督し、その執行に適正を図り、行政機関の事務と職務を監察し、行政運営の改善・向上を図る役割を持つ。大統領所属機構になっているが、職務に関しては独立した地位を持つ。監査院は日本の会計検査院と類似した機能をもつ機関であるが、行政機関の事務とその所属公務員（国会、裁判所、憲法裁判所は除外）に対する幅広い職務監察機能を持つのが日本の会計検査院と異なる。

(54) 地方議会による内部監査については、地方自治法第四一条一項に「地方議会は毎年一回、当該地方自治団体の事務に対して市・道においては一〇日、市・郡及び自治区においては七日の範囲内で監査を実施し、地方自治団体事務の中で特定事業については本会議議決で本会議又

は委員会に調査を行わせることができる」と規定し、固有事務と委任事務を問わず全ての事務に及ぶ。

(55) 議決機関の議決に対する執行機関の再議要求制度が必要な理由は、第一に、執行機関はその事務を直接処理するので現実的であり専門性があるが、議決機関は専門性に欠け、問題のある条例を議決しやすい。第二に、執行機関の長に比べ、議決機関である地方議会議員は住民にアピールする機会が少なく、住民の人気を得るための行動を起こしやすく、問題のある条例案を議決する可能性がある。第三に、条例が公布され施行した後、法令違反として問題となり、違法性が争われるのを事前に予防する必要がある。金鎔珍「条例案に対する地方自治団体の長の再議要求等に関する一般的な基準」『法制』法制處、一九九一年一〇月、一三頁。

(56) 第一七二条による再議要求において行政自治部長官等による再議要求がある場合、地方自治団体の長は再議要求をしなければならないが、これに従わなくても、長に対して懲戒等の制裁措置は設けられていないため、宣言的な意味しか持たないと言える。大田広域市儒城区税特例条例不存在確認訴訟（大判 1999. 10. 22. 99chu54）において、大法院は「行政訴訟法第三条第四号と第四五条によると、国又は公共団体の機関相互間に権限の存否又はその行使に関する争いがある場合提起される機関訴訟はいわゆる機関訴訟法定主義を採択しているが、地方自治法第一七二条は市・道知事が自治区の長にその自治区の地方議会議決に対する再議要求を指示したにも拘わらず、その自治区の長がそれに従わなかったとしても、直ちに、地方議会の議決又はそれによる条例の効力を争う訴を自治区の長を相手に提起できることを規定しているのではなく、自治法上こうした訴の提起を許容している根拠規定がないので、市・道知事が直ちに自治区の長を相手に条例案の議決の効力又はそれによる条例の存在及び効力を争う訴を提起することは地方自治法上許容されるものではないといえる」と判示し、再議要求に従わなくても地方自治団体の長に強制できないことを示した。

(57) ソウル特別市、道、広域市など広域自治体の地方議会に教育・学芸に関する議案と請願を審査・議決するために置かれている教育委員会の所管事務を処理し、所属公務員を指揮・監督する。日本の教育委員会の委員長に該当する。

(58) 理由の提示は地方議会で再議決又は修正議決を行う際、そして、大法院に提訴する場合でも重要な判断資料となる。

(59) 行政自治部内部資料により作成。

(60) こうした規定の例として例えば、地方自治法第四条第

三項には「自治区ではない区と邑・面・洞の名称と区域を変更又は廃置・分合する場合は行政自治部の長官の承認」が必要とされ、同法第一〇四条第四項には「地方自治団体の長が委任又は委託された事務の一部を再び委任又は委託する場合は当該事務を委任又は委託した機関の長の承認」が必要とされ、地方税法第九条には「地方自治団体が課税免除、不均一課税又は一部課税を行う場合は行政自治部長官の許可」が必要とされている。

(61) 朴鈆炘『最新行政法講義（下）』博英社、二〇〇〇、一九三頁。

(62) 憲裁1998. 12. 29. 92憲ma216「条例は地方自治団体がその自治立法権に基づいて自主的な地方議会の議決を経て制定された法であるから条例により基本権を侵害された者はその権利救済の手段として条例に対する憲法訴願を提起できる」。

(63) 韓国憲法第一一一条一項四号には、憲法裁判所の管轄事項として、国家機関相互間、国家機関と地方自治団体間及び地方自治団体相互間の権限争議に関する審判が定められており、これをうけ憲法裁判所法第六二条には権限争議審判の種類と当事者に関して、一．国家機関相互間の権限争議審判、国会、政府、裁判所及び中央選挙管理委員会相互間の権限争議審判　二．国家機関及び地方自治団体間の権限争議審判　①政府及び特別市・広域市又は道間の権限争議審判　②政府及び市・郡又は地方自治団体の区（以下〝自治区〟という。）間の権限争議審判　三．地方自治団体相互間の権限争議審判　①特別市・広域市又は道相互間の権限争議審判　②市・郡又は自治区相互間の権限争議審判　③特別市・広域市又は道及び市・郡又は自治区間の権限争議審判が規定されている。また、権限争議が当該地方自治団体の教育・学芸に関する事項の場合は、教育監が当事者となる。

(64) 市・道知事は国家行政組織の一部として大法院に提訴したとみるべきである。

(65) 機関訴訟説は、違法条例に対する大法院提訴制度は行政訴訟法第三条第四号の国又は公共団体の機関相互間において権限の存否又はその行使に争いがある場合提起される訴訟に該当するから機関訴訟の一種であると解する（韓国司法行政学会『注釈地方自治法』一九九七、五五一頁）。

規範統制説は、行政訴訟法上の機関訴訟は国家機関相互間又は公共団体の機関相互間の紛争を意味するから地方自治法上の大法院提訴制度を完全に包括することは出来ないとし、地方自治法上の大法院提訴制度は地方自治法に特有の訴訟携帯として規範統制の一種であると解する。規範統制とは憲法を頂点とする法規体系において上下法規相互間の矛盾・抵触を解消するための制度的装置

として、憲法裁判の核心的領域をなしているが、広い意味では憲法第一〇七条二項に規定された大法院の違憲・違法命令・規則審査まで網羅する概念として把握することが出来、また、主権的な権利保護よりは客観的な法秩序保護の側面を重視する一種の客観的訴訟であるところに特徴があり、違法条例に対する大法院提訴の結果、それが違法と判明されればその条例が無効となる点で、憲法に違反した法律を無効にすることと類似しており、条例も法規であることは明らかであり、上下法規相互間の効力関係に関する争いである点から規範統制の一種であると唱える（金弘大『地方自治立法論』博英社、一九九九、二四三～二四四頁）。

(66) ここで韓国の憲法裁判の歴史的沿革について若干説明を加えておくことにする。まず、韓国のいわゆる制憲憲法（第一共和国憲法）は一九四八年に制定されたが、憲法裁判所は置かず憲法委員会を設け、その委員会が違憲法律審判を担当した。憲法委員会は副大統領を委員長とし、大法官五人と国会議員五人の審判官で構成され、一九五〇年から運営されたが一〇年間たった六件の違憲法律審判事件を処理するに止まった。

一九六〇年に制定された第二共和国憲法は活動が低迷であった憲法委員会を廃止し、憲法裁判所制度を導入した。憲法裁判所は違憲法律審判、権限争議審判、政党解散審判、弾劾裁判、選挙訴訟審判等を担当することになり、現在の憲法裁判所とその役割が同様であった。又、裁判所に係属中の事件に関して裁判所又は当事者が憲法に関する解釈を求めた場合、決定を通じて憲法を最終的に解釈する権限もあった。しかし、軍部政権の登場と共に憲法裁判所はその誕生を見ることもなく憲法裁判所法は廃止された。

一九六二年に制定された第三共和国の憲法は特別の憲法裁判機構を設けず、大法院が違憲法律審判と政党解散審判、選挙訴訟審判を担当し、弾劾審判は弾劾審判委員会が担当することとなった。しかし、大法院の違憲法律審判は活発に行われず、一九七一年に国家賠償法と裁判所組織法について違憲判決を行っただけであった。

一九七二年に第四共和国憲法いわゆる維新憲法下では第一共和国のように憲法委員会が設けられ、違憲法律審判、弾劾審判、政党解散審判を憲法委員会が担当することとなった。当時の憲法委員会法は地方裁判所や高等裁判所が違憲法律審判を提請する際、大法院がそれを必要でないと決定すれば憲法委員会に提請することが出来ないように規定されていたため、裁判所の違憲提請権が萎縮された結果、憲法委員会の違憲法律審判は一件も行われなかった。

一九八〇年の第五共和国憲法も引き続き憲法委員会を

設け、違憲法律審判、弾劾審判、政党解散審判を担当させた。しかし、大法院判事二／三以上で構成される合議体で法律が憲法に違反すると認められる場合に違憲法律審判を提請することができるようにしたため、違憲法律審判は以前よりも困難となり第四共和国下の憲法委員会と同様に休眠機関であった。

そして、一九八七年に行われた憲法改正（第六共和国憲法）で現行憲法裁判所制度が導入されることとなり、それと同時に憲法訴願制度も新しく設けられた。憲法委員会や大法院に憲法裁判を任せるのは国民の基本権保障に不十分であったことから、憲法裁判所を設置し、違憲法律審判、弾劾審判、政党解散審判、権限争議審判（国家機関相互間、国家機関と地方自治団体間又は地方自治団体相互間の権限争議に関する審判）、憲法訴願審判を担当させることになったのである。特に、韓国の法制史上初めて導入された憲法訴願審判は公権力の行使又は不行使により基本権を侵害された国民が直接救済を求めることが出来る制度として韓国の憲法裁判所歴史上重要な意味を持つ。

憲法が現実に対して規範力を持たず、国民の基本権保障の面で建前の規定に過ぎず、基本権保障の防波堤としての無力であった裁判所という過去の経験を持った韓国の国民は憲法訴願制度の導入で基本権保障が実質的に保障されることとなり、憲法訴願制度が国民の基本権保障手段として多く活用されるようになった。現在憲法訴願請求は憲法裁判所への審判請求の中で大半を占めており、一九八八年九月から二〇〇六年六月までの審判請求統計をみると合計一三一〇九件中、違憲法律審判が五三五件、弾劾審判が一件、権限争議審判が三八件、憲法訴願審判が一二五三五件として憲法訴願審判が圧倒的多数を占めている。www.ccourt.go.kr 参照。

(67) 許營『憲法学原論』博英社、一九九八、三〇八～三〇九頁；金哲洙『憲法学概論』博英社、一九九八、一二九六頁；権寧星『憲法学原論』法文社、一九九八、一〇三六頁

(68) 許營、前掲書、八二〇頁。

(69) 張永洙「現行憲法訴願制度の意義」『現代憲法学理論』考試研究社、一九九六、六五〇頁。

(70) リシウン「韓国の憲法裁判制度」『憲法裁判資料（第三集）』、憲法裁判所、一九九〇、七四頁。

(71) 『憲法裁判実務概要』憲法裁判所、一九九八、一一五頁。

(72) タバコ自動販売機の設置を禁止した条例が自治立法の限界を超えて無効であり、憲法上保障されている職業選択の自由等を侵害しているとして、憲法裁判所に憲法訴願審判を求めた裁判において、憲法裁判所は「条例は地

方自治団体がその自治立法権に基づいて自主的な地方議会の議決を経て制定された法であるため条例により直接、そして現在自分の基本権を侵害された者はその権利救済の手段として条例に対する憲法訴願を提起できる」と判示し地方自治団体の条例も憲法訴願の対象となることを明らかにした。憲裁 1995. 4. 20. 92 憲 ma264・279 併合。一方、条例は憲法訴願の対象ではないとし、条例の憲法訴願対象性を否定した判例もある（憲裁 1998. 10. 15. 96 憲 ba77「憲法裁判所法第六八条二項に基づく憲法訴願の対象は当該事件の裁判の前提となる「法律」であるから、地方自治団体の条例はその対象とならない」。

(73) 憲裁決 1998. 10. 15. 96 憲 ba77.

(74) 憲裁決 1998. 3. 26. 96 憲 ma345.

(75) 憲法裁判所は釜山広域市税条例附則第二条及び木浦市税条例附則第二条の違憲確認憲法訴願に対する決定において「住民税を賦課徴収する場合、同条例を適用して行われる別途の執行行為である課税処分により基本権侵害が現実的に現れるものであるから同条例附則第二条は基本権侵害の直接性がなく、したがって、この附則条項を直接対象としたこの事件の審判請求は憲法訴願の要件を満たさず、不適法であると判示した。憲裁決 1998. 11. 26 憲 ma55.

(76) 鈴木正明ほか『図解地方自治法』良書普及会、一九九七、八五頁。

(77) 松本英昭『逐条地方自治法』学陽書房、二〇〇二、五二三～五三四頁。

(78) 日本の場合、地方自治法一七六条七項による訴訟の性格は、議会と長の対立の調整を、最終的に司法判断に委ねる趣旨である。議会又は長が行う訴えは、裁定の取消を求める機関訴訟であり（行訴法六条）、議会又は長のいずれが原告となった場合も、裁定機関が被告となる。議会議決の取消裁定に対しては議会が、棄却裁定に対しては長が、それぞれ裁定庁を被告にして裁定の取消を求める訴訟の形式で出訴する。出訴する裁判所は裁定機関の所在地を管轄する地方裁判所である。この訴訟の手続には、行政事件訴訟法の取消訴訟に関する規定が準用される（行訴法四三条一項）。しかし、自治法一七六条七項の訴訟は、裁定庁を被告とする裁定の取消の形式をとるべきではなく、議会と長の間の、いわゆる形式的当事者訴訟で争わせる方が適当であるという指摘もある。原田尚彦『地方自治の法と仕組み』学陽書房、二〇〇五年、一〇四～一〇五頁；紙野健二『基本法コンメンタール地方自治法』日本評論社、二〇〇一年、一七二～一七三頁。

一方、韓国の場合、自治法第一〇七条の規定による訴訟や地方教育自治法二八条三頁の規定（市・道議会及び

教育委員会の再議決に対する教育監の大法院への提訴）による訴訟が機関訴訟（行政訴訟法三条四項）であることについては異論がないが、自治法第一七二条三項、四項の規定による訴訟の性格について、抗告訴訟と解釈する学者もいるが（徐元宇、柳至泰、李琦雨など）、多数説は機関訴訟と解釈している。抗告訴訟と解釈する論拠は、地方自治法第一五九条三項に基づき訴訟を提起する地方自治団体長の法的地位は地方自治団体の機関ではなく、国家監督庁の下級官庁である国家機関であるので、この場合の提訴は地方自治団体長が行う自治事務ではなく、国家監督庁の下級監督庁として行う機関委任事務に該当し、これは国家の機関である地方自治団体長が地方自治団体の機関である地方議会を相手に提起する訴訟であるため外部的な法律関係に関する訴訟であり、したがって、地方自治法第一七二条三項による訴訟の種類は訴訟の対象により異なり、地方議会の条例に対する提訴は一種の抽象的な規範統制に該当し、地方議会の処分的議決に対する提訴は抗告訴訟に該当するとされる（李琦雨『地方自治行政法』法文社、一九九一、一二三頁）。しかし、この見解は九四年の地方自治法改正でその論拠がなくなったと言える。すなわち、改正前の一七二条三項に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、地方自治団体長は監督機関（内部部長官、市・道知事）の承認を得て提訴することになっており、独自に提訴することは出来なかったが、改正後に監督機関の承認に関する規定が削除され、地方自治団体長が独自に提訴することが出来るようになったからである。すなわち、一七二条三項による訴訟は地方自治団体の機関（地方自治団体長）対機関（地方議会）の内部的な法律関係に関する訴訟であり、機関訴訟であると言える。

この外、機関訴訟か抗告訴訟か争いがあるものとしては、地方自治団体長の違法・不当な命令・処分の是正（自治法第一六九条）、地方自治団体長に対する職務履行命令（自治法第一七〇条）などがある。これらを抗告訴訟として捉える解釈は、その理由として、同一の法体系内の機関同士の訴訟ではないこと、憲法や法律が付与した「権限の存否又はその範囲」に関する争いではなく、監督庁の是正命令・処分の取消・停止を審査するものであり、地方議会が行う行政処分の一つである再議決の適法性を審査するものであること、そして、地方自治事務に関する紛争の場合には、地方自治団体及び国家その他の機関が独立の法人格の主体として主観的地位を有するのであり、監督庁の是正命令、処分ないし地方議会の再議決は行政行為としての性質を有すること等を挙げている（洪井善「機関訴訟」『考試界』一九九一年八月号、一一〇～一一一頁；徐元宇「地方自治団体の行政訴訟」『考

試研究』一九九四年一〇月号、三五～三七頁）。これに対して、機関訴訟と捉える解釈は、その理由として、機関訴訟とは、主観的な権利紛争の解決を目的とするものではなく、客観的な法秩序の保護を目的とするので必ずしも同一の法主体内機関間の争いであることを要しないことや、訴訟の対象となる是正命令・処分そして再議決等は直接国民に対し具体的に権利を設定し命令を命じるものではないこと、大法院が第一審であると同時に終審としての管轄裁判所と規定されていることなどを挙げている（韓堅愚「機関訴訟の機能拡大論」『法政考試』一九九五年一一月号、六〇頁；李柱栄「民衆訴訟、機関訴訟」『行政訴訟に関する諸問題（下）』法院行政処、一九九五、九六頁）。

ちなみに、韓国行政訴訟法には、訴訟類型として抗告訴訟、当事者訴訟、民衆訴訟とともに機関訴訟を定めている（第三条）。抗告訴訟と当事者訴訟は主観訴訟であり、民衆訴訟と機関訴訟は客観訴訟に分類される。主観訴訟とは、「個人の権益救済を直接目的とし、これを通じて行政法規の適正な保障を目的とする訴訟」であり、客観訴訟とは、「行政法規の適正な適用の保障を直接目的とし、これを通じて個人の権利救済を目的とする訴訟」と定義される（金南辰『行政法Ⅰ』法文社、一九九八、八六二頁）。

(79) 多くの創意的な条例案がこの提訴制度により、法令抵触などの理由により廃棄されている。例えば、一九九二年から二〇〇〇年までに大法院提訴された三七件の条例案中、有効とされたのはわずか五件である。

(80) 一九九九年から二〇〇三年までの中央事務の地方への移譲件数は、一九九九年に二二件、二〇〇〇年に二四四件、二〇〇一年に二二六件、二〇〇二年に三六五件、二〇〇三年に二三三件等、審議された三、三七四件の事務のうち、移譲が確定されたのは三二％に過ぎなかった。移譲が確定された一、〇九〇件の事務のうち、国の事務から地方事務に移譲が確定されたのは四六五件、市・道事務から市・郡事務に再配分されたのは三九一件、その他二三四件であった。韓国における最近の地方分権動向については、鄭原昌「韓国の住民参政制度に関する考察」『北大法学論集第五七巻第五号』二〇〇七・一、一八五～一九二頁。

(81) この点、韓国では最近改正された地方分権特別法（地方移譲促進法と地方分権特別法を統合して地方分権促進特別法として二〇〇八・二・二九に改正）において、機関委任事務を原則的に廃止し、自治事務と国家事務に二分化すべきことが明記された（法第一〇条）。また、同法第一三条には国と地方自治団体は自治立法権を強化するために条例制定範囲が拡大できるよう必要な法的措置

を構ずることが明記された。この特別法は二〇一三年までの時限法であるが、今後同法に盛り込まれた地方分権の課題を実現するための地方分権促進委員会が発足される予定であり、韓国においても機関委任事務制度の廃止や条例制定権の拡大など地方分権に向けた着実な進展がみられるだろうと思われる。

(82) 日本でいう行政事務条例とは、地方公共団体がその区域内において、地方公共に対する侵害を排除し、その福祉を維持するために、住民の権利・自由を制限し規制するような権力行使を伴う事務にかかる条例である。久世公堯『地方自治条例論』日本評論社、一九七〇、一頁。

(83) 「地方自治法第二二条は地方自治団体の自治立法権を保障し、立法政策的な考慮から住民の権利制限、義務賦課に関する事項は法律の委任がなければならないと規定しているが、これは基本権制限に関して法律留保の原則を宣言した憲法第三七条二項の趣旨に付合し、条例制定において法律の委任根拠を求めることに違憲性があるとは言えない」(大判94chu28)。

(84) 「地方自治団体は自治事務に関していわゆる自治条例を制定でき、こうした自治条例については地方自治法第二二条が定める『法令の範囲内』という事項的限界が適用されるだけであって、一般的な委任立法の限界が適用される余地はなく、ここで言う『法令の範囲内』の意味は『法令に違反しない限り』として解釈される」(大判2002du7135)；「法律が住民の権利義務に関する事項について具体的に範囲を定めず条例で定めるよう包括的に委任したとしても、行政官庁の命令とは異なり、条例も住民の代表機関である地方議会の議決で制定される地方自治団体の自主法であるから、地方自治団体が法令に違反しない範囲内で住民の権利制限に関する事項を条例で制定することが出来る」(大判90nu6613)。

(85) この論争はに、条例違反行為に対して罰則の規定を定めた大邱市議会の「証言及び鑑定に関する条例案」(一九九二年一〇月制定)が、当時の内務部(現行政自治部)により大法院に提訴され、その後、同様の条例案が九三年六月までに全国一四の広域地方自治団体で制定され、内務部により大法院に提訴されるなど問題となったのを契機に内務部は刑罰を定めた問題の旧地方自治法二〇条の規定をあっさり削除する法案を国会に提出し、現行の規定に改めたのである。崔鳳基「法令による条例制定権の統制と改正方向」『社会科学論叢』VOL17. NO1, 1998.

(86) 一九九五年に首長公選制が行われた時点を基準にすると、わずか一二年あまりの経験しか持たない韓国の地方自治制はまだ制度の発展過程にあり、これからも日本の地方自治から学び取るべき事柄は大であると思われる。

資　料

〈北大立法過程研究会報告〉

「有事法制の立法過程と実際」

前田哲男

防衛庁の省移行と現憲法下での限界

二〇〇七年一月九日、防衛「庁」が「省」へと移行しました。防衛省自衛隊という時代に入ったわけです。これによって防衛省は、予算編成権・閣議請求権・政令制定権をもつ独立政策官庁になりました。ウェブサイトのタイトルもDefense Agencyから Ministry Of Defense へと変わりました。各国軍隊並になったわけです。[*1] この日の記念式典で安倍首相は、「今回の法改正

により、防衛庁を、省に昇格させ、国防と安全保障の企画立案を担う政策官庁として位置付け、さらには、国防と国際社会の平和に取り組む我が国の姿勢を明確にすることができました。これは、とりもなおさず、戦後レジームから脱却し、新たな国造りを行なうための基礎、大きな第一歩となるものであります」と述べました。

しかしながら、防衛庁が省に移行して、組織名称をＭＯＤに改めたとしても、なお、二つの大きなハードルがあると思います。ひとつは、集団的自衛権の行使は現憲法下ではできない、したがって国外における、ないしは第三国とともに行なう武力行使は違憲だとする内閣法制局の伝統的な憲法解釈。もうひとつは、国民の権利保障との関連で、徴兵制度をなかば明示的に禁じた憲法第一八条の存在と、「特別裁判所は、これを設置することができない」という明文規定によって、戒厳令など国内非常体制確立が制約を受けるという点です。すなわち、外の事態に対して軍隊としての機能を十全に行使すること、また、内に対して国民生活の上に軍隊としての権能を発揮することについて、憲法九条の下では、いぜん明確な限界が存在します。ここに解釈改憲派のジレンマと安倍首相のいらだちがありました。

そこで安倍内閣は、「国民投票法」による憲法改正を視野に入れながらも、当面のジレンマを解消するため、「集団的自衛権の行使容認」を個別・具体的な領域において可能なように研究する、つまり、「行使できる集団的自衛権」と「行使できない集団的自衛権」とをケーススタディで切り分けていくという作業に着手しました。四月から検討開始した「安全保障の法的基盤の再構築に関する懇談会」（柳井俊二座長の「有識者懇談会」）がそれです。[*2] おそらく近いうちに、例示された四類型に関しては「集団的自衛権の行使とはみなさない」との意見が示されると思います。例えば、アメリカに向けて飛んでいく弾道ミサイルを自衛隊が日本の領域で撃ち落とすことは、日本にたいする攻撃がなされていなくても「行使しうる自衛権」だという解釈が出てくるでしょう。また、イラクのような外国でアメリカの兵士を日本の自衛隊が警護する、あるいは、公海上の米艦艇護衛や、苦境に陥っている多国籍軍と協同して応戦することは集団的自衛権の行使ではないという類型も提示されるでしょう。

しかし、いかに文辞を弄しても、「集団的自衛権行使の大本」である、外国において、日本が武力攻撃を受けていない状況で公然と武力を行使することは、憲法第九条に反するという拘束

から逃れることは、現憲法がある限り不可能です。同様に、有事法制に関してもさまざまな法律がつくられましたが、現憲法が存する限り限界があるということは、立法者自身が十分にわきまえていると思います。だからこそ、明文改憲指向がますます高まってきているのだという言い方もできるわけです。集団的自衛権の行使、外国で戦争ができるような軍隊のあり方を追求している政府にとっては、有事法制を立法できるような憲法をつくることが目標であろうと思います。それは、二〇〇五年九月二八日に自民党が発表した新憲法草案における九条および一二条以下の権利・義務、七六条の特別裁判所の規定[*3]を見れば、十分推測できることだと思います。

＊1　防衛庁資料「防衛庁の省への移行－法案のポイント－」（〇六年九月）によれば、省移行の意義として、「活動の拡大」「任務の重要性の増大」と並べ、「諸外国防衛担当組織と対等な位置づけ」「諸外国などと対等で強力に交渉しうる能力」「責任と権限をもって調整しうる組織と能力」が挙げられている。

＊2　安倍首相は「防衛省移行記念式典における内閣総理大臣訓示」で、「集団的自衛権の問題についても、国民の安全を第一義とし、いかなる場合が、憲法で禁止されている集団的自衛権の行使に該当するのか、個別具体的な事例に即して、清々と研究を進めてまいります」と述べた。「有識者懇談会」で検討中の「現憲法下で集団的自衛権が容認される四つの類型」は以下の通り。

① 日本のミサイル防衛網を利用して、アメリカを目標とする第三国の弾道ミサイルを自衛隊が迎撃する。

② 公海上で、海上自衛隊の艦艇と並走する他国（アメリカ）の軍艦が攻撃された場合に反撃できる。

③ 自衛隊を含む多国籍軍が、共通作戦従事中に攻撃された場合に応戦する。武器・弾薬の輸送・補給も行なう。

④ 国連平和維持活動で、任務遂行への妨害を排除するためや他国軍救援に自衛隊が武器を使用する。

＊3　自民党「新憲法草案」における改正点

第九条

第九条の二　我が国の平和と独立並びに国民の安全を確保するため、内閣総理大臣を最高指揮官とする自衛軍を保持する。

同二項三　自衛軍は、第一項の規定による任務を遂行するための活動のほか、法律の定めるところにより、国際社会の平和と安全を確保するために国際的に協調して行なわれる活動及び緊急事態における公の秩序を維持し、又は国民の生命若しくは自由を守るための活動を行なうことができる。

第一二条　国民の義務　この憲法が国民に保障する自由及び権利は、国民の不断の努力によって、保持しなければならない。国民は、これを濫用してはならないのであって、自由及び権利には責任及び義務が伴うことを自覚しつつ、常に公益及び公の秩序に反しないように自由を享受し、権利を行使する責務を負う。

第七六条　三　軍事に関する裁判を行なうため、法律の定めるところにより、下級裁判所として軍事裁判所を設置する。

「有事」の概念

「戦時法制」や「非常事態法」といわずに、「有事法制」「有事対処」という用語が用いられることじたい、現憲法の下では、そのような概念が相容れないものだということを暗に物語っているといえます。書誌学的な話ですが、「有事」の出典は、韓非子の「無事なれば即ち国富み、有事なれば即ち兵強し」に由来しています。「無事」の反対概念であるわけです。「戦時・平時」の反対概念とくらべると、差異の幅が大きくゆったりしています。「戦時・平時」の間は「宣戦布告・講和条約」で一応線が引けますが、「有事・無事」の間には何でもはいってしまう。近代法制の語感からすればあいまいで捉えどころがない。このような術語の使用例は、明治以降の軍事文書を調べてもほとんど見当たりません。自衛隊創設後も一九七〇年代までの公文書には見出せません。それが七〇年代の「有事研究」開始以降、防衛上の危機概念や法言語として普通に語られるようになりました。

韓非子は法家思想の元祖みたいなものですから、有事を法的概念ではない、ということはできないにしても、この術語が近代日本で法律概念として使われたことはあまりありません。少ししか調べていませんので、これで結論を出すのは大胆に過ぎるかもしれませんが、いくつかの出典例を調べてみても、「有事」は官製の言葉として通用していなかったということが、おおむね推測できます。少なくとも明治憲法下では、それはストレートに「戦時」と表されていました。

使用例を探してみると、明治五年の徴兵告諭の中に「有事」という表現が出ていますが、それ以外の意見書、軍人勅諭、そして、条例・規則・法律・法令をみても「有事」という言葉は出てきません。軍機保護法や陸海軍刑法にも「戦時」や「事変」という術語が使われています。[*4]

なぜ、いまの日本では「戦時」ではなく「有事」なのか。「有

事研究」以降、日本人は「有事」という言葉でしか「非平時概念」を論じてきませんでした。いうまでもなく、それは現憲法の下において「戦時」という状況想定がタブーだからということでしょう。そこで同じ概念をべつの言葉で表すとすれば、「有事」という古代中国の概念が引きだされたのであろうと考えられます。

日中戦争期になってきますと、一九三八年四月に「国家総動員法」が施行されます。第一条を見ると、「本法ニ於テ國家總動員トハ戦時（戦争ニ準ズベキ事變ノ場合ヲ含ム以下之ニ同ジ）ニ際シ國防目的達成ノ為國ノ全力ヲ最モ有効ニ発揮セシムル様人的及物的資源ヲ統制運用スルヲ謂フ」（第一条）とあります。ここでは、国家総動員とは「戦時」であって、また、戦争に準ずべき「事変」の場合を含む、と「戦時」や「事変」の定義が与えられています。同法を解説した末川博著「国家総動員法体制」では、最初にこの法律のあいまいさが婉曲的に指摘されています。

「元来、国家總動員法は『戦時ニ際シ』特に『國防目的達成』といふ目的を以て為される統制の大綱を定める基本法である。その意味においては臨時制を有する非常法であるともいひ得る。しかし、戦時といふのは支那事變といふやうな特定の具體的な戦争の時のみを指すのではなくて、將來起こることのあるべき戦争のすべての時をも含むものであり、しかもその時の為めに平時から備へて置くべき準備に關するところもあるのだから、この意味においては恒久性を有すると共に平時法たる一面も有する。即ち本法は國家總動員の實施竝に準備について抽象的にまた普遍的に基本原則を定めてゐるのであって、その為めに規定の内容も、融通の利くやうに概括的になってゐて含蓄に富んでおりいはゆる普遍条項たる特質を具有することが多い。」

「このように非常に幅広い、また、射程の長い概念であり範囲をもつということが特徴である。」[*5]

末川博は、滝川事件で京都大学を追われた法学者であることはご承知のとおりです。この本は、彼が野に下ったあとに書かれたものです。しかも、国家総動員法という時代の凶器について論じているわけですから、慎重の上にも慎重に、しかし、学者としてきちんと言っておきたいという気持ちが伝わってくる文章だと思います。遠回しですが、国家総動員法という法律がもつ特質は、きちんと指摘されていると思います。そしてその問題把握は、今日の「周辺事態法」、「武力攻撃事態法」、「国民保護法」など有事法制に対する基本認識にも十分通用するものだと思います。

いずれにせよ、「有事」という術語が法律的な概念として使われたことは、日本の近代史の中にはなく、同じ概念は「戦時」もしくは「事変」と表されていたことが明らかになりました。それと同じことが今は「有事」という概念で語られている。[*6] そのように表されるのは、現憲法による制約のためである。すなわち、現憲法の下で、「戦時」や「事変」を法制化しなければならないにしても、同じ用語では語れないという制約が、「有事」という術語を導き出したということです。逆に言えば、現憲法がなお機能しているという言い方も、多少苦しいけれどもできないわけではない、ということでしょうか。それより、術語における解釈改憲の例と受けとめる方が妥当なのかもしれません。

＊4〈明治期の「有事」の使用例〉

・「徴兵告諭」（明治五　一八七二）――

「我朝上古ノ制海内挙テ兵ナラサルハナシ有事ノ日天子之カ元帥トナリ丁壮兵役ニ堪ユル者ヲ募リ以テ不服ヲ征ス…。」を見るのみ。

〈その他の用語による「有事」概念〉

・参謀本部条例（一八七八）――

「凡ソ平時ニ在リ陸軍ノ定制節度団隊ノ編制…」（第四条）、「**其戦時ニ在テハ**凡テ軍令ニ関スルモノ…」（第六条）

・岩倉意見書（一八八二）――

「陛下ノ愛信シテ股肱トシ且ツ以テ国家ノ重ヲナス所ノ陸海軍及ビ警視ノ勢威ヲ左右ニ提ゲ凛然トシテ下ニ臨ミ民心ヲシテ戦慄スルトコロアラシムベシ」

・軍人勅諭（一八八二）――

「我國の軍隊は世々天皇の統率し給ふ所にそある。…夫**兵馬の大権は**朕か統ふる所なれは其司々をこそ臣下には任すなれ、…天子は文武の大権を掌握するの義を存して…。朕は汝等軍人の大元帥なるそ。」

・教育勅語（一八九〇）――

「**一旦緩急アレハ**義勇公ニ奉シ以テ天壌無窮ノ皇運ヲ扶翼スヘシ」

・軍備拡充意見書（一八九五）――

「**一朝事アル**ニ際シテ…」（有朋）

・海軍省（一八九一）――

「**一朝事アル**ノ日…」（製鉄所設立費要求書説明）

（以上『岩波　日本史資料四』、『大久保　資料による日本の歩み　近代編』、『陸軍省　明治軍事史　上下』、『松下　明治軍政史論』、『博文　祕書類纂』、『有朋　意見書』による）

〈明治憲法にみる国家緊急権〉

・大日本帝國憲法（一八八九）――

天皇ハ戦ヲ宣シ和ヲ講シ及諸般ノ條約ヲ締結ス（第一三条）
天皇ハ戒厳ヲ布告ス（第一四条）
（第二章　臣民権利義務に関し）
本章ニ掲ケタル條規ハ**戦時又ハ國家事變ノ場合**ニ於テ天皇大権ノ施行ヲ妨クルコトナシ
ほかに「勅令」（第八条）、「緊急財政處分」（第七〇条）

＊5　末川　博『總動員法體制』（一九四〇年七月　有斐閣）三頁。

＊6　「武力攻撃事態法」との類似性に注目。同法「定義」の武力攻撃事態「等」に含まれる含蓄、「おそれ」「予測」などの融通性が共有されている。

「有事」の類型

以上を踏まえた上で、「有事」、実態的には「戦時」もしくは「事変」を意味する、戦争状態における国家緊急権の行使について－いくつか手元にあったものだけしか調べませんでしたから部分的ですが－、山口大学の近代政治専攻の纐纈厚、早稲田大学憲法学の水島朝穂、東京大学憲法学の小林直樹の三人の著書にみる「有事」の類型を見てみます。

i　「危機管理」有事法体系
ii　戦時における「軍政型」法体系
iii　平時における「危機」予防の法体系
iv　戦時における「行政の軍事化」のための法体系

＊纐纈　厚「戦前・戦後有事法制の展開と構造」（『年報日本現代史第六号所収』）

i　行政型――行政権が平常時の制限を除去されて自由な活動を許される合囲状態《戒厳》、マーシャル・ローのタイプ。
ii　立法型――行政府に包括的な法的規制権を与える緊急命令権のタイプ。
iii　混合型――大統領独裁・戦時内閣等

＊水島朝穂『現代軍事法制の研究』

i　平常時の体制を維持したまま、事態に対応して制度の臨時的機能を図るもの。
ii　憲法自らがより緊迫した非常事態を予定し、立憲主義を一時的に停止して一定条件のもとで独裁権力の行使を認める場合。

iii　極度の非常事態において憲法の一切の枠や授権を超えて非法の独裁措置を行なう場合。

小林直樹『国家緊急権』

細かなところは違っておりますが、ほぼ同じような概念の類型化だと思います。纐纈によりますと、①危機管理の有事法体系・②戦時における軍政型の法体系・③戦時における危機予防の法体系・④戦時における行政の軍事化のための法体系に分類されています。水島は、①行政型・②立法型・③混合型という分類、小林は、①平時・②非常事態・③極度の非常事態というように、事態を少しずつ変えながら、そこにおける対応策としての国家緊急権を提示しています。まだ他にも類型の仕方はあるはずで、おおむねこのようなところでいくつかの形は見えてくると思います。

次に、防衛庁が「有事」をどのように定義しているかといいますと、政府の回答文書として出されたものがあります。それによれば、

「『有事』は法令上の用語ではないため、その意味は必ずしも一義的ではないが、防衛庁が昭和五二年に着手した『有事法研究』は、自衛隊法第七六条の規定により防衛出動を命ぜられるという事態において、自衛隊がその任務を有効かつ円滑に遂行する上での法制上の問題点の整理を目的としており、この意味では『有事法研究』における『有事』とは、防衛出動が命ぜられるという事態ということになる」（平成一四年度予算案審議に関する政府回答文書）と説明されています。すなわち、自衛隊法第七六条の防衛出動、我が国に対する直接の武力攻撃がなされた場合ということです。自衛隊法が「自衛隊の全部又は一部の出動を命ずる」ことができるのはこのときだけです。外部から我が国に対する侵略が現に行われたことに対して、防衛出動が行なわれる。そのときには自衛隊によって武力が行使されます。そのさい国内および国民に向けられる法的要求、すなわち緊急事態法が、有事法制という概念で防衛庁によって研究されてきたということになります。そのような研究は、一九七七年に着手されましたから、今年でちょうど三〇年目になります。日本の有事研究は、三〇年前まで遡ることができることになります。

あとで述べますが、すでに立法されたものだけでも一〇の法律が、いわゆる有事法制という括り方で制定されています。末川博の『国家総動員法体制』にある、戦前のそれが非常に融通の効く概括的なものであったという指摘に当てはめてみるなら

ば、今日の有事一〇法もさらに拡大していく、新たなものを生み出していく可能性が高い。その意味で、防衛庁が省になり、政令をつくることができるようになった、あるいは、予算や法律を独自に提案することができるようになったということは、これからの有事法制の方向性を示唆するものかもしれません。

有事法制成立前の法制における有事関連条項

有事法制が制定される以前、つまり防衛庁が防衛出動事態＝有事の定義をしていた時期の法体系で、国民生活に災厄をもたらす有事＝無事の反対概念や国家的な緊急事態がどのように語られていたかということをざっと見てみますと、非常事態・緊急事態・重大緊急事態といった表現で定義され規定されています。[*7]

電気事業法には、「非常事態」という言葉があります。天災その他ですから、自然災害を指しているだろうということが想定されます。また、警察法における「緊急事態」、警察緊急事態といわれるものには、若干治安的なものが入ってきます。それと安全保障会議設置法における「重大緊急事態」が、既存法の中で国家非常事態・国家緊急事態に似たような法源とみられるだろうと思います。

ちなみに、日本国憲法で「緊急」という言葉を拾ってみますと、第五四条の参議院の緊急集会、ここにだけ「緊急」という言葉が使われています。衆議院が解散されているときに召集されるものです。これは、なにか特別な事態を想定しているわけではなく、立法府の責任として空白を生まないための措置であろうと思われます。ですから、この条項が軍事的な有事を意味する文脈で憲法上語られたことはありませんでしたが、言葉だけで探してみますと、憲法第五四条に「緊急」という言葉が一応あるということです。

このように、日本国憲法の下では、国家緊急権ないし非常事態ということは想定されていないということになります。そこで、有事法制の必要性を説く人は、「スパイ天国日本」というようなキャンペーンを展開したり、危機管理、クライシス・マネージメントという言葉を使いながら、その必要性を主張したりすることになってきたわけだろうと思います。

＊7　既存法にみる有事概念（「周辺事態法」「武力攻撃事態法」成立以前）

i　非常事態――電気事業法第五八条、電気通信事業法第八条

「天災その他の非常事態」
ii　緊急事態――警察法第七一条、自衛隊法第一〇〇条の八一項「大規模な災害、騒乱、その他の緊急事態」
iii　防衛出動――自衛隊法第七六条「外部からの武力攻撃に対する出動」
　治安出動――自衛隊法第七八条「間接侵略その他の緊急事態」
iv　重大緊急事態――安全保障会議設置法第二条「防衛出動以外の緊急事態」

暴露された有事研究の存在

一九六〇年以後、すなわち、日米安保条約が岸内閣の下で現行安保に改定され、「日米安保協力」と呼ばれるアメリカと自衛隊との軍事協力が進行していくことになってから、表向きはべつとして、秘密裏に、有事すなわち戦争、具体的には、朝鮮における休戦協定の破棄・戦争の再発を想定した日米の軍事計画が、非常時・戦時を想定していくつか出てきます。秘密計画ですから、その当時にはだれも知らず、のちのち暴露されて表に出てくるという性格をもっています。つまり、計画された時期と表に出てくる時期にはタイムラグがあるわけです。

「三矢研究」は、「昭和三八年度統合防衛図上研究」という正式名称をもっていますが、明るみに出たのは昭和四〇年（一九六五年）でしたので、二年間のタイムラグがあります。同様の朝鮮戦争対処である「フライング・ドラゴン作戦」（一九六四年）や「ブル・ラン作戦」（一九六六年）についても、タイムラグがあります。三矢研究は、ほぼ全文にわたる極秘文書が衆議院予算委員会で示されましたので、衝撃的でしたし、政府もそれを認めざるを得ないところまで追い詰められました。「フライング・ドラゴン」と「ブル・ラン」の作戦研究は、概要ないし一部が雑誌に掲載された程度だったので、政府はそれらを論評したり評価したりすることを拒否して、大きな問題に発展しませんでした。いずれも一九六〇年代に日米の軍事当局が、朝鮮戦争を想定してどのような戦時体制が必要であるかを論じたものでしたが、三矢研究がもっとも綿密・膨大なもので、現物が国会で暴露されましたから、やはり衝撃度が大きかったわけです。

有名な話ですが、三矢研究の文書は作家の松本清張が手に入れて、それを社会党の岡田春夫議員に渡しました。松本は、共産党シンパとして知られていた人でしたが、三矢文書に関して

は共産党よりも社会党の方が追及できると判断したのだと思われます。良い判断だったと思います。共産党だったら政府は逃げ切れたと思います。当時、社会党は国会で三分の一の勢力を有していましたから、衆議院予算委員会における総括質問で十分に追及できる時間をもっていました。政府は逃げまわれません。共産党の持ち時間は二〇分程度でしたので、政府は簡単に逃げきったと思います。いずれにしても、議事録に載っていますから、その時の岡田と政府の応酬をつぶさに知ることができます。小委員会も設けられ資料提出もなされた結果、この、確認される限り最初の有事研究の全容は、今日明らかです。

三矢研究には、人員動員・物的動員、若干の精神的動員も含めて個別に七七から八七件の法律を個別に制定すべきものとする「非常事態措置諸法令」があります。[*8] さらに、米軍との協力の中で、米軍との共同司令部、いうまでもなくアメリカ人が指揮をする自衛隊・米軍の共同戦闘組織ですが、その設置を認めるべきとの意見も提案されています。また、米軍が戦術核の使用に踏み切った場合、通過もしくは備蓄地点として、日本への核の持込みが容認されるべきであるということも提案されています。つまり、憲法秩序を根底から覆す、というよりもまったく無視したような事態が、三矢研究において想定されていました。ですから、当時の佐藤栄作首相も、岡田春夫議員の質問に対して、これは大変なことだ、「かような事態が政府の知らないうちに進行している、これはゆゆしきことだと思います」と、最初はそう言わざるを得なかったわけです。

ところが、次第に状況が変わってきて、このようなものがなぜ外部に漏れたのか、それを突き止めなければならないという機密漏洩事件になってしまい、結局、機密漏洩ということで防衛庁の制服組と内局部員が行政処分されて幕引きとなりました。しかしながら、岡田議員の三矢研究暴露によって、一九六〇年代に日米の軍事組織が朝鮮戦争を想定しながら戦時研究を秘密裡に行っていたという事実が、七七件以上におよぶ国内的措置、「非常事態措置諸法令」とともに明らかになったわけです。

とはいえ、これは氷山の一角で、まだ明らかにされていない秘密研究が今もたくさんあるということを知っておかなければなりません。九三年の北朝鮮の核開発・再開発以降、日米の両軍事組織は、たくさんの戦時研究、戦時のシナリオ研究を共同で行なっており、それに向けた文書を作成しています。それは三矢研究の先例でもわかりますし、断片的に報道されてもいます。そこで米軍にどのような便宜供与が行なわれるのか、憲法秩序の破壊が行なわれるのかということは、秘密研究であるが

ゆえに全容を知ることができませんが、三矢研究をはじめとする六〇年代の戦時研究の中における有事対処・国家緊急事態の作成準備は、九〇年代以降の「日米同盟」関係の中でさらに進展していると見ておかなければなりません。つまり、表にある目に見える有事法制群と、水面下にある軍事組織の作戦計画としての戦時研究との両面に注意しておかなければならない。国民に示されるのは、表のものだけだとしても、それがすべてであるというのは、不正確なのだということを、少なくとも知っておかなければなりません。それは、三矢研究をはじめとする六〇年代の研究の存在によって十分立証されているし、九〇年代以降にもそういうことが行なわれた形跡を知ることができるわけですから、そのような目配りをしておく必要があるだろうと思います。有事法制とは、結局のところ、戦争計画の一部分、国内的反映にほかならないのです。

＊8　「三矢研究」にみる有事法制
　i「非常事態措置諸法令」
　ii「戦時諸法令」
　　――人的動員、物的動員などに必要な法律として七七～八七件を列挙。
　　――ほとんどが国家総動員法など戦前・戦中期法令の引写し。

冷戦期における有事研究

一九六〇年代における三矢研究をはじめとするものは、氷山の一角であるとしても、あくまでも表向きには語られない軍の秘密作戦研究でありました。しかし、戦時研究、すなわち、戦争時あるいは事変という概念で明治期に記されたものと同じような内容のものが、憲法の手前、表現をはばかりながらも、有事研究という名称で戦後の日本社会に出てくるのは、一九七八年以降、正確には一九七七年です。年表ふうに記すと、次のようになります。

発端　一九七八～〝自衛隊特例法〟として提起
・七八年「栗栖発言」――
　「奇襲をうければ超法規行動をとらざるを得ない」
・七九年「三原長官」――
　七七年より「有事法制研究」に着手、と発表。
　i　憲法の範囲内

ii　自衛隊法七六条事態に限定
iii　法制でなく研究にとどめる。
・八二年「中間報告」
　第一分類⇒防衛庁所管法令について
・八四年「中間報告」
　第二分類⇒他省庁所管とまたがる法令について
・報告なし
　第三分類⇒新規立法を要するもの

来栖弘臣統合幕僚会議議長が、北海道がソ連軍の奇襲を受ければ、という文脈で、その場合自衛隊は、超法規な行動をとらざるを得ないと週刊誌のインタヴューで語った、いわゆる来栖発言と呼ばれるわけですけれども、その来栖発言が七八年の出来事でした。当時は、ソ連脅威論、つまり、北海道にソ連が攻めてくるという、冷戦下におけるソ連脅威論が高まっている時期でした。来栖は、「今の法律は制度上の国家緊急権をもっていない。したがって我々は、超憲法的に、超法規的に対処しなければならない」ということを述べたわけです。この発言がもとで、来栖は統合幕僚会議議長を解任されます。本人は辞表を提出したのですが、金丸信防衛庁長官に辞表を出すように要求されたのを受けて辞表を提出していますから、更迭ないし解任といって差し支えないでしょう。これによって、文民統制がしっかり機能したというような評価を受けたわけですが、しかし、その来栖発言を受けて、翌年に三原防衛庁長官が、「実は、防衛庁は、来栖発言の前から、つまり七七年から有事法制研究に着手しております。しかし、決してそんな心配することはありません」と釈明しつつ、前年から有事法制研究が行なわれていることを明らかにしました。これによって、日本の有事法制の立法過程、立法に向けた防衛庁の研究およびそれをめぐる言論が表に出てくるということになりました。

当時、防衛庁の官房長だったのが、竹岡勝美です。今も元気で、有事法制および自衛隊と国連の冷戦後における「日米同盟」の進展に対して厳しく批判している人物です。かつて防衛庁官房長という要職にあった人が、冷戦後の自衛隊のあり方について厳しく批判している理由は、竹岡には、自分が防衛庁自衛隊をつくったという自負、そしてこの自衛隊は、創設当時かかげた国土守備隊としてあるべきであって、「日米同盟」のために使われてはならないという、強い責任感があるのだろうと思われます。つまり、竹岡からすれば、今の自衛隊は間違った方向に使われているということです。それは、北海道選出の衆議院議員であった箕輪登が批判している視点と同じですが、竹岡は、

自衛隊合憲論者であるにもかかわらず、十数年前から、つまり、ガイドラインができた九〇年代の後半から、こういう立論で、自分たちが憲法の下に合法であると信じてきた自衛隊と今の自衛隊とは違うと、自衛隊の在り方を批判するようになりました。

有事法制研究がスタートしたちょうどその時の官房長が、竹岡勝美だったわけです。そして、当初、三矢研究や有事法制研究は、防衛庁官房が主導したものでした。後に教育人事局という別の部局に引き継がれましたが、当時は官房が担当していました。ですから、竹岡が国会に出て答弁をしており、これを見れば、当時の有事法制研究が、どのような定義づけと類型化と限界をもちながら立ち上げられたのか、ということがきちんとわかります。それは、竹岡が今怒りを発しているように、決して「周辺事態」や「武力攻撃事態等」など国外での戦闘を含むものではありませんでした。

竹岡の認識によれば、現行の自衛隊法じたいが、ある意味で緊急事態法なのだ、有事法なのだ、自衛隊法七六条で武力の行使、武器の使用等が認められている、その意味で、自衛隊法は憲法下における有事法の性格をすでにもつ、ということになります。竹岡は警察庁の出身です。七六条事態にあっても、警察法にある規定（「大規模な災害、騒乱、その他の緊急事態」）を活用すればかなりのことができる。七七年当時も、決して有事法制が必要な状況ではなかった。けれども、どうしてもというならば勉強はしなければならない。だから勉強するのだ、ということで、その研究の内容として八項目を述べています。しかし、それは法制化ということを意図したものではありませんでした。「法制化するつもりはありません」という答弁が何度も議事録に載っています。しかし、彼はやがて防衛庁官房長を解任されます。また、有事法制研究も官房から教育人事局に移って、氷山の下に隠れてしまうわけです。その後八二年と八四年に、いずれも中曽根内閣の時ですが、その有事研究の中間報告が出されます。中間報告は、第一分類から第三分類に分かれており、第一分類は、防衛庁所管の法令についてのもの、第二分類は、他省庁とまたがる法令についてのもの、第三分類は、現行法に存在せず新規立法が必要なものについてでした。

第一分類と第二分類に関しては、改正が必要な法律名が示されました。ところが、九〇年代以降、今世紀に入って二〇〇三年と二〇〇四年に成立した新規立法については、それに関する中間報告がありません。中間報告書はつくられたようですが、発表されていませんので、経過が不明です。それはともかくとして、このような流れの中で、来栖発言に始まる防衛庁の有事

法制研究は、徐々に姿を現して、中間報告という国民向けの発表になっていくのですが、いずれもすでに述べたように、憲法の範囲内で行なうということ、自衛隊法第七六条は、我が国に対して直接武力が行使された場合を想定しており、侵略事態についての研究に限定すること、そして、具体的な立法措置をとるものではなく、研究しておくにとどまるものである、という条件がついていました。

また、当時の憲法状況との関連でいえば、有事法制研究は、明文改憲を指向する国権主義的な風潮、つまり明治国家への復古的な傾向と結びついて改憲派から期待されていた側面が強かったといえると思います。元号法の制定が、一九七九年のことでした。また、同年のソ連によるアフガニスタン侵攻を契機に「ソ連の脅威」という軍事的シンボルをかかげながら、有事法・秘密保護法が必要であると盛んに叫ばれていました。北海道が危ないキャンペーンであるとか、スパイ天国日本キャンペーンが行なわれていた時期です。また、中曽根が戦後史の総決算を唱えながら登場したのも八〇年代初期です。とくに中曽根内閣は、国家秘密法・スパイ防止法という一種の治安維持法・有事法といえるものを提出します。いずれもその時には廃案になりましたが、二〇〇〇年初期に自衛隊法の中に取り込まれるという形で実現しました。

そこで戦後の日本における有事法制研究は、以下のように概括できるだろうと思います。①三矢研究など、朝鮮戦争再発に連動する日米軍事協力の一環として秘密作戦計画として立案された見えない部分、②栗栖発言をきっかけに、立法措置を前提としない防衛庁の有事研究が開始された公開部分、③研究が自衛隊法七六条の枠組提示と中間報告を伴いながら行われた限定部分、④一部に国権主義的な必要性を叫ぶ勢力があったものの、全体としてみれば、国家秘密法・スパイ防止法の廃案が物語る世論による反発・不達成部分。

冷戦後の有事研究―「中曽根型有事法制」から「小泉型有事法制」へ―

それに反して、九〇年代に始まる冷戦後における有事法制研究は、なによりも「日米同盟」と称するようになった日米安保協力の冷戦後における新たな目標、つまり、反共・対ソではない「新たな脅威や多様な事態」に対応するものと位置づけられます。具体的にいえば、「ならず者国家」、「不安定な国家」、あるいは、国際的テロリズムというような漠然とした相手、いつ

起こるかもしれないような事態、そして戦線の定かではない地域での事態に対してです。「安保再定義」にもとづく日米の軍事協力が指向される中で、有事法制が、自衛隊法の補完（国土侵略対処）であるより、安保特例法の延長（周辺事態などへの対米支援）としての性格があらわになってくる。これは、八〇年代までとは異なる有事法制の位置づけだといえます。九〇年代以降の有事法制は、日米同盟の必要性という名目をもって語られるもので、単純化しますとー私はジャーナリストですからすぐに単純化しますがー、「中曽根型有事法制」（復古型）と「小泉型有事法制」（日米同盟型）に、その違いを特徴づけられると思います。

「中曽根型有事法制」は、明治国家に帰ろうという国権優位指向の有事法制、「小泉型有事法制」は、アメリカと一緒にやろうという海外戦争に備える有事法制。これですべてが説明できるわけではありませんが、単純化としては大きくは間違っていないと思います。安倍はどちらなのかという問題が、そこで出てきます。必ずしも小泉型とはいえませんが、しかし、中曽根型ともいえません。もし、今度の参議院選挙で政権を安定させれば、安倍内閣は新たな境地を開く可能性もあります。もし、選挙で負ければそこで終わりでしょう。もし勝てば、小泉型でも中曽根型でもない有事法制が提起されます。「有識者懇談会」の四類型が示す「現憲法下での集団的自衛権行使」という道です。その過渡的段階を挟んで憲法改正につなぐという戦略でしょうが、それは要するに、中曽根・小泉型を折衷ないし統合するような新有事型国家ということになります。安倍自身の言葉でいえば、「戦後レジームからの脱却」です。防衛省移行式典の総理大臣訓示で二度使われたフレーズです。有事法制は、その「戦後レジームからの脱却」に向かって発展していく可能性があります。

このような中曽根・八〇年代型の復古的有事法制と異なる動きは、九〇年代に入って現われてきました。小泉はその時にはまだ表舞台にはいませんから、正確には橋本龍太郎内閣に始まるガイドライン型安保からです。日米安保協力の軍事マニュアルといえる「防衛協力のための指針」（通称ガイドライン）は一九九七年に、見直しが「日米安保協議委員会」（2＋2）で合意されました。その新ガイドラインに基づく日米軍事協力、冷戦後、また「九・一一事件」後の協力の枠組が、「日米同盟」の構造となります。日米同盟という言葉が公文書にはっきりと示されたのは、二〇〇五年一〇月の「在日米軍再編のための中間報告」においてです。その正式なタイトルは、「日米同盟：

未来のための変革・再編」というものですが、そのように、安保特例法の性格を色濃く滲ませるようになった有事法制の性格を、冷戦後の展開として括ることができるでしょう。まず時系列に並べてみます。

〈冷戦後の展開　一九九一～〝安保特例法〟に変質〉

・九一年「冷戦終結」⇓安保条約のアジア・太平洋への拡大とグローバル化。

・九三年「自民党単独政権」終了⇓細川内閣の軍縮指向。「防衛計画の大綱」改定へ。

・九五年「ナイ・リポート」⇓米、〝同盟漂流〟への危機感、「安保再定義」を提起。

・九六年「日米安保共同政権」⇓橋本・クリントン共同宣言。「ガイドライン見直し」合意。

・九七年「新ガイドライン」⇓「周辺事態」概念の導入と共同対処。後方地域支援、船舶検査活動。

●「危機感理論」にもとづく「スマートな働きかけ現象」（小林直樹）

●「国際貢献論」と有事法制の必要性　「邦人救出」の登場

●「ＢＭＤ」（弾道ミサイル防衛）共同研究開始と米側からの秘密保護要求

●「新ガイドライン」がつくりだした新状況「経済同友会緊急提言」（九九年三月）

一九八九年にベルリンの壁が崩れ、九一年にソ連が崩壊したことで、およそ半世紀にわたった東西冷戦構造は終結しました。国内政治では、九三年に自民党単独政権が終了しましたので、国内におけるミニ冷戦＝五五年体制も、ここでひと区切りついたといえると思います。

すぐさま、日米安保体制の冷戦後に向けた適用作業がはじまります。米側はそれを「安保再定義」と呼び、日本側は「安保再確認」と名付けました。九五年の「ナイ・レポート」[*9]から、日米安保協力の枠組みは、地理的にも任務・役割・能力においても、新たな段階に入っていきました。その中で、有事法制が、これまでとは異なる必要性によって認識され、異なる方法によって研究ではなく具体的な立法として出てくることになります。ここでは、国権主義的な復古論ではなく、小林直樹の表現によれば、「危機管理のようなスマートな働きかけ」による有事認識が提起され、また、一九九一年の湾岸戦争以後にキャンペーンされるようになった「国際貢献論」「国際社会における責任」においての自衛隊の役割および有事法制の必要性が説かれるようになりました。邦人救出＝在外日本人を救わなければ

ならない－というところから、新たな立法が求められるという側面もありました。

さらに、北朝鮮の核・ミサイル開発に触発されて、ミサイル迎撃ミサイルの共同開発と協同迎撃態勢の研究が、クリントン政権下で日本との間に始まります。そうすると、米国側から秘密保護を要求され、そのための法的措置をとらなければならなくなります。

また、経済同友会など経済団体も、国際化する経済秩序の中で日本も応分の措置をとらなければならない、「集団的自衛権行使の見直し」や「必要不可欠な有事法制整備」といった提言をして、有事法制に関わってくるようになりました。[*10] 八〇年代までとは異なる混戦複合状態における有事法制論という括り方もできるかもしれません。

このように、必要性がさまざまに論じられるようになる中で、立法準備が始まり、立法過程へと移っていきます。このあたりは、ごく新しい時期のことですので、そんなに詳しく説明する必要はないかもしれません。大まかに時系列をたどると以下のようになります。

立法準備　一九九九～

・九九年「有事立法宣言」⇓森首相施政方針演説。「検討を進める」

・九九年「周辺事態法」制定⇓「地方公共団体」「国以外の者」への協力依頼（第九条一、二）

・〇一年「有事立法促進」⇓小泉首相所信表明演説。「治にいて乱を忘れず」

・〇二年「有事立法提出」⇓小泉首相施政方針演説。「備えあれば憂いなし」

●テポドン打ち上げ（九八年八月）、能登沖不審船（九九年三月）。「周辺事態法」成立

●「国旗・国歌法」「通信傍受法」「組織犯罪処罰法」「住民基本台帳法」（九九年五月）

●自・自・公政策合意（九九年一〇月）「第一、第二分類の立法化、第三分類の法整備検討」

●九・一一事件（〇一年九月）　奄美沖不審船銃撃（一一月）

＊9　クリントン政権の国防次官補ジョセフ・ナイの名で発表された「東アジア太平洋戦略報告（EASR）」文書。ここに示された包括的な世界認識と拡大された地理的枠組みをもとに「新ガイドライン」が見直された。

＊10　「緊急提言：早急に取り組むべき我が国の安全保障上の四

つの課題」九九年三月

周辺事態法の成立

一九九九年に森喜朗内閣総理大臣が、施政方針演説で初めて有事法制について、検討を進めるという形ではありますが、言及しました。それまで、このようなことを総理大臣が施政方針演説で述べることはありませんでした。

九九年は、「周辺事態法」という法律ができた年です。五月一五日に通過した周辺事態法は、九六年の「安保共同宣言」、九七年の「新ガイドライン」という日米の冷戦後協力の中から生まれた「再定義された日米安保条約」の新たな枠組みを規定した法律です。

安保条約は、「日本の施政下にある領域に対するいずれか一方への攻撃に対して共同で防衛する」（第五条共同防衛）もの、つまり、日本の施政下にある領域に対する共同防衛だったということです。今でもそうなっています。それを「周辺事態」に拡大することが、条約を改定することなく日米の政府間合意で決まってしまったわけですが、これは、立法過程からみるとおかしな措置になると思います。

そのガイドラインの中に、日米は周辺事態――日本周辺における事態に対して共同で対処する、ということが明示されました。そして、周辺事態とは、「地理的な概念ではなく、事態の性質に着目した概念である」という説明が加えられました。周辺が地理的なものでないとすれば一体何なのだ、ということになるわけですが、とにかくここでは周辺事態というのは地理的な概念ではなく、事態の性質に着目した概念であるとはっきり規定されているわけですから、論理的には、どこにでもあてはめられることになります。

そういうものに対して日米安保で対処するようにしたものが、九七年の新ガイドラインです。行政府がそれに合意しましたから、新ガイドラインの実効性を確保するための法律・国内法が必要になるのは当然のことです。政府間合意は、その行為のみでは国民に対する、また、国会に対する拘束力をもちません。国内法を整備することによって初めて拘束性をもつわけで、そういうことをアメリカと約束したからには、政府は新ガイドラインの実効性を確保するための法律として周辺事態法を国会に提出せざるを得ません。それが九八年のことで、橋本龍太郎内閣でした。「周辺事態法」が、初めて制度化された有事立法

といえます。

憲法学者や防衛法制研究者の中には、周辺事態法は、安保関連法・安保系列に属する法であって、有事法制ではないとする見解があります。すなわち、武力攻撃事態法という、〇三年の第一次有事法制や〇四年の第二次有事法制が有事法制系列なのであって、周辺事態法、海上船舶検査法（〇〇年）などの系列は、厳密な意味で有事法制ではない、というわけです。私は、法学者ではありませんので緻密に議論できませんが、その点は留保しても、周辺事態法が、安保概念を拡大させたということに加え、第九条に、民間企業および国以外の者、すなわち地方公共団体に対する国の協力要請権・依頼権が規定されたことに着目すれば、そこに有事法・緊急事態法の性格を見ないわけにはいきません。周辺事態法は、有事法制の立法段階における粗型として位置づけられるだろうと思います。

さらに、先述した有事法制の概念規定・類型でいえば、有事法制は、九九年の国会でほぼ同時期に成立した国旗国歌法・通信傍受法・組織犯罪処罰法・住民基本台帳法―これらを軍事的な有事法に比定して「社会有事法」という言い方ができるかもしれませんが―も含めてもっと広く、纐纈の分類における③の「平時における危機予防の法体系」、あるいは、①の「危機管理の法体系」に該当するといえるかもしれません。水島の類型では①に、小林の類型でもやはり①になるでしょう。いずれにしても、有事法というものは、防衛庁が主体になったり自衛隊が主人公になったりするだけではなく、そのために国民を縛るものとしてあるわけで、九九年国会で周辺事態法と一緒に成立したこれら一連の法律もまた、そういう有事法制の観点から捉えていく必要があるだろうと思います。

さらにこの周辺事態法にはべつの問題点もあります。新ガイドラインというそもそも成立過程がおかしな対米公約を立法化するわけですから、法案への反対は大変強いものでした。法案が衆議院に提出される前にも随分釘づけになっていて、提出された後の審議も捗らなかったのですが、九九年三月の「能登沖不審船事件」が発生すると、あれよあれよという間に審議は加速され、五月一五日、不審船事件の二ヶ月後に衆議院で可決されます。委員会通過はもっと前ですから、不審船事件との接近度がより強い中で成立した法律だといえます。

この不審船事件のときに、海上自衛隊に初めて海上警備行動として出動が命じられたのですが、その出動を命じたのが、当時、小渕内閣の官房長官だった野中広務です。野中は後になって、なぜあの時に海上警備行動が出されたのか不思議でならな

い、ということを講演で述べています。

「私は、世の中に明らかにしていませんが、官房長官在任中に北朝鮮の不審船事件に遭遇し、小渕総理の許可を得て、史上初の海上警備行動を海上自衛隊にだした張本人です。けれどもあの時、北朝鮮から麻薬を運ぶ船は常に日本に来ていたと思います。後から考えますと、なぜあの時に発覚したのか、未だに不思議でなりません。あの時は防衛庁の調達業務の不祥事が次から次へと出てきて、ガイドライン法案が国会審議を混乱に陥れている時期でした。日本人はあの不審船で一挙にそういう問題から目を閉じてしまうことになりました。」（『ダカーポ』〇二年三月六日号　魚住昭の記事）

野中広務は、当時官房長官だった人ですから、その発言は決して軽いものではないと思います。それが、周辺事態法の採決に向けて謀略的に行なわれた情報操作であると断定することはしませんが、時代の雰囲気を伝える状況証拠のようなものにはなると思います。「国家総動員法」が、蘆溝橋事件直後の熱狂的な空気の中から生まれてきたことを想起すべきでしょう。

武力攻撃事態関連法―米軍支援法を中心に―

このような状況下で、立法段階のゴールとして二〇〇三年、二〇〇四年のものが出てくるわけです。以下は防衛庁のホームページに載っていたものです。有事関連法案は、現在これだけあります。

第一次（三法）、第二次（七法、三条約）「有事法制」のリスト

武力攻撃事態対処関連三法（平成一五年六月六日成立）

・自衛隊法及び防衛庁の職員の給与等に関する法律の一部を改正する法律

・安全保障会議設置法の一部を改正する法律

・武力攻撃事態等における我が国の平和と独立並びに国及び国民の安全の確保に関する法律

事態対処法制関連七法及び三条約（平成一六年六月一四日成立・承認）

・防衛省主管法律

○武力攻撃事態における外国軍用品等の海上輸送の規制に関する法律

○武力攻撃事態における捕虜等の取扱いに関する法律

○国際人道法の重大な違反行為の処罰に関する法律

○自衛隊法の一部を改正する法律
・内閣官房主管法律
○武力攻撃事態等における国民の保護のための措置に関する法律
○武力攻撃事態等におけるアメリカ合衆国の軍隊の行動に伴い我が国が実施する措置に関する法律
○武力攻撃事態等における特定公共施設等の利用に関する法律
・外務省主管条約
○一九四九年八月一二日のジュネーヴ諸条約の国際的な武力紛争の犠牲者の保護に関する追加議定書（議定書Ⅰ）
○一九四九年八月一二日のジュネーヴ諸条約の非国際的な武力紛争の犠牲者の保護に関する追加議定書（議定書Ⅱ）
○日本国の自衛隊とアメリカ合衆国軍隊との間における後方支援、物品又は役務の相互の提供に関する日本国政府とアメリカ合衆国政府との間の協定を改正する協定

防衛庁主管・内閣官房主管・外務省主管の三つに分かれています。防衛庁は内閣府に属していましたので、内閣官房主管の法律が分類としてありますが、防衛庁は省に移行しましたので、以後これはなくなっていくでしょう。もっとも、安倍首相は、官邸に日本版NSCとよばれる安全保障会議をつくろうという意欲を示しています。したがって、以後内閣主導型有事が出てくれば、これまでの内閣官房主管の法律も残るかもしれません。

一番上にある武力攻撃事態関連三法が、二〇〇三年にできた武力攻撃事態法です。武力攻撃事態対処法ともいわれますが、「そのまま放置すれば我が国に対する平和と安全に対するおそれがある」という事態に対し、自衛隊が米軍に「後方地域支援」などを行なう。そのさいに地方公共団体、指定公共企業など国民生活全体に対して「業務従事命令」や「物資保管命令」、また「住居の移転」などの要求がなされるという、文字どおりの有事法制です。それに対応して「安全保障会議設置法」と「自衛隊法」が部分的に改正されました。「武力攻撃事態法」は、かつての「国家総動員法」と同じようなプログラム法です。包括的な法律で、この法律を実施するために2年以内に関連法をつくるということを求めていました。そこで成立したのが、翌年の関連七法および三条約という第二次周辺事態・第二次有事法制となるわけです。

私は、「日米同盟」といわれる日米安保協力の新しい形との関連性を重視しますので、有事法制における「米軍支援円滑化

法」に注目したいと思います。現在立法されている有事法は、古典的な日本有事とは異なり－もっとも有事の定義にもよりますが－、その多くにアメリカを助けるために国民生活を縛る、企業活動を従属させる側面を色濃くをもっております。そこで、「米軍支援円滑化法」といった法律が重要になってくる。

米軍支援法と有事法制との関連について、防衛白書の〇六年度版を見れば、防衛省も米軍支援のための有事法という理解、また、そのための活用の方法をきちんと問題意識にもっていることがわかります。「米軍支援法」と有事法制との関連について「防衛白書」は以下のように記述しています。

「日本は、施設・区域の提供をふくめ、在日米軍を引き続き支援する。又、日本は、米軍の活動に対して有事法制に基づくものをふくめ、事態の進展に応じて切れ目のない支援のための措置を実施する」（防衛白書〇六年版）

したがって、「日米同盟」とは、米軍と自衛隊との全面的な共同・一体化を意味します。基地の新規提供や共有ということよりもっと広く有事法制を共有する、つまり、国民生活、企業活動、さらに地方自治も含めたものの中に入ってきている、そのように見なければなりません。それが、私の基本的な問題把握、すなわち、中曽根型有事法制とは違う小泉・安倍型有事法制認識の最大の特徴だと思います。

改正自衛隊法秘密保護規定

自衛隊法にある秘密保護規定は、有事法制とは異なります。有事三法・七法とは別の系列のものですが、しかし、国民の側からみればペストとコレラの違いであって、周辺事態法・船舶検査活動法は、安保協力であって有事法制とは異なるとする防衛庁サイドの学者の説明は、私からすれば、ペストとコレラの違いのようなものだと思います。同様に、秘密保護法は、その意味では三条約・七法に含まれないかもしれませんが、社会的・治安的だという有事法制の本質を把握するならば、やはりこれもその流れで見なければならないと思います。

自衛隊法が二〇〇一年に改正され、その結果として防衛秘密漏洩条項が規定されました。この条項は、最高刑が七年で、さらに五年、三年、一年、六ヶ月という五つの懲役刑をもつもので、これによって、「防衛秘密」という言葉が自衛隊法に初めて盛り込まれました。[*11]

それまで、防衛秘密というのは、日米安保条約に基づく武器援助「ＭＳＡ保護協定」（一九五四年）により、アメリカの秘

密が「防衛秘密」だったわけです。従来、自衛隊の秘密に「防衛秘密」という用語は用いられませんでした。それが自衛隊法に秘密規定が盛り込まれたことで、従来のＭＳＮ保護法の「防衛秘密」とぶっつかってしまい、防衛省は、「特別防衛秘密」という言葉をつくりました。以後、米軍の秘密は、「特別防衛秘密」と呼ばれます。このように、本家の防衛秘密は自衛隊法に、ということになりましたが、この自衛隊法の条項によって、航空自衛隊の一等空佐が、防衛秘密を漏洩した容疑で、先月自衛隊刑務隊に調査されました。おそらく書類送検されて、この条項適用の第一号になるでしょう。

　この空佐が秘密を漏洩した相手は、読売新聞記者だったのですが、この記者は今のところ自衛隊法九六条違反にはなっていません。九六条はそこまでは規定していません。しかし、防衛産業従事者やその下請業者は、九六条の対象にされています。したがって、もしこの空佐が防衛産業従事者や下請業者の従業員に秘密を漏洩していたならば、双方が立件されるということもあり得えました。もはや自衛隊法九六条の「秘密漏洩」は、自衛隊を縛るだけではなく、民間人にも部分的に波及するようになったわけです。この概念の曖昧さ・網羅性が、これからどのように拡大していくのか。軍規保護法をはじめとする戦前の国家総動員法における法律群の拡大と重ねてみると、我々とは関係がないとはいえません。二・二六の軍事法廷は、北一輝・西田祝という民間人を銃殺しましたから、軍事法廷・特別裁判所ができると、それが軍人を裁くだけではなく国民すべてにも及んでくる可能性があることは、歴史の中ではっきりといえることです。

＊11〈自衛隊法二〇〇一年改正〉
・「防衛秘密漏洩」（第九六条）処罰を新設。懲役五年以下。教唆も処罰。防衛産業従事者も対象。
・従来、自衛隊法にあった隊員の「守秘義務」（防衛庁訓令にもとづく秘密区分「機密」「極秘」「秘」）違反は、懲役一年以下。
・新条文では、
「長官は…我が国の防衛上特に秘匿することが必要であるものを防衛秘密として指定するものとする」（自衛隊法第九六条の二）
〈別表による「指定される防衛秘密」〉
一　自衛隊の運用又はこれに関する見積り若しくは計画若しくは研究。
二　防衛に関し収集した電波情報、画像情報その他の重要な情

報。
三　前号に掲げる情報の収集整理又はその能力。
四　防衛力の整備に関する見積り若しくは計画若しくは研究。
五　武器、弾薬、航空機その他の防衛の用に供する物の種類又は数量。
六　防衛の用に供する通信網の構成又は通信の方法。

など一〇項目にわたり例示。

・秘密概念のあいまいさ、網羅性
・適用範囲――防衛庁の一存で自衛隊員だけでなく公務員から防衛産業の経営者・従業員、マスコミ関係者まで広く処罰対象に取り込みうる。
・「共謀し、教唆し、又は扇動した者」――防衛産業関係者、報道関係者に適用されない保証は、条文上確保されていない。同時に、処罰範囲が「防衛に関連する職務に従事する者」まで拡大――自衛隊の隊内司法組織である「警務隊」の、部隊外に対する捜査権行使の可能性。

結びにかえて

最後に、他に論ずべき問題点をいくつか挙げておきます。「国民保護法」の実施にあたり、県団体・市町村団団体は、国民保護計画・基本計画というものをつくらなければなりません。それに伴って、避難訓練を行なうというようなことなどが、地域の動きに連動して波及していくことになるでしょう。これも注目しなければならない点だと思います。

もうひとつ、「弾道ミサイル破壊措置緊急対処要領」という有事対処のあり方も、自衛隊法に規定されました。これは、日本の方向に弾道ミサイルが発射されたと警報され、それを迎撃する分単位の中では、総理大臣の命令を受けて、となっている現行の七六条の規定では対応不可能なので、あらかじめ制服指揮官に権限を委譲しておこうというものです。ミサイルの迎撃は、現実に即していえば、これしか仕方がないともいえます。しかし、これが認められてしまうと、二佐とか三佐という下級士官ー現場において高射群や護衛艦の艦長は二佐、イージス艦の艦長も一佐ーに、一国の安危を任せてしまうことになりかねない。こうなると、文民統制は一体どうなるのか、という問題が生じます。弾道ミサイル破壊措置緊急対処要領は、原則でいえば文民統制からの逸脱、独断専行の事前容認ですが、現実でいえば仕方がない。そのどちらを選ぶのか、ということも問われているわけです。そもそもミサイル防衛というものがそれほど必要なのかという根源的なことも問題にしなければなりませ

ん。しかし、そのような根本的な日本の安全保障のあり方や、「憲法九条維持のもとで、いかなる安全保障政策が可能か」が論じられることなく、現実から物事を判断していく既成事実が積み重ねられ、その結果、現場の三佐・二佐・一佐が日本の安全に全権をもつという法律条文が現実のものとなる。それは、憲法秩序の下で許されるのか、文民統制の原則を逸脱していないのか、という重要な問題がほとんど忘れ去られてしまうという問題に帰着します。

今動いていることも含めて、有事法制の立法に関して論ずべき点はたくさんあると思います。それにもかかわらず、このような政治論議にメディアの関心がほとんど向いていないという状況もあって、着々と既成事実が積み重ねられています。たとえば、自衛隊法への秘密保護条項追加は「テロ特措法」と一括審議でなされました。実質的な審議時間はゼロです。「九・一一事件」のあと日本中が興奮している時期に一括で審議して、気がついてみたら、一緒に秘密保護条項にも賛成していたということになってしまったわけです。先に述べた「周辺事態法」のさいと似ています。こういう熱狂状態における法案採決・法案審議が、ここ最近かなり目につきます。「小泉劇場の五年半」は、まさにそういう時期だったといえるでしょう。奔放自在で憲法規範の論理性や従来解釈との整合性を一切無視したものでしたが、それを国会がきちんとコントロールできませんでした。その時期の国会議事録は、あとで見ても立法府の水準が本当に恥ずかしいレベルだったということを示しています。六〇年安保の頃の議員の質と比べれば、いかに国会議員の質、それはつまり有権者の質、日本人の憲法意識が落ちたというしかないほど、レベルの低い議論がなされています。

以上は、おおむね九五年から二〇〇四年までの国会議事録における有事法制論議を基にして報告いたしました。

＊本稿は、二〇〇七年三月一四日に開かれた「立法過程研究会」における報告をまとめたものである。

判例研究

公法判例研究

朝田とも子

大和都市管財国家賠償請求訴訟第一審判決

大阪地判平成一九年六月六日・判時一九七四号三頁

大阪地方裁判所平成一五年（ワ）第五八三〇号、平成一六年（ワ）第四四二〇号、平成一九年六月六日第二民事部判決、一部認容、一部棄却（控訴）

【はじめに】

不動産売買やゴルフ場経営の関連会社でグループをつくっていた大和都市管財株式会社（以下、「大和都市管財」という。）が平成一三年四月に破綻した。大阪府警は出資法違反容疑で一斉捜査し、同年一一月、詐欺容疑で元社長らを逮捕した。その

後、平成一八年九月に最高裁で元社長に懲役一二年の実刑が確定した。被害者は全国で約一万七〇〇〇人、被害総額は約一一〇〇億円に上り、高齢者を中心に被害が多額に及んだことから「第二の豊田商事事件」と呼ばれた。

本件大和都市管財事件は、抵当証券業の規制等に関する法律（以下、「抵当証券業規制法」という。）に基づいて担当行政庁である大蔵省近畿財務局長（以下、省庁名及び官職名は、いずれも当時のものである。以下、「近畿財務局長」という。）が大和都市管財に有していた監督権限を行使しなかったことの違法性が争われた国家賠償訴訟である。大阪地裁判決（平成一九年六月六日判時一九七四号三頁）は、平成九年一二月の登録更新時における国の過失を認め、原告のうち平成一〇年一月以降の新規購入者である二六〇人に対し六億七四四四万円の賠償を命じた。これは、行政庁の権限の不行使が違法であるとして財産的損害に対する行政の責任が認められた初めての消費者訴訟である点で、非常に注目される判決である。国家賠償責任が争われた消費者訴訟には、宅建業者事件[1]と、豊田商事国家賠償訴訟[2]が著名であるが、両事件ともに国の責任は否定されている。

政府は平成一九年六月一九日に国家賠償を命じた大阪地裁の判決を不服として控訴した。一方、原告側も一審で請求が認められなかった被害者四六一人のうち三七二人についても同日控訴した。原告側弁護団は「被害者らはほとんど高齢者で長期の審理には耐え難い状態にある。従って大阪高等裁判所において、早期に和解解決を図られるよう期待する。」としている[3]。

【事案の概要】

昭和六三年一一月一日の抵当証券業規制法[4]の施行に伴い、同年一二月二一日に大和都市管財は近畿財務局長によって抵当証券業者登録簿に登録された。

近畿財務局長は、抵当証券業規制法に基づき、抵当証券業者及び抵当証券業の登録申請者に対し抵当証券業への参入の許否を決する規制権限を有していた。

（一）平成六年検査

平成四年頃から近畿財務局は大和都市管財の抵当証券商法の問題性（不動産鑑定の過大評価等）を認識し、当初は検査と指導を通じて大和都市管財に対する監督を行っていた。しかし、グループ会社の一社が出資法違反の疑いが強い手形商品の販売を開始したため、近畿財務局は平成六年九月九日から大和都市管財に対し立ち入り検査（以下、「平成六年検査」という。）を

実施し、グループ会社を含めた経営健全化計画の策定などを厳しく指導した。にもかかわらず、同社からは具体的な改善計画についての回答はなく、その結果、近畿財務局長は平成七年八月二一日に同社に対する業務改善命令（近財金三秘第九九号）を発出する方針を固めた（以下、「平成七年業務改善命令」という。）。

しかし、業務改善命令を発出する際に、大和都市管財グループにおける経営の中心人物であったAが同和団体との関係まで示して威迫したため、気圧された近畿財務局長は業務改善命令を撤回した。更に、木津信抵当証券の処理や住専国会等の他の案件に忙殺されたこともあって、近畿財務局と本省金融会社室はともに大和都市管財を十分に監督できない状態が続いた。そして、近畿財務局の担当者は大和都市管財に対する監督にいよいよ及び腰になり、単体としての大和都市管財の当面の資金繰りを検証することへと監督の範囲を矮小化させた。

（二）平成九年検査

近畿財務局は平成九年六月一九日から、大和都市管財に対する立ち入り検査（以下、「平成九年検査」という。）を実施した。平成九年一〇月二〇日、大和都市管財は近畿財務局長に対し、抵当証券業の更新の登録のために申請書を提出した（以下、「本件申請書」という。）。実際のところ、〔一〕本件貸借対照表及びこれに対応する損益計算書において抵当証券受取利息を過大に計上している点、〔二〕本件貸借対照表において本件貸付金を資産の部に、これと同額の長期借入金を負債の部にそれぞれ計上している点、〔三〕本件貸借対照表の資産の部において貸倒引当金を少なくとも一一億円以上過少に計上している点で、本件申請書の添付書類のうちの重要な事実について虚偽の記載があった。しかし、平成九年検査において近畿財務局長は手続的な違反事由を認定したのみで、大和都市管財による貸倒引当金の適切性の検証、商法特例法に基づく会計監査を受けているか否かの確認、不動産鑑定評価額の適否についての検証などを行わなかった。

その後、近畿財務局長は、平成九年一〇月三一日、大和都市管財に対する業務改善命令（近財金三第四九号）を発した（以下、「平成九年業務改善命令」という。）が、その内容には平成七年業務改善命令の一部が盛り込まれていなかった。近畿財務局長は大和都市管財が提出した経営健全化計画を受理し、大和都市管財は抵当証券業規制法六条にいう財産的基礎・人的構成等の要件を全て満たすとして、同年一二月二一日に更新の登録

（以下、「本件更新登録」という。）を行った。

（三）平成一二年検査

次の更新登録の機会である平成一二年一〇月一二日から近畿財務局は大和都市管財への立入り検査（以下、「平成一二年検査」という。）を実施した。検査の結果、抵当証券受取の資産性を否定すると共に簿外債務を認定した。そして、平成一三年四月一六日、大和都市管財が抵当証券業規制法八条二項で準用する同法六条一項七号（財産的基礎の欠如）に該当することを理由として同社に対する更新登録を拒否した（近財金一秘第五号）。その結果、同年四月に大和都市管財は経営破綻した。

原告ら七二一名は大和都市管財から、平成一〇年一月以降に抵当証券を購入した者である。原告らは、抵当証券業規制法に基づいて同社に対する監督権限を有していた近畿財務局長に対し、次のように主張し、国家賠償法一条一項の規定に基づき、近畿財務局長の属する行政主体である被告国にその賠償（総額三九億八七七七万五〇〇〇円）を請求した。すなわち、平成九年一二月当時、大和都市管財は既に抵当証券業を適確に遂行するに足りる財産的基礎及び人的構成を欠いている状態にあり、かつ、貸借対照表の重要事項について虚偽の記載をしていたといえる。よって近畿財務局長には、大和都市管財の抵当証券業者としての登録の更新を拒否すべき義務があった。にもかかわらず、近畿財務局長はこの義務に反して平成九年一二月二一日付けで違法に本件更新登録を行い、原告らは上記違法行為によってそれ以降に同社から購入した抵当証券相当額の損害を被ったというのである。

【判旨】

一　近畿財務局長の大和都市管財に対する本件更新登録について、原告らは国賠償法上の違法を問い得るか

（一）いわゆる職務行為基準説について

「国賠法一条一項は、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が職務を行うについて故意又は過失によって違法に他人に損害を加えたときは国又は公共団体が賠償責任を負う旨定めるが、上記の違法性は、公権力の行使に当たる公務員の行為（不作為を含む。）によって国民が被ったとする損害を填補する責任をだれに負わせるのが公平かという見地に立って総合判断した上で決すべきものである。したがって、違法な行政処分

を理由とする国家賠償請求における違法性の存否も、当該行政処分に係る法的要件の存否に限らず、条理を含むそれ以外の諸種の要素をも考慮の対象とした上で、究極的には、公務員が当該行政処分を行ったことによって国民に損害を加えたことが法の許容するところであるかどうか、という見地からする行為規範違反性の判断に帰着すると解される。具体的には、当該行政処分の法的要件が充足されていなかったことのみならず、当該行政処分に係る権限を定めた法令の趣旨、目的やその権限の性質、当該行政処分自体及びそれに至る過程において行政庁の有する裁量の有無及びその広狭、侵害行為の態様及びその原因、並びに侵害されたとする利益の種類、性質（殊に、被侵害者において当該不利益を回避することができたであろう可能性の高低）及びその侵害の程度等に照らし、当該行政処分を行う公務員が、それによって損害を受けたと主張する個別の国民との関係で、当該行政処分を行ってはならないという職務上の注意義務を負っていたにもかかわらず、その義務に違反して当該行政処分を行ったと評価することができる場合に、初めて当該行政処分の国賠法上の違法性が肯定できるというべきである」。

（二）作為を不作為と位置づけることの問題性について

「更新登録及びその拒否は、いずれも抵当証券業者の更新登録申請に対する応答としてされるものであり、……両者は表裏一体の関係にあるが、更新登録を行うという財務局長等の判断は、当該登録申請者には更新登録拒否事由がないとの判断を当然に包含するのであって、抵当証券業への参入を拒否する方向での規制権限を行使しないという実質を有するものであるから、これを財務局長等の作為（更新登録）と捉えるにせよ不作為（更新登録拒否の拒絶）と捉えるにせよ、抵当証券業への参入に対する規制権限の不行使という性格を有することは否定することができない」。

（三）国家賠償法一条一項にいう違法の判断基準

「国又は公共団体の公務員による規制権限の不行使は、その権限を定めた法令の趣旨、目的や、その権限の性質等に照らし、具体的事情の下において、その不行使が許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠くと認められるときは、その不行使により被害を受けた者との関係において、国賠法一条一項の適用上違法となるものと解される（最二小判平成元年一一月二四日民集四三巻一〇号一一六九頁、最二小判平成七年六月二三日民集四九巻六号一六〇〇頁、最二小判平成一六年一〇月一五日民集

五八巻七号一八〇二頁参照）。したがって、更新登録に係る財務局長等の規制権限の不行使についても、その権限を定めた法令の趣旨、目的や、その権限の性質等に照らし、具体的事情の下において、その不行使（更新登録を行うこと）が許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠くと認められるときは、職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と更新登録をしたものとして、これにより被害を受けた者との関係において、国賠法一条一項の適用上違法となると解すべきである」。

（四）本件更新登録に係る近畿財務局長の職務上の注意義務違反の判断基準

「財務局長等による当該更新登録が著しく合理性を欠くといえる場合とは、例えば、〔一〕当該抵当証券業者が破綻する危険性が切迫していることを示す具体的な徴表を財務局長等において把握し、〔二〕当該抵当証券業者が提出していた事業報告書の内容も真実と異なるために潜在的購入者においてその危険性を認識することができる現実的可能性がなく、〔三〕抵当証券業規制法において与えられた権限をその人的物的制約の下で適切に行使すれば更新登録拒否事由の存在を容易に認定することができたにもかかわらず、〔四〕財務局長等が当該事由の存在を看過して漫然と更新登録を行ったような場合をいうものと解すべきである」。

（五）原告らが侵害されたとする利益の種類、性質及びその侵害の程度

「本件のように行政庁の権限の行使ないし不行使が問題となる場合において、一般的には、行政庁の権限行使（又はその不行使）によって被った損害が財産的利益に対するものであれば、生命や健康といった利益と異なり、その利益の帰属主体が十分な注意を払うことによってその危険の発現を防止し得る余地が大きいものと解され、これを行う第一次的な責任はその帰属主体が負担するものというべきであるから、財産的利益の帰属主体が有する行政庁に対する適切な権限行使への期待については、それが正当なものといえるか否かを慎重に検討することが必要となるというべきである」。

「抵当証券業規制法の下では、抵当証券を購入し、又は購入しようとした者に対し、同法が予定している情報開示がされている場合には、抵当証券業の自由金利による利得と、抵当証券業者がその後に破綻することによって損失が生じる可能性とを勘案する機会を与えられた上で当該抵当証券を購入するか否かの判断を行った顧客自身が、その最終的な結果に対して責任を

負うべきであるということができるが、情報開示の程度が同法が予定する水準にまで達しておらず、上記のような判断を顧客に求めるための制度的前提が欠けていると解される場合には、単に当該顧客の受けた被害が財産的損害にとどまることのみをもってしては、財務局長等はその権限行使の結果につき責任を免れるものではないと解すべきである」。

（六）宅建業者事件最高裁判決との比較

宅建業者事件最高裁判決も、「宅建業法の免許の更新が一切国家賠償法上の違法の問題を生じ得ないと断定しているわけではないことはその判示から明らかである上、同判決で問題となった他人物売買によるリスクは不動産登記簿を閲覧することによって顧客の側で比較的容易に回避することができるのに対し、既にみたところから明らかなように、抵当証券の購入者にとって、抵当証券に係るリスクの大小を正確に判断することは、抵当証券業規制法の予定する情報開示制度が正常に機能している場合においてすら相当の困難が伴うこと、宅建業法が免許制を導入した当時においては同法の目的には購入者の利益保護は掲げられておらず、免許制の導入当初の目的は宅地建物の取引の公正を確保することなどにあったとみざるを得ないのに対し、抵当証券業規制法の採用した登録制がその当初から抵当証券の購入者の保護を最終的な目的としていることは疑いようがないことなどに照らすと、本件は、いずれにせよ、最高裁平成元年判決とは事案を異にすると解すべきである」。

二　大和都市管財は更新登録拒否事由である財産的基礎の欠如（抵当証券業規制法六条一項七号）の要件を満たしていたか

「本件貸借対照表については、〔一〕大和都市管財における帳簿の正確性を前提とした場合、その資産の部において、貸倒引当金を最も少なく見積もっても約一一億四二〇〇万円追加して設定する必要があり、〔二〕帳簿の仮装を認定するのであれば、その負債の部において、長期借入金を最も少なく見積もっても三〇億円増加させる旨の修正を行う必要があった。これらを前提とすれば、本件貸借対照表上、同社が債務超過に陥っていたことは明らかである」。

「したがって、本件更新登録時において、大和都市管財には、抵当証券業規制法八条二項、六条一項所定の更新登録に係る要件のうち、同項七号にいう財産的基礎の要件を欠いていたとい

うべきである」。

三　本件登録更新時に近畿財務局長は大和都市管財に更新登録拒否事由があるとして、これを拒否すべき職務上の注意義務を原告らに負っていたか

「本件更新登録は、抵当証券業規制法六条一項七号所定の財産的基礎、及び同項柱書所定の虚偽記載、の各点で処分要件を欠いていたものというべき」であり、「近畿財務局は、……同社が破綻する危険が切迫している事態を容易に認識し得たということができる」。したがって、「上記のような具体的事情の下では、本件更新登録に先立ち、近畿財務局長には、大和都市管財に係る更新登録拒否事由の有無について、法令の許容する範囲内で、かつ、与えられた人的物的制約の下でその権限を適切に行使して調査し、それによって収集された資料等を基にこれを慎重に審査すべき職務上の注意義務が、本件更新登録後に大和都市管財から抵当証券を購入すべき者に対する関係で、具体的に生じていたと解すべきである」。

そして、「近畿財務局は、本件更新登録に先立つ平成九年検査において、抵当証券業規制法二二条の権限を適切に行使して、……抵当証券の購入者保護の観点から慎重に検査すべき職務上の注意義務を負っていたにもかかわらず、適法に取得していたグループ会社の上記帳簿類の検査を放棄してこれを不可能にし、また、大和都市管財の預貯金口座の検証を怠るなど、平成九年検査の目的を達成するために必要不可欠でかつ基本というべき検査を合理的理由なしに怠った」。よって、「近畿財務局長は、職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく、漫然と本件更新登録をしたというほかない」。

以上より、「本件更新登録は平成一〇年以降に大和都市管財から抵当証券を購入して損害を被った個々の国民との関係で、国賠法上違法の評価を免れないというべきである」。

四　近畿財務局長には本件更新登録を行うについて故意又は過失があったか

近畿財務局長は、大和都市管財が破綻する危険が切迫している事態を容易に認識することができたのみならず、本件更新登録に先立つ平成九年検査当時においても、そのような事態を合理的に疑うべき事実関係を把握していたにもかかわらず、「職

務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく、漫然と本件更新登録をしたものというほかない」。

以上より、「近畿財務局長は、本件更新登録が、本件の具体的事情の下において、更新登録に係る財務局長等の権限を定めた同法の趣旨、目的や当該権限の性質等に照らし、許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠き、国賠法一条一項の適用上違法となることを予見し、かつ、これを回避する可能性があったことは明らかというべきであるから、近畿財務局長は、本件更新登録を行うについて、少なくとも過失が存したものというべきである」。

【検討】

一　本件の争点

本件の主な争点は、近畿財務局長が抵当証券業規制法に基づく権限の不行使により、平成一〇年一月以降に抵当証券を購入した原告らの財産的損害を拡大させたことを理由として国家賠償法一条一項に基づく賠償責任を負うか、である。より具体的にいうと、①原告らは近畿財務局長の行った大和都市管財に対する本件更新登録について国賠法上の違法を問い得るか、②問い得るとして、本件登録更新時に近畿財務局長は大和都市管財に更新登録拒否事由があるとしてこれを拒否すべき職務上の義務を原告らに負っていたか、が問題となるのである。

争点①は、不作為責任を肯定する上での理論的障壁となってきた国家賠償訴訟の領域における「反射的利益」論の援用[5]や、違法を「職務上の義務違反」と捉える義務違反的構成の問題である。一方、争点②は行政便宜主義の問題であると考えられる。

ところで、上述の争点を検討するうえで、更新登録を行うという近畿財務局長の判断が、財務局長の作為（更新登録）であるか、不作為（更新登録拒否の拒絶）であるかを検討する必要があると思われる。これは、後述するように、作為構成と不作為構成では、その国家責任を肯定するためのハードルの高さが大きく異なるためである。

以下ではまず本件で問題となった抵当証券業規制法の規定を概観し、更新登録を行うという財務局長等の判断が作為か不作為かを検討する。そして、本判決が作為であれ不作為であれ差異はないとし、不作為構成によって判断していることから、不作為事例で問題となる「反射的利益論」、義務違反的構成、行政便宜主義についての検討を加えることとする。

二　抵当証券業規制法とその背景

（一）抵当証券業規制法について

抵当証券業者は、抵当証券をモーゲージ証書の方式で販売する方法を主流としていた。抵当証券がモーゲージ証書の方式で活発に取引されるようになると、悪質な抵当証券業者により、詐欺的商法が行われ、それによる被害も発生するようになった。このような被害を防ぐために抵当証券業規制法が制定されたのである。

抵当証券業規制法一条は、営業の自由を可及的に尊重するとの見地から登録制度を実施しており、その事業に対し必要な規制を行うことにより、その業務の適正な運営を確保し、もって抵当証券の購入者の保護を図ることをその目的として規定している。そして、その登録及び監督に関する大蔵大臣の権限は、当該法人の主たる営業所を管轄する財務局長又は財務支局長（以下、「財務局長等」という。）に委任されている（抵当証券業規制法四五条、法施行令五条）。

登録の有効期間は登録の日から起算して三年であり（同法七条）、登録の有効期間の満了後引き続き当該登録に係る抵当証券業を営もうとする者は、有効期間の更新の登録を受けなければならないとされている（同法八条一項）。

財務局長等は、同法六条一項所定の登録拒否事由がない限り、その商号又は名称等を抵当証券業者登録簿に登録しなければならない（同法五条）。更に、登録申請者が登録拒否事由のいずれかに該当するとき又は、登録申請書若しくはその添付書類のうちに重要な事項について虚偽の記載があるか重要な事実の記載が欠けているときは、その登録を拒否しなければならない（同法六条一項）。そして、登録拒否事由には、抵当証券業を適確に遂行するに足りる財産的基礎及び人的構成を有しない法人であること（同法六条一項七号）等が挙げられている。登録拒否要件に関しては、その該当性の有無を会計学上の概念である資本欠損の有無等という客観的で外形的な基準を基調とするものにとどめられている。これらの規定は、更新登録についても準用されている（同法八条二項）。

（二）財務局長等の審査権限

抵当証券業規制法が財務局長等に付与している監督権限は、例えば銀行法二五条二項が子会社への立入検査権限まで規定していることと比較すれば、限定されている。その上、登録の有効期間中を通じて抵当証券業を適確に遂行するに足りる財産的

基礎及び人的構成が確保されていることまでは要求されていない。更に、（更新）登録申請書等に虚偽記載がある場合に（更新）登録を拒否することは、第一義的には登録審査権限及び監督権限の十全な行使を担保するためであると考えられている。

しかし、外形的判断になじむ事項であるからといって、これに当てはめるべき事実の認定自体も申請書等のみから常に形式的に行い得るとは限らない。特に、会計的事象に係る判断が必要となる財産的基礎については、その認定に困難が伴う場合があることは同法も当然に予定していると解されている。

また、財団法人大蔵財務協会が発行している抵当証券業規制法の手引き書においては、登録制であっても適切な行為規制と不正な行為に対する監督官庁の速やかな対応によって、悪質業者に対する対処は十分可能であり、購入者保護を図ることができる旨解説されている、と裁判所は認定している。同様に、抵当証券業の規制等に関する法律案の国会審議においても同様の説明が政府委員からされていた経緯が存する(6)。よって、財務局長等は、その専門的技術的知識に基づき経験則や論理法則を駆使することなど合理的な手法を用いて可能な範囲で事実を認定した上、それに基づいて更新登録拒否事由の有無を判断することが求められている。

三　財務局長等の判断の位置づけ

本判決は、更新登録を行うという財務局長等の判断を財務局長等の作為（更新登録）と捉えるにせよ不作為（更新登録拒否の拒絶）と捉えるにせよ、抵当証券業への参入に対する規制権限の不行使に変わりはないと考える。確かに、いずれの場合にせよ、財務局長等の判断により更新登録されてはならない大和都市管財が更新登録されたという状況が作り出されたことに変わりはない。しかし、上述のように、財務局長等の判断を作為（更新登録）と捉えるか不作為（更新登録拒否の拒絶）と捉えるかは、本件にとって非常に重要な問題である。よって、以下では、財務局長等の判断を作為（更新登録）と捉えるべきか不作為（更新登録拒否の拒絶）と捉えるべきかについて検討することとする。

財務局長等の判断を作為と捉える場合、通説である行為不法説によると、法律によって明示された行為規範に違反すれば違法と解されることとなる。本件についていえば、抵当証券業規制法六条一項所定の登録拒否事由がある場合には登録更新をしてはならないことが財務局長等の行為規範であり、その行為規範に反して財務局長等が登録更新を行ったのであるから財務局

長等の当該行為は違法であると解されることとなるのである。

一方、財務局長等の判断を不作為と捉える場合、当該公務員の行為規範は明確ではなく、それゆえ、いかなる場合に行為規範が存在すると解することができるか、そして、そのような行為規範の存在を認めることができたとして、いかなる場合にその行為規範違反を問い得るかが問題となる。すなわち、本件財務局長等の判断を不作為と捉えるのであれば、義務違反的構成や行政便宜主義の障壁にぶつかるのである。後述するように、義務違反的構成によって違法を判断する際には、その違法の判断に行為者の主観的態様が含まれることになり、客観的法規違反であっても違法ではない場合が生じる可能性があるのである。

義務違反的構成が判例上、不作為事例のみならず一般的な行政処分についても適用されていることから考えると、本件裁判所が作為と捉えるにせよ不作為と捉えるにせよ、結論は変わらないと考えることは理解できないわけではない。しかし、義務違反的構成が不作為事例に妥当するとしても、少なくとも一般的な行政処分については妥当しないと学説が考えるように、一般的な行政処分について義務違反的構成は妥当しないと考えるべきであろう。

本件は、抵当証券業規制法六条所定の登録拒否事由が存在する場合には登録更新をしてはならないことが法律上明記されているのであるから、財務局長等の判断は違法な更新登録であると考え作為事例として取扱う事が妥当であろう。作為事例として取扱うか不作為事例として取扱うかで上記のように差異が生じると考えられるのであるから、本件を不作為事例として取扱うことは是認できない。

とはいうものの本判決は、作為として取扱うことと不作為として取扱うことは同じであるとの考えから、本件を不作為事例として取扱っている。よって、以下では本判決が本件を不作為事例として取扱った点について検討することとする。

四　本判決が示す規範と特徴

本判決が「(一) いわゆる職務行為基準説について」と題して説明するその規範は、三つの文から構成されている。まず、第一文では、違法性についての裁判所の理解を明示し、第二文では相対的違法性説を採ることを示した上で、行政庁が行った行為の違法性を判断する際には、当該行為が客観的法規違反か否かを判断するのではなく、職務上の義務違反の有無で判断す

ることを明示した。そして第三文では、具体的にどのような条件下で注意義務を負うかを示し、その義務に違反した場合に国家賠償法上の違法が肯定できるとしている。

この三文からは、国家賠償法上の違法の理解に関し裁判所が、国家賠償法上の違法性を取消訴訟法上の違法性よりも広く捉える相対的違法性説（以下、「初期の相対的違法性説」という。[7]）を採るか、国家賠償法上の違法性を取消訴訟法上の違法性よりも狭く捉える相対的違法性説（以下、「後期の相対的違法性説」という。[8]）を採るかは明らかではなく、ただ単に「義務違反的構成」を採ることが明示されているに過ぎないと考えられる。よって、第二文からただちに違法性が限定される訳ではない。

五　争点①　原告らは、近畿財務局長の行った大和都市管財に対する本件更新登録について国賠法上の違法を問い得るか

（一）国家賠償訴訟の領域における「反射的利益」論

「反射的利益」論は抗告訴訟の原告適格を制限する文脈で議論されており、それを国家賠償法の領域に持ち込むことについて否定説[9]と肯定説[10]が対立している[11]。

本判決は、抵当証券業規制法一条が抵当証券の購入者の保護を図ることをその目的として明記し、同様の観点から同法六条一項七号の登録拒否事由を定めたと解されるため、原告らの利益は反射的利益であるとは言えないと結論付けている。とはいうものの、その一方で、抵当証券業規制法上規定されている行政庁の規制権限の内容及び性質等から、「更新登録に係る規制権限の行使によって保護される抵当証券の購入者の利益については、これを当該抵当証券業者から抵当証券を購入し又は購入するであろう者個々人の個別具体的利益として保護しているものと解するのは困難であり、これを専ら一般的公益の中に吸収解消させて保護する趣旨のものであると解するのが素直である。」とも述べるため、抵当証券の購入者の保護規定が存在することをもって、ただちに購入者の損害を全て国家賠償によって補填すべきであると考えているとはいえない。すなわち本件は、国家賠償法の領域における「反射的利益」論を否定したわけではないのである。

本件と最も似た事例である前掲宅建業者事件最高裁判決は、「反射的利益」という語を使用していないが「反射的利益」論を事実上肯定している。同判決は、知事等による宅地建物取引業者の免許の付与やその更新が適切に行われることにより取引

関係者が受ける利益は、基本的には国家賠償法上保護に値するものではないと判断している。ただし、この判決では、知事等による宅地建物取引業者の免許の付与やその更新が「直ちに国家賠償法一条一項にいう違法な行為に当たるものではない」と述べられているため、個々の取引関係者の利益が保護範囲に入る余地が残されている。この点については後に詳しく検討する。

（二）職務行為基準説と義務違反的構成

職務行為基準説の名が学説上初めて現れたのは、検察官の違法な公訴提起の違法性が争われた松川国家賠償訴訟控訴審判決[12]に関する原田教授の評釈[13]においてである。原田教授は、検察官の公訴提起の違法性が争われた従来の判例は、「検察官の職務行為自体が、行為の時点において法の許容する範囲内にあれば、その結果とは無関係に適法としてきた」と評し、このような見解を「職務行為基準説」と呼んだのである。すなわち、職務行為基準説によれば、公務員の判断が客観的合理的判断に基づくものであれば職務自体は違法とは解されないため、公務員の主観的義務違反の側面に職務行為の違法性の根拠を見出していくこととなる。その結果、違法性と故意・過失が不可分となるのである。原田教授は、「国家賠償法一条一項にいう違法とは公務員の加害行為の客観的評価であり、故意・過失は公務員の主観的帰責事由であるから、両者は厳格に分離してみるのが本筋ともいえる」とした上で、違法とは「検察官の職務行為自体の不適当性というよりも、むしろその結果が妥当を欠くことの意味に解した方が統一的である」とし、たとえ検察官には非難されるべき落ち度はなくても、裁判の結果、有罪判決が得られなかった場合、これを違法と解して被害者を救済すべきだとする結果違法説を支持した[14]。

その後、同種の事例である芦別事件最高裁判決[15]が、次のように述べ、最高裁として初めて結果違法説を退けた上で、職務行為基準説を採用した[16]。「刑事事件において無罪の判決が確定したというだけで直ちに起訴前の逮捕・勾留、公訴の提起・追行、起訴後の勾留が違法となるということはない。けだし、逮捕・勾留はその時点において犯罪の嫌疑について相当な理由があり、かつ、必要性が認められるかぎりは適法であり、……起訴時あるいは公訴追行時における検察官の心証は、その性質上、判決時における裁判官の心証と異なり、起訴時あるいは公訴追行時における各種の証拠資料を総合勘案して合理的な判断過程により有罪と認められる嫌疑があれば足りるものと解するのが相当であるからである」。

ここでいう職務行為基準説は、検察官の職務の特殊性から無罪判決の確定だけで直ちに公訴提起が違法になることはなく、有罪判決を期待し得るだけの合理的根拠がある限りたとえ無罪となっても違法ではないと考えるのであり、その意味では客観的な法規範に対する違背を意味する行為不法説に立脚した理論である。従って、宇賀教授はこれを「公権力発動要件欠如説」に立ったものとして位置づける(17)。

その後、ミシン判決(18)が次のように述べ、違法性の判断に行為者の主観的様態が含まれたと考えられる。「裁判官がした争訟の裁判に上訴等の訴訟法上の救済方法によつて是正されるべき瑕疵が存在したとしても、これによつて当然に国家賠償法一条一項の規定にいう違法な行為があつたものとして国の損害賠償責任の問題が生ずるわけのものではなく、右責任が肯定されるためには、当該裁判官が違法又は不当な目的をもつて裁判をしたなど、裁判官がその付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを行使したものと認めうるような特別の事情があることを必要とすると解するのが相当である」。

これらの判決にはそれぞれ検察官や裁判官の行為が問題となったという特殊性が存在する。すなわちここでいう特殊性とは、違法判断に行為者の主観が入り込むことが法規範として認められているという特殊性である。

しかし、このことが十分認識されないまま、在宅投票制度廃止違憲訴訟最高裁判決(19)は「国家賠償法一条一項は、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違反して当該国民に損害を加えたときに、国又は公共団体がこれを賠償する責に任ずることを規定するものである」と「職務行為基準説」を一般化した。これにより、一般的な行政処分についても違法の判断に行為者の主観的態様が含まれる可能性が生じることとなった。そして実際、奈良民商最高裁判決(20)は、「税務署長のする所得税の更正は、所得金額を過大に認定していたとしても、そのことから直ちに国家賠償法一条一項にいう違法があったとの評価を受けるものではなく、税務署長が資料を収集し、これに基づき課税要件事実を認定、判断する上において、職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と更正をしたと認め得るような事情がある場合に限り、右の評価を受けるものと解するのが相当である」と判示した。その後、判例上常に「職務行為基準説」の立場が採られてきたわけではないが(21)、一般的な行政処分について「職務行為基準説」を採用する判例も多数存在する(22)。

このように在宅投票制度廃止違憲訴訟最高裁判決が「職務行

為基準説」を一般化した結果、客観的法規範違反が明確であるような事例においても、「職務行為基準説」が適用されることが可能となり、行為者の主観的要素が違法性の判断に持ち込まれることになったのである。そして、このように一般化された「職務行為基準説」は、行為者の主観的態様が法規範として違法の判断に含まれるような特殊な事例である芦別事件でいう行為不法説に立脚した職務行為基準説とは異なっている。

芝池教授は、この在宅投票制度廃止違憲訴訟最高裁判決の示した考え方を義務違反的構成と呼び、国家賠償法一条の違法性を法的義務違反と解する考え方であるとする[23]。すなわち、本判決が「職務行為基準説」と称するものは、義務違反的構成と同じ意味であると考えられる。本評釈では、用語の混乱を避けるために、芝池教授に倣い、在宅投票制度廃止違憲訴訟最高裁判決が示す違法性についての考え方を義務違反的構成と呼ぶことにする。

(三) 違法と過失の一元的理解と義務違反的構成

違法とは、通説である行為不法説によれば客観的な法規範に対する違背を意味し[24]、過失は、公務員の主観的事情に係わるものであるため、両者は異質なものであると考えられている。しかし近年、違法と過失を一元的に判断する判例が散在する。違法と過失の一元的判断といっても、過失のみを検討し国家賠償責任を認める類型と、違法のみを検討し国家賠償責任を認める類型が存在すると考えられる。前者は、過失の客観化と呼ばれる現象である。すなわち、過失が注意義務違反又は作為義務違反として客観的に捉えられる結果、「不法行為法的な意味での客観的な行為規範違反をその注意義務違反の内容とするため、違法との差異が相対的なものとなる[25]」のである。

具体的に、過失の客観化によって違法と過失が一元的に判断される事例とは、学校事故のような客観的な公権力の発動要件が明確でない事例がその典型であると考えられる。学校事故の事例では、違法性の判断を行わずに、教師が生徒に対する監督義務等の注意義務に違反したか否かをもって、過失のみが判断されている[26]。また、不作為事例においても、過失のみを検討し、国家賠償請求を認める事例が存在する。たとえば、大阪野犬咬殺事件[27]では、「……知事は条例によって認められた野犬の捕獲、抑留ないし掃討の権限を適切に行使しなかったといわざるを得ないのであって、ここに作為義務違反があったというべく、少なくとも過失は免れないと認められる。」とされ、違法を判断することなく国家賠償請求が認められている。

一方、違法のみを判断する類型も存在する。たとえば、兵庫県揖保郡でおきたストーカー殺人事件国家賠償訴訟判決[28]では、違法性の判断のみが行われている。同様に不作為事例においても、「行政に作為義務があるにもかかわらず、行政機関がその義務に従って権限を行使しなかったとすれば、それは違法である」といわれている[29]。すなわち、権限不行使事例における違法判断とは、作為義務の認定とそれに違反したか否かによって行われることとなり、これは過失判断と違法性判断が一元的に行われているといえる。

違法と過失の一元的判断について、過失のみを検討するのか違法のみを検討するのかについての差異は検討すべき課題ではあるが、本件との関係では問題とならないので、指摘するにとどめたい。

ところで、上述の通り義務違反的構成によれば、違法と故意・過失の判断が一元的に行われることとなる。なぜなら、義務違反的構成は、国家賠償法一条一項の責任が認められる場合を「国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違反し」た場合に限定しており、ここでいう職務上の法的義務違反とは客観的法規範違反を意味するのではなく、当該公務員の主観的様態をも含む行為規範違反を意味するためである。すなわち、行為不法説が「客観的法規範違反」を違法と解するのに対し、義務違反的構成は当該公務員の主観的態様をも含む行為規範違反、即ち、「職務上の法的義務違反」を違法と解するのである。

仮に、公務員の職務上の義務とは公務員に課された行為規範であり、全ての「客観的法規範違反」は「職務上の義務違反」であると解することができたならば、義務違反的構成を採ることの弊害は生じないであろう。しかし、在宅投票制度廃止違憲訴訟最高裁判決が義務違反的構成の考え方を一般化し、一般の行政行為の事例においても当該考え方を踏襲するその態様は、「客観的法規範違反」である場合でも、「職務上の法的義務違反」とはいえず国家賠償法上違法ではないとするものであった[30]。これは、一般の行政行為について違法性を狭めるものであり妥当ではない[31]。

（四）義務違反的構成とドイツ職務責任制度

日本の国家賠償制度の雛形であると考えられているドイツ国家責任制度では、その責任要件として「公務員の第三者に対して負担している職務上の義務違反」が挙げられている[32]。この要件は、ドイツでは「職務義務違反（Amtspflichtverletzung）」

と「第三者関係性（Drittbezogenheit）」の両要件に分けて検討され、それぞれ、①公務員の責任の範囲の画定と、②賠償を受けることのできる被害者の範囲の画定を問題とする議論である。[33]

ドイツ国家責任制度において、「職務義務違反」にいう義務とは、本来は公務員が国家に対して負っている義務であり、「職務義務」と公務員の国民に対する責任とは必ずしも一致しなかった。しかし、学説により、公務員が適法な行動を行なうという一般的な職務義務が存在すると考えられるようになり、どのような違法行為も職務義務違反を意味すると解されるようになった。[34]その結果、客観的行為規範違反が内部法関係における義務違反と解されるようになった。すなわち、学説や判例の努力により客観的法規違反と内部法関係における職務義務違反とが一致するようになったのである。

日本の国家賠償制度上の違法とは、通説によれば、客観的法規違反と解されている。[35]にもかかわらず、前述の通り、義務違反的構成によって行為者の主観的態様が違法判断に持ち込まれているのである。一般的な行政処分において義務違反的構成を採用する理由は見当たらないが、もし採用するとしても、ドイツ職務責任制度のように客観的法規範違反と公務員の職務上の義務違反とは一致すべきである。そして、そのように考えるならば、条文上要求されていないにもかかわらず、義務違反的構成によって公務員の職務上の義務違反要件を日本の国家賠償制度上の要件とする理由は見当たらない。

一方、第三者関係性については、ドイツではカズイスティック故に体系化が難しいとされているが、[36]第三者関係性の拡大、即ち、賠償を受けることのできる被害者の範囲の拡大が学説において主張されてきた。そして、近年では、国が行う銀行監督の目的が、銀行業務が適切に行われ経済全体への不利益を回避することのみか、個々の預金者を保護することも含むのか、が争われた価格証券事件（連邦通常裁判所一九七九年二月一五日判決）[37]において、国が行う銀行監督の目的に個々の預金者を保護することも含むと解され、個々の預金者についても第三者関係性が認められている。

一方、ドイツの制度を雛形にしつつも日本の国家賠償責任制度はその責任の要件として「故意又は過失によって違法に他人に損害を加えたとき」と規定するのみであり、ドイツ国家責任制度とは異なって、被侵害法益を保護することが公務員の職務上の義務である必要は必ずしもない。すなわち、不文の要件である「反射的利益」論的思考は、制度上必然に課されるものとはいえないのである。ドイツで第三者関係性要件は批判の対象

とされ、判例において拡大されていることから考えても、このような議論を日本の国家賠償責任法の解釈上維持する必要性はないのではないかと思われる。

（五）小括

上述の検討より、本件は作為事例（登録更新）として扱うべき問題であると考える。そして、抵当証券業規制法六条から公務員の行為規範が明らかであるため、その行為規範に反した更新登録は違法であると考えるべきである。よって、近畿財務局長等が本件更新登録を拒否すべき職務上の義務違反の有無を問題とすることなく、国家責任が認められるべきであると考える。

また、本件が不作為事例であって義務違反的構成が妥当する余地があると考えるにしても、上述の通り、そこでいう公務員の義務と客観的法規範違反は一致すべきである。よって、いずれにせよ、公務員の主観的態様をも含む職務上の義務違反の有無を判断する必要は必ずしもないと考える。

とはいうものの、本判決は財務局長等の判断を不作為として取扱っており、同様に、本判決の先例となる前掲宅建業者事件も不作為事例として扱われている。よって、以下では、本件を不作為事例として扱った場合、どのように解すべきかを検討することとする。

六　争点②　本件登録更新時に近畿財務局長等は大和都市管財に更新登録拒否事由があるとしてこれを拒否すべき職務上の注意義務を原告らに負っていたか

（一）裁量収縮論と作為義務論

不作為事例において「反射的利益」論と同様に国家責任を認めるための障壁となっているのが行政便宜主義である。行政便宜主義を克服し不作為事例の違法性を認める手法として、端的に行政庁の不作為が消極的な権限濫用に当たると考える権限濫用論と裁量収縮論が存在する[38]。しかし両説は、単に説明の仕方の違いであるとの見解も強く、重要なのはどのような要件のもとで権限の行使が義務付けられ不作為が違法と判断されるかである。

具体的にどのような要件下で国家責任が認められるかについて、判例・学説は、被侵害法益の重要性、被害の予見可能性、規制権限行使による被害の回避可能性、被害者自身で被害を回避する可能性などを総合考慮すべきであると考えている[39]。

これらの要件は事件の類型によって差異が生じると考えるべきであろう。たとえば、「規制権限の発動の不作為」の場合と、中国残留婦人訴訟で問題となる「作為起因性の不作為」[40]の場合では、前者に比べて後者の要件が緩和されることとなる。薬害については、有用性との比較衡量がなされるため、他の不作為事例に比べると国家の責任は認められにくい[41]。

同様に、本件で問題となった抵当証券業や、前掲宅建業者事件で問題となった宅建業のように許認可更新制が採用されている場合、一定の期間毎に国家がその適正を審査することが法律上定められている。このような場合には、行政が裁量便宜主義に則った職権処分として介入する場合と区別されなければならない。なぜなら、許認可更新制が採用されている場合、一定期間毎にその適正を審査すること自体には裁量がないのであり、行政はその審査を適切に行わなければならないからである。そして、適切に審査を行った結果、許認可についての更新拒否事由に該当した場合、更新拒否を行なうことは当該公務員の義務である。すなわち、本件のように許認可更新制が採用されている場合、作為（更新登録）の問題として捉えるべきであるのは、先述の通りであるが、不作為（更新登録拒否の拒絶）の問題として捉えるとしても、許認可更新制によって行政が予め介入することが義務付けられているのであるから、国の監督責任をより強く認めることができる。よって、行政が職権処分として介入する場合と比較すると、本件は責任要件が緩和されると考えるべきであろう。

（二）被侵害法益の重要性について

本件の特徴として挙げられるのは、財産的損害に対する国家賠償責任が認められたという点である。先述のとおり、規制権限不行使についての国家責任を認める要件として被侵害法益の重要性が挙げられており、この要件には財産的損害も念頭に置かれていると考えられているが[42]、生命や身体のように重要なものであるほど作為義務が認められやすいと考えられている[43]。

本件と同様消費者訴訟である前掲豊田商事国家賠償訴訟大阪高裁判決も、被侵害法益が財産権である場合には、「被侵害利益が生命、身体、健康である場合に比べて、より強度の作為義務を必要とする」と一般論を述べている。後述するが、この点が豊田商事国家賠償訴訟大阪高裁判決において、国の責任を否定する決め手であったと考えられる[44]。本判決も、被侵害法益が財産権である場合は、より慎重に判断すべきであるとしている。とりわけ本件で問題となる株式投資は、さまざまなリスクを正

しく認識した上で、自分自身の判断と責任に基づいて行わなければならないという「自己責任」の原則に基づいているのであり、自身に発生した損害を国が補填するということは原則的にはありえないのである。

このように、財産的損害についての国家責任は、被侵害法益が生命や身体の場合に比べて非常に認められにくい。にもかかわらず、本事案で国家責任が認められた最大の理由は、近畿財務局の大和都市管財に対する監督の程度が、業務改善命令の発令も視野に入れた平成六年検査や、結果的に更新を拒否した平成一二年の立入り検査よりも、本件更新登録の直前に行われた平成九年の立入り調査が最もゆるく、そこに、行政庁の怠慢が明らかに見て取れたからであろう。すなわち、上述の「自己責任」の原則は、「適切な市場」がその前提として保障されるからこそ意味を有するのであって、「適切な市場」が確保されていない場合、自己責任の原則が妥当するとはいえなくなるのである。大和都市管財事件の弁護団も、大阪地裁における勝訴判決の要因のひとつに、損害賠償請求原因を「平成九年一二月二一日の登録更新の違法性」の一点にまとめたことを挙げている(45)。本件では、行政庁の怠慢により、大和都市管財の財産的基礎の有無に関する虚偽表示が見落とされることとなったため、「適切な市場」が確保されていなかったといえる。これが、国家責任が認められた大きな要因であろう。

七　消費者訴訟としての本件

国家賠償請求がなされた消費者訴訟として著名なのは、前掲宅建業者事件と前掲豊田商事事件国家賠償訴訟である。本事案が「第二の豊田商事事件」と呼ばれるように、被害の種類や被害者像等において本件と豊田商事事件とは非常に似ている。また、被害者の利益が反射的利益か否かという点についても、宅建業者事件最高裁判決が反射的利益であるとしたのに対し、豊田商事事件国家賠償訴訟事件判決と本判決は反射的利益ではないとした点でも共通する。

しかし、先述の通り、本件が許認可の登録更新制を採用している点に着目すると、本事案は豊田商事事件国家賠償訴訟ではなく宅建業者事件に類似すると考えられる。なぜなら、本件も宅建業者事件も、登録更新制の採用により一定の期間毎に国家がその適正さを審査する機会が法律上定められている事例であり、その権限行使の際の適切さが問題となった事例であるからである。すなわち、先述の通り、宅建業者事件と本件は作為事

例として扱うか不作為事例として扱うか、から問題となるべきタイプの事例なのである。

以下では、本件と豊田商事事件国家賠償訴訟、宅建業者事件をそれぞれ比較し検討したい。

（一）豊田商事事件国家賠償訴訟と本件

豊田商事事件は、金の地金を用いた現物まがい商法の会社による悪徳商法事件であり、被害者数は数万人、被害総額は二〇〇〇億円近くと見積もられている。被害者の多くが高齢者であったこと、解約に応じない強引な手口、会長の刺殺事件、またこの殺人犯に対する温情判決などにより大きな社会問題となった。同事件の原告は、警察庁、法務大臣、経済企画庁、通産省、公取委に対し規制権限の不行使を理由に国家賠償請求訴訟を起こしたが、東京地裁、大阪地裁、大阪高裁で責任が否定され、最高裁で上告が棄却された。

豊田商事国家賠償訴訟では、独禁法が一般消費者の利益の保護を究極的な目的としており独禁法・景表法の規制もこの究極的な目的を実現するための手段と解することができることが認められている。そして、公取委の規制権限の行使が一般消費者の権利利益の保護に大きな役割を果たしていることが認められており、「反射的利益」論がしりぞけられている。更に判決によれば、豊田商事が行っていた商法は不正な取引ないし不当表示に該当し、被害の発生を回避するためには公取委による規制が必要であると判断されている。

このように、規制権限行使の端緒が認められるにもかかわらず、公取委が自身に与えられた調査権限を行使しなかったことについて、裁判所は次のように考え国家責任を否定する。すなわち、公取委が取得していた資料と情報だけでは不当表示に該当すると認める相当な理由があるとまではいえず、公取委が調査の必要はないと判断してもやむを得ないというのである。

豊田商事事件国家賠償訴訟で問題となったのは、法定調査権限（独禁法四〇条、四六条、景表法七条）であり、その権限を行使すること自体に行政庁の裁量があるため、一定期間毎に国家が権限を行使することに裁量のない本件や宅建業者事件に比べて、裁量の幅が広いのである[46]。

（二）宅建業者事件と本件

宅建業者事件は、詐欺的不動産取引を行っていた不動産業者に対し、宅建業者の免許を付与・更新したこと等の違法性が争われた事例である。最高裁は、宅地建物取引業法一条で購入者

等の利益の保護を明示的に目的としているにもかかわらず、宅地建物取引業法が個々の取引関係者が被る具体的な損害の防止、救済制度を直接的な目的としているとは言えないとし、行政庁の責任を否定した。同事件においては、「反射的利益」と表現されていないが、実質的に反射的利益論的思考をとっているものと考えられている。[47]

一方、本判決は宅建業者事件を踏襲しながらも、豊田商事国家賠償訴訟事件と同様に被害者の利益は反射的利益ではないとした。くり返すが、宅建業者事件最高裁判決は、「直ちに国家賠償法一条一項にいう違法な行為に当たるものではない」と述べているため、個々の取引関係者についての財産的損害に対する国家賠償請求の可能性が完全に否定されたわけではない。

よって、同種の事案である本件で国家責任が認められたことから考えると、本件はその例外にあたると考えられ、裁判所もその旨を説明する。すなわち、本事案と宅建業者事件の具体的な差異について、本判決は次の二点をその理由としてあげている。①宅建業者事件で問題となった他人物売買によるリスクは比較的容易に回避することができるのに対し、抵当証券に係るリスクの大小を正確に判断することは、抵当証券業規制法の予定する情報開示制度が正常に機能している場合においてすら相当の困難が伴うにもかかわらず、本件ではその情報開示制度が正常に機能していたとはいえないこと、②宅建業法が免許制を導入した当初においては同法の目的には購入者の利益保護は掲げられておらず、その目的は宅地建物の取引の公正を確保することなどにあったのに対し、抵当証券業規制法の採用した登録制は当初から抵当証券の購入者の保護を最終的な目的としていること。

しかし、裁判所の示すこの理由は、次の二点から妥当ではないと考えるべきである。まず、①リスク回避可能性についてであるが、宅建業者事件でいうリスクと本件におけるリスクの意味は大きく異なっている。すなわち、宅建業者事件で問題となったリスクは、他人物売買が行われることによって購入代金を支払ったにもかかわらず土地を取得できないというものである。確かに売買契約を結ぶ際にはそのようなリスクは必ず内包されているといえる。しかし、それは売買契約において通常想定されているリスクとはいえず、例外的事情である。そして、そのような危険の発現を防止するために法令等で宅建業が規制されているのである。一方、本件で問題となったリスクとは、抵当証券を購入して資産を運用しようとした者のリスクであり、「自己責任」の原則からもわかるように、こちらにはそもそも損害

が発生するリスクが含まれているのである。ただし、先述のとおり、購入者によるそれらリスクの負担は「適切な市場」の確保の上に成り立つものであり、本件のように「適切な市場」が確保されていない場合、そのリスクを購入者に負担させるべきではないこととなる。このように、たとえ、宅建業者事件における他人物売買の危険というリスクが比較的容易に回避できるとしても、本件に比べて保護が手薄くてもよいということにはならないのである。

次に、②購入者の保護の規定についての差異であるが、宅建業者事件と本件とを別異に取り扱う必要はないと思われる。すなわち、本判決は、導入当初の保護規定の差異を結論が分かれた理由として挙げる。確かに、導入当初の保護目的に購入者が含まれるか否かについて宅建業者事件と本件は異なっているかもしれない。しかし、宅建業者事件において、事件があった時にはすでに宅建業法一条で免許制度及び法が定める各種規制の実効を確保する目的の一つとして購入者等の保護が掲げられている。よって、あえて本件裁判所が宅建業法について導入当初の保護目的の差異をその結論の差異の理由として挙げることには恣意性を感じざるを得ない。

以上より、本件と宅建業者事件とを別異に取り扱う理由は存在しないように思われる。そして、そのことは、宅建業者事件で国家責任が否定されたことに倣って本件においても国家責任が否定されるべきであるということを意味するわけではない。むしろ、本件と対比することによって明らかになった宅建業者事件最高裁判決の問題点を再考すべきことを意味すると思われる。

八　結びに代えて

本判決は、上述のとおり、国家賠償責任を問う消費者訴訟として初めて行政庁の責任が認められた点で意味が大きい。更に、被侵害法益が生命・身体・健康ではなく財産権であるにもかかわらず責任が認められたことは注目に値する。

しかし、本判決は、財務局長等の行った判断を「財務局長等の作為（更新登録）と捉えるにせよ不作為（更新登録拒否の拒絶）と捉えるにせよ、抵当証券業への参入に対する規制権限の不行使という性格を有することは否定することができない」とし、不作為事例として判示する。先述の通り、不作為事例では作為事例に比べて、国家の責任を認める際のハードルが上がる。そして、更新登録制においては、一定期間毎に行政庁が権限を

行使することが法によって予定されているため、本件は作為事例として扱うべきである。にもかかわらず、その差異を無視するような本判決は、更新登録制の意味を抹消しかねないように思われる。そしてこの批判は、先例として存在する宅建業者事件最高裁判決にも当てはまるであろう(48)。

（1）京都地判昭和五八年七月二〇日（民集四三巻一〇号一九三頁）、大阪高判昭和六一年七月一日（民集四三巻一〇号一二〇九頁）、最二小判平成元年一一月二四日（民集四三巻一〇号一一六九頁）。

（2）東京地判平成四年四月二二日（判時一四三一号七二頁）、大阪地判平成五年一〇月六日（判時一五一二号四四頁）、大阪高判平成一〇年一月二九日（税務訴訟資料二三〇号二七一頁）、最一小判平成一四年九月二六日（判例集未登載）。

（3）犀川千代子（「大和都市管財」被害者弁護団全国連絡会代表弁護士）週刊法律新聞第一七二九号二頁。

（4）昭和六二年法律第一一四号。平成九年法律第一〇二号による改正前のもの。以下同じ。

抵当証券業規制法は現在では廃止され、抵当証券業には金融商品取引法が適用されている（二条一項一六号、同条八項七号）。ただし、新法においても登録制が採用されているため、本判決は先例性をもちうると考えられている。稲葉一将「判批」法学セミナー増刊・速報判例解説 Vol.2（日本評論社、二〇〇八年）四五頁。

（5）東京スモン訴訟（東京高判平成二年一二月七日・判時一三七三号三頁）で、被告である国は、次のように主張した。「薬事行政における厚生大臣の権限は、医薬品製造業者に対する関係では、右目的の達成のために、製造業者の営業の自由を規制するものとして意義づけられるのであつて、この権限行使の結果、公衆衛生の向上および増進が図られるとともに、国民のうちの特定の個人も利益を享受することとなるが、それは右規制に伴う単なる反射的利益に過ぎない」。この他、国によって同様の主張がなされた訴訟は多数存在する。たとえば、クロロキン薬害訴訟控訴審判決（東京高判昭和六三年三月一一日・判時一二七一号三頁）、北陸スモン訴訟第一審判決（金沢地判昭和五三年三月一日・訟務月報二四巻二号二三七頁）、カネミ油症事件小倉支部第一審判決（福岡地小倉支判昭和五三年三月一〇日・判時八八一号一七頁）など。

（6）第一〇九回衆議院会議録一八号（昭和六二年九月一〇日）五九五頁～五九六頁、第一一一回参議院大蔵委員会会議録一号（昭和六二年一二月八日）二七頁～二八頁、

第一一一回参議院会議録四号（昭和六二年一二月九日）七四頁など。

（7）初期の相対的違法性説は、取消訴訟における違法は「適法性に関する法」の次元で問題となるのに対し、国家賠償法上の違法は「責任に対する法」の次元で問題となると考える（園部逸夫（監修）・西埜章（著）『国家賠償法』（青林書院、一九九七年）六二頁）。初期の相対的違法性説をとる学説として、下山瑛二『国家補償法』（筑摩書房、一九七三年）一三六頁など。

（8）在宅投票制度廃止違憲訴訟最高裁判決が示した国家賠償法上の違法についての考え方は、公務員の主観的要素である故意・過失を違法の判断に持ち込んだと考えられる。その結果、取消訴訟の違法とは客観的法規違反を意味するのに対し、国家賠償法上の違法は狭く解されることとなるのである。このような考え方が後期の相対的違法性説である。この点については、後述する。

（9）国家賠償訴訟の領域に「反射的利益」論を持ち込むことを否定する一つの論拠として、反射的利益論が抗告訴訟における原告適格との関連で主に論じられてきた議論であることが挙げられる。詳しくは、稲葉馨「国賠訴訟における『反射的利益論』」芝野喜八郎＝藤田宙靖（編）・小嶋和司博士退職記念『憲法と行政法』（良書普及会、一九八七年）五九七頁以下。

また、前掲豊田商事国家賠償訴訟大阪高裁判決では、国からの「反射的利益論」の援用に対し、裁判所は次のように述べ国家賠償訴訟における「反射的利益論」の適用を否定した。「抗告訴訟と国家賠償請求とは制度の趣旨も違い、判断すべき要素も異なるというべきである。したがって、取消訴訟の反射的利益論を考慮して国家賠償訴訟にも取入れ、規制権限を定めた行政法規が専ら公益保護を目的としている場合には、個別の国民との関係で、その不行使が国賠法一条の適用上、違法と評価される余地はないとの被控訴人の主張は、失当といわなければならない」。

（10）詳しくは稲葉・前掲論文（注（9））五九七頁以下参照。また、最三小判平成二年二月二〇日（判時一三八〇号九四頁）は次のように述べ、反射的利益論を肯定した。「被害者又は告訴人が捜査又は公訴提起によって受ける利益は、公益上の見地に立って行われる捜査又は公訴の提起によって反射的にもたらされる事実上の利益にすぎず、法律上保護された利益ではないというべきである」。

（11）通説的見解によれば、国家賠償訴訟において「反射的利益論」の妥当する余地があり、それは本案審理の問題であると考えられている。詳しくは、稲葉・前掲論文（注（9））五九七頁以下参照。

「反射的利益」という言葉を使うにしても使わないに

しても、学説上批判されるのは、取消訴訟法の領域で問題となる「反射的利益」の概念が国家賠償法と取消訴訟法の差異を無視した形で国家賠償法の領域へ持ち込まれることなのである。宇賀克也『行政法概説Ⅱ』（有斐閣、二〇〇六年）三八三頁、芝池義一『行政救済法講義〔第三版〕』（有斐閣、二〇〇六年）二六三頁、二六四頁。

(12) 東京高判昭和四五年八月一日（判時六〇〇号三二頁）。

(13) 原田尚彦「判批」ジュリ四八二号二七頁。

(14) 原田・前掲評釈（注(13)）二八頁。

(15) 最二小判昭和五三年一〇月二〇日（民集三二巻七号一三六七頁）。

(16) 小田中聰樹「判批」別ジュリ一四八号八三頁。

(17) 宇賀克也『国家補償法』（有斐閣、一九九七年）六一頁、六七頁。

(18) 最二小判昭和五七年三月一二日（民集三六巻三号三二九頁）。

(19) 最一小判昭和六〇年一一月二一日（民集三九巻七号一五一二頁）。

(20) 最一小判平成五年三月一一日（民集四七巻四号二八六三頁）。

(21) 例えば、最三小判平成三年七月九日（民集四五巻六号一〇四九頁）では、当該接見不許可処分は、その根拠となった監獄法施行規則一二〇条、一二四条が監獄法五〇条の委任の範囲を超える違法なものであるから、違法であるとしながらも過失を否定している。

(22) 最一小判平成五年三月一一日（民集四七巻四号二八六三頁）、最三小判平成九年九月九日（民集五一巻八号三八五〇頁）、最大判平成一七年九月一四日（民集五九巻七号二〇八七頁）は、在宅投票制度廃止違憲訴訟最高裁判決の示す違法性についての定式をほぼ踏襲している。また、下級審においても、札幌地判平成五年七月一六日（判時一四八四号一一五頁）、広島高判平成六年三月二五日（判タ八七〇号一四一頁）、熊本地判平成一三年五月一一日（判時一七四八号三〇頁）、東京地判平成一八年六月七日（判時一九三七号三頁）、福岡地判平成一七年一〇月一四日（判時一九一六号九一頁）など、その例は多い。例えば、運転免許取消処分取消等請求事件判決（東京地判平成元年三月二九日・判時一三一五号四二頁）では、自動車運転免許取消処分が根拠を欠く瑕疵があるもので、取消を免れないとしつつ、「国家賠償法上の違法性は、公務員が具体的状況のもとにおいて職務上つくすべき法的義務に違反したかどうかという観点から判断すべきものであり、したがって、行政処分がその根拠となる行政法規に定める実体的又は手続的な要件を客観的に欠缺しているかどうかという瑕疵判断とは、その判断基準を異にしている」とする。同判決では、国家賠償法

上の違法を職務上の義務違反とし、その結果、取消訴訟法上の違法よりも国家賠償法上の違法を狭く解しているのである。また、住民票非嫡出子続柄記載国家賠償訴訟最高裁判決（最一小判平成一一年一月二一日・判時一六七五号四八頁）では、権力的行為のみならず、市町村長が住民票に法定の事項を記載するという非権力的行為についても、「職務行為基準説（義務違反的構成）」が妥当することを示した。

(23) 室井力・芝池義一・浜川清（編）『コンメンタール行政法Ⅱ　行政事件訴訟法・国家賠償法〔第二版〕』〔芝池義一執筆〕（日本評論社、二〇〇六年）五三二頁。

(24) 兼子仁『行政法学』（岩波書店、一九九七年）二〇五頁。

(25) 北村和生「国家賠償における違法と過失」ジュリ増・行政法の争点〔第三版〕七九頁。

(26) 否定例：公立中学校の生徒が課外クラブ活動中の生徒とした喧嘩により左眼を失明した事故につき、クラブ活動に立会っていなかった顧問の教諭に過失がないとされた事例（最二小判昭和五八年二月一八日・民集三七巻一号一〇一頁）。公立小学校五年生の児童が放課後担任教師の許可を得て居残り学習中、同級生の飛ばした画鋲附紙飛行機を左眼に受けて負傷した事故につき、小学五年生ともなれば相当の自立能力・判断力を有するものであるから、危険の発生を予測できる特段の事情のない限り、放課後まで付ききりで監督する義務はなく担任教諭に過失はないとされた事例（最三小判昭和五八年六月七日・判時一〇八四号七〇頁）。

肯定例：例えば、横浜市立中学校プール事故訴訟上告審判決（最二小判昭和六二年二月六日・判時一二三二号一〇〇頁）が挙げられる。この他、県立高校教諭の指名に応じて同校の部活動（ラグビー試合）に参加した他の高校の生徒に生じた試合中の事故につき、同教諭に注意義務違背があったとして県に対する損害賠償請求が認められた事例（東京高判昭和五四年一二月一一日・判時九五八号六三頁）などが存在する。ただし、この事件は最高裁（最二小判昭和五八年七月八日・判例時報一〇八九号四四頁）で過失の認定に誤りがあったとして破棄差し戻されている。また、都立高専山岳部の春山合宿に参加した学生が雪崩に遭遇して死亡した事故については、引率教官らには学生らを合宿の実施により生じるおそれのある危険から保護すべき注意義務があるとし、当該事故につき、引率教官らには悪天候の中下山決定をした過失があると判断された（木曽駒ヶ岳遭難事件（東京地判昭和六三年三月二四日・判時一二七二号三一頁、東京高判平成元年五月三〇日・判時一三一四号六一頁、最二小判平成二年三月二三日・判時一三四五号七三頁））。同様に、県立高校の野球部員がゴロ捕球の練習中に、バッティン

グの球が右眼に直撃し受傷した事故につき、指導教諭に注意義務違反による過失があるとして国家賠償責任が肯定された（名古屋地判平成一八年一一月二八日・判時一九六五号一一四頁）。この他、高校のボート部に所属していた高校生が、新人戦に参加し、ボートの転覆によって溺死した事故につき、引率教師らに安全配慮義務違反があったとして、国家賠償法一条一項に基づき損害賠償が認められた事例（札幌地判平成一七年一一月二五日（判例集未登載）、札幌高判平成一九年二月二三日（判例集未登載））等多数存在する。

(27) 大阪地判昭和六三年六月二七日（判時一二九四号七二頁）。

(28) 大阪高判平成一八年一月一二日（判時一九五九号四二頁）。

(29) 芝池・前掲書（注(11)）二五七頁以下。

(30) 例えば、前掲奈良民商最高裁判決、静岡県食糧費支出関係文書非公開決定国家賠償訴訟（最一小判平成一八年四月二〇日・裁時一四一〇号八頁）が挙げられる。静岡県食糧費支出関係文書非公開決定国家賠償訴訟において最高裁は、「条例に基づく公文書の非開示決定に取消し得べき瑕疵があるとしても、そのことから直ちに国家賠償法一条一項にいう違法があったとの評価を受けるものではなく、公務員が職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と上記決定をしたと認め得るような事情がある場合に限り、上記評価を受けるものと解するのが相当である」と判示している。この他、法人税更正及び加算税賦課決定取消等請求事件（東京地判平成一九年六月一二日・判例集未登載）も次のように述べている。「課税処分が違法であるというだけでは、それが国賠法上も違法であるということはできず、処分行政庁が職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と処分をしたといえる場合に限って、国賠法上の違法があったと評価される」。

(31) ただし、亘理教授が義務違反的構成（「職務行為基準説」）に対する批判の妥当性について、「定型的な行政処分、即ち、国民の法的地位を一方的に変動させる個別具体的な処分の違法性が、取消訴訟と国賠訴訟の双方で争われる場合には妥当するとしても、行政機関以外の国家機関の行為や定型的な行政処分以外の行政処分の違法性が争われる場合には、一律に妥当すべき批判とはいえない」（亘理格「公立保育所廃止・民営化訴訟における相対効的紛争解決の可能性－取消判決の第三者効及び国家賠償法上の違法性を中心に－」政策科学一三巻三号二一九頁）とするように、裁判行為、立法活動、権限不行使、非権力的行為（「非権力的行為は、個々の行為の実質的内容に照らして取消訴訟による攻撃の対象になり得ると

して処分性が肯定される場合があったとしても、課税処分、許認可や許認可の取消等の通常の行政処分とは異質の行政活動であり、そのような意味では非典型的な行政処分として捉えるべきものである」亘理・同上二一九頁、二二〇頁。）などの非定型的な行政活動に関しては、義務違反的構成が妥当する余地がある。言い換えれば、義務違反的構成が、違法の意味を行政の権限行使に対して客観的法秩序によって課された行為規範に対する違反（公権力発動要件の欠如）という意味から、公務員の個別の国民に対して負担する職務上の義務違反に読み替えることに問題があるため、義務違反的構成を公権力の発動要件が法令上明示的に定められていない事例に適用する場合には、義務違反的構成の弊害は生じないのと考えられるのである。

(32) ドイツ職務責任制度はドイツ民法八三九条と基本法三四条によって基礎づけられる。【ドイツ民法八三九条一項】公務員は、故意又は過失により第三者に対して負担している職務上の義務に違反したときは、その第三者に対し、これによって生じた損害を賠償しなければならない。その公務員に過失のみがある場合においては、被害者は他の方法で賠償を得ることができないときに限り、賠償請求することができる。

【基本法三四条】ある人が、自己に委託された公務の行使において、第三者に対して負担している職務上の義務に違反したときは、その責任は、原則として、その者が服務している国家又は団体が負う。故意又は重過失があるときは、求償を妨げない。損害賠償請求権及び求償については、通常裁判所への出訴の途が排除されてはならない。

(33) H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl., 2006, S. 667.

(34) 詳しくは、朝田とも子「ドイツ職務責任制度における『第三者に対して負担する職務義務違反』要件についての一考察」北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル一四号一五頁～二二頁参照。

(35) 芝池・前掲書（注(23)）五二八頁。

(36) F. Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl., 1998, S. 59.

(37) BGHZ, 74, S. 144. 本事案の邦語文献として、稲葉馨「国会議員の立法行為と国家賠償（二）」熊本法学六四号一九頁以下。

(38) クロロキン薬害訴訟上告審判決（最二小判平成七年六月二三日・民集四九巻六号一六〇〇頁）、前掲宅建業者事件、筑豊じん肺訴訟最高裁判決（最三小判平成一六年四月二七日・民集五八巻四号一〇三二頁）、関西水俣病訴訟（最二小判平成一六年一〇月一五日・民集五八巻七号一八〇二頁）、北海道石炭じん肺訴訟控訴審判決（札

幌高判平成一六年一二月一五日・判時一九〇一号七一頁）等は作為義務論（権限濫用論）で判断していると考えられる。

（39）曽和俊文・山田洋・亘理格『現代行政法入門』〔山田洋執筆〕（有斐閣、二〇〇七年）三一二頁。たとえば、比島山災害訴訟判決（高知地判昭和五九年三月一九日・判時一一一〇号三九頁）は、「a住民の生命、身体及び財産に対する法益侵害の具体的な危険が切迫し、かつ、公務員において、これを予見することが可能であること（具体的危険性の存在とその予見可能性）、b具体的事情のもとで、公務員が当該権限を行使することが可能であり、かつ、その権限の行使によって法益侵害の発生を防止できること（権限行使の可能性と結果回避可能性）、c住民にとって、自らが法益侵害の発生を防止することは困難であり、公務員に権限の行使を期待せざるを得ない事情にあること（権限行使への期待相当性）、以上の各要件を充足するにもかかわらず、公務員が当該権限を行使しないときは、裁量権につき著しい不合理があるものとして違法の評価を免れないものと解するのが相当である。」と判示した。

（40）本件のような「規制権限の発動の不作為」の場合と、中国残留婦人訴訟（大阪地判平成一七年七月六日・判タ一二〇二号一二五頁、東京地判平成一八年二月一五日・判時一九二〇号四五頁）で問題となる「作為起因性の不作為」の場合は区別されなければならない（人見剛「中国残留孤児・中国残留婦人が提起した国家賠償訴訟に係る最近の二つの地裁判決について（下）」判時一九三三号三一頁）。「作為起因性の不作為」について問題となる「先行行為に基づく条理上の作為義務」の成立要件としては、「①被害を生じさせる危険をはらんだ原因行為たる先行行為、②予見可能性、③結果回避可能性」の三要件が妥当であるとされる（人見剛「戦後補償裁判中の不作為国家賠償訴訟における作為義務（結果回避義務）について」法時七六巻一号四四頁）。

（41）前掲クロロキン薬害訴訟上告審判決。

（42）稲葉馨・人見剛・村上裕章・前田雅子『行政法』〔前田雅子執筆〕（有斐閣、二〇〇七年）二七六頁。

（43）宇賀・前掲書（注（11））三七二頁。

（44）舟田教授は、被侵害利益が財産権である場合、被侵害利益が生命、身体、健康である場合に比べて、より強度の作為義務違反を必要とするという一般論が、「本判決の結論に影響したと推測される」とする。舟田正之「判批」ジュリ一一六九号一一四頁。

（45）犀川・前掲論文（注（3））二頁。

（46）もちろん、許認可の更新登録制を採用する本件と比べて裁量の幅が広いからといって、権限を行使しないこと

が常に違法ではないとはいえない。正田教授は「調査権限の端緒たりうるとされた資料等では排除措置命令等の根拠として不十分であるのは当然でそれを補充するのが調査権限の行使である」。よって、「公取委は調査権限を行使することができ、またすべきであった」とする。正田彬「判批」ジュリ一二四六号二二八～二三〇頁。

(47) 宇賀克也「判批」別ジュリ一五一号二九〇頁。

(48) 本判決を紹介したものとして、既に引用したものの他、下山憲治・「判批」法学セミナー六三九号一一一頁、浅井弘章・銀行法務21 六八三号五六頁、五十嵐潤・消費者法ニュース七三号二三三頁、小林政秀・消費者法ニュース七三号二三四頁、小田大輔・金融法務事情一八一一号一頁、市瀬義文・消費者法ニュース七二号三一一頁がある。

判例研究

刑事判例研究

松原和彦

内縁の配偶者による窃盗と刑法二四四条一項の適用等の可否

最高裁平成一八年八月三〇日第二小法廷決定（平成一八年（あ）第三三四号窃盗被告事件）

刑集六〇巻六号四七九頁、判時一九四四号一六九頁、判タ一二二〇号一一六頁

〔参照条文〕刑法二四四条一項

【事実の概要】

被告人は、昭和四三年一二月二日に被害者と婚姻し、同五三

年一二月九日に同人と協議離婚した後、平成一七年六月に本件で逮捕されるまでの約五年間、同人方で同人と同居していたものであるが、同一六年八月下旬ころから同年一二月七日ころまでの間前後七回にわたり、同人方において同人所有の現金合計七二五万円を窃取した。

第一審で弁護人は、「刑法二四四条一項の規定は内縁関係にも適用または準用」されるべきであると主張したが、第一審判決（東京地判平成一七年九月二七日刑集六〇巻六号四八二頁）は、「刑法二四四条一項の『配偶者』とは民法上婚姻が有効に成立している場合に限られ、いわゆる内縁関係ないし準婚関係を含まないものと解すべきであり、仮に弁護人が主張するように本件犯行当時被告人と被害者が内縁関係にあったとしても、刑法二四四条一項を適用または準用すべきものではない」として、同項を適用または準用しなかった（懲役二年六月）。

これに対して、弁護人は第一審でと同様に主張して控訴したが、控訴審判決（東京高判平成一八年一月一八日刑集六〇巻六号四八六頁）は、「刑法二四四条一項にいう『配偶者』とは民法上婚姻の成立している者をいうのであって内縁関係は含まれないと解されるし、これを本件事案に準用すべきであるとも解されない」として、控訴を棄却した。

これに対して弁護人は、刑法二四四条一項の「配偶者」には内縁の配偶者も含まれるから同項を本件に適用すべきであり、仮にそうでないとしても準用すべきであるなどと主張して上告した。

【決定要旨】 上告棄却。

最高裁は、弁護人の上告趣意を適法な上告理由にあたらないとして棄却したが、次のような職権判断を示した。

「刑法二四四条一項は、刑の必要的免除を定めるものであって、免除を受ける者の範囲は明確に定める必要があることなどからして、内縁の配偶者に適用又は類推適用されることはないと解するのが相当である。したがって、本件に同条項の適用等をしなかった原判決の結論は正当として是認することができる。」

【評釈】

一・本決定は、刑法二四四条一項（以下、本条項ということがある）が内縁の配偶者（但し、本件で被告人と被害者が行為時、内縁関係にあったとは認定されていない）による窃盗に適用または類推適用（以下、適用等ということがある）されるかに関して、消極に解する旨判示したものである。

本決定の意義は三点あるように思われる。まず第一に、本決定が、最上級裁判所として初めて、本条項が内縁の配偶者による窃盗に適用等されるかに関して判断を示した点である。

第二に、本決定が本条項の（適用のみならず）類推適用の余地も否定した点である（本決定は類推適用の余地をほのめかした「原判決の結論は正当」〔傍点引用者〕とし、また本決定が事案の特殊性を考慮した形跡は存在しない。後掲・山口〔裕〕三四頁参照）。なぜなら、従前の下級審裁判例の中には、その余地をほのめかす判決も存在したからである（名古屋高判昭和二六年三月一三日判特二七号五四頁参照。もっとも、同判決は当該事案に類推適用していない。後掲・新家二八頁注(一一)参照。また、通説も適用等を否定する。内田文昭『刑法各論』〔第三版、一九九六〕二六七頁、福田平『全訂刑法各論』〔第三版増補、二〇〇二〕二三四頁など参照。他方、適用等を肯定する見解も有力である。大谷實『刑法講義各論』〔新版第二版、二〇〇七〕二一三頁、斎藤信治『刑法各論』〔第二版、二〇〇三〕一一七頁、中森喜彦『刑法各論』〔第二版、一九九六〕一二六頁注(一七)、平川宗信『刑法各論』〔一九九六〕三五二頁、松原芳博『犯罪概念と可罰性』〔一九九七〕四一四頁参照。もっとも、本条項では適用と類推適用とで本質的な違いはない。本決定も「適用又は類推適用」として両者を峻別していない。なお、後掲・山口〔裕〕三四頁参照）。

第三に、本決定が従前の下級審裁判例とはまったく異なる理由づけで適用等を否定した点である。本決定と（前掲・名古屋高判昭和二六年三月一三日を除く）従前の下級審裁判例は適用等を否定するという結論で一致していることから、本決定の最も重要な意義はこの点にあると言える。

したがって、本決定は、第一になぜ従前の理由づけを採用しなかったのか、第二に如何に適用等を否定したのかが、問題となる。

二

まず、なぜ本決定は従前の理由づけを採用しなかったのか、について検討する。

（一）

多くの下級審裁判例は、本条項の「配偶者」が民事実体法上有効に婚姻の成立した者に限られるとして、適用等を否定してきた。例えば、仙台高判昭和二七年一月二三日判特二二号九一頁は、「刑法第二四四条第一項により窃盗の罪を犯した者が、其の刑を免除される場合は犯人と被害者との間に犯罪当時民法の規定による所定の親族関係あることを必要とする」として、適用等を否定したのである（大阪高判昭和二八年六月三〇日判特二八号五一頁、名古屋高判昭和三二年七月二四日高刑特四巻一四＝一五号三七二頁、本件第一審及び原審も同旨。なお、理由を明示しない東京高判昭和二六年一〇月五日判特二四号一一四頁も同旨と思われる）。

確かに、「配偶者」を含む本条項の「親族」の解釈如何は民法典の規定（七二五条以下、七三一条以下参照）に従うのが通常であろう（法令上内縁の配偶者が「配偶者」と同等に扱われる場合、例えば児童虐待防止法二条四号のように、その旨括弧書きで明記される。前掲・大阪高判昭和二八年六月三〇日も参照）。しかし、そうだからといって、それは直ちに「配偶者」概念を拡張解釈して（直接）適用することを、あるいは少なくとも類推適用することを否定するものではない（もっとも、肯定するものでもない）。法令用語上「配偶者」が法律婚の配偶者を意味することは、むしろ議論の前提にすぎないのである（つまり、このことは適用等の可否を決する理由とはなり得ない。以下、「配偶者」はこの意味でのみ使用する）。

これに対して、「配偶者」が法律婚の配偶者でなければならないことを二四四条の法的性質から基礎づけた上で適用等を否定したのが、東京高判昭和六〇年九月三〇日判例体系（第二期）刑法（一〇）七四六一である（学説では、石堂淳「親族相盗例の系譜と根拠」法學五〇巻四号〔一九八六〕一四二頁〔適用等を肯定〕が先駆的か）。同判決は、「刑法二四四条一項は、親族間の事件については、刑罰をもつて干渉することを差し控え、家庭内の自律に委ねるという刑事政策的考慮に基づくもので、人的な処罰阻却事由を定めたものと解されるところから、同項にいう配偶者とは、民法上婚姻が有効に成立している場合に限られ」るとして、適用等を否定する決定的な理由を学説上のいわゆる政策説に求めたのである。

同判決が適用等を否定する上で最も重視したのは、「家庭内の自律に委ねるという刑事政策的考慮」であろう。しかし、民事判例及び民事学説上「配偶者」と法的に（ほぼ）同等に扱われている内縁の配偶者を「家庭内」にある者と評価することは（論理展開は異なるが、後掲・内海①三七頁右段、同②七六頁以下、後掲・清水二二三頁以下、後掲・箭野三一〇頁以下参照。但し、仮に本決定あるいは〔裁〕判例が政策説を前提としているとしても、それが結論を導く上で重要であるならば、本決定はそれを明示したであろう。しかし、そうしていないことに注意すべきである）、なお可能である（現に、政策説を採用する、山口厚『刑法各論』〔補訂版、二〇〇五〕二〇七頁〔適用等は困難。但し否定するまでもないとする〕と前掲・大谷二一三頁〔適用等を肯定〕では結論を異にしている。もっとも、これらは政策説と「配偶者」概念如何を関連づけていない）。

（二） ところで、いわゆる違法減少説や責任減少説ではどうであろうか（中谷瑾子＝斎藤隆「親族間の財産犯罪」西原春夫ほか編『判例刑法研究第六巻』〔一九八三〕一七六頁参照）。

まず、違法減少説は、「所有関係は家庭外の場合よりもいく

らかルーズである。」（平野龍一「刑法各論の諸問題一〇」法セミ二一三号〔一九七三〕五三頁）として、（広義の「親族」というよりはむしろ）「同居（の親族）」にその根拠を求めているように思われる（但し、被害者の暗黙の同意を援用する、堀内捷三「親族相盗」藤木英雄＝板倉宏『刑法の争点』〔新版、一九八七〕二六一頁は、むしろ「親族」にその根拠を求めていると言えよう）。また、民事判例は当該男女関係が内縁であると認定するに当たり、当該男女が日常生活を共にしていることを一つの重要な事情としている（二宮周平『事実婚の判例総合解説』〔二〇〇六〕二二頁以下参照）。そうすると、内縁にも違法減少があると言えるようにも思われる。

しかし、「配偶者」が「同居（の親族）」を要件としていないのは、行為者と被害者が現に同居しているか否かに関係なく、行為者が被害者の「配偶者」でさえあればよいことを意味するから、「同居」に着目して適用等の可否を決するのは妥当でない（なお、前掲・中森一二六頁注（一七）〔適用等を肯定〕と堀内捷三『刑法各論』〔二〇〇三〕一二六頁〔適用等を否定〕では結論を異にしている）。

次に、責任減少説は、「親族関係」に「特有」である「―ある種の『甘え』を背景とした―誘惑的な要因」が反対動機の形成を困難にする（前掲・松原三八九頁以下参照）として、広義の「親族」にその根拠を求める。同説の論者の中には明確に適用等を否定する者がある（例えば、曽根威彦『刑法各論』〔第三版補正三版、二〇〇六〕一三一頁、西田典之『刑法各論』〔第四版、二〇〇七〕一五四頁参照）。しかし通用等を肯定することも可能であるように思われる（前掲・松原四一四頁参照（法律上の夫婦と同様の親族特有の誘惑要因が認められる）。但しこの場合、「親族関係」に「特有」というよりはむしろ、「顕著」となろう）。

このように、法的性質論は、適用等の肯定・否定いずれの結論にも至り得ることから、その可否を決する理由とはなり得ず（後掲・新家一八頁以下、後掲・林一六九頁、後掲・原口一九四頁、松原芳博「親族相盗例」西田典之ほか編『刑法の争点』〔二〇〇七〕一七三頁参照）、したがって、従前の理由づけはいずれも適用等の可否を決するものではない。それゆえに、本決定はそれを採用しなかったと理解することができるのである。

三．

次に、本決定は如何に適用等を否定したのか、について検討する。

（一）

本決定が適用等を否定する理由を本条項の法的効果に求めていることは、判文上明らかである。しかし、適用等の可否は要件解釈如何によるというのが通常であろう。そこで、「刑の必要的免除」という法的効果は要件解釈に如何なる影響を与

えるのかが、問題となる。

ところで、そもそも「刑の必要的免除」とは如何なる法的効果なのであろうか。それは次の二つの要素からなる。一つは、（「刑の裁量的免除」及び「刑の必要的減免」と比較すると）最終的に付与し得る法的効果が唯一であること（後掲・谷二三頁参照）、もう一つは、それが（同様に最終的に付与し得る法的効果が唯一である「刑の必要的減軽」ではなく）「刑の免除」であることである（「刑の必要的免除」が「非常に強い効果」〔後掲・谷二三頁〕なのは、これらのためである）。

さて、まず前者の要素は、明らかに「刑の免除」に値する者（「配偶者」）以外へ適用等しない方向へと導く。なぜなら、例えば最終的に付与し得る法的効果が「刑の免除」と「刑の減軽」の二つある場合、仮に「刑の免除」に値し得る者に適用したとしても、最終的に「刑の減軽」にできるからである（本決定は、本条項は「刑の必要的免除を定める」〔傍点引用者〕と判示している）。

また、後者の要素も同様である。ここで重要なのは、「刑の免除」に刑法典上「酌量免除」規定が存在しないことである。適用等するということは、行為者と被害者の当該関係が「刑の免除」に値すると判断するからである。当然、この判断は事案個別的なものとならざるを得ない。しかし、「酌量免除」規定の不存在は、法が事案個別的な判断による刑の宥恕を「刑の減軽」（六六条参照）に留める趣旨と理解できる。そうすると、「刑の免除」も、明らかにそれに値する者以外に適用しない方向へと導くこととなる（また、「刑の免除」は、犯罪が成立するにもかかわらず、その実質を担う科刑の可能性が存在しないという「大きな効果」〔後掲・山口〔裕〕三四頁〕でもある。「刑の減軽」と比較して、これも要件解釈に影響を及ぼさないとは言えないであろう。いずれにせよ、本決定は「免除を受ける者の範囲は明確に定める必要がある」〔傍点引用者〕と判示している）。

このように、「刑の必要的免除」は二つの点で要件解釈に「配偶者」以外の者を含めない方向へと影響を及ぼすと理解することができる。しかし、（以上の検討から明らかなように）「刑の必要的免除」は適用等の可能性を完全には否定することができない（要件解釈として「配偶者」以外の者が含まれる可能性はなお残る）。その意味で、それは「弱い」（後掲・林一六九頁）理由と言える。

（二） そこで、にもかかわらず、なぜ本決定は適用等を否定したのかが問題となる。明確には言及されていないものの、「刑の必要的免除」といういわば形式的な理由の背後には、適用等を否定する実質的な理由があるように思われる。

例えば、八〇条の法的効果は本条項と同様に「刑の必要的免

除」であるが、そのことから直ちに、明らかに「刑の免除」に値する者（例えば、虚偽事実を一切含めずに犯罪事実を告げた者）だけに同条を適用すべきとまでは言えないであろう。というのも、同条の意義が、行為者にとって最も魅力的な法的効果を予定することによって、行為者を法益侵害結果惹起の回避へと誘導する点にあるからである。言い換えると、八〇条の「刑の必要的免除」だから適用範囲を限定すべきでないとも言えるのである（九三条但書も同様である）。

そうすると、本決定が適用等を否定した理由は、二四四条一項の「刑の必要的免除」だからと限定的に理解すべきこととなる。では、それは如何なる意味で適用等を否定する実質的な理由となるのであろうか（なお、二五七条一項との関係につき、前掲・中谷＝斎藤一七七頁参照）。

二四四条一項と二項では、科刑の可能性の有無で決定的に異なる（それゆえ、両項間に法的な不均衡は存在しない。林幹人『刑法各論』〔第二版、二〇〇七〕二〇四頁参照）。この差異は、規定の構造上、単純化すれば、「同居」に基づくものである。また、それは、従前の下級審裁判例によれば、「事実上居を同じくして日常生活を共にすること」と定義される（名古屋高判昭和二七年一〇月二三日高刑集五巻一二号二一五八頁、札幌高判昭和二八年八月二四日高刑集六巻七号九四七頁、東京高判昭和三二年九月一二日高刑特四巻一九号五〇四頁、札幌高判昭和五四年四月二七日高刑集三二巻一号一二〇頁参照。この他、東京高判昭和二六年一〇月三日高刑集四巻一二号一五九〇頁、同判決の上告審である最決昭和二七年一二月二六日裁判集〔刑〕七一号九五一頁、東京地判昭和三四年一一月二〇日東高集一〇巻一一号四二五頁も参照。学説も同様である。これに対して、二五七条一項の「同居」を「同一の場所で日常生活を共にすること」と定義して、結果同項の適用を否定した原判決に対し、最決昭和三二年一一月一九日刑集一一巻一二号三〇九二頁は括弧書きで、「なお本件を刑法二五七条一項の場合に当たらないとした原判示は正当である。」とした。同決定が上記定義をも是認したかは定かでないが、二四四条一項の「同居」とは定義からして異なり得るため、その意義もまた異なり得るのである。なお同決定の評釈である、木村健助「判批」民商四〇巻一号〔一九五九〕一七三頁参照。併せて、後述の二五七条一項に関する叙述箇所参照）。これは、①居を同じくすること（形式的側面）と、②日常生活を共にすること（実質的側面）の二つの要素に分けて考えられる。

そこで、これらの意義が問題となるが、（「同居」の理論的重要性に鑑みれば、なお慎重な検討を要するものの）それは次のように理解することができるように思われる（なお以下では、本条項の典型である住居内の財物を念頭に置く）。

結論から言えば、上記二つの要素はいずれも、不特定または多数の被害者の、財物に対する窃盗等による危険性が（二重に）類型的に減少することを意味すると理解できる。まず①に関して、被害者と「居」を同じくすることで、単に一時的な滞在と比較して、行為者が被害者の財物へ接触する機会が多くなるからである（行為者が被害者方に一時宿泊したに留まる事案で「同居」を否定した、前掲・札幌高判昭和二八年八月二四日〔学説上も異論がない〕参照）。これによって、行為者は特定かつ少数の被害者の、財物に対する窃盗等へと、まず方向付けられる。

また②に関して、被害者は、行為者と「日常生活」を共にすると、それとある程度多くの財物を共用することになり、それゆえ自身の財物に関する所有観念が希薄化するからである（行為者が、被害者方の一室に居住していたものの、被害者の部屋とは区画され、被害者と起臥寝食を共にしなかった事案で「同居」を否定した、前掲・東京高判昭和二六年一〇月三日〔学説上も異論がない〕参照）。これによって、行為者は特定かつ少数の被害者の、財物に対する窃盗等へと、さらに方向付けられる。

では、「刑の必要的免除」はかように理解される「同居」によって正当化されるか。二四四条一項が適用されるために必要な親族関係は、当該財物の帰属を巡って利害対立する行為者と被害者（所有者及び占有者）との間であるから（最決平成六年七月一九日刑集四八巻五号一九〇頁参照。また本条二項参照。これに対して、二五七条一項は、当該財物〔賍物〕の帰属を巡る利害対立しない行為者と本犯者との間に親族関係を必要とする。最決昭和三八年一一月八日刑集一七巻一一号三五七頁参照〔親族相盗例規定がないことに注意〕。したがって、同項では以下で述べる問題は生じない）、犯罪成立ないし有罪の中核を担う科刑の可能性を排除するには、比較的強い根拠が必要であるように思われる。

しかし、「同居」がそれを提供するかには、疑問の余地がある。なぜなら、本条項が真価を発揮する場面は、質的または量的に、日常生活に必要な財物であるとは必ずしも言い得ない財物の窃盗等であると解されるところ、被害者の所有に係る財物のすべてが②のように理解できるとは言い得ないように思われるからである（つまり、日常生活に必要な財物であれば、利害対立状況は緩和されると言い得るが、そうでない場合依然として当該財物を巡る利害対立状況は緩和されないままなのである）。

したがって、「同居」は「刑の必要的免除」を十分には正当化し得ないように思われ、その意味で、二四四条一項の法的効果が合理的であるとは言い難いと言えよう（このことは、「刑の必要的免除」を基礎づける従前の学説が必ずしも成功してこなかったことに、

如実に表れているように思われる。近時、本条を一律親告罪とすべきとの立法論的な批判・提案をする見解が有力である。例えば、日高義博「親族相盗例の問題点」専法七五号（一九九九）一二頁、佐伯仁志＝道垣内弘人『刑法と民法の対話』（二〇〇一）三四三頁下段〔道垣内発言〕、林美月子「親族間の財産犯罪」内田文昭先生古稀祝賀論文集（二〇〇二）三五一頁以下、松宮孝明『刑法各論講義』〔補訂版、二〇〇六〕二〇五頁参照）。それゆえに、本決定は二四四条一項の「刑の必要的免除」だからこそ適用等を否定したものと理解することができるし（この点は、本決定が「刑法二四四条一項は」とその「刑の必要的免除」に限定するかのように判示している点に見出されるべきである）、また、そう解すべきであるように思われる。

四. 最後に、（以上の検討から明らかではあるが）本決定の射程を簡単に確認しておく。まず、本条項を準用する二五一条及び二五五条にも及ぶことは、明らかである（後掲・原口一九四頁）。しかし、一〇五条には及ばない。なぜなら、その法的効果がそもそも「刑の必要的免除」ではないからである（同条の法的効果は「刑の裁量的免除」である）。また、二五七条にも及ばないと解すべきである。なぜなら、その法的効果が二四四条一項の「刑の必要的免除」ではないからである（なお、本決定は東京高判昭和四九年六月二七日高刑集二七巻三号二九一頁と事案を異にする。本決定は「配偶者」でないことが前提であるが、同判決はその前提に関して判断しているからである。後掲・林一六八頁参照）。

評者の知り得た、本決定の解説として、判時一九四四号一六九頁、判タ一二二〇号一一六頁、山口裕之・判時一九八二号二一二頁（特に三三頁以下）が、評釈として、内海朋子①・セレクト二〇〇六（法教三一八号別冊付録）三七頁、同②・刑事法ジャーナル七号七三頁、清水晴生・白鴎一四巻一号一九九頁（特に二一四頁以下）、親家和仁・研修七〇七号一七頁、箭野章五郎・新報一一四巻三＝四号二九五頁、谷直之・受験新報六七二号二二頁、林幹人・平成一八年度重判解（ジュリ一三三二号）一六七頁、原口伸夫・速報判例解説一号一九三頁、前田雅英・最新重要判例二五〇〔刑法〕〔第六版〕一七二頁、松宮孝明・法セミ六二三号一二〇頁がある（以上、五十音順）。

※脱稿（平成二〇年二月五日）後、①本決定の評釈として、日高義博・専修大学ロージャーナル三号三三頁に、また②未成年後見人による未成年被後見人所有の財物の横領に二四四条一項を適用しない旨判示した、最決平成二〇年二月一八日裁時一四五四号一四頁に、それぞれ接した。

雑　報

北海道大学法学会記事

○二〇〇七年一二月一三日（木）午後三時より

「ジャン・モネ、プラン、アメリカ―あるいは欧州統合のもう一つの起源―」

報告者　遠藤　乾

出席者　三八名

ジャン・モネ（Jean Omer Marie Gabriel Monnet）は、一八八八年に生まれ、一九七九年に没した。九〇余年にわたる彼の人生の間、世界は大きく変わった。二〇世紀初頭までの欧州の域内平和と相互依存は、域外における帝国支配と戦争を伴っており、やがて域内を主舞台とした二度の世界大戦に取って代わられた。この経験は、人類史上初の普遍包括的な国際組織である国際連盟や国際連合を世紀前半に産み落としたが、その後を彩ったのはむしろ、米ソ間の冷戦とヨーロッパの分断であった。またこの間、帝国主義と貴族の時代は、ナショナリズムと民主主義の時代へと転じ、英国のヘゲモニーは次第にではあるが明瞭に米国のそれへと道を譲った。その米国の指導の下、戦後の西欧は、国民国家再建と国際統合を同時に追求する。

高校も卒業せず一六歳の時にコニャック商人の家業を手伝い始めたモネは、伝統的なエリートコースからはかけ離れた人生を送ったが、波乱に満ちたグローバルなキャリアを通じて、この変わりゆく世界に深い刻印を残した。その彼の経歴については、いささか誇張されがちだがやはり目を見張るものがあり、それ自体じっくりレヴューするに値しよう。ただしここで指摘するべきは、彼の戦後のヨーロッパ統合への貢献はそれ自体非常に重要な分析対象ではあるけれども、「ヨーロッパ（平和）の父」としてのイメージにばかり目をとらわれると、結果としてモネがどういう人物だったのか、何をどのように成し遂げたのかが見えにくくなるという点である。

モネが欧州石炭鉄鋼共同体（ECSC）の元となったシューマン・プランにかかわったのは、彼がすでに六二歳となった一九五〇年のことであった。それまでの四六年にわたるキャリア

は、彼にどのような影響を与え、いかなる資源や傾向をもたらしたのか。とりわけ、モネが公的なキャリアを第一次大戦において開始した点、それが英仏（伊）の戦時共同調達という形を取った点、そして国際連盟創成期や第二次大戦中はもちろん、見ようによっては大戦後にも同様の行動に着手した点は、彼とその時代を考察する上で、少なからぬ意味を持つように思われる。また、仏計画庁であれＥＣＳＣであれ、モネの戦後のリーダーシップは、ニューディールの理念と人脈に密接に関わっている点、さらに、米国の覇権とテクノクラシーの二重の興隆と軌を一にする点においても、際立った特色を持っている。これらはみな、二〇世紀の国際関係の変容、すなわち国と国との「統合」のみならず、越境的な問題管理としての「グローバル・ガバナンス」の成立ともかかわっているため、モネを、とりわけ「ヨーロッパの父」として象徴化される前に遡って検討することには、一定の意味があるように思われる。そこで、本発表では、ジャン・モネという人物に焦点を当て、二〇世紀史のうねりの中に位置付けながら、国際政治の問題として意識した。

報告ではまずモネの人生を簡略に振り返った後（第二節）、彼の第一次および第二次大戦における戦時共同調達の試みを振り返り、その特質とスタイルについて考察した（第三節）。次に、戦後復興におけるモネの計画主義（プラニスム）を米国におけるニューディールとの関連で位置づけ（第四節）、さらに、モネの社会的上昇を西洋社会におけるエリートの転換と結び付けて検討し（第五節）、最後に、これらが持つヨーロッパ統合（やグローバル・ガバナンス）への含意を明らかにした（第六節）。

論　　説

懲罰的賠償の終焉!?(1)

―― 私人は法を実現できないのか？ ――

会　沢　　恒

突然七瀬は、恒夫から予知能力が失われた場合に想像できるいちばん重大な理由に思いあたり、あっと叫んだ。それは恒夫が死ぬからではないのか、予知能力者が自分の死後の世界を予見できるのでない限り、死の直前には何も予知できない筈だ…[1]

Ⅰ．はじめに
Ⅱ．判例の動向
　A．前史
　　1．*Browning-Ferris Industries* 判決
　　2．*Haslip* 判決と *TXO* 判決
　　3．*Oberg* 判決
　B．Gore 法理とその展開
　　1．*Gore* 判決
　　2．*Campbell* 判決
　　3．*Cooper Industries* 判決　　（以上、本号）
Ⅲ．Philip Morris USA v. Williams 判決
Ⅳ．系譜学――判例の展開の内在的検討と判断の構造
Ⅴ．分類学――Williams 判決における懲罰的賠償観と既存諸モデル

[1] 筒井康隆『七瀬ふたたび』（新潮社／新潮文庫、1978年、初出1975年）198頁（「そして恒夫はまだ、そんな理由を夢にも考えてはいない。未来を予知できなくなったことと自分の死を結びつけて考えるなど、若くて健康で楽天的な恒夫にとっては想像してみることさえ困難なのであろう。」）。

Ⅵ. 若干の展望

Ⅰ. はじめに

悪質な不法行為等を行った者に対し、発生した損害の填補を超えた賠償額の支払を命じる懲罰的賠償は、違法行為を制裁し将来の違法行為を抑止するための英米法特有の制度として注目されてきた[2]。

例えば、不法行為法第二次リステイトメントは、懲罰的賠償を次のように定式化している。

> **§908　懲罰的賠償**
>
> (1)　懲罰的賠償とは、甚だしく非道な行為をなした者に対し、当該行為を懲罰し、また将来その者及び他の者が同様の行為をなすことを抑止するために、填補的賠償または名目的賠償以外に課される損害賠償である。
>
> (2)　懲罰的賠償は、被告の悪質な動機または他者の権利に対する無謀なまでの無関心のために、甚だしく非道な行為に対して課され得る。懲罰的賠償の算定に当たっては、被告の行為の性質、被告が惹起しまたは意図した、原告の被害の性質及び程度、並びに被告の資産を、事実認定者は適切に考慮できる。[3]

しかしながら周知の通り、アメリカではここ四半世紀ほど、1980年代頃から、損害賠償額が高騰して社会的な問題となっており、その原因の一つは懲罰的賠償にあると理解されてきた。その際には特に、製造物責任や環境被害といった、広範囲に被害の拡散するいわゆる大量不法行為（mass torts）に対する懲罰的賠償に注目が集まることも多い[4]。もっと

---

[2] 例えば、古典的なものとして、田中英夫・竹内昭夫『法の実現における私人の役割』（東京大学出版会、1987年）140～166頁、218～225頁参照（初出は法協88巻5・6号1頁、89巻3号1頁、8号1頁、9号1頁（1971～72年））。

[3] Rest. (2d) of Torts, § 908 (1979).

[4] 古賀哲夫「大量不法行為と懲罰的損害賠償」名古屋学院大学論集社会科学篇

も、果たしてこの主張が実態を踏まえたものであるかについては疑問を呈する見解もある。全般的には穏健な運用がなされていて取り立てて問題視する必要はないという実証研究[5]もあるし、マスコミを騒がせる高額賠償もそれぞれそれなりに理由があるものだとの指摘もある[6]。しかし、広い範囲で問題であると了解されてきている[7]ことは確かであるし、学説も立法部・司法部も、何らかの歯止めをかけようと80年代後半から動いている。

州立法部による懲罰的賠償の規制の試みを挙げれば[8][9]、直接に実体

35巻２号１頁（1998年）、古賀哲夫「アメリカの製造物責任における懲罰的損害賠償」名古屋学院大学論集社会科学篇33巻３号１頁（1997年）、小林秀之『PL訴訟』（新版、弘文堂、1995年）85頁参照。もっとも、耳目を集める製造物責任事件や医療過誤事件は、懲罰的賠償を課される事件としては少数派の類型に過ぎないとの指摘もある。 *See* Theodore Eisenberg & Martin T. Wells, *The Predictability of Punitive Damages Awards in Published Opinions, the Impact of* BMW v. Gore *on Punitive Damages Awards, and Forecasting Which Punitive Awards Will Be Reduced*, 7 S. Ct. Econ. Rev. 59, 67 (1999); Theodore Eisenberg et al., *The Predictability of Punitive Damages*, 26 J. Legal Stud. 623, 635-636 (1997).

[5] *See, e.g.,* Eisenberg et al., *supra* note 4. *See also* Anthony J. Sebok, *Punitive Damages: From Myth to Theory*, 92 Iowa L. Rev. 957, 962-76 (2007)（関連研究のレビュー）.

[6] 例えば、マクドナルドの熱いコーヒーをめぐる訴訟の是非の論争を紹介する、平野晋『アメリカ不法行為法 ―― 主要概念と学際法理』（中央大学出版部、2006年）１～８頁参照。

[7] *See, e.g., BFI, infra* note 19, 492 U.S. at 282-283 (O'Connor, J., dissenting)（「懲罰的賠償の裁定は天を突きつつある。Awards of punitive damages are skyrocketing.」）. *See also* Alexandra B. Klass, *Punitive Damages and Valuing Harm*, 92 Minn. L. Rev. 83, 98-104 (2007)（懲罰的賠償のみならず、賠償額一般の高騰が懸念されていると指摘しつつ、最高裁のリアクションを要約。注82は関連文献を参照）.

[8] 立法上の改革の動きを整理するものとして、吉村顕真「アメリカ合衆国における懲罰的損害賠償の現代的変容 ―― 大量不法行為社会における伝統型懲罰的損害賠償の改革 ――」龍谷大学大学院法学研究７号267頁（2005年）278～282頁参照。 *See also Gore, infra* note 34, 517 U.S. at 614-619 (Ginsburg, J., dissenting)（関連州立法をリスト）.

[9] なお、連邦議会による規制の試みは奏功していない。 *See, e.g.,* Common-

的な限定を加えるものと、手続的なハードルを上げることで間接的に制限するものに大別することができる。実体的立法として最も直接的なのは、懲罰的賠償の額に上限を設定することである。填補賠償額との一定の比率（同額、２倍、…）で設定される場合もあるし、「25万ドル」などと一律の額で設定される場合、その組み合わせなど諸々のパターンがあり、また、製造物責任等、一定の訴訟原因について特則が置かれる場合もある。また、被告の支払う懲罰的賠償の一部（一定割合）を、原告以外の者に分配させ、原告――ないし原告側弁護士――の高額な懲罰的賠償に対するインセンティヴを抑制しようとする立法例もポピュラーである。支払先としては州政府の一般財政に繰り込まれる場合もあるし、犯罪被害者のための救済基金等、特定の目的のための基金の場合もある。[10]

手続的な改革として代表的なものは、トライアルを二段階に分割して審理する手続の導入がある。責任の有無と（懲罰的）賠償額とが一個の手続で審査されるとすると、（特に被告が）後者を争おうとして提出する証拠が前者について不利な予断を抱かせる可能性があることから、賠償額を十分に争えない虞がある[11]。そこで、（刑事事件の死刑陪審におけると同様に、）責任・填補賠償の認定と懲罰的賠償の算定とで審理を分離する手続が多くの州で導入されている。これも、全ての懲罰的賠償

---

sense Product Liability Reform Act of 1996, 1995 H.R. 956, 104th Cong. 2d Sess. (vetoed by President Clinton).

[10] なお、立法を待たず、裁判所がその救済を命ずる権限に基づき同様の分配を命じた例もある。*See* Dardinger v. Anthem Blue Cross & Blue Shield, 781 N.E.2d 121 (Ohio 2002). 日本語での紹介・検討として、籾岡宏成「Dardinger v. Anthem Blue Cross & Blue Shield, 781 N.E.2d 121 (Ohio 2002)――オハイオ州最高裁が、被告保険会社に4,900万ドルの懲罰的損害賠償の支払いを命じた事実審判決について、これを3,000万ドルに減額し、そのうち2,000万ドルから訴訟費用等を控除した金額を、原告の亡妻の名を冠した癌研究基金に対して支払うことを命じた事例」アメリカ法2003－２号442頁（2004年）参照。

[11] 例えば、著名なテキサコ対ペンゾイル事件（see Texaco, Inc. v. Pennzoil Co., 729 S.W.2d 768 (Tex. App. 1987)）で高額の賠償が下されたのは、責任の認定を恐れて被告側が原告の賠償額に関する主張に反論しなかったからだとされる。*See* THOMAS PERZINGER, JR., OIL & HONER: THE TEXACO-PENNZOIL WARS 384-389, 404-410 (1987).

事件で必要的に行われる場合、両当事者の申立に基づく場合、被告の申立に基づく場合の諸々のパターンがある。[12]また、懲罰的賠償を課すには、通常の民事訴訟で要求される証拠の優越（preponderance of evidence）水準ではなく、より高度な（だが刑事事件で要求される合理的な疑いを超える（beyond a reasonable doubt）証明ほどではない）明白かつ説得的な証明（clear and convincing evidence）の証明基準を要求する法域も多い[13]。

しかしながら本稿で取り扱うのは、連邦裁判所／連邦最高裁が、連邦憲法上の要請として、懲罰的賠償に対して制限を課す動きである。1989年の Browning-Ferris Industries 判決を嚆矢とし、1996年の BMW v. Gore 判決を中軸とする一連の判例法は、懲罰的賠償に対する憲法的規制を着実に強化してきた。そして、2007年２月の連邦最高裁判決 Philip Morris USA v. Williams 判決[14]は、この方向性についてさらに踏み込んだ判断を示し、訴訟当事者ではない者に対して生じた損害について被告を罰するために懲罰的賠償を利用することを、デュー・プロセス条項は禁じている、と判示する。本稿は、同判決を中心として分析することにより、アメリカ合衆国における懲罰的賠償に対する規制の現在のあり方について検討を加えるものである。

もっとも、本稿は「懲罰的賠償の終焉」などという表題を掲げたが、連邦最高裁が懲罰的賠償制度を廃止したなどということは、ない。この表題は意図的に問題提起のために掲げたものであって、制度自体は維持されている。しかしながら、Williams 判決で示されている考え方が、極めて限定的な懲罰的賠償観を示すものであり、後に検討するように、違法行為の抑止という、広く共有されていると思われる懲罰的賠償観を否定するものであると思われ、そうした意味であえて「終焉」という強い語を採用した。もっとも同判決をこのように強く読むかも争いのあるところである。アメリカにおいても、同判決が懲罰的賠償を制限したと

---

[12] また、懲罰的賠償については陪審ではなく裁判官によって算定することとした法域もある。*Cf.* Cass R. Sunstein, Reid Hastie, John W. Payne, David A. Schkade & W. Kip Viscusi, Punitive Damages : How Juries Decide (2002).

[13] 但し、合理的な疑いを越える証明を要求する州もある。*See* Colo. Rev. Stat. 13-25-127 (2).

[14] 127 S. Ct. 1057 (2007).

いう点についての理解は一致するが、その程度については、この種の制限を一般に歓迎する潜在的被告である大ビジネスの側を含め、制約を「一歩進めた」という程度の理解のほうがむしろ一般的かも知れない。しかし筆者は、同判決の判断はより大きなポテンシャルを有しており、懲罰的賠償に対する考え方を大きく変更したものだと位置付ける。もちろん、この読み方が説得的であるかは読者の判断と将来のさらなる判例法の発展に委ねるより他ない。

以下、本稿は次の順序で議論を進める。第Ⅱ節は、Williams 判決に先立つ、懲罰的賠償に対する憲法的規制に関する一連の判例を概観し、同判決のコンテクストを確認する。第Ⅲ節は Williams 判決それ自体を紹介する。第Ⅳ節は、懲罰的賠償に対する考え方を大きく転換した（と筆者の考える）Williams 判決の判示がどこから来ているのか、一連の判例法の流れに位置付け、この作業を通じてその判断構造を分析する。第Ⅴ節は、Williams 判決に示された懲罰的賠償観が、懲罰的賠償の正当化・理論化を試みる既存の諸説とどのような関係に立つか、どのようなインパクトをもたらすかを検討し、以ってその特徴を明らかにする。第Ⅵ節では以上を総括した上で、今後について展望する。

Ⅱ．判例の動向[15]

A．前史

本稿の主題は、連邦裁判所 —— 主として州裁判所から上訴された連邦最高裁 —— において、連邦憲法上、懲罰的賠償を限定しようとの試

[15] 一連の判例法の概観として、差し当たり、渋谷年史「アメリカにおける懲罰的賠償に関する最近の動向（１～３・完）—— 連邦憲法デュープロセス条項による懲罰的賠償額の制限を中心に」NBL782号23頁、783号70頁、784号49頁（2004年）、桶舎典哲「懲罰的損害賠償の合憲性 —— 近時のアメリカ合衆国連邦最高裁判例を手がかりに ——」北九州市立大学法政論集30巻３・４号（上）491頁（2003年）、林大介「懲罰的損害賠償に関する米国連邦最高裁判例の動向」国際商事法務31巻12号1673頁（2003年）、藤倉皓一郎「懲罰的損害賠償試論 —— アメリカ不法行為法の視点から ——」同志社法学49巻６号2020頁（1998年）参照。

みである。このアプローチの軸となる判決は、1996年の BMW v. Gore 判決であるが、そこに至る前史をまずは概観しておく。[16]

1．Browning-Ferris Industries 判決

連邦最高裁が懲罰的賠償をコントロールしようとする際に利用し得る連邦憲法上の根拠としては、差し当たり、第８修正の過大な罰金（excessive fine）を禁ずる条項[17]、および第14修正のデュー・プロセス条項[18]があり得る。現在から見ると一連の流れの出発点だと言える1989年の Browning-Ferris Industries 判決[19]は、このうち第８修正の過大罰金

---

[16] なお、懲罰的賠償の利用に関連する連邦最高裁の判断については、本稿で以下に紹介する判例よりも以前に遡ることが可能である。 *See* Bankers Life & Casualty Co. v. Crenshaw, 486 U.S. 71，76-80（1988）（合憲性の争点が下級審で適切に申し立てられていないとしてこの争点を審理せず）．また特に、一定の訴訟原因について、その性質に鑑みて懲罰的賠償の利用を制限する事例が散見される。 *See, e.g.,* International Brotherhood of Electrical Workers v. Foust, 442 U.S. 42（1974）（鉄道労働法 Railway Labor Act に基づいた、労働組合に対する不公正代表の請求につき、懲罰的賠償の利用を制限）; Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U.S. 323（1974）（名誉毀損における懲罰的賠償の利用を制限）．しかし、責任原因の如何にかかわらず、懲罰的賠償一般の合憲性について本案として検討されているのはやはり BFI 判決以降であるため、本文ではそちらに記述を集中している。

[17] U.S. Const. amend. Ⅷ（「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。Excessive bail shall nor be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted.」）．以下、合衆国憲法の訳は全て田中英夫『BASIC 英米法辞典』（東京大学出版会、1993年）による。

[18] U.S. Const. amend. XIV, §1（「州は、何びとからも、法の適正な過程によらずに、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...」）．

[19] Browning-Ferris Indus. of Vt., Inc. v. Kelco Disposal, Inc., 492 U.S. 257（1989）[*hereinafter BFI*]．法廷意見は Blackmun 執筆、Rehnquist、Brennan、White、Marshall、Scalia、Kennedy 同調。日本語での紹介・検討として、浅香吉幹「Browning-Ferris Indus. of Vt. Inc. v. Kelco Disposal, Inc.」アメリカ法1992－１号125頁参照。

禁止条項について、歴史的経緯をマグナ・カルタまで遡った上で、罰金（fine）は何らかの犯罪に対する制裁として政府に対して支払われるもののみを指し、その目的も不適切な政府の権能の行使の制約にあるとして、懲罰的賠償に第８修正の適用はない旨を明らかにした。[20] [21]

２． Haslip 判決と TXO 判決

しかしながら Browning-Ferris Industries 判決では、第14修正のデュー・プロセス条項それ自体の――すなわち、編入（incorporation）の回路としてではない――効力として、同条項が懲罰的賠償を規制する根拠になりうるかという論点を明示的にオープンにしていた[22]。これを受け、1991年の Pacific Mutual Life Insurance v. Haslip 判決[23]の法廷意見は、デュー・プロセス条項が懲罰的賠償を規制する根拠となりうるという一般論を前提として判断したが、結論としては当該事件の懲罰的

---

[20] 但し、BFI 判決は判断に当たって、懲罰的賠償について政府が何らの権利を有しないという点に依拠しており、そうすると近時の多くの州のように懲罰的賠償の一部を州政府ないしそれに準ずる会計に組み入れる制定法を有している場合は射程から外れる、すなわち第８修正の適用可能性を改めて検討する必要があることになりそうである。しかし、Gore 法理が確立されたこともあり、そのような考慮はその後の判例法においては立ち入っては検討されていない。*Compare* Burke v. Deere & Co., 780 F. Supp. 1225（S.D. Iowa 1991）（アイオワ州法を合憲判断）, *rev'd on other grounds*, 6 F.3d 497（8th Cir. 1993）, *with* McBride v. General Motors Corp., 737 F. Supp. 1563, 1576（M.D. Ga. 1990）（ジョージア州法を BFI 判決に照らして違憲判断）.

[21] O'Connor は、法廷意見とは異なる歴史理解に基づき、過大な懲罰的賠償が第８修正の射程に入るとする反対意見を著している（Stevens 同調）。*BFI, supra* note 19, 492 U.S. at 282（O'Connor, J., dissenting）.

[22] *BFI, supra* note 19, 492 U.S. at 276-277．当事者が下級審でこの論点を提出していなかったためである。*See also id.* at 280-282（Brennan, J., concurring）.

[23] Pac. Mut. Life Ins. Co. v. Haslip, 499 U.S. 1（1991）．保険代理店が加入者の支払った保険料を横領し、これにより保険契約（健康保険）が失効したため、加入者が代理店と保険会社を訴えた事例。最高裁へは保険会社に対する懲罰的賠償のみが上訴されている。法廷意見は Blackmun 執筆、Rehnquist、White、Marshall、Stevens 同調。日本語での紹介・検討として、浅香吉幹「Pac. Mut. Life Ins. Co. v. Haslip」アメリカ法1992－１号129頁参照。

賠償の裁定は許容されている。まず、実際に違法行為を行った代理人（保険代理店）のみならず、本人たる保険会社が代位して懲罰的賠償を課されることそれ自体、あるいは陪審が認定した後に裁判所の審査に服するという、懲罰的賠償の算定に関するコモン・ロー上の方式それ自体が一般にデュー・プロセス違反を構成するものではないことが指摘される。さらに、陪審説示やアラバマ州最高裁が明らかにした懲罰的賠償を課す手続・基準を引きつつ、本件の懲罰的賠償について、填補賠償の4倍以上という額が「金額の差は大きいし、実際、限界（the line）に近いかも知れないが、本件裁定額は客観的基準を欠くものではな」く、「憲法上、不適当な領域へと限界（the line）を越えるものではない」[24]と結論している。[25]なお、結果同意意見・反対意見を含め、本判決の検討においては、懲罰的賠償額それ自体よりは、あるいはそれのみならず、それに至る手続が強調されており、実体的デュー・プロセスよりは手続的デュー・プロセスを強調する判示と読むこともできる[26]。

TXO Production v. Alliance Resources 判決[27]も、「合理性に関する一般的懸念」[28]という程度の一般的基準のみで事案に即した判断を行った。認定された填補賠償額と懲罰的賠償額の乖離が大きいことについては潜

---

[24] *Haslip, supra* note 23, 499 U.S. at 23-24.

[25] Scalia は第14修正採択時に懲罰的賠償が定着していたことを指摘し以って「適正な」手続であるとする原意主義的な結果同意意見を（*ibid.*（Scalia, J., concurring in the judgment））、Kennedy は陪審の役割を強調する結果同意意見を（*id.* at 40（Kennedy, J., concurring in the judgment））、O'Connor が陪審の判断における基準のなさを強調する反対意見を（*id.* at 42（O'Connor, J., dissenting））、それぞれ著している。

[26] しかし、後の裁判所は必ずしもそうは読んでいない。*See, e.g., Oberg, infra* note 31, 512 U.S. at 420（「連邦憲法は懲罰的賠償の大きさに対する実体的な制限を課していると、当裁判所の近時の判決は明らかにしてきた。」）（citing *Haslip, supra* note 23 and *TXO, infra* note 27）.

[27] TXO Prod. Corp. v. Alliance Resources Corp., 509 U.S. 443（1993）. 石油・ガスの開発をめぐる利権の争いで、権利毀損の不法行為（slander of title）に基づく懲罰的賠償が問題となった。Stevens が相対多数意見を執筆し、Rehnquist、Blackmun が同調、Kennedy が一部同調している。

[28] *Id.* at 459.

在的にヨリ大きな損害が発生可能であったことが指摘され、また陪審説示に問題があった[29]としつつも州裁判所で論点が提出されていないため採り上げないとし、その他の点でも違憲となるような手続の瑕疵はないとした。また、懲罰的賠償が課される可能性についての事前の予告もあったとし、本件懲罰的賠償を合憲判断している。[30]

Haslip 判決では当該懲罰的賠償を合憲とした結論が法廷意見を構成したのに対し、TXO 判決では相対多数意見しか形成されておらず、違憲判断への方向性を見出すこともできる。それぞれ論争を呼んだ判決であるが、現在ではその判示の意義は Gore 判決に吸収されたと位置付けてよいであろう。

3． Oberg 判決

Honda Motor v. Oberg 判決[31]はこうした流れの中で最高裁としては初めて懲罰的賠償を違憲とした判決である。のみならず、Haslip 判決から Gore 判決への流れとは異なり、Gore 判決に吸収されない独自の価値を現在でも持つ。三輪自動車が運転中に引っ繰り返った事故による人身損害に対し、ホンダが製造物責任（設計上の欠陥）を追及され、オレ

---

[29] 被告の資産を考慮に入れること及び損害の「追加的填補」に説示の中で言及されていることが問題視されている。

[30] Kennedy が懲罰的賠償の額ではなく理由に着目すべきだとの一部同意・結果同意意見を（*id.* at 466（Kennedy, J., concurring in part and concurring in the judgment））、Scalia が、相対多数意見は実体的デュー・プロセスに依拠するものであるから同調できないとする結果同意意見（Thomas 同調）を（*id.* at 470（Scalia, J., concurring in the judgment））、それぞれ著している。O'Connor による反対意見（White 同調、Souter 一部同調）は、本件懲罰的賠償は他の同様の行為に対するものに比較しても莫大であること、州外の大企業に対する偏見に基づくものである疑いが強いこと、潜在的損失を考慮するのは不適切であること、陪審評決後の裁判所によるチェックも不十分であることを指摘している。*Id.* at 472（O'Connor, J., dissenting）.

[31] Honda Motor Co. Ltd., v. Oberg, 512 U.S. 415（1994）. 法廷意見は Stevens 執筆、Blackmun、O'Connor、Scalia、Kennedy、Souter、Thomas 同調。日本語での紹介・検討として、早川吉尚「Honda Motor Co., Ltd. v. Oberg」アメリカ法1995－1号310頁参照。

ゴン州裁判所で懲罰的賠償を命じられた事例である。この事件で事実審の陪審は填補賠償として約92万ドル、懲罰的賠償として500万ドルを認めたが、このうち填補賠償については過失相殺により20％減額され、73万ドル強とされた。被告ホンダは Haslip 判決などに依拠してこの懲罰的賠償に対して異議を申し立てたが、州最高裁まで一貫して認められなかった。オレゴン州においては、州憲法の憲法修正の解釈として、被告側の主張が専ら懲罰的賠償の額が大き過ぎるという点に基づく場合には、裁判官は陪審の賠償額の結論を審査して減額したり破棄したりすることが原則として認められない、という判例法が確立しており、本件の州裁判所の処理もこれに従うものだった。しかし連邦最高裁は、独立前のイギリスの判例まで遡った上で、賠償額に対する裁判所のチェックを認めないオレゴン州の手続は修正14条のデュー・プロセス条項に違反しているとした[32]。[33]

本件は、懲罰的賠償の課される手続について、陪審の判断に何らのチェックも与えないことが手続的なデュー・プロセスの違反となる、ということを示した点で、次の Gore 判決に吸収されない独自の価値を有する。もっとも、同判決当時においてもこのような手続を持っていたのはオレゴン州のみであり、その意味では重要性は低いと評価することもできる。

B．Gore 法理とその展開

1．Gore 判決

現時点における懲罰的賠償に対する連邦憲法に基づく規制について、中核となる判例法を宣明したのが1996年の BMW v. Gore 判決[34]である。

---

[32] また、オレゴン州法の用意する評決前のコントロール手段では十分ではない、ともしている。

[33] Scalia はオレゴンの制度の変遷を述べる短い同意意見を著している。*Oberg, supra* note 31, 512 U.S. at 435（Scalia, J., concurring）. Ginsburg による反対意見（Rehnquist 同調）は、本件オレゴン州の手続は Haslip 判決や TXO 判決に照らしても問題ないものであるとする。*Id.* at 436（Ginsburg, J., dissenting）.

[34] BMW of N. Am., Inc. v. Gore, 517 U.S. 559（1996）. 日本語での紹介・検討として、差し当たり、木下毅「BMW of North America, Inc. v. Gore ―― 懲罰的損害賠償の違憲性」藤倉皓一郎・木下毅・高橋一修・樋口範雄編『英米判例

本判決は、Oberg 判決とは異なり、Haslip 判決などで一般論としては承認されながら結論的には否定されていた、懲罰的賠償の額そのものが高額であることに基づいて違憲とした、最初の判決である。

原告 Gore は被告 BMW の正規ディーラーから新車を購入したが、数ヵ月後、実はこの車両が、ドイツの工場からの輸送の際に酸性雨によって生じた傷を再塗装したものであることを発見したため、アラバマ州法上の不法行為としての詐欺を主張して出訴した、という事件である。1983年以来、被告は、マイナーな補修についてはディーラーに（従って消費者にも）開示せずに新車として引き渡すという全米的な営業方針を有しており、本件車両もその一つであった。

原告は専門家証人の証言に基づいて車両の価値の下落を4000ドルと主張し、また懲罰的賠償の根拠として、1983年以来、被告は全米で同様の車両を983台販売してきたことを主張した。これに対し陪審は、填補賠償4000ドル、懲罰的賠償400万ドル（4000ドルの1000倍）の評決を下した。この懲罰的賠償の裁定に対し、被告 BMW は、同社の方針が一定額以上の補修の開示を義務付ける他州の法に従っていること、また本件以前に同社の方針が違法と判断されたことはなかったことを主張したが、他方、本件継続中にアラバマ他２州での開示方針を変更し、本件評決の直後には、補修を完全に開示するよう全米での方針を改めた。事実審裁判官は被告のトライアル後の申立を認めず、被告上訴。アラバマ州最高裁は、概ね事実審の判断を維持したものの、他州での販売を懲罰的賠償の算定の根拠としたのは不適切だ[35]としてこれを棄却し、アラバマ州内の事情のみに基づいて憲法上許容可能な懲罰的賠償として、200万ドルと判断した。

これに対して連邦最高裁は以下のように判断した[36]。

まず、州は懲罰的賠償の額の考慮にあたって柔軟性を有するとしつつ、懲罰的賠償によって促進され得る州の利益を同定することから検討を始める。州民の保護のために諸々の施策を講じ得ることから、連邦制の下では多様な規制のパッチワークが現出することになる。規制の多様性に

百選［第三版］』（有斐閣、1996年）198頁参照。

[35] 同時期のアラバマ州内での販売は14台であった。

[36] 法廷意見は Stevens が執筆し、O'Connor、Kennedy、Souter、Breyer 同調。

照らすと、補修の完全な開示を要求すべきかについての合理的な判断が異なり得るし、実際、いくつかの州は一定の範囲の補修を開示すれば他は免責されるとのスキームを採用している。州際通商に影響を与える州の規制権限は、他州の利益を尊重する必要性から制約を受けるのであって、他州で合法な行為の変更を迫るような制裁を州が課すことは、州の主権と礼譲の原則から許されない。

この点でアラバマ州最高裁が、懲罰的賠償の算定にあたって州外の事情に依拠することを排除し、もっぱら州内の事情に依拠したことを適切としつつ、しかしながらその結果たる200万ドルという金額は甚だしく過大だとする。「人は、彼を制裁に服せしめる行為についてのみならず、州が課すやも知れぬ制裁の厳格さについても、公正な予告を受けるべきである、と当裁判所の憲法法理に込められた公正さの基本的な観念は命じている。」[37]そして、３つの考慮要素を挙げ、そのいずれも、非開示というビジネス実務に対してアラバマ州の課すであろう制裁の大きさについて、被告BMWが適切な予告を与えられていなかったことを示す、とする。

第一に、「懲罰的賠償の合理性の最も重要な指標」[38]として、行為の非難可能性（reprehensibility）の程度を挙げる。だが、本件で問題となっているのは人身損害の危険を伴わない純粋な経済的損失であること、開示範囲を定めている州法に依拠することも合理的であって被告の行為が常習犯的とはいえないこと、被告の行為は積極的な違法行為などを伴うものではないことを指摘して、甚だしく不適切な行為に一般に関連付けられるような事情は本件では示されていない、とする。

第二に、原告の被った実損害ないし潜在的損害と懲罰的賠償との比率が挙げられる。単純な数学的公式によって合憲性判断の線を引くことはできないとして、カテゴリカルなアプローチは否定されるが、他の潜在的損害もない状況で、実損害の500倍の懲罰的賠償は正当化されない、とする。

第三に、同様の違法行為に対して法定されている制裁がどの程度であるかが考慮されるが、本件懲罰的賠償は、同様の違法行為に対して、アラバマ州においてであれ他州であれ、制定法上規定されている金銭的制

---

[37] *Gore*, *supra* note 34, 517 U.S. at 574.

[38] *Id.* at 575.

裁よりも遥かに大きいとする。

被告が大企業であることは公正な予告を受ける権利を減じるものではなく、むしろその全米的ビジネス展開は、州際通商に対して州が過度の負担をかけることを防ぐ連邦の利益を含意する、とも付け加える。憲法上許容される懲罰的賠償の限界を画する明確なルールを引く用意はないと繰り返しつつ、本件はその線を越えているとして、アラバマ州最高裁の判断を覆している。[39]

正確に理解するのが厄介な判決であるが、詳細な分析は第Ⅳ節に譲ることとする。ここでは2点のみ、簡単に触れておく。

まず、明らかにGore判決の関心は懲罰的賠償の額それ自体にある。額があまりに過大であることに着目してこれを違憲とするのであれば、その判断は実体的デュー・プロセスの理論に連なると考えるのが自然であろうし、実際、Scalia反対意見はそう理解している。が、法廷意見は必ずしも本件を実体的デュー・プロセスに関する判例法の中に位置付けていない。むしろ、かような額の懲罰的賠償を受ける可能性があることの予告があったか、という、(広義の)手続的な論理を強調している。

第二に、Gore判決というと3つの判断要素による賠償額の審査が有名なのだが、今一つ、州が懲罰的賠償を通じて制裁を加えることができるのは、当該州内における違法行為 —— より正確に言えば、当該州の主権(議会であれ司法部であれ)が違法であると判断した行為のうち、当該州内におけるもの —— のみである、との判示も目立たないが重要である[40]。Xという行為を、A州は違法な行為として禁止しそのための制裁も用意しているかもしれないが、同じ行為がB州では許容されてい

[39] Breyer執筆の同意意見は、アラバマ州法の基準は事実認定者の裁量を適切に枠付けていないなどとする(O'Connor、Souter同調)。*Id.* at 586(Breyer, J., concurring). Scalia執筆の反対意見は、法廷意見が実体的デュー・プロセスに基づいている点、根拠が不十分な点、運用上の難を批判している(Thomas同調)。*Id.* at 598(Scalia, J., dissenting). Ginsburg執筆の反対意見は、本件アラバマ州最高裁の判断が連邦最高裁の先例に従っていると評価する他、州の懲罰的改革立法の動きのリストを含んでいる(Rehnquist同調)。*Id.* at 607(Ginsburg, J., dissenting).

[40]「Gore判決の連邦制要素」などと呼ばれることもある。

たり、あまつさえ促進されてさえしているかも知れない。だとすれば、B州内で行われた行為Xに対して、A州が制裁を加えることは許されない。

2．Campbell 判決

2003年の State Farm Mutual Automobile Insurance v. Campbell 判決[41]は、Gore 法理の3考慮要素を基本的に維持しつつ、その内容をリファインした判決として位置付けることができる。

1981年、原告 Curtis Campbell（Campbell 夫）はユタ州内で、Slusher 及び Ospital を巻き込んだ交通事故を起こし、これらの関係者（本人または相続財産財団）の間で訴訟となった。Campbell は被告 State Farm 自動車保険会社から、一事故の負傷者一名に付き2万5000ドルまで、合計5万ドルまでの賠償責任保険を購入してあった。訴訟の早い段階で、Campbell の無理な追い抜きが事故の原因だということで調査員及び証人の間でコンセンサスに達していた。ディスカヴァリ段階で Slusher 及び Ospital は State Farm に対して保険金の上限である一人2万5000ドルでの和解を持ちかけたが、State Farm（の地域責任者）は自身の調査員の助言に反して和解しない方針を堅持し、自身がよく使う弁護士 Bennett を Campbell 側代理人として選任、トライアルへと進んだ。Bennett は Campbell 側に過失はなくその財産は安全だと何度も請け合っていたが、陪審評決は Campbell 側に100％過失があるとし、これを受けて判決は13万5000ドルの支払を命じた。この結果に狼狽する Campbell 夫妻に対し、State Farm は保険金上限の2万5000ドルを超える支払を拒み、上訴の前提となる執行停止保証金（supersedeas bond）の支払も

[41] State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell, 538 U.S. 408（2003）. 日本語での紹介・検討として、伊藤壽英「懲罰的損害賠償に関する憲法上の制約とその具体的基準――State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell, 538 U.S._, 123 S.Ct. 1513（2003）」ジュリスト1251号185頁（2003年）、山口正久「アメリカの過大な懲罰賠償と due process clause による制限――State Farm Mutual Automobile Insuarance Co. v. Campbell 事件判決（2003年連邦最高裁）の意味するもの――」金城学院大学論集205号13頁（2003年）、山口正久「米国の行き過ぎた懲罰賠償と連邦憲法による制限～連邦最高裁 State Farm 判決とその後の動向～」国際商事法務31巻10号1375頁（2003年）参照。

2万5000ドルを超えては拒否した。Campbell 夫妻は自身で弁護士を雇って上訴したが、ユタ州最高裁は地裁判決を結論として容認した。

これに対して結局 State Farm は保険金上限を超える部分も含め賠償額全額を支払った[42]が、1989年、Campbell 夫妻が不誠実な保険金支払拒否[43]、詐欺、故意による精神的苦痛の惹起（intentional infliction of emotional distress）を主張して State Farm を相手取って訴訟を提起したのが本件である[44]。

ユタ州事実審裁判所[45]は2段階に分けて陪審審理を行った。第一段階の陪審は State Farm が和解に応じずトライアルに持ち込んだことは不合理で不誠実（in bad faith）だと認定した。第二段階で Campbell は、State Farm が保険金支払を抑える全米的スキームを持っていることを立証すべく、その詐欺的実務について専門家証人の証言を提出し、事実審裁判官は許容した。第二段階の陪審は、Campbell 夫に対して140万ドル、妻に対して120万ドルの填補賠償（compensatory damages）、2086ドル75セントの特別損害（special damages / out-of-pocket costs）、1億4500万ドルの懲罰的賠償を認めた。事実審裁判官は、Campbell 夫に対する填補賠償を60万ドル、妻に対するものを40万ドルへ、懲罰的賠償を2500万ドルへとそれぞれ減額（remittitur）を命じた[46]。[47]

---

[42] 理由は判文上明らかでない。

[43] 保険会社による保険金支払拒否は、多くの法域で（単純な契約違反ではなく）不法行為として構成され、懲罰的賠償を課されるものとして顕著な事件類型でもある。*See* Eisenberg & Wells, *supra* note 4, at 67. 菊地秀典「契約当事者に対する不法行為責任 —— アメリカ法における不誠実な契約違反という不法行為」松山大学論集18巻3号85頁（2006年）、樋口範雄『アメリカ契約法』（弘文堂、1994年）77〜80頁も参照。

[44] これは、Campbell と Slusher 及び Ospital との和解に基づくものである。この和解では、後二者は実質的に本件訴訟の追行上の判断に関与し、そこで得られた賠償金も諸費用支払後の9割を後二者が受け取る替わりに、Campbell に対して前訴判決を執行しない、とされている。

[45] 最初の事実審は State Farm 勝訴のサマリ・ジャッジメントを下したが、ユタ州控訴裁判所がこれを覆して差し戻した、差戻審である。

[46] 加えて、弁護士費用と訴訟費用（合計80万ドル強）も認められている。

[47] *See also Campbell, infra* note 48, 65 P.3d at 1143.

上訴を受けたユタ州最高裁[48]は、主として懲罰的賠償の額について判断し、まず州法上の問題については、判例法上の７要素テスト[49]を適用した上で、６つの要素については（懲罰的賠償額を上げる方向で）事実審は適切に判断しているが、事実審がもっぱら第七要素の懲罰的賠償と填補賠償との比率に基づいて減額を命じたことは誤っているとした。連邦憲法上の Gore 法理の問題については、第一要素については州法についての分析が妥当するとした。第二要素については確かに本件懲罰的賠償額は填補賠償額に比して大きいが、本件には高額の懲罰的賠償を支持する例外的な状況があるとした。第三要素については、ユタ州法上ありうる制裁を非金銭的なものも含めて挙げ、併せて Gore 法理に関する原審の判断を是認した。結論として、事実審裁判官の減額命令を破棄し、１億4500万ドルを命じた陪審評決を復活させた。

これに対して連邦最高裁は裁量上訴を認め、Gore 判決の３要素に照らしてこの懲罰的賠償を審査し、違憲として覆した[50]。

法廷意見はまず Haslip 以来の判例とその政策的判断を引用して一般論を述べた上で、Gore 判決の３要素が検討すべき事項であり、これを覆審的審査で審査すべき[51]との一般論を確認する。その上で、各要素について検討する。

第一の被告の行為の非難性について、これが最も重要な要素であるとした上で、①もたらされた損害が物理的なものか経済的なものか、②行為が他者の健康や安全への無関心や無謀な無視を示すものか、③当該行為が繰り返されるものか、単発的か、④損害は意図的な悪意、欺罔、策略によるものか、単なる事故か、といった考慮要素を挙げるが、この内一つがあるからと言って懲罰的賠償を支持するのに十分ではないかも知

---

[48] Campbell v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co., 65 P.3d 1134（Utah 2001）.

[49] Crookston v. Fire Ins. Exch., 817 P.2d 789（Utah 1991）. ①被告の相対的な資力、②問題の違法行為の性質、③当該行為を取り巻く状況、④原告及びその他の者の生命に対する当該行為の影響、⑤当該行為の将来の再発可能性、⑥当事者の関係、⑦実損害賠償額の７つ。

[50] 法廷意見は Kennedy が執筆し、Rehnquist、Stevens、O'Connor、Souter、Breyer が同調。

[51] 後述Ⅱ. B. 3参照。

れないし、全く存在しなければ懲罰的賠償は疑われるべきものとなる、ともする。また、原告は填補賠償によって損害を完全に補償されていると推定されるから、懲罰的賠償は被告の帰責性が、填補賠償を支払ってもなお、あまりに非難に値するので、懲罰ないし抑止を達成するためのさらなる制裁が必要となるほどである場合にのみ、懲罰的賠償は課されるべきである、とも述べる。

事案との関係では、本件を、State Farm の全米的な経営方針の欠陥とされるものを暴露し罰するための場（platform）として使われた、と評価して、不適切だとしている。州は、行為地では合法であったかもしれない行為に対して被告を罰することはできず、また州外で行われた違法行為に対して制裁を課すことについても、一般に州は正当な関心を有しないとする。

懲罰的賠償の直接の根拠としてではなく、被保険者に対する State Farm の動機の証明について関連性を有する事項として州外の行為を摘示しているのだとの主張に対しては、当該行為が原告の被った特定の損害と関連性がなければならないし、また、被告の州外の合法な行為を罰するために証拠を用いてはならないことが、陪審に対し説示されなければならない、とする。

このように、Gore 法理第一要素との関係では、州外の事実に関する証拠の利用について大きな限定をかけたことが本判決の特徴である。この部分の判示は、本稿の主題である Williams 事件の中心的判示を導き出すに際して重要であり、丁寧に分析する必要があるが、詳細な検討は第Ⅳ節に譲ることとしてここでは本判決の紹介を続ける。

Campbell 判決のインパクトとして大きいと評価されるのが、Gore 法理の第二の要素である填補賠償との比率に関する判示である。これまでの判例と同様、原告の被った実損害ないし潜在的損害と懲罰的賠償との比率について、具体的・明確な憲法上の線を引くことは避けるとしながら、その直後に、「実際問題としては（in practice）、一桁を超える比率の懲罰的賠償がデュー・プロセスを満たすと言えることはほとんどないであろう」[52]と判示した。また、極めて酷い行為が結果としてわずかな経

[52] *Campbell, supra* note 41, 538 U.S. at 425.

済的損害しかもたらさなかった場合には、これよりも大きな比率の懲罰的賠償がデュー・プロセスに合致することもあろう一方で、填補賠償額がかなりなものである場合には、より小さい、恐らくは填補賠償と同額程度のみが、デュー・プロセスによる制約の上限を画するであろう、ともしている。

これまで最高裁は具体的な数字を示すことに一貫して躊躇を示してきたが、本件では、幾つかの留保を付しながらも填補賠償の９倍ないし10倍という具体的な数字を示した。そしてもちろん、事案への包摂においても、145対１という比率、及び填補賠償が100万ドルというかなりの額であること、本件の損害の性質といった要素を指摘して、本件懲罰的賠償が違憲だとの方向へ判断が傾くとする。また、被告の資産規模は、さもなければ違憲となる懲罰的賠償を正当化するものではない、とも付け加える。

Gore 法理の第三の要素である、同様の事例において課されうる制裁との比較という要素についても、賠償額の算定との関係では刑事制裁は有用性が低いし、懲罰的賠償は厳格な手続を伴った刑事制裁の代替となるべきではないとして、刑事制裁を比較対象から外すとしている。そして事案との関係では、本件で関連性を有する民事制裁は、一個の詐欺行為に対する１万ドルの罰金であって本件懲罰的賠償より遥かに小さいし、ユタ州裁判所の言及する保険業免許の剥奪、違法利益の剥奪、拘禁刑については、問題になっているのは州外の似てはいない行為の証拠に基づく広い欺罔スキームなのであって、この分析は本件懲罰的賠償を正当化するには不十分である、と評価する。

本件の１億4500万ドルという懲罰的賠償は違法行為に対して合理的でも均衡のとれたものでもなく、被告の財産の非合理で恣意的な剥奪であるとする。100万ドルという本件填補賠償は額として相当多大な上、その一部は懲罰的性格も含むものであることに照らすと、Gore 法理の判断要素からは填補賠償額と近い程度の懲罰的賠償を正当化するであろうとしつつ、正確な算定は州裁判所に委ねられるとして事件を差し戻している。[53] [54]

[53] Scalia 及び Thomas は、デュー・プロセス条項は「過大な」懲罰的賠償に対する実体的保護を提供してはいないという、Gore 判決における反対意見の立場を維持するとの、それぞれ別個だが内容はほぼ同一の反対意見を著している。

このように、Campbell 判決は、Gore 法理の枠組を基本的に維持しつつ、その要素をかなり限定的に再定義したものとして評価することができる。

3．Cooper Industries 判決

時期的には Campbell 判決と前後するが、2001年の Cooper Industries v. Leatherman Tool Group 判決[55]は Gore ルールの適用の手続的なあり方について判断した判決である。

工具業界の競争関係において、被告 Cooper Industries が原告 Leatherman の商品を模倣したことがコモン・ロー上の不正競争に当たるとされた事例である[56]。オレゴン州地区連邦地裁における陪審評決は、被告に詐称通用（passing off）・虚偽広告・不正競争があったと認め、損害額を５万ドルと判断した。さらに「虚偽広告ないし詐称通用を行うことにより、Cooper Industries が悪意を持って行為し、あるいは極めて不合理な害のリスクに対し無謀かつ甚だしい冷淡さを示し、Leatherman の権利を意識的に無視して行為したということを、Leatherman は明白かつ確信を抱くに足る証明を持って示したか」という特別質問事項に対し「然

Id. at 429（Scalia, J., dissenting）; *ibid.*（Thomas, J., dissenting）. Ginsburg の反対意見は、連邦裁判所は懲罰的賠償にかかる州の領域に干渉すべきではないとしつつ、ユタ州裁判所に出てきた証拠に詳細に言及して、多数意見の基準でも本件懲罰的賠償は維持されうるとする。*Id.* at 430（Ginsburg, J., dissenting）.

[54] しかし、差し戻されたユタ州最高裁は、この部分の判示を重視せず、State Farm の行為は極めて悪質なものであるとし、填補賠償100万ドルに特別損害2086ドル75セントを加えた額を基礎として（弁護士費用・訴訟費用の算入は斥けられている）、その９倍、901万8780ドル75セントの懲罰的賠償を認定している。Campbell v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co., 98 P.3d 409（Utah 2004）. これに対する連邦最高裁への裁量上訴は認められていない。State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell, 543 U.S. 874（2004）.

[55] Cooper Indus., Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc., 532 U.S. 424（2001）. 法廷意見は Stevens 執筆、Rehnquist、O'Connor、Kennedy、Souter、Thomas、Breyer 同調。

[56] なお、連邦 Lanham 法上の請求については、侵害あるものの損害なしあるいは侵害なしと判断された。

り」と答え、これにより認められる懲罰的賠償を450万ドルとした。かかる懲罰的賠償はGore判決に照らして「甚だしく過大」だとの被告による主張を退けた上で、事実審裁判官は判決を下した。被告の上訴に対して、第9巡回区連邦控訴裁判所は、Gore判決に基づいた懲罰的賠償が過大だとの被告の主張につき、地裁が懲罰的賠償を減額しなかったことに裁量の濫用はない、とした。

陪審評決が下されてから事実審の判決が下されるまでの間のポスト・トライアル手続においては、評決で敗れた被告は、評決と異なる判決を求める申立や再審理の申立等、諸々の申立を行って評決のインパクトを覆しまたは減殺しようとするわけだが、その中では（コモン・ロー上従来から認められてきたものに加えて）Gore法理に基づく主張もなされる。事実審裁判官はこうした被告の申立を裁定した上で判決を下すことになるわけだが、Gore法理に基づいた被告の申立を斥けた事実審裁判官の判断を、上訴審が審査する場合の判断基準は如何、というのが本件の論点である。連邦最高裁は第9巡回区の判断を覆した。

法廷意見[57]は、填補賠償の認定が事実認定であるのに対し懲罰的賠償は「準刑事的」ともされる性質を持つとした上で、立法部は刑事事件の量刑同様、懲罰的賠償についても許容される範囲を決定する裁量を有する、とする。事実審裁判官の権限は、懲罰的賠償に係る陪審評決が立法上の授権の範囲内にあるかあるいは再審理や賠償額縮減決定をなすべきかを決定することであり、それをチェックする上訴裁判所の役割は、憲法上の争点が提出されていないのであれば、事実審裁判所の決定に裁量の濫用のないことを確認するのみの基準（「裁量の濫用」基準）による。

しかし、州の有するかかる裁量も連邦憲法による制約に服しているとして、連邦最高裁がそのような審査を行った先例を挙げる。さらに、そうした先例では、上訴審は事実審の判断から独立した審査を現に行ってきており、事実審の決定を、「裁量の濫用」基準ではなく、改めて初めから、覆審的（de novo）に審査しなければならない、と明示的に述べられている、と指摘する。また、刑事捜査手続の規制における「合理的

[57] 法廷意見はStevensが執筆し、Rehnquist、O'connor、Kennedy、Souter、Thomas、Breyerが同調。

や疑い」や「相当な理由」に関する判断はこれらの概念の具体的な内容が特定のコンテクストに依存し、こうした概念に依拠する法的ルールは適用によってのみ内容を獲得するから、上級審が法原則のコントロールを維持しようとすれば独立した覆審的審査が必要となる、とする先例を挙げ、こうした性質は懲罰的賠償の憲法的規制においても同様である、とする。また、覆審的審査は判例法を統一し、法を安定化させる、とも付け加える。

さらに、陪審による懲罰的賠償の判断は「事実」の認定ではないので、ある懲罰的賠償の判断がデュー・プロセスに合致するとの地裁の決定に対する上級審による審査は、第7修正[58]の問題とは関係ない、ともする。Gore 法理3要素の内、第一の被告の行為の非難性の程度の判断については事実審裁判官のほうが得意とするが、第二の実損害と懲罰的賠償額との比率については事実審裁判官も上訴審裁判官も同様に判断する能力を有しており、第三の同様の違法行為に対して課される制裁との比較については上訴審裁判官のほうが優れる。従って、制度的な能力の問題は、上訴審による審理を抑制的に行うべきだということにはつながらない。

そして、最終的な結論を出すためのものではないとしつつも、控訴裁判所の判断が審査基準によって影響を受けることを示すとして、本件懲罰的賠償の裁定に Gore 法理を適用する傍論を述べた上で、覆審的審査基準によって決せられねばならないとして、裁量の濫用基準を適用した原審を破棄、差し戻している。[59]

---

[58] U.S. Const. amend. Ⅶ（「コモン・ロー上の訴訟において、訴額が20ドルを越えるときは、陪審審理を受ける権利が維持される：陪審によって審理され［認定され］た事実は、コモン・ローの準則によるのでなければ、合衆国のどの裁判所もこれを再検討してはならない。In Suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury, shall be otherwise re-examined in any Court of the United States, than according to the rules of the common law.」）.

[59] Thomas の補足意見（*id.* at 443（Thomas, J., concurring））、Scalia の結果同意意見（*ibid.*（Scalia, J., concurring in the judgment））はそれぞれ、Gore 判決に対する反対を留保しつつ、それが判例法だとすれば上訴審における審査基準という本件論点については法廷意見の結論を承認するとする。Ginsburg の反

本判決はGore法理が導入されたことから出てくる派生的な論点を扱う。新たに加わったGoreルールに基づいた主張がなされ、事実審が判断を行った場合、この判断を上訴審はいかなる審査基準に基づいて判断すべきか。問題が事実審に裁量の許されている事項であるのだとすれば、事実審の裁量を尊重し、裁量の濫用がなかったことを確認するに留める「裁量の濫用 abuse of discretion」基準が妥当すべきことになる。他方、むしろ上訴審のほうが適切に判断できる事項であるとすれば、上級審は事実審の判断に捉われることなく独立して、改めて初めから（de novo）審査をなすべきことになる。Gore法理の適用にあたっていずれを採用すべきかについて控訴裁判所の間に不一致があったことから、最高裁がこの論点を採り上げ、後者を採用したのが本件である。[60]

本判決の結論そのものは、Gore判決の素直な延長だと言えるだろう。Gore法理は、実体的な懲罰的賠償の額に対して、憲法問題――即ち法律問題――としての審査が及ぼされる、という判例法である。そして一般に、法律問題は上級審のほうがより専門性を持っている事項であり、上訴審は事実審の判断に拘束されずに判断できる、とされている。Gore法理の適用に当たっても同様に考えることができる。

しかし、このように考えることができるのであれば、本判決の論点は

対意見（*id.* at 444（Ginsburg, J., dissenting））は、填補賠償の陪審認定に対する審査基準に関するGasperini v. Center for Humanities, Inc. 判決（518 U.S. 415（1996））等に依拠し、また事実審と上訴審それぞれの実際的な判断能力の違いを指摘して、「裁量の濫用」基準が採用されるべきであるとする。

[60] 本件判例法が直接規制するのは事実審裁判官のポスト・トライアルにおける決定であり、これに対する規制を強化した形になるが、事実審裁判官の判断の先には陪審評決がある。すなわち、陪審評決を尊重するという事実審裁判官の裁量を限定することで、間接的に懲罰的賠償における陪審の機能を限定している、とも位置付けることができる。（なお、Oberg判決に関する前述Ⅱ．A．3も参照。）こうした最高裁の態度は、刑事事件の量刑において陪審の役割を重視する最近の動きと対照的なものと言えよう。*See* United States v. Booker, 543 U.S. 220（2005）; Blakely v. Washington, 542 U.S. 296（2004）; Ring v. Arizona, 536 U.S. 584（2002）; Apprendi v. New Jersey, 530 U.S. 466（2000）. なお、籾岡宏成「アメリカ合衆国における民事陪審と懲罰的損害賠償・前編」北海道教育大学紀要（人文科学・社会科学編）57巻1号65頁（2006年）も参照。

もっぱら訴訟法レベルの問題だということも考え得る。そのように理解するとすると、本判決における覆審的審査の要求は第14修正の要請するものではないということになり、具体的には本件判例法はもっぱら連邦裁判所のみを拘束し、州裁判所を拘束しないことになるはずである。この点、本判決の法廷意見の筆致は曖昧であるが、しかしながら Williams 判決においては第14修正に基づいて懲罰的賠償を規制した先例の一つとして挙げており[61]、そのように取り扱われていくこととなろう[62]。

（続く）

[61] *Williams, supra* note 14, 127 S. Ct. at 1062.

[62] *Cf. Campbell, supra* note 48, 65 P.3d 1134, 1143-1144 (2001) (Williams 判決以前に Cooper Industries 判決は第14修正に基づくと理解).

論　　説

詐害行為取消権の理論的再検討(2)

水　野　吉　章

目　　次

第1章　序論
第2章　アメリカ詐害取引法理の展開
1　詐害取引法の歴史的展開 —— その概略
2　エリザベス法 Statute of Elizabeth, 1570, 13 Eliz. Ch. 5 (1570)
2.1　立法理由
2.2　問題 ——「詐害の意図」を構成する事実とは如何なるものか　(以下、本号)
2.3　解決 —— Twyne's Case (1601) と「詐害の徴憑 badges of fraud」
2.4　小括 ——「詐害の徴憑 badges of fraud」による認定の困難の救済
2.5　残された問題 ——「詐害の徴憑」の発展と「詐害の意図」からの乖離 (「ずれ」)
2.6　その後 —— アメリカへの継受とコモンロー化
2.7　小括
3　統一詐害取引法 The Uniform Fraudulent Conveyance Act (UFCA) (1918)
3.1　解決 —— UFCA による「ずれの追認」
3.2　小括 —— UFCA の構成;「エリザベス法」と「法定詐害」の並存
3.3　残された問題 ——「ずれの程度」;存在意義に関する理論の不在
4　理論の不在による判例法の「ゆらぎ」—— Foreclosure Sale

4.1　担保権の実行 foreclosure についての判例法の対立（「ゆらぎ」）
4.2　① Durrett v. Washington Nat. Ins. Co., 621 F.2d 201 (5th Cir. 1980)
4.3　② Abramson v. Lakewood Bank & Trust Co., 647 F.2d 547 (5th Cir. 1981)
4.4　③ Lawyers Title Ins.Corp. v. Madrid, 21 B.R. 424 (9th Cir. 1982)
5　統一詐害取引法 The Uniform Fraudulent Transfer Act (UFTA) (1984)
5.1　[UFTA の態度決定 —— 取消し否定]
5.2　[裁判例対立の意味付け —— 「ずれ」の現われ]
5.3　[UFTA の態度決定の意味付け] —— 現状追認（以上、本号）
6　総括
第3章　詐害取引法の存在意義 —— 機能的分析の視点から
第4章　現代取引 —— Leveraged Buy-Out (LBO) を中心として
第5章　日本法の史的考察 —— 存在意義に関する議論の視点から
第6章　日本法の分析と日本法への示唆
第7章　結論とその他の示唆

2.2　問題 ——「詐害の意図」を構成する事実とは如何なるものか

このエリザベス法1条に規定されている「詐害の意図」とは、条文からも明らかなように、「債権者による債権回収を妨害しようという債務者の心理状態」のことである。しかし、このような、債務者の心理状態（主観）を外部に露見させながら「債務者」が取引を行うということは、皆無であり[1]、したがって、実際の訴訟においては、直接的な証拠により「詐害の意図」の存在が証明される事案は皆無であるということ

[1] 「債権による債権回収を逃れるために取引をしたと、後に語る」という事例は、直感的には、現実的ではない。なぜならば、このような心理状態を露見させれば、まさに、取引が取り消されてしまい、債務者の目的を達成できないからであり、また、これらの言動を伴わずとも、取引は行えるからである。詐害の意図を有している合理的な債務者であれば、これらの言動を行わないに越したことはない。このことは、Brian A. **Blum**, Bankruptcy and Debtor / Credi-

になる[2]。

そこで、裁判所はこの「意図」を認定するために間接事実の評価を行うことになる[3]わけだが、問題となるのは、この「詐害の意図」を認定するために必要な、間接事実（債務者の心理状態を推測させる事実）とは如何なるものであるか、である。言い換えれば、「詐害の意図」が存在する状態とは如何なる状態であるか、ということである。Twyne's Case (1601)[4]は、

TOR, Fourth Edition (Aspen, 2006), at 75の記述に現われている。Blum は以下のように述べる。

> 債務者が詐害の意図を認めない限り、債権者は債務者の心理状態を直接の証拠によって証明することはできない。したがって、詐害の意図は通常不誠実な動機を示すような状況における行動によって証明される。（圏点、本稿筆者）

このような分析は、アメリカにおいては古くから存在している。アメリカにおいて1872に刊行されたORLANDO F. **BUMP**, FRAUDULENT CONVEYANCES (Beard Books, 2000, originally published in 1872) には以下のように明示されている。

> 詐害の意図とは、心の中の感情である。そして、詐害はたいてい秘密裡にされているので、一般的には、あらゆる取引に従事する当事者の行動を観察し、そこから経験や観察による特定の原則にしたがって演繹する以外には、詐害が存在するか否かを確かめる手段は存在しない。詐害の徴憑とは、単に、人類の慣習行動から導かれた経験から導かれた推論の結果である。

同様の分析は、現行法である統一詐害取引法（UFCA、UFTA）の序文（Prefatory Note, UNIFORM LAWS ANNOTATED (ULA), Master Edition. 7A. Ⅱ (1999), at 3; UFTA Prefatory Note, *Ibid*., at 268,）にも記載されて公式見解となっている。UFTA Prefatory Note は「債権者を妨げ、遅らせ、騙す意図はほとんど直接証拠によって証明されることはないので、裁判所は詐害の徴憑に依存してきた」とこのことを確認している。

[2] *Ibid.*

[3] *Ibid.*

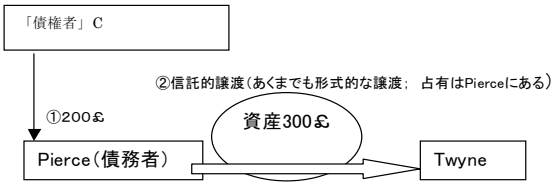
[4] Twyne's case の概要は、**佐藤**岩昭『詐害行為取消権の理論』（東京大学出版会、2001）、199頁；Frank R. **Kennedy**, *The Uniform Fraudulent Transfer Act,* 18

この「詐害の意図」を構成する間接事実の組み合わせを「詐害の徴憑 badges of fraud」として、類型化した先例である[5]。

以下には、詐害取引法の要件の意味内容を知る上で重要であるとされている Twyne's Case のみを取り上げる[6]。

2.3 解決 —— Twyne's Case (1601)と「詐害の徴憑 badges of fraud」

このケースにおいては、「債務者」 Pierce は、「債権者」 Twyne に対して、400ポンド(£)の債務を負っていた。そして、Pierce は、他の「債権者」(C)にも200ポンド(£)の債務を負っていた。Pierce の資産は300ポンド(£)分である。債務の支払いとして、この資産を、Twyne に秘密裡に譲渡した。そして、Pierce は、譲渡したにもかかわらず、その資産の占有を継続していた。



Twyne's Case イメージ図

これに対して、星室裁判所 Star Chamber は、エリザベス法1条にい

U. C. C. L. J. 195, at 196-197 (1986) (**佐藤**岩昭〈注釈〉「Frank R. Kennedy, *The Uniform Fraudulent Transfer Act,* 18 U. C. C. L. J. 195-215 (1986)」アメリカ法1987-1、159頁) ; Peter A. **Alces** and Luther M. **Dorr. Jr**, *A Critical Analysis of the New Uniform Fraudulent Transfer Act,* 1985 U. ILL. L. REV. 527 (1985); Robert C. **Clark**, *Duties of corporate debtor to its creditors,* 90 HARV. L. REV. 505 (1977)等多くの論文や体系書においても述べられている。

[5] 前注1参照。

[6] Twyne's Case は、 Clark, *supra note* 4; Douglas G. **Baird** & Thomas H. **Jackson**, *Fraudulent Conveyance Law and Its Proper Domain,* 38 VAND. L. REV. 829 (1985), at 829-830を始め、多くの論文において、詐害取引法に関する重要な事例であるとされている。

う「詐害の意図」（「債権者を妨げ hinder、手間取らせ delay、または欺く defraud 目的及び意図」）を認定する際の徴憑（証拠）として、以下の六つの間接事実を挙げた。これが有名な「詐害の徴憑 badges of fraud」である。

Twnye のケースで示された「詐害の徴憑」の内容は、以下の通りである[7]。

1　衣服や必需品も例外としない包括的なものであること
2　譲渡人が移転されたものの占有を維持していること
3　取引が秘密裡に行われていること
4　訴訟が係属中 pending the writ であること
5　資産の利用のために信託を設定していること

---

[7] それぞれの意味についてであるが、後のアメリカの裁判例、例えば、インディアナ州の最高裁 Milburn v. Phillips et al. 136 Ind. 680, 689-691;34 N.E. 983, 985 ; 1893 Ind. LEXIS 79は、 Bump, *supra* note 1 (ch4, badges of fraud, at 76-100) を引用して、以下のような、説明をしている。（ただし、裁判所が引用している部分と、前掲している本稿による Bump の著書とは版が違うためそのページ数が異なることに注意されたい。）

1 については、「このような、（生活必需品を含む）債務者資産の全資産を移転するような取引は、債権者の引当資産（FUND）を害するだけではなく、通常はあり得ない取引であるという理由により、 badges of fraud となるとされている」と説示している。2 と 5 については、「占有の保留や所有者としてのあいまいな行動は、それらを自分の物として扱っていること、それにより、彼と取引しようとする人を欺いていること、通常の行動ではないし、債務者の利益になる隠れた信託であることを示している。」としている。3 については、「通常の取引ではないし、債権者が騙されている可能性がある。」としている。4 については、「債権者が得た判決を、事実上執行することができなくなるという意味において詐害的である」とする。6 については、「通常の取引としては、あり得ない」としている。

Bump, *supra* note 1, at 77は、「詐害の徴憑 badges of fraud」と認められるためには、その事実が存在すると、一般的に、債権者を欺く意図が存在しているといえるようなものや、通常の取引当事者が行うべき行動を逸しているようなものであること（誠実 good faith な取引で人間が行う通常の行動ではないこと）が必要であると述べている。

6　その deed（捺印証書）に、当事者が正直に誠実に取引を行ったことが記されていること

Twyne's Case について、本稿との関係で重要であると思われる二点について指摘しておこう。

まず、このケースにおいて、「債務者である Pierce が『債務超過 insolvent』になっている」ことである。すなわち、Pierce は、300ポンドの資産に、合計600ポンドの負債を負っている。後に、裁判所は、「債務超過であること」を「詐害の徴憑」として挙げるようになり[8]、さらにその後に、これが、アメリカ詐害取引法における「法定詐害」の要件に結実することになる。

次に、このケースは、実は、事案の構成要素として債権の回収における「債権者間の対立」が含まれており「偏頗弁済のケースともみることができる[9]」ことである。偏頗弁済とは、債権者平等の原則を破る抜け

---

[8] Bump, *supra* note 1, at 86; Alces and Dorr.Jr, *supra* note 4. ただ、「債務超過 insolvency」だけでは「詐害の徴憑」を構成せず、「公正な対価がない」ことと組み合わさり「徴憑」を構成することになる、とされている。

[9] Clark, *supra* note 4, at 513は、詐害取引についての Anglo-American law の基礎的なケースとされている Twyne's case が偏頗弁済のケースでもあることは法制史的な皮肉であるとしている。偏頗弁済とは、債務者が、特定の債権者を優遇して弁済を行う行動のことである。特定の債権者を他の債権者よりも優遇するという点において、債権者対債権者の調整の問題とされている（債権者間の利害対立である；一般的に言えば、債権者平等違反であるが、機能的に見れば、それだけに留まらない幾つかの価値が内包されている）。この点において、債権者対債務者の利害対立とされる詐害行為とは異なるといえる。以上のことは多くの論文や体系書において指摘されている（Thomas H. **Jackson**, *Avoiding Powers in Bankruptcy,* 36 Stan. L. Rev. 725 (1984), at 777-780 ; Thomas H. Jackson, The Logic and Limits of Bankruptcy Law (Harvard University Press, 1986); Charles J. **Tabb**, Bankruptcy Anthology (Anderson, 2002) ch7, at 331-360における TABB の記述； Blum, *supra note* 1. 参照）。この弁済を受領することについて、倒産時以外は、コモンロー上の債権者の権利として一般的に承認されていた（後注43参照）。

ちなみに、先の Clark の指摘の趣旨は、「コモンロー上、債権者の権利とさ

駆け的な弁済のことである[10]。こうして、Twyne's Case 以降、詐害取引法と偏頗弁済禁止法の関係についての長年にわたる議論が開始されることになる。

なお、この後者の点に関する本稿の立場を簡単に示しておこう。この「詐害」の要件論において現われるこれらの制度の関係に関する問題の分析こそが、本稿における狙いの一つであるといえる。しかし、本稿は、差し当たり、存在意義の部分に関する基礎理論的な考察を行なうことにしているので、偏頗弁済に関する記述は、注においてやや詳細に記すことにする。ただし、勿論、詐害取引法の意義を詰める必然として、後に、「偏頗と詐害の関係」についても、一定の示唆を得ることになることも付言しておく。

2.4　小括――「詐害の徴憑 badges of fraud」による認定の困難の救済

その後も、裁判所は、如何なる間接事実があれば「詐害の意図」が存在するといえるのかという問題に、長らく立ち向かい[11]、この「詐害の意図」を推定させる間接事実の組み合わせを「詐害の徴憑」としてリスト化し、そのリストを充実させることによって対処することになった[12] [13]。

この「詐害の徴憑」のリスト化という法技術を開発することにより、

れて一般的に承認されている偏頗弁済」は、実際は、「詐害取引」とは区別できない（Twyne's Case を見よ）というものである（後述するように、Clark は、偏頗弁済（債権者平等違反）も「詐害」の中に含めて理解する）。

[10] Blum, *supra* note 1, at 347.及び、前注 9 。

[11] Alces and Dorr. Jr, *supra* note 4; Baird & Jackson, *supra* note 6, at 830.

[12] ただし、「詐害の徴憑」が存在してもそれは、「詐害の意図」を法律的には推定しない。単に、債権者の証明を助けるのみである。これは現在においても変わらない。ちなみに、後に述べる「法定詐害 constructive fraud」については、その存在によって取消権の成立が法律的に推定される。これらの点については、Blum, *supra* note 1, at 75-76を参照されたい。

[13] また、同様に、譲受人の「善意 bona fide」（6 条）という主観要件についても間接事実のリストを作ることにより認定することになる。エリザベス法 6 条によれば、「善意 bona fide」の「取引相手」は、取消訴訟を防御できる。

裁判所の抱える認定の困難は大きく軽減される。さらに、「詐害の徴憑」が宣言されることは、当事者にとっても望ましいことであると推測される。

2.5 残された問題——「詐害の徴憑」の発展と「詐害の意図」からの乖離(「ずれ」)

こうして、その利便性から「詐害の徴憑」は、時代が下るにつれ、数を増やしてゆくことになる[14]。そして、その数を増やすにつれ、いつしかその当初の役割を超え「一人歩き」を始める。すなわち、当初、「詐害の徴憑」は「債務者の債権者を害するという主観的意図」を証明するものであったが、「債務者の、債権者を害する(主観的な)意図」は存在していないにもかかわらず、債権者の債権回収が不能となる(債権者は害される)ような取引までも、そのリストの中に含めるようになったのである[15]。例えば、エリザベス法の要件の「意図」という文言にかか

---

[14] Bump, *supra* note 1, at 76-100には、(Twyne's Case による6つの徴憑を含めた)19もの「詐害の徴憑 badges of fraud」が挙げられている。

[15] Douglas G. **Baird**, Elements of Bankruptcy, Fourth Edition (Foundation Press, 2005), at 155は、以下のように述べる。

> その法理が発展するにつれ、「詐害の徴憑」は、単に証明が困難な「債権者を害する意図」の代替物であることをやめ、「債権者を害する意図」を帯びた取引とは言えないにもかかわらず、債権者達が拒絶するであろう取引をカバーするようになった。

また、Baird & Jackson, *supra* note 6, at 830は、その例として、以下のように述べる。

> 明らかに、債権者の回収を妨害しようとする心情を債務者が有していないような、すなわち、債務者が「債務超過 insolvent」である時に、毎年恒例の贈り物 gift を贈るというような行為が、「詐害の徴憑 badges of fraud」を有するとされ、したがって、「詐害の意図」の存在を認定され、詐害取引として取り消されることになる。

Alces and Dorr.Jr, *supra* note 4, n25は、「詐害の徴憑の一人歩き」が「詐害

わらず、債務者には「主観的な心理状態という意味における詐害の意図が存在しない場合」においてさえも、別の徴憑（例えば、「債務超過」の「債務者」に「公正な対価 fair consideration」が支払われていないこと）を備えれば、取消しが認められるようになる。

これは、「詐害の意図の拡張適用」を意味すると共に、「詐害取引法理の法的役割の変容」をも意味する。すなわち、この出来事によって、「詐害取引法」は、その法的役割を債務者の心理状態に対する道徳的非難から債権者の保護へとシフトさせていることになる[16]（以下、「詐害の徴憑」が「詐害の意図」からずれる問題であるので、「ずれの問題」または、「ずれ」と記す）。

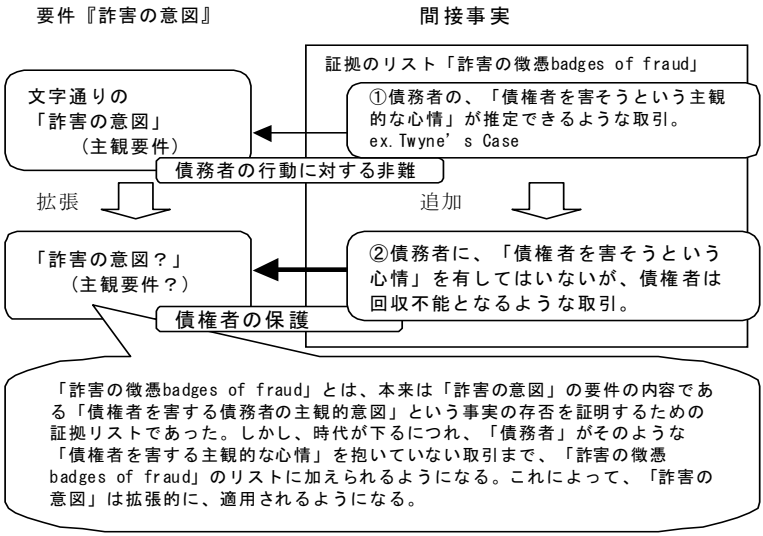
更なる分析は後に譲るとして、ここでは、以下に主題となる商取引における問題の萌芽が見られることを確認しておこう。すなわち、多くの商取引が、この拡張された「詐害の意図」によって取り消され得る性質、すなわち、「債務者」は積極的に「債権者を害するという主観的な心情」を抱いていないにもかかわらず、債権者の回収が不能になるという意味での「害される」性質を有しているといえるのである（以下、図に示す）。

の意図の拡張」適用をもたらしていることを、大略して、以下のように説明している。

「詐害の徴憑」が増えるにつれ、「債務者」と「取引相手」の詐害の意図に注目するより、債権者に対して侵害する取引ということに焦点が当てられるようになる。Rolfe v. Clark（Alces and Dorr. Jr ,Ibid. n25参照）は、債務者が、自己所有の不動産を、（債務者とその夫の面倒をみることを条件に）友人に譲り渡したケースである。裁判所は、債務者と譲受人について、詐害の意図はないと認定して、取消しを拒絶した。しかし、控訴審によって、その決定は覆されている。控訴裁判所は幾つかの伝統的な「詐害の徴憑」が存在することと、不平を言っている債権者が取引によって害されているという理由付けを説示した。しかし、その判断の基礎となる事実において、債権者に対する「現実の詐害の意図（主観的な心情）」は存在していないことが示されている。

その他にも同趣旨の記述が一般的に見られる（Clark, *supra* note 4; John C. **McCoid**, *Constructively Fraudulent Conveyances: Transfers for Inadequate Consideration,* 62 Tex. L. Rev. 639(1983)等）。

16 「債権者保護」の内容が変わったとも表現し得るが、ここにおいては、本文のように表現しておく。



図：「債権者を害する意図（詐害の意図）」と「詐害の徴憑」の「ずれ」

2.6　その後――アメリカへの継受とコモンロー化

エリザベス法下の判例法である Twyne’s Case により創設され、以後の判例により追加された「詐害の徴憑 badges of fraud」は制定法、または、判例法の形態を採りながら、植民地時代のアメリカに受け継がれることになる[17]。植民地時代の法律は、付け加えられ、削られながらもこの法律の文言を繰り返し、この法律の原則を強調することになる。

その後、アメリカが、イギリスによる植民地支配から独立した後も、幾つかの州は再びエリザベス法と同様の法律を定め、他方で、裁判所はそれをコモンロー common law の一部であると考えるようになった[18]。

---

[17] Maine, New Hampshire, Massachusetts, Delaware, Pennsylvania, Maryland, South Carolina, Iowa に強制力を持ち、他の州においても、それをモデルに様々な制定法が定められたが、その主流は、そのエリザベス法を再び制定しなおすというものである（Bump, *supra* note 1, at 58）。

[18] UFTA, Prefatory Note, ULA, *supra* note 1, at 268には、判例法か制定法かの違いはあるが、あらゆる法域において、詐害取引を取り消し得るというルール

この「コモンローの一部となる」ことの意味は以下のようなことであるとされる。Bump はこう述べる。

> コモンローであることは実践的にも意義深い。なぜならば、エリザベス法が、制定法との抵触や、他のコモンローとの抵触、制定法の立法者による排除の意図がない限りは、強制力を持つことになるからである。…（中略）…コモンローは、制定法が機能しない時、例えば、慣習の変化 a change of custom、新しいタイプの所有（財産）の導入 the introduction of a new kind of property、新しい取引の混成 the concoction of some new device によって制定法が機能しない時には、純粋且つ高尚な、道徳且つ正義の原則によって介入を行い、共通誠意 common honesty と共通感覚 common sense を強制するのである。
>
> 言い換えれば、コモンローは、正義 justice が実現されるように、そして、あらゆる種類の詐害が抑制されるように補うのである[19]。（圏点、本稿筆者）

これにより、エリザベス法が、一般法として、各州の制定法の不備を補うことになる。

その機能的な意味は、明文の制定法が、社会の変容 —— 例えば、新しい取引が出現 —— に対応できていないような場合には、エリザベス法がコモンローとして、正義を実現し、あらゆる詐害を抑えるように働くことになるというものである。

これについては、後に詳しく述べるとして、ともかくも、この間も徐々に、「詐害の徴憑」が積み上げられてゆくことになる[20]。そして、この

は、コモンロー law となったとある。

[19] Bump, *supra* note 1, p58-59.

[20] 当時の事情が既述されている Bump, *supra* note 1, at 76-100には、（Twyne's Case における 6 つを含めた）19もの「詐害の徴憑 badges of fraud」が挙げられている。

Bump, *supra* note 1, at 78の解説には、「これらの詐害の徴憑は、一つで『詐害の意図』の存在を証明するものではないが、それぞれの徴憑には重さがある」、

過程において、エリザベス法は、アメリカ独自の事情により困難に直面することになる。アメリカにおいては、州が一つの法域（一つの法体系が妥当している領域）となっている[21]ことから、詐害取引法（「詐害の徴憑」）も州毎に発展しており、その状況下においては、州際取引が何れの法域における「詐害の徴憑」により規律されているのかが分からない、という問題が生じ得ることになるのである[22]。

この状況は、裁判所にとってのみならず、当事者にとっても困難を生じさせるものとなろう。先に挙げた、「詐害の徴憑」の効用を減殺してしまうからである。すなわち、「詐害の徴憑を類型化して、予測を保つ」という試みの意味が減殺されるのである[23]。この、「各法域におけるルー

「強力な徴憑はそれだけで『詐害の意図』を推定する力を有するが、大抵は、幾つかの組合わせにより『詐害の意図』を強力に推定すると記述されている」とある。その中でも、 Bump, *supra* note 1, at 86-87は、「対価の不十分性 inadequacy」を例に挙げて、「債務超過 insolvency」の債務者から、「不十分な対価」の支払いにより、資産を手に入れる買い手は、その対価の差額を債権者から奪い取り、彼ら（債権者）の公正な予測を害する傾向にあり、「詐害の徴憑」である、としている。この記述の「詐害の徴憑」は後の、UFCA における「法定詐害 constructive fraud の要件」（UFCA 4 条）につながる重要なものであるが、1872年当時、既に「詐害の徴憑」として確立していることが窺える。なお、at 86の n6には「inadequacy」に関する多くの裁判例が挙げられている。

[21] 各州において最高裁判所が存在し、各州において妥当する法の統一が行われているということになる。すなわち、州境を越えると異なる判例法（または制定法）が妥当していることになる。

[22] UFCA, Prefatory Note, ULA, *supra* note 1, at 2は、「今や、ビジネスは州の境に関係なく発達しており、債務者に信用を与えようとする債権者にとっては、自分が何処の州にいるにもかかわらず、“どの範囲で彼が債務者の資産を引当てにできるのかを知ること”、はとても重要なものになっている」と述べている。この統一がなされていないことの弊害は、UFCA の改正法として作成される UFTA についての、統一法委員会（ULC）のコメントにも述べられている（Why States should adopt the... http://www.nccusl.org/Update/uniformact_why/uniformacts-why-ufta.asp）。また、 Note, *Good Faith And Fraudulent Conveyances,* 97 Harv. L. Rev. 495(1983), at 496-497も同旨。

[23] John C. **McCoid**, *Constructively Fraudulent Conveyances : Transfers for Inadequate Consideration,* 62 Tex. L. Rev. 639(1983). ただ McCoid の議論は、「各

州における法の違い」がもたらす不確実性についてのものではない。McCoidの議論は、大略して、以下のようなものである。（詳しくは、3章における説明の後に、参照されたい。）

詐害取引法であるUFCA（UFTA）（後述）下で、「取引相手」が、「債務者」との取引の後に、自己の従事する取引を、取り消されることによる損失を回避するためには、取引を事前に回避するのが最も合理的である。そのためには、「取引相手」がこれから従事する取引について、取り消される可能性があるか（法定詐害の要件――「債務者」に「『対価 fair consideration』が支払われていない」、且つ「『債務者』の『債務超過 insolvent』ではない」――を満たすか）について調査する必要がある。この調査は一般的に非常に困難なものとなる。というのは、一般的に、「取引相手」は、「債務者の資金状態」について調査を行うことはほとんどどなく、その調査能力も持ち合わせていないからである。また、取引対象物の「対価」について、一見、「取引相手」は価格を精査するのが常であるかのように思えるが、取引対象物についての市場が発達していない場合もある。その時、これら価格に関する調査は、「取引相手」にとっては、コスト高となり、もし、「取引相手」に対して、この調査を義務付けるようなルールを設定するならば、取引時に遡って、取引価格にそのコストが反映されることになる。例えば、譲受人（「取引相手」）は、事後的な取消しリスクを恐れるあまりヨリ安価な対価によってしか、取引対象物を購入しなくなる。

その結果、取消しによって取引相手に発生するコストが、その物の取引の段階で、取引対象物に対して支払われる対価を、債務者資産を余計に目減りさせる方向に機能してしまう。そして、それにより、「債務者」の資産はヨリ目減りするので、益々、詐害取引訴訟による取消しのリスクを受けることになる。（McCoid, *Ibid*, at 660等を参照されたい。）

もし、以上のようなジレンマが存在するのだとすれば、それは取消しルールによる不確実性が「取引相手」の取引時の契約行動に反映された結果起こるといえる。すなわち、それは「取引相手」が、取消しルールを事前に予測できない（「取り消されない」という確信を持って取引を行うことができない）ことによって起こっている。そうであるとすれば、州際取引において、取消しルールの予測が不確実である場合にも、このジレンマが発生してしまう、といえそうである。

このようなメカニズムが実際に起こるかについては疑義がある（例えば、不確実性を織り込んだ市場価格が「公正な対価 fair consideration」と評価されれば取り消されることは減少する）が、取消しルールの不確実性が、取引促進の観点から見て不都合を生じさせるという主張自体については異論はないであろう。

ルの齟齬」による取消しルールの不確実性は、州際取引を抑制してしまう。

2.7 小括

以上をまとめておこう。

商取引の発達により、エリザベス法における「(オリジナルな) 詐害の意図」とそれを補強するはずの「詐害の徴憑 badges of fraud」の「ずれ」[24]が出現する。

他方で、時代が下るにつれ「詐害の徴憑」により明確性を確保しようとしても、エリザベス法制定 (1570年) からの判例法は膨大になり内容が不明確になってゆくことになる[25]。加えて、アメリカに継受されて以後に、州際取引が出現すると、法域毎にばらばらに発達した制定法や判例法[26]のために、取引が取り消されてしまうリスクを予測することは益々困難なものとなってゆく。

本稿は、「ずれ」を中心に扱うが、これらすべての問題が、潜在的な債権者達による融資行動に影響を与えるという意味で、信用社会におけるインフラと関わるものであり[27]、したがって、1918年の The Uniform Fraudulent Conveyance Act (統一詐害取引法; UFCA) の制定による手当てへと向かわせることになる。

3 統一詐害取引法 The Uniform Fraudulent Conveyance Act (UFCA) (1918)

これらの問題に対して、アメリカでは、各法域において別個に独立に存在していた詐害取引法を、統一詐害取引法 The Uniform Fraudulent

---

[24] UFCA, prefatory Note, ULA, *supra* note 1, at 3.

[25] 例えば、ULC ホームページ内、Summary (2005.5.18時点) 等参照。
http://www.nccusl.org/Update/uniformact_summaries/uniformacts-s-ufta.asp

[26] 例えば、詐害取引法の行使要件について、債務者に対する判決を得ていることに加えて、債務者に対して執行を行い失敗に終わっていることが要件として必要であるかについて各州においてルールが異なっていた (佐藤・前掲書注4、204-206頁)。

[27] UFCA, Prefatory Note, ULA, *supra* note 1, at 2.

Conveyance Act (UFCA) (1918)[28]という「統一州法 uniform law」にまとめ、その中に「法定詐害 constructive fraud」（4条）という要件を創設することによって、手当てが行われることになる[29]。この新しい要件は、当時の「詐害の徴憑」とされていたものの中で、最も「詐害の意図の拡張」の産物であるものを条文として追認したものである。こうして、UFCA は、「統一法」として「ずれ」を追認したわけである[30]。

以下、注において、統一州法の仕組み[31]と UFCA 制定の経緯[32]につい

---

[28] 取引とは、conveyances といっても、不動産の譲渡のみをさすのではなく、義務の負担やあらゆる取引をさす。この conveyances という言葉は不動産の譲渡を連想させるものであるので UFCA の現代化版の意味合いを持つ後の UFTA においては、transfer と言い換えられることになる。

[29] UFCA 以前の「詐害の徴憑 badges of fraud」は、各州で判例法・制定法として発達していた。そこにおいて、「資金状態が悪化している状態 insolvent での対価 consideration の存在しない取引」は、詐害取引であるとされるのが一般的であった。これに対して、Alabama、Kentucky においては、贈り物 gift の時点で、債権者達を十分に満足させる資産を有していた債務者が、その後で（贈り物によってではなく）債務超過 insolvency になった場合においても、「あらゆる贈り物 gift を取り消す」という、「取引相手」にとってはヨリ厳しいルールを採用していた。

4条の創設により、UFCA は、これらの取引相手にとって厳しいルールの採用はせずに、「対価 consideration」のない取引であることを前提に、取引によって「債務超過 insolvent」になった場合に、または、債務超過の時に、対価のない取引を行った場合に、取引は取り消され得るという現行法の定めるルールに統一された。（以上、Prefatory Note, ULA, *supra* note 1, at 3参照。）

[30] Baird & Jackson, *supra* note 6, at 832-833.

[31] **［統一法の仕組み］**（**浅香**吉幹担当部分・北村一郎（編）『アクセスガイド外国法』（東京大学出版会、2004）7頁、**浅香**吉幹『現代アメリカの司法』（東京大学出版会、1999）8頁参照）

アメリカにおける代表的な法源としては判例法と制定法が存在するが、制定法の中には、連邦の権限において制定され、全州に適用される「連邦法」と、個別の州の権限において制定されその州（厳密に言えば「法域」）のみに適用される「州法」がある。

連邦法は、全国的な拘束力を有するが、州法は、その州の議会によって制定され、その州においてのみ拘束力を有し、州の最高裁によってその解釈が統一されることになる。この時、特定の問題を規律する州法について、州毎に、ルー

ルの齟齬が発生すると「人的移動が頻繁に行われる現代社会においてはともすれば不都合をもたらす。」そこでルールを統一する必要性が出てくる。「それが制定法分野での統一州法（uniform state law）であ」る。

［統一法による「統一」のメカニズムと規制の政策］（Uniform Law Commissioners（About NCCUSL-FAQs http://www.nccusl.org/Update/DesktopDefault.aspx?tabindex=5&tabid=61）

まず、各法域の代表者である、統一州法委員をメンバーとした準公的法律家団体である統一州法委員全国会議（National Conference of Commissioners on Uniform State Law）（統一州法委員会 Uniform Law Commissioners とも称する）が、立法案を策定する。次に、その立法案を各州の立法部が採択する（その際、立法案が各州の事情により修正されることもあり得る）。そして、多くの法域によって採用された場合は、立法案と同様のルールを定めている法域が多くなるという意味において、統一が図られることになる。ここに、統一法は、画一化・明確化と地域性の調整を行う枠組みと位置付け得る（「州毎の違いを反映しながら、州と州の間に統一されたルールを提供することにより連邦制を強化する」（http://www.nccusl.org/Update/DesktopDefault.aspx?tabindex=0&tabid=9参照））。

32 **［UFCA の制定の経緯］**（Alces and Dorr. Jr, *supra* note 4, Uniform Laws Annotated, Master Edition. 7A.Ⅱ, 2004 Cumulative Annual Pocket Part. For Use in 2004-2005(2004)、佐藤・前掲書注４、207頁等）

1915年、会議は、詐害取引に関するルールを統一するための草案策定の準備を要請した。NCCUSL の商取引法委員会の求めに応じて、William Draper Lewis が UFCA を起草。1916年の会議で試案が提出され、1917年には第二の試案が提出され、1918年には、第三の試案が提出され議論された。1919年にアメリカ法律家協会（ABA）が承諾。法律家団体はおおむね良いイメージを抱いた。学者は、法律を賞賛して、各州に対して、採択するように奨めた。そして、公布から６年経過した1924年時点において、14法域がこれを採用することになる。1960年になってからは、新たな４法域がこれを採用し、さらに１法域は制定後、55年経過した1973年に、これを採用することになる。

ただし、UFCA は、全ての法域において採用されているわけではない。新法（UFTA）の制定後である1985年時点においては、UFTA に移行したことによって、21法域が採用しているのみである（Alces and Dorr. Jr, *supra* note 4 の記述によるので、1985年時点のデータとなっている）。2004年現在においては、UFCA が UFTA と改定されてたことによって４法域のみの採用となっている（Mary land, New York, Virgin Islands, Wyoming）（Uniform Laws Annotated, Master Edition. 7A. Ⅱ, 2004 Cumulative Annual Pocket Part. For Use in

ての説明をし、本文においては、詐害取引法の存在意義と密接な関連を有する――そのことは、「ずれ」が詐害取引法理の法的役割を「債権者保護」へと変容させたと理解できた（先述）ことからも窺えよう――UFCA 4条に規定される「法定詐害 constructive fraud」[33]についての説明に入る。

3.1　解決――UFCAによる「ずれの追認」

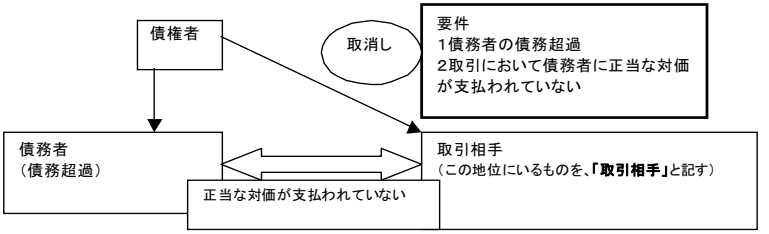
UFCAは、当時、重要な「詐害の徴憑 badges of fraud」と認められていたところの、**資金状態が「債務超過 insolvent」の「債務者」による、債務者に「公正な対価 fair consideration」が支払われていない取引**を取消しの要件として成文化し、債権者を害する債務者の意図が存在しないとしても客観的な要件を満たせば違法 per se illegal とした[34]。これが「法定詐害 constructive fraud」である（UFCA 4条）（次図参照）。なお、以下においては、「法定詐害」の要件のなかでもUFCA 4条のみを取り上げることにする。その思想を如実に示すものが4条であり、他の条文について4条を応用したものと考えればすむからである[35]。

2004-2005(2004))

[33] 佐藤・前掲書注4、161頁は、「法定詐欺」とするが、本稿においては、「法定詐害」と訳することにする。

[34] UFCA 4条にはそのことを示す、「without regard to his actual intent （債務者の「意図」にかかわらず）」という文言がある。また、UFCAのPrefatory Note, ULA, *supra* note 1, at 3には、エリザベス法を、「詐害の意図」が存在しないが、「債権者に対して害を与えるような取引全てに対して適用しようとしていた」との記述がある。

[35] Marie T. **Reilly**, *The Latent Efficiency of Fraudulent Transfer Law,* 57 LA. L. REV. 1213(1997)．「法定詐害」は、4条、5条、8条に存在する。以下の本文においては、Reillyにならい、4条がそれらすべての法定詐害の背後にある思想を理解するために有益な基本形であるので4条のみを詳しく取り上げるとする。その他の条文について一応説明をしておこう。5条は、「債務者」企業が、ビジネスを続けてゆく上で、「不合理に少ない資本 unreasonably small capital」になってしまいそうな取引を、「公正な対価」を支払われずに行った場合は、その「債務者の意図」にかかわらず詐害取引とする。これは法人用の条文である（Reilly, *Ibid.*）。6条は、「債務者」が、満期になったら債権



ex.「債務超過」になった「債務者」が、自分の所有する羊を「友人」に二束三文で売り払った。
ex. 毎年恒例の贈り物を「債務超過」になっても贈り続けた。

UFCA（4条）；「債務者」が「債務超過 insolvent」であり、「公正な対価 fair consideration」が支払われていない取引を行った場合に、その債権者はその取引を取り消すことができる[36]。

図：UFCA 4条：『法定詐害』の要件

3.2 小括 ―― UFCA の構成；「エリザベス法」と「法定詐害」の並存

統一法の中の「法定詐害」の創設によって、重要な「詐害の徴憑 badges of fraud」の一つが明文へ昇格し「ずれ」が追認されたわけである。ここに、アメリカの全州レベルにて、詐害取引法が、客観的な基準により、一律に債権者を保護することによって信用社会のインフラを確保するための制度として確立したのである。

こうして、エリザベス法以来の詐害の意図に関する要件である、**「現実の詐害 actual fraud」**（7条・6条）と、新しい**「法定詐害 constructive fraud」**（4条・5条・8条）が規定されることになった[37] [38]。以後、

者に対して弁済を行い得ないであろうと認識しながら、「公正な対価」が彼に対して支払われていない取引を行った場合を詐害取引としている。

[36] 行論の簡易化のために簡略化して表記している。実際の訳は、以下の通りである。

> 債務超過の債務者によって行われ、また、それによって債務超過になるところのあらゆる取引、そして、そのように負担されるあらゆる義務は、もしその取引や義務の負担が公正な対価なしにおこなわれるならば、債務者の意図にかかわらず詐害的である。

[37] これは、先に示したように、UFCA において新しく導入された規定であるが、

エリザベス法の「詐害の意図」の要件と、それを支える法技術である「詐害の徴憑」は、アメリカにおいて――現在においても――機能し続けることになる（次図参照）。

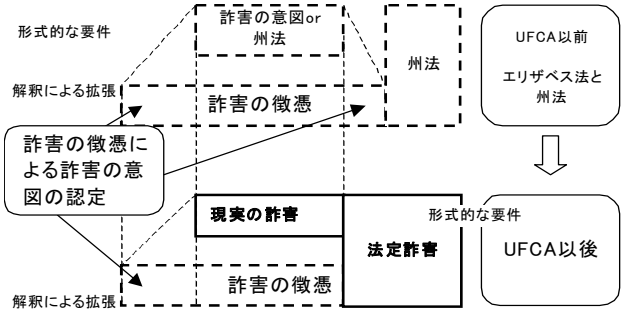
ただし、以下のことについては確認しておかなければならない。この二股の構成が採用されたことの必然として、「詐害の徴憑」の最大のメリットである客観化は、完全な形にては実現されなかったということである。すなわち、当時存在していた「詐害の徴憑」の全てが条文化されることはなく、その中から重要な一部が「法定詐害」という（推定機能を持つ明確且つ一律の）条文とされたのみで、依然としてエリザベス法は――「現実の詐害」と名を変えはしたが――維持されたことになるのである。そのことが、選択されたことには留意すべきであろう[39]。当然、「詐害の徴憑 badges of fraud」を認定するために、各裁判所は、依然として、もがき続けることになる[40]。

まったく新しいというわけではなく、従来から存在する「詐害の徴憑 badges of fraud」の一部を条文として明記（判例法の追認）したものである。Alces and Dorr. Jr, *supra* note 4には、「法定詐害」は、判例法のリステイトメントとしての意味がある、とある。そのほかの部分についても、現状を追認することがその主たる立法目的である、と説明されている（Note, *Supra* note 22, at 496）。

[38] Alces and Dorr. Jr, *supra* note 4等。要件相互の関係についてであるが、Prefatory Note においては、客観的要件（「法定詐害」）に当てはまらなければ、主観的な要件（「現実の詐害」）によって判断すると述べられている。すなわち、「法定詐害」に当たる一部の事実の存在のみによって客観的に違法（per se illegal）となるのみであり、その他の「詐害の徴憑 badges of fraud」は、従来どおり主観的要件（「現実の詐害」；UFCA 7 条）によって処理されることになるということを意味している。

[39] Prefatory Note にはエリザベス法を残すという判断が意図的になされたことが明示されている。すなわち、ULA, *supra* note 1, at 3には、「UFCA は、詐害の意図に関する全ての可能性を推定規定（per se rule）にすることは避けた」とある。

[40] Alces and Dorr. Jr, *supra* note 4は、以下のように述べる。UFCA は、不確実な文言に明確な定義を与えるという目的を常に達成しているわけではない。UFCA 下の多くの州裁判所は、まだ、「詐害の徴憑 badges of fraud」を適用する問題にあがいている。すなわち、裁判所は、「主観的な意図」というより、



図：UFCA 制定以前・以後の詐害取引法制

UFCA 以前の法制を表す部分において、州法とエリザベス法の「詐害の意図」が点線で囲まれていることは、判例法の蓄積・各法域間におけるルールの齟齬によりそのルールの外延が不分明になっている様を示している

この「エリザベス法の維持」は、先述したように、エリザベス法がUFCA 制定以前のアメリカにおいてコモンローとされていたことによって、ヨリ積極的に意味付けることができる。従前のアメリカにおいては、「詐害の意図（エリザベス法）」は、コモンローとして、「詐害の徴憑」を通じて、次々と生まれくる新しい取引に対して、法の網をかけ、それを規整することによって社会に受容する装置として機能していた。そうであるとすれば、UFCA において、「エリザベス法」が残存したことは、この機能が統一詐害取引法（UFCA）に維持されることをも意味することになるのである。この「現実の詐害」の残存によるメリット（新しく生まれてくる取引に対する威圧による、自動的な規整）に、重きを置くならば、この裁判所が続けることになる「もがき」（認定上の困難・誤判断・取引の萎縮）は甘受しなければならないことになる。

ともかくも、「現実の詐害」が残存することになったので、その認定のための「詐害の徴憑」は、この時点から、再び数を増やしてゆくことになる。

客観的な「badges of fraud」を利用することで現実の詐害の意図に基づく請求を解決しようとし続けている。

3.3　残された問題――「ずれの程度」；存在意義に関する理論の不在

UFCA 4条における「法定詐害」は、エリザベス法下において発生した「詐害の意図」と「詐害の徴憑」の「ずれ」の問題について、ただ、その「ずれ」を正面から追認することによって解決した。

しかし、この追認には重大な理論的問題が内包されている。すなわち、詐害取引法は、債務者が債権者を害そうとして行われる取引から、債務者の意図にかかわらず、債権者が害されている取引に対してまで拡張適用されることになったが、「債権者が、害される」とは如何なる状況を指すのかについては議論が行われないままであったのである。言い換えれば、「ずれ」ることは認めたのだが、その「ずれ」が如何なる程度まで許されるべきかという議論は行われないままであった。

この現象を理論的に意味付けるとこうである。「ずれが如何なる程度まで許されるか」(「債権者が害されている」というのは如何なる状況か)という問題に答えるためには、詐害の意図拡張の意義、すなわち、「法定詐害」が何故存在するのか、さらに言えば、「債権者保護法としての詐害取引法の存在意義」が詰められなければならないが、それについては議論されなかった。したがって、この時点において、「ずれ」に関しては正面から認めるといっても、(オリジナルな「詐害の意図」に引き寄せて) できるだけ制限的に「ずれ」を狭く解釈するという余地も、残されていたことになる。「法定詐害」の認定に際して、「詐害の意図 (「債務者」が「債権者」の回収を妨害しようという心理状態)」を要求するという解釈もあり得たわけである。

もっとも、確かに、当時の状況からすれば、敢えてその議論を行う必要がなかったのかもしれない。当時、念頭に置かれていた取引は、「債務者からその母への誕生日プレゼント」のような贈り物であったり[41]、または、債務者の詐害の意図からはさほど離れていないようなものであったからである。この状況においては、「債務者の意図にかかわらず」と文言により「現状の追認」を明示しておけば、「その扱いが何故に必要で

[41] Baird & Jackson, *supra* note 6, at 830．この段階において、想定されていた典型例 paradigm は、「贈り物 gift である」とある。

あるか」を考えずとも、それ以上の問題は生じないともいえる。ただし、後述するように、この現状追認とも言うべき方式は、その後に起こる「社会の変容」に直面して、その変容を吸収できず動揺することになり、そこにおいては、果たして、先に挙げたような理論的な問題の指摘の上に、その制度の必要性の説明から、「主観的な詐害の意図」に引きつけて、取消しの範囲を狭めよう――「ずれ」の程度を抑えよう――という従来とは異なる方式の議論が行われたことは容易に予想し得よう。

ともかくも、ここにおいては、顕在化こそしていないが、理論的には、「債権者保護法としての詐害取引法の存在意義とは如何なるものか」が問題となっていることを確認しておこう。

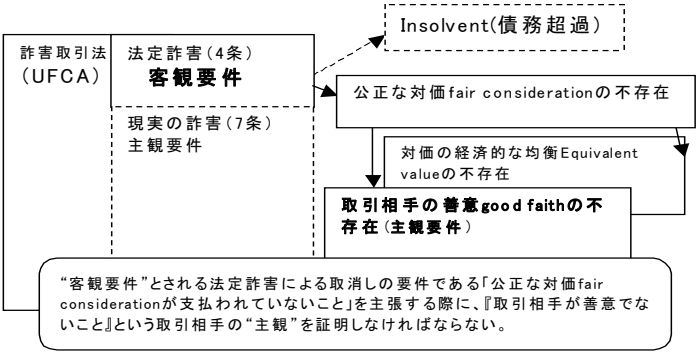
その後、各州に解釈権限が委ねた上でゆるやかにルールの統一を目指すという統一法という枠組みを採用する以上、避けることができない再度の分裂が起こり、さらには、UFCA 自体に内在していた立法技術の難点[42]もあり、また、「詐害」が詰められていないことによる「偏頗」

[42] **[客観化の限界；法定詐害（客観要件）の中に潜む主観要件]**

「法定詐害 constructive fraud」創設の趣旨の一つであった客観化――「詐害の徴憑 badges of fraud」と同様に詐害取消しの証明を簡易にし、証明の困難の救済・迅速な認定に資する――にも、限界が存在する。客観性に主眼を置いた要件に主観要件が混入しているという限界を抱えていたのである（Alces and Dorr. Jr, *supra* note 4, Note, *supra* note 37, at 498-499.）。

以下の通りである。UFCA 4条は、「法定詐害」として、「債務超過」の「債務者」が、「公正な対価 fair consideration」が支払われていない取引を行った場合、その取引を詐害的であるとし無効とする（取り消され得る）と規定している。この「公正な対価」が支払われていないという要件は、さらに、①「公正な同等の対価 fair equivalent value」が支払われていないこと（経済的な対価が、債務者の資産を減少させる仕方で不均衡である）と②「取引相手」が「善意 good faith」ではないこと（UFCA 3条(a)、(b)）という二つのサブ要件によって構成されている。このように、「法定詐害」という客観要件の中に、主観的なサブ要件である②「善意」が存在することによって「法定詐害」による客観化には限界があるといえる。これは立法の不備といえよう（次図参照）。

結果、法定詐害の成否の認定の際には、取引相手の主観についての認定が必要となる。この作業は、やはり困難な作業となり、客観化によるメリットを減



図：客観要件の中にある主観要件（good faith）

殺する（ただし、全てが詐害の意図という主観的要件のみにより処理されていた時代に比べると前進があるとはいい得る。もとよりUFCAは、完全な解決を狙ってはいないことは、例えば、James A. **McLaughlin**, *Application of the Uniform Fraudulent Conveyance Act,* 46 HARV. L. REV. 404（1933）; UFTA Prefatory Note, ULA, *supra* note 1, at 269に記述がある）。

そして、「詐害の意図」の場合と同様、この「取引相手」の「善意」の認定は難しく、間接事実という状況証拠により認定されることになる。すなわち、エリザベス法下における「詐害の意図」の認定に関しての思考過程（「主観要件を、間接事実の認定で補う」）は「法定詐害」においても――舞台が取引の相手方の「善意」になったという違いこそあるが――変わらずに存在することになる（Note, *supra* note 22, at 499）。

その後、エリザベス法における「詐害の意図」（「詐害の徴憑」）と同様に、判例によって「善意」の内容が明らかになってゆくことになる。その具体的内容について、例えば、Tacoma Ass'n of Credit Men v. Lester, 72 Wash. 2d 453,433 P. 2d 901（1967）は、多くの判例（Klein v. Rossi, 251 F. Supp. 1（D.N.Y. 1966）; Smith v. Whitman, 39 N.J. 397, 189 A. 2d 15（1963）; Gafco, Inc. v. H. D. S, Mercantile Corp., 47 Misc. 2d 661, 263 N. Y. S. 2d 109（1965））、注釈書（RCW 62A.1-201（19））や学説（GARRARD GLENN, FRAUDULENT CONVEYANCES AND PREFERENCES, revised edition vol. 1/2（William S. Hein & Co., Inc., 2001, originally published in 1940））を引用した上で、その内容を、以下のように述べる。

一般の詐害取引に関しては、「取引相手」が「①債務者の行動を正直に信頼していること」、「②他人に対して良心的でない利益を取ろうとしないこと」、及び「③問題の行動が債権者を害するという事実を、狙っていないか、知らな

との区分けの問題もあり[43]、再度の統一法の制定へと向うことになる[44]。

いこと」と（Interpool Ltd. v. atterson, S. D. N. Y. 1995, 890 F. Supp. 259; ULA, *supra* note 1, at 35などにもその旨の記述がある）。

[43] その他にも、エリザベス法時代から存在する伝統的な問題についての積残しがある。

先に紹介したTwyne's Caseが偏頗行為（特定の債権者による抜け駆け的な債権回収のこと、または、債務者が、その債権者達の中から、特定の債権者を優遇して弁済を行うこと）の事案も含んでいると指摘されている（注9におけるClark, *supra* note 4の指摘参照）ことからもわかるように、詐害取引とされる事案が偏頗弁済の事案を含んだものである場合が少なくない。

そして、この二つの法理の関係（言い換えれば、詐害取引と偏頗弁済の法的性質の差異）については、「弁済は詐害取引となるか否か」という問題として扱われてきた。学説においては、偏頗弁済の禁止法は、「債権者間の利害調整」を行う倒産法上のものであることから、「債務者と債権者」の利害調整を行う倒産外の実体法である詐害取引法とは理論上は区別されている（THOMAS H. **JACKSON**, THE LOGIC AND LIMITS OF BANKRUPTCY LAW（Harvard University Press, 1986）;Thomas H. **Jackson**, *Avoiding Powers in Bankruptcy,* 36 STAN. L. REV. 725 (1984), at 777-780; CHARLES J. **TABB**, BANKRUPTCY ANTHOLOGY (Anderson, 2002), at 331-360 ,ch7; DOUGLAS G. **BAIRD**, ELEMENTS OF BANKRUPTCY, Fourth Edition (Foundation Press, 2005)等参照）。

コモンローにおいても、この両者を区別する姿勢が見られる。すなわち、偏頗弁済は、倒産法により規律されるものであり、したがって、倒産手続に入る前の段階においては、偏頗弁済は許されている、とされている（後述）。次に、比較的近時においても、その傾向はかわらず、偏頗弁済は、詐害取引法によっては取り消され得ないという帰結を導くものが多くである。ただし、その帰結を導く法律構成においては、微妙に違いがあり、そのことは、射程を考える上で重要な意味を持つと思われる。以下、説明しよう。

まず、裁判例において見られるのは、弁済に対する詐害取消しを否定するために、偏頗弁済と詐害取引の一般的な違いを問題にする構成である。例えば、取引目的が負債の支払いの確保であるなら偏頗弁済は可能であるとするもの（Matter of Associated Grocers of Nebraska Co-op., Inc., D. Neb. 1986, 62 B.R. 439）や、違法でもないし、取り消されもしないとするもの（Goldstein v. Columbia Diamond Ring Co., Inc., Mass. 1975, 323 N.E. 2d 344, 366 Mass. 835）がある。また、債務超過であるにもかかわらず、先立つ負債を弁済するために資産を譲渡でき、債務者は、弁済する相手を選ぶことは不公平ではないとするものに、Ultramar Energy Ltd. v. Chase Manhattan Bank, N.A.,

問題はともかくも、UFCA（1918）は、エリザベス法以来の問題に一定の前進を以って応えることになり、バージン諸島と25の法域におい

N.Y.A.D. 1 Dept. 1993, 599 N. Y. S. 2d 816, 191 A. D. 2d 86がある。また、単なる偏頗弁済は、詐害取引法の意味における fraud とはならないとするものに、Crawford County State Bank v. Marine American Nat. Bank Ill. App. 4 Dist. 1990, 556 N. E. 2d 842, 145 Ill. Dec..224, 等がある（ULA, *supra* note 75, at 199 参照）。

他方、弁済に対する詐害取消しを否定するために、取引相手の「善意 good faith」を使う構成がある。すなわち、詐害取引取消しの要件である、「相手方の悪意」の要件を満たさないとするわけである。例えば「偏頗弁済を受けることも債権者の権利であるので、偏頗弁済の意図を知っていることや、債権者自ら弁済を求めたという事実のみによっては、取引相手について善意 good faith がないということにはならない」とある（Smith v. Whitman, N.J. 1963, 189 A. 2d 15,39 N. J. 397, ULA, *supra* note 1, at 170-171; Bulter v. Wilkison, Utah 1987,740 P. 2d 1244, at 171等）。弁済を受ける債権者は「債務者の偏頗弁済の意図」を知っていたとしても「善意 good faith」となり、「債務者が『詐害の意図』を有していること」を知っている時は取り消されることになるとするものがある（Kane v. Sesac, Inc, S. D. N. Y. 1943, 54 F. Supp. 853. p, 206）。偏頗弁済が詐害的になる場合は、取引相手（回収行動を行っている債権者）が積極的に詐害の意図を有することが必要であるとするものもある（Erickson v. Gill, S. D. 1959, 98 N. W. 2d 321,78 S. D. 43, ULA, *supra* note 1, at 171）。なお、37 Corpus Juris Secumdum (Database updated 2006) fraudulent Conveyances XI. Preferences §162, 37 American Jurisprudence, Second Edition (Data base updated 2006) §69, 71は上記裁判例を引用しながら同旨の記述を行っている。

この後者の法律構成は、「弁済に対する詐害取引法の適用」を結論的には否定していたとしても、一般論のレベルにおいては、その論理的前提として、詐害取引法の枠組みで処理することを認めていると評価する余地もある。その意味で、前者の法律構成とは射程が異なり得ることには注目すべきであろう。そして、この点に着目をするのが、Note, *supra* note 37, at 495-496である。そこにおいては、偏頗弁済 preferences について、歴史的には詐害取引とは別に扱われていたが、近時においては、その good faith の認定によって、詐害取引法によって取り消されるようになってきているとの興味深い記述がある。この記述は、現在、実務上、詐害取引と偏頗弁済の間の理論的関係が重要問題となっているを示唆している。この問題は、後に扱う。

[44] ULA, *supra* note 1, at 268.

て、採用された。以後、判例法[45]により補強されながら、1938年倒産法と、1978年倒産法の詐害取引の規定に採用されることになる[46]。そして、「ずれ」の問題の顕在化は、これらの法制を舞台とすることになる。

4　理論の不在による判例法の「ゆらぎ」――FORECLOSURE SALE

本稿との関係におけるUFCAの重要な問題点は、「ずれの程度」を決定する理論の不在であった。すなわち、問題は、債権者保護法としての法定詐害の存在意義に関する議論が行われなかったことである。そして、この問題は、UFCAの構成をそのまま継受したが故に、「ずれの問題」――同時に、「存在意義に関する理論の不在」――をも継受した連邦倒産法上の「取消権と担保権実行foreclosure」についての判例の対立（ゆらぎ）として現れることになる。以下、説明しよう。

4.1　担保権の実行foreclosureについての判例法の対立（「ゆらぎ」）

[45] この点については、ULA, *supra* note 1, at 268, 佐藤・前掲書注4、224-227頁に詳しい。UFCA下での主要な判決といえば、Cardozo判事による、救済方法（UFCA 9条）についての手当てが有名である。エリザベス法は、債務者に対するコモンローの執行法によっては、回復し得ない資産の追跡のみを扱っていた。故に、「コモンロー上の救済方法によっては不充分であったことの証明を、エリザベス法の救済要件とするか」ということについて、議論が行われていた。そして、この問題に関して、当初、裁判実務は、債権者は、まず債務者に対して判決を得て、執行を行い、それらの手続が不調に終わったことを要件（コモンロー上の手続によっては救済が不十分であることを要件）として、第三債務者に対しての取消訴訟（衡平による救済）が行えるとされていた。

この判例法に対して、判事は、「このコモンローによっては、不十分であること、という要件」は不要とした（American Surety Co. v. Conner, 251 N. Y. 1, 166 N. E. 783, 67 A. L. R. 244(1929)）。この判決で行われた判断は、以後全州に広まることになる。

また、担保権の実行が詐害取引になるかを検討したDurrett caseが有名である。この判決は、UFTAの制定の一因となっている。詳しくは、後に、UFTAの分析の部分にて説明をする。

[46] UFTA, Prefatory Note, ULA, *supra* note 1, at 268; Prefatory Note (http://www.law.upenn.edu/bllc/fnact99/1980s/ufta84.htm (2005．5．18時点))．

UFCA 以後、倒産法についての幾つかの裁判例において、不動産譲渡抵当 mortgage についての担保権の実行 foreclosure に対する詐害取引法の適用の可否について問題になった[47]。

---

[47] foreclosure に関する一般的な説明については、Blum, *supra* note 75, at 18-21, Elizabeth **Warren**=Jay L. **Westbrook**, The Law of Debtors and Creditors, Text, Cases, and Problems, Fifth Edition (Aspen, 2006), at 27-32を参照。それによると、以下の通りである。

不動産についての担保権の実行 foreclosure には、現実的には、「担保物を確保し」、「担保物から債権者を満足させる」という二つの段階がある。foreclosure とは一般的には後者の部分を指す（「foreclosure」とは債務者の受戻権を喪失 foreclose させるという意味である）。実行の方法には、終始裁判所の主導によって行われる judicial foreclosure と、原則的には債権者の主導によって行なわれる power of sale foreclosure (non-judicial foreclosure) がある。

judicial foreclosure は、債権者の訴訟上の申し立てによって開始され、そこにおいて、債権者が、「契約の条件とその不履行の存在」と「受戻権が喪失されるべきこと」を申立て、他方、債務者は、異議を申立てることになる。その後、問題が解決されれば、受戻権が喪失され、担保物は制定法（各州法）によって規定される手続（執行官吏 sheriff や裁判所の官吏 clerk によって、公売にかけられ）売却される。多くの州においては、売却価額と担保権者の債権額との不足的差額（担保権者が満足されなかった分）について、判決 a judgement deficiency を得ることによって、差額は一般債権として再び回収可能となる。

power of sale は、担保権者や債務者によってよりヨリ安価で迅速な foreclosure の方法を選択できるというものである。約25の州で許容されている。この手続きは、担保の契約の中に、power of sale の条項を含ませることによって利用できるようになる。ここにいう担保の契約とはある州においては伝統的な不動産譲渡抵当 mortgage や、別の州においては担保のための信託証書（a deed of trust；債務者の資産を管財人 trustee が管理し、債務者が不履行を起こしたら、自由に売却でき、その代金によって債務を弁済するという合意に基づく）のことである。この類型の foreclosure は、judicial foclosure と異なり、訴訟の申立てを含まずに実行できる。例えば、California law では、債権者が公的記録 public record に、債務者の不履行と担保物の売却の告知の記入を行うことによって開始され、債務者が90日以内に不履行を治癒できなければ、債権者は、公売の時と場所を決定でき、20日の宣伝を行った後に、担保物を公売にかけることができる（この売却によって、受戻権が喪失される）。ただし、債務者に異議がある場合には、債権者は訴訟手続によらざるを得ないことにな

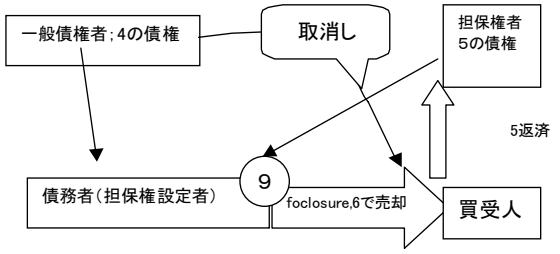
この問題を、簡単に説明するとこうである。担保権の実行による競売手続きにおいては、常に、競売落札価格は、市場価格を下回ることになる[48]。

る。売却価額と担保権者の不足的債権額の差額については、再び一般債権として債務者に対して請求し得るとする州とそうでない州に分かれる。

このほかの方法として、strict foreclosure という、担保権者が担保物についての所有権を完全に取得することによって foreclose が完了するというものもある。Blum, *ibid.*, at 21によれば、ここにおいては、担保権者が、売却価格と債権額との不足的差額を求める権利が否定され、担保物の価額が債権額を上回った時に債務者に対して支払うべき清算義務も同時に否定されることになる。これは、実質的には、foreclosure の際に、債権者が担保物を落札することに等しい（これは大抵許されているという）が、「公売」を通していない分、売却価額が債権額を上回る可能性が存在しないことになる。加えて、債権者がこの類型の foreclosure を求めること自体が、余剰が存在すると債権者自身が考えていることを推測させることから、別の foreclosure によった場合には、債務者に得られる余剰が、常に、債権者の利益において失われている可能性がある。ここから、この類型は、法によって否定的な評価をうけることになっている（Blum, *ibid.*, at 21)。（**角**紀代恵〈注釈〉「Steven Wechsler, Trough the Looking Glass : Foreclosure by Sale as DE FACTO Strict Foreclosure-An Empirical Study of Mortgage Foreclosure and Subsequent Resale, 70 Cornell L. Rev. 850(1985)」アメリカ法1987-1, at 149(1987)の解説には、不動産譲渡抵当についての「strict foreclosure」は、「まるどり」の危険から、「殆どの州で禁止されている」とある。）ちなみに、動産をはじめとする人的資産の担保については、統一商事法典 Uniform Commercial Code（U. C. C. ）が規定しており、そこにおいては、ヨリ裁判所の介入の度合いが低い担保権の実行が認められている（Blum, *ibid.*, at 21, Warren=Westbrook, ibid., at 32)。Blum によれば、strict foreclosure であっても、限定的に認められているとある（不動産と動産における規律の違いが生じている理由について、Warren=Westbrook, ibid., at 32は、資金を貸し出すこと自体が尊敬すべきことではないとされていた（したがって、資金調達コストを高める規制が存在しても問題は無いということだろう）時代に、不動産担保についての法が形成されたという歴史的な原因と、不動産を失うことは、車を失うことと比べるとその社会の安定に与える影響が大きいという機能的な原因によって説明している。)。

[48] 競売市場は不完全であり、通常の市場価格は実現されない（Blum, *supra* note 1, at 20)。競売市場における以下の特徴からすればそのことは想像に難くない。まず、参加者が限られており、その参加者により繰り返し競売落札が行

すなわち、この競売によって、債務者の一般債権者の引当て（売却価格と担保権の把握している価値との差）は、少なくとも、市場価格によって売却された場合よりは減少していることになる。さらに、この時、もし債務者が「債務超過」に陥っているならば、一見すると、「法定詐害」[49] ――「債務超過」「対価の不均衡」――に当てはまってしまうように思われるのである。「法定詐害」は、当初より、債務者の主観に関わらない取消しの要件であった。そうであるとするならば、担保権の実行は、「法定詐害」に当たることによって取り消されてしまうのだろうか。（下図参照）



図：UFCA 制定以前・以後の詐害取引法制

競売前は、「債務者」の資産は、市場価格によって計算すれば 9 である。
（この時、「担保権者」が 5、「一般債権者」は 4 の潜在的な割り当てがあることになる）。

競売手続を通して、担保物が 6（市場価格より低い価格）で売却されることにより、「一般債権者」の引当ては 1 になってしまう。

他方、買受人は 6 の対価を支払うことにより 9 の資産を得ている。そこで、一般債権者は（または、倒産した後の DIP は、競売手続の価格が不公正（「公正な対価 fair consideration」が支払われていない）であるとして、詐害取消訴訟を起こすことになる。

われている。次に、売り手は、早期に、必ず売ることを目的にしており、そのことが、買い手にも伝わっている。

[49] 問題となる詐害取引法の要件は、州法上の詐害取消しを規定する「法定詐害」、そして、その要件を引き継いだ改正連邦倒産法（1978）548条とその旧法である連邦倒産法（1938）67条(d)である。裁判例に関わる一連の事件は、倒産法が改正される前後に渡って起こっている。

ここにおいて重要なのは、この問題は、UFCA の積み残しである「ずれ」の問題と評価し得ることである。もう一度、「ずれ」の問題を確認しておこう。「ずれ」の問題とは、債務者の「債権者を害そうという主観的な意図が存在しない場合」においても法定詐害は成立するのか、立法の建前の通り「成立する」のだとすればそれは無限定なものであるのかという問題について全く議論が行われていなかった、という問題である。ここにおける問題に引き直せば、「債務者の主観的な詐害の意図が存在しない」「担保権の実行」は「法定詐害」として取り消されるのか、ということになる。

この悩ましい問題について、果たして、裁判例の対立が生じることになる。そこで、以下において、この問題を扱った三つの裁判例を紹介しよう。

紹介する裁判例は、以下の三つのものである。

① Durrett v. Washington Nat. Ins. Co., 621 F. 2d 201 (5th Cir. 1980)
② Abramson v. Lakewood Bank & Trust Co., 647 F. 2d 547 (5th Cir. 1981) (cert.denied, 454 U.S. 1164(1982))
③ Lawyers Title Ins. Corp. v. Madrid, 21 B.R. 424 (9th Cir. 1982)

①においては、この問題が最初に議論された。結果、取消しは肯定された。

②においては、①がそのまま支持され、取消しが肯定された。しかし、それに対して猛烈に反対する反対意見がある。

③においては、結論が逆転する。すなわち、①の判断を否定し、取消しが否定された。そして、①を支持する反対意見がある。

この一連の動きを、単純に、まとめると、こうである。

市場価格を下回る価格にて行われた担保権実行 foreclosure については、法定詐害の要件を、その文言上は、満たすにもかかわらず「取消し否定の結論を採用する裁判例が出現しだした」。

4.2　① Durrett v. Washington Nat. Ins. Co., 621 F. 2d 201 (5th Cir. 1980)

まず、①のケースにおいては、「債務超過 insolvent」の設定者に対して、譲渡抵当が実行され、抵当資産が市場価格の70％以下[50]で売却された。DIP である Durrett は、この「抵当権実行 foreclosure」を「詐害取引」として取り消すことを求めた[51] [52]。

---

[50] 実際は、200,000ドルの価値がある資産が115,400ドルで落札された事案である。

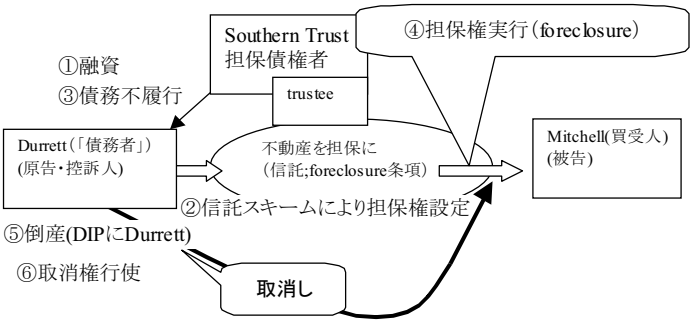
[51] Durrett ケースの詳しい事案は以下のとおりである（621 F. 2d 201）。

① Durrett は180,000ドルの手形を Southern Trust と Mortgage Company に振り出した。
② 手形は、本件不動産を対象にする信託証書によって担保され、当該信託の管財人として、Washington National Insurance Company と Defendant J. H. Fields, Jr. が任命された。
③ 信託証書には、債務不履行の際は不動産を競売するとの条項が入っていた。その後、foreclosure が開始された。被告である Shannon Mitchell, Sr. が本件不動産を115,400ドルで買い受けた。この額は、被担保債権の清算価格であった。
④ 管財人は、資産を適切な手続によって Mitchell に譲り渡した。証拠によれば、Mitchell には詐害の意図 actual intend は有していなかった。Mitchell は、公示も行い適切な買受人となった。利害関係者はここで Durrett （設定者）と Mitchell （買受人）となった。
⑤ Durrett は、連邦倒産法67条(d)、107条(d)により、「foreclosure」による資産の移転は詐害取引として取り消されると主張した（現行の連邦倒産法548条の旧条文であるが、67条(d)、107条(d)の関係は調査することができなかった）。
⑥ 地裁は、non-jury trial の後この主張を退けた（取消し否定）。
⑦ 証拠からは、公正な市場価格は、「foreclosure sale」の時点で、200,000ドルであるとした。当事者は、この事実関係は承認している。
⑧ Durrett （「債務者」）は（「fair consideration」は支払われていないので、「foreclosure sale」が取り消されるべきであるとして）控訴した。それに対して、Mitchell （買受人）は地裁の判断を維持するべきであるとして、争った。

この Durrett の主張（「債務者」に対して「公正な対価 fair consideration」

この訴えについて、地裁は、「債務者」に対して「公正な対価 fair consideration」が支払われているので詐害取引とはならないと判断した。

これに対して、DIP である Durrett は、この価格差についての事実関係は認めた上で、「公正な対価 fair consideration がある」という地裁の判断は誤っているとして控訴した。この控訴について、第5巡回区控訴裁判所が、控訴人のその主張を認め、公正な価格 fair consideration が与えられていないので、「この抵当権実行 foreclosure は詐害取引であるとして、これを取り消した」のが、ここに紹介する判断である。



図： Durrett's Case

が支払われていないので、当該 foreclosure は詐害取引である）の当否を判断するために、地裁の決定（67条(d)(1)、(e)(1)の意味において「fair consideration」が「支払われている」ので、この foreclosure を取り消せないとした）が正しいか否か、を判断しなければならくなった。

52 「担保権実行 foreclosure」に対する取消訴訟が起こる背景事情について説明しておこう。このような形で、foreclosure に対する取消しの主張が行われるのは、原告（取消しを請求する者）が、倒産法による期間制限（取り消され得る取引は、倒産手続開始の申立て前1年以内に起こったもので無ければならない）のため、担保権設定行為である「担保のための信託 deed of tust」を攻撃できず（担保の設定契約は、倒産法の定める「倒産手続開始の申立て前1年」以前に起こっており、67(d)（現行548条）では取り消せない）、移転した資産を取り戻すためには、直近の、「担保権の実行 foreclosure」を攻撃するしかないからである。また、一般的に、連邦法よりも取消権を行使し得る期間制限が長い州上の取消権を利用するために544条(b)が使われることもある。

争点は、「公正な対価 fair consideration」が支払われているか否か、「担保権実行 foreclosure」が「取引 transfer」といえるか否かである。順に紹介しよう。

［公正な対価 fair consideration について：不動産について市場価格の70％を下回る売買であるので公正な対価は存在しない］

不動産の任意売却に関する先例（70％ルール）を引用して、当該取引は市場価格の70％未満で売買されたことをもって、詐害的である[53]とする。

［取引 transfer について：詐害の審査対象となる取引 transfer といえる］

担保の設定から実行まで取引は続いている。したがって、「取引 transfer」であるといえるとする[54]。

---

[53] この問題に対し、第５巡回区控訴裁判の法廷意見は、当事者が自己の主張を基礎付けるものとして挙げた裁判例の中から、市場価格の50％の対価にて売却がなされた取引を「公正な対価が支払われていない（取消しを認容）」としたSchafer v. Hammond, 456 F. 2d 15（10th Cir）を挙げて、Mitchell（被告）の行った売買も、市場価格の57.7％の対価しか支払われておらず、これは50％を少し上回るが、倒産企業の価値を84,600ドル減少させていると認定した。また、不動産を扱った（地裁・控訴）裁判例に関しては、“市場価格の70％弱の対価で不動産が売却された取引を適法と認めたもの（70％ルールと称され、後に紹介する裁判例に引用されている）”以外を見つけることはできなかったとした（本件における foreclosure は、不動産が譲渡された事案としては、「債務者」に支払われた対価が最も少ない事例であるということを説示している）。

そうした上で、この取引は公正な対価 fair consideration（67条(d)）が支払われていないので詐害的（違法）であるとして、地裁の判断を否定した（取消し認容）。

[54] 被告 Mitchell（買受人）は、以下の主張を行なった。すなわち、担保のための信託証書 deed of trust にある foreclosure sale（power of sale）条項」は、倒産法67条(d)（現行連邦倒産法（1978）における詐害取引条項548条の旧条文である）にいう「取引 transfer」には当てはまらないとした地裁の判決を維持することを求める（「担保権の実行（強制競売）は「取引」には当たらないはずである。したがって、取り消し得ない」）というものである。

裁判所は、これについて、以下のように判示した。すなわち、法廷意見は、旧倒産法１条（30）が、「取引 transfer」をあらゆる取引であるとしているこ

以上の理由により、一連の「取引 transfer」によって、「公正な対価 fair consideration」が支払われていないので、地裁判決を取り消すというわけである。

4.3 ② Abramson v. Lakewood Bank & Trust Co., 647 F. 2d 547(5th Cir.1981)

[事案] 先と同様の事例であるが、争点に特徴がある[55]。すなわち、ケースにおいては、「取引 transfer」のみが議論されている。したがって、

とを引用して、「信託管財人 trustee」が行う「担保権実行 foreclosure sale」による、DIP の保有する権原の買受人への移転は、67条(d)にいう「取引 transfer」であるといえるとした。

その理論構成は、大略して、以下のようなものである。

この事案においては、「債務者」 Durrett は、 Southern, Washintogn への債務を担保するために、信託証書を使い管財人である Field に対して、権原を移転している。この時、初めから Durrett は、管財人の「デフォルト（債務不履行）を条件とする強制売買権」の影響を受けながら資産を保有している。Durrett が有する権原の移転は、信託の時点で始まっているが、 foreclosure の日まで保有は Durrett にある。すなわち、「取引 transfer」は、 foreclosure が完成するまで続くことになる。そして、この一連の「取引 transfer」は、67条(d)(2)に挙げる、１年以内の条件を満たしている（故に、「公正な対価 fair consideration」が支払われていないならば、取り消し得る）。

55 (cert. denied, 454 U. S. 1164 (1982))。判決は、1981年だが、事件は、改正連邦倒産法（1978）施行以前の、1975-1977にかけて起こっている。旧倒産法においては、倒産手続開始の申立て前１年以内の詐害取引を取り消し得るとしている（107条）。事件においては、譲渡抵当契約は、申立てよりも、１年以上前に起こっているが、実行 foreclosure は、申立て前１年以内に起こっている。管財人はこの抵当権実行を取り消そうとしたが、 trial は、担保権実行は、詐害取引といえるための「transfer」ではないとして申立てを退けた。これについて、第５巡回区控訴裁判所は、担保権実行 foreclosure は、107(d)の transfer であるとして、その他の詐害取引の要件を満たすかを審査させるために trial を破棄差し戻しにした。

ここにおいては、「取引 transfer」の理解が、訴訟における勝敗――「取消しの可否」――を分ける鍵となっている。

［法廷意見］ 法廷意見は、先の裁判例を踏襲し、「担保権実行 foreclosure」を取り消すことを認容している。

［反対意見］ しかし、この事件には、この法廷意見に猛烈に反対する反対意見がある。反対意見によれば、「foreclosure」は、「債務者」の債務不履行によって発生するので、67条（ｄ）に定義されている「transfer」とはいえないというものである。

それによれば、Durrett's Case における法廷意見が単に誤った判断をしているものであり、取り消し得るのは、当初の「譲渡抵当契約」のみであるにもかかわらず、foreclosure まで取り消し得るとしているのは誤りであると先例を批判している。

その論旨は、大略して、以下のようなものである[56]。

一般的に、競売手続においては最も良い値段 best price は得られない。この落札価格が廉価になる現象は、多くの州が、担保債権者のために与えられる救済としての foreclosure sale に対して、担保権設定者、すなわち、債務者の保護のための公的な手続を義務付けていることを一因として発生する。例えば、テキサス以外の多くの州においては担保権者が、その担保権を実行する際に、もし裁判所による売却の「許可 confirmation」を得ていないならば、その担保権者は、たとえその売却額が自己の債権を満足するためには不足しているとしても、その不足額の充当を再度倒産手続において申請することはできないとしている[57] [58]。この債

[56] 647 F. 2d 547, at 549-550の記述の要約である。

[57] これは、抵当権者 mortgagee が公売における買受人となり、競売市場の不完全（買受人候補が少ないこと）を利用して不当に安い価格で落札し、その落札代金により被担保債権を充当した後、不足分を再び債務者に要求するというスキームを防ぐためと思われる。ここにおいては、債務者は、本来負担する必要のない被担保債権（不当に低くなった落札金によっては満足し切れなかった被担保債権）の負担まで負う事になる。このようなスキームは、「まるどり」と同じ効果（落札金によって被担保債権を満足し切れなかった場合において、被担保債権を負うことになるので、「まるどり」以上の負担になる）をもたら

務者のための手続や、債務者のために必要な「受戻し redemption」のための手続[59]の存在により（買受人は予測を害され、それによる損失を予め回避するために）、売却額が下落し、担保債権者に対する救済は、余計に減殺されてしまう。

したがって、債務者の保護のために必要不可欠な負担（先に述べた債務者保護の手続や、受戻権、税金）以上のものを foreclosure sale における買受人に負わせるべきではなく、実行された譲渡抵当の譲受人（買受人）は、当初の抵当権設定者と同じ権利を有するべきであり、義務の負担から解放されるべきであるというのが、基本的な譲渡抵当法の考え方である。

故に、法廷意見や、Durrett 判決は、「公正な対価 fair consideration が、債務者対して支払われていない担保権実行は取り消され得る」と説示するが、「foreclosure（公売手続）を取り消し得るとすることによって、買受人に対して詐害取引法による取消権の負担を負わせること」は、この抵当法の趣旨に反する。法廷意見や、Durrett のルールにより、担保権実行が、事後的に、取消しに服することにより、（譲渡抵当法の基本的な考え方に反して）買受人を本質的に害してしまうことになり[60]、このことはさらに、foreclosure sale における競落価格を押し下げることになることになる[61]。その結果、この裁判所が管轄する 6 つの州全部に

すもので、1929年の大恐慌の時代によく利用されたようである（角・前掲注47、151頁、前注47も参照）。

58 また、債務者の受戻権 statutory redemption（買受がなされてからも一定期間、落札価格を支払えば債務者が、競売された資産を買い戻すことができる権利）も、この「競売価格と、競売対象物の真の価値の不均衡」を是正するものである（**角**紀代恵〈注釈〉「Patrick B. Bauer, *Statutory Redemption Reconsidered : The Operation of Iowa's Redemption Statute in Two Counties Between 1881 and 1980*, 70 Iowa L. Rev. 342」アメリカ法1987-1,154頁（1987）参照）。ただ、この受戻権については、競売市場を萎縮させてしまうとの批判もある（155頁）。この危惧は、本文に述べられている詐害取引法の存在によった際の萎縮の問題と同じ考慮に基づくものである。

59 前注57参照。

60 事後的に取引が覆されるということだろう。

61 競落したとしても、事後的に、取引が詐害取引法により取り消されるとい

おいて、 foreclosure sale による弁済充当金によってはますます被担保債権が充足されない事態を増加させることになる。

この場面において、取消しを認めてしまうと、以上のような、担保貸付けを減殺するようなメカニズムが生じるので、「担保権実行は取り消され得ない」というわけである。

次の③判決を紹介する前に、少しまとめておこう。

このケースにおいて、「取引 transfer」の理解が、この事案における結論を分けることになる。それ故「取引」についての法廷意見の見解に対して、反対意見による激しい批判がなされることになっているようにも思われる。順にまとめると以下のようである。

［法廷意見は取消し肯定］「取引」については、結論的には、 Durrett's Case を踏襲する結果になっている。すなわち、 foreclosure は67条(d)の transfer に当てはまり、他の要件を満たせば取り消し得ると判示している。

［反対意見の理由付け］ しかし、反対意見における議論は、「取引」に当たるか否かについて、実に、多くの考慮を行っている。

その中でも、「担保権実行 foreclosure」を詐害行為取消しの対象とすると、担保貸付けのメリットが減殺されてしまうメカニズムが記述されていることは重要である。ここに、既に条文の文言の背後で様々な要素の考量がなされており、それが解釈に —— それも文言に反して取消しを否定する方向に —— 働いていることを確認できよう。

そして、この種の考慮は、後の学説に影響を与えることになる。すなわち、後に紹介する McCoid 論文 (1983)[62]や、Baird & Jackson 論文 (1985)[63]も、同様の議論を行うことになる。

うルールの下では、買受人は、事後的な取消しによる損失を回避するために、さらに競落価格を下落させることにより対処する。直感的に説明すれば、買受人は「後で、取り消されるかもしれないのなら、これくらいの金額しか出せない」と考える、ということである。

[62] McCoid, *supra* note 15.

[63] Baird & Jackson, *supra* note 6.

4.4 ③ Lawyers Title Ins. Corp. v. Madrid, 21 B.R. 424 (9th Cir. 1982)

Lawyers Title Ins. Corp. v. Madrid, 21 B.R. 424 (B.A.P. 9th Cir. 1982) の法廷意見は、先の第5巡回区控訴裁判所における二つの法廷意見に対立する見解を示した。

すなわち、公的競売[64]が適切に行なわれているならば、それによって得られた価格は、通常、改正倒産法548条[65]にいう「合理的な同等の対価 reasonably equivalent value[66]」が支払われているといえる、としたのである。(したがって、原則、foreclosure は取り消されることはない。)

この判決は、先に紹介した、二つの判例を引用して、それらを批判する議論を展開している。

争点は、先の① Durrett's Case と同様、以下の通りである[67]。

---

[64] non-judicial foreclosure であるが、それについては、前注47を参照されたい。

[65] 連邦倒産法 (1978) の詐害取引条項である。

[66] この事例は、新法 (連邦倒産法1978) 下のものである。そして、「合理的な同等の対価 reasonably equivalent value」は、旧法にいう「公正な対価 fair consideration」のことである。

[67] 事例は基本的には、先の二つの事例とさほど変わらない。事案と主張と下級審の判断は、以下のようなものである。

① Judith Madrid が家を購入するための資金として、売主に、現金で125,000ドル、手形で165,000ドルを支払った。この手形は、「信託証書 deed of trust」によって担保されている。

② 現金のうち、142,500ドルは、Del Mar Commerce Co. によってファイナンスされ、この負債も second deed of trust によって担保されている。

③ second deed of trust は、負債のうち、75,300を返済されたが、それ以上は返済されなかった。そこで、Del Mar は管財人を選任して、non-judicial foreclosure を開始した。

④ (信託についての) 管財人は、最初の deed of trust の負債が、175,000、次の deed of trust の負債が80,224になっている時点で家を売却した。

⑤ Donald Turney がこの家を second deed of trust (80,224) の値段で購入した。

⑥ Madrid は、倒産手続開始申立てを行い、倒産手続における DIP として、Del Mar、Turney、信託管財人を相手方として、foreclosure sale を取り消すことを主張した。

すなわち、「担保権実行 foreclosure」が、詐害取引法の対象となり得る「取引 transfer」に当たるか[68]、「取引」に当たるとしてこの事案の foreclosure に「合理的な同等の対価 reasonably equivalent value[69]」が支払われているか、である。

この後者の「対価」に関しては、法廷意見は、「対価」が支払われているので、詐害取引ではないとする。そして、それ故に、前者の「取引」については論じないという姿勢をとっている[70]。

その論旨は、大略して、次のようなものであった。

主張は以下のようなものである。

i 売却は Nevada law を守っていない、ii 548条(a)(2)にいう詐害取引である。

⑦ trial は、i については、否定して、ii については認容して、（信託についての）管財人である Turney の買受行為（foreclosure）を取り消した。

主張 ii に対する判示（取消しの認容）の理由は、Turney の落札価格は資産の市場価格の64-67％であるので、「合理的な同等の対価 reasonably equivalent value が支払われていない」というものである。

そして、Turney と詐害取引法による取消しを防御するために弁護士を派遣していた権原保険会社 title insurance company に「善意 good faith」の買い手 purchaser として、先取特権 lien を当該資産に取得することを認めた（詐害取引法においては、詐害取引についての「取引相手」が「good faith 善意」であるならば、彼は、債務者の資産に対して先取特権 lien を取得し、自己が支払った対価について優先的に取り戻すことが認められている）。

⑧ これに対して、Turney と title insurance は控訴した。Madrid も lien の承認を不服として控訴した。

⑨ 控訴審の判決は、取消しを否定した。したがって、（foreclosure sale を取り消した）traial を差し戻し、lien もそれによって、無効にした。

[68] 548条にいう「transfer」に当たるのかという議論である。もし「foreclosure」が「transfer」に当たるという結論になれば、548条の個々の要件に該当するかが論じられることになる。

[69] 前注66。

[70] 法廷意見は、論理的な先行問題である「取引 transfer」については判断せずに、「対価 consideration」についての判断を行っている。このことから、反対意見は、「法廷意見は、担保権実行 foreclosure が548条にいう transfer に該当するという判断を既に行っている」と評価しているようである。

［法廷意見――詐害の意図の不存在は、対価の存在を導き、法定詐害の成立を妨げる］

法廷意見は、強制売却[71]においては、その仕組み上、債務者の「債権者を害そうという意図」は存在し得ない[72]ことを理由に、価格が市場価格を下回ったとしても「共謀なく適正な手続に則り行われたnon-collusive and regularly conducted」「担保権実行 foreclosure」においては、詐害取引法にいう「合理的な同等の対価 reasonably equivalent value」は常に支払われており[73]、詐害取引とはなり得ないとした。

---

71 **［Durrett における先例判断の誤り ―― 任意売買と強制売買は異なる］**

まず、Durrett が引用している Schafer v. Hammond, 456 F. 2d 15(10th Cir 1972)は、「債務者」企業から、支配株主の母親に対する不動産の「任意譲渡」が詐害取引とされた事案である。

他方、「強制売買」である non-judicial foreclosure を取り上げたのは、Durrett (①判決) と、Abramson (②判決) だけである。

したがって、「担保権実行 foreclosure」が問題となる事案は、以上の2件だけであり、これについてのみ考えるべきである。すなわち、強制売買である「担保権実行 foreclosure」に関して、初めてのケースである Durrett 判決は、先例の分析を誤り、任意売買の事案と強制売買の事案を混同して考えている。まさに、Durrett が作り上げた、70%ルールは、全てが、任意取引=私的取引という、本件とは別事案を扱う先例に基づいて作られた基準であり（任意の私的な取引の適用が問題となるケースに対してなら妥当であるが)、foreclosure に対しての取消しが問題になる本件に適用するのは妥当ではない。

72 **［強制売買の特殊性 ―― 詐害の意図は存在し得ない］**

なぜなら、私的な取引は、親戚や好意的に思っている人に対して警戒するために公的な介入が必要であるが、公的な競売手続においては、債権者や買受人全ての人に開かれていることが詐害に対する防止になっているからである（不当に安い価格で売られるようなことがあれば、債権者や、他の買受人が落札（転売）すればよいということであろう（括弧内筆者))。

73 **［法的帰結――担保権実行は「reasonably equivalent value」を構成する］**

担保権実行法 foreclosure law の文脈で考えるならば、単なる価格

［反対意見 ―― 詐害の意図の不存在は、法定詐害の成立を妨げる可能性を導くに留まる］

これに対して、反対意見がある。反対意見も担保権実行が「transfer」に当たるとしている点については法廷意見と同じである[74]。違いは、担保権実行という債務者の詐害の意図を観念し得ない強制売買が「合理的な同等の対価 reasonably equivalent value」の捕らえ方に、如何なる程度影響を与えるか、についての見解にある。

反対意見は、担保権実行は、その他の取引と同じように通常通りの手順によって審査されるべきで、その強制売買の特殊性（仕組み上、主観的な詐害性が排除されていること）は、あくまでも「合理的な同等の対価 reasonably equivalent value」が支払われているという方向に働く証拠の一つに過ぎないとする。そして、「法廷意見は、（foreclosure では合理的な同等の対価が支払われているという）推定を作り出すことにより、事実上、（倒産法における詐害取消しを規定する）548条に例外を作

が不十分であるということは担保権実行売買を取り消す原因にはならないことは自然なことであろう（Golden v. Tomiyasu, 79 Nev.. 503, 387 P.2d 989(1963)）。担保権実行を、取り消すには、詐害や不公正さが不十分な価格の原因になっているという追加的な証拠が必要である（Oller v. Sonoma County Land Title Company, 137 Cal. App. 2d 633,290 P. 2d 880）。

事実審 trial は、Durrett Case を踏襲して、あらゆる担保権実行が市場価格の70％を下回れば取り消せるというルールを採用しているが、Durrett Case 自体が、先例によって形成された担保権実行に関するルールを（誤って）急変させるものである。

確かに、担保権実行は、詐害取引法と一致して解釈されなければならない。故に、「共謀が存在せず、適正な手続に則り行われた non-collusive and regularly conducted」担保権実行においては、548条(a)(2)にいう「公正な対価 fair consideration」が支払われている、と理解することになる。

したがって、適正な手続に則って行われた「foreclosure」は、詐害取引として取り消されることはない。

[74] この点において、先の②判決の反対意見とも一線を画すものである。ただし、先の②判決は、transfer のみが争点になっている事案であることには留意して置く必要があろう。

り出している」(括弧内、本稿筆者)として、法廷意見に対する批判を行っている[75]。

[75] 詳しい議論の流れは以下のようなものである。

[foreclosure が倒産法548条に規定される「transfer」に当たるか]

この議論を考えるために、反対意見は、前提として、倒産法の規律(新法においては101(40),旧法においては1(30)に定義されている transfer)の趣旨を考えている。そして、倒産法における「transfer」の定義が広範であるのは、あらゆる債務者資産の目減りを審査するためであるのであるから、あらゆる資産の目減りの可能性があるものがこの条文における「transfer」であるとしている。そうした上で、明らかに「foreclosure」によって債務者資産が目減りしているといえるので、(deed of trust というより)正面から、「foreclosure」が「transfer」に当たると結論している。これは、Durrett's Case が、まず、最初の「deed of trust (担保のための信託証書)」が「transfer」に当たり、「foreclosure」については、その延長として当たるという構成をとっていたのとは異なるものである。

反対意見は、この「transfer」についての議論は、法廷意見とほぼ同じであるとしている。すなわち、法廷意見においては、明示的に「foreclosure」が「transfer」に当たるか否かという議論を行っていないが、「合理的な同等の対価 reasonably equivalent value」についての、議論を行っている時点で、「foreclosure」が、「transfer」に当たるということが論理的な前提になっている、としている。

[foreclosure が「transfer」に当たるとして、「合理的な同等の対価 reasonably equivalent value」は、この場合、如何に判断されるべきか]

まず、「reasonably equivalent value」は事案に応じて、「予審 traial」が判定することなので、Durrett (70%ルール)のように一律には判断できないとしている。予審により、事案に応じて判定されるべきであるから、強制売買の特殊性は、この判断過程で反映されるべきであり、法廷意見のような反証を許さないような推定は許されないと考えている。

その実質的な理由は、倒産法548条は、詐害取引をチェックする唯一の方法として、「合理的な同等の対価 reasonably equivalent value」を規定しているので、この条文を、「推定」により、抜けることは許されない、というものである。そして、倒産法548条は、債務者の資産(他の債権者の引当てとなる資産)の減少を防ぐことを目的にしており、その目的は、「foreclosure law」の目的である担保権者と債務者との利害調節よりも優先するものであるとする。さらに、

［小括 ―― 詐害の意図の不存在が、法定詐害の成否に影響を与える］

以上より、法廷意見であろうが反対意見であろうが、主観的な意味における詐害の意図が存在し得ないことが詐害取消しを否定する方向に働く要素であることを認めていることは注目に値する。

なぜならば、③判決の法廷意見・反対意見共に、当初の「法定詐害」の建前をはみ出す判断を行っていると言い得るからである。すなわち、当初の「法定詐害」の建前は、債務者の「債権者を害そうという意図」にかかわらず、客観的に要件が充足されるというものであったが、ここに来て「債権者を害そうという意図」が全く有り得ないという事情が、法定詐害の成立に（それを否定する方向へと）影響を与えていることになる。既に、「当初の法定詐害の建前」は、ほころびを見せていることが確認されよう。

こうして、詐害取引法の債権者保護法制としての現われである「法定詐害」は、その文言に反して「債務者の意思」からは逃げきれなかったことが確認される。このことは、同時に、債務者の意思と詐害との関係を考えさせる契機を与えてくれる。加えて注目すべきは、「法定詐害」の適用を認めないかに見える法廷意見であっても、完全な適用除外については、消極的であることである。

法廷意見の理論によると、「foreclosure」が通常の手続にしたがっていれば、この「合理的な同等の対価 reasonably equivalent value」が満たされるとして、事実上この倒産法の条文を抜けていることになると批判している。そして、強制売買の特殊性は、せいぜい、通常の「合理的な同等の対価 reasonably equivalent value」の審査のなかでの強い証拠として機能する程度であるとしている。

以上の議論を行った上で、本件においては、「traial」の「合理的な同等の対価 reasonably equivalent value」が存在しないと決めた判断は適切であり、したがって、維持するべきであると判示している。一連の訴訟においては、「trial」についての役割分担がいかなるものであるか、という論点もあるが、本稿においては、議論しない。

5　統一詐害取引法 The Uniform Fraudulent Transfer Act (UFTA) (1984)

ともかくも、こうして、それぞれの裁判例によって異なる意見が出され、担保権の実行 foreclosure が詐害取引になるか否かについては判例法の統一が望まれることになった[76] [77]。もちろん、制定の原因となる法の変容はこれのみに留まらないが[78]、本文においては、本稿の目的――

---

[76] UFTA, Prefatory Note, UFTA 制定理由その④、 ULA, *supra* note 75, at 268.

[77] http://www.nccusl.org/Update/uniformact _factsheets/uniformacts-fs-ufta.asp (The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws ホームページ； NCCUSL) (2004.11. 3時点) によれば、

「"**ORIGIN** : The Uniform Fraudulent Transfer Act, completed by the Uniform Law Commissioners in 1984, revises the Uniform Fraudulent Conveyance Act of 1918"」とあり、**The Uniform Fraudulent Conveyance Act** (1918)が、1984年に、**The Uniform Fraudulent Transfer Act** に改正されたことがわかる。

さらに、現在、以下の州が採択している。

STATE ADOPTIONS:

Alabama	Iowa	North Dakota
Arizona	Kansas	Ohio
Arkansas	Maine	Oklahoma
California	Massachusetts	Oregon
Colorado	Michigan	Pennsylvania
Connecticut	Minnesota	Rhode Island
Delaware	Missouri	South Dakota
District of Columbia	Montana	Tennessee
Florida	Nebraska	Texas
Georgia	Nevada	Utah
Hawaii	New Hampshire	Vermont
Idaho	New Jersey	Washington
Illinois	New Mexico	West Virginia
Indiana	North Carolina	Wisconsin

2005年には、 Alaska、 Mississippi が追加されている。

http://www.nccusl.org/Update/uniformact_factsheets/uniformacts-fs-ufta.asp (2005.11.20現在)

[78] その他の、UFTA 制定の原因について説明しておこう。

① UFTA 制定の原動力となった法の変容のひとつは、先に述べた UFCA の

立法上の不備である（前注42参照）。すなわち、UFCA においては、客観的な認定を助けるために創設された UFCA 4 条の法定詐害の中に、「主観要件」が含まれていることによって、客観要件の価値が減殺されてしまうという不備が存在していた。すなわち、「法定詐害」によれば、「公正な対価」が与えられていなければ、詐害取引となるわけであるが、公正な対価が存在するといえるためには、「取引相手」が「善意」であることが必要とされる（UFTA, SUMMARY, http://www.nccusl.org/Update/uniformact_summaries/uniformacts-s-ufta.asp（2005.5.18））。

［連邦倒産法による手当て］ 改正連邦倒産法（1978）は、「法定詐害」に関わる条文である UFCA 4 条の「公正な対価 fair consideration」の中にある主観要件の存在（客観化の限界）、という問題を修正するために一定の変更を加えた。具体的には、連邦倒産法（1978）は、UFCA の要件である、2 つの要素（「合理的な同等の対価 reasonably equivalent value」と、「取引相手」の「善意 good faith」）を含む「公正な対価 fair consideration」の要件から、主観要件である「取引相手」の「善意 good faith」を取り去り、「合理的な同等の対価 reasonably equivalent value」という客観要件に純化させた。そして、「公正な対価 fair consideration」から、取り去られた主観要件である、「取引相手」の「善意 good faith」は、「抗弁」として別条に規定し直された。すなわち、「取引相手」が、従事した取引における詐害性について、「善意 good faith」であることを主張・立証し得たなら、取消しの効果を一部、または、全部制限することができるようになったわけである（UFTA, Prefatory Note, ULA, *supra* note 1, at 269-270）。（「合理的な同等の対価 reasonably equivalent value」に関しては548条(a)(B)(i)を参照されたい。「善意 good faith」に関しては548条(c)、550条(b)(1)、(2)、550条(e)(1)を参照されたい。併せて、UFTA, Prefatory Note, ULA, *supra* note 1, at 269-270, SUMMARY も参照されたい。）

［二つの要件の維持］ こうして、連邦倒産法は、「現実の詐害」「法定詐害」という二つの枠組みは維持したまま、「法定詐害」の要件をさらに客観化させることに成功した。しかし、この構成の変更は、UFCA と連邦倒産法との文言上の齟齬を意味することになる（ULA, *supra* note 1, at 268）。これは、UFCA を見直す契機の一つとなった。（Prefatory Note の UFTA 制定理由その①（ULA, *supra* note 1, at 268）、また、ULC ホームページ、Why States Should Adopt the.... は、「統一性は、州と州との問題だけではなく、州と連邦との間の問題でもある。」と記述している。）

［UFTA による追認］ UFTA はこの倒産法の構成を採用することにより、「客観化の限界」と「倒産法の文言との齟齬」を手当てした。すなわち、UFTA は、「fair consideration」を、「取引相手」の「善意 good faith」という主観を含ま

ない要件である「合理的な同等の対価 reasonably equivalent value」に変更した（UFTA 5条）。UFCA 7条の「現実の詐害 actual fraud」は、UFTA 4条(a)(1)にそのまま定められている。そして、「取引相手」の「good faith」は抗弁として8条に規定された。（さらに、「詐害の徴憑 badges of fraud」は、4条(b)に列挙されている。これは、従来どおり、「詐害の意図」（4条(a)(1)）を推定しない。この点については、ULA, 7A, PART Ⅱ, Master Edition. p, 303(6), Blum, *supra* note 1, at 76等を参照されたい。）

その結果、「現実の詐害」の場合であっても、「取引相手」が「善意 good faith」で、かつ、「取引相手」が「合理的な同等の対価 reasonably equivalent value」を支払っていれば完全に取消訴訟を防御できることになる（8条(a)）。そして、「reasonably equivalent value」を支払っていない場合、取引は取り消されることになるが、既に支払った「対価」の限りで一定の保護を受けられる（8条(b)）（Prefatory Note, ULA, *supra* note 1, at 270.）。「法定詐害」の場合は、取り消され得るが、「取引相手」が「善意 good faith」であれば、支払った対価の限りで保護される（8条(d)）。

［小括］ こうして、UFTA は倒産法にならうことにより、UFCA の立法上の不備を治癒した。結果、伝統的な二つの要件は維持されることになる。すなわち、UFTA は、「現実の詐害」「法定詐害」の二つの要件を持つ。さらに、「法定詐害」はより客観化されることになる。そして、「法定詐害」から主観要件である、「取引相手」の「善意 good faith」が取り去られ、抗弁として別条に規定された。（特徴的なのは、UFTA の構成が、「現在・将来の債権者に対して」という構成を採用していることである。債権者を取引時に債権者である（現在の債権者）か、取引後に債権者になるのかによって、取り消せる詐害取引を区別した。これによって、どの時点での債権者がどの範囲で UFTA による救済を受けられるかが明確になった。）

以下に、条文の構成について説明する。

4条(a)(1)に「現実の詐害 actual fraud」がある。また、5条(a)の（本稿において中心的に紹介する）「法定詐害 constructive fraud」の他に、4条の(a)の(2)に二つの「法定詐害」の規定がある。

4条(a)(2)により「法定詐害」とされる取引は、自己のビジネスにとって「不合理なほど過少な資本 unreasonably small capital」の債務者企業による、「合理的な同等の対価 reasonably equivalent value」が支払われていない取引（(a)(2)(i)）（UFCA 5条に類似）や、満期に債権者に対して支払えないことを認識した債務者による、「合理的な同等の対価 reasonably equivalent value」が支払われない取引（(a)(2)(ii)）である。

以下に、条文を掲載する。

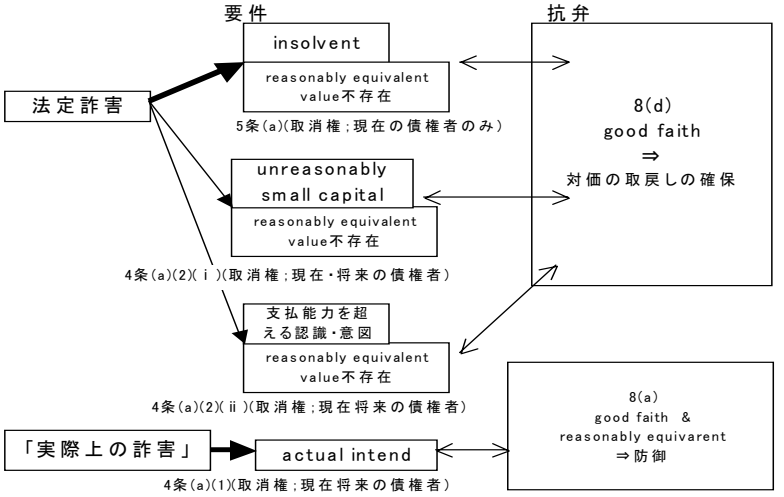
UFTA 4条（現在と将来の債権者に対して詐害的である取引）

(a)(1)　債務者に現実の詐害意図がある場合。（UFTA 4条(a)(1)エリザベス法以来の「現実の詐害 actual fraud」、UFCA 7条と同じ）。

(a)(2)　債務者に対して、取引や義務の引き受けの対価として、公正な対価が支払われていない。及び、債務者が、ｉ債務者の行うビジネスに関して、不合理に少ない資本しか有していない場合。ii若しくは、満期に、その支払う能力を超えることを意図して、または認識して、または、認識すべきである場合。

UFTA 5条（現在の債権者に対してのみ詐害的である取引）

(a)　債務超過である債務者による公正な対価の支払われていない取引を行った場合、または、公正な対価の支払われていない取引によって、債務者が債務超過になる場合、現在の債権者は資産を取り戻せる。（UFCA の「法定詐害 constructive fraud」4条とほぼ同じ。）



図：UFTA 要件・抗弁見取図（改正連邦倒産法1978にならい要件から主観的要素を分離する）

②　同じく、UFCA の解釈の不明確性の原因として、「統一会社法」「Uniform Commercial Code」による法の変容が挙げられる。

会社法の配当規制や、（当時既に50州で採用されていた）「統一商事法典

「債権者保護に着目した際の詐害取引法の存在意義に関する議論」――に照らして、担保権実行に対する詐害行為取消しの可否についての統一法の態度決定（「ずれ」についての手当て）を中心に取り上げる。なお、UFTA においては偏頗弁済についての一定の態度決定が行なわれている[79]。

Uniform Commercial Code」の存在は、詐害取引法に対して一定の対処を要求することになる。これらの債権者債務者を規律する新しい制定法時代の要請にかなうものであったとするならば、それらの制定法を尊重するという態度がとられることになる。

「会社法」：統一会社法の改正に従事していた会社法に関する委員会は、ULC に対して、会社法の配当規制と、詐害取引法とを一致させるかどうかについて、検討するように要請していた（Prefatory Note、制定理由(2)、ULA, *supra* note 1, at 268）。

「U.C.C.」：U.C.C.は、包括「人的資産」譲渡担保について、有効にし、且つ、譲渡人の一般債権者に対して、担保権の効力を対抗できるように統一法を提供することになった。この UCC による統一に併せて、一般債権者の保護についての規制である詐害取引法も一定の立場を示す必要が出てきたということのようである（Prefatory Note、制定理由(3)、ULA, *supra* note 1, at 268）。

以上の問題について、UFTA 4 条(b)（「現実の詐害」を定める）の注釈（Comment）は、UFTA 4 条(b)の規定が U.C.C.の所有権留保（2-402(2)条）、担保物の利用の承認（9-205条）、対抗力の具備（9-301条）、包括譲渡（6-105条）に（そこに定める債権者保護を緩める方向に）「影響を与えようとするものでは一切ない」としつつも、「しかし、U.C.C.所定の手続の遵守は、詐害取消しを免れさせるものではない（U.C.C の手続を遵守していたとしても、債務超過債務者による対価の支払われない取引（obligaiton or transfer）は無効となる）」として調整を図る旨を述べている。（ULA, *supra* note 1, at 305.）また、UFTA は、8 条(e)(2)において、U.C.C. 9 編 5 章にしたがった担保権の実行は、詐害取引には当たらないとしている。

③　さらに、UFCA 下における重要な判例法の展開を確認すること。この点については、前注119参照を参照されたい。

④　他にも、ABA が、弁護士が、詐害取引をアドバイスすることを禁じるようになったこと等がある。これらの点については、ULA, Prefatory Note, UFTA 制定理由(5)、ULA, *supra* note 1, at 268、佐藤・前掲書注 4 、209-210 頁、Kennedy, *supra* note 4（佐藤・前掲注 4 論文参照）にも挙げられている。

[79] UFTA においては、偏頗の問題について、一定の態度決定が行われている。

すなわち、Insider による偏頗弁済を詐害取引であるとした（UFTA 5 条(b)；preferential transfer）。

Preferential transfer, Insider の概念は、州法としての詐害取引法においては新設されたものである（Prefatory Note, ULA, *supra* note 75, at 270）が、「詐害の徴憑 badges of fraud」、UFCA 下の判例法や倒産法には Insider に関する一定のルールが存在している。例えば、倒産法は「偏頗取消し」（547条）を行使する場合、Insider に対しては、倒産手続開始の申立て前 1 年以内の取引まで取り消され得るとしている（547条(b)(4)(B)；outsider なら90日）。このように、Insider に対しては、相対的に取消しが認められやすい構成になっている。そして、Preferential transfer の抗弁としては、倒産法547条(c)(2)、(4)の抗弁が採用されている。すなわち、債務者を再建しようとする努力によって行われたものであるならば、取消しの対象とはならない。（ちなみに、Bump, *supra* note 1, at 96の Relation の項目によると、親戚等の関係の者は、詐害を行いやすいとして「詐害の徴憑 badges of fraud」となっている。ULC, Summary, UFTA, Prefatory Note, ULA, *supra* note 1, at 270によれば、この親戚をはじめビジネスパートナーが「内部者 insider」とされる。）

しかし、先述（前注 9 、43、81）の通り、詐害取引法と偏頗弁済禁止法の関係（詐害行為と偏頗行為の関係）は、理論上、不明であった（ただし、詐害行為と偏頗行為とが異なるものであるという前提に立ったとしても、詐害取引法の中において倒産法上の偏頗行為禁止の前倒しとして、偏頗行為を禁止するという法制はあり得る）。この理論的な問題には解答を与えないままに、連邦倒産法の範疇とされていた偏頗行為 preference を（Insider に限ったとしても）詐害取引法に組み入れたとも評価し得ることにより、問題が残ることになる。すなわち、理論上、偏頗行為と見ることができる行為を詐害取引法で扱うことの可否についての理由に関しての議論はなされていない。

以下に条文を掲載する。

UFTA 5 条

(b)　「債務超過」の「債務者」による「内部者 insider」との取引、かつ、「債務者」に対して合理的な対価が支払われていないものは、現在の債権者に対して詐害取引となる。

（ULC, SUMMARY, UFTA, Prefatory Note, ULA, *supra* note 1, at 270によれば、内部者の側が、「債務者の資金状態が債務超過ではない」との思いに至った証拠を提示すると、責任を負わない。）

また、偏頗弁済に関連して、「先立つ負債に対する担保権の設定」は、

UFTA 制定の原動力となった法の変容と言える。

UFCA においては、担保権の設定行為への詐害取引法の適用を考える際に「公正な対価 fair consideration が支払われている」とは如何なる状況を指すのかについて、解釈上の問題が発生していた。これについて、UFCA は態度決定を迫られることになる。そしてその態度決定は UFTA によってなされることになった（UFTA Prefatory Note ULA, *supra* note 1, at 270, comment (3) ULA, *supra* note 1, at 296.）。

解釈上の問題とは以下のようなものである。「債務超過」の「債務者」が、先立つ負債を担保するために、資産に担保権を設定したとする。この取引において、担保権者は、(1)「資産全部の価値」と、「先立つ負債」を交換する取引をしているとも解釈し得るし、また、(2)「資産における担保権によって把握されている部分の価値」と「先立つ負債」が交換されているとも解釈し得る。このように、先立つ負債に対しての担保権の設定行為について、「何れの価値と、何れの価値」が交換されているかが問題となっていた。

前者の立場(1)によれば、担保に供されている資産全体15が、被担保債権10より多い場合は、「公正な対価 fair consideration」が与えられていないとして、UFCA 4 条により取り消される可能性がある。そこで、倒産法548条(a)（2(A)）は、「担保権の設定行為は、通常、（移転される資産と担保される負債との不一致にかかわらず）『合理的な同等の対価 reasonably equivalent value』が与えられている」として後者の解釈を採用することを宣言した。UFTA はこの倒産法の立場を採用することを明確に示した（UFTA Prefatory Note ULA, *supra* note 1, at 270; comment (3) ULA, *supra* note 1, at 296.）。

しかし、先立つ負債への担保権の設定が、全く詐害取引とならわないわけではない。被担保債権より多くの価値を担保しようとする担保権の設定は、「対価」が支払われていないということになり詐害取引となる In re Peoria Braumeister Co., 138 F.2d 520, 523 (7th Cir. 1943)。このケースにおいては、実際の負債額は2500ドルの負債だったにもかかわらず、3000ドルの手形が被担保債権とされ、家財によって担保するとされた事例を詐害的であるとと取り消しが認められている。すなわち、負債の負担行為自体が「詐害の意図」（前記の例のような場合は、「法定詐害 constructive fraud」（fair consideration が支払われていない）にも当たるが、「現実の詐害 actual fraud」（債務者の「債権者を害そうという意図」がある）にも当たるであろう）を有した上で行われているような場合は、担保取引も詐害的になるということである。

先立つ負債のための担保権の設定は、実質的には、優先弁済（偏頗弁済）と同じであると解説される（**内田**貴『民法Ⅲ（第２版）』（東京大学出版会、2004、初出1996）310頁）。「偏頗弁済 voidable preferences」や、「担保権の設定行為」

5.1　［UFTA の態度決定――取消し否定］

結論から先に言えば、UFTA は、伝統的な「現実の詐害」「法定詐害」を維持しつつ、「法定詐害」について生じたところの、この担保権実行 foreclosure についての判例の「ゆらぎ」に対して、③ Lawyers Title Ins. Corp. v. Madrid, 21 B.R. 424 (B.A.P. 9th Cir. 1982) におけるルールを採用するにいたった。すなわち、UFTA には、「適正な手続にしたがって行われた、担保権実行による売買 foreclosure sale によって、債務者に支払われた対価は合理的な同等の対価 reasonably equivalent value を構成する」と規定される（3 条(b)）[80] ことになったのである。このように、UFTA は、詐害の意図が存在し得ない担保権実行 foreclosure は、原則、詐害取引法の適用を受けないというルールを採用することによって、この議論に決着をつけた。

5.2　［裁判例対立の意味付け ――「ずれ」の現われ］

そして、これらの判例法の対立は、先に紹介してきた、エリザベス法・UFCA における理論上の問題（「ずれ」の問題）の現われと理解することもできた（先述）。すなわち、③判決法廷意見は、一見、法定詐害に当てはまるように見える foreclosure sale でも、公的に監視されているというその仕組み上、この取引においては、「債務者の債権者を害そう

は、（解釈上は、以上に述べたように“取り消される恐れ”があるが）UFCA の判例法における一般論としては、「取り消され得ない」ということになっている。したがって、この「UFTA による確認」によって、結論的には、この一般論と均衡が採られたことになる。ただし、既に述べたように、近時は、実質的に、偏頗弁済も詐害になるように判例が動いていると分析するものもある（Note, *supra* note 22, at 499-502）。また、この UFTA の comment (3) においても、この類型においても、一定程度、債務者の態様と取消しの成否を関わらせるような留保が設定されており、本文にて取り上げた担保権実行についての判例法においても同様の留保が設定されていることには注意を要する。これについては、詐害取引法の存在意義を詰めた後に、分析することにする。）

[80] UFTA 3 条(b)の解説は、公的な競売における売却価格が「合理的な同等の対価 reasonably equivalent value」の額であると説明している（ULA, *supra* note 1, at 270, at 296-297）。

という主観的な意図」や、「買受人の悪意 bad faith」は存在し得ないので法定詐害にはなり得ない（オリジナルな意味においての「詐害の意図」が存在し得ない foreclosure は法定詐害によっては取り消し得ないとしている）と説示しており、このことから、この議論は、「法定詐害」をオリジナルな意味における「詐害の意図」を超えない範囲に抑えようとしているように見える。

この見方によれば、③法廷意見は、法定詐害が、「詐害の意図」から「ずれ」る問題（先述）について、法定詐害を狭く理解し、「詐害の意図」を超えない範囲で機能するように（「ずれ」を無くす方向に）解釈しているわけである。これに対して、③反対意見は、（「詐害の意図」の不存在は、「合理的に対等な対価 reasonably equivalent value」を判定するための一要素であるとして）「法定詐害」の機能する範囲を、法廷意見よりも広く（「ずれ」を広く認める方向に）解釈していることになる。

以上より、これらの判例法の対立は、実は、「新しい取引」に対して、「法定詐害」を適用しようとすると、「債権者を害する意図」を超えてゆくことがあり得て（「ずれ」）、その「ずれ」を如何なる程度認めるべきなのか、という先に指摘した理論上の問題に関して、異なった判断をしていることにより生じているという見方もできることになる。こうして、この判例法の対立は、理論上の問題が未解決であることによって、当然に、実務に生じる「ゆらぎ」と評価し得ることになる[81]。加えて確認しておかなければならないのは、③判決の反対意見でさえ、「詐害の意図」の存否が、文言の建前 ――「債務者の意図」にかかわらずに…無効となる ―― に反して、「一要素」として「取消しの成否」に影響することを認めていることである。「債務者の主観」「法定詐害」の関係がやはり問題となることになる。

他方、この foreclosure の問題という法制度が態度決定を行っていなかった問題において詐害取引法の要件論に現れた「ずれの程度」（すな

[81] そうであるならば、同様に、詐害取消しと偏頗弁済禁止の関係についても「詐害取引法の存在意義」が詰められていないがために「偏頗弁済禁止」の意味が認識し得ないという意味において、「詐害取引法の存在意義に関する議論の不在」の一例として位置付けることができるだろう（偏頗弁済については、前注９、43を参照）。

わち、「法定詐害の拡張の限界」）の問題について、それを決する「理論」を、社会構造・社会政策に求める議論の萌芽も見られている（②判決の反対意見参照）[82]。ここに、裁判例においては、既に、条文の文言を超えたところにおいて議論が行われており、それらの考慮要素が条文の意味についての議論に影響していることが確認されるだろう。果たして、後の学説における議論が、UFTA によって積み残された、「ずれの程度」――詐害取引法、とりわけ「法定詐害」の存在意義――を考えるにあたって、②判決について行われたこれらの議論と同種のものが再論されることになることを、ここにおいて付言しておこう。

5.3　［UFTA の態度決定の意味付け］――現状追認

それでは、この UFCA 倒産法下における「ゆらぎ」――「ずれの問題」の現れ――に対しての UFTA の対処が如何なるものであったのかを、まとめとして、確認しておこう。

UFTA は、「ゆらぎ」について、特定の判決（③）の結論を採用する旨を明言するに留まり、原因となる理論上の問題――債権者の保護のために必要な「ずれの程度」「存在意義」の特定――に対して、根本的な手当てを行うものではなかった。このことが、後の問題の理論的な布石となってゆく[83]。

---

[82] ②判決反対意見では、倒産法67条(d)（現行連邦倒産法548条）が担保法の機能を害するという理由から、「法定詐害」の適用の否定が主張されている。ここには、担保権実行が、文言上、法定詐害にあたるのか否かには留まらない考慮が見て取れる。

[83] なお、以上は、UFTA の態度決定についてのものであるが、この「ゆらぎ」は倒産法において顕在化したものである。そこで、倒産法の側面においてこの問題は如何に扱われたのかについても一言述べておく。倒産法の局面においては、BFP v. Resolution Trust Corp., 511 U.S. 531(1994)が、この問題を扱っている。そして、連邦最高裁法廷意見は、僅差で、③判決を踏襲している（取消し否定）法廷意見は Scalia 判事によって書かれている。それに賛同するのは、Rehnquist O'connor, Kennedy, Thomas である。これに対して、Souter 判事が反対意見を提出し、Blackmun, Stevens and Ginsburg が反対意見に賛同している（賛成５反対４）。これについての分析は、後の課題としたい。

講　　演

制度的契約論の構想

内　田　　貴

主　催　「市場環境・生活環境の秩序形成における公私の協働
　　――《公共圏》の実定法学的構造」プロジェクト

共　催　北大民事法研究会、北大公法研究会

目　次

趣旨説明　吉田　克己
講　　演　制度的契約論の構想　内田　　貴
コメント１　民法学から見た制度的契約論　池田　清治
コメント２　行政法学から見た制度的契約論　原田　大樹
〈討論〉

趣旨説明

吉田　克己

本日（2007年11月９日）は、私たちの科研基盤Ａ研究会の主催で、法務省の内田貴先生をお招きいたしまして、内田先生が最近提示され、各方面で大きな反響を惹き起こしつつある「制度的契約」の構想についてお話しいただくことになりました。この科研の研究代表を務めております関係で、研究会を始めるに当たりまして一言ご挨拶申し上げます。

私どもの科研基盤Ａのテーマは、「市場環境・生活環境の秩序形成における公私の協働」というもので、近時顕著になっている、法における公私の交錯現象を分析するとともに、それを踏まえた公私協働の可能性を追求しようというプロジェクトです。テーマが示していますように、主たる対象領域は市場環境つまり競争と、生活環境つまり狭い意味での環境です。ご存知の方も多いと思いますが、今年度の私法学会民法シンポジウムのテーマは《競争秩序と民法》でしたが、私たちの科研グループが中心となってシンポジウムをオーガナイズさせていただきました。また競争と並ぶ研究テーマの環境の方は、来年の３月４日に科研メンバーの亘理先生をオーガナイザーとして、この同じ会場で小さなシンポジウムを開催する予定にしています。

さて、このような私たちの研究プロジェクトからしましても、内田先生が提示された制度的契約論の構想は、大変関心を引くものです。近時の法現象における特徴的動向の１つとして、これまで公的機関によって秩序を介さないで供給されてきた場合やサービスについて、契約を活用して市場を通じて供給をしようという動向があります。簡単に言えば「契約化」の動向ですが、これをどのように理論化するかは、私たちの研究プロジェクトからしても大きな課題です。内田理論は、この動向について制度的契約という構想で理論化することを試みるわけです。内田理論においては、このような契約化には、提供される財やサービスの特質に伴う内在的な制約があるという観点が示されています。そして、これは引用ですけれども、「公私の領域のうち『公』の領域を狭め、『私』の論理を一般化するはずの契約化は、かえって、『私』の領域に公法的規制を要請し、公私の境界の一層の流動化をもたらすのである。」（内田貴「民営化（privatization）と契約――制度的契約論の試み（６・完）」ジュリスト1311号〔2006年〕148頁）という把握が示されているわけであります。大変魅力的な把握でして、大いに議論すべきものと思われます。

なお、今、公私の境界の流動化という観点から内田制度的契約論を位置付けましたけれども、この構想は、もう１つ、関係的契約論との関係でも位置付ける必要があります。早いものでもう15年以上前になりますが、内田先生は、1990年代の初めに『契約の再生』というご本を上梓されました。この著書とこれに続く一連の論考において展開された関係的

契約論は、これまたきわめて大きな反響を呼んだわけですが、今回の「制度的契約論」は、内田理論においては、関係的契約論とともに、現代の契約現象の全体を把握するための、いわば車の両輪という理解をされています。このような観点を前面に出したものとして、参考文献には挙げませんでしたけれども、今手許に持ってきていますが、商事法務から昨年出版されました『継続的契約と商事法務』という本がございまして、そこに内田先生は「制度的契約と関係的契約――企業年金契約を素材として」という論文を出されております。今回の研究会では、公私の交錯、その境界の流動化という観点が中心になろうかはと思いますが、関係的契約論を視野に入れた内田契約法論の全体像についての議論も排除する趣旨ではありませんので、この観点からの議論もどうぞ出していただきたいと思っております。

今日の研究会の進め方ですけれども、まず内田先生から１時間程度のご報告をいただきます。その後、民法と行政法からそれぞれ20分程度のコメントをいただく予定をしています。民法サイドからのコメンテーターは本研究科の池田清治教授に、行政法サイドからのコメンテーターは九州大学の原田大樹准教授にお願いしてあります。

池田先生については、本研究科のスタッフですので、特に紹介の必要はないと思いますけれども、原田先生については、多少の紹介をさせていただきます。原田先生の現職は、九州大学法学研究院の准教授です。行政法を専攻されていまして、2000年に九州大学法学部を卒業され、その後九州大学において修士課程・博士課程を修了され、九州大学の講師を経て、2006年から現職に着いておられます。これまでのお仕事ですが、博士論文をまとめた『自主規制の公法学的研究』というご本を有斐閣から今年の３月に出版されておられます。緻密な実証性を備えたスケールの大きな理論枠組みを提示するもので、非常に高い評価を得ていると聞いております。本研究会により関係があるものとしては、これも内田論文で引用されています「福祉契約の行政法学的分析」という論文を、九大法学部の紀要である『法政研究』の69巻４号（2003年）に公表されておられます。原田先生の修士論文を公表したものであり、これも非常に高く評価されていると聞いております。現在、若手で最も注目されている新進気鋭の行政法研究者です。幅広い射程を持つ内田制度的契約論構

想に対するコメンテーターとして、最適の方であると思います。

以上の両先生からのコメントが終わった後、若干の休憩を取って、そのあと５時ぐらいまでを予定して、自由に議論したいと思っております。

さて、ご挨拶の最初に内田先生のご所属を法務省と紹介いたしました。それをお聞きになって、あれ？と思われた方もいるかもしれません。実は内田先生は、この10月に東京大学から法務省に移られました。債権法改正に当たられるためと聞いております。新しい職場での多忙な中、私どもの要請に快く応えて報告をお引き受けいただきましたことに、改めて厚く御礼を申し上げます。また、今日の研究会は、私どもの科研基盤Ａの主催ですが、北大民事法研究会と北大公法研究会にも、共催ということでご協力をいただいています。民事法研究会の今年の幹事は私ですので、自分に自分でお礼を言うのは何か変ですが、公法研究会の幹事は藤谷先生でして、コメンテーターの原田先生をご紹介下さったことを含めて、いろいろお世話になっています。藤谷先生にも御礼申し上げます。

最後に、本日の研究会の報告とコメント、それから議論は、録音を元に原稿化いたしまして、北大法学論集に掲載し、学界の共有財産にしたいと思っております。あらかじめその旨申し上げておきますとともに、参加の皆様のご協力をお願いする次第でございます。

講　　演
制度的契約論の構想

内田　　貴

ただいまご紹介いただきました内田です。私はこんなにたくさんの方がお見えになるとはまったく想定しておりませんで、小さな研究会で短時間しゃべるものと思って出てまいりました。１時間しゃべるということも、何か以前吉田先生からそう聞いたような気もするのですが、とてもそんな準備はございませんで、あまり中身のない話で終わってしまうかもしれませんが、最初にプレゼンテーションさせていただきたいと思います。それから今、民事法研究会との共催という話がありましたが、私にとっては懐かしい名前で、また民事法研究会で報告できるのは大変

うれしく思います。

それでは、制度的契約の構想というタイトルで少しお話をさせていただきたいと思います。ただ今吉田先生からご紹介をいただきましたように、1990年に『契約の再生』というタイトルの本を出しまして、そこでアメリカのイアン・マクニールの「関係的契約」という社会学的概念を解釈学的に転換した理論を提唱しようといたしました。

古典的な契約の理論ではとらえられていなかった現象を捉え得る契約法理論を構築しようと考えたわけです。アメリカのイアン・マクニールの理論は非常に社会学的な色彩が強いように私には思えましたけれども、私の場合には日本の裁判例が、特に下級審ですけれども、一般条項の解釈適用を通じて形成していた契約法規範を説明し、正当化する解釈論を、この概念を使って提示しようとしたわけです。

ところで、解釈論というのはもともとドメスティックな特定の実定法体系に拘束されたものです。しかし、解釈論としての関係的契約理論も、そこで想定している関係的契約規範が普遍性を持つ限りにおいて、他の国々にも妥当する、ある程度の普遍性を持つことになります。関係的契約規範がほかの国々にも同様に見られるのであれば、解釈の対象となるテキストがそこにもあるわけですから、それを解釈し、説明し、正当化する理論としての関係的契約理論には一定の普遍性が生じ、特定の実定法体系に制約されない思考枠組みとなり得るわけです。

例えば、不当な契約交渉破棄に代表されるような契約交渉過程での責任が、多くの国々で認められるようになっているわけですが、それを説明し正当化する理論としての関係的契約理論は、国境を越えた射程を持つということになります。

現在ヨーロッパでも、関係的契約という言葉あるいは概念が、法律学者の間で広く用いられておりますけれども、この事実は、私が用いたような意味での解釈理論としての関係的契約理論の射程の広さ、ないし普遍性を物語っているのではないかと思います。こうして、関係的契約理論は現代社会における契約規範の拡大現象を把握するための普遍性の高い解釈理論として意味を持ち得ると感じるわけです。ところが、現代の契約現象の中にはこの理論でとらえ切れないものがある、ということが、当初からずっと私の心に引っ掛かっておりました。

その代表的なものが、いわゆる public utility 契約、例えば電気、ガス、水道、電話などの契約です。こういった契約は、通常は長期間継続しますので、その意味においては継続的契約の一種です。ドイツの継続的債務関係のまさに代表的なものであるわけです。

しかし、通常これらの契約は、契約条件がほとんど完全に書面化されており、それによって規律されているという意味では、関係的契約と対比された意味での古典的契約ないし単発型契約の特質を持っています。

しかし、単発型契約や古典的契約で想定されているような、当事者の意思による契約内容の決定があるかというと、これはないわけです。そこで、伝統的な契約法理論は、約款論あるいは附合契約論によって説明を試みてきました。つまり、こういった契約は附合契約性があって、当事者の力関係によって一方が相手方の提示した契約条件に完全に附合せざるを得ないと、そういう説明をしてきたわけです。この説明は、本来は交渉による合意があるべき姿であるという理解に立っています。

しかし、public utility 契約と呼ばれる契約は、個別当事者が交渉して、自分の契約についてだけ契約条件を修正するというようなことはもちろん認められません。これは相手方が認めないだけではなくて、客観的にも認めるべきではないと通常感じられていると思います。仮にそのようなことを認めて、特定のユーザーだけ料金を割引するというような扱いをすれば、正義公平に反するという非難を受けるだろうと思います。

もしこの判断が正しいのであれば、この点を従来の契約理論では説明できません。従来の約款論は個別合意が約款に優先すると説いてきたわけですから、これでは説明できません。また関係的契約理論によっても説明できません。したがって、関係的契約理論は、現代の契約現象を把握するための理論としては、まだ不完全であると感じていたわけです。

その後、この問題がずっと気に掛かっていたのですけれども、やがて、ある種の契約は制度であって、伝統的な契約とは違った捉え方をすべきなのではないかと考えるようになりました。約款論には古くから制度理論というのがありますけれども、この制度理論は、今ではもうほとんど顧みられません。しかし、実はこの制度理論はある種の真実を捉えていたのではないかと感じるようになりました。

制度理論を説いたオーリウの理論などは、いま読みますとあまりにも

特殊で、とてもそのままでは現代の社会では使えないように思えますけれども、しかしその中に重要な真理が含まれているのではないかと考えるようになったわけです。そこで、public utility 契約などを制度的契約という観点から理論化してみたいと考えるようになりました。しかも、この制度的契約という視点は、意外に射程が広いという直感を持っておりました。

例えば、政治理論に社会契約論というのがありますが、社会契約論で言われるところの契約は、どう見ても民法が典型的に想定している契約ではないように思います。社会契約というのは単なる比喩の域を出ないのかどうか、契約法を専門にする者として非常に気掛かりであった点です。これも、制度的契約という視点を入れることによって説明できると感じるようになりました。

今申しましたような直感は、まったく自分の頭の中から出てきたもので、何かを読んで得たというものではありません。ただそれを理論的に詰めるだけの時間が確保できませんでした。法科大学院が導入された後の大学は教育負担が重く、まったくまとまった時間がとれないものですから、直観を理論的に発展させることができない状態が続きました。

はじめから雑談になって申し訳ないですが、以前米倉先生があるところに書かれたエッセイにこんなことが書かれていました。法科大学院ができて研究時間がなくなっている。研究時間というのはまとまった時間が必要なので、同じ何十時間、何百時間でも、こま切れがたくさん集積して何百時間あるじゃないですかと言われたって、そんなもので論文は書けない、と。まさにそうで、やはりまとまった時間がないと、こういう着想を詰めていくということはできないように思います。

そこで何とかそのための研究時間を確保したいと思いまして、半年間サバティカルを取りました。東大法学部では10年働くと１年休めるという制度があるのですが、５年で半年休んでもいいというふうになっていまして、そこで前に取ってから５年たったところで半年間サバティカルを取りました。

前にサバティカルを取ったときは日本にいたのですが、これは失敗で、まったくサバティカルではなくなってしまいました。大学の授業こそないけれども雑用がいっぱい降ってくるという状態でしたので、何として

も国外に出ないといけないと考えました。しかし、新しい刺激的な場所へ行くと、今度はそれに目を奪われて、自分の研究なんかできなくなってしまうので、そういうことのない場所へ行きたいということで、20年前に行ったコーネル大学にもう一度行くことにいたしました。

20年前の友人達がまだそのままおりまして、当時駆け出しの助教授であったロバート・ヒルマンなど立派な教授になっておりまして、非常に面白かったです。アメリカの田舎町は20年たってもあまり変わりませんので、どこに行けば何を買えるということも分かっていますし、着いた日からすぐ仕事ができるという環境を整えてもらいました。そこで論文の大筋を書いたわけです。

これまた余談で申し訳ないですが、コーネルでの滞在中は四六時中論文のことだけを考えて過ごしました。コーネル大学のある町は、以前の滞在から20歳年をとった私にはちょっと寒すぎて、冬には外も歩けない状態でしたので、毎日毎日朝から晩まで論文のことばかり考えているという生活をいたしました。まさに至福のときを過ごしたわけで、これぞ自分が研究者として理想と考えた生活だと感じましたし、もしこの時間をずっと与えてもらえるなら、毎年こういう論文が書けるのにと感じました。

ところで、以前関係的契約理論を提唱したとき、私の理論はイアン・マクニールから着想を得たものであったわけですが、解釈論として再構成をしましたので、社会学理論としての性格が強いマクニールの理論とはずいぶん様相の違ったものになりました。かつまた、正当化の理論としてハーバーマスなどを援用しましたので、とてもマクニールとは似ても似つかないものになりました。

ハーバーマスを研究している方からはハーバーマスの理解がおかしいと言われたのですが、別にハーバーマスの解釈をしているわけではないので、バーバーマスそのものではありません。結局、マクニールでもハーバーマスでもない、何かグロテスクなものが出来上がっているので、ある学者から、お前のものを理解するには誰のものを読めばいいのだと聞かれたことがあります。初めはその意味がよく分からなかったのですが、要するに欧米の誰かの理論を下敷きにして、それを日本語に置き換えるのが学問であるという理解が前提になっていると知ってびっくりしたの

ですが、そういうものではありませんでした。

制度的契約理論についても、種本になったような誰かの理論があるわけではありません。同様の理論を先に主張している人が、おそらく世界のどこかにいると思いますけれども、単に私はそれを知らないだけです。ただ、この着想を、数年前にパリで開かれたパリ大学とコーネル大学の共催の研究会で話したところ、そこにいた人は、そんな理論は聞いたことがないから、早く英語で発表した方がいいと助言してくれましたので、欧米でも必ずしも常識というわけではないのかも知れません。

帰国後さらに理論を詰めて発表したいと考えていたのですが、サバティカルが明けてからは、サバティカル前よりも忙しくなってしまいまして、論文をジュリストに公表するまでに１年余りかかってしまいました。その後、最初にちょっとご紹介がありましたように、債権法を中心とした民法の抜本改正の準備が始まったのですが、こちらは１世紀ぶりの大改正で、到底大学の教育や行政の負担と両立するものではありませんでしたので、大学の方は辞めさせていただいて、民法改正と研究だけに専念する生活をすることにいたしました。

今後、債権法改正の準備の合間を縫って、少しでも研究を発展させたいと考えております。そういう意味では、今回こういう機会を作っていただいて、ご批判を受けることができるというのは、大変私にとってはありがたいことでございます。あらためてお礼を申し上げたいと思います。

ところで、制度的契約理論の中身は、最初にご紹介いただいた『ジュリスト』の論文に書いたのですが、実はサバティカルを取って理論的に詰める前に、この理論を実践で試す機会を与えられるという幸運がありました。そのことをちょっとご紹介したいと思います。

私が常日ごろから尊敬しているある高位の方から、自分の友人の弁護士の事務所で抱えている厄介な事件がある、お前に相談したいと言っているので会ってやってくれないかというご依頼がありました。こういう裁判のご相談はよくあるのですけれども、原則として私はあまりお会いすることはないのです。しかし、このときはほかならぬその尊敬している方からのご依頼でしたので、断ることもできないと考えまして、取りあえず会って話を聞くことにいたしました。それが松下福祉年金訴訟と

いう事件でした。

松下側の弁護士の方から事件の話を伺いまして、サバティカル前ですのでまだ理論的に詰める前ではあるのですが、まさにこれは自分が温めている制度的契約理論を適用できる事件であると感じました。そこで意見書の執筆を引き受けたわけです。この事件は、集団訴訟が大津地方裁判所と大阪地方裁判所の２つの裁判所で係属しまして、先行していた大津地方裁判所の事件が、裁判官の対応を見る限りどうも分が悪い、そこで意見書が欲しいというご相談でした。

幸い訴訟の進行上、時間的な余裕がありましたので、この種の意見書としては珍しく十分な準備期間を確保しまして、社会保障法の学者の意見なども弁護士を通じて聴取をし、自分の理論が使えるということを見定めた上で、意見書を書いて提出しました。自分で言うのも何ですが、この意見書はかなりインパクトがあったようでして、提出後裁判所の態度が一変したと弁護士の方が言っておられました。原告団はホームページを作っておりまして、そこに私の意見書が無断転載されたこともありまして、社会保障法の先生方にも注目していただき、論文に引用されたりもしました。

その後、サバティカルでアメリカにまいりましたけれども、コーネル大学に滞在中に、大津地方裁判所で松下電器側の全面勝訴判決が出ました。これが大津地裁の平成16年12月６日判決です。この判決は、制度的契約という言葉はもちろん使っていませんけれども、意見書に沿った内容の判決でありました。原告団は直ちに控訴するとともに、急いで私の意見書を批判するための浩瀚な意見書を準備しました。それを書かれたのが、以前私の関係的契約理論を批判する大論文をお書きになった川角由和教授でございます。

川角教授の意見書は、まさに私が批判した伝統的な契約法理論の立場から論陣を張ったもので、ほぼそのまま『龍谷法学』の38巻４号に掲載されています。

ところで、大津地裁の事件が控訴審に入った段階で松下電器のいわゆるＶ字回復が明らかになります。2002年に松下電器は、創業以来初めて、連結決算で4000億円を超える巨額の赤字を出すのですが、社長がＶ字回復をやると宣言して、コストの節約その他、大変な経営努力をいたしま

して、見事にＶ字回復をして利益をあげ始めたわけです。つまり、年金の給付率を引き下げた後、相当の利益があがっているというわけで、被告松下側弁護士は控訴審の行方に危機感を深めました。そこへ川角教授から有力な意見書が出たということで、私は反論の意見書を書くことを強く求められました。

この時点では、私はすでに帰国をしておりまして多忙を極めていましたが、川角意見書を見ますと、伝統的な法律学から予想される典型的な議論が大変パワフルになされておりますので、これに対して反論するということは、制度的契約理論に対する学界からの予想される典型的批判に対する反論をあらかじめやっておくに等しく、それならば自分の研究にもつながると反論の執筆を引き受けることにいたしました。

ちなみに川角教授は、先ほども申しましたように、関係的契約理論を批判する大論文をお書きになりまして、これは『島大法学』に掲載されています。そこでは私の理論を激しく批判されているのですけれども、私としては、自分の論文を批判することを目的にこのような長大な論文を書いていただいたことを大変光栄に感じまして、学問上の見解の違いは別として、川角先生に対しては大いに敬意を表しました。

それもありまして、その後川角先生とは良好な人間関係を築いております。お互いに敬意を持って、書くときには激しく批判し合うという、学者としては願ってもない関係です。このたびの川角意見書も、大変力のこもったものでしたので、きちんと応接するのが学問的礼儀であろうとも感じました。

そこで、控訴審に第２意見書を提出いたしました。この第２意見書は、原告団のホームページには掲載されなかったのではないかと思います。全部をチェックはしておりませんが。

この意見書を書いたときには、アメリカでの研究を終えて帰国した後でしたので、制度的契約理論について十分理論的に根拠付けができるという確信を持っておりました。そこで、第１意見書のときよりも自信を持って書くことができました。

その後まもなく、大阪地裁の事件で松下電器は全面勝訴し、判決は、制度的契約という言葉は使っていませんけれども、やはり意見書に沿った論理で展開されました。これが平成17年９月26日の大阪地裁判決です。

そして、大津と大阪の両方の集団訴訟の控訴審判決が、翌年大阪高裁で同時に出ます。これが平成18年11月28日で、松下の全面勝訴でありました。上告受理の申し立てがなされましたけれども、最高裁第一小法廷が、平成19年５月23日に不受理の決定をしまして、原告敗訴が確定したわけです。

大阪高裁判決が出たときに、『労働法律旬報』という雑誌でこの判決についての特集が組まれまして、原告側の方々が書かれた特集ですけれども、川角教授もそこに寄稿されています（「松下年金契約訴訟大阪高裁判決―民法学の視点から」労働法律旬報1650号（2007年６月下旬号）17頁）。ただ、そこでの議論は伝統的な約款論に立って個別の開示が必要であるといった主張が繰り返されているだけで、特に新しい議論はなされていないように思います。

さて、松下福祉年金訴訟の難しい法的争点は２つありました。第一に、松下幸之助が作った松下福祉年金という年金契約において、一律２％の給付利率引き下げがなされたわけですが、この引き下げを正当化するには、一種の事情変更による契約改訂を肯定する必要があります。一般に、事情変更の原則や契約改訂自体、裁判所にそれを認めさせるのは難しいわけですが、とりわけこの事件には次のような難しさがありました。すなわち、松下福祉年金においては、退職者は退職のときに退職金を会社に預けて、そこで年金契約を締結するわけですが、個別の契約単位で考えますと、最近退職した方については、年金契約を締結してから給付利率の２％引下げを会社が決める時点まで、あまり時間が経過していませんでした。つまり、契約締結時と引下げ時の間に事情変更があったかというと、必ずしもそうは言えないという事案でありました。これは古典的な契約理論、つまり個別の契約単位で事情変更の適用を考える限り、契約改訂を求める側にとっては致命的な弱点だったわけです。

第２の難しい争点として、事情変更の原則について、最高裁は、五十嵐先生をはじめとする学説を受け入れて、肯定的な適用こそとしないものの、要件は明らかにしておりますが、その中で、「契約通りの履行を強制することが信義則に反する」という要件が挙げられています。

松下福祉年金事件の場合、年金の原資となっているお金は退職者の退職金だけではなく、それにプラスアルファがあるわけですが、しかし、

その原資は基金として分別管理されてはおりません。年金基金として独立運用されているわけではなかったのです。いわば松下電器の一般の財産と混合した状態です。そうなると、契約通りの履行を強制することが信義則に反するという要件を具備するためには、従来通りの給付率の年金を支給し続けたのでは松下本体が傾くという事情が要求されるようにも思われるわけです。

このまま払い続けると、会社が大変なことになる。サブリースの場合はまさにそういう事情がありまして、最初の契約通り賃料の値上げをし続けていきますと、大手不動産会社がつぶれかねないということが数値として出ておりました。これに対して、松下福祉年金に関しては、松下電器がこの程度の年金の負担でつぶれるということは、とても考えられなかったわけです。そこで事情変更の原則の要件が充足されるのかという問題がありました。

以上のような難しい争点のうち、第１の点、つまり事情変更の原則を個別契約ごとに適用すべきなのかどうかという点については、次のように論じました。すなわち事情変更の原則は、当事者がいったん合意した契約をどのような要件のもとに改訂、あるいは解除できるかという法理であるわけですけれども、もともとこの法理は、将来の事情変更にどう対処していくかということを含めて、個別交渉による契約内容の決定が可能な契約を想定しています。個別の交渉の中で将来のリスクについての合意がなされ得るということが前提になっている。だからこそ、契約締結時の当事者の予見可能性の有無が要件として入るわけです。

ところが、制度的契約一般に言えることですが、松下電器の福祉年金契約の場合も、個別の当事者が契約締結の時点で将来の事情変更についてのリスク分配を合意によって行う、というようなことは想定されていません。特定の退職者との関係で、将来のリスクを考慮してあなたの場合は何パーセントにしましょう、などという交渉はまったく想定されていないわけです。つまり、リスクの引き受けがあったかどうかを契約締結時の当事者の意思を探求することで判断をするというアプローチがまったく不適切な契約類型であると言うことができるように思います。

したがって、契約条件の改訂の可否とかその要件についても、通常の契約のように契約締結時の当事者の意思を探るのではなくて、制度的契

約としての統一的、画一的な性格を考慮して、一定の制度的仕組みの中で検討する必要があるように思われます。

事情が変わったかどうかという判断についても、個別契約ごとに行うのではなくて、あくまで１つの年金制度として、現在の給付利率が決まったときと比べて、前提条件が大きく変動したと言えるかどうかという観点から考えるべきだということになります。

もしこの種の年金契約について個別契約ごとに事情変更の原則を適用したとしますと、ある年の退職者については、契約締結時から現在までの間に長い時間が流れて事情変更があったということで事情変更を認める、しかし、別の年の退職者にはこれを認めないということですから、その境界の部分を見ますと、ある年の退職者には事情変更を認めて給付利率の引き下げを認め、翌年の退職者には引き下げを認めないという結論が出てくることになります。

これは、個別契約の発想からすると当然のことなのですが、年金制度の運用という観点から言うと、甚だしい不公平と感じられるわけです。こういう特質は、まさに制度的契約の視点によって初めて把握可能になるのではないかと思います。

その上で、今度は契約改訂を肯定するための理論、事情変更による契約改訂を裁判所に認めさせるための理論が必要になるわけですが、その理論としては、就業規則の不利益変更の法理などを参考にして、長期契約における柔軟性原理の表われとして契約改訂を正当化し、そういう趣旨の規定が、年金規程という約款の中にも反映しているという指摘をしました。年金規程には文字通りそれを書いた条文はないのですが、それを前提としていると解される条文がありました。それに加えて、企業年金制度という観点から見れば、現役の従業員との不公平さ、あるいは退職時期のずれによる不公平さといったことに留意する必要があることを指摘いたしました。実際には、現役従業員が生み出した利益によって年金の原資が補填されていたわけですが、現役の従業員については、松下電器はその後福祉年金制度を廃止いたしまして、ある時期以降の従業員については、キャッシュバランスプランという、預けたお金の運用を前提とした年金制度に切り替えていたのです。これは日本の企業年金制度改革によって導入された新しいシステムです。

当初の松下福祉年金は、給付利率が10％で固定されておりまして、ずっと10％が支給されていました。これは当初はともかく、その後は、べらぼうな給付率であったわけですが、それが少しずつ将来に向かって段階的に下げられて、直近の退職者で確か7.5％になっていたと思います。

しかし2002年以降の退職者にはもうこの制度は適用しないということになったのです。導入されたキャッシュバランスプランの場合、給付利率は運用実績を反映して決まるわけですが、導入時の利率は3.5％でした。ですから、現役従業員はどう頑張っても3.5％なのに、それ以前の退職者には自分たちが稼いだお金でもって最低でも7.5％というような利率で年金を支給するわけです。やはり年金制度である以上、現役従業員との利益のバランスを考慮しなければいけないだろうと思います。

それからまた、退職時期のずれによって、たまたまある時期に退職した人は給付利率がガクッと減り、その１年前の人は高いというのは、勤労意欲にも影響しますので、これも考慮する必要がある。さらに株主の利益も考える必要があります。

こういった「制度」として考慮を要するファクターを指摘いたしまして、最終的には、労働法の就業規則の不利益変更の法理で言われることを参考に、変更の必要性、変更内容の社会的相当性、変更手続きの合理性、といった要件を満たした場合には契約改訂は可能であるという議論をいたしました。最後の部分は関係的契約の法理を使ったわけですが、それを接合させまして、契約改訂は可能であるという議論をいたしました。

以上の説明からは、大企業を勝たせ気の毒な退職者を負けさせたというような印象を持たれるかもしれませんが、必ずしもそうではないのです。企業年金の給付利率引き下げが争われている事件はほかにもあるのですが、松下電器の福祉年金訴訟の場合には、先ほど申しましたように最初10％の給付率でして、それが徐々に下げられたとはいえ、7.5％といった水準でした。厚生年金基金の運用利率がゼロとかマイナスになっていた時期ですので、7.5％以上が固定的に支給されるというのはべらぼうな率ではあります。しかし、問題は、その人たちが優遇されているということではなくて、現役の従業員が抱く大きな不公平感なのです。そのバランスを考えるとちょっと高すぎる、そこで一律２％下げるとい

うのが松下の決定であったわけです。私の理論は、預けたお金を最も有利に運用したときに得られる利率よりも、若干高めの利率を設定いたしまして（実は当初の10％はそのような趣旨の数字でした）、それを切り下げるような形での引き下げは認められないという限定を付けた上で、それを超えている部分は、およそ運用によっては賄えない部分を会社の利益でもって補填しているわけですので、この部分は事情変更による改訂もあり得るという内容のものでした。

以上が第１の論点についての私の意見ですが、第２の争点も大変厄介なものでありました。給付利率を引き下げないと松下本体がつぶれるというような事情がないという問題です。実は同種の年金減額訴訟が、ほかにもいくつか提起されていまして、早稲田大学の事件、東京放送（TBS）の事件、りそな銀行の事件、NTT の事件、港湾労働年金の事件などがありました。このうち早稲田大学訴訟では、今年になってから、東京地裁で平成19年１月26日に判決が出まして、早稲田大学が敗訴しています。

似たような年金減額訴訟で早稲田大学が負けた、その判断の決め手になったのは何かというと、年金の減額をしないと早稲田大学の財務状況が悪化するかという点について、被告側は何ら主張立証をしない、証拠を出さない、これが裁判所に大変心証が悪かったようで、この点が重要な理由となって負けております。

早稲田大学というのは、財務体質の強化に大変熱心な私立大学でありまして、格付け会社から AA＋の評価を得ている大学です。その大学が、少し年金の支給率を下げないと経営が傾くなんていうことは、ちょっと言えないだろうと推測されます。傾くか傾かないか、証拠を出してみろと原告から言われているわけですが、資料を出せば出すほど不利になりかねない。そこで早稲田大学が訴訟においてとった戦略は、年金基金というのは実は権利能力なき財団である、早稲田大学本体とは違うんだと主張し、大学本体の経営と切り離すというものでした。

しかし、これはいかにも無理があって認められませんで、結局負けてしまったわけです。また NTT 事件は、確定給付企業年金法に基づく年金規約変更、すなわち減額変更の申請を NTT が厚生労働省にしたのですが、これを厚生労働省が却下しました。昔は、厚生省はわりあい緩や

かに減額変更を認めていたといわれますが、NTT については却下しました。その理由の１つとして、NTT がずっと黒字で、大変収益が上がっているということもあったのだろうと思います。

これに対して NTT が、不当であるとして行政訴訟（取消訴訟）を提起したのがこの事件ですが、これにつきましては、先月ですけれども、東京地裁で平成19年10月19日に減額許可申請却下は正当であるという NTT 敗訴の判決が出ています。

この判決は、私はまだ判決文を入手しておりませんけれども、新聞報告によると、やはり NTT の経営が健全で、黒字が出ているということが理由とされているようです。

このように、類似の事件では、本体の経営が傾くというような事情はないという点が重要な論拠となって、減額が認められていないわけです。

しかし、私は松下電器の事件で、当初から、制度的契約の理論を使えば、松下本体の業績が回復しＶ字回復を達成したということは給付利率引き下げを認める障害にはならないと考えていました。そこで、松下年金訴訟で制度的契約理論の威力を試してみることにしたというわけです。どういうふうに論じたかといいますと、次のような議論をいたしました。

本件の福祉年金制度は、個々の退職者との間のばらばらの個別契約が集積しただけのものではなく、松下が従業員のために設けている１つの制度である。しかも、拠出金の運用に連動させずに企業の利潤から年金給付がなされているということを考えると、福祉年金制度の運営が、企業の利益の分配としての性質を持っている。そこでは、現に利益を生み出している現役の従業員や、あるいは企業に資本を提供している株主との関係で、企業の置かれた環境の変化を評価する視点が必要となる。

実際、この松下の事件など、ほかの事件もそうですけど、現役従業員あるいはその労働組合は、あまり原告を支援しないわけですね。自分たちは不利な扱いを受けることになっていますので、昔、退職した人たちだけ、どうしてそんなに優遇される必要があるかという気持ちを持つわけです。

ちなみに、この種の年金給付の事後的減額を検討した論文を書かれた、社会保障法の森戸英幸教授の論文の中に次のようなことが書かれていま

す。「契約当事者間の「公平」だけでなく、現役従業員と受給者との「公平」をも視野に入れるかどうかで結論は変わってくるであろう」（森戸英幸「企業年金の労働法的考察 ― 不利益変更を中心に」日本労働法学会誌104号20頁（2004年））。

ただ私は、これも大変重要なことですが、視野に入れるべきなのは、現役従業員の立場との関係だけではなくて、株主との関係も同じく重要であろうと思います。利益が出ているということを理由に、金利動向や厚生年金基金の運用実績などを無視していっさい減額をしないという方針を会社が採りますと、おそらく株主からの責任追及の可能性もあると思われます。それがいまの現実なのです。この点で、合意した当事者間の利害だけを考えていれば済む通常の売買契約や賃貸者契約などとは決定的に異なる性格を持った契約であるということが言えます。これは、論文の中で私が外部性と呼んだものです。

では、松下福祉年金契約における給付利率の事後的な不利益変更を正当化する事情の変化とはどういうものかというと、やはり第１に、企業年金を取り巻く経済的、社会的環境の激変を挙げるべきであろうと思います。会社の経営が傾くかどうか、利益が減っているかどうかということ、それも意味はあるのですが、それよりもむしろ、企業年金を取り巻く経済的、社会的環境の激変というのが重要であるように思います。

松下電器は従来の福祉年金を廃止してキャッシュバランスプランを導入しましたけれども、そこに現れているように、いわゆる日本版401Kという企業型確定拠出年金制度が導入されたことに見られる企業年金をめぐる制度的な環境の大きな変化、その背後にある運用利回りの低下、そしてその中での、本件福祉年金制度の持つ意味の変化、こういった事情が給付利率の引き下げを正当化する事情と言うべきであろうと思われるわけです。

そういう環境の激変が生じた中で、松下が2002年に巨額な赤字を計上したことは、松下電器のような優良企業においてすら、市場競争のグローバル化の中で、企業体質の大幅な改造を迫られたことを物語る象徴的な事実ではあるけれども、それ以上のものではない、単なるエピソードでしかないと論じました。

したがって、その後松下の収益が経営努力によって回復したとしても、

それは現役従業員に対する福祉年金制度の廃止や給付利率の大幅な引き下げといったことを含む、企業年金制度の抜本的な改革、収益体質の構造的な改革といったものを経て実現された収益であって、それらの改革の中で過去の退職者に対してのみ、従前の、今となっては異常としかいいようのない高い給付利率を維持することは、改革後の現役従業員との公平を甚だしく害すると論じたわけです。

松下の赤字が単年度にとどまったこと、また松下電器は多数の海外拠点を持って多額の資本を投下していること、そういった事実を挙げて、不利益変更の必要はないという議論が原告からなされました。川角先生の意見書もそういう議論をしておられます。

しかし、海外に投資するお金があるのなら年金給付に回すべきである、というのは、単純なディープポケット論であって、法的な議論、特に日本の企業年金制度全体の中での本件福祉年金制度の位置付けという制度論的な視点を踏まえた法的な理論とは言えないように思われます。

概略、以上のような議論を展開いたしました。もっとも以上の議論は、どの点をとっても条文や判例が根拠になっておりませんで、もっぱら自分の理論を展開したものです。この種の、条文に根拠のない議論で裁判官を説得するというのは、訴訟においては非常に困難なことです。そこで、この点については次のような議論をいたしました。

すなわち、本件のような特殊な契約における契約条件の変更をどういう要件の下で認めるべきかという問題に、直接答えを出す法規とか法理論は存在しない。このような、直接適用すべき法原則が明文化されていない場合に使われる手法は、アナロジーの手法である。長期間存続する契約において柔軟性がどのような要件で肯定されるか、という点についての法原理をアナロジーによって解釈学的に構成し、それを適用するという手法を用いるべきで、こういう手法は大陸法の国々が新たな法原理を発展させる際に用いてきた、典型的な法解釈学の手法である、と論じました。

そして、そのアナロジーの対象として、福祉年金契約というのは、私的企業年金契約ではありますけれども、制度趣旨としては法定の企業年金制度と明らかに共通の性質を持っておりますので、この法定の企業年金制度で使われている仕組み、さらに、松下の福祉年金契約は正確には

就業規則ではないのですけれども、しかし就業規則の不利益変更について労働法で確立されている法理、こういったものからのアナロジーによって、契約改訂が可能であるという議論をしたわけです。

以上のような議論だけをご紹介しますと、大企業の肩だけ持っているような印象を与えるのを恐れるのですが、私の意見書の中では、最も有利に運用して得られるだろうと思われる利率よりも若干高い利率を設定して、それよりも給付利率を引き下げることは法的に正当化できず許されないということを論じました。この部分は、事前の開示と個別の意思だけを重視する原告の立論よりも退職者にとって有利ではないかと私は考えています。このような意見書に基づく被告の主張が結果的に裁判官を説得することに成功して、全面勝訴ということになりました。判決は制度的契約という言葉を使ってはおりませんが、論理は意見書に沿った形で展開されたのです。

判決を論じた労働法の先生方も、判決にはこの意見書の影響が見られると書いておられます。こうして、理論を論文で展開する前に、実務で使えることが証明できた、ここまで言っていいかどうか分かりませんが、もしそう言うことが許されるなら、そういう珍しい例かもしれません。

ただ、以上のご紹介からも明らかなように、意見書では関係的契約という側面も強調しつつ、契約改訂を主張しております。そうすると関係的契約と制度的契約の関係を理論的に詰めるということも課題となります。

この点を、最初にご紹介いただいた商事法務から出た本の中の論文で論じました。広くいえば、制度的契約論が、契約法を対象とする法学、これは民法だけではなくて契約法にかかわる商法、経済法、民事手続法なども関連すると思いますが、このような広い意味での契約法学にどういうインパクトを持つかという問題につながります。

すでに論文の中でも示唆いたしましたように、関係的契約と古典的契約、そして制度的契約と取引的契約という２つの座標軸を引くことによって、現実のさまざまな契約を理論的に位置付け、特徴を把握することが可能になります。レジュメの図の中にいろんな契約を入れておりますが、位置はあまり厳密な意味はありません。どうしてこちらの方が上なのかとか、右なのかと言われても、あまり理由はなく、だいたい４つの象限のどこに入るのかという、その程度の意味ですが、いずれにせよ、

そういう位置付けが可能になるということです。

これを見ますと、従来の民法が典型的に想定した契約というのは、古典的かつ取引的契約ですから、全体の中ではごく一部でしかないということが分かります。また、介護契約のように、従来、社会保障上の「措置」として提供されていた給付が契約に置き換わった場合、「契約」になったということがずいぶん強調されるわけです。しかし、契約としての性格をいかに強調しようと、制度的契約としての特質を消し去ることはできないということが言えるように思います。したがって、契約書に書き込まれていなくても、当然に妥当する法理とか、当然要請される規制が存在するはずだということを、説得的に示し得るのではないかと思います。

同じことは労働契約にも言えまして、労働契約法が今国会で成立するようですが、労働契約法ができて、労働契約が個人主義的に変容する、あるいは変容し得るということが認められたとしても、それが集団的な契約として締結される限りは、制度的契約としての性質はなくならないであろうと思われます。こうして制度的契約の視点を入れることは、過度に私法的に純化されたイメージで契約をとらえようとする民営化論とか規制緩和論に対して、契約化というものが何をもたらすのかを正しく示すという役割を果たしうるように思います。さらに、契約という概念は、意思主義的な契約概念が成立して以降、あらゆる人間関係、あるいは組織内の関係、国家間関係を理解する道具として使われてきたわけですが、そういう場面に、契約はともすれば過度に単純化されて用いられており、特に経済学の契約理論のようにフィクション性の強い理論モデルとして使われるということもあります。しかし、制度的契約という視点を入れることによって、もう少しきめ細かな分析が可能になるように思います。

ジュリスト論文の最後に、社会契約説のことをちょっと書いたのですけれども、政治理論としての社会契約論で使われている契約というのが、民法の契約とずいぶん異質であるということが私は昔から気になっておりました。国家を樹立した原始メンバーはともかくとして、その後の参加者は原始規約に完全に附合するか、あるいは国家の庇護を受けられない存在となるかの選択しかないです。これは最も極端な附合契約であって、こんなものを契約と呼んでいいのかという疑問を抱いておりました。

それを契約法学者がだれも表立って議論しないことも、非常に不思議に感じておりました。

しかし、制度的契約概念を導入することによって、最初の社会契約の締結段階で、後の世代の利益を代表し得るようにするための内容的、手続的な要件が課されるのだということを正当化できると思いますし、したがって、その要件を満たさない社会契約論は、政治理論としての正統性を持つとは言えないということが言えるように思います。そこまで言っていいのかどうか分かりませんが、契約法の観点からは、そういうふうに感じられます。

さて、ジュリスト論文は、民営化の分析から始まります。契約を活用する民営化は、吉田克己先生の科研の言葉を借用するならば、まさに法学諸分野のクロスロードであると思います。さらに、経済学や経営学とも交錯する領域です。法学の中ではとりわけ行政法と民法のクロスロードであると思います。

もっともこの領域は、行政法からは盛んに進出が試みられているのですが、民法からの関心は、これまではあまり高いものではなかったように思います。ただ、ごく最近吉村良一先生が、吉田克己先生とかなり近い問題意識の論文を書いておられまして（吉村良一「民法学から見た公法と私法の交錯・協働」立命館法學312号（2007年））、少しずつ関心が高まってきているのかなと思います。

すでに報告に充てられるべき十分な時間が経過しているのに、余談に立ち入って申し訳ありませんが、最近の行政法学の伸展には目覚ましいものがあるように私は思います。多方面で活発な議論が展開されていて、憲法との関係は従来から密接でしたけれども、現在は行政学との交流もありますし、私法や基礎法との交錯領域も活発に議論されています。

これに対して民法はというと、北大のクロスロードプロジェクトは例外的であって、全般的には、知的関心は昔ながらの領域での理論の精緻化に向かっているように思われます。私が研究生活をスタートした頃の民法学は必ずしもそうではなかったのですが、現在については、そういう印象を受けます。しかし、閉じた体系の中で解釈論の精緻化を目指すというのは、学問の発展にとっては必ずしも歓迎すべきことではないよ

うに思います。最近の若い民法学者は、素晴らしい知性を持っている人たちがいるにもかかわらず、歴史とか哲学とか他の学問分野との学際領域にあまり関心を持たずに、閉じた体系の中での理論の精緻化にもっぱら関心が向かっているように私には見えまして、ちょっと残念な気がいたします。

それと比べて行政法はまことに活気に満ちているという感じがいたします。そういう活気をもたらした理由は、外国、特にドイツでの行政法理論の展開の影響が大きいと思いますが、国内では塩野先生とか大橋先生などの功績が大きいように思います。私が取り組んだ領域についても、行政契約論として、あるいはドイツ行政法学の影響を受けた公私協働論といったテーマで、私法との交錯領域として盛んに議論がなされています（山本隆司「公私協働の法構造」金子宏先生古稀祝賀『公法学の法と政策（下）』（有斐閣、2000年）所収など）。

私などがまったく独立に問題意識を温めて、そのあとで塩野先生のお書きになったものを読むと、何だもうすでにここに書かれているじゃないかというような感じで、大変近い問題意識を感じます。行政法学がそのように活況を呈しているさまというのは、例えば行政契約について書かれている教科書、体系書の記述が、改訂されたときにどう変わるかというのを見ても感じ取ることができます。民法の教科書、体系書が改訂されるというのは、通常新しい判例を加えるとか、あるいは法改正を反映させるといったことが多いのですが、行政法の場合には、その説明の枠組み自体が動きつつあることを感じさせるような改訂があります。

こういうふうに大変活況を呈している行政法学ですが、しかし行政法学のアプローチが十分有用であることを認めた上で、なお、制度的契約として私が捉えた問題については、行政法学のアプローチだけでは十分ではないと感じます。privatization における契約の活用の場面に対して行政法学からアプローチしますと、純粋の民間の主体同士の私的契約に公法原理が拡張することをどう正当化するか、という厄介な問題を抱え込むことになります。このような拡張は、行政法学の観点からは、本来は法律がないとできないはずではないかと思います。私はまったくの門外漢ですが、オットー・マイヤーの Verwaltungsakt という概念以来、行政法学では私人による公行政の遂行を、授権とか委任でもって説明し

てきているように思います。あるいはまた、角松先生の「『民間化』の法律学」という論文がありますけれども（角松生史「『民間化』の法律学―西ドイツ Privatisierung 論を素材として」国家102巻11・12号69頁以下（1989年）。また、同「行政事務事業の民営化」『行政法の争点（第３版）』68頁も参照。）、この角松論文が紹介しているガルヴァスという学者の保証人的地位論、これも行政法で最近よく出てくる言葉ですが、この保証人的地位論も、最終的にはやはり法律の根拠を前提としているように思われます。つまり、やはり行政法規範の拡張ということは、行政法からも注目されているけれども、その根拠はやっぱり法律がないと説明できないのではないかということです。

ところが、privatization の比較研究や歴史的な研究をしますと、国によって、また時代によって、公的サービスの提供の形態が極めて多様であるということが分かります。行政法から出発すると、ある国では国家の行政作用として行われている事業が、他の国では当初から民間の事業であるといった、世界の多様な現象を把握し得る理論を提供できないように思います。

したがって、やはり提供されるサービスの特質から説明する方が、より射程の広い理論になるのではないかというのが私の考えです。あとで原田さんから完膚なきまでに批判されることと思いますが、今のところはそう申し上げておきたいと思います。

あと、行政法分野の理論として、ドイツ連邦行政手続法の改正にも絡めてしきりに議論され、また日本にも紹介されております公私協働論というのは、制度的契約の問題意識に非常に近い面を持っています。しかし、これを論じた岸本太樹さんが最近お書きになった『自治研究』に掲載された論文（岸本太樹「公的任務の共同遂行（公私協働）と行政上の契約―ドイツ連邦行政手続法第四部「公法契約」規定の改正論議における協働契約論（１）～（４・完）」自治研究81巻３、６、12号、82巻４号（2005～2006年））で、詳しくドイツの議論が紹介されていますが、この論文を見る限り、公私協働論で典型的に想定されているのは、私の用語で言う、民間委託契約型の契約であるように思います。

また、アメリカで議論されている行政法規範の契約への拡張も、そこでもっぱら扱われているのはこの民間委託契約型のタイプです。しかし、

民営化に契約が使われる場面は、民間委託契約型のほかに、受益者に対するサービス自体が契約を通してなされるというものもありまして、論文の中では提供契約創設型とか、提供主体の民営化などと呼んでおります。

受益者に対するサービス提供が契約を用いてなされる場合と、民間委託契約型の場合の契約とでは、契約の性質がずいぶん異なります。公的サービスが契約を通じて提供される場面を主要な対象とする制度的契約論は、その意味で公私協働論には吸収されないのではないかと思います。

公的サービスが契約を通して提供される場面をも射程に入れていると思われる議論として、大橋洋一さんの次のような文章があります。「行政契約や協定がこれまで消極視されてきた理由の一つは、行政法の分野では平等取扱いが要請され、制度の概観可能性が重視されるのに対して、契約に基づく個別の制度形成は、全体として制度の個別化、断片化を進めすぎるのではないか、その結果、当事者の恣意に契約内容の形成を委ねる危険性があるのではないのか、という点にあった。」（大橋洋一「制度変革期における行政法の理論と体系」公法研究65号89頁（2003年））。

この危惧に対して大橋教授は、協定や契約のひな型の用意といった工夫を提唱しておられるのですが、確かに介護契約などではひな型が使われているようです。しかし、ここに見られる契約の理解そのものが実は狭いのではないかというのが、私の問題提起です。そもそも公契約としての行政契約に対して古典的契約である民事契約を対置するという二分法自体が、時代に制約された発想であるように思います。

最後に、後でコメントをいただくという大変光栄な予定が組まれております原田大樹さんがご著書で扱っておられる自主規制論（原田大樹『自主規制の公法学的研究』（有斐閣、2007年））は、非常に視野の広い理論であると思います。制度的契約が問題としている場面と重なる部分があります。

もちろん、行政法からのアプローチですので、自主「規制」という言葉から示唆されるように、規制には当然目標が想定されているわけで、目標のために規制があるというスタンスが取られている点では制度的契約論と発想は違うのですが、ただ、ある１つの現象に契約という角度から光を当てるのと、その契約を通して達成しようとしている行政上の目

標から光を当てるのとは、お互いに補い合って分析を深めることができるように思います。

そういう意味で、ご著書は大変興味深く拝読させていただきましたし、この両面からの研究によって、今後、理論的な交流がなされ議論が発展することを、私としては大変期待をしているところでございます。

長い報告になってしまいましたけれど、一応以上で私からのプレゼンテーションを終えさせていただきます。どうもありがとうございました。（拍手）

コメント１
民法学から見た制度的契約論

池　田　清　治

１．はじめに

それではコメントさせていただきます。最初に言い訳になってしまうのですが、実は今日の内田先生のレジュメを見て、「しまった」と思いました。私のレジュメの冒頭部分の「１．はじめに」というところを見ると分かりますように、内田先生は制度的契約論について２つ論文をお書きになっていらっしゃいます。第１はジュリストに掲載された「民営化と契約」というご論稿で（内田貴「民営化（privatization）と契約（１）～（６・完）――制度的契約論の試み」（ジュリスト1305号118頁、1306号70頁、1307号132頁、1308号90頁、1309号46頁、1311号142頁）。以下では「第１論文」という）、第２は「制度的契約と関係的契約」というご論稿です（内田貴「制度的契約と関係的契約 ―― 企業年金契約を素材として ――」（新堂幸司＝内田貴編『継続的契約と商事法務』（商事法務、2006年）１頁以下所収）。以下では「第２論文」という）。もちろん、２つとも勉強させていただいたのですが、本日の研究会の参考文献としては、第１論文しか挙げられていなかったものですから、こちらを中心にご報告いただけるものと誤解し、レジュメにも書きましたように、第２論文にふれるのは最小限にとどめることにしてしまいました（後で伺ったところ、参考文献については報告者が指定したわけではなかった

ようである)。つまり、個別的な事案にはあまり論及しないことにしてしまったわけです。

しかし、制度的契約論は、個別具体的な事案に絡ませなくても、それ自体として検討に値するものですし、後の議論でも、それが全体としてどのような内容を持つものなのか、あるいはその正当化根拠は何なのかということは、当然、議論になるでしょう。ですので、このさい、内容は変えずに、このままコメントをさせていただきます。

なお、私のコメントは２つの部分に分かれます。第１は、レジュメの１頁目の「２．制度的契約論の正当化根拠」というもので、もう１つは２頁目の「３．制度的契約と関係的契約との関係」というものです。このうち、特に後者については、本日、ご報告者から懇切なご説明をいただいたところですが、それについても簡単にコメントさせていただき、最後に「４．むすび」とさせていただきます。

２．制度的契約論の正当化根拠

レジュメでは「２．制度的契約論の正当化根拠」という表題をつけさせていただきましたが、おそらく最も問題になるのはこの点であろうと思い、問題提起させていただきます。

まず第１論文で、内田先生が制度的契約の特徴として挙げているのは、①個別交渉排除原則、②締約強制・平等原則・差別禁止原則、③参加原則、④透明性・アカウンタビリティ、の４つです（1311号142頁)。このうち、契約法学にとって最も注目されるのは――もちろん、すべて注目しなければならないことは重々承知しておりますが――やはり①と②だろうと思います。まずは①と②があって、しかし、それが許されるには③と④が必要である、つまり、③④は①②の代償的措置としての意味があるとお見受けしましたので、①と②に焦点を絞りたいと思います。

では、何故、制度的契約は①②の特徴を有するのでしょうか。そこで第１論文が挙げているのは「サービスの性質」という根拠です（各所に見られるが、たとえば1306号71頁注61、1307号135頁等)。しかし、ここで重要なポイントは「サービスの性質」と言うとき、そこには単にサービスそのものの客観的な性質だけでなく、その供給主体がどのような者

であるのかという、供給主体の有り様も含んでいる点です（1307号134頁）。つまり、「公」と「私」の区分で申しますと、確かに「私」かもしれませんが、その「私」が社会的な役割を担った「私」であるということです。そして、このようなサービスの性質から、最終的には「ある意味での『外部性』」（個人を超えた利害）が想定されるわけです（1307号138頁）。ここに「外部性」という用語が出てくる点には注意しておきたいと思います。

さて、このような議論の流れは、確かに自然なように感じます。なぜなら、もちろん、当事者がまったく社会から遊離していることはあり得ないわけですけれども、もし遊離しているとすると、契約が①②の性質を帯びることは考えられません。つまり、「他者」、すなわち、「社会」というものを想定しない限り、①とか②の性質は導出できないように思われます（「個別契約ごとに当事者の意思を重視することでは、実質的な意思の尊重にならないのが制度的契約である」（1311号149頁）との表現も見られるが、ここでいう「実質的な意思」とは多義的で、右の理解に反するものではあるまい）。

しかし、ここで疑問が生じます。たとえばＡとＢとが契約を締結し、それによって第三者であるＣが影響を受けることは常にありうることで、そのような事実的な影響となりますと、制度的契約でない契約、つまり、ほかのすべての契約も、多かれ少なかれ、そのような性質を持っているのではないかということです。もしそうだといたしますと、――この点は既に第１論文でも指摘されていることですが――事実として影響があるかどうかではなく、規範的な意味において「他者への配慮」が要求されるかどうかという点に、制度的契約であるか否かの分水嶺が求められることになると思います。現にそのような観点から第１論文を見ますと、それを思わせる記述がちりばめられています。「社会的に容認されない」（1308号96頁）、「正義公平に反すると感じる意識が社会のなかに存在するかどうか」（1309号52頁）、「ある共同体に属する人々の政治的判断」（1311号142頁）、「制度的契約としての性質を付与する政治的意識」（同号147頁）等々です。これらは結局、その社会における意識（あるいは規範意識）、社会全体の意識に還元された説明方法のように思います（「保育サービスに対する国民の意識、言い換えればその社会

において保育サービスが有している性質」（1308号97頁）とも表現されている）。

この説明自体は、ある一面では「正しい」ように思います。しかし、それはトートロジーだから「正しい」のではないでしょうか。ですので、そのような意識のないところに、制度的契約論を持ち出すことは的はずれになると思います。またここからはレトリックの問題ですが、第１論文には「以上のような特質が生ずる理由は、制度的契約の持つ『外部性』にある」といった記述が見受けられますが（1311号142頁）、しかし、実際にはそうではなくて、「外部性のある」、つまり、「外部性が見出される」契約のことを「制度的契約」と命名しているのではないかと感じるわけです。さらに用語法の問題ですが、確かにそれはサービスの「性質」とも表現できますが、むしろサービスの「社会的意義」とか「社会的意味づけ」とでも言った方がニュアンスが伝わるようにも感じます。もちろん、第１論文、第２論文とも、このような意味をも含めて、「性質」という用語を使っているのではないかと思います。

さて、このあたりまでは――もちろん誤解があるかもしれませんが――何となくわかるのですが、しかし、労働契約のところに行きますと、急に分からなくなるところがございます。そこで、その点を質問させていただきます。労働契約における「外部性」の問題です。

第２論文では、労働契約の「外部性」を次のように説明なさっています。

「労働契約に制度的性質が与えられる理由は、提供される労務の性質によるのではなく、一般市民が人生の多くの時間を費やす生活の場であり生きがいの場を提供するという特質によるものではないかと思われる。それゆえに、他の公的な財やサービスの提供契約と同様に、ある種の公的（外部性のある）性格が付与され、制度的契約に要請される様々な特質が見出せることになるのではないだろうか。」（第２論文27頁）

しかし、ここで指摘されている「外部性」は――提供される労務の性質によるのではなく」という表現からも分かるように――他者への配慮」というよりも、「人生の多くの時間を費やす生活の場であり生きがいの場であ〔る〕」というところに求められています。すると、内田先生の言う「外部性」とは何か、どのような要素（ないし範囲）まで「外

部性」に入るのか、という疑問が出てきます。もちろん、労働契約の「外部性」についても、「他者への配慮」という形に変換することは可能かもしれませんが、第２論文のこの箇所では、明らかにそれとは異なる説明がなされているものですから、一体「外部性」という言葉にはどのような意味まで込められうるのか、少し戸惑いを覚えるところですので、質問させていただきます。

次に質問と言いますか、第１論文と第２論文を読んでいて感じたことなのですが、「何故、その社会では、そのように意識されているのか」という「社会意識の発生論」、つまり、そのような意識が共有されるに至った経緯に対する研究も重要で、今後、展開されなければならないのではないかと感じました。２つの論文では、この点にまではあまり考察が及んでおらず、「この契約はこうである」という以上の説明はあまり見られなかったように思います。そして、第１論文では、ある法理を説明しようとする見解が「独占と必要性」という要素を挙げているのに対して、「常識的にも直ぐに思いつくもの」といわば「酷評」されているのですが（1307号133頁、特に注106）、もちろん、確かに単純に過ぎるでしょうが、それはこの「発生論」を究明しようとする試みだったようにも感じております。意識を「独占と必要性」といったようなものに直結させるのは確かに短絡的なのでしょうが、方向性と申しますか、課題がそこにあることを示した点は貴重だと思います。

ところで、何故、このように「発生論」にこだわるかと申しますと、「何故、そう考えるのか」という背景次第で、状況が変わった場合の、変化の意味づけも変わってくるのではないかと考えるからです。つまり、周りの状況が変化する、すると、供給主体の社会的役割とか、そのサービスが持っている社会的な意義も変わってきて、それと連動した形で、制度的契約とそうでない契約との領域が変化することもあるのではないかと思います。「発生論」にこだわるのは、そのような変化のダイナミズムを認識するための、共時的ではなく、通時的な視点を獲得するうえで、この「発生論」が重要ではないかと考えるからです。

ただし、このような「発生論」の萌芽は、もちろん第１論文に見受けられますし、しかも、そこでは極めて重要な指摘もなされています。すなわち、制度的契約は「生命の維持や最低限の文化的生活に必須な財」

に関連するもので（1307号138頁）、また多少文脈は異なりますが、公共財を論ずる箇所では「何が公共財であるかは往々にして文化的産物」という指摘が引用されています（1306号73頁）。すると、制度的契約の対象となるものには、（α）「生命の維持」という人間の存在の根幹にかかわる普遍性の高いものと、（β）「文化的生活」という社会の伝統、すなわち、歴史的偶然に左右されるものとがあるのではないかと思うわけです。すると、この両者を１つにくくって、たとえば「法と経済学」を駆使して一定の説明を与えようとする試みは、もちろん可能だとは思いますし、（α）たとえば「生命の維持」にかかわる普遍性の高いものについては、そのような説明もあまり無理を感じず、むしろ説得的な説明が可能かもしれませんが、しかし、（β）「文化的生活」となると、国によってそのあり様が変わってきますから、これを普遍性の高い道具で説明しようとすると、かなり飛躍した、あるいは取って付けたような説明になってしまうのではないかと思います。そこでは偶発的な歴史に支配された物語的な説明方法に甘んずるよりないでしょう。要するに、その財の性質ごとに適合的な説明の手法は変わってくるように思うわけです。もちろん、以上はいずれも今後の課題でありますけれども、重要な問題ではないかと思っております。

なお、この項目の最後として、両論文に非常に啓発された点について説明させていただきたいと思います。締約強制論との関係です（特に1307号134頁以下）。

今年（2007年）の私法学会では、北大グループが中心となって『競争秩序と民法』というテーマでシンポジウムをさせていただきました。また内田先生にはコメンテーターをお願いしたわけです。そして、このシンポジウムを準備するなかで、締約強制が話題となり、たとえばCDショップがあったとして、そこではある音楽のCDを揃えていない限り、商売にならない、とする。では、この場合、CDの業者はそのCDショップにCDを売らなければならないのか、つまり、締約が強制されるのか、ということが論題とされました。そして、これをめぐっていろいろな議論がなされたわけですが、第１論文をあらためて読んでみて、少なくとも私個人は最も議論しなければならない重要なポイントの１つ見落としていたように感じました。シンポジウムで報告者を務められた他の方々

は分かりませんが、少なくとも私の頭からは抜けておりました。それはCDとか音楽というものを、この社会においてどのようなものとして位置づけるのかという視点でありまして、このような社会的な意味を論じない限り、最終的な答えは出ないように思います。

これとの関係で何かよい例はないかと昨日から考えているのですが、よい例かどうかは分かりませんが、教科書の例を挙げたいと思います。もちろん、教科書については教科書検定がなされており、またそれがよいことなのかどうかをめぐって大いに議論のあるところですが、本日はその問題をおいておきます。

さて、現実の問題としては、出版社も自分のところで発行している教科書をたくさん売りたいわけですから、もしお金を出して買ってくれるというのであれば、喜んでどんどん売るはずです。しかし、仮定の話として、ある出版社がある地域には教科書を売るが、別の地域にはその地域が気に入らないので売らない、ということができるでしょうか。少なくとも直観的には「できる」とはなかなか言いがたいように思います。では、何故そのように思うのでしょうか。それは、教科書、そして、その背景にある「教育」というものに対してある種の社会的意味を見出しているからではないのかと思うわけです。さらにここでは供給主体が誰であるかという問題は重要です。「教科書を必要としている地域には教科書を売るべきだ」と我々が考える場合の供給主体とは、当然、出版社なわけでして、たとえば隣の地域でたまたまその教科書が余っていたとしても、その隣の地域に締約強制が課されることはないと思います。つまり、その財の社会的意義や供給主体の社会的役割、あるいは社会的位置づけを考えない限り、締約強制論は語れないわけで、第１論文からはその点を教えていただいたわけです。

以上が「制度的契約の正当化根拠」に関するコメントです。

３．制度的契約論と関係的契約論との関係

次に「制度的契約論と関係的契約論との関係」に移ります。この点については、本日詳しいご報告をいただきました。また第１論文でも「関係的契約という概念だけでこれらの契約の特質を把握しきれるだろうか」との指摘がなされています（1311号146頁）。しかし、これは「関係

的契約」理論のとらえ方にもよるのだろうと思います。現に過去においては関係的契約としてとらえられていた契約類型が制度的契約として位置づけられているように見えるところもあります。

何故、このような問題にこだわるかと申しますと、第２論文の関係的契約論に関する行には違和感を覚える箇所もあったからです。そこでは、次のように指摘されています。

「……では、関係的契約と制度的契約の概念はどのような関係にあるのだろうか。

制度的契約においては、当事者の意思を超える『仕組み』が契約内容を規定する。契約上の権利義務の根拠として当事者の意思を越えるものを想定する点では、関係的契約と共通する。しかし、関係的契約の場合は、社会規範はあくまで当事者の意思を補充する役割を演ずる。言い換えれば、当事者は共有された暗黙の規範を前提として自らの意思を表示するのである。これに対して、制度的契約においては、契約するかどうかの選択を除いて、個別の当事者の意思が契約内容を来ている場面はない。」（第２論文23-24頁）

なるほど、これは制度的契約と関係的契約を対比する文脈で述べられたことではありますが、しかし、「当事者の意思を補充する役割」という表現はやはり気になります。これでは、関係的契約理論が補充的契約解釈の枠のなかにあるものと受け取られかねませんし、他方、内田貴『契約の再生』（弘文堂、1990年）では、次のように指摘されています。

「すなわち、契約関係は動的（ダイナミック）に把握され（その中では合意の成立時点の持つ意味は小さい）、契約関係の進行とともに権利義務が発生するだけではなく変化する。そして、紛争が発生した場合には、それまでの全契約関係の経緯を考慮に入れて、権利義務が判断されるのである。その判断を導く原理は、当事者の意思や信頼、あるいは法律だけではなく、契約の背後にある社会関係・共同体の規範（関係の保存等）にも拠り所が求められる。むしろ、約束も信頼も、そのような規範に裏付けられて初めて拘束力の根拠たりうるのである。」（同書173頁）

「しかし、これらの新しい傾向の中で重視されつつある『社会関係』も、これまでは、しょせん、当事者の意思や実定法のルールといった『模様』の間隙を埋める『地』に過ぎなかった。ある学者の表現を借りるな

ら、『それらは当事者の意思や国家の政策がその上に自由に絵を描けるカンバスであった。マクニールやマコーリィがなし遂げたことは、契約の背景にある社会を前景に引き出し、そうすることによって、契約の発生・変更・消滅に関する社会的条件を理解することなくしては、当事者の契約上の期待を理解する緒にすらつけないのだということを示した点にあった。さらに、彼らは、それらの条件が、契約の規範やサンクションの補完的法源ではなく、まさに第一次的なそれであることを明らかにしたのである。』」（同書175-176頁）

『契約の再生』のこの部分を読むと、「当事者の意思を補充する役割」という表現とは――「矛盾」とまでは申しませんが――ずいぶん異なる印象を受けますし、第２論文の前掲箇所は表現方法としてどうかなという気がしないでもありません。

次に『契約の再生』では、関係的契約理論にとって重要な契約として、労働契約も念頭におかれていたと思うのですが（同書67頁のアンガーの印象的な引用を参照）、第１論文では労働契約は制度的契約としても挙げられており（1311号147頁）、「関係的契約理論の分裂か」とも思わせますが、しかし、これは的はずれであり、実相は現代の契約法を考察するための基軸の内容が豊富化して、その一部が独立したというものでしょう。つまり、たとえば労働契約の特徴としていくつかのものがあるが、そのなかには関係的契約という面では共通する他の契約が有していない特徴もあり、すると、それらの特徴は関係的契約理論のなかでとらえ切れないものであることになる。であるなら、関係的契約理論の内実を明確化する意味でも、関係的契約理論として語るべき内容・射程を限定し、ほかの特徴についてはほかの形で（つまり、制度的契約という形で）グルーピングしたうえ、それらを１つの独立した基軸として切り出す、という過程ではなかったかと思います。関係的契約理論だけでは若干苦しいなと思いながらも、その枠のなかで語りうるのではないかと考えられていたものが、思索が深まるにつれ、やはり別のものとして認識され、それが新しく制度的契約論という形で昇華したのではないかと思いますし、現にそのような経緯については、第１論文でもふれられています（1311号147頁注225）。

しかし、そうであったとしても、制度的契約論と関係的契約論との間

には、やはり共通性もあるように思います。それは２で検討した正当化根拠の問題で、具体的に申しますなら、正当化根拠が最終的には共同体のある種の規範意識に求められている点で、２つの理論は同質であるということです（その他、裁判規範として一定の効果を導くための概念ではない点でも共通する。1311号147頁）。この点を関係的契約理論では、最終的には「納得の合意性」という言葉で表現されたのではないかと思うのですが、それでは納得なさらなかった方々がたくさんいて、いろいろな議論を呼んだことも確かです。制度的契約論にもこのような側面があり、レジュメに「『納得の合理性』をめぐる議論の再燃」と書かせていただいたのはそのような趣旨です。そして、この問題は結局、先に述べた規範意識の「発生論」の問題に帰着する（あるいは、そこに突破口がある）のではないかと思う次第です。

４．むすび

最後にむすびに入らせていただきます。

これまでもいくつか疑問に思うこと、あるいはお伺いしたいことを申し上げてまいりましたが、議論の端緒になればと考え、―― おそらくこのようにお答えになるではないかということを覚悟しつつ ―― １つ質問させていただきます。制度的契約論の理論的性格にかかわる問題です。

制度的契約論は、その基本的性格において、ある現象を説明するための「説明理論」なのでしょうか、それとも規範的な主張を含む「規範理論」なのでしょうか。「これらの現象を整合的に説明できるこの理論に説得力を感じ、それを受け容れたとき、規範理論としての意味も持つようになる」と言われてしまいそうな気がするのですが、一応問題提起させていただきます。

次に制度的契約論の理論的価値にとっては外在的なことですが、学界の状況を説明する意味も込め、制度的契約論の反響についてご紹介しておきたいと思います。現在、学界では契約法の「基礎理論」がよく語られますし、現実の世界では債権法の改正も俎上に上っております。ですので、制度的契約論に対しては、それにどのようなスタンスを採るにせよ、大いなる反響があらねばいけないはずです。しかし、民法学界では、

遺憾ながら、ほとんど議論がなされていないように思います。もちろん、関係的契約理論以来の論争相手である川角先生は論陣を張っていらっしゃいますが（川角由和「大阪地裁松下年金訴訟に関する一考察 ――『制度的契約論』考 ――」（龍谷法学38巻４号１頁）、同「松下年金契約訴訟大阪高裁判決 ―― 民法学の視点から」（労働法律旬報1650号17頁）、それ以外はほとんど見当たらず、『契約の再生』をめぐるあの活発な議論を体感した者としては、寂しい限りです。このような本格的な著作はそうそう出るものではないのですから、しっかりと議論を重ねていなければいけないと思いますし、その意味では残念な状況にあります。

なお、最後に消費者法を少し勉強しております関係上、その点からちょっとだけコメントさせていただきます。第１論文には、次のような行があります。

「他方、この種の契約において、契約締結過程での情報提供を充実させることは、それ自体望ましいことはいうまでもないが、それをよって契約内容の適正化を担保することはできない。この点で、一般の消費者契約と制度的契約は異なるのである。」（1311号144頁）

しかし、混ぜっ返すなら、一般の消費者契約においても、契約内容の適正化を担保するには情報提供を充実させるだけでは十分ではありません。交渉力の格差の問題を考えるなら、これは明らかでしょう。しかし、引用させていただいた箇所では、おそらく約款論と企業年金の問題とを対比させて、そのようにおっしゃっただけではないかと思いますので、この点は特に気になりませんでした。むしろ気になったのは、ここからも分かりますように、特定の事件、すなわち、松下企業年金訴訟に刻印づけられた記述が散見されるように思うのですが、そのような個別事案をこの理論の全体のなかでどのように位置づけるかという問題です。

まず制度的契約論自体、③参加原則や④透明性・アカウンタビリティという要素を重視しています。そして、松下企業年金訴訟では ―― 私は詳細を存じておりませんので、確かなことは申せませんが ―― この点について疑義があったのではないかとも思うわけです。そして、もしそれらが十分には満たされていない場合に、法的にどのような効果を割り振るべきかは、制度的契約論から一義的に導かれるものではないでしょうし、その事案固有の、他の要素・状況にもよるのではないかと思

います（「個別当事者への開示の持つ意味は相対的に軽く、内容を知りうる状態に置かれていれば足りると解することができよう」（1311号145頁）とするが、それはまさに「参加原則を実質化するような別の方策」（同頁）がどの程度講じられているか等の事情にもよるであろう）。つまり、具体的な事案においてどのような法的効果を発生させるべきかについては、制度的契約論内部でもいろいろな考え方がありうるでしょうし、考慮せねばならない要素も様々だと思います。すると、制度的契約論の理論的価値を語るさい、あまり個別事案に引きずられた議論は危険であるように思いますし、またある事件で特定の解決がなされたからといって、制度的契約論そのものの理論的価値が毀損されるわけではないのではないかと思います。そのような次第で、制度的契約論の理論そのものにコメントさせていただきました。

以上、最初に述べたような事情もありまして、ご報告の内容とはちょっとずれてしまいましたが、コメントとさせていただきます。

コメント2
行政法学から見た制度的契約論

原　田　大　樹

はじめに ―― 制度的契約論の“衝撃”

ただいまご紹介に預かりました、九州大学の原田大樹でございます。どうぞよろしくお願い申し上げます。それでは、レジュメに従いまして、コメントをさせていただきたいと思います。

(1)　行政法学からの注目点

2006年2月から『ジュリスト』誌において連載された内田貴先生の「民営化（privatization）と契約（1）～（6・完）」[(1)]は、民法学はもちろ

(1) 内田貴「民営化（privatization）と契約（1）～（6・完）」ジュリスト1305号（2006年）118-127頁、1306号70-77頁、1307号132-138頁、1308号90-97頁、1309号46-53頁、1311号142-149頁（引用の際には「内田・民営化（連載回）」と表記する）。

んのこと、行政法学にも大きな反響を呼び起こしました。より正確に述べれば、民法学よりも行政法学の方に大きなインパクトを与えているとさえ言えるようにも思います。その理由は、同論文に含まれている内容が行政法学にとって極めて衝撃的であったからです。具体的には次の3点において、制度的契約論は行政法学に大きな“衝撃”を与えたと考えられます。

第1は、いわゆる民営化によって登場した契約の法的特色を契約法の観点から分析したことです。しかもその際には行政法学における行政契約論の蓄積が参照され、それとの接合性が極めて強く意識されていました（内田・民営化（2）72頁）。すなわち、従来行政契約に特殊と考えられてきた法的ルールが必ずしも行政契約だけに妥当するわけではないことを、同論文が明らかにしました。第2は、国家によるサービス給付の正当化理由、規制の性質、公共性・アカウンタビリティの概念など、行政法学の基幹的部分についての検討が試みられたことです（内田・民営化（2）74頁、（3）137頁）。その際には従来の行政法学が意識的・無意識的に強調し依拠してきた「国家作用の権力性」「公的財源を使った活動」の要素を周到に取り払った上での立論がなされていました（内田・民営化（3）138頁、（4）90頁）。第3は、公法・私法に通底する契約内在的な規範を示したことです。その際にはコモンローのcommon callingsの法理が手掛かりとして用いられ（内田・民営化（3）132頁以下）、公法・私法の関係に関する新たな視点を含む「制度的契約論」が行政法学の一般理論に極めて近い内容を含む形で提示されました（内田・民営化（6）142頁以下）。そこで示された内容は、「民営化には再規制が伴う」と主張してきた行政法学の従来の主張に近いものであり、民事法学からこうした議論が登場したことは、行政法学にとって大変心強いものでもありました。

(2) 本コメントの課題

しかし、こうした制度的契約論の“衝撃”は、行政法学に深刻な「アイデンティティー・クライシス」[(2)]をもたらしたと評しても過言ではな

(2) 中島誠『立法学［新版］』（法律文化社・2007年）133頁の表現を借用した。

いように思います。これは行政法学にとっての初めての試練ではありません。行政法学はその出発点においてすでに、高度な学問体系を発達させていた民法学の成果を吸収しつつもそれとは差別化を図ることで学問としての独自性を主張せねばならない立場にありました(3)。それが過剰な形で現れていた伝統的な「公法・私法二元論」が解体されたとされる現在でもなお、民法学との差別化が行政法学の最低限の存立条件となっているとする認識は根強いと思われます(4)。これに対し、近時（1990年前後以降）に限定してみても民法学は以下の３つのモデルにより、行政法学の独自性を問いかける理論的なチャレンジを行ってきています。そこで、本コメントの第１の課題は、これら民法学が提示した理論モデルに対し、行政法学がそのアイデンティティをなお主張しうるのかを検証することにあります。仮にそれが果たされたとした上で、第２の課題は、「制度的契約論」が主要な問題領域として設定した民営化後の法関係を把握する行政法学からの理論モデルを提示することにあります。この分野は民事法学と行政法学との協力関係の構築が必要な「フロンティア」であり、「制度的契約論」という民事法学からのモデル提示に呼応する理論を行政法学が準備することで、両者の協力関係の展開が期待できます。具体的には「私行政法」と「公共部門法論」を取り上げ、制度的契約論との連携の可能性を模索することとしたいと思います。

１．行政法学のアイデンティティ

とりわけ1990年代以降、契約法の基礎理論領域を中心に、民法学は次の３つの理論モデル(5)を提示し、行政法学のアイデンティティを厳しく

同書・151頁は、これからの官僚像が利害調整を得意とするジェネラリストを目指すべきか、企画立案に秀でたスペシャリストを目指すべきかが定まっておらず、それが官僚制の閉塞感へとつながっていると指摘する。

(3) Vgl. Otto Mayer, Zur Lehre von Öffentlichrechtlichen Vertrage, AöR 3 (1888), S. 3-86 (3).

(4) このことを率直に披瀝する見解として参照、櫻井敬子「公法の復権」自治実務セミナー43巻11号（2004年）13-16（13）頁。

(5) 第１のグループと第２のグループの区分は、山本顕治「競争秩序と契約法」神戸法学雑誌（神戸大学）56巻３号（2006年）142-272（234）頁にいう「厚生」

問いかけています。以下の類型論はあくまで民法学と「行政法学のアイデンティティ」との関係を明らかにすることを目的としたものであり、とくに第２のグループには基礎付けを異にする複数の議論が含まれていることに注意が必要です。第１は大村敦志教授・森田修教授に代表される「政策実現志向の民法学」の考え方です。第２は個人の意思の自律の保障・支援に民法学の特色を見出す立場であり、本コメントではこれを「リベラリズム民法学」と呼ぶこととしたいと思います。「リベラリズム」概念の多義性からも推測されるように、この中には様々な立場が含まれますが、ここでは行政法学との接点を強調する２つの見解を取り上げます。第３は「紛争解決志向の民法学」であり、関係的契約論・制度的契約論を提示する内田貴先生の理論を念頭に置いています。以下では、それぞれの主張を簡単に要約した上で、行政法学が主張しうるアイデンティティが説得的なものであるか検証することとしたいと思います。

(1) 政策実現志向の民法学

第１の潮流は、政策実現手段として民法を捉え、民法学における制度設計論の重要性を強調する見解です。例えば大村敦志教授は、契約正義の考え方を基調理念とし、正義の基準として給付の均衡や公序良俗の要素を重視します。そしていわゆる取締法規のうち経済法令に関して、公序良俗の部分に行政法規が充填されることにより、民法も行政法規による政策実現の一翼を担う一方、個人の権利の実現のために行政法規が援用されることもあってよいとします(6)。また、国家と個人の中間領域に属する部分における公共性実現のための制度化の道具としての民法（とりわけ契約法）の役割を強調(7)し、小さな公共性の制度化による実体的価値の発見と凝集が目指されています(8)。これに対し森田修教授はより

対「権利」の図式にほぼ対応する。

(6) 大村敦志「取引と公序」同『契約法から消費者法へ』（東京大学出版会・1999年）163-204（202）頁［初出1993年］。

(7) 任意規定・典型契約論の利用可能性を検討する議論（大村敦志『典型契約と性質決定』（有斐閣・1997年）351-357頁［初出1995年］）もここに位置づけうる。

(8) 大村敦志「大きな公共性から小さな公共性へ」法律時報76巻２号（2004年）

直截に、民法が国家により市場経済を設定する道具として使われていることを重視し、意思の自律の有無を問わず一定の政策目的を実現する手段としても民法を位置づける可能性を示します(9)。この発想の背景には、不法行為法研究から法政策学へと展開した平井宜雄教授の見解(10)が大きな影響を与えているように思われます。

行政法学においては、1980年代以降に主流となった行政過程論が憲法的価値の実現のための法技術の蓄積を行政法学の課題と位置づけ(11)、さらにはよりダイレクトに、政策目的を意識しながらその手法を検討する政策法学・政策法務の考え方も主張されるに至っています(12)。この立場から見れば政策実現志向の民法学は、志向性の競合による行政法学のアイデンティティ喪失のおそれを引き起こすというよりはむしろ、行政法学と共通の方向性を持つ議論として歓迎されることになると思います。すなわち、ある政策目的の実現のために有効な手段を選択するに際し、民事法と行政法とは並立するオプションと位置づけられます(13)。

71-77（76）頁、同『生活のための制度を創る』（有斐閣・2005年）310-314、341-343頁、同「紛争解決の民法学から制度構想の民法学へ」能見善久他編・平井宜雄先生古稀記念『民法学における法と政策』（有斐閣・2007年）3-31（29-31）頁。

(9) 森田修「『独禁法違反行為の私法上の効力』試論」日本経済法学会年報41号（1998年）99-122（117）頁、同「市場における公正と公序良俗」金子晃他監修・フェアネス研究会編『企業とフェアネス』（信山社・2000年）67-79（76-78）頁、川島武宜＝平井宜雄編『新版注釈民法（3）総則（3）』（有斐閣・2003年）96-100、132-137頁［森田修］。関連して参照、山本敬三「民法における公序良俗論の現況と課題」民商法雑誌133巻3号（2005年）385-421（411）頁。

(10) 契約法学の役割についての言明として参照、平井宜雄「契約法学の再構築（1）」ジュリスト1158号（1999年）96-105（99）頁。

(11) 塩野宏「行政作用法論」同『公法と私法』（有斐閣・1989年）197-236（228）頁［初出1972年］。

(12) 代表的な著作として参照、阿部泰隆『政策法学の基本指針』（弘文堂・1996年）、木佐茂男『自治体法務とは何か』（北海道町村会・1996年）、鈴木庸夫編『自治体法務改革の理論』（勁草書房・2007年）。

(13) 田村善之「競争秩序と民法学」同『競争法の思考形式』（有斐閣・1999年）35-53（46）頁［初出1998年］、同「競争政策と『民法』」NBL863号（2007年）81-93（86）頁。著作権法は「所有権的構成」を「借用」していることを強調

また行政法学から見れば、特別私法に代表される民事法による制度設計は、政策実施のための１つの手法としても位置づけうるのです(14)。

(2) リベラリズム民法学

第２のグループは、民法学を私的自治ないし個人の自律を保障する目的との関係で理解する立場です。個人の自由意思に大きな価値を認めている理論的な立場をここでは広く「リベラリズム民法学」に含めることとしたいと思います。行政法学が通常念頭に置く民法学はこのイメージが支配的であり、権力性を特色とする行政法学と好対照を描いている限りで双方に牴触関係は生じないはずでした。しかしこのグループの中でも次の２つの主張は、行政法学との交錯が不可避です。１つは広中俊雄教授により提唱され(15)、吉田克己教授により展開された「外郭秩序」の考え方です。吉田克己教授によれば、外郭秩序においては特別法たる行政法規が定められている限りでそのプログラムに基づく処理が民事法に優先し、行政法規による権利・利益保護が不十分な場合に民事法が作動するとされます(16)。民事法と行政法が競合する領域が示され、そこにおける調整原理を「個人の自律」の尊重という観点から提示している点が行政法学からは注目されます(17)。もう１つは山本敬三教授が主張

する中山信弘『著作権法』（有斐閣・2007年）17頁をも参照。

(14) 夙に、阿部泰隆『行政の法システム（下）［新版］』（有斐閣・1997年）470頁以下は「行政と民事の諸手法」と題する章を置く。評者も、公的利益を実現する「規制」手法の一種として、民事法による制度設計を「枠組規制」と位置づける構想を有している（原田大樹『自主規制の公法学的研究』（有斐閣・2007年）11頁、同「政策実施の手法」大橋洋一編『政策実施』（ミネルヴァ書房・2008年刊行予定））。

(15) 広中俊雄『新版民法綱要第１巻総論』（創文社・2006年）３-37頁。公法と私法の関係の観点から同理論を分析したものとして参照、広渡清吾「市民社会論のルネサンスと市民法論」林信夫＝佐藤岩夫編・広中俊雄先生傘寿記念『法の生成と民法の体系』（創文社・2006年）249-294（273-278）頁。

(16) 吉田克己『現代市民社会と民法学』（日本評論社・1999年）269-271頁［初出1998年］、同「総論・競争秩序と民法」NBL863号（2007年）39-47（44）頁。

(17) 同様の構造は、古典的私的自治論の重層性を説く児玉寛「古典的私的自治論の法源論的基礎」原島重義編『近代私法学の形成と現代法理論（新装版）』（九

する基本権保護義務論による民法学の再構築です。憲法を具体化する法律として民法を位置づける山本敬三教授の理解によれば、行政法も民事法も基本権を保護・支援しようとする点で共通であり、両者の差異はかなり小さくなります(18)。

これに対し、行政法学側からのアイデンティティの主張の仕方は次の３通りに分けられます。第１は、民主的な統治プロセスの一環として行政過程を把握し、そこに民事法と同様の構造を持つ権利・義務関係には還元できない制度・秩序の要素を見出す仲野武志准教授の見解です(19)。この立場は、利害調整過程や政策実施過程を規律する法としての行政法の特質を強く浮かび上がらせることができる反面で、民事法との結節点ないしインターフェイスを閉ざすことで民事法との協力関係の構築を難しくする可能性(20)や、行政法学が持つ市民の権利自由保障機能を低下させる恐れがないとは言えません(21)。第２は、裁判所ではなく行政機関が介在することに積極的な意義を見出す大橋洋一教授の見解です(22)。能動的な紛争予防活動を行政機関が恒常的に行うがゆえに、行政活動に

州大学出版会・1996年）119-204（120-130）頁、原島重義『法的判断とは何か』（創文社・2002年）17-19頁にも共通してみられる。

(18) 山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治（１）」法学論叢（京都大学）133巻４号（1993年）１-20（17）頁、同「取引関係における公法的規制と私法の役割」同『公序良俗論の再構成』（有斐閣・2000年）239-293（248-251）頁［初出1996年］、同「基本法としての民法」ジュリスト1126号（1998年）261-269（267）頁。

(19) 仲野武志『公権力の行使概念の研究』（有斐閣・2007年）12-15頁［初出2002年］、同「法律上の争訟と既得権の観念（１）」法学（東北大学）67巻２号（2003年）174-227（207）頁。原島良成「地方政府の原告適格に関する一考察（１）」上智法学論集（上智大学）50巻３号（2007年）71-91（88）頁も共通の方向性を示す。

(20) 仲野准教授の見解に対するコメントではないものの、民事法学からこうした見解を示しているものとして参照、吉村良一「環境利益保護と民法」林信夫＝佐藤岩夫編・広中俊雄先生傘寿記念『法の生成と民法の体系』（創文社・2006年）641-673（663）頁。

(21) 参照、原田大樹「法秩序・行為形式・法関係」法政研究（九州大学）74巻３号（2007年）661-687（680）頁。

(22) 山本敬三＝大橋洋一「行政法規違反行為の民事上の効力」宇賀克也他編『対

対しては法令適合性以外の行為規範が必要となるとするこの考え方は、共通の規律対象事項に対して行政法と民事法が競合する場合を正面から認めた上で、行政法規の行政に対する規律密度の高さを重要なメルクマールと見ています。第３は、第２の見解と基盤を共通にしつつも、行政法と民事法の利害調整方法ないし作動方法の違いに力点を置いて説明する山本隆司教授の見解です(23)。民主的正統性を持つ行政が登場する行政法においては、利益衡量の包括性・総合性を特色とするのに対し、個人のイニシアティブを前提に裁判所が紛争解決をする民事法では、利益衡量をより繊細に、また個別的に行うことに重点が置かれるとします。ここで注目されるのは、民事法と行政法との協力関係の構築を志向する大橋洋一教授と山本隆司教授の見解が、その前提としての行政法学のアイデンティティを確立する際に、民事法における個人の意思の自律と、行政法における行政の法律による羈束とを強烈に対照させていることです(24)。

(3) 紛争解決志向の民法学

前述の２つの潮流とは異なる第３の理論モデルを提示しているのが内田貴先生です。1990年に提示された関係的契約論(25)では、現代的契約における契約上の義務の拡大現象を説明するために、当事者の意思よりもその背景にある社会的な関係に注目する必要があることが主張されました。関係的契約論が注目しているのは信義則を媒介とする妥当な解決であり、共同体の一員たる当事者の「納得」の合理性がキーワードとなっています(26)。契約の背景にある要素に注目する点で、また紛争解決を

話で学ぶ行政法』（有斐閣・2003年）１-18（17）頁［大橋洋一発言］［初出2001年］、大橋洋一『行政法 現代行政過程論［第２版］』（有斐閣・2004年） ３－５、10頁。

(23) 山本隆司『行政上の主観法と法関係』（有斐閣・2000年）322-330頁［初出1997年］。

(24) 山本隆司「判批（名古屋デザイン博事件１審）」自治研究74巻４号（1998年）107-117頁、大橋洋一「制度変革期における行政法の理論と体系」公法研究65号（2003年）74-99（76）頁。民事法学から類似の指摘をするものとして参照、曽野裕夫「競争秩序と契約法」 NBL863号（2007年）64-72（65-71）頁。

(25) 内田貴『契約の再生』（弘文堂・1990年）223-255頁。

(26) 内田貴『契約の時代』（岩波書店・2000年）152-158頁［初出1992年］。

も志向する点[27]で、制度的契約論は関係的契約論と共通性を有するように思います（内田・民営化（４）97頁、（６・完）147－148頁）。そこでこの両者を包括する理論モデルを「紛争解決志向の民法学」として行政法学と対置させた場合、行政法学にとって悩ましいのはこのモデルが個人の意思の自律を民事契約における必須の前提とはしないことです。このモデルによると、契約の概念に当てはまるための条件を、法関係の内容形成を個人の意思の自律に委ねることではなく、「合意」すなわち法関係を生じさせることを双方が承諾することに求めています（内田・民営化（４）93頁）。すると、制度的契約論における個別交渉排除原則（内田・民営化（４）94頁、（６・完）142頁）が「契約という手法を利用することの意義をそぐ」[28]とは直ちには言えないのだろうと思います。この理論モデルが意図しているのは、現代において「契約」と呼称しうる法技術が古典的なそれとは比較にならないほど広範囲で使われている現実を受け止め、それをあくまで「契約」の枠組の中で整合的に説明するための方策を示すことにあると考えられるからです。ここにおいて、法関係の内容形成における個人の意思の自律をカウンターパートとした行政法学のアイデンティティ構築は困難となります。

そこで、民営化の「国家政策」としての性格を強調し、民営化により公的利益の実現が図られるようにする規律責務が国家にはあることを梃子とする行政法学のアイデンティティ構築が考えられます[29]。すなわち、政策実現の観点から給付の法的しくみのなかに契約を位置づけて契約解釈を行うこと[30]、また制度的契約論は立法に盛り込む際の参照モデルとして位置づけうることが大橋洋一教授によって説かれています。

---

(27) 内田貴「平井宜雄教授著「契約法学の『再構築』」をめぐる覚書（下）」NBL685号（2000年）35-40（35-37）頁。

(28) 山本隆司「私法と公法の〈協働〉の様相」法社会学66号（2007年）16-36（33）頁。民事法学からの類似の指摘として参照、吉村良一「民法学から見た公法と私法の交錯・協働」立命館法学（立命館大学）312号（2007年）472-498（483）頁。

(29) 大橋洋一「民法と他領域（２）行政法」内田貴＝大村敦志編『民法の争点』（有斐閣・2007年）10-11（11）頁。

(30) 具体的には、原田大樹「福祉契約の行政法学的分析」法政研究（九州大学）69巻４号（2003年）765-806（797-798）頁。

制度的契約論は、伝統的に国が直営で行ってきた給付サービスについて、市場機能の阻害要因を何らかの手段で矯正できれば、少なくとも効率性の観点に関する限り国が直営で行う必要はないことを強調します（内田・民営化（２）74頁）。私見では、直営の給付システムか私的主体による給付かの選択に際しての考慮要素は、①直営給付に要する公費のコスト、②私的主体の給付の採算性、③私的主体による給付に要する国家の規制コストの３つあると思われます。すると、私的主体による給付に要する国家の規制コストが低減されることが、効率性の面から見た私的主体による給付の最重要の前提と言えます。このことから、規制技術の高度化によって規制のコストパフォーマンスを高めることが民営化による給付作用の外部委託の基盤となっていることが分かります。ここに「規制のための法技術」を蓄積する行政法学の使命が存在するように思われます(31)。

さらに、前述の３つの要素のうち①の直営給付に要する公費コストや②私的主体の給付の採算性を左右する公費投入の決定といった、制度運営に要する資金の調達・分配構想の提示も行政法学の重要な対象であり、制度的契約論からおそらくは「戦略的に」除外された視点です。制度的契約論は契約に基づく給付に内在する制約としてさまざまな法理を提示しており、それらが行政法学にとって大きなインパクトを持っていることは疑いありません。しかし制度的契約論が念頭に置いている諸サービスの多くは、現実には国家によるサービス供給責任とその具体化としての行政法的な「制度」化を前提にしてはじめて存立しうると言えます（無論すべてではありません（内田・民営化（４）94頁））。現に存在するサービスについての契約締結義務ないし給付義務はコモンローのcommon callingsの法理から導出することは可能であっても、まだ存在しないサービスに対して給付を要求するロジック（サービス総量供給責任）や限られたサービス資源の分配に関する社会的な調整システム（内田・民営化（４）96頁）の正当化は、行政法学からしか導出できないのではないかとも思われます(32)。ここに「所得再配分システム」(33)を規

(31) 原田大樹・前掲註（14）262頁。
(32) 原田大樹・前掲註（14）274頁註（40）。
(33) 大橋洋一・前掲註（22）10頁。

律する法としての行政法学のもう一つの使命を見出すことができます。

2．民営化対応法への理論的アプローチ

先に示した、制度的契約論には見られない行政法学の２つのアイデンティティ（「規律構造と資金調達の相互作用の分析の場」[34]としての行政法学）が認められるとすれば、民営化によって生じる法関係を規律する民営化対応法（Privatisierungsfolgenrecht）の理論モデルとして行政法学からいかなるものを提示できるかを以下では検討します。加えて、これらのモデルが制度的契約論とどのような接点を持ち、両者の連携関係を深めていくことができるかも展望することとしたいと思います。

(1) 私行政法

第１は、ドイツ公法学の議論をベースに山本隆司教授が提唱する「私行政法」の考え方です。これは、「私的主体が社会において事実上、公益や人権を実現する機能・役割を果たしている場合、あるいは果たす能力を持つ場合に、機能の大きさや性質に応じて決め、また適用すべきもの」[35]とされます。そこで念頭に置かれているのは、公益や人権の実現に携わる私的主体に対して、その組織と手続が法治国原理・民主主義原理の要請と適合するように国が監視・規律することです（波及的正統化責任）[36]。具体的には、私的主体の任務遂行に必要な人的・物的資源の要件やガバナンス構造を法律で定めたり、建築士などの専門家に特別な法的義務を負わせたり、様々な利害関係を同等に考慮させるための意思決定手続を法定することが考えられています[37]。

私行政法と制度的契約論との接点は、団体への加入契約の部分にあります。漁業協同組合への加入をめぐる最判1980（昭和55）年12月11日民集34巻７号872頁を具体例として、制度的契約論はこの場合に明文の加入強制規定がなくても団体の承諾義務を認めるべきであるとします（内

---

[34] 原田大樹・前掲註（14）264頁。
[35] 山本隆司・前掲註（28）31頁。
[36] 山本隆司「公私協働の法構造」碓井光明他編・金子宏先生古稀祝賀『公法学の法と政策（下）』（有斐閣・2000年）531-568（556-557）頁。
[37] 山本隆司・前掲註（28）31-32頁、同・前掲註（36）562-565頁。

田・民営化（５）53頁)。私行政法は国家の側から民事組織法の公益適合的な規律のあり方を議論するのに対し、制度的契約論は団体（加入契約）の性格に内在する要素から加入契約の承諾義務を発生させようとします。このように両者の議論の出発点は異なっていますが、ある種の民間団体に対する加入強制を導出する点では共通の方向性を示しており、両者は相互補完関係にあると見てよいと思われます。すなわち、国家の波及的正統化責任を果たすために国家が法律によって規律することで生じる私行政法の内容には制度的契約論が提示している団体の性格に内在する要素を含めなければならず、また制度的契約論はこの文脈における国家法規律の正当化根拠を提供します。しかし、国家による制度化が果たされていない状態で生じた紛争に対しては私行政法では対応が困難であり、裁判の場面で制度的契約論のロジックによる解決が図られることが期待されるのです。

(2) 公共部門法論

第２は、評者が提示している「公共部門法論」です。これはドイツ・アメリカの公法学の議論動向を踏まえつつ、わが国の実定法制度を念頭に置いて構想した、なお生成途上の理論枠組です。公共部門法論は行政・市民・公的任務遂行主体の三者が登場する法関係において、公的任務遂行主体が国家に対して自律性を発揮することと、被規制者ないし受給者市民の権利利益の保護を図ることとを両立させることを目的としています。従来の公法理論が「権力性」「公役務」といった一定の属性の有無によって公法による処理か私法による処理かを分ける二分法であったのに対し、公共部門法論では４つの基本戦略（全面的「国家行政」化、部分的「国家行政」化、契約の活用（行政契約・公共部門契約)、立法者の規律責務（基本権保護義務論・本質性理論))によって具体的な利害状況を踏まえたきめ細かい処理をすることを目指しています(38)。公共部門法論からみれば「私行政法」は前述の基本戦略のうち「立法者の規律責務」に関する具体的な規範的要請を提示する議論と位置づけることができます。

(38) 原田大樹・前掲註（14）265-276頁。

公共部門法論と制度的契約論との接点は、公共部門契約にあります。行政契約法理の直接的な適用では解決ができない場面において、公共部門法論は公的任務遂行主体と市民との間で締結される契約に公法法理を段階的に及ぼすことを提唱しています。その具体的アプローチとして、公的任務遂行主体の組織上の特性に注目する方法、担う作用に注目する方法、公物法のような市民の利用権・受給権を予め設定した上で民事ルールに解決を委ねる方法の３種類を例示しています。このうち作用に注目する方法が制度的契約論と共通の視角を有しています。この場合に公共部門法論が公法法理を契約に及ぼす正当化根拠として主として念頭に置いているのは、契約に基づく法関係の展開の前提となっている客観法としての行政法的「制度」[39]ないし法的しくみの存在であり（これと制度的契約論が念頭に置く「制度」とは少し捉え方に違いがあるような気もいたします）、その運営に公費が投じられていることです。これに対し制度的契約論は、給付されるサービスの特性に内在する要素から類似の法的要請を導出します。この場面においても両者の補完関係を語ることが許されると思われます。まず、制度的契約論が、契約化により公法的規律が拡大することを明らかにした点（内田・民営化（６・完）148頁）は、公共部門法論の主張と軌を一にします。次に、制度的契約論は給付されるサービスの特質に注目した、公共部門法論からは導出されない行政関与の有力な正当化根拠を提供し、その要請を受けて設定された行政関与の法「制度」こそ制度的契約論の重要な構成要素たる「制度」を具体的に構築します。さらに、制度的契約論が公費の要素を戦略的に除外したことは、同理論の適用可能性を公共部門法論が念頭に置く以上に拡大させることを可能とします（例：企業年金契約[40]）。このことは民事法と行政法の規律技術を事例に則して段階的に適用していくことを志向する公共部門法論にとっても、大きな福音となるように思います。

---

[39] 契約と法制度の区別につき参照、原島重義「なぜ、いまサヴィニーか」同編『近代私法学の形成と現代法理論（新装版）』（九州大学出版会・1996年）１-55（13）頁。

[40] 内田貴「制度的契約と関係的契約」新堂幸司＝内田貴編『継続的契約と商事法務』（商事法務・2006年）１-29（12-13）頁。

終わりに

法関係の内容形成に個人の意思の自律を不可欠の前提としない制度的契約論は、行政法学のアイデンティティに対して大きな“衝撃”を与えました。しかしそれは行政法学にとって、自己の独自性を改めて見直す機会を得たことでもありました。制度的契約論の考え方を踏まえてもなお残される行政法学のアイデンティティとして考えられるのは、民営化の前提条件である「規制」のための法技術の高度化と、民営化後の給付システムにおいても公費がなお投入されることに着目した「所得再配分」の規律の２つであろうと思います。その上で、民営化後の法関係を構想する理論モデルとして、民事法学から提示された制度的契約論と、行政法学が示す私行政法・公共部門法論とが相互協力関係を構築しつつ、新たな法理を継続的に生み出していくことが、今後の民事法学・行政法学にとって不可欠の課題です。制度的契約論は契約への司法的コントロールのみならず立法的コントロールも視野に含めており（内田・民営化（６・完）147頁）、この点に関する行政法学との学際的交流が、この種の契約の制度設計技術をより高度化することを可能とする原動力となると思われるからです。ご静聴ありがとうございました。

〈討論〉

司会（吉田克己・北海道大学教授）　これからは、基本的にいつもの研究会のように、フリーに議論していきますが、最初にお二方のコメントがございましたので、内田先生の方からそれに対する応答がありましたらいただいて、それから議論をしていくことにしたらいかがかと思います。内田先生、いかがでしょうか。

内田　池田先生からのコメントに対して、本来は個別に一つ一つお答えすべきだろうと思うのですが、いま気が付いたものだけ恣意的に選んでお答えいたします。

まず、労働契約の外部性という点について、労働契約に制度的性質が与えられる理由は、労務の性質というよりも一般市民が人生の多くの時間を費やす生活の場であり、生きがいの場を提供するという特質の問題ではないかというところを引用していただきまして、外部性へのご批判をいただいたと思います。おそらく行政法で議論される行政契約、公的な契約の理論と制度的契約論の違いの１つは、労働契約を取り込むかどうかだと思います。

労働契約をレジュメの４象限の図の中でいうと、従来の労働契約が右上にあって、新しい労働契約が左上になっています。労働契約というのは、提供されるサービスの性質上、公的機関によって提供されるものではありえませんので、その意味で、public utility 契約とか介護契約といったものとは違うわけですね。そういう点での異質さがあります。

ところが、従来の労働基準法が想定していた労働契約は、集団的性格が強くて、団体的な扱いがなされてきたわけです。その結果、団体的な処理が要請されるがために生み出されたさまざまな法理があるわけですが、それが実は制度的契約と共通しているのではないかというのが私の発想です。

その意味で、ほかの公的契約、民営化で出てきたような契約とは違いますが、しかし団体性による特殊性を持った契約であるという点で、制度的契約のカテゴリーに入れることができるのではないかと考えたわけです。

しかし、その特殊性は、労務という提供されるサービスの性質で説明

できるものではありません。労働契約が制度的契約とされる理由は別のところにあるのではないか。職場というのは、人々が人生のかなりの部分を過ごし、自分のアイデンティティーまでがその職場での仕事によって規定されていることも多いわけですが、そのような職場での規律について、不公平や不平等があるのはおかしいと感じる。そのような意識があってはじめて制度的契約としての特質が生み出されるのだろうと理解したわけです。

現在法案審議がなされている労働契約法が想定しているのは、もっと個別的な合意で契約内容を決めることができるような関係ですが、それでも、ある程度集団性が前提となる場合には、依然として制度的契約としての性質はあるだろうと考えました。ただ、この図の中の位置には意味がないと言いながら、新しい労働契約を下の線にかなり近いところに書いてあるのは、人々の意識が変わって、ある職場で解雇されたら別のところに移ればいいんだというぐらいに、労働市場の流動性が高まってきますと、制度的契約性がたぶん失われるであろうという見通しを意味しています。そうなると古典的な契約、取引的契約に近づいていくわけです。もちろん労働法上の一定の規律（それは関係的契約として説明できる場合が多いのですが）は残るにしても、契約の性質上、制度的契約と性格づけることができなくなる可能性がある。そうなるかどうか、これは意識の問題で、その意識の根拠が先ほど池田先生に読んでいただいたようなところにあるのではないかと考えたわけです。これが労働契約についてのご指摘に対するコメントです。

もう１つ、関係的契約と当事者の意思の関係について、池田先生のコメントに対してお答えしておきたいと思います。関係的契約も制度的契約も当事者の意思以外のものに着目するという意味では共通しています。しかし、関係的契約の場合には、意思以外のものは意思を補充するものだと考えているけれど、ほかのところでは補充ではなくて、もっと意思以外のものを重視しているではないかというご指摘かと思います。

意思を補充すると言ったのは、これは言語哲学の話で、ヴィトゲンシュタインなどが下敷きになっていますが、契約の交渉をしたり、契約内容を決めたり、契約上の権利義務を合意したりするのは、常に言語的なコミュニケーションによって行われるわけです。特にある特定の業界の中

で行われる契約交渉は、その業界の中で共有されている暗黙の規範ないしルールが背後にあって、それではじめてコミュニケーションが成り立つわけですね。このような理解は哲学的コミュニケーション理論では常識的なことだと思います。

そして、単純な言語的コミュニケーションの場合には、文法とか言葉の意味についての理解が共有されているためにコミュニケーションが可能になるわけですが、例えば繊維業界で特定の繊維についての継続的な契約の締結交渉をする場合には、言葉からしてほかの業界では使わないような特別な用語を使ってコミュニケーションがなされるわけです。しかし、実は、言葉だけではなくて、言葉の周辺にあるにさまざまな業界のしきたりとか、慣行が背後にあって、それを共有してはじめてコミュニケーションが成り立ち、契約交渉や合意というものが存在するのだろう。

そのような意味での社会規範を踏まえてはじめて契約に表現された意思を理解することができる、ということを『契約の再生』の中で述べたわけです。契約でなされた意思表示がどういう意味なのか、あるいはある点について明示的には何も合意していないけれども、当事者は何を意図していたのか、といったことを理解するためには、背景の社会関係を見ないと分からないということを述べたわけです。これが関係的契約の理論です。

これに対して、制度的契約は、個別の当事者の意思とはまったく無関係に外から規範が課されるわけです。たとえば、common callings の理論にありますように、宿屋の看板を掲げたことから当然に一定の義務が課されるわけです。それは、そういう暗黙の合意があったはずだという話ではなくて、提供されるサービスの性質によって規範が外から課されるという意味でかなり異質ではないか。関係的契約の場合は、業界や共同体の慣行から離れた合意も当事者が明示的になすことは可能ですが、制度的契約においてはそのような個別合意は許されないのです。個人の主観的な意思以外のものに着目はしますが、しかしこの点で、制度的契約と関係的契約はまったく違うと考えています。

そのほか、いろいろとご説明すべきことはあり、納得の合理性の問題とか、話しだすと長い問題もありますけど、それはまた後でご議論が出

れば、その中でお答えさせていただきたいと思います。

次に、原田先生のコメントについては、深く理解すれば私に対するご批判もあるのだろうと思いますが、批判に対する応答という形で、今の段階で私から申し上げることはありません。ただ一言、「やっと理解していただけた！」という感謝だけを申し上げたいと思います。どうもありがとうございました。

司会　それでは皆様方から、ご質問なりご議論なり、どうぞ、自由に出していただければと思います。いかがでしょうか。それでは、亘理先生、どうぞ。

亘理格（北海道大学教授）　質問が2点あります。まず、先生の『ジュリスト』のご論文の中で、民間委託契約はご検討の対象から除外されていたと記憶しています。他方、本日のご報告の最後の方では、行政事務事業の民営化や公私協働との関係に言及されました。その中で、従来の行政法の限界というコンテクストで、行政契約論に対し制度的契約論がもち得る独自性ないし有用性に言及されています。逆の言い方をしますと、今日問題となっている民営化や公私協働に対して、行政法で論じてきた行政契約論では十分な対処ができないという意味で、従来の行政法の限界を指摘されているのだと思います。また、制度的契約論の有用性と言う場合には、民間委託契約型の民営化や公私協働に対しても、制度的契約論は有効な理論たり得るという意味合いが含まれているのではないかと推測致します。そこで、第1にお伺いしたいのは、民間委託契約、例えばPFIのような契約手法を、制度的契約と取引的契約及び関係的契約と古典的契約という相互関係の中でどのように位置付けられるのか、という問題です。と申しますのは、提供契約創設型で介護保険のようなものを民間にやらせるという形での民営化の場合、法律ないし立法でそのようなサービス提供契約を創設してきています。それに対して、民間委託契約型の場合は、契約でそのような民間事業者によるサービス提供事業を創設するという側面があるのではないかと思います。しかし、その結果として実際にそこで提供されることとなるサービス提供をめぐる法関係には大きな違いはないのでして、かなり共通性があるのではないかと思います。このように考えますと、提供契約創設型と民間委託契約型とを違ったタイプとして分けることは、確かに可能ではありますが、

民間事業者と受益者との間で実際に成立するサービス提供の法関係については、むしろ共通面が大きいのではないかと考えます。そこであらためて、先生は民間委託型契約をどのように構想されているかをお伺いしたい、という質問が第１点です。

第２点目は、先生が意見書を書かれたという企業福祉年金の件ですが、これはお話を伺った限りでは、年金給付率を削減するという、いわば従業員にとっては契約条項の不利益変更になるのではないかという印象をもっています。私は民法が専門ではありませんので、誤解があるかもしれませんが、そうしますと合意条項の不利益的変更になるわけですが、先生が『ジュリスト』誌上でお書きになった御論文では、確か、契約の締結強制とか、平等原則、差別禁止原則等には言及されていましたが、契約条項の不利益変更の可能性については言及されていなかった、あるいは少なくとも強調されてはいなかったのではないかと記憶しています。そうしますと、先生の制度的契約論では、このような契約条項の不利益変更まで、本来的な射程として予定されているのかどうかについてお伺いしたいと思います。

と申しますのは、私の個人的な関心を申しますと、フランスの行政契約論では、公益上十分な必要性があれば、場合によっては契約条項の変更が、不利益変更となる場合も含めて可能とされる場合があり得ると考えられてきています。その意味で、行政契約に関する限りでは、事情変更の原則の適用をかなり広く認める傾向があるわけです。そのようフランスの行政契約論における契約条項の変更のあり方に従来から関心を持っていたものですから、先生が制度的契約論を提唱されるなかでは、合意条項の不利益的変更まで視野に入れられていると理解してよろしいのかどうか、この点をお伺いしたいと思います。

内田　いずれも大変重要なご指摘でどうもありがとうございました。まず、第１点の民間委託契約型の民営化で使われる、民間委託契約はどういう位置付けになるのかですが、一言でお答えすると、実はまだよく分からないのです。そこまで研究をしたかったのですが、なかなかそのための時間が十分に取れてないということです。民間委託契約のあり方について、私はドイツやフランスの議論はフォローしていないのですが、アメリカの行政法学ではかなり議論がありまして、どういう内容である

べきなのか、またそのあるべき内容はどこから来るのか、何を根拠にそういう制約がかかるのか――アメリカの場合ですと憲法が援用されることが多いのですが――について、ずいぶん議論があります。

ただ、民間委託契約そのものは、法律上のいろいろな制約はあるものの、国とか公共団体と民間の事業者との間で、かなり古典的契約のモデルに近い形で個別的に契約条項を交渉し締結します。もちろん、内容について完全に自由に結べるわけではなく、変な条項が入ってしまうとあとで司法審査で無効にある恐れもある。そういう制約はかかっているわけですが、しかし私が想定しているような典型的な制度的契約とは違います。では、これをどう位置付けるべきかについて、まだ私の答えは出てないのです。

特に日本の場合について、もう少し、実際の民間委託契約の実態を探り情報を集めてから結論を出したいと考えております。その過程では、また先生からいろいろご教授をいただければと思います。

それから第２点の福祉年金契約事件で出てきた契約条項の変更、これは一方当事者による一方的な、しかも相手方にとって不利益な契約条項の変更であって、通常の契約ではあり得ないことです。ところが、就業規則などでは判例上そのための法理が存在しています。これが制度的契約の法理として認められるのかどうかというご質問ですが、私は、これは制度的契約の問題ではないと考えています。むしろ関係的契約としての性質から要請されるものです。ある程度の長期間、関係が継続していく中で、いろいろな条件が変化していく、それに対して、契約を終了させてしまうのではなく、契約内容を修正することによって対応していくという「柔軟性原理」が存在することを関係的契約理論では論じたのですが、この問題です。ただ、制度的契約の場合には、制度的契約としての制約を受けた形でこの柔軟性原理が出てくると考えておりまして、両方の特質が交差することを示すために、縦横の座標軸を引いた図の中に位置付けたのです。

関係的契約で要請される柔軟性原理が、制度的契約の制約を受けた形で出てくるわけですので、個別の契約ごとの処理で柔軟性原理を適用することは認められず、制度的枠組みの中で適用されるという形になるのだと私自身は理解しています。

司会　一言忘れましたけれども、最初に申し上げましたように、今日の議論は録音を採りまして後で起こそうと思っていますので、ご発言の方は、おそれいりますが、所属とお名前ということで、今、亘理先生は私から申し上げましたが、お願いしたいと思います。ほかではいかがでしょうか。どうぞ、ご自由に。藤谷先生、どうぞ。

藤谷武史（北海道大学准教授）　北海道大学の藤谷です。いろいろお伺いしたいことはありますが、まずは一番の鍵と思われる点についてお伺いします。これは池田先生がコメントの中で触れておられたことですが、結局のところ、制度的契約論では、コモン・コーリングスの例が示すように、ある種、当事者の意思によらず「上」からかかってくる何かが想定されているように思えますが、それがどこから出てくるのか、という話がやはり気になるところです。これは私が公法の人間だからそう思うのかもしれません。

考え方としては、例えば、業界の慣習や、ある種の共同体、社会的意義を共有する共同体に自分から依拠して活動しているのならば、その共同体に共有された意義や規範に拘束されるのは仕方がない、という話があると思いますし、あるいは、先生のご論文で指摘されている私的年金契約におけるある種の「参加」の仕組みのように、何らかの「参加」がある場合も、この「参加」が規範の正統性の欠如を補う要素として機能しうるのかなとは思います。となれば、制度的契約論が市場的すなわち財産権者が自律的に形成する法関係ではなく、かといって行政法が強調するように法律による、民主的政治過程による秩序形成でもない、第三の何らかの決定ないし紛争処理メカニズムとして機能するのかどうか、そういった規範ないし秩序形成のモデルを提示しておられるのかどうか、というところが鍵になるように感じております。

だからこそ、原田コメントに対する応答として、「行政法的統御の前提としての法律が存在しないところでも、制度的契約論は作用し得る」ということですけれども、私には、本当にそれで大丈夫なのかなということが分からないのです。具体的に申しますと、先生が今日のご報告で挙げられた松下の例で、果たして、退職者と現役世代はいかなる意味で、ある種の社会的意義を共有する共同体であり、個別の合意がないにもかかわらず、制度内在的な論理として（制度が全体として機能するために）、

なお服さざるを得ない規範が存在する、というロジックが出てくるのか。これは池田先生のコメントにもつながるかもしれませんが、「松下」という企業それ自体のイメージもあるのかもしれませんが、古き良き会社共同体というか、ある種、素朴なイメージをもしかすると想定しておられるのかなと思えてしまうのです。仮にそうだとすると、果たしてそれでよいのかどうか。

ここで終わりますが、原田コメントが提示した民法学のモデルの中で、特にリベラリズム民法学が重視しており、公法学もまた当然の前提とする「個々人の自律」というファクターが、制度的契約論の中ではどう位置づけられるのか。「共同体はどうあれ、自分はこう生きたいのだ」という自由を認めるための、個人と社会・公権力との「距離」をどう保障するのか。裁判所は、最終的には国家法を背景にして強制力を発動する機関という点ではやはり公権力であると思いますので、公権力や社会と個人の間の距離の保障（行政法学ではしばしばDistanzschutzと言いますが）は制度的契約論においてはどう確保されるのか、この点についてどのようにお考えなのかということだけお伺いしたいと思います。

内田　どうもありがとうございました。大変難しい質問ですが、まず共同体の規範の中に制度的契約の規範の根拠を求めるのかと言われれば、それはそうではありません。対比のために、まず関係的契約の話をさせてください。関係的契約理論については、解釈理論であるということを提唱した当初からしつこく言っているのですが、現に日本の下級審裁判例によって形成された規範があり、また、その規範を生み出した判決が存在するわけですね。それを解釈したというのが関係的契約理論なのです。

信義則という一般条項を適用する際に、裁判官が何をやっているかというと、当事者が共有しているはずの法意識の中で、どういうことが期待されていたのかを探ろうとしたのではないか。契約書にはこう書いているけれど、そのような契約を結ぶときに当該業界では実際にはどういうことが常識だったのかということを、裁判官は探っている。その中から見出した規範を信義則という一般条項を使って法の世界に吸い上げて判決をしている、と私は解釈をしたわけですね。そのうえで、「解釈」論としては、実践を説明すると同時に正当化する必要があるわけですの

で、次の段階として、その実践を正当化しうる理論を探りました。裁判官がめざしている解決は、当該紛争の一方当時者は納得しないかもしれないけれども、しかしその当事者を含む業界ないし共同体の中の人たちが、その辺が落としどころだと感じるようなものだろう、それは、紛争解決に携わる人たちが、日常頻繁に使う言葉で言えば「納得」だろうと考え、その正当化を試みたわけです。

これに対して、制度的契約の場合の規範は、共同体の中で共有された規範ではないと思います。じゃあ、どこから出てくるのか。これもやっぱりある種、解釈論ですので、テクストを解釈しているわけですが、その場合のテクストは、典型的な事例としては民営化なのですね。国などが提供していたサービスが民営化されて、民間が契約で提供するとなったときに、国が提供していたときと同じ規律がある程度課されないとおかしい、と考えられている。これは、そうあるべきだと私が主張しているのではなくて、日本でもドイツでもアメリカでもフランスでも、事実としてそう考えられているのです。

では、それはなぜなのだろうか。従来は、もともと国が提供すべき公的なサービスだからだといわれてきたわけです。ところがprivatizationの国際比較や歴史研究をやってみると、ある国では国がやっているけど別の国では初めから民間が提供しているというものがあるわけです。そして、初めから民間が提供する場合も、何らかの法理を使ってやはり同様な規律が課されることを説明しようとしている。そうだとすると、サービスの提供者がもともと国であったかどうかは決定的ではなくて、国が提供しようがしまいが、ある種公的なサービスであるからだという、サービスの性質が根拠になるだろうと考えたのです。

では、サービスの性質を根拠にしてなぜある規範が出てくるのか。そこまで突き詰められると、これがその根拠ですと示せるようなものが予め存在しているわけではないのですね。事実としては確かにそういう制約がかかっている。しかし、国が法律を作ってそのような規制をかけるときに、当該業界ではどういう期待や規範が共有されているかなんて考えないわけです。およそこういうサービスをあまねく多くの人たちに提供する以上は、当然にこうでなければということで規制していくわけです。

規範と言っても、私が挙げたものをご覧いただければお分かりいただけますように、かなり一般的な合意を得やすい規範ですけれど、そういう一般原則も、共同体の中で共有された規範とはまったく別のところからたぶん出てくるのだろう。その出方として、例えば企業年金契約の場合のように、法律上の年金制度の中で組み込まれている仕組みが、ある種モデルとなって使われる場合もある。松下福祉年金訴訟の場合は、私はそういう推論をやったわけですが、そういう場合もあるだろうと思います。

その場合は、昔から歴史的にそうだというのではなく、法律上の年金制度を作るときに立法者たちが合理的に考えて、こういう年金制度を組む以上は、当然こういう制約が必要であると合理的に考えた結果出てきた仕組みです。それが、法律のない、純粋に私的な契約による年金契約の中でもおそらく妥当するだろう。その根拠を、たとえば経済学者は経済学のタームを使って説明しますが、果たしてそれだけが決定的な根拠なのかどうか、私にはまだ分かりません。しかし、以上のような議論は、それなりに法律家の間では説得力があるだろうと私は感じています。それが法律家の直感の面白いところです。直接のお答えにはなっていないのですが、これに答えが出たら大論文になると思いますので、ぜひ、どなたか書いていただければと思います。

藤谷　基本的に先生のお考えには納得いたしました。特に民営化の場合にはよく分かる気がします。民営化のようにもともと公的な規範が存在したもの、コモン・コーリングスのように歴史的に形成されてきたもの、あるいは企業年金契約のように、法律上の制度にそのモデルとなるものがあった場合のように、ある程度客観的な「足場」がある場合に制度的契約論が作用する、という理解でよろしいでしょうか。一人で時間を取ってもいけませんので、他の方にお譲りします。

司会　それではほかの方でいかがでしょうか。別に専門にこだわるわけではないですが、最初の２人の質問者は公法でしたので、民法というか、私法の方から質問があればと思いますけど。どなたか。それでは、根本さん、どうぞ。

根本尚徳（北海道大学講師）　北海道大学の根本と申します。民法を専攻しております。内田先生のお考えになっている契約理論の中で、「制

度的契約」というものがどのように位置付けられているのか、特に、私的自治の原則とどのような関係に立つものと捉えられているのか、という点をお伺い致します。つまり、伝統的に契約の拘束力の根拠として理解されてきた私的自治の原則を個人意思自治の原則、言い換えれば、個人の意思自律を出発点として法的な問題を分析していく考え方と捉えると致しますと、内田先生のお考えにおいて、制度的契約とはそのような私的自治ないし個人意思自治の原則とは関係がないものとされているように、本日のご講演やジュリストに掲載されたご論文などからは理解致しました。仮にそのような理解が正しいと致しまして、私が教えていただきたいことは、どのように関係がないのか、ということです。

要するに、先生がおっしゃるところの「古典的契約」が私的自治の原則によって支えられているものとした場合に、それが契約（理論）の中で原則なり基本形なりであって、制度的契約はそのいわば例外現象と先生は位置付けられるのか、それともそれとはまったく違った理解の仕方、すなわち、古典的契約と制度的契約とはどちらが原則ということでもないし、例外ということでもない、それぞれが独立した契約として位置付けられる。そのような考え方をされるのか。この点につきご教示いただければと存じます。私は、先生のお考えはおそらく後者だろうと理解したのですが、そのような理解でよろしいでしょうか。

内田　どうもありがとうございます。意思自律とか私的自治との関係ということですが、契約と名前が付いている以上、当然、意思自律とか、私的自治と関係しています。無関係なところにあるものではありません。ただ、その意思の反映の仕方が通常の古典的契約は個人主義に立っていて、一つ一つの契約ごとに当事者の意思を反映させるという発想をするわけですね。

ところが制度的契約の場合には、一人一人の個人の意思を反映させるとかえって正義に反する。集団としての意思を反映しないといけない。それを反映させる仕組みをつくる必要があるというのが制度的契約の特色だろうと思います。例えば public utility 契約の例であるガスとか水道とか電気とかの供給契約の場合に、一人一人の利用者、ユーザーの意思を反映させて契約条件を変えるなんていうことは認めるべきではない。

しかし、ユーザー全体、集団としてのユーザーたちの意思を反映させ

て契約条件を交渉し、場合によっては変更させるということは必要なわけですね。その役割を通常は国が担い、法律でそれを規制しています。いわば、その集団の人たちの意思を国会を通じて、立法者の意思として反映させて規律をするわけです。それができない年金契約などの場合には、やっぱり団体としての労働者とか退職者の意思を反映させる仕組みを組まないと、正当性は主張できないだろう。このように、意思自律とか私的自治はもちろんあるのですが、その反映の仕方がかなり違う。その違いは単なる程度問題ではなくて、質的な違いなので、別の概念で把握した方が説明がしやすいだろうということです。

この点について、吉川吉衛先生が約款論でずいぶん論文を書いておられますけど、吉川先生の集団的意思（先生は「客観的意思」と呼ばれます）でもって約款の拘束力を基礎づける考え方は、学界の中であまり理解者が多くないのですが、私は、約款の正当性を基礎付けるかなり鍵の部分の理論ではないかと考えております。

田村善之（北海道大学教授）　北海道大学の田村です。本日はどうもありがとうございました。今の根本さんの質問と、それに対する先生の応答に関係しているのですが、私は先生が外部性という言葉を論文でお使いになったときに、大変親近感を覚えました。ところが、今の応答を聞いていますと、結局、集団的意思に換言なさいます。しかし、通常は外部性と言うともっと大きく考えて、集団としての契約の潜在的な当事者以外のところに及ぶ効果も考えるのですね。

私などは、競争政策や知財政策を考えるときに、こうした潜在的な取引当事者以外の、より一般公衆に与える影響を考えて、この契約は締結させた方がいいのではないかと考えます。例えばCDのレンタル店の話ですと、レコードメーカーと個々のレンタル店だけではなく、またその両者の集団でもなく、その背後にある国民全体、一般公衆全体のことを考えて、レンタル業が栄えてほしいという観点から、契約締結を強制するという考え方を取ります。そのような私の考えと内田先生のお考えは、やはりなお隔たりがあると考えた方がよろしいのでしょうか。

せっかく外部性という言葉を使っているにもかかわらず、中途半端な外部性というか、やはりどこかに区切りがあり、ある一定のところまで限界があって、そこから先は契約法の仕事ではないというところがある

のかもしれません。一言加えると、本日、原田先生が、民法が内田理論で動いたら行政法はどうするんだというお話をなさっていたのですが、行政法学は私が取り扱う意味での外部性まで当然に取り込んでいるように思います。そこに内田先生の外部性というお言葉の限界があるのではないでしょうか。それを確認をしていただければと思います。

内田　どうもありがとうございます。今のCDのレンタル店についての田村説に賛成するかどうかはさておき、外部性のとらえ方について、私はそんな違いがあるとは思わないのですね。ただ、例えば集団的意思と言ったときに、外部性で考慮すべきなのはどの範囲の意思か、線をどこで引くかは論争のある問題だと思います。誰かが一義的に解答を出せる問題ではなくて、論争によって決めるべき問題だと思います。経済学のいう外部性も無限定になりうるのであって、それが経済学の恣意性をあらわしている、という点はかつてアメリカのDuncan Kennedyが論文に書いていたことです。社会契約論でいう契約の外部性などは、何世代も先の人たちを含むわけですね。そういう将来の世代の利益を反映させることができるような、そういう人たちの発言を代弁できるような仕組みを組み込んで社会契約説を組まないと、将来の世代に対する拘束力を正当化できないのではないかというのが、制度的契約理論の持っているインプリケーションです。

現実のいろいろな制度的契約と呼ばれる契約について、どこまでの範囲の意思を反映させる仕組みをつくれば正当性を持ち得るかという問題は、一義的に答えは出なくて、やはり議論によって解決していくしかないだろう。ただ、議論のための枠組みは提供できるのではないかということです。

田村　そうしますと先生の先ほどの応答の中で、集団とおっしゃったときに、最初は潜在的な契約当事者のようなもの、あるいは同種同質の契約をすでに提携している当事者、あるいは潜在的な当事者のことをお考えで、集団と画するお考えかなと、卒然と聞いたときに思いました。しかし、そうではなく、そこからは論争、議論で決めるんですね。どのように議論で決めるのかがよく分からないのですが。

内田　論争で決めるというのは、ある意味では逃げの言葉ですけれど、もしかしたら田村さんと違いが出るかもしれないと思うのは、ガス、電

気の供給契約という場合に、やはりある供給者によって供給されている地域の人たちというのが、１つの限界を画するだろうと私は漠然と考えていました。少なくともその人たちの間での平等性、公平性といったことが当然に規範として課される。しかし、それをもっと広げるべきであると田村さんがもしお考えになるのであれば、つまりまったく別の地域の供給者も含めて、となるとちょっとずれが出てくるかもしれません。ただ、それでも一国という限定付けはされるのではないかと思うのですが。

田村　少しずつですが、分かってきたようです。ただ、今の私ですと、ガスの供給契約でガスが供給されることによって、その地域の人だけではなく、さらにその社会がどうなるかというところまで考えます。ですので、例えば池田先生が本日示唆されたような社会的な認識のようなものを内田先生が取り込んでおられるのでしたら、最終的にはあまり変わらないかもしれません。ただ、今の応答で気が付いたことは、私は政策的な、社会的な厚生のようなことをどうしても考えがちなのですが、先生がお考えの外部性は、むしろ不平等や公平ということが前面に出るようです。その意味では経済学で考慮するときの外部性とやはり違うところがあり、集団や議論、論争で決めていくときも、不平等や公平性を感じる集団のようなものが、１つの結節点になっていくのではないかという気がいたします。勉強させていただきました。

内田　今、最後におっしゃったのはまったくそうだと思います。重要なご指摘をありがとうございます。

得津晶（北海道大学准教授）　北海道の得津と申します。今、田村先生がおっしゃって、内田先生も正面からお認めになったんですが、商法学者からすると、商法学者は法律学者ではないかもしれないですけれども、内田先生の外部性という言葉の使い方が商法の論文等で用いられる使用法と大きく異なるように感じました（発言者注：ただし、民法の分野においては経済学の用語を経済学とは異なった意味で用いることは他にもあるようである。機会主義的行動について私法69号50頁潮見佳男発言参照）。内田先生の外部性という用語は非常に違和感があって、やっぱり平等とかそういったものを、外部性という用語の中に、直接に取り込んでしまうという点です。例えば、先ほどの内田先生のお話の中にも

あったんですけど、ガスの供給契約で、ある人には契約して、ある人には契約をしないということが、不平等に感じるのか、感じないかという問題は、田村先生もおっしゃっていましたけど、ガス供給契約を特定の相手に契約しなかったら、契約してもらえなかった人たちはどうするのか、といった事後的な帰結を考えることで多くの場合、解決できるのではないかと思っています。

ガスという生活の最低限のインフラが供給されない場合、もうひとつ別のガス供給ネットワークを作ることになれば社会的なコストになるということもありますし、そもそもガス供給契約締結義務がないのであればその地域で生活しなくなるということも考えられます。ガスが本当に生活に必要なものであれば、法律に違反してでもガスを手に入れる、隣の家からガスを盗むなどして手に入れることもあるのではないでしょうか。もちろん絶対に法律を守る社会を前提にすれば締約義務を課さなくても、まっとうな社会になるんでしょうけど、ガス供給契約を結んでもらえない人たちはたぶん法律を守らなくなる。

大雑把な議論でしたが、このように、締約義務を課さないことで社会全体として、非効率になる、これが不平等と感じる中味なのではないでしょうか。こういう社会全体の効率を考えた上で外部性ということを使った方が、私はよいのではないかと。不平等に感じるかどうかというのだけでは人によって全然違うわけで、ちょっとそれは無理があるのかなと、私は思ったんです。

この点は感想なんですけど、ちょっと商法の観点からすると、不平等とか何かからいきなり外部性を持ってくるのはちょっと違和感があります。もちろん社会的に効率、非効率であるかどうかは、統計的に有意なところまで求めなければ法が介入できないというのは、それはちょっと行き過ぎかもしれないと思いますけれども、どこかで線を引く必要があるのではないかという気がしたので。

内田　うかがっていて、外部性という言葉の選択はまずかったかなとも思いました。経済学の概念そのものを私は使っているわけではないのです。ただ、いわんとしていることを理解してもらうためには、経済学の externality という言葉が持っている力を借りたかったのは事実で、それで外部性という言葉を使ったのですが、かえってそれを使うことに

よって、厳密に経済学の外部性で議論されてしまうと、それは明らかに違います。

得津　それともう１点あるのは、内田先生の書き方では、外部性があるときに法律の介入が必要であるとなっているんですけれども、商法の学者は絶対にこのようには考えないと思います。なぜならば外部性があっても、市場の失敗があったとしても、国家が規律したら、たいがい、もっとひどい失敗が起こるので国家の介入を正当化できないと考えます。国家が規律することで、放置した場合よりも、より効率的になる場合に初めて国家の規定が正当化されると、商法の人たちはみんなこのように考えていると思うんですね。

これは、この外部性という言葉の中に、平等という考え方を入れていることが原因で、内田先生の理論の運びがそういう考えとは違う方向にいっているような感じが、私にはしました。ですから、外部性という言葉を使うだけで、今まで言ったような意味に、内田先生の見解が曲がって理解されてしまう恐れがあるので、あんまり使わない方がいいかなと。

内田　商法の人がみんなそういう経済学のコンテクストの中で議論しているのかどうか分かりませんが、確かに、私はそういう議論をしているわけではありません。

司会　だいぶ盛り上がってきました。今の議論を受けた形でもよろしいですし、ほかの観点からでもいいですけれども、さらにどなたかいかがでしょうか。もしすぐに出ないようであれば、司会ではありますが、といいますか司会の職務かもしれませんので、私の方から１点お聞きしておきたいと思います。内田理論は、「制度」概念を用いて現代的契約現象の分析をなさるわけですが、これと「公序」という概念とがどのように連関するのだろうかをお聞きしておきたいなという気が今してきました。

といいますのは、私がフランスをやっているということもあるかもしれませんが、フランスでは、契約と制度は昔から対立的に出てくる概念です。そこでの制度は、個別的な契約では動かせないよというニュアンスで語られるわけです。言い換えれば、これは公序ですよというインプリケーションがあると思います。制度と公序とは、もちろん同じではありませんが、相通じるものもある。そのような中で、内田先生は、あえ

て制度という言葉を使っているのではないか思います。

ところで、内田先生が制度的契約を根拠付けるところで、その正当化の論拠として少なくとも２つぐらいが出てきたように思います。１つは、提供される財やサービスの性質、特にパブリックユーティリティーという観点です。もう１つは、社会的意識がそう思っているからだという観点、あるいは集団的意思という観点です。前者はともあれ、後者を含めてこれらをおしなべて外部性というロジックで説明するのは、難しいのかもしれないという感じがいたします。

問題は、契約の外側からその制約をかぶせる際の正当化原理なのでしょう。そうだとしますと、「公序」という概念をめぐっては、私的自治に対する制約原理をどのように根拠付けるかという議論が一生懸命なされてきたわけですから、そちらの力を借りるという発想があってもいいのかなという気がしないでもないんですね。そのあたりをお聞きしておきたいということです。

内田　ご質問の趣旨をきちんと理解できてないと思いますし、ストレートにうまくお答えできないのですが、公序という概念は日本ではかなり手垢が付いているというか、個人主義的な民法の契約理論の中で、すでにたくさんの役割を担わされている概念なわけですね。それに対して、明らかに契約として性質が異なるカテゴリーがあることを指摘し、そこに妥当する規範をきちんと整理したいという問題意識があるものですから、あえて避けたという面があります。

もちろん公序についても、伝統的公序と何とか公序とか限定を付けて使えばいいのかもしれませんけど、例えば最初に挙げた企業年金契約で、事情変更の原則が個別契約単位での適用のされ方をしないで集団的な適用がなされるということ、これはちょっと従来の公序という概念では導きにくい感じがして、やはり契約のカテゴリーが違うのだと言った方が、はるかに説得的であるように私には思えたわけです。

公序について、今も日々議論は発展しているわけで、かなりこれまでに蓄積されたものが多いので、外部性ですら経済学的な発想からはこれだけいろいろな反応があるわけですから、公序については、たぶんもっと、「それは公序じゃない」とか、「我々の言う公序はこうだ」とか、そういう議論になるので、やっぱり別な言葉を使った方がいいだろうと考

えたということです。

司会　それでは、吉川さん、お願いいたします。

吉川吉樹（北海道大学准教授）　北海道大学の吉川です。内田先生の本日のご報告、そして池田先生、原田先生のコメントは、内田先生の問題意識が、近代契約法理論にいうところの当初合意、当初意思、これを越えたところにあるものを検討するということを、改めて明らかにするものであったと存じます。そういたしますと、近代の契約法、つまりは当初意思の呪縛に絡め取られる前の、例えば売買というものと、今回、ご報告いただきました制度的契約、あるいは関係的契約とは、どのような位置関係に立つのかを質問させていただきたいと存じます。

その意図は２つありまして、１つには制度的契約というのは非常に通史的と申しますか、中世から common callings の法理としてあったというお話がございました。当時、もちろん既に売買契約は存在したわけでございますが、そこでは必ずしも当初意思というものではなくて、むしろ捺印契約等に見られるような、形式が根拠の１つの大きな要素であったものと存じます。そういたしますと、この「形式」というものと、「制度」というものはどういった関係にあるのか、歴史的に見てどのような関係にあったのかというのが１点でございます。

もう１点は、「形式」というもののやや異なった側面に関連してではございますが、現在の典型契約論との関係をお聞きしたいと存じます。典型契約論は、一方で合意原則というものと、他方で形式というものとの間で、一種の緊張状態にあるのではないかと感ぜられるのです。そういたしますと、「形式」というものを１つのモデルとして出してきた場合に、先生の中で、典型契約論はこの四象限の図においてどのように位置付けられるのでしょうか。さらには、典型契約論自体について、制度的契約という視点から、どのようなお考えをお持ちなのか、ぜひお聞かせいただければと存じます。

内田　難しいご質問で、何とお答えしてよいのかよく分からないですが、形式というのは、要式契約で使われる書面のような形式のことですね。ヨーロッパの歴史の中で形式が非常に重視されてきたのは、16世紀フランスのムーランの王令や17世紀イギリスの詐欺防止法を見てもわかるように、合意の証明のためですよね。契約をするという合意が、実際

に存在したかどうかを証明するために、形式がさまざまな形で要求されてきたわけです。

さらに遡ると、本当に契約をする意思は、一定の形式に乗せて初めて存在しうるという考え方もある。その問題と制度的契約は、ちょっと次元が違うのだろうと私自身は感じています。年金契約を結ぶときには、もちろん書面を要求すべきですが、しかし、そこで書面を要求するかどうかは、契約一般の話とつながるところで、制度的契約としての規範として問題にした事柄は、むしろその先の、契約に課される規範、意思の中から出てこないような規範の問題を扱おうとしたということです。

それから典型契約の議論も、今、売買を例に挙げられましたけど、これまでの代表的な典型契約論は、取引的契約の古典的契約という、レジュメの図でいうと左下の象限の話をしていたわけです。しかし売買も、もっと広い視点から見ると、給付される財の中身いかんによっては、制度的な性質を帯びるということを今日は申し上げました。そのような視点を出すことで、契約を見る視野を広げようとしたということではないかなと思います。あまりストレートに答えになっていませんが。

司会　よろしいですか。ほかにいかがでしょうか。それでは藤谷さん、どうぞ。

藤谷　藤谷です。今の吉川さんの問題提起に反応するところがありましたもので、私なりに敷延させていただければと思います。典型契約論というのは、最近、大村先生たちが強調される中に、もちろん典型契約を締結する時点では、合意に基づき、おそらく単発であるので、そういう意味では、内田先生の４象限の中でも左下に入ると思うのですが、一方でその内容を全部自分たちで決められない。「典型」契約である以上、入る前にどうなるかは分かっているという部分はあると思いますが、自分たちですべてを決められないというものを意味しているのではないかと。

言い換えれば、そこで何らかの法的効果が生じる根拠が、合意、自由意思のみにはよらず、一定の形式ないし「型」に依存する、あるいは自由意思の範囲が制約されているという意味で、ひょっとすると制度的契約が志向しているものと重なり得るかもしれない、と思ったのです。ただ、制度的契約は少なくとも、これは先生が解釈学的に新しく構成され

ている概念ですから、ある意味、制度的契約というのが定着してくれば、これは新たな典型契約というか、新たなフォルムとして、契約の１つのフォーマットとして機能していくのではないかということなのかな、と思いました。

ただ、そこで興味深いのは、ある種、契約当事者が当初の合意で詰め切れない部分、あるいは事後的に事情が変わるとか、松下の例がまさにそうですが、そういう場合の変更権のようなものが制度の側に留保されているということなのかもしれない、と思います。いま「制度の側に」と言いましたが、より正確には、後に事情が変わった時点での合理的な解釈者（裁判所がその筆頭でしょうが）に判断が委ねられている、そういうタイプの形式であるということができるのでしょうか。

すなわち、合意によってすべてを決められないという点では、要式性と似ているし、おそらく典型契約というのは、私はその辺は全然存じないですが、典型契約というのが出てきた、何でも自由にやっていいのではなくて、ある種のフォーマットに従わないと、その当時の社会秩序としては混乱を来すから認められない、という意味では、実は似ていたのかもしれない。ここは素人の憶測に過ぎないのですが。

さて、そうしたときに、この時点で典型契約というのはすでにあるし、民法典もあると。制度的契約はこれから新しい枠組を創ろうとしているのかな、と。そこで私の先ほどの質問に対する内田先生のお答えで、制度的契約が提示する新しい枠組・規範は共同体意識などに依拠するのではなく解釈理論として客観的に把握されるのだということはよく分かったのですが、ここでおそらく原田さんのコメントとの関連で、どの機関、どの組織がそういった作業をするのに適しているかという問題が出てくるように思います。

もちろん裁判所にもそういう役割はある程度は期待し得るとは思いますが、果たして裁判所に任せ切りでよいのかどうか。言い換えれば、制度的契約論というのは、立法者が対応できない場面に、紛争解決のために即応する手段として使われるのか（従って、できるだけ早く立法によって対処することが望ましいということになるのか）、それとも、むしろ裁判所が当該紛争状況を ex post に振り返る形で、何か合意によらない制約・規範を抽出して、当事者は合意していないかも知れないがそうし

た制度的な規範は最初から存在していたのだ、という形で提出することが適しているのかという、これはさっきの民主主義の話を裏側から言っているようなものですが、そういう疑問にもつながってくるかと思ったのですが、いかがでしょうか。

質問の形にもう１回要約すると、制度的契約論の中では、裁判所が制度的契約における当事者の合意に依らない規範や制約の同定を行う役割を担うものとされている、と理解したときに、そうした役割は裁判所の役割としてふさわしいかどうかということです。

内田　ご発言は前半と後半で２つの内容に分かれていると思います。前半は典型契約の話ですが、さっきの吉川さんのご質問は十分理解できていなくて、たぶんいまだに十分理解できてないと思うのですが、今、藤谷さんが補ってくださった限りで申し上げますと、最近の典型契約論というのは、認知科学のスキーマの理論などを使うわけですね。まずそもそも契約をしようとするときに、どういう合意をすればいいかについて一定のパターンがあるはずである。また合意を理解し、解釈するときにも、一定のカテゴリーが役割を演じているはずだ、というわけです。

そういう典型契約論には、もちろん重要な意味があると思います。そこでは要素、常素、偶素といった歴史的な典型契約のカテゴリーが想定されていて、ある要素が含まれていなければその契約にはならないという判断枠組の必要性はあるのだと思います。ただ、これは左下の象限で考える限りは、すべて契約自由の原則のもとにあるのですね。だから、ある要素を含まない契約であるから売買ではないと性質決定されたら、別の無名契約になるだけの話で、どんな契約をするかは自由である。もちろん、抽象的債務負担合意は契約かといったむずかしい問題はありますが、一般的に言えば、どういう契約をするかの判断をするためのガイドラインを提供し、また締結された契約がどういうタイプの契約かを理解するための枠組みを提供するものとして、典型契約は意味があるのだと思います。

しかし、制度的契約というのはそうではなくて、当事者がある契約を選んでも、その合意の中に入っておらず、従来の伝統的な要素、常素、偶素にも入っていない規範が外から入って来るわけですね。たとえば、ある財を購入する契約は、普通ならば単純な売買であるところ、それが

ある地域一帯の住民に対して一斉に提供されると、制度的契約としての制約が課されるのです。それは、これまで理解されてきた契約の性質決定の話とは別の話なのだと思うのです。

後半の話は、制度的契約に行政的な規制がかかる前は司法的な規律でいくとしたときの、裁判所が事後的にチェックをして、外から規範を持ち込んで裁判をすることの正当性の問題ですね。裁判所にそんなことができるのか、という問題ではないかと思います。

藤谷　正統性と言っちゃうと、ちょっとあまりにも頭が堅いような気がしますので、役割分担の方が近いと思いますけれども。

内田　私が例として挙げたcommon callingsの理論は、コモン・ローの理論です。ここが面白いと同時に、私の理論の弱点にもなっている。やっぱりコモン・ローにおける裁判官の役割というのは特殊なのだろうと思うのです。コモン・ローといういわゆる普通法は、イギリスだけでなく、ヨーロッパ大陸の中世にもあった。普遍性のある隠れた共通規範の体系がすでに存在していて、人間の理性を体現する者がそれを見いだすという確信ですね。

共通規範を見いだすことのできる優れた人が裁判官になっているという制度的な前提があってはじめて、あのようなcommon callingsの理論を裁判官が作り出していくことが正当性を持つのだろうと思うのです。裁判官が何をしでかすか分からないというような国で、司法的なチェックによって制度的契約理論を妥当させようとするのは、かなり無理がある。そういう意味では、この理論が妥当する制度的な前提というものがあるのだろうと思います。制度的契約の制度的前提、とういのはなんともややこしいですが。

日本の場合には、ドイツやフランスのように裁判官の身分が政治的批判にさらされたことはなく、地位が比較的高いというか、かなり尊敬されています。顔の見えない司法といわれますので、個人として尊敬されているかどうか分かりませんが、裁判所が確定判決として出した判断に対して、社会がそれを尊重する度合いの高い社会であるように思います。また、裁判官の養成システムを見ても、わりあい優れた人たちが裁判官になるシステムができている。そういう条件の下では、とりあえず司法的なチェックで制度的契約の規範を課していくということは、政治的に

は許容されるのではないかなと思います。

なお、一言だけ、さっきのコモン・ローの話の補足をいたしますと、コモン・ローのもとでは裁判官の地位が高くて特別な立場にいるので、だからこういう規範形成ができたのではないかという趣旨のことを申しましたが、実を言うと、実際に common callings の理論を体系的に理論化したのはブラックストンですね。つまり、学者がばらばらの判例法の中からまとまりを持った規範の体系を作り出したわけで、common callings の理論は、その意味では１つの解釈理論として作り出されたのです。それに示唆を受けつつ、私は、現代の法実務を解釈して制度的契約の理論を作ろうとしている、ということだと思います。

司会　それ以外にいかがでしょうか。

高見進（北海道大学教授）　北大の高見と申します。いろいろ教えていただいて、専門が違う民事訴訟を勉強しているので不十分にしか理解ができていない部分もありますが、大変面白く聞かせていただきました。内田さんに今日配っていただいた図がありますよね。関係的契約と古典的契約、そして制度的契約と取引的契約という座標軸で契約を４象限に分けるという。いろいろな契約を頭に浮かべて、これはどこに入るかな、あれはどこに入るかなと考えていたのですが、先ほど、民間委託契約というものは、そもそもまだ考えに入ってないということで、入るのかなと思っていても、入らないものがたくさんあり、この図は一部の契約を切り取って、それらを分けていることが分かりました。

この中で、私にとって分かりにくいのは、古典的契約というもので、右は関係的契約だから、非関係的契約と言い直すことができるのであれば、話が非常に簡単というか、分かりやすくて、図の上下は個人意思を重視するものなのか、集団的意思なりで決めるものなのかで分かれ、左右はそういう単発的というか、１回切りのものなのか、継続的なものかということで分けると分かりやすいのですけれど、古典的契約というと、これはいろいろな意味を含みうるので、そこはどういうことでお使いになっているかをちょっと教えていただきたいのです。

内田　この古典的契約という言葉は、ご指摘の通り分かりにくいと思うのですが、イアン・マクニールをはじめ、ある時期のアメリカの契約法学でよく使われた表現です。簡単に言うと、マクニールは古典的契約

の重要な特色として、現在化（presentiation）という点を挙げています。契約を結ぶ際に、当事者が将来のことをすべて予測した上で、契約締結時に全部合意の中に組み込んでいる、という想定のことです。これは経済学がモデルとして想定している契約にかなり近い —— こう言うとまた、誰かから「経済学ではそうじゃない」という反論が出てくるかもしれませんが、経済学で最近はやっている契約理論が想定している契約にかなり近いと思います。古典的契約というのは、そのような意味での現在化が妥当する契約です。英米では19世紀末から20世紀初頭に確立した契約観念だといわれ、日本やドイツの民法典が想定している契約も、これに近いと考えられています。

経済学の契約理論の中には、完全な契約に対立するものとして、不確定要素があまりにも多いためにあえてすべてを契約条件の中に盛り込まない不完備契約とか不完全契約と呼ばれるものがあります。ある条項をブランクにしておいて、将来のネゴシエーションに委ねた方がコストが安いという場合です。不完備契約の理論が出てきた背景には、やはり関係的契約を論じたウィリアムソンの理論があると思います。したがって、不完備契約の理論は、関係的契約が法律学で議論されていることに刺激された面はあると思いますが、しかし、経済学の不完備契約と法律学の関係的契約がイコールというわけではないと思います。

不完備契約の理論が新鮮であった理由は、従来、契約といえば合理的な計算のもとにすべてを合意するという想定に立っていた、その前提を崩したからですが、それでも、あくまで個人主義的に、一つ一つの契約を分断してとらえている点においては、変わりないと思います。古典的契約であれ関係的契約であれ、取引契約として理解していたわけです。

しかし、制度的契約の発想でいうと、古典的契約（言葉は確かに悪いですが）、つまり現在化をして契約条件を全部合意の中に盛り込んでしまうようなタイプの契約の中にも、取引的契約のほかに、制度的契約という団体的な処理がなされるべきものが含まれている、というわけです。

司会　ありがとうございました。最初に予告といいますか、だいたい５時前後ということで議論してまいりました。時間的にはだいぶ近づいているというか、もう越えていますが、せっかくの機会ですので、今、これは聞いておきたいということがありましたら、まだ多少は大丈夫か

と思いますので、いかがでしょうか。

それから、今までのセッションの発言者は、だいたい予想通りとも言えるのですが、特に若い方、院生の方とか、折角の機会ですので、聞いておきたいことがありましたら出してほしいと思いますが。

橋口祐介（京都大学大学院博士課程）　京都大学院生の橋口祐介と申します。本日は大変分かりやすいご説明をいただきまして、ありがとうございました。今までのご質問の流れの中で、１点だけ質問させていただければ、と思います。先ほど、制度的契約における規範というものは、共同体の規範によって共有されているものではなく、あくまでもサービスの特質そのものから生じている、という点についてご説明があったように僕は理解したのですが、サービスの特質そのものから生じている規範という問題と、それから外部性のところでその理論が展開されていました、潜在的当事者であるとか、関係者によって形成されている側面という、この２つの関係が僕にはいまだにつかめていなくて、財やサービスの特質そのものが、ある種、客観的な当事者の合意には還元できないような規範を形成していくのか、それとも、立法府であるとか、行政であるとか、当事者が共同することによって「形成」していくという形なのか、それは僕の考え違いなのか、という点についてご指摘いただければと思います。

つまり、財やサービスの特質そのものから規範が生じているということが、どのようにして認識されていくのかという点について、先ほど司法の位置付けというものもあったと思いますが、ご教授いただければと思います。

内田　財やサービスの特質から規範が生じるということと外部性との関係をどう考えるかという問題と、それから仮に制度的契約というものがあるとして、それに課される規範をどうやって発見するのかという問題と、２つ含まれていると理解してよろしいですか。

橋口　はい。

内田　まず前者の財やサービスの特性から規範が発生するということと外部性がどう関係しているのかということですが、例えばある一定量の水をある人に供給するという契約をすると、水の売買であって、そのこと自体によって何ら特別な性質は出てこないですね。水を売買で提供

するということ自体には、何の特異性もない。ところがある地域の人たちに一斉に水を供給すると、これは public utility 契約となって、制度的契約としての特質が出てくる。

この辺は池田さんがトートロジーと言われたと思いますが、まさにトートロジーで、そのような外部性を持つような集団性を持った形で、ある種のサービスなり財が提供されると、制度的契約としての特質が出てくる、そういう関係があるということです。

その上で、制度的契約となっていることを、誰がどうやって発見し、また規範を見出すのかということですが、発見の主体や方法について、予め何か基準が存在するというわけではないのです。「これは制度的契約である」と誰かが主張し、いや、そうじゃないと相手が主張し、やはりそこで論争は常に起きるだろうと思います。ただ、典型的な制度的契約であることにあまり異論がないような契約が存在することは事実で――と、私が言っても、いや事実じゃないと言われるかもしれませんが、仮にそこに合意ができるのであれば、典型事例については合意ができ、他方で、間違いなく制度的契約でないものについても合意ができる、その中間にさまざまなバリエーションがあって、それをどちらに振り分けるか、これが議論を通じて決すべき問題ですね。立法するなら政治的な決定の問題ですし、場合によっては司法的な決定の問題である。司法がそんなことを決めていいのかという、先ほどの藤谷さんのご質問にも関連すると思いますが、司法はそれを担うべきだと、というのが私の主張なのです。

橋口　どうもありがとうございました。

司会　だいたい予定した時間になりましたので、どうしても特に発言したいという方がおられなければこれで終わりたいと思いますが、よろしいでしょうか。では、今日の研究会はこれで閉じます。内田先生には、いろいろと貴重なお話しをいただいたことに、改めて御礼申し上げます。（拍手）

講　　演

再生的クローンと治療的クローンの法的許容性

ヘニング・ローゼナウ
（アウクスブルク大学教授）
訳／小名木　明　宏

Ⅰ.

再生的クローンと治療的クローン、この２つは、我々が将来、これらの技術に希望を託している目的が異なり、また他方で、法的な許容性をめぐる議論も異なっている。再生的クローンは全世界的に排斥されている[1]。クローンのこの形態はおよそ倫理的にも法的にも、許された学問の自由な領域を越えているということで広く見解が一致している。このタブーはドイツにおいても疑問視されることはほとんどない[2]。

これに対して治療的クローンは激しく議論されている。この世界的規模の論争がもとで、最近では2005年３月８日のクローンに関する国連宣

[1] この議論については Kersten, Das Klonen von Menschen, Tübingen 2004; Taupitz, Rechtliche Regelung der Embryonenforschung im internationalen Vergleich, Berlin u.a. 2003, S. 221 und 226.

[2] Vgl. Beyleveld/Brownsword, Human Dignity in Bioethics and Biolaw, Oxford, New York 2001, S. 158-164; Hilgendorf, in: Geis/Lorenz (Hrsg.), FS Maurer, München 2001, S. 1147, 1157. ヒルゲンドルフは、クローン禁止は有意義だが、法的には根拠付け難いとしている。「傷つけられたアントロポセントリック（人間至上主義）」と表現している。

言[3]も不成功に終わっている。それは採択はされたが、不成功のドキュメントである。全加盟国の半分に満たない84ヶ国だけが投票において賛成した。中国、英国、インド、シンガポール、韓国、そして日本といった重要な国々が反対に回った。ドイツは結局は政治的な圧力で賛成に回ったが、批准するかどうかは不明である[4]。結論として各国を分けたのは、明らかにタブーとされる再生的クローンを越えて治療的クローンも拒絶されるべきかどうかがであった。重要な生命倫理の領域においてグローバルに妥当する指針は見出されえなかったのである[5]。

人間のクローンを作成することを禁止することには皆一致しているが、幹細胞のクローンについては争いがある。それぞれがお互いに無関係であり、２つのプロセスは同一の法的な尺度によって測れないということはすでに決められたことなのだろうか。幹細胞のクローンと人間をそっくりそのままクローン化することとの隔たりは人為的なものでしかないともいわれる[6]。

実際、両プロセスが一致する段階も存在する。人間をコピーするに際しては、その人間の組織から採取されたいずれかの細胞を本来の核が取り除かれた卵細胞へと移植することになる。これは核移植と称され、最初のクローン羊「ドリー」が生まれるにいたった原理である。最終的には、それに続いて子宮への移植、そしてその母体内で同一の人間、即ちクローンへと成長することになる初期胚が誕生するのである。

治療的クローンに際しては、胚性幹細胞を誕生させ、それを分離する目的で、同様に患者の細胞からの核が除核済みのドーナーの卵細胞に移植される。そうすると、同様に、初期細胞段階における胚が誕生する。

今日の認識では、分化全能性の段階、すなわち、胚の八分割の段階までは成長させねばならない。ある特定の時点においてはクローン生物が存在するということもできるのである。

---

[3] A/Res/59/280.

[4] Rosenau, in: Heun u.a. (Hrsg.), Evangelisches Staatslexikon, 2006, Sp. 217.

[5] Lilie, in: Schreiber/Lilie/Rosenau u.a., Globalisierung der Biopolitik, des Biorechts und der Bioethik?, Frankfurt am Main 2007, S. 91 ff. リーリエも同様に失敗と位置付けている。

[6] Frühwald, zitiert in der FAZ vom 20./21. 3. 1999, S. 1.

しかし両プロセスを同じものとするのはやはりまずい。なぜなら目的とする方向性が異なるのであり、区別せずに取り扱うことは受け入れ難く思われるのである。

再生的クローンは人間の遺伝学的培養を目的としている。スローターダイクが、正確な指標プラニング、動物の持つ生命誕生の宿命から操作的な生命誕生への転換、資質の培養といったことを考察した[7]のと同様に、永遠の生命というイメージがここでは重要な役割を果たす。

治療的クローンの目指すところは全く別のものである。人間は生まれてこないのである。それに代わって、授精からおよそ4日後に胚盤胞から獲得され、それ自身ではもはや分化全能的ではない、すなわち、完全な人間の体にはなりえないが、しかし、人間の身体の200以上の細胞類型に成長しうる、ほぼ「万能なもの」としての能力を備えた胚性幹細胞に科学の眼は注がれている。この胚性幹細胞が万能細胞（分化多様性）と称されるのである。バイオテクノロジーの研究はなお基礎的な段階にとどまっているが、これにより、例えば神経細胞を培養したり、アルツハイマーやパーキンソン病の患者を緩和ないし治療することが期待されている。白血病患者に対する造血細胞やすべての臓器の培養も胚性幹細胞によって作り出すことができうるのである。

再生的クローンはクローンが目的である。これに対して治療的クローンは、クローン卵細胞の利用によりもたらされる治療の可能性を目的としている[8]。同じ事情でも目的が異なることで不法と適法の区別をすることが適切であることは、ドイツの胚保護法に明らかにされている。女性を妊娠させるために卵細胞を授精させる場合、体外授精は立法者により適法とされるが、その他の目的のために行なわれる場合、同じ行為は可罰的である。

用語について一言コメントしたい。治療的クローンという名称は一部では疑義が唱えられている。なぜなら、すでに確立した方法が存在する

---

[7] Sloterdijk, Die Zeit vom 16. 9. 1999, S. 15, 21.

[8] クローンによって治療がなされるわけではないので「治療的クローン」という概念は適切ではない。クローン胚自体は何ら治療的効果をもたらすわけではない。治療に用いられうる成長可能な卵細胞を生み出すのに役立つに過ぎない。

わけではないからである。治療的な利用は結局ははるか遠い可能性の問題であり、間違ったサゼスションを与えかねないという。むしろ研究的クローンと称すべきであるという[9]。

しかしこれは間違っている。何年か後には使われなくなるのであり、また、必要な明確性をも欠く概念を今日、用いることは無意味である。研究的クローンという概念はそれがここで議論されるべきプロセスを正確に示す以上に、煙に巻くものなのである。それは二つのクローンの区別を隠蔽するものである。なぜなら、再生的クローンは同様になお基礎研究の段階にあり、研究的クローンと称されうるからである。再生的クローンと治療的クローンという概念は国際的にも用いられており、その対象もはっきりと示され、明確にそれぞれが区別されるので、この概念を用いられるべきである。

クローンの２つの形態を別々に扱い、用語としても区別することは意味のあることである。そこでまず再生的クローンからはじめたい。

Ⅱ．再生的クローン

１．クローンの禁止（胚保護法６条１項と８条１項）

再生的クローンは胚保護法６条１項で禁止されていると考えるべきである。しかし、1990年当時の立法者は急激なバイオテクノロジーの発展を見越しておらず、今日一般に知られているクローンのプロセスは、なんとか規定によりカバーされていると解されうる。まず、胚保護法は、クローンでは核融合を前提としている。これに沿って胚保護法８条において胚の法的定義がなされている。一般に広まったドリー・メソッド以降のクローンでは卵細胞は授精させず、ただ核移植がなされるのであって、核融合はなされないのである。

---

[9] Mieth, in: Klonen in biomedizinischer Forschung und Reproduktion, Band 1, hrsg. von Honnefelder u. Lanzerath, Bonn, 2003, S. 153, 155 ff.; vgl. Winnacker, SZ vom 25./26. 1. 2003, S. 6; 同様に批判的なのは Höfling, Zeitschrift für Medizinische Ethik, 47 (2001), S. 277, 278. ミートは背景に言語政策や説得戦略があると推測する。 Mieth, in: Biologie und Ethik, hrsg. von Engels, Stuttgart 1999, 224, 233 f..

他方で、胚保護法６条は同一の遺伝情報を持った個人を誕生させることを禁止している。しかし、クローン生物はドーナーの卵の細胞膜からミトコンドリアと細胞内小器官を引き継ぐため、99％以上の一致はあるというものの、絶対的に同じものというわけではない。ゆえに、刑罰法規としての胚保護法にとっても適用される基本法103条２項の類推適用の禁止を根拠に、再生的クローンはドイツ法においては不可罰であるという見解も存在する[10]。本質的に同一である遺伝情報は「同じもの」として定義付けられるので、胚保護法の意義と目的に則ってクローンの禁止は胚保護法６条１項に包摂される。しかし、100％同じとほとんど同じとを区別しようというのは、いささかこだわり過ぎのように思える。最小限のDNAの差異は胚保護法６条１項の文言に抵触するものではない[11]。結局は、成長に重要な細胞核は同一のDNAを示すからである[12]。

確かに大勢の議論は、胚保護法６条の構成要件は失敗作であり、改正が必要であるといっている[13]。このような複雑な法状況から脱却する方法は、ドイツがヨーロッパ評議会の生命倫理条約のいわゆるクローン追加議定書[14]に加わることであろう。そこでは遺伝子操作を伴なわない単純クローンも明々白々に禁止されている。もちろんドイツ自身がこの道を閉ざしてきた。今ではもはや時代遅れとなってしまった様々な理由を挙げて、生命倫理条約に署名していないのである。

---

[10] Schroth JZ 2002, 170, 172.

[11] Schreiber, FS Roxin, hrsg. von Schünemann u.a., Berlin/New York 2001, S. 891, 902; Witteck/Erich, MedR 2003, S. 258, 259; Keller/Günther/Kaiser, Embryonenschutzgesetz, Stuttgart 1992, § 6 Rn. 2; Hilgendorf (o. Fn. 2), S. 1147, 1160.

[12] Keller/Günther/Kaiser, a.a.O., § 6 Rn. 6.

[13] 明言しているのは、例えばSchreiber, FS Roxin, hrsg. von Schünemann u.a., Berlin/New York 2001, 891, 903; Schroth, JZ 2002, 170, 172; Höfling, in: Bitburger Gespräche, Jahrbuch 2002/Ⅱ, hrsg. von der Stiftung Gesellschaft für Rechtspolitik u.a., München 2003, 99, 109.

[14] Zusatzprotokoll zum Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin über das Verbot des Klonens von menschlichen Lebewesen vom 12. 1. 1998, in Kraft getreten am 1. 3. 2001, s. FAZ vom 2. 3. 2001, S. 2.

2．クローン禁止の保護法益

構成要件の解釈という末端の問題から上へ目を向けると、いくらか興味深い法的な問題が出てくる。人間のクローンの禁止は争いの余地がなく、世界的にも倫理的憤慨が示されている一方で、この禁止の根拠については確かなものとはいえない。まず、法益が問題とされる。我々がクローンとしての生き写しを前にして抱く昔からの嫌悪感[15]を法的カテゴリーでどのように扱うかという問題である。

神学的・キリスト教的には、人間が生殖と繁栄について自然的所与の現象に関与する場合、創造者を演じてはならないし、創造物を汚してはならないと批判される[16]。さて、農業が新種の家畜を養殖したり改良したり、また、造園業が潅木に挿木し自然の進化に介入する場合、同様のことが何千年にもわたって行なわれてきたのである[17]。ひょっとしたら、それによって取り返しのつかない損害が待ち受けているのかもしれない[18]。しかし、これはむしろ世界観によるものなので、このような議論にはこれ以上は深入りしない。

現在の研究状況ではクローンに付随する失敗のリスクは高いので、クローンというプロセスを人間に適用するのは相応しくないと思われるという批判[19]に対してもコメントしなければならない。実際、マウス、ラット、やぎ、豚、牛で同様の方法がなされたが、卵細胞に移植された体細胞が完全な有機体へとリプログラミングするのは、例外的な場合のみであって、多くの場合、奇形や不完全な動物、例えば免疫システムが退化していたり、生存の可能性が減少しているものとして生まれてきたので

---

15 Habermas, SZ vom 17./18. 1. 1998, 13.

16 Vgl. Gröner, in: Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik–Strafrechtliche Schranken?, hrsg. von Günther und Keller, 2. Aufl. Tübingen 1991, 293, 296 ff.

17 Schreiber/Rosenau, Biotechnik. Rechtlich, in: Lexikon der Bioethik, Bd. 1, hrsg. von Korff u.a., Gütersloh 1998, 395.

18 Schreiber, in Gottschalk (Hrsg.), Das Gen und der Mensch, Güttingen 2000, 240, 244. またラウ前連邦大統領も2001年５月18日のベルリン談話の中で完全に新しい見方をしている。 Rau in seiner Berliner Rede vom 18. 5. 2001, FAZ vom 19. 5. 2001, 45.

19 Gruss, FAZ vom 14. 5. 2003, N 1.

ある。人間でのクローンの実験はこのような研究対象として責任を負えないということについては、疑問の余地はない。臨床研究を行なうことはすでに世界医師会のヘルシンキ宣言[20]の規定により許されない。なぜなら、その18号に要求される利益とリスクの衡量でネガティブなものにならざるをえないからである。クローン実験の重要性は、被験者、すなわちクローンとして生まれる人間にとってのリスクと負担とにまさるとはいえないのである。このような実験は、目下のところ、医師として実施できないのである[21]。

しかし、ここに再生的クローンの禁止を依拠させるのはあまりに簡素すぎるだろう[22]。むしろ、医学的革新の進歩によりそのような困難な諸問題が将来においては克服されているだろうと予想できるのではないか[23]。したがって、危険だという議論はクローンに待ったをかけるには役立つが、原則的な禁止に貢献するものではない。

ゆえに更なる議論が検討される。すなわち、オリジナルとクローン生命の人間の尊厳をめぐる議論である[24]。

オリジナルは自ら唯一のものとしての信頼を害されたと見るのであるから、オリジナルの権利に影響を与えると考えられる[25]。数年後に自分の生き写しと出会うかもしれないと常に覚悟し続けることは、実際、奇怪なイメージであろう。しかし、人間の尊厳の侵害が問題となるのは、

---

[20] Abgedruckt bei Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 5. Aufl. Berlin u.a. 2003, S. 808-813.

[21] 時々、パターナリスティックだと批判される利益とリスクの衡量が有意義であることをこの例は示している　(これについては Rosenau, in: Forschungsfreiheit und Forschungskontrolle in der Medizin, hrsg. von Deutsch und Taupitz, Berlin u.a. 2000, 63, 68 f.)。インフォームド・コンセントだけに着目し、クローンを作成される者の承諾をここに認め、しかもこの段階ではまだ自ら判断能力のないクローンの代理として遺伝的な父親を認めると、クローン研究計画を拒否することが困難になってしまうのである。

[22] 明確にしているのは Taupitz, Z. ärztl. Fortbild. Qual. sich. 2002, 449, 452.

[23] Kahn, in: Cloning, hrsg. von McLaren, Straßburg 2002, 103, 107.

[24] Vgl. die Klassifizierung bei Hilgendorf (o. Fn. 2), 1147, 1152 ff.

[25] Joerden, in: Jahrbuch für Recht und Ethik, Bd. 7 (1999), hrsg. von Byrd u.a., Berlin 1999, S. 79, 85.

自分の遺伝情報についての個々人の権利が当人の承諾なく用いられた場合だけである。これに対して、細胞のドーナーのクローンの作成は、不死というユートピア思想からであれ、老後の確保、家系の維持という実利的な考慮からであれ、自らの提起によるものと考えてよい。クローン作成についてオリジナルが適切な同意をしていれば、その権利は侵害されないのである[26]。

基本法１条１項で保障された人間の尊厳は個人が自由に扱えるものではないという議論は、この議論と対立するものではない[27]。なぜなら、個人の自由な意思に反して影響が生ずることによって初めて人間の尊厳の侵害が構成されることが多い。つまり、医学的侵襲はそれ自体人間の尊厳の侵害ではなく、例えば、当人の意思に反した医学的な強制実験が行なわれるに際してはじめて人間の尊厳の侵害が生ずるのである。同様にクローンにあてはめると、コピーがオリジナルの尊厳を侵害するのは、それが当人の承諾なしになされた場合である。これに対して、本人の遺伝的唯一性は議論されえない[28]。なぜなら、人間は遺伝的コードに還元されえないし、また、何百万という一卵性双生児はこのような考え方に反論するからである。

よって、問題は産み出されたクローン人間に焦点が当てられる。クローンとしての存在ゆえにクローン人間の尊厳が影響を受けるということは広く認められている[29]。クローンは自らをすでに生命を与えられていた者の単なるリピートとしてとらえるに違いなく、また仲間からも珍しいもの、単なる青写真として見られる。クローン人間は彼の原型と比べられ、測られる。このような負担とともに彼は生き続けなければならな

---

[26] Joerden a.a.O., 79, 86.

[27] Witteck/Erich MedR 2003, 258, 261; Herdegen, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Stand: 42. Lieferung, Art. 1 Abs. 1 Rn. 98.

[28] Gegen Witteck/Erich, MedR 2003, 258, 262.

[29] Vgl. nur Brohm, JuS 1998, 197, 204 und die Stellungnahme führender deutscher Naturwissenschaftler, Philosophen und Juristen, in: Hello Dolly? Über das Klonen, hrsg. von Ach u.a., Frankfurt 1998, 223 ff. 反対説は、Gutman, in: Medizinstrafrecht, hrsg. von Roxin und Schroth, 2. Aufl. Stuttgart 2001, 353, 370 ff. und Joerden a.a.O., S. 79, 85.

い[30]。確かに、クローンはすでに生命を与えられていた者と必然的に同じように忠実に生きなければならないということはない[31]。遺伝的な生来的資質はしばしば過大評価されている。人間は遺伝子の総体に尽きるものではない。このことは、多くの一卵性双生児が全く異なった経過を辿る彼らの成長過程も示している。心理的な負担に加えて、クローン自身に伴なう身体的な危険[32]と、たとえば老化が早く経過することといった今まで明らかにされていない負担が現れるかもしれないが、心理的な負担はリアルな問題である。

本来的に人間の尊厳に相応しくないもの、すなわち、クローンの主体のクオリティーを軽んじることはさらなる考察によって的確に明らかにされる。何人も他人の人格を自己の自由にしてはならず、また、他人の人格を自らの欲望の対象としてはならない。彼の性格と資質の背景には何ら偶然は存在していない。彼の人格の中に存在するものは、他人の意図の結果でしかない。自然的に生まれた人間も両親の意図の結果であることは認めねばならない。しかし、そこには計算を超えたものと不確定なものが残っており、それこそが、通常の生まれ方をした人間とクローン人間を区別するものなのである。したがって、遺伝的な一致は人間の尊厳にとってはそれほど重要ではないのである[33]。遺伝的な唯一性は一卵性他産児には存在しない[34]。他人により遺伝的なことがすでに決定されていることが基本法１条１項の侵害することはありうる[35]。

---

[30] Dazu Jonas, Technik, Medizin und Ethik. Zur Praxis des Prinzips Verantwortung, 1985, 188 ff.

[31] Hilgendorf (o. Fn. 2), 1147, 1156 f.

[32] Gutmann (o. Fn. 29), 353, 364.

[33] Vgl. etwa Glauben, DRiZ 1997, 305, 307f.

[34] 適切であるのは Gutmann (o. Fn. 29), 353, 370.

[35] Trute in: Wissenschaftsrecht im Umbruch, GS für Krüger, hrsg. von Hanau u.a., Berlin 2001, 385, 395; Siep in: Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik, Bd. 3, hrsg. von Honnefelder und Streffer, Berlin/New York 1998, 5, 13; Honnefelder, in: Das Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin des Europarates—taugliches Vorbild für eine weltweit geltende Regelung?, hrsg. von Taupitz, Berlin u.a. 2002, 183, 190. ヨーロッパ評議会のクローン追加議定書の注釈報告書の３号

しかし、まだ明らかにされねばならない別な問題が残っている。当該人格がまだ存在していないのに、ヒトのクローンはその人間の尊厳を侵害しうるのであろうか？産出される時点までクローンはまだ存在しておらず、したがって、産出という行為それ自体によっては人間の尊厳は侵害されえないというのである[36]。

人間の尊厳を享受するには、人格の存在は必要ない、正確には、もはや存在する必要はないということを我々は憲法論からもちろん学んでいる。全く争い余地のない死者の死後の人格権はその人間の尊厳に還元される[37]。

まだなお存在していない生命では論理的にそもそも、尊重さるべき人間の尊厳ということが語られうるかということにも同様に答えが見い出せる。死後の尊厳の保護が存在するのと同様に、生まれる前の尊厳の保護も存在するのである。人間の尊厳は潜在的な将来的な担い手に向けられており、同様に将来の生命にも投影されるのである。生まれた後に尊厳を侵害する効果をもつ行為を生まれる前になすことは、基本法１条１項によってカバーされる[38]。そのような生まれる前の人間の尊厳の保護へと戻されるのである。胚保護法６条１項の背後にある法益とは、潜在的なクローン人間の人間の尊厳にあると私は考えている[39]。

---

http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/168.htm も同様である。

[36] Joerden a.a.O., 79, 85; von der Pfordten, Klonierung als Manipulation, in: Hello Dolly? Über das Klonen, hrsg. von Ach u.a., Frankfurt 1998, 213, 215.

[37] BVerfGE 30, 173, 193 f.

[38] Neumann ARSP 84 (1998) 153, 160; Brohm JuS 1998, 197, 204. Vgl. Frommel, KJ 2002, 411, 425. フロンメルは基本法１条１項の放射効と認める。前段階の人間の尊厳の侵害に明確に反対の立場をとるのは Herdegen a.a.O., Rn. 98. 他方でヘアデーゲンは、着床後のクローン胚については基本法１条１項の保護を認め a.a.O., Rn. 63、ここで主張される着床の観点の背後には前段階的効果があることを認めねばならない a.a.O., Rn. 98. よって、産むなという超越的な要求ではなく、そのように産むな、つまり、クローンで産むなという超越的な要求が前提とされるのである。

[39] 注意せねばならないのは、人間の尊厳への侵害がなされながら産出された場合でも、彼には人間の尊厳の保護が完全になされねばならないことはもちろんである。 Erich/Witteck, MedR 2003, 258, 261; Frankenberg, KJ 2000, 325, 330. これは人間の尊厳の侵害を否定するのではなく、その論理的な前提なので

Ⅲ．治療的クローン

クローン胚は治療的クローンにおいては胚性幹細胞の獲得のために必然的に破壊される。よって、胚に与えられる地位により法的な評価が方向付けられる。破壊される胚は、法的に保護される生命なのか？

1．核融合以降のヒトの生命

イン・ビトロでの胚の法的なクオリティについての問題は、ドイツでは憲法的にまだ明らかにされていない。連邦憲法裁判所も母体外での胚の基本法上の地位について明らかにそのままにしてある[40]。単純な立法としては胚の状況は1990年12月13日の胚保護法[41]と間接的には2001年６月28日の幹細胞法[42]により広範に規定されており、胚は卵細胞と精子細胞の完全な融合の時点から保護される。これによってドイツの立法者は、生命の保護が根拠付けられうる最も早い段階を選んだのである[43]。

これはいわゆる「PIK」理論によってもたらされる。卵と精子の融合の時点でヒトの地位が基礎づけられるというものである。胚は人になる潜在的可能性（Ｐ）を持つ。胚には個別性と同一性（Ｉ）が特徴付けられる。そして胚は完全なる人になるように継続的（Ｋ）に成長する。しかし、この３つの観点には重大な批判が向けられている[44]。

ａ）潜在的可能性

胚は潜在的に人間である。将来の地位から現在の地位を推論しなけれ

ある。 vgl. Neumann, a.a.O., 153, 161.

[40] いわゆる期限モデルによる２つの堕胎判決は、すでにその判旨の中で「いまだ生まれざる」ないし「母胎において成長している」人の生命という用語を用いている。 BVerfGE 39, 1 und BVerfGE 88, 203, zu Recht Merkel, FS Müller-Dietz, hrsg. von Britz u. a. München, 2001, 493, 495.

[41] Bundesgesetzblatt I, 2746ff.

[42] Gesetz zur Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen, Bundesgesetzblatt I, 227 ff.

[43] Wolfslast, zitiert bei Eisele, JZ 2003, 1157, 1160.

[44] 議論の総括については bei Schreiber, FS Eser, München 2005, 1129, 1136 f.

ばならない。後に生まれたる人間として与えられる基本権の保護が胚に対しても保障されるべきである。

潜在的可能性の命題はあまり信憑性のないものとなっている。というのは、前核段階の細胞―ドイツでは２万5000から３万もの前核細胞が低温保存されている―にも同様に完全な基本権保護が何故なされないのであろうかということが明らかにされないからである。これらの細胞においては、遺伝的な同一性は既に確定しているのである。破壊されずに成長すれば、直ちに胚を形成したのであって、核融合以降、潜在的可能性が強化されているということは問題とされえない[45]。

しかし、決定的なのは、重要な環境条件が加わらなければ、胚の持つ潜在的可能性は単なる虚構にとどまるということである[46]。胚は母体と結びつかない限り、細胞培養ではヒトとしての潜在的可能性を解き放つ現実的チャンスを備えていない。カテゴリー上の違いは大きいのである。着床以前の胚は単に潜在的可能性として生きているのであって、着床以降、初めて活動するのである[47]。着床により初めて、フィクションから現実のポテンシャルが解き放たれ、それによって、将来的地位が発生し、生命の基本権を認めるが正当化されるのである。

b）個別化と同一性

核融合が終わって、新しい遺伝的に明らかに区別された個別化された生命が存在するという[48]。しかし、この表現は遺伝的な同一性に着目した場合にのみ支持できるものである。胚の成長の13日目あるいは14日目以降、着床ないしは個体化まで[49]は、多胎児の可能性もある。一卵性双

---

[45] Heun, JZ 2002, 517, 520; Merkel, Früheuthanasie, Baden-Baden 2001, 480.

[46] Schreiber, in: Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen, hrsg. von Bernsmann und Ulsenheimer, Köln 2003, 157, 163 f.

[47] Schlink, Aktuelle Fragen des pränatalen Lebensschutzes, Berlin 2000, 17.

[48] Classen, DVBl. 2002, 141, 143. PIK 理論に対する賛否については in: Der moralische Status menschlicher Embryonen, hrsg. von Damschen und Schönecker, Berlin, New York 2003.

[49] 個別化、すなわち分割可能性の喪失と潜在的一卵性多胎児形成の最終段階は、着床と同時に起こるか、あるいは着床の直後に生じ（vgl. von Loewenich,

生児は実際、遺伝的に同一である。しかし、この同一性にだけ基本権的な生命の保護を係らしめるのは大いに疑わしい。というのは、両方の双生児には別々に生命権が認められていることには疑いはない。双子のペアは一組で保護されるのではなく、それぞれ個別に同一性を持った人間として保護されるのである[50]。しかし、個人は分割可能性がなくなったあとで初めて確定する。それ以前の段階では、例えば受精卵の破壊された場合には、一体どの生命が奪われたかは全く分かりえないのである[51]。しかし、人間としてのクオリティーを認めるについて遺伝的な同一性は何ら十分な基準ではないことは、すでに示された。人間という生き物は遺伝子の総体に尽きるものではないからである[52]。

c）連続性

人間の成長のプロセスははっきりした区切りを持たない連続して経過する現象であるという考え方は連続性の議論と結びつく。このような連続性の中でそれぞれ段階付けすることは恣意的であり、よって基本権の保護は胚の成長も含めてすべての段階に及ばなければならないとするのである[53]。

これに対しては、知覚できる個々の区切りが存在しないからといって、異なった段階付けをする必然性と可能性をも否定するものではないという論理形式的な批判が正当であろう[54]。個々の砂粒から砂の山が作られ

Annales d'histoire et de philosophie du vivant, Heft 7, 2002, S. 43, 47; Giwer, Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik, Berlin 2001, S. 67）それ故、連邦憲法裁判所も行なったように（BVerfGE 39, 1, 37）法的な判断としては同じものとされるのである。

[50] Heun, JZ 2002, 517, 521.

[51] Merkel Früheuthanasie, Baden-Baden 2001, 496.

[52] 前出Ⅱ．2．を見よ。同様に Merkel, in: Wider die Natur, hrsg. von der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Heidelberg 2003, 23, 39 f.

[53] Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, Bd. I, 4. Aufl. 1999, Art. 1 Rn. 18; Höffe, in: Gentechnik und Menschenwürde, hrsg. von Höffe u.a., Köln 2002, 111, 138.

[54] Heun, JZ 2002, 517, 520.

ることを考えると、最終的に何時、砂の山ができたかは分からないのである。にもかかわらず、山と粒は区別はつくであろう。

子宮内で卵細胞が着床することで非常に重要な限定条件が発生した場合にだけ、連続性が展開できるという批判の方がなお重要である。母体との共生が必要なのである。母体との相互作用が上手くいくことこそが、完全な遺伝的なコードに成長のための必要な刺激を与えるのである。母親の子宮への着床無くして、人間は生まれず[55]、それこそが初めて出生までの完全な成熟を可能にするのである[56]。着床、すなわち、母親という有機体への結合が、失敗すると、胚は無に帰す。受精卵細胞はそれだけでは人間にはなりえない。このように着床の前後のファーゼという法的な区別を可能にする非常に重要な区切りが示されるのである[57]。

d）多数意見の矛盾

通説の考え方は論ずるに及ばないほどの評価矛盾へともたらす。

このように生命の保護が停止される一方で、避妊リング、その他の子宮内避妊用具等の利用が認められている[58]。これを使用することにより

---

[55] Schindehütte, Meyer, Gruss, in: Was ist der Mensch?, hrsg. von Elsner und Schreiber, Göttingen, 2002, 67, 78; Nüsslein-Vollhard, SZ vom 01./02. 12. 2001, I, Taupitz, ZRP 2002, 111, 113, zugleich in GenTechnik & Recht 2002, 10 ff.

[56] Reich, Es wird ein Mensch gemacht, Berlin, 2003, 106; Nüsslein-Vollhard, Wann ist der Mensch ein Mensch?, Heidelberg, 2003, 24. シュルツェ＝フィーリツはこれを認める。Schulze-Fielitz, in: Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, hrsg. von Dreier, Tübingen, 2. Aufl. 2004, Rn. 29.

[57] 胚の成長において様々な段階を認めることは、外国においてとくに主張される。たとえば、前胚的フェーズというものも認められ、それは受精後、およそ14日で終了する。この時、その胚はしばしば「初期胚」と呼称される。ウォーノックレポート *Warnock*-Report（Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology, London 1984, S. 66）ではこれを区別することが提案され、イギリスの人工受精と胚に関する1990年法（Human Fertilisation and Embryology Act 1990）とスペインの人工授精に関する法律（Ley 35/1988 vom 22. 11. 1988, Sobre Técnicas de Reproducción Asistida）の基礎となっている。

[58] Taupitz, ZRP 2002, 111, 113.

受精卵が女性の作為によって消滅させられるのである。

通説はすべて均一というわけではない。一方で生命権は絶対的なものと見られ、他の法益のために制限されることは認めていない[59]。しかし、着床以降はドイツにおいても妊娠規定（刑法218条以下）を尊重しながらも胚を排出することができる。このことからドイチュは、ドイツにおいては胚はそれが堕胎されうるようになるまで、非常に長く絶対的に保護されているという変わったコメントを出している[60]。その他の問題点ついてはここではもう言及しない。

2．着床以降のヒトの生命

このようにドイツにおいても、規範的な生命の保護を着床を以って始めるという見解[61]が前面に出てきている。医療人類学の認識と近いとはいえ、人間の生命は卵と精子の融合を以って始まっているかどうかについて連邦憲法裁判所ははっきりした態度をとっていない[62]。しかし医療人類学の最近の認識ではこれと全く正反対のことが言われている。

着床は出生前の最終的な基準となる成長過程であり、人間としての潜

---

[59] Höfling, Zeitschrift für Lebensrecht 2002, 34, 39.

[60] Deutsch, NJW 1991, 721, 724.

[61] Lüderssen, GS Meurer, hrsg. von Graul und Wolf, Berlin 2002, 209, 221; Haßmann, Embryonenschutz im Spannungsfeld internationaler Menschenrechte, staatlicher Grundrechte und nationaler Regelungsmodelle zur Embryonenforschung, Heidelberg u.a., 2003, 101-103; Schmidt-Jortzig, Rechtsfragen der Biomedizin, Berlin, 2003, 33; Heun, JZ 2002, 517, 519; Ipsen, JZ 2001, S. 989, 994 f.; Rosenau, FS Schreiber, hrsg. von Amelung u.a., Heidelberg 2003, 761, 772 ff.; für den Embryo in vitro wohl auch Herdegen, in: Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, hrsg. von Maunz, Dürig u.a., München, Stand Februar 2003, Art 1 Abs. 1, Rn. 62. 反対説についてはLorenz, FS Brohm, hrsg. von Eberle u.a., München 2002, 441, 444 f.; Schulze-Fielitz, in: Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, hrsg. von Dreier, Tübingen, 2. Aufl. 2004, Art. 2 Ⅱ Rn. 28 ff.; Isensee, FS Hollerbach, hrsg. von Bohnert u.a. Berlin, 2001, 243, 252 f.; Starck, in: Das Bonner Grundgesetz, Band 1, hrsg. von Mangoldt u.a., 4. Aufl., Tübingen, 1999, Art. 1, Rn. 18; Höfling, Zeitschrift für Lebensrecht 2002, 34, 39.

[62] BVerfGE 88, 203, 251.

在的可能性の実現にとって、個人の確立にとって、端的に人となるにあたって、コンディツイオ・シネ・クア・ノンという条件公式的に見て重要なものである。母親という組織体への着床に続く交互作用が上手くいくことによって初めて、出生までの完全な成熟を可能にするのである。母親の子宮への着床無くして、人間は生まれない[63]。

確かに核融合を以って遺伝的なプログラムは確定するが、このプログラムからはイン・ビトロでは人間は生まれてこない。母体との共生が必要なのである[64]。そのような集中的な相互作用が完全な遺伝コードに加わらなければならず、それは不可欠なものなのである[65]。つまり、着床があって初めて人間になるプログラムが完全なものとなる。着床はこのことによりその他の必要な成長段階とは異なったクオリティーを獲得するのである[66]。なぜなら、それは、受動的潜在的可能性から能動的潜在的可能性へと変化するステップなのである。生命権を認めるための基準としては、基本法による生命保護の開始の時点―生まれた生命が中心となるのだが―が、ある程度確実なものとして獲得されえたかどうかが基準とならねばならない。ここで初めて、「人間として成長している」[67]といいうるのである。

---

[63] Schindehütte/Meyer/Gruss, in: Was ist der Mensch? hrsg. von Elsner und Schreiber, Göttingen 2002, 67, 78; Nüsslein-Volhard, SZ vom 1./2. 12. 2001, Ⅰ.

[64] Nüsslein-Volhard, SZ vom 1./2. 12. 2001, Ⅰ; Reich, Es wird ein Mensch gemacht, Berlin 2006, 26.

[65] Nüsslein-Volhard, Wann ist der Mensch ein Mensch?, Heidelberg 2003, S. 24.

[66] Haßmann, Embryonenschutz im Spannungsfeld internationaler Menschenrechte, staatlicher Grundrecht und nationaler Regelungsmodelle zur Embryonenforschung, Heidelberg u.a. 2003, 101-103; Rosenau, in: Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie, FS Hans-Ludwig Schreiber, hrsg. von Amelung u.a., Heidelberg 2003, 761, 773; Schmidt-Jortzig, Rechtsfragen der Biomedizin, Berlin 2003, 33. 着床もまた徐々に進行する一つの過程であって、数日にわたるものであるという批判は、着床の完了が基準となる段階であると看做されねばならないことを考慮していない。受動的潜在性と能動的潜在性を区別する必然性については、Maio, in: Praktische Ethik in Klinik und Forschung, hrsg. von Oehmichen u.a., Lübeck 2003, 175, 178 f. しかし、マイオは既に受精の瞬間に能動的潜在性を認めている。

[67] BVerfGE 88, 203, 252.

この結論はコヘレンツ（相即）テストにも合致する。このことについては、メルケルの挙げた例が役立つ。バイオテクノロジーの実験室が火事になった。そこにはイン・ビトロで生まれた胚と意識の無い乳児がいた。最後の救助者は乳児か胚のいずれかしか救うことができない。彼が乳児を選ぶという決断をすることに誰も疑いを持たないだろうというのである[68]。ここで展開された結論を確証するために、メルケルの例を修正しなければならない。実験室が火事になり、10個の胚だけがそこにあったと仮定しよう。これらの胚を救うためにあらゆることを試みようという人は果たしているのだろうか？直感的に、純粋に感覚として、誰も何もしようとしないだろうと私は考えている。「胚」という細胞の結合体は人間の生命であるとは、我々の直感は考えないのである。

ここで提案された解決策に対するその他の批判も論じなければならない。着床を以って生命の始まりとすることは古典的自然主義的な誤りであるとも批判されている[69]。人間が何時生まれるのかということを生物学的な事実を無視することなく決定されうる[70]ことは、ここではとりあえずそのままにおこう。しかし、かの批判はそれが同様に通説に対しても向けられるということにより、中立的な批判となっている。卵と精子の融合を以って生命の誕生を規範的に確定する考え方も自然主義的な事実に結びついており、さらに自然的な連続性の主張にも支えられている。

最後に、イン・ビトロの胚は様々な研究関心の対象であり、加えて、生体の胚よりも侵害されやすく、よって基本法による保護を最も必要とし、ゆえに適用領域からはずしてはならないという批判もある[71]。法の

---

[68] Merkel, Die Zeit vom 25. 01. 2001, 37, 38; dslb. Forschungsobjekt Embryo, München 2002, S. 151 ff.

[69] Härle, in: Wider die Natur, hrsg. von der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Heidelberg 2003, 63, 64f.; Maio in: Praktische Ethik in Klinik und Forschung, hrsg. von Oehmichen u.a., Lübeck 2003, 175, 182.

[70] Rosenau in: Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie, FS Hans-Ludwig Schreiber, hrsg. von Amelung u.a., Heidelberg 2003, 761, 775 m. w. N. 何らかの恣意に結びついているものの、法は常に確定的なものを目指さねばならないということについては Pawlowski, ZRph 2002, 71, 74 f.

[71] Duttge, JZ 2003, 411, 412; Laufs, Auf dem Wege zu einem Fortpflanzungsme-

保護機能に鑑みれば、核融合は胚の要保護性が合理的に基礎付けられる最も早い時点であるともいわれる[72]。しかし、その議論は循環論法に陥っていることが見落とされている。なぜ胚がそもそも保護されなければならないのかということが本性から理由付けられているのではなく、結論から議論がなされ、単に保護の必要性を主張することで要保護性を訴えているだけなのである。

3．イン・ビトロの胚に対する誕生前の人間の尊厳の保護

a）生命権と人間の尊厳の分離

さらに、着床前の胚には基本法上の保護が与えられないともいわれるが、これもまったくおかしな話しである。これは、生命権は着床して初めて胚に認められるという判断からは決して出てこない。なぜなら、生命権と人間の尊厳はそれぞれ別々に分離されるものだからである[73]。人間の尊厳と生命権の担い手は自動的に重なる必要はなく、別々の時点で始まりうる。連邦憲法裁判所によれば「人間の生命が存在するところに、人間の尊厳は認められる」という[74]。しかしこの命題の裏返しは認められない。

このことは死者に関してまったく争い無く妥当する。つまり死後も尊厳の保護がなされるのである[75]。死後の人格権と同様に、着床を以って始まった生命に対する誕生前の尊厳の保護も認められなければならない。誕生前の場合と違い、死後の尊厳の保護はかつて存在した人格の実体に結び付けられているという批判があるが、間違っていると思われる。なぜなら、誕生前の保護は人格的な存在とは無関係だからである。死後

---

dizingesetz?, Baden-Baden 2003, 40 und 42; Wolbert, DMW 2003, 453, 455; Fink, JURA 2000, 210, 212; Sönnecken, Die Nidation als Zäsur im Rechtsschutz menschlichen Lebens, Aachen 2002, 80.

[72] Wolfslast, zitiert bei Eisele, JZ 2003, 1157, 1160.

[73] Heun, JZ 2002, 517, 18. もちろん、生命権を人間の尊厳よりもあとに位置付けるわけではない。

[74] BVerfGE 39, 1, 41.

[75] Starck, in: Mangold/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, Bd. I, 4. Aufl. 1999, Art. 1, Rn. 17; Taupitz, ZRP 2002, 111, 113.

の保護の存在は、生命が現実に存在しなくとも、尊厳の保護が存在することを示すものである。尊厳の保護は将来の生命を顧慮して着床の段階に投影するもの、ないしは、先取りするものなのである[76]。そのような承継構造は法秩序にとってなじみのないものではない。

このように、イン・ビトロの胚も無統制な研究から保護されているのである[77]。

b）イン・ビトロの胚の人間の尊厳の侵害

これによっていよいよ面白い問題に我々は直面する。幹細胞の獲得の為に胚を利用することが侵襲であり、よって、人間の尊厳の侵害であるといえるのであろうか？治療的クローンにあっては胚はそもそも研究と治療で利用するために人為的に作成されたものであるのだから、人間の尊厳に影響を与えるものなのであろうか？

この問題の難しさは、人間の尊厳という不明確な概念と憲法上の概念である最大限の公開性と包括的公共性[78]に輪郭を与え、人間の尊厳の実質的な内容を規定する点にある。

人間の尊厳を形成するものを抽象的に定義することはできない。むしろ、潜在的な権利の担い手、それを取り巻く状況、考えられる侵襲を全体的に考量して、人間の尊厳の侵害が受け入れ難いものといえるかどうかが、評価されなければならない。侵害の過程からの規定と評価は、哲学と認識論において認められた「消極原理」に従う。この原理によれば、何が人間の尊厳を形成するかを積極的に答えるよりも、何か間違った場合にその誤りを認識することの方がはるかに確実なものなのである[79]。

法学は様々な基準を展開させて、それを手がかりに、具体的な個々のケースにおける人間の尊厳の侵襲を確証できるようになった。最も一般

---

[76] 同様に Ipsen, NJW 2004, 268, 269.

[77] Vgl. die Forderung von Beckmann, in: Das Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin des Europarates–taugliches Vorbild für eine weltweit geltende Regelung, hrsg. von Taupitz, Berlin 2002, 155, 176.

[78] Badura, JZ 1964, 337, 342.

[79] 消極原理については vgl. Kaufmann, FS Wolf, hrsg. von Württenberger u.a., Frankfurt 1962, 357, 366.

的な方法はデュリッヒの客観的公式によるものである[80]。「人間は単に手段として用いられてはならず、常に目的それ自体としてとらえられなければならない」[81]というイマヌエル・カントの考え方に協調して、デュリッヒは、具体的な人間が、「客体として、単なる手段として、代替可能なモノとして」軽んじられた場合には、尊厳の侵害が認められるとしている[82]。この客観的公式は、検討の出発点として理解されねばならないであろう。その基準がその実質的な内容を失ってはならないとするのであれば、主体としてのクオリティーが原則的に問題視されるか、または、当人を取り扱うに当り、彼の人格により与えられている価値が軽んじられているかが、認められねばならない[83]。

aa）余剰胚からの幹細胞の採取

幹細胞をめぐる議論ではいわゆる「孤立した」胚の取り扱いが問題とされる。胚性幹細胞はここから採取されるのである。この胚は最初は生殖の目的で作成されたが、母親が健康上の理由からもはや妊娠することができないとか、その準備ができていない等の理由で、女性の子宮への移植には至らなかったものである。よって、このような胚には成長の可能性はなく、生命としての見込みも失われ、運命に委ねられるか、長期にわたり、低温保存されるかしかない[84]。

ここでの衡量は比較的はっきりしている。価値ある研究の為に胚性幹細胞を採取されるよりも、破棄されたり、二重の意味で「永遠の凍結卵」[訳者註：ドイツ語で Ei と Eis をかける]として保存されることの方が、

---

[80] 連邦憲法裁判所もこれを根拠とした。vgl. BVerfGE 9, 89, 95; 27, 1, 6; 87, 209, 228. これ以上の明確にされた命題について詳しくは Schwarz, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 2001, 182, 202 ff.

[81] Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Werke, Bd. 4, hrsg. von Weischedel, Darmstadt 1956, 61.

[82] Dürig, Archiv für öffentliches Recht 81 (1956), 117, 127; ders., in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 1 (Vorbearbeitung) Rn. 28.

[83] 例えば Schreiber, in: Was ist der Mensch?, hrsg. von Elsner u. Schreiber, Göttingen 2002, 231, 241.

[84] Vgl. Kloepfer, JZ 2002, 417, 421; Taupitz, ZRP 2002, 111, 114.

胚の尊厳に適っているとは言い難い[85]。このような場合に、胚を物としてとらえているとか、胚を軽んじているとは、確定し難いのである。

bb）人間の尊厳と治療的クローン

治療的クローンの場合、事情は更に複雑な問題をはらんでいる。ここでは特に、胚が道具とされているかが問題となるからである。通常の体外受精により成長したが、余剰とされた胚から幹細胞を採取する場合とは異なり、治療的クローンでは胚は唯一それだけのものとして、幹細胞を採取するために作成されたのである。

医師は、治療的クローンの方法により、患者の遺伝子と同じ遺伝子を持つ幹細胞の利用を望んでいるということが背景にある。患者の幹細胞から培養された補充組織は患者の遺伝子と同じ遺伝子を持ち、適切な治療に用いれば、拒絶反応を伴なうことなく、自己完結的な移植が期待される[86]。

応用研究では胚は物として扱われることになり、専ら他人のため、すなわち患者の治癒の目的に使われることになると考えている[87]。その際、治療的クローンは、タブーが侵害されることになるという意味では、道具化をあらわしているといえる。このことは、「研究材料として「利用する」ためにヒト胚を機能主義的に限定生産することになる」[88]というのである。

---

[85] 通説。 s. nur Schroth, in: Oduncu u.a., Stammzellenforschung und therapeutisches Klonen, Göttingen 2002, 249, 270; Kloepfer, JZ 2002, 417, 421; Taupitz, ZRP 2002, 111, 114; Schlink, Aktuelle Fragen des des pränatalen Lebensschutzes, Berlin 2000, 20.

[86] Schindehütte/Meyer/Gruss (o. Fn. 91), 67, 77 f.; Rohwedel in: Humane Stammzellen, hrsg. von Hauskeller, Lengerich 2002, 18, 25.

[87] Starck, NZZ vom 14./15. 4. 2001, 59; Herdegen in: Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, hrsg. von Dürig u.a., München, Stand Februar 2003, Art. 1 Abs. 1, Rn. 96, dslb., in: Medizinrechtliche Probleme der Humangenetik, hrsg. von Hillenkamp, Berlin u.a. 2002, 1, 10; Schreiber in: Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen, hrsg. von Bernsmann und Ulsenheimer, Köln 2003, 157, 167.

[88] Höfling, Zeitschrift für medizinischen Ethik 47 (2001), 277, 283.

事実、交換部品のストックとして利用するために人間の取り木が生産されないかという疑問が出てくる。欧州評議会の生命倫理条約もその18条２項で「研究目的のヒト胚の産出を禁止する」と明言しているように思える。もちろん治療的クローンを18条に包摂することは一般に考えられているよりも不明確である。まず、EU 基本権憲章３条２項[89]は再生的クローンを明文で禁止しているが、治療的クローンはそうではないことが際立っている。胚の概念が加盟各国で争われており、いくつかの国々は14日目までの初期形態を前期胚としてそれ以降の胚から区別しているということを考慮すれば、生命倫理条約の条文から治療的クローンへの賛否に何ら明確なものを引き出されえないことは明らかである[90]。

しかし、治療的クローンでは定義として胚を人に成長させず、つまり、出生させないのであるから、このプロセスでは人間の尊厳の保護が反映されない。生物学的な成長は時機を失することなく停止されており、多くの生物学者が言うように、胚を発生させるにあたって最初から成長を停止させることもできるという。尊厳の侵害を判断するにあたって中心となるのは、専ら研究目的のために作り出された胚が―最初からとは言えないにせよ―人には成長しないということを検証することである[91]。人に成長する見込みがないのであれば、尊厳の侵害は出てこない[92]。将来的に人にならないものはそれゆえ保護される必要はないのである。換

---

[89] 明確に拒否しているのは C 364 vom 18. 12. 2000, 1 ff.

[90] Taupitz, NJW 2001, 3433, 3437; Haßmann, Embryonenschutz im Spannungsfeld internationaler Menschenrechte, staatlicher Grundrechte und nationaler Regelungsmodelle zur Embryonenforschung, Heidelberg ua. 2003, 18; 禁止を認める考え方については、たとえば Kopetzki, in: Biotechnologie und Recht, hrsg. von Kopetzki und Mayer, Wien 2002, 15, 61; Herdegen in: Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, hrsg. von Dürig u.a., München, Stand Februar 2003, Art. 1 Abs. 1, Rn. 96; Holznagel, in: Der Umgang mit dem beginnenden menschlichen Leben, hrsg. von Siep und Quante, Münster u. a. 2003, 75, 78.

[91] 同様に Hilgendorf, in: FS Maurer, hrsg. von Geiß u.a., München 2001, 1147, 1157; Dederer, AöR 127 (2002), 1, 23; Ipsen, JZ 2001, 989, 996; dslb., NJW 2004, 268, 270; im Ergebnis wohl auch Koch, FS Eser, München 2005, 1091, 1115.

[92] Herdegen, in: Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, hrsg. von Dürig u.a., München, Stand Februar 2003, Art. 1 Abs. 1, Rn. 99 und 107.

言すれば、治療的クローンは研究としては問題がないわけではないが、結局は人間の尊厳を侵害するものではない。

〔訳者あとがき〕

本稿は、2007年９月20日13時30分から北大法学会においてなされた同題の講演に註を加えたものである。ヘニング・ローゼナウ教授は1964年にリューネブルクに生まれ、フライブルク大学、ゲッティンゲン大学で法律学を学び、1989年からゲッティンゲン大学のシュライバー教授の研究室で、研究補助員、助手を歴任してきた。1996年に「国家の命令による射殺行為―ドイツ内国境での武器使用に対する国境警備兵の刑事責任について」（Tödliche Schüsse im staatlichen Auftrag. Die strafrechtliche Verantwortung von Grenzsoldaten für den Schußwaffengebrauch an der deutsch-deutschen Grenze; 2. neubearbeitete Aufl. Baden-Baden 1998）で法学博士号を取得し、2005年には「刑事手続きにおける上告の根拠と限界」（Grund und Grenzen der Revision im Strafverfahren （公刊準備中））で教授資格を取得した。その後、ハンブルク・バームベック区裁判所で一年間、刑事裁判官を務めた後、2006年４月にアウクスブルク大学正教授に就任した。2007年７月には就任講演「積極的臨死介助（Aktive Sterbehilfe）」をおこなった。その他詳細は、ローゼナウ教授のHP http://www.jura.uni-augsburg.de/de/prof/rosenau/ を参照されたい。

ヒトクローンをめぐる問題は、非常にアクチュアルなものであり、しかし、法的な取り扱いが未解決な問題でもある。とくにES細胞の研究と応用に関して展望が開けつつある時期には、避けて通れない問題でもあった。しかし、2007年11月21日、皮膚の体細胞からES細胞に似た人工多能性幹（iPS）細胞の生成に成功したというニュースが流れ、ES細胞を経由しない、すなわち、ヒト胚を経由しない再生医療の可能性が見出せてきた。これにより、倫理的に問題なしとはされなかったES細胞を用いる必要がなくなる。従って、将来的には治療的クローンの存在理由がなくなる可能性もある。本稿が活字となる頃には、また新たな技術的な進展があるかもしれない。

既にローゼナウ氏は、本講演と同様の内容で、ヘニング・ローゼナウ

（訳：石塚伸一）「人クローンの禁止―再生的クローンおよび治療的クローン―」龍谷大学「遺伝子工学と生命倫理と法」研究会編『遺伝工学時代における生命倫理と法』（2003年）326頁に論文を発表している。本講演はその後の各界での議論の展開を考慮し、アップデートしたものとなっている。また、我が国におけるクローンをめぐる刑法的問題については、甲斐克則「クローン技術の応用と（刑事）法的規制」現代刑事法14号（2000年）26頁、同「ヒト・クローン技術等規制法について」現代刑事法24号（2001年）87頁、町野朔「ヒトに関するクローン技術等の規制に関する法律」法学教室247号（2001年）86頁、辰井聡子「生命科学技術の展開と刑事的規制」法律時報73巻10号（2001年）22頁、長井長信「人クローン個体産出罪について」『内田古稀祝賀論文集』（2002年）443頁、拙稿「生命倫理をめぐる法」高橋隆雄編『ヒトの生命と人間の尊厳』（2002年）167頁、近藤和哉「人クローン個体の産出に対する刑事規制の検討」法律時報75巻２号（2003年）56頁、石塚伸一「人クローンの禁止」龍谷大学「遺伝子工学と生命倫理と法」研究会編『遺伝工学時代における生命倫理と法』（2003年）360頁、また、ドイツ語では、Kuzuhara, Das japanische Klontechnikgesetz, Zeitschrift für japanisches Recht, 2002, S. 169およびOnagi, Von der Keimbahntherapie zum Menschenpark? Begründbarkeit des Verbots reproduktiven Klonens, in: Globalisierung der Biopolitik, des Biorechts und der Bioethik?, hrsg. von Schreiber, Lilie, Rosenau, Tadaki, Pak, 2007, S. 119を参照されたい。加えて、これら再生医療と生命倫理をめぐる問題については、橳島次郎「先端医療のルール」（2001年）、米本昌平「バイオポリティクス」（2006年）が多くの示唆と情報をもたらしてくれるので、参照されたい。

研究ノート

移転させられた損失（３・完）

――Hannes Unberath, *Transferred Loss, Claiming Third Party Loss in Contract Law* (2003)の紹介とイギリス法の分析を中心にして――

新　堂　明　子

目　　次　　主要な判決および制定法

はじめに

Ⅰ．Hannes Unberath, *Transferred Loss, Claiming Third Party Loss in Contract Law* (2003)の紹介

Ⅱ．イギリス法の分析
（１）物品運送法
Dunlop v Lambert (1839) Macl & R 663
Bill of Lading Act 1855
The Albazero [1977] AC 774
Carriage of Goods by Sea Act 1992　（以上58巻５号）
（２）寄託
（３）約束の信託
（４）保険
（５）代理
（６）建築法
St Martins [1994] 1 AC 85
Panatown [2001] 1 AC 518

Ⅲ．学説の検討　　（以上58巻６号）

Ⅳ．日本法との比較
（1）物品運送法
(ア) ハーグ・ルールズ、および、ハーグーヴィスビー・ルールズ
(イ) イギリス法
Carriage of Goods by Sea Act 1971
The Aliakmon [1986] AC 785
(ウ) 日本法
国際海上物品運送法
最判昭和44年10月17日判時575号71頁
（2）建築法
(ア) イギリス法
Anns [1978] AC 728
Murphy [1991] 1 AC 398
(イ) 日本法
最判平成15年11月14日民集57巻10号1561頁
最判平成19年7月6日民集61巻5号1769頁

おわりに　（以上本号）

Ⅳ．日本法との比較

（1）物品運送法

(ア) ハーグ・ルールズ、および、ハーグーヴィスビー・ルールズ

1924年のブリュッセル・コンベンションは、船荷証券に関する統一規則集を採択した。これは、ハーグ・ルールズとして知られており、船荷証券による海上運送契約のもとでの荷主、船荷証券に名指しされた荷送人、および証券の被裏書人に対する運送人の権利、義務、および、免責を規定するものである。

1968年のブリュッセル・プロトコルは、ブリュッセル・コンベンションを改訂している。これは、ヴィスビー・ルールズとして知られており、ハーグ・ルールズを改訂するものである。ブリュッセル・コンベンションおよびプロトコルは単一の法律として読まれ、訳されており、最初および改訂版の規則集は単一の規則集を形作り、ハーグーヴィスビー・ルールズとして知られている。

1979年のブリュッセル・プロトコルは、ブリュッセル・コンベンションを再度改訂している[207,208]。

㈠ イギリス法

ⓐ Carriage of Goods by Sea Act 1971（海上物品運送法1971年）

――運送人の責任――

イギリスにおいては、ハーグ・ルールズは、海上物品運送法1924年によって、ハーグーヴィスビー・ルールズは、海上物品運送法1971年によって、制定法としての効力を与えられた。1971年法は1924年法を廃棄するものであったために、最初の未改訂のハーグ・ルールズはイギリスにおいては効力を失っている。ハーグーヴィスビー・ルールズは、ハーグ・ルールズと比べて、さまざまな点で、たとえば、責任制限、提訴制限（時効）、善意の譲受人に関する船荷証券の証拠力の点で、その適用の範囲を大幅に拡大している[209]。

海上物品運送法1971年１条「改正されたハーグ・ルールズの適用」⑴項によれば、本法において、「ルールズ（Rules）」とは、1924年８月25日にブリュッセルで署名され、1968年２月23日にブリュッセルで署名されたプロトコル（および1970年12月21日にブリュッセルで署名されたプロトコル）によって修正された、船荷証券に関するある規則の統一のための国際条約を意味する。そして、同条⑵項によれば、ルールズの条項は、本法に別表（Schedule）として掲げられており、法的効力を有するものと定められている。

---

[207] ハーグーヴィスビー・ルールズのほかに、ハンブルグ・ルールズがある。これは、1978年にハンブルグで採択された、物品運送に関する国連条約の成果である。ハンブルグ・ルールズは、ハーグーヴィスビー・ルールとは重要な点で違いがあるが、これに取って代わるべく企図されたものである。1992年11月１日、ハンブルグ・ルールズは、条約国に対しては発効したが、主要な海運国のどれもが批准しておらず、近い将来に批准する可能性もない。

上記のような現状に対する不満は、多くの国をして、ハーグ／ハーグーヴィスビー／ハンブルグ混成制度（a hybrid Hague/Hague-Visby/ Hamburg regime）を導入せしめた。つまり、各国がルールズを改善した結果、統一法という観点からは遠のいてしまった。

[208] Roy Goode, *Commercial Law* (3rd ed., 2004), pp. 1031-1032.

[209] *ibid.* at 1033.

そこで、ハーグーヴィスビー・ルールズ3条2項をみると、運送人は、適当にかつ注意深く、運送品を積み荷し、取り扱い、積み込み、運送し、保管し、注意し、荷揚げしなければならないとある[210,211]。

(b) 運送人に対する過失不法行為に基づく損害賠償請求

さらに、ハーグーヴィスビー・ルールズ4条の2第1項によれば、本ルールズにおいて規定される抗弁および責任の制限は、その訴訟が契約に基づくものであろうと不法行為に基づくものであろうと、運送人に対する、運送契約の対象範囲にある物品の滅失または損傷に関する、どんな訴訟においても適用される[212]。これは、後述するが、運送人に対する運送契約違反に基づく損害賠償請求と過失不法行為に基づく損害賠償請求がともに認められる際の問題に手当てしたものである。つまり、運送人は、過失不法行為のみに基づいて請求されても、契約責任に関する責任の免除および制限に関するルールズの条項を主張することができるわけである。

そして、ハーグーヴィスビー・ルールズ4条の2第2項によれば、そのような訴訟が運送人の被用者または代理人（独立的請負人は除く）に対して提起された場合、そのような被用者または代理人は、本ルールズのもとで運送人が主張できる抗弁または責任の制限を自身も利用する権利を有す

---

210 原文を掲げておく。

'ARTICLE Ⅲ
2. Subject to the provisions of Article Ⅳ, the carrier shall properly and carefully load, handle, stow, carry, keep, care for, and discharge the goods carried.'

211 Goode, *supra* note 208, at 1040-1041.

212 原文を掲げておく。

'ARTICLE Ⅳ BIS
1, The defences and limits of liability provided for in these Rules shall apply in any action against the carrier in respect of loss or damage to goods covered by a contract of carriage whether the action be founded in contract or in tort.'

る[213,214]。これは、ヒマラヤ条項を法により認めたものである。

さて、前述したが、運送人の過失により運送品が滅失または損傷した場合には、過失不法行為訴訟の利用が可能である。この訴訟の原告と被告について、以下、検討しておく。

原告は誰か。過失ある作為または不作為の時点における物品の所有者、占有者、または、占有すべき権原を有する者による訴訟の提起を除いては、運送人に対し過失ある行為に基づく訴訟を提起することはできない、ということが現在では確立している[215]。したがって、過失ある行為の時点で、権原または占

---

213 原文を掲げておく。

> '2. If such an action is brought against a servant or agent of the carrier (such servant or agent not being an independent contractor), such servant or agent shall be entitled to avail himself of the defences and limits of liability which the carrier is entitled to invoke under these Rules.'

214 契約（第三者の権利）法1999年の制定により、ヒマラヤ条項をあてにする必要性は少なくなったと解されている。

同法１条「第三者の契約の条項を強制する権利」は、海上物品運送契約には適用されない（同法６条「適用除外」(5)項(a)号）。つまり、同法１条により、第三者（荷受人）が契約上の権利を付与されることはない。しかし、同法１条(6)項により、第三者（運送人の被用者または代理人で、運送約束の履行補助者）が契約上の責任の免除または制限を利用することは可能である。これにより、独立的請負人も、運送人が主張できる抗弁または責任の制限を利用できることになった。

215 *The Aliakmon* [1986] AC 785.

【事実】売主は、原告である買主との間で、多量のスティール・コイルをコリアで船積みし、イミンガムまでの運賃を売主が負担する c. and f. 条件による売買契約を締結した。他方、買主は、180日の支払期限のある買主の銀行により裏書きされた為替手形により、そして、それと船荷証券の交換により、代金を支払う予定になっていた。買主は、船荷証券が提供される前に、スティール・コイルを転売しようとしたが、実現できず、買主の銀行は、為替手形の支払いを拒絶した。そこで、買主と売主の代表者の間で問題解決のための話し合いの場がもたれた。そして、船荷証券は売主から買主へと送られ、手紙のやりとりにより、以下の合意がなされた。すなわち、物品については、後の通知の時ま

有に対する権利を取得していなかった物品の買主は、物理的損害を被っているわけではないので、経済的金銭的損失を被っているにもかかわらず、訴える権

で売主に処分権があり、買主による売却については、売主に通知されるべきである。その後、買主は船荷証券をその他の書類とともにイミンガムの代理人に呈示し、物品が到着したら、税関を通じて船荷を下ろすことを指示し、自分（買主）は売主の代理人として行為する義務ないし責任を負う者であると述べつつ、売主の指図のみに従うべく倉庫へ物品をおくように指示した。

物品は、被告である船主の船 *Aliakmon* 号に船積みされた。本船については定期傭船契約が締結されており、傭船者に船荷の積み方につき責任があったが、船主にも積み方に介入して指示できるとの留保が付されていた。しかし、不適切な積み方のために、物品が損傷した。そこで、買主は船主に対し、物品の損傷により被った損失について、契約違反および／または義務違反に基づいて、損害賠償を請求する訴訟を提起した。

【第1審】 船主は買主に対して契約に基づく責任があるとした。なぜならば、船荷証券法1855年1条によれば、売主の訴える権利は買主に移転しているので、不法行為に基づく請求は成立しないからであるとした。これに対し、被告である船主が控訴した。

【控訴審】 控訴を認容し、本件事情においては、買主は船主を訴えるべくいかなる権利もないとした。これに対し、原告である買主が上告した。

【貴族院】 貴族院は上告を棄却し、以下のように判示した。

所有権に対する損失ないし損害により原告に損失が生じたために、原告が訴えるためには、彼は、損失または損害が生じた時に、所有権または占有すべき権利を有していなければならない。つまり、単なる契約上の権利をもっているだけでは十分ではない。したがって、c. and f. 条件の契約のもとでの買主は損失の時点で所有者でも占有者でもないことから、買主は船主に対し、不法行為に基づいて訴える権利はない。

【検討】 本稿は、受約者ではなく第三者に生じた損失について、受約者が約束者に対し契約違反に基づいて賠償を請求することができるかという問題を考察しているが、本件は、第三者が約束者に対し不法行為に基づいて賠償を請求することができるかという問題を考察している。

第三者は不法行為に基づいて純粋経済損失の賠償を請求しているが、これを貴族院は否定したわけである。つまり、被害者は、その身体に物理的に被害が生じ、または、その財産（その所有権または占有すべき権利を被害者が取得したところの運送品）に物理的に損害が生じれば、加害者に対し過失不法行為に基づいて損害賠償を請求できるが、その債権または期待権が経済的に侵害されただけでは、加害者に対して過失不法行為に基づいて損害賠償を請求できない。

利を有さないし、その当然の結果として、過失ある行為の時点で、物品が全体から分離されておらず特定されてなければ、原告の請求は挫折する。反対に、物品の滅失または損傷の時点において自分は所有権または占有権を有していたと証明することができる者は、たとえ彼自身、別の人が危険を負担していたために、損失を被らなかったとしても、過失ある行為に基づく損害の賠償を回復することができる。

被告は誰か。自らの不注意な作為または不作為により物品を滅失または損傷させた人であれば誰に対しても、たとえば、運送人、運送人の被用者、独立的請負人であっても、過失に基づく請求は可能である[216]。

(c) Carriage of Goods by Sea Act 1992（海上物品運送法1992年）
――運送契約上の訴える権利の移転――

海上物品運送法1992年は、法律委員会の提言[217]を制定法化したものである。これは、運送人の責任に関するものではなく、運送契約上の訴える権利、および、責任（title to sue and liability on the contract of carriage）に関する重要な立法である[218]。詳細については、前述したが[219]、まとめておこう。

コモン・ローにおいては、荷主と運送人の間で、船荷証券により証明されるところの契約が締結され、運送人と荷受人または被裏書人の間には、契約関係はない。したがって、コモン・ローにおいては、荷受人または被裏書人は、運送契約のもとでの権利を取得しない。

船荷証券法1855年１条によると、荷受人または被裏書人は、運送人への運送品の委託もしくは船荷証券の裏書きの時にまたはそれを理由として物品の所有権が荷受人または被裏書人に移転する場合に、運送契約のもとでの荷主の権利の制定法上の譲受人となる（statutory assignee）。本条は以下のとおり、訴える権利の移転に深刻な制限を課すものである。第１に、本法の適用は、船荷証券が発行されている場合に限定される。第２に、物品の所有権を取得した者しか訴えることができない。つまり、担保のために船荷証券を譲り受けた人も、売主が処分権を留保したところの物品の買主も、訴えることはできない。第３

---

216 Goode, *supra* note 208, at 1058-1059, 1060-1061.

217 *Rights of Suit in Respect of Carriage of Goods by Sea* (Law Com No 196, Scot Law Com No 130, HC 250, 1991).

218 Goode, *supra* note 208, at 1033.

219 前掲Ⅱ（１）(ク)。

に、運送人への運送品の委託もしくは船荷証券の裏書きの時にまたはそれを理由として物品の所有権が荷受人または被裏書人に移転しなかったが、運送人への運送品の委託もしくは船荷証券の裏書きに続いて物品の所有権が荷受人または被裏書人に移転した場合、たとえば、ばら荷のうちの特定されていない部分を範囲として包含する船荷証券の場合、物品の所有権を取得した買主でさえも保護されない。これらのすべての場合に、荷主の請求を譲り受けることなくして、最大限、買主が期待できることは、船荷証券の呈示および運賃の提供または受領を証拠として提出することにより、買主と運送人の間に黙示の新たな契約が成立したと主張すること、あるいは、滅失または損傷の時点で、所有権原または占有権原を取得しており、それが侵害されたとして、不法行為に基づいて請求すること、くらいである。

海上物品運送法1992年は、船荷証券法1855年を廃棄したものであるが、運送契約のもとでの荷主の権利の制定法上の譲渡のために（statutory assignment）、より寛大な制度を提供した。まず、同法2条1項によると、船荷証券の正当な所持人になった者、または、スィー・ウェイビル（sea waybill）もしくは船舶荷渡指図書（ship's delivery order）のもとで引渡しがなされるところの人は、あたかも彼が契約の当事者であるかのごとく、運送契約のもとでのすべての訴える権利を移され、かつ、与えられる。また、同条4項によると、運送契約違反により第三者が損失または損害を被った場合、船荷証券の正当な所持人等は、第三者のために訴えることができる――これこそが、著者（Unberath）によれば、移転させられた損失の法理を制定法化した唯一の例である――。また、同条5項によると、現在の所持人に権利が移転した当然の結果として、荷主または中間の所持人に与えられていたすべての訴える権利は消滅する。しかし、譲受人が自己の利益のためではなく、譲渡人の代理人として船荷証券を所持する場合、たとえば、銀行が船荷証券に対する支払いを受ける目的のために所持する場合、譲渡人こそが、譲受人の直接の占有のおかげで、運送人に対して寄託に基づいて訴える権利を維持するに十分な占有すべき利益を維持しており、彼こそが訴えることができる[220]。

(ウ) 日本法

[220] Goode, *supra* note 208, at 1055-1057.

海上物品運送契約については、商法典第３編「海商」第３章「運送」第１節「物品運送」(737～776条)、および、国際海上物品運送法（昭和32・6・13法172）に規定がある。ここでは、後者を概観しておく。

(a) 国際海上物品運送法

―― 運送人の責任 ――

国際海上物品運送法は、1924年の船荷証券に関するある規則の統一のための国際条約（ハーグ・ルールズ）と、その1968年改正議定書（ヴィスビー・ルールズ）および1979年改正議定書を批准して国内法化したものである[221,222]。

同法３条「運送品に関する注意義務」１項によれば、「運送人は、自己またはその使用する者が運送品の受取、船積、積付、運送、保管、荷揚及び引渡につき注意を怠ったことにより生じた運送品の滅失、損傷又は延着について、損害賠償の責を負う。」とある。

(b) 運送人に対する過失不法行為に基づく損害賠償請求

同法の最大の特徴として、同法20条の２「運送人等の不法行為責任」が定められたことが挙げられる。

同条１項によれば、同法における免責および責任制限に関する規定は、運送品に関して荷送人、荷受人または船荷証券所持人が運送人に対して、契約違反ではなく不法行為に基づいて損害賠償を請求した場合にも、適用される。契約違反に基づく請求の場合には、同法の免責および責任制限の規定に基づいて抗弁することができるのに、不法行為に基づく請求の場合に抗弁することができないとすれば、運送人と荷主の利益の調和を企図した同法の趣旨が容易に潜脱されるおそれがあるからである[223]。

---

221 ハンブルグ・ルールズについては、運送人の責任を大幅に強化したものであり、発展途上国の指示により、すでに成立かつ発効しているが、日本は加盟していない。

222 江頭憲治郎『商取引法』（第四版、2005）257～258頁。

223 1992（平成４）年、国際海上物品運送法に20条の２「運送人等の不法行為責任」が新設されたが、それより前に出された最判昭和44年10月17日判時575号71頁は、請求権は当然競合するとし、同法14条「責任の消滅」は契約責任に関する規定であり、不法行為責任に対しては適用されないとした。

【事実】 Ａ興業はＢ船舶との間で合成樹脂をヒューストンから横浜まで海上運送するとの契約を締結した。Ｂ船舶はこれを横浜港まで運んだうえ、日通（被

同条２項によれば、前項の規定により運送品に関する運送人の責任が免除または軽減される場合には、運送人の使用する者の責任も同じ限度で免除または軽減される。これは、ヒマラヤ条項を法により認めたものである[224]。

(c) 運送人に対する運送契約上の訴える権利の移転

イギリスの海上物品運送法1992年が運送契約上の訴える権利の移転に関して明確な規定をおくのに対して、日本の国際海上物品運送法は運送契約上の訴える権利の移転に関する規定をおかない。

ただし、運送品の引渡しを受けるべき者については、つぎのとおりである。船荷証券が発行されている場合、船荷証券の正当な所持人は、船荷証券と引換えに、運送人に対して運送品の引渡しを請求できる（同法10条）。船荷証券が発行されていない場合、運送品が到達地に達した後は、荷受人は運送契約上の荷送人の権利を取得するから、当然に運送品の引渡しを請求できる（同法20条２項）[225]。おそらくは、この者が運送契約上の訴える権利を行使するのであろう。

告）にこれを荷役するよう委託した。日通は被用者をして沖中仕を指揮および監督させて荷役させた。ところが、その荷積作業中、合成樹脂の一部を汚損してしまった。日本火災海上保険（原告）はＡ興業との間で海上保険契約を締結していたので、この契約に基づいてその損害を填補したうえ、Ａ興業に代位し、日通に対して、その損害についての使用者責任を追及した。

【判旨】第１に、運送人の責任に関し、運送契約の債務不履行に基づく賠償請求権と不法行為に基づく賠償請求権は当然競合するのであって、不法行為責任の成立するのを、運送品の取扱上通常予想される事態ではなく、契約本来の目的範囲を著しく逸脱する場合にだけ限定したものではない。のみならず、荷役業者（日通）は、運送契約の当事者ではないから、運送人（Ｂ船舶）の運送委託者（Ａ興業）に対する運送契約上の債務不履行に基づく損害賠償義務のいかんは、直ちに荷役業者（日通）の運送委託者（Ａ興業）に対する不法行為に基づく損害賠償義務の成否に影響を及ぼすものとはいえない。

第２に、国際海上物品運送法14条「責任の消滅」の規定は、運送人の運送契約に基づく債務不履行責任に関するものであって、運送人または荷役業者に対する不法行為による損害賠償の請求については、その適用はない。

224 江頭・前掲注222・288～292頁；落合誠一「運送人等の不法行為責任」（1992）海法会誌復刊36号61頁以下。

225 江頭・前掲・284～285頁。

（2）建築法

㈠ イギリス法

過失不法行為に基づく純粋経済損失の賠償は肯定されるべきか。ここでは、とくに建物の瑕疵自体の問題を検討する。

最初に概略すると、*Anns* [1978] AC 728において、貴族院は、過失不法行為に基づく純粋経済損失の賠償を排除する理由はないと判示した。*Anns* における Lord Wilberforce のアプローチは *Junior Books* [1983] AC 520[226]において

---

[226] *Junior Books Ltd v Veitchi Co Ltd* [1983] AC 520.

【事実】 建築会社は、原告との間で、工場を建築する契約を締結したが（請負契約）、床張請負専門の被告に、その床張りを下請けに出した（下請負契約）。原告と被告との間には、契約関係はなかった。

原告は、被告の過失のせいで、床には瑕疵があること、被告は、床張りの専門家として、どんな製作物が要求されていたかを知っていたこと、被告のみが、床の設計および製作について責任があること、および、被告は、原告が被告の技術および判断を信頼していたことを知っていたことを主張した。原告はまた、床のひびの結果、原告は損失および損害を被ったと主張し、床を張り替える費用とともに、たとえば床の張り替えに伴う機械の引越しの費用、および、床を張り替える期間中の逸失利益のような、床の張り替えに伴う結果的かつ経済的金銭的な損失の賠償を請求する訴訟を提起した。しかし、その床の状態が、人身に対する被害または工場にある財産に対する損害を生じさせるほど、または、生じさせるおそれがあるほど、危険であるとは主張しなかった。

【判決】 4対1で、被告による上告を棄却し、原告を勝訴させた。

当事者の間の関係が十分に近い場合、仕事をする人により負担される不法行為における注意義務の範囲は、過失ある作為または不作為により、予見可能な、人身に対する被害または仕事の目的物以外の財産に対する損害が引き起こされるのを防ぐ義務に限定されず、仕事の瑕疵から生じる純粋経済損失が引き起こされるのを防ぐ義務にまで拡張される。さらに、仕事の瑕疵自体の発生を防止する義務にまで拡張される。

原告の主張が正しいとして、原告は、注意義務を肯定するのに十分な程度の近接性（proximity）を証明し、その義務を制限するものは何もないことを証明した。したがって、原告は、床を修理するための金銭的損失を回復する権利を有する。しかし、床の維持費用は高くつくために、原告のビジネスはよりもうけの少ないものとなるが、床の修理費用しか回復することができない。かりに、原告が自己の損失を軽減するために床を張り直すとすれば、そうする費用

最高潮に達したが、一転、*Murphy* [1991] 1 AC 398において、貴族院は、長期間にわたる論争に終止符を打ち、瑕疵ある建物自体は純粋経済損失であると判示したうえで、過失不法行為に基づく純粋経済損失の賠償を完全に否定した。そこで、実務では、注意義務証書（Duty of Care Deed, DCD）が発案され、利用されるようになったし、訴訟では、受約者が第三者の損失につき賠償を求めるべく試みるに至ったことは、前述したとおりである[227]。

以下、*Anns* と *Murphy* を詳しくみていく。

(a) *Anns* [1978] AC 728[228]

【事実】原告ら（控訴人・被上告人）は、ウィンブルドンにある2階建て建物1棟の中の7つのフラットまたはメゾネットを長期賃貸借している人々である。その建築主である所有者は、建物完成後の1962年に長期賃貸を承諾した。原告らのうち、2名だけが当初からの賃借人であり、残りの者は1967年から1968年の間の日付で賃借権を譲り受けた者である。

1962年2月9日、ミッチャム自治区カウンシルは、条例に基づいて申請されていた本件建物に関する建築計画を許可した。それに続いて、ミッチャム自治区カウンシルはマートン・ロンドン自治区カウンシル（第2被告）に代わり、前者の義務および責任は後者に引き継がれた。

1970年2月、本件建物に構造上の揺れが起こり始め、その結果、とりわけ、

は、被告の責任を金銭的に評価する方法となる。

【検討】加害者の過失の結果、被害者に生じた損害ないし損失の種類を列挙しておくと、第1に、被害者の人身に対する被害、第2に、被害者の財産（加害者が受約者に約束したところの仕事の目的物を除く）に対する損害がある。これらは、物理的損害（physical damage）と呼ばれ、過失不法行為に基づく賠償請求の対象となる損害である。第3に、加害者が受約者に約束した仕事の目的物の瑕疵そのもの、第4に、加害者が受約者に約束したところの仕事の目的物の瑕疵のために、被害者に生じた逸失利益がある。これらは、経済的損失（economic loss）ないし金銭的損失（financial loss）と呼ばれ、さらに、物理的損害が伴わない場合、純粋経済損失（pure economic loss）と呼ばれる。*Murphy* により、過失不法行為に基づく純粋経済損失の賠償は否定されることになる。

[227] 前掲注185。

[228] *Anns v Merton London BC* [1978] AC 728.

壁にひびが入り、床が傾いた。

1972年２月21日、建築者（第１被告）とカウンシル（第２被告）のそれぞれに対して令状が発給されたが、後に、この別々の手続は併合された。原告は、建築者（第１被告）に対して、契約違反に基づく損害賠償を請求し、カウンシル（第２被告）に対して、カウンシルの被用者または代理人の過失に基づく損害賠償を請求した。原告のカウンシルに対する請求の原因として、つぎの２つが選択的に主張された。１つは、カウンシル（第２被告）の被用者または代理人は、建築者（第１被告）が、申請された計画では３フィート以上の深さが要求されているのに、実際には２フィート６インチの深さしかない基礎の上に建物を建築しているのを放置していたが、その被告の過失の結果、構造上の損傷が生じた。もう１つは、カウンシルの被用者または代理人は、必要な検査を十分に注意深く行わなかった、または、まったく行わなかった結果、構造上の揺れが生じた。原告らは、とくに、以下のような主張を展開した。すなわち、Public Health Act 1936（公衆衛生法1936年）により付与された権限に依拠して制定された建築条例のもとでは、被告は、建物が計画に従って建築されること、かつ、建物は基礎が覆われる前に検査されること、を確保する義務を負うものである。

建築者（第１被告）は抗弁を提出せず、補修の施工を引き受け、審理にも本審にも出席しなかった。他方、カウンシル（第２被告）は、1973年２月８日、抗弁を提出した。

1974年10月９日、併合された訴訟は、公認の仲裁人へ移送された。1975年10月24日、Judge Edgar Fay は、制定法上、原告らの請求は禁止されると判断した。各財産権の最初の譲渡の時点で時効は走り始めるが、それらの時点のうちの最も遅い時点の日付である1965年11月５日から、令状の発給の日付である1972年２月21日までには、６年余りも経過していたからである。これに対して、原告らが控訴した。

控訴審は、時効の争点を判断せずに、訴えることができる人に対する損害がみつかる前には、彼に訴訟原因は生じないと判示して、控訴を認容した。そして、控訴審は、被告に対し、時効の争点に限定して、上告を許可した。これに対して、カウンシルは、カウンシルが原告らに対して何らの注意義務も負っていなかったことを争点として議論するための許可を求めて、請願した。

貴族院は、カウンシルの請願に同意した。ただし、時効の争点と同様、請願

における争点も、法的には予備的な観点である。そして、Lord Wilberforce に他卿（Lord Diplock, Lord Simon of Glaisdale, Lord Salmon, Lord Russell of Killowen）が賛成し、全員一致で、上告を棄却した。

【Lord Wilberforce （貴族院）】

① カウンシルは原告らに対して何らの注意義務も負っていなかったか否か。

本院における3部作事例――*Donoghue v Stevenson* [1932] AC 562, *Hedley Byrne* [1964] AC 465[229], *Dorset Yacht* [1970] AC 1004[230]――から、特定の状況において注意義務の存在が肯定されるためには、現在における事情を注意義務の存在が肯定された過去の先例における事情に包摂する必要はないということが、現在では確立している。むしろ、2段階アプローチにより、問題に対処すべきである。つまり、第1に、不法行為者と損害を被った者の間に、十分に近接な（proximity）または近隣な（neibghourhood）関係があるか否かを問わなければならない。それはつまり、彼の側の不注意が後者に損害を引き起こしそうであると、不法行為者が合理的に企図（contemplation）する場合、注意義務が肯定されることは明白である。そして、第2に、第1の質問が肯定される場合、当該義務、または、彼らに対して当該義務を負うところの人々の種類、または、義務違反の結果の損害賠償、これらを否定すべき、または、これらの範囲を限定すべき、何らかの理由があるか否かを考慮する必要がある[231]。

カウンシルと当該地域に新築された建物の所有者および占有者の間の実際の関係は、そのもとでカウンシルが行動するところの、関連の制定法の環境の中で考慮されなければならない。それは公衆衛生法1936年である[232]。これは、とくに建築において遵守されるべき標準を設定することによって、および、地方行政局による建築条例を通じての建築者の工事の監督および管理（supervise and control）を可能にすることによって、建物の所有者および占有者に健康と安全を提供するべく制定されたものである。とくに建物の基礎の監理については、条例により厳格に規定される。すなわち、基礎の標準が明確に設定され、建築者は、行政局に対し、基礎を覆う前に、これから基礎を覆う旨を通知する

---

229 *Hedley Byrne & Co Ltd v Heller & Partners Ltd* [1964] AC 465.

230 *Dorset Yacht Co Ltd v Home Office* [1970] AC 1004.

231 *Anns* [1978] AC 728, 751-752.

232 *ibid.* at 752.

義務を負い、行政局は、その段階で、工事を検査し（inspect）、工事を条例に適合させるべく必要な補正を命ずる権利を有する[233]。

それでは、地方行政局の建物の所有者および占有者に対する義務の範囲を検討する。カウンシルと家屋の所有者および占有者の間には、「近接性」の状況が存在するが、私（Lord Wilberforce）は、カウンシルの義務の内容は、「近隣性」の法理のみに基礎づけられる、あるいは、たとえば「管理（control）」のような、実際の関係のみに基礎づけられる、とは思わない。それは、行政局は公共体であり、制定法のもとで職務を履行するものという基本的な要素を無視することになりかねない。つまり、その権限と義務は、私法ではなく公法の見地から定義されうる。この種の訴訟がもたらす問題は、法が、公法上の権限と義務を超えて、および、そのうえに、または、それと並んで、個人に対する私法上の義務を課す際の要件を定義することである。そこで、義務と単なる権限の間の区別が検討されなければならない[234]。

公共体に関する制定法は、政策ないし裁量を多く含んでいる。公衆衛生法1936年も、政策ないし裁量を多く含んでいる。どのような検査体制を構築するかや、どのくらい予算を配分するかは、地方行政局が、政策として判断することであり、裁量により決定することである。そこで、地方行政局は、検査すべき義務を負うことはないと結論づけられることがある[235]。しかし、これは、私（Lord Wilberforce）には粗雑な議論にみえる。つまり、これは、地方行政局は公共体であり、当該地方の公衆衛生に対して明らかに責任を負いながら制定法のもとで職務を履行している事実を見過ごす議論である。地方行政局は、責任をもって、かつ、制定法の目的との調和を根拠として、裁量的な決定をしなければならないし、現にそうしている。地方行政局は、検査すべきかどうかについて適切に考慮する義務があり、検査しなかった場合の攻撃に対する免責の特権は、大権ではあるが、完全ではない[236]。

検査に関して負う義務は、合理的な注意を払う義務であるべきである。注意の標準は、履行されるべき義務と結び付けられるべきであり、履行されるべき

---

233 *ibid.* at 753.

234 *ibid.* at 753-754.

235 *ibid.* at 754-755.

236 *ibid.* at 754-755.

義務の中身は、条例の遵守を確保すべき義務である。条例の遵守を確保すべき義務は、制定法のもとで生じる義務ではあるが、その履行の仕方には裁量の要素がある。たとえば、検査の日時、方法、検査技術水準は裁量により決定される。したがって、被告の過失を主張する原告は、コモン・ローの注意義務に依拠し始める前に、被告の行為は誠実に行使されるべき裁量の限界を超越していたことを立証しなければならない。彼がそれをできれば、彼は訴えることができる。

そして、Lord Wilberforce は、先例を検討したうえで、以下のように結論づける。ある人が正当な裁量または政策の領域を超えて外に出れば、コモン・ロー上の注意義務が生じる余地がある。制定法により創設されたものが義務か権限かは、コモン・ロー上の注意義務の存在とは無関係である。コモン・ロー上の注意義務は、それが義務の場合にも、それが権限の場合にも、肯定されることがあろう。義務と権限の違いは、権限の場合は、その行為が権限の領域を超えなければ、責任は生じえない。本件の場合も同様で、原告は、カウンシルまたは検査官は委嘱された裁量を超えて行動したと主張しており、その事実の認否は、事実審において決定されるべきである。それが認定されれば、注意義務は生じようが、それが認定されなければ、注意義務は生じない。

② 誰に対して義務を負うのか。

検査官の地位にある合理人であれば、その基礎が十分な深度または強度なく覆われれば、その建物の所有者または占有者の安全または健康に対する被害が生じるであろうことは、認識しなければならない。したがって、彼らに対して義務を負う[237]。

③ 義務の性質

検査する義務の性質は、検査する権限が付与される目的に深く関わり、その目的とは、条例の遵守を確保することにある。その義務は、建築者が条例に違反する基礎の上に建物を建てることのないよう確保するべく合理的な注意を払う義務を上回るものでも下回るものでもない。したがって、原告の主張のうち、条例の遵守を確保すべき義務の違反に基づくものは適切であるが、計画の不遵守に基づくものは間違っている[238]。

④ 損害賠償の性質

---

[237] *ibid.* at 758.

[238] *ibid.* at 758.

回復可能な損害賠償は、注意義務、すなわちカウンシルについては条例の遵守を確保するべく合理的な注意を払う義務であるが、その違反により発生が予見されうるものすべてである。因果関係の十分な証明は必要であるが、これらの損害賠償は、人身に対する被害および財産に対する損害を含む。私（Lord Wilberforce）の意見では、家屋自体に対する損傷も含む。というのは、基礎の内容に一定の標準を要求する条例の究極の目的は基礎の弱さから生じる建物の損傷を防ぐことにあり、その建物の損傷こそが占有者の健康または安全を危険に曝すものであるからである。

> 「建物に対する損傷に関して賠償を認めるということは、通常の原則である。〔損害の〕分類が必要とされるならば、関連する（relevant）損傷は、私〔Lord Wilberforce〕の意見では、物質的（material）、物理的な（physical）損害であり、そして、回復されるべきものは、占有者の健康または安全に対して何の危険もない状態に家屋を修繕（restore）するために必要な費用であり、（事情によっては）解体しなければならない場合に生じる費用でありうる[239]。」

⑤　いつ訴訟原因は生じるか。

私達は、人身に対する被害または財産に対する損害の事例について、それらは何の問題もないので、わきにおくことができる。考慮を必要とするのは、家屋に対する損害のみである。私〔Lord Wilberforce〕の意見では、引渡しの時点で、すなわち、瑕疵ある家屋の移転の時点で、訴訟原因は直ちに生じるとする考え方を採用するべきではない。建物の状況がつぎのようなとき、つまり、建物の占有者の健康または安全に対して現在の危険または切迫した危険（present or imminent danger）がある場合のみ、訴訟原因は生じるのである[240]。

⑥　Limitation Act 1939（時効法1939年）

1970年に初めて瑕疵が現れたのが事実であれば、1972年に令状が発給されたのであるから、本件訴訟のいずれもが、本法により禁止されることはない。

⑦　結論

239　*ibid.* at 759.

240　*ibid.* at 760.

カウンシルによる上告は棄却されるべきである。

(b) *Murphy* [1991] 1 AC 398[241]

【事実】1969年までに、ABC Homes 会社は、ブレントウッドにある用地上に、160件の住宅がある団地を建設した。そのうちの2件は、コンクリートのべた基礎（raft）に土を被せたものの上に建築された。べた基礎は、Grahame Rudkins Associates と呼ばれる民間エンジニア会社により設計された。その設計は、一定量の鉄による補強を含むものであったが、その設計を基礎づける計算書とともに、公衆衛生法1936年64条のもとでの許可を求めべく、カウンシルに提出された。カウンシルは、設計の相当性を判断できる職員がいなかったために、民間のコンサルティング・エンジニアの Messrs S D Mayer & Partners に助言を求めた。彼らの助言は、設計は条件に適合しており、当然に許可されうるという趣旨のものであった。それに従い、カウンシルは、1969年1月1日、設計を許可した。

1970年、原告は ABC Homes から、上記2件中の1件を購入し、そこに居を定めた。

1981年から、家屋の内壁に重大なひびが現れ始めた。それに加えて、芝生に水溜まりが出き始めた。原告は、基礎に4分の3インチの広さの割れ目が入っているのを発見した。それは、コンクリートのべた基礎が所々違う割合で沈下し、歪みおよび割れ目が生じたためであった。1985年7月、居間の暖房に通じるガス管がひび割れ、その修理のための費用が£48かかった。それは、主排水管に通じる汚水管がひび割れ、汚水が基礎に漏れ出たためであった。なお、もう1件も同様に損害が発生していた。

1986年7月、原告は、ある建築者に対し、本件家屋を£30,000で売却した。その建築者は、構造上の瑕疵を承知したうえで、本件家屋を購入し、それを修理せずに、そこに住み続けた。当時、その瑕疵がなかったとすれば、本件家屋の価値は£65,000と合意されていたであろう。原告の保険会社 Norwich Union は、原告に対し、和解において、基礎の沈下に関して£35,000を支払った。証拠によると、当該基礎の修理費用は、およそ£45,000かかるということであった。

1983年9月、原告は、カウンシルに対し、損害の賠償を請求するべく訴訟を

[241] *Murphy v Brentwood District Council* [1991] 1 AC 398.

提起した。原告は、£35,000とともに、本件家屋の売却費用、別の家屋の購入費用および引越費用 £3,631·25、絨毯再装備費用 £98、ひび割れたガス管の撤去費用 £48も請求した。

公認仲裁人 Judge Esyr Lewis QC により、事実審は行われた。彼は、原告の請求を全額（£38,777·25）認容した。彼が認定した事実は、(1) コンクリートのべた基礎の設計には、鉄により十分に補強されていなかった点で瑕疵があったため、用地として相当なものではなかった。(2) Messrs Mayer は有資格のエンジニアであって、カウンシルは彼の熟練と経験を頼みにしてもよい権利があった。(3) Messrs Mayer には、コンクリートのべた基礎が用地として相当であると判断した点で過失があった。(4) その瑕疵ある設計の結果、べた基礎はひび割れて歪み、所々違う割合で沈下した等の被害が出た。(5) 散発的かつ予見不可能なべた基礎の沈下が、合しても少ないかもしれないが、将来にわたり発生するであろう。(6) 主ガス管のひび割れも、電気製品が水浸しになるような水道管のひび割れも起きる危険があり、汚水管のひび割れによる汚水の基礎への漏出とあいまって、家屋の占有者の健康と安全に対する切迫した危険（imminent danger）を構成する。そこで、同仲裁人は、*Anns* 法理に基づいて、カウンシルは原告に対し過失責任を負うと判断した。さらに、同仲裁人は、カウンシルの、コンクリートのべた基礎の設計の相当性を考慮するにあたり、合理的な注意を払う義務は、民間の有資格者であるコンサルティング·エンジニアの助言を得て、それに基づいて行動するだけでは、履行されたことにはならないとした。

カウンシルは控訴したが、控訴審は控訴を棄却した。

カウンシルは上告したが、貴族院は逆に上告を認容した。Lord Keith of Kinkel に、他卿（Lord Mackay of Clashfern LC, Lord Bridge of Harwich, Lord Brandon of Oakbrook, Lord Ackner, Lord Oliver of Aylmerton, Lord Jauncey of Tullichettle）がおおむね賛成し、全員一致で、上告を認容した。

【Lord Keith of Kinkel（貴族院）】

① *Anns* における Lord Wilberforce の過失責任に関する 2 段階テスト

私（Lord Kieth）は、2段階テストは広汎に適用可能な法理を明示するものとして受け入れられていないとみる。私は、テストの2段階目は、何らかの公共の政策に対する特別の考慮がいかなる注意義務をも排除する場合にだけ、行われなければならないものであると考える。*Council of the Shire of Sutherland*

v Heyman（1985）157 CLR 424オーストラリア最高裁判所判決において、Brennan J は、以下のように判示したが、私（Lord Keith）はそれを望ましいと考える。すなわち、法は、新規の過失類型を徐々に（incrementally）、かつ、確立された過失類型との類推により、創り出していくべきであり、定義しがたい「考慮」、すなわち、「当該義務、または、彼らに対して当該義務を負うところの人々の種類、または、義務違反の結果の損害賠償、これらを否定すべき、または、これらの範囲を限定すべき、何らかの理由があるか否か」の「考慮」[242]によってしか制限されない、注意義務の明白な厖大な拡張により、創り出していくべきではない[243]。

② 人身被害、物的損害

Donoghue v Stevenson [1932] AC 562法理は、家屋の建築者に対し、彼が注意を払わなければ、建物の瑕疵を通じて、被害または損害を受けそうな人として彼が予見すべきであった人の、生命身体に対する被害または財産に対する損害を避けるために合理的な注意を払う義務を課すべく、適用される[244]。

③ 隠れた瑕疵

Donoghue v Stevenson [1932] AC 562においては、隠れた瑕疵しか欠陥（mischief）を構成しない。逆からいうと、明らかな瑕疵により害された者は、製造者に対し救済を求められない。

建物の事例においても、隠れた瑕疵が誰かに被害を与えた場合には、不注意な建築者は、*Donoghue v Stevenson* 法理に基づいて責任を負わなければならない。逆からいうと、*Donoghue v Stevenson* 法理をもってしても、瑕疵を詳しく知っているが、占有を続ける者に対して、建築者の責任を生じさせることはできない[245]。

④ 純粋経済損失

私（Lord Keith）の意見では、*Anns* における建物の損傷は、Lord Wilberforce により、物理的損害と性質づけられたが、それは、純粋経済損失である。*Council of the Shire of Sutherland v Heyman*（1985）157 CLR 424オーストラリア

---

242 *Anns* [1978] AC 728, 751-752（前掲注231）を引用する。

243 *Murphy* [1991] 1 AC 398, 461.

244 *ibid.* at 462.

245 *ibid.* at 464.

最高裁判所判決において、Deane J は、以下のように理由づけたが、私（Lord Keith）はそれに賛成であり、その理由は議論の余地のないもののようにみえる。

「本件〔*Counsil of the shire of Sutherland v Heyman*（1985）157 CLR 424〕における被上告人〔原告〕の請求は、彼ら自身または彼らの財産に対する通常の物的損害に関するものではない。彼らの請求は、今ここで明らかにされたように、不適切な基礎の結果、家屋が倒壊または沈下して惹起された、家屋の構造またはその他の財産に対する損害に関するものではない。それは、基礎の不適切さ自体により表される損失ないし損害に関するものであり、つまり、彼らが財産を取得した時点ですでに存在していた、彼らの財産の中の構造上の瑕疵を修理する費用に関するものである。*Anns v Merton London Borough Council* [1978] AC 728において、貴族院により、地方政府機関は、建物の基礎の検査に関し、後に建物の一部の長期賃借人（もともとの賃借人としてまたは譲受人としての両方とも）となる者に対し、関連する（relevant）注意義務を負うと判示された。Lord Willberforce は、その759頁において、〔中略〕、完成した建物の基礎の不適切さのために、賃借人が被った損害の適切な分類法とは、『物質的（material）、物理的な（physical）損害であり、そして、回復されるべきものは、占有者の健康または安全に対して何の危険もない状態に家屋を修繕（restore）するために必要な費用であり、（事情によっては）解体しなければならない場合に生じる費用でありうる。』との結論を明確にした[246]。後続の購入者または長期の賃借人が合理的に家屋を取得して基礎を補強することを選択する事例において、現実の不適切な損害についての可能な評価の方法は同卿〔Lord Willberforce〕により提示されるものであるかもしれないが、私〔Deane J〕は、そのような事情において負担させられた損失を『物質的、物理的な損害』とする分類法には、敬意をもって反対する。続いて起ころう倒壊または沈下により惹起された、建物の構造またはその他の財産に対する結果的な損害に関して、どのような立場をとろうとも、基礎の不適切さ自体を含む損失ないし損害は、不適切な部分はすでに存在するが、それが知られるか明らかになる前に、当該財産を購入または賃借した事例にお

[246] *Anns* [1978] AC 728, 759（前掲注239）を引用する。

いては、通常の物理的または物質的な損害として当然には位置づけられない。そのような事例において、損傷したといえる唯一の財産は建物である。建物自体は、単に基礎が不適切なものであることを理由に、『物質的、物理的な損害』を受けているとはいえない、というのは、建物は、基礎がそのありさまであるとすれば〔『物質的、物理的な損害』を受けている状態であるとすれば〕、絶対に存在しないからである。さらに、たとえ基礎の不適切さを建物に対する物質的、物理的な損害とみることができるとしても、それは、瑕疵が生じる時点では、将来の購入者または賃借人は、瑕疵に少しも興味をもつことはない、そのような財産に対する損害であろう。損失または被害は、そのような購入者または賃借人が、瑕疵ある基礎の知識もないまま、所有権または賃借権を取得した時点、または、それより後になってはじめて被るものである。基礎の不適切さを知らないがために、取得された所有権または賃借権の本来的な価値により保証されるものよりも高い代価が支払われる（または賃料の支払いが約束される）場合、その取得の時点で、何らかのそのような損失または損害を被っているものとしてみるべきであるかは議論の余地がある。このアプローチの欠点は、基礎の不適切さが知られないか明らかにならない限り、付けを払わされるべき損失は割り出されていない（no identifiable loss has come home）点である。すなわち、購入者または賃借人が所有権または賃借権をその間に〔基礎の不適切さが知られるか明らかになる前に〕売却すれば、彼または彼女は基礎の不適切さによる損失をまったく被っていない。これとは別のアプローチは、このほうがより好ましいと、私〔Deane J〕は考えるが、不適切さがはじめて知られるか明らかになる時にのみ、現実の基礎の不適切さに関連する何らかの損失または損害を被ると考えるものである。その時〔基礎の不適切さが知られるか明らかになる時〕にしか、現実に家屋の市場価値の減少が生じない。しかしながら、どちらのアプローチにおいても、建物完成後、建物の利益を得た人が被るところの、現実の基礎の不適切さに関連する損失のいずれもが、その本質において経済的なものである[247]。」

[247] *Murphy* [1991] 1 AC 398, 467-468.

⑤　純粋経済損失を防ぐことは、地方行政局が原告に対して負う注意義務の範囲に含まれるか。

Lord Keith は、まず、伝統的な法理、*Anns* 判決、その後の判決との関係を考察して、*Anns* 判例を変更すると結論づける。私（Lord Keith）の意見では、*Anns* は、確立された法理に基礎づけられたものではなく、新種の責任を創り出したものである。その新種の責任は、性質において不確定な法理により、しかし、広い範囲の状況に適用される可能性のある法理により、左右されるものである。そして、その広い範囲の状況とは、不動産と同様に動産も含み、過失法が適切に対処すると今まで決して考えられてこなかった状況である。私は、*Anns* が、何らかの法理に基礎づけられて示されたものではなく、裁判所による立法の注目すべき一例を創り出したものであることを今や認めるべきであると思う。*Anns* の論理的な含意は、*Anns* が経済損失に対する過失不法行為責任に関する伝統的な法理と衝突する可能性を潜在的に有することを示しているところにある。*Anns* 判決から離れることは、*Anns* 判決がめちゃくちゃにしたところの法の領域における確実性の程度を再構築することは疑いようもない[248]。

Lord Keith は、つぎに、*Anns* 判例の変更について、政策的な考慮等を行う。１つには、*Anns* 事例は、不注意を抑制し、製造および建築の標準の改善につながるであろうが、やりすぎ自体は欠点となる。また１つは、*Anns* 判決は、危険と判った建物の所有者をして放置ではなく修理を奨励するかもしれないが、彼は、本件におけるがごとく、減価での売却を望むかもしれない。また１つは、*Anns* 判決は、13年間も存続してきた点には留意すべきであるが、市民が仕事を注文する際、または、地方機関が業務を命令する際、十分に考慮されるようなタイプの判決ではない。つまり、*Anns* 判決が存在すれば、地方機関の支払う保険料は高くなり、*Anns* 判決を否定すれば、それから解放される利点があるが、*Anns* 判決を否定しても、家屋所有者の支払う保険料が飛躍的に増えるようなことにはならないであろう。おそらく、多くの訴えが、本件におけるがごとく、保険会社どうしの争いである点には注意すべきである。また１つは、*Anns* 判決は、正義によって説明できるかもしれないが、その背後には論理的に一貫した原則が存在せず、そのために伝統的な過失法をして合理性を無視する混乱に陥らせることになる。最後に、*Anns* 判決は、議会が建築者に

[248] *ibid.* at 471-472.

課す義務として適切であると考えるものをはるかに超えて、建築者に義務を課している点は重要である。Defective Premises Act 1972（瑕疵建物法1972年）[249]は、*Anns* 判決の際に考慮すべき政策として重要な制定法であるにもかかわらず、*Anns* 判決はそれにあまり注意していない。どんなもの、どんなことが基本的には消費者保護の分野に入るのかについて議論の余地があるし、また、公共の利益により建築者および地方機関に対して課される義務の範囲および限界については、立法に委ねるのが最善である[250]。

⑥　結論

Anns は、建築条例または建築規制の遵守を確保するべく取り計らう職能に関し、地方機関に対して課される私法上の注意義務の範囲について誤って判決を下したので、それから離れなければならない。

(c)　*Anns* [1978] AC 728と *Murphy* [1991] 1 AC 398の論点ごとの比較

①　過失責任の認否の判断方法

Anns の Lord Wiberforce は、現在の事情を過去の先例に包摂し、徐々に過失法を類型的に確立するという従来の方法を否定し、2段階アプローチを採用すべきであるとする。1段階目は、不法行為者と損害を被った者の間に近接な（proximity）または近隣の（neibghourhood）関係があるかどうかを問うものであり、2段階目は、1段階目で肯定された注意義務を否定ないし制限する理由があるかどうかを問うものである。Lord Wilberforce は、この2段階目の理由の有無の判断において、公法上の権限と義務を超えて私法上の義務を課すことができるかどうかを考慮する。それは、カウンシルが建物の所有者または占有者に対して負う義務であり、公法に基づく条例の遵守を確保すべく合理的な注意を払う義務である、と結論づける。

これに対し、*Murphy* の Lord Keith は、2段階アプローチのうち、とくに2段階目のテストを否定する。つまり、1段階目で肯定された注意義務を否定ないし制限する理由があるかどうかの考慮だけでは、注意義務が拡張されすぎるので、従来の方法により、新規の過失類型を過去の過失類型の類推により徐々

---

[249] 同法は、人身被害のみを賠償の対象とする。特別法である同法が規定しない事項については、一般法である過失法が適用される。

[250] *Murphy* [1991] 1 AC 398, 472.

に創出させていくべきであるとする。そして、ついに、Lord Keith は、*Anns* 判例は、過去の確立された法理に基礎づけられたものではなく、新種の責任を創り出したものであるとして、それを変更する。そして、最後に、Lord Keith は、*Anns* 判例の変更について政策的な考慮等を行う点が特徴的であるが、公共の利益に基づき建築者および地方機関に対して課される義務の範囲および限界については、立法に委ねるのが最善である、と結論づける。

② 損害ないし損失の種類

Anns の Lord Wilberforce は、公法に基づく条例の究極の目的と、通常の原則とから、建物に対する損傷についての賠償を認めた。まず、公法に基づく条例の究極の目的は基礎の弱さから生じる建物の損傷を防ぐことにあるが、その建物の損傷こそが建物の所有者または占有者の健康または安全を危険に曝すものであるからである。つぎに、通常の原則による損害の分類によれば、建物に対する損傷は物質的かつ物理的な損害であり、回復されるべきものは、家屋を修繕するために必要な費用であり、事情によっては建物を解体するために必要な費用である。最後に、建物の所有者または占有者の健康または安全に対して現在の危険または切迫した危険がある場合のみ、建物に対する損害の賠償を求めることができる。最後で、一定のしぼりをかけたわけである。

これに対し、*Murphy* の Lord Keith は、オーストラリア最高裁判所判決を詳細に引用して、建物の損傷は経済損失であると断じた。一方で、瑕疵ある建物を購入した時点では、建物の市場価値が約されたものより安いという損失は顕在化しておらず、瑕疵が明らかになった時にはじめて、その損失が顕在化するとするアプローチがある。他方で、瑕疵が明らかになった時にはじめて、瑕疵により建物の市場価値が減少するとするアプローチがある。いずれのアプローチをとるにせよ、以上のような損失は経済的なものであるとした。

(イ) 日本法

以上の判例により、イギリス法においては、受約者から建築物を譲り受けた第三者は、約束者に対し、過失不法行為に基づいて、瑕疵ある建物それ自体の賠償を請求することはできなくなった。日本法においては、どうなるのか。以下では、最近の２つの判決を詳しくみておく。

(a) 最判平成15年11月14日民集57巻10号1561頁[251]

【事実】 Ａ建設株式会社は、大阪市東成区において建売住宅の建築および販売を計画し、1994（平成６）年５月30日、Ｙ建築設計有限会社に対し、建築予定の本件建物につき、建築確認の申請に使用するための設計図書の作成を依頼するとともに、建築確認の申請手続の代行を委託した。本件建物の建築工事は、建築基準法（平成10年法律第100号による改正前のもの）上、その規模または構造から、一級建築士または二級建築士の設計および工事監理によらなければ、することができないものであった（旧建築基準法５条の２、現建築基準法５条の４）。

Ｙの代表者であるＢは、上記の設計図書を作成し、1994（平成６）年６月２日、これを添付図書として、Ａのために本件建物の建築確認を申請した。その際、Ｂは、建築確認申請書の工事監理者欄に一級建築士の肩書を付した自己の氏名を記載するとともに、Ｂを工事監理者とする旨の選定届（Ｂが工事監理することを承諾するとの記載およびＢの記名押印のあるもの）を作成し、これを上記の建築確認申請書に添付した。

工事監理者の届出は、建築基準法施行規則上、建築主が工事着手前にすべきものと規定されていたが、大阪市においては、建築士による工事監理を義務づける法的規制を実効性あるものとするため、建築主が建築確認申請段階ですべきものと指導されていた。Ｂの申請書の記載ならびに選定届の作成および添付は、Ａが、本件建築確認申請において、上記の指導に対処するため、Ｂに対し、工事監理者は未定であるが、建築確認申請書にはＢを工事監理者として記載しておいてほしいと要請し、Ｂがこれに応じて作成したものであった。なお、当時、両者間には、工事監理契約は締結されておらず、将来、締結されるか否かも未定であった。

---

[251] 宮坂昌利・最高裁判所判例解説民事篇（平成15年度）3479頁。

本判決の評釈には、つぎのものがある。鎌田薫（2004.4）ジュリ1269号（平成15年度重要判例解説）87頁；角田美穂子（2004.7）法セ595号120頁；加藤新太郎（2004.8）NBL790号111頁；大西邦弘（2004）広法28巻２号177頁；野口昌宏（2005.1）判時1873号186頁（判評551号16頁）；下村信江（2005）私法判例リマークス30号54頁；陳桐花（2005）法学69巻１号145頁；小島彩（2005）法協122巻12号2118頁；朝倉亮子（2006.9）判タ1215号（平成17年度主要民事判例解説）88頁。

建築主事は、1994（平成６）年６月24日、本件建築確認申請につき、添付された設計図書および工事監理者選定届等に基づき、建築物の計画が建築基準関係規定に適合するものであると確認した。Ｙは、設計図書の作成および建築確認申請手続の代行の報酬として、Ａから116万8000円を支払われた。

その後、ＹまたはＢとＡとの間で本件建物の建築工事につき工事監理契約が締結されることはなく、Ｂが本件建物の建築工事につき工事監理に当たることもなかった。Ｂは、建築が確認されて以降、本件建物の建築工事に関し、何らの措置をとることなく、放置した。

Ａは、建築主兼施工者として本件建物の建築工事を行ったが、その際、建築確認を受けるために作らせた上記の設計図書を使用せず、これとは異なる施工図面に基づき、しかも、実質上、工事監理者がいない状態で建築工事を実施した。そのため、重要な構造部分において建築確認を受けた建築物の計画と異なる工事が実施され、その結果、本件建物は、建築基準法が要求する構造耐力を有しないなど、重大な瑕疵のある建築物となった。

Ｘらは、1994（平成６）年９月１日、Ａから本件建物をその敷地とともに購入し、代金4420万円を支払った。ところが、本件建物は、新築であるにもかかわらず、車両通行時の振動が大きいこと、外壁に多数の亀裂が生じたことなどから、Ｘらは、その安全性に疑問を抱くようになった。そこで、Ｘらは、1996（平成８）年２月１日、Ａに対し、本件建物に瑕疵があるとして、本件建物およびその敷地の売買契約を解除する旨の意思表示をした。

そして、Ｘらは、Ａに対し、売買契約の解除による原状回復（4420万円）および瑕疵担保責任に基づく損害賠償（登記費用49万5400円、仲介手数料141万5520円、慰謝料300万円、弁護士費用200万円、小計691万0920円）として、または、不法行為に基づく損害賠償として、合計5111万0920円の支払いを請求した。さらに、Ｘらは、Ｙに対し、Ｂは建築士法（平成９年法律第95号による改正前のもの）18条１項[252]に基づき、建築士としてその業務を誠実に遂行すべ

[252] 条文を掲げておく。

「建築士法（平成９年法律第95号による改正前のもの）18条　建築士は、その業務を誠実に行い、建築物の質の向上に努めなければならない。
　２　建築士は、設計を行う場合においては、これを法令又は条例の定める建築物に関する基準に適合するようにしなければならない。

き義務を負っているのにこれを怠ったことにより、Ｘらが損害を被ったと主張して、不法行為に基づく損害賠償として、同じく、計5111万0920円の支払いを求めた。

大阪地裁は、ＸらのＡに対する請求のほとんどを認めた。すなわち、Ａは、Ｘらに対し、売買契約の解除による原状回復（4420万円）および不法行為に基づく損害賠償（登記費用49万5400円、仲介手数料141万5520円、慰謝料100万円、弁護士費用200万円、小計491万0920円）として、合計4911万0920円を支払うよう判示した。しかし、ＸらのＹに対する請求については、棄却した。すなわち、上記の建築確認申請書および選定届の記載のみから、本件建物について、ＹはＸらに対し、建築士法18条１項に基づき、工事監理者としての業務を誠実に遂行すべき義務を負っていたものと認めるのは困難と判断した。

Ｘらが控訴した。なお、本件は、Ａの支払能力が十分でなかったため、Ｙの責任の有無が実質的には重要となった事案である。

大阪高裁は、ＸらのＹに対する請求の一部（１割）を認容した。

まず、ＹのＸらに対して負う義務の有無および内容について、つぎのようにいう。実際には最後まで工事監理契約は締結されなかったのであるから、Ｂには、本件建物の建築工事につき工事監理を行う義務はなかった。しかし、Ｂは、自らが工事監理者となると表明して建築確認の申請を代行し、建築確認を得させた一級建築士として、Ａが工事監理者なしで工事をし危険な建物を建築するようなことのないように配慮すべきであり、その配慮を欠く場合には、建築士法18条１項の規定する誠実に業務を行うべき義務に違反したというべきである。そして、上記の配慮義務は、建築主からの購入者に対しても負うべきである。しかし、Ｂは、このような配慮をすることなく、建築確認代行業務を履行した後、工事監理関係について放置したのであるから、この義務に違反したものというべきである。したがって、建築士であるＢを代表者とするＹは、Ｂが上記の義務を怠ったことによりＸらが被った損害について、上記義務違反と相当因果関係のある限度でこれを賠償する義務がある。

３　建築士は、工事監理を行う場合において、工事が設計図書のとおりに実施されていないと認めるときは、直ちに、工事施工者に注意を与え、工事施工者がこれに従わないときは、その旨を建築主に報告しなければならない。」

そして、上記の損害の範囲について、つぎのようにいう。

「Ｘらの損害はＡの著しい手抜工事により発生したものであるが、前記認定ほどの違法工事が行われることはあまり例のない事態であり、必ずしも容易に予見できたとまでは言い難いことと、工事監理者の変更はＡ限りでできるところであり、ＢがＡにおいて正当に変更の手続をして工事をしているのであろうと考えたとしてもある程度やむを得ない面がないとはいえないこと、及びＢの義務違反の性質に照らすと、Ｂの前記注意義務違反は、Ｘらが被った損害を2455万5460円〔×２人＝4911万0920円〕として、その１割程度について相当因果関係があると認めるのが相当である。右の１割は、それぞれ245万円〔×２人＝490万円〕になる（千円以下切り捨て）[253]。」

Ｙが上告した。

最高裁は、上告を棄却した。

【判決】まず、建築士法（３条から３条の３まで、18条１項から３項まで）、および、建築基準法（５条の２）の規定の趣旨について、つぎのようにいう。なお、原判決は建築士法18条１項のみを挙げたが、最高裁は複数の規定を列挙していることに注意すべきである。

「建築士法及び〔建築基準〕法の上記各規定の趣旨は、建築物の新築等をする場合におけるその設計及び工事監理に係る業務を、その規模、構造等に応じて、これを適切に行い得る専門的技術を有し、かつ、法令等の定める建築物の基準に適合した設計をし、その設計図書のとおりに工事が実施されるように工事監理を行うべき旨の法的責務が課せられている一級建築士、二級建築士又は木造建築士に独占的に行わせることにより、建築される建築物を建築基準関係規定に適合させ、その基準を守らせることとしたものであって、建築物を建築し、又は購入しようとする者に対し、建築基準関係規定に適合し、安全性等が確保された建築物を提供することを主要

[253] 民集57巻10号1598～1599頁。

な目的の一つとするものである[254]。」

つぎに、建築士の専門家として特別の地位から、建築士の建築物の購入者に対する義務ないし責任を定立する。

「このように、建築物を建築し、又は購入しようとする者に対して建築基準関係規定に適合し、安全性等が確保された建築物を提供すること等のために、建築士には建築物の設計及び工事監理等の専門家としての特別の地位が与えられていることにかんがみると、建築士は、その業務を行うに当たり、新築等の建築物を購入しようとする者に対する関係において、建築士法及び〔建築基準〕法の上記各規定による規制の潜脱を容易にする行為等、その規制の実効性を失わせるような行為をしてはならない法的義務があるものというべきであり、建築士が故意又は過失によりこれに違反する行為をした場合には、その行為により損害を被った建築物の購入者に対し、不法行為に基づく賠償責任を負うものと解するのが相当である[255]。」

そして、以上の判示を本件に適用する。

「Ｙの代表者であり、一級建築士であるＢは、〔中略〕、建築確認申請書にＢが本件建物の建築工事について工事監理を行う旨の実体に沿わない記載をしたのであるから、Ｂには、自己が工事監理を行わないことが明確になった段階で、建築基準関係規定に違反した建築工事が行われないようにするため、本件建物の建築工事が着手されるまでに、Ａに工事監理者の変更の届出をさせる等の適切な措置をとるべき法的義務があるものというべきである。ところが、Ｂは、〔中略〕、何らの適切な措置もとらずに放置し、これにより、Ａが上記各規定による規制を潜脱することを容易にし、規制の実効性を失わせたものであるから、Ｂの上記各行為は、上記法的義務に過失により違反した違法行為と解するのが相当である。そして、Ａから重大な瑕疵のある本件建物を購入したＸらは、Ｂの上記違法行為により損害を

254 民集57巻10号1567頁。
255 民集57巻10号1567頁。

被ったことが明らかである。したがって、Yは、Xらに対し、上記損害につき、不法行為に基づく賠償責任を負うというべきである[256]。」

以上のように判示したうえで、Yの損害賠償責任を認め、Xらの請求の一部を認容した原審の判断は、以上の趣旨をいうものとして、是認することができると結論づけた。

【検討】建築士が、建築確認申請手続を代行する場合に、建築主と工事監理契約を締結する意思も見込みもないのに、建築確認申請書の工事監理者欄に自己の名前を記載する運用が一部にあったといわれており、これを建築士の名義貸しと呼ぶことがある。本件は、建築士の名義貸しの典型的な事例であり、名義を貸した建築士の建築物の購入者に対する不法行為に基づく損害賠償責任の認否が問題となったものである。

① 本件は、本稿で主に検討してきた移転させられた損失の事例には当たらない。約束者Yの契約違反により受約者Aの代わりに第三者Xに損失が生じた事例でもないし、あるいは、Yの過失不法行為によりAの代わりにXに損失が生じた事例でもない。一方で、Yは、Aとの間で工事監理契約を締結しなかったことから、契約法上、Aの本件建物の建築工事につき工事監理すべき義務を負うことはない。しかし、他方で、Yは、建築主事に対して工事監理すると表明したことから、制定法上、そしてさらに、私法上、Aの本件建物の建築工事につき、建築基準関係規定に適合し、安全性等が確保された建築物が提供されるべく、工事監理を行うべき法的義務を負うことになる。YとAとの間に契約は締結されていないが、YにはAによる瑕疵ある建築物の建築を防止すべき義務（作為義務）が課される点で（不作為不法行為事例）、*Anns* [1978] AC 728および*Murphy* [1991] 1 AC 398に類似する事案であり、専門家の不実表示または業務過誤という点では、*Hedley Byrne & Co v Heller & Partners Ltd* [1964] AC 465または*White v Jones* [1995] 2 AC 207に類似する事例である。

② 上記の義務の根拠については、最高裁調査官が、先行行為に基づく条理上の注意義務ではなく、建築士の一般的な注意義務であることを明らかにしている[257]。すなわち、建築士は、建築物の購入者に対して、建築士法の各規定

[256] 民集57巻10号1567～1568頁。

[257] *The Albazero* [1977] AC 774の貴族院も禁反言を根拠とすることを否定した

等の規制（建築士による設計および工事監理）の実効性を失わせるような行為をしてはならないという法的義務を措定することによって、建築士つまり専門家の不法行為責任を肯定したのである[258]。

公法上の義務の存在が私法上の義務を肯定するか否かに関する議論は、日本法においても蓄積のあるところであるが、*Anns* 判決も同様に議論する。本判決は、当該公法の各規定等の趣旨を説き明かしたうえで、当該公法の各規定等の規制の実効性を失わせるような行為をしてはならないという法的義務があり、その違反は不法行為による損害賠償責任を導くとする。そして、さらに、専門家としての特別の責任も根拠として挙げる。*Anns* 判決も、同様に、当該公法に基づく条例の遵守を確保すべく合理的な注意を払う義務があり、その違反は不法行為による損害賠償責任を導くとする。他方、本判決が *Anns* 判決と違う点は、１つは、本判決が、建築者と契約関係にない建築士の名義貸しの不法行為責任を肯定したのに対し、*Anns* 判決は、建築者と契約関係ではないが公法関係にあるカウンシルの不法行為責任を肯定した点、もう１つは、当然のことながら、本判決が、専門家の第三者に対する責任を強調したのに対し、*Anns* 判決は、公共体の公衆に対する責任を幅広く検討した点、である。

③　損害の種類について、本判決は、契約解除による原状回復（代金返還）を不法行為に基づく損害賠償として認めているが、これは、過失不法行為により発生した純粋経済損失、すなわち、瑕疵ある建物自体の価値の賠償を認めたものであるといえよう。というのは、瑕疵がなかったならばあったであろう建物の価値は代金に体現されており、その代金の金額が返還されるということは、瑕疵分の代金も、もちろん残部分の代金も、返還されることになるからである。

④　損害賠償の範囲について、原判決は、Ｘらの被った損害の１割程度について相当因果関係があると判断しているが、最高裁調査官は、原判決の当否は本判決の判断するところではなく、今後さらに検討されるべき課題であると明言していることに、注意が必要である[259]。

が、この偶然の一致は興味深いものがある。前掲69、71、72、76参照。

[258] 宮坂・前掲注251・281-282頁。

[259] 同・前掲・283頁。

(b) 最判平成19年７月６日民集61巻５号1769頁[260]

【事実】 Aは、1988（昭和63）年10月19日、自己所有の本件土地の上に本件建物（９階建ての共同住宅・店舗）の建築を工事代金３億6660万円で請け負わせるべく、土木建築業を目的とする会社Y_2との間で、本件請負契約を締結した。Aは、また、建築設計および企画ならびに工事監理を目的とする会社Y_1との間で、本件建物の建築につき設計および工事監理の委託契約を締結した。

本件建物は1990（平成２）年２月末日に完成し、1990（平成２）年３月２日、Y_2はAに対しこれを引き渡した。

Xらは、1990（平成２）年５月23日、Aから、本件土地を代金１億4999万1000円で、本件建物を代金４億1200万9270円で、それぞれ買い受け、その引渡しを受けた。本件土地および本件建物の各自持分割合は、X_1が４分の３、X_2が４分の１、とされた。

ところが、本件建物にはひび割れ等の瑕疵があることが判明した。そこで、2006（平成８）年７月２日、Xらは、Yらに対し、本訴を提起した。つまり、Xらは、Y_2に対しては、請負契約上の地位の譲受けを前提として瑕疵担保責任に基づく瑕疵修補費用または損害賠償を請求するとともに[261]、不法行為に

---

[260] 判時1984号34頁等。

本判決の評釈には、つぎのものがある。河津博史（2007.9）銀行法務21第678号55頁（(2008.３）銀行法務21第686号123頁）；松本克美（2007）立命313号100頁；幸田雅弘（2007.10）消費者法ニュース73号158頁；同（2008.２）法セ638号18頁；鎌野邦樹（2008.２）NBL875号４頁；塩崎勤（2008.３）民事法情報258号78頁。

[261] 本件請負契約約款23条は、つぎのように責任を制限していた。

> 「ア　契約の目的物に施工上の瑕疵があるときは、甲〔発注者〕は、乙〔請負者〕に対して、相当の期間を定めて、その瑕疵の修補を求め、または修補に代えもしくは修補とともに損害の賠償を求めることができる。ただし、瑕疵が重要でなく、かつ、その修補に過分な費用を要するときは、甲〔発注者〕は修補を求めることができない（１項）。」（民法634条と同趣旨）
>
> 「イ　前項による瑕疵担保期間は、第22条(1)および(2)の引渡〔工事完了後

基づく損害賠償を請求し、Y_1に対しては、不法行為に基づく損害賠償を請求した。そして、Xらは、Yらに対し、本件建物の瑕疵により、合計６億1696万4100円の損害を被ったと主張して、同内金５億円および弁護士費用2500万円を

の監理者による検査合格後の引渡し〕の日から、木造の建物については１年間、石造・金属造・コンクリート造およびこれらに類する建物については２年間とする。ただし、その瑕疵が乙〔請負者〕の故意または重大な過失によって生じたものであるときは１年を５年とし、２年を10年とする（２項）。」（民法638条１項を制限するもの）

「ウ　建築設備の機器・室内装飾・家具などの瑕疵については、引渡の時、丙〔監理者〕が検査してただちにその修補または取替を求めなければ、乙〔請負者〕はその責を負わない。ただし、かくれた瑕疵については、引渡の日から１年間担保の責を負う（３項）。」（民法637条１項を制限するもの）

「エ　甲〔発注者〕は、契約の目的物の引渡の時にア〔１項〕の瑕疵があることを知ったときは、遅滞なく書面をもってその旨を乙〔請負者〕に通知しなければ、ア〔１項〕の規定にかかわらず当該瑕疵の修補または損害賠償を求めることができない。ただし、乙〔請負者〕がその瑕疵があることを知っていたときはこの限りでない（４項）（民集61巻５号1779～1780頁）。」（民法634条を制限するもの）

「オ　ア〔１項〕の瑕疵による契約の目的物の滅失又は毀損については、甲〔発注者〕は、イ〔２項〕に定める期間内で、かつ、その滅失又は毀損の日から６か月以内でなければ、ア〔１項〕の権利を行使することができない（５項）。」（民法638条２項を制限するもの）

「カ　ア〔１項〕ないしオ〔５項〕の規定は、第14条４項の各号（図面や仕様書に適合しない施工が丙〔監理者〕の指示によるときなど）によって生じた契約の目的の瑕疵又は滅失若しくは毀損については適用しない。ただし、同条５項（前項のときであっても、施工について乙〔請負者〕の故意又は重大な過失によるとき、あるいは乙〔請負者〕がその適当でないことを知りながら予め丙〔監理者〕に通知しなかったとき）に当たるときはこの限りでない（６項）（民集61巻５号1893～1894頁）。」

請求した[262]。特筆すべきは、この損害には、瑕疵の補修費用が含まれている点である。

なお、Xらは、その後、本件売買契約の際などに資金の融資を受けた銀行への返済が困難となり、本件土地および本件建物に設定されていた抵当権を実行され、2002（平成14）年6月17日、本件土地および本件建物は競売により第三者に売却された[263]。

大分地裁は、本件建物には瑕疵があることを認定したうえで、Y_2の瑕疵担保責任を否定したが[264]、Yらの不法行為責任は肯定した。そして、Xらに生

---

[262] 内訳は以下のとおりである。

損害（Xらの主張）		金 上段が第1審での主張 下段が（第2審での主張）
ア　瑕疵の補修費用	(ア)　ひび割れ等の補修費用	2億2513万7489円 （2億4372万6972円）
	(イ)　設備関係の補修費用	4078万1597円
	(ウ)　移転費用	0円 （5843万9000円）
イ　営業損害	(ア)　現在までの家賃収入喪失による損害	1億1651万7254円
	(イ)　将来の逸失利益	2億1908万7000円
ウ　調査費用		344万0760円
エ　引越費用		200万0000円
オ　慰謝料		1000万0000円
	小計	6億1696万4100円
	内金	5億0000万0000円
カ　弁護士費用		2500万0000円
	合計	5億2500万0000円

ア、イ、(ア)、(イ)等の記号は、民集の記号を用いた。

[263] Y_1は、「仮に一部でも不法行為による損害賠償が認められるような場合には、本件土地および本件建物が競売で9010万円で売却され、Xらの債務が同額分弁済されたわけであるから、金9010万円分については予備的に損益相殺を主張する（民集61巻5号1807頁）。」と主張した。

しかし、第1審は、「この点はY_1の不法行為によってXらが利益を受けたものではないから、Y_1の損益相殺の主張は失当である（民集61巻5号1871～1872頁）。」と判示した。

[264] 第1審は、以下のように判示している。

「Aの有していたY_2に対する本件請負契約上の瑕疵担保責任履行請求権は、本件売買契約の特約によって、Xらに譲渡され、Y_2もこれを承諾し

じた損害額合計は7393万7805円となり、Ｙらはこれを賠償する責任があるとして、Ｘらの請求を認容した[265]。特筆すべきは、この損害には、瑕疵の修補費用が含まれている点である。

Y_2とY_1の不法行為責任について判示したところを本稿に必要な限度で引用しておこう（傍点は筆者（新堂）による。以下同様）。

たものと認められる。」

「よって、Y_2は、Ｘらに対し、本件建物につき、本件請負契約上の瑕疵担保責任を負うものといえる（民集61巻５号1811頁）。」

しかし、「本件請負契約約款23条には、瑕疵担保責任について前記前提事実⑷〔前掲注261〕記載の各事項が規定されているから、本件建物の建築設備の機器・室内装飾・家具などの瑕疵については、引渡日から１年以内にＸらが権利行使をしたことを主張・立証していない本訴において、Y_2の瑕疵担保責任を問うことはできず、それ以外の本件及び地盤〔ママ〕の瑕疵については、２年以内にＸらが権利行使をしたことを主張・立証していないので、Y_2に故意又は重過失がある場合にのみ、本訴でY_2の瑕疵担保責任を追及することができるものと認められる。

そして、Y_2に上記重過失が認められるか否かは、瑕疵の重大性、瑕疵を防止すべき注意義務の公然性・明白性、建築請負業者としての基本的注意義務か否か、防止措置の容易性、義務違反の程度等を総合考慮して、各瑕疵毎に判断すべきである（民集61巻５号1812頁）。」

として、Y_2には上記重過失が認められないとした。

[265] 内訳は以下のとおりである。

損害（第１審の認定）	金
⑵　本件建物のひび割れ等の瑕疵に関する賠償額について（補修費用相当額またはひび割れ充填費用相当の損害額の合計額に消費税分を付加した金額）	2679万7805円
⑶　本件建物の設備関係の瑕疵に関する補修費用について（補修工事全体の工事価格に消費税を加えた全体の工事費）	3864万0000円
⑷　瑕疵に関する損害額	合計 6543万7805円
⑸　営業損害について	0円
⑹　調査費用について	100万0000円
⑺　引越費用について	0円
⑻　慰謝料について	80万0000円
⑼　損益相殺について（前掲注263参照）	-0円
⑽　弁護士費用について	670万0000円
⑾　損害額合計	7393万7805円

⑴、⑵等の数字は、民集の数字を用いた。

「建築請負人並びに設計・工事監理の委任ないし請負契約を締結した受任者又は設計・工事監理請負人は、それらの契約に基づいて、請負人として瑕疵担保責任や受任者としての債務不履行責任を負うが、同時に、これらの者の行為が一般不法行為の成立要件（違法性・故意又は過失・損害の発生・因果関係）を充たす限り、不法行為に基づく損害賠償請求権が発生し、これは、請負契約ないしは委任契約の目的である建築物に瑕疵があり、これを原因として損害が発生した場合でも同様であると解される[266]。」

「瑕疵担保責任等の契約責任は、契約の目的を達成するための制度であるのに対し、不法行為責任は、発生した損害の公平な分担を図る制度で、契約の目的とは無関係であって、両者はもともと制度趣旨が異なる上、瑕疵担保責任は、瑕疵が存在すれば過失の有無を問わない無過失責任であり、違法性を具備する必要もなく（瑕疵の程度や瑕疵発生の原因等によっては、不法行為の違法性を備えない場合がある。）、瑕疵によって損害が発生しなくともその責任を追及できるので、通常は瑕疵を原因として成立する不法行為責任よりもその適用範囲が広く、その権利行使期間は、不法行為の消滅時効期間とは異なり、しかも、本件のように、特約によってこれを短縮したり、『故意又は重大な過失』等の成立要件を付加することもできて、その場合には、瑕疵を原因として成立する不法行為責任よりもその適用範囲は狭くなることが多く、結局、両者は、その適用範囲並びに権利行使期間と消滅時効期間が様々に異なってくるものであるから、両請求権をともに併存させる必要性があり、明文の規定がないにもかかわらず、敢えて、担保責任等の契約責任で処理されている領域では不法行為責任を追及することはできないと解することは相当でなく、瑕疵を原因とした施工業者の注文主に対する不法行為責任が成立する領域においては、瑕疵担保責任と不法行為責任とが請求権競合するものであり、このことは、設計・施工監理人についても同様であって、請負人としての瑕疵担保責任あるいは受任者としての債務不履行責任と不法行為責任とが請求権競合するものといえる。

そして、不法行為は、その損害発生時に成立することによって、損害賠償請求権が発生するものであるから、注文者が当該建築物を第三者に売り

266 民集61巻５号1813頁。

渡す前に瑕疵を原因として損害が発生した場合は、注文者が、その発生した損害についての不法行為に基づく損害賠償請求権を取得することになるが、当該建築物が第三者に売り渡された（ただし、瑕疵があることを前提として売り渡された場合を除く。その場合は、買主に当該瑕疵を原因とした損害は発生しない。）後に瑕疵を原因として損害が発生した場合は、買主である第三者が、その発生した損害についての不法行為に基づく損害賠償請求権を取得することになり、その場合は、施工業者あるいは設計・工事監理人の不法行為に基づく損害賠償債務と売主の瑕疵担保責任に基づく損害賠償債務とは不真正連帯債務の関係に立つといえる[267]。」

以上を要約すると、第１に、不法行為責任は、瑕疵が存在し、有過失であり、違法性があり、瑕疵によって損害が発生すれば、その責任を追及できること、第２に、瑕疵によって発生した損害（瑕疵を原因とした損害）の中に、修補費用により評価される瑕疵自体が含まれるかは明らかでないこと、第３に、瑕疵によって発生した損害（瑕疵を原因とした損害）の中に、瑕疵が無いことを前提とした売渡価格と瑕疵があることを前提とした売渡価格の差額により評価される瑕疵自体が含まれると思われること、がわかる。第３の点は、瑕疵自体は経済損失であることを明らかにしているのではなかろうか[268]。

---

[267] 民集61巻５号1813～1814頁。

[268] なお、第１審は、不法行為責任に基づく損害賠償額について、つぎのようにいう。

「建物に瑕疵を生じさせたことによって負う不法行為に基づく損害賠償責任は、当該瑕疵によって生じた損害を賠償するものであるから、その損害額は、原則として当該瑕疵の補修費用相当額であるが、その補修費用相当額が当該瑕疵によって生じた建物の価値減損額を上回る場合には、その価値減損額をもって損害額とすることになる。そして、前記〔中略〕認定のとおり、平成６年に不法行為が成立しているので、損害額は平成６年を基準として算定されることになる（民集61巻５号1854頁）。」

瑕疵自体について、修補費用により金銭評価するか、価値減損分により金銭評価するか、は議論すべき問題である。

以上の説示の後に、請負人の瑕疵担保責任と不法行為責任との異同について敷衍する。

「請負人の瑕疵担保責任は契約の目的を達成するための制度であるから、民法634条にいう『瑕疵』とは目的物が契約で定められた性質を完全に具有していないことをいい、目的物が建築物である場合は、設計図と異なる施工をしたり、設計で決められた安全率の強度を備えていなかったり、契約で定められた品質よりも低級の材料を使用するなど、明示の契約内容に違反する場合だけでなく、当該建築物が通常備えるべき品質・性能を具有するとの黙示の契約内容に違反する場合、すなわち、建築基準法等の諸法令の定める基準や当時の一般的な技術水準に達しない施工をした場合や補修を要するひび割れを発生させたような場合も瑕疵に当たるというべきである。そして、瑕疵担保責任は無過失責任であるから、補修を要するひび割れが発生した場合、請負人が、建築基準法等の諸法令の定める基準や当時の一般的な技術水準に達する施工をし、このようなひび割れを発生させることにつき無過失であって不法行為責任は成立しないような場合であったとしても、このようなひび割れを発生させた場合は、やはり当該建築物が通常備えるべき品質・性能を具有していないというべきであるから、瑕疵に当たり、請負人には瑕疵担保責任があることになる。これに対し、不法行為責任は、発生した損害の公平な分担を図る制度で、契約の目的とは無関係であるから、設計で決められた安全率の強度に達しない施工をして瑕疵に当たったとしても、建物の耐久性に支障がない程度の強度であったなら、被害者において補強をすることを余儀なくされるとはいえないので、不法行為上の損害は発生せず、瑕疵担保責任では請求できる補強工事代につき不法行為に基づく損害賠償請求はできないことになる[269]。」

なお、不法行為の時点では、Xらが本件建物を所有しており、修補費用により金銭評価しても問題はないが、現時点では、Xらは本件建物を競売により手放しており、修補費用により金銭評価しても問題がないとはいえないと思われる。損害の算定時期および算定方法を柔軟にとらえ、競売の時点の価値減損分により金銭評価してもよいと考えられるが、結論は留保し、別途検討したい。前掲注263参照。

[269] 民集61巻5号1815～1816頁。

以上を要約すると、第１に、不法行為責任は、設計で決められた安全率の強度に達しない施工をしただけでなく、さらに建物耐久性に支障がない程度の強度に達しない施工をした場合にのみ、その責任を追及できること、第２に、第１の場合にのみ、被害者において補強をすることを余儀なくされるといえるので、不法行為上の損害が発生すること、第３に、第１の場合にのみ、補強工事代につき不法行為に基づく賠償請求ができること、がわかる。第３の点は、瑕疵自体は経済損失であるが、賠償されるべき損害であることを明らかにしている。

事件の解決としては、瑕疵自体の賠償請求を認容したものである。

大分地裁に対し福岡高裁は、ＸらはＡからY_2に対し瑕疵担保責任を追及しうる契約上の地位を譲り受けていないとして、Y_2の瑕疵担保責任を否定し、また、本件建物の瑕疵について不法行為責任の成立が問題となるような強度の違法性がないことを認定したうえで、Ｙらの不法行為責任も否定した。

Y_2とY_1の不法行為責任について最高裁による原判決の要約を引用しておこう。

> 「ア　建築された建物に瑕疵があるからといって、その請負人や設計・工事監理をした者について当然に不法行為の成立が問題になるわけではなく、その違法性が強度である場合、例えば、請負人が注文者等の権利を積極的に侵害する意図で瑕疵ある目的物を製作した場合や、瑕疵の内容が反社会性あるいは反倫理性を帯びる場合、瑕疵の程度・内容が重大で、目的物の存在自体が社会的に危険な状態である場合等に限って、不法行為責任が成立する余地がある。
>
> イ　Ｙらの不法行為責任が認められるためには、上記のような特別の要件を充足することが必要であるところ、Ｙらが本件建物の所有者の権利を積極的に侵害する意図で瑕疵を生じさせたというような事情は認められない。また、本件建物には、前記確定事実〔中略〕記載のとおりの瑕疵があることが認められるが、これらの瑕疵は、いずれも本件建物の構造耐力上の安全性を脅かすまでのものではなく、それによって本件建物が社会公共的にみて許容し難いような危険な建物になっているとは認められないし、瑕疵の内容が反社会性あるいは反倫理性を帯びているとはいえない。さらに、Ｘらが主張する本件建物のその余の瑕疵については、本件建物の基礎や構造く体にかかわるものであるとは通常考えられないから、仮に瑕疵が

存在するとしても不法行為責任が成立することはない。したがって、本件建物の瑕疵について不法行為責任を問うような強度の違法性があるとはいえないから、〔中略〕、Xらの不法行為に基づく請求には理由がない[270]。」

【判決】最高裁は、Y_2の瑕疵担保責任については、原審の判断を是認したが、Yらの不法行為責任については、とくに原審の上記引用部分の判断は是認することができないとして、その理由をつぎのように説示した。

「(1) 建物は、そこに居住する者、そこで働く者、そこを訪問する者等の様々な者によって利用されるとともに、当該建物の周辺には他の建物や道路等が存在しているから、建物は、これらの建物利用者や隣人、通行人等（以下、併せて『居住者等』という。）の生命、身体又は財産を危険にさらすことがないような安全性を備えていなければならず、このような安全性は、建物としての基本的な安全性というべきである。そうすると、建物の建築に携わる設計者、施工者及び工事監理者（以下、併せて『設計・施工者等』という。）は、建物の建築に当たり、契約関係にない居住者等に対する関係でも、当該建物に建物としての基本的な安全性が欠けることがないように配慮すべき注意義務を負うと解するのが相当である。そして、設計・施工者等がこの義務を怠ったために建築された建物に建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵があり、それにより居住者等の生命、身体又は財産が侵害された場合には、設計・施工者等は、不法行為の成立を主張する者が上記瑕疵の存在を知りながらこれを前提として当該建物を買い受けていたなど特段の事情がない限り、これによって生じた損害について不法行為による賠償責任を負うというべきである。居住者等が当該建物の建築主からその譲渡を受けた者であっても異なるところはない。

(2) 原審は、瑕疵がある建物の建築に携わった設計・施工者等に不法行為責任が成立するのは、その違法性が強度である場合、例えば、建物の基礎や構造く体にかかわる瑕疵があり、社会公共的にみて許容し難いような危険な建物になっている場合等に限られるとして、本件建物の瑕疵について、不法行為責任を問うような強度の違法性があるとはいえないとする。

[270] 民集61巻５号1772頁。

しかし、建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵がある場合には、不法行為責任が成立すると解すべきであって、違法性が強度である場合に限って不法行為責任が認められると解すべき理由はない。例えば、バルコニーの手すりの瑕疵であっても、これにより居住者等が通常の使用をしている際に転落するという、生命又は身体を危険にさらすようなものもあり得るのであり、そのような瑕疵があればその建物には建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵があるというべきであって、建物の基礎や構造く体に瑕疵がある場合に限って不法行為責任が認められると解すべき理由もない[271]。」

そして、最高裁は原判決を破棄し、本件建物に建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵があるか否か、ある場合にはそれによりＸらの被った損害があるか否か、等々Ｙらの不法行為責任の有無について審尽させるため、本件を原審に差し戻した。

【検討】①　本件は、本稿で主に検討してきた移転させられた損失の事例に該当する。すなわち、Ｙらの契約違反ないし過失不法行為によりＡの代わりにＸらに経済損失（建物の瑕疵）が生じたものである。

本件は、ＹらとＡとの間に建物建築の設計および工事監理の委託契約ないし請負契約が存在した事案である。したがって、*Anns* [1978] AC 728のように、公法上の関係から私法上の義務を導き出す必要もなく、最判平成15年11月14日民集57巻10号1561頁のように、公法上の規定等の趣旨から私法上の注意義務を導き出す必要もない。そこで、本判決は、本件を純粋に不法行為法の問題として理解し、解決したのである。

②　原判決は、違法性が強度である場合として、瑕疵の内容が反社会性あるいは反倫理性を帯びる場合と、瑕疵の程度ないし内容が重大で、目的物の存在自体が社会的に危険な状態である場合を例に挙げ、そのような場合に限定して、不法行為責任が成立する余地があるとし、本件における瑕疵は以上のような状態にないとして、不法行為責任の成立を否定した。しかし、本判決は原判決を否定し、建物に建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵がある場合には、不法行為による賠償責任を負うとした。

271　民集61巻５号1772～1773頁。

原判決は、*Anns* 判決おける「建物の所有者または占有者の健康または安全に対して現在の危険または切迫した危険がある場合のみ、」建物に対する損害の賠償を求めることができるとの判示に似ている。他方、本判決は、*Anns* 判決よりも広く不法行為に基づく損害賠償の責任を認めたものと思われる。

さらにいえば、原判決は、上記の場合――瑕疵の内容が反社会性あるいは反倫理性を帯びる場合、瑕疵の程度ないし内容が重大で、目的物の存在自体が社会的に危険な状態である場合――以外にも、請負人が注文者等の権利を積極的に侵害する意図で瑕疵ある目的物を製作した場合に、不法行為責任が成立する余地があるとした。つまり、原判決は、故意不法行為により生じた純粋経済損失について賠償を認めたものと評することができよう。他方、本判決は、過失不法行為により生じた純粋経済損失について賠償を認めたものと評することができよう。

本判決が過失不法行為により生じた純粋経済損失について賠償を認めたものと評することができるとすると、日本法においては、故意不法行為により生じた純粋経済損失についての賠償が認められるだけではなく、過失不法行為により生じた純粋経済損失についても賠償が認められることとなる。そうすると、イギリス法において、故意不法行為により生じた純粋経済損失については問題なく賠償が認められるが、過失不法行為により生じた純粋経済損失については原則として賠償が認めらない点とは異なってくる。

③　最大の問題は、本判決は建物の瑕疵自体の賠償を認めた判決として理解してよいかである[272]。

本判決は、「設計・施工者等がこの義務を怠ったために建築された建物に建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵があり、それにより居住者等の生命、身体又は財産が侵害された場合には、設計・施工者等は、〔中略〕、これによって生じた損害について不法行為による賠償責任を負うというべきである。」という（傍点は筆者（新堂）による。以下同様）。

たとえば、瑕疵ある建物により第三者の生命または身体が侵害され、被害が発生すれば、建築士または請負人は、当然、その被害を賠償する責任を負う。

---

[272] 建築物の瑕疵という純粋経済損失について賠償を認めた判決と理解するとすると、製造物の瑕疵という純粋経済損失について賠償を認めない製造物責任法との関係を精査しなければならなくなる。前掲注10参照。

あるいは、瑕疵ある建物により第三者の当該建物以外の財産が侵害され、損害が発生すれば、建築士または請負人は、当然、その損害を賠償する責任を負う。最高裁は、その「財産」や「損害」の中に、「建物の瑕疵自体」あるいは「瑕疵ある建物自体」を含むつもりで判示したのであろうか。ここからだけでは、判断しがたい曖昧な判示である。

注目されうる判示は、「それにより居住者等の生命、身体又は財産が侵害された場合には」という部分である。財産に建物の瑕疵自体ないし瑕疵ある建物自体が含まれるとすれば、あまり意味のない判示であるが、含まれないとすれば、建物の瑕疵が第三者の生命、身体または財産を危険に曝すだけでは十分ではなく、現実に生命、身体または財産を侵害しなければ要件は充足しないことになる。

しかし、判例集のコメントは、つぎのようにいう。

> 「設計・施工者等の注意義務違反により基本的な安全性を損なう瑕疵が生じた場合には、そのことにより、少なくとも建物の補修費用相当額の損害が生じているとみられるのであって、必ずしも、その瑕疵によって現に誰かが傷害を負ったということが損害賠償請求の要件として求められているものではないと考えられる[273]。」

つまり、本判決は、*Murphy* 判決とは異なり、建物の瑕疵自体ないし瑕疵ある建物自体の修補費用相当額の損害の賠償を肯定したことになる。つまり、日本法は、イギリス法とは異なり、過失不法行為による純粋経済損失の賠償を肯定したことになる。

おわりに

以上、著者（Unberath）の考え方および判例を紹介してきたが、細かいところに入りすぎて、全体像を明らかにしてこなかった。また、筆者（新堂）が咀嚼しきれず、説明が不足したまま、直訳しただけの部分も数多くある。そこ

[273] 判時1984号34頁以下、36頁等。

で、最後に、移転させられた損失という問題の全体像をみながら、直訳しただけの部分についての説明もできるだけ試みて、まとめに代えたい。

（1）運送事例と建築事例

本稿で問題とした紛争は、つぎの２つである。１つは、荷送人から荷受人に運送品の所有権が移転する前後に、運送人の契約違反または不法行為により運送品が滅失または損傷した場合、その運送品の滅失または損傷という損害の賠償を誰が請求するかというものである。もう１つは、請負人の契約違反または不法行為による建築物の瑕疵という損害の発生と前後して、注文者から第三者に建築物の所有権が移転する場合、その賠償を誰が請求するかというものである。

以上のように、本稿においては、とくに運送契約と建築契約を検討したが、この２つの事案には大きな違いがある。すなわち、運送事例において運送品を調達して供給するのは、受約者である荷送人であるが、建築事例において建築物を建築して供給するのは、約束者である建築者である、という点である[274]。

（2）受約者と第三者の間の契約

運送事例においても、建築事例においても、受約者と第三者の間には運送品または建築物の所有権を移転する契約が成立しており[275]、受約者には第三者に対し運送品または建築物の所有権を移転する債務が発生している。したがって、運送品の滅失または損傷も、建築物の瑕疵も、受約者の第三者に対する契約違反ないし債権侵害となり、第三者は受約者に対して契約責任ないし担保責任に基づく損害賠償を求めることができる。

つまり、運送品の滅失または損傷という損害も、建築物の瑕疵という損害も、経済損失である。そして、経済損失こそが契約違反に基づいて賠償が認められ

---

[274] 前掲Ⅱ（６）㈠㈡⑧（注129～131）参照。

[275] ただし、建築契約においては、注文者が第三者に代わって建築契約を締結しており、注文者が所有者であったことは一度もなく、第三者が最初から最後まで所有者であったという事例がある。

る損害の種類なのである。

（３）約束者による不法行為

（２）の契約関係に対し、運送人または請負人の契約違反または不法行為が加わると、どうなるのか。

過失不法行為法からみると、つぎのようにいうことができる。

運送事例については、過失不法行為法による解決は指向されず、契約法による解決が目指された[276]。しかし、かりに、過失不法行為法による解決が目指されるとすると、どうなるかを考えておく。運送事例においては、加害者は運送人であり、その過失により発生した損害は運送品の滅失または損傷である。つまり、荷送人または荷受人の所有物である運送品に物的損害が生じている。さらに説明すれば、不法行為時に、いまだ荷送人に所有権が留まっていれば、荷送人の所有物である運送品に物的損害が生じており、荷受人は運送品の引渡債権が侵害されているだけである。つまり、荷受人には経済損失が生じているだけであり、しかも、それは、荷送人への物的損害とまったく重なるものである。したがって、運送人の過失により運送品が滅失または損傷したが、それは経済損失であることから、荷受人は運送人に対して過失不法行為に基づいて損害賠償を求めることができない。逆に、不法行為時に、すでに荷受人に所有権が移っていれば、荷受人の所有物である運送品に物的損害が生じている。したがって、運送人の過失により運送品が滅失または損傷したが、それは物的損害であることから、荷受人は運送人に対して過失不法行為に基づいて損害賠償を求めることができる。

建築事例については、過失不法行為法による解決が指向されたが、それがイギリスでは頓挫した――日本では成功した――ため、契約法による解決が目指された[277]。建築事例においては、加害者は請負人であり、その過失により発生した損害は建築物の瑕疵である。瑕疵という損害は修補ないし再築の費用に従って計算されるので、被害者の身体または財産に対する物的損害ではなく、被害者に対する経済損失である。請負人と注文者の間の建築契約の存在から、

[276] 前掲Ⅰ第１部第１節（注14～21）参照。
[277] 前掲Ⅰ第１部第１節（注14～21）参照。

注文者にとっては、請負人が供給する建築物の瑕疵は契約責任ないし担保責任により賠償されるべき損失であるため、経済損失であると主張されても容易に理解できるが、第三者にとっても、建築物の瑕疵は経済損失である。したがって、請負人の過失による建築物の瑕疵については、それが経済損失であることから、第三者は請負人に対して過失不法行為に基づいて損害賠償を求めることができない。

（4）約束者による契約違反

（2）の契約関係に対し、運送人または請負人の契約違反または不法行為が加わると、どうなるのか。

契約法からみると、つぎのようにいうことができる。

(ア) 著者（Unberath）のいう「契約の価値」と「結果的損失」の区別によると[278]、つぎのように経済損失を分類することができる。

運送契約においては、荷送人の所有物である運送品を荷受人に運送するべく運賃という対価が支払われる。そして、契約の履行により実現したい契約の価値とは、物品を運送することであり、物品を滅失または損傷させることなく運送することではない。したがって、物品が滅失すると、物品を運送することができなかったという意味での契約の価値は実現しておらず、運賃は支払われないが、物品が損傷すると、物品を運送することができたという意味で契約の価値は実現しており、運賃は支払われる。そして、物品の滅失または損傷それ自体は契約の価値の不実現の周辺にある結果的損失ということになる。

建築契約においては、請負人が建築物を供給するべく材料費プラス建築費という対価が支払われる。そして、契約の履行により実現したい契約の価値とは、瑕疵のない建築物を建造して供給することであり、瑕疵のある建築物を建造して供給することではない。したがって、建物に瑕疵があると、瑕疵のない建物を建造して供給することができなかったという意味で契約の価値は実現しておらず、対価が支払われることはない。つまり、建物の瑕疵それ自体は契約の価値の不実現そのものなのである。

(イ) 船荷証券法1855年の前は、荷送人から荷受人へと運送品の所有権は移転

[278] 前掲Ⅰ第1部第3節（2）(ア)（注46～48）参照。

したが、契約上の請求権は移転していなかった場合、荷受人は自らが被った損害のために運送人に対して不法行為に訴えることもできたが、そのように判例は発展せず、荷送人は荷受人の被った損害のために運送人に対して契約違反に訴えることができるという方向で判例は進展した。船荷証券法1855年の後は、荷送人から荷受人に運送品の所有権が移転するとともに、契約上の請求権も移転することが担保されたのである[279]。

建築事例においては、第三者は、建築物の瑕疵自体は経済損失であるとの理由から、そもそも不法行為に訴えることが禁じられた。そして、契約（第三者の権利）法1999年の前は、そもそも第三者のためにする契約が認められていなかった。さらに、たとえ第三者のためにする契約が認められていたとしても、当事者が第三者をして権利を行使することを望んでいなければ、さらに、当事者が第三者をして契約違反に基づく損害賠償を請求することを望んでいなければ、第三者は、そもそも契約違反に訴えることが禁じられる。そこで、受約者が約束者に対し、契約違反に基づいて、第三者の被った損失について賠償を請求するという構成が試行されるようになった。そこで、運送事例の判例法理が見直され、利用されることとなった[280]。

(ウ) とくに建築事例を念頭にした論争であるが、受約者である注文者が第三者の被った損失について賠償を請求すると構成する「狭いグラウンド」と受約者である注文者が彼自身の被った損失について賠償請求すると構成する「広いグラウンド」が対立するものとして主張されるようになった。しかし、これは、以上の大きな流れの中での小さな対立であると結論づけたい。契約関係法理の例外であるとか、賠償法理の例外であるとか、形式論的には興味深い対立ではあるが、実質的に結論は変わらないのではないかと思われる。強いていえば、狭いグラウンドのほうが、損失を第三者の損失と性質づけることにより、受約者から第三者への後の賠償金の移転を説明しやすくなったとする、著者（Unberath）の主張に賛成しておきたい[281]。

(エ) 「狭いグラウンド」と「広いグラウンド」の対立から汲み取っておかなければならない論点は、むしろつぎのことである。すなわち、移転させられた

---

279 前掲Ⅱ（１）参照。
280 前掲Ⅱ（６）参照。
281 前掲Ⅰ第１部第３節（５）（注51）参照。

損失の問題を実体法のレベルで解決するか、訴訟法のレベルで解決するかという視点である[282]。日本法に引き直すと、こうである。一方で、受約者が約束者に対して賠償を求める損害の範囲には、第三者が被った損失が含まれるのかという観点で問題をとらえることができる。他方で、受約者が第三者の訴訟担当者として第三者の被った損失の賠償を求められるのかという観点で問題をとらえることができる。この点に関する結論は留保して、今後の課題としたい。

（5）免責ないし責任制限条項の対第三者効

運送契約における免責ないし責任制限条項は、運送人の荷受人に対する不法行為に基づく損害賠償の責任に対しても影響を与える。これは、国際条約の批准により、イギリス法においても、日本法においても、そのように規定されていることからくる[283]。

かりに建築契約においても免責ないし責任を制限する条項を入れるような実務が定着するとすれば、どうなるか。イギリス法においては、受約者が契約違反に基づき第三者の損失について賠償請求するという構成を採用することから、上記のような特約は当該訴訟にも影響を与えることになる。日本法においては、第三者が不法行為に基づき自らが被った損失について賠償請求するという構成が許容されたことから、上記のような特約が存在した場合の影響を改めて考える必要がでてきたといえよう。問題の指摘にとどめ、今後の課題としたい。

（6）一応の結論

(ア) 純粋経済損失が問題となる類型には、間接損失（ricochet loss）と移転させられた損失（transferred loss）があるが、本稿では、後者を検討した。

(イ) イギリスの判例は、過失不法行為に基づいて移転させられた損失を回復する方法を閉ざしたが、日本の判例は、それを認めたと解される。その波及する効果は、はかりしれない。第１に、製造物責任法は、製造物の瑕疵自体につ

---

[282] 前掲Ⅱ（６）(イ)(g)参照。

[283] 前掲Ⅳ（１）(イ)(b)（注212）および(ウ)(b)（注223）参照。

いての賠償を認めていないが、建築物に関する上記の判例との比較をしなければならない。第２に、間接損失に関する判例および裁判例も、移転させられた損失とは事案類型が異なるとして済ませてよいことにはならず、比較する必要がでてくる。そして、この２つの観点から、イギリス法と日本法を比較しなければならないが、今後の課題としたい。

(ウ) 移転させられた損失の事例に対する本稿の結論は、一応、つぎのようにしておきたい。すなわち、過失不法行為責任構成をとるのではなく、契約責任構成をとることとする。これを詳述すれば、過失不法行為責任に基づき、約束者は第三者に生じた損失を第三者に対して賠償しなければならないと構成するのではなく、契約責任に基づき、約束者は第三者に生じた損失を受約者に対して賠償しなければならないと構成することとする。

(エ) ところで、Bussani, Parlmer, Parisi 教授らの論文は、「移転させられた損失」事例を、ＣがＢの財産または身体に物理的な損害を与えたが、ＡとＢの間の契約（または法自体）が、通常はＢのもの（損失）となるであろう損失をＡの上に移転させる場合と定義する。つまり、通常は１番目の被害者の上に落ちる損失が２番目の被害者の上に渡されるとするわけである。そして、ＡとＢの間の契約の例として運送事例を挙げるとともに、法の作用により移転が生じる例として以下の事例を挙げる。すなわち、Ａの被用者のＢがＣの過失ある運転により傷害を負ったために、３か月間働けなくなったが、制定法はＡをしてＢに給料を払い続けるよう義務づけていた。かくて、Ｃの過失と制定法の効果が結合した結果、通常はＢの損失となったであろうもの（損失）が制定法によりＡに対し移転させられたことになる[284]。

同論文の挙げる後者の事例において注目すべきは、ＣとＢの間に契約がなく、ＣがＢに対して契約違反ではなく過失不法行為を犯している点である[285]。本稿において移転させられた損失の事例として検討したものは、ＣとＢの間に契約があり、ＣがＢに対して契約違反を犯しているともいえたが、過失不法行為を犯しているともいえた場合だけである。そうであるからこそ、先に述べたよ

---

[284] Mauro Bussani, Vernon Valentine Palmer & Francesco Parisi, Liability for Pure Financial Loss in Europe: An Economic Restatement (2003) 51 American Journal of Comparative Law 113, 118-119.

[285] 運送事例においても、運送人の船舶に衝突した別の船舶のほうが一方的に悪くて、運送品が滅失または損傷した事例を想定することができる。

うに、第三者を過失不法行為法により救済する構成を否定したうえで、第三者のために受約者をして契約法により救済を請求させる構成を追求することが容易であったわけである[286]。

最判平成19年７月６日民集61巻５号1769頁の事件も、ＣとＢの間に契約が存在する事案であるため、過失不法行為法により救済するべきではなく、契約法により救済するべきである、と一応は結論づけることができる。しかし、ＣとＢの間に契約が存在しないような事例が日本で起きたとすれば、それを純粋経済損失であるから過失不法行為法により救済すべきでないと断言できるかは、慎重に検討する必要がある。日本法は、イギリス法が物理的損害（人的被害および物的損害）と経済的（金銭的）損失に分類するようには、損害を分類しないからである。

本稿は、2007（平成19）年度科学研究費補助金交付（基盤研究（Ｂ）（研究代表者は北海道大学大学院法学研究科の瀬川信久教授）および若手研究（Ｂ））の成果である。

[286] 筆者（新堂）は、移転させられた損失の事例として運送契約を挙げておきながら、約束者（運送人）と受約者（荷送人）の間に契約はなく、（第三者のための保護効を伴う）契約責任は問題とならないと説明してしまったことがあるが、もちろん誤りであり、この場を借りて訂正しておきたい。本稿で検討したように、約束者（運送人）と受約者（荷送人）の間には当然のことながら契約が存在し、（第三者のための保護効を伴う契約に基づくものではないが）契約責任で対処すべき問題である。新堂明子「契約の対第三者効」『民法の争点』（2007）233頁。

執筆者紹介（掲載順）

菅原寧格	北海道大学大学院法学研究科助教
北見宏介	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
辻　信幸	釧路公立大学経済学部専任講師
会沢恒	北海道大学大学院法学研究科准教授
水野吉章	ヴォルフ＝リューディガー・シェンケ　関西大学法学部専任講師／ドイツ・マンハイム大学名誉教授
村上裕章	九州大学大学院法学研究院教授
笹田栄司	北海道大学大学院法学研究科教授
吉田克己	北海道大学大学院法学研究科教授
内田貴	法務省参与・前東京大学教授
池田清治	北海道大学大学院法学研究科教授
原田大樹	九州大学大学院法学研究院准教授
ヘニング・ローゼナウ	ドイツ・アウクスブルク大学教授
小名木明宏	北海道大学大学院法学研究科教授
鄭　昌原	前学術振興会特別研究員
新堂明子	北海道大学大学院法学研究科准教授
前田哲男	沖縄大学客員教授
朝田とも子	北海道大学大学院法学研究科博士課程
松原和彦	北海道大学大学院法学研究科博士課程

平成20年５月26日　印　刷
平成20年５月30日　発　行

編集人　山　口　二　郎

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. 59 May 2008 No. 1

CONTENTS

ARTICLES

Die rechtsphilosophische Bedeutung des Wertdenkens von M. Weber und K. Jaspers (7)
—— Der gedankengeschichtliche Hintergrund der gegenwärtigen Gerechtigkeitstheorie —— ····· Yasunori SUGAWARA 1
The Agency's Interests and the Public Interests in Government Litigation (2)
—— What it Means to Represent "the interests of the United States" ——
····· Kosuke KITAMI 37
Une étude sur les réserves d'interprêtation dans la jurisprudence du conseil constuitutionnel (4) ····· Nobuyuki TSUJI 65
The Death of Punitive Damages!? (1)
—— The Future of Private Enforcement of Law ——
····· Hisashi AIZAWA 522[1]
Reexamination of the Grounds for Fraudulent Transfer Law (2)
—— From the theoretical perspectives ——
····· Yoshiaki MIZUNO 498[25]

SYMPOSIUM

Gegenwärtige Aufgaben der Theorie des effektiven Rechtsschutzes
Vorläufiger Rechtsschutz im deutschen Verwaltungsprozessrecht
····· Wolf-Rüdiger SCHENKE 113
übersetzt von Hiroaki MURAKAMI
Das Gebot der Effektivität des Rechtsschutzes und der vorläufige Rechtsschutz ····· Eiji SASADA 148

LECTURE

The Concept of "Institutional Contract"
Introduction ····· Katsumi YOSHIDA 444[79]
The Concept of "Institutional Contract" ····· Takashi UCHIDA 441[82]
Die Theorie des institutionellen Vertrags und Rechtswissenschaft
····· Seiji IKEDA 419[104]
Wissenschaftliche Anregungen durch die Idee des institutionellen Vertrags zur Rekonstruktion der Identität der Verwaltungsrechtswissenschaft ····· Hiroki HARADA 408[115]
Discussion 394[129]
Die rechtliche Zulässigkeit von reproduktivem und therapeutischem Klonen
····· Henning ROSENAU 368[155]
übersetzt von Akihiro ONAGI

NOTES

A Study on the limitation and range of local legislative power in Korean Local Autonomy (3)
—— Focusing on comparative study with Japanese local bylaw theories —— ····· Chung One Chang 157
Transferred Loss (3) ····· Akiko SHINDO 344[179]

MATERIAL

The Legislative Process of Emergency Acts and The Actual Conditions in Japan ····· Tetsuo MAEDA 223

CASE NOTE

Note on Public Law Case ····· Tomoko ASADA 249
Note on Criminal Law Case ····· Kazuhiko MATSUBARA 281

[ ]···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