HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集　第59巻　第4号　全1冊
Citation	北大法学論集, 59(4)
Issue Date	2008-11-28
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/35529
Type	journal
File Information	lawreview_vol59no4.pdf



Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

ISSN 0385-5953

北大法学論集

第 59 巻　第 4 号

論　説

西洋中世における法的関係の認識と訴権（３・完）
―― 学識的封建法を手がかりに ―― …… 水野浩二　1

無権限者による他人の物の処分と他人の債権の取立による不当利益（３）
―― 自己の権利領域への無権利者による干渉に対する反動的請求 ――
…… 藤原正則　25

政府の訴訟活動における機関利益と公共の利益（４）
―― 司法省による「合衆国の利益」の実現をめぐって ――
…… 北見宏介　81

被害者の承諾（６）
―― 各論的考察による再構成 …… 佐藤陽子　155

裁判員制度と刑事司法に対する人々の意識
…… 松村良之ほか　620[1]

インサイダー取引規制に関する研究（１）
―― 日本・アメリカ・中国の比較を通じて ――
…… 葛愛軍　544[77]

冷戦終結後日本の防衛政策（２・完）
―― 1993～1995年の行政過程を中心に ――
…… 柴田晃芳　480[141]

懲罰的賠償の終焉!?（３）
―― 私人は法を実現できないのか？ …… 会沢恒　426[195]

営造物型国立公園における保護・利用・調整（３）
―― アメリカの国立公園を素材に …… 久末弥生　396[225]

シンポジウム

淡路民法学・公害環境法学の40余年
私の研究史断章
―― 川島法学・連帯債務・不法行為・公害環境法 ――
…… 淡路剛久　185

淡路法学の特質 ―― 質疑・討論 …… 吉田邦彦ほか　211

講　演

正義の実現による社会的平癒
―― アイヌと日本の政府および人々との和解のための枠組み ――
…… エリック・ヤマモト　342[279]
長谷川晃・落合研一　訳

研究ノート

近世ドイツのポリツァイ条令と刑事司法 …… 田口正樹　249

資　料

〈北大立法過程研究会報告〉
台湾における生存権と国民年金法
―― 憲法学の視点から台湾国民年金法の問題点を考える ――
…… 李仁淼　267

判例研究

刑事判例研究 …… 関口和徳　314[307]

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）
小川　浩三（法史学）
小菅　芳太郎（法史学）
小暮　得雄（刑法）
木佐　茂男（行政法）
神原　勝（行政学）
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）
中村　睦男（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）

教授

山畠　正男（民法）
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）
児矢野　マリ（国際法）
佐々木　雅寿（憲法）
笹田　栄司（憲法）
白取　祐司（刑事訴訟法）
鈴木　賢（比較法）
瀬川　信久（民法）
空井　護（現代政治分析）
高見　進（民事訴訟法）
○田口　正樹（法史学）
辻　康夫（政治学）
常本　照樹（憲法）
道幸　哲也（労働法）
中村　研一（国際政治）＊
中山　信弘（刑法）
長谷川　晃（法哲学）
林田　清明（法社会学）
人見　剛（行政法）
松浦　好治（政治史）＊
松久　三四彦（民法）
宮本　太郎（比較政治経済）
○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

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）
吉田　広志（知的財産法）

特任教授

佐藤　崇（刑事実務）
村主　隆行（民事実務）
田中　宏（法実務基礎）
田村　智幸（法実務基礎）

客員教授

曽野　裕夫（民法）

准教授

會澤　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）
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）
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）＊
坂口　一成（比較法）
菅原　寧格（法哲学）
關口　和徳（刑事訴訟法）
池炫周・直美（政治学）
宮崎　悠（国際政治）

＊は大学院公共政策学連携研究部専任教員

雑誌編集委員　○印

論　説

西洋中世における法的関係の認識と訴権（三・完）

――学識的封建法を手がかりに――

水野浩二

目　次

一章　「封建法」と「訴権」――問題状況
　1　問題の設定
　2　具体的方針と史料

3　『封建法書』（LF）の成り立ちと法源としての位置づけ
4　封の返還請求――対物訴権とコンディクティオ
二章　「証明の困難さ」――dominium の証明の要否
2　1　封建関係のローマ法上の訴権への取り込み
2　証明責任におけるコンディクティオの優位
三章　剥奪の理由――許可なき譲渡かそれ以外か
1　剥奪における訴訟・判決の役割
2　封建法に基づくコンディクティオの汎用性
3　小括
四章　「個別法に基づく訴権」と一般的法源論――一つの示唆として
1　一般的法源論との関係
2　「封建法に基づく訴権」の位置づけ

（以上、五八巻六号）

（以上、五九巻三号）

（以上、本号）

三章　剥奪の理由――許可なき譲渡かそれ以外か

2　封建法に基づくコンディクティオの汎用性

一　「許可なき譲渡」と「譲渡以外の違反行為」を包含する訴え方たるコンディクティオについて論じてきたが、対物訴権ではこのような訴え方は可能なのだろうか。1三で述べたように、「譲渡以外の違反行為」の場合は対物訴権で訴えることは不可能なように思われる。

ＪＡＣは八節「空きの封のための対物訴権について。一般的訴状」では、以下のような対物訴権の「一般的」訴状を紹介している。

「……被告は、城を保持しそれを返還する権能を持っている。…当該城は原告に dominium の法的地位に基づいて帰属している。そして、被告は原告への城返還を拒否したので、原告は被告を訴え、当該城は自分のものであるから自分に返還することを請求する。そして、裁判官閣下に以下のことを請願申し上げる。当該城が dominium の法的地位[14]に基づき原告に帰属していることを判決で宣言されたい。そして、被告が城を原告に返還するよう有責判決を下されたい……」

この訴状はいかなる意味で「一般的」なのだろうか。それは引き続いての叙述で明らかになる。

「原告は、自分が城の本来的な所有者（directo dominus）[15]であることを証明しなければならない（その証明方法は一節で述べた）。この directum dominium が証明され、被告が何も抗弁しなければ原告は勝訴する（D. 6, 1, 9 (i. p.)）。しかし、被告が当該城が自分あるいは自分の前任者たちに封として与えられた旨抗弁するとする。それが証明され、原告が何も再抗弁しなければ被告は勝訴する（D. 43, 18 (17), 1, 4、D. 6, 3, 1 (i. f.)）。しかしその際、原告が再抗弁として以下のように述べるとする。『［被告］マルティヌスよ、あなたは当該城が自分（あるいは前任者たち）に封として与えられた旨適切に抗弁した。しかし、あなたは私の妻と不貞を働いた。従ってあなたに対して、信義が守られる必要はない』（C. 2, 3, 21）、あるいは『マルティヌスよ、あなたは適切に抗弁した。しかし、あなたは当該城を私の許可なく、法の禁止にもかかわらず譲渡した。そのこと自体の効果によりあなたは封を喪失してしまったのであり、従ってあなたに対して、信義が守られる必要はない』。これらの原因のうち一方が[16]真実であると証明されれば、原告は恐らく本事件で勝訴するであろう（同旨、C. 4, 66, 2、C. 4, 66, 3、D. 7, 9, 7）」

後半部分から分かるように、この訴状は「許可なき譲渡」と「譲渡以外の違反行為」を包含するものであり、双方の

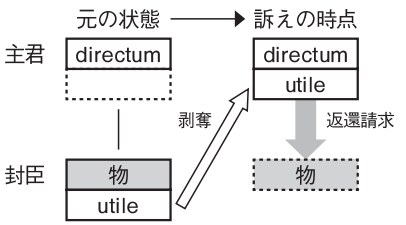
うち何れかを証明すれば勝訴できるというのである。[17] 剥奪理由証明の困難さの回避と、複数の剥奪理由の一括処理が図られることになる。しかし、「譲渡以外の違反行為」ゆえに対物訴権で訴えることはいかにして可能になるのだろうか。

上記1三では、剥奪によって封臣から主君に戻ってくる dominium = dominium *utile*（準 dominium）に基づく対物訴権での訴えが「譲渡以外の違反行為」の場合は理論的に不可能であることを論じた。対して、この訴状では「dominium の法的地位」即ち dominium *directum*（本来 dominium）に基づいて訴えがなされている。

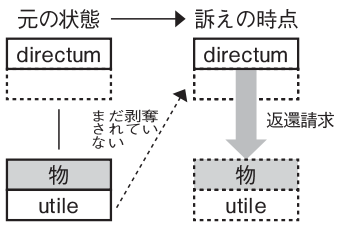
JACは単なる"dominium"という表記は dominium *directum* のみを指し、dominium *utile* は含まないと解釈している。"Attamen cum simpliciter dominium dicitur de directo tantum intelligitur et non de vtili. vt notatur ff. de euic. l. minor §i. [D. 21, 2, 39, 1]" (fol. 19vb)

従って、この訴えでは原告は dominium directum を証明できなければ敗訴する。当時の実務、そしてそれを受容した新しい学説は、「vel quasi 訴状」という形で訴えの根拠たる dominium の範囲を拡張する（dominium directum/ dominium utile/ quasi dominium....）ことで「dominium の証明の困難さ」を軽減しようとしていた。[18] JACも他所では「vel quasi 訴状」を受け入れているが、封建関係の「許可なき譲渡」と「譲渡以外の違反行為」を包含する訴えについてのみ明確に異なる姿勢をとっていることになる。

二　敢えて証明が困難な訴え方をする理由は、「譲渡以外の違反行為」の場合を包含するためであった。



「許可なき譲渡」＝「法それ自体により」剥奪される



「譲渡以外の違反行為」を包含する場合＝剥奪は「判決による」必要

「判決により」封が剥奪される場合、有責判決が出るまでは原告には封についての dominium は帰属していない。従って、「判決による」必要がある場合＝「譲渡以外の違反行為」をも包含して訴えようとするならば、原告は封についての dominium に基づいて訴えることはできない。訴えの根拠を「dominium の法的地位、あるいは quasi dominium の法的地位（ius dominii vel quasi）」（「vel quasi 訴状」）と拡張して訴えることはできないのである。ＪＡＣの叙述は以下のようである。

「しかし、以下のことに注意すべきである。（原告の）再抗弁の原因が、（被告の）不貞やそれに類した行為のように判決によってのみ封が喪失されるようなものである場合、『あるいは quasi dominium の法的地位に基づいて（vel quasi dominii）』という言葉を訴状に付記したとしても何らの有用性も確実に持たないであろう。……なぜならその場合には、被告は自分の quasi dominium を剥奪されてはいないので、通常いかなる quasi dominium の法的地位も原告には帰属し得ないからである。しかし再抗弁の原因が、被告が法それ自体の効果に基づいて封を剥奪されてしまったようなものである場合には（例えば『被告は当該城をすでに売却し、買主がその名においてそれを占有するようにした』）、原告にとって訴状で『dominium の法的地位、あるいは quasi dominium の法的地位に基づいて』と記載するのが有用であろう。その場合、原告はもし directum dominium を証明できないならば、少なくも dominium utile あるいは quasi dominium を証明することになる。これは、被告がもし『当該城は自分に封として与えられた』と（抗弁として）述べるならば十分証明されたと考えられよう。なぜなら、その場合被告が城について quasi dominium を持っていたことは明らかであり、原告の再抗弁の理由［＝封臣の義務違反］が正しいと証明されれば、被告が封を既に喪失したことは明らかであり、当該封は原告に移転されていることになるからである。このように、原告は directum dominium を証明できない可能性があるので、上記のように quasi dominium について記載すれば、勝訴するためには少なくも有利に働くであろう。すで

に紹介した二つの訴状［六・七節］も、ほぼそのように作成されている」[19]

ここでいう quasi dominium とは、主君が封臣にかつて授与し、違反行為ゆえに戻ってくる dominium、つまり dominium utile のことである。ここではＪＡＣは、“vel quasi (dominii)”という語句を専ら dominium utile との関連で理解している。ＪＡＣにおいては「vel quasi 訴状」における“vel quasi (dominii)”は、プブリキアーナ訴権の根拠たる quasi dominium、つまり真の所有者でない者から取得された dominium の意と、dominium utile の意の双方を包含するものとして理解されている（本稿（二）二章１一）。ここではそのうち後者の側面が問題とされていることになる。

ＪＡＣは dominium 概念の重層性について以下のように述べている。[20]「判決による」場合には訴えの段階では原告の下には封臣が保持する dominium utile（quasi dominium）は当然ない。したがってそれに基づく訴えは不可能であるが、原告は本来的な所有者（directo dominus）ではある。本来それに一体化していた dominium utile を、封建関係に基づいて封臣に与えているところ、違反行為を理由として「親」たる dominium directum に基づく訴えはおこすことができる。directum dominium を証明すれば勝訴するが、証明できなければ敗訴する。その証明は常に容易ではないから、「もし自分が本来的な所有者でないならば、成文化されていない法律に基づくコンディクティオで剥奪のために訴えるべきであろう」と述べている。「もし自分が本来的な所有者でないならば」とは、「そうであることを証明できなければ」という意味を含むと解される。

dominium directum の証明は、被告の抗弁（原告との間の封建関係の自白）によって回避されない。封建関係の自白により回避されるのは、主君が封臣に封について与えた dominium ＝ dominium utile についての証明であった（本稿（二）二章の叙述を参照）。

「譲渡以外の違反行為」を包含するために“vel quasi (dominii)”を排除した結果として、quasi dominium に基づくプブリ

キアーナ訴権も訴えの対象から排除され、常にdominium directumを証明しなければならないことになると考えられる（ＪＡＣはこの点については明示的には述べていない）。

以上要するに、対物訴権によって「許可なき譲渡」と「譲渡以外の違反行為」の双方を包含した訴えをしようとすると、「dominiumの証明の困難さ」は回避できないことになる。このこともまた、封臣からの封の取戻に際して当事者間の法的関係をいかなる形で認識するか――対物訴権かコンディクティオか――に、影響を与えるであろう。

3　小括

一　二章・三章でのこれまでの検討を受けて、封建法（永小作法）に基づくコンディクティオ・封建（永小作）関係を前提とした対物訴権・単純侵奪者としての対物訴権がどのように行使されていたのか、言い換えれば主君と封臣の間の法的関係が、様々な具体的要素の下でどのように認識されてゆくことになるのかを、小括として考えてみたい。これまでの議論から、ＪＡＣはいくつかのモティーフを念頭に置いていたことがわかる。

(1)　「dominiumの証明の困難さ」　二章では、このモティーフに鑑み、封建（永小作）関係を前提とした対物訴権より、単純侵奪者としての対物訴権が、さらにはコンディクティオのほうが有利であることを明らかにした(21)。この点では封建関係は永小作と全くパラレルな関係に立っている。

三章では、永小作とは異なり封の剥奪では剥奪理由により訴え方に相違が存在することを論じた（下記(2)も参照）。対物訴権ですべての剥奪理由を包含しようとすると、常にdominium directumについての証明を余儀なくされる。同じ

くすべての理由を包含するコンディクティオは、この点で優位に立つことになる。

(2)　剥奪理由とその一括処理　三章では、永小作とは異なり封の剥奪には「法それ自体の効果」による場合と「判決による」場合があり、後者については原理的にはコンディクティオによるしかないと考えられていたことを見た。証明の危険や当時の学説の未確定に鑑みれば剥奪理由の一括処理へのインセンティブは大きく、双方の場合を包含した訴えを起こそうとすれば、基本的にはコンディクティオが用いられることになる。

ここまで述べてきた以上の点に加えて、

(3)　転得者への訴求の可否　対物訴権とコンディクティオの間では、被告たり得る者の範囲が異なる。封臣からの取得者（買主など）からの転得者への訴求については、対物訴権であれば可能だが、コンディクティオでは封臣からの取得者までしか訴求できない。この点については各箇所で指摘されている。(22)

二　対物訴権とコンディクティオの相違として、dominium に基づく対物訴権では原告勝訴であれば原告の dominium が確認され、コンディクティオではそれはないという点を挙げることができる。しかし、この相違はそれほど重視されてはいなかったのではと考えられる。(23)

ＪＡＣをはじめ当時の学説・実務が推奨していた「vel quasi 訴状」は複数の対物訴権を併合した訴えである。しかしこの訴状による手続で「dominium の証明の困難さ」回避のために、前主が真の所有者であったことを要求しない quasi dominium に基づき物の取戻が認容される場合は、係争物について原告が被告より相対的に強い地位にあることが認定されたに過ぎない。また、封建関係に関する被告の自白ゆえに dominium についての証明が回避される場合（二章）、それには対世効は認められていなかった。(24) dominium に基づく対物訴権による訴えとはいえ、訴訟の実際では、封に対して原被告のいずれが相対的に強い地位を持っているかを、当事者間の法的関係の中で暫定的に決するという色

彩が強かったとも言い得、その点ではコンディクティオと相違はない。

ＪＡＣの叙述においては、封（永小作地）の取戻について対物訴権とコンディクティオは各々の説明において相互にもう一つの選択肢として参照されており、特に「原告に dominium が帰属することの確認」の有無が両者の相違として注目されているわけではない。思うに、このことはＪＡＣにおいて――恐らくは当時一般に――どちらの訴え方でも「実際に得られるもの」にはさまで大きな違いはないと認識されていたことの顕れと解される。「土地の取戻」という目的が当事者間の法的関係において達成されれば差し当たり十分だったのであり、法的地位の対世的な指標にそれほど拘泥する必要はなかったということであろう[25]。

三　以上要するに、封の取戻のための訴えを行うにおいては、原告は「dominium の証明の困難さ」、「剥奪理由（の証明）とその一括処理」、「転得者への訴求の可否」を考慮したうえで用いる訴権を選ぶ必要があったことになる[26]。それは被告との従前の経緯、手続において被告がいかなる反応をしてくるかといった、複数の具体的モティーフに基づいて原告と被告の間の法的関係の認識が多様に行われ得たことを示している。

封建法（と永小作法）に基づくコンディクティオは、dominium の証明の困難さを回避しつつ一回の訴えであらゆる場合を包含することも可能であり、封（あるいは永小作地）の取戻のための優れた方法として認識されていた。それは決してローマ法上の対物訴権に対して単なる並列・補充的関係に立つものではなく、多くの場合にはむしろ積極的に選択されるべき方法であった。少なくも、「慣習法に基づく訴権は補充的なもの」としたベゼマーにおける消極的な位置付けは見られない。

また、「封建法（個別法）を対物訴権（ローマ法上の訴権）に包摂する」としても、その際にはその訴権を用いて実際に法的地位の実現を図る際に必要な訴訟戦術的配慮が介在していたということができる[27]。

JACの節区分に即して図示すると以下のようになる。

(14) JAC, fol.19va. ".....dictus reus tenet et restituendi facultatem habet turrim .....que ad dictum actorem iure dominii pertinet: vnde cum dictus reus dictam turrim dicto actori restituere contradicat agit contra eum et petit ab eo vt dictam turrim sibi restituat quia sua est vobis dicto domino iudici supplicando vt dictam turrim ad dictum actorem pertinere iure dominii per vestram sententiam declaretis: et dictum reum vt dictam turrim dicto actori restituat sententialiter condemnetis....."

(15) directo dominus とは、いわゆる「分割所有権理論」において dominium directum（本来 dominium）を持つ者のことである。

(16) JAC, fol.19va-vb. "Item actor debebit probare se esse directo dominum praedictae turris quod qualiter debeat probari dictum est ibi. Item dicto directo dominio probato si reus nihil excipiat actor obtinebit. vt ff. de rei vendi. l. officium, in prin. si autem reus excipiat de turri praedicta sibi vel praedecessoribus suis in feudum data et verum probetur tunc si actor nihil replicet reus obtinebit. argumen.ff. de superfi. l. i. § is autem. et si ager vec. vel emphi. pe. l. i. in fi. Si autem actor tunc replicet et dicat Martine bene excipieres de turri praedicta tibi vel praedecessoribus

		dominium の証明	剥奪の理由	転得者への訴求	根拠法文
対物訴権	単純侵奪者としての訴え（3節）	dominium utile の証明の必要の可能性比較的「小」（被告の自白得られ易い）？	「許可なき譲渡」のみ	○	D.6, 1, 23(24) C.2, 54(55), 1
	6節／7節	dominium utile の証明の必要の可能性比較的「大」（被告の自白得られ難い）？	「許可なき譲渡」のみ	○	LF2, 54(55), 1 LF2, 42
	8節	dominium directum の証明が常に必要	全ての理由を包含	○	D.6, 1, 23(24)(i.p.) C.2, 54(55), 1
コンディクティオ	56節	不要	「許可なき譲渡」のみ	×	LF2, 54(55), 1
	57節	不要	「譲渡以外の違反行為」のみ	×	D.13, 2, 1 LF2, 54(55), 5 LF2, 54(55), 6
	58節	不要	全ての理由を包含	×	D.13, 2, 1 LF1, 5, 1 LF2, 38 LF2, 52, 1 LF2, 54(55), 1

tuis data in feudum nisi quia tu cucurbitasti me: et sic fides non est tibi servanda. vt C. de pac. l. cum proponas: vel replicet ita Martine bene exciperes nisi quia tu dictam turrim sine permissione mea iure prohibente alienasti: et eo ipso feudum amisisti et sic fides non est tibi servanda. certe si altera de praedictis causis vera probetur actor forte iam obtinebit in causa vt simile notatur. C. de iure emphiteo. l. ii et l. iii. et ff. vsufruc. quemadmodum ca. l. vsufructus nomine.” D. 7, 9, 7 については、本稿（一）（北法五九巻二号）一七三頁参照。

(17) 本稿（一）二三章１四を参照。

(18) 本稿（一）一一章１一(1)を参照。

(19) JAC; fol. 19vb-20ra. “Et tamen notandum quod si causa replicationis sit talis ex qua feudum non amittitur nisi per sententiam vt cucurbitatio et similes certe verbum vel quasi dominii si esset subiunctum, in libello nullam assereret vtilitatem .....quia tunc ad actorem non posset pertinere regularis in re（一五七五版は regulariter ius）alicuius quasi dominii quia nec reus priuatus esset suo quasi dominio. Si autem causa replicationis esset talis propter quam reus esset priuatus ipso iure vt quia dictam turrim iam vendiderat et eam nomine emptoris se possidere constituerat tunc esset vtile actori si fuisset dictum in libello iure dominii vel quasi: vt sic（一五七五版は si）tunc actor non posset probare directum dominium quod saltim probaret vtile seu quasi dominium quod satis videretur probatum eo ipso quod reus diceret turrim datam sibi fuisse in feudum quia iam appareret reum habuisse in ea quasi dominium et sic（一五七五版は si）causa replicationis probaretur vera appareret reum amisisse illud et est translatum in actorem: et sic quia actor non posset probare directum dominium saltim proficeret ei praedictum quasi dominium ad optinendum in causa et quasi iuxta hoc formati sunt duo praecedentes libelli”

(20) JAC; fol. 20ra. “Si autem feudum debeat amitti per sententiam tunc ille qui dederat in feudum non habet aliquod vtile seu quasi dominium nec consolidatum si est directo dominus nec principaliter si non est directo dominus ante sententiam privationis probato tamen directo dominio ipse obtinebit, vt superius dictum est: quo non probato ipse succumbet: debebit ergo agere condictione ex lege non scripta ad priuandum si directo dominus non est.”

(21) もっとも、「封建関係（永小作関係）の存在を前提とした訴状」に全く利点がなかったとは言い切れない。「単純侵奪者

としての訴状」が極めて一般的な訴えであるがゆえに、判決の既判力により後訴が事実上遮断されてしまうのに対して、個別的な訴えとして（敗訴時に）再び訴える余地が広く残される、ということが挙げられる。拙稿「西洋中世における訴権の訴訟上の意義」第三編（法協一二二巻一〇、一一、一二号（平一七））を参照。

(22) 三章注（8）で引用した史料を参照。ＪＡＣは永小作について、封の場合と異なり永小作人以外の第三者へのコンディクティオによる訴求はできないとしているように思われるが、やや不明確である。

(23) 以下の点について、詳細には拙稿「西洋中世における訴権の訴訟上の意義（五・完）」一〇三―一〇五頁を参照。

(24) 所有物取戻訴権についての叙述（一節）で、ＪＡＣは原告の positio の一として以下のように述べている。“dictus reus...actore presente confessus fuit dictum fundum pertinere ad dictum actorem iure direcri dominii effectus. quia licet propter hoc dictus actor non sit directo dominus. quia propter nostrum affirmare vel negare nihil mutatur in re secundum philosophum..... attamen confessio praedicta nocebat（一五七五版では nocebit）ipsi reo....licet quo ad alios non noceat talis confessio....”(JAC: fol. 3ra.) より一般的には Kaser, Max und Hackl, Karl: Das römische Zivilprozessrecht (1996), S. 273.

(25) ＪＡＣは三節と八節の判決の雛形について、「当該物は ius dominii vel quasi に基づいて原告に帰属している」という曖昧な確認も、（審理からいずれの dominium であるか判然としなかった場合には）認められるとしている。静態的な「権利」の確定という視点からすれば dominium か quasi dominium かは根本的相違である。しかし動態的な「法的関係」の形成、すなわち「物の取戻の実現」の見地からは、どちらであるかは特に重要ではない。

(26) 双方の理由を一括処理すべく一の訴えに提出すれば全てに既判力が及び、遮断効により後訴が排除される危険があるというモティーフは、ＪＡＣにおいても当然の前提だった。拙稿「西洋中世における訴権の訴訟上の意義（五・完）」八七―八八頁参照。

(27) 以上の結論は、一三世紀後半以降訴権開示（editio actionis）のあり方が大きく変わり、原被告・裁判官が事例毎の具体的モティーフを考慮して多様な形で「訴えの対象の特定」を行うようになっていったこと（拙稿「西洋中世における訴権の訴訟上の意義（五・完）」参照）と同じライン上にあるのかもしれない。その検証のためにはＪＡＣ以外の封建法文献の検討が必要であり、他日を期したい。

四章　「個別法に基づく訴権」と一般的法源論――一つの示唆として

最後に、これまで論じてきた「個別法に基づく訴権」に関するＪＡＣの考え方は、当時の議論全体の中にどのように位置づけられるのかを考えたい。そのためには、「封臣からの封の剥奪」のための訴えに関する、同時代の著作の叙述との比較が必要であるが、もとより対象は膨大で現時点ではその用意がない。[1] 以下では、ＪＡＣ六三節に見られる、ＬＦに対して敵対的とも取れる一般的法源論について考察し、中世学識法における「個別法に基づく訴権」の在り方について、今後の検討の方向性を示唆するに留めたい。

１　一般的法源論との関係

ＪＡＣは六三節で封建問題に関する一般的法源論を詳細に論じ、フランスにおけるＬＦの法源としての地位を事実上否定しているとも解釈できる叙述をしている。先行研究は、この部分を根拠に「ジャコビはジャン・フォール（一二七〇頃－一三四〇頃）[2] と並んでＬＦに極めて否定的だった」と位置づけており、この点は無視できない。本稿の限定された研究対象からは軽々に見解を述べることは難しい問題であるが、若干の示唆を試みたい。

一　ＪＡＣは六三節で以下のように述べている。

「封については私は簡潔に以下のように述べる。即ち、ＬＦ中の慣習法はフランス王国においては根拠として持ち出されるべきではなく、いかなる点でも我々を拘束しない。その書物に採録された法律［＝中世の神聖ローマ皇帝の勅法］[3] についても同じことが言えるが、それらが autentica として『勅法集成』（Codex）の本に採録されている場合はその限

りではない。同様に一般に、封に関する何らかの問題が発生し、訴訟が起こされた地方に当該行為に関して何らかの合法的に時効取得された慣習法が存在するならば、それに従うべきである。もしその地方に、当該問題を判断できる慣習法は存在しないが、類似の行為に関しては慣習法が存在するならば、それに従うべきである。もし当該行為に関しても、類似の行為に関しても慣習法が存在しないならば、常にＬＦの慣習法は排除され、市民法（ius ciuile）に依拠するべきであり、市民法に従って判断されるであろう。ここまで述べたことは、誠実宣誓やその際に含意された言葉、そしてそれらの言葉の表現や解釈（これらについてはC. 22, q. 5, c. 18を参照）が注意考慮された上でのことである」[4]

これは六三節の一般的法源論の最後にまとめとして記されたものである。ジョルダネンゴやダヌッソは、ＪＡＣがフランスにおけるＬＦの法源としての典拠性を完全に否定したものとしてＪＡＣの一般的法源論を解釈している。[5]

確かに、この結論に至るまでの議論においても、ＪＡＣは再三再四ＬＦの典拠性を「否定」している。しかしその中身については、もう少し掘り下げて検討する余地があるように思われる。[6]

二　ＪＡＣは同時代の議論と同様に、ＬＦをその起源に従って「皇帝勅法起源の法文」と「ロンバルド慣習法起源の法文」に分けて議論している。

㈠　皇帝勅法起源の法文　ＪＡＣは封臣が封を喪失する原因について、ロンバルド慣習法起源の法文の規定はフランスにおいて拘束力を持たないと述べた上で、封臣が封を喪失するのは二つの根拠、即ち誠実宣誓に関するカノン法文（C. 22, q. 5, c. 18）と皇帝勅法起源のＬＦ法文（LF2, 54 (55)）のみに基づいてであるとする。

C. 22, q. 5, c. 18「……自らの主君に誠実宣誓する者は、以下の六項目を常に覚えておかなければならない。即ち無危害、安全、名誉、有用、容易、可能である。無危害とは、主君の肉体に対して損害を与えないことである。安全とは、主君の秘密あるいは主君が安全でいられるための防備に対して損害を与えないことである。名誉とは、主君の正義ある

いは主君の名誉に関すると考えられるその他の原因について損害を与えないことである。有用とは、主君の占有に対して損害を与えないことである。容易・可能とは、主君にとって容易になしえた良きことを困難にしたり、主君にとって可能だったことを不可能にしたりしないことである。封臣がこれらの範に留意するのは正当なことである。しかし、悪から遠ざかるだけではなく、善をなすのでなければ十分ではないがゆえに、封臣は上記六項目について主君への助言と援助の提供もしなければならない。[7] 自らが（授けられた）封に値する者と見られ、自らの宣誓した誠実が守られていることを欲するのであれば……」

LF2, 54 (55) として具体的に挙げられている法文は、①LF2, 54 の最初から 2, 54, 1 まで（封臣による封の不正な譲渡）、②2, 54, 2（インヴェスティトゥールの不請求）、③2, 54, 3（奉仕の不提供）、④2, 54, 5（封臣の息子による主君への攻撃）、⑤2, 54, 6（陪臣による主君への攻撃）の五つである。

しかしフランスにおいては以下のようになるという。

「しかして、おそらく以下のように言うことができる。上述の皇帝勅法にあるそれらの五つの封喪失の原因は、法的には封喪失の真の原因ではない。[8] ただし、それらが以下すぐのべるように他の七つの原因の下に置かれ帰せしめられる場合は、その限りではない」

LF2, 54 が列挙する五つの事例はそれ自体としては封喪失の原因とはならないが、カノン法文が列挙する七つの事例に包摂される形で認められる、[9] ということになる。

またＪＡＣは、中世の皇帝勅法が『ローマ法大全』の『勅法集成』中に autentica として挿入され、法律＝ローマ法として学校・法廷で遵守されていることを指摘している。[10] その中にはＬＦに採録された勅法（LF2, 53, 10 ＝ Auth. sacramenta puberum. post C. 2, 27 (28), 1）も含まれ、従って皇帝勅法起源のＬＦ法文は我々を拘束するというのである。

その性格付けについて、ＪＡＣはこう続けている。

「しかし、以下のように述べるべきである。それらの法が我々を拘束するのは、それらが［皇帝］フリードリヒの法律の一部だからではなく、それらがautenticaとして、そしてさながらテキストとして『勅法集成』の本に配置され、法律として学校で教授されているからである（先決対物訴権（actio praeiudicialis in rem）についての三三節で既述）[11]」

中世の皇帝勅法としてではなく、『ローマ法大全』の一法文として典拠性が認められる、ということである。参照されている三三節には以下の叙述がある。

「というのも、以下のことは真だからである。フリードリヒによって制定されたある法は、autenticaとしてほぼ字句通りに『勅法集成』に採録され、すべての法学校で正講義（lectura ordinaria）に含められている。そして、フランス王はそれが遵守されるべきであり、あらゆる地方においてそれが法として遵守されることが自らの臣民にとって適切である、と認めているのである。それはフリードリヒへのいかなる従属あるいは命令に基づくものでもない。フリードリヒに対してはフランス臣民は決して従属したことはなく、同盟していたのであり、そして今日においても皇帝とは同盟しているのである（既述）。同様に、フリードリヒの法律について述べたのと同じことを皇帝ユスティニアヌスの書物（『学説集成』［Digesta］、『勅法集成』、『法学入門』［Institutiones］）、そしてそこに収録された法について言うことができる。即ち、それらが遵守されしばしば用いられているのは、従属ゆえにではなく、何らかの慣習法に基づいてなのである[12]。また、それらの書物が編まれた時代にはフランス王国はユスティニアヌスに従属していたからである（既述）」

『勅法集成』をはじめとして『ローマ法大全』に属する法源は、皇帝への服従故にではなくあくまで慣習法として典拠たり得ると考えられた。この考え方は、フランス王国でのローマ法の利用と神聖ローマ皇帝への法的従属を分離する意図の下、仏王フィリップ四世（位一二八五―一三一四）がオルレアン大学に与えた王令（一三一二年）にも見出され

るものである。[13]

内容の要旨は、

① 第一に判決・立法・王令、第二に確実な慣習法、第三に衡平と理によって裁判が行われねばならない。

② 「衡平と理の究理に貢献し、慣習法の理解を助ける」限りにおいて、「いかなる上位者をも認めぬ」フランス国王はローマ法の有用性を認め、ローマ法の研究を許容した。

③ 王国の幾つかの地方においては、臣下達はフランス国王の許可の下にローマ法を用いており、その理由は、彼らがローマ法によって拘束されているからではなく、習俗の中に取り入れられたところのローマ法の模範と一致する慣習法によって規律されているからである。

皇帝勅法起源の法文が規定する封喪失の原因についても、慣習法に取り込まれることによって典拠性を獲得するとJACは説明している。

「同様に、……私は以下のように述べる。LFに採録された法律は我々を拘束しないが、それらがautenticaとして『勅法集成』の本に採録されている場合はその限りではない。それゆえ、LF2, 52と2, 54 (55)の封喪失の原因（五つと考えられる（上述））は、合法な原因と考えるべきではなく、我々を拘束もしない。但し、それらが誠実宣誓で述べられた原因（C. 22, q. 5, c. 18、X. 3, 20, 2［史料ではX. 3, 20, 1となっているが、内容に鑑み誤植と思われる］）の下に帰せしめられ理解される場合、あるいはそれらが慣習法に帰せしめられ合法に時効取得された場合は、その限りではない[14]」

(二) ロンバルド慣習法起源の法文

「さて、既に述べたことに鑑み、私は以下のように述べる……LF中に記されている慣習法は、冒頭から末尾に至るまで、我々フランス王国全体に関する限り無きものとして考えられねばならない。……しかし、封について問題が生じ、

訴えが行われている地方に合法に時効取得された何らかの慣習法が当該事例について存在する場合は、その慣習法に従うべきである。そうでない場合は、ＬＦは排除され、カノン法と市民法にもどるべきである。従って、もし封臣が封を喪失せねばならないか否かが問題になる場合は、裁判官はＬＦ中の封喪失の原因はとりわけ、……そして他のいかなる原因も受け入れるべきではない。但し、C. 22, q. 5, c. 18 とX. 3, 20, 2 に挙げられた原因、あるいはその地方の慣習法に持ち込まれ合法に時効取得された事柄の下に帰せしめられ理解され得る原因については、その限りではない」(15)

㈠で述べたのとまったく同様に、ＬＦ法文としてではなく、カノン法文あるいは当該地方の慣習法としての典拠性を認められる、とされていることがわかる。

以上要するに、ＪＡＣはＬＦという著作自体、あるいはその構成要素たる「ロンバルドの慣習法」や「皇帝勅法」それ自体については典拠性を明確に否定しているが、そこに含まれる個々の具体的法文については、個別にその典拠性を判断する余地を残しているということができる。他方、ＪＡＣの「封建法＝ＬＦに基づく訴権」の叙述、とりわけ封の相続に関する部分においては、地方の慣習法やローマ法源によりＬＦ規定の内容を改変する解釈が見られる。(16)

本稿の最初に述べたように、(17)一般的法源論と具体的レベルでの法源使用が必ずしも体系的整合性を持つとは限らないとすれば、ＪＡＣについても両者を切り離して理解することも可能かもしれない。六三節の一般的法源論はフランス王国について述べたものであり、それ以外の叙述は地域を限定しない議論であると解釈することもできなくはない。しかしここでは、両者を結びつける方向に働く要素に注目してみた。その理由については以下述べることにする。

2　「封建法に基づく訴権」の位置づけ

以上の検討を受けて、最後に「個別法＝封建法に基づく訴権」の中世学識法における位置づけについて、若干の問題点の示唆をしてみたい。

一　「封建法に基づく訴権」はＪＡＣにおいては、ローマ法上の訴権との関係は決して単純な「択一的」「補助的」位置づけにとどまるものではなく、「dominium の証明の困難さ」の回避を初めとする具体的モティーフに基づき、封の取戻のための訴えの主要な手段として選択されていた。ベゼマーのテーゼには、少なくとも再検討の必要性があることが明らかになったと思われる。

但し、管見の限り中世後期の封建法文献には、封の取戻のための訴えの方法としてＪＡＣと同様に封建法に基づくコンディクティオを紹介するものと、しないものが存在する。後者においてはローマ法上の訴権（所有物取戻訴権やローマ法上のコンディクティオなど）のみが挙げられる。この差異は中世を通じて存続したように思われる。封建法に基づくコンディクティオがどの程度確立された考え方だったのかについては、今後の詳細な検討が必要であろう(18)。

二　「個別法に基づく訴権」は、普通法や個別法という様々な法源の並存のなかでいかなる位置づけを持っていたのだろうか。

ＪＡＣは「個別法＝封建法に基づく訴権」を詳細に紹介するが、一般的法源論ではＬＦの法源としての典拠性は明確に否定している。他方、ＬＦの規定の解釈がローマ法源により改変されたり、ＬＦそれ自体の典拠性を否定する一般的法源論もＬＦが他の法源の適用の際に影響を与える可能性は残されていた。

各々の法源が相互に独立した自己完結的な存在であり、ヒエラルヒーを構成しているという近代の法典法体系を念頭に置けば、ＪＡＣのこのような姿勢は理解に苦しむものである。しかし、封の取戻についてのＪＡＣの叙述において、法源としての典拠性如何は全く問題とされていなかった。中世学識法学者にとってはローマ法かＬＦかという法源の形

式的相違はそれほど意味を持たず、問題に対して適切な解答を得るために用いられる法的資源として同列に理解されていたとすれば[19]、必ずしもおかしなものではない。

「個別法に基づく訴権」とはいっても、学識法的な取り扱いの対象となった時点でそれはＬＦだけで自己完結したものではあり得なかった。封建法文献においてＬＦの規定が解釈される際にも、ローマ法・カノン法の理論・法文が縦横無尽に適用されているのである。封建法文献は封という中世特有の問題を、ローマ法に代表される学識法により解決しようとした。確かにその際、法的資源としてＬＦは重要な位置を占めていたのであるが[20]。

「封建法に基づく訴権」は、当時実務上重要だった封建関係に対処するために、封に関連性を持つと考えられた種々の法源を法的資源として用いて新しい訴権を創出する試みであった。その意味では、その際ＬＦが重要な位置を占めていたとはいえ、「個別法＝封建法に基づく訴権」としてローマ法上の訴権と二項対立的に理解すべきものでは必ずしもない。むしろ中世学識法学がローマ法源やそれから導かれる制度を中世の現実・実務に適用するための操作の一こまであり、「vel quasi 訴状」などと同列に把握することができよう[21]。

（1）別稿にて詳細に論じる予定である。本稿（一）での予告にもかかわらずこの点についての叙述を欠くこととなり、おわび申し上げる。

（2）ジャン・フォール（Jean Faure [Johannes Faber/Fabricius]）はフランス・ボルドー近くのアングレームに生まれ、モンペリエで（その後ボローニャでも?）学んだ。教育への従事の有無については議論がある他、アングレーム地方でのadvocatus やセネシャルとしての経験も持つ。ＪＡＣと同様訴訟法書に分類されるCommentarius in Institutiones（一三三五－一三四〇頃）などの著作は一六世紀にも何度も出版されている。著作は実務的性格を強く持ち、当時の現実の問題の

解決、慣習法（特に consuetudo regni franciae）の重視、実務経験に基づく実践的アドバイスが多々見られる。その名声は早くから広く知られ、ローマ法のみならずフランス慣習法の大家として後世まで高く評価されていた。封建関係のローマ法的把握にも強い関心を持ち、いわゆる「重畳的分割所有権論」（本稿（二）一八〇頁注（7）参照）を確立したことは、デュムランをはじめ後々まで大きな影響を及ぼすものであった。Fournier, Paul; Jean Faure, légiste. dans: Histoire littéraire de la France 35 (1921), pp. 556-580. Boyé, André-Jean; Notes sur Jean Faure. dans: Etudes d'histoire du droit privé, offertes à Pierre Petot (1959) pp. 27-38. Lange, Hermann und Kriechbaum, Maximiliane; Römisches Recht im Mittelalter Bd. II. Die Kommentatoren (2007), S. 581-593. 及びそこに示された文献を参照。

（3）『ローマ法大全』の一部を構成する『新勅法』（Novellae・一六八の勅法を収録）の法文の中には、『勅法集成』（Codex）の古い勅法を変更しているものがある。autenticaとは、『新勅法』の中世のテキストであるAuthenticum（一三四の勅法を収録）から抜粋され、それによって修正される『勅法集成』の個々の法文の後ろに挿入された法文のことである。Lange; Römisches Recht im Mittelalter, Bd. I, S. 74ff.

（4）JAC; fol. 94va-vb. “super eis dico breuiter quod consuetudines libri feudorum non sunt in regno francie allegande: nec nos astringunt in aliquo: et idem dico de legibus in illo libro repositis nisi quatenus redacte sunt pro autenticis in libro C. Item in summa si oriatur aliqua questio super feudo si in illo loco in quo agitur sit super illo negocio consuetudo aliqua legitime prescripta seruetur illa: et si non sit ibi consuetudo talis per quam questio possit terminari si sit ibi consuetudo super simili negotio seruetur illa: et si non sit consuetudo super illo negocio nec super simili negocio spretis semper consuetudinibus libri feudorum recurratur ad ius ciuile: et secundum illud determinabitur quod attento et considerato sacramento fidelitatis et verbis in eodem subintellectis: et verborum illorum exponere（一五七五版では expositione）et interpretatione de quibus habetur xxii. questione.v. c.de forma.”

（5）本稿（一）注（41）の文献を参照。

（6）本稿（一）一一頁以下参照。

（7）テキストはLugdunum 1543（源河達史新潟大准教授のご厚意による）による。

“.....Qui domino suo fidelitatem iurat, ista sex semper in memoria debet habere: incolume, tutum, honestum, vtile, facile,

possible. Incolume videlicet, ne sit in damnum domino suo de corpore suo. Tutum, ne sit ei in damnum de secreto suo, vel de munitionibus per quas tutus esse potest. Honestum, ne sit ei in damnum de sua iustitia vel de aliis causis quae ad honestatem eius pertinere videntur. Utile, ne sit ei in damnum de suis possessionibus. Facile vel possible, ne id bonum quod dominus suus facere leuiter poterat, faciat ei difficile: neve id quod possibile erat, reddat ei inpossibile. vt fidelis hec documenta caueat, iustum est. Sed quia non sufficit abstinere a malo, nisi fiat quod bomum est: restat vt in eisdem sex supradictis consilium et auxilium domino suo fidele prestet, si beneficiis dignus videri vult, et saluus esse de fidelitate quam iurauit.....”

この法文はほぼ同文でLF2, 6 (De forma fidelitatis) として採録されている。南仏実務における本法文の受容については、Giordanengo, Gérard; Epistola Philiberti. Note sur l’influence du droit féodal savant dans la pratique du Dauphiné médiéval. dans: Féodalités et droit savants dans le Midi médiéval. (1992). (初出・Mélanges d’archéologie et d’histoire publiés par l’Ecole francaise de Rome. 82 (1970) pp. 809-853) . id.; Le droit féodal dans les pays de droit écrit. (1988) を参照。

(8) “sed et probabiliter posset dici quod ille quinque cause amittendi feudum que sunt in (一五七五版ではdictum) constitutionem imperialem non sunt vere cause amitendi feudum de iure nisi quatenus possent reponi et reduci sub septem aliis causis vt statim dicetur.”

(9) 注（15）の史料も参照。

(10) 例として複数の法文が挙げられている。その一であるAuth. cassa et irrita. post C. 1, 2 (5), 12 にはオドフレドゥス（一一一八以前―一一六五）により注釈が付され、LFの『第一〇編』への編入が神聖ローマ皇帝フリードリヒ二世（位一一一二―一一五〇）の命令によるものであり、皇帝によりLFのすべての規定が無条件に承認されたとして、LFの典拠性の論拠として広く用いられたものである。 Danusso; Federico II e i Libri Feudorum.

(11) JAC; fol. 93vb. “Sed dicendum est quod iura illa non astringunt nos: quia in legibus frederici sunt: sed quia pro autenticis et quasi pro textu reposita sunt in libro codicis et pro legibus leguntur in scolis vt dictum est supra in titulo de preiudiciali in rem”

(12) JAC; fol. 56va. “quia verum est quod aliqua iura per federicum condita fuerunt quasi textualiter reposita in C.iustiniani pro autenticis; et sunt admissa in lectura ordinaria per omnia legum studia: et rex Francie permittit quod obseruetur (一五

七五版ではobseruentur）et placet populo suo in quibusdam locis ea pro iure obseruari non ex aliqua subiectione seu mandato federici cui nunquam subiecti fuerunt: sed federati fuerunt: et hodie etiam federati sunt imperatori; vt dictum est. Item quod dictum est de legibus federici. idem potest dici de libris iustiniani imperatoris. s. de libris ff. et codicis: et insti. et de iuribus in eis contentis. s. quod non seruantur nec frequentantur ex subiectione: sed ex quadam consuetudine; et quia tempore quo illi libri fuerunt conditi regnum Francie subiectum erat iustiniano; vt dictum est”

（13）大久保泰甫「フランス中世王権とローマ法」『法制史研究』一三三号（昭四八）六一一―六五頁。

（14）JAC; fol. 94rb. “Item dico.....quod leges reposite in libro feudorum non astringunt nos nisi quatenus pro autenticis reposite sunt in libro. C. et sic cause amittendi feu. que sunt de prohibita feu. alie. per lotharium et de prohibita feu. ali. per fre. que videntur esse quinque vt supra dictum est non debent reputari cause legitime nec astringunt nos nisi quatenus possunt reduci vel intelligi sub illis causis que sunt in sacramento fidelitatis. xxii. questione. v. capit. de forma et extra de feu. capitu. i. vel nisi quatenus sunt in consuetudine reducte（一五七五版ではinductae）et legitime prescripte”

X. 3, 20, 2, Gl. Alienari. “Si vasallus alienat totum feudum, vel maiorem partem, perdit feudum. et dominus a quolibet possessore potest illud reuocare. si vero minorem partem eius dat in libello, vel obligat pignori, dummodo remaneat in seruitio domini, propter hoc non perdit feudum; vt in libro feu. quibus mo. feu.amit. [LF. 1, 5] §ii. et iii. T.”

Gl. filium. “.....scire debes quod si vasallus intra annum et diem inuestituram feudi ab heredibus domini non quesierit, vel domino petente iuramentum fidelitatis tertio commonitus non prestiterit, vel aliquam feloniam contra tenorem iuramenti fidelitatis fecerit, perdit feudum, et reuertitur ad dominum. Si vero aliquid graue contra dominum perpetrauerit, puta fratrem eius vel patrem interfecerit, vel aliquid graue, si feudum est paternum, amittit illud: et non ad dominum, sed ad confeudatarios suos pertinet: vt in libro feudorum: quibus mod. feud. amit. [LF1, 5] §vlti. sed ad filios illius non pertinet. Tan.”

（15）JAC; fol. 93vb. “Nunc consideratis predictis dico....quod consuetudines scripte in libro feudorum a principio vsque ad finem pro nichilo haberi debent quantum ad nos in toto regno francie.....Sed si super feudo orta fuerit questio si sit super illo negocio aliqua consuetudo legitime prescripta in loco illo in quo agitur seruetur illa alias spreto libro feudorum recurratur ad ius canonicum et ciuile: et tunc si questio fiat an vas. debeat amittere feudum, iudex non recipiet causas amittendi

feudum que sunt in libro feudorum potissime.....nec aliquas alias nisi illas que sunt xxii. questione v. capit. de for. et extra de feu. c. ii. vel quae possunt reduci vel intelligi sub illis que sunt in consuetudinem deducte in loco illo: et legitime prescripte"

(16) これは当時広く見られた現象であった（本稿（一）一七頁参照）。女子による封の相続に即してこの点を論じたものとして、Danusso; Donna を参照。

ＪＡＣでは、五六節で封の譲渡に関するＬＦの規定が慣習法（consuetudo huius patriae）により改変されている例、六二節では相続から廃除された息子による封の相続、封の相続順位、直系尊属による封の相続について、ＬＦの規定がローマ法源により改変される例が見られる。

(17) 本稿（一）参照。

(18) 別稿で詳細に取り上げることにしたい。

(19) 本稿（一）一章1参照。

(20) このような法のあり方の下では、裁判官の職権の裁量が法的関係の認識において重要な役割を果たしえたであろうことを指摘しておきたい。Meccarelli, Massimo; Arbitrium iudicis und officialis im ius commune: Ein Instrument für die Vermittlung zwischen einen allgemeinen Recht und der örtlichen Realität (XIV –XVI Jahrhundert) in: ZRG GA 115 (1998) S. 552-565. を参照。

(21) 小川浩三教授（桐蔭横浜大学）による拙稿「西洋中世における訴権の訴訟上の意義」への書評（『法制史研究』五六号三四一頁以下）を参照。

◇本稿の原案については、平成一九年八月の「北大ローマ法研究会」で報告を行い、出席者の方々から多くの有益な指摘を頂いた。記してお礼申し上げる。

論　説

無権限者による他人の物の処分と他人の債権の取立による不当利得（三）

――自己の権利領域への無権利者による干渉に対する反動的請求――

藤原正則

目　次

一．はじめに

二．ドイツ法の経緯と現在の状況
1．ドイツ民法典の制定の前後の議論
（1）後期普通法下の不真正事務管理と不当利得
（2）学説の議論
（3）ドイツ民法典の出発点
（4）フロインドの議論
2．他人の物の無権限の処分
（1）ライヒ裁判所の判例
（2）学説の動向
（a）ライヒ裁判所の判例以前から、ＢＧＢ八一六条一項一文の適用、又は、類推適用を支持していた学説
（b）判例に反対の学説
（c）判例に賛成の学説
（3）第二次世界大戦後の判例・学説による所有権保護の拡大
（a）連邦通常裁判所によるライヒ裁判所の判例の継承と発展
（b）学説による追認の一層の擬制化
2―1．小括
3．他人の債権の無権限の取立
（1）ＢＧＢ八一六条二項の機能
（2）ライヒ裁判所の判例と初期の学説
（a）ライヒ裁判所の判例
（b）初期の学説
（3）連邦通常裁判所の判例と第二次世界大戦後の学説
（a）連邦通常裁判所の判例

（以上、五九巻二号）

（以上、五九巻三号）

（ｂ）判例に反対の学説
（ｃ）判例を支持する学説
3－1．小括
三．日本法の状況と問題の整理
1．他人の物の無権限の処分
（1）はじめに
（2）他人の物の処分に関する（裁）判例
（3）他人の物の処分に関する学説
2．他人の債権の無権限の取立
（1）他人の債権の回収に関する（裁）判例
（2）他人の債権の回収に関する学説
四．おわりに

（以上、本号）

（ｂ）初期の学説

既に見たように（二．1．（2））、民法典の制定前は、他人の債権の回収の追認が可能かは、事務管理の問題として、しばしば議論されていた。ただし、無権利者による他人の物の処分の追認とは異なり、他人の債権の回収の事例では、民法典制定後の学説では殆ど議論がなかった。例えば、一九四三年のシュタウディンガー・コメンタールでも、弁済が無効な場合も、ＢＧＢ八一六条一項の場合と同様に、債権者は弁済を追認すれば、弁済は有効となり、ＢＧＢ八一六条二項の適用の要件を具備するとされている。しかし、そこで引用されているのは、二つのコメンタール（RGRKomm.5; Planck Ⅲ）と、文献（Oertmann, Körting）が二点だけである[11][12]。そこで、以下では、エルトマンとケルティングの論考

を紹介する。

エルトマンは、上記の③判決の評釈で、ライヒ裁判所の判決理由には疑念を表明している。しかし、他方で、エルトマンは、BGB八一六条二項の適用により同じ結果に至るから、判決の結論には賛成だとしている。すなわち、債権者が給付を追認すれば、給付は有効となり、同条の要件は具備される。債権者が弁済受領者に給付の返還を請求すれば、追認の意思は推認されるというのである。(13)

ケルティングは、まず他人物の無権限処分の追認が可能という通説・判例を支持する。さらに、ケルティングによれば、BGB八一六条二項が適用されるのも、無権利者による処分のケースである。なぜなら、同条一項にいう無権利者が処分した「対象（Gegenstand）」には、債権も含まれる。かつ、履行の目的で第三者に給付がされた場合に、無権利者の処分の追認を規定するBGB一八五条の適用を指示するBGB三六二条二項からは、弁済の受領は債権に関する処分だとみなされているからである。(14)

つまり、エルトマンとケルティングは、他人の物の処分の追認が可能なことを前提に、文言解釈により問題を肯定していると考えられる。以上の議論からは、民法典の制定以前の実質的な議論は一旦は忘却され、新たに立法されたBGBの規定の文言だけを根拠に追認の可能性が基礎づけられていると評することも許されるのではないかと考える。(15)

（3）連邦通常裁判所の判例と第二次世界大戦後の学説

（a）連邦通常裁判所の判例

①連邦通常裁判所一九五八年六月二六日判決（WM1958, 1222）

［事実の概要］博労Aはベルギーの博労Bと、一九四八年一一月二四日、一二月一六日に、荷馬五〇〇匹をドイツに搬送し、反対にドイツの軍馬をベルギーに送ると合意した。以上の合意に関する所轄官庁の許可を受けた上で、ジョイント・エクスポート・インポート・エイジェンシー（ＪＥＩＡ）有限会社は、一九四九年一月一八日に、ベルギーの馬匹の搬送に関して、合計二五万ドル＝八三万四二五〇マルクで売買契約をBと締結した。ＪＥＩＡの委託で、ドイツ全州銀行（ＢｄＬ（die Bank deutscher Länder））[16]はブルッセルの銀行に、Bのために一〇九九万六八七五ベルギーフラン＝二五万ドルの撤回権を放棄した信用状を開設し、Bはその満額を受領した。一九四九年の初めに、Bは五〇八匹の馬匹をベルギーから搬送した。一九四九年一月一八日の売買契約の四号で馬匹の受領者と定められていたAは、所轄官庁の許可も得た上で、国境で馬匹を受領し、Aによれば七四万四六〇一マルクで転売した。売却代金の一部を、AはAらが設立したJ有限会社がX銀行に有する一九九一九番口座に払い込んだ。

ところが、Aが信用状の支払いを怠った上に、催告に応じなかったため、一九五〇年六月二二日に地裁の差押命令および、差押質権の決定を得て、ドイツ全州銀行は、AのJ有限会社の持分、AのJ有限会社に対する請求権、および、一九九一九番口座を差し押さえた。第三債務者としては、J有限会社があげられていた。以上の差押に対する異議の訴えは提起されなかった。

一九五〇年一二月五日に、Jは、ドイツ全州銀行の承継人としての被告に、一九九一九番口座からの引出のために、一九五〇年六月二二日の差押、差押質権との関係で、一〇万マルクの執行可能な債務承認を行った。さらに、一九五〇年一二月一一日に、Aは被告に対して、総計八三万四二五〇マルクの信用状の内、執行受諾文言を付した上で六〇万マルクの債務を承認した。

原告は、一九四七年一二月一八日から一九四九年一二月一三日まで、Aと婚姻関係にあった。婚姻の解消後、原告は

Aに対して扶養と共同経営していた会社の利益分配を原因とする債務名義を取得した。しかし、Aの事業報酬は一九九一九番口座に入金されており、原告の強制執行は功を奏さなかった。原告は、以上の財貨移転を詐害行為（Gläubigerbenachteiligung）として取消して、Jに合計一一万一〇〇〇マルク余の支払いを命じる判決が確定した。原告は、Jから三八〇一、七〇マルクの弁済を受けたが、一〇万七八五八、四五マルクの残債務があった。

一九五一年五月二二日に原告は、X銀行を第三債務者とするJのX銀行の口座からの払い戻し請求権を差し押さえた。原告の差押の時点での一九九一九番口座のJの預金高は、一五万三四九〇、〇一マルクだった。X銀行によると、原告の差押えに先行して、以下のJの口座の差押えがあった。

一．会計金庫の一二万三九四〇マルクの差押。

二．ドイツ全州銀行の二三万七七五〇マルクの差押。

三．被告の三万六六、二七マルクの差押。

口座の一五万三四九〇、〇一マルクから、一九五一年八月又は九月に会計金庫が被告の同意を得て、三万マルクの弁済を受けた。残額一二万三四九〇、〇一マルクから、一九五一年九月二四日に被告は口座振替を得た。

原告は一審、原審で、被告に一〇万七八五八、四五マルクの支払いを求めた。理由は、原告の強制執行を免れるという債権者を害する目的で、J有限会社は一九九一九番口座から被告に払い戻させ、かつ、被告はJの意図を知っていたからである。さらに、予備的に、Jの口座の預金から被告に対してドイツ全州銀行の無効な差押えに基づいて支払われたが、その払い戻しは原告の差押えに対して効力がないことを理由に、不当利得を根拠に原告は二万八〇〇〇マルクの支払いを請求した。

被告は、Jの害意の存在を争った。一審・原審は、原告の訴を全て退けた。上告は一部認容され、一部は破棄差戻し

された。

［理由の概要］「原審は、上告理由で問題とされた、原告はＢＧＢ八一六条による不当利得に基づいて被告に二万八〇〇〇マルクの返還請求ができるかという問題を、以下の理由で退けた。

ドイツ全州銀行の承継人として被告は、Ｊの弁済を受領した。したがって、ＢＧＢ八一六条二項は適用されない。一九九一九番口座の預金の払い戻しによって、原告が差し押さえたＪのＸ銀行に対する債権を、被告が「処分」したとしても、せいぜいＪとＸ銀行の不当利得返還請求が問題になるにすぎない。しかも、ＢＧＢ八一六条一項二文にいう無償の処分は存在しないから、被告は原告に対して処分により取得したものの返還の義務を負わない。

これに対して、上告理由は、一九九一九番口座に関する限りは、一九五一年六月一日と九日の原告の仮差し押さえに先行する一九五〇年六月一六日のドイツ全州銀行の差押えは有効ではない。差押えの基礎となる実体法上の請求権は存在しない。被告の差押えは、債務者Ａに対する債務名義によるものであり、Ｘ銀行の口座の権利者であるＪに対する債務名義に基づくものではない。したがって、被告は口座に対する権利を取得してはいない。反対に、時間的に遅れた原告の差押えは有効である。Ｘ銀行は被告に弁済すべきではなかった。よって、Ｘ銀行は原告に対する債務から解放されてはいない。しかし、だからといって、ＢＧＢ八一六条二項の適用が排除されるわけではない。なぜなら、銀行の被告に対する給付を原告は追認し（genehmigen）、自ら有効としている。したがって、被告は取得したものの返還義務を負うというのである。

Ⅰ．原告はＢＧＢ八一六条二項に基づいて被告に不適法な給付の受領の返還を請求している。原審の見解とは違って、以上の請求は、給付者が不適法に処分したか否かとは無関係である。重要なのは、第三債務者に対する債権を給付受領者が権利者の損失によって消滅させたのかということだけである。

1．原告に不当利得返還請求権が帰属するか否かは、関係者の中の誰がX銀行のJの口座の債権を有効に差し押さえたかであり、差押による換価によって満足を受けられたかに係っている。時間的に先行するドイツ全州銀行の差押えが、原告に対して無効であり、給付が原告に対して効力を持つとされ、保全差押えの換価の可能性を失わせたなら、被告の口座からの受領は原告に対して不適法な給付受領となる。

その際に、X銀行が原告に対する支払い義務を免れず、債権の差押えゆえに義務を負っていたとしても、原告が無権利の被告に対する給付を追認して（BGB一八五条二項）原告に対して債権的効力を発生させた場合も、原告に対して有効な給付と同じだと考えることができる。なぜなら、以上のような方法で、原告には、第三債務者に対する差し押さえた債権の行使と、給付受領者に対する不当利得返還請求権の選択権があるからである（BGH, LM Nr.6 zu §816 BGB m.Nachw.）。

原審の事実認定によれば、JのX銀行に対する債権の原告の差押えだけが有効なことが明白である。

・・・・・・・・・・・・

Ⅱ．・・・・

1．BGB八一六条の意味で「権利者（Berechtigter）」とは、無権利者の処分、つまり、本件では給付受領の権限があったが、処分により侵害を受けた者である（RGZ119, 337）。債権の場合は、原則として債権者、債権の差押では、取立権限があるのは差押質権者である。債権の差押えはあったが、債務者に対する取立が行われていない間は、BGB一二八一条の準用で債権者と差押質権者の双方に対してだけ給付することができる（RGZ104, 34; Warn.1921 Nr.294; RGZ108, 318, 320）。したがって、両者ともBGB八一六条二項の意味での共同の権利者である。債権者と差押質権者の権利を無視して、第三債務者が第三者に給付し、例外的に給付が有効なときは、両者とも無権利の第三者に対してB

(17)

ＧＢ八一六条二項により取得したものの返還を請求できる（Planck 4.Aufl., Anm.4; Staudinger 10.Aufl., Anm.7; Erman 2.Aufl., Anm.2c §816 BGB）。

他方で、差押債権者の権利を無視して、第三債務者が債権者に弁済したときは、第三債務者の弁済は差押債権者に対して債務の弁済効を持たない（§432 BGB; RGZ64, 28も参照）。ただし、何らかの法的理由で、差押債権者が債務の履行を自分に効力のあるものと認めなければならないときは、既に取立前に自己と債権者に共同で給付を請求できる権利を侵害されたことになる。なぜなら、差押債権者が質権を換価できるようになれば即座に、差押債権者は共同で取り立てた債権から満足を受ける可能性を失うからである。

無権利者である第三者に対する給付が有効なときは、共同の債権の侵害は換価権の完全な喪失が帰結される。債権取立の決定の要件が完全に具備されたときも、差押債権は消滅しているから、債権の差押・取立は効力を持たない。第三者の給付が初めから差押債権者に対して有効だったときだけでなく、差押債権者が第三者に対する給付を後に追認したときにも、以上の法効果が発生する。

・・・・

Ⅲ. Ⅳ.

Ⅴ. したがって、ＢＧＢ八一六条二項により、被告は原告の損失により取得したものの返還の義務を負う。ゆえに、Ｘ銀行のⅠ. の預金に対する原告の差押質権が被告への支払いにより侵害された限度で、原告の不当利得返還請求を全て退けた原判決は破棄される必要がある。以上の金額は、二万八〇〇〇マルク、及び、一九五一年九月二四日以後の遅延利息年四パーセントと、原告は計算している。・・・・」

先に見たように、ライヒ裁判所の判例は、債務者の無権利者への給付を債権者が追認して（ＢＧＢ一八五条二項）、

自らＢＧＢ八一六条二項の要件を具備させた上で、無権利者に対して不当利得返還請求できるかという問題に対して、否定的又は懐疑的だった。ところが、（BGH, LM Nr.6 zu §816 BGB（筆者未見）を踏襲した）本判決で、以上の可能性を簡単に肯定している。かつ、この判決は、その後も踏襲され、確定判例となっていく。以下では、そのような一連の判例を紹介することにしよう。

②連邦通常裁判所一九六六年一一月二三日（BB1967, 187）

［事実の概要］Ｋ社が銀行（原告）に、他の特定の会社、その支店、代理人の倉庫に現在及び将来保管する自社の商品全てを、譲渡担保に供し、顧客に対する現在及び将来の債権を譲渡した。後に、Ｋ社は第二の譲渡担保権者に在庫商品を譲渡し、商品から発生する顧客に対する債権を「通知なしで債権譲渡」する方法で譲渡した。第二の譲渡担保権者は、商品の一部を譲渡担保設定者の名前で売却し、売買代金を受領した。原告は第二の譲渡担保権者（被告）に代金の返還を請求した。連邦通常裁判所は、最終的な結論は下さず、返還請求の可否に関して、以下のように説示した。

［理由の概要］第二の譲渡担保権者が商品を譲渡担保設定者の名前で売却したときは、譲渡担保設定者だけが権利を取得し、それは設定者自身が商品を転売した場合と変わらない。債権の善意取得は存在しないから、商品の受領者に対する売却代金の債権者となるのは、（最初の）債権譲渡に基づく譲受人の銀行以外にはあり得ないと、連邦通常裁判所は判示する。その上で、連邦通常裁判所が説示するには、

「だからといって、このような場合に原告（銀行）が被告（第二の譲渡担保権者）に対して受領した売却代金の返還請求権を取得するか否かは、また別の問題である。控訴審（原審）は、被告がどのようにして債権を取り立てたかを認定していない。被告の行動様式は一様ではない。

a)被告がK社の名前で売買代金債権を取り立てた場合は、被告はK社の代理人であり、取立授権の付与を前提とすれば、取り立てられた金銭の所有権はK社に帰属する。その場合は、被告ではなくK社が、原告に譲渡された債権を侵害している。K社が被告に取得した代金を自由に使用させたか、被告がK社の名前で取り立てた金銭をK社に交付していない場合は、原告と被告の間の直接の法律関係が成立する余地はない。直接の利得移動は存在しないから、特に、被告は原告の損失によって利得したわけではない。場合によってはK社が原告に金銭を引き渡す義務を負い、被告に対する債務の弁済のために使用してはならないとしても、原告に被告に対する請求権が与えられるわけではない。被告が原告との関係で不法行為を犯し、損害賠償義務を負っているという状況も見あたらない。同様に、被告がK社と原告の間の法律関係の代理を行い、被告が信頼を裏切り、自己の利益を追求して原告に損害を与えたことで利得し、信義則上損害賠償義務を負うという事情も、原告は主張立証していない（BGHZ14, 313, 317を参照）。

b)考え得るのが、被告が商品をK社の名前で売却はしたが、K社が倒産したために、債権譲渡を明らかにし、自己の名前で譲受人として債権の弁済を受けたことである。債権譲渡は効力がないから、買主は売買代金を真の債権者の原告に支払ってはおらず、被告は他人、つまり、原告に帰属する債権を取立によって処分したことになる。しかし、被告がK社との間の債権譲渡を買主に通知した結果、BGB四〇九条が適用されるか、原告が被告に対して返還請求することで、被告の処分をBGB一八五条で追認したがゆえに（BGH Urt. v.25. Januar1955-LM BGB §816Nr.6）、買主が原告に対する債務から解放された可能性はある。その場合は、原告は被告に対して、BGB八一六条二項により取得したものの返還請求が可能である。原告は被告に、自己の名前で債権を取り立てる授権を与えていないから、被告は原告との関係で無権利者である。確かに、原告は、K社が通常の営業活動として商品を処分することを許していた。しかし、K社が売却代金債権を被告に譲渡したときは、この約定に反したこととなる。K社は売却代金を原告に対する債務の弁済

ではなく、他の信用供与者に対する債務の担保のために利用している。これは譲渡担保設定者に与えられている取立授権の範囲を逸脱している。本件では、例外的に、売買代金債権を他の信用供与者に譲渡し、譲受人が自分の名前で債権を回収して良いと、原告がK社に許可していたという事情は、当事者の主張からは見て取れない。仮に、原告とK社の間にそのような合意が存在したとしても、原告はまずは売却代金から満足を受ける予定だったはずだから、このような授権を原告がK社の破産の際に撤回していなかったかが問題となる。以上のような事情があれば、原告の請求には根拠がある」

本判決は、被告が（譲渡人K社の代理人として）K社の名前で債権の弁済を受領したときは、被告は債権の弁済受領をしていない。したがって、BGB八一六条二項の要件（「無権利者への給付」）がそもそも存在しない。他方で、被告が債権譲渡を債務者に通知すれば、BGB八一六条二項の要件が満足させられる可能性がある。つまり、弁済受領者たる被告への譲渡に優先する原告への債権譲渡を、債務者が知らない場合は、BGB四〇九条により債権者への弁済効を有するから、BGB八一六条二項が適用される。さらに、債権者が弁済を追認した場合も、同条の要件が具備されることになると判示している。つまり、無権利者への弁済の追認が可能ということを前提とするなら、至極当然の事理を判示したものである。

③連邦通常裁判所一九六九年一二月一八日判決（BGHZ53, 139）

［事実の概要］一九六五年六月二九日から一九六六年六月二〇日にわたって、請負人RがH株式会社から委託された高層建築に、原告は建築鋼材、鉄製品を供給した。原告の主張では、以上の給付は、原告の供給・支払約款に基づいて行われた。同約款では、引き渡した商品に対する所有権留保とその売却による債権の譲渡を定めていた。

他方で、被告銀行は、Rに多額の与信を与えていた。以上の与信の担保のために、一九六五年二月二二日、被告とRとは、予め印刷された模範契約で、RのH株式会社に対する「現在及び将来の債権」の「包括的譲渡」を行った。

H株式会社はRの請負代金を、Rが被告銀行に有する口座に払い込んだ。以上の口座に支払われた金銭の一部は、原告に帰属するというのが、原告の見解である。つまり、原告は、H株式会社の高層建築への材料として、Rに四万六一九六、一四マルクの資材を供給した。RのH株式会社に対する報酬請求権は、上記の金額の範囲では、供給契約に含まれる延長された所有権留保の方法で、原告に譲渡された。以上の限りで、被告は無権利者として、原告の債権を回収したというのである。その結果、原告は、一部請求として二万マルクの返還を求めて訴えを提起した。被告の反論の中心は、Hの支払った代金を、被告はRの債務の弁済として受領したということである。

第一審（ウルム地裁）は請求認容。原審（シュトットガルト高裁）は請求棄却。上告は棄却された。

［理由の概要］「I. H株式会社は一部は原告に帰属する債権を被告に支払ったから、BGB八一六条二項の請求権が原告に帰属するかを、控訴審は検討している。控訴審は、RのH株式会社に対する債権は二万マルクの限りで延長された所有権留保の形で、有効に原告に譲渡されたと認定した。さらに、包括的債権譲渡は一九六五年二月二二日で、原告のH株式会社の建築工事への供給は一九六五年六月二九日に始まっているが、包括的債権譲渡は効力がなく、原告への譲渡が被告への包括的債権譲渡に優先することを、控訴審は当然の前提としている。控訴審も第一審も、被告への包括的債権譲渡は、包括譲渡契約書三号ゆえに効力がないと考えているようである。つまり、同号では、『供給者の供給条件（延長された所有権留保）により債権が既に第三者へ譲渡されているときは、例えば、後に担保権設定者が供給者に弁済して、担保権設定者が債権を取得すること停止条件として、銀行に債権が譲渡される』と規定している。

しかし、原告、被告のいずれへの譲渡が有効かを決定する必要はない。なぜなら、仮に原告への譲渡が有効だとして

も、他の理由で控訴審はＢＧＢ八一六条二項の適用を否定しており、その判断は適切だからである。

1．控訴審の説示では、Ｈ株式会社は、被告に対してではなく、Ｒに「給付している」。被告は、Ｈ株式会社の給付した金額を、Ｒの支払場所（Zahlstelle）として受領したにすぎない。Ｒに対する給付の根拠は、原告がＲに授与し、かつ、撤回されていない取立授権である。つまり、Ｈ株式会社が直接Ｒに支払い、Ｒが被告の口座に支払ったのと、同じことである。Ｈ株式会社の支払いの一部は、Ｒの口座への振り込みによるものではない。つまり、ＲはＨから三通の小切手（合計一二万七六六三マルク）、及び、手形（九万マルク）を受領し、これを被告に交付した。Ｒの債権を包括的債権譲渡に基づいて被告が請求したこと、又は、債権の譲渡を受けた事実をＨ株式会社に通知したなどという事実を、およそ原告が主張立証したことはないというのである。

以上の控訴審の認定に従えば、Ｈ株式会社の被告への給付という要件が存在せず、ＢＧＢ八一六条二項は適用されないという、控訴審の見解は支持されるべきである。Ｈ株式会社が譲受人としての被告に給付するという意思があり、かつ、その意思を表明していたというなら、少なくともＨ株式会社は被告への債権譲渡を知っている必要があった。さらに、Ｈ株式会社は包括的債権譲渡の通知を受けていたと、被告が考えていた場合に限って、Ｈ株式会社の振込を、被告は包括的債権譲渡に基づく給付と考えることが可能だった。ところが、被告にせよＲにせよ、当初は通知なしの債権譲渡をＨ株式会社に明らかにすることで、Ｈ株式会社が通知を受領したとは、原告は全く主張立証していない。つまり、Ｒから知らされた被告銀行のＲの口座にＨ株式会社が給付したという以上の事実が認められないなら、その場合は、現実には、給付は被告ではなく、原告の与えた債権の取立授権に基づいてＲに対して行われたことになる。だから、その場合は、被告は単にＲの支払場所として活動していたにすぎない。そうすると、被告への給付は存在せず、ＢＧＢ八一六条二項の要件は具備されていない（BGH Ⅷ ZR 177/64 vom 23. November 1966-BB1967, 187-; KG WM1962, 1384;

Flume, JZ1960, 637. 既に、NJW1959, 913, 921 で債権譲渡の通知があった場合も、ＢＧＢ八一六条二項の適用は否定されている）。当裁判所は、同様の事例で（BGHZ32, 357, 360f.）、被告銀行が有効に行われた債権譲渡を通知し、明示的に自己への弁済を債務者に指示したという点を重視した。控訴審判決と上告理由で引用されたBGHZ26, 185 の当裁判所の判決は、控訴審が適切に説示するとおり、被告銀行が譲受人として取り立てた事例である。かつ、そこでは本件の争点は争われていない。

さらに、本件では、ＲはＨ株式会社から手形及び小切手を受領し、これを被告に交付したから、振込による支払い以上に、Ｈ株式会社の被告への給付があったとは評価しがたいケースだという点にも注意すべきである。

2. 上告理由は、控訴審の認定に反対して、被告は譲受人として弁済を受けたと主張しているが、そうではない。

a)上告理由は、一個の弁済を『二重効』に分裂させる、つまり、まず譲渡人（本件では、R.）に第三債務者（Ｈ株式会社）の債務が弁済され、同時に、銀行に譲渡された債権を銀行が取得したと考えるのは、『経済的、法的、かつ、思考法則上』不可能であると主張する。しかし、以上の考え方は妥当ではない。譲受人としてではなく、単なる弁済場所としての銀行に給付されたときは、真の債権者（本件では、原告）から与えられた取立授権に基づいて譲渡人が債権を取り立てたから、債権は弁済されたことになる。取立授権の効力により、原告は弁済が自己に対して効力があるとみなす必要があるのであって、ＢＧＢ四〇八条一項に基づいて『無権利者』の被告に対する給付が原告に対して有効となるわけではない。

b)上告理由は、被告は弁済を口座入金と同時に処分したから、『被告に払い込まれた弁済』をＲが処分することは不可能であると指摘する。上告理由の主張が、払い込みはＲの口座の借り方を減少させるにすぎないから、Ｒの処分の可能性を否定されるという考え方に基づいていることは明白である。そうすると、そもそもＲの預金は存在しなかったの

だから、Rが処分できるものは何もないということになる。しかし、以上の事実は重要ではない。決定的なのは、Rが取立授権に基づいて請負代金債権を処分できたことであり、それゆえ、請負代金債権はRへの給付によって弁済されたという事実である。

c)H株式会社に包括的債権譲渡について被告が通知していた事実を、既に説示したように、原告は主張していない。・・・・・・・」

本判決でも、被告（銀行）が債務者の弁済を受領したか否かが争点となっている。本判決では、被告（無権利者）への債権譲渡を債務者は知らされたという事実を、原告（債権者）は主張立証していないとされている（加えて、債務者の弁済は、手形・小切手によるものだったという事情もある）。したがって、債務者は譲渡人に弁済したのであって、無権利者（被告）への給付は存在せず、BGB八一六条二項の要件は具備されない。但し、原告が以上の立証に成功すれば、弁済を追認して、BGB八一六条二項の請求が可能なことは当然の前提とされている。

さらに、本判決は、被告の金融機関に債権の譲渡人が有する口座に、債務者が払い込みを行った場合も、金融機関は「弁済場所（Zahlungsstelle）」であるにすぎないと判示している。ちなみに、以上の延長された所有権留保により商品の供給者（所有権留保売主）に帰属するはずの転売代金債権が、金融機関に包括的に債権譲渡されるという問題は、BGB八一六条二項をめぐる典型的な問題である。その際に、本判決も判示するように、買主（債務者）が金融機関への債権譲渡（だけ）を知らされていれば、弁済は所有権留保売主（債権者）に対して有効となるが、債権者は金融機関に対してBGB八一六条二項により不当利得返還請求が可能となる。ところが、買主（債務者）が金融機関への債権譲渡の通知を受けていないときは、買主は所有権留保売主（譲渡人）に給付するから、所有権留保売主が口座を有する金融機関は単なる「支払場所（Zahlstelle）」だということになる。その上で、以上の③判決のように、所有権留保売主の金

融機関に対する不当利得返還請求を認めないと、金融機関は交互計算（Kontokorrekt）で所有権留保買主に対する与信を回収できる結果となる。しかし、口座を開設した受信者[18]に対して、受信者に当該の口座に弁済受領を払い込ませるよう義務づける条項は、実は良俗違反（ＢＧＢ一三八条）で無効な包括的債権譲渡（Globalzession）に他ならない。その結果、現在の判例理論では、金融機関は第三債務者の弁済を単なる弁済場所ではなくＢＧＢ八一六条二項の弁済受領者として受領したと解されている[19]。

④連邦通常裁判所一九七二年四月六日判決（NJW1972, 1197）

［事実の概要］原告・被告はいずれも、放送機器・テレビ受像器の卸元であり、所有権留保で商品を販売している。原告の商品の販売約款には、「・・・当方の供給した商品の売買は、当方の勘定で売却されたとみなされる。その譲渡は通知はされないが、以上の売却代金債権は当方に譲渡される。・・・当方の商品の売却代金が回収されたときは、当方に支払われる・・・」という条項（七号）があった。

被告は、電気・放送・テレビ受像器卸売普通取引約款を使用していたが、その中にも原告の約款に類似した条項があった。被告と取引していた小売商は、卸元への支払いを、分割払銀行から融資を受けて支払っていた。被告の使用していた約款の二号には、「買主の与信者からの売買代金に対する消費貸借の同意が与えられたときは、買主の売主に対する残代金の支払い義務は履行されたことになる。消費貸借の同意によって、買主は注文した物の所有権を取得する」と規定されていた。

消費貸借約款一号には、「・・・消費貸借の借主は、売主と共同で撤回権を放棄して、会社、又は、上記の契約を銀行に提出した者に消費貸借上の金銭を支払う旨を、与信者に対して指図する。以上により、消費貸借の借主の売主に対

する残代金債務は消滅する。」という条項があった。

原告と被告は、Wの小売商Cに商品を供給した。原告の主張では、一九六四年から一九六五年に自己の商品を一四回にわたって、分割払いで供給した。その際に、締結されるべき分割払契約のために、被告の約款が使用された。Cは顧客の消費貸借の申込を被告に委ね、被告は分割払銀行に消費貸借を取り次いだ。その結果、被告は銀行から一万〇五二〇マルクの融資を受けることとなった。原告は不当利得、及び、不法行為を根拠に、被告に対して以上の金額の支払いを請求した。

地裁は請求を認容し、高裁は請求を棄却した。上告は認容され、破棄差戻された。

［理由の概要］「1．被告は消費貸借の金銭を分割払い契約に基づいて権利者として受領したという理由で、控訴審は原告のBGB八一六条二項による請求を否定した。被告に予め譲渡された顧客Cに対する代金債権は、一度も原告には譲渡されたことはないというのである。そうではなく、以上の請求権を満足させたのは、与信者による消費貸借である。買主の指図に基づいて買主と銀行の間で締結された消費貸借契約による金銭を受領し、自己の債務の履行とするという申込を、Cは被告に対して行ったにすぎない。以上の申込みを、被告は消費貸借の申込みを銀行に取り次ぐことで承諾した。ゆえに、消費貸借上の金銭を、原告が請求するいわれはない。原告には、Cと合意した約款の七号で、単にCの買主に対する残代金債権が譲渡されていただけで、買主の銀行に対する消費貸借上の請求権が譲渡されていたわけではないというのである。

2．以上の控訴審の見解を争う上告理由は、結論として妥当である。

a)Cは原告にその約款に従って既に譲渡された残代金債権を今一度被告に譲渡したわけではないという、控訴審の認定は適切である。Cの売買約款と分割払いに融資した銀行の消費貸借約款からは、消費貸借と共に買主の残代金債務が

消滅したことは明らかである。初めから債権譲渡は存在しなかった。

b）控訴審の認定のとおり、Cの顧客が受領した消費貸借による支払いの請求権は、原告には帰属していない。その際に、Cが自分への売主と買主に融資した銀行との間の取り決めで、金銭の支払い請求権を取得していたか否かは、認定の必要はない。仮にそのような請求権があっても、請求権が原告には移転することはない。原告がCと合意した取引約款に含まれる問題の約款の条項（七号）の意味は、顧客に対するCの残売買代金債権を予め譲渡することであり、金融機関に対する請求権を譲渡する趣旨ではないという控訴審の解釈には、十分な法的理由がある。

c）しかし、だからといって、原告のBGB八一六条二項による不当利得返還請求権に根拠がないわけではない。なぜなら、銀行から被告に支払われた貸付金は、一つ一つ正確に表示された特定の器具の売買代金の残債務の支払いに充てられている。そのことは、売買目的物の「注文証」が、その都度、顧客の分割払いへの融資の申込みと、同一の記入用紙で一括されており、両者が緊密に結びついていることからも明らかである。しかも、以上の書式には、後に消費貸借の金額を銀行から自分に支払わせるための消費貸借の申込みを行った被告会社の名前が押印どころか印刷されていた。したがって、器具を販売したのは被告であり、その売買に対して融資したと、銀行は考えていたに違いないであろう。被告と協働していた銀行も当然に知っていたとおり、被告はその商品を小売商には所有権留保なしでは販売しないから、その弁済のために銀行が融資する残売買代金の権利者は被告だけだと銀行は考えていた。事案の状況全体からは、以上と違った認定は考えられない。売買の目的物が被告ではなく、他の供給者が販売したものであり、売買代金が未払いの所有権留保の対象である限りで、売買代金債権は被告ではなく販売した供給者に譲渡されている。したがって、このようなケースでは、消費貸借を受けることで、被告は自己に帰属しない売買代金債権の給付を受領している。つまり、BGB八一六条二項の『無権利者』として被告は支払いを受けていることになる。

被告は自分の顧客へのCの単なる支払場所（Zahlstelle）として活動していたわけではない（以上については、BGHZ53, 139, 141ff.=NJW70, 464（上記③判決）を参照）。契約相手方が指示した銀行口座に、自己に対する債権が予め譲渡されたなどとは知らず債務者が契約相手方が指示した銀行口座に給付した場合とは、本件は全く違っている。消費貸借の申込みの提出は、原則として弁済される債務の種類が分からない、手形・小切手を受領して交付することとは別物である。本件では、銀行は完全に特定された売買代金債権を直接被告に弁済しており、かつ、その債権は被告に帰属するか、少なくとも被告には取立権限があると、銀行は考えていた。

被告への支払いにより、本当に買主が残代金債務から解放されたか否かを、問題にする必要はない。そのことが上告手続の前提であるが、原告が売買代金債権の真の債権者なら、いずれにしても被告の弁済受領を売買代金債権の取立と見立てて、これを原告は追認することが可能である。本件の訴の提起は、原告の追認に他ならない（BGH, LMNr.6 zu §816 und Nr.18 zu §816 BGBNJW1968, 1326; WM67, 395, 397 以上の限りでは、BGHZ47, 168=NJW67, 1223）。その結果、原告は銀行が被告に支払った金銭の返還請求権を取得することになる。

3．したがって、控訴審は維持できない。本件の焦点は、原告のいうように一四回の商品供給で、原告がCに器具を給付したか、その売却時に器具はCと原告の間の延長された所有権留保に服していたかである。以上が肯定されるなら、原告の被告に対する不当利得返還請求は基礎づけられることになる。・・・」

⑤連邦通常裁判所一九七四年三月七日判決（NJW1974, 944）

［事実の概要］不詳。

［理由の概要］「Ⅰ．1．原告（最初の譲受人）への債権譲渡が有効か否かを、原審は認定していない。原告の被告（第

二の譲受人）に対するBGB八一六条二項による不当利得返還請求は、原告が譲渡を受けたP会社（第三債務者）に対する債権は従前と変わらず存続しているから、それだけで不当利得の返還請求は不可能だというのである。債権譲渡後には、第三債務者は被告には何も支払っておらず、債務は弁済されていない。被告の行った勘定振替には、第三債務者は関与していない。確かに、後に勘定振替を聞き知った第三債務者は、口座の負担を異議なく受け入れてはいる。だから、それに反する主張がない限りは、勘定振替への第三債務者の沈黙は、被告に対する新たな債務による口座の負担を、例えば、消費貸借又は与信債務として受け入れたと解釈されるにすぎないというのである。

2．しかし、上告には理由がある。本件では、BGB八一六条二項の不当利得返還請求の要件が具備されているからである。

a)被告は、J社（譲渡人）の単なる支払場所として活動していたわけではない（以上については、BGHZ53, 139, 141ff.=NJW70, 464（上記③判決）を参照）。却って、被告の申立によれば、被告は自分への債権譲渡を、第三債務者に通知していた。それだけに止まらず、P社は通知を確認している。

だから、以上の『勘定振替』は、債権譲渡を受けた被告に対する第三債務者の給付を意味する。その際に、被告が勝手にP社の口座から差し引いたのか、或いは、その顧客の同意があったのかは、重要ではない。仮に、P社が貸方勘定を異議なく受け入れたとしても、P社が譲受人への給付を望み、かつ、それを実行したことに変わりはない。

P社は被告に対する新たな債務を負担したのであり、J社の債権とは無関係であるという控訴審の認定には、全く根拠がない。そのようなことを、P社は決して希望していなかった。被告も『勘定振替』を行おうなどと考えたこともない。却って、P社の預金口座が既に当座借越だったときは、被告に譲渡されたP社のJ社に対する債権の弁済を受けるために、被告はP社に新たな与信を行ってさえいる。だから、『勘定振替』は被告による債権の取立であり、BGB四

○七条、四○八条の効力とは無関係に、原告はＢＧＢ一八五条二項で追認することが可能である。かつ、実際に、原告は本件の訴の提起により、追認している（確定判例、BGH, NJW72, 1197（上記④判決）及び、そこでの引証）。

b)・・・c)・・・」

⑥連邦通常裁判所一九八二年一一月一○日判決（BGHZ85, 267）

［事実の概要］原告は一九七八年七月七日の契約で、被告にK所在の「B」飲食店を賃貸した。B飲食店には付属住居が付いていた。店舗部分の賃料は、月額二五○○マルク、住居部分の賃料は月額四五○マルクだった。賃貸借契約の期限は、一九八七年六月三○日だった。賃貸借契約では、二条二項に「何らかの理由で賃貸物の引渡が遅延したときも、賃借人は特に解除、損害賠償請求権などの権利を取得しない」とされていた。同日、上記の賃貸借契約には、以下のような追加条項が加えられた。

「五条（賃借物の補修の）変更と補完のために、賃貸人・賃借人は以下の合意を行う。

一．賃借物は瑕疵のない状態で完璧に補修され、賃貸時と同様の状態で賃貸借終了時に返還される必要がある。

二．賃借人は遅くとも一二ヶ月の経過するまでに信用のおける事業者に賃借物の補修を行わせる義務を負う。

三．以上の条項と異なった合意がない限り、賃貸借契約の全ての規定は七八年七月七日まで効力を有する。」

一九七八年八月一日の賃借物の引渡時には、従前の賃借人St.夫婦は住居から退去していなかった。その後も、St.夫婦は住居に居住したが、どのような合意がSt.夫婦と被告の間で結ばれたかに関しては争いがある。

被告は賃料支払を遅延し、無断で住居部分を転貸したという理由で、一九七九年四月六日付の書面で原告は被告との賃貸借契約を解除した。被告は解除の理由がないとして、退去しなかった。そこで、原告は賃借物からの退去と、一万

三三三〇、三七マルクの支払いを請求して訴を提起した。・・・

第一審は原告の請求を全て退けたが、控訴審は部分判決で退去の請求を退け（原告は上告したが、後に取り下げた）、二一六六、四三マルクの請求は認容した。上告は一部認容された。

［理由の概要］連邦通常裁判所は、従前の賃借人St.夫婦が退去せず、飲食店を引き渡すことができなかったから、（賃貸借契約二条二項は、原始的不能には適用されず）原告は賃料請求権を取得しないとした。その後に、住居の転貸借に関して判示し、

「反対に、住居が転貸されたのでない場合は、・・・St.夫婦が住居に止まることは、BGB五五七条[20]により原告に対して負担する使用の賠償を、St.夫婦が原告ではなく被告に支払う契機を取得したにすぎない。したがって、不適法な住居の使用の賠償の処分の追認が推認される原告の行為により、BGB八一六条二項により取得したものを被告は原告に返還する義務を負う。」・・・

本件では、被告と従前の賃借人St.夫婦との間に転貸借が成立していない場合は、被告がSt.夫婦から受領した賃料は、住居の使用利益（賃料に代わる賠償）の無権利者による取立である。その際に、原告（債権者）が被告（無権利者）に返還請求すれば、弁済受領の追認（BGB一八五条二項）が推認され、BGB八一六条二項が適用されることになるとされている。

⑦連邦通常裁判所一九八六年五月一五日判決（NJW1986, 2430）

［事実の概要］被告は一九七八年から七九年にB合資会社のために壁・コンクリート工事を施工した。B社の破産手続が開始されたが、財産不足で拒否され、一九八二年に商業登記簿から抹消された。被告は、無限責任社員のHとK（原

告の叔父と父親）に残代金を請求した。被告はHに対する一万四〇〇〇マルクの代金債権の執行の決定を取得した。以上の債務名義に基づいて、被告は、被告の主張では、Hの原告に対する債権に基づき、原告の投資会社の口座を差押・転付した。そこで、投資会社は被告に一万四二三六、二一マルクを支払った。以前にB会社に勤務していた原告は、以上の請求権の差押は不適法だと主張している。そこで、原告は被告に対して、振り込まれた一万四二三六、二一マルクの返還を請求している。地裁及び高裁は請求を棄却した。上告は認容され、原判決は破棄・差戻された。

［理由の概要］「Ⅰ．原審は、投資銀行の支払いは原告の給付ではないから、原告にはBGB八一二条一項一文の請求権は帰属しないとした。以上の妥当性はさておき、それ以外の理由で、上告は認容できる。

Ⅱ．以上に加えて、原審は、原告はBGB八一六条二項の請求権も持たないという。口座からの支払いの基礎である差押・転付命令は、原告に対しては原因（causa）がなく、投資会社から被告への給付は有効ではないからである。投資会社が被告に支払っても、投資会社の原告に対する債務は消滅しないからである。つまり、被告に弁済しても、投資会社の原告に対する債務は存続するというのである。

以上を非難する上告理由には根拠がある。控訴審の見解とは異なり、原告の被告に対するBGB八一六条二項の請求権が排除されることはない。

1．地裁の認定では、原告の投資会社の口座は原告の私的口座ではなく、B社の『隠れた取引口座』であった。したがって、原告に対して請求権の譲渡を請求できたのは、無限責任社員Hではなく、清算中のB社であった。したがって、Hの原告に対する請求権が、当然に存続し、差押可能だったわけではない。その結果、Hの原告に対する請求権を差し押さえ移転したと称する差押・転付命令は、効力がなく無に帰する。だから、口座残高の払い戻しの請求権は原告に帰属し、投資会社は無効な差押・転付命令に基づいて、無権利者に弁済したことになる。しかし、原告は被告に不当利得

返還請求し、本件の訴訟を提起しているから、投資会社からの被告の債権の取立を追認したことになり、投資会社の被告への給付は有効となっている（BGHZ85, 267=NJW1983, 446; NJW1972, 1197[1199]; NJW1974, 944[945]; Lieb, in MünchKomm, 2.Aufl., §816 Rnr.63; Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, §8 Ⅲ 3 を参照）。その結果、原告は被告に対して転付された金銭の返還を請求できる。

2．ただし、それを地裁が前提としているように、Hが原告に対して請求権の譲渡を請求できるなら、原告の不当利得返還請求は可能ではない。つまり、被告の差押・転付命令は、Hの請求権に及び、差押は有効に行われたことになる。その場合は、差押債権者〔質権者〕[21]として取立の請求権の移転を受けた被告に対する、投資会社の口座残高の支払いは正当である。かつ、被告が差し押さえたのが、投資会社の口座に対する原告の請求権の譲渡をHが原告に請求する権利であり、原告の口座に対する直接の請求権ではなかったことは、問題ではない（Stöber, Forderungspfändung, 7.Aufl., Rdnrn. 66, 67）。なぜなら、BGB一二八七条[22]によれば、〔第三〕債務者の給付により差押質権者〔債権者〕は給付目的物に対する質権を取得するからである。以上の理は、債権の譲渡を求める請求権を差し押さえた場合にも当てはまる。かつ、譲渡されるべき債権の債権者（本件では、原告）が給付受領を後に追認しているから、そのことは、譲渡さるべき債権の債務者が行った『短縮された給付』による給付にもまったく同様に当てはまる。なぜなら、追認により消滅した債権の譲渡はもはや不可能となっているからである（BGB一二八条二項[23]を参照）。したがって、原告の被告に対するBGB八一六条二項の請求権の成否は、専らHが原告の投資会社の口座に対して請求権を有するか否かに係っている。

B社の金銭が原告の口座に払い込まれていた場合は、Hの原告に対する請求権が信義則上（BGB二四二条[24]）肯定されるべきであろう。なぜなら、会社債権者からの請求にさらされる社員の、（いまだ）残存する会社財産に対する求

償権が否定されることは、会社に対する忠実義務とは折り合わないからである。連邦通常裁判所の確定判例によれば、会社債権を満足させ、かつ、会社財産から満足を受けなかった社員は、他の社員に対してもその持分に応じて求償が可能である。以上の正義に基づいた社員の返還義務から、衡平の要請により、会社債権者の請求を受けた社員は、例外的に、第三者の下にある会社財産の捕捉が可能だということになる。以上の結果だけが利害状況に適合しているというべきである。そうでなければ、会社債務の責任を負わない第三者は、責任を負担する社員に対して正当な理由なく優遇されることになるからである。

3．・・・したがって、差戻審は、金銭の由来を認定すべきである。つまり、投資会社の原告の口座はB社の『隠れた取引口座』であり、B社の資金が流れ込んでいるかを検討する必要がある。それが肯定された場合は、この金銭がB社の債権者のために使用されるべきか、したがって、原告に対して口座残高の譲渡を求める差押さえ可能な請求権がHに帰属していたどうかが、検討されるべきである。」

⑧連邦通常裁判所一九八七年五月二六日判決（NJW1988, 495）

［事実の概要］一九六四年八月一〇日に当時未成年だった原告の婚姻前の姓Gの名前で、X銀行に定期預金の口座が作成された。定期預金の口座番号は、七〇五四一八一七五だった。口座開設後、原告の祖父Aの出捐で預金が行われた。預金通帳はDのZ通五の屋敷の書き物机に保管されていた。原告の母親は、この屋敷を賃貸した。ただし、当時は屋敷には祖父母が居住していた。原告の祖父Aに対する租税徴収手続きが行われ、屋敷が捜索を受けた際に、税務署員が原告名義の預金の番号をメモした。そこで、原告の祖母は、通帳を引き渡した。その後の銀行を第三債務者とする一九七六年一〇月八日の税務署の差押で、租税債務者Aの口座、預託口座、貸金庫はすべて、七〇五四一八一七五番の口座を

含めて差し押さえられた。その結果、一九八二年二月二日に、以上の口座の預金（一八万八四五〇マルク）は税務署に支払われた。そこで、原告は税務署に対して、一九八二年二月二日以後の利息を含めて、一八万八四五〇マルクの返還を請求した。

地裁、高裁は、請求を棄却した。上告は認容され、破棄差戻しされた。

［理由の概要］Ⅰ．原告の祖父Ａが原告の婚姻前の姓Ｇの定期預金口座の債権者だったときは、控訴審のいうように、原告の請求には根拠はない。しかし、事実審の裁判官は、以上の事実を認定していない。

控訴審は、原告に債権が帰属していたときでも、請求は棄却されることに変わりはないとする。その場合は、被告の定期預金への差押は効力がなく、原告は銀行に対する債権を失っていないからである。

Ⅱ．しかし、そうであっても、結論は反対である。控訴審の見解とは違って、原告は不当利得を理由に被告に対する請求権を取得するからである。原告に対して効力を持たない銀行の被告に対する給付を、原告は追認して有効とすることが可能である。その場合は、原告は被告に対するＢＧＢ八一六条二項による請求権を取得する。

かつ、当裁判所は、控訴審と同じく、差押え時点での債権者は原告だったと考えている。・・・例外的に、第三債務者の銀行が免責される場合は考えうるが、本件ではそのような事実はない。・・・・

３．控訴審が原告のＢＧＢ八一六条二項の不当利得返還請求を論じていない点を上告理由が非難するのは正当である。

a)以上の請求権の要件は、仮にはじめは原告が銀行に対する債権者だったとしても、第三債務者の銀行の無権利者の被告に対する給付が、権利者である原告に対して有効なことである。しかし、以上の第三債務者の無権利者への弁済の権利者に対する有効性と原告の債権の消滅効は、被告の不適法な差押・転付による債権の取立を、後に権利者として原告がＢＧＢ一八五条二項で追認することでもたらされている。以上のような追認が可能なことには、疑念がない

(Lieb, in: MünchKomm, §816 Rdnr.63; Staudinger-Lorenz, BGB, 12.Aufl., §816 Rdnr.32)。債務者が債務の履行を目的として無権利の第三者に給付したときには、BGB一八五条二項が適用されることをBGB三六二条二項は規定している。だから、同条では、無権利者による債権の取立は、債権の処分と同一視されている。

b)本件では、第三債務者の銀行が債務の弁済のために差し押さえられた定期預金から給付していることに争いはない。第三債務者の給付と被告の弁済受領を、被告に対する請求と訴えの提起で原告は追認している。以上は、確定判例の立場でもある（BGH, NJW1986, 2430（前掲⑦判決）および、そこでの引証）。原告がまずは被告に対する請求を考えて、被告に請求したとしても、全く問題はない。決定的なのは、本件での法律関係に関する説示が示すように、いまだ銀行、被告のいずれが債務者なのかが不確実なことであり、原告が被告だけに請求しようと考えたことは、訴えの提起によって確定するということである。いずれにせよ、以上は上告理由から十分に読み取ることが可能である。本件の訴訟では、被告に対する効力のない給付を追認することを、原告、いずれにせよ訴訟代理人が考慮していることが、連邦通常裁判所（BGH, NJW1986, 2104(2106)）の見解からも確認できる。

Ⅲ．以上から、控訴審判決は破棄されるべきである。したがって、事実審の裁判官の検討すべきことは、差押時に原告の名義だった定期預金が、原告又は執行債務者のいずれに帰属していたのか、あるいは、場合によっては、原告は租税債務を負担する可能性があったのかである。

②から⑤の判決からも分かるように、BGB八一六条二項、一八五条二項の適用の可否は、しばしば延長された所有権留保と包括債権譲渡の競合をめぐって問題になっている。しかし、⑥から⑧は全く違った種類の紛争であり、事案類型は多様である。したがって、無権限者の取立の追認の可能なことは、確定判例であることが分かる。さらに、判例は、

債権者の無権利者に対する弁済受領した給付の返還請求、ないし、訴訟の提起を、無権利者への弁済の追認だと考えている（上記⑤⑧判決など参照）。

ただし、BGB八一六条二項、一八五条二項を適用する判例の根拠付けは、基本的に文言解釈である。つまり、上記の⑧判決がいうように、債務者が第三者に対して債務の履行の目的で給付したときは、BGB一八五条が適用されると規定しているBGB三六二条二項の文言がその根拠である。したがって、先に紹介した学説と同様に（二・3・(2)(b)）、判例は、無権利者による他人の物の処分と無権利者の債権の取立とを同一視しているといえよう[25]。

（b）判例に反対の学説

先に見たように、他人の物の無権限処分の追認の可否に関しては、民法典制定後にも多くの学説上の議論があった。他方で、ライヒ裁判所の判例は、（当初は、BGB旧二八一条、後には）BGB八一六条一項一文、一八五条二項を適用して、権利者による売却代金の返還請求を早くから認めていた。反対に、他人の債権の回収の追認の可能性を、ライヒ裁判所の判例は当初は否定していた。それに対して、第二次世界大戦前の学説は、無権限処分の追認との連続性、及び、BGB三六二条二項の文言解釈から、他人の債権の回収の追認を比較的簡単に肯定していた。その後、他人の物の無権限処分の追認の肯定が、判例・学説上も定着した後は、連邦通常裁判所の判例も、学説に倣って所問を肯定するようになっていた。ところが、そのような判例が確立されていく過程で、学説上の反論が現れ、現在でも肯定説と否定説が対立している。以下では、そのような学説を見ていくこととする。

（ア）他人の債権の取立の追認の可能性に対して、第二次世界大戦後に最初に疑義を唱えたのは、ワイマール（Wilhelm Waimar）であった。ワイマールは、無権利者（譲渡人）への弁済が債権者に対して効力を有する場合（例

えば、ＢＧＢ四〇七条一項）に、債務者は弁済受領者（譲渡人）に対して非債弁済の不当利得返還請求が可能かという問題から議論を始める。その結論は、ＢＧＢ四〇七条一項の趣旨は債務者の保護だから、弁済により自動的に債権が消滅するわけではなく、債務者の抗弁が必要である。したがって、債務者は同条の保護を拒否して、弁済受領者（譲渡人）に対して非債弁済の不当利得の返還請求が可能である。特に、債務者が債権者（譲受人）に対して反対債権を取得したときは、債務者は自己の債務と相殺が可能である。その結果、債権者（譲受人）が破産したときは、債務者は自己の債権の完全な満足を得られることとなる。加えて、以上のような特別な保護が必要ではない場合にも、債務者には債務者保護の規定を抗弁するか否かの選択権が与えられてしかるべきだというのがワイマールの結論である。ただし、問題は、追認（ＢＧＢ三六二条二項、一八五条二項）による債権者（譲受人）の弁済受領者（譲渡人）に対する不当利得返還請求と、債務者の不当利得返還請求が競合したときである。しかし、弁済を有効とする規定の目的は債務者の保護だから、債務者が優先すると解すべきであるというのが、ワイマールの主張の骨格である。[26] つまり、ワイマールは、債務者の選択権を前提に、その地位を脅かすような債権者の追認の可能性に反対している。

（イ）加えて、エーエマン（Horst Ehemann）も、債権者の追認により債務者の選択権が失われる可能性に対して疑問を提示している。第一に、債務者の債権者以外の者への弁済が有効となるのは、ＢＧＢ四〇七条、四〇八条の規定が適用される場合である。この場合は、債務者に弁済受領者に不当利得返還請求するか、債権者に弁済効を主張するかの選択権がある。[27] 債権者は追認して、債務者の選択権を奪うことはできない。第二に、債権者からの事前の取立授権（ＢＧＢ一三八条）が与えられた場合も、債権は消滅する。債権者の追認はまったく必要ではない。かつ、譲受人から旧債権者が取立授権を付与された場合に比べて、債権譲渡を知らず善意で旧債権者（譲渡人）に弁済した債務者の保護が劣化するのは妥当ではない。したがって、債権者の追認は許されないと解すべきである。他方で、無権利者への弁済に

よって債務が消滅しない場合は、話が違ってくる。エーエマンの考え方では、確かに、真実の債権者の同意を前提とするが、給付と一体となった弁済目的の合意により、給付者が弁済受領者が債権者だと誤信した場合にも、弁済目的は達成されるからである。ただし、債務者が弁済する以前に取立授権が付与されていなかった場合には、債権者が追認する以前は、債務者は目的の合意を撤回できると解すべきである。そうでなければ、債権者は追認により債務者の保護を奪うことが可能だからであるというのである[28]。

（ウ）さらに、エッサー（Josef Esser）は、無権限者の他人物の処分とは異なり、無権限の弁済受領の追認に対して疑問であるとしている。その理由は、本来は債権者は債務者に対して履行請求できるにすぎないはずなのに、弁済受領者への不当利得返還請求が可能なら、債務者が破産した場合に、債権者は一種の優先弁済権を取得することになるからである。したがって、エッサーは、判例は一般的に追認を肯定するが、債務者破産の場合だけでも、追認を認めないことが妥当であると指摘していた[29]。

（エ）以上の指摘を受けて、本格的な反対論を展開したのが、ロト（Wulf-Henning Roth）であり、ロトの論証は、現在でも判例に反対する学説の骨格となっている[30]。そこで、以下では、ロトの議論を丁寧にトレースしていくこととしたい。

ロトの議論の出発点は、ＢＧＢ八一六条一項一文の場合には、取引の安全のための規定が無権利者の処分を有効としている。したがって、利益を受ける者に選択権はなく、処分の有効性は強行的に発生する。他方で、ＢＧＢ八一六条二項では、弁済の有効性は債務者の保護を目的とするから、（通説では）債務者には債権者に弁済して、弁済受領者に不当利得返還請求するという選択の余地も認められている。ところが、債権者が追認すれば、債務者は選択権を奪われることとなる。それゆえ、ワイマール、エーエマンは、債務者の選択権が債権者の追認に優先すると説く。しかし、その

主張は当然の理のようではあるが、実はＢＧＢ四〇七条の規定の目的の誤解である。というのは、同条、及び、無権利者への弁済を有効とする規定の目的は、二重弁済の危険からの債務者の保護である。その出発点は、債権者は債務者にだけ給付を請求でき、債務者は債権者にだけ弁済できるということである（一般原則）。ただし、債務者が四〇七条の効果を抗弁すれば、弁済は債権者に対して有効となる（例外）。しかし、債務者が抗弁しなければ、問題は一般原則に戻ることとなる。そうすると、債権者は一般原則の範囲内で追認が可能か否かが、検討される必要がある。仮に、債権者の追認が許されるなら、債務者の選択権は一般原則からの逸脱だから、債権者が追認しない限りで、債務者は選択権を行使できるにすぎないはずである。したがって、債権者の追認権の排除は、強行規定ではない債務者保護の規定からは基礎付けることはできない。つまり、債務者の弁済受領者に対する非債弁済の不当利得が、追認による債権者の弁済受領者への不当利得返還請求権に優先するとはいえない。そうすると、決定的なのは、債権者が無権利者への弁済を追認できるかという問題である。

以上の検討の出発点は、ＢＧＢ八一六条一項一文の対象は物権行為（das dingliche Geschäft）であり、ＢＧＢ八一六条二項では履行行為（Erfüllung）だということである。したがって、ＢＧＢ八一六条一項一文が関係するのは、専ら「処分行為（Verfügungsgeschäft）」であり、債権的関係（das schuldrechtliche Verhältnis）とは無縁である。だから、権利者の追認により給付者の意思決定が変更されるわけでもなく、給付に法律上の原因が与えられるものでもない。

他方で、ＢＧＢ八一六条二項は、処分行為とは無関係である。追認を与える債権者は、債務者の給付すべきものの所有者（Inhaber des vom Schuldner zu Leistenden）ではないからである。債権者の追認が関係するのは、履行とだけである。問題なのは、無権利の第三者が履行として給付を受領することができるかだけである。

ＢＧＢ八一六条二項でも、ＢＧＢ八一六条一項一文と同様に、追認は債務者の弁済の決定には影響を及ぼさない。以

上は、「給付（Leistung）」を「意識した他人の財貨の増加（eine bewußte vorgenommene Vermögensmehrung bei anderen）」と理解する、最近の判例・学説の給付概念の帰結である。つまり、給付は、他人の財貨の増大、及び、財貨移動と結合した一定の目的の追及という、二重の目的性（doppelte Finalität）を有している。つまり、弁済の決定（Tilgungsbestimmung）には必ず具体的な債権関係が基礎となっている。だから、債権それ自体に対する給付というのは観念できず、（債権譲渡があった場合は）債務者と譲受人との関係でだけ給付が行われる。債権の自称占有者に対する給付では、占有者から乖離して想定された債権への給付が行われるわけではない。したがって、債権者でない者への給付を、単なる債権の帰属、つまり、処分権の問題に還元することはできない。ところが、通説・判例は、ＢＧＢ八一六条二項にＢＧＢ八一六条一項一文を類推して、債務の履行である給付受領の追認の可能性を肯定している。

したがって、そもそもＢＧＢ八一六条二項の追認の効力自体が問題である。ＢＧＢ八一六条二項でもＢＧＢ八一六条一項一文と同じく、追認の時点から無権利者が権利者になるわけではない。処分は無権利者の処分に止まる。追認により、処分が最初から有効だったかのようにみなされるだけである。第三者の給付受領を履行として権利者が追認したときは、無権利者が債務者が考えたとおりの債権者になるわけではない。追認が関係するのは、債権譲渡ではなく、法効果に関しては、真実の債権者に対して行われるべき給付の受領に対する授権（Ermächtigung）である。したがって、追認（Genehmigung）の効果は事前の同意（vorherige Zustimmung）以上のものではなく、事前の同意の場合も、債権の譲渡ではなく、給付受領への授権である。以上の授権の効力は、履行自体を実現するのではなく、ＢＧＢ三六二条二項、一八五条二項により有効な履行となる可能性を発生させるにすぎない。

だから、決定的なのは債務者の弁済意思だとすれば、以下の事例は区別してしかるべきである。まず（債権者を知っていることが前提だが）債務者が真実の債権者に弁済しようと考え、かつ、無権利の第三者が受領権原があると誤信し

たときは、ＢＧＢ三六二条二項により、追認は有効な履行を実現させうる。なぜなら、この場合は、現実に存在する債権関係に給付を帰属させようと、債務者は考えているからである。ところが、この場合にこそ、ＢＧＢ八一六条二項の要件（文言）ゆえに、追認の可能性は排除される。なぜなら、同条の前提は、債務者が無権利者に弁済することを望んだことだからである。ＢＧＢ八一六条二項での追認が関係するのは、債務者が真実の債権者ではなく非債権者の第三者に給付しようと望んだ場合である。債権者の追認が第三者への出捐を債権者の弁済受領とする効力を発生させるなら、債務者が第三者に弁済しようと望んでいても、第三者に対する弁済は不可能となる。以上の場合の給付は、本当は存在しない、想像上の債権関係の履行である。確かに、債権者の追認で、債権者と思われた第三者の他に、少なくもその法効果に関しては、有効な受領権限（受領権原）が発生する。しかし、そのことで、債務者の給付の方向性、つまり、弁済の決定が変わるものでもない。したがって、追認はそもそも行われなかった給付と関係しているから、給付の受領の追認は空虚なものである。だから、どう転んでも、債務者は給付の不当利得返還請求が可能である。その結論は、ＢＧＢ八一六条二項の局面では、およそ追認は不可能だということである。つまり、債務者が真実の債権者に弁済しようと考え、第三者の弁済受領の権原を誤信したときは、同条の要件は充足されない。反対に、債務者が非権利者に弁済しようと考えたときは、債権者と思われた第三者に弁済しようと考えたのであり、弁済受領権限があると考えた者に債権者のために弁済したのではないからである。[31]

以上の一見奇妙な結論は、無効な行為を有効とする規定やＢＧＢ八一六条一項と二項が異なっていることだけではなく、ＢＧＢ八一六条二項の場合の追認と有効性を定める規定の違いに由来する。無権利者への弁済を有効とする規定は、債務者に対しては無権利の第三者を債権者とするが、真実の債権者に対しては債務者の給付を有効なものとする効力を発生させる。あたかも債権関係が第三者との間に存在したかのように、債務者は扱われる。しかし、以上の擬制的な債

権関係は、二つの観点で現実に存在した債権関係に依存している。まず債権関係は真実の債権者に対する関係では有効でなければならない。その場合は、擬制的な債権関係は現実に存在する債権関係に従うことになる。第三者が債務者に対して真実の債権者とされる限りで、有効な弁済の要件が備わっていることになる。有効な履行があった場合は、債務者が給付した擬制的な債権関係は、債務者に対する関係では給付の保有の法律上の原因となる。

そこで、ＢＧＢ八一六条二項の場合の追認は、債務者との関係で第三者を真実の債権者とする規定と同様の効力を持つ必要がある。しかし、それを実現できるのは、債権譲渡だけであり、既に論じたように、単に受領権限（受領権原）を創出するにすぎない追認によっては、以上の効果は実現されない。

以上が、ロトの主な論証であるが、そこでの結論は該当する規定の評価にも合致しているとも、ロトは主張する。すなわち、ＢＧＢ八一六条一項一文の場合には、無権利者の処分が有効か否かを、権利者は確認しがたい。しかし、ＢＧＢ八一六条二項では、債務者に請求すれば事態は即座に判明する。さらに、ＢＧＢ八一六条一項一文では、無権利者の処分が無効でも、現在の占有者を発見し、所有物返還請求権を行使するのが困難な場合がある。このような事態に対処するためにこそ、判例・通説は、無権限処分の追認を許している。反対に、ＢＧＢ八一六条二項では、債務者の所在ははっきりしており、問題状況は異なっている。

さらに、債権者は債務者にだけ請求できるという結論は、利害状況にも合致している。債権者は債務者の無資力の危険を負担すべきであり、その理は、債権譲渡の場合も変わらない。だから、債権者は追認して債務者以外の者に請求できると考えるべきではない。債権者にとって追認が意味があるのは、債務者が無資力の場合である。しかし、その場合は、債務者の弁済受領者に対する非債弁済の不当利得返還請求権を差押さえれば足る。債務者が破産した場合に、追認による直接請求が可能なら、債務者の他の債権者の利益を害することになる。債権者が破産した場合は、債務者は相殺

して反対債権の満足を受けられる。ところが、債権者が追認して債権を消滅させれば、債務者は相殺の対象を失うことになるというのである。

以上のロトの考察は、無権限弁済受領の追認の問題性を包括的に検討したものといえる。ロトの検討は多岐にわたるが、その要点は、①債務者の弁済に対して債権者は物権的権利を持たないから、追認に物権的効果はない。②したがって、弁済の効果帰属を決定するのは、債務者の意思決定である。ところが、債務者の意思決定を変更する効力を、債権者の追認は持たない。結論として、弁済の追認は不可能である。③以上の論証の帰結は、債権者が追認により、（債務者が破産した場合に）債務者の一般債権者に優先して弁済を受けるのは不当、債権者に対する反対債権で相殺するという債務者の利益が奪われるべきではないという評価にも合致するということになる。以上の③は、既に先述の（ア）（イ）（ウ）の論者も説いている。他方で、①②の論拠を併せると、想起されるのは、債権の同一性がないから、追認の対象は存在しないという、普通法下での論拠である。その理を、弁済の効果帰属についての債務者の意思決定という側面から論じたのが、ロトの議論だと考えることもできよう。

（オ）さらに、幾つかの有力な学説が、追認の可能性を否定している。例えば、ロイター（Dieter Reuter）とマルティネック（Michael Martinek）である。すなわち、ロイター／マルティネックは、弁済に不可欠な債務者の弁済の決定を、権利者に帰属する債権への弁済に変更することはできない。ＢＧＢ三六二条一項、一八五条二項は債務者の弁済意思の補充としては不十分であり、債務者の単なる出捐を給付だとして債権者に帰属させる効力を有さない。だから、債務者が弁済を取り消したときは、非権利者への弁済は存在せず、ＢＧＢ八一六条二項の効果を発生させるには、債権者の追認では不十分であると、まずは、ロトの論証を支持する。その上で、債務者破産の場合の、追認を介した債権者の優先弁済権、及び、弁済受領者に返還請求するか、弁済の有効性を主張するかという、債務者の選択権が奪われることの不

当性を説いている。かつ、その際に、判例を支持する学説に対する批判も示されている。債務者破産の場合に債権者は追認して優先弁済権を取得することには疑問がある。だから、ヴェスターマン（Harm Peter Westermann）のように破産財団は否認権以外で財団の財産を増加することはできないと指摘するだけでは不十分である。さらに、破産法は債権者の追認を禁じていないから、追認は可能であるとリープ（Manfred Lieb）は主張するが、追認の可否を決定しているのは、BGB八一六条二項自体の解釈である。債務者の選択権の保護の余地を、リープは疑問視しているが、不当である。債務者の選択権は、債務者保護の規定の当然の帰結である。だから、債務者が選択権を放棄したときに限って、債権者の追認が許されるべきであるというのが、ロイター／マルティネックの見解である。(32)

（カ）ヴェルナー・ロレンツ（Werner Lorenz）(33)などの学説も、債権者の追認が、債務者破産の場合の債権者の優先弁済権を帰結すること、及び、債務者の選択権が失われることを根拠に、債権者の追認の可能性に反対している。(34)さらに、一九八〇年代のドイツでの債権法改正の一環として、不当利得法に関する鑑定意見と法律案を提出したケーニッヒ（Detlef König）も、先述の無権利者による物の処分が無効な場合には、所有者は（客観的な）価値賠償と同時履行で処分を追認できるという法律案を出しているが、無権利者への弁済では、債務者の一般債権者への優先を不当と評価している。(35)

（c）判例を支持する学説

（ア）先に紹介した学説以外でも、エネクツェルス・レーマン（Enneccerus/Lehmann）は、BGB八一六条二項では、この問題には言及していないが、弁済受領者（Erfüllungsempfänger）の項目では、BGB一八五条、三六二条二項により、債権者の追認によって無権利者への弁済は有効となるとしている。さらに、その後に、債権が消滅するもう一つの

ケースとして、無権利の弁済受領者が債権者に給付を返還したか、債権者の債権者に交付し、かつ、債権者の債権者が独自の給付受領の利益を有しないときをあげている。つまり、債務は消滅するか、悪意の抗弁で効力を失うというのが、普通法の伝統であり、民法典でも同様に解すべきだというのである。その理由は、債権者が弁済受領を拒む利益が全くないのに、これを拒絶することは、信義則に反するからだとされている。[36] ただし、このことは、債権者が現実に弁済の利益を得ているにもかかわらず、債務者に弁済を請求するのは不当だということに尽きる。したがって、やはり、債権者の追認の可能な根拠を実質的に論じたものとはいえないであろう。

他方で、判例が定着する以前から、実質的な理由付けを示して、債権者の追認の許容性を説いていたのが、フォン・ケメラー（Ernst von Caemmerer）であった。[37] すなわち、権利者（債権者）は、ＢＧＢ三六二条二項、一八五条により、弁済の有効性を主張できない債務者に請求するか、無権限の弁済受領者に請求するかの選択権を持つ。債権者は債務者に対して債権を有しているから、弁済受領者は債権者の損失で利得していないのではないかという疑念は、今日では克服されている。他人に帰属するはずのものを受領したという客観的要件が具備されれば、不当利得返還請求権は成立する。かつ、以上の債権者の選択権は、事理に則した結果をもたらす。特に、債務者が弁済の有効性を主張できるか否かが不確かな場合、さらに、債権者が弁済受領者に返還請求する方が技術的に単純な場合、とりわけ、債務者が弁済により無資力となった場合である。以上の場合に、アメリカの回復法リステイトメントは、債務者の返還請求を禁じている。しかし、ドイツ法では、債務者の破産管財人が非債弁済の返還請求により破産財団の財産を増加させることを優先させる余地はあるというのである。[38] つまり、ケメラーの議論は、主に債権者の利益からの議論であるが、その問題点も既に認識していたと評価できる。

（イ）ところで、そもそもＢＧＢ三六二条二項は、履行の目的で第三者に給付したときは、ＢＧＢ一八五条が準用さ

れると規定しているから、文言解釈からは債権者の追認は可能なはずである。判例の考え方も、基本的には文言解釈だったことは既に見たとおりである。加えて、債務者が無資力の場合を別にすれば、債権者の弁済受領者への返還請求は、弁済過程を短縮することは間違いがない。さらに、債権者が無資力の場合を除けば、債務者の反対債権での相殺の可能性も決定的な論拠とはいえない。したがって、判例を支持する学説の議論の中心は、以上の二つの場合の債権者の優先権と、債務者の選択権の重要性の評価に向けられている。

（ウ）リープは、次のように説いている。まず、BGB三六二条二項は、無制限に債権者の追認を許している。債権者が弁済受領者に直接請求するためだけに追認するのは許されないというのは、十分な理由にはならない。BGB八一六条一項では、追認は不可能とはいえない。債権者の破産法上の優先権の付与は不当だというのは、不当利得に固有の問題ではなく、破産法の問題である。破産法が債権者の追認を禁じていないなら、それを不当利得法が修正する必要はない。だから、問題になるのは、債務者の選択権が奪われることくらいである。その帰結は、債務者が弁済受領者に返還請求する意思がない場合に限って追認が可能だということになる。しかし、BGB四〇七条の基礎となる評価に基づく債務者の選択権がそれほどまでに保護に値するかは、疑わしい。(39)(40)

（エ）カナーリス（Claus-Wilhelm Canaris）の見解は、次のようなものである。債権者の追認が現実に問題となる事例は、（合資会社への債務を）合資会社の無限責任社員、（有限会社への債務を）有限会社の一人社員などに支払った場合、債権の譲渡人・譲受人間での請求である。このようなケースでは、債権者の追認を認めることが、利益状況に合致しており、法規定の文言（BGB三六二条二項、一八五条二項）にも忠実である。しかも、二回の給付を一回に短縮しても、債務者の利害とは無関係である。債務者が破産した場合は、破産後の追認は破産財団に対して効力がない。その根拠は、相殺の禁止（破産法旧五五条一項二号）の類推である。(41) さらに、債務者が債権者に対して反対債権を有する

ときは、債権者の追認は債務者の利益を害する。しかし、だからといって、追認を一般的に禁じる必要はない。債務者は自己の弁済の決定（Tilgungsbestimmung）を、BGB一一九条（錯誤による法律行為の取消）[42]により取消すことが可能だからである。なぜなら、債権者の錯誤は、当然に一一九条一項で取消事由となるはずだし、少なくとも相手方の債権の受領権は同条二項の取引にとって重要な「人の性質」に当たるからである。その結果、債務者の弁済行為は、追認可能な行為ではなくなる。加えて、実は、反対説の主張とは違って、些末な問題だが、債務者の取消により、債権者が追認によって債務者の選択権を奪うという事態も回避されるというのである[43]〜[44]。

（オ）加えて、債務者が弁済受領者に返還請求し、債権者に対する債務を負担すると意思表示することを留保した上で、債権者の追認は可能となると、ヴェスターマンは指摘している[45]。他方で、債権者の破産の際の優先権については、債務者の弁済は破産以前に債務者の財産から分離されており、破産後も債権者の追認を封じるのは不当であるという見解もある[46]。ちなみに、最近のヨーロッパ統一法の試みの一環として提示されたフォン・バール（Christian von. Bar）の研究グループの提案では、追認以前に債務者が破産していた場合の評価は各国の破産法に委ねるとしながら、債権者の追認の規定をおいている[47]。

3―1．小括

（1）以上で紹介したように、民法典制定前後のライヒ裁判所の判例は、債権者の追認を認めていなかった。その理由は、債権者は債権を失わず損失がないから、不当利得の要件は充足されないこと。事務管理に関しても、同様であること。および、債務者の弁済したものに対して、債権者は物権的な追及権はないことであった（さらに、民法典以前のプ

ロイセンの上級裁判所の判例の立場も不安定であった）。反対に、学説は民法典制定以前の学説とは異なり、BGB八一六条一項では、無権利者の処分を所有者が追認できると解されることとの連続性で、無権利者の弁済受領の追認を承認するものが多かった。

（2）その後に、連邦通常裁判所の判例は、BGB三六二条二項、一八五条二項の文言に忠実に、無権利者への弁済の債権者による追認を肯定している。債務者の債権者に対する反対債権での相殺、および、債務者破産の場合の債権者の事実上の優先弁済権を、一応は考慮の外におくなら、以上の請求は事態に則した解決であろう。すなわち、ケメラーの説くように、無権利者への弁済が債権者に対して有効か否かは、債権者には容易に判明しない。したがって、債権者にとっては、弁済受領者への返還請求は簡明である。しかも、弁済受領者から債務者へ、債務者から債権者へという弁済過程は、弁済受領者から債権者へと短縮されるからである。

（3）ところが、その後の学説には、債権者の追認の可能性を否定するものも多い。その論拠は、債務者は債権者に弁済して、無権利者に返還請求するか、弁済の有効性を主張するかの選択権を持つはずである。その際に、債権者に対する反対債権があれば、債務者は相殺して債権の満足を受けることができる。ところが、債権者の追認で、債務者の選択権が奪われるのは不当である。加えて、債務者が破産した場合は、債権者は追認によって債務者の他の債権者に優先して満足を受けるが不当だということ。さらに、理論的な批判としては、弁済の帰属の決定は債務者に属するものである。したがって、債権者には追認の余地はないというものであった。

以上に対して、判例を支持する学説は、債務者は無権利者に弁済しても債権の消滅を主張できる可能性があるに止まり、その選択権は債権者の追認を排除するものではないと考える（例えば、リープ）。ただし、カナーリスは、債務者は弁済の決定を錯誤で取り消す可能性を提案するから、債権者の追認と債務者の取消は競合関係に立つことになる。つ

まり、カナーリスは、両者を折衷していると考えられる。さらに、ヴェスターマンは、債務者の決定を債権者の追認に優先させている。すなわち、以上の問題は、債務者の選択権の評価に帰することになる。

もう一つの論点の債権者の破産上の優先権に関しては、破産前に債務者の財産から逸出しているから、債権者の追認に問題はないと考えるもの、それを破産法の課題と割り切るもの（リープ）、債務者の破産後の債権者の追認を認めないもの（カナーリス）と反応は多様である。したがって、以上は破産法の評価をどう考えるかに係っているというのが、ドイツでの議論の分かれ目であろう。

他方で、弁済の意思決定は債務者にだけ帰属するかに関しては、余り議論はない。しかし、以上の議論を展開したロトは、BGB三六二条二項の文言に忠実に、弁済（Erfüllung）の追認の可否を論じている。だから、弁済に関する債務者の意思決定（Tilgungsbestimmung）を債権者は変更できるかが問題の焦点となり、それは不可能だという結論は、一定以上の説得力を有している。しかし、他方で、BGB八一六条一項一文の場合とパラレルに考えれば、無権利者の弁済受領行為を処分行為に類似すると解して、これを追認する余地も考えられないではない。そうすると、このような債権者の追認は、他人の権利領域への干渉により取得したものの引渡を権利者が請求するという意味で、無権限処分の追認と同様に、普通法下で議論された不真正事務管理の復活に他ならない。ところが、普通法下で議論があったように、他人の債権の取立では債権の自己同一性が問題となる。有体物と違って、給付されたものは、権利者（債権者）に排他的に帰属しているわけではないからである。ロトの議論は、以上の問題を弁済の決定という側面から論じたと考えることも可能であろう。したがって、結果的に不真正事務管理の復活を認めるにせよ、他人の物の無権限処分の場合より、他人の債権の取立の追認では、自己の権利領域への他人の干渉に対する反動的請求を、より一層拡張して承認していることになる。

（4）ところで、無権利者の処分の追認と無権利者への弁済の追認との違いは、前者では、給付対象が権利者に物権的に帰属しているが、後者では、給付対象は債務者の財産に由来するからだと考えることもできる。弁済の対象が権利者に排他的に帰属していれば、債務者が免責される可能性はあっても、権利者の弁済受領者に対する所有物返還請求を排除するのは、弁済受領者の善意取得以外あり得ない。したがって、債務者（及び、その債権者）との関係で、権利者の弁済受領者に対する返還請求を遮断する理由はないからである。だから、他人の債権の取立が、金銭債権を念頭に議論されていることに注目すべきであろう。弁済の対象が特定物（で、所有権が債権者に移転していた）なら、債権者は無権限の弁済受領者に対して所有物返還請求（又は、不当利得返還請求）が可能である。要するに、問題は物権法のレベルで解決されることとなる。しかし、不特定物を目的とする債権の取立の場合は、債権の消滅する場合を除けば、債権自体の侵害は観念できない。債権の給付の目的に対しては、債権者の追及は考えられないからである。無権利者への金銭債務の弁済は、その典型例であろう。例外的に、給付の目的に債権者が物権的権利を有する場合は、物権の帰属が問題となり、無権利者による他人物の処分の可能性が問題となるにすぎない。

ところが、給付目的物の排他的帰属を一応は考慮の外において、他人の権利領域への干渉への反動という側面から問題を考えると、他人の物の無権限処分も、他人の債権の無権限の取立も、同様に無権利者の取得したものに対する権利者の返還請求という共通項で括ることが可能となる。だから、無権利者への弁済を、債務者の弁済行為ではなく、無権利者の弁済受領行為の追認という角度から考えれば、その追認は法技術的には可能と考える余地はある。しかし、他人の物の処分の追認の場合は、物は権利者に排他的に帰属していた。したがって、処分者が処分の相手方に対して返還請求権を有している場合でも、処分者の債権者と権利者の競合は問題にならない。ところが、無権利者への弁済の場合は、債務者の他の債権者に対する債権者の優先権に合理性があるのかが問題となる。以上の問題の解決は、債務者の選択権

と追認の競合という問題と共に、本稿の末尾で、わが国の解釈論と併せて考えることとする。

（11）Staudinger/Seiler, 10.Aufl., 1943, §816 Rn.10.

（12）ただし、八一六条二項の適用を否定したライヒ裁判所とは別に、肯定した裁判例（Dresden OLG9, 15）があるが、筆者は未見である。Staudinger/Seuffert, 10.11.Aufl., 1975, 816, Rn.10a を参照。

（13）Paul Oertmann, Anm zu 2., JW1926, S.981ff.

（14）Ehrhart Körting, Ist auch im Falle des §816 Abs.2 BGB. der §185BGB. anwendbar?, JW1934, S.1329.

（15）以上のようなドイツ法の解釈態度に関しては、例えば、不当利得の解釈論に則してその問題性を指摘している、前掲二・1．注（3）König, aaO., S.16 の記述「民法典が普通法・地方法の伝統から成立したことを、もはやよく考えてはみないというのが、ドイツの私法の解釈態度である。解釈は法規の文言から始まり、歴史的位相は視野の外におかれる。その結果、立法作業の経緯に関する資料、特に、基本的な立法者の草案、第一次委員会の重要な討議資料は意識的に秘密にされることになる」を参照。

（16）第二次世界対戦終了と同時に、ドイツの中央銀行だったドイツ・ライヒスバンク（Deutsche Reichsbank）は解体されたが、一九四八年三月一日に西側占領地域（旧西ドイツ地域）に発券銀行としてドイツ全州銀行（Bank deutscher Länder）が設立された。その後、一九五八年八月一日にドイツ連邦銀行（Deutsche Bundesbank）として、改組・改称された。

（17）ＢＧＢ一二八一条　債務者は質権者と債権者に共同でだけ給付することができる。質権者、債権者のいずれも、共同での給付を請求できる。いずれも、給付に代えて、債務の目的物を両者のために供託することを請求するか、目的物が供託に適さない場合は、裁判所の選任した保管人に交付することを請求できる。

（18）ＢＧＢ一三八条（1）良俗に違反する法律行為は、無効である。

（2）特に、他人の窮状、無経験、判断能力の欠如、又は、著しい意思の薄弱に乗じて、自身又は第三者に対して財産上の利益の給付を約させたり与えさせる法律行為は、その財産上の利益が給付と著しく不均衡であるときは、無効である。

（19）以上の問題に関しては、例えば、前掲二・3．注（6）München/Lieb, §816Rn.61; Staudinger/Stephan Lorenz, 2007,

§816, Rn.33 を参照。

(20) ＢＧＢ旧五五七条（一） 使用賃借人が使用賃貸借関係終了後に賃借物を返還しないときは、使用賃貸人は、その不法占有期間について賠償として約定賃料を請求することができる。場所に関する使用賃貸借関係の場合には、使用賃貸人は、それに代わって比較できる場所について通常支払われる賃料を賠償として請求することができる。その他の損害の主張は、妨げない。

（二） 前項の規定にもかかわらず、住居の使用賃貸人は、使用賃借人の責めに帰すべき事由により返還が行われていないときに限り、その他の損害を主張することができる。事情により補償することが公平である限りにおいてのみ、損害は、賠償しなければならない。使用賃借人が告知したときは、第一文の規定は適用しない。

（三） 民事訴訟法第七二一条又は第七四九ａ条が住居の使用賃借人に明渡期間を与えるときは、使用賃借人は、使用賃貸借関係の終了から明渡期間経過までの期間について、その他の損害の賠償義務を負わない。

（四） 第二項又は第三項と異なる合意で使用賃借人に不利益となるものは、その効力を生じない。

以上は、右近健男編『注釈ドイツ契約法』（三省堂・一九九五年）一二八頁［尾崎三芳］による。

ＢＧＢ新五四六ａ条（1） 使用賃借人が使用貸借終了後に賃借物を返還しないときは、使用賃借人が止まっている期間は、賃借人は賠償として賃料又は同種の賃借物の地域での通常の賃料を請求できる。

（2） それ以上の損害に対する請求は妨げられない。

(21) ドイツ法では、債務名義による差押えによって、差押質権（Pfändungspfandrecht）が成立する。したがって、ドイツ法で債権を差押さえると、わが国で取立権能のみならず、転付命令を受けたのと同様に、差押債権者は優先弁済権を取得する。例えば、Harrry Westermann, Harm Westermann, u. a., Sachenrecht, 7.Aufl., Müller, 1998, §126 Ⅱ 1(S.891), §133 Ⅱ (S.936f.) を参照。そこで、本文では、差押質権としたり、差押・転付、又は、債権の移転と訳しておいた。

(22) ＢＧＢ一二八七条 債務者が一二八一条、一二八二条の規定に則して給付したときは、給付により債権者は給付の目的物を取得し、質権者は目的物に質権を取得する。給付が不動産の所有権の譲渡を目的とするときは、質権者は保全抵当権を取得する。給付が船舶又は船舶建造物の所有権の譲渡を目的とするときは、質権者は船舶抵当権を取得する。

(23) ＢＧＢ一二八八条（1） 一二八一条の規定に則して金銭債権を取り立てたときは、質権者の利益を害さない限度で、質

権者と債権者は、被後見人の金銭投資に関する規定に従って利息付きで投資し、かつ、質権者に質権を設定するために、質権者と債権者は協力する義務を負う。

（2）取立が一二八二条の規定に則して行われたときは、取り立てた金銭が質権者に対する弁済に充てられた限度で、質権者の債権は債権者から弁済されたとみなされる。

(24) ＢＧＢ二四二条　取引の慣行を顧慮して信義誠実が要求するように、債務者は給付を行なう義務を負う。

(25) なお、無権利者の弁済受領の追認に関する判例として、BGHZ55, 34 (Urt. v. 12.11.1970); BGHZ55, 34 (Urt. v. 12.5.1971) があげられることもあるが、直接の判示事項ではないので本稿では紹介を省略する。

(26) Wilhelm Weimar, Zweifragen bei Leistung eines gutgläubigen Schuldners an den Zedenten, JZ1966, S.461f.

(27) ＢＧＢ一三八条　事前の同意（承認）は、同意の基礎となる法律関係から異なったことが生じない限り、法律行為の実行までは撤回が可能である。

(28) Horst Ehemann, Die Funktion der Zweckvereinbarung bei Erfüllung, JZ1968, S.549ff., S.553.

(29) Josef Esser, Schuldrecht, Bd.2, Besonderer Teil, 4.Aufl., 1971, §104 II 2.b) (S.371f.)

(30) Wulf-Henning Roth, Ist eine Genehmigung bei §816 II BGB möglich ?, JZ1972, S.150ff.

(31) 以上のロトの論証を、ハルム・ヴェスターマンは、「よくも概念的に考えたものだ」と評している。Harm Peter Westermann/Ermann, 10.Aufl., 2000, §816, Rn.17.

(32) 前掲注 2. 注 (58) Reuter / Martinek, aaO., S.353ff.

(33) 前掲注 2. 注 (58) Satudinger/Lorenz, §816, Rn.32.

(34) 前掲注 2. 注 (58) Koppensteiner/Kramer, aaO., S.100f.; Reeb, aaO., S.79; Loewenheim, aaO., S.96; Peter Schlechtriem, Güterschutz durch Eingriffskondiktion, in Ungerechtfertigte Bereicherung Grundlage, Tendenz, Perspektiven (Symposium der Juristischen Faklutät der Universität Heidelberg zum Gedanken an Professor Dr. iur. Detlef König), Carl Winter, 1984, S.57ff., S.76.; Rolf Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Bd. IV, Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft, 1976, §543a (S.661).

Josef Esser, Hans-Leo Weyers, Schuldrecht, Bd. II, Besonderer Teil, Müller, 1984, S.410f. は、少なくとも債務者が破産

した場合は、債権者の追認を制限すべきだとする。

(35) Detlef König, Ungerechtfertigte Bereicherung, in Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bundesminister der Justiz, Bd. Ⅱ, S.1515ff., S.1563.

法律案二条の一［要件・効果］（一）他人の同意なく、他人の所有権、その他の権利、または財産的価値のある法財産を、処分、費消、使用、付合、混和、加工、またはその他の方法で侵害した者は、権利者に通常の価値を賠償する義務を負う。無効な処分がなされたときは、権利者は侵害者から、追認（民法一八五条二項二文）と引換で価値賠償を請求できる。

（二）（省略）

法律案二条の二［非権利者への弁済］給付が無権利者になされ、それが権利者に対して有効なときは、無権利者は給付されたものを権利者に返還する義務を負う。

以上のケーニッヒの鑑定意見と法律案に関しては、藤原正則「西ドイツ不当利得法の諸問題」『西ドイツ債務法改正鑑定意見の研究』（日本評論社・一九八八年）三九一頁以下を参照。

(36) 前掲二：2．注（48）Emeccerus/Lehmann, aaO., §61, Ⅳ (S.247f.)

(37) 前掲二：2．注（36）von. Caemmerer, aaO., S.269f.

(38) 前掲二：2．注（36）von Caemmerer, aaO., S.270.

(39) 前掲注二：3．（6）Münch/Lieb, aaO, §816 Rn.63.

(40) 債務者の選択権が債権者の追認を排除するほどに広汎ではないという評価を、Günter Christian Schwarz/Manfred Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 2.Aufl., Vahlen, 2006, S.210も支持している。

(41) ドイツ破産法旧五五条（相殺の禁止）

以下の場合は、破産手続での相殺は許されない。

一：（省略）

二：破産手続の開始前に破産者に対して債務を負っていた者が、たとえ破産宣告の開始前に債権を他の債権者が取得していた場合でも、破産宣告の開始後に破産者に対してその債権を取得したとき。

三：（省略）

(42) ＢＧＢ一一九条（一）意思表示に際してその内容について錯誤した者、又は、その内容の意思表示をする意思が全くなかった者は、表意者が事情を知っており、かつ、事態を合理的に評価したなら、その意思表示をしなかっただろうと認められるときは、その意思表示を取消すことができる。

（二）取引上重要とみなされる、人又は物の性質に関する錯誤も、意思表示の内容の錯誤に当たる。

(43) 前掲二・２．注（58）Larenz/Canaris, aaO., S.186f.

(44) ただし、前掲注（40）Schwarz/Wandt, aaO., S.210 は、弁済の決定の錯誤が、意思表示の錯誤か性状の錯誤かは不明であると指摘している。

(45) 前掲注（31）Westermann, aaO., §816 Rn.17.

(46) Hans Josef Wieling, Bereicherungsrecht, 4.Aufl., Springer, 2007, S.65.

(47) ヨーロッパ不当利得法原則（二〇〇六年二月二七日の改訂版）

４：一〇五条　無権利者に対する債務の弁済の追認

（一）債務者が第三者に対して弁済して免責を得ようとしたときは、債権者は弁済を追認できる。

（二）追認により債務者に対する債権者の権利は、弁済の限度で消滅するが、以下の効果を有する。（ａ）債務者に対する請求権を債権者が失ったことは、第三者の利益に帰属しうる。また、（ｂ）債権者と第三者の間では、追認は債権者の債務者に対する請求権を消滅させる効力を持たない。

（三）本条は、金銭債務以外の債務にも準用される。

（四）債権者の追認以前に債務者の破産または清算手続が開始されていたときは、本条の適用の可否は各国法が決定する。

なお、以上の法案とそれに関する解説は、藤原正則「ヨーロッパ統一不当利得法の動向」ペーター・シュレヒトリーム編・半田吉信他訳『ヨーロッパ債務法の変遷』（信山社・二〇〇七年）二一三頁以下を参照。条文の翻訳は、三八五頁以下、三八七頁。

三．日本法の状況と問題の整理

1．他人の物の無権限の処分

（1）はじめに

以下で、わが国の判例・学説を検討する前に指摘しておいたほうが良いと考えるのは、二．で紹介したドイツ法の行き方は、当然のことながら、決して比較法的に見て一般的なものではないことである。例えば、（わが国と同様にフランス民法に由来する）民法が占有離脱物の返還請求に関して、（金銭と有価証券では占有離脱物も善意取得が可能という規定を持つ他は、）わが国と類似した規定を持つ[1]、スイス法の判例は、盗品の中間取得者の処分を追認して、原所有者が売却代金を請求する可能性を全く問題にしていない。ここでは、まず当該の判例を紹介しておく。

スイス連邦裁判所一九四五年三月一日判決（BGE71 II 90）

［事実の概要］原告アイゼンフットは、染色工場の所有者だった。従業員のフック、コラーは、一九四二年五月から七月の間に、亜麻仁油などの動産を窃取した。シュトラッサーも共犯、及び、盗品故買犯として関与し、科学製品商の被告ホークシュトラールに盗品を売却した。盗品は被告から転売された。

犯罪捜査は盗品故買の嫌疑をかけられた被告にも及んだが、被告が盗品の出所を知っていたとは証明できなかったため無罪となったが、被告の嫌疑は完全には晴れず、捜査費用の一部が負担させられた。他の関与者には、自由刑と原告への賠償が命じられている。原告は被告に八〇〇〇スイス・フランの賠償を請求したが、原審（チューリッヒ州商事裁

判所）は請求を棄却したので、原告は上告した。上告棄却。

［理由の概要］「1．被告の行為は、その善意を疑わせるものである。というのは、捜査手続きの最初には、被告は盗品の由来を沈黙していた。しかし、原審は、被告の沈黙は、盗品故買ではなく、戦時経済法規違反への恐れのゆえだと評価した。シュトラッサーは、このような商品を入手できると被告を唆したというのである。その結果、被告は悪意でなかったという、原審の判断は支持できる。

2．スイス民法（ＺＧＢ）九三四条によれば、占有離脱物の前占有者は、善意の占有者に対しても動産の回復請求権を行使できる。しかも、被告は代価弁償を条件とせず、盗品の返還の義務を負うはずだった。というのは、同条二項によれば、盗品を商人から買得した者だけが、代価弁償が請求できるからである。つまり、被告の転売によって、始めてその要件が充足されたことになる。かつ、その際には、占有者は代価弁償まで留置権（Retentionsrecht）を行使できる。前占有者が無償で返還を受けるのは、占有者が無償で占有取得したか、善意占有者ではなかった場合に限られる。

3．盗品を占有していない被告には、ＺＧＢ九三四条の追及権（Verfolgungsrecht）を行使することはできない。そこで、原告は被告に、確かに物ではなく金銭の支払いを請求している。問題は、善意の中間占有者である被告が、このような給付義務を負うのかである。以前に連邦裁判所が、この問題を決定したことはない。学説は分かれている。一方は、善意の中間占有者は全く責任を負わないと解する（Ostertag, zu Art.938 N.15 und 16）。他方は、中間占有者の取得した売却益（Erlös）は動産の代償だと解する（Eugen Huber, Erläuchterung zum Vorentwurf, Art.980Ⅱ982, 2, Ausgabe Ⅱ 393 は、そのように見える）。さらに、善意の中間占有者も自己の財産の増加の返還義務を負うべきであり（Homberger, zu Art.938 N.12）、少なくとも、無償で物を取得した場合にはそうだという見解がある（Wieland, zu Art.938 N.12）。

４．ＺＧＢ九三四条は、占有離脱物が転売された場合の物権的代償に関しては何も定めていない。占有離脱物の占有者に、五年以内は全ての取得者に対する回復請求が認められると規定されているなら、それは、占有者は現在の占有者だけを相手にすべきだということに他ならない。現在の占有者に請求する代わりに、中間占有者に対してその取得した売却代金を請求できるという規定は存在しない。このような権利は、回復請求権の性質からも帰結され得ない。回復請求権は、占有離脱物の占有の回復を目的とするものである。回復請求権は、財産の補償ではなく、単に物の返還を請求する権利である。

ＢＧＢ九三四条の追及権者に有利な一般的な代償原則（Sorrogationsprinzip）を定めた規定を、ＺＧＢは持ち合わせていない。したがって、個々の規定がそれを定めた場合にだけ、代償請求は可能である。・・・・（個々の規定を検討して、一般化は不可能であるとされる）・・・本件での原告の請求を基礎づけるには、第三者に対する売却代金が動産に取って代わるという、広い代償原則のような法的根拠が必要である。このような原則は、以上で論じたように、スイス法では特定の局面でだけ認められており、そのいずれも本件には当てはまらない。回復請求権者が善意の占有者に対して未払いの代金を請求できるという、例えば、チリやアルゼンチンのような外国法の代償準則は、ＺＧＢには無縁である。九三四条の秩序とは折り合わない。

５．本訴で、不当利得の返還請求が可能かを、問題にする必要はない。原理的に不当利得返還請求は無理である。被告が物を転売したからといって、不当利得返還請求の余地が排除されるわけではない。財貨の増大という利得の要件は存在する。転売の場合は、利得は売却代金として存続しており、かつ、被告が有償で物を取得したときは、転売の増加価格が利得となりうる。しかし、被告にそのような利得があったとしても、原告は利得の返還請求権を有しない。ＺＢＧ九八三条によれば、善意の中間占有者は、使用、賃貸、又は、それ以外の収益、又は、全部又は一部の費消の

場合でも、物からの利益を受けることを保護されている。したがって、その結果、被告の下に利得が現存するか否かは、無関係である。原告は、売却益を請求することもできない。ZGB九三四条一項の原則的なケースでは、現在の占有者の物の取得の対価は、回復請求権者にとって無意味である。したがって、物から取得した増加価格によって、回復請求権者の損失において発生した中間占有者の利得を問題にすることは不可能である。本件のように、被告が物を転売して、九三四条二項により、回復請求権が制限されたときは（上記2.）、とにかくも、原告の支出すべき代価弁償に、被告が取得した売却益は含まれている。もちろん、常にそうだというわけではないが。被告がそのような利益を上げた場合でも、商品は何度も占有者を変えており、中間では安価に取引されており、贈与された場合もある。しかし、いずれにしても、ZGB九三四条二項は、その売却益の範囲でも、以前の占有者に対する補償請求権を、回復請求権者に認めているわけではない。原告からの代価弁償の請求は、盗人から補償を得ないにもかかわらず、追奪担保責任を負担する危険を負わない限りでは、その限りで被告に利益をもたらしている。しかし、追奪担保責任は初めから排除されている可能性もある。それ以外では、担保責任は回復請求権者の原告とは無関係である。原告からの代価弁償請求が被告にもたらすかもしれない利益は、それが利得といえるものであっても、不当な利得とはいえない。最後に、現在の占有者ではなく以前の占有者を原告の事務管理者とみなして、事務管理の観点から、利得、それどころか原告の「損失（Entreicherung）」を考慮せずに利得の返還の義務を認めるようなことに（Art.423 OR, von Tuhr OR S.402）、ZBG九三四条二項が根拠を提供するものではない。反対に、ZGB九三四条、九三八条からは、唯一規定がおかれた回復請求権を被告が行使できなくなってからは、原告には被告に対する請求権は全く帰属しないということである。

ZGB九三四条一項、二項がそれに倣った規定であるフランス民法二二七九条、二二八〇条に関して、詳細な理由は付されてはいないが、フランスの破棄院は最近の判例で同様の結論に至っている（Dalloz 1931 I 129; 同じ箇所の、

R.Svatier の批判も参照。他方で、M.Segond は、判決に賛成している。: Sirey 1931 I 273)。以上とは違った評価をするBGB八一六条、八二二条に関して、ここで見解を表明する必要はない。

現在の占有者が物を他の物と付合・混和させて返還不能としたときの、現在の占有者の不当利得返還義務に関しては、見解を留保する（ZGB七二七条三項を参照）。不法行為責任ではなく許されうる錯誤により、法律上の原因なく直接に原告の財貨を侵害した中間占有者が、原告に対して不当利得返還請求権（あるいは、事務管理）を基礎づける法律関係に立つか否かに関しても同様である。本件の当事者に関しては、以上のような法律関係は全く存在する余地はない。被告は物を第三者から買い受けている。回復請求権を除けば、被告と原告の間には何等の法律関係は成立しない。」

以上のように、判例は、盗品を買い受け、転売した商人である被告（中間占有者）に対する原所有者の不当利得返還請求を退けている。その理由として、原所有者の回復請求権は現在の占有者に対してだけ行使することが可能である。従前の善意の中間占有者に対しては、原所有者は何も請求できない。その根拠は、占有離脱物に対する回復請求権だけを定めたスイス民法の考え方であるとされている。さらに、フランスの破棄院は同旨であり、それとは異なった評価を採用しているドイツ民法（BGB八一六条、八二二条）に言及する必要はないとも指摘している（ちなみに、本判決は、しばしばドイツの比較法の文献でも指示されている[2]）。以上のスイス法の立場からは、（当初はドイツ法でも争いのあった）権利者がその処分を追認して、善意の中間占有者に対して、売却代金の返還を請求する余地は存在しないことになる。かつ、以上のスイス法の考え方は、少なくともドイツ法との対比では、スイス民法と類似した規定を持つわが国には参照するに値すると考えられる[3]。以下では、このような事情を考慮して、わが国の判例を見ていくこととする。

（1）以下では、関係するスイス民法（Schweizerisches Zivilgesetzbuch）の規定を示しておく。

ＺＧＢ九二三条　善意で物の所有権又は制限物権の譲渡を受けた者は、売却者に譲渡の権限が全く委ねられていなかったときも、その権利取得は保護される。

ＺＧＢ九三四条（一）窃取、遺失、又は、その他の占有離脱により占有を失った占有者は、五年以内はいかなる取得者に対しても、物の回復を請求できる。

（二）動産が公の競売、市場、又は、同種の物を販売する商人から取得されたときは、最初の取得者及びそれ以後の取得者に対しては、取得者が支払った代価を弁償しなければ物の回復を請求できない。

（三）それ以外では、返還に関しては、善意占有者の請求権に関する規定が適用される。

ＺＧＢ九三五条　それが意思に反して占有離脱したときでも、金銭及び有価証券は、善意の占有者に対して回復請求することはできない。

ＺＢＧ九三六条（一）占有者が悪意で物を取得したときは、従前の占有者は何時でもその返還を請求できる。

（二）ただし、従前の占有者が善意で取得したのでないときは、後の占有者に対して回復を請求できない。

ＺＧＢ九三八条（一）物を善意で占有した者は、取得したと考えた権利に則して使用収益した限りで、権利者に対して補償の責を負わない。

（二）その際に物が滅失、又は、損傷したときも、占有者は賠償の義務を負わない。

ＺＧＢ九三九条（一）権利者が物の引渡を請求したときは、善意の占有者は必要費と有益費の償還を請求し、費用の償還まで物の引渡を拒むことができる。

（二）それ以外の費用に関しては、占有者は補償を請求できないが、費用の償還がされないときは、物の返還の前に支出した費用を、物自体を損傷しないときは、収去することができる。

（三）占有者が収取した果実は、費用償還と相殺される。

（2）例えば、Konrad Zweigert / Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3.Aufl., Mohr, 1996, S.546; Peter Schlechtriem, Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa Ⅱ, Mohr, 2001, S.117.

（3）もっとも、スイス法でも学説の間では、第三者が善意取得しない場合にも、所有者の無権限処分者に対する不当利得返

還請求が可能か否かに関しては見解の対立があるようである。例えば、前掲注（２）Schlechtriem, aaO., S.117, Anm.178, Anm. 179を参照。

ただし、以上のコンテクストで、筆者が参照したのは、上記の判例も引用する、Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 4.Bd., Das Sachenrecht, Besitz und Grundbuch, A.Homberger, Schultheß, 1938, Art.938, Nr.12だが、そこでは、まず表見相続人の返還義務が説かれ、その後に、有償の中間占有者（処分者）も転売益（買得代金と売却代金の差額）の返還が命じられるべきだとされている。

※本稿は、平成一九年度～平成二一年度科学研究費補助金（基盤研究（Ｃ））（研究代表・藤原正則）、（財）全国銀行学術振興財団二〇〇六年度研究助成、及び、早稲田大学二一世紀ＣＯＥの成果の一部である。

論　説

政府の訴訟活動における機関利益と公共の利益（四）

――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．制度図式への裁判所の評価
第二節　合衆国の利益と法務総裁の性格
一．法務総裁の出訴と合衆国の利益

（以上五八巻六号）

（以上五九巻一号）

二．合衆国の出訴可能性
三．法務総裁の出訴の限界と権力分立
四．合衆国の利益の理解
第三節　政府の法律事務の集中と分散
一．司法省設立法の失敗
二．法務総裁の専門性の欠如と政治性
三．政策形成と訴訟活動の組織的分裂
第四節　訴訟活動と大統領の権限
一．立法による規制と「大統領の手」
二．司法省の独立機関化案
三．独立の訴訟活動権限の憲法上の評価
第二章　訟務長官の活動と合衆国の利益
第一節　訴訟活動権限の配分状況と訟務長官
一．司法省の組織
二．訴訟活動権限の配分状況
三．訟務長官の位置づけと権限
第二節　最高裁判所での訟務長官の活動
第一款　サーシオレイライの申立て
一．サーシオレイライ
二．訟務長官による申立ての自制とその基準
三．最高裁判所に対する寄与への期待
四．自制を導く要因
第二款　過誤の自白

（以上五九巻三号）

一．下級裁判所での政府の勝訴と過誤の自白
二．背景にある思考
三．過誤の自白の問題点
第三款　アミカスキュリエとしての関与
一．アミカスキュリエ
二．政府によるアミカス書面と訟務長官の権限
三．訟務長官によるアミカス書面の使用状況と最高裁判所の評価
四．最高裁判所によるアミカス書面の要求
五．訟務長官のアミカス書面の機能
六．訟務長官の自己認識
第三節　訟務長官の行動様式と機能
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

（以上本号）

第二章　訟務長官の活動と合衆国の利益

制定法による現行制度上、いくつかの複数の例外はあるものの、連邦政府の訴訟活動は原則的に、法務総裁の下の司法省によって担われる。ここにおける連邦政府の各省・機関と司法省の関係は、ちょうど訴訟当事者と弁護士との関係になぞらえて考えることが可能である。つまり、一般の訴訟当事者が自己の立場を法廷において主張するために弁護士に依頼をすることになるが、これと同様に司法省も、政府訴訟において、事件に関係する連邦機関の見解を裁判所にお

いて主張する役割を果たすことになる。(1)

しかしながら、連邦の各省・機関と司法省の関係は、通常の当事者と弁護士の関係とは決定的に異なる面を有している。通常の訴訟当事者の場合、クライアントとして弁護士を依頼し、もしもその訴訟活動について自己の利益に沿わないところがあると考えた場合には、別個の弁護士に変更することが可能である。これに対して制定法の原則によれば、各省・機関の訴訟活動は、司法省が排他的に行うこととされている。したがって、司法省以外の弁護士によって自己の見解を裁判所で主張してもらうことが不可能である。このように、連邦政府の各省・機関は、司法省を自己の見解を裁判所において主張する際の弁護士として利用するクライアントとしての存在ではあるけれども、それは通常の訴訟当事者と異なり、「とらわれのクライアント」（captive client）である。(2)

では、こうした関係の下での司法省による連邦の政府機関の訴訟活動は、いかなる観点から行われており、いかなる機能を果たしていると評価しうるのであろうか。そしてまた、その背景にはどのような思考が存在しているのであろうか。本章ではこれらの問題に取り組む。

前章では法務総裁を検討対象の中心としてきたところであるが、本章では上記の検討を行う際の対象をシフトさせ、司法省の数ある訴訟活動を担当する部局の中でも、特に訟務長官（Solicitor General）というポストに焦点を当てることとしたい。本章で述べるように、この訟務長官は政府の訴訟活動のうち主として特に最高裁判所における活動を担っている職であるが、同時に司法省内において、とりわけユニークな性格を有する存在として認識されている。この訟務長官を本稿が対象として取り上げる理由は主として、訟務長官をめぐる次の要素によるものである。まず第一に、現在の制定法による訴訟活動権限の配分が、最高裁判所における活動の場面で最も集中化されていること。第二には、この訟務長官は一八七〇年の司法省創設時に設立されたポストであるが、司法省創設以前の法務総裁が有していた性格を連

続的に有していると考えられること。第三に、この訟務長官が、政府の訴訟活動を担当する政府弁護士の行動様式の典型として議論をされていることである。

この章では、まず上記の理由の背景を今少し詳しく見るために、現在のアメリカ合衆国における訴訟活動権限の配分状況の概略と、訟務長官に関する簡単な紹介を行う（第一節）。その上で、訟務長官が活動を行う具体的な局面における特徴的な行動について検討を行う（第二節）。これを受けて第三節においては、訟務長官の活動における伝統的な行動様式を提示するとともに、そこで実現が期待される「合衆国の利益」が、いかなるものとして理解されているかを検討する。そしてこの行動様式との関係で訟務長官が各機関に関する訴訟についての活動権限を握っている制度図式が果たしうる機能を、特に各政府機関との関係で検討する。

第一節　訴訟活動権限の配分状況と訟務長官

連邦政府の訴訟活動の検討を行うに当たり、本章では司法省内の訟務長官に焦点を当てるが、それは、消極的理由と積極的理由による。まず消極的理由から説明をしたい。これは、司法省の組織とその相互関係が複雑であることと、現在の訴訟活動権限の配分状況に、最高裁判所での訴訟活動については司法省への集中化の傾向がみられること以外には一般的なパターンを見いだすことが困難であるというところにある。

一・司法省の組織

一八七〇年に法務総裁を長として司法省が設立されて以降、その規模や任務の範囲は著しく増大してきた。法務総裁

の当初からの任務である、訴訟活動と意見書提出に加えて、現在においては、目立った活動だけをあげても、麻薬取締、一定の連邦法に関する捜査活動、恩赦に関する活動、強制執行に関する任務など、さまざまな任務を担っている。(3)

このうち、訴訟活動についてみると、現在では、法務総裁自身が実際に訴訟活動を行うことはまれである。実際の訴訟活動は、一九二八年創設の刑事局（Criminal Division）、一九三三年創設の民事局（Civil Division）、一九五七年創設の市民権局（Civil Rights Division）、一八九〇年創設の反トラスト局（Antitrust Division）、一九三三年創設の租税局(4)（Tax Division）、一九〇七年創設の環境及び天然資源局（Environment and Natural Resource Division）の六局が設置され、それぞれ担当する範囲の事件について活動を行うこととされている。(5)

各省・機関の規制プログラムに関する刑事訴訟以外の活動については、民事局が担当するのが通常であるが、一定の規制領域については他の局が担当することになる。したがって、例えば環境保護庁（Environmental Protection Agency）や内務省（Department of Interior）などは、民事局よりも環境及び天然資源局との間により強い関係を有しているといい、また内国歳入庁は、租税局と密接な関係を有している。(6)

以上のように、連邦政府の訴訟活動は、司法省と各省・機関との関係においても、司法省内の訴訟活動を担当する各局相互の関係においても非常に複雑である。これを包括的に取り上げて扱うことは、筆者にとって現時点では困難であるといわざるを得ない。

二　訴訟活動権限の配分状況

（1）訴訟活動権限の分散状況

またさらに、連邦政府の訴訟活動に関しては、包括的な取り扱いを困難にするもう一つの実状が存在している。それ

は訴訟活動権限の配分状況が、以下にみるように、極めて複雑なものとなっていることである。

ここまでで述べているように、現在の司法省への訴訟活動の集中化には、制定法による例外創設が予定されており、実際上も複数の機関が、司法省から独立して訴訟活動を行うことを認められている。もっとも、こうした制定法上の例外については、一般的な図式が存在しているわけではない。この点につき、デヴィンス（Neal Devins）／ハーツ（Micheal Herz）両教授は以下のように述べる。「確かに、議会は司法省のコントロールの原則に対して様々な例外を創設している。しかしこの例外創設はシステマティックなものではない。わずかなパターンを見いだすことができるのみである。議会は訴訟活動権限を、執行府内の機関よりも独立機関に対して多く付与している。しかし、議会が独立の訴訟活動権限をあらゆる独立機関に与えているわけではなく、独立機関のすべての訴訟にその活動権限を与えているわけではなく、またこうした権限を独立機関に対してだけ与えているわけでもない[7]。この傾向以外には、議会が司法省によるコントロールから離脱させる際の一般的な原則を見いだすことは困難である」。このように両教授は、連邦政府の訴訟活動権限の配分に関しては、わずかな傾向しか認められないとしている。

こうした司法省によらない訴訟活動を規定する例外創設のほとんどは、一九七〇年代に制定されたものであるとされている[8]。その一つのきっかけとして、前章にみた一九六八年のGuignon判決[9]で第八巡回区控訴裁判所から、議会の制定法による司法省から独立した訴訟活動権限の付与が可能だと宣言されたことが指摘されている[10]。また同時に、議会による例外創設の動きは、同じく前章でみた、ウォーターゲート事件と[11]、そこから生じた政府の訴訟活動を大統領によるコントロールから分離しようとする試みとしての性格も有する。

こうした背景の下に、すでに一九七〇年代のうちに、司法省から独立した訴訟活動権限を規定する制定法は相当の数に及んでいた。一九七七年に上院の政府内問題委員会（Committee on Governmental Affairs）は、連邦政府の規制活動

を行う各種の組織機構とその問題点に関する調査報告書を公表するが、この報告書では、訴訟活動をめぐる司法省と独立機関との間の関係も取り上げられている。ここにおいて当時の訴訟活動の配分状況は以下のように表現されていた。

「……現在の状況が混乱していることは明らかである。独立委員会の訴訟活動に関する一貫した方針は存在しておらず、各独立委員会は一つのグループとして取り扱われているわけではない。むしろ、こうした機関が有している、司法省から監督を受けることなく訴訟活動を行うことができるという権限は、一般的な制定法に対する例外としてのものであり、現在の法律の状況はこうした例外のごった煮（hodgepodge）によるものである」[12]。

この記述に示されているように、議会による各機関に対する独立の訴訟活動権限の付与は、各機関に共通して一括的に行われたわけではない。おのおのの機関に特有の事情と、それに応じた議会の個別的な対応によるものである。

（2）最高裁判所における訴訟活動権限の集中

上記のように、アメリカ合衆国の訴訟活動権限は全体的に見ると、相当程度は政府機関に対しても配分されている状況にある。こうした中でも、司法省に最も権限が集中しているのが、最高裁判所における訴訟活動の場面である[13]。以下若干の例をあげて見てみることにしよう[14]。

例えば、連邦エネルギー規制委員会（Federal Energy Regulatory Commission）は、独立の訴訟活動権限を付与されてはいるけれども、それは、控訴裁判所レベルまでに限定されている[15]。このことは、証券取引委員会（Security and Exchange Commission：SEC）や平等雇用機会委員会（Equal Employment Opportunity Commission）[16]でも同様である。

また、最高裁判所における訴訟活動の権限が認められている機関についても、それが無限定で許容されているという

わけではなく、一定の司法省の関与が認められている場合が多い。[17] 例えば、ＦＴＣについては、下級裁判所においては独立の訴訟活動を行うことができる一方で、最高裁判所に関しては、ＦＴＣは、下級裁判所の判決後一〇日以内に訟務長官にＦＴＣ自身が最高裁判所で訴訟活動を行うことを承認するよう求めることができ、訟務長官がその求めを受けてから六〇日以内に承認した場合のほか、訟務長官がＦＴＣの見解を支持することを拒絶した場合や、[18] 六〇日以内に回答を示さない場合には、ＦＴＣ自身が最高裁判所において訴訟活動を行うことが可能とされている。[19]

このように最高裁判所の局面は、「今なお法務総裁と訟務長官の最も強力な支配領域である」といえる。この背景には、最高裁判所においては、政府機関の訴訟活動が集中化されているべきであるとする一定の思考が存在しているものとも考えられる。報告書では当時の状況を前提としつつ、「法務総裁と訟務長官は、最高裁判所における事件につき、「コントロールと主張活動」を継続していくべきである」[20]と記述されている。

したがって、司法省の訴訟活動への関与の背景にある思考に接近する際に、この訟務長官が検討対象として好適であると思われる。それはまず第一に、司法省と各機関との関係で「一定の」共通的な事項として論述を行うことが許されるものと考えられ、第二に、訴訟活動の司法省への集中化が志向されている背景の観念に接近する上で、最適であると考えられるからである。

ただし、デヴィンス教授は、この最高裁判所の訴訟活動の局面における訟務長官による寡占的管轄の状況を踏まえてもなお、「司法省によるコントロールの範囲について、また特に訟務長官のコントロールの範囲についても、一般化には不向き（ill-suited）である」[21]と指摘している。[22] したがって、本稿においてこの訟務長官を対象とするとしても、司法省の訴訟活動の検討としてはなお不充分なものであるといわざるを得ない。ここにおける訟務長官は、せいぜい、司法省内の諸ポストの中で検討対象としての意義が、相対的に最も大きいという程度のものだと認めねばならない。[23]

三　訟務長官の位置づけと権限

（1）訴訟活動への特化

以上見てきた事情は、本稿で訟務長官を扱うことについての、いわば消極的な理由を構成する背景であった。しかし、訟務長官を扱うことについては一定の積極的な意義も存在するものと考える。それは、この訟務長官という職が、法務総裁が行ってきた政府の訴訟活動の任務を受け継いだ存在だと考えられ、したがって、アメリカ合衆国における政府の訴訟対応のあり方を体現している存在だと思われるからである。

訟務長官は、一八七〇年の司法省創設時に設置されたポストである。この訟務長官の創設時における任務は、司法省設置法において次のように規定されていた。

「司法省に、訟務長官と称する、法務総裁の任務の遂行を補助する、法的見識を備えた職員を置く。訟務長官は、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。また司法省に、二名の法務総裁次官補（Assistants of the Attorney General）と称する、法的見識を備えた従前の職を残すものとする。その任務は、法務総裁と訟務長官の法律上の任務の遂行を補助することとする」（第二条）

「法務総裁は、必要と考える場合には、請求裁判所（court of claims）における合衆国の利益に関わる（interested）あらゆる事件について、訟務長官に主張活動を行うよう命じることができる。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する。法務総裁は、合衆国の利益に関係する（in the interest of the United

States）と考える場合には、政府の利益に関わるすべての合衆国の裁判所におけるあらゆる事件の訴訟遂行と主張活動を行い、また訟務長官その他の司法省職員に対してそれを命じることができる。法務総裁は、すべての州裁判所及び合衆国区裁判所に継続している事件についての合衆国の利益に配慮する（attend to）ため、または、あらゆる合衆国の利益に配慮するために、訟務長官その他の司法省職員を、すべての州裁判所及び合衆国内の裁判区に派遣することができる。……」（第五条）[24]

以上の条文からは、当初の訟務長官は、当時の法務総裁が行っていた政府の訴訟活動につき補助する任務を与えられていたといえる。しかし、第二条に示されている通り、その活動分野は必ずしも訴訟活動に限定されてはいない。いわば、司法省内における法務総裁の「首席補佐官」としての位置づけであった[25]。

しかし、司法省の組織の拡張と任務の増大にしたがって、訟務長官の「首席補佐官」としての性格は次第に薄れ、訴訟活動の責務に純化していくこととなる[26]。まず、一九三三年には、法務総裁の意見書作成の補助の職務から解放されることとなる。さらに、一九五三年に司法省内に、省内の管理的事務について法務総裁を補助する法務総裁次官（Deputy Attorney General）が創設されることにより、訟務長官は省内の行政的な事務の多くから解放されることとなる[27]。そして、一九七七年の法務総裁副次官（Associate Attorney General）の創設により、省内の管理的任務のほとんどから解放され、本稿で追って見るような最高裁判所に関する職務にほぼ限定的に従事することとなった[28][29]。

上記の過程からは、訟務長官は、司法省内において法務総裁の任務のうち訴訟活動に関する事務を受け継ぎ、それに特化した任務を現在有しているものだと考えることができると思われる。この法務総裁との連続性を端的に示すものと考えられるのが、訟務長官に任命される者に条文上要求されている事項がある。上記の司法省設置法第二条にあるよう

に、訟務長官として任命される者は、「法的見識を備えた（learned in the law）」者である。この要求は、一八七九年の裁判所法における法務総裁に対するものと同様である。しかし、この司法省設置法においては、法務総裁に対してはもはや、「法的見識を備えた」という要求は条文上はみられなくなっている。議会の意図は不明であるけれども、現在のところ政府内で、「法的見識を備えた」者であることを制定法上要求されているのは、訟務長官だけである。[30]

訟務長官は、上院の助言と承認により大統領が任命する職員である。[31] これまでの歴任者としては、アメリカ合衆国における高名な弁護士や法学者が着任することが多い。[32] また訟務長官の下には、訟務長官事務室（Office of Solicitor General）が置かれており、ここに複数人のスタッフが配置されている。訟務長官事務室のスタッフ数は少なく、通例は二〇人前後のようであり、[33] したがって、司法省全体からみると、極めて小規模な組織であるといえる。

（2）訟務長官の活動権限

訟務長官の活動を検討するに当たり、まずは現在の訟務長官の権限を、制定法及び規則の条文から確認しておこう。訟務長官の活動に係る一般的な権限は、次の制定法の条文に示されている。

「法務総裁が特に指定する事件を除き、法務総裁と訟務長官は、合衆国の利益に関わる（interested）、連邦請求裁判所、連邦巡回区控訴裁判所、[34] 国際通商裁判所における訴訟の遂行、弁論を行い、最高裁判所における上訴と訴訟の遂行、弁論を行うものとする」

「合衆国の裁判所における、合衆国の利益に関わるすべての事件につき、法務総裁が合衆国の利益に沿うと認めるときは、自ら訴訟の遂行もしくは弁論を行い、または訟務長官もしくは他の司法省内の職員にこれを命じることができる」。[35]

この条文上は訟務長官は、法務総裁と訴訟活動権限を共有することとなっているけれども、法務総裁が、裁判所において実際に書面提出や口頭弁論などの訴訟活動を行うことは極めてまれなことであるという。[36]

そして訟務長官は、実際上は最高裁判所における活動を行うことを任務とする。

「下記の事項に関しては、関係する機関または職員と協議の上、訟務長官に割り当てられ（assigned to）、訟務長官により遂行（conducted）、取り扱い（handled）、監督（supervised）がなされるものとする。

（a）上訴、サーシオレイライの申立てまたは反論、書面提出または口頭弁論もしくは〇・一六三条による和解を含むあらゆる最高裁判所における事件の遂行または代理人の指定（assigning）もしくは監督活動

……

（c）政府によるアミカス書面（amicus brief）を提出するか否かの決定または上訴裁判所における政府の参加（intervene）を行うか否かの決定すること[37]

……」

本稿では、この訟務長官の最高裁判所における活動を取り上げる。このうち、下級裁判所において、政府側が敗訴している場面について（サーシオレイライの申立ての局面）と、政府側が勝訴しており、相手方当事者が上告をしてきた場合における場面における訟務長官の特徴的な活動を取り上げ、これに加えて、アミカスキュリエとして訟務長官が活動を行う場面についてを検討することにしよう。

本章で、訟務長官の活動を検討するに当たり、まず、この訟務長官が極めてユニークな存在として把握されているこ

とを見ておくことにしよう。一九七七年に、司法省の法律顧問室（Office of Legal Counsel）は、訟務長官の存在とその活動について、以下のような意見書[38]を作成している。

「……伝統的に、法務総裁は訟務長官に対して最高裁判所において政府の見解を示すことについての第一次的な責任を与えてきた。そして、この役割の実行のために、訟務長官は非常に高い独立性を享受してきた[39]」

「訟務長官は二つの種類の独立性を享受してきた……。第一には、訟務長官の司法省内部における独立性である。司法省内のすべての職員の中で最高裁判所での事件において政府の立場を決定する任務を負うのは訟務長官である。各局（division）の職員の見解は訟務長官を拘束することはなく、また、法務総裁も訟務長官の見解を妨害することがないようにしてきた[40]」。

「第二には、訟務長官は執行府全体の中での独立性を享受している。訟務長官はその「クライアント」の見解に拘束されない。訟務長官は、クライアントが過誤をおかしていると考えた場合には、その過誤を自白することができる。訟務長官はクライアントの作成した書面を書き直すことができる。訟務長官はクライアントの最高裁判所へのサーシオレイライの申立ての要求を拒絶することができる。そのクライアントが独立の訴訟活動権限を有しているためクライアント自身が最高裁判所において弁論を行ったとしても、訟務長官は（全体的にも部分的にも）反対をすることができる[41]」。

この意見書では訟務長官を、政府機関を「クライアント」とした最高裁判所において活動を行う弁護士として把握している。したがって意見書も、訟務長官と政府機関の関係を、本章の冒頭で示したような弁護士―クライアントの関係

でとらえていることになる。

政府機関は最高裁判所においては、当然、事件における勝訴を望むのが通常であろう。しかし、この意見書においては、クライアントたる政府機関の見解に反対して活動を行うことが強調されている。したがって訟務長官は、必ずしも「クライアント」たる政府機関の勝訴を目指す存在としては観念されていない。むしろここにおいて訟務長官は、事件に関わる政府機関の主張を抑制する存在として観念されている。この点では、訟務長官と政府機関との関係は、通常の弁護士－クライアントの関係との間で、すでに述べたような「とらわれのクライアント」であるという点のみならず、訟務長官という弁護士が必ずしもクライアントの意図に沿う行動をとるわけではないという点でも異なっているといえる。この点を意識しながら、訟務長官の活動場面に関する検討を行うこととしよう。

第二節　最高裁判所での訟務長官の活動

第一款　サーシオレイライの申立て

一・サーシオレイライ

政府機関の見解が下級裁判所で受け入れられなかった場合には、その機関が最高裁判所に上訴を行って判断を得ようと望むことが起こりうる。先に見た条文の通り、この上訴の申立てを行うか否かの決定は、行政機関に制定法上の授権がなされていない限りは、訟務長官によって行われることとされている。

現在のところ最高裁判所に対する上告は、ほとんどの場合に、裁量的に受理、不受理が決定される。このサーシオレ

イライと呼ばれる上訴においては、最高裁判所裁判官の九人のうち四人が賛成すれば、サーシオレイライの申立てを受理するという慣例になっている。[42] サーシオレイライの可否を決定する法定の基準は存在していないが、最高裁判所規則（Supreme Court Rules）一〇条では、以下のような規定が存在している。

第一〇条　サーシオレイライの審査に係る考慮事項

サーシオレイライの審査は権利的事項ではなく、司法裁量事項である。サーシオレイライの申立ては、やむにやまれぬ（compelling）理由がある場合にのみ許可される。以下の事項は、最高裁判所が理由があると考慮する性質を示したものであるが、拘束的なものではなく、かつ完全な基準となるものでもない

（a）同一の重要事項につき、合衆国控訴裁判所が他の合衆国控訴裁判所と矛盾する判決を行った場合、合衆国控訴裁判所が重要な連邦上の問題（federal question）について州の上告裁判所の判決と矛盾する判断を下した場合、あるいは合衆国控訴裁判所が一般的に認められた（accepted）通常の司法手続から乖離した場合または下級裁判所によるこうした乖離が是認された場合で、最高裁判所の監督権能の行使が必要とされる場合

（b）重要な連邦事項につき、州の上告裁判所が他州の上告裁判所や合衆国控訴裁判所の判決と矛盾する判断を行った場合

（c）州の裁判所もしくは合衆国控訴裁判所が、最高裁判所が解決しておらずその判断が望まれる（should）連邦法の重要事項につき判断を行った場合または、重要な連邦事項について最高裁判所の関連する判決に矛盾する判断を行った場合

サーシオレイライの申立ては、事実認定の誤りや厳格に規定された（properly stated）法の支配の適用の誤りが

主張されている場合にはめったに許可されない。[43]

この最高裁判所の裁量による運用がなされるサーシオレイライの制度において、訟務長官は高い上告被受理率を誇っている。シュナッパー（Eric Schnapper）の調査によると、一九五二年から八五年までの期間において、訟務長官は、各年平均で約四〇件の申立てを行い、平均約七五％のサーシオレイライの申立ての被受理率を示している。[44] これに対して、通常の当事者の平均被受理率は、五％未満であるといい、[45] したがって、飛び抜けた数字であるといえる。

二．訟務長官による申立ての自制とその基準

（1）申立ての自制

では、この高い被受理率の要因としては、いかなるところが考えられるであろうか。この点について、第三四代訟務長官グリスヴォルド（Ervin N. Griswold）は以下のように述べている。

「高いサーシオレイライの被受理率の数値は、訟務長官の最高裁判所における高い腕前を示すものではない。むしろこの数値は、控訴裁判所における政府敗訴の判決から、一般的な重要性を有しないものを、場合によってはいかに誤ったものであったとしても、間引きする（pruning）という方針が成功していることを示している[46]」。

グリスヴォルドは、訟務長官がサーシオレイライの申立てを行う事件を選択していることを述べる。こうした選択は、何もグリスヴォルドに限ったことではない。例えば、一九五九年において、訟務長官は最高裁判所に対して三一件のサー

シオレイライの申立てを行っており、うち二四件が認められているが、訟務長官事務室のスタッフを務めていたスターン（Robert L. Stern）によれば、同年には訟務長官に対して、各省・機関から申立てを行うことを求める要求が五二〇件もあったという。[47] したがって、実際に最高裁判所に対して申し立てられた三二件は、政府内で要求されたもののうちわずか六％にすぎないことになる。さらに第三七代訟務長官のリー（Rex E. Lee）は、訟務長官の行うサーシオレイライの申立ては、「その約六倍から七倍の申立てをするようにとの推薦の中から選別したものである。……申立てがなされるのは、三〇〇から三五〇の推薦のスクリーニングの結果であり、全事件の約六分の一について申立てがなされていることになる」[48]と述べている。[49]

このように訟務長官は、その在任者にかかわらず、サーシオレイライの申立てに際しては事件の選別を行っている。こうした訟務長官が最高裁判所の「門番」となっていることは一般に広く認知されている。[50][51]

（2）最高裁判所の基準の内部化

さて、上記の訟務長官が「門番」としての役割を果たすことは、政府が下級裁判所で敗訴している事件をスクリーニングすることによってなされる。では、ここにおいて訟務長官は、どのような基準でスクリーニングを行うのであろうか。第三六代訟務長官のマクリー（Wade H. McCree, Jr.）は以下のように述べる。

「事件は通常、それが政府にとって実質的な重要性を有しており、かつ、政府の法的立場が合理的な基礎を有している場合に上訴される。しかし、事件が最高裁判所自身の適用する、例外的な重要性という、より厳格な基準を満たしていない場合には、訟務長官は最高裁判所に対してサーシオレイライの申立てを行わない」[52]。

このマクリーの言説からは、訟務長官が最高裁判所と同じ基準によって、事件のスクリーニングを行っていることがうかがわれる。これを確かめるべく、さらにマクリーの言説を検討することにしよう。マクリーはこの最高裁判所自身の基準を満たさない場合に申立てを行わないことについて、上記の引用部分の直後で、次のように述べる。

「このことは、通例では次のことを意味する。それは、訟務長官は、各巡回区間の対立を含む事件や、実質的で今後も継続する法執行の重要性に関する、憲法上、制定法上の争点を含む事件を探しているということである。これに加えて、訟務長官は、最高裁判所における正式のヒアリング（plenary hearing）において法的問題をテストするための事実に関する記録（factual record）や手続の状況（procedural posture）が適切であるかどうかを決定するよう調査する[53]」。

ここでは、巡回区間の対立、重要な争点を含む事件であるか否かの調査と、当該事件について最高裁判所が判例を示すのに適切な事件であるかどうかを調査することが語られている。

さらに、第三二代訟務長官のコックス（Archibald Cox）もまた、サーシオレイライの申立ての際の態度として、通常の弁護士との違いを強調しつつ、次のように述べる。

「われわれ［訟務長官事務室］は、最高裁判所の規則として公表されているサーシオレイライの申立ての慣習的な基準を、より厳格に適用している。それは例えば、実際に巡回区間の矛盾が生じているかどうかを決定するということである。

……通常の弁護士が関心を有することが乏しいもう一つの要素は、タイミングの問題である。この事件（*this*）は、この争点（*this* question）を最高裁判所が取り上げるのに機が熟しているであろうか？　あるいは、最高裁判所にとっては数年間延期した方がいい争点なのであろうか？　……法はこのような観点の下に変容していく」[54]。

スターンもまた以下のように述べている。

「訟務長官は、サーシオレイライの申立てを行うか否かを決定する際に、最高裁判所が規則などによってしばしば宣言する事項に配慮する。それは、控訴裁判所の間で矛盾が生じている場合や、事件が一般的な重要性を有している場合や、あるいは下級裁判所の判示にひどい（gross）誤りが存在している場合や、あるいはこれらの要素が混在している場合にのみ最高裁判所は上告を認めるということである。訟務長官事務室は最高裁判所の基準を適用しようと試みている」[55]。

以上のように、訟務長官はサーシオレイライの申立てに際して、最高裁判所と同様の事項を考慮しているといえる[56]。訟務長官は、通常の弁護士が上告を求める場合と異なり、最高裁判所の立場に立った上で、サーシオレイライの申立てを行うべき事件の決定を行い、各機関の最高裁判所における審査の要求、ひいては最高裁判所における勝訴の要求は、この訟務長官の立場の下に抑制されることになる。このように、訟務長官は最高裁判所自身のサーシオレイライの判断基準を「内部化」しているといわれる[57]。

そしてこのことが、訟務長官のサーシオレイライの被受理率の高さにつながっていると考えられている。コックスは、

一九七三年の議会公聴会において、以下のように証言している。

「最高裁判所における、訟務長官による事件の注意深いスクリーニングには、最高裁判所に審査が求められるべきではない事件が提示されることを妨げるよう審査を行うことが求められている。この訟務長官による注意深い審査の効果と安定性は、最高裁判所がたったの七から一〇％の事件に対してしか上告を認めていないのに、政府の事件については六〇から七〇％の上告を許容しているという事実に示されている」[58]。

先に見た訟務長官のサーシオレイライの被受理率の高さは、訟務長官が最高裁判所と同じ事項を考慮し、最高裁判所の上告に係る基準を遵守して上告すべき事件の選別を行っていることによるものだといえる。

三　最高裁判所に対する寄与への期待

では、こうした訟務長官が上告すべき事件の選別を行う背景にある思考はどのようなものか。これをまずは、訟務長官自身の言説から探ることにしよう。第二一代訟務長官のサッチャー（Thomas H. Thacher）は、こうした事件の選別を行う背景に、訟務長官が有する最高裁判所に対する責務が存在することを述べる。

「この［最高裁判所への上訴に係る］任務は、最高裁判所への特別の責任を負ってなされる。それは、最高裁判所が審査するに値する事件のみが上告されてきているかどうかを見ることで、最高裁判所自身の莫大な負担を取り除くというものである。……政府が敗訴した事件のうち約五分の一しか上訴されないという事実は、裁判所が政府に

よる軽率な上訴により負担を負ってはいないことを示しているといえるであろう」[59]。

このサッチャーの言説からは、訟務長官の役割として、サーシオレイライの申立てを行う事件数を制限することで最高裁判所の負担を軽減し、これによって最高裁判所に対する一定の寄与を果たすべきとする自己認識がうかがえる。同様の認識はマクリーもまた示している。

「敗訴している政府機関や省は、当該事件を、最上級の緊急事態として見る傾向がある。しかし、第一線の門番（first-line gatekeeper）として最高裁判所に仕え、下級裁判所の法的な誤りを口先達者に（plausible）主張する多くの政府職員に対して「ノー」と言うことは、訟務長官の任務である。訟務長官の最高裁判所に対する任務と、最高裁判所に対して事件が「上訴するに値する」ということを助言する際の信頼を維持する必要性は、こうしたサーシオレイライの申立てを求める多くの要求を拒絶することを必要とする」[60]。

サッチャーとマクリーが述べているところで何よりも特徴的なのは、訟務長官が「クライアント」たる政府機関のために活動を行うというよりも、むしろ逆に、上訴の意向を制限する役割が強調されているところである。そしてここでは、訟務長官が政府機関ではなく、最高裁判所のために「門番」として活動するという役割像が語られている。このような、サッチャーとマクリーの自己認識に示された最高裁判所にとっての「門番」としての役割像は、この二人に特有のものではない。訟務長官の活動の観察者からも述べられていることである[61]。

では、上記のようなサーシオレイライの場面における訟務長官の活動に対し、最高裁判所の側は、どのような把握を

してきたのであろうか。スターンは、訟務長官にあらゆる政府訴訟におけるスクリーニングを行うことと、争点が真に本案に関するもので、この国の最上級の裁判所で審査を受ける正当な理由のある限定的な事件についてのみ上訴の申立てを行うことを、最高裁判所は期待しているとする。そして、「訟務長官は、自己のことを、――そして最高裁判所にとっての訟務長官も同様であるが、――執行府の職員であるのみならず、最高裁判所の職員（an officer of the Court）であるとしているので、訟務長官は、事件が上訴に値するか否かについて、非常に注意を払っている」[62]ともいう。

スターンが述べるとおり、最高裁判所は、訟務長官の事件選別による負担軽減の役割に期待を示してきた。例えば、一九七一年に議会がSECに独立の訴訟活動権限を付与するという動きを見せた際に、モス議員から最高裁判所に対して、もしもSECに対して訟務長官事務室から独立して最高裁判所において訴訟の遂行を行う権限を付与した場合にいかなる効果が発生するかについて見解を問う書簡を送っていたところ、最高裁判所裁判官会議（Conference of the Justices）の代表として当時のバーガー最高裁判所主席裁判官は、以下のような回答を送っていた。

> 「執行府及び独立機関で生じる最高裁判所の管轄する事件に関して、訟務長官の権限を弱めるのは不賢明である。これは裁判官の全員一致の見解である。もしも訟務長官の同意なくして問題が最高裁判所に持ち込まれることが可能になった場合には最高裁判所の労力が増大することはほぼ確実である。おそらくより重要なことに、訟務長官は最高裁判所に持ち込まれる事件につき、公的な利益に関する長期的な視点から選択を行うという、高度に重要な役割を果たしている」[63]。

また、かつてフランクファータ裁判官も、ある事件での同意意見において、以下のように述べていた。

「多様な合衆国の行政機関は、自己の領域限定的な視野に立った上で、自己に不利益な判決をみる傾向があり、またしばしば、行政機関の活動を阻害する下級裁判決について、最高裁判所の審査を得ようと過度に熱心になる。しかし訟務長官には、いかなる場合に上告を求めるべきかを決定する際の適正な視座を有していることが求められる。したがって、行政機関の主張が本案の判断に無関係であったり、最高裁判所の審査を求めるべきでない場合には、訟務長官は、訟務長官事務室の職員が認識しているように、行政機関からの審査を求める強制を拒絶する特別の責任を負っている」[64]。

さらに、一九八七年の United States v. Providence Journal Co.[65]判決においても、最高裁判所からの訟務長官が果たす役割に対する期待が示されている。事案はやや特殊であるが、裁判所が法定侮辱罪の訴追に関して独自の法務官により訴追を行い、最高裁判所に対して、訟務長官の手によらずに独自にサーシオレイライの申立てを行った事件である。ブラックマン裁判官執筆の法廷意見においては、本稿でも引用する訟務長官（マクリー、グリスヴォルド）の論説と、上記のフランクファータ裁判官の言を引用しつつ、以下のように訟務長官の役割について言及する。まず、「実際上も当裁判所は、政府が控訴裁判所で敗訴している事件のほとんどにおいて、訟務長官によるこうした［サーシオレイライの申し立てを行うか否かに関する］独立の判断と、当裁判所の審査を求めることの許可を拒絶するという権限行使に依存（relies on）している」[66]とする。その上で、最高裁判所における訴訟活動の権限を訟務長官に集中化させる制定法の規定である、合衆国法典二八編五一八条（a）の意義を以下のように述べる。

「当裁判所の訴訟が法務総裁と訟務長官に留保されていることの理由は、合衆国が通常は当裁判所において、単一

の声によって示されるべきであり、そしてこの単一の声が、特定機関の狭量な利益ではなく、政府の共通の利益、したがってあらゆる人民の利益を反映したものであるべきだという関心である。もしも、サーシオレイライを求めるか否かの決定が集中化されていなかったら、法の発展についての長期的な利益ではなく、あらゆる連邦の訴追官（prosecutor）、機関、構成体（instrumentality）による係争中の事件における短期的な必要に基づいて形成される一貫性のない多様な立場が、合衆国の立場とされてしまう。そして当裁判所は、この立場をせきたてるサーシオレイライの申立ての大洪水にあう（deluged）ことになってしまう」。[67][68]

この最高裁判所の見解は、その後のサーシオレイライの申立てに関する判示においても引用されている。一九九六年のFEC v. NRA Political Victory Fund判決[69]は、第一章で触れたとおり[70]、議会がFECに対して、司法省から独立した訴訟活動権限を付与したか否かに関して、制定法の解釈が問題となった事件であった。事件では、専ら制定法の解釈から、FECは、訟務長官の許可を得ることなくサーシオレイライの申立てを行うことはできないと判示されたが、ここでは、サーシオレイライの申立ての局面における訟務長官によるコントロールに対する期待が述べられてもいた。レンケスト裁判官による法廷意見では、先のProvidence Journal判決を参照した上で、以下のように判示されている。

「［五一八条という］制定法による権限は、当裁判所における訴訟の遂行を法務総裁に付与するという議会の政策判断を示しており、この権限は、規則と伝統により訟務長官に対して委任されている。……当裁判所はもちろん、こうした運用による寄与を充分に受けている。なぜなら訟務長官事務室は、［最高裁判所の活動に］専門化してきた伝統により、自らがサーシオレイライの申立てを許可するか、それとも拒絶するかという点につき、当裁判所の

活動に調和的に発展してきたからである。しかし、この実務は、個々の政府機関に対してもまた寄与をもたらすものである。個々の政府機関は訴訟における政府の利益について、必然的にいっそう狭量な視野しか持たない。訟務長官事務室は、州と連邦の裁判所制度の下での政府が関わる訴訟において、より広範な視野を有している。控訴裁判所における政府に不利な（adverse）判決について審査が求められるべきかどうかは、容易にはカテゴリー化することができないような多くの要素によっている。[71] こうした決定は単一の職員に集権化されている場合に、政府全体としてはうまくいく（fare）傾向がある」。

このように両判決は、訟務長官が広範な視野から、各政府機関の最高裁判所における審理と勝訴を望んだ要求を抑制することに期待をしている。

また、直接に訟務長官のサーシオレイライに係る権限が争点となった事件ではないが、一九八四年の United States v. Mendoza 判決[72]でも、最高裁判所は訟務長官が果たす役割に関する判示を行っている。この事件は、フィリピン人が戦時中に合衆国への帰化申請に関して、争点効（collateral estoppel）[73]が問題となった事件である。申請人のフィリピン人であった Mendoza は、戦時中の一九四〇年国籍法（Nationality Act）に関する運用での、デュープロセス違反を主張した。カリフォルニア北部地区裁判所は、デュープロセス違反という憲法上の問題に触れることなく、Mendoza の請求を認容した。というのは、連邦政府はフィリピン人の帰化に関するデュープロセスに関する争点について、すでに訴訟当事者として判断を受け、上訴をせず確定しているので、再度の訴訟上の主張（relitigate）を行うことはできないとされたからであった。この判示は、第九巡回区控訴裁判所においても維持された。これに対して合衆国側が上告し、最高裁判所が判断を示したのが、この判決である。レンケスト裁判官による法廷意見（全員一致）では、争点効の法理が合

衆国政府には適用されないことが判示されたが、ここでは、訟務長官が果たしている役割にも言及されている。

判決では、政府が他の私的当事者に比して圧倒的な数の事件で当事者となっていることに加え、公的重要性を帯びた同一の法的争点が問題になるけれども相手方当事者が異なる訴訟に関わることが多いことを指摘する。そして、こうした事件で争点効の法理を政府に適用するならば、争点に関する問題の発展が最初の確定判決によって終了してしまうため、最高裁判所がこれまでとってきた、好適な事件がサーシオレイライの許可を与えるにふさわしい政府からの申立てとして現れるまで待ち続けるという運用も改めることを余儀なくされることを述べる。(74) その上で、訟務長官の役割に関連して、次のような説示を行った。

「訟務長官の、敗訴した判決についていつ上訴を行うかを決定する方針もまた、根本的な変更を求められることになる。控訴裁判所［の原判決］は、政府が［前訴の］判決に上訴を行わず、今になって判決が誤りであったという結論に立つことを非難する。……しかし、自らが勝訴できると信じたら上訴を差し控えることをしない一般的な私的当事者と異なり、訟務長官は、上訴の許可を行う前に様々な要素を考慮する。それは、政府の資源が限定的であることだったり、裁判所に殺到する事件の数だったりする。……争点効の法理を政府に対して適用する場合には、訟務長官のこうした賢慮的な関心を払うことを放棄することを強い、後の審査が妨げられることを回避するために、不利なすべての判決について政府側が上訴を行うことを強制することになってしまう(75)」。

このように判決は、政府に争点効の法理を適用しない理由の前提として、訟務長官がサーシオレイライの申立ての際に自制的に事件の選択を行っていることをあげている。つまり、当該争点について再度争うことができないという結果

が政府に課せられる場合には、訟務長官が自制を行う方針を放棄してしまうということである。

上記の諸判例はいずれも、最高裁判所が訟務長官のことを、サーシオレイライの申立ての場面において、自らに対して、上告に値する事件のみについてサーシオレイライの申立てを行い、そのことにより事件数を調整し、負担を軽減してくれる存在として把握、さらには期待していることを示している。[76]

四．自制を導く要因

（1）各機関の見解抑制の役割認識

ところで、これらの判示においては、訟務長官の役割像とともに、訴訟に関係する政府機関の上訴に係る態度についての言及がみられる。ここでは、いずれも各機関が、短期的な視野に立った上で、当該事件についての勝訴を求める存在であることが語られている。こうした認識は、訟務長官自身も示している。ソベロフは以下のように述べる。

「いかなる主張を最高裁判所において行うかを決定するという訟務長官の任務のうち、時にやっかいな性格のものは、関連する政府機関の取り扱いである。訟務長官の仕事は、関連機関の敗訴した事件についての審査を求める涙ぐましいまでのしつこさを拒否するというものである。敗訴は政府機関の冷静さを奪うもののようである。政府機関は直接的な結果に没頭しており、あるいは少なくとも、視野が自己の特定の事務に限定されている。訟務長官は、ある単一機関のプログラムについてだけではなく、合衆国全体の法律事務に関する広範な視座を追い求めなければならない」。[77]

このように訟務長官は各機関とは異なり、広範な視野を有し、この視野をもって各機関の勝訴に向けた上訴の要求を抑制する存在であるとの自覚が示されている。そして、各機関の手によってではなく、事件について直接の利害関係を有してはいない訟務長官の下に、サーシオレイライの申立てを行う権限が配分されている制度を、各機関の見解を抑制するためのしくみとして捉えている。このしくみの下における、自らの役割の認識が、申立てを行うことの自制要因と見ることができる。

（2）相手方当事者の迅速な救済

このように、下級裁判所で政府側が敗訴している場合に、訟務長官は最高裁判所の「門番」として、敗訴している事件に関係している政府機関の上訴の要求を拒絶し、最高裁判所の事件数を抑制する役割を果たしている。

もっとも、これは単に最高裁判所に対する補助にとどまるものではない。相手方当事者に対する配慮も働いていることを述べる訟務長官が存在していることには注目すべきであろう。サッチャーは次のように述べている。

「この［サーシオレイライに関する最高裁判所に対する］責任に関しては、政府が審査を要求するべきか否かということのみならず、……サーシオレイライの申立てを行う相手方当事者のことをも想定したものである。……合衆国が判決に対して上訴すべきか否かを決定する際に生じる諸問題においては、いかにして政府の利益が最上に擁護されるかということのみならず、無駄で不必要な上訴によって当事者私人の権利の追求が遅れることがないように考慮することに最大の注意を払うことが要求される[78]」。

（3）最高裁判所との関係の確保

訟務長官の上記のような活動を要求する制定法や規則上の規定は存在していない。したがって訟務長官は、最高裁判所に対して各機関からの要求のすべてについてサーシオレイライの申立てを行うことも可能ではある。にもかかわらず、こうした活動を訟務長官はとってはいない。それでは、訟務長官に対して法的な要求が存在しないにもかかわらず、裁判所に対する寄与を果たすべく行動することが維持されているのは、いかなる理由によるものなのであろうか。

訟務長官自身の、自己の職務に関する言説を注意深くみてみると、訟務長官と最高裁判所との間の特別な関係を重視しているところがうかがえる。例えば、先にみたマクリーの言説では、訟務長官が最高裁判所に対して事件が上告に値するということを伝達する際の「信頼」を維持する必要性について言及していた(79)。さらにリーも以下のように述べる。

> 「訟務長官は、裁量によってこの活動を、最高裁判所との間に築かれた信頼の蓄積を減少させることがないようにセンシティブに行われなければならない。それは、単に政府が勝訴できること（ability）に対してだけではなく(80)、政府の重要な制度そのものに対して向けられなければならない」。

この最高裁判所が有する訟務長官に対する信頼感について、スターンは以下のように述べる。

> 「サーシオレイライの申立ての自己抑制は、最高裁判所に政府の申立てに対する信頼を与える。もしも争点が一般的重要性を有しない場合には、訟務長官はそれを重要なものとは主張しないだろうと最高裁判所は認識している。このことは最高裁判所に関わったことがある者はみな信じていることであり、またそれを期待してもいる。そして、訟務長官が最高裁判所自身の上告の基準に固執してくれるとの信頼が、政府のサーシオレイライの申立てをより一層

認めさせている」[81]。

スターンが述べているのは、訟務長官のサーシオレイライの申立ての被受理率の高さが、訟務長官が最高裁判所の基準を厳格に適用していることによるだけではなく、最高裁判所が一定の信頼を与えていることによるものだということである。すなわち、訟務長官は最高裁判所自身の基準を適用していることが想定されており、したがって訟務長官がサーシオレイライの申立てを行ってきた事件は、上告に値する事件であると最高裁判所が推定しているということである。こうした最高裁判所が訟務長官のサーシオレイライの申立てについて信頼を有している場合には、訟務長官がサーシオレイライの申立てを行うこと自体が、最高裁判所に対して当該事件の政府にとっての重要性を伝達することになる[82]。訟務長官によるサーシオレイライの申立てが他の私的な当事者に比べて圧倒的な被受理率を誇っているのは、先に見た、グリスヴォルドが述べるような訟務長官による厳格なスクリーニングの結果としてだけでなく、このスクリーニングに対して最高裁判所が信頼を置いていることが組み合わさっていることの結果であると指摘されているわけである。

こうした状況においては、もしも訟務長官がサーシオレイライの申立てについて自制的なスクリーニングを行うことを放棄した場合には、最高裁判所が訟務長官に対して有している信頼が失われることになる。この信頼を失った場合には、訟務長官はこれまでのようなサーシオレイライの受理率を保つことができなくなるので、これを回避するために[83]、訟務長官は、法的な要請がないにもかかわらず、自制的なスクリーニングを行うものとして説明されている。

（4）戦略的考慮

またこの最高裁判所の信頼を維持しようという要素に加えて、別個の、いわば戦略的な要因に基づいて、申立てを自制することを示唆する訟務長官の言もある。ソベロフによれば、争点に関する最高裁判所の判断を回避する意図が存在

することをほのめかせている。次のような記述がそれである。

「訟務長官の主要な任務は、裁判所に勝訴をせがまないようにする場合であるかどうかを決定することである。というのは、敗訴するよりも勝訴した方がいっそう悲惨であることが明らかなことが時には見られるからである。[84] 経験豊かな弁護士はみな、明確な答えを得るよりも不明瞭な点を残しておく方が賢明な場合もあると述べるであろう」。

第二款　過誤の自白

政府側からサーシオレイライの申立てを行う場合とは逆に、下級裁判所で政府側が勝訴しており、それに対して相手方当事者から上訴がなされた場合にも、訟務長官はそこでの訴訟活動を担うこととなる。この場面での訟務長官の活動の中で、最も特徴的な活動であると考えられるのが、「過誤の自白」（confession of error）と呼ばれるものである。この過誤の自白とは、下級裁判所において、政府側が勝訴判決を得ており、それに対して相手方当事者が上告を求めてきた際に、訟務長官が、政府側が下級裁判所において勝訴したことが妥当でなかったということを、最高裁判所に対して[85]自白してしまうというものである。本款では、この「過誤の自白」に関する検討を行うことにしよう。

一．下級裁判所での政府の勝訴と過誤の自白

この下級裁判所の判決の誤りを認めてしまうという「過誤の自白」は、通例は、刑事事件においてなされるものである。[86] しかしながら、完全に刑事事件に限定的であるというわけではない。非刑事事件でも用いられることがある。[87]

この過誤の自白は、サーシオレイライが申し立てられた局面で、訟務長官から述べられるものであることが多い。しかし、場合によっては、訟務長官が本案の主張において、過誤の自白を行うこともある。[88] 過誤の自白は、頻繁に行われるものではないといわれているけれども、これまでのところ、訟務長官はこの一〇〇年間で約二五〇回の過誤の自白を行ってきたという。[89]

訟務長官は、過誤の自白を行う際に、同時に最高裁判所に対して、事件の処理についての提案を行う。通例は、略式的に原判決を破棄する（summary reversal）ことを求めることが多い。[90] もっとも訟務長官は、この他にも、自白とともに示される政府側の新たな主張について下級裁判所で再審理を行うことを求めたりすることもできる。また過誤の自白を行いつつも、主張の結論として、相手方のサーシオレイライの申立てを拒絶するよう求める例もみられるという。[91] 過誤の自白があった場合には、ほとんど常に、最高裁判所は訟務長官の自白に同調する。しかし、過誤の自白があったとしても、サーシオレイライに関する最高裁判所の裁量等によって、訟務長官の自白に必ずしも拘束されるわけではない。[92]

過誤の自白がなされた例としてマクリーは、以下をあげている。陪審員選定の方法が明らかに不公正であった場合（Leonard v. United States, 378 U.S. 544 (1964)）、陪審員に対する説明（instruction）が明らかに誤りであった場合（Chaifetz v. United States, 366 U.S. 209 (1961)）、有罪判決が証拠によって支持されていない場合（Bates v. United States, 323 U.S. 15 (1944).）や、不法な判決が押しつけられている（impose）場合（Grabina v. United States, 369 U.S. 426 (1962).）、被告人に対する有罪判決が、最高裁判所の判決と矛盾する法理論を支持するものである場合（Mariscal v. United States, 409 U.S. 445 (1981).）である。[93]

二　背景にある思考

（1）正義の実現と合衆国の利益

それでは、こうした訟務長官による過誤の自白は、いかなる思考の下になされているといえるのであろうか。この過誤の自白について、最高裁判所が言及している事件としてしばしば引用されるのが、Young v. United States 判決である。ここにおいては、以下のように判示された。

「法執行を行う政府の職員に依存的な公衆の信託は、以下のことを要求する。すなわち、……法執行を行う職員が黙し続けていることにより正義の誤った実現が引き起こされてしまうかもしれない場合には、職員はただちに過誤の自白を行わなければならない」[94]。

このように、最高裁判所は訟務長官による過誤の自白について、最高裁判所における「正義の誤った実現」、すなわち誤った判決が下されることを回避するという意義があることが述べられる。

とはいえ過誤の自白は、自ら不利な主張を行うことを通常は意味する。これは、勝訴を希求するクライアントの意思には反するものであろうが、こうした訟務長官の特徴的な行動は、いかなる要素に起因するものなのであろうか。

実際に過誤の自白が行われた Mesarosh v. United States 事件[95]は、第三一代訟務長官のランキン（J. Lee Rankin）が、政府側証人マッツィー（Joseph D. Mazzei）氏による証言の信憑性に疑いがあることを理由に、原判決の地方裁判所への差し戻しを求めた事件であった。ウォーレン首席裁判官による法廷意見では、申立てを受けて、原判決を破棄し、地方裁判所で再審理を行わせる判示を行った。この事件に付されたハーラン裁判官による反対意見の中では、ランキンが過誤の自白を行った口頭弁論に関する言及がある。これによれば、ランキンは次のように口頭弁論において述べている。

「私は、こうした種の状況の下での政府の義務は、特定の被告人の権利を越えるものであると感じている。そして正義が実現するべく試みて、その実現を見届けることは、この最高裁判所の義務であり、この国（country）の義務であり、われわれの義務である。……われわれに対しては、遅すぎるという批判があるかもしれない。しかし、正義の実現を目指すことに、遅すぎるということは決してないと私は考える。こうした結論［この証言の効力に疑惑があること］に至っている以上は、私が考えるには、われわれはその疑惑が妥当であろうとなかろうと裁判所に来るべきであり、もしもその疑惑がその通りである場合には、誤りの修正を得るよう試みるべきである」[96]。

このランキンの弁論では、上記のYoung判決が述べている最高裁判所における「正義の実現」について、訟務長官が最高裁判所と義務を共有するものであるという認識が示されている。ここでいう正義の実現も、最高裁判所において正しい判決が下されることであろう。コックスもまた、「……私は、明らかに誤っている場合には、過誤の自白を行う運用を続けていくべきであると考えている。……どんな［下級裁判所の］裁判官も、自己の判断が維持されることよりも、最高裁判所で正しく判断が下されることの方が重要であるということには同意するであろう」[97]と述べている。

では、政府の利益を主張する弁護士としての訟務長官の立場は、この敗訴を自ら認めるという過誤の自白との間に、矛盾は生じないのであろうか。グリスヴォルドは、訟務長官が最高裁判所において代表する「合衆国の利益」の性質から、矛盾は生じないことを説明する。

「訟務長官のクライアントは常に、合衆国政府またはその職員、機関であるので、私的弁護士の活動で一般的にみられるようなロイヤリティは、簡単には画定できない。ある事件における訟務長官のクライアントを最高裁判所に

おいて適切に代表することは、健全な政府と適切な法の形成と発展に影響を及ぼすあらゆる要素を考慮に入れるという観点に立つ以外には行うことができない。訟務長官が法務総裁の指示の下で、訴訟において「合衆国の利益」に関心を向けるよう規定している制定法は、これまで常に、単なる財産上の（fisc）利益や、特定の訴訟における勝訴ではなく、政府として、人民としての長期的な合衆国の利益として理解されてきた。時には、政府にとって有利な判決を擁護することが不可能であると結論づけた場合には、訟務長官は「過誤の自白」を行うことを必要と考える。これを行う訟務長官の権限は、上記の制定法と、一流の訟務長官らにより長きにわたり［訟務長官］事務室で築かれ確立した伝統に由来している」[98]。

ここでいう、「「合衆国の利益」に関心を向けるよう規定している制定法」とは、訴訟活動について法務総裁と訟務長官に権限を付与する、合衆国法典二八編五一八条のことであろう。グリスヴォルドによれば、「合衆国の利益」としては、単に目前の事件で政府が勝訴するということとしては考えられてはいない。むしろ、政府が勝訴することよりも重要な利益として、最高裁判所において誤りのない適正な判決が下されることが想定されている。そしてこの思考の下に、訟務長官が自ら誤りを認めるという運用が導かれるものとしているわけである。

そして、こうした最高裁判所における適正な裁判の実現に対して寄与するという責任を訟務長官が負っており、この責務の実現のために訟務長官は政府の訴訟活動をコントロールすべきであるという自己認識を、訟務長官やそのスタッフは述べている。例えばコックスは、「政府弁護士はいくぶんか特別の地位に立っている。非良心的とは言えないとしても、支持され得ず、長期的に見ると公共の利益に反する主張を行うことを、政府弁護士が要求されていると真剣に主張する者はいないであろう。……訟務長官が政府の主張が通らない（no case）と確信した際の過誤の自白の運用は特

に重要である。……過誤の自白の運用は、訟務長官事務室が最高裁判所に対して責任を負っているというわれわれの信念の強さをテストする」[99]と述べている。またスターンも、自己の法的判断に基づき下級審段階までの訴訟の方針を否定し変更することが自己の役割に適うこと、及びそうした活動を行うことについて最高裁判所が訟務長官に信頼を置いていることを以下のように述べている。「訟務長官が、一方当事者の側に立った完全に熱狂的な（enthusiastic）活動を行うかわりに、過誤の自白を行う理由の一つは、最高裁判所における訟務長官自身と政府の信頼を高く保つためである。より重要な理由は、最高裁判所における合衆国政府の法務職員の長として訟務長官が、法に忠実であることを自己の義務であると考えており、下級裁判所において政府の法務官が主張したやり方とは違っていても、この［過誤の自白という］やり方によらなければ事件は適正には（rightly）解決されないと考える場合が存在するからである」[100]。

（2）非刑事訴訟の場合

さて、以上のような最高裁判所における正義の実現へ向けた行為としてなされる訟務長官による過誤の自白の運用は、先に述べたとおり、多くの場合、刑事事件において行われるものである。では、わが国における行政事件訴訟に重ね合わせることのできる、非刑事事件においては、こうした思考はみられないのであろうか。

過誤の自白の運用は、必ずしも数が多いわけではないけれども、非刑事事件においても存在する。あるノートによれば[101]、こうした刑事事件以外に訟務長官が過誤の自白を行った例として、Richmond Television Corp. v. United States事件[102]、Crest Finance Co., Inc., v. United States事件[103]、Department of Revenue of Illinois v. United States事件[104]があげられている。これらの事件においてはいずれも、租税に関する事件であるが、最高裁判所は、「訟務長官の代理活動にかんがみて」あるいは「訟務長官の譲歩にかんがみて」、原判決を破棄し、事件を差し戻すという判断を行っている。このように、過誤の自白を行うという訟務長官の行為様式は、必ずしも刑事事件に限定されているわけではない。

もっとも、こうした過誤の自白を行うことの要求は、やはり刑事事件における場合の方が強いようである。その理由は、刑事事件において訴追を行う検察官については、「正義に仕える者」（minister of justice）としての性格づけがこれまで長きにわたって与えられてきており、特に刑事訴訟における「無辜の救済」と「公正な司法プロセスの促進」を果たさなければならないものとして考えられてきたからである[105]。例えば最高裁判所は、ある刑事事件[106]において、合衆国法務官（旧地区法務官）の刑事訴追に係る任務について次のように述べている。「合衆国法務官は、争訟における通常の当事者の代理人ではない。主権を代理するものである。この主権は統治を行うことを義務とし、また同時にその義務は、ただ単に統治を行うというにとどまらず非党派的に行うことを強制されている。したがって刑事訴追におけるその主権の利益は、事件に勝訴するということではなく、正義が実現されるということである。このように合衆国法務官は、法への奉仕者という独特かつ明確な価値（sense）を有している。……誤った有罪判決を生み出すことを意図した不適切な方法を慎むとともに、公正な判決を生み出すために正統な手段のみを用いるということは、合衆国法務官の義務である[107]」。

こうした「主権の利益は、事件に勝訴することではなく、正義が実現すること」といった判示が刑事事件で示されている一方、非刑事事件における政府の弁護士については、こうした任務の存在を明言する判示は見られないようである。また概して、クライアントの利益に寄与するという通常の弁護士と同様の職務が意識されることから、刑事事件におけるほど強くは、過誤の自白を行うことを要求する議論はなされていないようである[108]。

しかしながら、アメリカ法曹協会（American Bar Association）の「倫理考察」（Ethical Consideration）においては、刑事訴訟のみならず民事訴訟においても、政府の弁護士は「正義の追求」を行うべきであることが規定されている。

「訴訟に関係する裁量的権限を有する政府弁護士は、明らかに不公正な（unfair）な訴訟を遂行、継続することを自制するものとする（should）。政府弁護士は、自己に提示された紛争に主張すべき実体がないと考えた場合には、上級職員に助言をし、不公正な訴訟を回避するよう提案するものとする。政府弁護士は、民事訴訟あるいは行政手続において、正義を追求（seek justice）し、完全で公正な正式記録が作成されるべき責任を有し、自己の立場や政府の経済的能力を用いて、当事者を操作し（harass）または、不公正な和解や結論を導いてはならない（should not）。」[109]

このように、非刑事事件においても、政府の弁護士は、刑事訴訟の場合と同じように正義の実現に向けた、公正な裁判の実現に向けた行為をとるべきことが示されている。ここでは、過誤の自白を行うべきとする要求まではみられないが、根底にある思考は、刑事事件において背景に存在する思考と同様であるといえよう。[110] 最高裁判所レベルでの訟務長官による過誤の自白の運用で、刑事事件においてなされる場合が大多数であることは、こうした過誤の自白を行う訟務長官に対する期待の程度の強弱によるものであり、過誤の自白の基本にある思考は非刑事訴訟にも通底しているといって差し支えないだろう。

三　過誤の自白の問題点

しかし、この過誤の自白については問題点も指摘されている。この中で特に注目すべきものと思われるのが、訟務長官による過誤の自白が、純粋に正義の実現に向けられているわけではなく戦略的になされている可能性があるのではないかという疑念である。

これまでの訟務長官は、こうした戦略的な動機を表明したことはない。したがって、過誤の自白がなされている事件

において、それを戦略的な動機に基づくものだと確定することは極めて困難である。しかし、この戦略的な動機に基づく過誤の自白がなされていることをうかがわせる言説もある。かつて訟務長官であり、退任後に第四巡回区控訴裁判所の首席裁判官となったソベロフが、「私が訟務長官であったときには……過誤の自白は、訟務長官事務局にとって最も高貴（noblest）な役割と考えていた。控訴裁判所裁判官となった今となっては、私は、これが他面において、弁護士が行うことのできる最も陳腐で卑劣な（trick）ものであると知っている」[11]という発言をしたことが紹介されている。

このソベロフの発言は、訟務長官の行う過誤の自白の運用に対して、控訴裁判所の裁判官らが不満を有している例としてあげられることが多い。だがこれに加えて、上記のような正義の実現という観点から逸脱した意図で過誤の自白がなされているというソベロフによる観察を読み取ることも可能かもしれない。もちろん、この発言からそうした過誤の自白が実際になされているということを断定することはできないけれども、少なくともこのソベロフの発言のように、過誤の自白を、正義の実現とは異なる観点で行うこと自体は可能だということは確かである。

事実、訟務長官により過誤の自白がなされた事件で、最高裁判所の裁判官が、その意図について疑念の目を向けることもある。その例としてあげられるのが、Petite v. United States判決[12]である。この事件は、司法省の訴追基準（州と連邦の二重訴追の問題を回避するための法務総裁によるメモランダム）違反に関する自白を訟務長官が行ったという事件である。パーキュリアムによる判決では、訟務長官による過誤の自白を受けて、原判決を破棄し起訴の取り下げ（dismiss indictment）が言い渡された[13]。しかしこの事件について注目すべきは、ウォーレン裁判官の同意意見である。ここではまず、「当裁判所における訴訟の遂行の権限を制定法上有する訟務長官は、……正義への関心から（in the interests of justice）、当裁判所に判決の破棄と起訴の取り下げを要求してきた」[14]ことを述べる。その上で、「この国の法律解釈を決定し、その司法府における適用を監督するという当裁判所の責任から、当裁判所の本案に関する事件処理が

必要とされる状況もありうる。例えば、……原判決破棄差し戻しの申立てが判定（adjudication）を回避するための手段であることが明白な場合においては、当裁判所が申立てを認めてしまうならば、それは当裁判所の任務の懈怠であると私は考える」[115]とした。最終的には、「しかし、本件はそうした事件ではない。……よこしまな目的（devious purpose）を政府は抱いてはいない……」[116]ことをもって申立てを認めているが、申立ての背景に最高裁判所の判断を回避するという、上記に述べたような「正義の実現」とは異なる「よこしまな」意図により過誤の自白がなされる可能性を意識したものとなっている[117]。このように、裁判官の側も、訟務長官による過誤の自白の運用に対する警戒の目を有しているということができる。

また、これとともに第二の問題として、過誤の自白がなされた際の最高裁判所による自白への対応に向けた批判が示されることもある。すでに訟務長官ランキンによる書面について参照している、Mesarosh 判決は、政府側証人マッツィー（Joseph D. Mazzei）による証言の信憑性に疑いがあることが問題となり、ウォーレン首席裁判官による法廷意見で、判決を破棄し地方裁判所で新たな事実審を行う判示がなされた事件であったが、この事件で訟務長官ランキンは、地方裁判所での証言の信頼性の判定を申し立てはしたが、新たな事実審を行うことは明示的には要求していなかったようである。そこで、この判決ではハーラン裁判官による次のような反対意見（フランクファータ裁判官、バートン裁判官がこれに同調）が記された。「当裁判所は、結果的には、あたかも訟務長官がマッツィーの事実審における証言に信頼がおけない（untrustworthiness）ことを認めたものとして事件を扱った。われわれにとっては、これは訟務長官の立場を誤解していることを示しているように思われる。マッツィーの事実審における証言に関していえば、訟務長官の主張は、――その率直さと公正さについては誰も異論をはさむ者はおらず、こうした状況における訟務長官の行為は当裁判所からもこれまで賞賛されてきたところであるけれども――証言が真実ではない（untruthful）かもしれないという

点で、未だ証言を充分な基礎を有するものとしては政府は考えていない、ということを意味するものである。……要するにわれわれの考えは、本件の状況では完全な調査が必要だという点しか訟務長官は認めていないのは明白だ、ということである」[118]。

この意見では、訟務長官の過誤の自白を行うことについては、肯定的ないし歓迎する評価をしており、批判の目が訟務長官に向けられているわけではない。むしろ多数意見に対して、第一に、訟務長官によってなされた証言の信頼性に対する疑問という過誤の自白の内容について充分な吟味を行っておらず、また第二に、訟務長官が必ずしも明確には要求していたわけではない新たな事実審を行うという結論を下したという点で批判を行っている。

このように、訟務長官が不正な意図で過誤の自白を行う危険性という問題に加えて、自白を受ける側の最高裁判所の側の取り扱いについても問題点が指摘される。もっとも、いずれの問題点でも、最高裁判所の裁判官の意見にみられるように、裁判官自身が問題点について一定の自覚を示しているといえる。そしてその限りでは、最高裁判所は訟務長官の過誤の自白に対して、完全に機械的に服従する姿勢を示しているわけではないといえる。

第三款　アミカスキュリエとしての関与

以上の訟務長官の活動は、合衆国政府ないしその機関が当事者となる訴訟において、その最高裁判所における訴訟活動の権限が、訟務長官に配分されている場合に行われるものであった。もっとも、訟務長官の活動は、各機関が独立の訴訟活動権限を有している場合や、そもそも合衆国政府やその機関が当事者とならない訴訟においても存在しうる。それが本款に見る、アミカスキュリエとして訟務長官が活動を行う場合である。

このアミカスキュリエの制度は、英米法における特徴的な制度としてあげられることが多い。[119] ここではまず、このアミカスキュリエの制度に関する概説を行い、その上で、訟務長官とこの制度との関係を検討することにしたい。

一．アミカスキュリエ

「裁判所の友」あるいは「法廷助言者」とも訳されるアミカスキュリエ（キュリイ）は、「裁判所に係属する事件について裁判所に情報または意見を提出する第三者」[120]のこととされている。この制度は、コモンローにおいて古くからみられた制度であるが、その起源がどこにあるかは必ずしも明らかではないという。一般的には、ローマの顧問官の制度に由来し、これが英米に受け継がれたものとされているようである。[121] イギリスにおいては、ヘンリー四世の時代に、「いかなる第三者も、〝アミカス・キュリイ〟として裁判所に提議することができる」[122]ことが立法されているという。

このアミカスキュリエについて伊藤正己教授は、その特徴として次の三点を指摘する。まず第一に、アミカスキュリエは、訴訟当事者ではないこと。第二には、「amicus の参与がなければ考慮されないかもしれない法、事実、状況を裁判所に知らせるのが amicus の役割であるといわれるのが普通である」[123]こと。第三には、裁判所が職権により委嘱する場合と、申立てにより裁判所が許可をする場合があることである。

特に第二の点に関連して、この「アミカスキュリエのコモンローにおける役割は、事件に関して判事が知らない事項を示すことによる、一種の口頭による「導き」であ」り、「誤判を回避することは、司法裁判所にとっての名誉である」[124]ことから、判事の側は、こうした援助を歓迎してきたという。

このような「正しい裁判の確保」のために、アミカスキュリエの利用が承認されてきた背景には、二つの考慮があったことを伊藤教授は指摘する。まず第一に、裁判の影響が、単に当事者に対してだけでなく、それ以外にもより広く及

ぶことである。すなわち、「先例を形成することにより、将来の法に影響を及ぼし」、「また紛争解決手段として裁判に訴える民衆の態度の基盤となる、裁判所に対する信頼感に影響し」、「さらに、もっと広く、裁判の内容によっては、政治的、社会的効果を持つこと」である。そこで、裁判が「当事者以外の者にとっても無関心でありえず、とくに誤った裁判によって影響を受けること防止すること」が当然に望まれるという点が考慮されるという。また第二のものが、「当事者の不注意、能力の不足、ときには当事者間の馴合いによって、正しい裁判に必要な資料が出されないことがありうるのであり、その場合には、裁判所は、職権により、あるいは申立てにより、第三者の意見や事実の陳述の助力をうることが必要になるという考慮」である[125]。さらに伊藤教授は、当事者主義との関係について以下のように述べる。

「もとより、当事者主義的訴訟構造において、訴訟をコントロールするのは当事者であり、局外者がこれに参与し、何らかの影響を与えることは、その理念に反するものである。むしろそれぞれの当事者が自己の主張にたって相互に争うことによって、正しい裁判が確保されるというのが英米の訴訟の伝統的な考え方であったということができる。amicus の利用によって正しい裁判を確保しようとすることは、そのかぎりでこの考え方に逆行するものでもあろう。しかしイギリスで中世以来この制度が認められ、アメリカにそれが継受された背後には、純粋の当事者主義的訴訟構造を多少なりとも修正することによって、いっそう大きな公益を実現しうると考えられたからにほかならない[126]」。

もっとも、初期のアミカスキュリエは、当時の法令集や判例集の編纂が不充分であった状況を背景として、裁判所に対する純粋に法的な情報提供の意義を強く有していたといえるが、その後の整備により、裁判が与える社会的、経済的

効果を述べて裁判所の注目を引くことが主眼になっていく。こうしたところから、「特定の世論を陳述書を通じて裁判所に示し、それによって自己に有利にしようとするための手段」[127]にもなっていることが指摘される。例えばある論者は、こうした変容を以下のように述べている。「アミカスは、将来における潜在的な当事者として、あるいは事件における当事者の一方の同盟者として、あるいはアミカスによらなければ事件において示されない利益の代表として扱われている。……したがって、アミカスキュリエの書面の制度は、党派に関する中立性から離れてしまい、友という性格づけ[128]（friendship）から主張者（advocate）へと変容してしまった」。

こうした評価が与えられているアミカスキュリエは、裁判所に提示することが無条件に認められているわけではない[129]。現在の最高裁判所におけるアミカスキュリエについては、最高裁判所規則三七条において規定されている[130]。アミカス書面の提出は、サーシオレイライの申立ての局面においても本案の局面においてもなされうるが、この最高裁判所規則[131]三七条では、アミカス書面の提出にはいずれの場面においても、すべての当事者の同意が必要とされている[132]。また、当事者の同意が得られなかった場合でも、最高裁判所に対して提出の申立てを行うことが可能である。アミカス書面の内容としては、「当事者がまだ最高裁判所の注意を喚起していない関連事項について最高裁判所の注意を喚起するアミカス意見書は、最高裁判所に対する大いなる助力となる。この目的に貢献しないアミカス意見書は最高裁判所に負担をかけるものであり、好意的には考慮されない」[133]と規定されている。もっとも、現在のところ、最高裁判所は提出の申立てをほとんど許可する傾向にあるという。

歴史的にみると、最高裁判所におけるアミカス書面の利用は、爆発的に増大した。二〇世紀の初頭においては、アミカス書面が示される事件は全体の約一〇％ほどであったのが、近年では最高裁判所の事件のうち約八五％において、アミカス書面が提出されているという[134]。したがって、現在の最高裁判所の事件において、アミカス書面が提出されない

事件はまれな状況にあるといえる。[135]

二．政府によるアミカス書面と訟務長官の権限

この制度においては、連邦政府や各機関がアミカスキュリエとして裁判所に対して意見を述べることもある。ここで訟務長官は、最高裁判所の規則において、いかなる場合でも最高裁判所の許可を得ることなくアミカスになれる唯一の連邦政府内の存在とされている。というのは、規則では、「アミカス書面の提出許可の申立ては、訟務長官が合衆国のために書面を提出する場合、法律上裁判所に出廷する権限を与えられている合衆国の機関がその正当な法律上の代表者によって書面を提出する場合……には、必要とされない」[136]とされているからである。

また、本章第一節三でみた最高裁判所における訴訟活動権限の配分状況から、各政府機関がアミカス書面を提出しようという場合には、訟務長官の許可を要することと解されている。[137]したがって連邦政府のアミカス書面の提出は、制定法による例外規定が用意されていない限り、必ず訟務長官を経由したものだということになる。

三．訟務長官によるアミカス書面の使用状況と最高裁判所の評価

（1）訟務長官によるアミカス書面の使用状況

初めて政府がアミカスキュリエとなって意見を述べたのは、一八五四年のFlorida v. Georgia事件[138]であった。もっともこの事件の以前から、この制度によらずに、法務総裁は合衆国としての見解を法廷において示す機能を果たしてきていた。すでに本稿でみたとおり初期の法務総裁は、連邦政府の職員であるとともに、通常の私的な弁護士としての活動も行っていた。ここで法務総裁は、私的な当事者の代理活動を行いつつ、同時に合衆国の利益に関する主張を行う例も

あった。[139] こうした場合、法務総裁は一事件において、当事者の私的な利益と合衆国の利益の双方を法廷において主張する機能を果たしていたことになり、その意味では、私的当事者の代理人とアミカスとしての政府が一体化したものであったということができる。[140] この一八五四年の事件では、こうした運用がなされてきたことも理由の一つとした上で、合衆国政府がアミカスとして事件に関与することを認めた。したがってアミカスキュリエの制度によらずとも、すでに法務総裁の活動は、政府のアミカスキュリエと同じ機能を果たしていたとみることもできる。

さて、一八五四年に始まるアミカスキュリエとして政府が意見を述べるという運用は、一九五〇年代まではそれほど多くはなかったと指摘されている。[141] しかしこれ以降は、政府によるアミカス書面の提出が増加している。数値的にみると、一九四六年から一九五五年の期間には六八件であったが、一九五六年から一九六五年の期間の件数は一〇九件になっている。そしてさらに、一九六六年から一九七五年の期間には一七六件、一九七六年から一九八五年の期間には三〇八件、一九八六年から一九九五年の期間では三三〇件へと増加している。[142]

（2）訟務長官によるアミカス書面に対する最高裁判所の評価

訟務長官によって提出される政府のアミカス書面に対しては、最高裁判所は重要な意味づけを与えていることがうかがえる。これをみることにしよう。

まず、最高裁判所は判決の中で、訟務長官によるアミカス書面について言及（reference）を行うことが多い。最高裁判所によるアミカス書面で最も言及されることが多いのが訟務長官によるものである。ある研究によれば、[143] 一九四六年から一九九五年の五〇年間に、訟務長官は最高裁判所に対して、九九一の事件でアミカス書面を提出しているところ、このうち、四〇二の事件について判決文において言及がなされている。[144] したがって、訟務長官の提出したアミカス書面のうち四〇％以上の書面が、判決文で参照されていることになる。そして、こうした最高裁判所が訟務長官によるア

ミカスを参照する頻度は、年々、増加している。一九四六年から一九五五年の期間においては、訟務長官によるアミカス書面が参照される率は二六．四七％（六八件のうち一八件）であったが、一九五六年から一九六五年の期間には三〇．二八％（一〇九件のうち三三件）、一九六六年から一九七五年の期間には三六．九三％（一七六件のうち六五件）、一九七六年から一九八五年の期間には四二．五三％（三〇八件のうち一三一件）、一九八六年から一九九五年の期間には四六．九七％（三三〇件のうち一五五件）へと増加している。

こうした状況は、訟務長官以外の者によるアミカス書面に対する最高裁判所の扱いと比較してみても特異なものであるといえる。アミカス書面を提出する頻度が高い者としては、例えば、アメリカ人権協会（American Civil Liberty Union：ＡＣＬＵ）をあげることができる。このＡＣＬＵが提出するアミカス書面への最高裁判所による言及についてみてみると、ＡＣＬＵは一九四六年から一九九五年の期間に五五六の事件でアミカス書面を提出しているものの[145]、最高裁判所はわずか二四件についてしか言及を行っていない。割合としてみると、四．三二％でしかない。

また、ＡＣＬＵとともにアミカス書面を最高裁判所に提出する頻度が高いとされる、労働総同盟産業別組合会議（American Federation of Labor Congress of Industrial Organizations：ＡＦＬ－ＣＩＯ）についてもみてみることにしよう。ＡＦＬ－ＣＩＯは、一九五六年から一九九五年の期間で、二六八の事件でアミカス書面を提出しているけれども[146]、最高裁判所はこのうち二八件（一〇．四五％）についてしか言及を行っていない。このように、他のアミカス書面の提出者と比較しても、訟務長官によるアミカス書面が最高裁判所によって言及される割合は破格のものであるといえる。

こうした最高裁判所による訟務長官によるアミカス書面の参照は、「最高裁判所がこの五〇年の間に、少なくとも意見執筆をするに当たっては、訟務長官の提出するアミカス書面を当てにしてきた度合いが高いということを強く示唆する[147]」ものである。では、訟務長官のアミカス書面は、最高裁判所の判決に対して、いかなる影響を与えていると考えること

ができるであろうか。

この点について参考になると思われるのが、やや古くなるが、シーガル（Jeffrey A. Segal）の論文[148]である。シーガルは、アイゼンハワー政権からレーガン政権（第一期）までの訟務長官によるアミカス書面について分析を行っている。これによれば、訟務長官によってアミカス書面を示した事件においては、訟務長官が支持する側の当事者が高い勝訴率を示している。すなわちこの率は、アイゼンハワー期においては八三・三%、ケネディー期においては八七・五%、ジョンソン期においては八二・九%、ニクソン期においては七〇・九%、フォード期[149]においては七一・一%、カーター期においては六五・一%、レーガン期においては七八・〇%となっている。このことは、各政権の訟務長官ごとの結果をみても同様である。各政権期における訟務長官（ソベロフ、ランキン、コックス、マーシャル、グリスヴォルド、ボーク、マクリー、リー）の対応した数値をみても、最も低い数値を示すマクリーにおいてすら六六・七%という率で、アミカス書面が支持する当事者が勝訴している[150]。そして、この率はアミカス書面を提出する事件の争点がいかなる分野に属するものであっても高い数値を示している。シーガルは、以下の六つの争点について数値を示している。刑事手続（Criminal Procedure）、市民権（Civil Rights）、表現の自由（First Amendment）、経済規制（Economic Regulation）、司法権（Judicial Power）、フェデラリズム（Federalism）である。最も数値的に低いのが、司法権が争点となっている場合であるが、それでも七二・七%が最高裁判所によって採用されている[151]。このシーガルの研究も、訟務長官のアミカス書面に示された見解が最高裁判所の判決に対して強い影響を与えており、また争点となる分野を問わずに、最高裁判所が訟務長官の見解を積極的に採用していることを示すものだといえよう。

四．最高裁判所によるアミカス書面の要求

訟務長官は、最高裁判所の許可を得ることなくアミカス書面を提出することが可能であるが、むしろ逆に、最高裁判所の側が、訟務長官に対してアミカス書面を提出するよう求めることもある。こうした運用は、「訟務長官の見解の要求（Call for Vision of the Solicitor General：CVSG）」と呼ばれている。[152] こうしたCVSGが多くみられるのは、特に憲法上の争点が生じている私人間紛争であるという。[153] 最高裁判所がアミカス書面を提出することを求めることは、何も訟務長官に対してだけ行われるわけではないけれども、要求を行う場合の典型が、訟務長官であるとされている。[154]

このCVSGは、本案の書面については、最高裁判所の裁判官のうち三名が訟務長官の書面提出を求めることに賛成した場合にのみ行われるとするルールが、非公式にではあるが確立しているという。[155] この要求の運用は、かなりの頻度で行われている。訟務長官であったリーによれば、最高裁判所は訟務長官に対して、毎年だいたい一二件ほどのアミカス書面の提出を要求するという。[156] これは、訟務長官が最高裁判所に提出するアミカス書面のうち、約三分の一を占めている。[157] また、一九八七年において、訟務長官が最高裁判所に対して提出した本案に関するアミカス書面のうち、三八％は最高裁判所の求めに応じたものであるという指摘もある。[158] 上記の、最高裁判所裁判官のうち三名の賛成という要件は、少数の裁判官が訟務長官のアミカス書面の提出を要求することにより、訟務長官事務室に負担を与えることを回避するためのものであることが指摘されており、[159] このことを考慮すると、実際にはCVSGが行われていない事件であっても、個々の裁判官の中には訟務長官のアミカス書面の提出を望んでいた場合があるという推測も可能だろう。

このように、訟務長官の見解の発露を能動的に求めるCVSGの運用がなされていることもまた、先の統計的な数値が示しているのと同じく、訟務長官の見解に対して、最高裁判所が判決の際の重要な考慮材料として高い価値を置いていることを示しているといえよう。[160]

五．訟務長官のアミカス書面の機能

それでは、訟務長官によるアミカス書面は、最高裁判所にとっていかなる点に基づいて高い価値が置かれていると考えられるのであろうか。

すでに見た伊藤教授の指摘によれば、この制度の役割は、裁判所が考慮しないかもしれない法、事実、状況を裁判所に知らせるところにあり、その背景には、アミカスキュリエを助力として裁判所が正しい裁判に必要な資料を得る必要性があるという思考が存在していた。つまり、アミカス書面は両当事者が議論を提起していない考慮すべき点を最高裁判所に提示する役割を果たすわけである。この点で、政府は通常の者に比べてより多くの情報を有しており、また高度の専門性を備えている。そこで訟務長官によるアミカス書面は、通常の者によるアミカス書面よりも最高裁判所に対する寄与の度合いが高いといえる。

例えば、私人間の訴訟では制定法に関連する事項が争点となる場合がある。ここにおいて政府は、他のアミカスとなる者よりも制定法に関する専門性に基づく視点を提供することが可能な存在である。また、様々な機関による非公表の研究報告書など、両当事者や通常のアミカスとなる者が容易にはアクセスできないような情報も政府の手元には存在する。そこで、こうした両当事者や通常のアミカスとなる者からは提示されることがない情報を最高裁判所に対して提供することが、訟務長官のアミカス書面によって可能となる(16)。また、訟務長官がアミカス書面を提出するよう要求されるのは、憲法上の争点が生じている事件が多いということであるが、訟務長官事務室には、それまでの憲法上の争点に関わる訴訟についての豊富な知識や経験の蓄積がある。そこで、こうした憲法上の争点が生じている事件においては、上記のような訟務長官によるアミカス書面の機能の有効性は高いものとなる。さらに、憲法上の争点が生じている事件で、最高裁判所が憲法判断を回避しようとする場合、その際に必要となる制定法上の知識を提示し、判決に基礎を与え

ることも可能になることも指摘されている。[162] 最高裁判所は自ら大規模なスタッフを有しているわけではない。[163] そこで、訟務長官によるアミカス書面は、最高裁判所に対して、政府に関わる知識と専門性に基づく視点と情報の提供を行うという点で大きな役割を果たしている。

こうした訟務長官によるアミカス書面は中立的な観点からなされており、そこに価値が置かれているとされる。[164] しかし、制定法に関連する事項が争点となる場合には、単に最高裁判所に対する情報提供だけでなく、訟務長官は合衆国の制定法に係る政策的な利益の主張を行うことも可能である。[165] この点で、訟務長官のアミカス書面は、政府の政策的利益主張を行う手段としての機能も有することになる。[166] 特に、憲法上の争点が生じている事件では、一方当事者の側に立った主張を行うことが多いという。[167] こうした主張が政策的観点からなされている場合には、アミカス制度一般における、アミカス書面が主張の手段としての性格を強めているとの指摘に一致しているといえる。

他面で、こうした訟務長官が制定法上の政策的利益を主張することは、最高裁判所にとっての便益になるともされている。というのは、訟務長官によるアミカス書面は、政府側の判決に対する反応を示すものとしても捉えられるからだという。最高裁判所の判決は大きな効果をもたらすものであり、最高裁判所は訟務長官のアミカス書面を、立法府と執行府が判決に対していかなる反応をとるかということを予測する材料として見ることがあると指摘されている。[168]

さらに訟務長官のアミカス書面の機能を考える上で、アミカス書面が利用される場面として、次のような状況があることも留意しておかねばならない。それは、訟務長官がアミカス書面を提出するのは、私人間紛争のみならず、合衆国政府ないしその機関・職員が当事者となる場合でもありうるということである。

この場面においては、訟務長官はアミカス書面によって、連邦政府内の多様な見解を最高裁判所に提示することが可能になる。ある事件において訟務長官の見解と事件に係る機関の見解が対立する場合に、訟務長官は、当該機関に対し

て自ら最高裁判所における主張活動を行うことを承認しつつ、同時に訟務長官がアミカス書面で、訟務長官自身の見解を述べるという運用がなされることもある。[168]

こうした訟務長官のアミカス書面と関係機関のアミカス書面の双方が提出されることは、私人間訴訟において行われることもありうる。訟務長官は、私人間の事件について関連を有する機関からアミカス書面を提出することを要求されることがあり、この場合には訟務長官は、各機関の見解をアミカス書面として提示するか、あるいは提示しないかを決定する権限を握っていることになる。ここで訟務長官が、複数の機関に対して、それぞれの見解を述べるべくアミカス書面を提出することを承認することもある。[169]例えば、Gordon v. New York Stock Exch., Inc.事件は、ある個人が証券会社を相手に反トラスト法違反について訴えを提起したものであり、SECが証券会社の手数料率（exchange commission rates）の認可（approve）の権限を制定法上有しているか否かが争点となったが、ここでは、訟務長官が合衆国としてアミカス書面を提出して原判決の破棄を主張する一方で、SECもまたアミカス書面を提出して、原判決の維持を主張していたことが、判決のシラバスには示されている。[170]また、Levinson v. Spector Motor Service事件は、運送会社に対してその従業員が、公正労働基準法（Fair Labor Standards Act）の規定の下で定められている残業代の支払いを求めて訴えを提起したものであるところ、当時のICCが就業時間の上限の設定を行う権限を制定法上有しているか否かが問題となったものである。この事件では、判決文によれば、訟務長官がアミカス書面を提出しているほかに、「最高裁判所の特別の許可により（By special leave of Court）」、労働省の賃金労働時間局長（the Administrator of the Wage and Hour Division, United States Department of Labor）と、ICCがアミカス書面を提出している。[171][172]

これまで見てきたようなサーシオレイライの申立ての局面や過誤の自白の局面において、訟務長官は対抗する機関の見解を抑制することが可能であるけれども、アミカス書面の利用により訟務長官は、各機関の見解を最高裁判所に示す

という選択肢を得ることになり、訟務長官の最高裁判所における活動に柔軟な対応の可能性が加わることになる。[173]

六．訟務長官の自己認識

上記のような訟務長官によって提出されるアミカス書面について、訟務長官自身はどのような認識を示しているであろうか。コックスは、いかなる場合にアミカス書面を提出するかに関して以下のように述べている。

「広く公衆にとって重要な論点は最高裁判所に、私人間訴訟として繰り返し上ってくる。それらの多くは公衆が意見を有している事項である。こうした公衆が最高裁判所によって意見を聴かれるとすれば、それは訟務長官によるアミカス書面によってである。……政府がいかなる場合にアミカスキュリエとして関与するべきかということを明確に基準化することは非常に困難であり、おそらく不可能である。第一の考慮事項は、問題が法の発展の上で重要性を有するかどうかである。すなわち、憲法上の根幹的（basic）問題か、それとも広範な重要性を有しない通常の法律問題であるか。多くの人々に影響があるかどうかである。[174]……当該事件が政府の直接的な利益に何らかの影響を及ぼすかどうかも重要なテストとなる」。

「われわれが関与することで最高裁判所を手助けすることが可能かどうか」ということも頻繁に問題となる。通常の私的当事者の主張は、しばしば極端な見解をとり……そこにおいては誰かが中庸的な見解を書面で示すか口頭弁論で述べることにより、最高裁判所は、事件の当事者のみによる場合よりも一層適切な結果を成し遂げることが可能になる[175]」。

コックスはアミカス書面を提出する際の訟務長官の考慮事項を表明している。ここでは、政府の直接的な利益が考慮事項とされているところから、アミカス書面を政府の主張の手段と捉えるコックスの認識が示されているといえるだろう。しかし他方で、コックスは訟務長官によるアミカス書面を、単に政府の主張手段としてだけでなく、最高裁判所の判断が大きな影響力を有する事件において、最高裁判所に対して公衆の意見を伝達し、事件の処理について最高裁判所を補助すべきものであるとも認識している。

こうした最高裁判所に対して助言を行うというアミカス書面の意義は、後の訟務長官も共有している。デイズは、最高裁判所が訟務長官に対してアミカス書面の提出を求める状況（サーシオレイライの局面）について、以下のような認識を示している。

> 「訟務長官はしばしば最高裁判所から公式に……政府が当事者とならない事件（non-government case）でサーシオレイライを付与すべきか否かについて、訟務長官としての見解を示すことを求められる。こうした場合、最高裁判所は主張や党派的な支持を助言することを求めているわけではない。むしろ、争点とされている問題に関して自己の最良の判断を提供することに専心する、裁判所の職員としての助言を求めている[176]」。

そして、自らがアミカス書面を提出した事件を例に挙げつつ、「下級裁判所の判決は合衆国とその職員にとって都合のいいものであったかもしれないけれども、訟務長官事務室はこの立場に反対した。なぜなら、訟務長官事務室がその判決が長期的な法の利益に反すると考えたからである[177]」と述べている。

コックスとデイズの、アミカス書面によって助言を行うことにより最高裁判所の事件処理ないし判断に寄与するとい

う認識は、これまでに見たサーシオレイライの申立てや過誤の自白の場面における訟務長官の役割の自己認識と類似する。訟務長官のサーシオレイライの申立ての局面での活動では、下級裁判所で敗訴している機関に対してというよりもむしろ、最高裁判所ないし最高裁判所による健全な判例の形成に対する寄与の姿勢が強くみられるところであったが、このアミカス書面の提出に際しても同様に、訟務長官は、特に最高裁判所が判断を下すべき重要な事件において、情報の提供という形で補助を行うことにより、最高裁判所が適切な判断を示すことに寄与を果たすべきことが示されている。またデイズの論述に見られるように、アミカス書面での主張の内容も、過誤の自白の場面と同じく、当該事件の結論が政府にとって好都合かどうかという観点ではなく、訟務長官として独立した中立的な判断を示すべきものとされている。

（1）この点は、民間企業とのアナロジーでも説明されている。民間企業は法務担当部門を置いており、通常の法務に関してはその部門が処理を行うが、訴訟の段階になると外部のローファームに依頼を行うことになる。これと同じく各省・機関は、組織内に法律事務の担当官を置いており、活動に係る法的問題の処理もそこでなされる（参照、第一章第三節）。しかし、訴訟過程に至っては、司法省が担当することになるわけである。Neal Devins & Michael Herz, *The Uneasy Case for Department of Justice Control of Federal Litigation*, 5 U. PA. J. CONST. L. 558, 579-80 (2003).

（2）*Id.* at 580; Susan M. Olson, *Challenges to the Gatekeeper: the debate over federal litigating authority*, 68 JUDICATURE 71, 73 (1984).

（3）担当部局につき、*See* United States Department of Justice, Organization, Mission and Functions Manual (2008) (*avaiable in* http://www.usdoj.gov/jmd/mps/mission.htm (last visited Sep. 30, 2008)). また参照、森本哲也『概説アメリカ連邦刑事手続』（信山社、二〇〇五年）一八頁以下。なお、移民に関する事務はこれまで司法省の移民帰化局（Immigration and Naturalization Service）によって担われてきたが、現在では二〇〇二年に設立された国土安全保障省（Department of Homeland Security）の合衆国市民権及び移民局（United States Citizenship and Immigration Services）が担っている。

（4）当初は「公有地請求局」（Land Claims Division）であったが、一九六五年に現在の名称となった。

（5）こうした司法省内における各局の設置は、第一には、訴訟活動権限の司法省への集中化を受けた、司法省内部における調整の必要への対応ということができる。*See* Carl Brent Swisher, *Federal Organization of Legal Functions*, 33 AMER. POL. SCI. REV. 973, 980 (1939). また、それとともに第二に、その専門性の必要への対応ということができよう。

（6）Olson, *supra* note 2, at 72. 環境保護庁と司法省との関係については、*See* Michael Herz, *Structure of Environmental Criminal Enforcement,* 7 FORDHAM ENVT'L L. J. 679 (1996). 同論文につき、マイケル・ハーツ（要約・筑紫圭一）「環境法の刑事的執行の構造」社会安全研究財団調査研究事業報告書『環境犯罪に関する日米比較研究』（研究代表・北村喜宣）六頁。また、連邦租税に関する訴訟手続における内国歳入庁と司法省租税局との関係については、佐藤英明『脱税と制裁』（弘文堂、一九九六年）一三九頁以下に記述がある。

（7）Neal Devins and Michael Herz, *The Battle That Never Was: Congress, The White House, and Agency Litigation Authority*, 61 LAW & CONTEMP. PROB. 205, 208 (1998).

（8）Olson, *supra* note 2, at 76; JERRY L. MASHAW & RICHARD A. MERRILL, ADMINISTRATIVE LAW: THE AMERICAN PUBLIC LAW SYSTEM 168 (2nd ed., 1985).

（9）FTC v. Guignon, 390 F.2d 323 (8th Cir., 1968).

（10）第一章第四節を参照。

（11）*See* Devins & Herz, *supra* note 7, at 218.

（12）Senate Committee on Governmental Affairs, Ⅴ Study on Federal Regulation, 95th Cong., 1st Sess. 56 (1977). また、制定法上は「法務総裁の指示と監督の下に」ある各機関の法務官が、法務総裁との間で合意に至り、覚書（Memoranda of Understanding）を取りかわすことで、実際上は各機関が一定程度自立的な訴訟活動を行える例も、相当多数にのぼっている。*See* John F. Davis, Department of Justice Control of Agency Litigation 16 (Aug. 14, 1975) (unpublished report prepared for the Administrative Conference of the United States); Olson, *Supra* note 2, at 77-78; Herz *Supra* note 6, at 700; James R. Harvey Ⅲ, Note, *Loyality in Government Litigation: Department of Justice Representation of Agency Clients,* 37 WM. & MARY L. REV. 1569, 1573-75 (1996); Michael Herz & Neal Devins, *Recent Developments Federal Agency Focus: The Department of Justice:*

The Consequences of DOJ Control of Litigation on Agencies' Programs, 52 Admin L. Rev. 1345, 1350-57 (2000).

（13）Devins & Herz, *supra* note 1, at 567.

（14）以下の記述においては、ブレガー（Marshall J. Breger）／エドルス（Gary J. Edles）の、二〇〇〇年の論文も参照している（Marshall J. Breger & Gary J. Edles, *Established by Practice: The Theory and Operation of Independent Federal Agencies*, 52 Admin. L. Rev. 1111 (2000)）。この論文は、連邦政府の「独立機関」を取り上げたものであるが、論文の末尾部分においては、それらの機関の制定法上のミッション、権限、メンバー等についての調査結果を、付録として示している（*Id.* at 1236 Appendix.）。本稿では、この付録部分を特に参照している。各機関に関する情報は、各々の法律顧問室等からのものである（*Id.* at 1236 n.688.）。もっとも両教授は、網羅的なものにすることを試みたが、包括的な情報が欠如しているためにそれは困難であり、そのために、対象から漏れてしまった機関があるかもしれないとしている（*Id.*）。

ブレガー／エドルスは、「独立機関」を、以下のように定義している。「合議制（multi-member）であろうとなかろうと、少なくとも一名以上が常勤かつ一定任期を与えられる者として、上院の助言と承認を受けて大統領によって任命され、かつ、大統領の一般的な罷免権が「正当な理由による」（"for cause"）場合に制限されることによって保護を受けているような機関」（*Id.* at 1114）。この定義付けに沿って、両教授は、いわゆる政府関係法人（"government corporation"）も独立機関としてあげている。このうち、例えば連邦準備制度理事会（Board of Governors of the Fedetral Reserve System）や連邦預金保険公社（Federal Deposit Insurance Corporation）は、司法省から独立した訴訟活動が可能とされている。政府関係法人については、宇賀克也「アメリカの政府関係法人 ―わが国の特殊法人、独立行政法人との比較―」碓井光明・小早川光郎・水野忠恒・中里実編『公法学の法と政策（下） 金子宏先生古稀祝賀』（有斐閣、二〇〇〇年）二〇五頁を参照。特にその訴訟活動について、宇賀教授は、「政府関係法人は、合衆国から独立した法人格を有するので、設置法に明文の規定がなくとも、訴訟上の当事者能力を有し、自己の名で訴え、または訴えられることができる。……もっとも、政府関係法人の中には、訴訟提起に際して、司法省、監督官庁の一方または双方の許可を得ることを法律上義務づけられていたり、そうでない場合であっても、許可を求める運用をしている例が多」く、また独立に訴訟活動を行うことができる場合にも、「実際には、司法省に訴訟を代理してもらっている」とする。宇賀教授は、ムー（Ronald C. Moe）による一九九五年の報告書を参照しているが（二三一頁注六二）、本稿においてはムーの手による一九九八年の別個の報告書を参

照した。Ronald C. Moe, *Federal Government Corporations: An Overview* 7-8 (CRS Report for Congress, 1998), (*available in* http://www.jhu.edu/ccss/toolsworkbooks/pdfbook5/part1/a2.pdf (last visited Sep. 30, 2008)). 政府関係法人に関する邦語文献として、宇賀克也「アメリカにおける政府関係法人の歴史的展開（上）（下）」自治研究七六巻四号（二〇〇〇年）一四頁、七号（二〇〇〇年）一四頁、中川丈久「米国法における政府組織の外延とその隣接領域――Government Corporation の日本法への示唆」碓井光明ほか編前掲書四七三頁。またブレガー／エドルスは、検討の対象機関として、連邦準備制度理事会を含んでいる。この連邦準備制度理事会の法的性格については、塩野宏監修『日本銀行の法的性格』（弘文堂、二〇〇一年）一一四頁注二、一三三頁を参照。同書一一三頁は、アメリカ合衆国における連邦準備制度委員会の法的地位は独立政府機関（independent agency）と位置付けられている、と紹介している。なお、ブレガー／エドルスの付録部分では、「独立機関」の独立性のインジケーターとして、その組織機構等と並んで、独立の訴訟活動権限が取り扱われている点でも興味深い。この訴訟活動権限の有無が、独立機関の独立性評価の一要素とされていることのあらわれであろう。

(15) Neal Devins, *Unitariness and Independence: Solicitor General Control over Independent Agency Litigation*, 82 CALIF. L.REV. 255, 278-79 (1994); Breger & Edles, *supra* note 14, at 1258.

(16) Breger & Edles, *supra* note 14, at 1258. SECにつき、*Id.* at 1287. 平等雇用機会委員会につき、*Id.* at 1248.

(17) Devins, *supra* note 15, at 278.

(18) Breger & Edles, *supra* note 14, at 1269.

(19) Senate Committee on Governmental Affairs, V Study on Federal Regulation 56, 95th Cong., 1st Sess. 62 (1977).

(20) *Id.* at 66.

(21) Devins, *supra* note 15, at 278.

(22) 最高裁判所において、司法省から高度の独立性を有している機関として、デヴィンス教授は、地上鉄道輸送委員会（Surface Transportation Board）、上院法律顧問室（Office of Senate Legal Counsel）、政府倫理法の下の特別検察官をあげている。Devins, *supra* note 15, at 274. もっとも、これは教授らが制定法の規定を参照したものであり、制定法が当該機関に独立の訴訟活動権限を付与しているか否かには、解釈上の争いが生じることはある。また制定法の文言上は、必ずしも独立の訴訟活動権限を付与しているとはいえない場合であったとしても、実際上、機関が司法省から独立に活動を行っ

ている場合もあるという。*Id.* at 275 n.104.

(23) さらに、この訟務長官について検討することは、連邦政府の訴訟活動のうちの、一部の範囲を扱うに過ぎない。またそれのみならず、最高裁判所という最上級の裁判所における活動について、他のレベルにおける訴訟活動には見られない、固有の特性が存在することもありうる。したがって、最高裁判所の局面で語られていることが、他の裁判所レベルの訴訟活動に当てはまるかどうかについては、別個に慎重な考慮が必要になるだろう。その点で本稿は、アメリカ合衆国の政府の訴訟活動のうち、量的にはごくわずかな、質的には特殊な場面を扱っているということを自覚している。

(24) 司法省の創設に際しての議論は、本稿の第一章第一節第四款を参照。訟務長官は一八七〇年以来、現在（二〇〇八年九月末）に至るまで、代行も含めると合計四六人が歴任している。

(25) George F. Fraley, Note & Comment: *Is the Fox Watching the Henhouse?: The Administration's Control of FEC Litigation through the Solicitor General*, 9 ADMIN. L. J. AM. U. 1215, 1227 (1996).

(26) Jeffery A. Burt & Irving S. Schloss, Note, *Government Litigation in the Supreme Court: The Roles of Solicitor General*, 78 YALE L. J. 1442, 1447 (1969). またしばしば引用される、訟務長官自身による以下のような記述もある。「時が経過して、制度が発展するとともに、当初は法務総裁によって行われてきた純粋なプロフェッションとしての任務は、訟務長官によって行使されるようになった。……［議会における審議や、制定法の規定では、訟務長官は法務総裁とともに仕事を共有することとされていたが、］しかし実際上の問題として、また巨大な省の長としての法務総裁に課される、管理的な（administrative）、あるいは政治的な任務のプレッシャーと負担の下で、……必然的に多くの任務についてが法務総裁によりその部下に対して委任されるようになった。そして訟務長官に委任される任務は、管理的、政治的な責務を一切含まない、純粋にプロフェッションとしての性格を有するものとなった」。Thomas H. Thacher, *Genesis and Present Duties of Office of Solicitor General*, 17 A.B.A.J. 519, 519 (1931).

(27) Burt & Schloss, *supra* note 26, at 1447-48. 法務総裁次官の職務については、法務総裁が司法省の政策プログラムを形成、実行する際の助言と補助を行うこととされている。United States Attorneys' Manual 1-2.102 (2003).

(28) 法務総裁副次官の職務は、法務総裁と法務総裁次官が司法省の政策プログラムを形成、実行する際の助言と補助を行うこととされている。これに加えて、司法省の訴訟活動に関しては、民事局、市民権局、反トラスト局、租税局、環境及び

天然資源局の監督を行う任務も負っている。United States Attorneys' Manual §1-2.103 (2007); *See also* Todd Lochner, Note, *The Relationship between the Office of Solicitor General and the Independent Agency*, 79 Va. L. Rev. 549, 554 (1993).

(29) 訟務長官の任務は、ただ減少していたわけではない。訟務長官に対して、一時期は訴訟活動に関するさまざまな任務が追加され、それらが司法省内の他の局に移管されるという経過をたどってもいる。Burt & Schloss, *supra* note 26, at 1447-48.

(30) この要求は裁判所の裁判官に対しても要求されていない。*See* Ervin N. Griswold, *The Office of the Solicitor General - Representing the Interests of the United States before the Supreme Court*, 34 Mo. L. Rev. 527, 530 (1969).

(31) 28 U.S.C. §505 (2006).

(32) 詳しくは第三章第一節三で触れる。

(33) *See* Lochner, *supra* note 28, at 554-55.

(34) 28 U.S.C. §518 (a) (2006).

(35) 28 U.S.C. §518 (b) (2006).

(36) Lochner, *supra* note 28, at 554 n.21.

(37) 28 C.F.R. § 0.20 (2008). なお、(b)項においては最高裁判所以外の上訴について、(d)項においては、司法省内事務の補助について規定されている。

(38) 司法省による意見書に関して、最高裁判所が判断を示した事例としては、Smith v. Jackson 判決 (246 U.S. 388 (1918).) がある。事案は以下のようなものである。陸軍大臣は法務総裁に対して、パナマ運河地帯 (Canal Zone) の裁判官に対する給与について、会計検査官 (Auditor) が給与から官舎料 (rent for quarters) 分を差し引くことができるのか、との照会を行っていた。これに対して、法務総裁は「明確な条項が存在しない場合には、支出を留保することはできない」との意見書を提示していた。ホワイト裁判官による法廷意見では、この法務総裁の意見書に関して、「会計検査官は、……法務総裁の決定に従わねばならないということには、……何らの疑いも……ない」と判示していた。*Id.* at 390-91.

(39) 1 Op. Off. Legal Counsel 228, 229 (1977).

(40) *Id.* at 230.

(41) *Id.* なお本引用中のかっこ書きは、訳出語を提示するものを除き引用本文にあるものである。
(42) 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）六六頁。
(43) Sup. Ct. R. 10. また参照、浅香前掲注（42）書六六頁。
(44) Eric Schnapper, *Becket at the Bar - The Conflicting Obligation of the Solicitor General*, 21 Loy. L. A. L. Rev. 1187, 1211 (1988). なお、ロックナー（Todd Lochner）のノートによれば、マクリー期においては受理率は七二%、リー期においては七九%、フリード期においては八三%であるという。Lochner, *supra* note 28, at 556-57.
(45) *See* Schnapper, *supra* note 44, at 1212.
(46) Griswold, *supra* note 30, at 535.
(47) Robert L. Stern, *The Solicitor General's Office and Administrative Agency Litigation*, 46 A.B.A.J. 154, 155 (1960).
(48) Rex E. Lee, *Lawyering for the Government: Politics, Polemics & Principle*, 47 Ohio St. L.J. 595, 598 (1986).
(49) この他、第三〇代訟務長官ソベロフ（Simon E. Sobeloff）も、「政府が敗訴した事件のうちほんのわずかなものだけが上訴される」とする。Simon E. Sobeloff, *Attorney for the Government: The Work of the Solicitor General's Office*, 41 A.B.A.J. 229, 230 (1955).
(50) ランクトット（Catherine J. Lanctot）は「最もよく知られたゲートキーピングの役割は、訟務長官によるものであろう」とする。Catherine J. Lanctot, *The Duty of Zealous Advocacy and the Ethics of the Federal Government Lawyer: The Three Hard Questions*, 64 S. Cal. L. Rev. 951, 998-99 (1991). この記述は、政府機関が下級裁判所に対して出訴する際に、司法省が各機関に抑制的に機能していることも示している。こうした司法省が各機関の出訴要求を拒絶する場面に関しては、環境保護庁（Environment Protect Agency）の執行局面につき、参照、北村喜宣『環境管理の制度と実態』（弘文堂、一九九二年）一六二―六四頁。
(51) 司法省では、一九八五年以降は統計的データを公表することをやめている。*See* Kristen A. Norman-Major, *The Solicitor General: Executive Policy Agendas and the Court*, 57 Alb. L. Rev. 1081, 1987 n.39 (1994). そのため本稿では、精確な統計を得ることはできなかったけれども、訟務長官に対するサーシオレイライの申立てを行うことの要求が極端に変動する要素はあまり考えられず、こうした傾向は、こうした訟務長官が事件の選択を行っているという状況は、各時期に共通して

みられると推定することができるだろう。事実その後の論者も、訟務長官が上訴を行う際に事件を選択していることを記述している。 *See, e.g.*, Jim Rossi, *Does the Solicitor General Advantage Thwart the Rule of Law in the Administrative State?* , 28 FLA. ST. L. REV. 459, 463 (2000); Dalena Marcott, *The Dudy to Defend: What is in the Best Interests of the World's Most Powerful Cliant?* , 92 GEO. L. J. 1309, 1312 (2004).

(52) Wade H. McCree, *The Solicitor General and his Client*, 59 WASH. L. Q. 337, 340 (1981).

(53) *Id.* at 340-41.

(54) Archibald Cox, *The Government in the Supreme Court,* 5 CHI. B. REC. 221, 226 (1963). ［ ］内は筆者による。

(55) Stern, *supra* note 47, at 155.

(56) 浅香前掲注（42）書六七頁は、「最高裁が上訴を許可するのは、当該争点についてすでに下級審で矛盾する判断が下されている場合が多い。新しい問題が出てきた最初の事件において上訴を許可することは控えがちであり、むしろ下級裁判所でその種の事件を扱った後、対立する考え方が出尽して整理されてから最高裁が最終的判断を下す傾向にある」。「……実際上も、原判決に賛成しかねるがもっと筋のよい事件が今後出てくることを期待して裁量上訴不許可とすることもあるようである」としている。こうした最高裁判所の態度、とりわけ「筋のいい事件」を選択するという態度は、訟務長官の態度と重なり合っているといえるだろう。

(57) Lochner, *supra* note 28, at 557.

(58) *Hearings before the Subcomm. on Commerce and Finance of House Comm. on Interstate and Foreign Commerce*, 93d Cong. 1st sess. 278 (1973).

(59) Thacher, *supra* note 26, at 521. ［ ］内は筆者による。

(60) McCree, *supra* note 52, at 341.

(61) *See, e.g.*, Harvey, *supra* note 12, at 1576.

(62) Stern, *supra* note 47, at 155.

(63) *Hearings before the Subcomm. on Commerce and Finance of House Comm. on Interstate and Foreign Commerce*, 93d Cong. 1st sess. 280 (1973). *See also* Griffin B. Bell, *The Attorney General: The Federal Government's Chief Lawyer and Chief Litigator, or*

One Among Many?, 46 Fordham L. Rev. 1049, 1060-61 (1978).

(64) Andres v. United States, 333 U.S. 740, 765 n.9 (1947) (Frankfurter, J., concuring).

(65) 485 U.S. 693 (1987).

(66) *Id.* at 702 n.7.

(67) *Id.* at 706.

(68) この事件は、司法府の利益の実現を執行府の職員である訟務長官の手に負わせることが権力分立の観点からして問題が生じることが争点となったが、最高裁判所は最終的に、①サーシオレイライの制度が最高裁判所の完全な裁量事項であり、最高裁判所もまた司法府の機関であること、②最高裁判所がサーシオレイライを付与するか否かの決定をするに当たって、本稿で後にみる、別個に意見を表明することが可能なアミカスキュリエの制度によって、司法府が任命した特別検察官の見解を提示させることが可能であることから、連邦裁判所の利益が問題となる事件においても、サーシオレイライの申立てに関する訟務長官によるコントロールを容認した（485 U.S. at 703-04.）。アミカスキュリエに関しては、本節の第三款を参照。

(69) 513 U.S. 88 (1996).

(70) 第一章第四節を参照。

(71) 513 U.S. at 96. ［ ］内は筆者による。

(72) 464 U.S. 154 (1984).

(73) 「訴訟原因判断の前提として現実に争われた争点（issue）についての裁判所の判断に反する主張を後訴ですることを許さない効力」とされている。参照、田中英夫編集代表『英米法辞典』（東京大学出版会、一九九三年）一五八頁。また参照、浅香吉幹『アメリカ民事手続法〔第2版〕』（弘文堂、二〇〇八年）一五一－五三頁。

(74) 464 U.S. at 159-60.

(75) *Id.* at 160-61.（［ ］内は筆者による。）なお、この判示は上訴に関する訟務長官の判断について、最高裁判所に対するサーシオレイライの申立てを念頭に置いているものかもしれないが、必ずしも限定的な述べ方はしていない。本稿では検討の対象とすることはできないが、訟務長官は最高裁判所に限らず連邦裁判所の上訴の局面について広範な決定権限を

有している。この判示は、連邦地方裁判所から連邦控訴裁判所への控訴の場面にも当てはまる議論である。

(76) 特に Mendoza 判決については、当時、訟務長官事務室のスタッフとして同事件に関わっているヨシュア・シュウォーツ（Joshua I. Schwartz）準教授によれば、提出した書面における訟務長官の役割に依拠した主張は予備的なものであり、別個の理論から結論を導き出すことが可能だったとする。そして訟務長官に関して言及を行うことは不必要であったにもかかわらず、積極的に訟務長官の役割を基礎とした判決を下したことは、訟務長官の主張の公正さは最高裁判所が依存可能なものである、というメッセージをあらためて宣言する意味を有していると述べている。Joshua I. Schwartz, *Two Perspectives on the Solicitor General's Independence*, 21 Loy. L. A. L. Rev. 1119, 1145-46 (1988).

(77) Sobeloff, *supra* note 49, at 231.

(78) Thacher, *supra* note 26, at 521. ［　］内は筆者による。

(79) 前掲注（60）の引用箇所を参照。

(80) Lee, *supra* note 48, at 597.

(81) Stern, *supra* note 47, at 156.

(82) *Id.*

(83) リーは、もしも訟務長官が方針を変更して、申立ての自制的スクリーニングを緩和し、二倍の申立てを行った場合には、一年目には、成功数は劇的に増大するであろうとしているが、三年から四年のうちに最高裁判所がスクリーニングの負担を負うことにより、数値的には現在と同じようなところに落ち着くとしている。そしてこのことは、政府にとって相対的に重要性を有する事件について最高裁判所の審査を受けることが困難になる点で、クライアントの側にとっても不利益なことであるとしている。Lee, *supra* note 48, at 598. しかし、こうしたスターンやリーの述べるところは、最高裁判所の裁判官に対して、訟務長官が一定の予断を与えていることを示唆するものかもしれない。リーは、最高裁判所の信頼を失うことを回避するために、最高裁判所の基準を遵守することに訟務長官が固執することを述べるが、先入観を与えることと、それにより、本案についても政府側に有利な判断がなされるかもしれないという点で、抑制のメカニズムとしては、危険なもののようにも思われる。

(84) Sobeloff, *supra* note 49, at 231.

(85) 本款の検討は、David M. Rozenweig, Note, *Confession of Error in the Supreme Court by the Solicitor General*, 82 Geo. L.J. 2079 (1994) に主として依っている。この過誤の自白については、アメリカ合衆国でも、それほど本格的な研究はなされていないようである。*Id.* at 2080.

(86) 小林秀之『新版・アメリカ民事訴訟法』（弘文堂、一九九六年）一〇五頁。

(87) Rozenweig, *supra* note 85, at 2098-99.

(88) *Id.* at 2081.

(89) *Id.* at 2080 n.11.

(90) Note, *Confession of Error by the Solicitor General*, 74 Mich. L. Rev. 1067 (1976).

(91) Rozenweig, *supra* note 85, at 2081.

(92) Note, *supra* note 90, at 1068.

(93) McCree, *supra* note 52, at 342.

(94) Young v. United States, 315 U.S. 257, 258 (1942). なお、Note, *supra* note 90, at 1068 n.12. では、「Young 判決以降の事件は、Young 判決が活力を有し続けていることを示している」と評している。

(95) 352 U.S. 1 (1956).

(96) *Quoated in* Mesarosh v. United States, 352 U.S. 1, 18 n.7 (1956) (Harlan, J., dissenting). （［ ］内は判決文のまま。）

(97) Cox, *supra* note 54, at 225. ［ ］内は筆者による。

(98) Griswold, *supra* note 30, at 535. ［ ］内は筆者による。

(99) Cox, *supra* note 54, at 225.

(100) Stern, *supra* note 47, at 157. ［ ］内は筆者による。

(101) Burt & Schloss, *supra* note 26, at 1468 n.114.

(102) 382 U.S. 68 (1965).

(103) 368 U.S. 347 (1961).

(104) 368 U.S. 30 (1961).

(105) Bruce A. Green, *Legal Ethics for Government Lawyers: Straight Talk for Tough Times: Must Government Lawyers "Seek Justice" in Civil Litigation?*, 9 Widener J. Pub. L. 235, 236 (2000).
(106) Berger v. United States, 295 U.S. 78 (1935).
(107) *Id.* at 88.
(108) *See* Lanctot, *supra* note 50, at 993-94.
(109) Model Code of Prof'l Responsibility EC 7-14 (1980).
(110) また過誤の自白と似たものとして、最高裁判所において、政府機関にとって不利な材料を提示することがあると指摘されている。制定法により付与された権限からの逸脱や、当該機関の決定が実質的な証拠に支えられていないことを示すというものであり、この場合の訟務長官は、政府側の対立当事者と同じ立場で機関の決定を覆すことを求めているの同然であると指摘されている。こうした事例は年間、六件から一〇件起こると指摘されていた。Burt & Schloss, *supra* note 26, at 1459-63. 例えば、一九八三年の Dirks v. SEC 事件（463 U.S. 646）は、証券アナリストのインサイダー取引に関する事件であったが、ここではＳＥＣの「内部文書」の捉え方に訟務長官は反対していた。そこで、ＳＥＣに対して最高裁判所への書面提出を認めつつ、訟務長官自身もＳＥＣの立場に反して、相手方のダーク氏を支持する内容の書面を提出している。Brief for the SEC, Dirks v. SEC, 463 U.S. 646 (No. 82-276); Brief for the Unites States as Amicus Curiae in support of reversal Dirks v. SEC, 463 U.S. 646 (No. 82-276). なお、この訟務長官の書面は後述するアミカス書面として提出されたものである。
(111) Cox, *supra* note 54, at 225.
(112) 361 U.S. 529 (1960).
(113) *Id.* at 529-30.
(114) *Id.* at 531 (Warren, C. J. concurring).
(115) *Id.* at 532 (Warren, C. J. concurring).
(116) *Id.*
(117) Rozenweig, *supra* note 85, at 2096.

(118) Mesarosh v. United States, 352 U.S. 1, 20-21 (1956) (Harlan, J., dissenting).

(119) 伊藤正己「Amicus Curiae について」三ヶ月章編『菊井先生献呈論集　裁判と法（上）』（有斐閣、一九六七年）一二九頁、森川金寿「裁判の民主的コントロール　――アミカス・キュリイについて――」小山昇・中島一郎編集代表『裁判法の諸問題　上』（有斐閣、一九六九年）二六三頁、金原恭子「世論と裁判所とをつなぐもの：米国におけるアミカス・キュリィとロー・クラーク」滝沢正編集代表『大木雅夫先生古稀記念　比較法学の課題と展望』（信山社、二〇〇二年）二四三頁、楠茂樹「反トラスト法と Amicus Curiae（上）（下）」公正取引六〇九号（二〇〇一年）六六頁、六一〇号（二〇〇一年）六九頁、など。

(120) 田中英夫編集代表『英米法辞典』四八頁。

(121) 金原前掲注（119）論文二四五頁。

(122) 森川前掲注（119）論文二六六頁。

(123) 伊藤前掲注（119）論文一三三―三四頁。

(124) Samuel Krislov, *The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy*, 72 YALE L. J. 694, 695 (1963). ここで、クリスロフ（Samuel Krislov）は、イギリスにおける一六五六年の判決（The Protector *v.* Geering, 145 Eng. Rep. 394 (Ex.1656).）を引用している。この判決については、伊藤前掲注（119）論文一四三頁。

(125) 伊藤前掲注（119）論文一四四頁。

(126) 伊藤前掲注（119）論文一四三頁。

(127) 伊藤前掲注（119）論文一四七頁。

(128) Krislov, *supra* note 124, at 704. 現在、こうしたアミカス書面を利用する傾向が顕著な団体としては、労働団体・事業者団体などの職能団体や、アメリカ人権協会（American Civil Liberty Union：ACLU）、有色人種地位向上全国協会（National Association for the Advancement of Colored People）などの非職能的な公益目的の団体があるという。金原前掲注（119）論文二四九―五〇頁。また、伊藤前掲注（119）論文一四六―四七頁をも参照。

(129) SUP. CT. R. 37.

(130) このアミカスキュリエは、最高裁判所においてのみ認められるものではない。連邦控訴裁判所規則（Federal Rules of

Appellate Procedure）の二九条において規定が置かれている。地方裁判所に関しては、連邦民事訴訟規則（Federal Rules of Appellate Procedure）にアミカスキュリエに関する規定はなく、各連邦地方裁判所の判断に委ねられた形になっているという。金原、前掲注（119）論文二五四頁注八。

(131) サーシオレイライの局面につき、２ａ項。本案の局面につき、３ａ項。

(132) サーシオレイライの局面につき、２ｂ項。本案の局面につき、３ｂ項。

(133) 金原前掲注（119）論文二四八頁。

(134) Joseph D. Kearney & Thomas W. Merrill, *The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court*, 148 U. Pa. L. Rev. 743, 744 (2000). この点は、楠前掲注（119）「上」論文七〇頁注一一でも言及されている。

(135) 伊藤教授は、このアミカスキュリエについて「早急な結論を引き出すことはできないが」、「amicus curiae は適切に利用されるときには、裁判の運用にとって有益な道具」という引用に対して「まず穏当な見解といってよい」とする。伊藤前掲注（119）論文一五〇－五一頁。

(136) Sup. Ct. R. 37.4. 訳は金原前掲注（119）論文二四七頁を参照した。

(137) United States Attorneys' Manual § 2-2.123 (2007). は、すでに本稿でも取り上げた 28 C.F.R. § 0.20 (c) を参照しつつ、「訟務長官による許可の必要性」の題の下に、「すべての上訴審裁判所におけるあらゆるアミカス書面の提出には、訟務長官による許可を必要とする」としている。最高裁判所の許可を求めるのではなく当事者の同意を得る場合にも、この条文が適用されるかどうかについては、必ずしも明らかではない。もっとも、「いかなる」アミカス書面との文言からは、裁判所の許可による場合のみならず、当事者の同意を得て提出する場合についても適用されると考えられるだろう。サローカーは、「省庁が、アミカス書面を提出するように求めることがある。……提出するか否かは訟務長官の判断にかかっている」と記述している。裁判所の許可による場合も、当事者の同意を得る場合も、訟務長官の許可がなければ提出は許されないという理解であろう。Rebecca Mae Salokar, *Politics, Law, and the Office of the Solicitor General* 73, *in* Government Lawyers (Cornell Clayton ed., 1995).

(138) 58 U.S. (17 How.) 478 (1854).

(139) Samuel Krislov, *The Role of the Attorney General as Amicus Curiae* 76-77, *in* Luther A. Huston, Roles of the Attorney

General of the United States (1968).

(140) また、本稿の第一章第一節第三款ですでにみている一七九二年のHayburn事件でも、ランドルフは法務総裁として申立てを行ったところ、最高裁判所からその権限行使に疑いがあるとされたため、今度はヘイバーンの代理人として、全く同じ主張を行っている。このように、当時の法務総裁は、その連邦政府内の位置づけに起因するところもあるが、法務総裁としての活動と私的な代理活動を行う二面性を有しており、その区別もそれほど明確ではなかったといえる。

(141) Cornell W. Clayton, The Politics of Justice 69 (1992).

(142) Kearney & Merrill, *supra* note 134, at 760 n49.

(143) *Id.* at 760 n.48.

(144) *Id.* at 760.

(145) *Id.* at 761.

(146) *Id.* ACLUとAFL－CIOに関する、一〇年ごとにみた詳しい数値については、ACLUにつき、*Id.* at 761 n.51. AFL－CIOにつき、*Id.* at 761 n.53.

(147) *Id.* at 760.

(148) Jeffrey A. Segal, *Amicus Curiae Briefs by the Solicitor General during the Warren and Burger Courts*, 41 Western Pol. Quaterly 135 (1988).

(149) *Id.* at 139 tbl. 4.

(150) *Id.* at 139 tbl. 5.

(151) *Id.* at 139 tbl. 6.

(152) Drew S. Days, Ⅲ, *The Solicitor General and the American Legal Ideal*, 49 SMU L. Rev. 73, 79 (1995).

(153) Clayton, *supra* note 148, at 69.

(154) 楠前掲注（119）「上」論文六九頁。

(155) James L. Cooper, *The Solicitor General and the Evolution of Activism*, 65 Ind. L. J. 675, 690 (1990).

(156) Lee, *supra* note 48, at 597.

(157) Ronald S. Chamberlain, Note, *Mixing Politics and Justice: The Office of Solicitor General*, 4 J. of Law & Politics 379, 404 (1987).
(158) Cooper, *supra* note 155, at 683 n.47.
(159) *Id.* at 691.
(160) Chamberlain, *supra* note 157, at 404 (1987); Burt & Schloss, *supra* note 26, at 1475.
(161) Burt & Schloss, *supra* note 26, at 1476-77; Lochner, *supra* note 28, at 562 .
(162) Burt & Schloss, *supra* note 26, at 1480.
(163) 最高裁判所裁判官は、現在それぞれ四名以内のロー・クラークを採用することができるとされている。金原前掲注（119）論文二五七頁。このロークラークについては、同二五六頁以下を参照。
(164) Burt & Schloss, *supra* note 26, at 1477. また楠前掲注（119）「上」論文七一頁では、反トラスト法に関する最高裁判所判決を例にあげつつ、政府側が「防御側（違反行為をしたと疑われている当事者）に有利なAmicus Briefを提出することもある。しかし、これはおかしなことではない。法執行機関は反トラスト法を適正に運用することを求められているのである。もし法執行機関が問題となる行為が反トラスト法に違反しないと判断するのであれば、Amicus Curiaeとしてその旨主張することが求められる」としている。
(165) Burt & Schloss, *supra* note 26, at 1476.
(166) *Id.* at 1479.
(167) Lochner, *supra* note 28, at 562.
(168) Burt & Schloss, *supra* note 26, at 1477. なお、本章第一節ですでに取り上げている、司法省による一九七七年意見書において「そのクライアントが独立の訴訟活動権限を有しているためクライアント自身が最高裁判所において弁論を行ったとしても、訟務長官は（全体的にも部分的にも）反対をすることができる。」という記述があるのは、このアミカスキュリエの制度によって可能になっている。
(169) 422 U.S. 659 (1975).
(170) *Id.* at 660.

(171) 330 U.S. 649 (1947).

(172) *Id.* at 651. なお、この Levinson 事件当時、連邦機関が最高裁判所の許可を得てアミカス書面を提出する際に、訟務長官の承認が必要であったかどうかは、必ずしも明らかではない。スターンの記述によれば、賃金労働時間局長は私人間の民事訴訟において下級裁判所においては自由にアミカス書面を提出することが認められてはいたが、最高裁判所においては提出に訟務長官の承認が必要とされていたようである。*See* Robert Stern, *"Inconsistency" in Government Litigation*, 64 HARV. L. REV. 759, 766-67 (1951). 他方、ＩＣＣは、連邦政府内でも例外的に独自のアミカス書面を提出してきた機関とされている。Burt & Schloss, *supra* note 26, at 1478. ＩＣＣは、最高裁判所からアミカス書面の提出を求められる例もあった。*See* Morris v. McComb, 332 U.S. 422, 426 (1947). この Morris 事件を含む本文にあげた三事件につき、*See* Kearney & Merrill, *supra* note 141, at 722 n.99.

(173) Burt & Schloss, *supra* note 26, at 147.

(174) Cox, *supra* note 54, at 226.

(175) *Id.* at 227.

(176) Days, *supra* note 152, at 79.

(177) *Id.*

論　説

被害者の承諾（六）

――各論的考察による再構成――

佐藤陽子

目　次

序論
第一章　国家・公共の法益に対する罪と被害者の承諾
第二章　財産に対する罪と被害者の承諾
（以上、五八巻三号）
（以上、五八巻四号）

第一節　はじめに
第二節　領得罪（窃盗罪・強盗罪・詐欺罪・恐喝罪）　（以上、五八号五号）
第三節　毀棄罪（器物損壊罪）
第四節　盗品等関与罪
第五節　小括
第三章　自由に対する罪と被害者の承諾
第一節　はじめに
第二節　住居侵入罪　（以上、五九巻二号）
第三節　監禁罪
一　はじめに
二　監禁罪に係る承諾の犯罪論体系上の地位について
三　錯誤・強制に基づく同意
四　その他の要件
五　まとめ　（以上、五九巻三号）
第四節　小括
第四章　生命・身体に対する罪と被害者の承諾
結語　～総論的考察への示唆～　（以上、本号）

第三章　自由に対する罪と被害者の承諾

第三節　監禁罪

一　はじめに

刑法二二〇条は「不法に人を逮捕し、又は監禁した者は、三月以上七年以下の懲役に処する」とし、一定の場所から移動することを妨げられないという意味における行動の自由を刑法的に保護している[1]。前節の住居侵入罪においては、自己の支配領域に誰を入れるかという自由が保護されていたのに対して、ここでは行為客体自体が保護の客体であるという意味で、より人に密接した自由が保護されているといえるだろう。

しかしこのような移動の自由が可能的なもので十分なのか、あるいは実際のものでなければならないかは争われており、このことは被害者の承諾に関係して重要な問題を生ぜしめている。なぜなら、どちらの説をとるかによって被害者の承諾論で取り扱うべき事例の領域が変化するからである。人的自由に対する罪は「自由が侵害されている」ことを認識しなければならないと解すれば、監禁罪では被害者の承諾が果たす役割は非常に小さいものとなるし、自由が侵害されているという実際の認識がなくとも、可能的な自由の侵害がなされれば十分であると解すれば、被害者の承諾論の果たす役割は大きくなる。

こういったことは監禁罪に限らず、上記の意味で、より人に密接した自由を保護する犯罪類型において容易に起こりうる問題であろう。自由は行使することを妨げられたときに始めて侵害されるのか、実際に行使するか否かは別として、その基盤が奪われたときに侵害されるのか。このことは、自由に対する罪に係る被害者の承諾を議論するにあたってまず検討しなければならない問題である。そして、その上で改めて他の犯罪類型と同様に、被害者の承諾の諸々の問題について明らかにしなければならないのである。

そこで本稿では監禁罪を例にして、まず監禁罪における承諾がどの範囲で問題となるのか、そしてそのような承諾は

どのような性質を有しているのかを明らかにしたい。具体的に二においては監禁罪の保護法益と構成要件メルクマールについて論じることで、監禁罪において被害者の承諾が問題となりうる領域を確定し、その承諾の法的性質について検討する。その上で、三においては錯誤・強制に基づく承諾がどのように扱われるのか、最後に四において、その他の要件について検討したい。

二　監禁罪に係る承諾の犯罪論体系上の地位について

監禁罪は人の自由の中でも、一定の場所から移動する自由を保護する犯罪である。本項では監禁罪に係る被害者の承諾の体系的地位について検討したいのだが、前述のように、本罪においては、法益論の議論に基づいて被害者の承諾が問題となりうる領域が異なってくる。それゆえに本節ではまず初めに法益論を検討することで被害者の承諾が問題となる領域を画定し、その上で改めて被害者の承諾の法的性質について検討したい。後者については、他罪と同様に、まず構成要件メルクマールが、続いて法益論が問題となるが、法益論については領域画定の問題に際して検討することになるので、結果的に両者の論じる順序がその限りで入れ替わることになる。

なお保護法益としての自由の意義について検討する前に、明らかにしておかなければならないことが一つある。それは、監禁罪は移動の自由を保護する規定であるので、そもそも移動の自由を有していない者は保護客体にはあたらないということである。それゆえ生後まもない嬰児や植物状態の人間は保護客体には含まれない。[2] しかし何らかの方法で、たとえば盲導犬等の補助具があれば移動が可能な者は、同罪の客体に含まれることになる。

それに対して一時的にそのような自由を失っている場合については、確かに保護客体との関係で扱う論者もいるが、[3]

本稿では監禁罪の法益との関係で論じたい。ここで問題となるのは、たとえば睡眠中の者や酩酊者である。これらの者は移動の自由を一時的に有していない者ではあるが、それを取り戻しうる可能性を常に有している点で、そもそも移動の自由を有していない者とは異なっている。

それでは、監禁罪の保護客体は上記のような者であるとして、本罪の保護法益はどのようなものなのだろうか。

一言でいえば、本罪の保護法益は人の移動の自由である。しかし、移動の自由が侵害されたと言うためには、現実に被害者が「自由を侵害されている」という意識を持たなくてはならないのか、あるいは被害者が自由侵害を意識していなくとも被害者の自由が侵害されるような客観的な現象が生じるだけで十分なのだろうか。これが保護法益に関する現実的自由説と可能的自由説の対立である。

日本の通説は、可能的自由説である。[4] この見解によれば、移動しようと思っても移動できない状態が作られていることは、行動の自由の侵害にほかならないのであって十分に処罰に値するし、また監禁罪の成立を被害者のそのときの心理状態にかからせるのは、犯罪の成否が極めて不安定になり大いに疑問であるという。[5] ゆえにこの説では、実際にそれを認識し、選択するかは別として、選択肢としてそこから立ち去る自由が失われたことが重要視されることになる。

それに対して現実的自由説[6]によれば、監禁罪における行動の自由は一定の場所から移動しようとする意思があり、かつ、その能力があるにもかかわらず外的な作用によってこれが侵害された場合にのみ侵害されることになる。つまり、移動したいのに移動できないという現実の状況が必要となるのである。

更に近年有力なのが、現実的自由説に修正を加えた仮定的自由説である。[7] この見解は、基本的には現実的自由説のように、現実に被害者の移動の自由が侵害されなければ法益侵害は存在しないと考えるが、例外的に被害者の行為がなければ移動する意思を有したであろう場合には自由の侵害を認める。なぜなら移動の不可能性の認識により移動の意思

が生じない場合は、その場にとどまることを自由な意思により選択しているのではなく、やむを得ずに甘受せざるをえないというにすぎず、移動の意思を現実に発動させないことが被害者の自由な意思に基づくものではないからである。(8) それゆえ監禁中に眠りについた者であってもその間監禁罪の成立が否定されることはないし、監禁状況ゆえに脱出をあきらめて読書している者であってもそのような意思の放棄でもって監禁罪の保護を受けられなくなるわけではない。監禁状況の認識ゆえに行われた移動意思の放棄は、それ自体が監禁行為に基づく移動の自由の侵害ということになるのである。

上記のことから明らかなように、可能的自由説と現実的自由説・仮定的自由説は被害者が自由を剥奪されているという状況を認識していない場合に帰結の差異をもたらすことになる。たとえば睡眠中の者がいる部屋をその者が寝ている間だけ鍵をかけ出られないようにした場合、あるいは強姦目的を秘して家まで送ると欺罔し、降ろす意思なく女性を車に乗せた場合である。しかし、この両者の例は実は、若干事例を異にしている。というのも、前者では被害者は閉じられた場所にいるという客観的事実にも気が付いていない一方で、後者は閉じられた場所にいるという事実には気が付いているが、それが「監禁」であること、つまりはその場を去りたいと思った時に去れない状態にあることに気が付いていない。

前者の類型の一つとして、移動能力はあるが自由を自由として理解していない一歳前後の乳幼児の例が挙げられるが、生後一歳七月を経た幼児を監禁した事例において京都地裁は「たしかに、監禁罪がその法益とされている行動の自由は、自然人における任意に行動しうる者のみについて存在するものと解すべきであるから、全然任意的な行動をなしえない者、例えば、生後間もない嬰児の如きは監禁罪の客体となりえないことは多く異論のないところであろう。しかしながら、それが自然的、事実的意味において任意に行動しうる者である以上、その者が、たとえ法的に責任能力や行動能力

はもちろん、幼児のような意思能力を欠如しているものである場合も、なお、監禁罪の保護に値すべき客体となりうるものと解することが、立法の趣旨に適し合理的というべきである」として監禁罪の成立をみとめた。[9] このような判断は可能的自由説からは支持され、現実的自由説・仮定的自由説からは批判されることになる。可能的自由説によれば、幼児の自由はすでに制限されているし、逆に現実的自由説・仮定的自由説によれば、移動したいのに移動できないという意思を幼児は抱くことができないからである。酩酊者、睡眠中の者についても同様のことがあてはまる。

他方後者の場合、つまり現在の客観的状況については理解しているが、それが「監禁」であるという事実に気が付いていない場合についても、同様の対立が起こりうる。ここでは被害者は自由を奪われていることに気が付いておらず、むしろ自由の行使と考えている。たとえば車で家まで送ってもらう時には、降りたいといえばいつでも降ろしてもらえると思っているのだから、被害者には下車の要求が受け入れられないことに気が付くまで「監禁」行為が客観的に実行されているという意識がない。しばらく開けるつもりもないのに「いつでも呼んでくれればドアを開けるから」と欺罔して、部屋に鍵をかけた場合も、被害者がドアを開けてもらえないことに気が付くまで同じことがあてはまるだろう。このような場合に関しては、可能的自由説は、監禁行為は行われており被害者の自由は被害者がその事実に気が付く以前からすでに侵害されていると解するし、現実的自由説・仮定的自由説は、被害者は監禁の客観的事実に気が付くまでは自らの自由な意思に従って活動しているのであるから、自由は侵害されていないと解することになる。[10] 裁判例としては最決昭和三三年三月一九日刑集一二巻四号六三六頁と広島高判昭和五一年九月二一日刑裁月報八巻九・一〇号三八〇頁が挙げられる。最高裁昭和三三年の事例は、逃げ出した接客婦を自らの下へ連れ戻そうとし、入院中の母のもとに連れて行ってやると欺罔して、タクシーに乗車させ、自分も同乗して運転手に発車を命じて疾走させた事例であり、被害者が欺罔に気が付いて停車を求めた後だけでなく、乗車時からの監禁罪の成立を認めた。広島高裁昭和五一年の事例

は、強姦する目的を秘して偽計をもって被害者らを自動車に乗せて車を走らせたが、被害者らが犯行現場に着くまでその事実に気が付かず、ゆえに降車の要求等を一切行っていなかったという事例であり、広島高裁は「およそ監禁罪にいわゆる監禁とは人をして一定の区域外に出ることを不可能またはいちじるしく困難ならしめることをいい、被監禁者が行動の自由を拘束されていれば足り、自己が監禁されていることを意識する必要はないと解するのが相当である」として監禁罪の成立を認めた[11]。これらは可能的自由説からの見解であって、自由が剥奪されている事実を知らない（いつでもそこから立ち去れると思っている）者に対しても監禁罪の成立を認めるのが、現在の判例の立場であるということができるだろう。

このような可能的自由説の見解に対しては、被害者の自由が実際に侵害されていない時点で監禁罪を認めるのは本罪を危険犯にしているという批判[12]、あるいは目的地になっても降ろす気はなかったという行為者の意思に処罰が左右されることになるので適切ではないという批判[13]があるが、前者については、そもそもこのような主張を行う現実的自由説の論者とは監禁罪の法益概念が異なっているので、実際の自由は侵害されていない場合であっても可能的自由は侵害されており危険犯処罰にはなっていないし、また後者については、「部屋の出口に見張りが立っている場合、自分が監禁されているかどうかは、見張りがどう思っているか、すなわち、実力を使っても出さないと思っているかどうかにかかっている。この場合に、脱出を試みて見張りに押し戻されてみるまで客観的に監禁とはいえない、ということにはならないであろう。監禁罪が成立するかどうかは見張りの意思にかかっているのであり[14]、このことは法益侵害に影響する主観的違法要素を認める以上は当然のことである」という反論がなされている。通常、「監禁」という客観的状態は、鍵が閉まっている等の客観的な事情に左右されるものであるが、たとえば偽計を用いて車に乗せるといった行為態様は、車の走行が行為者の意思に左右されるという点で行為者の主観に関係した特別な事情があり、それゆえこのような行為

態様における監禁罪の法益侵害の有無は、可能的自由説によれば、行為者の監禁の故意に依拠することになる。しかしこのような場合はあくまでも例外であって、また行為者の主観は客観的な状況を補う一要素にすぎないといえよう。そのように解すれば後者の批判も決定的ではないように思われるのである。

それに対して、現実的自由説・仮定的自由説に対しては、犯罪の成立が被害者の主観に依拠してしまうという批判[15]がなされる。しかしこれには「自由剥奪の意識とは、自由概念そのものに伴うものであって、逮捕監禁罪が、身体的移動の自由を保護法益とする侵害犯[16]であると解する限り、現実的自由を拘束するのでなければ、実現されえないものなのである」という反論がなされている。

以上が日本における監禁罪の法益についての学説の対立であった。その一方で、ドイツにおいても、監禁罪[17]の法益に関しては日本のそれと同様な争いがなされている。

通説・判例は可能的自由説と同じ内容をもった潜在的自由説をとっている[18]。この見解によれば、監禁罪において重要なのは当事者がそもそも移動しようとしていたかどうかではなく、そのような可能性が奪われたか否かである。従って、酩酊者、精神病者、幼児も、彼らがそもそも任意の移動能力がある限り保護されることになるし、監禁の事実について認識していなかった者や事実上立ち去る意思を有していなかった者も保護されることになる。しかし睡眠中の者に関しては、このような状態が続いている限り滞在地を変えるという意思を持ち得ないので、その間は保護されないと解する論者もいることに注意すべきである[19]。

なお、第六次刑法改正において、監禁罪の規定が、「他人の自由の利用を奪った（・・des Gebrauchs der persönlich Freiheit beraubt）」という文言から「利用（Gebrauchs）」が排除され、「自由を奪った（der Freiheit beraubt）」と変化[20]したこと、そして未遂処罰が規定されたことでもって、潜在的自由説であることが明らかになったとする見解もあるが、

立法者の意図としてそれは不要な言葉をなくしただけで以前の法と意味内容は変らないことが明らかにされているので、この改正が潜在的自由説にとりわけ有利に働くことはないようである。(21)

それに対して潜在的自由説は既遂時期を早めにずらし監禁罪を危険犯として観念することになるから適切ではないとして(22)、ドイツにおいては仮定的自由説(23)が非常に有力に主張されている。仮定的自由説によれば、監禁罪は強要罪の特別事例ということになるので(24)、強要罪の場合と同じように、行為者の行為が被害者の意思に全く影響を与えることができなかったあるいは事実的に影響を与えなかった時には監禁罪は成立しないことになる。そのため監禁罪の既遂は、被害者が現実的な移動の意思をうちたて、その実現のための能力があり、そしてそれを妨げられた時にはじめて生じることになる。ただし移動について事実的な意思がかけている代わりにそれに見合った「仮定的」意思がある場合には既遂となる。たとえば、移動の計画を立てても無駄だと認識していたから目下の移動の意思を全く抱かなかった場合、行為者自身が被害者の意識を失わせたり、そのような状態を延長させることによって被害者の移動能力を奪った場合、あるいは被害者が心的な障害（Störung）に屈していて、原則的には移動する意思を打ちたてる能力はあるが、行為者の強度の影響下でそのような意思の形成を行わなかった場合がそれにあたる。

このように両説（可能的自由説と現実的自由説）は非常に均衡しているように思われるが、このような対立は、監禁罪における被害者の承諾論に重大な影響をもたらす。つまり、可能的自由説によれば、監禁罪の法益侵害にとっては客観的な監禁状態が重要なので、被害者がそのような状態になることに承諾をしている場合には、たとえそれが「監禁」であるという事実を知らなくとも、（場合によっては阻却されうるとはいえ）法益侵害状況は肯定され、ここでの承諾は「被害者の承諾」の問題として取り扱われることになる(25)。偽計を用いて車に乗せたという事例においては、車に乗り込んだら停車するまでは車内から出ることは出来ないという意味で客観的な監禁状態があり、被害者は車に乗ること

で「監禁」には承諾していないが「客観的な監禁状態」については承諾しているといえる。したがって、このような場合には、偽計（欺罔）が被害者の承諾に与えた影響を、被害者の承諾の有効性の問題として検討する必要が出てくるのである。他方で、実際に意思が侵害されなければならないとする現実的自由説・仮定的自由説によれば、偽計を用いて車に乗せた場合は、承諾論を検討するまでもなく、そもそも保護法益は侵害されていないことになる。[26] なぜなら、ここで必要な移動の自由の侵害は、「自由が侵害された」と被害者が認識することであって、車がいつでも止まってくれると考えていた場合には、そのような認識はなく、被害者の自由はいまだ侵害されていないからである。それゆえに、この見解によれば、被害者の承諾論の領域は、自由の剥奪（出たくても出れなくなる状況）を意識しつつ、あえてそれを受け入れる場合[27]であって、たとえば心理学の実験のために、一定時間洞窟に閉じ込められることに承諾した場合などをいうことになるのである。

このように監禁罪においては、法益論の議論に応じて被害者の承諾が問題となる領域が異なってくる。そしてそれぞれの領域の中であらためて「監禁」メルクマールや法益の性質が問題となるのである。

私見によれば、監禁罪の法益は可能的自由説が適切であるように思われる。なぜならば、たとえば強姦目的を秘して欺罔をもちいて車に女性を乗せた場合、現実的自由説によれば、女性が行為者の意図に気が付いて車を降りたいと思った時点から監禁罪が成立するということになるが、ここでは被害者はすでに疾走する車にのった状態であり、被害者が事情を理解した後の犯罪成立にとって重要なのは不作為類型ということになるだろう。そのため、もし行為者が高速道路を走っていた等、すぐに停車することのできない状況であれば行為者は停車義務を免れるのであって、その間監禁罪は成立しないことになる。このような帰結は適切ではないであろう。確かに自由に対する罪にとっては「意思の侵害」が重要であるが、欺罔によって車に乗った事例など被害者が気付いていなくとも、実は移動の自由が侵害されている状

況が続いているのであって、このような実際的な「自由の侵害」は、現実の「意思の侵害」がない、つまり「私は今不自由である」と感じていない場合であっても、監禁罪によって保護される必要があるように思われるのである。監禁罪は、自身は自由であるという意思を保護しているのではなく、それを保障する前提として、自由な状態を保護しているというべきであろう。ゆえに被害者の承諾論の領域はそれが監禁であるという事実について被害者が認識しているときのみならず、客観的な監禁状態について被害者が承諾しているにすぎないときも含まれることになる。

それでは、被害者の承諾が問題となる領域が上記のものだとして、次に問題となるのは、本罪における被害者の承諾の法的性質であろう。

ドイツの通説によれば、監禁罪に係る承諾は構成要件該当性を排除する合意である。(28) ドイツの監禁罪は正確にいえば「監禁罪」ではなく「自由を奪う罪（Freiheitsberaubung）」であり、それはドイツ刑法二三九条一項に「人を監禁し、又は他の方法でその自由を奪った者は、五年以下の自由刑又は罰金に処する」と規定してある。そしてその文脈に基づき、ドイツにおける「einsperren（監禁する）」は、その後に続くさらなる文言「der Freiheit beraubt（自由を奪う）」の一つの行為態様として例示されているに過ぎず、その本質は「der Freiheit beraubt」にあるので、「der Freiheit beraubt」といえるためにはそれがたとえ「einsperren」に客観的に該当する行為であっても、被害者の意思に反して行われた行為でなければならないと解されているのである。

しかし、このようなメルクマールの解釈は、潜在的自由説と一致しうるのだろうか。つまり、監禁状態を認識していない者に対しては、自由を奪うという客観的な行為態様を重視しながら、監禁に承諾をしている者に対しては、客観的な行為態様にあわせて「侵害された」という被害者の意思をも考慮することは矛盾していないだろうか。この点については仮定的自由説から、人的な移動の自由の保護を客観的な移動可能性のそれに変えるような拡張は、構成要件該当性

を排除する合意を受け入れることと一致しないとして指摘されているところである。[29] また実際に、潜在的自由説の一部は、監禁罪における被害者の承諾を同意に分類している。[30] それによれば、同意にもかかわらず、法益の中に一般化された利益と行為者との衝突は完全に存在し続けたままであり、このような衝突は優先的に構成要件のレベルで重要となり、構成要件実現の不法を徴憑する影響を取り除く同意の正しい刑法体系上の位置は正当化のレベルということになるのである。[31] しかし、潜在的自由説と構成要件該当性を排除する合意の受け入れは、必ずしも矛盾しないであろう。というのも、潜在的自由説は確かに客観的な自由の剥奪状況を重視するが、正確に言えば「被害者の意思に反する客観的な自由の剥奪状況」を重視しているからである。被害者が法益侵害に気が付いていない場合と、法益侵害が被害者の意思に合致する場合は異なるのであって、そのことは監禁罪に限られたことではない。たとえば、住居侵入罪でも、被害者の気が付いていない「侵入」行為はありうるし、窃盗罪でも占有者が気が付いていない「窃取」行為はありうるが、住居権者や占有者がそのような行為に承諾すればそこには「侵入」も「窃取」もありえないことになる。法益侵害についてとりわけ何も意識していなかった、つまりは放棄の意思が形成されていなかった場合には、たとえその侵害に気が付かなかったとしても、そこには当然対立する意思の存在が前提とされているのである。権限者が、そのような行為を認めるまでは、住居に立ち入ってはならないし、物を窃取してはならないし、人を客観的に監禁してはならない。しかし、権限者がそれを認めれば、そのような行為は構成要件を充足しないことになるのである。ゆえに、潜在的自由説による合意の受け入れは決して認められないものではない。

それでは「der Freiheit beraubt」の一類型である「einsperren」は、自由侵害そのものを意味しているのだろうか。もっといえば本稿との関係において、「einsperren」という言葉に、法益侵害とは異なった、しかし被害者の意思状態に関係した更なる要素が存在しているのだろうか。ドイツの通説的な解釈に基づけば、おそらくそのような要素は存在して

いるだろう。なぜなら、詳細は後述するが、法益放棄と呼ぶに足りない欺罔によって不正に得られた合意の場合においても「einsperren」は排除されており、欺罔によって不正に得られた合意は自由を奪う「auf andere Weise（他の方法）」に当たるか否かで解決されているからである。[32] つまり「einsperren」というには被害者が事実的にそのような状態に合意していないことが要件として必要なのである。そしてまた、すべての自由侵害が「auf andere Weise（他の方法）」にあたるわけではなく、監禁罪成立の有無はこの文言の解釈に委ねられることになる。このことからドイツ監禁罪（通説）における被害者の承諾は、法益侵害以上のより事実的（各論的）な被害者の意思侵害を内容とする、本稿でいう行為態様に係る合意といえるように思われる。

それに対して仮定的自由説によれば、移動をする意思のそもそもない者は、自由を奪われていないし、合意をした者も同様であると解しているので、[33]「自由を奪った」ことは構成要件メルクマールであり、また法益侵害そのものということになるだろう。

以上がドイツにおける被害者の承諾の体系的地位（監禁罪）の議論であるが、それでは日本刑法においても監禁罪における承諾は行為態様にかかる合意なのだろうか。私見によれば、そうではないように思われる。なぜなら日本においては、「auf andere Weise（他の方法）」の文言が存在しないからである。[34] もちろん「監禁」とは四方を囲んで出られなくすることを意味するだけではなく、偽計によるものも含まれている。それゆえ「偽計」の解釈の問題として合意に基づく監禁を扱う可能性も理論的には残されている。しかしやはり文言の中心は「監禁」であり、偽計に基づく監禁も同じ文言で処理される。つまり、心理的に四方を囲んで移動できなくした監禁行為なのである。そうである以上、事実的に四方を囲んでいるのであれば、直接的に「監禁」という語を充たすことは可能であろう。つまり承諾に基づく監禁も四方を囲んだ状態が存在している、ただそれだけで、「監禁」という客観的メルクマールを充たすのである。

そのため偽計に基づく監禁の場合、たとえば「エレベーターが故障しましたので、エレベーターから出ることができません」といわれた場合もしエレベーターの中にいた者が、それが虚偽でいつでもエレベーターから降りられる状態にあることを知っていて、それにもかかわらず動かなかったのであれば、そのような状況は「監禁」というメルクマールに該当しないが、偽計によらず、鍵を閉めたり、バリケードを作ったりという物理的な障害を作る場合には、たとえ真意の承諾があっても、それは四方を囲んだ事実ですでに客観的に「監禁」であるといえるのである。「他の方法で自由を奪う」という文言のない日本においては、監禁は単なる「自由剥奪方法」の一つの例に過ぎないと解することは難しいのである。法益が可能的自由であっても現実的自由であっても、被害者の合意に左右されない絶対的な意味での「監禁」状況は存在するのであり、結果として被害者の承諾論は、構成要件メルクマールとは別個の問題として論じられるべきである。監禁とは、純粋に客観的に自由を奪うことであり、また偽計や強制により主観的に自由を奪うことなのである。

それでは監禁に関する承諾によって、法益侵害は存在しなくなったということはできるのだろうか。おそらくできるであろう。可能的自由という法益は、被害者が放棄すればその侵害が存在しなくなる法益である。なぜなら被害者はまさに合意に基づくその状況において、彼の行動の自由を行使しているからである。彼の自由はそのとき、侵害されていない。将来移動したくなったときに、移動できなくなる可能性についてはここでは問題ではない。なぜならそれは移動したくなった時点での合意の撤回が問題となるからである。以上のことに鑑みれば、監禁罪における被害者の承諾は、法益侵害性に係る合意であるということができるであろう。

三　錯誤・強制に基づく同意

ドイツにおいては、監禁罪における承諾を行為態様に係る合意に分類したことからも判明するように、その性質は構成要件の特別なメルクマールに基づいて判断されることになる。通説的な見解によれば、欺罔に基づいて得られた合意は無効である[35]。なぜならば、ドイツ刑法二三九条は、「auf andere Weise（他の方法）」という文言でもって自由剥奪の種類に偽計をも受け入れているからである。監禁罪における自由の剥奪に関しては、ピストルを突きつけられて移動の自由を妨げられるのと、甘言を用いてそれが妨げられるのとは、侵害手段が異なるだけで同じものだと考えられているのである[36]。それに対して少数説は、偽計には錯誤に基づく合意は含まれず、それは偽計ゆえに自由が奪われた（心理的に移動できないと信じ込ませた）場合を意味するものであるとし、合意はたとえ欺罔に基づいたとしても有効であると解する[37]。ここでは行為手段としての偽計と、不正に合意を得るための偽計は、被害者側の「移動しない」という意思が任意か否かによって区別されることになる。さもなければ、二三九条の可罰性をささいな社会的害悪しかないものにまで広げてしまうからである。

このようにドイツにおいては欺罔に基づく承諾の有効性の問題は、欺罔によって得た承諾が偽計（「他の方法」）の類型に入るか否かで対立することになる。確かに、実は自由に出入りできるエレベーターに心理的な影響を通して閉じ込めることと、実際には自由に出入りできないが連絡すれば鍵を開けると欺罔して（承諾を得て）部屋に閉じ込めることは、同じ偽計による監禁であるようにみえるし、逆に監禁される瞬間、あるいは監禁されている間をみれば前者は不本意で後者は本意の行動であるといえるだろう。どちらの視点を重視するかによって結論が異なってくるのである。

他方で、錯誤（欺罔）に基づく承諾は「他の方法」（偽計）という構成要件メルクマールには該当せず、また「einsperren」という客観的な状況はたとえ被害者の承諾があっても存在するとし、監禁罪においても一般的な承諾論が重要であるとの考えから、欺罔に基づく承諾の問題を総論的な承諾論の中で解決しようとする見解もある[38]。

なお強制によって得られた合意の場合には、「他の方法」の中に脅迫が含まれることから、そのような承諾は無効となるように思われるが、一定の留保を残す見解もある[39]。ここでは、強要罪のいう「ein empfindliche Übel（著しい害悪）」をもった脅迫では十分ではなく、生命・身体の現在の危機に関係した脅迫でなければならないとされている。判例も同様で、労働契約を維持してもらうために外から鍵をかけること（einsperren）に合意したという事例において、「二三九条（監禁罪）は・・単なる二四〇条の強要の特別事例ではない。二三九条はむしろ独自の前提をもった固有の犯罪である。それが存在するのは、当事者を囚人や絶対的な不自由にする『人的自由の完全な破棄』が行われた時だけである」ので、「二三九条は、―自発的に可能な―場所の退去が、二四〇条の意味における著しい害悪を結果として招くであろう場合に常に存在するわけではない。その時には二四〇条に基づく可罰性が存在しうる」として、監禁罪に関する承諾の有効性を認めている[40]。

それに対して日本においては、欺罔に基づく監禁罪に係る被害者の承諾は「偽計」の解釈問題としてではなく、法益侵害の問題として論じられている。なぜならば、強姦目的を秘して家まで送ると欺罔し車を疾走させた事例において、このような類型は「偽計による監禁」ではなく、「偽計を手段とした監禁」であると説明されているからである[41]。ゆえに、ここでは被害者の承諾に関する総論的理論が重要となっている。このような方法は、本罪における承諾を法益侵害性に係る合意に分類する本稿の立場とも一致している。

法益関係的錯誤説の論者は、ここでも同じ方法を用いる。そこで次に問題になるのは監禁罪の「法益関係的」なものは何かということであろう。

法益関係的錯誤説の論者によれば、たとえばXがAに心理実験のため地下洞窟に一人で一週間暮らしてくれと依頼した場合、①出たくなれば梯子を使ってすぐに出られると欺罔されていて、実は梯子がはずされていて一週間出られない

状態にあった時には、出たくなればすぐに出られるという可能的自由を留保して承諾しているのであって、自分の可能的自由の制約されていること自体に対する承諾は存在しないという。また②出たくなって連絡すれば救出するが半日かかると言われていたが、一週間救助する気はなかった時にも、自己の自由の制約の程度について錯誤があり、このような錯誤は法益関係的な錯誤ゆえに承諾は無効となる。これに対して③対価を欺罔されていた時には、監禁罪は移動の自由を保護するものであって、人間の行動の財産的価値を保護するものではないから、承諾は有効であることになる。さらに④心理実験というのは嘘で、実はAを裁判の証人にたたせたくなかったためのXの策略であったという時にも、立ち去らないことに承諾すればその目的や社会的意味は監禁罪の成立とは無関係だと考えるべきだとされている。(42) 要約すれば、立ち去れない状況になることについての錯誤、その程度についての錯誤だけが、法益関係的錯誤ということになる。(43)

それに対して法益関係的でない錯誤にも重要性を認める本稿の立場から言えば、上記の例はいずれも自由の侵害を目的とした欺罔に基づく承諾であるので、承諾の無効性が導かれることになる。(44) またたとえ欺罔に基づく合意でなくとも、作為義務に反して錯誤が意図的に取り除かれなかった場合も同様である。③の事例において、確かに監禁罪は金銭と自由とを交換するという人の自由を保護しているわけではないが、移動の自由は実際に侵害されており、そのような侵害が自己決定ではなく行為者の決定で受け入れられていることから、行為者によって巧妙に行われた一週間の自由侵害は処罰することができると考える。(45) ④についても同様であり、行為者によって決定へと導かれた被害者の承諾に基づく一週間の自由侵害は、やはり行為者による自由の侵害であるとみなすべきである。

また、本稿は可能的自由説に依拠するので、強姦目的を秘して好意同乗を決定させた場合においても、「家に送る」と欺罔していたあるいはそのような態度を示していた場合には、車が疾走し降りることの困難になった時点からの監禁

を認めることになる。[46] この帰結に対しては、このような事例においては、当初からわいせつ目的誘拐罪が成立し同罪で処罰することができるし、逆に略取誘拐罪に規定されている目的が行為者にない場合については不可罰とすべきであるとの批判がなされているが、たとえば単に一緒にドライブしたかったという理由で「あなたの母親が事故にあいました」と欺罔して女性を車に乗せた場合にはわいせつ目的はなく、しかし一方で十分可罰的であるように思われるのである。[47]

同様に被害者の承諾が強制によって得られた場合にも、承諾が他者決定とみなされる場合には、当該承諾の有効性は否定されるものであるように思われる。ドイツにおいては、強要罪のいう「ein empfindliche Übel（著しい害悪）」をもった脅迫では十分ではなく、生命・身体の現在の危機に関係した脅迫でなければならないとする説が有力であるが、ここでは法益放棄としての承諾が問題となっているので、他の法益放棄の場合とパラレルに考えるべきであるように思われる。つまり、社会生活の中で甘受すべきような強制は別として、強要罪を構成するような脅迫で得られた承諾は無効とすべきであろう。

四　その他の要件

本稿の立場によれば、監禁罪における被害者の承諾は法益侵害性に係る合意である。それゆえに、ここでも法制度的な「自己決定」の表明としてふさわしい要件が必要となる。

まず承諾者は、監禁されることの意味内容とその効果（利益得失）を十分に理解でき、そしてそのような理解に基づき自己の価値観に従って判断をし、それに基づいて自己をコントロールできる能力をもっていなければならない。ゆえに、幼児や精神薄弱者は、場合によってはそのような能力を有していないことになる。

また合意は条件と共に提示することができる。さらに合意は行為の事前に明示的あるいは黙示的に表明されなければならない。

他方、常時撤回可能性のテーゼを監禁罪でも維持できるのかという問題は若干の検討を必要とする。なぜならば、たとえば「Yは電車に乗っていたが、酔っていたために本来降りるべき駅から乗り過ごしてしまった。その電車は快速で、次の駅にはとまらない電車だったのだが、仕事の都合でYはどうしてもその駅で降りなければならなかったので、車掌Xに次の駅で電車を止めるように要求した」という事例において、降車を拒絶したXに監禁罪の成立を認めることは社会生活上、明らかに妥当ではないからである。それでは、どのような理由でここでは監禁罪の成立が排除されるのだろうか。承諾の常時撤回可能性のテーゼには修正が必要なのだろうか。

たとえば、ここでは事前になした被害者の包括的同意が、現実的同意に優先すると解する見解がある。[48] それに対して、被害者の常時撤回可能性のテーゼを崩さずに、契約そのものを正当化事由と解する見解もある。[49] この見解によれば、他人の支配領域への侵入がないかぎり契約に基づく行為は正当化できるので、国家による権力の独占も被害者の人格権をも侵害していないという意味で他人の支配領域に介入していない車掌Xが、契約に基づく行為を行っている本事例では、被害者の承諾によってではなく契約による正当化として、Xの行為は正当化されることになる。その一方で、不作為の問題として解決しようとする立場も有力である。[50] Yが承諾を取り消した時から始まった監禁は、Xにとっては「Yをおろさない」という不作為類型であるということになり、本件ではXは、Yの客観的な監禁行為を適法に開始したので、Xには先行行為に基づく義務はない、つまり「Yをおろさない」という不作為を行ったとしても、彼には不作為犯は成立しないということになるのである。また通常の形で道路交通や鉄道交通、航空交通に関与することは、社会的に相当な行為であるので、このような事例においては行為の社会的相当性ゆえ、そもそも構成要件該当性が排除されるこ

とになるという見解も考えられるだろう。(51)

私見によればここでは不作為犯に基づく解決が適切であるように思われる。承諾の常時撤回可能のテーゼを修正して、事前の承諾を優先させる見解は、なぜ事前の承諾が現在の撤回に優先されるかが明らかではなく、(52)また契約を重視する見解も、なぜ契約にそのような効力があるのかが明らかではない。財産犯の場合のような自らの権利の実現とは異なって、ここではすでに開始されている侵害を停止する義務があるかないかで犯罪の成立が左右されるべきである。このことは侵害が開始される前に承諾が撤回された場合には、自由の侵害はたとえ契約に基づいていても決して開始されてはならないこととも一致するし、契約に基づかない単なる承諾に基づく監禁であっても、場合によっては撤回が意味をなさないこととも一致するだろう（たとえば友人を好意同乗させていたが、その友人が高速道路の途中で突然「車から降ろして欲しい」と要求したような場合がこれにあたる）。

五　まとめ

以上のことから、監禁罪においては、被害者の承諾は「法益侵害性に係る合意」であり、その「自己決定」の表明という性質ゆえに、合意者はその法益放棄の内容や効果、利益得失について十分に理解し、それに基づき自己の価値観に従って判断し、そのような判断に基づいて自己の行為をコントロールする能力を持っていなければならない。欺罔・強制に基づく承諾は欺罔・強制が法益の侵害目的でなされた場合、又は作為義務を意図的に怠った場合には無効である。また客観的な構成要件メルクマールは充足されているので、法益が侵害されていないことを法制度的（社会現象として）に認めるためには表明が必要である。承諾の常時撤回可能のテーゼはすでに侵害が始まっている場合も、いまだ着手さ

れていない場合も有効であって、撤回されて以降は被害者の意思に反した監禁状態が存在する。しかし前者の場合には「被害者を解放しない」という不作為犯が問題となるので、場合によっては監禁罪の成立は妨げられることになる。

第四節　小括

「自由に対する罪」においてまず重要なことは、各々の構成要件がどのような自由をどのような形式で保護しているかである。意思決定の自由を保護する強要罪のように、裸の自由が重要であるのか、あるいは監禁罪のようにその可能性が重要であるのかは、被害者の承諾論の適用範囲を定めるために重要となってくる。

被害者の承諾が問題となる範囲を画定したところで次に問題となるのは、当該罪に係る被害者の承諾の犯罪論体系上の地位である。

ここでもこれまでの犯罪類型と同じように、まず構成要件メルクマールが、次に法益論が問題となる。とりわけ自由に対する罪に関しては構成要件メルクマールによって自由侵害の形態が定められていることが多く、承諾の有効要件を定める際に決定的なのは、法益論よりもむしろ構成要件メルクマールである場合が多いように思われる。自由に対する罪において構成要件メルクマールは、被害者の承諾の有効性や要件を定める際に非常に有用な判断基準になるだろう。たとえば、強要罪では、「生命、身体、自由、名誉若しくは財産に対し害を加える旨を告知して脅迫し、又は暴行を用いて」いることが重要であって、それ以外の方法で人に義務のないことを行わせても本罪は成立しないし、「強要」という語からも読みとられるように、被害者の意思がある程度抑圧されていることも要求されている。そのため、列挙された要件を満たし、その上で被害者の意思が抑圧されて始めて、構成要件メルクマールが充たされるのである。逆にい

えば意思の抑圧とは無関係になされた承諾は、たとえ法益放棄とよぶに不十分なものであっても、それは有効なものとなる。強姦罪の場合も同様であり、ある人の性的自己決定の自由を侵害するような性交渉が行われたとしても、その手段として「暴行又は脅迫」が用いられ、かつ、意思が抑圧されなければ本罪の成立は考えられない。[53]「暴行又は脅迫」により意思が抑圧され、よって承諾した場合にはその承諾は無効であるが、このような関係がない限りは、たとえ法益放棄に十分でない承諾であったとしても承諾は有効である。ただしここでは準強姦罪成立の可能性は残っており、「抗拒不能」メルクマールを充足するような性的自己決定の侵害が問題となりうる。「抗拒不能」メルクマールは、単なる欺罔に基づく承諾の有効性を肯定し、他方でそれが他の条件と重なって「抗拒不能」へと陥らされたような欺罔に基づく承諾の有効性を否定する。暗さと眠気のために行為者を夫と誤信して性的行為に承諾した者は、[54]夫と誤信したからではなくて、暗さ、眠気といったものに加えて夫と誤信したために、抗拒不能の状態であったといえるだろう。準強姦罪の成立のために重要なのは、欺罔だけではなく、欺罔によって被害者に与えられた（選択肢が一つしかないという意味での）心理的強制状況であり、[55]あるいは他の判断能力を低減させる状況に加えて欺罔が被害者の判断能力をさらに奪ったことであり、それが「抗拒不能状態」を惹起したといえなければならない。[56]住居侵入罪の「侵入」においても同様であり、ここでは「侵入」行為時に限定して、立ち入りが被害者の意思に反しているか否かを判断することが必要であると考えられるので、欺罔に基づく承諾は重要でない。このような行為態様は、確かに「侵入」というメルクマールから読み取れるが、さらに不退去罪の存在がそれを裏付けることになる。

他方、監禁罪のように、行為態様が特に限定されていない場合においては、法益論が重要となってくる。ここでは客観的に読み取れる事実のみで構成要件メルクマールは充足されるので、被害者の承諾が構成要件メルクマールとの関係で出てくる余地はない。しかし、被害者の承諾に基づく監禁状況は、まさに彼の自由の行使であり、彼が自己決定によっ

てそれを決定したのであれば、彼の自由の侵害はそこには存在しないように思われる。つまり、被害者の承諾に基づく行為は、法益侵害の可能性を有していないのである。

なお住居への立ち入りの合意といった行為態様に係る合意の場合は、合意の要件は各々の構成要件のメルクマールに委ねられることになるが、監禁の合意といった法益侵害性に係る合意の場合には、その要件は被害者の合意が彼の自己決定の表れであったか否かでその有効性が判断されることになる。

（1）川端博『刑法各論講義』（二〇〇七、成文堂）一〇六頁、林幹人『刑法各論』（第二版、二〇〇七、東京大学出版会）七二頁、岡野光雄『刑法要説各論』（第四版、二〇〇三、成文堂）四九頁、斎藤信治『刑法各論』（第二版、二〇〇三、有斐閣）四七頁、曽根威彦『刑法各論』（第三版補正版、二〇〇三、弘文堂）五〇頁、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第一一巻』（第二版、二〇〇二、青林書院）二一五頁〔竹花俊徳〕、中森喜彦『刑法各論』（第二版、一九九六、有斐閣）五〇頁、団藤重光『刑法綱要各論』（第三版、一九九〇、創文社）四五七頁。なお、平川宗信『刑法各論』（一九九五、有斐閣）一五七頁も参照。

（2）西田典之『刑法各論』（第四版、二〇〇七、弘文堂）七〇頁、前田雅英『刑法各論講義』（第四版、二〇〇七、東京大学出版会）八七頁、古川伸彦「監禁罪の保護法益」西田典之ほか編『刑法の争点』（二〇〇七、有斐閣）一四六頁、大塚仁『刑法概説各論』（第三版増補版、二〇〇五、有斐閣）七五頁、木村光江『刑法』（第二版、二〇〇四、東京大学出版会）一三一頁、山口厚『問題探求刑法各論』（二〇〇一、有斐閣）五三頁、島田聡一郎「監禁罪の保護法益」西田典之ほか編『刑法の争点』（第三版、二〇〇〇、有斐閣）一四二頁、山中敬一「行動（精神）の自由に対する罪」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開各論』（一九九六、日本評論社）五〇頁、川端・前掲書（注（1））一〇八頁、林・前掲書（注（1））七三頁、曽根・前掲書（注（1））五一頁。

（3）一時的に能力を喪失している者への監禁罪成立の可否を保護客体との関係で論じる立場として、団藤重光編『注釈刑法

（5）』（一九六五、有斐閣）二二七頁〔福田平〕、川端・前掲書（注（1））一〇八頁、岡野・前掲書（注（1））四九頁以下、大塚・前掲書（脚注（2））七六頁参照。

（4）成瀬幸典「監禁罪の保護法益」芝原邦爾ほか編『刑法判例百選Ⅱ各論』（第六版、二〇〇八、有斐閣）二五頁、大谷實『刑法講義各論』（新版第二版、二〇〇七、成文堂）七六頁、日高義博・川端博「逮捕監禁、略取誘拐における被害者の行動意思・行動能力」植松正ほか著『現代刑法論争Ⅱ』（第二版、一九九七、勁草書房）五八頁以下〔日高義博〕、佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戸法学年報第一号（一九八五）七九頁以下、堀江信之「監禁罪」研修四四一号（一九八五）四三一頁、林・前掲書（注（1））七二頁、斎藤・前掲書（注（1））四七頁以下、竹花・前掲書（注（1））二二一頁、中森・前掲書（注（1））五一頁、大塚・前掲書（注（2））七六頁、福田・前掲書（注（3））二二九頁。

（5）竹花・前掲書（注（1））二二一頁。

（6）高橋則夫「住居侵入罪・監禁罪及び財産犯の問題」現代刑事法五巻七号（二〇〇三）九六頁、振津隆行「監禁罪の保護法益」芝原邦爾ほか編『刑法判例百選Ⅱ各論』（第五版、二〇〇三、有斐閣）二一頁、岡野・前掲書（注（1））四九頁、西田・前掲書（注（2））七〇頁以下、前田・前掲書（注（2））八七頁、木村・前掲書（注（2））二三二頁、山中・前掲書（注（2））五一頁以下、日高ほか・前掲書（注（4））六二頁以下〔川端〕。

（7）平野龍一「潜在的意思と仮定的意思―監禁罪の保護法益―」判例時報一五六九号（一九九六）五頁以下、吉田敏雄「行動の自由の保護―逮捕監禁罪・略取誘拐罪」阿部純二ほか編『刑法基本講座第六巻』（一九九三、法学書院）八一頁、山口・前掲書（注（2））五四頁以下。

（8）山口・前掲書（注（2））五四頁。

（9）京都地判昭和四五年一〇月一二日刑月二・一〇・一一〇四。

（10）斉藤信宰「逮捕・監禁罪」阿部純二ほか編『基本問題セミナー刑法各論』（一九九二、一粒社）三五頁は、現実的自由の侵害を必要としながら、「もっとも、この場合の拘束されているという意識は、その状態（監禁）を状態として認識することであって、『監禁』を意識することが必要であるということではない」として、乳幼児や酩酊者に対する監禁罪成立を否定しながら、監禁行為が行われていることの認識がない者を監禁罪の客体に含めている。自由を意識する能力がない場合に監禁罪の成立を否定する見解と、不自由な状況を認識していない場合に監禁罪の成立を否定する見解は、この点

で必ずしもリンクしていないようである。しかし、ほとんどの説がこれを結びつけて考えている。

(11) なお、最決昭和三八年四月一八日刑集一七・三・二四八は、強姦目的を秘して知人の女性に「家まで乗せていってやる」と言って被害者をオートバイに乗せた事例について、オートバイに乗せた地点からではなくて、被害者が家の前まで来て降車を要求したのに、それに反して走行した区間だけを監禁罪としたものがある。しかし、当該決定は起訴の段階から監禁罪の成立がその区域に限られていたため、最高裁が現実的自由説にたったとは解することはできないようである。

(12) 前田・前掲書（注（2））八七頁、木村・前掲書（注（2））二三二頁、山中・前掲書（注（2））五一頁、吉田・前掲書（注（7））七九頁。

(13) 町野朔「被害者の承諾」西原春夫ほか編『判例刑法研究2』（一九八一、有斐閣）二〇八頁。

(14) 佐伯・前掲論文（注（4））八八頁。

(15) 竹花・前掲書（注（1））二一一頁。

(16) 山中・前掲書（注（2））五三頁。また前田・前掲書（注（2））八七頁以下参照。

(17) ドイツ刑法二三九条一項「人を監禁し（einsperrt）、又は他の方法で（auf andere Weise）その自由を奪った者は、五年以下の自由刑又は罰金に処する。」

(18) *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Auflage, 2007, § 239, Rdn. 1; *Eser*, in: Schönke/Schröder Strafgesetsbuch Kommentar, 27. Auflage, 2007, § 239, Rdn. 1; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht Besonderer Teil 1, 9. Auflage, 2003, § 14, Rdn. 2; *Träger/Schluckebier*, in: Leipziger Kommentar, 2001, § 239, Rdn. 1; *Walter Kargl*, Die Freiheitsberaubung nach dem 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts, JZ1999, 76 ff.; BGHSt 14, 314 ff.; BGHSt 32, 183.

(19) *Eser*, a.a.O. (Anm. (18)), § 239, Rdn. 3; *Murach/Schroeder/Maiwald*, a.a.O. (Anm. (18)), § 14, Rdn. 4.

(20) *Träger/Schluckebier*, a.a.O. (Anm. (18)), § 239, Rdn. 9. Vgl. *Kargl*, a.a.O. (Anm. (18)), 73.

(21) *Horn/Wolters*, in: Systematischer Kommentar zum StGB, 7. Auflage, 2003, § 239, Rdn. 3.

(22) *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 55. Auflage, 2008, § 239, Rdn. 4; *Arzt/Weber*, Strafrecht Besonderer Teil1 Lehrbuch, 2000, § 9, Rdn. 16; *Tido Park/Thomas Schwarz*, Die Freiheitsberaubung (§ 239StGB), Jura 1995, 295; *Renè Bloy*, Freiheitsberaubung ohne Verletzung fremder Autonomie?, ZStW96, 720; *Horn/Wolters*, a.a.O. (Anm. (21)), § 239, Rdn. 3.

(23) *Horn/Wolters*, a.a.O. (Anm. (21)), § 239, Rdn. 2a ff.; *Fischer*, a.a.O. (Anm. (22)), § 239, Rdn. 4; *Park/Schwarz*, a.a.O. (Anm. (22)), 295 f.; *Bloy*, a.a.O. (Anm. (22)), 719 ff.

(24) ただし、「強要罪の特別事例」という点については、とりわけ根拠等はなく（*Kargl*, a.a.O. (Anm. (18)), 78; *Bloy*, a.a.O. (Anm. (22)), 708 ff.）、現実の自由侵害を重視する独自の法益論から導き出されることになるが、潜在的自由説から見れば、そこには類似性などないことになる。

(25) 佐久間修「逮捕監禁罪と略取誘拐罪の諸相（1）」警察学論集五七巻一二号（二〇〇四）一八〇頁、斉藤・前掲書（注（1））四八頁以下、竹花・前掲書（注（1））二五九頁、島田・前掲論文（注（2））一四三頁、佐伯・前掲論文（注（4））八一頁以下。

(26) 山口・前掲書（注（2））五七頁、山中・前掲書（注（2））五二頁、平野・前掲論文（注（7））六頁。

(27) 山中・前掲書（注（2））五二頁。

(28) *Heinz Zipf*, Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht, 1970, S. 17; *Lackner/Kühl*, a.a.O. (Anm. (18)), § 239, Rdn. 5; *Eser*, a.a.O. (Anm. (18)), § 239, Rdn. 3; *Träger/Schluchebier*, a.a.O. (Anm. (18)), § 239, Rdn. 27; *Horn/Wolters*, a.a.O. (Anm. (21)), § 239, Rdn. 9; *Fischer*, a.a.O. (Anm. (22)), § 239, Rdn. 12; *Park/Schwarz*, a.a.O. (Anm. (22)), 297.

(29) *Fischer*, a.a.O. (Anm. (22)), § 239, Rdn. 4.

(30) *Kargl*, a.a.O. (Anm. (18)), 73; *Murach/Schroeder/Maiwald*, a.a.O. (Anm. (18)), § 12, Rdn. 15.

(31) *Kargl*, a.a.O. (Anm. (18)), 76.

(32) Abw. *Eser*, a.a.O. (Anm. (19)), § 239, Rdn. 9.

(33) *Horn/Wolters*, a.a.O. (Anm. (21)), § 239, Rdn. 6.

(34) 岡野・前掲書（注（1））五一頁、川端・前掲書（注（1））四五八頁、竹花・前掲書（注（1））一三七頁以下、中森・前掲書（脚注（1））五一頁、団藤・前掲書（注（1））四五八頁、福田・前掲書（注（3））一三四頁以下。

(35) *Lackner/Kühl*, a.a.O. (Anm. (18)), § 239, Rdn. 5; *Murach/Schroeder/Maiwald*, a.a.O. (Anm. (18)), § 14, Rdn. 12（ただし同意）; *Träger/Schluchebier*, a.a.O. (Anm. (18)), § 239, Rdn. 27; *Bloy*, a.a.O. (Anm. (22)), 713 ff.; *Zipf*, a.a.O. (Anm. (28)), S. 17; *Horn/Wolters*, a.a.O. (Anm. (21)), § 239, Rdn. 9.

(36) *Bloy*, a.a.O. (Anm. (22)), 713 ff. は、このような場合、「法益関係的錯誤」の考えがまたあてはまると解する。それゆえに対価的な欺罔によって生じた承諾は有効となり、また行為の社会的な意味についての欺罔、たとえば実際は証人として出廷するのを妨げるためだったが、心理実験だと偽られて監禁に承諾した場合には、欺罔は承諾を無効にすると解している。

(37) *Park/Schwarz*, a.a.O. (Anm. (22)), 297 ff. なお、現実的自由説からの主張である。

(38) *Eser*, a.a.O. (Anm. (19)), §239, Rdn. 6.

(39) *Träger/Schluckebier*, a.a.O. (Anm. (18)), § 239, Rdn. 14; *Horn/Wolters*, a.a.O. (Anm. (21)), § 239, Rdn. 4.

(40) BGHSt, NJW1993, 1807 ff.

(41) 山口・前掲書（注（2））五六頁、福田・前掲書（注（3））一三七頁、佐伯・前掲論文（注（4））七五頁、平野・前掲論文（注（7））六頁。ただし、このような事例において承諾論が問題となるのは可能的自由説のみであって、現実的自由説・仮定的自由説は承諾論に入る前提として被害者に任意に降りられないことの認識があったことを要する。

(42) 佐伯・前掲論文（注（4））八二頁。また林美月子「錯誤に基づく同意」松尾浩也ほか編『内藤謙先生古稀祝賀・刑事法学の現代的状況』（一九九四、有斐閣）四〇頁以下参照。

(43) なお構成要件メルクマールの議論としても、法益関係的錯誤説を用いる *Bloy*, a.a.O. (Anm. (22)), 713 ff. によれば、行為の社会的意味に関する錯誤も法益関係的錯誤である。

(44) 詳細は、拙稿「被害者の承諾（4）―各論的考察による再構成―」を北大法学論集五九巻二号（二〇〇八）二五頁以下参照。また義務に反して錯誤が取り除かれなかった場合（過失）には合意は有効であるが、過失犯の成立は肯定されうる。

(45) また斎藤・前掲書（注（1））四八頁以下参照。

(46) ただし、この点は法益関係的錯誤説であっても、可能的自由説に立てば同様の帰結が生じることになる（佐伯・前掲論文（注（4））八五頁）。

(47) 島田・前掲書（注（2））一四三頁。

(48) 山中・前掲書（注（2））五三頁。

(49) 佐伯仁志「被害者の同意と契約」西原古稀『西原春夫古稀祝賀記念論文集一巻』（一九九八、成文堂）四〇〇頁。*H. D.*

Weber, Die zivilrechtliche Vertrag als Rechtfertigungsgrund im Strafrecht, 11. Auflage 1986, S. 161 ff.

(50) *Alfred A. Göbel*, Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrecht, 1992, S. 138 ff.; *Noll*, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe im besondern die Einwilligung des Verletzten, 1955, S. 109 ff.; *Horn/Wolters*, a.a.O. (Anm.(18)), §239, Rdn. 9.

(51) *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht: eine systematische Darstellung, 1969, S. 56.

(52) また佐伯・前掲書（注（49））三八六頁、山口厚「犯罪各論の基礎（4）自由に対する罪」法学教室二〇三号（一九九七）七九頁は、目的の駅に停車しない特急であることを知らずに乗車したような事例においては、不可罰の根拠を包括的同意に求めることはできないとしてこの見解を批判している。ここでは乗客は自分が下車しようとしている駅に止まると思って乗車しているのだから、アルツトのいう意味での法益関係的な錯誤であり、自由の制限に関する承諾はそもそも存在しないからである。

(53) 佐伯・前掲論文（注（4））八九頁。

(54) 仙台高判昭和三二年四月一八日高刑集一〇・六・四九一参照。

(55) 名古屋地判昭和五五年七月二八日刑月一二・七・七〇九、東京高判昭和五六年一月二七日刑一三・一、二・五〇頁、東京地判昭和五八年三月一日刑月一五・三・二五五。名古屋地判昭和五五年七月二八日刑月一二巻七号七〇九頁は、治療行為を欺罔した性行為に準強姦罪の成立を認める基礎として、病気を宣告された被害者らが驚愕・不安のあまり、冷静な判断力・批判力を欠いた状態に陥っていたことを指摘している。

(56) 林（美）・前掲書（注（42））三八頁以下参照。

〔付記〕

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

シンポジウム

淡路民法学・公害環境法学の四〇余年

私の研究史断章

――川島法学・連帯債務・不法行為・公害環境法――

淡路剛久

Ⅰ 序

(1) 本日は、お招きをいただきましてありがとうございました。北大の先生方には、いつもいろいろとご教示を頂き、

また、なにかとお付き合いをさせていただきまして、感謝申し上げております。とりわけ、吉田邦彦教授には、今回、声をかけていただき、さらにお世話いただいていることに、心より感謝申し上げたいと思います。

本日出席いただいている方を拝見いたしますと、五十嵐清先生がいらっしゃいます。先生には、私が助手の頃からご指導をいだいておりまして、その後も一緒に著作物をつくらせていただくなど、大変お世話になっております。先頃は、私が現在勤めております早稲田大学の比較法研究所の講演会におきまして、先生が研究を続けておられる比較法の基礎理論のお話を伺いました。いつも本当に最先端の議論を展開されておられることに、ただただ感嘆いたしました。

北大の先生方には法学の理論家が多く、その中で、ただ、日本社会が大きく動いた一九六〇年代から現在に至るまで、現実社会のある種の要請に法学の領域から応えようとしてきた私の拙い研究史を、自分史の形でお話しさせていただくのは、大変おこがましいと思いますが、それでよいという吉田教授のことばを信じまして、話をさせていただきます。

(2) さて、本日、私が話させていただくテーマですが、吉田教授からは、ただ自分史の形で話をすればよい、と言われましたが、実際に吉田教授から示された仮題では、「川島法学と連帯債務・不法行為・公害環境法」となっておりました。やはり川島法学のことや、私が研究生活を始めた当時の民法学の状況などに関心がもたれ、そこから始める必要があると思いましたが、私の研究テーマである連帯債務・不法行為・公害環境法を川島法学との関係に重点を置いてお話することはできませんので、並列的に、「川島法学・連帯債務・不法行為・公害環境法」とさせていただきました。

(3) 私が川島研究室に助手として残していただいたのは一九六四年ですが、私がこの時期以降、現在に至るまで研究テーマとした課題は、実にこの三年間の助手時代に出発点を有していました。

① まず、助手論文の話をしなければなりません。私の助手論文は連帯債務でしたが、その議論の出発点の重要な一つは我妻民法学の連帯債務論でした。

② その話に入る前に、一九六〇年代に至る民法学の潮流についてお話ししたいと思います。実は、今回、吉田邦彦教授を通じてお招きいただいたときにふと疑問に思ったことなのですが、末弘法学と川島法学との関係についてはよく語られ、川島先生は末弘先生から大きな影響を受けたと言われ、またそのとおりだと思いますが、我妻法学と川島法学との関係についてはほとんど語られることがありません。それはなぜかという疑問です。

私が、助手に残して頂いた一九六〇年代に至るまでに、日本の民法学は、日本の自前の民法解釈学を完成させつつあった我妻民法学と、解釈学にとどまらない新しい民法学を構築しようとした末弘―川島民法学の新たな潮流の二つが出現していたのです。まずは、そこからお話したいと思います（以下、「です、ます調」を「である調」に直します）。

Ⅱ 民法学の二つの潮流

一 日本民法解釈学を体系化した我妻民法学

(1) 我妻民法解釈学の意義を理解するためには、それまでの民法学説史をごく簡単にみておく必要があろう。

日本の民法学の第一期は、民法典の制定からドイツ法学派が主流を占めるまでの時期であるが、民法学説は、民法典起草者の考え方に従うにとどまっていた。民法典が編纂されたばかりの時期であり、このことは当然であったと思われる。

第二期は、ドイツ民法流の民法解釈が日本民法の解釈として定着していった時期であり、明治後期から大正期まで、学説で言えば、鳩山秀夫博士の民法学までの時期である。この時期に、ドイツから学説継受がなされた理由については、

これまで指摘されてきたような、ヨーロッパにおけるドイツの政治的な優越、わが国の国情との政治的な意味での類似性、民法典論争におけるドイツ法派の勝利、そして、わが国の民法典の構成が、旧民法典が採用したフランス民法典流のインスティツツィオネス方式から、ドイツ民法典流のパンデクテン方式をとったことなどが、いずれも妥当するものと思われる。しかし、それだけではない。この時期は、帝国大学および有力私大の法学部において、法学教育の必要が生じ、民法を体系的に教育する必要が生じていたところ、フランスでは、ナポレオン法典の権威によりしばらくの間は条文の注釈を中心とする注釈学派が中心を占め、学説による民法の体系化については大きな関心が払われなかったのに対して、ドイツでは、長年をかけて構築されてきたパンデクテン学説が民法典に結実したという法典編纂の経緯が異なり、ドイツ民法典流のパンデクテン方式を採用したわが国が、東大、京大などから多くのドイツ留学者を出し、ドイツ民法学説を継受したことは、ある意味で必然であったと思われる。

鳩山秀夫博士は、一九〇八年（明治四一年）東大卒業と同時に講師に任ぜられ、しばらく後にドイツに留学して、一九一四年、留学から帰国し、民法の講座を担当された。当時は、鳩山民法にあらざれば民法にあらずと言われ、大審院を始めとする裁判所もすべてが鳩山民法によって支配された、と言われている。鳩山博士の債権法総論は、いまでも引用しなければならないことが少なくないが、ドイツの学説継受の色彩が濃厚である。このような状況が変わるのは、末弘厳太郎博士のアメリカ留学以降である。末弘博士は、それまではドイツ民法流の解釈論を展開されていた。末弘・債権総論はそのあらわれである。しかし、アメリカ留学から帰国された末弘博士は、アメリカ流の判例研究方法の必要を説いて、東大判例研究会を組織し、また、ケース・メソッド方式を法学教育に導入された。また、法典の文言の上での論理的、概念的な解釈ではなく、日本社会の現実をみた解釈の必要を説かれた。鳩山民法学に対しては、これを厳しく批判されたようである。鳩山流ではだめだと言われた鳩山博士が、酒を飲んで、当時鳩山家に下宿していた我妻先生の

手をとって泣いた、という話が述べられている（『日本の法学』（日本評論社、一九五〇年）五四頁）。末弘民法学の変化は、債権総論と物権法との相違として、はっきりあらわれている。

第三期は、大正期から戦後の一九五〇、六〇年代頃までである。その代表は、我妻博士であった。この時期の日本は、資本主義の発展期であり、我妻博士は、ドイツ法を基本的に承継するが、フランス法、英米法をも学ばれ、また、法哲学、経済学についても該博な知識をもち、これらの外国法、外国社会科学の該博な知識の上に、資本主義の発達と私法との関係を分析し、また、末弘博士が強調された判例研究を我妻法学の中心的な方法論として位置づけ、はじめて、ほぼ民法の全領域にわたって、法律構成を中心とした民法解釈論の体系書をつくられた（『民法講義』シリーズ）。

(2)　我妻民法学の方法論は、「私法の方法論に関する一考察」において述べられている。川島先生は我妻法学についてあまり多くを語られていないように見受けられるが、次のように述べられている文章がある（追悼文）。すなわち、川島博士によれば、我妻民法学の出発点は判例の位置づけにあり、大陸法の成文法主義の下で、判例をどう位置づけるかについて、英米法流のアナロジーで終わらせず、判例から抽象的な法的ドグマを構成する、そしてそれを成文法の既存のドグマの体系の中に組み込む、という作業をされた、とされている。そうして、それが裁判の実務で我妻博士の『民法講義』が重要な参考書にされた最大の理由である、事件事実のシミラリティーから出発しないで、判決の中に書いてある説示から出発して法律構成しているところもあるが、それは多くない、とされ、単に、詳しいことが書いてある、判例がたくさん引用してある、というふうにみられては困る、と川島先生は評されている（座談会「我妻先生の学問と業績」ジュリスト五六三号（一九七四年））。

この鳩山民法学から我妻民法学への進展は、条文中心の民法学から、社会へ適用される民法学への飛躍的発展とみることができよう。

我妻民法学は、法学教育においても大きな役割を果たした。戦後の一九五〇年代頃以降、法学部の設置が増え、学生数が飛躍的に増加したが、民法の世界でいえば、そのような膨大な学生に一定水準の民法教育ができたことは、我妻民法学によるところが大きい、といえよう。もちろん、それぞれの民法担当の教授は、自己の研究を踏まえた学説を展開し、教育していたであろうし、ユニークな体系書、教科書も多数出版された。しかし、それは、やはり、明治期以来はじめて、日本社会を前提にして、資本主義の法として民法を位置づけ、ドイツ法をはじめとする外国法を相対化し、判例から法準則を引き出し、諸学説をそれぞれ位置づけつつ批判を加え、そのようにして、民法全体にわたって標準的な民法学説を構築した我妻民法学あったからこそ、可能だったといえるように思われる。

二　新たな潮流としての川島（民）法学

(1)　もう一つの潮流は、大正時代の末期に末弘法学より始まり川島法学によって具体的に主張された解釈法学（「ドグマティクとしての民法解釈学」）とは別の、民法学および法学を構築しようとする学問の潮流である。このような潮流は、末弘法学のみならず、日本における自由法論やマルクス主義法学などの諸学説をもその基盤としており、各法学領域ではなばなしい活躍がみられたが、戦後、もっとも鮮明な形で主張を展開されたのが川島法学であった。

川島法学は、川島先生が自ら、「私は、或る意味で、法律学界では非常に変った歩みをしてきたような気がしています。それはどういうことかと言いますと、法律学においても、法社会学においても、私は絶えず自分の今までやってきたことに不満を感じ、また何か新しいものを求めてさまよってきました。つまり私の考えあるいは学説、特に方法論上の問題についての私の見解は、絶えず変転してきました。私ほど絶えず次から次へと新しい問題を提起したり、新しい見解

を出したり、自分自身を踏み台にして新しいことを問いかけてきた学者はあまりいないかもしれません」、と述べられているように（川島『ある法学者の軌跡』（有斐閣、一九七八年）三五一頁）、時代に応じて、多様な領域において、多様な形で展開された。そのため、ときに学界の一部では、川島法学がある（一つないしいくつかの）時点で変わった（従来のものが断絶して新たなものに変わったとか、一貫性を欠くに至ったなど）、といった指摘ないし批判も見られたようである。

(2)　たしかに、川島博士の研究の軌跡をたどると、研究の対象と研究方法とにおいていくつかの時代に区分できる。たとえば、川島先生が亡くなられた後のジュリスト誌での追悼の座談会「川島法学の軌跡」（ジュリスト一〇一三号（一九九二年））では（この座談会では、主として民法学、法律学、および方法論が扱われ、法社会学は原則として除かれている）、この座談会を準備された平井、太田両教授は、四つの時期に区分されている。大ざっぱにいうと、第一の時期は、民法解釈学に専念された一九四五年以前、第二の時期は、民法教科書と『所有権法の理論』が書かれ、戦前の前近代的な日本社会の分析がなされた一九四六年から五三年まで、第三の時期は、法解釈論争に始まりアメリカのリアリズム法学の影響を受け、経験法学の提唱がなされた一九五四年から七一年にかけての時期、そうして第四の時期は弁護士活動の影響が見られる一九七二年以降である。そして、この座談会では、川島法学のある側面につきある時期と別の時期とで「断絶」を指摘する意見も述べられている。

私が助手に残していただいた一九六四年は、この時期区分でいえば第三期であり、リアリズム法学の影響と経験法学の研究会が実施された後期の時期であった。したがって、平井教授が思い出されていたように、当時の民法の研究室は、リアリズム法学の影響と経験法学研究の熱意に充ちた学問的な雰囲気の中にあったといってよいであろう。

(3)　しかし、川島法学は、すでに述べたように、多様な領域において多様な形で展開されていた。この点については、

かつて、先生の追悼の文章で述べたことがある（「川島法学への一アプローチ」ジュリスト一〇一三号二九頁以下）が、要約すると、第一は、川島博士の一方の専門であった民法学における解釈論の領域である。この民法解釈論の領域においても、川島法学には、科学化への努力が見られるが、そこではマクロな法の科学理論（「公準」）が解釈論に応用されている場合が多い。第二は、近代法に関するマクロ理論とそれに関連した領域である。これは、法を、特殊＝近代的法のモデル（これを川島博士は、一般理論ないし「公準」とされる）、すなわち資本主義経済の法規範構造のモデルで分析、評価した領域である。『所有権法の理論』がその出発点であり、ここでは、資本主義社会の原初的型態たる「商品」ないし「商品交換」から出発して、法規範的構造（論理構造）として私的所有権、契約、および「人格」が析出され、これによってさまざまな法制度（前近代的な法関係）が分析、評価されている。第三は、法意識論とそれに関連した領域である。これは、法意識が人間行動を決定づける諸要因の中で行動決定にいちばん接近したところで起こる現象であるととらえて、これを独立の行動決定要因といちおう考え、その観点から日本人の法意識を現わす諸側面を分析した領域である。『日本人の法意識』が代表的著述であるが、この著作においては、日本人の法意識が法社会学的方法により独自に分析されたというよりも、大きな枠組みとして先に述べた所有権法の理論から得られた考察を法意識レベルに応用したという側面が強い。第四は、法に関するミクロ一般理論とそれを基礎づける法理論の領域である。第五は、科学的実用法学の理論の領域である。法解釈学の中で、ドグマの学としての法解釈学とは別に、「科学としての実用法学（法律学あるいは法解釈学）」の確立を主張した『科学としての法律学』がその代表である。第六は、「生ける法」の理論と「生ける法」としての慣習法の領域である。法の直接の存在型態としての「生ける法」に関する理論、および近代法が支配する現代社会の中においてなお慣習として存在し、かつ現行法体系の中で（民法の規定や法例二条――現行の「法の適用に関する通則法」三条――により）、法（慣習法）として認められるべき法関係に関する研究（たとえば、入会

権や温泉権などの慣習上の権利に関する著作）がここに含まれる。

私が研究室に入ったときには、川島法学にはリアリズム法学と経験法学の傾向が強かったが、川島法学には、以上述べたような、資本主義的近代社会における市民法的な視点が濃厚に存在していたことも事実である。

三　我妻法学と川島法学

(1)　先に述べたように、川島法学が末弘法学の影響を受けていることはよく指摘され、川島先生自身述べられているが、我妻法学と川島法学との関係については、あまり論じられることがない。この偉大な二つの民法学の関係をどうとらえるかは民法学説史にとって興味深いテーマだと考えられるが、ここでは次の点だけを指摘しておきたい。

(2)　第一に、民法解釈学の領域では、我妻法学はマクロかつ抽象的な価値の目標を置きつつ、条文からのミクロな法律構成という方法をとるのに対して、川島民法解釈学はマクロな理論を法律構成として応用するという正当化の仕方をとったところに特徴があるようにみうけられる。川島法学の科学化への志向、客観的な「公準」理論への志向は、法解釈の領域においても顕著に現れているように思われる。

(3)　しかし、第二に、抽象的な法学方法論においては、実は、我妻先生の「私法の方法論に関する一考察」と川島先生の「科学としての法律学」その他の実用法学の方法論は、裁判中心、価値の重視、社会現象研究の重視、法律構成の重視と、類似したところが多いことも指摘されて良いと思われる。川島法学において、一時、法律構成を軽視する論調が見られたが、その時期を除けば、川島民法解釈学においても、民法学の方法論においても、正当化としてにせよ、判断枠組みとしてにせよ、法律構成は重視されているとみてよい。

(4)　そこで、川島法学が我妻法学ともっとも異なっているのは、解釈法学とは違った（もちろん、独立の学問領域となった法社会学とも異なった）民法学を追及したところにある、といってよい良いように思われる。所有権法の理論から始まり、さまざまな試みをされた川島法学の一つの特徴は、解釈学とは異なった民法学の追及であったのではなかろうか。

川島法学が、このような学問的チャレンジをすることができたのは、実は、解釈法学の領域では、我妻法学の大構築物がその存在をあらわしつつあったからではなかろうか。その意味では、我妻法学と川島法学とは決して無縁の存在ではなかったように思われるのである。

Ⅲ　すべては助手時代に始まった

一　川島先生・経験法学との出会い

(1)　私は、安保闘争がおこなわれた一九六〇年に大学に入学したが、学部時代、川島先生と来栖先生のいずれも大変魅力的ですばらしい講義を受ける機会にめぐまれた。川島先生についていえば、民法は『民法1　総論・物権』（初版一九六〇年）がそれまでの講義案をもとに教科書として出版されたばかりの時期であり、また、法社会学についても、小型の『法社会学上』が数年前に出版されたばかりの時期であった（一九五八年）。法学教育としては、民法解釈学と法社会学とははっきりと区別されて教授されていた。また、法哲学は、碧海純一先生であり、法解釈論争の紹介と分析、経験科学と法解釈学との相違、法解釈学の性質論などの講義を受け、また、新版『法哲学概論』（一九六四年）が出版

されたことにより、助手になるときには、法学方法論についてある程度の頭の整理がなされたように思われる。

(2) 助手時代の経験法学との出会いは、かつて、本学部の研究会で平井先生が述べられているとおりである（「民法学の方法・思想・思考様式」北大法学論集四七巻六号（一九九七年））。当時は、民法、法社会学、比較法の助手、大学院あわせて一〇名近くの若手研究者（の卵）がおり、読書会、合宿、共同執筆な活発など共同研究をおこなっていた。

二　加藤先生・不法行為法・公害法との出会い

(1) 加藤一郎先生には、助手になって初めてそのご指導を受ける機会を頂いた。一つは、交通事故比較法の研究会であり、私はフランス法交通事故賠償法を担当し、そのことを通じて、フランス不法行為法を研究する機会にめぐまれた。もう一つは、加藤先生を代表とする文部省の総合研究である公害法の研究会であった。これは一九六五年に日本全国から、関係する専門の民法学者、行政法学者が集まり、結成されたものであり、一年先輩の大変有能な助手、野村好弘氏とともに事務局を担当することになった。その後、論争の相手となったり、共同の論陣を張ったりしていただいた澤井先生とも、このときに初めてお目にかかる機会を得た。

(2) 交通事故賠償法にせよ、公害法にせよ、助手時代に、その後の私の研究領域と研究活動を決める重要な機会を得たことは、きわめて幸運であったと思う。とくに、公害法は、まさに誕生期であり、中堅や大家の先生方も、若手のわれわれも、同じ出発点に立って研究活動を開始することになったのである。この研究会において、公害規制法の研究、公害健康被害補償法の研究などの共同研究がおこなわれ、現地調査、比較法の研究などがおこなわれた。私が、その後、公害環境法の研究を続け、今日に至ったのは、東大の共同研究体制、そして加藤一郎先生のおかげである。

Ⅳ　伝統的な我妻解釈法学への挑戦の試み－連帯債務の研究

(1)　助手は三年で論文を書かなければならず、その水準は博士論文に匹敵するものでなければならない、といわれていた。経験法学、不法行為、公害法と、共同研究に明け暮れる助手生活であったが、助手二年目のある時期を過ぎた頃であろうか、私は、共同研究に参加する一方で、助手論文の準備にとりかからなければならないと思うようになった。経験法学のプレッシャーが重くのしかかったといわれる平井教授と違って、私の場合には、川島先生との話し合いとご示唆により、自然に法解釈学のテーマを取り上げることになった。平井先生が当時の経験法学の雰囲気の中で伝統的な法解釈学のテーマを取り上げられたことがよく影響したのかもしれない。

(2)　民法の領域において、どのようなテーマが助手論文となりうるような未開拓な領域かについては、川島先生からいくつかの示唆をいただいた。その中で、テーマを絞ったのが連帯債務であった。連帯債務は、その体系的な解釈学が完成されたかにみえる我妻法学においても、絶対的効力の説明が主観的共同関係という抽象的なことばに依存するだけで、説得力を欠いた構成のように思え、また、これに反対する相互保証説も他の制度を借りた技術的な説明だけに依存する、やはり実体を欠いた構成のように思えたからであった。完成された我妻民法解釈学への幾分かの挑戦という意気込みもあった。平井教授の相当因果関係に関する論文からの影響があったかもしれない。

ところで、この領域には、椿先生の本格的な研究が存在していた。たしかに、椿先生のアプローチは、ドイツの普通法時代の連帯債務論にアプローチするものであり、継受されたローマ法の法文解釈に踏み込む大胆さがあったが、普通法時代の法文解釈はまるで富士の樹海のように辿り着く道を示すことなく、そこからなんらかの結論を得ることは困難に思えた。日本の連帯債務法は、絶対的効力がかなり広く認められている共同連帯のタイプであり、フランス法はもっ

と広く絶対的効力を認めている。それならば、フランス法からアプローチしてみれば、なんらかの結論が得られるのではないか、というのが連帯債務に取り掛かった動機であった。

(3) しかし、一つの論文の起承転結を論理的に書ききることは、なかなか大変である。私の仮説、そしてそのような分析の視点は川島先生の講義案で示唆されていたが、共同連帯型の連帯債務において広く絶対的効力が認められるのは、ドイツ普通法学者がおこなったような、単一の債務という債務の性質論や、弁済および弁済と同視すべき事由の効力に関するローマ法文の解釈としてではなく、連帯債務者間に絶対的効力を適用するにふさわしい実体関係があるからであるというものであった。このような発想の背後には経験法学の影響もあった。連帯債務という概念を実体化し、そのような特殊の債務が存在すると発想してはいけない、というものである。私の『連帯債務の研究』では、その分析方法の第一として、個人間の規範関係を個人間の事実関係との関連で把握すること、連帯債務論に即して具体的にいえば、連帯債務における絶対的効力性の根拠をそれが適用される共同債務者間の実体関係との関連で把握することをあげたが、ここには、民法解釈にあたっても、規範内在的な論理的な関係だけでなく、社会的事実との関連に焦点をあわせて分析する必要がある、との経験法学的思考の影響があったように思われる。具体的な分析は、ローマ法、ローマ法の継受(そこにはエールリッヒの分析視点が入っている)、フランス法、そして日本民法起草者へと、伝統的な歴史的な検討の手法を用いているが、基本的発想には経験法学からの影響があったと思うのである。

(4) 私はまた、連帯債務論との関係で不真性連帯債務論についても分析検討した。そこでも、債務の実体化の思考から免れる、という経験法学的思考のアプローチが基本にあったと思う。ここでも、具体的な分析は、フランスにおける完全連帯と不完全連帯という連帯二分論から全部義務論への進展という歴史的検討がなされているが、概念の実体化の排除という経験法学的思考の影響があり、それに、不要な中間的な法概念(平井教授の「相当因果関係」がその一つで

あろう）ないし中間命題（星野教授が用いられた手法）の排除という当時の民法解釈論の手法の影響があったと思われる。

(5) 連帯債務、不真性連帯債務についての研究は、一方で、債権総論へ、他方で、複数不法行為者間の法律関係へと私の研究テーマを広げたが、前者は、私の『債権総論』へ、後者は、私の不法行為法研究において、交通事故、公害、使用者責任などにおける求償関係や一人に生じた事由の効力に関する論文へと応用されている。

Ⅴ 不法行為法へのアプローチ

一 被害者の権利保障へ

(1) 不法行為法は、前述したように、助手時代から共同研究の機会を得て研究を始めた領域であったが、比較法としてはフランス不法行為法の研究をはじめていた。助手時代に、フランス民事責任法を踏まえて、交通事故賠償、近隣妨害などに関するフランス法の研究をし、発表の機会を得ていたが、その後、日本不法行為法については、公害賠償に関する議論が必要となり、私は、過失論については、違法性概念を不要とする平井説に依拠しつつ、これを結果回避義務の違反とし、受忍限度を超える損害を与えることが過失と定義した。これは、比較法的には、アンリ＝レオン・マゾー・タンクの民事責任論にもヒントを得ていた考え方であったが、問題は、当時の訴訟で過失の立証において最大の困難となっていた予見可能性を過失の要素から排除することができないか、ということであった。私としては、行為規範としては、被告が結果回避義務を尽くさなければならず、そのためには被告が詳細な調査をするなどして予見義務を尽くさ

なければならないはずであるのに、訴訟になると、裁判規範としては、被告側にとって結果の予見が可能であったことを証明するために、原告側が詳細な調査をしなければならないことに大きな不満を感じていた。そこで、予見可能性を過失の不可欠の要素とすることを回避できないかと考え、過失論としての新受忍限度論を唱えたのであったが、この点については、やはり論理として弱点があったことは否めず、大方の学説の賛同を得るには至らなかった（近年、一部の学説からは、予見可能性を排除あるいはその比重を小さくする解釈論が唱えられている）。

(2)　私のそのような問題意識にとって、フランス留学時代に学んだスタルク教授の民事責任論は、まさにコペルニクス的な展開を示すものであった。スタルク教授の民事責任論（「保障理論」）については、日仏法学に紹介し、私の『不法行為法における権利保障と損害の評価』（有斐閣、一九八四年）（権利保障）に収録したが、要約すれば、次のようなものであった。すなわち、従来の民事責任論は、「過失」（過失責任論）か「危険」（危険責任論）かの違いはあるにせよ、加害者の行為に焦点を合わせ、その評価の上に法理論を構築していたのに対して、保障理論は被害者に焦点を合わせ、被害者の権利の法による「保障」（それは単なる被害者救済の要請とは異なる）によって、民事責任法を再構成する。これは発想の一八〇度の転換であるが、同説は、民事責任を権利と権利との調整の問題であるとし、被害者の権利（被害者の安全、被害者の権利、被害者の自由）から民事責任論への接近をはかる。被害者の権利に対しては加害者にも「行為をする権利」があるから、これをも民事責任論の視野にいれなければならず、そうなると、ただちに被害者の権利と加害者の権利の衝突の問題が起こる。この権利の衝突の調整原理こそが民事責任論の問題である。それでは、この調整はいかにしてなされるか。損害が、まず、二種に区別されなければならない。一つは、人の生命・身体の侵害および物の破壊・毀損、すなわち人的・物的損害（アクイリア損害）であり、もう一つは、それ以外の損害である。前者の人的・物的損害については、安全に対する個人の権利、すなわち、生命・身体の完全さ、物の完全さに対する個人の権利が承

認される。したがって、その侵害は、原則として、行為者の心理的・精神的状態とは関係なく、それ自体違法な、権利なしにひき起こされた損害を構成し、損害賠償責任を生ぜしめる。後者の人的・物的損害以外の損害については、被害者の権利と行為者の権利の衝突を調整する原理は、一般に過失である。このような人的・物的損害に関する保障理論を、スタルクは民事責任史によって論証しようとする。スタルク教授は、まず、イエーリングの『私法における過失』から歴史分析の基本的視点を引きだして、民事責任の歴史は、被害者の権利保障の絶えざる拡大の歴史であった、とする。すなわち、同説によると、民事責任史の第一段階は、十二表法から古アクイリア法に至る時代であって、この時代には、故意（dolus）による損害と不可抗力（偶然）（casus）による損害との区別がなされ、故意だけがサンクションされ、過失（culpa）は、故意からも不可抗力からも独立した概念になっていなかった。当時のローマ社会の未発達はこのようなサンクションで被害者の権利保障を十分なものにした。第二段階は、ローマ社会の変化に対応している。商品交換の増大とより複雑な道具の使用は、過失による損害を増大させ、これまで罰せられることのなかった非任意的殺人も法務官によって発給されるアクイリア訴権によってサンクションされることになった。それは、責任の制限ではなく、新しいタイプの損害すなわち過失（culpa）による損害に対する保障の拡大であった。つまり、故意と不可抗力の二分法は終わりを告げ、故意、過失、不可抗力の三分法があらわれ、故意と過失がサンクションされることになったのである。現代になって第三段階がやってくる。この段階では、過失のない加害行為（factum）の多発によって、右の三分法は不十分となり、故意、過失、過失のない加害行為、不可抗力の四分法があらわれ、前三者がサンクションされることになったのである。学説は、現代の無過失責任主義を客観主義への回帰ととらえるが、それは回帰ではなく、保障の拡大に向かっての進化である（以上については、権利保障・二九頁以下）。

以上がスタルク教授の保障理論であるが、しかし、スタルク教授は私がフランスに留学した一九七四年に亡くなられ、

その理論は一定の評価と権威を与えられたものの、主張者が亡くなられたことによってその後は発展をみていないように思われるのは残念なことである。

(3) 私は、フランス不法行為法については、その後も研究を続けてきたが、被害者の権利の拡大に向けたフランスの判例の大胆さ、時に立法の大胆さは、われわれの関心をひきつけるのに十分であろう。交通事故被害者について過失相殺を原則的に廃止したデマール判決とその後の一九八五年七月五日法（「フランスにおける交通事故賠償法の新たな展開」立教法学二六号（一九八六年））、不法行為責任の客観化をすすめた一連の判例と立法などについて（「人身不法行為における過失責任原則の克服」加藤一郎先生古稀記念『現代社会と民法学の動向』上（有斐閣、一九九二年）、「不法行為責任の客観化と被害者の権利の拡大」立教法学七三号（二〇〇七年）など）、私はその都度紹介し、過失責任主義に固執するわが国の法制度との比較をおこないつつ、日本不法行為法が被害者の権利保護の法へと発展するための議論の基礎を提供し、あるいは日本不法行為法の解釈論を展開してきたつもりである。

(4) なお、日仏交流の面で、シャバス教授によりパリ第一二大学に六回、またラルメ教授によってパリ第二大学に一回、客員教授ないし招待教授として招かれ、日本法・日本不法行為法の講義をする機会にめぐまれたことは幸いなことであった。

二 被害者の損害の回復の拡大

(1) 不法行為損害論について、私が最初に影響を受けたのは、人身損害賠償法を念頭に置いた西原道雄教授の死傷損害説と損害賠償の定型化・類型化に関する議論であった（一九六四年私法学会報告ではじめて主張され、その後論文と

して発表された)。同教授は、従来の損害賠償額の算定方法は、仮定の上に仮定を組み立てたあいまいなものでしかなく、人身事故においては、死傷そのものを損害とみて、これをもって定型的にとらえ、損害賠償の総額を重視し、賠償額の極端な個人差を減少させ、社会的な「相場」をつくっていくべきだと主張された。この主張は、実務と学説に大きな影響を与えたが、逸失利益と慰謝料の二本柱を中心として組み立てられた個別的損害算定方式をとる交通事故賠償法の裁判実務においては、部分的に取り入れられ(たとえば、慰謝料、積極損害としての入院雑費や介護費など)、総額としての個人差の減少は実現されなかった。学説的な議論では、現実に収入に差があるのだから賠償額に差があるのは当然との反対の主張もみられた。いずれにしても、交通事故賠償法は、個別的算定方式で固まり、それが現在まで続いている。

(2) これに対して、一九六〇年代から提起されるようになった公害訴訟や薬害訴訟では、被害者・原告は、はじめは一律請求・一括請求を主張し、やがて人身損害それ自体を損害として包括的に損害評価を求める包括請求という新たなタイプの主張がされるようになった。

裁判例は、一方では、逸失利益と慰謝料の二本柱を基本とする個別的算定方式を維持しつつ、原告が逸失利益を請求しないと述べているから慰謝料で考慮するという理屈で従来型の慰謝料(慰謝料の補完的作用)で構成するものと、正面から包括請求を認めるものとがあらわれた。学説からは、集団訴訟であることを考慮して便宜的にこの種の包括請求を認めることができる、との正当化の理由が提起されたり、どちらの方式をとるかは自由であるとか、事故類型の違いである、との指摘がなされたりした。

(3) しかし、個別的算定方式と包括的算定方式が並立して存在するとするならば、それらを包括する損害論がなければならないはずである。そこで、私は、平井教授の金銭的評価論、すなわち、裁判官の裁量的創造の主張を踏まえ、ま

た、西原教授の提起された問題意識をも持ちつつ、それらを修正することにより新たな損害論を構築すべきではないか、と考えるに至った。それが私の評価段階説である（『不法行為法における権利保障と損害の評価』）。おおざっぱに発想だけを要約すれば、こうである。差額説によれば、損害とは不法行為がなかったならばあったであろう状態と不法行為があったことによる現在の状態との差額であり、それは何らかの方法により発見されて具体的な金額であらわされる。このような目的のために、人身損害賠償の場合には不法行為がなかったならばあったであろう状態について様々のフィクションが用いられた。現在の交通事故賠償法はこの差額説の考え方の影響を強く受けている。しかし、個々具体的な法益についてこうむった不利益（被害）を損害ととらえる基本的な立場に立ち、人身損害の場合には死傷そのものを損害とみる死傷損害説によれば、（不法行為があったことによる現在の状態はともかくとして）不法行為がなかったならばあったであろう状態については、不確かな要素、あるいは不法行為がなかったならばあったであろう状態を仮定することが本来できない場合が多いので、不確かなものは不確かなもの、仮定することができないものは仮定することができないものとしてこれを直視し、損害評価の理念（不法行為損害賠償制度の目的）に従い、損害評価の資料となしうる事実があればそれに基づいて、それがなければ基本的に裁判官の創造的活動によって損害の評価を行うことになる。フィクションではなく、事実そのものから出発するわけである。損害の評価が基本的に裁判官の創造的活動に依存する、といっても、それは職権探知主義を意味するわけではなく、大枠としてはあくまで弁論主義の枠内にとどまると解すべきであるから、当事者から立証の対象となりうる事実、すなわち、真偽が確定しうるような事実の主張立証があれば、これを損害評価の基礎とすべきであり、その範囲で裁判官の創造的活動に枠づけが与えられることになるのである。

Ⅵ　公害・環境法へのアプローチ

一　公害訴訟・環境権訴訟

(1)　私が公害・環境法の研究を始めたのは、一九六四年に学部を終えて助手に任用された二年目の一九六五年であったことは、先に述べた。当時は公害法と呼ばれていたが、加藤一郎先生が代表になられ、総合研究という文部省の科学研究費があり、その助成を受けて公害法研究会が全国的につくられ、一年先輩の野村好弘氏と共に事務局を担うことになったのがきっかけであった。この研究会の成果としてまとめられたのが、『公害法の生成と展開』や『外国の公害法』（いずれも岩波書店刊、一九六八年、一九七八年）などであり、前者の終章で提言された「公害賠償保障法の提案」は後に立法化された公害健康被害補償法のもととなったものである。

(2)　一九六七年に立教大学に就職し、その頃からいよいよ公害問題が激烈な形で顕在化してきた。私は公害の現地を訪れ、弁護士と議論し、いろいろ勉強させて頂く中で、民法の不法行為法研究者として公害賠償の理論を再構築する必要を痛感し、四大公害訴訟と同時進行の形で、判例タイムズ誌に公害賠償の法理論を連載した。実務や学説においても、四大公害訴訟とともに、因果関係論、過失論、違法性論、共同不法行為論、損害賠償論、差止論が根本から議論されていたが、私の議論はそれなりに影響をもったようである。共同不法行為理論は四日市公害訴訟で中心的に争われた争点であったが、新しい考え方を基礎にした私の論文が四日市判決になにがしかの影響を与えたと聞かされたことがある。このとき連載した論文が後に出版された『公害賠償の理論』（有斐閣、一九七五年〔一九七八年（増補版）〕）の中心になったものである。

(3)　公害訴訟が進行し、判決を迎える中で、公害の事前防止の重要性が強調されるようになった。一九七〇年に、都留重人先生が中心となり、公害の国際シンポジウムが開かれ、そこで、ジョセフ・サックス教授が中心となり、環境権

の提言を含む東京宣言が発表され、また、その年の九月、日弁連の人権大会で環境権の提言がなされ、大阪弁護士会環境権研究会が私権としての環境権を提唱した。わたしは、同じ頃、環境権の論文を発表していたが、それ以来、環境権をどう確立させるかを考え、随時論文を発表してきた。環境権には基本的人権としての環境権と、差止請求権の根拠となる実定法上の環境権があり、とりわけ後者の意味での環境権を確立するためには、その法技術を多面的に展開する必要がある、という基本的立場で（ときに、大阪弁護士会の先生方と論争をしたこともあるが）議論を展開してきた。また、個人的被害の立証ができない事実関係の中で、私権としての環境権を認めさせるためには、手続的違法を根拠にできないかについても議論を提起してきた。それらをとりまとめたものが『環境権の法理と裁判』（有斐閣、一九八〇年）である。しかし、残念ながら、実定法上の権利としての環境権は、未だ判例上認められるに至っていない。

(4)　そこで、さらに、環境権の主張を新しい権利の生成ととらえ、法社会学的な観点から、権利生成の条件として、第一に、権利主張の運動があること、第二に、権利として主張された利益を保護すべきだとする価値あるいは価値判断が社会的に広く共有されていること、そうして第三に、法技術的にいわば練磨されていることが必要である、との命題を提示した（法社会学会。法社会学三八号（一九八六年））。そして、第三の点について、やや矛盾を含むことばであるが、「権利をつくる法解釈学」あるいは「権利生成のための法解釈学」へのアプローチを試みた（「権利生成のための法解釈学」法曹時報五〇巻六号（一九九八年））。内容的には、戦後の法解釈論争の到達点とされる理解―すなわち、法的価値判断、ことば的技術、社会学的方法の重視―を基本的な出発点とし、法解釈論争と星野・利益考量論を批判された平井説をとりあげてそれに対する若干の検討を試みた後に、私権としての環境権が承認されるための先の三つの条件について、再考してみたものである。要約は難しいが、あえて述べれば、第一の条件は、社会運動としての権利主張はすでに三〇年以上なされている。第二の条件である、価値の共有ないし法的価値判断については、法の解釈における価値

判断とは、第一次的には実定法ないし実定法体系に基礎づけられた法的価値判断であるから、憲法的価値の強調、憲法にもとづく基本的人権としての環境権の強調、環境基本法、環境評価法などが重要であり、それらによって保護される実定法的な価値が新たな権利としての私権としての環境権を基礎づけるものになる。問題となるのは、第三の、法技術的錬磨ないし法的構成である。平井・問題提起によれば、ミクロ正当化ということになるであろう。従来の環境権訴訟が壁にぶつかったのは、この点においてであった。裁判所の環境権否定理由との対比で考え方を示せば、次のようになる。

第一に、憲法二五条、一三条はプログラム的規定でしかない、という点については、平井教授の用語で言えば、マクロ正当化の主張と理解すればよい。第二に、個人の法益侵害を超えて差止を求めるのは、司法的救済の域を出て、実定法上の根拠を必要とする、とする点については、法益のとらえ方しだい（実体的ないわゆる被害と狭くとらえるのは必然ではない）ともいえる。そこで重要なのは、第三に、環境権の主体、客体、差止基準をどう構成するかである。この点については、自然保護のケースを例にしてつぎのように考えた。まず、環境権の主体については、裁判所を利用する資格（その資格を欠けば、訴えが却下されるという意味で）と考えられるべきであって、客体としての環境になんらかの法的に保護されるべき利益（経済的利益に限られない）をもっていることを主張・立証できるもの、と解される。そうだとすると、法人格を有する自然環境保全法人やＮＰＯ法人、さらに権利能力のない社団も、定款に定められた環境保全に関わることがらについては、訴えを提起できることは当然と考えるべきである。これらの場合の環境権の客体は、主体と表裏の関係にあり、定款や日常の活動で定められた環境の範囲がそれにあたる。つぎに、環境権の侵害としての差止基準については、環境破壊の程度という実体的な基準ではなく、自己の法益に関わる環境保護の手続が適法にとられたかどうか（逆にいえば、手続的な違法がないかどうか）、という手続的基準がとられるべきことになる。環境アセ

スメント制度が立法化された現在、このような手続的審査の可能性は、一層増したというべきである。このような環境権の手続的保護は、従来の裁判例においてもみられるところであり、法理論的には、客観的違法を重視する広い意味での違法侵害説に接合させることができ、必ずしも特異な考え方ではない。ただし、手続的違法だけで差止が認容されるべきかどうかについては、今後、検討が必要である。

以上が、解釈論として提示した考え方であるが、私としては、現実の裁判上、その実現が難しいことも認識しており、そのことも含めて、固有の価値の目標と法的手段を有する固有の環境法の樹立を目指すに至っている。

二　公害紛争の法社会学

(1)　私はまた、一九六〇年代の後半頃から、全国の公害の現地を調査する中で、公害紛争の解決の仕方にも関心をもつことになった。戦前から戦後、そして一九七〇年代頃までは、各地の公害紛争は、権利と義務の争いとはならない形で終わったものが多かったのである。私は、これらの紛争解決方式を、被害者の要求の法的正当化の有無とそのタイプにより、「非法型」、「依法型」ないし「合法型」、「超法型」、目標達成の手段から、「直接交渉型」、「行政指向型」、「司法指向型」、「立法指向型」、そうして、実際の解決のあり方は、それらの組み合わせにより、直接陳情型の解決、非公式的行政的解決、公式的行政的解決、司法的解決、直接権利追求型の解決があることを述べ、前者から後者へと移行する傾向を明らかにした。これは日本的紛争解決方式に関する川島理論を受け継ぎつつ、一九六〇年代以降の変動と転換を明らかにしようとしたものである。これが「公害紛争の解決方式と実態」と題する論文（『注釈公害法大系四巻』（日本評論社、一九七三年））であった。

(2)　一九八〇年代から一九九〇年代、公害事件や薬害事件などは、裁判所が和解を勧めたり、あるいは判決後に当事者交渉で和解して紛争が終わる事例が多くなった。私は、公害紛争の解決方式で理論化した考え方を基礎としながら、司法的解決が和解に結実した直接権利追求型の解決によって被害者の権利が拡大する過程を法解釈学と法社会学の観点から分析した。それが『スモン事件と法』（有斐閣、一九八一年）であり、「水俣病事件と法」やその他の論文でも、同様の視点から分析を試みた。権利の確立と拡大をどう法理論として普遍化できるか、これが私が関心を持ちつづけている研究テーマの一つである。

(3)　公害紛争の裁判外の解決としては、私は、かねてから非公式的な解決としての和解の仲介から、公式的解決としての公害紛争処理制度への進展に注目し、調査などをも行ったことがあるが、一九七〇年に公害等調整委員会が設置されたときには、権利・義務で解決しない従来型の非公式的解決の制度の延長となるか、真の公害裁判所ないしＡＤＲ機関となるか、関心をもってみてきた。さすがに、権利を減殺する非公式的解決の機関とはならなかったが、初期の頃は、水俣病事件や大阪空港などの大型の事件において、裁判所の解決に従って解決をはかる司法補完的機能を果たすにとどまっていた。しかし、近年は、司法補完的機能と行政補完的機能、司法的機能のほか、司法的機能拡張機能として、原因究明機能、公害行政代替機能・法政策形成機能、司法的機能フォロ・アップ機能を果たすようになっていることを示した（「公害紛争の司法的解決と公害紛争処理制度による解決」立教法学六五号（二〇〇四年））。これらの役割をより一層果たせるかどうかは、今後の実績と人々の信頼、それに予算に依存する。なお、注目して考察していきたい。

三　固有の環境法（学）の樹立を

(1)　環境問題は、一九七〇年代頃に自然環境の保全の問題を、八〇年代頃にはアメニティーの保全を、九〇年代頃以降には地球環境問題を含むようになり、その対象領域は著しく拡大した。また、自動車公害問題、廃棄物問題や気候変動問題など、関連したさまざまの領域から複合的にアプローチをしないと解決できない問題が増えてきた。それだけでなく、民法、行政法、国際法など既存の法学理論の考え方を適用しただけでは、あるいはせいぜい拡大して適用しても、それでは解決できない問題が増えてきている。たとえば、民法の損害賠償や差止の問題でいえば、個人的被害を与えていないが、しかし環境に被害を与えている環境損害について、誰がその回復を求めることができるか。個人的被害を与えていない環境被害の差止を誰が請求できるか。後者は環境権の問題でもあるが、こういった問題に対して、私は、一九九〇年代の初め頃から、民法、行政法、国際法、刑法など個別の法学領域から独立した、固有の領域をもち、固有の価値を追及し、固有の法原則と法的手法を有する環境法の領域を樹立すべきだとの主張をするようになった。既存の法領域から生成、発展したサブの法領域が、やがて固有の対象領域と固有の法原則をもった法領域として独立することは、珍しいことではない。労働法、消費者法などがそうであるし、日本における法社会学の源の一つは、民法学者による民法現象の実態的な把握であった。一九九〇年代以降、環境法学は、独立の法学領域となることが求められるようになったのである。私は、このことを環境経済・政策学会編『環境経済・政策研究のフロンティア』（東洋経済新報社、一九九六年）の中で「環境法および環境法学のフロンティア」という論文やその他の論文で訴えたし、大塚・北村両教授が編集された『環境法学の挑戦』（日本評論社、二〇〇二年）という論文集（これは実は、阿部泰隆教授と私の還暦を祝っていただいた論文集である）に「環境法の課題と環境法学」というタイトルで書き、さらに、法曹実務家（裁判官）に向けて、「環境法学の特色と課題」（司法研修所論集一一三号（二〇〇五年））として提示させていただいた。

(2)　このような意味での環境法学は未だ生成途上にある。しかし、幸いにして、既存の法学領域を研究しつつ環境法

を片手間で扱うのではなく、既存の法学領域の基礎の上に立って、環境法学を専門的に研究し、その発展を担う研究者と研究業績が現れつつあるし（大塚直早稲田大学教授はその代表的な一人である）、法科大学院や法学部においても環境法への関心が高まっていると思われる。中長期的には、環境法の確立は確実に進展するものと思われる。

環境問題の課題に応えようとする若い意欲的な研究者が、既存の法学領域とその方法論を超えて環境法の発展を志すならば、未来に希望はあると思われる。

以上、大分時間を超過しましたが、私の研究史断章として、お話をさせていただきました。

（二〇〇八年二月二三日　北海道大学法学部の友人との会において）

淡路法学の特質――質疑・討論

吉田　邦彦ほか

一、淡路民法学の特徴――業績・学風の紹介

吉田　邦彦（司会）　それでは定刻になりましたので、本日の淡路剛久先生をお迎えしての研究会を早速開始させていただきたいと思います。北大大学院法学研究科のプログラムで、最近プロミネントパーソンに関する一連の講演が始まったようですけれども、私どもは、もうかなり前からその企画をやっておりまして、淡路先生にはその一環で、本日お迎えした次第でございます。

簡単に先生の略歴、お仕事についてのことについて、若干のことを申し上げたいと思います。

先生は、昭和一七年（一九四二年）に東京都、一月一日元旦にお生まれになられまして、ですから、だいたい私より一五年くらい上の先生で、その世代の川島博士門下の論客は既に太田知行先生、平井宜雄先生、これらの先生方は既にもうこの企画で取り上げましたし、残る最後の先生ということで本日に至っております。

今、手元にございますのは、立教法学七三号（淡路先生の退職記念号）でして、そこで、先生の略歴業績等が詳しく書いてあります。高校は確か戸山高校だと聞いております。一九六四年三月に東京大学法学部を卒業されまして、直ちに川島武宜博士のもとで東大法学部の民法の助手になられました。その後一

九六七年から立教大学にお勤めであります。その間、今日の話ででてくると思いますけれども、パリ第一二大学、パリ第二大学で、頻繁に客員教授をやっておられ、このたび、パリ第一二大学からドクトゥール・オノリス・コザ（名誉博士）を授与されるとのお話もお伺いしております。

それで、立教を定年でおやめになられまして、現在は同大学の名誉教授ですけれども、同時に早稲田大学の法務研究科というところ、いわゆる早稲田の法科大学院の民法・環境法の看板教員としてご活躍のところでございます。

淡路先生は、申すまでもありませんが、第一に、損害賠償法の代表的な理論家・論客ということで、私は学部学生の頃、平井宜雄先生の民法第二部という不法行為の講義を聞いた世代なのですけれども、のっけから、淡路先生の『公害賠償の理論』の最先端の議論が、『損害賠償法の理論』と共に、随所に講義で出てくるというようなわけでして、まぁその頃から憧れの星みたいな存在でございました。

淡路先生は損害賠償法に関しましては、なんといいましても、ボリス・スタルク（Boris Starck）という先生に関する――同教授は、フランス損害賠償法の非常な理論家で淡路先生が着目された方で、急逝なさっておられますけれども――日仏法学に発表された論文が非常に印象的で助手の頃一生懸命読ませていただきました。簡単に申しますと、もうその当時既に、過失責任主義に対するアンチテーゼということで、理論的に、アクイリア損害について、そういう一般的な考え方に対して疑問を投じて、権利者の側から保護を強化するというような主張だったと思います。その後、例えば、アメリカですと、モートン・J・ホーウィッツ（Morton J. Horwitz）教授の Transformation of American Law, 1780-1860（Harvard University Press, 1977; reissued ed., Oxford University Press, 1994）という書物で過失責任主義というのは近代法のイデオロギーの産物だというようなことで印象深く勉強いたしましたけれども、今から思えば、もう既にそういう視点をスタルク教授がされていたのかなという感じがいたします。

それから第二に叙述の明晰さということがあります。損害賠償の叙述、それから、処女論文は連帯債務の研究でありますけれども、不法行為に関しましては、今もそうかもしれませんけれども、当時、百家争鳴の状況でありまして、文献によりましては、読めば読むほど頭の中が混乱してわからなくなるという先生もいらっしゃってですね、どうしたものかといろいろ悩みながら、なかなか独学が難しいのが不法行為の領域かなと思っ

たわけです。けれども、平井先生のもの、淡路先生のものというのは本当に導きの星でありました。今の方にとっては想像つかないと思いますけれども、私の一年上の世代は、加藤一郎先生から不法行為法を習われているのですね。法律相談所で議論していると、議論している内容が一年違うと全然違うことを話している、というくらいの激動期でしたね。その中で、平井先生のもそうですし、淡路先生のものも明晰に書かれているということで、非常に印象深く思っております。

また、第三は、法社会学的な研究ということです。淡路先生は長く法社会学会の理事もされていましたが、実際の社会の現場から、例えば公害の問題、スモンの問題とかいろいろあるわけですけれども、現場から問題を掴み取って、そして民法学界に問題を提起するという代表的な論客だったのじゃないかと思うのです。そういう点では、平井教授とも対照的で、ある意味で川島武宜先生の法社会学の系譜を承継されているのではないかなと思います。

また、淡路先生の『連帯債務の研究』（弘文堂、一九七五年）も、助手の頃に作った読書ノートをもってきているのですけれども、法協の八四巻一〇号、一一号、一二号、八五巻四号、一九六七年から六八年にかけて、「連帯債務における『一体性』と『相互保証性』」、これも星野先生のゼミでしっかり読まされた論文の一つでした。そしてこの論文は、社会実態に即して、従来の法理を考え直そうというベーシックな視点――社会との関わり――から書かれていて、その意味で川島武宜先生の『所有権法の理論』の系譜を受け継いでおられるのかなと思います。

その他に、淡路先生は外国語が堪能でいらっしゃいます。フランス語が堪能な民法学者は淡路先生の他たくさんいらっしゃるかと思いますけれども、淡路先生は随一の人かと思います。それからイタリア語もお出来になるのですね。ボアソナードは、イタリア法の影響も受けていますが、川島先生は、「イタリア法が読めることは、貴重である」と、言われていたと淡路先生からお聞きしたことがあります。研究者にとって、外国語が正確にできるということが非常に大事だと思うのですけれども、そういう能力もお持ちの方だと思います。

ところで、淡路先生に関しましては、私個人にとりまして、強く刻印されていることがあります。というのは、私は学部三年の平井宜雄先生の講義を通じて、それで『公害賠償の理論』（有斐閣、一九七五年〔増補版・一九七八年〕）というのを読んだことが淡路法学を知る出発点なのですけれども、私にとっては

淡路先生との出会いというのは忘れようにも忘れられない経験がございます。昭和五七（一九八二）年、私の助手の頃に広島大学で慰謝料に関する比較法学会がありました。加藤一郎先生が司会をしておられました。その時に、淡路先生がフランスの法の報告をしておられるということで、「雲の上の存在」の淡路先生をマークしてですね、私が先生の論文について、議論させていただくことを申し込んだのです（！）。ちょっと今だと考えられないかもしれませんけれども（笑）。当時は、私自身助手論文のテーマについて、暗中模索中だったものですから、何かヒントをいただこうという気持ちも多分あったのだと思います。淡路先生は即座に、「いいよ。それでは、一緒に食事でもしよう。」と答えてくださいました。

最近は、私はよく「研究上の個人主義」ということを言うわけですけれども、偉い研究者は皆さんそうですが、淡路先生もおよそ権威主義的なところはないのですね。しかしその代わり、研究姿勢について、非常に厳しいところがあります。まず、「あなたの問題関心はどうですか？」「どうして自分と会いたいのですか？」というところから始まってですね、ゴリゴリ私自身の問題意識を聞かれるのですね。それで、実際あの頃の記憶というのは、片言隻句まで良く覚えているので、当時の八ミリ映画を見るくらい鮮烈に記憶に焼きついています。研究は、チャレンジングでなければいけないこと、先生ご自身の研究上の悩みとかですね、初めてあったどこのウマの骨ともわからない若造に対してそういうことまで率直に話してくださる先生ってすばらしいなと思いましたね。いろんなことを言われましたけれども、「研究者って二四時間勉強できる、それがいいんだよ」というようなこと、遊んでいる時でも、頭のどこかでは民法の研究のことを考えていなければいけないともいわれました。その後同じようなことは平井先生からもしょっちゅう聞かされていますので、たぶん川島先生が同じことを言っておられたのではないかなと今は思います。

昨日も、既に、淡路先生と三時間余り議論させていただいて、本日の前哨戦というか、第一ラウンドをやったわけですけれども、当たり障りのない世間話というのはほとんどないのですね。久しぶりにお会いして、もう五分後には、直ちに学問の話となり、そして、ずっとそうした話が気兼ねなくできる先生は、民法学者は多数いますが、そういません。先生は、私にとってそうした数少ない貴重な先生の一人だと今更ながら思っております。その代わり、厳しい方ですから、良くできる方というのは、必ず「誰それは良い、誰それは良くない」という評価をされる

のですね。世間的には差し障りのある話が頻繁に出てきます。そうなるのが、この業界では不可欠だと思うのですけれども、そういうことも忌憚無く議論できる先生なのです。だからといっておよそ権威主義とは全然かけ離れていて、優れた創見に接せられたら謙虚に受けられるという先生のお姿は知っておりますし、今後とも、そうした面でもご指導を受けられたら…と思います。

ついでにちょっと若い人もいらっしゃるので申し上げますが、アメリカでは先程触れた「研究者の個人主義」というのは鉄則ですね。アメリカではコネとかおよそ当てにならない。自分が一生懸命勉強していっていいなと思った先生にぶつかっていって、読み込んで手紙書いて面会を求めてゆけば、ほぼ一〇〇％向こうの先生は気持ちよく接してくださいます。そういうような形で私自身、二〇人、三〇人研究上の友人、先生というのを作ってきましたけれども、今から思うと淡路先生との出会いはその皮切りのような感じもいたします。ちょっと余計なことも申し上げましたけれども、差し当たりのご紹介というか、先生の代表作は、先ほど言いました『公害賠償の理論』、それから、『連帯債務の研究』（弘文堂、一九七五年）、『環境権の法理と裁判』（有斐閣、一九八〇年）、『スモン事件と法』（有斐閣、一九八一年）。それから『不法行為法における権利保障と損害の評価』（有斐閣、一九八四年）、ここには、さき程の日仏法学のスタルクの論文「スタルク教授の『保障理論』」（日仏法学一〇号）、ジュリストの論文「損害論の新しい動向――クロロキン判決を契機に――（一～五）」（ジュリスト七六四号、七七二号、七七四号、七七六号、七七九号）も収められていたと思います。それから、網羅的なものは先ほど紹介しました立教法学七三号をご参照くだされればと思います。

以上ですけれども、どうぞ、忌憚の無いご報告を自由にお話くだされればと思います。本日は、どうも年度末の大変お忙しいところにお越しくださいまして、我々一同、感謝申し上げております。

…

（途中、所用のために、退席される五十嵐教授に対して）

淡路　剛久　五十嵐先生に一言、あの、我妻栄先生の経験と、川島武宜先生のご経験、私の申し上げたことで何かございましたら…。

五十嵐　清　そうですね。私は民法は主として我妻先生の講義を聞いたので、川島先生の講義は二、三回出た程度です。そこで、北大で民法の講義をするときにも、我妻先生の書かれた

『民法大意』（岩波書店）を教科書に使い、我妻先生の民法学をベースにしてやったのです。川島先生は我妻先生を批判するためにいろいろ書かれていますが、私は川島先生の我妻批判の多くを積極的に取り上げ、そういう形で、つまり我妻・川島両先生の説だけで講義をしました。昔はそれでも済んだので、ずいぶん楽だったと思います。

その点はそのくらいにして、ひとつだけお聞きしたいことがあります。淡路さんは、民法解釈学者としても、法社会学者としても、一流の方だと思っておりますが、その二つの関係がいまひとつ良くわかりません。というのは、さきほど、『連帯債務の研究』には法社会学的な要素があるという説明がなされましたが、私が読んだ限りでは、そこがいまひとつ伝わってきません。あの論文は、フランス法をベースにして書かれ、比較法を活用した論文として今日でも高い評価に値すると思いますが、法社会学の成果をどれだけ利用されたか疑問が残ります。いまひとつ、債権総論の教科書（『債権総論』（有斐閣・二〇〇二年））ですが、これは非常にすばらしい教科書で、私は現在出ております債権総論の教科書の中では一番良いと、学生には言っております。私はこの三年間、法科大学院で債権総論の部分を講義して来たのですが、わからないところがあったら、いつも淡路さんの教科書を参照しました。どんな問題についても、ちゃんとわかるように書いてあります。学説判例がどうであるかをきちんと跡付け、しかも、必ず自分の考えが書いてある。全部賛成できるかどうかは別として、いつも説得力のある意見が書かれており、非常にすばらしい教科書と思います。しかし、そこに法社会学の研究成果が生かされているのかということになると、あまり感じられないように思われます。

私には、民法と比較法と二足のわらじを履いてきたのですが、基本的にはむやみに両者を結びつけることはしないという方針でやってきました。民法の講義をやっている時と、比較法の講義をやっている時は頭を切り替えてやっていました。ものを書くときも基本的にはそういうことでやってきました。淡路さんはそこのところをどういうふうにお考えになっているのか、というのが質問です。

淡路　剛久　五十嵐先生には、助手の頃から大変お世話になり、また、ご教示いただきました。ご質問ありがとうございました。

ただいまのご指摘につきましては、これからの話の中で出てくると思うのですけれども、たしかにそう言えるかも知れません。私の研究歴の一つの大きな流れとしては、不法行為法、公

害、それから環境法、そして公害の中のある部分状況の中から法社会学、公害紛争というそういう流れが研究課題としてあったと思うのです。連帯債務の研究の手法ないし方法論は、それらとはやはりちょっと違う、先生が、先ほどおっしゃった民法と比較法と同じように、民法の連帯債務の研究とその後の公害に関わる法社会学的な研究とは、直接的には関係が薄いかも知れません。私としては、不法行為のある部分から公害法へとアプローチし、公害法から環境法へとその領域が拡大するにつれて固有の領域と方法論をもった環境法の確立へと関心が拡大していったのですが、公害紛争に関わる研究において、法社会学的な方法の必要を感じ、実証的な調査や方法論の研究をしました。そこには法社会学的な課題ないし問題意識がありましたし、法社会学的な研究として位置づけられてもいると思うのです。連帯債務との直接の関係は無いのかも、薄いのかもわかりません。おっしゃる通りだと思います。

吉田（邦）　どうも、五十嵐先生らしい辛口のコメントだったと思います。ちょっと一点だけ確認です。（五十嵐）先生に民法の講義をされたのはどの先生でしたか。

五十嵐　私は、民法の講義としては、最初に末弘先生の講義を聞きました。それがどんな講義だったかについては札幌法学に発表しています（「末弘厳太郎の最後の民法講義」札幌法学八巻二号［一九九七年］）。それは戦争中のことで、戦後、改めて我妻先生の講義を二年間聴講しました。ただし、単位は、民法一・二部は我妻先生から、三部（家族法）は来栖先生からいただきました。もっとも来栖先生の講義はほとんど聴いていません。当時は、戦後の混乱期であり、そのようなことも可能でした。

（一同　笑）

吉田（邦）　それでは五分休憩を致します。

…（略）

吉田（邦）　どうも長時間にわたりいろいろなお話をしていただきましてどうもありがとうございました。どなたからでもご自由にご発言ください。発言される時は自己紹介しながら訊いてください。どの方面からでも結構です。

二、川島法学と我妻法学との異同――その利益考量論との関係

吉田　克己　大変興味深い話をありがとうございました。淡路先生は、お話しの最初のところで、今までの民法学の系譜に

ついて整理されました。この点に関して、一点お伺いしたいことがございます。

淡路先生は、そこで、川島法学と我妻法学の対比をされまして、両者の最大の違いは、川島法学が解釈法学と異なった民法学を追求したところにあると指摘されました。しかし、他方で、両者には、抽象的な法学方法論の点では類似している点もあるのではないかとも指摘されました。価値判断の重視、社会現象研究の重視、法律構成の重視、これらの点が類似しているのではないか、ということです。

これに対して、私には、これらの点でもやはり我妻法学と川島法学とでは違うものがあるのではないかという感じがあります。たしかに、川島先生は、価値判断を重視されています。そして我妻先生もそうなのですが、価値判断の重視という場合に、川島先生の場合、何を意味しているのか。川島先生の場合には、価値判断そのものをも分析対象にして、人がこれこれこういう価値判断をするということはどういうことなのか、社会の中でこれこれこういう価値判断がでてくるのはどういう場合なのか、というような、価値判断自体を客観的なものとして分析の対象にされるという問題意識が強いのではないかと思います。我妻先生の場合、そのようなスタンスではなくて、まさにご自分の中に価値判断を内在させている。だから、法律に対する視点が、内的視点と外的視点という言葉で性格づけることもできようかと思いますが、やはり違うのではないかと思っています。

その点では、おそらく社会現象研究の重視とか、法律構成の重視というところでも、同じような基本的なスタンスというか視点の違いがやはりあるのではないか。それが私の直感的な感じなのですけれども、その点について、感触を改めてお聞きできればと思います。

淡路　このような問題提起をしましたのは、実は、利益衡量論の星野法学の系譜をどうみるか、ということと関係しています。平井・星野論争を展開された平井先生は、これを川島法学から出てきたという風にいわれているんですが、私は必ずしもそうではないのではないかと思っていて、我妻法学の法学方法論を読むと、我妻法学でも価値判断が法解釈の方法論として重視されているのです。もっとも、ご指摘の通り、川島先生と我妻先生とでは違いがある、確かに、違いはあると思うのですが、しかし、利益衡量論は、川島法学から出てきたものではないのではないか、と思っているのです。星野先生は、価値判断の体系を作るといわれ、川島先生も価値体系については言っておられるわけですが、価値判断そのあり方が、基本的に違うのでは

ないでしょうか。川島先生の場合は、解釈者の価値判断ではなくて、客観的な価値の体系が存在することを指摘されたと思うのです。価値判断の客観性という議論もそこから導き出された議論だったと思いますし、民法理論につながる価値の体系として、商品交換の体系とか、私的所有とか、契約とか、人格とか、そういうものとやっぱり結び合わされていたのではないか、という感じがしていたのです。

我妻先生の場合は、指導原理というようなものでいわれていまして、解釈者の価値判断を指導する抽象的な価値原則のように思われます。そういう意味で、両先生の価値へのアプローチは違うのですが、価値判断を重視するということ自体は、両先生とも言われていたと思うのです（その点では、その前の鳩山先生の時代とは、民法学は大きく転換したと思います）。

両先生の違いばかりを言っていて、水と油のようなそういう認識だけではちょっと足りないかなあ、今後、民法学説史を研究するにあたって、どこが違い、どこが実は共通なのか、という面も研究していただきないなあと思ってあえて言ってみたということです。

また、平井テーゼに対する少し違った見方、つまり利益衡量論が法解釈論争の正当な申し子だと言う認識も、我妻法学に遡ってみると必ずしもそうではないのではないかということもあって、あえてそう言ってみたということです。

（なお、今日はたぶん平井先生の名前が随所に出てくると思いますが、それは、私が書いたもので具体的に最も影響を受けたのは、平井先生だからだと思っています）

吉田（邦）　今の部分はですね。星野先生自身が示唆を得て「導きの星だった」としておられる（星野英一・民法論集一巻（有斐閣、一九七〇年）「はしがき」五頁参照）、川島先生の『科学としての法律学』（弘文堂、一九六四年）（新版岩波書店、一九八七年）を読みますと、確かに「民法解釈論序説」に繋がる価値のヒエラルヒア論（価値体系論）や、存在論を認識論に直結させた「客観主義」理解の萌芽的叙述は、川島先生に既にあります（同書二一頁、七一―七二頁など参照）。しかし川島博士の場合には、科学主義というか法による社会的コントロールという発想が強く、また民法解釈の具体例がそれほど論じられていない点でも、星野先生とは様相が違います。ですから、先生がおっしゃったように、実質的に、我妻先生の方に近いのかもしれませんね。

淡路　私自身は、戦後の法解釈論争については、学部時代に、碧海純一先生の法哲学の講義で教育されたということもあるの

かもわかりませんが、我々にとってすばらしい成果だったと実は思っているのです。法解釈学とは何か、その性質論からはじまってそれを客観化するにはどうしたらいいか、法律家の責任問題も含めて、来栖先生もいわれている。法学界のある意味での共通に得た遺産ではないかなと思っています。

吉田（邦）　そして今の議論を、アメリカ法学に絡めますと、大なり小なり、リアリズム法学のインパクトの所産だという感じがするのですよね。例えば、ホームズやフランクの影響は、末弘先生、ヨリ本格的には、川島先生に見られますけれども、他方で、我妻先生には、既にリアリズム法学の前駆者のパウンドの影響が見られます（この辺りの詳細は、吉田邦彦「リアリズム法学と利益考量論に関する『基礎理論』的考察」同・民法解釈と揺れ動く所有論（有斐閣、二〇〇〇）二五頁以下参照）。いろんな人に種々の形でリアリズム法学が影響を与えていて、それなのに、その後それが一体どうなってしまったのだろうかという風に私などは思います。つまり、当時の諸学者相互の違いよりも、その後の急変振りの方が大きいのですし、それだけ近時の状況に対する私の危機意識も強いですね。（笑）

淡路　それで平井テーゼが星野法学を批判するときに、法解釈論争の正当な申し子だという形で、結局その全てを否定する論理の展開になっているとするならば（平井先生は法学教育に限定して述べられましたが、その後は、研究の領域にも拡大して理解されたように思っています）、どうもそこは違うのかなと感じています。法解釈論争と星野利益考量法学が結びつくところもありますけれども、そうではないところも勿論あるわけで、遡ると、価値判断のところは我妻法学に行き着くわけで、そこを星野先生流に拡大させて、方法論として述べたということではないでしょうか。法の解釈は、法律構成と価値判断の総合となるのでしょうが、星野先生は法解釈方法論として価値判断の面を前面に出され、利益衡量論という形で提示されたわけで、その意味では、法律構成を重視された我妻先生とも、ことば的構成を述べられた川島先生とも違っていて、やはり星野先生が固有の方法論として提示された説ではないかなあ、という気がいたします。

吉田（克）　今の話との関連ですが、私は、利益衡量論に戦後日本の民法解釈学の嫡流という性格が仮にあるとすれば、社会との接点を重視するというところがやはり大きいのではないかと思っています。つまり、戦後民法解釈学の基調には、狭い意味での法律実証主義に対するアンチというものがあったと思うのです。我妻法学は、全然法律実証主義ではないですよね。

我妻法学の場合は、大きな歴史の流れを押さえ、社会認識の上に価値を提示していく。利益衡量論の場合には、我妻法学のような形とは違うかもしれませんが、やはり社会におけるいろいろな利益状況の分析の上で結論を出していく。そこが利益衡量論の大きなメリットではないかと思っているわけです。利益衡量論には、たしかに平井先生のおっしゃるように、法律構成の軽視とかの問題はあったかもしれないけれども、その問題を強調するあまり、社会との連関という問題意識を切ってしまうと、やはりそこには大きな問題があるのではないか。そのような印象を持っておりますので、それだけちょっとコメントさせていただきました。

淡路　平井さんへの誤解があるといけないので、後で訂正しておかなければいけないかもしれませんが…

吉田（邦）　ちょっと語弊があるかもしれませんけれども、淡路先生は控えめに言われていますけれども、星野先生の利益考量論は、それまでのわが国におけるリアリズム法学的遺産とどれだけ違いがあるのかという論点にも関わってくるわけですよね。そして、それを叩き出すと、それまでの遺産全部を叩くことになってしまって、それこそ、平井先生の『損害賠償法の理論』（東大出版会、一九七一年）にしましても、リアリズム法学的影響が濃厚であって、ご自身との関係はどうなのか。過失分析なども非常に機能主義的に、ハンドの定式などと結び付けられました。だからその後それが、「法と経済学」分析とも繋がっていくわけですね（『現代不法行為理論の一展望』（一粒社、一九八〇年））。その他、「法命題というのは、$y=f(x)$というものを示すようなものだ」などと言うことも、僕も平井ゼミで聞きましたし、これなどもある種、論理実証主義ないしリアリズム法学的な捉え方があるわけで、それとの関係はどうなのか、ということについてあまり説明なさいませんよね。大学者は、いろいろな潮流を経ているわけでして、利益考量論が批判されたからといって、後進たちは、その部分だけを受け取っている。そこにおける悪影響みたいなものも出てきてしまうのかなあという気がいたしますね。

三、経験法学をどう受け止めるか

吉田（克）　淡路先生のお話しで触れられた点を少しばかり先に行かせて下さい。「経験法学」の話です。淡路先生が助手になられた頃は、ちょうど経験法学が東大で流行していたという言い方はよくないかもしれませんが、多くの研究者の関心を

集めていた時期だろうと思います。そして、淡路先生も、経験法学との出会いについて語られたわけですが、現在の目でみて、経験法学とは一体何だったのだろうか。私は、正直に申し上げて、これがよくわからないんですね。そのあたり、淡路先生の現時点でのご感触をお伺いしたいのですけれども。

吉田（邦）　ついでに、どうして先生は経験法学に行かれなかったのでしょうか。

淡路　答えるのが大変難しい質問ですね。少し質問に対する答えとしてはずれますが、この問題は現在の法学の状況とも関連して、重要な問題を提起していると思います。現在我々は、法科大学院の解釈論一辺倒、あるいは解釈論重視の教育システムの中にいますが、それは研究面にも影響を与えているでしょう。今の質問を新たに考えてみると、経験法学とは何だったのだろうか、その現在における意味はなんだろうか、また、絶えず問題を提起されてきた川島法学を現在どう受け止めたらよいのだろうか、などといろいろの思いがでてきます。

どうも的確には答えられないのですが、こういうことから言えるかなと思うのは、ひとつは、現在の民法の教科書のつくり方ですね。それぞれの解釈学説に比重を与える論拠もなしに説を並べるとか、判例だけ挙げて学説を全く挙げていないか、つまり、リアルな法律の世界や研究としての法学の世界と関連が薄くなった、ドグマ的な解釈学、我妻法学より前のところに、書きぶりとして戻ったというようなのが散見するという状況が無くは無い。これをどう考えるかという問題を、いまの質問で思い起こします。

経験法学というのは今考えるとなんだったのだろう、私は自分の中では、たぶん、連帯債務の論文を書くときもそうでしたけれども、やはり抽象的な論理の背後には何かたぶん実体関係があったという仮説のもとでアプローチしていったと思うのです。例えばローマ法だってそうではないかと思う。いやそうではない、あれは問答契約だという議論もある。しかし、問答契約だと言っても、それ以前の起源があるかもしれない。それから、ローマ法から近代へと持ってくるときに、やはりローマ法の継受という非常にリアルな現実があったのだろうと。つまり、共同債務のいろいろの具体的な場合を連帯債務として抽象化しないと継受しにくい、そういうことがあったのだろう。不真正連帯債務の議論にも同様のことがあります。

ですから、経験法学の論文へとは行かなかったか知れませんが、経験法学的な思考方法の影響を受けていると思うのです。その後、公害法の研究などで実証的な公害紛争の法社会学的研

究を行いましたが、それも経験法学の影響だと思います。ただ、経験法学とは何だったか、現在における意味を問われたりすると、答えるのが難しいですね。

吉田（克）　私は、淡路先生の法学については、法社会学とのある意味での幸福な共存だといいますか、法社会学的問題意識を基礎に置いた民法学だと思っています。しかし、それが経験法学の影響だと言われますと、少し戸惑うものがあります。経験法学というと、少し違うのではないのかしらというようなイメージがあるものですから…（笑）。いま淡路先生がおっしゃったことは良くわかるのですけれども、それが経験法学である、あるいは経験法学の影響を受けたものであると言われますと、よくわからなくなる、ということなんです。

淡路　経験法学の時期にも幅があったのではないでしょうか。初期のころでは、リアリズム法学と結びついて、法の世界から現実にアプローチする方法がいろいろ試みられた。後期の経験法学となると、かなり予見的法律学となって、例えば、認定された事実から、ある種の事実を抽出して、それと結論とを結び合わせると、将来の裁判を予見できるのではないかといった、そういう種類のアメリカの方法論を導入しようとしたりですね。そういう種類の経験法学のある部分は、コンピューターの発展とかでかなり実現されてきている部分もあるでしょう。現在、経験法学とあえて言わなくても、実現されてきている部分が結構あるように思います。

初期のリアリズム法学から経験法学へとある意味で渾然一体の展開となっていたものから、後期には、法社会学が独立し、実定法学を経験法学化するといっているときの経験法学は、予見的法律学とか、言語的なアプローチによる方法論であるとか、法学の概念の実体化を避けその背後にある事実（利益と不利益など）からアプローチするとかいった方法論が用いられたと思うのです（穂積忠夫先生の論文や太田知行先生の論文など）。私の連帯債務論の出発点も、抽象的な連帯債務概念を実体化せずに、人と人との関係で見る、という点では、経験法学的思考から出発していると思っています。

吉田（邦）　その点についての変遷はともかくとしまして、先ほどの整理、つまり、リアリズム法学（ないし経験法学）の影響を受けた民法学と最近のそれとの対照的叙述は、現状に対する痛烈な淡路先生の批判が込められていますね。

淡路　削除してください（笑）。

吉田（邦）　いえ（笑）。ちゃんと残します。僕は非常に説得力があると思いますし、僕は、やはり自身の立場に余りに振

幅が大きいというのは自分自身の好みではないのですね。だから、利益考量論批判があったからといって、直ちに、僕は利益考量論が悪いとは思いません。そこのところで、例えば、代表的な教科書ライターの内田貴さんはその当時の平井宜雄教授の利益考量論批判を受けて、かつて「僕の教科書では、利益考量という言葉は一言も使わないようにした」と言われたことがあるのですよね。そういうのを、多くの読者が読まれて、今までの日本民法学の遺産というのをどう受けとめられるのか、「利益考量は過去のもの」と受け止めてしまうのかどうか。内田さんご自身は、今までの蓄積の成果を咀嚼されて、良くご理解されている方だと思いますけれども…。本来、だから、そこのところをも学生には、伝えていく必要があるように私は思います。

それから、経験法学をどう受け止められるかというところで、僕は、淡路先生が、先生流に取捨選択されている面があると思うのですね。

四、「もう一つの民法学の潮流」について――とくにマルクス主義、「法と経済学」との関係

吉田（邦）　それで、ここでちょっとお聞きしたいと思うのですけれども、僕は、平井宜雄教授とこういう議論をしたことがあるのです。今日のお話で、「もうひとつの民法学の潮流」というのは至極当たり前のことと、私などは受け止めています。平井法学にしても、そして星野先生でも、民法学のイメージが広いですよね。アメリカに行ってみると、向こうの第一線の研究者は皆、解釈論だけでは駄目だというということで、いろんな基礎理論をやっていっていて、それに染まりながらこれまでやってきた者としましては、なおのこと共鳴するところがあるのです。

それを受けて、平井先生に、「先生、民法学の重要問題としてどういうことをやらなきゃいけませんか」ということをかなり前に議論したことがあるのですね。多分、それは我妻先生の問題意識も受けてだと思うのです。そうすると「三つある」とされて、「重要なことは、一つ目は、マルクス主義にどう接するか、二つ目は近代法問題をどう捉えるか、三つ目は解釈方法論ないしは法的思考というものをどう考えるか、ということだ」と、言下に答えられたのですね。

そして、その最後の部分に関連して、先程の淡路先生のお話をお聞きしていまして、アメリカのパーソンズ（Talcott Par-

sons）以降、川島先生が、平井先生によれば断絶があるというように捉えられて、従って、法の科学理論といいますか、経験法学の後期と言われましたかね、そういうものには行かれなくて、淡路先生は法的なものっていうものをされながら、法社会学的なものを模索されていたのかなという感じがしますけれども、その点についてのコメントをいただけますでしょうか。

それから、マルクス主義の問題にしましても、私は、先生の世代は、私ども以上に、吉田克己教授も私以上に強い周囲の影響というのはあったと思いますけれども、私自身は、ポスト・マルクスのフーコー（Michel Foucault）とか、私なりに批判法学という形でその問題（前述第一のマルクス主義の問題）を受け止めていますし、先程の三つ目の問題、二つ目の問題についてもそれなりに受け止めているつもりです。それとの関連で、あまり先生のものでマルクス主義的な応接というのは無いと思いますけれども、どのように受け止めたらいいのでしょうか。

淡路　私が助手から若手の研究者として学会にデビューさせていただいた一九六〇年代後半から七〇年代という時代は、日本社会が高度成長、工業化、地域開発、大量生産、大量消費と大きく動いた時代で、公害、環境破壊、薬害、食品公害など、法、それも民法や不法行為法に大きな解決の期待が求められた時代だったと思います。私は、期せずしてその真っ只中にいたわけで、解釈学的なアプローチにせよ、法社会学的なアプローチにせよ、実践的な問題解決をどうしたらよいかが頭のなかにありました。公害紛争のアプローチでは、はじめ、一九五九年の水俣病の見舞金契約と一九七〇年の水俣病補償処理委員会によるあっせん案の分析については、川島先生の方法論を適用させていただきましたが、その後、全国の公害紛争を調査し、分析するにあたっては、パーソンズのＡＧＩＬ図式が有効だと教わり、それを用いて（というほど正確な応用ではありませんが）分析をしました。

マルクスについては、いくらかは勉強しましたが、深くは入りませんでした。実は、助手時代に、何人かでマルクスの読書会をやる必要があるんじゃないかということで相談に行ったことがあるんです。来栖先生と川島先生両方に相談に行ったのですが、そしたら、そういう勉強よりもっとやることがある、と助言されました。川島先生だったと思います。今にして思うと、すでにそうそうたるマルクス法学者がおられたのですから、そうだったのだろうと思います。その後は、法学の基礎理論というようなところからアプローチすることはできていません。実定法学者として、要するに、次々と起こる新しい現象に対応し

ていくのが、私のこれまでの公害・環境法のアプローチだったと思います。ですから、平井先生とか、吉田邦彦先生、吉田克己先生、さっき褒めさせていただいたわけですけれども、そういうところに関心を持って基礎法学的な理論をきっちり研究することは、私としてはできていません。

私の助手時代は、ある意味では研究の方法論がいろいろ模索され、試行された時代だったと思います。それは法学の基礎理論でもあったし、それとも少し違う実践的な法学の基礎理論もあったように思います。私は、公害や薬害などの実践的な課題にぶつかりましたので、それを解決するための方法論を求めました。研究者というのは、要するに、自分の関心があるところ、大げさに言えば、自分の使命や課題と思う領域をやればいいので、そこで方法論的に行き詰まれば、新たな方法論を模索するということになると思います。平井先生の研究の軌跡はまさにそうではないかと思います。私が取り組んだ領域では、とにかく現実の実定法の問題に対してどう自分が対応してくかという、自分の関心のあるところも含めて、やってきましたので、もうひとつの民法学を自分なりに追及して、何か新しい民法学を打ち立てるということはできませんでした。私の場合には、法社会学の領域に属することがいくらかできたということであって、法哲学なり法学の基礎理論というところではなかったですね。

それから、もうひとつ問題提起された法的なもの、つまり法的なアプローチの固有性とはどのようなものであるか、ということですが、この点は平井先生が本格的な議論を展開されていると思います。また、法と経済学の議論が一時流行して、カラブレイジ（Guido Calabresi）などの議論が導入されたりしました。私としては、効率性の議論を直接に法の解釈論に応用するという点については、寧ろ批判的に受け止めています。象徴的にいえば、経済学は効率性の議論をするけども、法学は権利の議論をするという発想で考えるべきではないか、権利を効率性を目標にして再分配するのが経済学の考えですけれども、権利の分配はなされているという発想のもとに権利の分配とその確保をするのが法的な思考だと、考えるべきだと思うのです。もっとも、法政策学と法解釈学は違いますから、法政策学においては、効率性の議論は有用であるし、権利の再配分も当然あると思いますが、法解釈学にストレートに持ち込むことには問題があると思っているのです。

一つの例ですが、平井先生の過失論ですが、ドイツの過失論の導入を批判しながら、なぜアメリカ法のハンドの原則をもっ

てこなければいけないのかは分かりませんし、また、なぜ、大阪アルカリ事件の判決が、過失を認めることによって社会的にどう影響を受けるかを重視したからといって、なぜそれを現在過失論の中で位置づけなければならないのか（大審院の大正五年の大阪アルカリ事件）も分かりにくいですね。それだけではなく、根底にあるのは、権利を再分配する議論ではないか、という風に見えるので、そこは法学的な思考ではないと、そういう感じがしているのです。

吉田（邦）　さっき聞きました三番目の法的思考を追及されているというのはわかりましたが、それとの関連でも「法と経済学」に対する先生の受け止め方を興味深く伺いました。では、「鼎談」ではないので（笑）、どなたか、続けてご発言ください。

五、淡路法学の法社会学的手法と川島理論との異同

尾崎　一郎　一連の鼎談で出ていた話と関係があると思うのですが、川島理論の位置づけについて、是非、ご経験から色々教えていただけたらと思います。

先ほどの質問でも出ていた「もう一つの民法学」の潮流ということについて、私なりに理解すると、社会に対する視座が確保された、狭い意味でのドグマティクではない法学をきちっと追及していくという話だったと思います。しかし、川島武宜先生の一連の著作を読んでいくと、川島先生自体はそういう穏健な意味での社会学的法（律）学というものを飛び出してしまっているところがやはりあるように見えます。

というのは、ひとつには、言うなれば理論物理学的な志向性が強いように見えます。つまり、普遍的な法則性、さらには、単純な幾つかの要素に還元してそれを演繹的に組み合わせることで全現象を統合的に説明するような理論を希求されているし、そのような理論が可能であることを前提としている。そして、法学そのものを、そのような理論に包摂した形で書き換えようと意識的にせよ無意識的にせよ目論んでいたのではないか。この点、さきほど我妻先生との違いということで、法学における価値判断とか判断枠組みについての対象化の有無について吉田克己先生が言われましたが、単に対象化しているだけではなくて、なにか狭い意味での法学を超えた（ある意味全く法学的思考と相容れないような）普遍理論で（法的思考や法実践を含む）すべてを説明してしまおうとしていたように見えます。そもそも、そういう説明が可能なのだと考えていた。こういう

普遍理論への欲望が、彼のもともとの法（律）学者としての持ち味を凌駕し、暴走していったのではないかというふうに（一同笑）、感じるわけです。

もうひとつ、他方で、法学を「科学化」するという時に、科学化による民主化といいますか、今なお一部の学者が法律学に対してしている揶揄を引用するなら、「非科学的」な「神々の争い」や「信仰告白」から抜け出る道を模索するということも、川島先生のモチベーションの中にあったように読めます。そういう志向性ないし政治的（？）バックグランドが「科学」への（非科学的な？）情熱の背景にあるようにも見えるわけです。そういうふうに言ってしまってよろしいのかどうか、かねがね気になっておりました。

つまり、一方で理論物理学的傾向、他方で民主化としての科学化への情熱が、川島理論に併存していたように見えるのですが、この点について、淡路先生の御理解を御教示頂ければと存じます。

淡路　大変、示唆に富んだ、そしてたぶん的を突いたご意見だと伺いました。川島法学については多くの研究者がそれぞれご経験とご意見をお持ちだと思いますし、直系の先輩の先生方（太田先生、平井先生、六本先生）もそれぞれご意見をお持ちだと思いますので、これは私の個人的な感想でしかありませんが、私は、「川島法学への一アプローチ――『川島法学の全体像』にかえて」（ジュリスト一〇一三号）という文章の中で、今おっしゃった第一の点で述べておられるようなことは私も感じ、書いているのです。川島法学には一貫した特徴があるという仮説を挙げてですね、「まず、第一に、川島法学の全体を通じて言えることは法を対象とする学問を経験科学たらしめるためにはどうすればよいか、という学問上、方法論上の問題意識が常に基本にあった」と。そのためにはどうすればいいか、ということで対象が変わっていくということがあっても、基本にはそれがあった。そこから、法社会学の生成確立を目指す様々な研究とか、科学としての法律学とかの主張が出てくる。民法の解釈ですらその例外ではなかっただけではなくて、もっとも、初期に書かれた民法の解釈論文も常にそのような問題意識に支えられているという風に私は書いているのです。法を対象とする学問の科学化こそ川島法学が主観的に目指されていたことで、その科学化と言われているところに純物理学的な発想が、たぶんあるのではないかということだと思うのです。

しかし、川島法学は、無目的な学問のための学問、科学のための科学を志していたわけではないということが強調されなけ

ればならないと思うのです。その時代時代の背景の中で、時代の要請にこたえるべく法律学は何をすべきかということで、議論が展開されてきたのではないか。例えば、所有権法の理論の中でモデルとして挙げられた近代法のあり方、それと対比して分析されて、必要な場合に批判されたわが国の前近代的な法関係に関する数々の著作は、まさに実践的にそういう問題意識で書かれている。つまり、所有権の理論はこういう風になるというだけではなく、それをモデルにしながらその理論で見たときに、日本の現状の法関係は問題ではないか、前近代的ではないか、商品交換の体系から言ってもこれは変えなければならないのではないか、というそういう実践的な問題意識に支えられていると思うのです。そのことはまた、市民的、市民法的な視点につながってくる。前近代法的な視点との対比で、科学的、公準的な視点で作ったモデルから見ると、そのモデルが市民法的な視点に実は繋がっていく。先ほど二番目に言われたことは、多分そういうことだと思います。

川島法学の科学化への志向のその後ですが、所有権法の理論の時には、それは、わが国の前近代的な法関係を改革するという目標、そのための法理論を作ることが目的とされました。その後の科学化、公準理論については五〇年代以降、社会が変化して、市民社会が進むに連れて、法や裁判に対するコントロールと予見という新たな社会における市民的な要請ということに視点が合わされていくということで、対象が変わっていくのだと思います。しかし、さっき言われた物理学ではないけれども、科学化への志向というのはそういう意味では変わっていないのではないか。

しかし、川島法学は方法論において変遷をとげていったと思うのです。つまり、法律学は何をなすべきか、という問題意識をもって、科学化、公準理論をつくるといっても、時代の要請が変わり、時代の状況が変わってくれば、方法論は変わってくることにならざるを得ない。川島博士の用いられた方法論は多岐にわたりますが、法を対象とする科学の経験科学・社会科学のひとつとして、生きた肉体的人間から出発するという点で共通の基礎を有していたと言えるように思います。ただ、その方法論は前期と後期とではまったく違ったものになった。前期では、近代法と前近代の法関係の分析という巨視的な問題意識と、当時の社会科学の理論状況、マルクスとマックス・ウェーバー（Max Weber）の巨視的理論枠組みが中心であったから、「商品」とか「商品交換」を基礎としたマクロな法の科学理論（それは公準ということですけれども）が構成された。しかし、『科

学としての法律学』になると、これは市民社会化が進んだ結果として、近代法そのもののあり方や行動が分析対象となって、アメリカの社会科学などの影響の下に、人間行動にかかわる様々な科学的方法が試みられ、ミクロな理論が展開されたという、まあそういうふうに全体で見ると、そういう仮説も立てられるのではないか、ということです。

吉田（邦）　かなり川島先生に関する話ばかりが続いていますが…、淡路法学の方に、話を進めましょうか。（笑）

六、スタルク＝淡路・不法行為理論の現代的意義――不法行為法の制裁機能論との関係

吉田（克）　論点を変えますが、不法行為のところで一点お伺いしておきたいと思います。先ほど、淡路先生は、被害者の権利としてスタルクの保障理論に注目しながら、新しい不法行為理論を展開されたというお話を伺いました。そこで強調されたのは、それまでの不法行為法学においてはいわば加害者に焦点が当てられていたのに対して、むしろ被害者に焦点を当てるべきだ、ということだったと思います。しかし、最近、改めて加害者に着目する視点が強調されてきていますし、それは積極的に評価されてよいのではないか、という気もしています。つまり、不法行為の制裁機能あるいは違法行為抑止機能という観点が、改めて現代的な意義を持ってきているのではないか。それが、淡路先生がその後でお話しになった環境問題などにおいて現代的な意義を持ってきているのではないか。そのような問題意識が私にはあります。

私は、被害者の立場に立った不法行為はやはり大事だし、公害による生命・健康の侵害などの問題については、これは絶対に譲れないというところがあると思うのですけれども、広く環境となると、被侵害利益のところに違いが出てきて、そこが違ってくると、視点が違ってくることがあって、行為の方に改めて着目してもいいのではないか。このようなことを少し考えているものですから、その辺りの先生のお考えをお聞かせいただければと思います。

淡路　私が『不法行為法における権利保障と損害の評価』で著したのは、まさにそこなのです。つまり、不法行為法の目的には、被害者の権利保障と不法行為の抑止がある。責任というところでは「権利保障」、損害評価というところでは「制裁的慰謝料」論を認めるべきだということを、そこで主張しています。そうなると、加害者の意思にかかわる事実も、単に故意か

過失かではなく、意欲する故意とか、認識ある故意とか、未必の故意とかがあり、過失だって、重過失、軽過失があり、それに応じて賠償額というものがやはり変えられる必要がある。不法行為責任を認める、認めないという問題とは別に、制裁的な機能というのとは、私にとっては効果論のほうでは大変重要だと思っています。

ですから、いまのご意見に賛成です。とくに、現在のように刑事制裁を強化することによって、社会的な違法行為をコントロールしようということが流行しつつある時代には、刑事制裁を偏重することではなく、民事責任の役割を重視して、制裁的な賠償ということをきちっと位置付けて考えなければいけないと思います。一九九七年最高裁が、萬世工業事件（最判平成九年七月十一日民集五一巻六号二五七三頁）でカリフォルニア州の制裁的慰謝料判決の日本での執行を否定したのは非常に残念で、あれは判例変更すべきだという風に思っているのです。

吉田（克）　なるほど。ご指摘になったのは、懲罰的損害賠償は日本では認められないとした判決ですね。

淡路　そのような法制度を認めていないので、公序良俗違反で執行力を認めないと言ったあのケースです。

吉田（邦）　先程の紹介では省略してしまいましたが、スタルク教授の著作には、民事罰に関する叙述がありますね。フランス民事責任法の民事罰的系譜については、最近、廣峰さんも検討されています（廣峰正子「民事責任における抑止と制裁（二・完）」立命館法学二九九号（二〇〇五年））。はい。町村さんどうぞ。

七、制度論――刑事法・行政法との関係、ADR及び団体訴訟

町村　泰貴　北大で民事訴訟法を担当しております町村と申します。今のお話で、刑事制裁よりは民事制裁、民事責任を強化してコントロールしていくべきだというお考えに、私もそのように思うのですけれども、世間ではむしろ逆の方向にいっていますね。かえって刑事制裁に強い依存といいますか、期待をしている傾向があると思います。あるいは行政法もそうだと思うのですけれども、行政的な規制という方に、何かこう先祖帰りするような傾向がやっぱりあると思うのですけれども、そういうのに対してどう対峙していったらいいのか、いまひとつ自分の中でも、もやもやしていまして、よくわからなくなるんです。そのあたりの先生のお考えをお聞かせいただけたら幸いで

す。あと、ご報告の中で述べられていたＡＤＲ（Alternative Dispute Resolution）と、それから、団体訴訟に結びつくと思いますが、環境権論についての現在の評価をお聞かせいただければと思うのですけれども。

淡路　ご指摘の第一点については、私自身も問題意識をもっています。この時期ですからもう一度強く主張する必要がある、問題提起をする必要があるのではないか、と思うのです。ひとつの方法は、刑事裁判の中で一定の場合に損害賠償訴訟（付帯私訴）が認められるようになっていますので、その損害賠償裁判の中で、被告側の行為の違法性の強さを賠償額に反映させていくことができないか、ということです。刑事裁判の中で、故意・過失や違法性の程度が証明されますので、そのことを損害賠償に反映させることができます。そういうことの検討もしてよいのではないでしょうか。これまで、民刑分化が強調されて、いまの時代には、刑事制裁の厳罰化の方向に動いていますが、刑事制裁の厳罰化はむしろ慎重にして民事制裁を利用することも検討してよい、と思うのです。

それから二つ目のＡＤＲ、それから団体訴訟と結びつく可能性のある環境権論についてですけれども、まず、団体訴訟の必要性を行政事件訴訟法の改正との関係でどうみるか、という問題がありますね。行政事件訴訟法が改正されて、取消訴訟の原告適格を緩和する規定が最高裁判例を明文化する形で、行政事件訴訟法九条二項に入れられました。また、義務づけ訴訟とか差止訴訟も導入されました。しかし、いままでのところ、実際には、義務づけ訴訟も、差止訴訟もあまりまだその機能を十分に発揮するには至っていないようです。取消訴訟でも、小田急訴訟では、結論は請求が認められていないわけで、そこで、団体訴訟の課題というのは、相変わらずあると思うのです。行政事件訴訟法の改正のときの議論では、団体訴訟をどうするかという課題が提起されていましたが、結局、課題として残されたわけです。しかし、団体訴訟を起こすニーズは、行政に対してだけではなく、民事でもあると思いますので、果たして、行政事件訴訟法の改革だけですむのか、という問題はあると思います。もっとも、今後、行政事件訴訟法が再度改正されて団体訴訟が導入される可能性があるのかというと、ちょっと難しいかもしれませんね。消費者法の領域では消費者契約法に団体訴訟が導入されましたので、環境の領域だって認められて良いのではないかという議論は出てきていると思うのです。行政事件訴訟法の改正でいくのか、環境基本法の改正でいくのか、といった問題はありますが。来週には、東京弁護士会で、環境法の領

域で団体訴訟をどう位置付けて入ったらよいか、というシンポジウムが開かれます。団体訴訟導入のニーズは高められていると思うのです。

環境法において団体訴訟が認められるということは、環境権論とも関係します。この問題は、環境損害の問題とも関連していて、団体が個人的被害を証明できない環境損害の差止と損害回復の訴えを提起できるようになれば、環境権の目的はその限りで果たせることになるのです。EUでは、環境損害指令が二〇〇四年に出されて、その方向に向かっています。

それから、公害のADRについてですが、公害等調整委員会は、今のところ法律で公害に限定していますので、環境紛争の調停や仲裁や裁定などをすることはできません。訴訟のような、たとえば誰か被害者がいないとかいうものについて、ADR機能を使うということは、今のところできないんですね。この点は、法律改正が望まれるのではないでしょうか。

町村　私の方の問題意識を話さずに、質問だけしてしまったんですけれども、公害等調整委員会に関しましては、スパイクタイヤ問題に大きなインパクトを受けたことがありました。あれは多分被害者がいないような、まさに拡散的利益の損害で、弁護士会かどこかが申立てをして、タイヤ会社を相手方にして、結局、製造禁止という形での裁定といいますか最終的合意に至って、それが後に立法にも結びついたという大変ドラスティックな経緯をたどっていますので、すごいなというふうに思っていました。ADRも、そういうような法創造機能を果たすことがあるというのは事実ではあります。他方で、先生のおっしゃったような法追随的といいますか、ちゃんと追随してくれればいいのですけれども、実は、被害者・権利者の権利を切り詰めてしまって、要するに、妥協を強いる場になってしまうという現実もあるように思います。私は二流の司法と呼んでいますが、そういう機関になってしまいがちなところはありますし、現にPLセンターなどはそういう風に見られているわけですよね。そう見られているから消費者が行かない、だから、事件も入らない、余計に信用を与えられないという悪循環にもなっています。

現在、ADR法ができて、いくつかの機関が認証を通ったわけですけれども、その認証基準なんかも、やはり法による解決ということを前提にしていますが、どうしても、裁判所の調停委員会のもっと力のないバージョンを民間でやらせる結果になりやすい気がするのですけれども。そういう問題意識から言及させていただきました。

淡路　今おっしゃったスパイクタイヤの事件ですが、これも公害ですので、公調委が取り上げることができたわけです。あの事件については、私も注目しました。私は、公調委が、かつての司法補完的機能、行政補完的機能から、その役割を拡大して、司法的機能、そして司法的機能拡張機能として、原因究明機能、公害行政代替機能、法政策形成機能、そして司法判決フォローアップ機能を果たすようになっていることを指摘しましたが、スパイクタイヤ事件は、公調委が法政策形成機能を果たした例として説明したのです（「公害紛争の司法的解決と公害紛争処理制度による解決」立教法学六五号）。そういうことができれば、ＡＤＲ制度、しかも行政型ＡＤＲ制度は、今後も機能していくと思います。

もう一つ、東京都消費者被害救済委員会のお話をさせていただきますが、私は、そこの会長を務めさせていただいています。年に四、五件くらい申立てがあり、部会が設置されます。昔は、年に大きな案件が一件とか二件とか、少なかったんですけれども、それだとつぶされますので（笑）、申立件数が増えました。相談部門から救済委員会に案件がつなげられましてですね。部会は、学系、弁護士、消費者、事業者から構成されます。この救済委員会で我々がいつも心がけてきたのは――これは初代会長の正田彬先生、その次の清水誠先生以来の伝統なのですが――法は踏まえる、法は踏まえるけれども、法の限界を超えてそれ以上の解決を求めるということなのです。ＡＤＲで権利を削減して妥協を求めるのではなく、権利を拡大していく。何故かと申しますと、それは消費者法というのが生成途上にあって、これからどんどんそれを発展させなければならない、消費者被害が起こっているのは消費者法が現実に追いついていないからだ、という認識です（もっとも、悪質な事業者の行為も後を絶たないですが）。たとえば、信販会社などとなると、事業者とは別の主体ですから、かつては、抗弁の接続が認められないようなケースでは、大変苦労しました。しかし、ＡＤＲを通して消費者の権利を拡大していかなければならないという発想で、信販の事業者に対する管理責任を強調するなどということをやってきました。その後、法改正などがなされたりしました。妥協と中間的な解決というよりは、ＡＤＲが法の限界を超えるということもあり得るわけで、先ほど申し上げましたように、公害等調整委員会も最近ではそういう役割も果たしつつあるように思います。

しかし、そのような役割を果たしているようにはみえないＡＤＲもありますね。製造物責任法が制定されたとき、いくつか

の業界団体がＡＤＲを設置しましたが、どうもどれだけの役割を果たしているかわかりません。わたしも委員を頼まれたことがありますけれども、案件は全然きませんでした。訴訟が少ないところからみると、案件がないのかも知れませんが。

八、不法行為法における権利拡大とは逆向きの近時の理論的展開について――とくにエヴァルトのリスク論（科学的な予見に対する懐疑論）

吉田（邦）　ちょっとよろしいですか。あの、時間のあるうちにこの点だけはお聞きしておきたいことがございます。すなわち、立教法学のご講演（七三号（二〇〇七年））に関して、昨日もちょっと議論させていただいたのですけれども、そこには、フランス不法行為の判例法における権利の拡大傾向という話が詳細に書かれています。しかし他方では、方法論的に不法行為評価の前提を覆すような議論が、同じフランスの別分野からでているのです。エヴァルト（François Ewald）の議論のことです（L'Etat providence (Grasset, 1986) に始まる一連の著作）。つまりこれは、先程の川島先生的な科学的な社会コントロールという発想が、そういう科学的な実証主義が妥当するのか。特に環境問題などではよく言われることですね。そうすると、結果の予見というのも難しいので、――ルーマン（Niklas Luhmann）的なオートポイエーシス的に――自己言及的にはね返って自省的に規制するしかないのではないかという、リスク規制論の転回が説かれたりするのです。換言すると、グランドセオリー的に、或いは、法と経済学が前提としているような費用便益分析っていうのは本当にきちんとできるのかどうかということに対する懐疑ですね。実はこの問題は関西大学に赴任しました今野正規君が詳しくやっているところなのですけれども、彼が来られないものですから、代わって、指摘しているのですけれども、そういう方法論的な行き詰まりみたいなものがあってですね。かといって、安易な規制緩和には乗らずに、どのように理論を展開すべきか、という問題です。

今野　正規（誌上参加）　最近のフランスの議論では、福祉国家の危機と並行して民事責任の危機が議論されるようになっています。つまり、リスクが不確実性へと質的に変化したことで、統計的・確率論的リスク管理や、集合的リスク管理システムとしての福祉国家が機能不全に陥ってしまい、福祉国家システムの一部を担ってきた民事責任や保険といった制度について

も再検討の必要性が意識されるようになっているわけです。私が以前勉強したところでは、こうした動きはフランスでは一九八〇年代の輸血・血液製剤輸注によるＨＩＶ感染事件を契機に意識されるようになって、その議論の過程で、民事責任を損害の塡補というリスクの分配の観点からだけではなくて、被害者の視点をヨリ重視すべきだという観点から、加害者の制裁や事件の真相究明といったものまで含めて再定義すべきだ――そして、それこそが「責任」という語の本来の意味なのだ――という議論がなされるようになったわけです。ですから、そういう文脈で考えますと、不確実性を前提とすると、淡路先生のいう権利保障についても、その意味が随分変化してくるのではないかと思います。このあたりも勉強させていただきたいところです。

九、淡路不法行為論、環境法の義務論的アプローチについて

吉田（邦）　そこで興味深かったのは、先生は、法と経済学に批判的に迫りたいと、スタルクの権利拡充理論に惹かれるけれども、先生のお話を聞いていると非常にデオントロジカル（義務論的）ですね。だから、功利主義的な発想じゃないですよね。ある種、帰結主義的な、結果志向的な発想はどこか避けておられるようなニュアンスがあるのですね。最近の行為不法の方法論的な見直しということとか、環境法のプリコーショナリプリンシプル（予防・警戒原理）にしても自分の環境破壊行為がどういう帰結をもたらすのということが中々算定できないようなところまできている。そうすると、なんか怪しげなものは事前のところで「待った」をかけるというような、近代法の予見万能の思考様式の前提を問い直すような方法論的な問題を意識しながら議論できるのですね。

　私は、日本の「予防原則」を説く論者はそこまで理解して議論しているかどうか…、怪しい面があるのではないかなと思うのです（「予防原則」が定訳になりつつありますが、環境問題における precaution の語感は、明らかに、例えば、「予防接種」のように、結果を予見して防止するという近代的前提とは違うところにあるのです。それをイメージするために私は、敢えて「警戒」の言葉を使うのです）。そして、そのような方法論的転回ゆえに、その他、例えば、医療過誤で、行為指針の方が浮き出てきたりしているとも見うるのですとかですね（盲腸炎の手術での副作用のショック症状による後遺障害が出た事案で、

能書きどおりの二分間隔の血圧測定のしなかったところに（行為）過失があるとしたケース（最判平成八・一・二三民集五〇巻一号一頁）など想起してください）。

あのちょっと調和的な言い方ですけれども、他方で先生には、今のＡＤＲの話でも社会的なコントロールの側面では、川島先生的な影響を窺えるようにも思われます。川島先生が引かれたオリバー・ウェンデル・ホームズ（Oliver Wendell Holmes, Jr.）は「法と経済学」のプリカーサー（先駆者）と評価されたりしていますよね。「そういう面はどうも…？」というリアクションの方が、先生の環境法的な知見と一致しているようなところもある感じがするんですけれども。その辺ちょっと補足的にコメントいただけたらと思うのですね。

ですから、ご講演に出てこないフランス法について、あるいは、（そこには）ドイツの社会学の影響もあるんでしょうけれども（例えば、トイブナー（Gunther Teubner）とか）、その辺も踏まえて、フランス法を理論的に翻訳して、従来のフランス不法行為法の前提を組みなおすような議論が出てきているということは、どのように捉えたら宜しいのでしょうか。

淡路　今のご質問は寧ろコメントして伺いたいと思います（笑）。また、フランスにおけるその領域の議論を研究されている今野さんからもいろいろご教示いただきたいと思っています。

私が、最終講義で注目し、実定法的な議論として日本法と比較しましたのは、フランスの民事責任法は、一九九〇年頃からのこの十年から二十年の間で、さらなる客観的責任の方向へ進んだ、それも裁判所の判例が引っ張る形で変革を遂げてきた、ということなのです。判例（民事二部が中心だと思いますが）が先へ先へと民事責任の原則の根底を覆すような判例を出してきて、それが実定法化しているということなのです。学説は、その理論化をはかったり、逆に批判をしたりしていますが。

吉田（邦）　それでは聞き方を変えますと、「法と経済学」流の権利の再配分的なものにはコミットしたくない、寧ろ、懐疑的だという先生のスタンスはどこからくるのですか？

淡路　これは別にフランス法から来ているわけではなく、不法行為法を研究対象とし、現実の不法行為被害をみてきた私自身のスタンスです。

吉田（邦）　ある種の科学主義は社会コントロールとしてやるべきだという思考様式ですよね。功利主義的な発想もその一環で捉えられるのです。

淡路　最大善を追及すると、それは効率性だという立場もあ

りますが、歴史的に配分された権利を守ったりそこを広げていくとか、あるいは未知の領域の被害を防ぎながら将来世代の権利を守っていくというのも、これも一つの立場です。科学主義がどちらかに結びつくのでしょうか。

ただ、こういうことはいえると思うのです。リスクが個人レベルで発生し、個人間の利害調整としてあらわれる場合と、大規模な社会的リスクとしてあらわれる場合とでは、異なる。前者は伝統的な不法行為法が扱う場面ですが、後者は、伝統的な不法行為が扱うことができるが、法政策としては、背後にある膨大なリスクをどうするかを考えなければならない。今野さんが研究されているフランスのＨＩＶ問題もそうでしょうが、より明確なのは、アスベスト問題や地球温暖化問題でしょう。アスベストや化石燃料は社会に対して利益を生み出してきたので、それを社会的にコントロールするとなると、利益、損害（保険のコストを含む）、科学的予見性の程度が重要な要因となる。これは伝統的な不法行為の枠組みではとらえきれない法政策上の課題となる。そういうことだと思うのですが、その政策を基礎づける主要な要因の一つは、やはり科学だと思います。ある時点では、不確実性の程度が高いので、予防原則と呼ばれたりしても、それはやがて防止原則へと強化される。地球温暖化についてのＩＰＣＣ報告がそうだと思います。

一〇、アメリカの義務論的議論との対応関係

吉田（邦）　アメリカでの不法行為理論の七〇年代の理論的な展開として、やっぱり、法と経済学のコンセクエンシャリズム（帰結主義）的な思考様式に対するアンチテーゼとして権利論という、フレッチャー（George Fletcher）以降の、エプスティン（Richard A. Epstein）もそうです（これについては、吉田邦彦「法的思考・実践的推論と不法行為『訴訟』」同・民法解釈と揺れ動く所有論（有斐閣、二〇〇〇年）二二八頁以下参照）。そういう文脈もあるものですから、それと照らし合わせますとね、先生の議論はあくまでもデオントロジカル（義務論的）な色彩が強い。そしてそれは、今日的な問題意識ともフィットするという意味で興味深く思っているのです。ですから、プリコーショナリ・プリンシプルにすぅっと入っていけるのです。と思うのですけれども、いかがでしょうか。リスク論については、今アメリカではものすごく議論がなされていて（例えば、Tom Baker et al. eds., Embracing Risk: The Challenging Culture of Insurance and Responsibility (U. Chicago P., 2002)）、多分そ

の出所はフランス辺りにあるのかなと思ったりしますけれども。

淡路　吉田さんは理論志向・方法論志向が強く、その意味で理論からのトップダウンだと思いますが、私の場合は、現実の問題を解くための方法論で、ボトムアップできましたので、議論がすれ違って申し訳ありません。

そのような私の立場からアプローチしますと、たとえば、環境問題でいえば、プリコーショナルアプローチとかプリコーショナルプリンシプルというのは、当然の流れになるのです。実は、たぶん一九八〇年代の頃だったと思いますが、ドイツからレービンダ教授、その後も若手の研究者が来られて、日本におけるプリコーショナル・プリンシプル（予防原則と呼んでおきますが）がどう議論されているかの研究に来られました（予防原則はドイツの国内法の議論として始まり、国際法に導入されていったといわれています）。当時、日本では、予防原則と防止原則を区別した議論はなされていませんでしたので、日本側では混乱が起こったと思います。しかし、日本では、水俣病事件にしても、スモン事件にしても、被害が起こった後の訴訟事件の法的解決としては、予見義務と予見可能性を高度化していくという解釈手法をとったので、予防原則と防止原則の区別する必要はなく、その区別もなかったと思うのです。

ところで、予防原則は、その後、国際条約では国連気候変動条約などに取り入れられ、しだいに法原則化していきました。また、フランスでは、一九九〇年代の中頃に環境法典に取り入れられ、裁判でも用いられるような法原則となり、二〇〇四年の環境憲章にも取り入れられていったのです。このように、予防原則は、環境法の中では、いまやグローバルスタンダードともいうべき地位を占めているように思われるのです。

もっとも、この原則を他の領域に適用していこうとするときには、理論的な分析が必要となります。フランスでも予防原則は、環境問題に限られているわけではないと思います。そこでは、したがって、科学主義の適用と限界、予見可能性との関係など、さまざまな課題が提起されるでしょう。日本では、議論はそこまでいっていないということかも知れません。フランスでは、ＨＩＶの責任やアスベスト立法のさい、そのような本格的な議論が展開された、ということではないでしょうか。

吉田（邦）　どうも理論志向が強いものですから、ちょっと妙な質問しましたけれども。今日若い方も、不法行為の専門家とか、商法の若い方とか、いろんな方がいらっしゃっていますので、どうですか、気軽に自己紹介を兼ねて日ごろお聞きした

いことかなんかあったら、どなたからでもちょっと発言されませんか。せっかくの機会ですから。

一一、環境不法行為の異質性・重要性

淡路　さきほど述べたことで、一点、補足させていただきたいことがあります。理論志向と関係しますが、フランスでは、環境損害の議論に関連して、チャレンジングな議論が展開されている、ということです。環境損害というのは、誰も被害者がいなくて、自然環境とか、土壌とか、水とかに被害が起こる。それを誰が防ぐか、生じた環境損害に対しては誰が責任を負うか、誰が回復の責任を負うか、そういう問題です。ヨーロッパでは、二〇〇四年にEU指令が出されて、各国がそれを国内法化しつつあるわけですが、このような問題に対して、伝統的な民事責任法学者（たとえば、ヴィネー―Geneviève Viney―教授など）が、それと伝統的民事責任法との関係、司法的関与、そういった本格的な議論をしているのです。国際研究集会でのテーマとしてもとりあげられました。つまり、環境法だけでなく、一般の民事責任法の領域からアプローチされているのですね。理論志向から、日本でも、不法行為法との接点が議論される必要がある、不法行為法としてギリギリ考えた時にそこに何か接点が出てくるのかどうかというのは、これはひょっとしてチャレンジングな問題ではないか、などと思っています。

吉田（邦）　つまり、「生態系への加害行為」ですよね。それを民事、従来の体系とどのように接合させていけるかという問題で、私もかつて、アメリカ法学を紹介・検討しました（吉田邦彦「環境権と所有理論の新展開――環境法学の基礎理論序説」同・前掲書四二二頁以下参照）。そこで、紹介した、グリーンプロパティー（緑の所有権）論は、生態系を取り込んで広がりを見せているのですが、他方で、既存の救済システムとのミスマッチがあってなかなか、悩ましいと思いました。

一二、環境法学の課題

亘理　格　先生が最後に触れられた固有の環境法という学問分野の確立という課題について申しますと、固有の環境法の形成には困難な状況が待ち構えていると思います。一方では取り組まなければならない新しい課題がどんどん急激に増えていますし、個別の環境分野ごとの法律が次々に作られています。研究者はそのひとつひとつに対応しているという状況になって

いると思うのですが、その場合、固有の環境法をというものをいかなる理念や原理原則に則って確立するかが問われていると思います。たとえば伝統的な民法・行政法・憲法等の法学分野もそうですし、また労働法や経済法等の比較的新しい法学分野もそうですが、独立化するにあたってはそれなりのコアな原理原則や理念等が必要だったように思うわけですが、固有の環境法の樹立ないし独立化という場合、一体何がコアな理念とか原理原則として想定されることになるのかという点が、重要なポイントではないかと思います。

今日のお話の中で先生が触れられた中にも、予防原則や持続可能な発展のような原則ないし理念が考えられるわけですが、環境法の体系書等を見ましても、予防原則や汚染者負担原則等いろいろ書かれてはいますが、未だバラバラなような印象が常にありまして、もうひとつ全体を統一化できるような視点とか概念枠組みが必要なのではないかという印象を持っています。私自身は、様々な環境問題の中でも都市環境法や都市計画・まちづくり法のような周辺的な分野に限定した研究を行っていますので、このようなコアな部分について普段はあまり本格的な考察をしていないのですが、その辺について先生の思われている構想がありましたら教えて頂ければと思います。

淡路　まさに、亘理先生がおっしゃるとおりの課題があると思います。私としては、固有の環境法というか、環境法学と言った方が良いと思いますが、まず、その領域をどう考えるかがあります。環境省が担当している領域、或いは環境基本法体系に属している環境法が環境法学の対象だとは思っていません。それだけではなくて、ひとつは、先生のご専門の都市計画とその関連法の中で環境に関わる部分、アメニティとか景観というか、そういった領域が環境法学の対象となりますし、それから、文化財保護法の面的な環境に関わる部分、これも環境法の領域に属します。それから、原子力関係の法律の中の汚染に関わるところ、これは環境法に入れなければならない。そういった形で環境法の領域ができるし、作らなければならないと思います。それから、基本理念というのがやっぱり重要である。その基本理念というのは、いくつかありますが、たとえば、一つ目は世代と国境を越えた価値の追求、それは生存権や人格権である。二つ目の基本理念として、環境権というのを入れていく。三つ目は、持続可能な社会への転換、維持可能な社会の転換というのがある。四つ目に環境保護が公益に該当するということを承認する。環境保全活動が公益に適合するのだというそういう基本理念。それから参加と新たな環境訴訟。プリコーショナルプ

リンシプルというのは第一の問題の中に入ってくる原則です。そして次に、それらを具体的な法原則に転換していく必要がある。更にサブな原則も必要になってくると思っています。そういうものを提示していくと、そうすると、これは既存の縦割りのそれぞれの法学の領域からのアプローチを統合した、しかもそれを超えた学問領域になり得るのではないか、そういう風に思って議論を展開したりしています。まだまだこれからですけれども。

一三、環境保護と雇用保障との関係

得津　晶　商法の得津と申します。聞きたいことがひとつだけありまして、法律論ではないのですけれども、最近気になっているのは、水俣病の事件について、淡路先生に少しお伺いしたいのですけれども、公害での差止のお話でですね。本当に差止めって認めて良いのかっていうのが、いまいちわからないんですよね。チッソの水俣の事件であっても。淡路先生は本の中では、差止を認めていいんじゃないかというお話が、私は雑に読んでしまったので、汲み取れていないかもしれませんけれども。おそらくそういう論調だったと思いますけれども。では、何故、今、チッソが営業をしているのか水俣で、そして、どうも最近の報道を見る限りでは、チッソは実は水俣からから出たがっているのに、住民の方から出てゆくのを許さないと。その理由は、おそらく、完全に雇用保障、まぁ雇用保障というという言い方もおかしいですけれども、労働者がいなくなると（住民が雇用されないと）景気が悪くなっちゃいますので、住民の意思なんですよね、民主的な決定がなされた意思なんですよね。環境がなにより本当に大事なのかというのかは、ちょっと、本当に、環境はひとつの利益でしかないのであって…。その辺のことについて、どうお考えなのかちょっとお伺いしたいと思います。

淡路　最初におっしゃった、差止め云々という点は、チッソは昭和四四年にアセトアルデヒトの生産活動は止めましたから――そして、それは水質基準を決めて規制をした後ですから、本当は問題なんですけれども――、今のところ差止めの話は問題にならないわけです。ご指摘が、水俣工場を撤退させるかどうか、という問題だとすれば、それは複雑な問題を引き起こすことになるでしょうね。まず、被害者に対する賠償の問題があり、県債でまかなってきた膨大な借金があります。それから、企業を閉鎖するとなると、たぶん、あの企業敷地には、深刻な

土壌汚染があって、大変な問題となるでしょう。もっとも、撤退しなくても、大問題だと思いますが。なお、チッソの水俣工場は、今は液晶でもうかっているのではないでしょうか。だから撤退する理由というのは今のところ無いように思いますが。地元の雇用との関係もありますし、地元財政への貢献の問題もありますね。また、企業が地域で今後どう共生していくかというのは、すごく重要な問題ですね。いまの時代に企業が地元で共存共生していかなければならない、というのは当然のことのようですが、かつての企業城下町の体質も変わっていないところもあるようです。最近の四日市の調査ではそのようなことが明らかにされています。大企業が地方を支配する構造は、地元からいえば、財政面、企業からいえば、グローバルな競争と、それぞれ動機があるのでしょう。なかなか難しい問題で、雇用を含めて地域と共存していくために、企業はどうあるべきか、そのための仕組みをどう作るかは、古くて新しい課題ではないでしょうか。商法もそこまで視野を広げていただくと……。

吉田（邦）　いえ、民法とくに、関係的所有権のレジームのあり方の問題でもありましょうね。

一同（笑）

一四、取引的不法行為の扱い方

池田　清治　北大で民法を勉強しております池田と申します。実は、先ほどから質問しようかどうしようかとずっと迷っておりました。と申しますのは、もしここで質問してしまうと、一つ楽しみを失ってしまうように思ったからです。しかし、せっかくの機会ですので、意を決して質問させていただきます。

ある意味で非常にマニアックなお話で、恐縮なのですけれども、今、債権法の領域で楽しみにしている体系書が二冊ございます。一つは、平井先生の債権各論Ⅰ（契約法の部分）でして、あれはどういう書き方になるのだろうかと興味津々です（その後、平井宜雄・債権各論Ⅰ上　契約総論（弘文堂、二〇〇八年）という形で刊行された）。明治や大正時代の体系書ですと、専ら法理論が書かれていたわけですが（法律学の書物である以上、当然と言えば当然ですが）、我妻先生の書き方、特に民法講義は違います。それぞれの契約ごとに、まず最初に「社会的作用」が相当しっかり書き込まれています。来栖先生の契約法も、至るところで契約実態にふれられています。他方、確かに現在の契約法に関する教科書では、そのようなものはあまり見当たらなくなっています。もっとも、我妻先生も、最終的には民法講

義を教科書とはお考えになっていなかったようですし、昨今の教科書の叙述の仕方も民法講義の末裔だと考えるから割り切れなさを感じるのであって、ダットサンや民法大意の流れを汲むものと思えば、教科書なのですから、それはそれでいいのではないかと思っています。（笑）

さて、もう一冊非常に楽しみにしているのが、淡路先生の不法行為法です。どこを楽しみにしているかというと、取引的不法行為をどのようにさばいていかれるのであろうかというところで、非常に興味深く思っておりますし、また勉強させていただきたいと思っているところです。先生の今日のお話を聞いていても、やはり先生の不法行為法の中心にあるのは人身損害ではないかと感じております。しかし、人身損害の場合、侵害してはならないことがはっきりしております。つまり、それを理論的にどのように構成するかはいろいろと問題があるわけですが、しかし、侵害してはならないことは明らかなわけです。たとえば一〇〇〇万人助けるために三、四〇人死んでもいいではないかなどということは、実際問題として、なかなか言えるものではありません。事実としては、そのような事態はあるのかもしれません。たとえば新しい薬を作るとき、実は我々は社会としてそのような危険を受け入れているのかもしれません。死亡事故が不可避的に起こることを知りつつ、我々の社会は相変わらず自動車の存在を許容しています。しかし、そうであったとしても、少なくとも先ほど述べたような言語的な表現では、なかなか正当化できるものではありません。ですので、先生が大阪アルカリ事件に批判的であったり、あるいはハンドの定式には受け入れがたいところがあるとおっしゃったり、さらに法と経済学の分析にきわめて批判的であることも、人身損害のことを考えますと、非常に分かりますし、得心がいくわけです。もちろん、先生のご議論を本当に理解しているかどうかはわかりませんけれども、頭のなかにすっと入ってきます。

他方、取引的不法行為の場合はどうでしょうか。もちろん、取引的不法行為でも、たとえば他人のお金を騙して勝手に取るというのはいけないことに決まっていますから、義務論的な観点から説得的な説明が可能だと思います。しかし、新しい取引形態が出てきて、それがいいとか悪いとか、あるいはその契約について相手方に対してどの程度説明するべきなのかという問題を考える場合、これは競争秩序とか取引秩序に関連するわけですが、はたして義務論的な発想でどこまで行けるのか、説得力のある形で論拠をどこまで提示できるのかという点が分からないわけです。もちろん、人身損害についても、突き詰めて考

えれば、本日お話のあったような考え方に対して本当は反論できるのかもしれません。しかし、先ほど申し上げたように、他人の身体を侵害してはいけないという考え方それ自体にある種圧倒的な説得力（道徳的・倫理的説得力）がございます。けれども、取引的不法行為、いや、まさにその行為を違法とするか合法とするかを通じて取引秩序が出来上がっていくというのが実際のところなのだと思うのですが、そのように取引秩序自体が形成途上にあるものだとすると、過失の判断も人身損害とはちょっと毛色が変わった判断枠組みというか要素というか、方向性みたいなものがやはりあるのではないかと考えております。それで先生はどのようにお考えになるのだろうかとすごく楽しみにしておりまして、しかし、ここで「君、ここはこうだよ」とご教示いただくと、かえって楽しみを一つ失うことになってしまうものですから、ずっと逡巡していたわけです。（笑）しかし、せっかくの機会ですので、先生の見通しなりとも教えていただけるならと存じます。

淡路　大変的を突いた質問、といいますかご指摘だと思います。おそらく、池田先生にはすでにお考えがおありなのだと推測しますが、ご指摘の問題は、取引的不法行為が不法行為として損害賠償責任を負わされるのは、どういう判断基準ないし判断枠組みに基づいて決められるか、ということであり、それは相互に密接に関連した二つの異なった問題を含んでいるように思います。一つは、不法行為の成否を決める違法（それは過失と区別された要件としての違法性ではなく）の実質的な判断枠組みはなにか、そこに、コスト・ベネフィット的な評価は含まれるか、ということであり、もう一つは、その判断枠組は要件論としては、過失に位置づけられるのか、それとも違法性にか、あるいはその両方にか、という要件構成の問題です。そして、考慮されなければならない問題は、判例をどうみるかでしょう。判例については、瀬川先生が分析されように、平井先生的な新過失論によって、現実の判例における違法性論を過失として位置付けるのには無理があるようにものがあり、その無理そうなグループの中に取引的不法行為事例がありますね。そして、取引的不法行為に関する実際の判例をみますと、今のところは、コスト・ベネフィット的評価で解決されているわけではないし、そのような枠組みにもふさわしくない事例が多いように思います。不法行為になるケースでは、やっぱり法に照らして義務違反があるとか、法に反して違法とかいったケースが多いようですね。それを過失に位置づけるとしても、予見可能性云々という問題ではありません。問題となるのは、個別の取引規範

が課している義務とはどのようなものか、ということです。もっとも、たとえば、新しい取引モデルが出てきて、そのような形態の取引が社会において合法として認められるか認められないかという点で、コスト・ベネフィット分析で検証される、という場合も考えられないわけではありません。ライブドア事件などはそうかもしれません（たぶん違うのかもしれません）し、下級審裁判例では、そのようなタイプのものもあるかもしれません。しかし、今のところは、取引秩序として、法は、これ以上は認めないという形でどこかで違法性あるいは過失で切り分けています。それは、説明義務であったり断定的説明であったりするのですが。こういった取引的不法行為法の過失と違法性をどう理論化するかは、大変ヴィヴィッドな問題提起で、私もまさにそこを考えているところです。

池田　楽しみにしております。

吉田（邦）　今の点はですね。私が助手論文で不法行為をやろうと思ったときに、もうやはり厳然と平井理論というものがあって、全てやりつくされてしまっているというみたいな感じだったのです。しかし、「平井先生の分析は、アクイリア損害までなんだ」ということで、取引的不法行為の判断枠組の検討をやろうと思ったのですね。その後は随分この分野も盛況になりましたが、日本の学界の特性はやはり縦割り的で、不正競争とか、知財の侵害とかになると、途端に民法とは別分野と捉えられかねない状況です。しかしそれらは、全部連続的にあるものなので、諸外国、とくにアメリカ法学だったら、不法行為として民法の人がやる。理論的にも、情報なり、経済利益なり帰属をどのくらい保護するのかということなのですから。エプスティンなんかは債権侵害について論文を書いているわけですが、彼は、デオントロジカル（義務論的）に、契約保護というのです。私が債権侵害（契約侵害）をやっていた頃には、日米でコンテクストが違うものですから、向こうの保守的な議論について、日本では、問題提起的に使うことができたわけです。

なお、この領域の分析の思考様式について、一言しますと、エプスティンも経済学的な論理もブレンドさせていることからも窺えるように、知的所有権の領域では効率性の論理無しでは済ませられないと思いますね。もちろん、それだけじゃないですけれども、複眼的に議論を正当化しようっていうような議論の状況かなと思います。それはちょっと今日のお話とはずれますので、そのくらいにしておきます。

淡路　取引的不法行為と言っても、例えば、事業者間の対等な取引の場と、日本で問題となっている消費者対事業者の場合

とは違います。後者も多いですから、そこも分けて考えないとおそらくいけないんだろうと思います。

吉田（邦）　それでは、時間も来ましたので、閉じさせていただきたいと思います。今日は、四時間にわたりまして、議論させていただき有難うございました。本日は、外は、大変な猛吹雪ですが、研究会室ではかなり熱っぽく議論が弾み、淡路先生をお迎えしてならではの、大変に有益な会合だったと、我々一同感謝しています。それではこれで終わります。

淡路　どうもありがとうございます。

（本研究会は、二〇〇八年二月二三日に、北大民法理論研究会及び北大法学研究科付属高等法政センターの共催として行われた。研究会討論の筆記に当たっては、水野吉章君（関西大学法学部専任講師）及び和田美江さん（北大法学研究科院生〔博士課程〕）の多大な尽力に負う。記してお礼申し上げる（吉田邦彦）。）

（淡路から一言お礼とお詫びを申し上げたいと思います。北大の先生方には、吉田邦彦先生をはじめ、多数の先生方にご参加いただき、貴重なご質問とご意見をいただきまして、心よりお礼を申し上げます。また、この集会の記録が本誌に出るのが遅れ、ご迷惑をおかけしたのは私の責任であり、この点、深くお詫び申し上げます。）



研究ノート

近世ドイツのポリツァイ条令と刑事司法*

田口正樹

本稿の標題は、「近世ドイツのポリツァイ条令と刑事司法」であるが、前半で、ポリツァイ条令全般の概要と特徴を述べ、後半で特に刑事司法との関係を扱うこととする。

一　ポリツァイ条令

ポリツァイ条令は、おおよそ一六世紀から一八世紀までの近世ドイツで、[1]ポリツァイを実現するために制定された立法を指す。[2]

ここでポリツァイというのは、警察官や警察組織、あるいは治安維持といった意味ではなく、よき公共の秩序を意味する。またそうした秩序を実現し、維持するための活動も、ポリツァ

イと呼ばれた。具体的には、国家が、人民を幸福にするために、いろいろな分野に介入していくことになるのだが、国家にはそうする権利 ius politiae があるとされた。

ポリツァイ条令は、帝国全体についても出された。一六世紀の三つの大きな帝国ポリツァイ条令（一五三〇年、一五四八年、一五七七年）がその例である。[3] しかし、帝国全体について一律に定められるような条令はその後減少し、ポリツァイ条令は主に個別の領邦や帝国都市で大量に制定されるようになる。[4]

ポリツァイ条令の規定対象は、前述のような広いポリツァイ概念を反映して、ほとんどあらゆる事柄に及んでいた。服装、結婚や葬儀といった儀礼、奢侈、ダンス、賭博、飲酒、呪いと涜神、救貧、度量衡、食品偽装、仲買、高利貸、独占、労賃、物価、市場、同業組合（ツンフト）、公衆衛生、外科医、薬局、消防、建築規制、学校、堤防、森林などなど。今日の大学では行政法の各論で触れられるような分野が多く含まれている。これらの事柄が一つの大規模なポリツァイ条令に盛り込まれることもあったが（例えば上述の帝国ポリツァイ条令）、それぞれ個別の条令で定められることも多く、とりわけ一八世紀にはそうした個別条令が大量に制定された。[5] そうした数多くの条令を集めた法規集も作られるようになっていく。

一六世紀にはまだ、ポリツァイ条令の制定に諸身分が深く関与する事例がかなり見られた。前述の帝国ポリツァイ条令は皇帝と帝国諸身分の間の協約としての性格を持っていたし、[6] 一五一六年に制定され一五二〇年に改訂されたバイエルンのラント条令が領邦諸身分の請願とそれに対する君主の譲歩を基礎にして成立したように、[7] 領邦の条令にもそうした例がある。しかし近世におけるポリツァイ条令の制定は主に君主（帝国都市の場合は都市当局）によって担われていた。[8] よきポリツァイの実現のために配慮するのは、君主の職務と考えられた。それは一六世紀から一七世紀前半の時期には、かなり強く宗教的性格を帯びていた。特に一六世紀は、社会のさまざまな局面で新しい躍動が見られた時代で、旧来の身分秩序が揺さぶられていた。多くの君主は、宗教改革によって刺激されて宗教的使命感に駆られつつ、ポリツァイ条令を制定して、秩序を維持し社会を落ち着かせようとしたのであった。一方、一七世紀後半には、三〇年戦争中に被った損害からいかに国土と臣民を回復させるかという考慮が前面に出てくる。多くの領邦では戦争の惨禍によって諸身分が弱体化し、再建の主導権をとるのは君主以外にはなかった。そのような状況下で、「良き秩序」の内容的空洞化と形式化（何が良き秩序なのか実質的に決まっているのではなく、

君主が良いと認めたものが良き秩序なのだと考えられるようになる)、目的合理性の観点の優越、宗教と公共秩序の漸次的分離、といった傾向が進んでいく。ポリツァイは、当初は、アリストテレスに依拠して、さまざまな勢力と主体がそれぞれあるべき位置を占めて調和を実現するものと理解されていたのだが、次第に君主が介入して既存の秩序を改変するという側面が強く出てくることになった。

このような極めて幅広いポリツァイ条令制定とそれを通じた君主の統制に対して、一八世紀中頃より後になると、理論的な批判が登場する。そうした批判者たちは、ポリツァイを治安維持に限定しようとしたが、彼らの意見はなお長いこと机上の議論にとどまっていたのであり、実務には余り影響を及ぼさなかった。

さて、ポリツァイ条令に関して、我々東アジアの視点から見ると、最も重要で、いささか奇妙にも思われる点は、ポリツァイ条令が西洋の法の歴史においては、新しい現象であったということである。東アジアでは、ポリツァイ条令のような行政法的規制は、律令の令という形で、長い伝統を持っている。そこでは、国家の官庁組織の骨格を定め、官僚機構を統制することに主な重心を置きつつ、詳細な法規が定められていたのであった。

そのようなタイプの法は、西洋の歴史上、近世まで存在しなかったというわけではない。古代末期のローマ帝国の皇帝たちは、多くの勅法を発して、例えば官吏の統制、婚姻規制、宗教統制、職業と物価の統制などを行っていた。しかし、こうした法制定は、その後のゲルマン系の国王たちのもとでは、廃れていく。八世紀から九世紀のカロリング朝フランクの支配者たちは、カピトゥラリア（勅令）と呼ばれる立法を試みたが、これはキリスト教的理念に強く刺激されて、この世の事項をも宗教的観点から秩序づけようとするものであった。しかしこの試みもまた、その後の国王たちのもとで継続されたわけではなかった。近世のポリツァイ条令がはじめて、現代にまで途切れることなく続く、行政法規制定の流れを開始することになったのである。

このことを裏から言うと、西洋では、このタイプの行政法規とは違う、別のタイプの法が存在していたということになる。それは形式としては、特権、法書、慣習法などとして存在していた。特権の保持者は、特定の家門、さまざまな職業団体、都市、地方全体などであった。また慣習法も、団体、都市、地方のレベルで存在し、私人や公的権力によって文書化されている場合もあった。このタイプの法の私人による文書化として、例

えば一三世紀前半に成立した法書ザクセンシュピーゲルは、最も有名で影響力も大きかったものである。中世中期以後まず教会組織と聖職者を通じて、そして一五世紀後半以後には世俗分野にもますます影響を広げていった学識法（教会法とローマ法）も、このタイプの法と緊密にからみあうことになった。近世ドイツの法学者たちが展開した、いわゆる「パンデクテンの現代的慣用」は、この関係をよく示すものであった。

そして、近世ドイツにおいては、この後者のタイプの法こそが本来の法であり、ポリツァイ条令はそれとは区別される規範である、というとらえ方が存在していた。用語の面でも、法という言葉はそうした本来の法に限定して使われることがあったのである。(9)

ここから、そうした別のタイプの法と、ポリツァイ条令との関係はどうなるのか、という問題が出くる。（法の主要な存在形態が行政法規であるような所――例えば前近代の東アジア――では、この点はそもそもあまり問題にならない。）一例をあげれば、ポリツァイのための国家の活動によって侵害を受けたと考える者が、いかにして救済されるかという場面で、そのことが問題になる。一つのルートは、行政に携わる官吏やその上級官庁に対して苦情を訴えるというものであった。それに対して、裁判所に訴えを提起して判決を出してもらうというルートが存在した。これは上述の別のタイプの法に対応する、伝統的な救済方法と言える。申し立てをする側はどちらのルートを採るべきなのか、二つのルートの関係をどのように考えるべきなのか。これは、ポリツァイ事項と司法事項の区別と関係の問題として、近世および現代の学者たちが論じているものである。(10)

近世の学者たちの中には、ポリツァイ事項に関しては、行政官庁の決定に対して裁判所へ上訴することはできないのだと主張する者もいたが、上訴を肯定する学者たちもおり、実際、帝国の裁判所であった帝国最高法院 Reichskammergericht は、領邦君主が定めたポリツァイ条令に関する領邦臣民からの上訴を数多く扱っている。ポリツァイ事項と司法事項は、そもそも二者択一の排他的概念ではなく、ポリツァイ事項も一定の要件を満たせば司法事項として扱われた。すなわち、ポリツァイ条令の規定や行政の活動が、契約・特権・取得時効によって獲得された諸権利、いわゆる既得権 Wohlerworbenes Recht を侵害する場合には、それは司法事項と見なされたのである。ちなみに、現代の日本で「既得権」と言えば、正当な根拠もなくただ昔から維持されているだけの状態として、否定的に評価されるが、近世ドイツでは、裁判で救済を求めうる正当な権利であり、む

しろ既得権こそが伝統的には法の本体をなすものなのであった。西洋と東アジアとで、法の存在形態が根本的に違っていることが、こうした点にも現れていると思われる。

西洋において、行政法規とは別の所に法が存在するという状況が長く続いたこと、それに対してポリツァイ条令のようなタイプの法はむしろ比較的新しい法であったということ、このことを十分理解するには、そもそも西洋、特にドイツの国家の場合、近世になってはじめて行政活動を幅広く展開するようになり、そのための組織やスタッフが発達していった、という事実にも注意する必要がある。これも、我々東アジアの目から見ると奇妙な話だが、西洋においては、行政とか官僚組織というものの自体が、比較的新しいのである。共和政から元首政の時期のローマは、地中海世界全体を支配するに至ったにもかかわらず、せいぜい数百人の行政スタッフですませていた。その後、古代末期のローマ帝国では、皇帝の下に多くの官吏が組織されて、租税徴収などにあたっていたが、この体制は七世紀を越えて生き延びることはなかった。カール大帝やルートヴィヒ敬虔帝といったカロリング朝フランクの支配者たちは、各地に伯 Graf, comes というタイトルを持った人間を置いたが、現地の貴族に称号を授けただけというケースも多く、我々がイメージする官僚組織とは同日に論じられないものであった。その後の国王たちは、定まった首都も持たず、国内各地を巡行しながら、そのときどきに宮廷に国内の有力者を集めて必要な決定を下していたのである。

こうした状況は中世後期のうちに徐々に変化していくが、本格的な行政活動が始まるのは、ドイツでは多くの場合、一六世紀に入ってからのことであった。行政の文書化、専門化、学問化 Verwissenschaftlichung、官僚化が進行する。中央政府には、いくつもの合議制行政組織が設けられ、それらが部門毎に官庁に発達していく。宮廷規則、顧問規則、書記局規則といった、今日の表現を使えば行政組織法にあたる法（東アジアの令の中にはこの種の法が数多く含まれていた）が定められる。地方でも特に、租税、財務、軍事関係を中心に、行政組織が拡充される。

以上のように、近世ドイツでは、中世以来の特権や慣習法として存在していた古い法（ただしそれら自体、はるか昔から不変であったわけではなく、一二世紀ごろから法として確立してきたものなのだが）が、いわば法の本体として存在し、その上にポリツァイ条令という新しい規範が定められていったのである。我々がドイツ、ひいては西洋の法史にアプローチする場合、

こうした基本的配置を認識しておくことが重要であると思われる。

二　ポリツァイ条令と刑事司法

ポリツァイ条令一般についての以上のような確認をふまえて、それではポリツァイ条令と刑事法の分野との関係を、どのように考えることができるであろうか。

従来は、ドイツ近世の刑事法を研究するに際して、ポリツァイ条令はあまり注目されてこなかった[11]。しかし最近では、ポリツァイ条令を検討対象として考慮に入れるべきだという主張がなされてきており[12]、この主張は基本的に正当であると思われる。実際、ポリツァイ条令の多くは、規定に違反した者に対する刑事的制裁を定めていたのである[13]。

古い法と新しいポリツァイ条令の相違と対立については既に指摘したところであるが、この関係は刑事法分野の場合、やや異なっている。つまり、刑事法の場合、刑事法という分野全体が新しい法という性格をかなり強く持っていると考えられるのである。ドイツ全体についての刑事法典として、有名な「カール五世刑事裁判令 Constitutio Criminalis Carolina = CCC」（カロリナ[14]）が成立したのがようやく一五三二年になってからであるという事実が、端的に刑事法の新しさを物語っている。

これも、律という体系的刑事法典の長い伝統を持つ東アジアから見ると、実に奇妙な点であるが、既に古代ローマにおいても、刑事法はむしろ周縁的な存在であった。そこでは強盗や窃盗など、今日では犯罪と見なされ、公の刑罰を科されている行為が、通常の民事訴訟と同じやり方で処理されていた。中世初期の部族法典は、殺人や傷害など、やはり今日犯罪とされているような多くの行為について、加害者側から被害者側への贖罪金支払いによって、つまりやはり民事的な方法によって、解決するための詳細な規定を置いている。殺人、強盗、強姦、放火などを、全体にかかわる重大な犯罪行為と見なして刑罰を科していく動きは、ドイツでは一一世紀末以後、神の平和運動とラントフリーデによって、徐々に進んでいったに過ぎない。しかしその場合でも、当事者が自力救済として行う実力行使（フェーデ Fehde）は、全面的には禁止されないのがむしろ通常で、全面禁止がラントフリーデ規範の中で確立するのはようやく一五世紀末、一四九五年のいわゆる永久ラントフリーデにおいてのことであった。当事者同士が相対して解決を導くというやり方は、中世の全期間を通じて根強く存在していたのであり、それ

が古い法の層を形成していたのであった。

これに対して、ポリツァイ立法が本格的に展開する一六世紀になってはじめて、カロリナのような体系的刑事法典が成立したのであって、このことは繰り返しになるが刑事法自体の新しさを端的に示すものと言える。

このような事情から、ドイツの研究者の中には、近世においてはそもそもカロリナのような刑事立法やそれに基づいて展開される刑事司法全体もまた、ポリツァイの中に含めて理解されていたのだという指摘もある(15)。しかし、刑事立法とポリツァイ条令を完全に同質のものとして扱うのは、行き過ぎであろう。確かに、通常の犯罪とポリツァイ犯罪とが区別され、ポリツァイ刑法というものが観念されてくるのは、一八世紀も後半になってからで、それまではそのような理論的区別はなされなかったし、個々の犯罪と刑罰についてそうした区別をすることも容易ではない。それゆえ、近世の刑事法を考える際に、ポリツァイ条令の規定は行政刑法の問題なのでカッコに入れて考慮しない、という従来しばしば見られた態度が不適切なのはそのとおりである。しかし、例えば、カロリナと帝国ポリツァイ条令を比較してみると、両者にはやはり性格の違いがある。全般的に、カロリナ（およびその影響を受けた領邦の刑事立法）の方は、当事者同士がいわば民事的に解決していた古い状態とのつながりをより多く残しており、それに対して帝国ポリツァイ条令（およびその影響を受けた領邦のポリツァイ立法）の方は、近世に特徴的な新しい面をより多く代表していると言える。以下、四点に分けて指摘してみよう。

（一）ポリツァイ条令は、従来存在しなかったか未発達であった新しい犯罪類型を導入した。例えば、詐欺罪やそれと関連する各種の経済犯罪がその例である。経済犯罪の中には、暴利行為のように既に中世の教会法で繰り返し禁止されていたものもあるが、先買いや独占といった行為にも新しく刑罰が科されることになった。そして、このような新しい犯罪には、殺人、傷害、窃盗といった古くからある犯罪類型と比較して、共通の特徴が存在するように思われる。すなわち、古くからの犯罪類型が、加害者側と被害者側の1対1の対立関係を伴っている（その点で、当事者同士が相対するという古い状態により近い）のに対して、新しく導入された類型はそれからはずれていると見られるのである。

まず、通常の意味での被害者が存在しない場合がある。典型的なのは涜神 Gotteslästerung である。涜神は、一六世紀の帝国ポリツァイ条令以来、ポリツァイ立法の中核的な対象をなし

ていた。[16] 神への冒涜行為に加えて、マリアや聖人への冒涜や、神の名による誓いや呪詛などが処罰された。しかしこれらの行為で現世の特定の人間が直接危害を被るわけではない。また、これも帝国ポリツァイ条令以来再三規定された衣服規制[17]も、違反者が過度の浪費によって自らを経済的に破滅させることはあっても、誰か特定の他人を害するわけではなかった。こうしたいわば被害者なき犯罪を処罰する際の根拠としては、神の怒りがしばしば持ち出された。つまり、神が、違反者本人だけに限らず、ある政治体のメンバー全体に罰を下すものと見なされたのである。天候不順、不作、疫病、戦争、特に異教徒トルコ人の侵入と勝利などが神の罰として理解された。帝国ポリツァイ条令の涜神の条項には、このような見方が明示されているが、[18] 衣服規制などについてもやはり同様の解釈がなされたと言われている。こうした見方自体はユスティニアヌス1世の勅法にまでさかのぼる伝統を持つのであるが、それでもポリツァイ条令の中で繰り返し言及されるのは、やはり近世の特徴であると思われる。

第二に、被害者は確かに存在するが、それが広い範囲に散らばっており、一人一人の被害をとれば軽微である、しかし合計すれば大きな被害となる、というタイプがある。ワインなど食品の偽装や、先買い、独占など多くの経済犯罪は、この類型に属するであろう。[19]

第三に、通常の意味での被害者と並んで、君主や当局 Obrigkeit 自身もいわば被害者であるようなタイプで、例えば、行政官、裁判官、裁判所書記、弁護士などの不正行為はそれにあたるであろう。[20] 官吏の不正は、現代世界でもあいかわらず大きな問題であり続けているが、西洋の場合、既に述べたように、本格的な行政組織は近世になってはじめて形成されてきたという事情がある。この種の行為に対する罰則は、東アジアでは古代から律令法の中心的構成要素の一つであったが、西洋では近世になってようやく発達してくるわけである。

これら三つの類型はいずれも、被害者が明確で、その被害者のイニシアティヴと行動によって加害者の追求が行われるという、伝統的な、民事的な処理の仕方ではカバーできないケースである。刑事法そのものが、そうした当事者だけにとどまらない全体の問題に対処するために発達してきたものであるが、ポリツァイ条令にはとりわけこのような関係が色濃く出ていると言えよう。

（二）ポリツァイ条令は刑罰についても新しい面を示した。まず、刑罰の種類の点で、ポリツァイ条令は、従来から存し

た死刑、身体刑、追放刑、罰金刑、名誉刑などにとどまらず、各種の労働刑を規定した。[21] ガレー船のこぎ手としてヴェネツィアなどに「輸出」される（ドイツにはガレー船海軍を擁した領邦や都市はなかったので）、要塞建設などの公共工事に従事させられる、監獄 Zuchthaus で労働させられる、などが労働刑の主な形態であった。最後の監獄での労働は、変容しつつ近代的な自由刑へとつながり、一九世紀以後刑罰の主流となっていく。これら新しい種類の刑罰は、刑事立法の中でも規定されるが、ポリツァイ条令の中で数多く現れるもので、こうした新しい刑罰が発展するのに、ポリツァイ条令が果たした役割は大きいと考えられる。

第二に、刑罰の規定の仕方が特徴的である。つまり、ポリツァイ条令の刑罰規定は、刑罰を一義的に定めるのではなく、行為態様や行為者の身分などを考慮して、裁判官が裁量で柔軟に刑罰を決定することを幅広く認めていたのである。例えばカロリナの規定を見ると、確かに科刑に裁量が認められている場合もあるけれども、多くのケースについて刑罰は死刑と決まっており、それも執行方法まで指定されている。例えば、毒殺は車刑、強盗は剣で斬首、放火や魔法使いは火あぶり、堕胎は溺殺、といった具合である。[22] これに対してポリツァイ条令は、刑罰の種類、例えば身体刑や罰金刑ということのみを規定しておいたり、あるいはそれどころか、ただ然るべき刑罰や厳格な刑罰が科されるとだけ規定しておいて、それ以上の具体化は裁判官にゆだねていた。[23] 科刑における裁判官の幅広い裁量も、やはり近世の刑事司法全体の特徴で、カロリナの規定もそうした裁量によって決められる非正規刑 poena extraordinaria によって運用上修正されていくことになるが、[24] ポリツァイ条令ではこの特徴がとりわけ濃厚に現れていると言えよう。

（三）ポリツァイ条令では、個別の犯罪類型の記述の仕方もまた、新しい展開を見せた。つまり、カロリナなど刑事立法が、特に伝統的な犯罪類型の場合、例えば強盗とか放火とかほとんどその名のみをあげて規定していたのに対して、ポリツァイ条令の方は禁止される行為やなされるべき行為を細かに記述したうえで、それに違反した場合の制裁を定めていたのである。もちろん刑事立法が犯罪行為の態様を詳しく描写する場合もあるので、この対照はやはり相対的なものではあるのだが、それでもポリツァイ条令の重心が行為を細かく記述する方にあるのは明らかで、その意味でポリツァイ条令は行為規範としての性格を示すのである。例えば、カロリナの涜神の条文は、涜神行為を「神に適しないことを神に帰し、神に属するものを言葉でもっ

て奪い、神の全能と神の聖なる母たる処女マリアを冒涜する」と表現しているが[25]、一五三〇年の帝国ポリツァイ条令は、それに加えて、神を呪う、不敬な言葉を神自身・マリア・祭壇の秘蹟に対して吐く、マリアと諸聖人を冒涜する、市民・手工業者・農民が神やキリストにかけて不敬な誓いを立て呪いをかける、貴族がそのような誓いや呪詛を行う、傭兵が涜神や不敬な誓いと呪詛を行う、といった行為をあげている[26]。この例でも示されているように、ポリツァイ条令の行為規範は、近世の身分制的社会構造に対応して、身分毎に定められていた。このような行為規範としてのポリツァイ条令は、それゆえ、裁判官や行政官吏だけにとどまらず、身分に分かれた臣民一般にも向けられたものであった。確かに、一六世紀や一七世紀のポリツァイ条令の名宛人は、文字を読むことのできる、官吏や聖職者に事実上限られていたが、それでも、例えば帝国ポリツァイ条令は、特権を与えられた印刷業者によって印刷されて流布した[27]。官吏や聖職者は、そうした印刷物も使いながら、規定内容を臣民に周知するよう命じられたのである。そして一八世紀になって臣民の識字率が向上するのに伴い、ポリツァイ条令はますます臣民を直接名宛人とするようになっていく。

もちろん、行為規範としてのポリツァイ条令によって、実際に臣民の行動がどの程度コントロールされたのかは大いに問題で、ドイツの学界でもこのところずっと争われている。ポリツァイ条令をいわゆる社会的紀律化 Sozialdisziplinierung の重要な手段と見る立場に対して、社会的紀律化の貫徹の度合いを低く見て、お上による紀律化の限界を強調する批判が多くの歴史家によってなされている。しかしそれに対しては、理念的に考えられた近代国家の尺度で評価してポリツァイ条令などを通じて働く紀律化の影響力を軽視するのは適切でない、という反批判も提出されている[28]。例えば、ポリツァイ条令に関して、同じような事柄が間隔をおいて何度も繰り返し規定され命じられるという現象が非常にしばしば見られる。こうした現象は、多くの歴史家によってポリツァイ条令が現実には遵守されなかった（だから何度も繰り返して同じようなことが命じられる）証拠であると解釈されるのだが、そう言ってしまってよいのだろうか、という疑問が出されているのである。この点は、具体的な領邦や行政区域毎に、今後解明が進められていくだろうと予測される。

（四）刑事手続についても、ポリツァイ条令は特徴を示す。つまり、ポリツァイ条令は多くの罰則を規定しているのだが、その罰則が科される際の手続についてはほとんど規定しないと

いうことが、カロリナなどの刑事立法との比較では、大変特徴的なのである。この点は、近世の刑事立法とポリツァイ条令を分かつ最大の相違点であると言えよう。例えばカロリナの多くの部分は刑事手続に関する規定で占められており、ある意味でその部分がこの法典の生命線をなしている。拷問を科したり、最終判決を下したりするためには、どのような要件を満たさなければならないか、そこで訴追者や被告および弁護人はどのようにふるまうべきか、こういった事柄が詳しく規定されている。例えば、有罪判決を下すためには、二人以上の目撃証人による証言か被告人本人の自白が必要とされた[29]。被告人の自白を得るために拷問を用いることも認められていたが、そのためには一定の証拠（徴表 Indiz と呼ばれる）が必要とされた。例えば、犯行現場に自分の物を残した、一人の証人によって犯行を目撃された、謀殺の場合に犯行が行われた頃に血染めの衣服を着て、あるいは武器を携えているのを目撃された、などの徴表があれば、拷問に取りかかってよいとされている[30]。

そしてカロリナの手続規定は、伝統的な弾劾訴訟を正規手続と位置づけるもので、糾問訴訟についても被告や弁護人の防御活動の余地を認めるものであったことが、最近、ドイツの学者によって指摘されている[31]。この点でカロリナの手続法は、当事者のイニシアティヴが決定的であった古い状態とのつながりをなお保っていたわけである。それに対して、ポリツァイ条令が手続についてほとんど規定を持たないということは、もちろん刑事手続に関してはカロリナのような本来の刑事立法にゆずるということではあるのだが、やはりポリツァイ条令が持つ新しさを象徴するものと思われる。実際、ポリツァイ条令違反のケースは、しばしばいわゆる略式手続によって、本来の刑事手続で要求される厳格な要件を免れる形で処理されたと言われている[32]。刑事立法違反者が略式手続で扱われることもやはりありえたわけで、この点もポリツァイ条令に限られた特徴というわけではないのだが、それでも近世刑事手続法の新しい展開の部分がポリツァイ条令に特に色濃くあらわれるとは言えるであろう。

以上四点に分けて述べてきたところから明らかになったように、近世の刑事法と刑事司法全般に見られる新しい展開が、ポリツァイ条令においてはとりわけ強く前面に出てくるのだと評価することができよう。

しかし、ポリツァイ条令の中に、古い要素がまったく姿を見せないかと言えば、そうでもない。例えば、ポリツァイ条令で規定された告発義務の問題がある[33]。官吏や一定の職業に就いている者、さらには臣民全員に、自分が目撃したり知ったりした

犯罪や規則違反の告発が義務づけられ、告発を怠った者には罰が科されることもあった。涜神、奢侈規制違反、浮浪者規制違反、脱税などについて、特にしばしばこうした告発義務が定められた。その際、告発義務の根拠として、義務を負う者たちがした宣誓があげられることがあった。官吏や特定職業の者については就任の際の宣誓、臣民一般については服従宣誓が、彼らの告発義務を根拠付けるとされたのである。こういった規定には、個別の関係者のイニシアティヴと行動を中心にすえる古い法のありかたが、やはり顔を出していると言えるであろう。

以上、見てきたように、西洋において、ポリツァイ条令のような立法は法の存在様式として新しいもので、そこでは古い法とポリツァイ条令という配置が存在していた。刑事法の分野では、刑事法自体が新しい法に属する部分が大きいことから、この配置はやや違った形であらわれるが、それでもポリツァイ条令は、古い法の存在を意識しつつ、新しい展開を色濃く代表していたと言える。我々が、現代の東アジアで西洋法と接触しこれを扱う際には、このような歴史的構造、長い時間の中での様々な層の積み上がりについて、知識と感覚を持つことが、必要ではないかと考える。西洋法を模倣するのであれ、それとは違った方法を採るのであれ、意味のある決定をするためには、長い時間の幅を持った、その意味で深い認識が、前提として求められるのではないだろうか。

＊本稿は、二〇〇八年五月一日に、台湾の国立政治大学法律学系で開かれたワークショップ「グローバル化のもとでの東アジア法学：国家管制の歴史」において行った報告に加筆したものである。ワークショップにご招待いただき、当日はコメンテーターもつとめられた陳恵馨教授、コメンテーターをお引き受けいただいた江玉林副教授、李聖傑助理教授、司会の労をとられた黄源盛教授をはじめ、政治大学のスタッフの方々、そして学生の皆さんに感謝申し上げたい。

（1）近世ヨーロッパの諸国・諸地域における、類似した立法の展開については、Michael Stolleis (hg.), Policey im Europa der Frühen Neuzeit, Frankfurt am Main 1996 所収の諸論文を参照。

（2）以下の叙述について、一般的には、Hans Maier, Art. Polizei, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 3, Berlin 1984, Sp. 1800-1803, Gustaf Klemens Schmelzeisen, Art. Polizeiordnungen, in: Ebenda, Sp. 1803.

1808, Karl Kroeschell, Allbrecht Cordes, Karin Nehlsen-von Stryk, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd.2, 9.Aufl., Köln u.a. 2008, S.306-309, Karl Kroeschell, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd.3, 5.Aufl., Köln u.a. 2008, S..81-89, Wilhelm Ebel, Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland, 2. Aufl., Göttingen 1958, S. 57-77, W. エーベル（西川洋一訳）『ドイツ立法史』（一九八五年　東大出版会）九八－一一五頁、Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd.1, München 1988, S.334-393, Dietmar Willoweit, Deutsche Verfassungsgeschichte, 5.Aufl., München 2005, S.158-165, Karl Härter und Michael Stolleis, Einleitung, in: Karl Härter (hg.), Repertorium der Policeyordnungen der Frühen Neuzeit, Bd.1: Deutsches Reich und geistliche Kurfürstentümer, Frankfurt am Main 1996, S.1-36. 日本語文献としては、『久保正幡先生還暦記念　西洋法制史料選　Ⅲ　近世・近代』（一九七九年　創文社）七四頁以下（辻泰一郎執筆）、勝田有恒他『概説西洋法制史』（二〇〇四年　ミネルヴァ書房）二二七頁以下（屋敷二郎執筆）。

（3）帝国ポリツァイ条令のテクストについては、長らく一八世紀の古い刊本に頼らざるを得なかったが、Matthias Weber, Die Reichspolizeiordnungen von 1530, 1548 und 1577. Historische Einführung und Edition, Frankfurt am Main 2002 の公刊によって史料状況が大きく改善された。帝国ポリツァイ条令に関する詳しい研究文献として、Karl Härter, Entwicklung und Funktion der Policeygesetzgebung des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation im 16. Jahrhundert, in: Ius Commune 20(1993), S.61-141.

（4）近世ドイツのポリツァイ条令は、フランクフルトのマックス・プランク・ヨーロッパ法史研究所で組織された共同研究によって、Karl Härter und Michael Stolleis (hg.), Repertorium der Policeyordnungen der frühen Neuzeit のシリーズで目録化されている。陳恵馨『德國法制史』（二〇〇七年　元照出版・台北）、八〇－八三頁も参照。ポリツァイ条令テクストの史料集成としては、Wolfgang Kunkel, Gustaf Klemens Schmelzeisen und Hans Thieme (hg.), Quellen zur Neueren Privatrechtsgeschichte Deutschlands, Bd.2: Polizei- und Landesordnungen 2 Halbbde., Köln-Graz 1968-69 が重要である。

（5）ドイツの研究者の中には、大規模で包括的な条令を「ポリツァイ条令 Policeyordnung」と呼び、個別条令などを含めた全体を「ポリツァイ立法 Policeygesetzgebung」と呼ぶ研究者（Karl Härter など）も存在するが、本稿では大規模なものに限らず、ポリツァイに関係する立法全体をポリツァイ条令と呼んでおく。

(6) K. Härter, Entwicklung, S.88f. 帝国ポリツァイ条令の制定過程について、Ebenda, S.66ff. も参照。制定のイニシアティヴは、おおむね、皇帝側からでなく、帝国諸身分の側から発していた。

(7) Monika Ruth Franz, Die Landesordnungen von 1516/1520. Landesherrliche Gesetzgebung im Herzogtum Bayern in der ersten Hälfte des 16. Jahrhunderts, München 2003, S.*44f.,* 179.

(8) もっとも、領邦諸身分、領邦貴族、同業組合などがポリツァイ条令と同様の規範を定立する事例も近世には相当多く見られた。そうした規範は上述の Repertorium には編集上の理由から採録されていないので、注意が必要である。K. Härter und M. Stolleis, Einleitung, in: K. Harter (hg.), Deutsches Reich, S.9f.

(9) 村上淳一『近代法の形成』(一九七九年　岩波書店)一三七頁以下、Thomas Simon, Recht und Ordnung in der frühen Neuzeit, in: Rechtshistorisches Journal 13(1994), S.372-392, S.386ff. なお、ヴォルフガング・ナウケは、法とポリツァイの対立は一九世紀の経過中に、法の形而上的正当化が失われることによって、法の全面的なポリツァイ化に帰していったと論じているが、この主張に関してはミヒャエル・シュトライスの反論を参照。Wolfgang Naucke, Vom Vordringen des Polizeigedankens im Recht, d.i.: vom Ende der Metaphysik im Recht, in: Gerhard Dilcher und Bernhard Diestelkamp (hg.), Recht, Gericht, Genossenschaft und Policey. Studien zu Grundbegriffen der germanistischen Rechtshistorie. Symposion für Adalbert Erler, Berlin 1986, S.177-187, Michael Stolleis, Anmerkungen zum Verhältnis von echtem Recht und freiheitsbeschränkendem Polizeirecht, in: Ebenda, S.188-196.

(10) Karl Kroeschell, Justizsachen und Polizeisachen, in: Gerichtslauben-Vorträge. Freiburger Festkolloquium zum 75. Geburtstag von Hans Thieme, 1983, カール・クレッシェル（石川武監訳）『ゲルマン法の虚像と実像』（一九八九年　創文社）二一九―二六六頁。Th.Simon, a.a.O., S.380ff. 一八世紀の具体的事例を扱った、松本尚子「一八世紀ドイツの同職組合における営業特権と裁判――ツェレ高等上訴裁判所のポリツァイ事項訴訟を手掛かりに――」『法制史研究』五三号（二〇〇三年）一一三―一五三頁も参照。

(11) 例えば、Eberhard Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3.Aufl., Göttingen 1964, S.144ff. は、主として帝国ポリツァイ条令に簡単に言及するにとどまる。Wolfgang Sellert, Von den Anfängen bis zur Aufklärung (Ders. Hinrich

RÜPING, Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Bd.1), S.201, Anm.68 も帝国ポリツァイ条令がカロリナを補完したことに触れるにすぎない。最近の刑法史概説でも、Hinrich RÜPING und Günter JEROUSCHEK, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 5.Aufl., München 2007, S.70. は、ジフシーに対する刑事法的規制に関連して、一五三〇年の帝国ポリツァイ条令をあげるのみである。ポリツァイ条令を対象とした、古い刑法史の個別研究としては、Josef SEGALL, Geschichte und Strafrecht der Reichspolizeiordnungen von 1530, 1548 und 1577, Breslau 1914 がある。

(12) ポリツァイ条令と刑事司法との重なり合いについては、K. HÄRTER und M. STOLLEIS, Einleitung, in: K. HÄRTER (hg.), Deutsches Reich, (注2) S.16.

(13) ポリツァイ条令と刑事法・刑事司法との関係を扱った近時の研究としては、Wilhelm BRAUNEDER, Das Strafrecht in den österreichischen Polizeiordnungen des 16. Jahrhunderts, in: Gerhard KÖBLER (hg.), Wege europäischer Rechtsgeschichte. Karl KROESCHELL zum 60. Geburtstag dargelegt von Freunden, Schülern und Kollegen, Frankfurt am Main u.a. 1987, S.1-28, Georg FREUND, Die Reichspolizeiordnungen des 16. Jahrhunderts und das Delikt der Weinfälschung, in: Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte 11(1989), S.1-11, Bettina GÜNTHER, Die Behandlung der Sittlichkeitsdelikte in den Policeyordnungen und der Spruchpraxis der Reichsstädte Frankfurt am Main und Nürnberg im 15. bis 17. Jahrhundert, Frankfurt am Main 2004, Karl HÄRTER, Policey und Strafjustiz in Kurmainz, 2 Bde., Frankfurt am Main 2005.

(14) カロリナの手に入りやすいテクストとして、Friedrich-Christian SCHROEDER (hg. und erläutert), Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. und des Heiligen Römischen Reichs von 1532 (Carolina), Stuttgart 2000. 日本語訳として、塙浩「カル五世刑事裁判令（カロリナ）」『神戸法学雑誌』一八巻二号（一九六八年）二一〇―二一九頁。（同『フランス・ドイツ刑事法史　塙浩著作集四』（一九九二年　信山社）一四五―二三六頁にも収録。）一九八〇年代初めまでのカロリナに関する代表的な研究論文は、Friedrich-Christian SCHROEDER (hg.), Die Carolina. Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532, (Wege der Froschung Bd.626), Darmstadt 1986 にまとめられている。その後の研究としては、Peter LANDAU und Friedrich-Christian SCHROEDER(hg.), Strafrecht, Strafprozess und Rezeption. Grundlagen, Entwicklung und Wirkung der Constitutio Criminalis Carolina, Frankfurt am Main 1984 に収められた諸論文が重要である。

(15) Karl Härter, Zum Verhältnis von Policey und Strafrecht bei Carpzov, in: Günter Jerouschek u.a.(hg.), Benedict Carpzov, Tübingen 2000, S.181-225, S.183, Ders., Policey und Strafjustiz in Kurmainz, Bd.1, Frankfurt am Main 2005, S.173f. W.Brauneder, a.a.O., (注13) S.8f. も、ポリツァイ条令と刑事法がともに「公共善」を目的としていたこと、実際の立法過程においても両者がしばしば密接な関係を持っていたこと、を指摘するが、そのうえでポリツァイ条令を「動的な刑法」として特徴づける。

(16) 帝国ポリツァイ条令の涜神規定は、M.Weber, Reichspolizeiordnungen, (注3) S.132ff., 169ff., 218ff. これら規定の内容については、J.Segall, a.a.O., (注11) S.144ff., K.Härter, Entwicklung, (注3) S.93ff. 一五三〇年の帝国ポリツァイ条令とカロリナに至る、帝国法レベルでの、涜神に関する法規範の展開については、Siegfried Leutenbauer, Das Delikt der Gotteslästerung in der bayerischen Gesetzgebung, Köln-Wien 1984, S.1ff. 一五一六／一五二〇年のバイエルンのラント条令における涜神規定については、M.R.Franz, a.a.O., (注7) S.*96f., S.56f. 一六世紀オーストリアのポリツァイ条令における涜神規定については、W.Brauneder, a.a.O., (注13) S.21.

(17) 帝国ポリツァイ条令の衣服規定は、M.Weber, Reichspolizeiordnungen, S.141ff., 180ff., 228ff. 規定の内容については、K.Härter, Entwicklung, S.95ff. 一六世紀オーストリアのポリツァイ条令における衣服規制については、W.Brauneder, a.a.O., S.22. また、近世のポリツァイ条令に先立つ中世後期ドイツ都市における衣服や儀式に関する規制については、相沢隆「奢侈条令と中世都市社会の変容」『史学雑誌』九七巻六号（一九八八年）一―三八頁、を参照。

(18) M.Weber, Reichspolizeiordnungen, S.132f., 169f., 218.

(19) 帝国ポリツァイ条令の関係規定については、J.Segall, a.a.O., S.182f., 192f., K.Härter, Entwicklung, S.121ff. ワインの製造・販売に関するポリツァイ的規制については、辻泰一郎「一五世紀末帝国ワイン条令の成立」渡辺節夫編『ヨーロッパ中世の権力編成と展開』（二〇〇三年　東大出版会）二二九―二六〇頁を参照。

(20) 帝国ポリツァイ条令中の関係規定については、K.Härter, Entwicklung, S.82, 117ff.

(21) Gerhard Schuck, Arbeit als Policeystrafe, in: Karl Härter (hg.), Policey und frühneuzeitliche Gesellschaft, Frankfurt am Main 2000, S.611-625. ゲルハルト・シュック（松本尚子訳）「ドイツ近世におけるポリツァイ労役刑」『一橋論叢』一二四巻一号（二〇〇〇年）六八―八六頁。

(22) CCC Art. 109, 125, 126, 130, 133.

(23) 一六世紀オーストリアのポリツァイ条令におけるそうした規定の仕方について、W. Brauneder, a.a.O., S.5ff.

(24) Poena extraordinaria については、E.Schmidt, a.a.O., (注11) S.166ff., W.Sellert, a.a.O., (注11) S.244ff., 藤本幸二『ドイツ刑事法の啓蒙主義的改革と Poena extraordinaria』(二〇〇六年　国際書院) などを参照。

(25) CCC Art.106.

(26) RPO 1530, Art.1-6.

(27) M. Weber, Reichspolizeiordnungen, S.45ff.

(28) Michael Stolleis, Was bedeutet "Normdurchsetzung" bei Policeyordnungen der frühen Neuzeit?, in: Richard H. Helmholz u.a.(hg.), Grundlagen des Rechts. Festschrift für Peter Landau zum 65. Geburtstag, Paderborn u.a. 2000, S.739-757. ミヒャエル・シュトライス（和田卓朗訳）「初期近代[＝近世]のポリツァイ条令における「規範の現実的適用」とは何を意味するのか」『法学雑誌』四九巻二号（二〇〇二年）一三四－一六七頁。Karl Härter, Soziale Disziplinierung durch Strafe? Intentionen frühneuzeitlicher Policeyordnungen und staatliche Sanktionspraxis, in: Zeitschrift für Historische Forschung 26(1999), S.365-379. 池田利昭「中世後期・近世ドイツの犯罪史研究と「公的刑法の成立」――近年の動向から――」『史学雑誌』一一四編九号（二〇〇五年）六〇－八四頁、七六頁以下も参照。

(29) CCC Art. 60,67.

(30) CCC Art. 29, 30, 33.

(31) Winfried Trusen, Strafprozess und Rezeption. Zu den Entwicklungen im Spätmittelalter und den Grundlagen der Carolina, in: P. Landau und F.C.Schroeder (hg), a.a.O. (注14) S.29-118, S.92ff., Alexander Ignor, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532-1846, Paderborn u.a. 2001, S.41-144.

(32) Karl Härter, Strafverfahren im frühneuzeitlichen Territorialstaat: Inquisition, Entscheidungsfindung, Supplikation, in: Andreas Blauert u.a.(hg.), Kriminalitätsgeschichte, Konstanz 2000, S.459-480, S.467.

(33) Matthias Weber, "Anzeige" und "Denunciation" in der frühneuzeitlichen Policeygesetzgebung, in: Karl Härter (hg.), Policey, (注21) S.583-609.

資　料

〈北大立法過程研究会報告〉

台湾における生存権と国民年金法

――憲法学の視点から台湾国民年金法の問題点を考える――

李　仁淼*

はじめに
第一章、国民年金法の憲法上の基礎づけ
一、生存権

1．学説
（1）消極的権利説
（2）積極的権利説
（3）私見
2．大法官会議解釈
二、基本的国策
1．学説
2．大法官会議解釈
（1）解釈四七二号
（2）解釈五四九号
（3）解釈六〇九号
（4）まとめ
三、小括
第二章、国民年金法とその問題点
一、国民年金法成立までの経緯
1．社会保険の沿革
2．国民年金法の成立
二、国民年金法の内容
1．保険加入の対象
2．給付内容
3．所要財源
4．運営機関と救済措置
おわりに

はじめに

去る二〇〇七年八月に台湾では、国民年金法が成立し、今年の一〇月から運営が始まることになる。これまで一九五〇年代から台湾でも公務員を中心する定年後の所得保障に関する社会保険が設けられ、運用してきた。これに対し、民間労働者が適用する労働保険の中で、老齢給付は設けられていたが、その給付は低額であると同時に、単なる一時金にすぎず、老後の生活に要する所得保障は不十分なものになっている。一方、一般サラリーマンの配偶者を中心とする労働者でない者は、殆ど老後の所得保障の社会的ネット・ワークから排除された結果、老後の生計は自ら工面しなければならないことになる。つまり、台湾社会では官・民を始めとする社会階層の相違により、社会保障に関してかなり大きな較差が発生し、不公平な社会となり、社会保障にかかわる深刻な問題を抱えている。(1)

本稿は、以上のように台湾国民の老後の社会保障の現況を理解しつつ、主として憲法学の視点から、台湾国民年金法に関するいくつかの問題点を検討することにしたい。まず、台湾現行の「中華民国憲法」(以下、台湾憲法)第二章「人民の権利義務」に定めた「生存権」規定と第一三章「基本的国策」に定めた社会保障に関連する条項を中心して、これまでの学説や、台湾で憲法裁判所に相当する「司法院大法官会議(以下、大法官会議)」により示された実務上の見解(2)を中心として考察した上で、国民年金法の憲法上の基礎づけを考えてみたい。次に、国民年金法の成立までの経緯を概観しつつ、その内容を紹介した上で、上記の憲法規定は、国民年金の制度設計や法解釈に如何なる影響を与えるかに焦点を絞り、検討することにしたい。

第一章、国民年金法の憲法上の基礎づけ

台湾における国民年金法の憲法上の基礎づけに関して、最も重要な規範は、以下の三つの部分からなる。すなわち、憲法第二章「人民の権利義務」の①一五条生存権の規定と、憲法一三章「基本的国策」にある、②一五二条から一五七条からなる「社会安全」との六か条の条文のほかに、これまで台湾では一九九一年から、二〇〇五年までの合わせて七回(3)にわたり、増補条文(Amendment)という方式での憲法改正後に追加された、③憲法増補条文一〇条「基本的国策」に関する諸規定である。

以上の憲法規範のうち、①の部分については、基本的人権の規定であるが、憲法一五条は単に「人民の生存権、勤労権及び

財産権は保障するものとする」と規定しているため、これは社会権的権利であるか、如何なる効力を有するか、これまでの学説や実務はともに、一致している見解が見られていない。また②、③の「基本的国策」に定めた規定は、単に国家の目標や願望に止まる「プログラム規定」か、それとも基本権の効力を有するか、学説上も混乱な状態を呈している。

一、生存権

まず、台湾憲法一五条の「生存権」は如何なる法的性格を有するかについて、憲法規範自体は、人権の分類の中でも、本来社会権に属するはずの「生存権と勤労権」を、性質上自由権であるはずの「財産権」を同じ条文で規定しているため、これまでの学説上や実務上の法解釈の混乱を招くこととなった。以下、学説上や実務上が、「生存権」について積極的権利の性格を有するかについて、積極的権利説と消極的権利説とに分けて整理しておく。

1．学説

（1）消極的権利説

初期の学説では、薩孟武教授は、憲法一五条の生存権は自由権ではなく請求権であると指摘したが、憲法一五条の生存権規定は簡潔にすぎ、また当該条文には「詳細は法律で定める」という文言が見られないため、具体的な実行方法に欠けているとの論拠で、それは「憲法の飾り物にすぎない」と批判した。なお憲法上の生存権の法的性格は、ワイマール憲法一六三条二項の規定と同様、具体的権利でないとも指摘した。(4)

これに対して、近時の学説では、生存権の社会権的意味を十分理解しつつ(5)も、なお台湾憲法上の生存権は、単なる消極的権利の性質に止まるとの見解が注目される。許慶雄教授を代表とする所説によれば、生存権との条文は、勤労権とともに財産権と同じ憲法条文で並列されているため、財産権を国家への公的扶助を請求する社会権と解釈し得ないため、同じ条項にある生存権と勤労権は、社会権にはならず、単に生存や勤労の自由に対し、国家からの侵害を排除する権利と解される自由権的程度の保障に止まるとした。(6)但し、同説でも「憲法一五条から解釈によって社会権を導き出すことは不可能ではない」として、新憲法の制定を通じて、性質の異なる人権条項を分けて規定することにより、生存権の実際運営や憲法裁判の問題を解決するよ

う提唱したこと[7]は、注目される。

（2）積極的権利説

上記の説に対して、初期では憲法の生存権規定には、積極的権利の意味を有すると林紀東教授より提唱された。同説は、日本国憲法二五条をめぐる日本初期の代表的な学説や日本の最高裁の判例を考察し、プログラム規定説を批判し、生存権の社会権的意味を主張した。すなわち、①生存権の権利としての意味は、国家が国民の生存を保障する義務を有することにある。②伝統的な自由権とは異なり、生存権の現代的意味としては、単に国家から生存の自由を侵害されないこと、または国家からその侵害を撤去されるに止まらないことである。③生存権という憲法規定には、国民の請求権との規定が見られないからといって、直ちに生存権の積極的権利の性格を否定するのは、妥当ではないとの数点が取り上げられた。その上、生存権は、単に「プログラム規定」に止まらず、自由権の側面を有するとともに、国家へ生存の権利を請求する側面も有する、「受益権」の一種であると主張した[8]。

初期の学説に対して、近時中生存権を社会権の一環として、社会生活における個人の尊厳を保障し、国民の「人間らしい」生活水準を維持するための視点から、生存権の請求権的側面に重点を据えるとともに、その自由権的側面も見逃さずに、生存権の法的性格を分析してきた許志雄教授の所説は注目に値すると思われる。氏によれば、生存権は、貧困者等の社会的・経済的に弱い立場にある人々を保護・扶助することを内容とし、国家に作為を請求する権利であるとした。一方、社会権としての生存権も自由権の側面を有するため、その意味では生命の権利が国家から不当に剥奪されることを防ぐのも、生存権の権利の一側面であるとした[9]。

一方、生存権の社会権的側面と自由権的側面の差異を過剰な強調がないようとの立場から、生存権の法的性格を憲法制定当時にまで遡り、生存権の意味を検討した説も見られた。この説によると、一九四六年制憲国民大会の召集後、憲法草案一六条「人民の財産権は保障すべき」にいくつかの修正案が寄せられた。そのうち、「生命」に対する権利を追加する提案の他に、「人民の生活及び健康は、これを保障すべき」を追加した案や、「政府は人民の最低限度の生活を保障し、生活資力のない人民に必要な救済を与えるべし」を新たな条文として追加するなどの案も見られた。生存権に関する現行憲法の条文は、これらの提案に基づき纏められたものであるため、憲法上の生存権は、生命

権と、最低限度の生活を維持する権利との両方の意味をともに含むと主張した[10]。

（3）私見

以上のように、台湾憲法上の「生存権」は如何なる性格の権利を有するかについて、従来の消極的権利説では、薩教授も生存権の請求権としての意味を否定しているわけではなく、生存権の実現に関する方法などに関し何らの規定も見られないとの理由で、生存権は「具体的権利」ではないと説いた。一方、許慶雄教授も、現行憲法規範の下で生存権を社会権と解するのは困難であるとしつつも、「憲法一五条から解釈によって社会権を導き出すことも不可能ではない」としたため、必ずしも生存権の積極的権利の意味を否定するわけではないと思われる。確かに新憲法の制定によって理想的な人権規範を憲法上に導入することは、憲法裁判において生存権を始めとする社会権の解釈上の問題解決に関する最善策であろうが、内外情勢にも絡んでおり、台湾新憲法の制定が成し遂げられた以前、二一世紀の現代社会では、完璧な憲法規範に欠けた台湾の現状に即しつつ、既存した憲法規範を通じて如何に「人間たるに値する生存」との憲法価値を草の根レベルに浸透させようと工夫することは、憲法研究者の務めであるとの見地から、台湾憲法上の生存権を社会権的権利と解するのは、妥当であると考えられる。特に日本でも、生存権の裁判規範としての効力を認めつつ、如何なる違憲審査基準によって、生存権に裁判規範としての性格を認めるかという問題の解明こそ、肝心なことであると中村睦男教授から指摘された[11]。このように、今後台湾の国民年金を始めとする社会保障に関し、如何なる憲法裁判が現れるかなお見守る必要があると思われる。

2．大法官会議解釈

以上のような学説の中、台湾の司法院大法官会議は、これまで下した憲法解釈の中で、解釈一九四号[12]、二六三号[13]、及び四七六号[14]などは、いずれも死刑の合憲性について憲法一五条の生存権に違反しないとの憲法判断である。

一方、注目されるのは、**解釈四二二号**[15]である。本件は、国家に給付を請求するに関する憲法解釈ではないが、かつて農民を保護するために設けられた、いわゆる「三七五減租法」[16]に関連する小作人の生活基準を判断する行政命令の規定にかかわる争いで提起された事案である。大法官会議は、本件ではまず憲法

一五条の生存権規定と、「農民の生活を改善するために、国家は農民の生活を保護する法律を制定すべきである」という憲法「基本的国策」にある一五三条の規定を適用し、「国家は農民の生存を保障し、その生活の水準を向上させる義務を負う」と明言した。次に、上記の「三七五減租法」には、地主は小作地を回収することによって、家庭生活の本拠を失うことになる小作人には、小作契約が満期になった時点でも、地主は直ちにその小作地を取り戻すものではないとの規定を有する。これに即して、台湾内閣［行政院］と内務省［内政部］は、何らかの事情が発生した場合、小作人の「家庭生活の本拠を失う」に当たるとの判断基準を設定するため、一九六〇年と一九八四年に、小作人の生計を判断する基準として、それぞれ台湾全域での最低限の生活費の支出基準を適用し小作人の生活のための出費を推計するとの政令と省令を公布するに至った。上記違憲と主張された係争の行政命令に対し、大法官会議は、係争の政令に定めた支出基準は小作人家庭の具体的な生活状況とその実際に発生した窮屈な状況を配慮していないことを理由に、上記の憲法規定の趣旨に合致していないとの憲法判断を下した。

以上のように、これまで大法官会議が下した憲法解釈のうち、殆ど生存権の自由権的側面に関する解釈例であり、生存権の社会権的側面の解釈が殆ど見られていない。総じて解釈論レベルでは、生存権の積極的権利の側面に関する実務的解釈は、台湾ではなお非常に不足な状態にあると言ってよかろう。一方、解釈四二二号は、国民が公に生存や生活のための給付などを請求するという生存権の積極的権利の側面とは直接に繋がる解釈例とは言えない。ただ当の解釈は、小作人の最低限の生活保障を配慮しつつ、生活水準の算定に際しては、実際の社会状況にも目を向けて留意すべきだとした、これまでになかった稀な大法官会議解釈といったことで、台湾憲法上の「生存権」解釈にとっては意味深いものといって良かろう。

二、基本的国策

上記のように、台湾憲法上の生存権の法的性格について、実務上が従来生存権の効力を自由権レベルに解釈し、積極的な効力を認める事例は、かなり限られている状態にある。一方、学説上も生存権を財産権と同一の憲法条文で規定されていると、憲法規範自身には欠陥があることを理由として、生存権が自由権的な意味に止まるとの説も有力に主張されてきた。しかし、上記のように台湾の憲法規範上、なお「基本的国策」があり、

特にその一五二条から一五七条からなる「社会安全」との六か条の条文のほかに、憲法増補条文第一〇条「基本的国策」で、生存権保障と関連して、社会保険などの社会保障にかかる規定が見られる。そのうち、一五二条就業の促進、一五三条農民・労働者並びに婦女・児童労働者の保護、一五四条労働紛争の調停及び仲裁の法定、一五五条社会保険及び公的扶助、一五六条婦女・児童の福祉政策、一五七条国家の衛生保険事業と公的医療制度の推進などの規定が定められている。「基本的国策」の中でも、その他に一五〇、一六〇、一六一や一六九条などでは社会保障にかかわる規定が置かれている。これらの規範の中、特に一五五条に「国家は、社会の福祉を図るために**社会保険制度**を実施しなければならない。高齢者、弱者、障害者、生活無能力者及び非常災害の被災者に対して、国家は、適切な扶助と救済を与えなければならない」との規定は、「基本的国策」の中で生存権や社会保障と最も密接な関係を有する規範である。

この「基本的国策」の章で定められた規範は、一般にワイマール憲法の影響を受けて設けられたものであるとされてきた[17]。近時台湾では、さらにドイツの学説の影響を受けてこの規範の性質も基本権そのものとは異なり、国家目標条項と理解しその法的拘束力を強調した説が見られた[18]。これに対し、近時日本の学説の中でも、国家目標規定を形式的意味と実質的意味の両方を区別して、その実質的意味の国家目標規定を「**市民に主観的権利を与えずに、国家権力（立法、執行、司法）を特定の目標の遂行に向けて法的拘束力をもって義務づける憲法規範**」であると小山剛教授は定義づけた[19]。同教授はさらに、そのような規定は、人権規定と同じように立法その他の国家権力を拘束することができないと説明した。その理由として、国家目標規定は、国家の方向または到達点を提示するだけであり、行うべき具体的な手段などについてはなんらの指示もないためであると根拠づけられた[20]。これに対し、台湾ではこれまで憲法上の「基本的国策」の規範についての理解も分かれているところである。

1．学説

初期の説では、「基本的国策」の章で規定された憲法一五五条にある社会保険及び公的扶助の諸規定は、生存権（Recht auf Existenz）ではなく、国家からの恩恵である救助権（Recht auf Unterstutzung）であるにすぎないとし[21]、またはこれらの規範について、国の立法や執行は固より違反しえないが、状況によって一時的に達成しなくても直ちにこれを違憲と判断すべき

ものではないと理解してきた。[22]

これに対し、近時中、憲法一三章に置かれた一五二条や一五五条などのような規定を、特定の国家目標、つまり「プログラム規定」であると理解し、これらの規定は原則的に立法者に拘束力を持たないと、[23]初期とほぼ同じ理解が受け取られている説も見られた。[24]一方、上記の諸説とは一線を画して、近時では、「基本的国策」の中でも、その規範の内容によってそれぞれ異なる効力を有すると、ドイツの学説の影響を受けた説が有力に主張されてきた。代表的な学説によれば、例として憲法一五三条と一五四条に定めた、農民・労働者並びに婦女・児童労働者の保護、労働紛争の調停及び仲裁の法定などの規定は、いわゆる「憲法委託（Verfassungsauftrag）」という性質を認めることができるとした。[25][26]また憲法一五五条に「社会保険制度」との規定は、「制度的保障」と解される。[27]この説によれば、その前者は、憲法が立法者に委託し、憲法の基本的価値を立法で具体化・制度化させることにより、国家と国民との間の権利義務を明確化させることを指す。後者は、立法者の立法裁量に一定の限界づけがされるものの、制度の具体的内容いかんは、なお立法者によって行われるものであることを言う。この説は近時多くの支持を受け、中でも憲法の「基本的国策」は社会国家・福祉国家という国家像を形づくり、立法などの方法で市場経済の弊害を防ぐために、経済秩序や社会資源の分配に介入する権力を国家に付与するものである。従って、わが国は純粋な自由国家ではないと説いた。[28]

2．大法官会議解釈

以上のように、近時中、台湾憲法における「基本的国策」は、単にプログラム規定だけではなく、規範の内容によって、ある程度の裁判規範としての効力を有すると有力に主張されてきた。このような学説の状況下で、実務上八〇年代末ごろから、九〇年代に入ると、「基本的国策」の社会保障に関連する憲法解釈は、大法官会議から漸次に打ち出されてきた。[29]この中で、解釈二七九号は、労働保険に対して初めて出された憲法解釈であり、解釈三九八号は、これまで農民保険に関する唯一の解釈である。特に、解釈四七二号は、社会保険の一般的原則を示したほか、解釈五四九号は、係争の労働保険法の条文が憲法一五五条、増補条文一〇条八項に違反する示唆がされた。以上二号の憲法解釈は、憲法学だけではなく、社会保障法学にも興味深いものであると思われるので、以下これを見てみる。

（1）解釈四七二号

本件の争点は、すべての国民に国民健康保険の加入を強制的に義務づけることは、憲法増補条文九条四項の「国家が国民健康保険を推進し、並びに現代と伝統医学の研究、発展を促進すべき」との規定、または憲法一五条に示された生存権と財産権の規定に抵触すかにある。企業の名義（法人）で解釈の申請がなされたものである。[30]

これに対し、大法官会議は、まず社会保険制度を実施すべきことは、憲法一五五条、一五七条または憲法増補条文一〇条五項に明文がみられたとした。次に、国民健康保険法に定めた「**強制加入、保険料納付、社会互助、リスク分担、及び公共利益**の配慮に基づいたものであり、国民健康保険を推進するとの憲法の趣旨に合致するものである」とした上で、同法三〇条の滞納金徴収の規定は、保険加入単位や被保険者にその保険料納付義務の履行を促進させるための必要な手段であるとの見解を示した。ただ、保険料を納付する能力のない者に対して、国家は適切な扶助を与えるべきであり、直ちにその給付を拒むものではなく、以て国民健康保険を推進し、老・弱・障害者や生活資力または能力の乏しい者を保障する憲法の趣旨に合致するものであるとした。本件解釈は、憲法の「基本的国策」にある条項を裁判規範として、憲法解釈を行うとともに、社会互助、リスク分担など社会保険の中核的な原則を提示したが、これらの原則は、強制加入と保険料納付とはどのような関係に存するかについての論拠が示されていないとも指摘された。[31]

（2）解釈五四九号

本件は、労働保険法に、被保険者の養子は、戸籍の登記後、六ヶ月未満の者に対し、保険の給付を受給することができないとの規定にかかる争いで、提起された憲法解釈案である。[32]これに対し、大法官会議は二〇〇二年に下記通りの憲法判断を下した。まず「労働保険は、国家が憲法一五三条にいう労働者の保護、及び憲法一五五条と憲法増補条文一〇条八項にいう社会保険制度の実施を実現する基本的国策のために、設立された社会保障の措置である」とし、「基本的国策」の裁判規範性を強調した。その上、さらに係争の労働保険法にある規定は、確かに社会安全の維持と、詐欺による保険金の横領を防ぐ意味を有すると説明しつつ、「**国家が［国民の］生存の面倒見を請け負う義務を課せられる**とされた憲法の趣旨を徹底するために…労働保険法二七条、同法六三条から六五条までの規定は、本解釈が言い渡された日から二年以内の間に、前記解釈趣旨に即して改正すべ

きである」と期限付きでの係争の法律条項の改正を呼びかけた。

（3）解釈六〇九号

一方、何らかの病気を患ったままで労働保険に加入した被保険者に給付を与えるかについての事案に対し、二〇〇六年に下された解釈六〇九号[33]は、その理由書の中で社会保険の原則が明確に示され、脚光を浴びた憲法解釈になった。解釈中、大法官会議は、まず労働保険の保険料が「保険事由の危険性との間で必ずしも**対価原則を厳守するものではなく、応能負担の原則**で社会互助の機能を維持しているものである。」とし、社会保障の枢要な原理である社会連帯を強調した。さらに「労働保険は、自主参加者のほかに、なお強制の性質を持っている。そこで加入するかについて、商業保険とは異なり、個人の意思で決めるものではない」と**強制加入の原則**を示した。また上記の原則に基づいて、労働者は労働保険に加入する際、「労働保険局は、保険に加入しうるかのリスク評定の手続を取る必要もなければ、リスクが高いとの理由で、その加入も拒むものにはならない」とし、応能負担の原則や保険料とリスクの間の非対価性をさらに言及した。解釈中はなお「労働保険は社会保険の性質を有するので、如何なる保険事由に始めて保険給付を与えるべきかについて、立法府は、労働保険との政策目的、社会保障制度の適切な成立、労働者の権益の保護、社会全体における資源の分配、並びに国家財政の負担能力などの要素を斟酌して、前記の趣旨に沿って一定の保護範囲を形成させることができる」とした。結論として、大法官会議は、社会保険の制度設計に当たり、立法府に大幅な裁量を認めつつも、社会資源の再分配などの点を総合的に考慮したのみではなく、社会では経済的に弱い立場にある者にも配慮した上で、社会保障制度を妥当に成立させるものとすることも指摘した。

このような憲法解釈は、まさに社会保険の制度設計に当たって、正鵠を射たものと言って良かろう。

（4）まとめ

以上のように、台湾憲法「基本的国策」の章で規定された条項について、初期の学説では、これを単なる「プログラム規定」であると理解し、立法府や行政府に拘束力を持たないとしたが、近時中、「基本的国策」の条項でも、内容によって、「憲法委託」や「制度的保障」に属するもので、立法府にある程度の拘束力を有すると有力に主張され、その支持を呼んでいる。一方、実務では、近時中大法官会議は、憲法の「基本的国策」にある社

会保険の規定にかかる一五五条や一五七条の裁判規範性を認めたのみならず、係争の法律を違憲とした示唆も示された。特に解釈四七二号、解釈五四九号または解釈六〇九号の中で、社会保険に関するいくつかの原則さえ案出された。

このような学説や実務の発展に目を向けると、憲法「基本的国策」との章の中でも、その条項の内容によって、特に「社会保険」まで明言したなどの規範は、「憲法委託」や「制度的保障」はともかくとして、何らかの裁判規範としての効力を認めたほうが、妥当な解釈であろう。

三、小括

以上のように、台湾憲法第二章「人民の権利義務」に置かれた生存権規定について、その積極的権利の側面も学説で有力に主張されてきたが、実務上総合的に言えば、大法官会議の解釈は、なおその自由権的側面だけに目を向けており、この意味では、生存権の社会権としての意味は依然としてかなり希薄であるとしか評せない。一方、近時の実務では、憲法「基本的国策」の社会保険に関する条項を裁判規範として、強制加入、社会互助、リスク分担、応能負担の原則など社会連帯の意味合いを持つ社会保険の中核的な原則を打ち出すに至った。これは、憲法上の原則まで高まるといって良かろう。

他方、社会保障の権利を考える際に、とくに社会保障を受ける者を単なる国家の施策の受動的な受益者の地位に落し入れるのではなく、彼等を集団として構成することによって社会保障の自立的な主体としての地位を確保しようとすることを目指すものであると、かつて日本では中村睦男教授から指摘されたように、いわゆる「下からの社会権論」との観点も、国民年金を含む社会保障の重要な原則であると思われる。

以下、台湾の国民年金法は、果たして先検討してきた憲法上の原則に合致しているか、検討することにしたい。

第二章、国民年金法とその問題点

一、国民年金法成立までの経緯

1. 社会保険の沿革

台湾の社会保険は、特殊な時代背景の下で成立したものである。一九四九年に国民党政権が中国の内戦で敗北した後、台湾

(34)

に逃れてきた。一九五〇年代に入ると、国民党政権の下で、その政権の正当性を支持していた公務員・軍人、及び教師並びに国営企業の労働者のみ加入しうる、軍人保険（一九五〇年）[35]、公務員保険（一九五八年）[36]などの社会保険が次第に設けられた。これらの保険の特徴として、特に保険料が定額に抑えられており、特定の社会階層に利益が与えられることにより、政権党への政治的支持の受け皿という仕組みになっている。これらの保険でも、国家財源が限られた当時に、低保険料政策の下、それをカバーする人口の割合は低く、保険の給付水準も低額にとどまっている。

一方、一九五八年に労働保険法が制定され、かつて加入対象外だった「職業労働者」を対象に加えるだけではなく、政権党は「職業組合」を扶植し、「職業組合」や漁協などを通じて日雇い労働者や漁師などを労働保険の対象に加えた上で、これをコントロールし、組合に強力に介入した結果、「下からの社会権」の理念がなかなか芽生えなかった。一九八〇年代に入ると、私立学校教職員保険法（一九八〇年）、公務員家族疾病保険法（一九八一年）、退職公務員とその配偶者に関する疾病保険法（一九八五年）、私立学校退職教職員とその配偶者に関する疾病保険法（一九八五年）、農民健康保険法（一九八九年）など公務員・教員を中心とする医療保険の立法が次第に成立したが、これらの保険制度では、被保険者が過度に細分化されたため、零細化になっている。

一九九〇年代に入ると一九九五年に国民健康保険が実施され、これは台湾史上初めて全国民を保険の対象にさせて成立したものであり、かつての公務員保険、労働保険、及び農民保険のもとに、零細化になっているシステムが新たにまとまり、一元化の医療保険制度になっている。ただ注意すべきことは、この制度下、保険業務は単一行政機関である中央健康保険局により扱われるほか、医療機関が殆ど国家の医療資源の分配システムの中に納入された。その結果、医療サービスは、完全に国家に集中することに近くなっている。保険料の負担にも、各職業ごとに政府から異なる補助金が投入されている。そうなると、国民健康保険の運営が開始すると、台湾の社会保険制度は一元化になりつつ、国家によるイニシアチブの結果として、国家集中体制のシステムになっていると、近時の学説の中でも指摘された[37]。

2．国民年金法の成立

以上のように、国民年金法の成立までに台湾の社会保険では、公務員・教員・軍人などの階層は、老齢年金給付、退職金などの保障を有する一方、多くの国民は老後に必要な最低限の所得保障さえなかった。他方、民間労働者では、台湾労基法によると、労働者に退職金を支給すると使用者は義務づけられたが、多くの企業が継続的に経営ができないため、労働者は常に退職金を受領しえないことになる。また、労働保険では、老齢給付が設けられているが、給付水準が低く、年金によらぬ一時金の給付に止まっているため、老後の所得保障としてかなり不十分なものになっている。このような状況下、九〇年代に入ると、台湾では民主化に伴い、選挙戦が次第に激化しており、国民の老後所得保障の一時策として、社会保険によらぬ社会手当の施策は、立法府や政府から順次に案出された。まずは、①「老齢農民福祉手当暫定法」[38]（一九九三年）、②「敬老福祉手当暫定法」[39]（二〇〇二年）、③「先住民敬老福祉手当暫定法」[40]（二〇〇二年）などの立法が制定された。これに対して、政府でも内務省［内政部］は、老人福祉法一七条二項により、④「中低収入世帯老人生活手当て支給令」[41]（一九九八年）を公布した。

以上の制度下で、満六五歳の高齢者は、毎月三〇〇〇以上、六〇〇〇台湾ドル以内の金額が支給されることになった。二〇〇七年の台湾政府の統計によると、①の受給者は、七〇万三千人余りで年間支給額は、四一二億一六〇〇万台湾ドルになる。[42]②の受給者は、七九万五千人余りで年間支給額は、二七九億一四三万台湾ドルになる。[43]③受給者は、二万五百人余りで年間支給額は七億二三〇万台湾ドルになる。[44]④の受給者は一四万人余りで年間の支給額は、八六億七千万台湾ドルになる。[45]以上のように、無拠出手当の受給者は合計で一七七万人であり、年間総支給額は、七八五億二千万台湾ドルに達する。これらの社会手当は社会保険とは異なり、所要財源はすべて政府予算で賄うものであるため、政府の莫大な財源負担になるのみならず、支給対象の身分の相違による支給額も若干異なるため、不公平な現象が発生し[46]、憲法にいう平等の原則に違反する恐れも強くなると思われる。一方、給付水準の観点から見ると、例として「敬老手当」は、僅か月額三〇〇〇台湾ドル（日本円で一万円程度）が支給されるため、台湾での生活水準から見ると、小遣い程度の金額にとどまり、老後の所得保障の意味はかなり手薄いとも指摘された[47]。

以上のような状況下、国民の老後所得保障について、二〇〇二年に第三回「全国社会福祉会議」で「完璧な社会保障体系の構築」との第四議題について、社会保険制度の採用とともに、

国民年金制度に関連する社会手当ての統合を行うべきとの結論[48]が出された後、二〇〇六年七月に政府のイニシアチブの下で開催された「台湾経済永続発展会議」[49]の中で、国民年金制度について、当会議の社会保障作業部会の最終報告中、以下六点が要約された。

つまり、①国民年金保障の対象は、全国民がカバーすることを原則とする。その制度設計について、社会保険にあるリスク分担と、所得再分配の精神に合致するものとする。②制度設計に当たり、目下の各社会保険の特徴を考慮し、労働保険の年金化と同時に推進するものとする。③国民年金制度が開始する以前、目下の各社会手当のシステムを統合させるとともに、その切り替えのできる制度を工夫し、以てその他の社会保険や公的扶助の制度と一体性を持たせるものとする。④国民年金の給付水準は、国際的状況、及びわが国民の定年後の生活保障を考慮し、社会の公平にかなうようにするものとする。⑤国民年金制度を設計する際に、安定な財源の確保を要務とし、合理的な保険料の納付水準、並びに政府負担可能な財源を企画するものとする。⑥国民年金に制度設計の方向づけが確立された後、二〇〇七年をメドに立法の完成を目標とする。

このような流れの中、国民年金と労働者年金の制度設計は、同時に行われ、ついに昨年（二〇〇七年）七月二〇日に、国民年金法（以下、法）は台湾の国会である立法院で通過するに至り、今年（二〇〇八年）の一〇月一日より、実施される予定である[50]（法五九条）。但し同時に推進すべき、労働保険の老齢給付の年金化をめぐる立法は、今現在もなお完成していない状態にある。

二、国民年金法の内容

1．保険加入の対象

法七条により、国民年金に加入すべき者は、下記の三種類に区分される。まず、満二五歳から六五歳未満までの、他の社会保険に加入せず、且つ関連する社会保険の老齢給付を受給していない者（法七条一項一号）。次に、法が実施される前に、労働保険の老齢給付を除き、他の社会保険の老齢給付を受給していない者である。または、法が実施された後の一五年以内に労働保険の老齢給付を受給して、労働保険の加入後一五年未満の者である（法七条一項二号）。第三に、法の実施時点にすでに満一五歳であり、且つ既に農民健康保険に加入している者であ

る。但し、満六五歳前に農業に従事していない者は、この限りではない。

（1）問題点

以上のように、国民年金法の適用対象は、公務員・教員・軍人などが排除されただけでなく、民間労働者も除外された。その結果、一般サラリーマンの配偶者や自営業者などの労働者でない者は、主な適用対象となっており、社会連帯の基盤は弱体化になっている。特に、適用対象のうち、医師、弁護士など社会一般において収入が比較的に高いものもいるが、全体として収入源が安定していない者により、リスクを分担させるので、基礎年金として全国民を連帯対象とさせる理念に反するのみならず、将来的には年金制度を運営する所要の財源が、安定的に確保していけるかについても、疑問視されている。

2. 給付内容

国民年金の給付は、老齢年金を中心とするものであるが、その他に心身障害年金、遺族年金、及び葬祭給付の四種類の給付が設けられた。

（1）老齢年金

①一般老齢年金

受給資格は、本保険に加入してから、満六五歳の者である（法二九条）。その受給額の算定について、以下の二通りのうち、受給者より任意に有利な計算を選択することができる（法三〇条一項）。一つは、月額保険金（初年度は、台湾現在の月額最低賃金である一七二八〇台湾ドル）に保険の加入年数を乗じて、なお〇．六五％との係数を乗じた後で得られた額に、プラス三〇〇〇台湾ドルになる金額である。もう一つは、月額保険金に保険加入の年数を乗じて、さらに一．三％との係数を乗じて得られた額である。

②老齢基本的保証年金（制度実施後の過度時期の無拠出年金）

制度が実施した時点に、既に満六五歳で且つ元の敬老手当の受給者について、ある程度の資産を有する者が排除されるほか、死亡するまで毎月三〇〇〇台湾ドルの無拠出年金が申請により支給される。一方、農民の身分を有する者には、制度の実施後、満六五歳で且つ元の老齢農民福祉手当の受給者に、さらに毎月三〇〇〇台湾ドルが追加される。それとともに、本法の実施後、上記の「敬老福祉手当暫定法」と「老齢農民福祉手当暫定法」

が同時に廃止されることになる。

③先住民老齢年金

先住民の平均寿命は一般国民より短いとの視点から、制度実施後、満五五歳の先住民は毎月に老齢年金を受給し得ると同時に、上記「先住民敬老福祉手当暫定法」は、制度実施後に廃止されることになる（法五三条）。

（2）心身障害年金

①一般心身障害年金

本保険を掛ける期間中、主務機関の認定を受けた病院により重度心身障害と認定され、且つまた労働能力が喪失すると判定された者に、申請により心身障害年金が支給される（法三三条、五三条）。

その支給額は、月額保険金に保険加入年数を乗じて、また一・三％との係数を乗じて得られた月額である。また上記の規定で計算された結果、四〇〇〇という数字よりも低い場合、四〇〇〇台湾ドルの基本的保障年金が支給される（三四条）。

②心身障害基本的保証年金

本保険に加入する以前、既に上記にいう重度心身障害との規定を満たし、且つまた労働能力が喪失すると判定された者に、ある程度の資産を有する者が排除される他、本保険の加入期間中、月額四〇〇〇台湾ドルの心身障害基本的保障年金が申請により、支給される（法三五条）。ただ②の受給者は、①と重複して受給しえないとされている。

（3）遺族年金

被保険者が死亡し、または心身障害年金や老齢年金の受給者は、死亡した際に、その配偶者、子女や父母などの遺族が残された場合、その遺族が生活無能力者や未成年者、また配偶者が満五五歳などといった条件を満たした場合、申請により遺族年金が支給される（法四〇条）。その支給金額に関しては、なお被保険者死亡の場合と、障害年金や老齢年金の受給期間中死亡の場合との二通りに分けられる。前者の場合は、月額保険金に保険年数を乗じて、さらに一・三％との係数を乗じて得られた金額になることである。但し、前記の方法で計算された結果、三〇〇〇よりも低い数字になった場合、三〇〇〇台湾ドルが支給される。後者の場合は、元受給した心身障害年金や老齢年金の半額により、支給されることになる。

また、遺族年金の受給は、①配偶者・子女、②父母、③祖父母、④孫、⑤兄弟・姉妹との優先順位になっている。同一の順位に遺族は二人以上の場合、一人当たりに遺族年金が算出された金額の二五％が増加され、ただ多人数の場合、最大限は五〇％までの増加金額が支給される（法四二条）。

（4）葬祭給付

被保険者が死亡した場合、月額保険金の五ヵ月分の金額が申請により支給される（三九条）。

（5）問題点

給付内容について、保険事由により、老齢年金を始めとする四つの給付項目が設けられた点、法が実施された後の過度施策としての無拠出年金が設けられた点、並びにかつての諸老齢手当を本法の制定によって統合させた点について、評価しうる点であろう。但し、老齢年金の給付額を試算してみると、二五歳から六五歳まで四〇年間年金保険を掛けた者を例として、仮に月額保険金の水準が、当初から変わっていない場合、その受給する年金の月額は、僅か、17,280 × 40 × 1.3% = 8,985.6 台湾ドルになった。

台湾内務省社会局（内政部社会局）の調査[51]によると、二〇〇七年台湾本島での一人当りの最低月額生活費（すなわち、貧困ライン）は、台北市一四八八一、高雄市一〇七〇八、その他の地域九五〇九台湾ドルになっており、年金の給付水準は、最低生活費以下になっている。そのため、年金のみを頼りにして生存権にいう健康で文化的最低限度の老後生活を送るのは、所詮無理であろう。その結果として、保険料納付の意欲も低下させることに繋がるのではないか[52]と思われる。従って、如何に給付水準を向上させていくか、他の社会保険の給付との連携にも視野を入れつつ、将来的には制度面の改革をさらに工夫する必要があるであろう[53]。

3．所要財源

（1）財源の依拠

国民年金の所要財源は、政府が設立した国民年金基金により賄われる（法四五条）。基金の収入源は、①保険料、②基金設立当初、政府による投入する一時金、③中央主務機関が法に義務づけられた負担金、及び中央政府の責任的準備金、④利息と過料の収入、⑤基金から発生した利子と基金の運営により得ら

れた収益、⑥その他の収入との六つの項目から構成される（法四六条）。

さらに、上記③の財源にうち、基本保障年金の財源については、主務機関は予算を編列しこれを賄うほかに、順次に以下の方法で財源の確保を工夫するものとされた（法四七条）。つまり、①国民年金のために運営される宝くじの収益、②政令で営利的事業の法人税を一％増にさせて得られた金額で調達することである。

（2）保険料

国民年金の月額保険金は、法実施後の初年度では、労働保険法の別表に定めた俸給表にいう第一級俸によるもの（すなわち、台湾現在の月額最低賃金である一七二八〇台湾ドル）とする。その二年目より、中央主計機関が公布した消費者物価指数の上昇率は五％に達した時点に、月額保険金はその上昇率に即して調整するものとする（法一一条）。

保険料は、月額保険金に保険料率を乗じて得られた金額との方式で算定されるが、その保険料率は、制度実施後の初年度は六．五％で、その三年目にさらに〇．五％増にし、爾後二年ごとに〇．五％の増加が続けられるが、一二％を越えない限度で保険料率が上がることになる。但し保険基金は将来二〇年の保険給付を支給し得る場合、その保険料率の増加はしないことにする（法一〇条）。

一方、保険料の拠出については、法には改めていくつかの規定が見られる。まず、一般の被保険者については、保険料の六〇％を自己負担にし、中央主務機関はその他の四〇％を負担することにする。他方、社会において弱い立場に置かれている被保険者には、保険料の減免などの措置も取られている。まず、台湾の社会救助法にいう低収入世帯を満たし、つまり台湾での生活保護を受ける者、または重度障害者などの被保険者には、その保険料は全額免除されることになる。次に、家庭の年度総収入源が平均よりある程度下まわる者や中・軽度障害者などにも、その経済的状況や障害の軽重に応じて、保険料の負担を軽減させることになる（法一二条）。

（3）問題点

以上のように国民年金所要財源は、いくつかのルートもあるが、保険料及び中央主務機関が法に義務づけられた負担金、及び中央政府の責任的準備金は、主な財源となった。まず、ある程度社会の中で弱い立場にある被保険者には、その保険料を減

免させる措置が設けられたため、生存権の理念に合致し、評価すべき点であろう。ただ、注目すべきは、その減免された保険料は、他の被保険者の保険料で賄うものではなく、主として政府と自治体が投入した税金で補填することになっており、被保険者の間での協力・互助やリスク分担という社会保険の意味が手薄になっている。一方、一般被保険者を、同額の保険料を納付させるのみではなく、その保険料のうち、さらに政府から四〇％の補助金が投入される結果、このような保険料納付の制度設計は、上記大法官会議が示した、**所得再分配や応能負担の原則**という社会保険の精神とはかけ離れているものになるのみならず、将来的には政府の大きな財源の負担にもなる。結局、年金制度が果たして健全に運営されていくか、憂慮を湛えるものになっている。

4. 運営機関と救済措置

（1）運営機関

国民年金保険の運営に当たり、その主務機関としては、政府では中央社会行政の主務機関であり、地方では各県レベルの自治体と直轄市（台北・高雄）の県・市庁である（法三条）。なお、中央主務機関からの委託を受ける労働保険局は、保険者であり保険業務を取り扱うことにする（四条）。

（2）救済措置

一方、政府の主務機関は保険業務を監督するとともに、保険をめぐる紛争事項を審議するために、原則として政府機関、被保険者、及び専門家からそれぞれ三分の一の代表者より構成されるものにより、合議で監督と審議を扱うことにする。また、事件に対する保険者の裁決に争議が発生した際に、被保険者とその受益者は、まず審議を申立て、その審議の結果にはなおも不服とした場合、不服申立（訴願）と行政訴訟を提起することが可能とした（法五条）。

（3）問題点

運営と救済の問題点について、まず運営機関について、中央主務機関からの委託を受ける労働保険局は、保険者であり保険業務を取り扱うとの明文が見られ、国民年金保険基金の設立も法律上義務づけられている。この中で、当の基金は、どのようなシステムの下で管理され、どのように運用されていくか年金が平穏に運営されていくかにも繋がっている。この点について、

上記日本の学説の中でも提起された、いわゆる「下からの社会権論」との観点は、社会保障にとっても重要なものと思われる。ただ、ごく最近台湾内務省が公布した「国民年金の運用及び監督に関する命令草案」[54]三条によると、その運用は金融機関に委託しうるが、基金の収支、管理、及び運用は保険者である労働保険局により取り扱われるとした。その結果、年金基金の管理や運用の主導権は、完全に中央省庁に手中した結果、被保険者など年金の受益者は、単に国家の施策の受動的な者の地位に落とし入れ、社会保障の自立的な集団的主体にはならなくなるとになった。結局、これは「下からの社会権」との理念から遥かにかけ離れたものになっているのではないかと思われる。

一方、救済については、主務機関は保険をめぐる紛争事項を審議するために、政府機関、被保険者、及び専門家からそれぞれ三分の一の代表者より構成されるものにより、合議で審議を扱うことにしたが、法には明文で特別の機関の設置は見られない。年金保険の専門性との見地からすると、中央省庁とは別として、比較的に政治的影響を受けない独立行政委員会などの機関を設置し、年金保険の監督や紛争処理などを当たらせた方が、紛争解決の機能がより良く果たせるのではないかと考えられる。

おわりに

台湾の国民年金法は、以上のように、いよいよ今年一〇月からスタートする。この制度は、現在、なおも他の社会保険に加入することができない者に対し老後の最低限の社会保障を与えることや、これまでにあったいくつかの高齢者手当を統合させることなどの点から見ると、決して意味が薄いものではない。

但し、制度全体は既に本稿で指摘したように、①被保険者は、全国民ではなく、全体として経済的に弱い者であり、社会連帯の基盤は相対的に弱まっていること、②保険料については、政府から莫大な公金の投入を要すること、③老齢年金の給付だけでは、老後の所得保障には不十分なものであること、④年金基金の管理・運営は、政府に集中しすぎていること、などの問題点を抱えている。特に、政府の財政が相当厳しい状況の中[55]、船出しようとしているこの年金制度であるが、将来的には順風満帆で平穏に運営されていくか、それとも二進も三進も行かずに波瀾万丈の展開になるか否か。一方、台湾憲法上の生存権や「基本的国策」にいう社会保険にかかる憲法裁判は、今後どのように展開されていくか、なお見守り続ける必要があるであろう。

＊台湾中正大学法律学系・法律学研究所副教授、日本北海道大学法学博士。
Tel＝+886-5-272-0411 ext 35113
Fax＝+886-5-272-1053
E-mail＝lawrml@ccu.ceu.tw

註

（1）かつて、台湾の社会保障の予算のうち、その八〇％は、わずか台湾の労働人口の一〇％を占める公務員・教員・軍人のために使われていた。この問題提起について、さしあたり、郭明政「台湾社会保険の改革與展望」同編『社会保険之改革與展望』（政治大学労働社会法研究センター・二〇〇六年）三三五－三三六頁。

（2）台湾における違憲審査制と憲法裁判の動向について、拙稿「台湾における違憲審査制」北大法学論集四七巻五号（一九九七年）一五二七－一五七九頁、拙稿「司法院定問題考－由戦後日本憲法裁判之経験思考我国違憲審査制的発展方向」中正大学法学集刊一三号（二〇〇二年）一－九五頁、拙稿「司法権的観念－由日本『客観訴訟』與司法権観念之論争、反思我国司法院定位問題」当代公法新論［翁岳生教授七十大寿祝寿論文集］（上）（元照出版・二〇〇二年）九一九－九五七頁、拙稿「台湾における違憲審査制の近時動向－日本憲法裁判の経験を通じて、台湾司法院の位置づけを考える」札幌学院法学二一巻一号（二〇〇四年）一三五－二二一頁、拙稿「台湾における違憲審査制の新展開」大沢秀介＝小山剛編著『東アジアにおけるアメリカ憲法』（慶応義塾大学出版会・二〇〇六年）一一九－一六五頁、拙稿「違憲審査制中的暫時救済－以日本憲法訴訟、我国釈憲制度之最近動向為中心（上）、（下）」政大法学評論九四号（二〇〇六年一二月）一－二九頁、九五号（二〇〇七年二月）九一－一二六頁などを併せて参照していただきたい。

（3）それは一九九一年、九二年、九四年、九七年、九九年、二〇〇〇年、及び二〇〇五年の計七回の改憲である。

（4）薩孟武『中国憲法新論』［一〇版］（三民・一九九三年）一二八－一二九頁。

（5）その代表作、許慶雄『社会権論』（衆文・一九九一年）は、日本における社会権をめぐる議論を丹念に整理したものである。

（6）許慶雄『憲法入門』（元照・二〇〇四年）一四六頁。

（7）許慶雄『憲政体制與中国関係』（知英文化・一九九五年）一〇〇－一〇一頁。

（8）林紀東『中華民国憲法逐条釈義（一）』［七版］（三民・一九九三年）二三九－二四〇。

（9）許志雄等『現代憲法論』［三版］（元照・二〇〇二年）一九九頁。［許志雄執筆］

（10）蘇永欽編『部門憲法』（元照・二〇〇六年）三三六－

三三八頁。［郭明政執筆］

(11) 中村睦男『論点憲法教室』（有斐閣・一九九二年）二一五―二一六頁。

(12) 大法官会議解釈一九四号（一九八五年三月二二日）。

(13) 大法官会議解釈二六三号（一九九〇年七月一九日）。

(14) 大法官会議解釈四七六号（一九九九年一月二九日）。

(15) 大法官会議解釈四二二号（一九九七年三月七日）。

(16) この法律の正式名は「耕地三七五減租条令」である。一九五〇年代、国民党政権の下で土地改革の一環として、一九五一年六月七日に公布、実施されたものであり、その後一九五四年、一九八三年、二〇〇二年の三回に渡り改正され、現在に至る。本法により、地主と小作人の間に結ばれた小作契約には、小作人が地主に納付する地租は、全年度の主要作物の千分の三百七十五を上回らない範囲内に止まるものとされた。

(17) 蘇永欽編・前掲書（註10）（照・二〇〇六年）三四〇―三四一頁［郭明政執筆］。

(18) 許育典「国家目標条款」月旦法学教室三〇期（二〇〇五年）三八―三九頁。

(19) 小山剛「国家目的と国家目標規定」小山剛＝駒村圭吾『論点探究憲法』（弘文堂・二〇〇七年）一五頁参照。

(20) 小山剛＝駒村圭吾・前掲書（註19）一三―一七頁参照［小山剛執筆］。

(21) 薩孟武、前掲書（註4）一二八―一二九頁。

(22) 林紀東『中華民国憲法逐条釈義（四）』［六版］（三民・一九九三年）二四八―二四九頁。

(23) 李建良「論立法裁量之憲法基礎理論」同『憲法理論與実践（一）』（学林・二〇〇〇年）三六六―三六七頁参照。

(24) 法治斌＝董保城『憲法新論』［三版］（元照・二〇〇六年）四八〇頁。

(25) 陳新民「論『社会基本権』」同『憲法基本権利之基本理論（上）』（三民・一九九一年）一二二―一二三頁、李惠宗『憲法要義』（元照・二〇〇四年）六三五頁。

(26) 日本では「憲法委託」をめぐる議論は殆ど見られなかった。これについて稀な文献であるが、渡辺中「立法者への憲法委託」国士舘法学三三号（二〇〇一年）一〇一頁以下では、ドイツにおける「憲法委託」に関する近時の議論を丹念に整理した。

(27) 陳新民、前掲書（註25）一二二―一二三頁。

(28) 孫迺翊「憲法解釈與社会保険制度之建構―以社会保険『相互性』関係為中心」台大法学論叢三五巻六号（二〇〇六年一一月）二五〇頁。

(29) 一九八九年九月二九日に、公務員の退職金制度に関する解釈二四六号が打ち出されると、社会保険に関する、解釈二七四号、二七九号、三一〇号、三八九号、三九八号、四三四号、四五六号、四六六号、四七二号、四七三

号、四七四号、五三三号、五四九号、五五〇号、五六〇号、五六八号などの憲法解釈がなされるに至った。

(30) 司法院大法官会議解釈四七二号（一九九九年一月二九日）。本件解釈の前文について、台湾司法院の法学資料全文検索 http://jirs.judicial.gov.tw/ を参照。

(31) 孫迺翊、前掲（註28）二六〇頁。

(32) 司法院大法官会議解釈五四九号（二〇〇二年八月二日）。本件解釈の前文について、台湾司法院の法学資料全文検索 http://jirs.judicial.gov.tw/ を参照。

(33) 司法院大法官会議解釈六〇九号（二〇〇六年一月二七日）。本件解釈の前文について、台湾司法院の法学資料全文検索 http://jirs.judicial.gov.tw/ を参照。

(34) 中村睦男「権利としての福祉―生存権の現代的意味」同『社会権の解釈』（有斐閣・一九八三年）三五―三六頁参照。

(35) その沿革と概要について、徐広正「中華民国社会保険発展之歴史回顧」郭明政編・前掲書（註1）一七八頁。

(36) その沿革と概要について、徐広正・前掲文（註35）郭明政編・前掲書（註1）一七六―一七七頁参照。

(37) 孫迺翊、前掲（註28）二七〇―二七二頁。

(38) 制度の詳細について、郝鳳鳴『社会保障法講義』[再版]（著者・二〇〇七年）二六一―二六九頁。一九九三年に本法が公布・実施した当時に満六五歳以上の農民は毎月三〇〇〇台湾ドルが支給されるが、二〇〇七年の改正により、現在毎月六〇〇〇台湾ドルが支給される。

(39) 制度の詳細について、郝鳳鳴・前掲書（註38）二九二―二九九頁。二〇〇二年に制度が始まった当初、現在まで、条件を満たした老人は、毎月三〇〇〇台湾ドルが支給される。

(40) 条文は、http://www.bli.gov.tw/html.asp?id=0008369&doGetChildList=N 参照（visited 10 Jan 2008）。

(41) 制度の詳細について、郝鳳鳴・前掲書（註38）三六八頁。参照。条件を満たした老人は、毎月六〇〇〇台湾ドルが支給される。

(42) 台湾行政院農業委員会の頁 http://www.coa.gov.tw/htmlarea_file/web_articles/4379/t40.pdf 参照。

(43) http://sowf.moi.gov.tw/stat/month/m3-04.xls 参照。(visited 11 jan 2008)

(45) 台湾行政院主計処の頁 http://sowf.moi.gov.tw/stat/month/m3.04.xls 参照。(visited 10 Jan 2008)

(46) 孫迺翊、前掲（註28）二七六頁参照。

(47) 郝鳳鳴「國民年金與勞保年金實施後對勞工之影響」高雄市政府労動局主催・二〇〇七年労働権益研修究資料（二〇〇七年一二月六日）二頁参照。

(48) 議事の内容などについて、台湾内務省[内政部]の頁、http://sowf.moi.gov.tw/23/23.htm 参照。(visited 12 Jan

2008）

（49）社会保障作業部会の報告書の全文について、http://theme.cepd.gov.tw/tesg/tesg3_f4_4.htm 参照。（visited 12 Jan 2008）

（50）その内容の紹介について、鐘秉正「浅析国民年金法」台湾本土法学九八号（二〇〇七年九月）三一九―三二二頁参照。

（51）台湾内務省社会局の頁、http://sowf.moi.gov.tw/10/new10.htm 参照。（visited 14 Jan 2008）

（52）この点について、郝鳳鳴・前掲論文（註47）の中でも指摘された。同論文五―六頁参照。

（53）この点について、鐘秉正・前掲論文（註50）三二二頁でも提起された。

（54）台湾内務省社会局の頁 http://sowf.moi.gov.tw/09/news/news-961127.htm 参照。（visited 14 Jan 2008）

（55）行政院主計処の統計によると、二〇〇六年度に台湾中央政府の負債は約四兆二千六百億台湾ドルに達しており、同年度の総生産（GNP）は約一二兆三千八百六八億台湾ドルであるため、政府の負債は、すでにGNPの三四％以上を占めている。

〔附記一〕

本稿は、北海道大学岡田信弘教授の招聘により、二〇〇八年二月一日に同大学大学院法学研究科で開催したシンポジウム「国民年金制度改革の現状と問題点―台湾と日本の比較」において報告したものに、若干補筆・訂正を加えたものであり、台湾国家科学委員会［科学省］の研究助成（經濟全球化之下的社會保障立法 91-2412-H-194-011）を受けた研究成果の一部でもある。

とくにシンポジウムでの報告の機会を与えてくださった岡田信弘教授には大変お世話になっており、ここに記をして感謝の意を申し上げる。一方、報告中、コメンテーターである慶應義塾大学小山剛教授を始めとする、北海道大学前総長中村睦男教授、北星学園大学斉藤正彰助教授（再校の段階で既に教授に昇進）、新潟大学加藤智章教授、小樽商科大学片桐由喜教授、及び座長の岡田信弘教授等の諸先生方と友人たちより、いろいろと有益なご教示とご指摘をいただき、北海道大学常本照樹教授を始めとする諸先生方と友人たちから多大なご厚情をいただいたことや、これまでの研究生活を支えてきた筆者の生活的伴侶でもある高瀬由美子さんが、本稿の添削作業を手伝ってくださったことについても、心より感謝を申し上げたいと思う。

〔附記二〕

本稿を脱稿後、初校の段階で、台湾立法院は二〇〇八年七月一八日に、実施されていない国民年金法（以下、年金法）と、一九五八年より実施されてきた労働者保険法（以下、労

保法）にそれぞれの改正を加えた結果、労働者年金制度が導入されることとなった。この法改正後、台湾では私立学校の教員は公的年金の適用対象者でないがため、これを除き、一応国民皆年金の達成がされようとする段階になっている。その改正内容の概要は、下記の通りである。

まず、国民年金法の改正要点としては、①農民を強制的に国民年金法の被保険者の対象とはせず、老齢農民福祉手当の受給資格を満たす者は、続けてこの手当を受給することができる旨規定である（年金法六条三号、七条二号）。②労働者年金制度が実施される前に、大多数の労働者が労働者保険を脱退し、国民年金に加入することによって、労働者保険制度の崩壊を防ぐために、労働者年金制度が実施される前に、労働者保険の老齢給付を受領したことのある者は、労働者保険に加入した年数を問わずに、なおも国民年金保険に加入することができる旨規定である（年金法七条二項三号）との二点が挙げられる。なお、今回改正された国民年金法の実施日は、なお法改正前と同様、二〇〇八年一〇月一日となっている。

次に、労働者保険法の改正については、最も重要な規定として、労働者保険の加入後、満六〇歳の者には老齢給付として、原則として以下の二通りの支給方法があるとされた。ひとつは、保険加入年数は、満一五年の者には、年金給付を請求しうるとのこと。もうひとつは、保険加入年数が一五年未満の者には、一時金の給付を請求しうるとのこと（労保法五八条一項）。また、国民年金法によると、このような一時金の老齢給付を受給する者は、国民年金法の実施後が一五年未満の時点に、六五歳未満の国民は、なお改めて国民年金に加入し、国民年金法の被保険者になることが可能とのこと（年金法七条三号）。なお、年金受給資格を満たした者には、任意に受給年数の繰り下げを可能にさせること。その繰り下げ年数を一年ごとに、給付金額が四％増となっており、最高、二〇％増となっている（労保法五八条の二）。なお、今回改正された労働者保険法の関連する条項は、二〇〇九年一月一日実施とされている。

以上の法改正では、まず労働者に年金制度を導入することは、評価すべき点ではあるが、国民年金法と労働者保険法の被保険者を区分して、それぞれ適用させることは、基礎年金レベルでは、その社会連帯の基盤としては、かなり希薄なものと思われる。一方、国民年金法の改正で、農民を強制的に国民年金法の被保険者の対象としないことによって、国民年金加入者の間では社会連帯の基盤を一層弱体化させる要因をも含んでいるため、将来的にスムーズに運営していくか否か、憂慮を湛えることになる。特に、憲法上の生存権との理念に則しつつ、社会連帯といった社会保険の原理にも逆うことなく、将来的に、基礎年金レベルでは、分散された年金制度をいかに一元化に統合させようことは、台湾年金改革の本丸と筆者は考える。

雑　報

北海道大学法学会記事

○二〇〇八年七月二四日（木）午後四時より
「裁判所と立法府の対話―カナダの経験と日本の可能性―」

報告者　佐々木　雅　寿
出席者　二八名

二〇〇八年六月四日、最高裁判所は、国籍法三条一項が、憲法一四条一項に違反し、上告人は、同項の規定により日本国籍を取得したものと解するのが相当であると判示した（最大判H二〇・六・四　平成一九年（行ツ）第一六四号）（以下「六月四日判決」という）。上告人に日本国籍を認めた判断は、平等権を侵害された個人の権利救済の在り方に関する新たな方法を最高裁が初めて認めたものであり注目に値する。

これまでは、平等権の侵害に対する救済方法に複数の選択肢がある場合等には、裁判所は特定の救済方法を命じることを避け、国会の立法的措置を待つべきである、と一般に考えられてきた。この考え方に従うと、六月四日判決が採用した、裁判所が、平等権侵害を理由に、法律の一部を違憲無効として、法律が規定した利益付与の範囲を拡大すること（一部違憲判決＋利益付与の拡大）は、立法裁量を侵害する判決方法であると評価される可能性が高いと言える。しかし、六月四日判決は、実際にこのような救済方法を採用した。

この背景には、以下のような、裁判所と国会との関係に関する理解があったと推測される。すなわち、藤田裁判官の意見が指摘しているように、「国籍法三条一項についての本件におけるこのような解釈が一般的法規範として定着することに、国家公益上の見地から著しい不都合が存するというのであれば、立法府としては、当裁判所が行う違憲判断に抵触しない範囲内で、これを修正する立法に直ちに着手することが可能なのであって、立法府と司法府との間での権能及び責務の合理的配分については、こういった総合的な視野の下に考察されるべき」という考えである（今井裁判官の補足意見も参照）。

このように、最高裁の違憲判決の後でも国会が憲法の枠内で

一定の立法的対応をとることが可能であるとする考えは、最高裁と国会の関係を判決後の時間の流れの中でダイナミックに捉える見方と言える。これまでのわが国における議論の立て方は、最高裁と国会の関係を、最高裁の違憲判決の時点を基準時として、時間の流れを止めて、最高裁と国会の関係を論じる傾向を示してきたので、ここで示された新たな発想は、これまでの考え方からはかなりの距離がある。また、このような考え方を前提にすると、違憲審査権の民主的正当性の問題、違憲審査権の活性化の問題、民主社会における裁判所の役割および裁判所と国会の関係、さらには、憲法問題に対する国会や国民の議論の在り方等の諸問題に関連する新たな視点を提供する可能性がある。

このような裁判所と国会のダイナミックな関係をカナダでは、裁判所と立法府の「対話」と呼んで、主に違憲審査権の民主的正当性の問題領域で、自覚的な議論がされている。

そこで、本報告では、まず、カナダにおける裁判所と立法府の対話の議論を概観し、対話の意義と限界等を見定めた後に、わが国における裁判所と国会の対話の可能性を探った。

第一部「カナダにおける裁判所と立法府の対話」では、カナダにおいては、違憲審査権の民主的正当性の積極的根拠の一つとして、人権に関する違憲審査により裁判所と立法府との「対話」と呼ぶことのできるダイナミックな相互作用が発展し、かかる対話は民主的過程を否定するのではなくそれを促進することが、有力学説とカナダ最高裁判所により指摘されていることを説明した。カナダにおける対話理論は、より具体的には、裁判所の違憲判決の多くは、立法目的ではなく立法手段を違憲とし、議会が判決後に対応することができる余地を与えており、議会は違憲とされた法律の立法目的を新しい合憲的な手段で達成できるように法改正することができ、裁判所と議会の対話が成立し、最後の言葉は多くの場合裁判所ではなく議会が述べることができる、という議論である（佐々木雅寿「カナダにおける裁判所と立法府の対話」『法学雑誌』五四巻一号一五頁（二〇〇七年）参照）。

第二部「日本における対話の可能性」では、まず、わが国における経験においても、①法律の内容や法律の不存在等の違憲性は問題となっていないが、裁判所が一定の立法を促す場合、②法律等に違憲の疑いがあるため裁判所が国会の迅速な対応を求める場合、③法律等が違憲の場合等には、裁判所と国会の相互作用が生じる可能性があったことを示しつつも、これまでわが国では、裁判所と国会の相互作用というよりは、国会が裁判

所の判決に単に従うという傾向が強かったことを指摘した。

しかし、六月四日判決は、対話の可能性を示す注目すべき判決と言える。この判決が、これまでの一般的理解をふまえると採用困難と考えられてきた一部違憲＋利益付与の拡大判決を採用した背景には、最高裁の違憲判決の後でも国会が憲法の枠内で一定の立法的対応が可能であるとする考えがあったと考えられる（今井裁判官の補足意見、藤田裁判官の意見参照[33]）。そして、これらの個別意見には、①最高裁が違憲判決をした後、国会は最高裁の違憲判決の趣旨に従えば、判決内容と異なる立法をすることが憲法上可能である、②このように考えることができるから、仮に、違憲の法律の対処の仕方に複数の選択肢があったとしても、一定の救済を裁判所が命じても、必ずしも、立法裁量の侵害とはならない、③司法権と立法権との関係を考える場合も、最高裁の違憲判決後の国会の対応可能性をふまえて考察すべきである、との視点が示されている。

もちろん、現段階で、わが国においてもカナダと同様な意味での裁判所と国会の対話が存在していると評価することは困難である。しかし、日本国憲法においては、①人権を法律で制約しうることが明示的に認められており、②これまでの最高裁の法令違憲判決の多くは、立法目的ではなく立法手段を違憲とし、③最高裁自身が、違憲判決後の国会の独自の対応を認めており、④国会自身も相互作用の可能性を否定していない点を考慮すると、わが国においても対話の可能性は残されているといえよう。

この対話概念を用いて裁判所と国会の関係を見ることには、いくつかの効果がある。第一は、違憲審査制度に対する効果で、①違憲審査権の民主的正当性を補強する根拠が新たに加わり、裁判所がより積極的に違憲審査権を行使する可能性が高まる、②立法裁量の侵害と認識される範囲が従来より減少し、裁判所がより積極的に違憲審査権を行使する可能性が増加する、③立法裁量の侵害と認識される範囲が従来より減少し、裁判所が命じることのできる人権救済方法の種類が現在よりも増える可能性がある等が考えられる。第二は、国会や社会に対する効果で、(a)憲法判断は、最高裁のみの責務ではなく、国会の責務でもあることの再認識、(b)そのことにより国会における憲法議論の活性化の可能性、(c)そして、それを通じて、国民も憲法問題を自覚的に考える機会が増える可能性等である。

対話理論は、民主主義社会のすべての構成員および政府の諸部門が、人権問題について、協力しながら取り組むことが可能であり、かつ、そうすることが民主主義をより発展させることを示唆している。また、少なくとも、人権問題は、裁判所と政

治部門との対話、さらには、市民による議論と判断によって、解決されるべき問題であることも示された。このことは、一国の憲法は、その民主社会におけるすべての構成員と政府の諸部門の対話によって、発展しうることをも示している。

THE HOKKAIDO LAW REVIEW
Vol. 59 No. 4 (2008)
SUMMARY OF CONTENTS

Japan's Post Cold-War Defense Policy: the Administrative Process between 1993-1995

Teruyoshi SHIBATA*

Abstract

Twenty years have passed since the sudden and unexpected end of the Cold War. However, the significance of the US-Japan alliance has not diminished throughout the years; in fact, it has entered a new stage and has come more important than ever.

The US and Japan have implemented and conducted cooperative security operations since the series of terrorist attacks on the US on September 11, 2001. The coordinated operations for Afghanistan and Iraq are noteworthy examples. Such examples indicate great changes in Japan's defense policy compared to that of the Cold War period, in which the legitimacy of the US-Japan alliance was constantly questioned and the arguments for sending the Self Defense Force overseas were regarded as a taboo. The developments after the Cold War suggest that the US-Japan alliance is a crucial element for Japan's defense policy.

The purpose of this paper is to demonstrate that the "redefinition of US-Japan Security," implemented in mid 1990's, roughly from 1993 to 1997 or 99, was the decisive process to secure Japan's dependency on the alliance in its defense policy today. The analyses of the process will enable us to understand the

*Part-time Lecturer, Faculty of Economics, Hokkai Gakuen University.

nature of Japanese current defense policy. In other words, this paper proposes to view the "deepening of the US-Japan alliance" in the 21st century as a part of a long process to enhance the security relations between US and Japan, which began in the mid 1990s. Although the term "deepening of the US-Japan alliance" becomes main stream in 2000's, after the 9.11 attack, the actual process had taken place in mid 1990's. Therefore, the process coined the "redefinition of the US-Japan security" in the mid 1990's should be refer to as the "deepening" of the alliance.

Three major policy ideas can be found in Japan's defense policy after the World War Ⅱ: 1) the "U.N. centered" idea to secure Japan through the collective security system offered by the U.N.; 2) the "self defense" idea to maintain Japan's security by its own military power; 3) the "alliance-oriented" idea to sustain Japan's security by depending on the power projection of the US through the US-Japan alliance.

During the Cold War period, actual defense policy in Japan had been formed through the struggle between the "self defense" and the "alliance-oriented" idea. The "U.N. centered" idea could not function to lead the actual policies under the Cold War system, since the collective security by the U.N. was unfeasible dream. The struggle of the former 2 ideas was settled by the "alliance-oriented" idea assuring its advantage during the New Cold War in the 1980s.

However, the end of the Cold War brought an abrupt change to the international system, which resulted in the obliteration of the advantage of the "alliance-oriented" idea. The struggle among the three policy ideas happened again by the mid 1990's.

As a result, again, the struggle ended with the victory of those who promoted the "deepening of the US-Japan alliance," the successor of the "alliance-oriented" idea. This result indicated not only the recovery of the "alliance-oriented" idea, but also the further transformation of the US-Japan alliance.

The major question of this paper is: why did Japan choose and promote the idea of "deepening of the US-Japan alliance" in the 1990s? This paper analyzes the policy process from 1993 to 1995, the first half of the process, directed the

whole process. The paper also aims to illustrate the nature of the current defense policy and the characteristics of its policy process in Japan.

Chapter 1 examines the framework of historical institutionalism, an important academic trend in comparative politics. The arguments, especially on policy dynamism, provide several significant perspectives for the analysis of this paper.

Chapter 2 sets out the reference point of this paper by reviewing existing studies on defense policy and its policy process in Japan.

Based on the preceding chapters, Chapter 3 will demonstrate the analytical framework of this paper. The framework is composed of the 3 decision levels, their institutional characteristics, and 3 policy ideas.

Chapter 4 confirms the starting point of the analysis, and illustrates the domestic and international environments at the time when the defense policy was under scrutiny.

The actual defense policy process from 1993 to 1995 is analyzed in Chapters 5, 6 and 7. The process is divided into 3 periods in terms of 3 important policy documents: "Higuchi Report"; "East Asia Strategic Report"; and "National Defense Program Outline (Bouei Keikaku no Taikou)." A chapter is devoted to the process of each document.

The final chapter makes some concluding remarks based on the above analysis.

The conclusion is as follows: first, "path-dependency" can only explain the outline of the process, however, a more thorough and detailed examination shows that several facts deviate from such analysis. Japan's post-Cold War defense policy was undeniably distinguishable from that during the Cold War. To a certain extent, the new "deepening of the US-Japan alliance" idea transformed Japan's defense policy. This detailed examination shows that the transformation has been led by the idea and the institutional characteristics intrinsic in the process. In explaining the transformation, the perspectives for institutional changes are needed.

Second, the institutions in the policy process are also transformed during the period. The "Higuchi group," a semi ad-hoc consultative body of the Prime

Minister for defense policy-making, had been introduced to the policy process. The 1.5 track channel was formed and functioned as a direct communication channel of the military organizations of the US and Japan. These institutional changes directed the policy transformation by influencing directly, or by promoting or disturbing policy ideas.

As stated above, Japan's defense policy in the 21st century is based on several institutions in the policy process. The defense policy based on the "deepening of the US-Japan alliance" will not change as long as the institutions persist.

Polizeiordnung und Strafjustiz im frühneuzeitlichen Deutschland

Masaki TAGUCHI*

Die erste Hälfte des vorliegenden Aufsatzes behandelt den allgemeinen Charakter der Polizeiordnung. Im Vergleich mit Ostasien ist vor allem darauf hingewiesen, dass die Polizeiordnung eher neue Schicht der Normen darstellte und dass es neben ihr altes eigentliches Recht gab. Die zweite Hälfte erörtert die Verhältnisse der Polizeiordnung mit der Strafjustiz. Es wird dabei gezeigt, dass die Polizeiordnung die neuen Entwicklungen in der frühneuzeitlichen Strafjustiz stärker als die Strafgesetzgebung wie CCC vertrat. Diese Einordnung ist an vier Punkten erläutert: Typen von Verbrechen, Strafart, Bestimmung einzelner Verbrechen und Strafprozess.

*Professor, School of Law, Hokkaido University.

The Right to Live and the National Pension Law in Taiwan
—— Through the Viewpoints of Constitution to Consider the Issues of the National Pension Law in Taiwan

Ren-Miau LEE*

Key Words: Right to Live, National Pension, Constitution, Social Security, Social Insurance, Taiwan, Japan

Abstract

This paper's main purpose is to consider the issues regarding the Taiwanese National Pension Law through the viewpoints of the constitution.

Firstly, the paper intends to consider the Taiwanese Constitution provisions, stipulated in Chapter Ⅱ "People's Rights and Obligations" which relates to the "right to live" and Chapter ⅩⅢ "Basic National Policy" which relates to "social security" through the analysis of Taiwanese constitutional theories and the judgments of the Taiwanese Judicial Yuan, which is the Constitutional Court in practice.

Secondly, this paper intends to survey the details concerning the Taiwanese National Pension Law, which has been in existence. After introducing the Law's contents, the paper will focus on the above mentioned Taiwanese Constitutional Provisions may have some effect on the system or the legal interpretations of the National Pension Law in Taiwan.

*JD, Hokkaido University, Japan.
Associate Professor of Law, National Chung Cheng University, Taiwan.
E-Mail: lawrml@ccu.edu.tw; Tel (05)2720411; Fax (05)2721053.

論　　説

裁判員制度と刑事司法に対する人々の意識

松村　良之、木下麻奈子
太田　勝造、山田　裕子

Ⅰ．はじめに ―― 意識調査の全体像

本稿は、日本学術振興会科学研究費基盤（A）「裁判員制度の受容と望ましい制度運用について ―― 裁判員制度は成功するか？ ――」（2007－2010年度、研究代表者松村良之）が2008年度に行った第１次全国裁判員制度意識調査のデータの基礎的分析結果を、調査のリサーチデザイン、調査方法、調査票の構成とともに示すものである(1)。

本科学研究費に基づく研究は開始されたばかりである。今後は、本調査データをさまざまな仮説に基づき、多様な技法を用いて分析し、その結果を順次発表する予定である。2010年度には第２次調査が予定されており、両データに基づいて、第１次調査、第２次調査を通観したいわゆる前後研究（before-and-after study）が行われる計画である。しかし、それらの分析の前提として必ず行うべきことは、データセットを確定し、記述的なデータの基礎的分析結果を示すという作業である。それによって、データセットの信頼性が担保される。また、裁判員制度は、現在もっとも関心を持たれている政治的社会的イッシューであり、早急にデータの基礎的分析結果を発表することは、学問的のみならず、政策的、法実務的にも有意義であろう。

1．調査の企画と意図

裁判員制度は、「司法制度改革の目玉」（松尾，2006：10）として立法され、2009年５月21日から施行されるが、いまだ国民に身近な存在ではない。たとえば、2005年度に行われたある全国調査（中央調査社報，2005）では、裁判員制度を「必要」であるとする者は34％、一方、「不要」であるとする者は41％と、不要派が多かった。この結果を2003年度、2004年度に行った調査と比較すると、驚くべきことに制度の周知度が高まるにつれ、裁判員制度必要派の回答者の割合は減少していることが分かる。さらに「裁判員に是非参加したい」あるいは「参加してもよい」と回答した者の割合も年々減少しており、2005年度調査では裁判員に参加する意向のある人は22％しかいない。つまり司法制度改革の意図とは異なり、現在のところ裁判員制度は国民に受容されているとは言い難い状況にあるといえよう。

本研究には、大きく２つの意義がある。第１は、このような社会状況を踏まえて、いかに裁判員制度が国民に浸透し受容されていくかを明らかにすることである。詳しく述べると、本研究では、裁判員制度に対する態度（認知、感情的な評価、行動意図）、さらに刑事法や刑事司法システムに対する人々の態度や行動性向がどう変化するかについて明らかにする。その目的のために、一般人を対象に裁判員制度導入前（2007年度実査）と導入後（2010年度実査予定）の計２回の調査票調査を行い、その変化の有無と内容とを調べようとするものである。本稿はこの第１回目の調査結果の基本的統計分析の報告である。

第２の意義は、この社会調査が、刑事司法についての人びとの態度を体系的に明らかにする日本で初めての調査票調査だということである。それゆえ、2007年度の調査はそれ単独で、大きな意味を持つのである(2)。

2．リサーチデザインと調査方法

(1) サンプリング

母集団は全国成人男女（但し70歳以下）(3)であり、抽出サンプル数は1,800である。サンプリングの方法は、層化二段抽出ランダムサンプリングであり、抽出地点は123地点、１地点は11名間隔の系統抽出法（出発点は名簿上でランダムに定める）で、１地点から地点ごとに予め定め

られた９名－15名の間の特定の人数が抽出されている。サンプリングは2007年11月30日から2008年１月22日にかけて行われた。なお、設計サンプルの性別、年齢分布、市郡別居住地分布については表－１、２、３を参照されたい。

表－１　性別

	設計サンプル		有効回収サンプル	
	人	%	人	%
男性	849	47.17	514	44.31
女性	951	52.83	646	55.69
合計	1,800	100.00	1,160	100.00

表－２　年齢分布

	設計サンプル		有効回収サンプル	
	人	%	人	%
20歳代	267	14.83	134	11.55
30歳代	358	19.89	204	17.59
40歳代	347	19.28	235	20.26
50歳代	384	21.33	275	23.71
60歳以上70歳以下	444	24.67	312	26.90
合計	1,800	100.00	1,160	100.00

表－３　市郡別居住地分布

	設計サンプル		有効回収サンプル	
	人	%	人	%
18大都市	477	26.50	279	24.05
その他の市	1,143	63.50	761	65.60
町・村	180	10.00	120	10.34
合計	1,800	100.00	1,160	100.00

⑵　実査

調査方法は留め置き法で行われた。すなわち、調査員が訪問し、調査票への記入を依頼し､応諾した者に調査票を渡し自己記入をしてもらう。そして、後日調査員が回収するという方法をとった（なお、希望者については郵送による回収も行われた)。留め置き法によった理由は、設問の多くが５段階（１部７段階）の心理測定尺度のいづれかに○をつける

という形式であり、調査員の読み上げ式よりも自記式に適した調査票だからである。

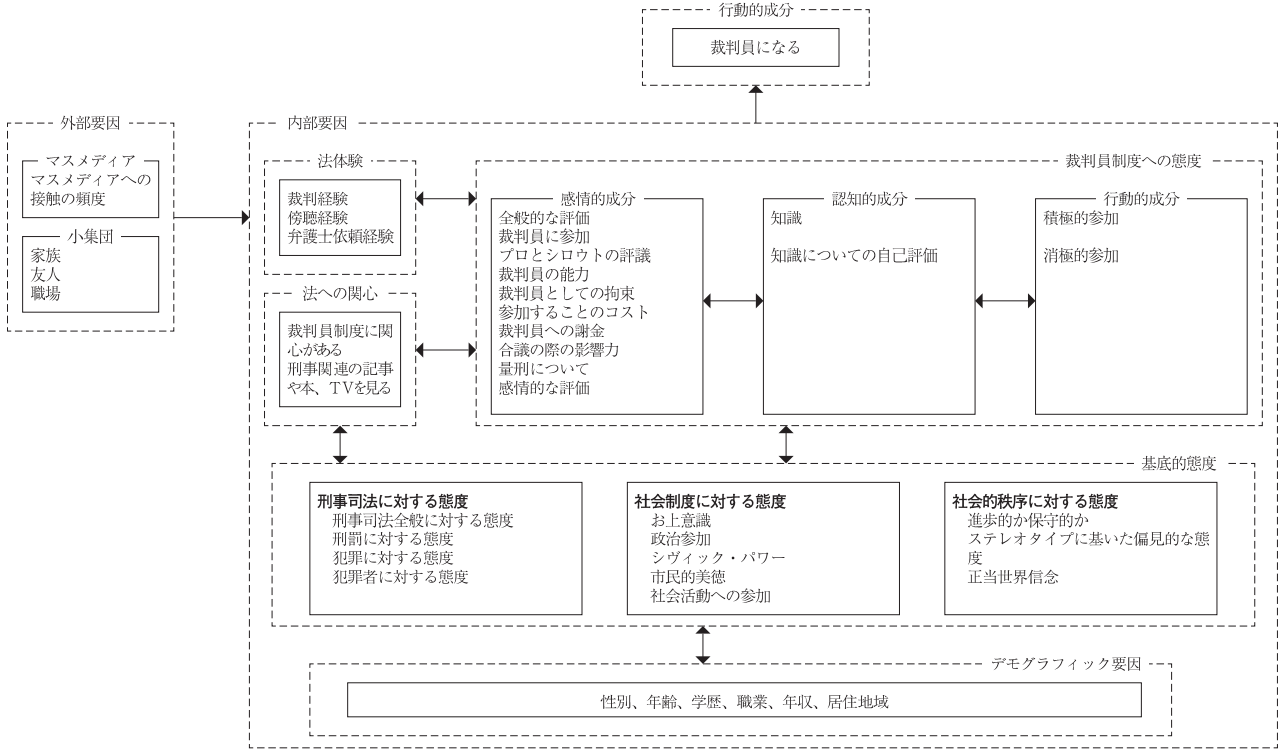
実査は2008年２月８日(金)から３月２日(日)にかけて行われた。有効回答数は1,160であり、回収率は64.4％である。なお、サンプリングおよび実査は(社)中央調査社に委託して行われた。64％強という回収率については、現時点の社会調査としては極めて高い数値であると評価できる(4)。なぜなら、国民の間で個人情報保護ならびにプライバシー意識が高まってきているとともに、オレオレ詐欺など見知らぬ人を対象とする詐欺等の犯罪およびそのメディア報道が増大してきており、社会調査を称する訪問者への警戒感が非常に高まっているからである。なお、回収サンプルの性別、年齢、市郡別居住地分布についても表－１、２、３を参照されたい。

(3) 調査票の構成

この調査で用いたモデルは、人びとの裁判員制度に関する態度の構造を示したものである（図－１）。これは個人の内在変数を中心に捉えた個人モデル（主観モデル）であり、環境的な要因は外在変数として、個人の外側にあると位置づけている。このモデルを構成している要因について、図の上から順に説明する。

まず図の一番上にあるのが、裁判員になるという法行動である（最終的従属変数)。

次に、裁判員制度への態度であるが、態度理論に基づいて、感情、認知、行動の成分より構成されると考える。このうち裁判員制度への態度の感情的成分は、人びとが裁判員制度をどのように評価しているかという問題である。具体的な例を挙げると、裁判員制度全般に対する態度、裁判員の能力についての態度、裁判員として拘束されることへの態度、裁判員として参加することのコストに対する態度等から構成されている。裁判員制度への態度の認知的成分は、裁判員制度についての知識と知識についての自己評価から構成されている。裁判員制度への態度の行動的成分は､裁判員制度へ積極的に参加したいという行動意図があるか、あるいは参加したくないという行動意図を持っているかという態度からなる。



図ー1　裁判員制度に対する態度の構造モデル

裁判員制度への態度に影響を与える要因として、第１に「法体験」と「法への関心」がある。法体験は、裁判経験や裁判を傍聴した経験があるか、過去に犯罪に巻き込まれたことがあるか、法律家の知人がいるかなどである。「法への関心」は、刑事事件を扱った小説や映画を読んだり見たりするか否かなどの質問によって測定されるものである。

第２、裁判員制度への態度を支える基底要因として、「刑事司法に対する態度」、「社会制度に対する態度」、「社会的秩序に対する態度」がある。「刑事司法に対する態度」は、刑事司法全般に対する態度、刑罰に対する態度、犯罪に対する態度、犯罪者に対する態度から構成されている。「社会制度に対する態度」は、シヴィック・パワー（坂本2007：10-21）(5)、市民的美徳（シヴィック・ヴァーチュ）(6)（日本文化会議，1982; 坂本2007:7）、「お上意識」、政治参加への態度などの要因から構成されると考えられる。「社会的秩序に対する態度」は、進歩的あるいは保守的な態度を持っているか、ステレオタイプに基づいた偏見的な態度があるか、および正当世界信念などから構成される。

最後に、図の最下部にあるのが「デモグラフィック要因」であり、性別、年齢、学歴、職業、年収、および居住地域等が含まれる。

なお、外在変数として、マス・メディアからの影響、小集団からの影響が想定される。ただし本調査ではマス・メディアからの影響のみを調べた。なお、これらの変数は、内在変数のそれぞれのレヴェルに対して影響を与えるであろうと仮定している。

以上のように、本調査票は大きく分ければ、

(ⅰ) 裁判員制度に関する設問（要因計画法による設問を含む）、
(ⅱ) 刑事司法制度に関する設問（意見、評価など）、
(ⅲ) 上記(ⅰ)および(ⅱ)と関連すると思われる一般的な社会的態度を測定する設問、
(ⅳ) 上記(ⅰ)および(ⅱ)と関連すると思われる社会経験、日常経験に関する設問、
(ⅴ) 職業、年収などの背景的属性に関する設問、
(ⅵ) 要因計画法を採用した小話（vignette）形式に基づく裁判員による裁判の評価の設問（いわゆるシナリオ実験）

からなる(7)。

前段で述べたように、本調査票は要因計画法を取り入れたため、その質問部分が異なる８種類の調査票がある。以下では、それらをＡヴァージョンからＨヴァージョンと呼ぶことにする(8)。

Ⅱ．度数分布と基本統計量

以下、各設問の度数分布と基本統計量について調査票の設問の順序に従って説明する。なお、本文と表にあるＱに始まるアルファベットと数字の表記（たとえば、Q5_5）は統計分析ソフトウェアSPSSにおける変数名である（例ではQ5_5は調査票の問５(5)に対応する）。ここでは扱いやすさとわかりやすさという観点から、設問の特定は原則としてこのSPSS上の変数名による。

１．マスコミ接触など

Q1からQ3の質問では、刑事司法を含む情報に被調査者がどの程度接触しているかを測定するために、マスコミとの接触などを尋ねた。結果は表－４の通りである。

表－４　マスコミ接触

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q1　あなたはテレビやラジオ、新聞（インターネット版を含む）のニュースを、見たり、聞いたりする方だと思いますか、思いませんか。(○は１つ)	1　見たり聞いたりする方ではないと思う	26	2.24		
	2　どちらかといえば見たり聞いたりする方ではないと思う	84	7.25		
	3　どちらともいえない	132	11.39		
	4　どちらかといえば見たり聞いたりする方だと思う	523	45.13		
	5　見たり聞いたりする方だと思う	394	33.99		
	合計	1,159	100.00	4.01	0.97
	無回答	1			

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q2　あなたは、ご自分が、犯罪や刑事裁判をあつかった小説、映画、テレビドラマを読んだり見たりする方だと思いますか、思いませんか。(○は１つ)	1　読んだり見たりする方ではないと思う	133	11.47		
	2　どちらかといえば読んだり見たりする方ではないと思う	229	19.74		
	3　どちらともいえない	324	27.93		
	4　どちらかといえば読んだり見たりする方だと思う	340	29.31		
	5　読んだり見たりする方だと思う	134	11.55		
	合計	1,160	100.00	3.60	1.36
	無回答	0			

表－4　マスコミ接触（続）

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q3　あなたは、ご自分が、インターネット（パソコンや携帯電話などによる）を仕事以外でよく使う方だと思いますか、思いませんか。(○は1つ)	1　使わない方だと思う	446	38.55		
	2　どちらかといえば使わない方だと思う	221	19.10		
	3　どちらともいえない	123	10.63		
	4　どちらかといえば使う方だと思う	225	19.45		
	5　使う方だと思う	142	12.27		
	合計	1,157	100.00	3.42	1.35
	無回答	3			

＊質問文と選択肢の文言は、調査票でも用いられた文言の通りであるが、表ではふり仮名については省略されている、なお、表－5以下も同じである。

2．体感治安

Q4はいわゆる体感治安について尋ねている。結果は表－5の通りである。なお、別途、犯罪の被害経験について尋ねた設問も用意されている（Q7）。それについては、4．法的経験を参照されたい。

表－5　体感治安

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q4　あなたやあなたの家族が犯罪にあう危険が増えていると感じますか、減っていると感じますか。(○は1つ)	1　減っていると感じる	18	1.56		
	2　どちらかといえば減っていると感じる	16	1.39		
	3　どちらともいえない	359	31.11		
	4　どちらかといえば増えていると感じる	511	44.28		
	5　増えていると感じる	250	21.66		
	合計	1,154	100.00	3.83	0.83
	無回答	6			

3．一般的な社会的態度

Q5の各変数（Q5_1からQ5_13までの質問への回答）は、一般的な社会的態度にかかわるものである。このうち、Q5_1は、社会関係資本（social capital）に関わる一般的信頼を尋ねたものである（山岸,1998；坂本,2007:19）。Q5_2とQ5_12は、シヴィック・パワーやシヴィック・コンピテンスを尋ねた質問である（坂本,2007:19-21）。Q5_3とQ5_4は、個人が社会に対して貢献すべきかといったシビック・ヴァーチュについての態度を尋ねたものである（日本文化会議，1982:162；坂本,2007）。

Q5_5、Q5_13の２項目は、正当世界尺度に由来する設問である（詳しくは松村他,2006a:1521；2006b:1447参照）。Q5_7は、生活態度や考え方の保守性と柔軟性、寛容性などを尋ねた設問である（詳しくは松村他,2006b:1448参照）。Q5_6、Q5_8、Q5_9、Q5_11は、いわゆる「お上意識」を測定しようとした設問群である（詳しくは松村他,2006b:1448参照。ただし、一部松村他,2006b の設問とはワーディングが異なるものがある）。Q5_10は、ステレオタイプに基づいた偏見的な態度に関わる質問である。

各質問の結果については表－６を参照されたい。

表－６　一般的な社会的態度

あなたは次のそれぞれの文章についてどうお思いですか。(1)から(13)のそれぞれについてお答えください。（それぞれ○は１つずつ）

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q5_1　ほとんどの人は信頼できる	1　そう思わない	171	14.81		
	2　どちらかといえばそう思わない	215	18.61		
	3　どちらともいえない	450	38.96		
	4　どちらかといえばそう思う	284	24.59		
	5　そう思う	35	3.03		
	合計	1,155	100.00	2.82	1.06
	無回答	5			
Q5_2　国の政治がどう変わろうとも、自分の生活には関係がない	1　そう思わない	513	44.30		
	2　どちらかといえばそう思わない	280	24.18		
	3　どちらともいえない	193	16.67		
	4　どちらかといえばそう思う	123	10.62		
	5　そう思う	49	4.23		
	合計	1,158	100.00	2.06	1.19
	無回答	2			
Q5_3　公共の利益のためには、個人の権利が制限されてもやむを得ない	1　そう思わない	309	26.85		
	2　どちらかといえばそう思わない	286	24.85		
	3　どちらともいえない	346	30.06		
	4　どちらかといえばそう思う	170	14.77		
	5　そう思う	40	3.48		
	合計	1,151	100.00	2.43	1.14
	無回答	9			

表ー６　一般的な社会的態度（続）

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q5_4　私たちは、世のため人のためにつくすべきだ	1　そう思わない	41	3.56		
	2　どちらかといえばそう思わない	55	4.77		
	3　どちらともいえない	392	34.00		
	4　どちらかといえばそう思う	486	42.15		
	5　そう思う	179	15.52		
	合計	1,153	100.00	3.61	0.93
	無回答	7			
Q5_5　この世の中では努力はいつか報われるようになっている	1　そう思わない	120	10.41		
	2　どちらかといえばそう思わない	205	17.78		
	3　どちらともいえない	429	37.21		
	4　どちらかといえばそう思う	296	25.67		
	5　そう思う	103	8.93		
	合計	1,153	100.00	3.05	1.10
	無回答	7			
Q5_6　社会にとって重大なことは、専門家に任せるべきだ	1　そう思わない	134	11.71		
	2　どちらかといえばそう思わない	193	16.87		
	3　どちらともいえない	411	35.93		
	4　どちらかといえばそう思う	290	25.35		
	5　そう思う	116	10.14		
	合計	1,144	100.00	3.05	1.14
	無回答	16			
Q5_7　私は新しい生活スタイルや考え方を受け入れる方だ	1　そう思わない	63	5.45		
	2　どちらかといえばそう思わない	208	17.98		
	3　どちらともいえない	491	42.44		
	4　どちらかといえばそう思う	333	28.78		
	5　そう思う	62	5.36		
	合計	1,157	100.00	3.11	0.94
	無回答	3			
Q5_8　なにごともお上にまかせるという態度が日本を悪くしてきた	1　そう思わない	36	3.12		
	2　どちらかといえばそう思わない	72	6.23		
	3　どちらともいえない	308	26.67		
	4　どちらかといえばそう思う	418	36.19		
	5　そう思う	321	27.79		
	合計	1,155	100.00	3.79	1.02
	無回答	5			

表－６　一般的な社会的態度（続）

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q5_9　トラブルに巻き込まれても専門家まかせにしてはだめだ	1　そう思わない	71	6.15		
	2　どちらかといえばそう思わない	122	10.56		
	3　どちらともいえない	414	35.84		
	4　どちらかといえばそう思う	355	30.74		
	5　そう思う	193	16.71		
	合計	1,155	100.00	3.41	1.08
	無回答	5			
Q5_10　犯罪を犯すような人は、社会の落伍者である	1　そう思わない	92	7.97		
	2　どちらかといえばそう思わない	132	11.44		
	3　どちらともいえない	572	49.57		
	4　どちらかといえばそう思う	234	20.28		
	5　そう思う	124	10.75		
	合計	1,154	100.00	3.14	1.02
	無回答	6			
Q5_11　政府は私たち国民を守って当然だ	1　そう思わない	14	1.21		
	2　どちらかといえばそう思わない	28	2.43		
	3　どちらともいえない	171	14.83		
	4　どちらかといえばそう思う	430	37.29		
	5　そう思う	510	44.23		
	合計	1,153	100.00	4.21	0.87
	無回答	7			
Q5_12　社会がよくなるかどうかは、自分たち次第である	1　そう思わない	52	4.49		
	2　どちらかといえばそう思わない	66	5.70		
	3　どちらともいえない	332	28.69		
	4　どちらかといえばそう思う	436	37.68		
	5　そう思う	271	23.42		
	合計	1,157	100.00	3.70	1.03
	無回答	3			
Q5_13　この世の中では、悪いことやまちがったことをしても見逃される人が数多くいる	1　そう思わない	21	1.81		
	2　どちらかといえばそう思わない	28	2.42		
	3　どちらともいえない	174	15.03		
	4　どちらかといえばそう思う	466	40.24		
	5　そう思う	469	40.50		
	合計	1,158	100.00	4.15	0.89
	無回答	2			

４．法的経験

Q6からQ8までの質問群では広い意味の法的経験を尋ねている。Q6、Q6no2は裁判所利用の経験である。それらは表－７に掲げられている。Q6は複数回答可の設問である。Q7では犯罪被害経験を尋ねており、刑

事司法制度に対する態度と関連あると予測される（なお、２．体感治安も参照）。Q8は法律専門職の知り合いの有無である。

表－７　法的経験

質問文	選択肢	度数(人)	%
Q6　あなたは裁判所を利用したり、裁判所に行ったことがありますか。自分で利用した場合だけでなく、傍聴や付添いや証人として行った場合も含めて答えてください。(○はいくつでも)	1　当事者（原告、被告、申立人、被申立人など）として裁判や調停をした	145	12.88
	2　当事者以外の関係者（証人、付添いなど）として裁判や調停に関与した	73	6.48
	3　当事者や関係者以外として裁判所に行った	77	6.84
	4　裁判所に行ったことはない	838	74.42
	5　覚えていない	25	2.22
	有効回答者数	1,126	
	無回答	34	

質問文	選択肢	度数(人)	%
Q6no2　１または２と答えた方にお聞きします。それはどのような事案でしたか。(○は１つ)	1　民事または家事の事案（民事裁判や調停、家事審判など）	113	56.22
	2　刑事関係の事案（交通法規違反も含む）	79	39.30
	3　その他	5	2.49
	4　わからない	4	1.99
	合計	201	100.00
	非該当	958	
	無回答	1	

質問文	選択肢	度数(人)	%
Q7　この５年間で、あなたご自身やご家族が犯罪の被害にあったことがありますか（物品やお金を盗まれたりだまし取られたり、痴漢にあったり、ケガをさせられたりしたことなどです）。(○は１つ)	1　ない	900	77.85
	2　ある	239	20.67
	3　覚えていない	17	1.47
	合計	1,156	100.00
	無回答	4	

質問文	選択肢	度数(人)	%
Q8　あなたは弁護士または司法書士の知り合いがいらっしゃいますか。(○は１つ)	1　いる	228	19.71
	2　いない	899	77.70
	3　わからない	30	2.59
	合計	1,157	100.00
	無回答	3	

※ Q6については、複数回答なので、パーセントの合計は100にならない。

５．刑事司法に対する態度（１）

Q9_1からQ9_6までの設問群は、刑事訴訟手続きに対する態度、特に

被告人の権利保障をどう考えているかを尋ねた設問群である。一般的に多くの社会調査では、人々は被告人の権利保障について厳しい見方（権利保障が強すぎるとの評価）をしていることが示されているが、ここでの結果は、表－８の通りであった。

表－８　刑事司法に対する態度（１）

以下の文章について、あなたご自身のご意見をお聞かせください。以下の(1)から(6)のそれぞれについてお答えください。（それぞれ○は１つずつ）

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q9_1　凶悪な事件の場合には裁判所の逮捕状がなくても、容疑者を逮捕できて当然だ	1　そう思わない	122	10.56		
	2　どちらかといえばそう思わない	68	5.89		
	3　どちらともいえない	264	22.86		
	4　どちらかといえばそう思う	350	30.30		
	5　そう思う	351	30.39		
	合計	1,155	100.00	3.64	1.26
	無回答	5			
Q9_2　弁護士は被告人に黙秘を勧めるべきではない	1　そう思わない	71	6.15		
	2　どちらかといえばそう思わない	61	5.28		
	3　どちらともいえない	390	33.77		
	4　どちらかといえばそう思う	333	28.83		
	5　そう思う	300	25.97		
	合計	1,155	100.00	3.63	1.11
	無回答	5			
Q9_3　警察に逮捕されても有罪と決まったわけではないのだから、それだけで勤務先をクビになるのはおかしい	1　そう思わない	22	1.90		
	2　どちらかといえばそう思わない	36	3.11		
	3　どちらともいえない	246	21.26		
	4　どちらかといえばそう思う	368	31.81		
	5　そう思う	485	41.92		
	合計	1,157	100.00	4.09	9.59
	無回答	3			
Q9_4　捜査で真実を発見するためには、多少無理な取り調べもやむを得ない	1　そう思わない	261	22.64		
	2　どちらかといえばそう思わない	240	20.82		
	3　どちらともいえない	426	36.95		
	4　どちらかといえばそう思う	172	14.92		
	5　そう思う	54	4.68		
	合計	1,153	100.00	2.58	1.13
	無回答	7			

表－８　刑事司法に対する態度（１）（続）

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q9_5　凶悪な事件の被告人には弁護士をつけることを許すべきではない	1　そう思わない	336	29.14		
	2　どちらかといえばそう思わない	223	19.34		
	3　どちらともいえない	342	29.66		
	4　どちらかといえばそう思う	147	12.75		
	5　そう思う	105	9.11		
	合計	1,153	100.00	2.53	1.28
	無回答	7			
Q9_6　凶悪な事件の被告人といえども、刑事裁判においては人権が十分に尊重されなければならない	1　そう思わない	93	8.06		
	2　どちらかといえばそう思わない	168	14.56		
	3　どちらともいえない	379	32.84		
	4　どちらかといえばそう思う	296	25.65		
	5　そう思う	218	18.89		
	合計	1,154	100.00	3.33	1.17
	無回答	6			

６．刑罰を科す目的

Q10_1からQ10_7の設問群は、刑罰の目的（特に犯罪者を刑務所に収容する目的）を尋ねた設問である。これらの設問は、松村(2007)で用いた設問を利用している（ただし、一部新規に加えた設問と、省略した設問がある）。設問の意味と全体の構造については、松村(2007)を参照されたい。結果は表－９の通りである。

表－９　刑罰を科す目的

あなたは、罰として犯罪者を刑務所に入れることの目的についてどうお考えですか。以下の(1)から(7)のそれぞれについてお答えください。（それぞれ○は１つずつ）

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q10_1　犯罪者を罰することで、罪を犯した分だけその犯罪者に苦痛を与える	1　反対する	122	10.56		
	2　どちらかといえば反対する	68	5.89		
	3　どちらともいえない	264	22.86		
	4　どちらかといえば賛成する	350	30.30		
	5　賛成する	351	30.39		
	合計	1,155	100.00	3.78	1.01
	無回答	5			

表一 9　刑罰を科す目的（続）

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q10_2　犯罪者を罰することで、犯罪を犯せばどうなるかを人々に示して、同じ犯罪が起こることを抑制する	1　反対する	71	6.15		
	2　どちらかといえば反対する	61	5.28		
	3　どちらともいえない	390	33.77		
	4　どちらかといえば賛成する	333	28.83		
	5　賛成する	300	25.97		
	合計	1,155	100.00	4.10	0.84
	無回答	5			
Q10_3　犯罪者を刑務所に入れて、犯罪者がまっとうな人間になるよう教育する	1　反対する	22	1.90		
	2　どちらかといえば反対する	36	3.11		
	3　どちらともいえない	246	21.26		
	4　どちらかといえば賛成する	368	31.81		
	5　賛成する	485	41.92		
	合計	1,157	100.00	4.30	0.83
	無回答	3			
Q10_4　犯罪者を罰することで、被害者に代わって仕返しをする	1　反対する	261	22.64		
	2　どちらかといえば反対する	240	20.82		
	3　どちらともいえない	426	36.95		
	4　どちらかといえば賛成する	172	14.92		
	5　賛成する	54	4.68		
	合計	1,153	100.00	2.83	1.15
	無回答	7			
Q10_5　犯罪者に、罪人というレッテルをはることによって、その社会で面目を失わせる	1　反対する	336	29.14		
	2　どちらかといえば反対する	223	19.34		
	3　どちらともいえない	342	29.66		
	4　どちらかといえば賛成する	147	12.75		
	5　賛成する	105	9.11		
	合計	1,153	100.00	2.55	1.02
	無回答	7			
Q10_6　犯罪者を罰することで、社会のルールを人々が再確認する	1　反対する	13	1.13		
	2　どちらかといえば反対する	24	2.09		
	3　どちらともいえない	229	19.90		
	4　どちらかといえば賛成する	487	42.31		
	5　賛成する	398	34.58		
	合計	1,151	100.00	4.07	0.85
	無回答	9			

表－９　刑罰を科す目的（続）

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q10_7　犯罪者を刑務所に入れておいて、犯罪者が犯罪を行えないようにする	1　反対する	36	3.13		
	2　どちらかといえば反対する	61	5.30		
	3　どちらともいえない	340	29.54		
	4　どちらかといえば賛成する	393	34.14		
	5　賛成する	321	27.89		
	合計	1,151	100.00	3.78	1.01
	無回答	9			

７．刑事司法に対する態度（２）

ここでは、問９に加えて、Q11_1からQ11_7までの７問で、死刑、裁判所、警察、刑事弁護など刑事司法に関するいくつかのことがらを尋ねている。結果については表－10を参照されたい。

表－10　刑事司法に対する態度（２）

あなたは、日本の刑事裁判制度についてどのように思いますか。以下の(1)から(7)のそれぞれについてお答えください。（それぞれ○は１つずつ）

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q11_1　死刑は廃止すべきだ	1　そう思わない	567	49.13		
	2　どちらかといえばそう思わない	212	18.37		
	3　どちらともいえない	259	22.44		
	4　どちらかといえばそう思う	67	5.81		
	5　そう思う	49	4.25		
	合計	1,154	100.00	1.98	1.15
	無回答	6			
Q11_2　犯罪者の人権は尊重されている	1　そう思わない	31	2.69		
	2　どちらかといえばそう思わない	100	8.69		
	3　どちらともいえない	497	43.18		
	4　どちらかといえばそう思う	341	29.63		
	5　そう思う	182	15.81		
	合計	1,151	100.00	3.47	0.95
	無回答	9			
Q11_3　裁判所は犯罪者に甘すぎる	1　そう思わない	46	3.99		
	2　どちらかといえばそう思わない	64	5.55		
	3　どちらともいえない	521	45.19		
	4　どちらかといえばそう思う	301	26.11		
	5　そう思う	221	19.17		
	合計	1,153	100.00	3.51	0.99
	無回答	7			

表一10　刑事司法に対する態度（続）

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q11_4　警察に捕まらない犯罪者が多すぎる	1　そう思わない	20	1.73		
	2　どちらかといえばそう思わない	46	3.99		
	3　どちらともいえない	236	20.47		
	4　どちらかといえばそう思う	427	37.03		
	5　そう思う	424	36.77		
	合計	1,153	100.00	4.03	0.94
	無回答	7			
Q11_5　弁護士は、金のために被告人の弁護をしている	1　そう思わない	68	5.89		
	2　どちらかといえばそう思わない	147	12.73		
	3　どちらともいえない	503	43.55		
	4　どちらかといえばそう思う	269	23.29		
	5　そう思う	168	14.55		
	合計	1,155	100.00	3.28	1.05
	無回答	5			
Q11_6　死刑は凶悪な犯罪の防止に役立っている	1　そう思わない	98	8.48		
	2　どちらかといえばそう思わない	117	10.13		
	3　どちらともいえない	361	31.26		
	4　どちらかといえばそう思う	283	24.50		
	5　そう思う	296	25.63		
	合計	1,155	100.00	3.49	1.22
	無回答	5			
Q11_7　被害者の人権は尊重されている	1　そう思わない	311	27.02		
	2　どちらかといえばそう思わない	347	30.15		
	3　どちらともいえない	361	31.36		
	4　どちらかといえばそう思う	85	7.38		
	5　そう思う	47	4.08		
	合計	1,151	100.00	2.31	1.07
	無回答	9			

8．責任主義について

近代刑法は責任主義（責任なければ刑罰なしの原則）の立場に立つが、一般人は結果責任に傾いているのではないかということは刑事事件についての、マス・メディアの報道などから予測されることである。また、一般人は犯罪を犯したとされる少年の処遇についてむしろ厳しい態度（少年であることを刑罰の加重事由とする）をとることも知られている（たとえば最高裁判所、引用文献欄参照）。Q12_1からQ12_4までの4問は、これらの問題と関連するいくつかのことがらについて（たとえば加害者は少年であった、酒に酔っていたなど）、それらが刑罰の加重事

由なのか軽減事由なのか、どの程度そうなのかを尋ねた。結果は、表－11の通りである。

表－11　責任主義

AがBを棍棒で殴って全治１ヶ月のけがを負わせました。加害者Aに対する刑罰についてあなたのお考えをお聞きします。以下のような事情があった場合、あなたはそれを刑罰を重くする事情だと評価しますか、それとも刑罰を軽くする事情だと評価しますか。以下の⑴から⑷のそれぞれについてお答えください。（それぞれ○は１つずつ）

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q12_1　加害者Aは18歳の未成年であった	1　刑罰を非常に軽くする事情	16	1.40		
	2　刑罰を軽くする事情	42	3.67		
	3　刑罰をやや軽くする事情	150	13.10		
	4　刑罰は重くも軽くもしない	720	62.88		
	5　刑罰をやや重くする事情	112	9.78		
	6　刑罰を重くする事情	78	6.81		
	7　刑罰を非常に重くする事情	27	2.36		
	合計	1,145	100.00	4.06	9.92
	無回答	15			
Q12_2　加害者Aは酒に酔っていた	1　刑罰を非常に軽くする事情	3	0.26		
	2　刑罰を軽くする事情	14	1.22		
	3　刑罰をやや軽くする事情	60	5.24		
	4　刑罰は重くも軽くもしない	452	39.44		
	5　刑罰をやや重くする事情	317	27.66		
	6　刑罰を重くする事情	210	18.32		
	7　刑罰を非常に重くする事情	90	7.85		
	合計	1,146	100.00	4.79	1.10
	無回答	14			
Q12_3　被害者Bはそのけががもとで２ヶ月後に死んでしまった	1　刑罰を非常に軽くする事情	1	0.09		
	2　刑罰を軽くする事情	1	0.09		
	3　刑罰をやや軽くする事情	3	0.26		
	4　刑罰は重くも軽くもしない	61	5.32		
	5　刑罰をやや重くする事情	191	16.67		
	6　刑罰を重くする事情	555	48.43		
	7　刑罰を非常に重くする事情	334	29.14		
	合計	1,146	100.00	6.00	0.86
	無回答	14			

表－11　責任主義（続）

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q12_4　加害者Aは被害者Bをなぐり殺すつもりだった	1　刑罰を非常に軽くする事情	2	0.17		
	2　刑罰を軽くする事情	2	0.00		
	3　刑罰をやや軽くする事情	2	0.17		
	4　刑罰は重くも軽くもしない	39	3.40		
	5　刑罰をやや重くする事情	91	7.93		
	6　刑罰を重くする事情	345	30.05		
	7　刑罰を非常に重くする事情	669	58.28		
	合計	1,148	100.00	6.42	0.83
	無回答	12			

9．刑事司法に対する態度（3）

Q13では、手続保障の大きな柱の一つである、違法収集証拠の取扱いの問題について独立して尋ねている。結果は表－12の通りである。

表－12　刑事司法に対する態度（3）

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q13　警察官に強制されて犯人が自白しました。その自白に基づいて新たな証拠が発見されました。その新証拠が犯罪の立証に必要なものである場合、裁判で用いてもよいと思いますか、用いるべきではないと思いますか。（○は1つ）	1　用いるべきではない	39	3.40		
	2　どちらかといえば用いるべきではない	60	5.23		
	3　どちらともいえない	225	19.60		
	4　どちらかといえば用いてよい	419	36.50		
	5　用いてよい	405	35.28		
	合計	1,148	100.00	3.95	1.03
	無回答	12			

10．裁判員制度についての知識と関心

Q14、Q14no2、Q14no3の3問は、裁判員制度についての知識と関心を尋ねている。結果は表－13の通りである。

表－13　裁判員制度についての知識と関心

質問文	選択肢	度数(人)	%
Q14　まもなく裁判員による裁判が導入されます。この調査票を見る前からあなたは「裁判員」という言葉を知っていましたか。(○は1つ)	1　知っていた	1,021	88.55
	2　知らなかった	132	11.45
	合計	1,153	100.00
	無回答	7	

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q14no2　裁判員による裁判の内容をご存知ですか。(○は1つ)	1　知らない	206	20.26		
	2　あまり知らない	448	44.05		
	3　ある程度知っている	325	31.96		
	4　知っている	36	3.54		
	5　よく知っている	2	0.20		
	合計	1,017	100.00	2.19	0.80
	非該当	139			
	無回答	4			

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q14no3　裁判員による裁判についてもっと知りたいと思いますか、思いませんか。(○は1つ)	1　そう思わない	64	6.32		
	2　どちらかといえばそう思わない	94	9.28		
	3　どちらともいえない	331	32.68		
	4　どちらかといえばそう思う	351	34.65		
	5　そう思う	173	17.08		
	合計	1,013	100.00	3.47	1.08
	非該当	139			
	無回答	8			

11. 裁判員による裁判にふさわしい事件

Q15A_1からQ15A_3までの質問群では、3つのタイプの仮想的事件について裁判員による裁判にどの程度ふさわしいかを5点尺度で尋ねている。ここでは、Q15A_1からQ15A_3のそれぞれの設問について、調査票によって事件のタイプを操作する要因計画法によっているので具体的に説明しよう。

Q15A_1の基本的な操作要素は、強盗殺人事件であるか強姦事件であるかの相違である。さらに、強盗殺人か強姦かの他、被告人が成人か少年かが操作されている。2要因2水準の2×2＝4ヴァージョンの要因計画の設計になっている。

Q15A_2の基本的な操作要素は、多額の収賄事件であるか大規模な選

挙違反事件であるかの相違である。さらに、収賄か選挙違反かの他、被告人が政治家か公務員かが操作されている。２要因２水準の２×２＝４ヴァージョンの要因計画の設計になっている。

Q15A_3の基本的な操作要素は、公害事件であるか大規模詐欺事件であるかの相違である。さらに、公害か大規模詐欺かの他、民事事件（損害賠償）か刑事事件かが操作されている。２要因２水準の２×２＝４ヴァージョンの要因計画の設計になっている。

確認のために要因計画を表の形に示す（表－14）。

事件群ごとに分けて、基本統計量と度数分布を示せば、表－15の通りである。

表－14　Q15A（裁判員制度にふさわしい事件）の要因計画

AB ヴァージョン	Q15_1 少年強盗殺人	Q15_2 政治家収賄	Q15_3 公害刑事裁判
CD ヴァージョン	Q15_1 少年強姦	Q15_2 政治家選挙違反	Q15_3 大規模詐欺刑事裁判
EF ヴァージョン	Q15_1 成人強盗殺人	Q15_2 公務員収賄	Q15_3 公害民事裁判（損害賠償）
GH ヴァージョン	Q15_1 成人強姦	Q15_2 公務員選挙違反	Q15_3 大規模詐欺民事裁判（損害賠償）

表－15　裁判員による裁判にふさわしい事件

以下の事件(1)から事件(3)までのそれぞれの事件について、裁判員による裁判にふさわしいと思いますか、ふさわしくないと思いますか。事件(1)から事件(3)のそれぞれについてお答え下さい。（それぞれ○は１つずつ）

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q15A_1　17歳の男性が、金をうばう目的で人を殺した事件（AB ヴァージョン）	1　ふさわしくない	37	11.97		
	2　どちらかといえばふさわしくない	48	15.53		
	3　どちらともいえない	80	25.89		
	4　どちらかといえばふさわしい	68	22.01		
	5　ふさわしい	76	24.60		
	合計	309	100.00	3.32	1.32
	無回答	3			
Q15A_1　17歳の男性が、女性を強姦した事件（CD ヴァージョン）	1　ふさわしくない	44	16.42		
	2　どちらかといえばふさわしくない	34	12.69		
	3　どちらともいえない	81	30.22		
	4　どちらかといえばふさわしい	60	22.39		
	5　ふさわしい	49	18.28		
	合計	268	100.00	3.13	1.31
	無回答	1			

表―15　裁判員による裁判にふさわしい事件（続）

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q15A_1　25歳の男性が、金をうばう目的で人を殺した事件（EFヴァージョン）	1　ふさわしくない	50	17.67		
	2　どちらかといえばふさわしくない	40	14.13		
	3　どちらともいえない	73	25.80		
	4　どちらかといえばふさわしい	60	21.20		
	5　ふさわしい	60	21.20		
	合計	283	100.00	3.14	1.38
	無回答	8			
Q15A_1　25歳の男性が、女性を強姦した事件(GHヴァージョン)	1　ふさわしくない	36	12.72		
	2　どちらかといえばふさわしくない	39	13.78		
	3　どちらともいえない	81	28.62		
	4　どちらかといえばふさわしい	67	23.67		
	5　ふさわしい	60	21.20		
	合計	283	100.00	3.27	1.29
	無回答	5			
Q15A_2　政治家が業者から多額の賄賂をもらった事件(ABヴァージョン)	1　ふさわしくない	37	11.97		
	2　どちらかといえばふさわしくない	30	9.71		
	3　どちらともいえない	60	19.42		
	4　どちらかといえばふさわしい	75	24.27		
	5　ふさわしい	107	34.63		
	合計	309	100.00	3.60	1.36
	無回答	3			
Q15A_2　政治家の大規模な選挙違反事件（CDヴァージョン）	1　ふさわしくない	37	13.81		
	2　どちらかといえばふさわしくない	36	13.43		
	3　どちらともいえない	75	27.99		
	4　どちらかといえばふさわしい	52	19.40		
	5　ふさわしい	68	25.37		
	合計	268	100.00	3.29	1.35
	無回答	1			
Q15A_2　公務員が業者から多額の賄賂をもらった事件(EFヴァージョン)	1　ふさわしくない	35	12.37		
	2　どちらかといえばふさわしくない	27	9.54		
	3　どちらともいえない	77	27.21		
	4　どちらかといえばふさわしい	86	30.39		
	5　ふさわしい	58	20.49		
	合計	283	100.00	3.37	1.26
	無回答	8			

表－15　裁判員による裁判にふさわしい事件（続）

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q15A_2　公務員の大規模な選挙違反事件（GH ヴァージョン）	1　ふさわしくない	28	9.86		
	2　どちらかといえばふさわしくない	42	14.79		
	3　どちらともいえない	78	27.46		
	4　どちらかといえばふさわしい	56	19.72		
	5　ふさわしい	80	28.17		
	合計	284	100.00	3.42	1.30
	無回答	4			
Q15A_3　大きな被害を起こした公害企業の責任者の刑事裁判(AB ヴァージョン)	1　ふさわしくない	37	11.97		
	2　どちらかといえばふさわしくない	43	13.92		
	3　どちらともいえない	70	22.65		
	4　どちらかといえばふさわしい	72	23.30		
	5　ふさわしい	87	28.16		
	合計	309	100.00	3.42	1.35
	無回答	3			
Q15A_3　多額のお金をだまし取った詐欺事件の刑事裁判（CD ヴァージョン）	1　ふさわしくない	27	10.07		
	2　どちらかといえばふさわしくない	22	8.21		
	3　どちらともいえない	83	30.97		
	4　どちらかといえばふさわしい	71	26.49		
	5　ふさわしい	65	24.25		
	合計	268	100.00	3.47	1.23
	無回答	1			
Q15A_3大きな被害を受けた公害被害者が賠償を求める民事裁判（EF ヴァージョン）	1　ふさわしくない	44	15.55		
	2　どちらかといえばふさわしくない	32	11.31		
	3　どちらともいえない	85	30.04		
	4　どちらかといえばふさわしい	68	24.03		
	5　ふさわしい	54	19.08		
	合計	283	100.00	3.20	1.31
	無回答	8			
Q15A_3　多額のお金をだまし取られた被害者が賠償を求める民事裁判（GH ヴァージョン）	1　ふさわしくない	36	12.72		
	2　どちらかといえばふさわしくない	40	14.13		
	3　どちらともいえない	86	30.39		
	4　どちらかといえばふさわしい	70	24.73		
	5　ふさわしい	51	18.02		
	合計	283	100.00	3.21	1.26
	無回答	5			

Q15B ではそれぞれの事件について、法律によれば裁判員による裁判に付せられる事件かどうかの知識を尋ねている。ここでも、結果は、事件群ごとに分けて、基本統計量と度数分布を示している（表－16）。

表－16　裁判員制度の対象となっている事件

質問文	選択肢	度数(人)	%
Q15B　問15Aの事件(1)から事件(3)のうち、法律で裁判員による裁判の対象とされているものはどれだと思いますか。対象とされているものすべてに○をつけて下さい。(○はいくつでも)(ABヴァージョン)	1　事件(1)	195	62.50
	2　事件(2)	117	37.50
	3　事件(3)	116	37.18
	回答者数	312	
	無回答	27	
Q15B　問15Aの事件(1)から事件(3)のうち、法律で裁判員による裁判の対象とされているものはどれだと思いますか。対象とされているものすべてに○をつけて下さい。(○はいくつでも)(CDヴァージョン)	1　事件(1)	149	55.39
	2　事件(2)	96	35.69
	3　事件(3)	144	53.53
	回答者数	269	
	無回答	9	
Q15B　問15Aの事件(1)から事件(3)のうち、法律で裁判員による裁判の対象とされているものはどれだと思いますか。対象とされているものすべてに○をつけて下さい。(○はいくつでも)(EFヴァージョン)	1　事件(1)	184	63.23
	2　事件(2)	115	39.52
	3　事件(3)	102	35.05
	回答者数	291	
	無回答	9	
Q15B　問15Aの事件(1)から事件(3)のうち、法律で裁判員による裁判の対象とされているものはどれだと思いますか。対象とされているものすべてに○をつけて下さい。(○はいくつでも)(GHヴァージョン)	1　事件(1)	176	61.11
	2　事件(2)	126	43.75
	3　事件(3)	95	32.99
	回答者数	288	
	無回答	20	

※複数回答なので、パーセントの合計は100にならない。また「無回答」は、意図して１、２、３のいずれにも○をつけなかった回答者を含んでいることに注意しなければならない。

12. 裁判にかかる時間と辞退事由

Q16からQ18no2までの設問群は、裁判にかかる日数の問題と辞退事由について尋ねている。結果は表－17を参照されたい（なお、Q18no2は複数選択可能な設問である）。

表－17　裁判にかかる日数と辞退理由

質問文	選択肢	度数(人)	%
Q16　裁判員は、何日間ぐらい裁判所に行かなければならないものだと思いますか。なお、裁判員による裁判が行われるのは平日のみです。(○は1つ)	1　1日程度	48	4.19
	2　2日程度	54	4.71
	3　3日程度	179	15.62
	4　4日程度	42	3.66
	5　5日程度	178	15.53
	6　10日程度	142	12.39
	7　1ヶ月程度	83	7.24
	8　1ヶ月より長い	28	2.44
	9　わからない	392	34.21
	合計	1,146	100.00
	無回答	14	

質問文	選択肢	度数(人)	%
Q17　もしあなたが裁判員になったら、何日間ぐらいなら裁判所に行くことができますか。なお、裁判員による裁判が行われるのは平日のみです。(○は1つ)	0　0日（まったく行くことができない）	165	14.36
	1　1日程度	160	13.93
	2　2日程度	126	10.97
	3　3日程度	168	14.62
	4　4日程度	26	2.26
	5　5日程度	115	10.01
	6　10日程度	75	6.53
	7　1ヶ月程度	25	2.18
	8　1ヶ月より長い	9	0.78
	9　わからない	280	24.37
	合計	1,149	100.00
	無回答	11	

質問文	選択肢	度数(人)	%
Q18　裁判員は辞退できると思いますか、思いませんか。(○は1つ)	1　辞退できない	114	9.90
	2　理由があれば辞退できる	755	65.60
	3　自由に辞退できる	128	11.12
	4　わからない	154	13.38
	合計	1,151	100.00
	無回答	9	

表－17　裁判にかかる時間と辞退理由（続）

質問文	選択肢	度数(人)	%
Q18no2　2と答えた方にお聞きします。どのような理由であれば辞退できると思いますか。(○はいくつでも)	1　仕事で忙しい場合	193	25.56
	2　法律にくわしくない場合	113	14.97
	3　高齢者	324	42.91
	4　家族の介護	499	66.09
	5　学生	109	14.44
	6　主婦・主夫	24	3.18
	7　病気やケガ	659	87.28
	8　その他	85	11.26
	9　わからない	9	1.19
	有効回答者数	755	
	非該当	405	

※ Q18no2については、複数回答なのでパーセントの合計が100にならない。

13. 裁判員制度の評価（１）

Q19_1からQ19_13までの13問の設問群では、裁判員による裁判に対する意見、評価、予測（認知）をさまざまな側面から尋ねている。結果は表－18の通りである。

表－18　裁判員制度の評価（１）

裁判員による裁判に対しては、様々な期待と不安が表明されています。あなたは裁判員による裁判（有権者からくじで選ばれた裁判員が裁判官と一緒に行う裁判）について、どのように思いますか。以下の(1)から(13)のそれぞれについてお答えください。(それぞれ○は１つずつ)

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q19_1　裁判員による裁判は職業裁判官のみによる裁判より望ましい	1　そう思わない	128	11.10		
	2　どちらかといえばそう思わない	116	10.06		
	3　どちらともいえない	529	45.88		
	4　どちらかといえばそう思う	260	22.55		
	5　そう思う	120	10.41		
	合計	1,153	100.00	3.11	1.08
	無回答	7			
Q19_2　裁判員による裁判が導入されると裁判がわかりやすいものになる	1　そう思わない	88	7.63		
	2　どちらかといえばそう思わない	104	9.02		
	3　どちらともいえない	395	34.26		
	4　どちらかといえばそう思う	432	37.47		
	5　そう思う	134	11.62		
	合計	1,153	100.00	3.36	1.05
	無回答	7			

表一18　裁判員制度の評価（１）（続）

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q19_3　裁判員による裁判はマスコミや世論に影響される	1　そう思わない	39	3.39		
	2　どちらかといえばそう思わない	54	4.69		
	3　どちらともいえない	267	23.20		
	4　どちらかといえばそう思う	524	45.53		
	5　そう思う	267	23.20		
	合計	1,151	100.00	3.80	0.96
	無回答	9			
Q19_4　裁判員による裁判の導入によって、裁判が信頼できないものになる	1　そう思わない	113	9.81		
	2　どちらかといえばそう思わない	224	19.44		
	3　どちらともいえない	603	52.34		
	4　どちらかといえばそう思う	156	13.54		
	5　そう思う	56	4.86		
	合計	1,152	100.00	2.84	0.95
	無回答	8			
Q19_5　裁判員による裁判は職業裁判官のみによる裁判より民主主義の原理にかなっている	1　そう思わない	68	5.90		
	2　どちらかといえばそう思わない	86	7.47		
	3　どちらともいえない	547	47.48		
	4　どちらかといえばそう思う	350	30.38		
	5　そう思う	101	8.77		
	合計	1,152	100.00	3.29	0.94
	無回答	8			
Q19_6　多くの国民は裁判員の経験をしてみたいと思っている	1　そう思わない	362	31.40		
	2　どちらかといえばそう思わない	355	30.79		
	3　どちらともいえない	367	31.83		
	4　どちらかといえばそう思う	50	4.34		
	5　そう思う	19	1.65		
	合計	1,153	100.00	2.14	0.97
	無回答	7			
Q19_7　理由なく裁判員になることを拒む人には刑罰を科すべきだ	1　そう思わない	738	64.01		
	2　どちらかといえばそう思わない	202	17.52		
	3　どちらともいえない	185	16.05		
	4　どちらかといえばそう思う	20	1.73		
	5　そう思う	8	0.69		
	合計	1,153	100.00	1.58	0.87
	無回答	7			

表－18　裁判員制度の評価（１）（続）

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q19_8　裁判員による裁判が導入されると裁判が身近なものになる	1　そう思わない	82	7.11		
	2　どちらかといえばそう思わない	78	6.76		
	3　どちらともいえない	293	25.41		
	4　どちらかといえばそう思う	497	43.10		
	5　そう思う	203	17.61		
	合計	1,153	100.00	3.57	1.08
	無回答	7			
Q19_9　裁判員による裁判は、職業裁判官のみによる裁判より、同じような事件でも刑罰の重さがばらつく	1　そう思わない	29	2.51		
	2　どちらかといえばそう思わない	48	4.16		
	3　どちらともいえない	331	28.68		
	4　どちらかといえばそう思う	530	45.93		
	5　そう思う	216	18.72		
	合計	1,154	100.00	3.74	0.90
	無回答	6			
Q19_10　裁判員による裁判は職業裁判官のみによる裁判より人を公正に裁く	1　そう思わない	116	10.07		
	2　どちらかといえばそう思わない	148	12.85		
	3　どちらともいえない	662	57.47		
	4　どちらかといえばそう思う	175	15.19		
	5　そう思う	51	4.43		
	合計	1,152	100.00	2.91	0.92
	無回答	8			
Q19_11　裁判員による裁判では真実を発見することができない	1　そう思わない	114	9.89		
	2　どちらかといえばそう思わない	216	18.73		
	3　どちらともいえない	622	53.95		
	4　どちらかといえばそう思う	146	12.66		
	5　そう思う	55	4.77		
	合計	1,153	100.00	2.84	0.94
	無回答	7			
Q19_12　裁判員による裁判は職業裁判官のみによる裁判より社会の常識を反映する	1　そう思わない	48	4.16		
	2　どちらかといえばそう思わない	61	5.28		
	3　どちらともいえない	485	41.99		
	4　どちらかといえばそう思う	427	36.97		
	5　そう思う	134	11.60		
	合計	1,155	100.00	3.47	0.92
	無回答	5			

表－18　裁判員制度の評価（１）（続）

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q19_13　裁判員による裁判は弁護士の能力によって結果が左右される	1　そう思わない	61	5.28		
	2　どちらかといえばそう思わない	73	6.32		
	3　どちらともいえない	467	40.43		
	4　どちらかといえばそう思う	401	34.72		
	5　そう思う	153	13.25		
	合計	1,155	100.00	3.44	0.98
	無回答	5			

14. 裁判員制度の評価（２）

Q20_1からQ20_9までの９問の設問は、裁判員による裁判に対する評価のうち、特に一般人が裁判員になったとき、どういうパターンの行動をするかについての予測と評価を行っている（自己評価―personal―ではなく他者についての評価―impersonal―である）。これらの設問は、裁判員制度の支持、不支持と強く結びつくと予想される設問であり、13. と区別して尋ねる意味がある（表－19参照）。

表－19　裁判員制度の評価（２）

あなたは有権者からくじで選ばれた裁判員はどのように判断しがちだと思いますか。以下の(1)から(9)のそれぞれについてお答えください。（それぞれ○は１つずつ）

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q20_1　裁判員は、被告人の権利を尊重する	1　そう思わない	92	7.99		
	2　どちらかといえばそう思わない	237	20.59		
	3　どちらともいえない	580	50.39		
	4　どちらかといえばそう思う	171	14.86		
	5　そう思う	71	6.17		
	合計	1,151	100.00	2.91	0.96
	無回答	9			
Q20_2　裁判員は裁判官よりも重い刑を科そうとする	1　そう思わない	90	7.81		
	2　どちらかといえばそう思わない	145	12.59		
	3　どちらともいえない	599	52.00		
	4　どちらかといえばそう思う	259	22.48		
	5　そう思う	59	5.12		
	合計	1,152	100.00	3.05	0.93
	無回答	8			

表―19　裁判員制度の評価（２）（続）

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q20_3　裁判員は無実の人を有罪にしがちだ	1　そう思わない	186	16.19		
	2　どちらかといえばそう思わない	197	17.15		
	3　どちらともいえない	612	53.26		
	4　どちらかといえばそう思う	121	10.53		
	5　そう思う	33	2.87		
	合計	1,149	100.00	2.67	0.96
	無回答	11			
Q20_4　裁判員は感情で判断をしがちだ	1　そう思わない	82	7.11		
	2　どちらかといえばそう思わない	93	8.07		
	3　どちらともいえない	291	25.24		
	4　どちらかといえばそう思う	536	46.49		
	5　そう思う	151	13.10		
	合計	1,153	100.00	3.50	1.05
	無回答	7			
Q20_5　裁判員は、被害者の権利を尊重する	1　そう思わない	39	3.38		
	2　どちらかといえばそう思わない	56	4.86		
	3　どちらともいえない	398	34.52		
	4　どちらかといえばそう思う	471	40.85		
	5　そう思う	189	16.39		
	合計	1,153	100.00	3.62	0.93
	無回答	7			
Q20_6　裁判員は死刑判決を出すのをためらう	1　そう思わない	75	6.53		
	2　どちらかといえばそう思わない	81	7.06		
	3　どちらともいえない	354	30.84		
	4　どちらかといえばそう思う	355	30.92		
	5　そう思う	283	24.65		
	合計	1,148	100.00	3.60	1.13
	無回答	12			
Q20_7　裁判員は真犯人を無罪にしがちだ	1　そう思わない	174	15.14		
	2　どちらかといえばそう思わない	212	18.45		
	3　どちらともいえない	642	55.87		
	4　どちらかといえばそう思う	96	8.36		
	5　そう思う	25	2.18		
	合計	1,149	100.00	2.64	0.91
	無回答	11			

表－19　裁判員制度の評価（２）（続）

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q20_8　裁判員は裁判官の言いなりになる	1　そう思わない	139	12.06		
	2　どちらかといえばそう思わない	196	17.00		
	3　どちらともいえない	460	39.90		
	4　どちらかといえばそう思う	296	25.67		
	5　そう思う	62	5.38		
	合計	1,153	100.00	2.95	1.06
	無回答	7			
Q20_9　裁判員は、多く発言する人の意見に引きずられる	1　そう思わない	71	6.16		
	2　どちらかといえばそう思わない	93	8.07		
	3　どちらともいえない	348	30.18		
	4　どちらかといえばそう思う	475	41.20		
	5　そう思う	166	14.40		
	合計	1,153	100.00	3.50	1.03
	無回答	7			

15. 裁判員になることの意欲

Q21、Q22A、およびQ22Bの設問群は、被調査者が裁判員候補者に選ばれた場合の、裁判員になろうという意欲の有無・程度と、関連事項（裁判員となることの差し障り、報酬など）を尋ねている。結果については表－20を参照されたい。

表－20　裁判員になることの意欲

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q21　あなたは、裁判員になる呼び出しをうけたとき、差しさわりがなかったら裁判員になると思いますか、思いませんか。(○は1つ)	1　なりたくない	413	35.76		
	2　どちらかといえばなりたくない	300	25.97		
	3　どちらともいえない	214	18.53		
	4　どちらかといえばなろうと思う	152	13.16		
	5　なろうと思う	76	6.58		
	合計	1,155	100.00	2.29	1.26
	無回答	5			

表－20　被調査者の裁判員になることの意欲（続）

質問文	選択肢	度数(人)	%
Q22A　あなたが裁判員として今から１ヶ月後の平日（月～金）の数日間、裁判に参加しなければならない場合、差しさわりとなることがありますか、ありませんか。差しさわりがある場合、それは何ですか。(○はいくつでも)	1　特に差しさわりはない	97	8.42
	2　裁判所に行くまでの移動が大変である	219	19.01
	3　裁判所に数日間行くための日程調整が大変である	734	63.72
	4　金銭上の負担が生じる	311	27.00
	5　心理的に不安である	691	59.98
	6　自分の健康や体調が心配である	171	14.84
	7　家族の健康や体調が心配である	207	17.97
	8　その他	56	4.86
	有効回答者数	1,152	
	非該当	8	

質問文	選択肢	度数(人)	%
Q22B　もしあなたが裁判員になるとしたら、旅費・宿泊費以外に、日当としていくら支払われるべきだと考えますか。(○は１つ)	0　必要ない	95	8.54
	1　2,000円	28	2.52
	2　5,000円	178	15.99
	3　8,000円	113	10.15
	4　10,000円	353	31.72
	5　15,000円	107	9.61
	6　20,000円	131	11.77
	7　30,000円以上	108	9.70
	合計	1,113	100.00
	無回答	47	

※ Q22A については、複数回答なのでパーセントの合計が100にならない。

16. 裁判員に選ばれた場合の自己認識

Q23_1から Q23_8までの８問の設問群は、被調査者が裁判員に選ばれた場合の自己認識について尋ねている。結果については表－21を参照されたい。

表－21　裁判員に選ばれた場合の自己認識

もしもあなたが裁判員になったとしたら、そのことをどう感じると思いますか。以下の(1)から(8)のそれぞれについてお答えください。（それぞれ○は１つずつ）

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q23_1　裁判員に選ばれたら、私はそれを誇らしく思う	1　全くそう思わない	314	27.28		
	2　そう思わない	334	29.02		
	3　どちらかといえばそう思わない	255	22.15		
	4　どちらかといえばそう思う	158	13.73		
	5　そう思う	76	6.60		
	6　強くそう思う	14	1.22		
	合計	1,151	100.00	2.47	1.27
	無回答	9			
Q23_2　私には死刑判決は出せない	1　全くそう思わない	107	9.30		
	2　そう思わない	191	16.61		
	3　どちらかといえばそう思わない	180	15.65		
	4　どちらかといえばそう思う	241	20.96		
	5　そう思う	235	20.43		
	6　強くそう思う	196	17.04		
	合計	1,150	100.00	3.78	1.58
	無回答	10			
Q23_3　裁判員に選ばれたら、私の人生の貴重な経験になる	1　全くそう思わない	106	9.22		
	2　そう思わない	121	10.52		
	3　どちらかといえばそう思わない	138	12.00		
	4　どちらかといえばそう思う	380	33.04		
	5　そう思う	284	24.70		
	6　強くそう思う	121	10.52		
	合計	1,150	100.00	3.85	1.42
	無回答	10			
Q23_4　私の関わった裁判の話を他人にしてはいけないのは負担だ	1　全くそう思わない	142	12.39		
	2　そう思わない	245	21.38		
	3　どちらかといえばそう思わない	163	14.22		
	4　どちらかといえばそう思う	281	24.52		
	5　そう思う	202	17.63		
	6　強くそう思う	113	9.86		
	合計	1,146	100.00	3.43	1.54
	無回答	14			
Q23_5　私が裁判員に選ばれたら、有罪となった人から恨まれそうだ	1　全くそう思わない	41	3.57		
	2　そう思わない	149	12.97		
	3　どちらかといえばそう思わない	184	16.01		
	4　どちらかといえばそう思う	405	35.25		
	5　そう思う	241	20.97		
	6　強くそう思う	129	11.23		
	合計	1,149	100.00	3.91	1.29
	無回答	11			

表－21　裁判員に選ばれた場合の自己認識（続）

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q23_6　私は裁判員に選ばれたら、国民の重要な義務なので仕方がない	1　全くそう思わない	90	7.87		
	2　そう思わない	140	12.25		
	3　どちらかといえばそう思わない	220	19.25		
	4　どちらかといえばそう思う	446	39.02		
	5　そう思う	213	18.64		
	6　強くそう思う	34	2.97		
	合計	1,143	100.00	3.57	1.23
	無回答	17			
Q23_7　私は裁判員に選ばれたとしても、人を裁く自信がない	1　全くそう思わない	29	2.52		
	2　そう思わない	118	10.24		
	3　どちらかといえばそう思わない	195	16.93		
	4　どちらかといえばそう思う	348	30.21		
	5　そう思う	274	23.78		
	6　強くそう思う	188	16.32		
	合計	1,152	100.00	4.11	1.30
	無回答	8			
Q23_8　社会の注目を浴びた事件だと、私はプレッシャーに耐えられない	1　全くそう思わない	45	3.91		
	2　そう思わない	147	12.76		
	3　どちらかといえばそう思わない	219	19.01		
	4　どちらかといえばそう思う	328	28.47		
	5　そう思う	217	18.84		
	6　強くそう思う	196	17.01		
	合計	1,152	100.00	3.97	1.39
	無回答	8			

17. 被調査者自身の、裁判員による裁判の選好

Q24は、被調査者自身が身に覚えのない犯罪で刑事被告人にされたという仮想的な場合に、職業裁判官による裁判を選好するか、裁判員による裁判を選好するかを尋ねている。この点は、国民が裁判員制度を支持するかどうかにとって決定的に重要な点であろう（表－22参照）。

表－22　被調査者自身の裁判員による裁判の選好

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q24　あなたが身に覚えのない犯罪を犯したとして、裁判にかけられたとします。もし選べるとしたらあなたは裁判員による裁判と職業裁判官のみの裁判のどちらを選びますか。（○は１つ）	1　裁判員による裁判	39	3.39		
	2　どちらかといえば裁判員による裁判	111	9.66		
	3　どちらともいえない	599	52.13		
	4　どちらかといえば職業裁判官のみの裁判	257	22.37		
	5　職業裁判官のみの裁判	143	12.45		
	合計	1,149	100.00	3.31	0.93
	無回答	11			

18. 政治参加と他の社会活動への参加

Q25_1から Q25_3、Q26の設問群では裁判員制度への参加の積極性と関係すると予測される変数として、政治参加と他の社会活動への参加を取り上げた。これらはシヴィック・パワーに関わる質問である（表－23参照）。

表－23　政治参加と他の社会活動への参加

あなたは日頃、次のような活動を行っていますか。以下の(1)から(3)のそれぞれについてお答えください。（それぞれ○は１つずつ）

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q25_1　自治会や町内会などの活動	1　参加していない	424	36.74		
	2　参加することもある	240	20.80		
	3　時々参加している	219	18.98		
	4　参加している	232	20.10		
	5　熱心に参加している	39	3.38		
	合計	1,154	100.00	2.33	1.23
	無回答	6			
Q25_2　ボランティア活動	1　参加していない	755	65.77		
	2　参加することもある	205	17.86		
	3　時々参加している	97	8.45		
	4　参加している	67	5.84		
	5　熱心に参加している	24	2.09		
	合計	1,148	100.00	1.61	1.01
	無回答	12			

表－23　政治参加と他の社会活動への参加

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q25_3　NGOやNPOの活動	1　参加していない	1,053	92.29		
	2　参加することもある	49	4.29		
	3　時々参加している	22	1.93		
	4　参加している	12	1.05		
	5　熱心に参加している	5	0.44		
	合計	1,141	100.00	1.13	0.52
	無回答	19			

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q26　あなたは選挙（国や都道府県、市町村など）の投票に行っていますか。(○は1つ)	1　めったに行かない	84	7.27		
	2　時々行く	52	4.50		
	3　行ったり行かなかったり	129	11.17		
	4　どちらかといえば行く	204	17.66		
	5　ほぼ必ず行く	686	59.39		
	合計	1,155	100.00	4.17	1.23
	無回答	5			

19. シナリオ実験（1）

問27では、裁判員による裁判のプロセスを小話（本問のシナリオは現住建造物放火事件である）で示した。小話の中で冒頭陳述後の職業裁判官の積極度、評議での職業裁判官の積極度、評決が無罪か有罪かで操作がなされている。そして、各段階で、裁判員による裁判をさまざまな観点から被調査者に評価してもらった(Q28_1からQ28_7)。条件の操作は、3要因2水準の2×2×2＝8ヴァージョンの要因計画の設計になっている。なお、小話は付録に掲載してある（付録1参照)。付録で設問が挿入されている位置も確認することができる。

問27で操作した要因計画を表で示すと、表－24のようになる。それぞれの実験条件についての統計量、度数分布は表－25の通りである。

表－24　問27（放火事件）の要因計画

ヴァージョン	冒頭陳述後の職業裁判官の積極度	評議での職業裁判官の積極度	評決の結果
A	職業裁判官積極的	職業裁判官主導	無罪
B	職業裁判官積極的	職業裁判官主導	有罪
C	職業裁判官積極的	職業裁判官主導ではない	無罪
D	職業裁判官積極的	職業裁判官主導ではない	有罪
E	職業裁判官積極的ではない	職業裁判官主導	無罪
F	職業裁判官積極的ではない	職業裁判官主導	有罪
G	職業裁判官積極的ではない	職業裁判官主導ではない	無罪
H	職業裁判官積極的ではない	職業裁判官主導ではない	有罪

表―25　シナリオ実験（1）

		度数(人)	%
実験計画	A　冒頭陳述職業裁判官積極的／評議職業裁判官主導／評決無罪	154	13.28
	B　冒頭陳述職業裁判官積極的／評議職業裁判官主導／評決有罪(懲役7年)	158	13.62
	C　冒頭陳述職業裁判官積極的／評議職業裁判官主導なし／評決無罪	134	11.55
	D　冒頭陳述職業裁判官積極的／評議職業裁判官主導なし／評決有罪（懲役7年）	135	11.64
	E　冒頭陳述職業裁判官積極的ではない／評議職業裁判官主導／評決無罪	145	12.50
	F　冒頭陳述職業裁判官積極的ではない／評議職業裁判官主導／評決有罪（懲役7年）	146	12.59
	G　冒頭陳述職業裁判官積極的ではない／評議職業裁判官主導なし／評決無罪	147	12.67
	H　冒頭陳述職業裁判官積極的ではない／評議職業裁判官主導なし／評決有罪（懲役7年）	141	12.16
	合計	1,160	100.00

以下の文章は、裁判員による裁判が行われた、ある放火事件についてです。文章を読んで質問にお答えください。

Q27_1　あなたはこれまでのところで、有権者からくじで選ばれた裁判員にとってこの裁判が分かりやすく進んでいると思いますか、思いませんか。(○は1つ)

	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Aヴァージョン　冒頭陳述職業裁判官積極的／評議職業裁判官主導／評決無罪	1　分かりにくい	24	15.69		
	2　どちらかといえば分かりにくい	51	33.33		
	3　どちらともいえない	47	30.72		
	4　どちらかといえば分かりやすい	24	15.69		
	5　分かりやすい	7	4.58		
	合計	153	100.00	2.60	1.07
	無回答	1			
Bヴァージョン　冒頭陳述職業裁判官積極的／評議職業裁判官主導／評決有罪(懲役7年)	1　分かりにくい	25	16.03		
	2　どちらかといえば分かりにくい	45	28.85		
	3　どちらともいえない	49	31.41		
	4　どちらかといえば分かりやすい	36	23.08		
	5　分かりやすい	1	0.64		
	合計	156	100.00	2.63	1.03
	無回答	2			

表―25　シナリオ実験（1）（続）

	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Cヴァージョン　冒頭陳述職業裁判官積極的／評議職業裁判官主導なし／評決無罪	1　分かりにくい	17	12.78		
	2　どちらかといえば分かりにくい	43	32.33		
	3　どちらともいえない	44	33.08		
	4　どちらかといえば分かりやすい	23	17.29		
	5　分かりやすい	6	4.51		
	合計	133	100.00	2.68	1.05
	無回答	1			
Dヴァージョン　冒頭陳述職業裁判官積極的／評議職業裁判官主導なし／評決有罪（懲役7年）	1　分かりにくい	24	17.91		
	2　どちらかといえば分かりにくい	48	35.82		
	3　どちらともいえない	37	27.61		
	4　どちらかといえば分かりやすい	20	14.93		
	5　分かりやすい	5	3.73		
	合計	134	100.00	2.51	1.07
	無回答	1			
Eヴァージョン　冒頭陳述職業裁判官積極的ではない／評議職業裁判官主導／評決無罪	1　分かりにくい	29	20.14		
	2　どちらかといえば分かりにくい	51	35.42		
	3　どちらともいえない	43	29.86		
	4　どちらかといえば分かりやすい	18	12.50		
	5　分かりやすい	3	2.08		
	合計	144	100.00	2.41	1.01
	無回答	1			
Fヴァージョン　冒頭陳述職業裁判官積極的ではない／評議職業裁判官主導／評決有罪（懲役7年）	1　分かりにくい	32	22.54		
	2　どちらかといえば分かりにくい	57	40.14		
	3　どちらともいえない	35	24.65		
	4　どちらかといえば分かりやすい	16	11.27		
	5　分かりやすい	2	1.41		
	合計	142	100.00	2.29	0.99
	無回答	4			
Gヴァージョン　冒頭陳述職業裁判官積極的ではない／評議職業裁判官主導なし／評決無罪	1　分かりにくい	34	23.61		
	2　どちらかといえば分かりにくい	59	40.97		
	3　どちらともいえない	32	22.22		
	4　どちらかといえば分かりやすい	16	11.11		
	5　分かりやすい	3	2.08		
	合計	144	100.00	2.27	1.01
	無回答	3			

表―25　シナリオ実験（1）（続）

Hヴァージョン　冒頭陳述職業裁判官積極的ではない／評議職業裁判官主導なし／評決有罪（懲役7年）	1　分かりにくい	27	19.29		
	2　どちらかといえば分かりにくい	55	39.29		
	3　どちらともいえない	35	25.00		
	4　どちらかといえば分かりやすい	18	12.86		
	5　分かりやすい	5	3.57		
	合計	140	100.00	2.42	1.05
	無回答	1			

Q27_2　あなたは、裁判員が自分の意見を自由に発言することができたと思いますか、思いませんか。（○は1つ）

	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Aヴァージョン　冒頭陳述職業裁判官積極的／評議職業裁判官主導／評決無罪	1　自由に発言できなかったと思う	22	14.38		
	2　どちらかといえば自由に発言できなかったと思う	65	42.48		
	3　どちらともいえない	49	32.03		
	4　どちらかといえば自由に発言できたと思う	16	10.46		
	5　自由に発言できたと思う	1	0.65		
	合計	153	100.00	2.41	0.88
	無回答	1			
Bヴァージョン　冒頭陳述職業裁判官積極的／評議職業裁判官主導／評決有罪(懲役7年)	1　自由に発言できなかったと思う	19	12.10		
	2　どちらかといえば自由に発言できなかったと思う	61	38.85		
	3　どちらともいえない	60	38.22		
	4　どちらかといえば自由に発言できたと思う	17	10.83		
	5　自由に発言できたと思う	0	0.00		
	合計	157	100.00	2.48	0.84
	無回答	1			
Cヴァージョン　冒頭陳述職業裁判官積極的／評議職業裁判官主導なし／評決無罪	1　自由に発言できなかったと思う	10	7.46		
	2　どちらかといえば自由に発言できなかったと思う	35	26.12		
	3　どちらともいえない	53	39.55		
	4　どちらかといえば自由に発言できたと思う	27	20.15		
	5　自由に発言できたと思う	9	6.72		
	合計	134	100.00	2.93	1.02
	無回答	0			

表―25　シナリオ実験（1）（続）

	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Dヴァージョン　冒頭陳述職業裁判官積極的／評議職業裁判官主導なし／評決有罪（懲役7年）	1　自由に発言できなかったと思う	7	5.22		
	2　どちらかといえば自由に発言できなかったと思う	37	27.61		
	3　どちらともいえない	48	35.82		
	4　どちらかといえば自由に発言できたと思う	38	28.36		
	5　自由に発言できたと思う	4	2.99		
	合計	134	100.00	2.96	0.95
	無回答	1			
Eヴァージョン　冒頭陳述職業裁判官積極的ではない／評議職業裁判官主導／評決無罪	1　自由に発言できなかったと思う	17	12.06		
	2　どちらかといえば自由に発言できなかったと思う	53	37.59		
	3　どちらともいえない	55	39.01		
	4　どちらかといえば自由に発言できたと思う	14	9.93		
	5　自由に発言できたと思う	2	1.42		
	合計	141	100.00	2.51	0.88
	無回答	4			
Fヴァージョン　冒頭陳述職業裁判官積極的ではない／評議職業裁判官主導／評決有罪（懲役7年）	1　自由に発言できなかったと思う	16	11.19		
	2　どちらかといえば自由に発言できなかったと思う	51	35.66		
	3　どちらともいえない	51	35.66		
	4　どちらかといえば自由に発言できたと思う	20	13.99		
	5　自由に発言できたと思う	5	3.50		
	合計	143	100.00	2.63	0.98
	無回答	3			
Gヴァージョン　冒頭陳述職業裁判官積極的ではない／評議職業裁判官主導なし／評決無罪	1　自由に発言できなかったと思う	12	8.33		
	2　どちらかといえば自由に発言できなかったと思う	37	25.69		
	3　どちらともいえない	60	41.67		
	4　どちらかといえば自由に発言できたと思う	29	20.14		
	5　自由に発言できたと思う	6	4.17		
	合計	144	100.00	2.86	0.97
	無回答	3			

表―25　シナリオ実験（1）（続）

	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Hヴァージョン　冒頭陳述職業裁判官積極的ではない／評議職業裁判官主導なし／評決有罪（懲役7年）	1　自由に発言できなかったと思う	9	6.47		
	2　どちらかといえば自由に発言できなかったと思う	44	31.65		
	3　どちらともいえない	51	36.69		
	4　どちらかといえば自由に発言できたと思う	32	23.02		
	5　自由に発言できたと思う	3	2.16		
	合計	139	100.00	2.83	0.93
	無回答	2			

Q27_3あなたは、このような評議（話し合い）の進め方を公正だと思いますか、不公正だと思いますか。（○は1つ）

	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Aヴァージョン　冒頭陳述職業裁判官積極的／評議職業裁判官主導／評決無罪	1　不公正だと思う	12	7.84		
	2　どちらかといえば不公正だと思う	38	24.84		
	3　どちらともいえない	77	50.33		
	4　どちらかといえば公正だと思う	24	15.69		
	5　公正だと思う	2	1.31		
	合計	153	100.00	2.78	0.85
	無回答	1			
Bヴァージョン　冒頭陳述職業裁判官積極的／評議職業裁判官主導／評決有罪(懲役7年)	1　不公正だと思う	15	9.55		
	2　どちらかといえば不公正だと思う	37	23.57		
	3　どちらともいえない	81	51.59		
	4　どちらかといえば公正だと思う	22	14.01		
	5　公正だと思う	2	1.27		
	合計	157	100.00	2.74	0.86
	無回答	1			
Cヴァージョン　冒頭陳述職業裁判官積極的／評議職業裁判官主導なし／評決無罪	1　不公正だと思う	1	0.75		
	2　どちらかといえば不公正だと思う	18	13.43		
	3　どちらともいえない	68	50.75		
	4　どちらかといえば公正だと思う	36	26.87		
	5　公正だと思う	11	8.21		
	合計	134	100.00	3.23	0.83
	無回答	0			
Dヴァージョン　冒頭陳述職業裁判官積極的／評議職業裁判官主導なし／評決有罪（懲役7年）	1　不公正だと思う	5	3.73		
	2　どちらかといえば不公正だと思う	14	10.45		
	3　どちらともいえない	62	46.27		
	4　どちらかといえば公正だと思う	47	35.07		
	5　公正だと思う	6	4.48		
	合計	134	100.00	3.26	0.85
	無回答	1			

表―25　シナリオ実験（1）（続）

	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Eヴァージョン　冒頭陳述職業裁判官積極的ではない／評議職業裁判官主導／評決無罪	1　不公正だと思う	14	9.93		
	2　どちらかといえば不公正だと思う	24	17.02		
	3　どちらともいえない	82	58.16		
	4　どちらかといえば公正だと思う	19	13.48		
	5　公正だと思う	2	1.42		
	合計	141	100.00	2.79	0.85
	無回答	4			
Fヴァージョン　冒頭陳述職業裁判官積極的ではない／評議職業裁判官主導／評決有罪（懲役7年）	1　不公正だと思う	11	7.64		
	2　どちらかといえば不公正だと思う	27	18.75		
	3　どちらともいえない	77	53.47		
	4　どちらかといえば公正だと思う	19	13.19		
	5　公正だと思う	10	6.94		
	合計	144	100.00	2.93	0.95
	無回答	2			
Gヴァージョン　冒頭陳述職業裁判官積極的ではない／評議職業裁判官主導なし／評決無罪	1　不公正だと思う	7	4.83		
	2　どちらかといえば不公正だと思う	20	13.79		
	3　どちらともいえない	77	53.10		
	4　どちらかといえば公正だと思う	36	24.83		
	5　公正だと思う	5	3.45		
	合計	145	100.00	3.08	0.85
	無回答	2			
Hヴァージョン　冒頭陳述職業裁判官積極的ではない／評議職業裁判官主導なし／評決有罪（懲役7年）	1　不公正だと思う	2	1.44		
	2　どちらかといえば不公正だと思う	21	15.11		
	3　どちらともいえない	81	58.27		
	4　どちらかといえば公正だと思う	30	21.58		
	5　公正だと思う	5	3.60		
	合計	139	100.00	3.11	0.75
	無回答	2			

Q27_4あなたは、この刑事裁判を全体としてみて、裁判官主導だったと思いますか、有権者から選ばれた裁判員主導だったと思いますか。（○は1つ）

	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Aヴァージョン　冒頭陳述職業裁判官積極的／評議職業裁判官主導／評決無罪	1　職業裁判官主導であった	13	8.50		
	2　どちらかといえば職業裁判官主導であった	67	43.79		
	3　どちらともいえない	52	33.99		
	4　どちらかといえば裁判員主導であった	18	11.76		
	5　裁判員主導であった	3	1.96		
	合計	153	100.00	2.55	0.88
	無回答	1			

表―25　シナリオ実験（1）（続）

	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Bヴァージョン　冒頭陳述職業裁判官積極的／評議職業裁判官主導／評決有罪(懲役7年)	1　職業裁判官主導であった	21	13.38		
	2　どちらかといえば職業裁判官主導であった	68	43.31		
	3　どちらともいえない	48	30.57		
	4　どちらかといえば裁判員主導であった	19	12.10		
	5　裁判員主導であった	1	0.64		
	合計	157	100.00	2.43	0.89
	無回答	1			
Cヴァージョン　冒頭陳述職業裁判官積極的／評議職業裁判官主導なし／評決無罪	1　職業裁判官主導であった	3	2.24		
	2　どちらかといえば職業裁判官主導であった	42	31.34		
	3　どちらともいえない	70	52.24		
	4　どちらかといえば裁判員主導であった	14	10.45		
	5　裁判員主導であった	5	3.73		
	合計	134	100.00	2.82	0.79
	無回答	0			
Dヴァージョン　冒頭陳述職業裁判官積極的／評議職業裁判官主導なし／評決有罪（懲役7年）	1　職業裁判官主導であった	2	1.50		
	2　どちらかといえば職業裁判官主導であった	45	33.83		
	3　どちらともいえない	61	45.86		
	4　どちらかといえば裁判員主導であった	24	18.05		
	5　裁判員主導であった	1	0.75		
	合計	133	100.00	2.83	0.76
	無回答	2			
Eヴァージョン　冒頭陳述職業裁判官積極的ではない／評議職業裁判官主導／評決無罪	1　職業裁判官主導であった	11	7.86		
	2　どちらかといえば職業裁判官主導であった	52	37.14		
	3　どちらともいえない	62	44.29		
	4　どちらかといえば裁判員主導であった	14	10.00		
	5　裁判員主導であった	1	0.71		
	合計	140	100.00	2.59	0.81
	無回答	5			

表―25　シナリオ実験（1）（続）

	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Fヴァージョン　冒頭陳述職業裁判官積極的ではない／評議職業裁判官主導／評決有罪（懲役7年）	1　職業裁判官主導であった	13	9.03		
	2　どちらかといえば職業裁判官主導であった	62	43.06		
	3　どちらともいえない	50	34.72		
	4　どちらかといえば裁判員主導であった	16	11.11		
	5　裁判員主導であった	3	2.08		
	合計	144	100.00	2.54	0.88
	無回答	2			
Gヴァージョン　冒頭陳述職業裁判官積極的ではない／評議職業裁判官主導なし／評決無罪	1　職業裁判官主導であった	8	5.56		
	2　どちらかといえば職業裁判官主導であった	44	30.56		
	3　どちらともいえない	72	50.00		
	4　どちらかといえば裁判員主導であった	18	12.50		
	5　裁判員主導であった	2	1.39		
	合計	144	100.00	2.74	0.80
	無回答	3			
Hヴァージョン　冒頭陳述職業裁判官積極的ではない／評議職業裁判官主導なし／評決有罪（懲役7年）	1　職業裁判官主導であった	4	2.92		
	2　どちらかといえば職業裁判官主導であった	56	40.88		
	3　どちらともいえない	58	42.34		
	4　どちらかといえば裁判員主導であった	17	12.41		
	5　裁判員主導であった	2	1.46		
	合計	137	100.00	2.69	0.78
	無回答	4			

Q27_5あなたは、この刑事裁判の結果には、裁判員の意見がどの程度反映したと思いますか。（○は1つ）

	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Aヴァージョン　冒頭陳述職業裁判官積極的／評議職業裁判官主導／評決無罪	1　反映していない	6	3.92		
	2　どちらかといえば反映していない	37	24.18		
	3　どちらともいえない	81	52.94		
	4　どちらかといえば反映している	28	18.30		
	5　反映している	1	0.65		
	合計	153	100.00	2.88	0.77
	無回答	1			

表―25　シナリオ実験（1）（続）

	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Bヴァージョン　冒頭陳述職業裁判官積極的／評議職業裁判官主導／評決有罪(懲役7年)	1　反映していない	11	7.01		
	2　どちらかといえば反映していない	46	29.30		
	3　どちらともいえない	74	47.13		
	4　どちらかといえば反映している	25	15.92		
	5　反映している	1	0.64		
	合計	157	100.00	2.74	0.83
	無回答	1			
Cヴァージョン　冒頭陳述職業裁判官積極的／評議職業裁判官主導なし／評決無罪	1　反映していない	2	1.49		
	2　どちらかといえば反映していない	26	19.40		
	3　どちらともいえない	69	51.49		
	4　どちらかといえば反映している	32	23.88		
	5　反映している	5	3.73		
	合計	134	100.00	3.09	0.80
	無回答	0			
Dヴァージョン　冒頭陳述職業裁判官積極的／評議職業裁判官主導なし／評決有罪（懲役7年)	1　反映していない	2	1.50		
	2　どちらかといえば反映していない	14	10.53		
	3　どちらともいえない	74	55.64		
	4　どちらかといえば反映している	40	30.08		
	5　反映している	3	2.26		
	合計	133	100.00	3.21	0.72
	無回答	2			
Eヴァージョン　冒頭陳述職業裁判官積極的ではない／評議職業裁判官主導／評決無罪	1　反映していない	7	5.00		
	2　どちらかといえば反映していない	31	22.14		
	3　どちらともいえない	79	56.43		
	4　どちらかといえば反映している	21	15.00		
	5　反映している	2	1.43		
	合計	140	100.00	2.76	0.78
	無回答	5			
Fヴァージョン　冒頭陳述職業裁判官積極的ではない／評議職業裁判官主導／評決有罪（懲役7年)	1　反映していない	5	3.47		
	2　どちらかといえば反映していない	35	24.31		
	3　どちらともいえない	63	43.75		
	4　どちらかといえば反映している	39	27.08		
	5　反映している	2	1.39		
	合計	144	100.00	2.99	0.84
	無回答	2			

表―25　シナリオ実験（1）（続）

	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Gヴァージョン　冒頭陳述職業裁判官積極的ではない／評議職業裁判官主導なし／評決無罪	1　反映していない	2	1.38		
	2　どちらかといえば反映していない	26	17.93		
	3　どちらともいえない	88	60.69		
	4　どちらかといえば反映している	26	17.93		
	5　反映している	3	2.07		
	合計	145	100.00	3.01	0.71
	無回答	2			
Hヴァージョン　冒頭陳述職業裁判官積極的ではない／評議職業裁判官主導なし／評決有罪（懲役7年）	1　反映していない	2	1.44		
	2　どちらかといえば反映していない	30	21.58		
	3　どちらともいえない	73	52.52		
	4　どちらかといえば反映している	34	24.46		
	5　反映している	0	0.00		
	合計	139	100.00	3.00	0.72
	無回答	2			

Q27_6あなたは、この刑事裁判の手続きを公正だと思いますか、思いませんか。(○は1つ)

	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Aヴァージョン　冒頭陳述職業裁判官積極的／評議職業裁判官主導／評決無罪	1　不公正だと思う	6	3.92		
	2　どちらかといえば不公正だと思う	15	9.80		
	3　どちらともいえない	97	63.40		
	4　どちらかといえば公正だと思う	33	21.57		
	5　公正だと思う	2	1.31		
	合計	153	100.00	3.07	0.72
	無回答	1			
Bヴァージョン　冒頭陳述職業裁判官積極的／評議職業裁判官主導／評決有罪(懲役7年)	1　不公正だと思う	11	7.01		
	2　どちらかといえば不公正だと思う	22	14.01		
	3　どちらともいえない	93	59.24		
	4　どちらかといえば公正だと思う	29	18.47		
	5　公正だと思う	2	1.27		
	合計	157	100.00	2.92	0.81
	無回答	1			
Cヴァージョン　冒頭陳述職業裁判官積極的／評議職業裁判官主導なし／評決無罪	1　不公正だと思う	2	1.49		
	2　どちらかといえば不公正だと思う	19	14.18		
	3　どちらともいえない	78	58.21		
	4　どちらかといえば公正だと思う	30	22.39		
	5　公正だと思う	5	3.73		
	合計	134	100.00	3.13	0.75
	無回答	0			

表―25　シナリオ実験（1）（続）

	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Dヴァージョン　冒頭陳述職業裁判官積極的／評議職業裁判官主導なし／評決有罪（懲役7年）	1　不公正だと思う	1	0.76		
	2　どちらかといえば不公正だと思う	7	5.34		
	3　どちらともいえない	78	59.54		
	4　どちらかといえば公正だと思う	40	30.53		
	5　公正だと思う	5	3.82		
	合計	131	100.00	3.31	0.67
	無回答	4			
Eヴァージョン　冒頭陳述職業裁判官積極的ではない／評議職業裁判官主導／評決無罪	1　不公正だと思う	5	3.55		
	2　どちらかといえば不公正だと思う	28	19.86		
	3　どちらともいえない	83	58.87		
	4　どちらかといえば公正だと思う	19	13.48		
	5　公正だと思う	6	4.26		
	合計	141	100.00	2.95	0.81
	無回答	4			
Fヴァージョン　冒頭陳述職業裁判官積極的ではない／評議職業裁判官主導／評決有罪（懲役7年）	1　不公正だと思う	5	3.47		
	2　どちらかといえば不公正だと思う	18	12.50		
	3　どちらともいえない	84	58.33		
	4　どちらかといえば公正だと思う	32	22.22		
	5　公正だと思う	5	3.47		
	合計	144	100.00	3.10	0.79
	無回答	2			
Gヴァージョン　冒頭陳述職業裁判官積極的ではない／評議職業裁判官主導なし／評決無罪	1　不公正だと思う	4	2.76		
	2　どちらかといえば不公正だと思う	19	13.10		
	3　どちらともいえない	99	68.28		
	4　どちらかといえば公正だと思う	20	13.79		
	5　公正だと思う	3	2.07		
	合計	145	100.00	2.99	0.68
	無回答	2			
Hヴァージョン　冒頭陳述職業裁判官積極的ではない／評議職業裁判官主導なし／評決有罪（懲役7年）	1　不公正だと思う	1	0.72		
	2　どちらかといえば不公正だと思う	11	7.91		
	3　どちらともいえない	91	65.47		
	4　どちらかといえば公正だと思う	34	24.46		
	5　公正だと思う	2	1.44		
	合計	139	100.00	3.18	0.62
	無回答	2			

表―25　シナリオ実験（1）（続）

Q27_7あなたは、この刑事裁判の結果に納得できますか、できませんか。(○は１つ)

	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Aヴァージョン　冒頭陳述職業裁判官積極的／評議職業裁判官主導／評決無罪	1　納得できない	7	4.61		
	2　どちらかといえば納得できない	32	21.05		
	3　どちらともいえない	89	58.55		
	4　どちらかといえば納得できる	21	13.82		
	5　納得できる	3	1.97		
	合計	152	100.00	2.88	0.78
	無回答	2			
Bヴァージョン　冒頭陳述職業裁判官積極的／評議職業裁判官主導／評決有罪(懲役７年)	1　納得できない	9	5.73		
	2　どちらかといえば納得できない	23	14.65		
	3　どちらともいえない	91	57.96		
	4　どちらかといえば納得できる	32	20.38		
	5　納得できる	2	1.27		
	合計	157	100.00	2.97	0.80
	無回答	1			
Cヴァージョン　冒頭陳述職業裁判官積極的／評議職業裁判官主導なし／評決無罪	1　納得できない	7	5.26		
	2　どちらかといえば納得できない	30	22.56		
	3　どちらともいえない	74	55.64		
	4　どちらかといえば納得できる	17	12.78		
	5　納得できる	5	3.76		
	合計	133	100.00	2.87	0.84
	無回答	1			
Dヴァージョン　冒頭陳述職業裁判官積極的／評議職業裁判官主導なし／評決有罪（懲役７年）	1　納得できない	5	3.76		
	2　どちらかといえば納得できない	14	10.53		
	3　どちらともいえない	74	55.64		
	4　どちらかといえば納得できる	39	29.32		
	5　納得できる	1	0.75		
	合計	133	100.00	3.13	0.75
	無回答	2			
Eヴァージョン　冒頭陳述職業裁判官積極的ではない／評議職業裁判官主導／評決無罪	1　納得できない	9	6.38		
	2　どちらかといえば納得できない	33	23.40		
	3　どちらともいえない	71	50.35		
	4　どちらかといえば納得できる	25	17.73		
	5　納得できる	3	2.13		
	合計	141	100.00	2.86	0.86
	無回答	4			

表－27　シナリオ実験（２）（続）

	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Ｆヴァージョン　冒頭陳述職業裁判官積極的ではない／評議職業裁判官主導／評決有罪（懲役７年）	1　納得できない	8	5.56		
	2　どちらかといえば納得できない	16	11.11		
	3　どちらともいえない	81	56.25		
	4　どちらかといえば納得できる	33	22.92		
	5　納得できる	6	4.17		
	合計	144	100.00	3.09	0.85
	無回答	2			
Ｇヴァージョン　冒頭陳述職業裁判官積極的ではない／評議職業裁判官主導なし／評決無罪	1　納得できない	6	4.14		
	2　どちらかといえば納得できない	28	19.31		
	3　どちらともいえない	84	57.93		
	4　どちらかといえば納得できる	23	15.86		
	5　納得できる	4	2.76		
	合計	145	100.00	2.94	0.79
	無回答	2			
Ｈヴァージョン　冒頭陳述職業裁判官積極的ではない／評議職業裁判官主導なし／評決有罪（懲役７年）	1　納得できない	2	1.44		
	2　どちらかといえば納得できない	22	15.83		
	3　どちらともいえない	75	53.96		
	4　どちらかといえば納得できる	38	27.34		
	5　納得できる	2	1.44		
	合計	139	100.00	3.12	0.73
	無回答	2			

20. シナリオ実験（２）

問28では、問27と同じく、裁判員による裁判の過程を小話（本問の小話は殺人事件である）で示し、事実認定、法律構成、量刑の３点について職業裁判官の意見が結論として採用されたか、裁判員の意見が結論として採用されたかを操作した。従って、条件の操作は、３要因２水準の２×２×２＝８ヴァージョンの要因計画の設計になっている。小話で事実認定、法律構成、量刑の評議がなされた後に、被調査者にこの裁判をさまざまな観点から評価してもらった（Q28_1から Q28_9）。なお、小話は付録に掲載されている（付録２参照）。設問が挿入されている位置も付録で確認することができる。

問28で操作した要因計画を表で示すと、表－26のようになる。それぞれの実験条件についての統計量、度数分布は表－27の通りである。

表－26　問28（猟銃殺人事件）の要因計画

ヴァージョン	殺意についての意見	罪　　名	量　　刑
A	殺意あり （職業裁判官の意見結論に）	殺人罪 （職業裁判官の意見結論に）	懲役10年 （職業裁判官の意見結論に）
B	殺意あり （職業裁判官の意見結論に）	殺人罪 （職業裁判官の意見結論に）	懲役10年 （裁判員の意見結論に）
C	殺意あり （職業裁判官の意見結論に）	殺人罪 （裁判員の意見結論に）	懲役10年 （職業裁判官の意見結論に）
D	殺意あり （職業裁判官の意見結論に）	殺人罪 （裁判員の意見結論に）	懲役10年 （裁判員の意見結論に）
E	殺意あり （裁判員の意見結論に）	殺人罪 （職業裁判官の意見結論に）	懲役10年 （職業裁判官の意見結論に）
F	殺意あり （裁判員の意見結論に）	殺人罪 （職業裁判官の意見結論に）	懲役10年 （裁判員の意見結論に）
G	殺意あり （裁判員の意見結論に）	殺人罪 （裁判員の意見結論に）	懲役10年 （職業裁判官の意見結論に）
H	殺意あり （裁判員の意見結論に）	殺人罪 （裁判員の意見結論に）	懲役10年 （裁判員の意見結論に）

表－27　シナリオ実験（２）

			度数(人)	%
実験計画	A	裁判官意見で殺意あり／裁判官意見殺人／裁判官意見懲役10年	154	13.28
	B	裁判官意見で殺意あり／裁判官意見殺人／裁判員意見懲役10年	158	13.62
	C	裁判官意見で殺意あり／裁判員意見殺人／裁判官意見懲役10年	134	11.55
	D	裁判官意見で殺意あり／裁判員意見殺人／裁判員意見懲役10年	135	11.64
	E	裁判員意見で殺意あり／裁判官意見殺人／裁判官意見懲役10年	145	12.50
	F	裁判員意見で殺意あり／裁判官意見殺人／裁判員意見懲役10年	146	12.59
	G	裁判員意見で殺意あり／裁判員意見殺人／裁判官意見懲役10年	147	12.67
	H	裁判員意見で殺意あり／裁判員意見殺人／裁判員意見懲役10年	141	12.16
	合計		1,160	100.00

表―27　シナリオ実験（２）（続）

次の文章は、裁判員による裁判が行われた、ある殺人事件についてです。文章に続く質問について、あなたのご意見に最も近いものひとつを選んでください。

Q28_1　あなたは、被告人Ａの主張と検察側の主張とでは、どちらの方がもっともらしいと思いますか。（○は１つ）

	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Ａヴァージョン　裁判官意見で殺意あり／裁判官意見殺人／裁判官意見懲役10年	1　被告人Ａの主張の方がもっともらしい	0	0.00		
	2　どちらかといえば被告人Ａの主張の方がもっともらしい	13	8.50		
	3　どちらともいえない	56	36.60		
	4　どちらかといえば検察側の主張の方がもっともらしい	70	45.75		
	5　検察側の主張の方がもっともらしい	14	9.15		
	合計	153	100.00	3.56	0.78
	無回答	1			
Ｂヴァージョン　裁判官意見で殺意あり／裁判官意見殺人／裁判員意見懲役10年	1　被告人Ａの主張の方がもっともらしい	1	0.64		
	2　どちらかといえば被告人Ａの主張の方がもっともらしい	9	5.73		
	3　どちらともいえない	63	40.13		
	4　どちらかといえば検察側の主張の方がもっともらしい	73	46.50		
	5　検察側の主張の方がもっともらしい	11	7.01		
	合計	157	100.00	3.54	0.74
	無回答	1			
Ｃヴァージョン　裁判官意見で殺意あり／裁判員意見殺人／裁判官意見懲役10年	1　被告人Ａの主張の方がもっともらしい	1	0.75		
	2　どちらかといえば被告人Ａの主張の方がもっともらしい	11	8.21		
	3　どちらともいえない	54	40.30		
	4　どちらかといえば検察側の主張の方がもっともらしい	51	38.06		
	5　検察側の主張の方がもっともらしい	17	12.69		
	合計	134	100.00	3.54	0.85
	無回答	0			

表―27　シナリオ実験（２）（続）

	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Dヴァージョン　裁判官意見で殺意あり／裁判員意見殺人／裁判員意見懲役10年	1　被告人Aの主張の方がもっともらしい	0	0.00		
	2　どちらかといえば被告人Aの主張の方がもっともらしい	5	3.76		
	3　どちらともいえない	49	36.84		
	4　どちらかといえば検察側の主張の方がもっともらしい	61	45.86		
	5　検察側の主張の方がもっともらしい	18	13.53		
	合計	133	100.00	3.69	0.75
	無回答	2			
Eヴァージョン　裁判員意見で殺意あり／裁判官意見殺人／裁判官意見懲役10年	1　被告人Aの主張の方がもっともらしい	1	0.71		
	2　どちらかといえば被告人Aの主張の方がもっともらしい	5	3.57		
	3　どちらともいえない	66	47.14		
	4　どちらかといえば検察側の主張の方がもっともらしい	59	42.14		
	5　検察側の主張の方がもっともらしい	9	6.43		
	合計	140	100.00	3.50	0.71
	無回答	5			
Fヴァージョン　裁判員意見で殺意あり／裁判官意見殺人／裁判員意見懲役10年	1　被告人Aの主張の方がもっともらしい	0	0.00		
	2　どちらかといえば被告人Aの主張の方がもっともらしい	9	6.29		
	3　どちらともいえない	60	41.96		
	4　どちらかといえば検察側の主張の方がもっともらしい	62	43.36		
	5　検察側の主張の方がもっともらしい	12	8.39		
	合計	143	100.00	3.54	0.74
	無回答	3			

表―27　シナリオ実験（２）（続）

	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Gヴァージョン　裁判員意見で殺意あり／裁判員意見殺人／裁判官意見懲役10年	1　被告人Aの主張の方がもっともらしい	4	2.76		
	2　どちらかといえば被告人Aの主張の方がもっともらしい	4	2.76		
	3　どちらともいえない	61	42.07		
	4　どちらかといえば検察側の主張の方がもっともらしい	51	35.17		
	5　検察側の主張の方がもっともらしい	25	17.24		
	合計	145	100.00	3.61	0.90
	無回答	2			
Hヴァージョン　裁判員意見で殺意あり／裁判員意見殺人／裁判員意見懲役10年	1　被告人Aの主張の方がもっともらしい	0	0.00		
	2　どちらかといえば被告人Aの主張の方がもっともらしい	5	3.62		
	3　どちらともいえない	54	39.13		
	4　どちらかといえば検察側の主張の方がもっともらしい	65	47.10		
	5　検察側の主張の方がもっともらしい	14	10.14		
	合計	138	100.00	3.64	0.71
	無回答	3			

Q28_2　あなたは、殺意についてのこの結論に納得できますか、納得できませんか。（○は１つ）

	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Aヴァージョン　裁判官意見で殺意あり／裁判官意見殺人／裁判官意見懲役10年	1　納得できない	11	7.19		
	2　どちらかといえば納得できない	20	13.07		
	3　どちらともいえない	54	35.29		
	4　どちらかといえば納得できる	60	39.22		
	5　納得できる	8	5.23		
	合計	153	100.00	3.22	0.99
	無回答	1			
Bヴァージョン　裁判官意見で殺意あり／裁判官意見殺人／裁判員意見懲役10年	1　納得できない	11	7.01		
	2　どちらかといえば納得できない	20	12.74		
	3　どちらともいえない	52	33.12		
	4　どちらかといえば納得できる	65	41.40		
	5　納得できる	9	5.73		
	合計	157	100.00	3.26	1.00
	無回答	1			

表―27　シナリオ実験（２）（続）

	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Cヴァージョン　裁判官意見で殺意あり／裁判員意見殺人／裁判官意見懲役10年	1　納得できない	6	4.48		
	2　どちらかといえば納得できない	11	8.21		
	3　どちらともいえない	59	44.03		
	4　どちらかといえば納得できる	45	33.58		
	5　納得できる	13	9.70		
	合計	134	100.00	3.36	0.93
	無回答	0			
Dヴァージョン　裁判官意見で殺意あり／裁判員意見殺人／裁判員意見懲役10年	1　納得できない	4	3.03		
	2　どちらかといえば納得できない	21	15.91		
	3　どちらともいえない	43	32.58		
	4　どちらかといえば納得できる	58	43.94		
	5　納得できる	6	4.55		
	合計	132	100.00	3.31	0.90
	無回答	3			
Eヴァージョン　裁判員意見で殺意あり／裁判官意見殺人／裁判官意見懲役10年	1　納得できない	8	5.84		
	2　どちらかといえば納得できない	21	15.33		
	3　どちらともいえない	60	43.80		
	4　どちらかといえば納得できる	42	30.66		
	5　納得できる	6	4.38		
	合計	137	100.00	3.12	0.93
	無回答	8			
Fヴァージョン　裁判員意見で殺意あり／裁判官意見殺人／裁判員意見懲役10年	1　納得できない	7	4.86		
	2　どちらかといえば納得できない	17	11.81		
	3　どちらともいえない	48	33.33		
	4　どちらかといえば納得できる	57	39.58		
	5　納得できる	15	10.42		
	合計	144	100.00	3.39	0.99
	無回答	2			
Gヴァージョン　裁判員意見で殺意あり／裁判員意見殺人／裁判官意見懲役10年	1　納得できない	3	2.08		
	2　どちらかといえば納得できない	18	12.50		
	3　どちらともいえない	58	40.28		
	4　どちらかといえば納得できる	51	35.42		
	5　納得できる	14	9.72		
	合計	144	100.00		
	無回答	3		3.38	0.90

表―27　シナリオ実験（２）（続）

	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Hヴァージョン　裁判員意見で殺意あり／裁判員意見殺人／裁判員意見懲役10年	1　納得できない	3	2.16		
	2　どちらかといえば納得できない	17	12.23		
	3　どちらともいえない	51	36.69		
	4　どちらかといえば納得できる	55	39.57		
	5　納得できる	13	9.35		
	合計	139	100.00	3.42	0.90
	無回答	2			

Q28_3　あなたは、殺意の有無について裁判員と裁判官が評議（話し合い）で決めることはふさわしいと思いますか、思いませんか。(○は１つ)

	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Aヴァージョン　裁判官意見で殺意あり／裁判官意見殺人／裁判官意見懲役10年	1　ふさわしくない	10	6.54		
	2　どちらかといえばふさわしい	21	13.73		
	3　どちらともいえない	54	35.29		
	4　どちらかといえばふさわしい	54	35.29		
	5　ふさわしい	14	9.15		
	合計	153	100.00	3.27	1.03
	無回答	1			
Bヴァージョン　裁判官意見で殺意あり／裁判官意見殺人／裁判員意見懲役10年	1　ふさわしくない	6	3.85		
	2　どちらかといえばふさわしい	24	15.38		
	3　どちらともいえない	53	33.97		
	4　どちらかといえばふさわしい	59	37.82		
	5　ふさわしい	14	8.97		
	合計	156	100.00	3.33	0.97
	無回答	2			
Cヴァージョン　裁判官意見で殺意あり／裁判員意見殺人／裁判官意見懲役10年	1　ふさわしくない	5	3.73		
	2　どちらかといえばふさわしい	22	16.42		
	3　どちらともいえない	48	35.82		
	4　どちらかといえばふさわしい	44	32.84		
	5　ふさわしい	15	11.19		
	合計	134	100.00	3.31	1.00
	無回答	0			
Dヴァージョン　裁判官意見で殺意あり／裁判員意見殺人／裁判員意見懲役10年	1　ふさわしくない	2	1.50		
	2　どちらかといえばふさわしい	19	14.29		
	3　どちらともいえない	61	45.86		
	4　どちらかといえばふさわしい	39	29.32		
	5　ふさわしい	12	9.02		
	合計	133	100.00	3.30	0.88
	無回答	2			

表―27　シナリオ実験（２）（続）

	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Eヴァージョン　裁判員意見で殺意あり／裁判官意見殺人／裁判官意見懲役10年	1　ふさわしくない	7	5.07		
	2　どちらかといえばふさわしい	26	18.84		
	3　どちらともいえない	45	32.61		
	4　どちらかといえばふさわしい	46	33.33		
	5　ふさわしい	14	10.14		
	合計	138	100.00	3.25	1.04
	無回答	7			
Fヴァージョン　裁判員意見で殺意あり／裁判官意見殺人／裁判員意見懲役10年	1　ふさわしくない	9	6.25		
	2　どちらかといえばふさわしい	19	13.19		
	3　どちらともいえない	47	32.64		
	4　どちらかといえばふさわしい	50	34.72		
	5　ふさわしい	19	13.19		
	合計	144	100.00	3.35	1.07
	無回答	2			
Gヴァージョン　裁判員意見で殺意あり／裁判員意見殺人／裁判官意見懲役10年	1　ふさわしくない	10	6.90		
	2　どちらかといえばふさわしい	21	14.48		
	3　どちらともいえない	48	33.10		
	4　どちらかといえばふさわしい	50	34.48		
	5　ふさわしい	16	11.03		
	合計	145	100.00	3.28	1.07
	無回答	2			
Hヴァージョン　裁判員意見で殺意あり／裁判員意見殺人／裁判員意見懲役10年	1　ふさわしくない	5	3.60		
	2　どちらかといえばふさわしい	23	16.55		
	3　どちらともいえない	41	29.50		
	4　どちらかといえばふさわしい	60	43.17		
	5　ふさわしい	10	7.19		
	合計	139	100.00	3.34	0.96
	無回答	2			

Q28_4　あなたは、被告人Ａにどのような罪が成立するかについてのこの結論に納得できますか、納得できませんか。(○は１つ)

	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Aヴァージョン　裁判官意見で殺意あり／裁判官意見殺人／裁判官意見懲役10年	1　納得できない	12	7.84		
	2　どちらかといえば納得できない	27	17.65		
	3　どちらともいえない	45	29.41		
	4　どちらかといえば納得できる	55	35.95		
	5　納得できる	14	9.15		
	合計	153	100.00	3.21	1.09
	無回答	1			

表―27　シナリオ実験（２）（続）

	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Ｂヴァージョン　裁判官意見で殺意あり／裁判官意見殺人／裁判員意見懲役10年	1　納得できない	9	5.73		
	2　どちらかといえば納得できない	31	19.75		
	3　どちらともいえない	44	28.03		
	4　どちらかといえば納得できる	60	38.22		
	5　納得できる	13	8.28		
	合計	157	100.00	3.24	1.05
	無回答	1			
Ｃヴァージョン　裁判官意見で殺意あり／裁判員意見殺人／裁判官意見懲役10年	1　納得できない	6	4.48		
	2　どちらかといえば納得できない	21	15.67		
	3　どちらともいえない	43	32.09		
	4　どちらかといえば納得できる	45	33.58		
	5　納得できる	19	14.18		
	合計	134	100.00	3.37	1.05
	無回答	0			
Ｄヴァージョン　裁判官意見で殺意あり／裁判員意見殺人／裁判員意見懲役10年	1　納得できない	6	4.55		
	2　どちらかといえば納得できない	25	18.94		
	3　どちらともいえない	43	32.58		
	4　どちらかといえば納得できる	47	35.61		
	5　納得できる	11	8.33		
	合計	132	100.00	3.24	1.01
	無回答	3			
Ｅヴァージョン　裁判員意見で殺意あり／裁判官意見殺人／裁判官意見懲役10年	1　納得できない	7	5.04		
	2　どちらかといえば納得できない	18	12.95		
	3　どちらともいえない	54	38.85		
	4　どちらかといえば納得できる	45	32.37		
	5　納得できる	15	10.79		
	合計	139	100.00	3.31	1.00
	無回答	6			
Ｆヴァージョン　裁判員意見で殺意あり／裁判官意見殺人／裁判員意見懲役10年	1　納得できない	7	4.90		
	2　どちらかといえば納得できない	24	16.78		
	3　どちらともいえない	36	25.17		
	4　どちらかといえば納得できる	56	39.16		
	5　納得できる	20	13.99		
	合計	143	100.00	3.41	1.08
	無回答	3			

表―27　シナリオ実験（２）（続）

	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Gヴァージョン　裁判員意見で殺意あり／裁判員意見殺人／裁判官意見懲役10年	1　納得できない	6	4.14		
	2　どちらかといえば納得できない	20	13.79		
	3　どちらともいえない	51	35.17		
	4　どちらかといえば納得できる	45	31.03		
	5　納得できる	23	15.86		
	合計	145	100.00	3.41	1.04
	無回答	2			
Hヴァージョン　裁判員意見で殺意あり／裁判員意見殺人／裁判員意見懲役10年	1　納得できない	2	1.45		
	2　どちらかといえば納得できない	23	16.67		
	3　どちらともいえない	36	26.09		
	4　どちらかといえば納得できる	54	39.13		
	5　納得できる	23	16.67		
	合計	138	100.00	3.53	1.01
	無回答	3			

Q28_5　あなたは、被告人Ａにどのような罪が成立するかについて裁判員と裁判官が評議（話し合い）で決めることはふさわしいと思いますか、思いませんか。（○は１つ）

	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Aヴァージョン　裁判官意見で殺意あり／裁判官意見殺人／裁判官意見懲役10年	1　ふさわしくない	11	7.24		
	2　どちらかといえばふさわしい	13	8.55		
	3　どちらともいえない	58	38.16		
	4　どちらかといえばふさわしい	57	37.50		
	5　ふさわしい	13	8.55		
	合計	152	100.00	3.32	1.00
	無回答	2			
Bヴァージョン　裁判官意見で殺意あり／裁判官意見殺人／裁判員意見懲役10年	1　ふさわしくない	2	1.27		
	2　どちらかといえばふさわしい	21	13.38		
	3　どちらともいえない	56	35.67		
	4　どちらかといえばふさわしい	63	40.13		
	5　ふさわしい	15	9.55		
	合計	157	100.00	3.43	0.89
	無回答	1			
Cヴァージョン　裁判官意見で殺意あり／裁判員意見殺人／裁判官意見懲役10年	1　ふさわしくない	11	8.21		
	2　どちらかといえばふさわしい	17	12.69		
	3　どちらともいえない	47	35.07		
	4　どちらかといえばふさわしい	43	32.09		
	5　ふさわしい	16	11.94		
	合計	134	100.00	3.27	1.09
	無回答	0			

表―27　シナリオ実験（２）（続）

	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Dヴァージョン　裁判官意見で殺意あり／裁判員意見殺人／裁判員意見懲役10年	1　ふさわしくない	3	2.26		
	2　どちらかといえばふさわしい	11	8.27		
	3　どちらともいえない	59	44.36		
	4　どちらかといえばふさわしい	44	33.08		
	5　ふさわしい	16	12.03		
	合計	133	100.00	3.44	0.89
	無回答	2			
Eヴァージョン　裁判員意見で殺意あり／裁判官意見殺人／裁判官意見懲役10年	1　ふさわしくない	4	2.88		
	2　どちらかといえばふさわしい	15	10.79		
	3　どちらともいえない	58	41.73		
	4　どちらかといえばふさわしい	49	35.25		
	5　ふさわしい	13	9.35		
	合計	139	100.00	3.37	0.90
	無回答	6			
Fヴァージョン　裁判員意見で殺意あり／裁判官意見殺人／裁判員意見懲役10年	1　ふさわしくない	8	5.63		
	2　どちらかといえばふさわしい	12	8.45		
	3　どちらともいえない	51	35.92		
	4　どちらかといえばふさわしい	55	38.73		
	5　ふさわしい	16	11.27		
	合計	142	100.00	3.42	0.99
	無回答	4			
Gヴァージョン　裁判員意見で殺意あり／裁判員意見殺人／裁判官意見懲役10年	1　ふさわしくない	6	4.14		
	2　どちらかといえばふさわしい	14	9.66		
	3　どちらともいえない	58	40.00		
	4　どちらかといえばふさわしい	52	35.86		
	5　ふさわしい	15	10.34		
	合計	145	100.00	3.39	0.94
	無回答	2			
Hヴァージョン　裁判員意見で殺意あり／裁判員意見殺人／裁判員意見懲役10年	1　ふさわしくない	3	2.17		
	2　どちらかといえばふさわしい	14	10.14		
	3　どちらともいえない	46	33.33		
	4　どちらかといえばふさわしい	55	39.86		
	5　ふさわしい	20	14.49		
	合計	138	100.00	3.54	0.94
	無回答	3			

表―27　シナリオ実験（２）（続）

Q28_6　あなたは、被告人Ａに対する刑の重さについてのこの結論に納得できますか、納得できませんか。（○は１つ）

	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Ａヴァージョン　裁判官意見で殺意あり／裁判官意見殺人／裁判官意見懲役10年	1　納得できない	19	12.34		
	2　どちらかといえば納得できない	42	27.27		
	3　どちらともいえない	56	36.36		
	4　どちらかといえば納得できる	32	20.78		
	5　納得できる	5	3.25		
	合計	154	100.00	2.75	1.03
	無回答	0			
Ｂヴァージョン　裁判官意見で殺意あり／裁判官意見殺人／裁判員意見懲役10年	1　納得できない	14	8.92		
	2　どちらかといえば納得できない	31	19.75		
	3　どちらともいえない	71	45.22		
	4　どちらかといえば納得できる	34	21.66		
	5　納得できる	7	4.46		
	合計	157	100.00	2.93	0.98
	無回答	1			
Ｃヴァージョン　裁判官意見で殺意あり／裁判員意見殺人／裁判官意見懲役10年	1　納得できない	13	9.77		
	2　どちらかといえば納得できない	36	27.07		
	3　どちらともいえない	49	36.84		
	4　どちらかといえば納得できる	26	19.55		
	5　納得できる	9	6.77		
	合計	133	100.00	2.86	1.06
	無回答	1			
Ｄヴァージョン　裁判官意見で殺意あり／裁判員意見殺人／裁判員意見懲役10年	1　納得できない	9	6.77		
	2　どちらかといえば納得できない	35	26.32		
	3　どちらともいえない	63	47.37		
	4　どちらかといえば納得できる	23	17.29		
	5　納得できる	3	2.26		
	合計	133	100.00	2.82	0.88
	無回答	2			
Ｅヴァージョン　裁判員意見で殺意あり／裁判官意見殺人／裁判官意見懲役10年	1　納得できない	13	9.35		
	2　どちらかといえば納得できない	27	19.42		
	3　どちらともいえない	64	46.04		
	4　どちらかといえば納得できる	31	22.30		
	5　納得できる	4	2.88		
	合計	139	100.00	2.90	0.95
	無回答	6			

表―27　シナリオ実験（２）（続）

	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Ｆヴァージョン　裁判員意見で殺意あり／裁判官意見殺人／裁判員意見懲役10年	1　納得できない	13	9.15		
	2　どちらかといえば納得できない	35	24.65		
	3　どちらともいえない	56	39.44		
	4　どちらかといえば納得できる	33	23.24		
	5　納得できる	5	3.52		
	合計	142	100.00	2.87	0.99
	無回答	4			
Ｇヴァージョン　裁判員意見で殺意あり／裁判員意見殺人／裁判官意見懲役10年	1　納得できない	13	8.97		
	2　どちらかといえば納得できない	32	22.07		
	3　どちらともいえない	67	46.21		
	4　どちらかといえば納得できる	31	21.38		
	5　納得できる	2	1.38		
	合計	145	100.00	2.84	0.91
	無回答	2			
Ｈヴァージョン　裁判員意見で殺意あり／裁判員意見殺人／裁判員意見懲役10年	1　納得できない	15	10.79		
	2　どちらかといえば納得できない	38	27.34		
	3　どちらともいえない	59	42.45		
	4　どちらかといえば納得できる	23	16.55		
	5　納得できる	4	2.88		
	合計	139	100.00	2.73	0.96
	無回答	2			

Q28_7　あなたは、被告人Ａに対する刑の重さについて裁判員と裁判官が評議（話し合い）で決めることはふさわしいと思いますか、思いませんか。（○は１つ）

	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Ａヴァージョン　裁判官意見で殺意あり／裁判官意見殺人／裁判官意見懲役10年	1　ふさわしくない	14	9.09		
	2　どちらかといえばふさわしい	23	14.94		
	3　どちらともいえない	59	38.31		
	4　どちらかといえばふさわしい	48	31.17		
	5　ふさわしい	10	6.49		
	合計	154	100.00	3.11	1.04
	無回答	0			
Ｂヴァージョン　裁判官意見で殺意あり／裁判官意見殺人／裁判員意見懲役10年	1　ふさわしくない	7	4.46		
	2　どちらかといえばふさわしい	22	14.01		
	3　どちらともいえない	62	39.49		
	4　どちらかといえばふさわしい	54	34.39		
	5　ふさわしい	12	7.64		
	合計	157	100.00	3.27	0.95
	無回答	1			

表―27　シナリオ実験（２）（続）

	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Cヴァージョン　裁判官意見で殺意あり／裁判員意見殺人／裁判官意見懲役10年	1　ふさわしくない	13	9.77		
	2　どちらかといえばふさわしい	14	10.53		
	3　どちらともいえない	52	39.10		
	4　どちらかといえばふさわしい	44	33.08		
	5　ふさわしい	10	7.52		
	合計	133	100.00	3.18	1.05
	無回答	1			
Dヴァージョン　裁判官意見で殺意あり／裁判員意見殺人／裁判員意見懲役10年	1　ふさわしくない	4	3.01		
	2　どちらかといえばふさわしい	17	12.78		
	3　どちらともいえない	62	46.62		
	4　どちらかといえばふさわしい	42	31.58		
	5　ふさわしい	8	6.02		
	合計	133	100.00	3.25	0.87
	無回答	2			
Eヴァージョン　裁判員意見で殺意あり／裁判官意見殺人／裁判官意見懲役10年	1　ふさわしくない	4	2.88		
	2　どちらかといえばふさわしい	18	12.95		
	3　どちらともいえない	57	41.01		
	4　どちらかといえばふさわしい	48	34.53		
	5　ふさわしい	12	8.63		
	合計	139	100.00	3.33	0.91
	無回答	6			
Fヴァージョン　裁判員意見で殺意あり／裁判官意見殺人／裁判員意見懲役10年	1　ふさわしくない	7	4.93		
	2　どちらかといえばふさわしい	26	18.31		
	3　どちらともいえない	41	28.87		
	4　どちらかといえばふさわしい	53	37.32		
	5　ふさわしい	15	10.56		
	合計	142	100.00	3.30	1.05
	無回答	4			
Gヴァージョン　裁判員意見で殺意あり／裁判員意見殺人／裁判官意見懲役10年	1　ふさわしくない	5	3.45		
	2　どちらかといえばふさわしい	18	12.41		
	3　どちらともいえない	57	39.31		
	4　どちらかといえばふさわしい	55	37.93		
	5　ふさわしい	10	6.90		
	合計	145	100.00	3.32	0.90
	無回答	2			

表―27　シナリオ実験（２）（続）

	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Hヴァージョン　裁判員意見で殺意あり／裁判員意見殺人／裁判員意見懲役10年	1　ふさわしくない	5	3.60		
	2　どちらかといえばふさわしい	23	16.55		
	3　どちらともいえない	46	33.09		
	4　どちらかといえばふさわしい	56	40.29		
	5　ふさわしい	9	6.47		
	合計	139	100.00	3.29	0.94
	無回答	2			

Q28_8　あなたは、被告人Ａに対するこの刑事裁判の評議（裁判官と裁判員の話し合い）は全体として信頼できるものだと思いますか、思いませんか。（○は１つ）

	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Ａヴァージョン　裁判官意見で殺意あり／裁判官意見殺人／裁判官意見懲役10年	1　信頼できない	8	5.23		
	2　どちらかといえば信頼できない	18	11.76		
	3　どちらともいえない	73	47.71		
	4　どちらかといえば信頼できる	47	30.72		
	5　信頼できる	7	4.58		
	合計	153	100.00	3.18	0.89
	無回答	1			
Ｂヴァージョン　裁判官意見で殺意あり／裁判官意見殺人／裁判員意見懲役10年	1　信頼できない	4	2.55		
	2　どちらかといえば信頼できない	27	17.20		
	3　どちらともいえない	62	39.49		
	4　どちらかといえば信頼できる	62	39.49		
	5　信頼できる	2	1.27		
	合計	157	100.00	3.20	0.83
	無回答	1			
Ｃヴァージョン　裁判官意見で殺意あり／裁判員意見殺人／裁判官意見懲役10年	1　信頼できない	7	5.26		
	2　どちらかといえば信頼できない	13	9.77		
	3　どちらともいえない	63	47.37		
	4　どちらかといえば信頼できる	45	33.83		
	5　信頼できる	5	3.76		
	合計	133	100.00	3.21	0.87
	無回答	1			
Ｄヴァージョン　裁判官意見で殺意あり／裁判員意見殺人／裁判員意見懲役10年	1　信頼できない	1	0.76		
	2　どちらかといえば信頼できない	21	15.91		
	3　どちらともいえない	63	47.73		
	4　どちらかといえば信頼できる	43	32.58		
	5　信頼できる	4	3.03		
	合計	132	100.00	3.21	0.77
	無回答	3			

表―27　シナリオ実験（２）（続）

	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Eヴァージョン　裁判員意見で殺意あり／裁判官意見殺人／裁判官意見懲役10年	1　信頼できない	4	2.90		
	2　どちらかといえば信頼できない	19	13.77		
	3　どちらともいえない	66	47.83		
	4　どちらかといえば信頼できる	41	29.71		
	5　信頼できる	8	5.80		
	合計	138	100.00	3.22	0.86
	無回答	7			
Fヴァージョン　裁判員意見で殺意あり／裁判官意見殺人／裁判員意見懲役10年	1　信頼できない	7	4.90		
	2　どちらかといえば信頼できない	11	7.69		
	3　どちらともいえない	56	39.16		
	4　どちらかといえば信頼できる	59	41.26		
	5　信頼できる	10	6.99		
	合計	143	100.00	3.38	0.91
	無回答	3			
Gヴァージョン　裁判員意見で殺意あり／裁判員意見殺人／裁判官意見懲役10年	1　信頼できない	2	1.38		
	2　どちらかといえば信頼できない	13	8.97		
	3　どちらともいえない	72	49.66		
	4　どちらかといえば信頼できる	55	37.93		
	5　信頼できる	3	2.07		
	合計	145	100.00	3.30	0.72
	無回答	2			
Hヴァージョン　裁判員意見で殺意あり／裁判員意見殺人／裁判員意見懲役10年	1　信頼できない	4	2.88		
	2　どちらかといえば信頼できない	17	12.23		
	3　どちらともいえない	56	40.29		
	4　どちらかといえば信頼できる	58	41.73		
	5　信頼できる	4	2.88		
	合計	139	100.00	3.29	0.83
	無回答	2			

Q28_9　あなたは被告人Ａと同じような立場におかれたとしたら、裁判員による裁判と職業裁判官のみの裁判のどちらがよいと思いますか。（○は１つ）

	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Aヴァージョン　裁判官意見で殺意あり／裁判官意見殺人／裁判官意見懲役10年	1　裁判員による裁判	8	5.19		
	2　どちらかといえば裁判員による裁判	21	13.64		
	3　どちらともいえない	80	51.95		
	4　どちらかといえば職業裁判官のみの裁判	34	22.08		
	5　職業裁判官のみの裁判	11	7.14		
	合計	154	100.00	3.12	0.92
	無回答	0			

表―27　シナリオ実験（２）（続）

	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Bヴァージョン　裁判官意見で殺意あり／裁判官意見殺人／裁判員意見懲役10年	1　裁判員による裁判	4	2.55		
	2　どちらかといえば裁判員による裁判	22	14.01		
	3　どちらともいえない	102	64.97		
	4　どちらかといえば職業裁判官のみの裁判	26	16.56		
	5　職業裁判官のみの裁判	3	1.91		
	合計	157	100.00	3.01	0.70
	無回答	1			
Cヴァージョン　裁判官意見で殺意あり／裁判員意見殺人／裁判官意見懲役10年	1　裁判員による裁判	3	2.26		
	2　どちらかといえば裁判員による裁判	11	8.27		
	3　どちらともいえない	75	56.39		
	4　どちらかといえば職業裁判官のみの裁判	29	21.80		
	5　職業裁判官のみの裁判	15	11.28		
	合計	133	100.00	3.32	0.87
	無回答	1			
Dヴァージョン　裁判官意見で殺意あり／裁判員意見殺人／裁判員意見懲役10年	1　裁判員による裁判	5	3.73		
	2　どちらかといえば裁判員による裁判	14	10.45		
	3　どちらともいえない	70	52.24		
	4　どちらかといえば職業裁判官のみの裁判	34	25.37		
	5　職業裁判官のみの裁判	11	8.21		
	合計	134	100.00	3.24	0.89
	無回答	1			
Eヴァージョン　裁判員意見で殺意あり／裁判官意見殺人／裁判官意見懲役10年	1　裁判員による裁判	5	3.60		
	2　どちらかといえば裁判員による裁判	17	12.23		
	3　どちらともいえない	74	53.24		
	4　どちらかといえば職業裁判官のみの裁判	31	22.30		
	5　職業裁判官のみの裁判	12	8.63		
	合計	139	100.00	3.20	0.89
	無回答	6			

表−27　シナリオ実験（２）（続）

	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Ｆヴァージョン　裁判員意見で殺意あり／裁判官意見殺人／裁判員意見懲役10年	1　裁判員による裁判	4	2.80		
	2　どちらかといえば裁判員による裁判	18	12.59		
	3　どちらともいえない	82	57.34		
	4　どちらかといえば職業裁判官のみの裁判	23	16.08		
	5　職業裁判官のみの裁判	16	11.19		
	合計	143	100.00	3.20	0.90
	無回答	3			
Ｇヴァージョン　裁判員意見で殺意あり／裁判員意見殺人／裁判官意見懲役10年	1　裁判員による裁判	4	2.76		
	2　どちらかといえば裁判員による裁判	13	8.97		
	3　どちらともいえない	79	54.48		
	4　どちらかといえば職業裁判官のみの裁判	37	25.52		
	5　職業裁判官のみの裁判	12	8.28		
	合計	145	100.00	3.28	0.85
	無回答	2			
Ｈヴァージョン　裁判員意見で殺意あり／裁判員意見殺人／裁判員意見懲役10年	1　裁判員による裁判	4	2.90		
	2　どちらかといえば裁判員による裁判	20	14.49		
	3　どちらともいえない	74	53.62		
	4　どちらかといえば職業裁判官のみの裁判	33	23.91		
	5　職業裁判官のみの裁判	7	5.07		
	合計	138	100.00	3.14	0.83
	無回答	3			

21. デモグラフィック要因

調査票では、問28の次に、性別、生年月、収入、学歴、職業を尋ねている。そのうち、性別、生年月に基く年齢分布については、表−１、２に計画サンプルと比較する形で示した。収入、学歴、職業については、表−28を参照されたい。

表－28　デモグラフィック要因

質問文	選択肢	度数	%
F3　あなたの世帯の１年間の世帯収入（税込み）は次のうちどれにあたりますか。（○は１つ）	1　300万円未満	284	24.48
	2　300万円以上、500万円未満	344	29.66
	3　500万円以上、700万円未満	216	18.62
	4　700万円以上、1000万円未満	142	12.24
	5　1000万円以上	91	7.84
	小計	1,077	92.84
	無回答	83	7.16
	合計	1,160	100.00

質問文	選択肢	度数	%
F4　あなたが最後に卒業された学校は、次のどれにあたりますか。（○は１つ）	1　小学校・中学校（旧制小学校を含む）	160	13.79
	2　高等学校（旧制中学校・師範学校・高等女学校を含む）	567	48.88
	3　短期大学・高等専門学校（旧制高校・高等師範学校を含む）	208	17.93
	4　大学・大学院（旧制大学を含む）	213	18.36
	5　その他	1	0.09
	小計	1,149	99.05
	無回答	11	0.95
	合計	1,160	100.00

質問文	選択肢	度数	%
F5　あなたの現在のお仕事は以下のどれにあたりますか。（○は１つ）	1　経営者・役員	51	4.40
	2　常時雇用の一般従業員	385	33.19
	3　臨時雇用・パート・アルバイト	208	17.93
	4　派遣社員	21	1.81
	5　自営業主・自由業者	102	8.79
	6　家族従事者	38	3.28
	7　内職	11	0.95
	8　学生	20	1.72
	9　専業主婦	185	15.95
	10　無職	112	9.66
	11　その他	10	0.86
	小計	1,143	98.53
	無回答	17	1.47
	合計	1,160	100.00

22. 裁判員による裁判への賛否

本調査票の一番最後の設問として、裁判員による裁判の導入に対する賛否を５段階の尺度で尋ねた。結果は表－29の通りである。

表－29　裁判員による裁判への賛否

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
LAYJUDGE　一般論としては、裁判員による裁判が導入されることに賛成ですか、反対ですか。(○は1つ)	1　反対	141	12.20		
	2　どちらかといえば反対	238	20.59		
	3　どちらともいえない	422	36.51		
	4　どちらかといえば賛成	280	24.22		
	5　賛成	75	6.49		
	合計	1,156	100.00	2.92	1.09
	無回答	4			

※本問は、SPSS上の変数名がLAYJUDGEと名づけられている。

注

(1) なお、この調査は部分的には、日本学術振興会科学研究費基盤(A)「刑事法学と心理学――刑事裁判心理学の構築に向けて」(2007－2010年度、研究代表者白取祐司) に基づいている。

(2) 本科学研究費による研究では、2回の全国調査に基づく分析の他、裁判員裁判のユーザー評価、裁判員裁判の運営技法、裁判員裁判への弁護士の態度と行動性向などについても研究が行われる。

(3) 正確には1938年2月1日から1988年1月末日までに生まれた者である。

(4) 浜井(2007)では、留め置き調査と面接調査の比較が報告されている。浜井らの行った被害者調査について、面接調査では回収率53.1%、訪問留め置きでは67.7%であったとされる（なおこの調査も、(社)中央調査社に委託して行われている)。この調査は調査員の面前で被調査者が回答しにくい問題を取り上げている被害者調査であることを留意しなければならないが、一般に、調査員の前で口頭での回答が求められる面接調査よりも訪問留め置き調査の方が回収率が高いと考えられるのである。

(5) シビック・パワーとは、市民が政治に与える影響力、すなわち、政治エリートによって政治が行われるのではなく、一般市民が主体となって政治に参加する、あるいは関与していると認識しているかを意味する。具体的形態としては、投票、デモ、選挙活動等がある。詳しくは引用文献参照。

(6) 市民的美徳（シビック・ヴァーチュ）とは、市民が社会に関わりを持つ際の適切な行動基準、あるいは道徳である。この概念は、政治学においては共和主義の思想と結びついた深いインプリケーションを持ち、シビック・ヴァーチュをどう理解するか、さらにはそれを態度として質問項目によっていかに測定するかについては多くの議論があると思うが、それらについては別稿で論じる予定である。

(7) この規模の社会調査では異例であるが、本科学研究費の申請が採択された時期と、調査の実査の時期が近接していたため（すでに述べたように、裁判員

制度実施以前に第１回調査の実査を行う必要がある）、本格的な予備調査を行う時間的余裕が存在しなかった。

ここでは、設問の作成について、刑事司法と裁判員制度については、Flanagan & Longmire (eds.) (1996)、Wrightsman et al. (2004)を参考にした。また、社会的態度については、Robinson et al. (eds.) (1991)を参考にした。なお、社会的態度に関する設問は、松村他(2006a;b)で用いられた設問と一部分重なっている。詳しくは、松村他(2006a;b)を参照されたい。

(8) 調査票は８種類あるが、ＡからＨのヴァージョンのどれが配付されるかは、あらかじめサンプリング名簿で順番に割り当てられていた。いうまでもなく被調査者は自己が回答した調査票以外に、それと異なるヴァージョンの調査票が存在することは知らされていない。

《引用文献》

中央調査社報(2005)「裁判員制度に関する世論調査」『中央調査社報』、No.577：6－7

Flanagan, T. & Longmire, D. (eds.) (1996) Americans View Crime and Justice: A National Public Opinion Survey, Sage Publications

浜井浩一(2007)「犯罪被害者調査（Crime Victimization Survey）が測定する犯罪――実験調査を用いた犯罪被害者調査の妥当性・信頼性についての考察」『犯罪社会学研究』No.32：8-24

最高裁判所「平成15年度司法研究」（http://www.courts.go.jp/saikosai/about/iinkai/asu_kondan/asu_siryo16/pdf/siryo8.pdf ）

松尾邦弘(2006)「国民参加と司法――裁判員制度について」『法の支配』No.141 :10-21

松村良之(2007)「応報か行動コントロールか――刑罰動機をめぐって」菊田幸一他編『社会の中の刑事司法と犯罪者』日本評論社:125-138

松村良之他(2006a)「現代日本人の法意識研究の理論モデルとリサーチデザイン」『北大法学論集』57(3):1477-1532

――(2006b)「現代日本人の法意識の全体像：2005年調査結果の概要」『北大法学論集』57(3):1401-1476

日本文化会議編(1982)『現代日本人の法意識』第一法規

坂本治也(2007)「ソーシャル・キャピタルは民主主義を機能させるのか？：日本の地方政府と市民社会の計量分析」『政策科学・国際関係論集』No.9：1-52

Wrightsman, L. et al. (2004) Measures of Legal Attitudes, Thomson

Robinson, J. et al. (eds.) (1991) Measures of Personality and Social Psychological Attitudes, Academic Press

山岸俊男(1998)『信頼の構造ーこころと社会の進化ゲーム』東京大学出版会

付録１　問27のシナリオと設問（Ａヴァージョン）

問27　以下の文章は、裁判員による裁判が行われた、ある放火事件についてです。文章を読んで質問にお答えください。

Ａは、Ｂ氏の住居に放火した疑いで刑事裁判の被告人になっています。Ａは、火事のあった４日後に逮捕され、検察によって起訴されて、有権者からくじで選ばれた６名の裁判員と３名の職業裁判官が審理判断をする裁判員による裁判が行われました。

裁判の審理が始まる前に、裁判員６名に対して裁判長から次のような説明がありました。
「被告人が、人が住居に使用している建造物に火を放ち、それによって火事が発生した場合、現住建造物等放火罪となります。これから始まる裁判では、検察側が証拠や証人によってこのことを立証しようと努力しますし、被告人Ａとその弁護人は証拠や証人によってこのことを否定しようとします。皆さんの役目は、法廷に出された証拠や証言を注意深く見たり聞いたりして、火を放ったのが本当に被告人Ａであったのかについて、真実を発見することです。被告人Ａが火を放ったことを検察側が合理的な疑いをいれない程度に立証したなら有罪ですし、合理的な疑いが残るなら無罪です。
もし有罪の場合はさらに刑の重さも決めなくてはなりません。」

この刑事裁判で検察側は次のように主張しています。

「被告人Ａは、普段から憎(にく)しみを持っているＢの住宅に火をつけてやろうと考えた。被告人Ａは、12月20日の夕方５時20分頃、油で湿(しめ)らせた新聞紙を用いて、Ｂの住宅の台所口に火を放った。その結果、Ｂの住宅を全焼させた。よって被告人Ａに対して、現住建造物等放火の罪として10年の刑を求める。」

被告人Ａは次のように主張しています。
「なるほどそのころ私は、Ｂさんの住宅の近くを通りかかりました。いつも不愉快なやつなので、家の外から悪口を言ってやろうと思ったのです。火事になったのは、きっとＢさんの、残り火の不始末が原因だと思います。全焼したのは、当日空気が乾燥していて、風が強かったせいです。」

（1）あなたはこれまでのところで、有権者からくじで選ばれた裁判員にとってこの裁判が分かりやすく進んでいると思いますか、思いませんか。（○は1つ）

1	2	3	4	5
分かりにくい	どちらかといえば分かりにくい	どちらともいえない	どちらかといえば分かりやすい	分かりやすい

被告人Aのこの事件は証拠や証人の取り調べが終わり、いよいよ裁判員6名と裁判官3名による話し合いで被告人Aが現住建造物放火罪か、そして有罪なら刑の重さを決める評議の段階になりました。

評議（話し合い）が始まりました。
評議の冒頭で裁判長が次のように発言しました。
「裁判員の皆さんにとって刑事裁判は初めてでとまどっておられるでしょうから、裁判官である私たちの方から、この裁判についての見解を、一応のたたき台として申し上げようと思います。」
そして、3名の裁判官が順次、その意見を全員の前で説明しました。
その上で、裁判官の意見に対する質疑応答の形で評議は進められて行きました。

（2）あなたは、裁判員が自分の意見を自由に発言することができたと思いますか、思いませんか。（○は1つ）

1	2	3	4	5
自由に発言できなかったと思う	どちらかといえば自由に発言できなかったと思う	どちらともいえない	どちらかといえば自由に発言できたと思う	自由に発言できたと思う

（3）あなたは、このような評議（話し合い）の進め方を公正だと思いますか、不公正だと思いますか。（○は1つ）

1	2	3	4	5
不公正だと思う	どちらかといえば不公正だと思う	どちらともいえない	どちらかといえば公正だと思う	公正だと思う

評議は2日間かけて熱心になされました。さまざまな角度から主張や証拠・証人について検討し、話し合った結果、有権者からくじで選ばれた裁判員6名と裁判官3名の出した結論は、無罪でした。

（4）あなたは、この刑事裁判を全体としてみて、裁判官主導だったと思いますか、有権者から選ばれた裁判員主導だったと思いますか。（○は1つ）

職業裁判官主導であった	どちらかといえば職業裁判官主導であった	どちらともいえない	どちらかといえば裁判員主導であった	裁判員主導であった
1	2	3	4	5

（5）あなたは、この刑事裁判の結果には、裁判員の意見がどの程度反映したと思いますか。（○は1つ）

反映していない	どちらかといえば反映していない	どちらともいえない	どちらかといえば反映している	反映している
1	2	3	4	5

（6）あなたは、この刑事裁判の手続きを公正だと思いますか、思いませんか。（○は1つ）

不公正だと思う	どちらかといえば不公正だと思う	どちらともいえない	どちらかといえば公正だと思う	公正だと思う
1	2	3	4	5

（7）あなたは、この刑事裁判の結果に納得できますか、できませんか。（○は1つ）

納得できない	どちらかといえば納得できない	どちらともいえない	どちらかといえば納得できる	納得できる
1	2	3	4	5

付録２　問28のシナリオと設問（Ａヴァージョン）

問28　次の文章は、裁判員による裁判が行われた、ある殺人事件についてです。文章に続く質問について、あなたのご意見に最も近いものひとつを選んでください。

Ａは、知人のＢさんの家のそばで起きた猟銃の発射事件で刑事裁判の被告人になっています。この発射事件では、Ｂさんの妻のＣさんが銃弾に当たって死亡しました。
Ａは警察に逮捕され、検察によって裁判所に起訴されて、有権者から選ばれた６名の裁判員と３名の職業裁判官が審理判断をする裁判員による裁判が行われました。
なお、殺人罪の場合、被告人が殺意をもって人を殺した場合に有罪となります。したがって、被告人が殺意をもって人を殺したことを、検察側が合理的な疑いをいれない程度に立証したなら有罪ですし、合理的な疑いが残るなら無罪です。

この刑事裁判で検察側は次のように主張しています。
「被告人Ａは、金銭上のトラブルから知人のＢに深い恨みを抱き、殺してしまおうと考えるようになった。
被告人Ａは、昔から許可を得て家に置いていた猟銃を持ち出しＢの家へ行った。庭で夫婦で熱心に庭いじりをしていたＢを見つけて後ろから猟銃でねらって発射した。
ところがねらいがそれてＢのそばにいたＢの妻のＣに当たった。Ｃは間もなく死亡した。
よって被告人Ａに対して、殺人などの罪として16年の刑を求める。」

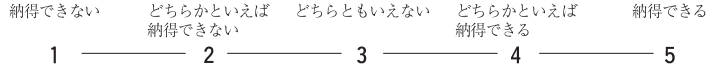
被告人Ａは次のように主張しています。
「知人のＢさんの家へ行ったら、Ｂさん夫婦がいつものように熱心に庭いじりをしていた。Ｂさんに最近購入した銃を見せようと猟銃をケースから取り出したら突然暴発した。銃弾はＣさんに当たってしまった。Ｃさんが死亡したことは残念でならないが、人を殺そうとしたものなどではまったくない。」

（１）あなたは、被告人Ａの主張と検察側の主張とでは、どちらの方がもっともらしいと思いますか。（○は１つ）

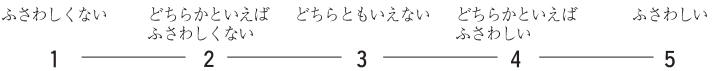
1	2	3	4	5
被告人Ａの主張の方がもっともらしい	どちらかといえば被告人Ａの主張の方がもっともらしい	どちらともいえない	どちらかといえば検察側の主張の方がもっともらしい	検察側の主張の方がもっともらしい

この事件は証拠や証人の取り調べが終わり、いよいよ裁判員６名と裁判官３名による話し合いで被告人Ａの有罪・無罪および有罪の場合の刑の重さを決める評議の段階になりました。評議においては、まず、被告人ＡにＢさんを殺そうという殺意があったか否かで議論が行われました。いろいろな側面から熱心に議論をした結果、殺意があったという職業裁判官の側の意見が通って、それが結論となりました。

（２）あなたは、殺意についてのこの結論に納得できますか、納得できませんか。（○は１つ）

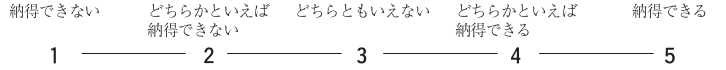


（３）あなたは、殺意の有無について裁判員と裁判官が評議（話し合い）で決めることはふさわしいと思いますか、思いませんか。（○は１つ）



続いて裁判員６名と裁判官３名による評議（話し合い）では、職業裁判官は「Ｂさんに対する殺意があった以上、人に対する殺人の故意があったのだから、死亡したＣさんに対する殺人の罪が認められる。」という意見を表明しました。これに対して、裁判員が「Ｃさんを殺そうとしたわけではないから、Ｃさんへの殺人の故意はない。したがってＣさんについては殺人罪は成立せず、過失致死の罪に過ぎないのではないか。その代わり、被告人Ａが殺しそこねたＢさんについては、殺人未遂罪になるのではないか。」という意見を述べました。いろいろな側面から熱心に議論をした結果、「Ｃさんについて殺人罪が被告人Ａには認められる」という、職業裁判官の意見が通って、それが結論となりました。

（４）あなたは、被告人Ａにどのような罪が成立するかについてのこの結論に納得できますか、納得できませんか。（○は１つ）



（5）あなたは、被告人Aにどのような罪が成立するかについて裁判員と裁判官が評議（話し合い）で決めることはふさわしいと思いますか、思いませんか。
（○は1つ）

ふさわしくない	どちらかといえばふさわしくない	どちらともいえない	どちらかといえばふさわしい	ふさわしい
1	2	3	4	5

有権者から選ばれた裁判員6名と職業裁判官3名による評議（話し合い）で被告人Aは結局、Cさんに対する殺人罪で有罪という結論となりました。
次いで被告人Aに対する刑の重さを議論することになりましたが、意見が割れました。すなわち、15年の刑が妥当だという有権者から選ばれた裁判員の人たちの意見と、10年の刑で十分だという職業裁判官の意見が対立しました。
いろいろな側面から熱心に議論をした結果、10年の刑が妥当であるという職業裁判官の意見が通って、それが結論となりました。

（6）あなたは、被告人Aに対する刑の重さについてのこの結論に納得できますか、納得できませんか。（○は1つ）

納得できない	どちらかといえば納得できない	どちらともいえない	どちらかといえば納得できる	納得できる
1	2	3	4	5

（7）あなたは、被告人Aに対する刑の重さについて裁判員と裁判官が評議（話し合い）で決めることはふさわしいと思いますか、思いませんか。（○は1つ）

ふさわしくない	どちらかといえばふさわしくない	どちらともいえない	どちらかといえばふさわしい	ふさわしい
1	2	3	4	5

***（8）（9）については省略した。

論　　説

インサイダー取引規制に関する研究(1)

―― 日本・アメリカ・中国の比較を通じて ――

葛　　愛軍

第一章　はじめに
　第一節　問題の所在
　第二節　研究の方法
第二章　日本におけるインサイダー取引規制
　第一節　インサイダー取引規制の歴史的展開
　　第一款　証券取引法の制定
　　第二款　インサイダー取引規制の導入背景および強化
　　　第一項　導入の背景
　　　第二項　規制強化
　　第三款　小括
　第二節　インサイダー取引の規制目的
　　第一款　証券取引法の目的規定
　　第二款　判例の処罰根拠
　　第三款　保護法益論の諸説
　　第四款　検討
　　第五款　小括
　第三節　インサイダー取引の法的規制の現状
　　第一款　インサイダーの定義
　　第二款　情報等の定義
　　　第一項　内部情報
　　　第二項　情報公開
　　第三款　禁止行為
　　第四款　小括
　第四節　インサイダー取引の制裁体系

第一款　民事規制
第二款　行政規制
　第一項　証取委
　第二項　行政処分
第三款　刑事規制
第四款　小括　（以上、本号）
第三章　アメリカにおけるインサイダー取引規制
第四章　中国におけるインサイダー取引規制
第五章　検討
第六章　おわりに
参考資料

第一章　はじめに

第一節　問題の所在

日本には、一世紀以上にわたる証券取引の歴史があり、「明治一一年（一八七八）に東京株式取引所と大阪株式取引所が創設されたのが最初であった」[1]。第二次世界大戦後、証券取引法[2]が制定され、多くの刑罰規定が設けられ、各種違反行為に対し直罰式の規制が採られた[3]。インサイダー取引については、当初、「不正取引行為」（本法157条）という抽象的な枠組みに内包されると解されたが、独自な処罰規定が設けられるまでは、157条［不正行為の禁止］によるインサイダー取引に対する刑罰の適用はなかった。

1980年代に入ると、日本は「インサイダー天国」であると国際社会か

---

[1] 小林和子「株式取引の歴史」証券レビュー43巻11号（2003）70頁。

[2] 2006年６月７日の法改正（平成18年法律第65号）により、証券取引法が金融先物取引法などの投資商品に関する諸法に統合され、2007年９月30日に金融商品取引法に改題された。

[3] 佐伯仁志「経済犯罪に対する制裁について」法曹時報53巻11号（2001）４頁は、「経済犯罪に対するわが国の制裁体系は、刑罰が『最後の手段』というより『唯一の手段』であって、刑罰を科さない場合には、違反者は何の制裁も受けないままになってしまう」とする。

ら批判され始め、国内では、1987年秋にタテホ事件が明るみで出るなど、こうした内外の状況が重なり、インサイダー取引に対する独自な処罰規定がようやく制定され、刑罰が科せられるようになった。

インサイダー取引に対する非刑事的抑止手段として、民事規制[4]と行政規制が考えられるが、これらの規制ツールが整備されていない。

①　損害賠償請求の目的は事後の損害回復にほかならないが、最終的には、加害者の金銭的負担となるから、抑止の一面もある。神崎克郎は、民事規制の位置づけについて、損害賠償請求を「規制の方法」として取り上げ、早くからインサイダー取引に対する制裁体系に関する積極的な考え方を示されていた[5]。また、神山敏雄も、損害賠償請求を積極的に活用することによる規制効果、および行政規制と刑事規制との相互的役割を重視すべきであると提唱されている[6]。違法な行為について、高橋則夫は、「損害賠償は、違法行為に対する第１次的に賦課されるサンクションであり、刑罰は、違法行為に対する第２次的に賦課されるサンクションと位置づけられる」[7]と主張されている。しかし、現実（東京地判平３・

---

[4] 本稿でいう「民事規制」には、懲罰的ないし制裁的な意味が含まれていないことに注意されたい。インサイダー取引に対する損害賠償について、アメリカ法では、懲罰的損害賠償の適用が否定されており（取引所法20A(b)(1)）、日本法でも、「正面から制裁的賠償を認めた判例はほとんどない」（田井義信「制裁的賠償説――その理想と現実――」古賀哲夫＝山本隆司編『現代不法行為法学の分析』（有信堂、1997）170頁）。中国法では、「懲罰的賠償は主に契約に基づく消費関係に適用されており」（王勇．試論我国懲罰性賠償制度［J］．鄭州経済管理幹部学院学報，2004，第19巻第３期：48）、証券法の条文上も、「インサイダー取引行為により投資者に損害をもたらした場合には、行為者は法律により賠償責任を引き受けるべきである」（証券法76条［内部情報利用の禁止］３項）と規定されているため、損害額以上の請求は「賠償責任」の範囲を超えるものになる。

[5] 神崎克郎「内部者取引の規制に関する各国法の動向」ジュリスト819号（1984）80頁。

[6] 神山敏雄「証券罪と損害賠償責任（上）」判例評論527号・判例時報1800号（2003）164頁。

[7] 高橋則夫「刑罰と損害賠償――刑法・民法における行為規範と制裁規範――」現代刑事法62号（2004）40頁。

10・29)[8]では、当事者間に取引があったこと（取引の因果関係）さえ認められず、「このような判例の理論をもってすれば，インサイダー取引によって損害を被った投資者は，その違法行為をした内部者から賠償金を取り立てる方法はない」[9]と批判されている。

② 行政規制について、証券市場における違反行為を抑止するための行政上の措置として、2005年４月１日に課徴金制度が新設されたが、実質的に不法利得の「吐き出し」を趣旨としている[10]ため、「制裁」として位置づけられておらず、また、専門に証券市場を監視する非独立の行政機関として、1992年７月20日に証券取引等監視委員会（Securities and Exchange Surveillance Commission、略称SESC、以下「証取委」という）が発足されたが、その権限も限定的であり、また人員も決して十分とはいえない。

以上のように、インサイダー取引を取り巻く規制環境を見る限り、日本がインサイダーにとって依然として「天国」であり、それを規制する体制は必ずしも十分とはいえないように見受けられる。また、刑事告発の件数の推移[11]から見て、刑事規制が如何ほど実効的なものであったかについても、素直に肯定できない。

日本における直罰式の規制が如何ほどの規制効果を果たしているかに

---

[8] 金融・商事判例898号（1992）29～33頁、金融法務事情1321号（1992）23～28頁。

[9] 河本一郎＝大武泰南『証券取引法読本』（有斐閣、第７版、2005）370頁。

[10] もちろん、「課徴金制度の趣旨目的は違反行為による経済的利得の吐き出しではなく違反行為の抑止である」（三井秀範編著『課徴金制度と民事賠償責任：条解証券取引法』（金融財政事情研究会、2005）93頁）とする見解もある。しかし、課徴金の計算は「違反行為によって得た経済的利得相当額を基準とし」（同前、13頁）ており、そのことからすれば、吐出しの性格が否定できないのではないかと思われる。

[11] 1989年４月１日インサイダー取引規定が明確化された以降の告発件数に関する事務年度統計（＊告発年月日順。＊＊事務年度：７月～翌年６月）

Ｈ１年度	Ｈ２年度	Ｈ３年度	Ｈ４年度	Ｈ５年度	Ｈ６年度	Ｈ７年度	Ｈ８年度	Ｈ９年度
１件	１件	０件	０件	０件	２件	０件	３件	１件
H10年度	H11年度	H12年度	H13年度	H14年度	H15年度	H16年度	H17年度	H18年度
４件	１件	２件	３件	５件	６件	６件	５件	９件

データ出典：資料版商事法務244号（2004）208頁、証券取引等監視委員会編『証券取引等監視委員会の活動状況・平成19年』（大蔵財務協会、2007）123～146頁。

ついて、これまで必ずしも十分な検証がなされてこなかった。本研究は、この空白を埋めるべく、アメリカ法および中国法との比較を通じて、日本法の問題を検証するものである。

また、証券取引のグローバル化とともに、インサイダー取引行為に対する法規制も、世界規模でなされている。こうした潮流の中で、**日本におけるインサイダー取引規制の在り方は如何ほど世界と整合しているか**についても、検証する必要があろう[12]。

第二節　研究の方法

(1)　法システムとしては、民事法・行政法・刑事法が相互補完的に機能して初めて、実効的な規制が可能となろう。インサイダー取引のような資本市場および国民経済と密接に関係する逸脱行為に関しても、刑事規制だけで対応するのは妥当せず、刑罰だけで抑止機能が果たせるとも考えにくい。本稿では、インサイダー取引の抑止に主眼を置き、上記三分野からなる制裁体系について考察することにする。

被害者救済ならびに刑法の補充性、謙抑性、ウルテマ・ラチオの原則を重視する観点から、以下では、民事規制・行政規制・刑事規制の順で

---

[12] 国際的な動向を睨んだものとして、1988年５月、旧大蔵省証券局長の藤田恒郎は、「近年、証券取引の国際化及びそれに伴う我が国証券市場の国際化の進展には著しいものがある。こうした中で、最近、米国・英国等を中心に内部者取引に対する規制の強化ないし新規立法の動きが相次いでおり、我が国もこれらの国際的な規制に足並を揃える必要が出てきている。また、国内においても、昨年秋頃より内部者取引についての社会的関心が高まっているところである」（資本市場研究会編『内部者取引の規制の在り方について ―― 証券取引審議会報告 ――』（資本市場研究会、1988）冒頭）と、国際的観点からのインサイダー取引規制の法整備の必要性を強調した。

近時、2006年６月７日の法改正（平成18年法律第65号）の際、「金融・資本市場のグローバル化が一層進展する中で、わが国の市場インフラを国際的に普遍性のあるものとし、わが国市場の国際的地位の向上を図ることが重要である」（松尾直彦＝岡田大＝尾崎輝宏「金融商品取引法制の解説（１）　金融商品取引法制の概要」商事法務1771号（2006）６頁）ことを改正の背景に挙げるなど、国際化を意識した法改正が目指されている。

検討することにしたい。

(2) 本研究は、アメリカ法および中国法を対象とする比較法の形式で行う。

日本の証券取引法は、アメリカ法の証券法(Securities Act of 1933、以下では、中国の「証券法」と区別するため、「証券法(1933)」と表記する)および証券取引所法(Securities Exchange Act of 1934、以下「証券取引所法」という)を母法として、1948年(昭和23年)に制定されたものである。その後、連合国軍最高司令官総司令部(General Headquarters/Supreme Commander for the Allied Powers、略称GHQ／SCAP、昭和20年9月8日から昭和27年4月28日まで日本に進駐していた。日本では一般的に「GHQ」という)[1]の引き上げにつれて、7年近く統治された反動で、証券取引委員会が撤廃されるなど、証券取引法におけるアメリカ法の色彩が次第に拭い去られ、いわば日本社会に適するように法改正が重ねられてきた。自主性を取り戻してから、証券取引法が挿し木にさらに接ぎ木したように、母法と異なる方向性と空間が与えられた。その結果、タテホ・ショックを直接の契機とする法改正(1989年)までは、インサイダー取引規制における進展は皆無であった。

しかし、アメリカ法におけるこの間のインサイダー取引規制の歴史を振り返ると、多くの判例理論が打ち出され、正しく黄金時代が築かれていた。今日においても、当時の法理論はなお重要な役割が果たされており、国際的にも大きな影響を及ぼしている。

(イ) 損害賠償請求の直接の目的は抑止予防ではなく、損害の回復である。しかし、加害者の金銭的負担となる側面を捉えれば、刑罰と同様、一定の抑止効果が期待できる[2]。とはいえ、インサイダー取引に対する民事責任の法整備を整えている国は少ない。その理由は、証券取引所で集中的に取引価格を競り合い、コンピューターにより自動決定されるほか、投資者の数も転売率も高く、同時に証券価格が瞬時に変化するなど、証券の価格形成に影響を及ぼす原因も多種多様であることから、誰が真

---

[1] 「連合国軍」といっても、その構成員の殆どは、アメリカの軍人と民間人によって構成されていた。

[2] 蕭灼基主編. 中華人民共和国証券法実務全書：下冊 [M]. 北京：中国民主法制出版社, 1999. 2310. 神山敏雄「証券罪と損害賠償責任(上)」判例評論527号・判例時報1800号(2003) 164頁。

の被害者か、誰がどれほど被害を被ったかを確定することがしばしば困難であるからである[3]。中でも、もっとも困難な問題は因果関係の立証である。要するに、相対ではない証券取引所取引においては、加害者（インサイダー）と被害者（インサイダーの取引相手）との間の取引経緯の因果的結び付きは確認し得ないのである。日本では、因果関係が認められず原告が敗訴した判例（東京地判平３・10・29）[4]がすでに出ている。この点、アメリカ法では、「信頼の推定」による認定プロセスがあるほか、「同時取引説」を採れば、因果関係の立証が不要になる。「信頼の推定」とは、いわゆる「市場における詐欺理論」における「間接的信頼」を介して、投資者による不実開示に対する「直接的信頼」を推定するものである。「直接的信頼」が推定されれば、取引の因果関係も肯定される。実務においても、取引の因果関係は単なる信頼であると認定され[5]、学説と同調している。一方、「同時取引説」とは、投資者と同時期に反対の取引を行った者には、賠償責任を負わなければならないという考え方であり、1988年に新設された証券取引所法20A条（以下「取引所法20A」という）において明文化された。すなわち、同時取引説がダイレクトに同時期の取引相手の責任を認め、（取引と損害の）因果関係の立証を不要にしたのである。

アメリカ法では、インサイダー取引に対する損害賠償の明確な規定がない時代でも、最高裁は証券取引所法規則（Rule under Securities Exchange Act of 1934、以下「証券取引所法規則」という）10b-5［操作的または欺罔的な手段の使用］（以下「規則10b-5」という）に基づく黙示の私訴権が認められていた[6]。対照的に、日本法の場合は、インサイダー取引に対する損害賠償請求はあくまでも民法規定（709条）に基づかなければならず、相場操縦（金融商品取引法160条［相場操縦行為等による賠償責任］）とも異なる取り扱いを受けている。そればかりか、一般投資者がインサイダーに対して損害賠償請求権を有するか否かの議論すら十分になされていない。

(ロ)　行政規制には、行政監督機関と行政制裁の二点が含まれる。証券

---

[3] 陳暁．論対証券内幕交易的法律規制［J］．民商法論叢，1996，第５巻：103.

[4] 金融・商事判例898号（1992）29～33頁、金融法務事情1321号（1992）23～28頁。

[5] Wilson v. Ruffa & Hanover, P.C., 844 F.2d 81(2d Cir. 1988).

[6] Ernst & Ernst v. Hochfelder, 425 U.S. 185(1976).

取引法が制定された当初では、アメリカの証券取引委員会（Securities and Exchange Commission、以下「SEC」という）をモデルに日本版証券取引委員会が創設されたが、GHQの撤退にともなって廃止され、旧大蔵省の内部で新たに証券取引審議会が立ち上げられた。しかし、独立性の面では、大きく後退するものであった[7]。その後、1992年に、旧大蔵省の内部で独立した形で証取委が発足されたが、違反事件の調査ないし物件の検査・領置する権限を有するが、立法権や「行政上の措置」としての課徴金を決定する権限が与えられなかった。業務の一環として告発もできるが、公訴権がなく、検察任せとなっている。SECと比べて、その権限と規模は著しく見劣っている。最前線で活躍するプロフェッショナルの証取委に一定の立法権ないし処罰権を付与せず、あくまで議員立法による法的規制に頼るとすれば、果たして適時・適切なインサイダー取引規制は期待できるだろうか。もちろん、法の安定性や峻厳性から、安易な立法権の付与は危険である[8]が、今日までのインサイダー取引規制の軌跡＝「刑罰を無原則的にいとも簡単に引き上げ」[9]てきた経緯を見る限り、それが最善であったとは言い難いように思われる。

一方、行政制裁について、2005年に課徴金制度が新設されたが、それは不法利得の「吐き出し」を趣旨とする行政上の措置であり、「罰」や「制裁」としての位置づけはなされていない。アメリカ法では、行政上のエンフォースメントとして、吐き出しと民事制裁金が注目に値する。それぞれが、不法利得を吐き出させる機能（吐き出させた不法利得が被害者に分配されることになっている）と制裁・抑止機能を担っている。課徴金制度も実質的にはこの二つの機能を併せ持つが、吐き出された不法利得は被害者に分配されず国庫に収められることになっており、また、抑止を意図しているにもかかわらず、「制裁」とはいわず、あくまでも「金銭的負担を課す行政上の措置である」[10]とされている。

(ハ) 日本のインサイダー取引規制がもっぱら刑罰の観点からなされて

---

7 神崎克郎『証券取引の法理』（商事法務研究会、1987）74頁。

8 中山研一ほか編著『経済刑法入門』（成文堂、第3版、2001）366頁［前野育三］。

9 中山ほか編著・前掲注（8）173～174頁［神山敏雄］。

10 証券取引等監視委員会編『証券取引等監視委員会の活動状況・平成19年』（大蔵財務協会、2007）10頁。

いる。国際批判およびタテホ・ショックからなされた法改正により、刑罰法規が制定されたが、民事規制および行政規制の整備が行われなかった。しかし、今日まで継続されてきた直罰式の規制政策について、①刑事規制のみの制裁体系は、当座の方策として妥当性を有する[11]としても、いまなお適合するのだろうか、経験やノウハウを蓄積しているいまこそは正に過渡すべき時期ではなかろうか、また、②保護法益論の独走は、規制目的論という大きな視座から見れば、極めて限定的ではないだろうか、といった疑問を持たざるを得ない。一方、アメリカ法では、民事か刑事かの区別は必ずしも明確でない[12]けれども、制裁体系的には、民事規制・行政規制・刑事規制からなる構造はしっかり構築されている。経済学の理論を基礎とする法理論も打ち出されるなど、学際の垣根に囚われない姿勢を見せている（経済犯罪の観点からすれば、そのような取り入れもある意味で当然であろうと思われる）。

直罰式のインサイダー取引規制しか用意されなかったことについて、母法のアメリカ法に立ち返り、その後の半世紀以上の法理論の発展や蓄積を見ながら、民事規制および行政規制をも包摂した検証が必要であろう。ここまでは日本法とアメリカ法の関係である。

(3)　もう一つの比較対象として、中国法を検討することにする。急激な経済発展を遂げており、しかもかつて無いほど経済的連携を強めてきた両国では、インサイダー取引の制裁体系について、如何なる異同が存在するかに関して、体系的に検証されることはなかった。本稿では、中国法との比較を通じて、日本法に対する有益な示唆を析出したい。

中国では、証券法の立法こそは日本より遅れたものの、インサイダー取引に対する実質的な規制の時期は、１年ほどの開きしかなかった[13]。

---

[11] 証券取引法研究会「インサイダー取引に関する研究会〔５・完〕」インベストメント41巻４号（1988）23頁、24頁［神崎克郎報告］。

[12] 石黒一憲「アメリカの懲罰的損害賠償制度と“国境”――萬世工業事件を契機として――」総合研究開発機構編『経済のグローバル化と法』（三章堂、1994）297頁。

[13] 中国における最初のインサイダー取引（行政）規制が、1990年10月12日に、中国人民銀行により制定された「証券会社の管理に関する暫定弁法」であったのに対し、日本では、1989年４月１日に、初めてインサイダー取引規制に用い

制裁体系や規定の体裁の面でも、多くの国々の立法技術が参考され、日本法と大きく異なる。

㈡　損害賠償請求については、因果関係の証明などの理論的な未解決事項があるため、今のところ機能しておらず、結果的に日本と同様である。しかし中国法では、インサイダー取引に対し、明確にその賠償責任を認め（証券法76条［内部情報利用の禁止］３項）、なおかつ、刑事責任・行政責任と同時に追及されるとき、民事責任（賠償金）が優先的に執行されるべきことが明記されている（証券法232条［民事賠償責任の優先］）。すなわち、損害賠償請求が規制のツールとして整備されているのである。損害賠償請求が機能していない原因は、2001年９月21日、不実開示に対する損害賠償訴訟における因果関係の証明が困難であったことから、最高人民法院[14]が、インサイダー取引・詐欺・相場操縦などの行為による損害賠償訴訟に対する審理能力が人民法院にはまだ備わっていないことを理由に、暫定的にそれらによる損害賠償請求の提起を受理しない旨の通達を緊急措置として全国の人民法院に伝えたことにある。そして、2003年２月１日、最高人民法院は、打開策として証券市場における不実開示による損害賠償の案件の受理に関する規定を打ち出したが、インサイダー取引に対する損害賠償訴訟に関する打開策は打ち出せなかった。簡単な比較をすれば、日本法では、審理の過程で、現行民法法理の下での因果関係の認定が成功しなかったのに対し、中国法では、因果関係などの認定に必要な能力が人民法院には備わっていないことを理由に、提訴そのものが門前払いされているのである。

インサイダー取引行為の賠償責任が優先される（「民事賠償責任最優先の原則」）とする中国法の規定は極めて特徴的に見える。日本法には、同様の規定が設けられていない。この原則はすなわち、インサイダー取引により、民事責任・刑事責任・行政責任が同時に問われる場合、民事責任（賠償金の執行）が最優先されるというものである。しかし、①損害賠償の提起があくまで被害者の自由な判断に委ねられているため、なかなか提起

うる独自な規定が導入され、実質的な（刑事）規制が始められた。他方、中国におけるインサイダー取引に対する刑事規制が1997年10月１日に開始された。

[14] 日本の最高裁判所に相当する。

に踏み切らない場合、この原則が如何に運用されるか、②行政責任（過料）や刑事責任（罰金）が執行された後、かつ被告にはもう余剰の財産がなく、損害賠償が提起され賠償金が確定された場合、民事責任（賠償金）が如何に優先されるかなどの理論的な問題をもっと詰める必要があろうが、この原則が有効に機能すれば、原告（投資者保護）にとって極めて有益な武器となろう。

㈱　「わが国では、刑事制裁を偏重する外国と違って、インサイダー取引行為に対して、基本的に行政規制が用いられている」[15]。インサイダー取引に対する規制の軌跡を見ても、最初は行政法規の制定から始められている。いくつかの行政法規を暫定条例や弁法の形で試行させ、一定の経験・ノウハウを得てから、証券法および刑法に吸収させ整備する方法が採られてきた。証券法（行政規制）の対象行為は、証券の発行および取引に関わるインサイダー取引行為のほかに、内部情報を漏洩する行為およびインサイダー取引を勧奨する行為も含まれる。こうした違反行為に対して、行政罰を与え、軽微な段階での規制・抑止が図られている。対照的に、日本法の場合、違反さえすればすべて刑事規制の土俵に持ち込み、軽重を問わず刑事罰で規制している（直罰式）。

他方、証券行政を監督する行政機関として国務院[16]に直属する中国証券監督管理委員会（China Securities Regulatory Commission、略称CSRC、以下「証監会」という）には、証券市場を規律するための立法権および行政罰（過料）の決定権が与えられているのに対し、日本では、旧大蔵省（内部に、下部組織としての証取委があり）に属していた金融・証券の監督権限が、1997年12月の法改正により剥奪され、行政処分権は総理大臣が有するようになった。すなわち、中央に集権されたのである[17]。以上のように、証監会は証取委より遙かに強力な機関となっており、地位的違いも明らかである。

㈲　中国法では、インサイダー取引などの行為が犯罪を構成する場合、行政規制のほかに、刑事責任の追及も受ける。刑事規制の対象行為は、

---

[15] 張軍主編. 破壊金融管理秩序罪 [M]. 北京：中国人民公安大学出版社, 2003. 237 [于志剛].

[16] 日本の内閣に相当する。

[17] 中山ほか編著・前掲注（８）174頁 [神山敏雄]。

証券の発行および取引ならびに先物の取引に関わるインサイダー取引行為のほかに、内部情報を漏洩する行為も含まれる。刑事責任について、二段階の法定刑が設けられ、「犯情が重大である場合には」、5年以下の自由刑ないし不法に得た利得の1倍以上5倍以下の財産刑に処し、またはこれを併科する、「犯情が特に重大である場合には」、5年以上10年以下の自由刑と不法に得た利得の1倍以上5倍以下の財産刑を併科する（刑法180条［インサイダー取引・内部情報漏洩の罪］）。法人が違反となった場合、財産刑が科されるほか、その直接責任者など（自然人）には自由刑が科される。日本法では、規制対象とされるのはインサイダー取引行為のみ、自然人に対する「5年以下」若しくは「500万円以下」の法定刑および法人に対する「5億円以下」の法定刑が設けられている。財産刑の算定基準について、自然人につき「500万円以下」、法人につき「5億円以下」の罰金となっているが、その額以上に不法に利得した場合は、没収・追徴規定でカバーされているため、やり得にはならない。

以上のように、中国法では、民事規制・行政規制・刑事規制による三方面の制裁体系が完備されているのに対し、日本法では、刑事規制以外の規制ツールは存在せず、導入された課徴金制度も不法利得の吐き出しを趣旨とする「行政上の措置」にすぎず、インサイダー取引の制裁体系としてカウントされがたい。総じて、中国法は新しいがゆえに、多くの国々の進んだ立法技術が参考され、例えば、規定の体裁や対象とされる行為類型について、ドイツ・フランス・イギリスと酷似し、また、スイスやベルギーまたはオランダと同じく、刑法典に刑罰規定が置かれている。こうした点では、もっぱらアメリカ法を参考してきた日本法と随分異なる。ここまでは日本法と中国法の関係である。

(4) 加えて、日本法におけるインサイダー取引規制の体裁は構成要件規定と責任規定が別個になっているため、一般人はおろか法律家にとっても「きわめて読み難く硬直した規定であ」[18]り、国民に対する行為規範として、果たして如何ほど明快なものになっているかは極めて疑問である。

[18] 前越俊之「内部者取引の防止と責任」沢野直紀＝高田桂一＝森淳二朗編『企業ビジネスと法的責任』（法律文化社、2000）346頁。

以上、三ヶ国における民事規制・行政規制・刑事規制、計九つの領域にわたるインサイダー取引に対する規制ツールを概観してきた。直罰式のインサイダー取引規制の当否を検証するにあたっては、民事規制および行政規制に関する検討が避けられず、その意味で、総合的な比較研究にならざるを得ない[19]。

第二章　日本におけるインサイダー取引規制

証券取引法は戦後、アメリカの証券法（1933）および証券取引所法を母法として整備されたものである[1]。その中、インサイダー取引規制にあたる条項として、アメリカの証券取引所法10(b)［操作的または欺罔的な手段］（以下「取引所法10(b)」という）[2]・規則10b-5［操作的または欺罔的な手段の使用］[3]に

---

[19] 中国の法制度の現状は連邦制国家のように、国防や外交などの特殊な分野を除き、法域別の体系化が保たれ運用されている（梁桂芝．“一国両制”下我国法制建設的新発展［J］．哈爾濱市委党校学報，2004，第６期：63）。本稿で用いる「中国」や「中国法」の表現とは、もっぱら社会主義体制を採っている大陸地域およびその法律に限定していることに注意されたい。他方、「アメリカ法」という文言について、もっぱら連邦法（federal law）を指しており、州レベルのブルー・スカイ法（blue sky law）については、ここでの直接の検討対象としていない。

[1] 鈴木竹雄＝河本一郎『証券取引法』（有斐閣、新版、1984）30～31頁、田中誠二＝堀口亘『コンメンタール証券取引法』（勁草書房、再全訂版、1996）４頁、堀口亘『最新証券取引法』（商事法務研究会、新訂第４版、2003）１～２頁、河本一郎＝大武泰南『証券取引法読本』（有斐閣、第７版、2005）７～８頁。詳しい過程について、大蔵省財政史室編『昭和財政史――終戦から講和まで――第14巻　保険・証券』（東洋経済新報社、1979）313～349頁を参照されたい。

こうしたアメリカ法の継受について、「横文字を縦文字に直しただけ」（神崎倫一ほか『証券改革』（東洋経済新報社、1991）２頁［神崎倫一］）とも批判されている。

[2] Section 10 — Manipulative and Deceptive Devices

It shall be unlawful for any person, directly or indirectly, by the use of any means or instrumentality of interstate commerce or of the mails, or of any facility of any national securities exchange

(b) To use or employ, in connection with the purchase or sale of any

security registered on a national securities exchange or any security not so registered, or any securities-based swap agreement (as defined in section 206B of the Gramm-Leach-Bliley Act), any manipulative or deceptive device or contrivance in contravention of such rules and regulations as the Commission may prescribe as necessary or appropriate in the public interest or for the protection of investors.

取引所法10［操作的または欺罔的な手段］：如何なる者も、直接たると間接たるとを問わず、洲際通商手段または郵便若しくは全国的証券取引所（national securities exchange）を利用して、次の行為を行うことは違法である。

（b） 全国的証券取引所に登録された証券または登録されていない証券の売買若しくは証券による交換契約に関連して、SECが公共の利益あるいは投資家の保護のために、必要または適切と認めて制定する規則に違反して、操作的（manipulative）または欺罔的（deceptive）な手段または作為（device or contrivance）を使用すること（本条の翻訳は、柏木昇「オヘーガン事件とアメリカにおける重要非公開情報の秘匿による内部者取引禁止の理論」法学協会雑誌115巻3号（1998）309頁の邦訳を参考した）。

[3] Rule 10b-5 — Employment of Manipulative and Deceptive Devices

It shall be unlawful for any person, directly or indirectly, by the use of any means or instrumentality of interstate commerce, or of the mails or of any facility of any national securities exchange,

a. To employ any device, scheme, or artifice to defraud,

b. To make any untrue statement of a material fact or to omit to state a material fact necessary in order to make the statements made, in the light of the circumstances under which they were made, not misleading, or

c. To engage in any act, practice, or course of business which operates or would operate as a fraud or deceit upon any person, in connection with the purchase or sale of any security.

規則10b-5［操作的または欺罔的な手段の使用］：「いかなる者も，州際通商の方法もしくは手段，あるいは郵便，または国法証券取引所の施設を用いて，証券の購入または売却に関して，直接または間接に，次の行為を行うことは違法である。

（1） 詐取（defraud）するための策略（device），計略（scheme），または技巧（artifice）を用いること，

（2） 重要な事実について真実でない（untrue）記載を行い，またはそれが作成された状況にかんがみ，記載につき誤解を避けるために必要な重要な事実を記載することを省略すること，または，

（3） いずれかの者に対して詐欺（fraud）もしくは欺瞞（deceit）となり，ま

類似する旧規定58条［禁止される不正取引行為］が制定された。後続法の金融商品取引法157条［不正行為の禁止］にあたる。それらの条文には、いずれもインサイダー取引の行為類型を明記していないため、運用にあたっては補充的解釈が必要であった。アメリカ法では、判例理論の積み重ねや学際的な理論の取り入れなどにより理論化され、インサイダー取引行為などを「市場における詐欺」として捉えているのに対し、日本法の場合は、いわゆる「不正行為」の行為概念が何を指すかを明確せず[4]、そのため、法改正（インサイダー取引の行為類型の確立）されるまでは、適用例はなかった。

法改正後、インサイダー取引に対する規制が可能になったが、刑罰以外の規制ツールはなかった。

第一節　インサイダー取引規制の歴史的展開

証券取引実態および法制度の違いから、日本の近代証券史を戦前と戦後に二分することができる[1]。以下では、とりわけ戦後の「証券取引法」

たはなるおそれがある行為，慣行または営業方法をとること」（ルイ・ロス著＝日本証券経済研究所証券取引法研究会訳『現代米国証券取引法』（商事法務研究会、1989）819頁［牛丸與志夫］）。

[4] ただ、無価値に等しい株式を市場性があるように見せかけるため、権利移転を目的としない偽装の取引が行われた事例では、「証券取引法第五八条第一号にいう『不正の手段』とは、取引所取引たると、店頭取引たるとを問わず、有価証券の売買その他の取引について、詐欺的行為、すなわち、人を錯誤におとし入れることによって、自ら、または他人の権益を計ろうとすることであると解するを相当とする」（東京高判昭38・７・10下刑集５巻７・８号652頁）と判示されている。

[1] 石塚一正『改正証券取引法要論』（文雅堂銀行研究社、再版、1967）９～10頁は、「戦前においては，株式の大部分が，一部資本家の所有に偏し，証券取引所も，専門家の投機の場ともいえる状態であったから，証券投資は，大衆にとって，いわば無縁のものということができ，従って，一般に証券に関する知識の低かったことは，当然の帰結であった。しかし，終戦を境にして，これらの事情は一変し，日本経済の民主化は，企業の所有の民主化によって，初めて達成されるものとして，株式の大衆化が図られ，従来の財閥に代って，大衆が

に照準を当て、証券取引法制定の経緯や背景およびインサイダー取引規制に関する立法・強化を概観することにする。

1948年（昭和23年）に証券取引法が施行されたが、1989年（平成元年）の法改正までは、インサイダー取引に対して、あくまでも「不正取引」（例えば、1949年（昭和24年）の証券取引法58条［禁止される不正取引行為］、1988年（昭和63年）の証券取引法58条［不正取引行為の禁止］など）という包括的な枠組みで対処しようとした。包括的な条項が設けられた理由について、「証券をめぐる取引は複雑で変化も激しく、立法当時予想しなかった不正行為の手口が新しく考案される。それに対処して同法の目的を実現するには、不正行為を包括的に禁止する一般規定が必要である。五八条はそのために置かれている」[2]とされている。そして社会的にも、インサイダー取引による利得が正当な報酬として受け止められていたことさえあった[3]。こうした状況の中で、日本は、「インサイダー天国」であると指摘されるまでは、問題に十分な認識を持たず、また、タテホ・ショックに見舞われるまで

証券市場のあらたな担い手として登場してきた。それで，証券市場において産業資金を円滑に調達するためには，これらの未経験な投資家を保護して，その資金を大量に証券市場に導入することが必要となってきたが，従来の民商法においては，当事者の自由活動を，その理念とするものであるから，いわば対等の立場にあるもの相互間の利害調整に主眼をおいて，有価証券に関する諸規定を設けているが，戦前の証券取引は，主としてこれを専門とする者の間で行われていたから，それでまず支障はなかった。しかしながら，戦後の証券関する知識に乏しい大衆投資家を，証券取引を専業とする者と，最初から対等の立場において，自由な取引をさせるときは，往々にして投資家の利益が害されることが多いから，本法〔戦後の証券取引法を指す－筆者注〕は，このような証券取引については，素人ともいうべき一般投資家が，証券の発行者，引受人，証券会社など，いわゆる証券の発行から流通までの各過程において，専門の業務を営む者との間に，有価証券取引を行う場合には，前者に対して，特別の保護を加えると共に，後者については，民商法で要求するよりも重い責任と義務を課することによって，両者を対等の立場においた上，投資家の自由な判断と責任で，証券投資をなし得るようにしたものである」とする。

[2] 龍田節「証券取引法五八条一号にいう『不正の手段』の意義」別冊ジュリスト100号（1988）144頁。

[3] 河本一郎＝大武泰南『証券取引法読本』（有斐閣、第７版、2005）348頁。

は、ことの深刻さに気づかなかった。

第一款　証券取引法の制定

戦後復興のため、日本は国内経済を再建する必要があった。「しかし，財閥が解体されたために宙に浮いた株式は，誰かに引き受けてもらわなければならなかったが，引き受け手がおらず，株式の供給過剰となって株価は下がる一方だった。そこで，国民大衆に株式が売り出されることになった。証券民主化運動の始まりであった。そのためには，それまでビルの中や公園等に証券業者が集まって，ささやかにいわゆる集団取引を行っていたものを，一定のルールによって売買することが必要となってきた。そして，ようやく法律の制定と証券取引所の再開必要となってきたのである（もっとも，証券関係者は早くから証券取引所の再開を望んでいたが，GHQが首を縦に振らず，関係者はGHQにお百度参りをしたということである）」[4]。

証券取引法の整備作業が、GHQの統治下で、証券行政担当官のThomas F. M. Adamsにより行われた[5]。1946年（昭和21年）５月に、日本独自で作られた証券取引所法の改正案をGHQに提出したが、却下された。そして、1947年（昭和22年）３月４日、証券法（1933）および取引所法をモデルに制定された法案が国会で成立したが（以下「昭和22年法」という）、GHQはこれに満足せず、証券取引委員会の部分のみが同年７月23日に施行させ、他の部分が全面的改正を迫った。その後、さらにアメリカ法を多く取り入れた法案は翌年４月に成立し（昭和23年法）、GHQもこれを承認したため、翌月６日に、証券取引法がようやく施行される運びとなった。

証券取引法の施行には、国外で以下の背景があった。

証券取引法および証券市場の整備は急務とはいえ、GHQとの関係で、まず、彼ら（アメリカ）の同意を得る必要があった。その決定的要素となったのは、中国本土における共産主義の躍進であった[6]。こうして、共産

[4] 河本＝大武・前掲注（３）７頁。

[5] 岡村峻「占領期証券行政の回顧 —— 証券取引法の制定と証券取引所の再開をめぐって ——」ファイナンス７巻12号（1972）46～51頁。

[6] 中国本土における共産主義の躍進は日米関係および日米経済に及ぼした作用

主義に対する危惧から、「サン・フランシスコ講和条約」を手段に、日本を「反共の砦」にしたいアメリカの思惑が、自ら作出した戦禍からの脱却を図りたい日本の国策と一致した。さらに、朝鮮特需は、再建に滑り出した日本経済を押し上げ[7]、事後的に、証券取引法の施行ならびに証券市場の繁栄にとって、重要な追い風となった。

第二款　インサイダー取引規制の導入背景および強化

「日本はインサイダー天国といわれながらも、長年、その犯罪性について国家機関、証券取引所、投資家サイド、一般国民等においては必ずしも切実な社会的問題として認識されてなかったので、その対策の必要性も強調されていなかった」[8]。このように、インサイダー取引などの規制に対し、消極的姿勢を採っていた日本[9]は、国際批判とタテホ・ショックの二重の痛手で、ようやく立法化に動き出した。

第一項　導入の背景

について、「23年の春から初夏にかけて，中国共産党が全中国を制圧して，広い全土を赤色勢力のもとに新しい中国を生み出そうとする情勢に対応して，日本占領軍，ことに，米国の日本にたいする管理政策が大きく転換され，日本経済の再建にきわめて有利に変化し始めた」（住ノ江佐一郎『わが国証券理論の展開と文献』（千倉書房、1981）123頁）と述べている。

[7] 朝鮮戦争は日本経済に及ぼした作用について、「この動乱は戦後のわが国経済にとって，その復興の契機をあたえたということで非常に重要な役割を演じた」（住ノ江・前掲注（６）138頁）と述べている。

[8] 神山敏雄『日本の証券犯罪――証券取引犯罪の実態と対策――』（日本評論社、1999）82頁。

[9] 1976年（昭和51年）５月11日、旧大蔵大臣の諮問機関である証券取引審議会は、「株主構成の変化と資本市場のあり方について」と題する大蔵大臣への報告において、「今後の不公正取引規制の方向」が検討され、「内部者取引，相場操縦等の不公正取引を法律により厳重に規制することは，立法技術的にもきわめて困難であるし，また，あまり細かく法律で規制すると取引の円滑性を阻害するおそれが生ずるので，慎重な取扱いが必要である」（大蔵省証券局年報第14回（1976）58頁）とされた。

包括的な規定を改め、インサイダー取引規制の明確化・具体化の立法が、国際批判される前にすでに提唱されていた[10]。しかし、国際批判と国内事情の発生までは、その動向はなかった。

1984年（昭和59年）、Lawrence Repeta[11]が論文を発表し、日本の株式市場がインサイダーの天国（an insider's paradise）であると批判し、さらに、インサイダー取引を禁止する明確な法規定もなければ、そのような取引慣習を防ぐための努力もしていないと、当時の日本証券市場の病巣を指摘した[12]。

1987（昭和62年）年の秋、タテホ化学工業株式会社の幹部は、財テクの一環として債券先物取引に巨額の投資をしたため、280億円あまりの大口損失を出し、会社が経営危機に陥り、存続も危うくなった。その事実を知ったタテホ化学工業の役員３人、大株主２人、また、同じくその事実を知ったタテホ化学工業と取引関係にあった銀行等は、情報が明るみに出る前に、タテホ化学工業の持株を大阪証券取引所において売却した。大阪証券取引所は、インサイダー取引の疑いがあるとして彼らを調査したが、確証が得られず、「黒に近い灰色」の調査結果に終わった[13]。

タテホ化学工業の株式売却をめぐり、企業の内部情報を利用した不正取引を問題視した旧大蔵省は、1987年（昭和62年）９月29日、「誰が」「どんな情報」を利用したときに、インサイダー取引に該当するかを明確にする「ガイドライン」の検討を始めた[14]。

---

[10] 神崎克郎「内部者取引の規制をどうすべきか」判例タイムズ423号（1980）５頁。

[11] Lawrence Repeta は、1975年に関西大学法学部の聴講生として初来日し、1980年に再来日、1984年まで「日本における証券取引の法的規制」とするテーマで日本証券市場の実態研究を行った。７年間近く日本に滞在した彼が、日本証券市場における株価操作の仕組みや仮名口座を利用した政治家の株式投資などについても詳しい（西井泰之＝西前輝夫「『リクルート王国』の落日 ―― 強制捜査で震えあがる人々〔含：インタビュー ―― ローレンス・レペタ氏『宮沢も竹下も同罪、即刻クビだ』〕」朝日ジャーナル30巻46号（1988）21頁）。

[12] Lawrence Repeta, "Declining Public Ownership of Japanese Industry: A Case of Regulatory Failure", in *Law in Japan*, Vol.17, (1984) , p.184.

[13] 朝日新聞、1987年９月４日、12日、29日、30日、10月６日、朝刊。

[14] タテホ事件について、「今回の証券不祥事は、証券関係者に衝撃を与えると

このように、1989年（平成元年）の法改正＝独自な規定が導入されるまでは、包括的な規定がすでにあったとはいえ、インサイダー取引に対して、証券取引法157条［不正取引行為の禁止］１号（金融商品取引法157条［不正行為の禁止］１号）の規定をもって、取り締まることができなかった[15]。その理由について、次の二点が挙げられている。「第一に、昭和六三年の証券取引法が改正されるまでは、直接内部者取引を規制する規定が存在しなかったことである。不公正取引一般を規制する規定（法旧五八条、法現一五七条）を利用することも考えられたが、この規定は広く漠然としており、その適用が難しいと考えられた。第二に、いまでこそ内部者取引が不公正であることが広く認識されてはいるが、かつてわが国においては、内部者取引には直接の被害者がいない上に、内部者取引による利益が一種の役得の一部とも考えられていたため、これが容認される雰囲気もあったことである」[16]。

同時に、多くの示唆も与えた。やや乱暴な言い方をすると、一国の株式市場が一人前になるためには、これくらい大きな衝撃を一回や二回は経験しなければならないのではないだろう」（神崎倫一ほか『証券改革』（東洋経済新報社、1991）２頁［神崎倫一］）とする楽観的な見解も見られる。

15 インサイダー取引が明確に犯罪化された直後でも、依然として不純な市場状況は続いていた。「現実に、東京証券取引所は、一九九〇年の一年間に、マスコミでは表面化しないもので、不審な値動きをした銘柄を延べ三〇〇件近く審査の対象にしたとされている。しかし、いずれも刑事告発の対象にはならなかった」（板倉宏＝鈴木靖宏「インサイダー取引規制の保護法益に関する若干の考察」日本法學62巻２号（1996）３～４頁脚注４）。

16 近藤光男＝吉原和志＝黒沼悦郎『証券取引法入門』（商事法務研究会、新訂第２版、2003）243頁。

他方、神崎克郎は、「しかし、内部者取引がわが国において実際上厳格に禁止されているかというと、これを容易に肯定することはできないであろう。その理由として、少なくとも次の二つのことが指摘できる。一つは、内部者取引が、一定の場合を除いては、法令の上で必ずしも明確な形で違法なものとされていないことであり、他の一つは、内部者取引が実際上行われないようにするための措置が十分に講ぜられてこなかったことである」（神崎克郎『証券取引の法理』（商事法務研究会、1987）503頁）と分析している。

第二項　規制強化

1988年（昭和63年）、タテホ事件を契機に「証券取引法の一部を改正する法律」（昭和63年法律第75号）が可決され、翌年４月１日に、インサイダー取引規制に用いる独自な規定が施行され、刑罰が科されるようになった。改正前、1988年（昭和63年）の証券取引法58条［不正取引行為の禁止］の違反に対する罰則は、自然人に対して、「３年以下の懲役又は300万円以下の罰金」（同法197条２号）、法人に対して、「各条の罰金刑（300万円以下）」（同法207条１項）であったが、改正後、1989年（平成元年）の証券取引法190条の２［内部者取引の禁止（一）－業務等の情報］または同法190条の３［内部者取引の禁止（二）－公開買付け等の情報］の違反に対する罰則は、自然人に対して、「６月以下の懲役又は50万円以下の罰金」（同法200条）、法人に対して、「各条の罰金刑〔50万円以下－筆者注〕」（同法207条１項）であると、出足からかなり低い法定刑に押さえられた。

その後、1997年（平成９年）には「罰則の整備のための金融関係法律の一部を改正する法律」（平成９年法律第117号）[17]が成立し、インサイダー取引に対する法定刑が、自然人に対する有期懲役刑を「６月以下」から「３年以下」に、罰金刑を「50万以下」から「300万円以下」に、法人に対する罰金刑を「50万円以下」から「３億円以下」に、一気に６倍ないし600倍にも引き上げられた。また、本改正では、インサイダー取引などにより得られた財産を没収・追徴する規定が新設された（金融商品取引法198条の２）。

さらに、2006年（平成18年）６月７日、「投資者保護の徹底と証券市場に対する国民の信頼を確保する観点から」[18]、「証券取引法等の一部を改

---

[17] 本改正が1997年12月10日に公布され、同年12月30日に施行された。インサイダー取引のほか、不公正取引、風説流布・偽計、相場操縦について、自然人に対する有期懲役刑を「３年以下」から「５年以下」に、罰金刑を「300万円以下」から「500万円以下」に、法人に対する罰金刑を「３億円以下」から「５億円以下」に引き上げられた。ちなみに、風説流布・偽計に関する法人処罰規定（両罰規定）が本改正で初めて設けられた。

[18] 「『証券取引法等の一部を改正する法律』等（投資者保護のための横断的法制の整備）について」13頁（http://www.fsa.go.jp/common/diet/164/01/

正する法律」(平成18年法律第65号)[19]が可決成立し、インサイダー取引の自然人に対する有期懲役刑が「3年以下」から「5年以下」に、罰金刑が「300万円以下」から「500万円以下」に、法人に対する罰金刑が「3億円以下」から「5億円以下」に、さらに約1.7倍も引き上げられた。

このように、インサイダー取引に対する規制が刑事規制しかない中、強化策として、刑罰がいとも簡単に引き上げられてきた。

理由こそ不明だが、「不正取引」の包括的枠組みからインサイダー取引の行為類型が確立されて以来、後者が前者よりかなり低い法定刑の状態は今日まで続いている。その差は、自然人に関しては2倍、法人に関しては1.4倍となっている。

一方、2004年(平成16年)6月9日、「証券取引法等の一部を改正する法律」(平成16年法律第97号)の公布を受け、翌年4月1日に課徴金制度が施行され、「行政上の措置」としての抑止効果が期待されている。

第三款　小括

当初の証券取引法が成文法の形で移植されたものの、「誰が」「どんな情報」を利用したときに、インサイダー取引に該当するかについて、明確ではなかった。要するに、アメリカ法を移植した当初では、概括的なコモン・ローの規定を、厳格な適用が求められる大陸法に仕立て直し、かつ行為類型を確立する作業が怠られたゆえに、運用が妨げられたのである[20]。

---

gaiyou/01.pdf)。

[19] 本改正で可決成立され内容は2007年9月30日までに段階的に施行され、その第一陣として、2006年7月4日に、インサイダー取引などに関する罰則強化が施行された。

インサイダー取引のほか、不公正取引、風説流布・偽計、相場操縦についても、自然人に対する有期懲役刑を「5年以下」から「10年以下」に、罰金刑を「500万円以下」から「1000万以下」に、法人に対する罰金刑を「5億円以下」から「7億円以下」に引き上げられた。

[20] インサイダー取引の行為類型が確立される前の段階における日本とアメリカの運用実態の違いについて、神崎克郎は、「わが国の証券取引法五八条とほ

とはいえ、証券取引法が、英米法を大陸法に加工したパイオニア的な存在であり、多少の瑕疵や不備があっても、理解できないことではない。むしろ、国際批判と国内事情の発生まで、その問題を放置したことが批判に値しよう。

第二節　インサイダー取引の規制目的

学界では、インサイダー取引の規制目的に関する議論は、主に保護法益の観点から展開されている。保護法益論の独走は、インサイダー取引の規制が刑事規制しかないことに起因すると思われる。以下では、規制目的について、証券取引法の目的規定および判例の処罰根拠または保護法益論の展開の三つの観点から考査することにする。

第一款　証券取引法の目的規定

証券取引法１条［目的］[1]では、「国民経済の適切な運営」および「投資

ぼ同趣旨の規定の下で、アメリカ合衆国では内部者取引の規制が厳格に行なわれているのに、わが国では、そのような法規制が殆んど行なわれていない。その理由として次のようなことがいわれる。第一に、アメリカ合衆国では、証券取引委員会の審決例および裁判所の判例の積み重ねによって証券取引委員会規則一〇ｂ―五の下での解釈ができあがっているが、わが国ではそのような解釈が確立するような具体的な事件がない。たしかに、アメリカ合衆国には内部者取引に関する多くの審決・判決例が存在する。ただ、わが国でそのような審決・判決例がないことは、内部者取引が事実上存在しないことを意味しない。第二に、証券取引法五八条の文言が証券取引委員会規則一〇ｂ－五より若干抽象的である。ただし、不公正取引の禁止についての両法令の抽象度の差はそれほど大きくない。しかし、たしかに証券取引法五八条は、詐欺的な行為の禁止規定としては明確であるが、内部者取引という特定のカテゴリーの詐欺的な行為の禁止としては抽象的にすぎるとの批判を受けるような規定をしている」（神崎・前掲注（10）５頁）と分析している。

[1] 本条が2006年６月７日の法改正（平成18年法律第65号）では、金融商品取引法１条［目的］に組み込まれ、「国民経済の適切な運営」の文言が「国民経済の健全な発展」に変更された。

者の保護」が目的に掲げられている。「投資者の保護」と「国民経済の適切な運営」を切り離して論ずるべく、「投資者の保護」こそが最重要であり、それによって、「国民経済の適切な運営」が実現されるとする説[2]に対して、「国民経済の適切な運営」と「投資者の保護」が相矛盾・相対立するように解釈・運用されるべきではなく、また、一方が他方の手段となるようものでもないとする異論も見られる[3]。

一方、証券取引法の目的規定について、「これをどのように解釈するかであるが,『有価証券の発行及び売買その他の取引を公正ならしめ,かつ,有価証券の流通を円滑ならしめる』という具体的な目的を実現させるためには『国民経済の適切な運営及び投資者の保護』が基本になくてはならないし,また『国民経済の適切な運営』を実現させるには,投資者に資金を,リスクのある直接金融への投資へ導くことになるので,

---

[2] 鈴木竹雄『商法研究Ⅱ　会社法（１）』(有斐閣、1971) 68～69頁は、「証券取引法は第一条において、同法が『国民経済の適切な運営及び投資者の保護に資するため、有価証券の発行及び売買その他の取引を公正ならしめ、かつ、有価証券の流通を円滑ならしめることを目的とする』ことを宣言している。したがって、以上のすべてが証券取引法の目的とされているが、まず前段と後段とは、同じく目的といっても、文理上明らかに示されているように段階的な差異が存在するのみならず、さらに、前段に併記されている『国民経済の適切な運営』と『投資者の保護』との間にも実質的にみて段階的な差異が存するのではないかと思う。けだし、『国民経済の適切な運営』といっても、それは『投資者の保護』と別個無関係な『国民経済の適切な運営』が考えられているわけではなく、『投資者の保護』によってその実現が期待される『国民経済の適切な運営』が考えられているにすぎないのである。換言すれば、投資者の保護をはかれば、当然その結果として国民の証券投資が盛んとなり、ひいては資金が産業資本に結集し資本の蓄積に資することが期待されるけれども、証券取引法からいえば、それは間接の効果であって、直接意図されているものは投資者の保護にほかならない。したがって、証券取引法はすべて投資者の保護を法形成の要因として組み立てられているといってよいと思う」とする。

[3] 神崎克郎『証券取引法』(青林書院、新版、1987) 33頁は、「証券取引法の究極の規制目的である国民経済の適切な運営と投資者の保護とは、両者が相矛盾し、相対立するように証券取引法が解釈、運用されてはならないが、両者が共に達成されるべき証券取引法の目的であり、必ずしも、その一方が他方の手段となるものではない」とする。

そのためには投資者保護が根底になくてはならず，結局，証券法の究極の目的とは投資者の保護であるということになる」[4]とされ、また、「証券取引法の重要な目的の一は、『消費者』たる投資者の権利の保護にある。この点において、証券取引法は投資者保護法であるともいえよう」[5]とされるなど、「投資家の保護」こそが証券取引法の目的であると強調されている。

他方、投資者保護と自己責任の対比から、「証取法は証券市場の機能を確保し、そこでの公正な価格形成を確保することを第一の目的とし、そのための前提条件を整え、投資家の自己責任原則を貫くための環境（市場条件）を提供することを基本的使命とするもの」[6]であるとされている。すなわち、①証券取引法のもっともの目的は証券市場の整備であり、自己責任原則がそれを前提としている、②公正な市場が確立されていれば、投資者を保護する必要性は特にないという見解である。

ところで、証券取引法１条に掲げられる「国民経済の適切な運営」の文言について、それは規定上よく見られる慣用語にすぎないと以前から指摘されている[7]。すなわち、「投資者の保護」こそが証券取引法の真の目的、あるいは、唯一の目的であるという。

投資者保護の具体的内容について、証券取引審議会の報告書では、「開示主義を基本としている我が国証券取引法制度の下では，投資者保護の内容は，①事実を知らされないことによって被る損害からの保護と，②不公正な取引によって被る損害からの保護とからなる」[8]とされている。その用語（「損害」）からすれば、いわゆる投資者保護はもっぱら被害者に対する損害賠償を指していることが窺える。すなわち、投資者の被った

4　河本一郎＝大武泰南『証券取引法読本』（有斐閣、第７版、2005）４頁。

5　岸田雅雄「証券取引法と消費者保護」民商法雑誌90巻２号190頁。

6　上村達男「投資者保護概念の再検討 —— 自己責任原則の成立根拠 ——」専修法学論集42号（1985）４頁。

7　石塚一正『改正証券取引法要論』（文雅堂銀行研究社、再版、1967）12頁は、「本法では，これ〔「国民経済の適切な運営」を指す－筆者注〕を『投資者保護』と並行的に掲げているが，これは特別な意味を有するものではなく，前後に施行された経済法中に屢々見られる慣用的用語」であるとする。

8　大蔵省証券局年報第14回（1976）55～56頁。

損害に対する事後の救済や補てんが保護の内容である。

第二款　判例の処罰根拠

1989年（平成元年）法改正後、刑罰（罰金刑）が科されたマクロス株事件判決（東京地判平４・９・25、確定）[9]では、インサイダー取引の処罰根拠が、「上場株式の発行者である会社の役員等その会社と一定の関係を有するものに対し、その職務等に関して会社の業務等に関する重要事実を知った場合、その重要事実の公表前にその会社の上場株券等の売買を禁止することによって、証券取引市場の公正性及び健全性に対する投資家の信頼を確保しようとするもの」とする当時の証券取引法190条の２［内部者取引の禁止（一）－業務等の情報］（金融商品取引法166条［会社関係者の禁止行為］）の立法趣旨に依拠されている[10]。

第三款　保護法益論の諸説

インサイダー取引の保護法益について、多様な理解があり、「本罪の保護法益が何であるかを確定することは、極めて困難である」[11]とされながらも、「第一に投資家の財産的利益と証券市場の機能を保護法益とする考え方がある。第二に証券市場に対する投資家の信頼とする考え方がある。第三に証券市場の公正性・健全性ないし証券市場の秩序が考えられる。第四に当該会社の株取引に対する信用が考えられる」[12]とする

---

[9] 資料版商事法務105号（1992）229～233頁、金融・商事判例911号（1993）35～40頁、判例タイムズ814号（1993）237～241頁、判例時報1438号（1993）151～154頁。

[10] マクロス株事件判決は最初の刑事処罰例ではない。初となった日新汽船株事件判決（東京簡判平２・９・26〔確定〕資料版商事法務81号（1990）35頁）においても罰金刑が科されたが、略式命令であったため、論理構成を知ることができなかった。

[11] 神山敏雄『日本の経済犯罪――その実情と法的対応――』（日本評論社、1997）58頁。

[12] 神山敏雄『日本の経済犯罪――その実情と法的対応――』（日本評論社、新版、2001）97～98頁。

分類がなされている。

①投資者の財産的利益を法益とする見解に関する反論がなく、「一般消費者ないし国民の経済的利益と経済取引主体の経済的利益を中心に経済刑法の保護法益を考え」[13]るべきであると、以前から唱えられている。②証券市場に対する投資者の信頼を法益とする見解[14]について、「証券市場に対する一般投資家の信頼が法益として主張されているが、経済犯罪においては曖昧な精神的側面を法益とすることには疑問がある。それは、証券市場秩序の反射的面として把握されるので、独自に取り上げる必要はない」[15]と指摘され、また、「経済システムへの信頼そのものは、刑法の保護法益の枠組みに入れられるべきではない」[16]とする否定的意見も見られる。一方、「一般にインサイダー取引規制は証券市場に対する投資家の信頼を確保することを目的とすると説明されるが、第一義的に大切なのは『投資家の市場への信頼』ではなく、信頼の対象たる『市場の公平な機能』にあるというべきである」[17]とする見解も見られる。③証券市場の公正性・健全性ないし秩序を法益とする見解[18]について、

---

[13] 神山敏雄「経済刑法における保護法益」Law School29号（1981）52頁。

[14] 横畠裕介「インサイダー取引規制に関する罰則の概要〔1〕」商事法務1148号（1988）8頁は、「このような取引〔インサイダー取引を指す－筆者注〕が横行するとすれば、そのような市場は人々の信頼を失い、健全な投資家はそのような市場から退避することとなり、ひいては証券市場として果たすべき機能を果たし得なくなるといわざるをえない。したがって、インサイダー取引は、そのような行為が投資家の市場に対する信頼を著しく損なうものであるという観点から処罰すべきものと考えられる」とする。

[15] 神山・前掲注（12）99頁。

[16] 金尚均「抽象的危険犯の現代的展開とその問題性（二）――近年のドイツの議論を参考にしながら――」立命館法学240号（1995）317頁。

[17] 上村達男「インサイダー取引規制と各界の対応」商事法務1225号（1990）14頁。

[18] 具体的には、「有価証券の投資判断に影響を及ぼす重要な未公表の情報を利用して有価証券の売買を行う内部者取引は、その行為者に不当な利益をもたらす。それは、証券市場における取引当事者の平等あるいは公平に反する結果を生じさせる。したがって、それが行われるときは、一般投資者の証券取引の公正さ、ひいては証券市場の健全性に対する信頼が傷つけられる」（神埼克郎「内

「秩序やシステムそれ自体は刑法上の法益概念としてはきわめて抽象的であり、しかもここでいう証券市場の『公正性』や『健全性』が具体的に何を意味するかも必ずしも明確ではないように思われる」[19]と批判されている。④当該会社の株取引を法益とする見解について、「そのこと〔インサイダー取引を指す―筆者注〕によって、証券取引全体に対してどの程度の悪影響を及ぼしたかを測定することは困難である。それではインサイダー取引によって当該会社の当該株の取引に直接的に悪影響が出るであろうか。悪影響は、インサイダー取引によるというよりは当該会社の重要事実の発生によるとみるのが的を射ている」[20]と指摘されている。

第四款　検討

保護法益論の展開に関して、二つの疑問がある。

(1)　方法論の問題である。要するに、後付けされたインサイダー取引の類型について、その規制目的をもっぱら保護法益の観点から展開されてきたことは妥当であろうかということである。

証券取引法が立法された当初では、インサイダー取引に関する独自規定が設けられなかった。つまり、インサイダー取引の持つ問題性は認識されていなかったのである。1989年（平成元年）、インサイダー取引が犯罪化され、そこで初めて、概括的な「不正取引行為」の枠組みから独立し、新たな刑罰の類型として確立されたわけである。刑事規制しかなかったため、規制目的論の展開も保護法益論の独壇場となった。しかし、インサイダー取引の規定の態様、すなわち、行政法規に罰則規定を置く特別刑法の立法形態からすれば、保護法益論のみならず、少なくとも証券取引法の目的規定をも含めた総合的な規制目的論の展開がもっとも望ましいであろう。

部者取引の規制に関する各国法の動向」ジュリスト819号（1984）79頁）とされている。

[19] 佐藤雅美「インサイダー取引と刑事規制――証券取引法改正をめぐって――」刑法雑誌30巻4号（1990）562頁。

[20] 神山・前掲注（12）99頁。

他方、インサイダー取引行為の害悪性の観点から見ても、刑事法上のみならず、民事法上にも「害」をもたらすため、保護法益論の独走はいささか視野が狭いように思われる。

(2)　「投資家の信頼」に対する誤認である。「投資家の信頼」とは何かについて、明示されることなく、曖昧なままで議論が進められてきた。要するに、証券市場おける投資家のタイプについて、長期投資者と短期投機者があるにもかかわらず、それを弁えずに、ひとまとめにして、彼らによる証券市場に対する信頼を論ずることが問題である。

具体的に、①前者の場合には、株式購入により、ある上場会社に対して長期投資を行う前の決定において、当該上場会社の事情[21]のほか、証券市場の機能や仕組みならびに法整備の完成度に対する信頼も、極めて重要であることは確かである。しかし、証券市場でのインサイダー取引の発生は、果たして長期投資者による証券市場に対する信頼を損なうのだろうか。近所の子供が家に物を借りにきて、貸したのはその子を信頼したからではなく、その親を信頼したからであろう。子に対する監督管理の責任は親にあるため、当然、信頼の矛先も親に向けられる。証券市場を規律するものとして、証券諸法が存在し、市場での違法行為の抑止ないし処理を一手に担っている。そこでのインサイダー取引の発生が、「証券市場に対する信頼を損なう」というより、むしろ、「証券諸法に対する信頼を損なう」と解されるべきではないだろうか（ここまでは、長期投資前における証券諸法に対する信頼についてである）。投資後、証券市場におけるインサイダー取引の発生により、証券市場に影が落とされたといえども、それを理由に、長期投資者が当該上場会社から投資を引き上げることは殆ど考えられない。理由として、投資後、他社でのインサイダー取引の発生が、当該上場会社の業績や経営になんら影響を及ぼさないからである。他方、インサイダー取引が他社ではなく、当該上場会社に発生した場合に、当社に影響を及ぼさないかとする疑問が当然あると思われる。しかし、この場合、長期投資者（株主）の関心事は、もはや「証券市場に対する信頼」の枠組みに在らず、「当該上場会社に対する信頼」という「当該上場会社の社内事情」の範疇にある。むしろ、当該上場会社に

[21] 例えば、当該会社の経営内容や財務状況、収益率などの要素がある。

対する愛想が尽きたゆえに、見捨てることが多いように思われる（ここまでは、長期投資後における当該上場会社に対する信頼についてである）。

②後者の場合は、ヘッジ・ファンドやデー・トレーダーがその代表的存在である。そのような短期の投機目的しか持たない機関投資家や個人投資家のほうは、かなりの市場シェアを占めているように思われる。彼らは証券市場の機能または仕組みにしか関心を持たず、（注文や決済）システムの確実な作動さえ保証されれば、それ以上のものを求めることはない。インサイダー取引が市場で行われたということは、彼らにとってむしろ買い時のサインであって、不祥事による一時的な下落の後の上昇を狙う絶好のチャンスである[22]。短期投資する者にしてみれば、インサイダー取引の多発は、むしろ都合がいいともいえよう。

以上で検討したように、インサイダー取引が証券市場に対する投資者の信頼を損なわせ、ひいて、投資者が証券市場を敬遠し、国民経済の円滑の運営に支障を来すとする捉え方が、必ずしも現実の市場の成り行きとは一致せず、インサイダー取引から何を守るかという命題を解くに用いられてきた従来の方法論やロジックは、明らかに妥当性に欠けており、限定的であるように見受けられる。

第五款　小括

このように、インサイダー取引の規制目的について、もっぱら保護法益論を中心に、証券市場および投資者の二つの観点から論じられてきた。

[22] 例えば、2006年１月23日、東京証券取引所は堀江貴文らの逮捕を受け、ライブドアとライブドア・マーケティングの株式を「管理ポスト」に割り当てることを発表した（読売新聞、2006年１月24日、朝刊）。それを受けて、同月25日午後のライブドア株の取引状況を見ると、売り注文が１億8000万株に対し、買い注文が２億株であった。これに対し、大手証券会社の営業マンが「マネーゲームが始まった」とつぶやく場面もあった（同前、2006年１月26日、朝刊）。翌日にも、引き続き午後だけの取引に制限されていたが、午前中から受け付けた注文件数を見ると、買い注文が2400株に対し、売り注文が2000株で、やはり買いが売りを上回っていた（同前、2006年１月26日、夕刊）。また、同年２月23日、外資系投資ファンドによるライブドア買収の観測が広がり、個人投資家による投機的な買い付けが集中することもあった（同前、2006年２月23日、朝刊）。

もちろん、刑事規制しか設けられていなかった経緯からすれば、そのような展開も必至であろう。しかし、刑事規制だけの盛り上がりは果たして妥当であろうか。証券取引法に罰則規定を置く特別刑法である以上、また、インサイダー取引が民事法上の「害」ももたらしている以上、それらを包摂した議論がなされるべきではないかと思われる。

第三節　インサイダー取引の法的規制の現状

インサイダー取引には、典型的なインサイダー取引と公開買付に係わる場合があり、本稿では、問題の本質や明瞭性を考えて、典型的なインサイダー取引の類型に限定する。公開買付に係わるインサイダー取引に関して、必要に応じて言及する程度にとどめることにする（のちのアメリカ法および中国法についても同様とする）。

以下では、内部者・内部情報・禁止行為などの基本概念について、概観する。

第一款　インサイダーの定義

(1)　金融商品取引法166条［会社関係者の禁止行為］における行為主体について、一般的には、内部者・準内部者・第一次情報受領者という分け方をすることが多い。

イ　「内部者」の意義（166条［会社関係者の禁止行為］１項１号、２号）

「内部者」とは、一般に、会社関係者としての「内部者」のことを指しており、①当該上場会社等の役員、代理人、使用人その他の従業者、②議決権の百分の三以上を有する株主または発行済株式の百分の三以上の株式を持つ株主（帳簿閲覧権者）、優先出資法に規定する普通出資者のうち閲覧する権利を有する者、または閲覧する権利を有する親会社の社員、が「内部者」に属する。

ロ　「準内部者」の意義（166条［会社関係者の禁止行為］１項３号、４号、５号）

「準内部者」とは、会社関係者としての「準内部者」のことであり、ⅰ）当該上場会社等に対する法令に基づく権限を有する者（例えば、捜査権限を有する検察官、警察官、裁判に関与する裁判官、調査権限を行使できる税務署員、国

税庁職員、許認可権を行使できる監督官庁職員、仲裁を行う仲裁人、国政調査権限を行使できる国会議員およびその補助役たる国会議員秘書など)、ii)当該上場会社等と契約を締結している者または締結の交渉をしている者(例えば、顧問弁護士、公認会計士、税理士、弁理士、取引銀行、引受証券会社、通訳その他の当該会社と何らかの契約を締結している者など)、iii)上記イの②とロのii)が法人である場合には、その役員など、が「準内部者」に属する。

イとロに属するものが会社関係者ではなくなってから、1年以内の場合も含まれる。

これらの者は、当該上場会社等の業務等に関する「重要事実」=「内部情報」を知ってから、初めて本罪の主体となる。

ハ 「第一次情報受領者」の意義(166条[会社関係者の禁止行為]3項)

「第一次情報受領者」とは、会社関係者以外の者で、上記のイとロに該当する者から直接当該会社の内部情報の伝達を受けた者のことである[1]。「ここでの情報受領者は、会社関係者から内部情報を受領したこと、当該内部情報が法令で規定している重要な事実であること、当該重要情報がまだ公表されていないことの三つの事実を認識している必要がある。いずれにせよ、第一受領者は、内部者・準内部者から当該内部情報を伝達され、それを知ったときから行為主体となる」[2]。現行法では、「第一

[1] 内部者または準内部者から当該内部情報を受領する方法について、条文上(金融商品取引法166条[会社関係者の禁止行為]3項)は明らかではない。学説上、「第三者がこれらの者〔内部者または準内部者を指す一筆者注〕の会話を盗み聞きしたり、書類を勝手に見たり、その他偶然にして内部情報を知るに至っても伝達を受けたことにはならないので、行為主体とはならない」(神山敏雄『日本の証券犯罪――証券取引犯罪の実態と対策――』(日本評論社、1999)57頁)、あるいは「会社関係者からの情報伝達が直接でないものは対象外である。例えば、会社関係者が内部情報について電車の中で話しているときに、たまたま同乗していてこれを盗み聞きした者は、規制の対象とはならない」(近藤光男=吉原和志=黒沼悦郎『証券取引法入門』(商事法務研究会、新訂第2版、2003)249頁)とされており、あくまでも内部者または準内部者からの直接の伝達に限定されている。したがって、内部情報を盗み聞き、あるいは盗み見などの方法により内部情報を取得して、インサイダー取引を行ったとしても、その行為は法規制の射程に入らず、つまり、許される行為である。

[2] 神山・前掲注(1)56~57頁。

次情報受領者」しか規制対象とされていない。「第一次情報受領者」から、さらに内部情報の伝達を受けた者は「第二次情報受領者」となるが、その者の身分が内部者取引の主体に含まれないため、仮に取引を行っても違法ではない。

(2)　法人について、独自な明文規定はないが、罰則規定（金融商品取引法207条）から析出することができる。法人によるインサイダー取引の最初の事例として、新日本国土工業株事件（東京簡判平７・３・24、確定）[3]がある。

建設会社である新日本国土工業の手形の不渡りに絡み、その事実を知った取引金融機関のＳ銀行と大口取引先のＭ建設機械販売の二法人は、当該内部情報が公開される前に会社の保有する新日本国土工業株を売却した。それがインサイダー取引に該当するとされたことから、1995年（平成７年）２月10日、証取委が両社および当時の財務担当幹部らを告発した。そして、同年３月24日、東京簡裁は、Ｓ銀行に罰金50万円、同役職員２名にそれぞれ罰金20万円と50万円、Ｍ建設機械販売に罰金30万円、同職員に罰金30万円とする略式命令を下した。

第二款　情報等の定義

第一項　内部情報

(1)　内部情報には、如何なるものが含まれるかについて、金融商品取引法166条［会社関係者の禁止行為］２項では、おおむね四つに分類されている。

イ　「決定事実」（166条［会社関係者の禁止行為］２項１号）

当該上場会社等の業務執行を決定する機関が以下の事項を行うことを決定した場合あるいはそれを行わないと決定した場合、その行うあるいは行わないとの決定が、「決定事実」となる。「決定事実」に該当するものとしては、①会社法199条［募集事項の決定］１項に規定する株式会社の

[3] 商事法務1385号（1995）43頁、リスク・ディフェンス研究会『ファイル・企業責任事件　Vol.Ⅰ』（蝸牛社、1995）120～121頁、また、朝日新聞、1995年２月10日・11日、３月24日、朝刊。

発行する株式若しくはその処分する自己株式を引き受ける者（協同組織金融機関が発行する優先出資を引き受ける者を含む）の募集（処分する自己株式を引き受ける者の募集をする場合にあつては、これに相当する外国の法令の規定（当該上場会社等が外国会社である場合に限る。以下この条において同じ）によるものを含む）または同法238条［募集事項の決定］１項に規定する募集新株予約権を引き受ける者の募集、②資本金の額の減少、③資本準備金または利益準備金の額の減少、④会社法156条［株式の取得に関する事項の決定］１項（同法163条［子会社からの株式の取得］および165条［市場取引等による株式の取得］３項の規定により読み替えて適用する場合を含む）の規定またはこれらに相当する外国の法令の規定（当該上場会社等が外国会社である場合に限る。以下この条において同じ）による自己の株式の取得、⑤株式無償割当て、⑥株式（優先出資法に規定する優先出資を含む）の分割、⑦剰余金の配当、⑧株式交換、⑨株式移転、⑩合併、⑪会社の分割、⑫事業の全部または一部の譲渡または譲り受け、⑬解散（合併による解散を除く）、⑭新製品または新技術の企業化、⑮業務上の提携その他の上記①から⑭までに掲げる事項に準ずる事項として政令で定める事項、がある。

ロ　「発生事実」（166条［会社関係者の禁止行為］２項２号）

当該上場会社等の株式の株価に大きな影響を与えるような事実の発生を、「発生事実」という。「発生事実」に該当するものとして、ⅰ）災害に起因する損害または業務遂行の過程で生じた損害、ⅱ）主要株主の異動、ⅲ）特定有価証券または特定有価証券に係るオプションの上場の廃止または登録の取消しの原因となる事実、ⅳ）上記ⅰ）からⅲ）までに掲げる事実に準ずる事実として政令で定める事実の発生、がある。

ハ　「決算情報」（166条［会社関係者の禁止行為］２項３号）

「決算情報」には、当該上場会社等の売上高、経常利益若しくは準利益（以下この条において「売上高等」という）若しくは本項１号⑦に規定する配当または当該上場会社等の属する企業集団の売上高等について、公表された直近の予想値（当該予測値がない場合は、公表された前事業年度の実績値）に比較して当該上場会社等が新たに算出した予測値または当事業年度の決算において差異（投資者の投資判断に及ぼす影響が重要なものとして内閣府令で定める基準に該当するものに限る）が発生したこと、があてはまる。

ニ　「バスケット条項」（166条［会社関係者の禁止行為］２項４号）

「バスケット条項」には、本項１号から３号までに掲げる事実を除き、

当該上場会社等の運営・業務または財産に関する重要な事実であって、投資者の投資判断に著しい影響を及ぼすもの、とされるその他の事実があてはまる。

上記各種内部情報には、重要性を有しなければならず、要するに「重要事実」でなければ、インサイダー取引に利用しても、責任が問われない。なぜなら、重要性を有しない未公開情報が公にされても、株価に何ら影響を与えないからである。

このように、内部情報について、具体的な条項が列挙され、かなり鮮明な客観的基準が示されている（これを「客観基準」と呼ぶことができよう）。

(2)　ところで、外部情報として、いわゆる公開買付を行うことまたはそれを中止することの決定という発行会社の外部の情報がある。それに基づく取引がなされた場合、金融商品取引法167条［公開買付者等関係者の禁止行為］による規制を受ける。

第二項　情報公開

証券取引法施行令30条では、情報の公開方法および公開後の時間的制約について、明文規定が置かれ、所定の報道機関[4]の「２以上を含む報道機関に対して公開」された後でも、さらに、「12時間」の時間的経過が必要とされる。インサイダーによる関係取引の開始を「12時間」制限することによって、その時間内で、当該公開情報が一般投資者に知れ渡ることが期待されている。確かに、「12時間」内で、情報がどれほど市場に流布できるかについて疑問が残るものの、実質的に市場に伝播されたことに近いといえよう（このような公開は「準実質的公開」と呼ぶことができよう）。

第三款　禁止行為

[4] 証券取引法施行令30条１項１号に規定する「イ　国内において時事に関する事項を総合して報道する日刊新聞紙の販売を業とする新聞社及び当該新聞社に時事に関する事項を総合して伝達することを業とする通信社、ロ　国内において産業及び経済に関する事項を全般的に報道する日刊新聞紙の販売を業とする新聞社、ハ　日本放送協会及び一般放送事業者」を指す。

(1) 当初、インサイダー取引を禁止する旨の明文規定は、証券取引法に存在しなかった。1989年（平成元年）における法改正による独自の規定が導入されるまでは、インサイダー取引の類型自体も不明確的なもので、そのような行為を旧証券取引法58条［不正取引行為の禁止］１号（金融商品取引法157条［不正行為の禁止］１号）において、「不正の手段、計画又は技巧をすること」による「不正取引行為」として、包括的に禁止されていた。現在、インサイダー取引について、典型的なインサイダー取引と公開買付に係わるインサイダー取引の二つの類型に分けて、それぞれを金融商品取引法166条［会社関係者の禁止行為］および167条［公開買付者等関係者の禁止行為］において明確に規定されている。前者の類型について、以下のように要約することができる。

内部者若しくは準内部者または第一次情報受領者は、決定事実若しくは発生事実または決算情報あるいはバスケット条項に該当するなどの重要事実に基づき、それらの重要事実が公開されてから12時間を経過しないうちに、当該重要事実と関係する証券の取引を禁ずる。

(2) 他方、内部情報漏洩行為[5]および勧奨行為については、規定が置かれていない。この点について、参考になりうる判例が2004年（平成16年）に出されたが、事実関係が明らかではないばかりか、行為類型すら明確に判示されなかった。

名古屋地判平16・５・27[6]（確定）

【事実概要】「被告人は，株式会社岐阜銀行と業務委託契約を締結していた有限会社パストーラからの派遣社員として，同銀行の経営再建のための経営企画管理等の職務に従事していたものであるが，平成14年６月27日ころ，その職務に関し，証券取引所に上場されていた大日本土木株式会社（以下「大日本土木」という。）との間で銀行取引約定を締結してい

[5] 内部情報の伝達行為について、龍田節は、「内部情報を伝達するだけで取引しなかった者，および内部情報に基づいて取引した二次情報受領者は，多くの外国法の下では民事・刑事の責任を負うのに対し，日本法の下では負わない」（龍田節「証券取引法の域外適用」国際経済法２号（1993）32頁）と述べ、「日本で適法な取引が、外国でインサイダー取引とされる可能性は大いにある」（同前、38頁脚注29）と指摘している。

[6] 資料版商事法務244号（2004）206～207頁。

た株式会社ユーエフジェイ銀行の名古屋法人営業部第４部部長Ａが，上記契約の履行に関して知り，その後，同銀行東京本部企画部調査役Ｂがその職務に関して知って，上記岐阜銀行副頭取執行役員Ｃに伝えたことにより同人がその職務上知った，大日本土木の業務執行を決定する機関が，同月中に民事再生手続開始の申立てを行うことを決定した旨の大日本土木の業務等に関する重要事実を，告げられて知ったのを奇貨として，大日本土木の株式を空売りして知人のＤに利益を得させようと企て，法定の除外事由がないのに，同年７月５日，同人をして，オリックス証券株式会社を介し，東京都中央区日本橋兜町２番１号所在の株式会社東京証券取引所において，大日本土木の株式５万株を合計360万4000円で空売りさせた」。

【判決要旨】本件について、名古屋地裁は、「被告人が，岐阜銀行の経営再建という重責を担い，精神的に疲労した状態にあったとしても，直接本件犯行と結びつく事情にはあらず，経緯や動機は酌量の余地に乏しい。知人女性の利得が約246万円と多額にのぼるばかりではなく，証券市場の公正に対する信頼が著しく害されており，本件犯行が社会に与えた影響も大きい。そうすると，被告人の刑事責任は決して軽くない。しかしながら，被告人は，体調を崩して休職中の知人女性を経済的に援助しようとしたもので，被告人自身は何ら利益を得ていないこと，捜査公判を通じて事実を率直に認め反省する態度を示していること，本件により職を失うなど一定の社会的制裁を受けていること，扶養すべき家族がいること，前科前歴がないこと等の酌むべき事情も認められる」として、被告人を懲役10月、罰金80万円に処し、執行猶予３年を言い渡した。

本件について、①「空売りさせた」の判決文からすれば、被告人はＤを勧奨したと解せる、②その過程で、伝達行為が伴っていたならば、被告人は当該未公開情報を漏洩したことになる。これらの点に関して、判決文での事実概要が粗雑のため、そこから事実の詳細を窺うことはできなかった。被告人は、インサイダー取引の条項で問責されたが、如何なる論理(とりわけ身分)によるものであったかについても、明らかではなかった。

第四款　小括

(1) 行為主体について、「内部者」および「準内部者」といったものには、情報源若しくは当該上場会社との間に何らかの関係を持つが、「第一次情報受領者」には、そのような関係を持たない。真正なインサイダーによる未公開の内部情報の直接の伝達を受けてから初めて、主体範囲に含まれる。

内部情報を具体的に列挙する体裁は、「投資家が取引を行う時点においてその取引が処罰されるものか否かが判断できなければならないという観点から、重要な事実に関する情報についてできるだけ客観化、明確化を図り、法令において明確に示す必要がある」[7]とする立法当時における旧大蔵大臣の諮問機関である証券取引審議会報告書の考え方に沿っている。しかし、現行規定の全体を見渡す限り、その構造が、一般人はおろか法律家にとっても「きわめて読み難く硬直した規定であ」[8]り、国民に対する行為規範として、果たして如何ほど明快なものになっているかは極めて疑問である。

情報の公開について、日本国内市場や近隣諸国市場向けなら、「12時間」という時間的制約は特に問題がないであろうが、取引のグローバル化からすれば、公開された情報が「12時間」で遠方の投資者にも周知できるかというと、時差を考えれば、困難であろう。筆者として、制約時間を「24時間」に改めるべきであると思われる。通常、投資者として、常に自己の投資対象に関心を払っており、情報通信が発達している国際事情から、24時間の猶予さえ設ければ、仮に投資者らが世界中に分散していても、当該公開情報を知ることが可能であろう。したがって、「24時間」の時間的制約が、時差という客観の障碍を克服しうる合理的な制限であると考えられる。ただ、ここで注意を要するのは、「公開の始点」が制約時間の終了時点に設定されたわけではない。制約されたスパンがあくまでも「飛行禁止区域」であり、「公開」の時点を意味付けるものではないと理解されるべきである。なぜなら、制約時間の終了時点を「公開

[7] 資本市場研究会編『内部者取引の規制の在り方について ―― 証券取引審議会報告 ――』(資本市場研究会、1988) 16頁。

[8] 前越俊之「内部者取引の防止と責任」沢野直紀＝高田桂一＝森淳二朗編『企業ビジネスと法的責任』(法律文化社、2000) 346頁。

の始点」であると理解されると、制約時間の終了が到達される前になされた取引（内部情報が好材料な場合）について、それは「公開前」の取引行為であるという理屈が成り立ってしまうからである。

責任規定には、インサイダー取引行為しか規定されていないが、会社関係者等は第一次情報受領者に情報を伝達し取引に仕向けた場合、共犯が成立しうる。といっても、射程は第一次情報受領者までである。第一次情報受領者から、さらに第二次情報受領者に情報が伝達された場合、第二次情報受領者がインサイダー取引の主体範囲に含まれないため、受けた情報と関連する取引を行ったとしても、不可罰である。反射的に、伝達者としての第一次情報受領者にも、インサイダー取引の罪に問われない[9]。要するに、要素従属性の原点には、「主犯ないし正犯」が存在しないため、「従犯」にとって、関連して共犯となるよう従属性が発生しない。

(2)　「第一次」の情報受領者までしか規制していない理由について、国会および学説では、以下のように議論された。

①　第112回国会参議院大蔵委員会会議録・第15号（1988年（昭和63年）5月19日）によると、和田教美委員（当時）は、「それから第三点の、これは一次情報受領者に関する規定ですけれども、内部情報(ママ)を提供を受けた者、これが一次情報受領者だと思うんですが、それじゃ二次情報受領者、つまりその一次情報を受領した人からさらに、あそこは大増資があるぞというような情報を聞いた二次、三次の受領者は適用になるのかどうか」[10]と質疑したところ、藤田恒郎政府委員（当時、旧大蔵省証券局長）は、「それから三番目の御質問、これは情報受領者でございます。いわゆる会社関係者と申しますか内部者、準内部者から内部情報を受領する者、これはこの規定の第三項に規定してございますけれども、この規定にもございますように『会社関係者から』情報の伝達――『重要事実の伝達を受けた者』というふうに規定してございますので、基本的には第一次受領者に限られております。第二次受領者は原則として入りません。ただ、

9　平山幹子「インサイダー取引規制と共犯の成立範囲（再）」甲南法学47巻3号（2007）104～106頁。

10　第112回国会参議院大蔵委員会会議録・第15号、19頁。

これはまずどうしてそうしたのかということでございますけれども、情報受領者の範囲を広げますと、どこまでこの内部情報の関係で取り締まりの対象になるものかということが非常に無制限になってしまうものですから、むしろ法的秩序の安全性という観点からもいろいろ問題があるのではないか。諸外国でも英国等は第一次受領者に限るという扱いをしております」[11]と応答した。

要するに、当初から、法の実効性を考慮するあまり[12]、意図的に構成要件を簡潔化し、一次以降の情報受領者に対して、法的秩序の安全性を理由に、放任・看過したのである。こうした立法方針が今日でも継続されている。

② 学説上、情報受領者の範囲の限定について、賛否両論である。

批判する見解として、「公平の観点からすれば、第二次受領者以降のインサイダー取引も同じように評価され得るのであるが、それには行政処分も刑罰も科していない。インサイダー取引犯罪においては、行為者と情報源の会社関係者との間に、即ち情報入手ルートに１人以上のワラ人形を置くことによっていとも簡単に堂々と法の網を潜ることができる」[13]とする

---

[11] 前掲注（10）19～20頁。

[12] 実効性重視の立法姿勢は、早くも1988年２月24日付けの証券取引審議会報告（「内部者取引の規制の在り方について」）に示されている。本報告では、インサイダー取引に対する刑事罰則の整備における留意点として、規制の「実効性」が挙げられている（資本市場編・前掲注（７）15頁）。

[13] 中山研一ほか編著『経済刑法入門』（成文堂、第３版、2001）164頁［神山敏雄］。

他には、神山敏雄は、「会社関係者等と共犯者的立場にある第一次受領者に限定したことは、行為主体が無限に広がることを防ぐことにあろう。しかし、それだけに法の実効性は薄く、どうにでも脱法できるザル法ということにもなる」（神山敏雄『日本の経済犯罪――その実情と法的対応――』（日本評論社、1997）56頁）と批判し、さらに、第一次情報受領者しか規制しないことが、「脱法行為の作戦が立てやすいことにもつながる」（神山敏雄「インサイダー取引と経済刑法」岡山大學法學會雑誌40巻３・４号（1991）48頁）と危惧している。

一方、芳賀良は、「しかし，２次的情報受領者のなす『内部者』取引も，重要な未公開情報に対する利用機会の平等を破壊し，市場のインティグリティーを害することには変わりなく，２次的情報受領者に対しても規制を及ぼすべき

見解のほか、「どこで切るかは確かに問題である。だからといって第一次で切るのは乱暴ではないか」[14]とする批判が多く、第一次情報受領者に限定している規制の瑕疵＝「規制に大きな穴があいたこと」[15]が指摘されている。一方、賛成する見解として、「これらの者〔第二次情報受領者およびそれ以降の者を指す－筆者注〕による公表前の売買も、違法性に関しては余り変わりがないといえるが、これをも処罰すると、処罰範囲が不明確になり、法的安全性を害するおそれがある等の理由で限定がなされた」[16]とする国会答申と同調する見解がある。

このように、①立法当初では、情報上の不平等というインサイダー取引の本質に主眼が置いたのではなく、禁止に踏み切ったのは、一応国内外の声に応えるためにすぎなかった。現行規定も、使い勝手の良い当時のままであり、進化が見られない。②近時の立法や改正の動向にかんがみても、将来的にこの不備が改善される見込みはない。総じて、日本法におけるインサイダー取引規制は、内外情勢に押されて打ち出された応急的な政策にすぎず、インサイダー取引の本質に主眼が置かれ、それを出発点としたものではないと言わざるを得ない。

第四節　インサイダー取引の制裁体系

1976年（昭和51年）５月11日、旧大蔵大臣の諮問機関である証券取引審議会は、「株主構成の変化と資本市場のあり方について」と題する大蔵大臣への報告において、「将来は，民事責任，刑事責任等を加えた法制の整備を図ることも考えられる」[1]といい、すなわち、インサイダー取引

である。…従って，市場のインティグリティー確保の観点から，２次的情報受領者及びたまたま上記の重要事実を知った者が株券等の売買等をなすことは第58条第１号における『不法の手段』に該当すると考える」（芳賀良「内部者取引における『内部者』の範囲について――アメリカ法を中心として――」一橋研究16巻３号（1991）138頁）と述べ、第二次情報受領者について、インサイダー取引以外の枠組みによる規制を提唱している。

[14] 龍田節「インサイダー取引規制」ジュリスト948号（1990）159頁。

[15] 龍田節「インサイダー取引の禁止」法学教室159号（1993）67頁。

[16] 芝原邦爾「インサイダー取引の処罰」法学教室166号（1994）93頁。

[1] 大蔵省証券局年報第14回（1976）58頁。

などの不正取引に対する規制については、早くから総合的な視座を持っていた。しかし、1989年（昭和64年）の法改正で確立されたインサイダー取引の制裁体系を鳥瞰する限り、刑事規制以外の規制ツールが設けられることはなかった。現在においても、「内部者取引の抑止の手段として刑事罰に大きく依存」[2]されており、とりわけ、民事規制の整備が皆無である。

一般的に、インサイダー取引といえば、金融商品取引法166条［会社関係者の禁止行為］を意識する場合が多く、同法167条［公開買付者等関係者の禁止行為］については、文献でも触れられる程度である。二つの類型は、客体となる有価証券の種類の違い[3]と重要事実に関する規定の体裁上の差異[4]、ならびに情報の発生源の違い[5]以外、大きく違わない。

---

[2] 神崎克郎＝志谷匡史＝川口恭弘『証券取引法』（青林書院、2006）920頁。

[3] 証券取引法166条［会社関係者の禁止行為］では、特定有価証券および関連有価証券を客体としている（服部秀一『インサイダー取引規制のすべて』（商事法務研究会、2001）188～189頁）のに対し、同法167条［公開買付者等関係者の禁止行為］では、特定株券等および関連株券等を客体としている（同前、259～260頁）。

[4] 体裁上の差異について、「法一六七条二項においては、法一六六条二項に掲げられた多種の重要事実より、狭くなっている。これは公開買付け等関係者のインサイダー取引という性格上生ずる違いである。そして公開買付け等という性格上、決定事実に限られる。決定の主体は、法一六六条二項一号が、『当該上場会社等の業務執行を決定する機関』であるのに対して、法一六七条二項においては、『公開買付者等（当該公開買付者等が法人であるときは、その業務執行を決定する機関をいう。）』である。公開買付者等は、個人であることもあるので、このような体裁となっている」（服部・前掲注（３）253～254頁）と分析されている。

[5] 「以上〔金融商品取引法166条［会社関係者の禁止行為］における「内部者」・「準内部者」・「第一次情報受領者」に関する記述を指す－筆者注〕は、内部情報が当該発行会社を発生源とする場合についてである。これに対して、公開買付に関する情報が内部情報となる場合には、その発生源は上場会社ではなく、公開買付を行う者である。したがって、規制の対象者は、前述の場合と異なってくる。このため証券取引法でも、公開買付に関する内部者取引規制については、証券取引法一六六条とは別に一六七条において規定している」（近藤光男＝吉原和志＝黒沼悦郎『証券取引法入門』（商事法務研究会、新訂第２版、2003）

ところで、なぜ、典型的なインサイダー取引と公開買付に係わるインサイダー取引に区別され規定が置かれたかについて、明らかではない。ただ、証券取引法がアメリカ法をモデルに立法された経緯からすると、インサイダー取引の行為類型を明確化する際に、再びアメリカ法の経験が参考にされたと考えられる[6]。

第一款　民事規制

インサイダーに対する損害賠償請求は、終局的に、行為者の財産上の負担となるから、一定の抑止効果が期待でき、行政規制および刑事規制と同様な抑止機能を持つものであると考えられる[7]。

とはいえ、インサイダー取引の民事責任に関する法整備を行っている国は少ない。その理由として、証券取引自体は大勢の投資者が集中して取引価格を競り合い、またコンピューターの自動決定により行われている特徴を有するほか、投資者が多く転売率も高い、同時に証券価格が瞬

250頁）とする見解があるが、なぜ、立法当初から、内部情報の発生源（内部情報か外部情報か）を区別して規定が置かれたかについて、明示されていなかった。

6　一方、規定の表現上の比較から、アメリカ法には、金融商品取引法166条および同法167条と同様な条文が存在しないことを理由に、この二つの条文が日本法のオリジナルとして制定されたものであるとする見解も見られる（品谷篤哉「インサイダー取引の規制根拠 —— 日米比較を通じて」上田寛ほか『国際組織犯罪の現段階：世界と日本』（日本評論社、2007）128頁）。

7　民事規制の機能について、蕭灼基らは、「被害者による証券犯罪者に対する民事訴訟の提起を通じて、証券犯罪者が賠償することは、その一、経済取引における公平の原則が示され、被害者の合法の経済的権益が図られる、その二、犯罪者の不法利得が剥奪されるため、一定の威嚇作用を有している。刑罰と同様、証券犯罪に対する予防と懲罰の有効措置の一つである」（蕭灼基主編．中華人民共和国証券法実務全書：下冊［M］．北京：中国民主法制出版社，1999．2310）と述べ、また、神山敏雄は、「民事賠償責任は私的制裁ではあるが、それがフルに又は活発に機能すれば、刑罰に勝るとも劣らない大きな役割を果たす性質を有する」（神山敏雄「証券犯罪と損害賠償責任（上）」判例評論527号・判例時報1800号（2003）164頁）と肯定している。

時に変化することなど、価格形成に影響を及ぼす原因も多種多様であることから、誰が真の被害者か、誰が直接の被害者かを確定することが難しく、その上、誰がどのくらいの被害を被ったのかを算出することが困難である点が挙げられている[8]。

インサイダー取引の「行為の悪性は相場操縦（証取一二五条）にまさるとも劣らない」[9]にもかかわらず、「相場操縦の場合とは違って、インサイダー取引の損害賠償責任についての特則規定はない。その理由は、不明である」[10]。そのため、インサイダー取引に対する損害賠償請求権の有無さえ問題となり、損害賠償請求の提起も民法709条［不法行為による損

---

[8] 陳暁．論対証券内幕交易的法律規制［J］．民商法論叢，1996，第五巻：103.

[9] 龍田節「インサイダー取引規制」ジュリスト948号（1990）157頁。

[10] 神山敏雄「証券犯罪と損害賠償責任（下）」判例評論528号・判例時報1803号（2003）164頁。

一方、この問題について、以下のような分析が見られる。すなわち、「相場に影響のある大々的なインサイダー取引があり，有価証券の価格が情報開示後の価格に次第に近づいていくものと仮定する。このとき価格下落に係る未公表の重要事実がある場合，インサイダー取引を行う者は保有しているものを売却するわけだが，大々的に売却することで価格が下がり始める。つまり同時に買いに入った投資者は下がり始めた価格で買い付けることになり，むしろ安い値段で買うことができたといえる。次に，反対に価格上昇に係る未公表の重要事実がある場合では，インサイダー取引を行う者は買い付けようとするわけだが，大々的に買付けすることで価格が上がり始める。同時に売りに入った投資者は，上がり始めた価格で売り付けることができることとなり，むしろ高い値段で売ることができたといえる。160条が相場操縦による損害賠償責任を明定しているのに対して，本条のインサイダー取引による損害賠償責任を明示する規定が存在しないのは，インサイダー取引の相手方となった者が不当に有利な価格を享受してしまうという法益に対する弊害はあるものの，上記のような状況下ではインサイダー取引の相手方には『損害』は発生し得ないからであると考えられる」（神田秀樹（監修）＝川村和夫＝野村證券株式会社法務部『注解釈証券取引法』（有斐閣、1997）1211頁）とする見解である。これに対して、筆者は以下の点で反論を試みたい。①事情を知っていれば、さらに下落する株を少なくともその時点で買わなかったはず、あるいはさらに上昇する株を少なくともその時点で売らなかったはずのではないか。②インサイダー取引の規模が小さく、殆ど市場価格に影響を及ぼさなかった場合は、如何に説明されるだろうか。③実際、市場価格を変動させるほどのインサイダー取引がどれほど実在するだ

害賠償］によらなければならず、すなわち、原告は、①権利侵害（違法性）、②被告の故意・過失、③因果関係、④損害額などに関する立証がすべて自ら行わなければならない。

インサイダー取引に対する損害賠償請求例は極めて少ない。その原因について、「証券犯罪の研究に比べ、民事賠償請求事件は証券投資家の訴訟に対する消極的意識や立証の困難性もあってか、裁判のケースが少なく、その分野の研究は遅れているように思われる」[11]とする見解のほか、「証券取引違反に対する民事訴訟を通じた責任追及があまり行われていないのは、そもそも不実開示などの違反行為が発見されにくいことに加え、原告による損害額の立証が事実上困難であること、日本にはクラスアクション（集団訴訟）制度がないことによるとの指摘がある」[12]とされている。以下では、いままで[13]唯一の判例[14]を用いて考察することにする。

インサイダー取引の行為者に対し、損害賠償請求を申し立てることは、

ろうか。④先方の説明では、インサイダーv.一般投資者の関係で分析がなされていたが、結論になると、インサイダーv.取引相手の関係に置き換えられたのはなぜだろうか。つまり、先方では、インサイダーの取引行為が行われた後に、影響を受けた市場価格で取引した一般投資者が損していないであろうと述べられているのに対し、結論では、インサイダー取引が行われたその時点におけるインサイダーv.取引相手の関係が示され、先方の分析結果を借用したことは、論法的には果たして妥当であろうか。仮定された場面によれば、取引相手と一般投資者は同じ時空におらず、取引相手の後に一般投資者がいるわけで、置換できるような関係にいない。

11　神山・前掲注（7）164頁。

12　「市場機能を中核とする金融システムに向けて・金融審議会金融分科会第一部会報告」（平成15年12月24日）17頁（http://www.fsa.go.jp/singi/singi_kinyu/siryou/kinyu/dai1/f-20031224_sir.html）。

13　証券取引法の施行（1948年）から60年間、インサイダー取引の明確化（1989年）から19年間となる。

14　実は、もう一件インサイダー取引に対する損害賠償請求が提起されたが、和解が成立したため、司法判断が得られなかった。インサイダー取引を行った日本商事の学術部次長・大阪支店次長・札幌支店長・福岡支店調査役との4名に対する損害賠償請求例において、1997年12月12日、被告らは、「本件インサイダー取引を行ったことを深く反省し、その贖罪として合計金六一万四〇〇〇

規定上可能である。しかし、「因果関係が存在しない」とする判示が裁判所は出さざるを得ない現行訴訟制度上の立証理論からすれば、こうした請求は、実際のところ敗訴につながっている。

東京地判平３・10・29[15]（請求棄却・控訴）

【事実概要】原告会社は、1988年（昭和63年）12月19日、東京証券取引所において、Ｊ社の株式49万４千株（一株580～623円）を買い付け、同月22日、M証券会社において、被告会社名義記載のＪ社の株券（以下「本件株券」という）を受領した。同月23日、Ｊ社がＹ社との合併（決定事実）による大幅な減資が発表されたため、Ｊ社の株価は大幅に下落した。被告は、Ｊ社において第三位、Ｙ社において第二位の大株主であったため、右決定事実を知り、その発表がなされる4日前に東京証券取引所において、Ｊ社株式を高値で売り抜いた（以下「本件取引」という）。そして、被告は、右決定事実の発表後に安値で買い戻しもした。本件株券には、被告の名が記載されているが、12月19日に、東京証券取引所において売り出した後の株主異動に関する記載はなかった。

【争点】実際、原告の買い付けと被告の本件取引との間に、現実に取引が結びつけられたという事実、つまり、「取引の因果関係」[16]の有無が争点であった。

これについて、原告は、本件株券が被告から取得したものであるとし

円を財団法人日本法律扶助協会に寄付する」（全国証券問題研究会編「証券取引被害判例セレクト７」全国証券問題研究会（1998）320頁）ことで和解が成立した。詳しい事実概要について、資料版商事法務135号（1995）93～98頁を参照されたい。

[15] 金融・商事判例898号（1992）29～33頁、金融法務事情1321号（1992）23～28頁。

[16] 「取引の因果関係」とは、インサイダーが売り付けた（あるいは買い付けた）という「原因」により、取引相手が買い付けた（あるいは売り付けた）という「結果」との間の因果的結びつきのことである。一方、インサイダー取引には「損害の因果関係」もあり、つまり、インサイダーが売り付けた（あるいは買い付けた）という「原因」により、取引相手が損害を被ったという「結果」との間の因果的結びつきも存在する。

他方、これらを総合して、「取引の因果関係」を「原因」とし、「損害の因果関係」を「結果」とする見方もできる。

たうえで、被告は内部情報である合併の情報を知り、その情報が発表された後における損失を回避するため、合併情報が発表される4日前に高値で本件株券を売却した上、さらに発表後に安値で買い戻し、取引相手が株価の暴落による損害を被ることを認識しながら売却し、故意による不法行為（インサイダー取引）を行ったとし、現在の株価と購入時の株価との差額相当の損害を被ったとして、被告に対し、金２億1406万２千円の損害賠償を請求した。

これに対し、被告は、①証券取引所を通じて行われる株式取引においては、株式の取引と株券の受渡は切り離されているから、原告が本件株券を取得したとしても、被告との間に株式の取引がなされたことによるものではなく、証券取引所における集団競争売買および集中決済制度の結果、たまたま本件株券が原告に渡されたにすぎない、②原告は、被告が本件取引をするか否かとまったく関係なく、Ｊ社の株式の買い注文を出したのであり、実際、原告が東京証券取引所を通じて、Ｊ社の株式を買い受けた1988年（昭和63年）12月19日には、証券取引所において、売買が成立したＪ社の株式の数量は1723万５千株もあり、たとえ被告が本件取引をしていなかったとしても、原告はやはりＪ社の株式を取得していたはずである、などと反論し、原告が主張する損害と被告による本件取引との間に因果関係はないと主張した。

【判決要旨】本件について、東京地裁は、証券取引所取引といった取引形態から、それは証券取引所において、現実に結び付けられたものであると推定できない、すなわち、ⅰ）仮に、被告が本件取引をしていなくても、原告は他のＪ社の株式（権利）を取得していたはずであろう（Aがなければ Bなし）、ⅱ）原告が本件株券を受領したのは偶然にすぎないと、権利の買受けと株券の受取りとの両面から、原告が主張する損害と被告による本件取引との間に因果関係がないと判示した。

本判決によって、証券取引所を通じて行われるインサイダー取引における取引の因果関係を認定について、ⅰ）認定の根拠が「株券」という紙面であること、ⅱ）認定する範囲が、インサイダー取引があったか否かについて行わず、取引事実の有無に限られることが示された[17]。

[17] 春田博「内部者取引を理由とする損害賠償請求」法学セミナー455号（1992）

本判決について、①被告の沈黙により原告が錯誤に陥ったため、詐欺による不法行為に等しく、原告が被った損害は不法行為責任として賠償されるべきである、②因果関係の存否について、東京証券市場による立証の上で、市場に対する詐欺の理論によって推定されるべきである[18]、③裁判所の姿勢としては、「あくまで、インサイダー取引が不作為による不法行為であるという本質の理解に立脚して、判決を下すべき」[19]である、④取引の因果関係の認定について、アメリカ法における同時取引説、つまり、インサイダーが行うインサイダー取引と同時期に当該取引に応募してきた反対側のすべての取引相手には、インサイダー取引を理由とする損害賠償請求権を認めるべきである[20]、などの批判的見解が多く見られる。

かくして、「このような判例の理論をもってすれば，インサイダー取引によって損害を被った投資者は，その違法行為をした内部者から賠償金を取り立てる方法はない」[21]と言わざるを得ない。

第二款　行政規制

1971年（昭和46年）２月24日、大蔵省証券局は日本証券業協会連合会宛に通達を発し、会社の役員等によるインサイダー取引が散見されるとした上で、そのような取引注文を受けた場合、当該取引の受託を拒否するようと要請した[22]。すなわち、インサイダー取引の概念や行為類型がま

128頁。

[18] 並木和夫『内部者取引の研究』（慶應義塾大學法學研究會刊、1996）168頁。

[19] 牛丸與志夫「証券取引所を通じて株式を購入した者が、同日当該株式を売却した者に対し、その売却が不法行為（いわゆる『インサイダー取引』）に当たるとして求めた損害賠償請求の可否」私法判例リマークス〈下〉（1993）102頁。

[20] 松井一郎「証券取引所を通じて株式を購入した者からの売主に対するインサイダー取引を理由とする損害賠償請求が因果関係がないとして棄却された事例」金融・商事判例902号（1992）49頁。

[21] 河本一郎＝大武泰南『証券取引法読本』（有斐閣、第７版、2005）370頁。

[22] 第一次資料が入手困難のため、ここでの引用は、神崎克郎「内部者取引の規制をどうすべきか」判例タイムズ423号（1980）３頁を参考にしている。

だ法的に確立される以前にも、すでに行政的に抑止が図られていたのである。

第一項　証取委

(1)　戦後における証券行政は、証券取引委員会の時代（1947年～1952年）、証券取引審議会の時代（1952年～1992年）、証取委の時代（1992年以降）の三つの段階を経てきている。

その一、「証券取引委員会はアメリカの証券・取引委員会（SEC）に範をとったものである。…二二年法の証券取引委員会は、大蔵大臣の責任のもとに置かれた諮問、調査機関であり、アメリカの場合と異なって独自の権限――たとえば行政処分の権限など――はなかった。しかし、二三年の改正『証券取引法』ではその権限が拡大された。大蔵大臣所管の行政委員会形式の行政官庁となり、三名の委員による合議制の委員会のもとに事務局が設置され、『証券取引法』に関する行政処分、投資者保護等に関する権限が大幅に認められ、アメリカのSECに一歩近づけられた。この委員会は二三年五月七日発足した。なお、講和発行後二七年八月一日、証券取引委員会は日本経済の自主体制に応じて廃止され、大蔵省理財局の一部として吸収された」[23]。このように、昭和22年法の一部施行を受け証券取引委員会が創設されたが、1952年（昭和27年）のGHQの引き上げを機会に、「占領法規の行過ぎ是正」[24]との理由から、「証券界には存続の要望があったにもかかわらず」[25]、「評判のよかった委員会も廃止されてしまった」[26]。その後、一部の業務が旧大蔵省理財局証券課に移管され、代替する機関として証券取引審議会が新設されたが、証券取引委員会のような高度な独立性を有するものではなかった。

---

[23] 大蔵省財政史室編『昭和財政史――終戦から講和まで――第14巻　保険・証券』（東洋経済新報社、1979）341頁。

[24] 小田寛＝三輪力＝角政也『改正証券取引法・証券投資信託法解説』（港出版合作社、1954）５頁。

[25] 鈴木竹雄＝河本一郎『証券取引法』（有斐閣、新版、1984）35頁。

[26] 河本＝大武・前掲注（21）８～９頁。

その二、GHQが引き上げた後、証券取引委員会の権限および所管事務の全部が大蔵大臣および大蔵省本省へ移されたため、大蔵省の付属機関である証券取引審議会が、証券取引の重要問題を審議することになった[27]。「証券取引審議会は、有価証券の発行及び売買その他の取引に関する重要事項について調査審議を行うために大蔵省に設けられた付属機関であるが、その調査審議すべき事項は、有価証券の発行市場及び流通市場の全般にわたり、極めて広汎且つ多角的な討議を必要とするのである。従って、この審議会を構成する委員は、証券取引所、証券会社、証券投資信託の委託会社、中央銀行、市中銀行、事業会社、法人投資者、一般人投資者、学識経験者等の種々の分野から出た代表的人物であることを要するが、従来の委員定員九人ではこれらの分野の代表者を網らすることは不可能であるので、十三人に増員することとされた」[28]。

その三、そして、1992年（平成4年）6月5日、「証券取引等の公正を確保するための証券取引法等の一部を改正する法律」（平成4年法律第73号）の公布を受け、同年7月20日、旧大蔵省の証券検査、検察、警察、公正取引委員会などの経験者や民間から採用された専門家らによって構成され、同省の中で独立した形で証取委が発足され、現在、金融庁の下部組織となっている。証取委の役割は、刑事告発と検査を中心としているが、十分な力を発揮されているとは言い難い状況にある[29]。

(2) いままで、証取委がどうであるべきかに関する議論がしばしば行われ、その殆どはSECと比較するものである。

証取委は、SECと証監会に比べて、人員も少なければ、権限も弱小である。

発足当時、証取委の定員はわずか84人であった。1999年（平成11年）に入って初めて三桁台（106人）にのぼり、その後、2002年（平成14年）には60人、2005年（平成17年）には70人の大増員を経て、2007年（平成19年）の時点で、341人の体制となった（証取委と別機関になるが、証取委からの委任ないし指

[27] 神崎克郎『証券取引の法理』（商事法務研究会、1987）74頁。
[28] 小田＝三輪＝角・前掲注（24）177頁。
[29] 神山敏雄は、アメリカに比べ、「日本では、まだ、小物の摘発に止まっている」（神山・前掲注（7）165頁）と指摘している。

揮監督を受け、証券検査や反則事件の調査などを行う財務局がある。当該機関には、2007年の時点で268人）[30]。

証取委に付与されている権限として、反則事件の調査および課徴金調査の権限がある[31]が、立法権や決定権（例えば、課徴金の決定権）はない。

ところで、なぜ、証取委の重要性が認識されているにもかかわらず、「妥協の産物」[32]ともいわれる証取委の弱体な体質が一向に改善されないの

---

[30] 証券取引等監視委員会編『証券取引等監視委員会の活動状況・平成19年』（大蔵財務協会、2007）105～106頁。

[31] 「犯則事件の調査に係る具体的な権限としては、反則嫌疑者又は参考人（以下『反則嫌疑者等』という。）に対する質問、反則嫌疑者等が所持し又は置き去った物件の検査、犯則嫌疑者等が任意に提出し又は置き去った物件の領置等の任意調査権限（証取法第210条、外証法第53条、金先法第170条、本人確認法第18条）と、裁判官の発する許可状により行う臨検、捜索及び差押えの強制調査権限（証取法第211条、外証法第53条、金先法第171条、本人確認法第18条）とがある」（証取委編・前掲注（30）９頁）。また、課徴金の調査権限について、「有価証券届出書・有価証券報告書等の開示書類の虚偽記載に係る課徴金調査の権限は、開示検査として、証取法第26条で定められており、有価証券届出書の届出者、発行登録書の提出者、有価証券報告書の提出者、自己株券買付状況報告書の提出者、親会社等状況報告書の提出者若しくは有価証券の引受人その他の関係者若しくは参考人に対し、⑴参考となるべき報告若しくは資料の提出を命じること、⑵その者の帳簿書類その他の物件を検査することができることとされている。風説の流布・偽計・相場操縦及び内部者取引の不公正取引に係る課徴金調査の権限は、証取法第177条で定められており、⑴事件関係人若しくは参考人に質問し、又はこれらの者から意見若しくは報告を徴すること、⑵事件関係人の営業所その他必要な場所に立ち入り、帳簿書類その他の物件を検査することができることとされている」（同前、11頁）。

[32] 神山・前掲注（７）165頁は、「アメリカのSECのように旧大蔵省から独立した中立機関としての監視・摘発機関を創設すべきであるとの主張が強くなったが、旧大蔵省サイドから強い抵抗があった。結局、一九九二年には、妥協の産物として旧大蔵省内に証券取引等監視委員会（以下、証取委という。）が設置され、当該委員会が証券取引ルール違反全般を監視・摘発し、刑事告発もすることになった」とする。

また、河本＝大武・前掲注（21）388～389頁は、「この監視委員会だが，平成３年半ばの証券不祥事のさなかで，再発防止のためにどんな形のものを作るべきか，いろいろ議論が行われていた。その中で最も多くの者が希望したのは，

か[33]。

2006年（平成18年）１月24日、ライブドア・ショックを受け、金融・経済財政担当相（当時、与謝野馨）は記者会見で、「不正な取引形態を排除するため、人員の充実を検討したい」[34]と表明した。しかし、証券市場を規律するには、増員だけでは成し得ず、人員と権限の双方からの強化を図らなければ、改善に繋がらないと思われる。毎年の増員状況を見れば、確実に増員されてきており、そのことから、当局の姿勢には、一定の前進が見られる。しかし、証取委に対してなかなか権限移譲をせず、SEC や証監会のような強権かつ独立した組織にさせない点を見ると、やはり「会社国家」[35]であるだけに、どうしても財界や財界人に対して温情を持たざるを得ない裏事情が見え隠れする[36]。すなわち、大企業やその連合団体が巨大な資本を持っており、国策に影響を与えている日本

アメリカの SEC のような，行政機構とは完全に独立した監視委員会の設置だった。これに対して，少数だが，大勢とは反対に，日本の場合にはむしろ行政機構に大鉈を振るって省内改革を行うのがベターであるという考えがあった。しかし，結局は予想どおり，日本的な折衷方式つまり大蔵省の外局として独立した監視委員会を置くが，委員は大蔵大臣が任命するということに落ち着いた」とする。

33 2006年６月７日の法改正（平成18年法律第65号）では、「証券取引等監視委員会の市場監視機能を強化する観点から、①有価証券届出書の届出者等に対する検査権限等の強化、②犯則調査における郵便物等に対する差押権限の明確化、③勧告・建議の拡大が行われている」（岡田大「金融商品取引法制の解説（10）不公正取引等への対応」商事法務1781号（2006）34頁）と述べられたように、証取委の機能強化と言いつつ、行政処分の決定権ないし規則の制定権といった実質的な権限について、言及さえされていない。

34 読売新聞、2006年１月26日、朝刊。

35 奥村宏『法人資本主義の構造』（岩波書店、最新版、2005）７頁は、「日本は会社国家である。…会社が日本社会全体を動かしている」とする。

36 例えば、2006年６月７日の法改正（平成18年法律第65号）までの自然人に対する各種法定刑を見ると、インサイダー取引（３年以下、300万円以下）を初め、不公正取引、風説流布・偽計、相場操縦（５年以下、500万円以下）のいずれもが、非難可能性や法益侵害・危険の程度などの面で詐欺罪（10年以下）より下回らないと思われるにもかかわらず、それより遙かに軽い刑罰しか設けられていなかった。

社会の実情が存在するのである[37]。

このように、証取委は未だに自律さえできていない劣弱な後見人にすぎないといわなければならず、強堅になってから初めて、後見される証券市場の安穏が図られよう。

第二項　行政処分

違反行為につき、証取委が主導して行いうるものは、勧告・告発・建議にとどまる[38]。これらのものが、違反者にとって何の痛みも伴わない行政監視上の事務にすぎず、行政罰の性質を持ち得ない。

(1)　証券行政上、唯一「罰」らしきものとして、2004年（平成16年）6月9日、「証券取引法等の一部を改正する法律」（平成16年法律第97号）が公布され、翌年4月1日に施行された課徴金制度（インサイダー取引に関する規定が、金融商品取引法175条［会社関係者に対する禁止行為等に違反した者に対する課徴金納付命令］1項〔本法166条［会社関係者の禁止行為］〕および2項〔本法167条［公開買付者等関係者の禁止行為］〕に規定されている）がある。とはいえ、課徴金制度が証券取引における違反行為[39]を抑止するために、刑罰に加えて、行政上の措

37　具体的ではないが、そのような例として、2004年、課徴金制度を導入する際に、経済界からの強い反発があった模様である（河本＝大武・前掲注(21)455頁）。

38　証券取引等監視委員会のHP（http://www.fsa.go.jp/sesc/actions/actions.htm）によれば、「証券取引等監視委員会は、証券市場等の取引の公正を確保するため、証券会社等の検査や、何人をも対象とする犯則事件の調査を行っていますが、そのような検査・調査の結果、法令違反等の不正行為を把握した際には、①金融庁長官等に対し行政処分等を求める勧告や、②検察庁に対して刑事訴追を求める告発を行います。また、③金融庁長官等に対して必要な制度変更等を求める建議を行うこともできます」とする。

39　「課徴金の対象となるのは、①重要な事項につき虚偽の記載のある開示書類に基づいて有価証券の募集等を行った者（172条1項～5項）、②法158条に違反する風説の流布・偽計により有価証券等の売買その他の取引を行った者（173条1項）、③相場操縦に当たる一連の有価証券の売買等を行った者（174条1項）、④インサイダー取引を行った者（175条1項、2項）」（橋本博之「証券取引法における課徴金制度の導入」商事法務1707号（2004）5頁）といった

置として課される金銭的負担であり[40]、行政罰ではない[41]。行政罰として位置づけられていない理由として、「課徴金の金額は、いずれも違法行為によって不当に得た利益の『吐出し』という観点から制定されている。これは、課徴金制度の導入に当たって、同一の違法行為に対して『課徴金』と『刑事罰』が二重に課され、『二重処罰禁止』(憲法39)に抵触するのではないかという問題が生じたためである」[42]とされている。しかし、「刑罰として自由刑と罰金刑、さらには没収・追徴を併科することも許されているのであるから、その一部を行政罰として(例えば罰金を過料として、追徴を課徴金として)刑罰と併科することが許されない理由は少なくとも実体面においては存在しないはずである」[43]と、課徴金の制裁性を認めた上での刑罰(自由刑)との併科を肯定する意見もある。

ところで、課徴金の賦課が不法利得の「吐き出し」であるという本質[44]からすれば、二つの疑問が生じる。①国家に対して吐き出す理由があるだろうか。吐き出された金銭は、該当する被害者に還付されるのが道理であって、過料のように国庫に収めるのは、筋違いである[45]。まして、

者が課徴金の納付命令を受ける。

40 証取委編・前掲注(30)10頁。

41 実際には、「課徴金に制裁的要素を加味することを完全に排除したとはいえない」(芳賀良「証券取引法における課徴金制度」岡山大学法学會雑誌55巻1号(2005)111頁)と見られている。

42 横山淳「課徴金制度スタート」大和総研・制度調査部情報(2005)2頁。

43 佐伯仁志「経済犯罪に対する制裁について」法曹時報53巻11号(2001)28頁。また、同前「二重処罰の禁止について」松尾浩也＝芝原邦爾編『刑事法学の現代的状況：内藤謙先生古稀祝賀』(有斐閣、1994)301頁にも同旨の見解が見られる。

44 課徴金の吐き出しの立法趣旨について、「証券取引法においては、今回、初めて制度を導入することから、抑止のための必要最小限の水準として、違反者が違反行為によって得た経済的利得相当額を基準としつつ、対象行為ごとに具体的な算出方法を法律に規定している」(三井秀範編著『課徴金制度と民事賠償責任：条解証券取引法』(金融財政事情研究会、2005)13頁)とされ、すなわち、課徴金の賦課はあくまでも不法利得(相当)額を基準とするという。

45 この問題について、芳賀良も、「賦課された課徴金は国により徴収され、被害者救済の財源とはなっていない。少なくとも違法行為により得られた経済的

インサイダー取引による不法利得に対する行政没収制度が存在しないのであれば、行政的手段による国家に対する不法利得の吐き出しを実体とする課徴金制度自体の法的正当性が疑わなければならない。課徴金が刑罰上の財産的制裁（没収・追徴）の代打であると解釈された場合[46]にのみ、国庫に納めることの正当性が見出せよう。②画一的な算定では、インサイダー取引による不法利得を適切に算出することができるだろうか。すなわち、「**（重要情報公表後翌日の終値－買い付け価格）×売り付け株数＝課徴金額**」の基準値（下線部）が問題である。実際の取引価格があるにもかかわらず、画一的に「重要情報公表後翌日の終値」に制定されているため、その前後の株価の変動によっては、算出される課徴金額と実際の不法利得額との間には相応の差が生じてしまう。

かくして、金融商品取引法における課徴金制度の性格は、やはり（日本）独占禁止法における課徴金制度と同様、算定上も硬直であり、また「ぬえ的性格」[47]を帯びていることは否定できないように思われる。

（2）　課徴金額から確定した刑事判決の没収・追徴額（金融商品取引法198条の２に規定される不法利得）を控除することについて、「証券取引法上、刑事罰を科す際には犯罪行為から得た財産を必ず没収・追徴するとの規定（第198条の２）が置かれており、当該規定により犯罪行為による経済的利得を

利得相当額は、本来、国に帰属するものではなく、違法行為によって損害を受けた者に帰属すべきものと考えられる」（芳賀・前掲注（41）112頁）と指摘している。

他方、類似する独占禁止法上の課徴金制度も、創設当時に、「もし企業の違反による利得を剥奪するものとして考えられているのであるならば、そのような利得は本来消費者に返還されるべきものであ」（編集部「独禁法改正関係資料」法律時報47巻２号（1975）95頁）ると、同様な問題がすでに指摘されていた。

[46] 森田章「証券取引法上の民事救済としての課徴金制度のあり方」商事法務1736号（2005）21頁は、「証券取引法が導入した課徴金制度は、刑事責任が問われない場合の没収を可能にさせるものであ」るとする。

[47] 独占禁止法上の課徴金制度について、郷原信郎は、「一定の制裁効果を意図しているのに制裁ではないと説明される『ぬえ的性格』と、違反行為の内容にかかわらず画一的・機械的に算定して課徴金を課すという、諸外国の独禁法の制裁制度においては類を見ない『硬直性』に特徴があった」（日本経済新聞、2005年６月24日、朝刊）と批判している。

包含する財産が没収・追徴されている場合にまで経済的利得相当額の課徴金を全額課すまでの必要はないとの政策的観点から、課徴金額より没収・追徴相当額を控除する調整規定が設けられている」[48]が、いわゆる「政策的観点」とは、具体的に何を指しているかが明らかではなかった。

他方、「刑罰と課徴金の制度上の趣旨目的が異なるものであり、課徴金制度は行政上の義務履行確保の手段であると完全に割り切れるのであれば、刑事手続による没収・追徴との調整規定を置く理論的必要性はないことになる。この点、証券取引法の課徴金制度は、その算定において違法行為における利得分の『吐き出し』という趣旨がみられ、課徴金制度の実質的な機能面に着目した上で、没収・追徴との調整規定が設けられたものということができる」[49]とする見解がある。しかし、没収・追徴はれっきとした刑罰であり、実質的に不法利得の吐き出しを趣旨とする課徴金とまったく異質な制度である。これを踏まえて改めて見てみると、系統の異なる法規範の間の調整はなぜ可能なのか、その理論的正当性は必ずしも示されていないように見受けられる。法システムとして、総合的な作用が期待されるが、それぞれの独自性を無視して混同するようなことは果たして如何であろうか。

また、「課徴金にも制裁的要素があるため、将来課徴金額を増額する場合に備えて、課徴金による制裁が過剰とならないように刑罰との調整をしたという説明も可能であろう」[50]とする見解に対し、課徴金額から没収・追徴額を控除することは、「将来」の過剰な事態に備えるためなら、いまは差し引かなくても良いのではないか、ひいて差し引く正当な理由がないのではないかと思われる。

第三款　刑事規制

法システムの中では、刑事法規がもっとも威嚇効果を持つ。そのためか、日本では、経済犯罪に対する制裁体系において、刑罰が唯一の手段

48 三井編著・前掲注（44）13～14頁。
49 橋本・前掲注（39）８頁。
50 芳賀・前掲注（41）107頁。

として用いられてきた[51]。証券規制も例外ではなく、要するに、「わが国の証券市場の規制および監督は、かつては、大蔵省による一元的な証券行政により行われていた。そこでは、事前予防型の保護行政が中心であった。現在では、かかる事前規制からの転換がはかられ、制裁〔圏点は筆者〕を主体とする事後規制へと移行している」[52]のである。

インサイダー取引の禁止規定および罰則規定は、金融商品取引法に設けられているが、その内容が刑事規制＝刑罰であることはいうまでもない。いわゆる特別刑法や経済刑法という分野である。

当初、インサイダー取引などの不正行為について、旧証券取引法58条（金融商品取引法157条［不正行為の禁止］）の下で、「不正取引行為」の枠内で対処すべきものとされていた。しかし、本条は、アメリカ法の規則10b-5［操作的または欺罔的な手段の使用］をモデルにしていた[53]だけに、広く抽象性を帯び、包括的なものであった。そのため、タテホ事件の処理で限界が浮き彫りになり、もとより、そのような抽象規定が構成要件理論の刑法理論にそぐわず、改正が余儀なくされた。

近時、コクド事件（虚偽の有価証券報告書の提出〔法人〕、インサイダー取引〔自然人〕、いずれも確定）、ライブドア事件（虚偽の有価証券報告書の提出〔法人および自然人〕、公判係属中）、村上ファンド事件（インサイダー取引〔自然人〕、公判係属中）などの大型不祥事が立て続き起きてしまい、更なる強化策が図られ、インサイダー取引に対する法定刑も、ほぼ2倍に引き上げられた。

インサイダー取引の構成要件について、金融商品取引法166条［会社関係者の禁止行為］において詳細に規定され、罰則について、金融商品取引法197条の2　13号には、自然人の罰則規定が置かれ、同法207条1項2号には、法人の罰則規定が設けられている。不法利得の没収や追徴について、同法198条の2に規定されている。

51　この点について、佐伯仁志は、「経済犯罪に対するわが国の制裁体系は、刑罰が『最後の手段』というより『唯一の手段』であって、刑罰を科さない場合には、違反者は何の制裁も受けないままになってしまう」（佐伯・前掲注（43）4頁）と批判している。

52　神崎＝志谷＝川口・前掲注（2）117頁。

53　板倉宏＝鈴木靖宏「インサイダー取引規制の保護法益に関する若干の考察」日本法學62巻2号（1996）4頁脚注5。

金融商品取引法197条の２：次の各号のいずれかに該当する者は、５年以下の懲役若しくは500万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。

⑿　第166条第１項若しくは第３項又は第167条第１項若しくは第３項の規定に違反した者

金融商品取引法198条の２：①　次に掲げる財産は、没収する。但し、その取得の状況、損害賠償の履行の状況その他の事情に照らし、当該財産の全部又は一部を没収することが相当でないときは、これを没収しないことができる。

⑴　第197条第１項第５号若しくは第２項又は第197条の２第13号の罪の犯罪行為により得た財産

⑵　前号に掲げる財産の対価として得た財産又は同号に掲げる財産がオプションその他の権利である場合における当該権利の行使により得た財産

②　前項の規定により財産を没収すべき場合において、これを没収することができないときは、その価額を犯人から追徴する。

金融商品取引法207条：①　法人（法人でない団体で代表者又は管理人の定めのあるものを含む。以下この項及び次項において同じ）の代表者又は法人若しくは人の代理人、使用人その他の従業者が、その法人又は人の業務又は財産に関し、次の各号に掲げる規定の違反行為をしたときは、その行為者を罰するほか、その法人に対して当該各号に定める罰金刑を、その人に対して各本条の罰金刑を科する。

⑵　第197条の２（第11号及び第12号を除く）　５億円以下の罰金刑

自然人について、多言を要しないほどはっきりしている。会社の内部者若しくは準内部者（金融商品取引法166条［会社関係者の禁止行為］１項に該当する者）、または、第一次情報受領者（同条３項に該当する者）は、インサイダー取引を行った場合、「５年以下の懲役若しくは500万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する」（同法197条の２　13号）とする刑罰が科される。

問題は、法人犯罪の場合における自然人の処罰である。すなわち、条文上、真正な行為主体である「法人の代表者又は法人若しくは人の代理人、使用人その他の従業者」（金融商品取引法207条１項）について、「その行

為者を罰する」としか規定されておらず、何に基づいて罰するかに関して、明らかではない。前出新日本国土工業株事件[54]では、自然人の行為が、当時（1995年）の証券取引法166条［内部者取引等の規制－会社関係者等が禁止される行為］１項（金融商品取引法166条［会社関係者の禁止行為］１項）に該当するものとされ、同法200条［書類又はその写しの不提出等・公示義務違反・虚偽の書類の提出等の罪］６号（金融商品取引法197条の２　13号）に基づく処罰がなされたことが窺える[55]。しかし、証券取引法166条は、自然人が自己の利益のために、インサイダー取引を行った場合の規定であり、同法207条が規定するような、自然人が法人の利益のために、インサイダー取引を行った場合と根本的に異なる。つまり、自分のためにインサイダー取引を行った場合と、法人のためにインサイダー取引を行った場合における自然人に対する非難可能性の程度が違うはずであろうと思われる（もちろん、例えば、単に会社の勘定口座を利用した場合や、オーナーや創業者が自社の利益のためにインサイダー取引を行った場合は別である）。もとより、新日本国土工業株事件が略式命令であったため、法人犯罪の場合の自然人に証券取引法166条を適用しえた論理構成も明らかではなかった[56]。

確かに、金融商品取引法197条の２の両罰規定として、同法207条が設けられているわけで、自然人に対する規制は同法197条の２に基づくことは当然であろうが、原因は、207条１項の冒頭にも自然人に対する罰則規定が置かれているため、197条の２に規定されている自然人に対する罰則規定と競合していることである。

ところで、主観的構成要件要素に関する議論は極めて少ないものの、一般的に、本犯が故意犯であり、未必の故意で足りるとされている[57]。

---

[54] 商事法務1385号（1995）43頁、リスク・ディフェンス研究会『ファイル・企業責任事件　Vol.Ⅰ』（蝸牛社、1995）120～121頁、また、朝日新聞、1995年２月10日・11日、３月24日、朝刊。

[55] 証取委編・前掲注（30）124頁。

[56] 新日本国土工業株事件のほか、もう一件インサイダー取引に係わる法人処罰例（名古屋簡判平９・５・１〔確定〕公刊物未登載）があったが、同様に略式命令であったため、その論理構成を知ることができなかった（証取委編・前掲注（30）125頁）。

[57] 服部・前掲注（３）293頁。

第四款　小括

(1)　相場操縦の如く、インサイダー取引の損害賠償責任についての特則規定はないため、インサイダー取引に対する損害賠償請求権の有無の問題に関する議論さえ終結していない。

前述東京地裁判決（東京地判平3・10・29）について、批判が少なくない。証券取引所取引という取引形態において、結び付かれた権利の取引は、買い注文と売り注文の条件の一致により実現されており、互いに相手を選択する主観意思は介在しない。権利の取得を客観的に表わすものとして、株券の受領がある。株券を受領することによって、自分がその株券の額面分の権利を買い取った証明となる（その株券に付随しているその権利を買い取ったわけではない）。もとより、株式市場では転売率が高く、株券を受領しない名義の書き換えしないのが殆どで、仮に受領した株券に名義人が記載されていたとしても、その者から権利を買受けたとは到底言い切れない。したがって、株券に「記載されている者」を被告適格者とすることができず、権利の取得と株券の取得を分離して行う証券取引の実情にかんがみれば、東京地裁の判断に理解を示せざるを得ない。ただし、本件の場合は、株券に「記載されている者」が正真正銘のインサイダーであり、行われた本件取引行為もインサイダー取引そのものであった。要するに、東京地裁は取引の因果関係を推定できたはずであった。問題は、現行民法上には、そうした推定規定が存在しないため、東京地裁は従来の立証理論（AがなければBなし）による認定を行わざるを得なかった。

「内部者取引をした者がその相手に対し履行すべき損害賠償についてもそれが実効性を持ちうるような措置を講ずるべきであるが、取引所取引に関する損害賠償の在り方については、原告適格、訴訟手続等について慎重な検討が必要と考えられるため、中長期な課題として取り込む必要がある」[58]と指摘されてから20年間も経つが、幾度も法改正が行われたにもかかわらず、この課題がなおざりにされ続けている。インサイダー取引に対する損害賠償規定の立法的遅延[59]が、インサイダー取引を助長

[58] 資本市場研究会編『内部者取引の規制の在り方について――証券取引審議会報告――』（資本市場研究会、1988）17頁。

[59] 証券取引全般に関わる紛争について、全国証券問題研究会幹事長の田端聡

しているとも受け止められる。

証券取引法の目的規定や保護法益論には、必ずといっていいほど、「投資者の保護」が掲げられている。しかし、たとえ刑事規制の枠組みの中で、刑罰を介した予防機能が果たされ潜在的な被害者が守られたとしても、現実の被害者の救済ができなければ、保護法益論も一面的であると言わざるを得ない。

他方、証券投資者の保護について、2002年（平成14年）７月に発足された日本投資者保護基金[60]があり、金融商品取引法79条の27［加入義務等］により、証券会社の加入は義務化されている。しかしこの基金が、証券会社が破綻など不運な場合に備えるための投資者に対する行政的救済措置であり、インサイダー取引による被害を救済する制度ではない。

（2）新しく導入された課徴金制度導入は不法利得の吐き出しを趣旨としているため、事実上、日本法には、インサイダー取引に対する行政上の規制ツールが存在しない。

インサイダー取引を含む証券取引法違反行為に対し、証取委がとれるアクションは勧告・告発・建議および課徴金の調査にとどまる。証取委には、課徴金を決定する権限が付与されておらず、本来主務官庁にあった行政処分の権限も取り上げられてしまい、内閣総理大臣に集権されている[61]。内閣総理大臣への集権は名目上のものにすぎないとの見方もあ

弁護士は、「顧客保護、とりわけ事後救済の点に関し、わが国の立法・行政が大きく立ち後れていることもまた、否定しがたい事実である」（田端聡「証券取引をめぐる紛争解決の実情」金融・商事判例1187号（2004）１頁）と、被害者に対する救済制度の欠缺を指摘している。

60　日本では、1998年12月にも、日本投資者保護基金が設立されたが、その後、証券投資者保護基金と統合され、新たに日本投資者保護基金として発足した。目的は、証券会社が破綻した際、投資家が証券会社に預けていた資産を返せなくなったときに、当該証券会社に代わって投資家一人につき、１千万を限度とする資産を返還し、証券市場への信頼性を維持するものである。

61　神山敏雄は、「従来、証券業の主務官庁は大蔵省にあって、証券取引法違反に対する行政処分の権限も大蔵大臣が有していた。1997年12月の証取法改正によって金融・証券の監督権限は大蔵省から切り離され、総理府の金融監督庁に移されたため、行政処分権は総理大臣が有するようになった」（中山研一ほか編著『経済刑法入門』（成文堂、第３版、2001）174頁［神山敏雄］）という。

りうるが、権利行使の実体を伴わないなら、また最初から行使する意図がないなら、なぜ取り上げる必要があるだろうか。やはり、決定的な場面でのコントロールを意識していると考えられる。

(3) インサイダー取引のみならず、証券犯罪全般に対する抑止の道具として、日本法では刑罰しか用意されていない(直罰式)。タテホ・ショックを受けて、インサイダー取引に対する刑罰が科せられるようになったが、当該行為類型を取り巻く制裁体系が見直されたわけではない。こうした直罰式の規制しかない制裁構造において、規制強化の手段としての立法は大きな問題となっている。神山敏雄が(罰則強化と犯罪抑止の観点から)指摘するように、「経済事犯の不祥事が発生すると、法改正による刑罰強化策は、日本の経済犯罪対策のパターンとして繰り返されてきた。このような対応策は、法案を国会で可決すればよいのであるから最も簡単で安上がりの方法であり、また、政治家や主務官庁の姿勢をアピールする役割も果たす。…不祥事が発生する度に、刑罰を無原則的にいとも簡単に引き上げることができるようなノーコントロール・システムには問題がある」[62]。

罰則強化の内訳を見ても、刑期や罰金額の引き上げしかなされておらず、例えば、第一次情報受領者以降の者までの拡張や勧奨行為、および内部情報の漏洩行為に関して規制をしていないなど、依然として射程範囲が狭く抑えられている。「今後は、これらの諸問題〔インサイダー取引規制のあり方を指す－筆者注〕についての国際的動向も十分踏まえた上で、インサイダー取引規制に関する解釈論・立法論を展開する必要があろう」[63]と思われる。

〔付記〕

本稿は、北海道大学審査博士(法学)学位論文(2008年3月25日授与)

---

[62] 中山ほか編著・前掲注(61)173～174頁[神山敏雄]。

[63] 長井長信「インサイダー取引罪の解釈論をめぐる覚書――『重要事実』の意義を中心に――」宮澤浩一先生古稀祝賀論文集編集委員会編『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集・第3巻・現代社会と刑事法』(成文堂、2000)169頁。

に補筆したものである。なお、本稿執筆（日本法における民事規制の部分）にあたっては、平成17年度石井記念証券研究振興財団の研究助成に基づく研究成果の一部を取り入れている。

論　　説

冷戦終結後日本の防衛政策（２・完）

―― 1993～1995年の行政過程を中心に ――

柴　田　晃　芳

目　　次

序章
第１章　理論的検討：歴史的制度論
第２章　冷戦期日本の防衛政策
　第１節　冷戦期日本の脅威認識
　第２節　冷戦期日本の防衛政策の概要
　　防衛方針の３つのアイディア
　　日米安全保障条約
　第３節　冷戦期日本の防衛政策プロセスの特徴
　　「安保重視」路線の定着
　　政治レヴェルの消極的関与
　　防衛庁の限定的影響力
　　防衛庁の限定的政策展開能力
　　日米の軍－軍関係の凍結
第３章　分析枠組
　第１節　アイディア
　第２節　決定レヴェルと制度的特徴
第４章　1990年代前半の状況
　第１節　防衛政策改定のアジェンダ化
　第２節　「国際貢献論」の登場
　第３節　朝鮮半島核危機
　第４節　日米関係の悪化と緊張　　（以上59巻２号）
第５章　「樋口レポート」の分析　　（以下本号）
　第１節　制度：防衛問題懇談会

第２節　アイディア：樋口レポートの内容
第３節　まとめ
第６章　「東アジア戦略報告（EASR）」の分析
第１節　制度：「ナイ・イニシャティヴ」
第２節　アイディア：「東アジア戦略報告（EASR）」の過程
第３節　まとめ
第７章　新「防衛計画の大綱」の分析
第１節　制度：安全保障会議
第２節　アイディア：新「防衛計画の大綱」の内容
第３節　まとめ
終章　結論

第５章　「樋口レポート」の分析

1994年８月12日、村山富市首相に一通の報告書が提出された。防衛問題懇談会（防衛懇）による「日本の安全保障と防衛力のあり方－21世紀へ向けての展望－」である。懇談会座長、樋口廣太郎・アサヒビール会長の名を取り、通称「樋口レポート」と呼ばれるこの報告書は、冷戦終結後の世界で、日本がいかなる防衛政策を打ち出すべきかを、９人の有識者が討議の上まとめたものである。[1] 冷戦終結後の日本の防衛政策に新たな方向性を示すことを目的とした本報告書は、日米同盟深化の方向性を決定付ける重要な契機となった。防衛問題懇談会は、新たな防衛政策の中核をなすべき政策アイディアを提示し、さらにそれを防衛政策プロセスに乗せる機能を果たすことで、冷戦後日本の防衛政策に影響を与えたのである。

以下では、まず防衛懇が組織され報告書を提出するまでのプロセスを概観することで、この組織の制度としての特質を明らかにし、その上で報告書の内容を検討し、そこに含まれる政策アイディアを示す。ここで明らかになるのは、第１に、冷戦後日本の防衛政策を形成する最初期の段階において防衛懇という組織が、「多角的安全保障」アイディアと「日米同盟深化」アイディアという、従来の政策アイディアと一定の共通性を持ちつつも明らかに区別されるべき２つの新たな政策アイディアを提

示したということであり、第２に防衛懇がそれらを政策プロセスへと媒介する制度として機能したために、防衛懇が持つ制度的特徴が政策形成に影響を与えたということである。

制度の継続に基づく経路依存圧力により政策が維持されるという本稿の作業仮説に基づけば、冷戦終結後にも防衛庁の限定的政策展開能力という制度的特徴が継続し、その結果、新たに立案される防衛政策は従来方針の継続という枠内に留まり、新たな政策展開がもたらされる可能性は低いと予想される。しかしながら実際のプロセスでは、この予想に反して２つの新たな政策アイディアが提示された。本章では、このような従来政策の枠を超える政策展開が、防衛懇が持っていた制度的特徴によって可能となったことを示す。

第１節　制度：防衛問題懇談会[2]

防衛庁内においては、新たな防衛計画の大綱の方向性を探る目的で首相の下に諮問機関を設置することが検討さていた。この方針は、93年９月に就任間もない細川護熙首相に提案される。

細川首相は、冷戦終結により世界的に軍縮政策が広がる中、日本の防衛政策を再編成しようとしており、防衛予算の抑制や防衛計画の大綱の早期見直しを目指していた。[3] こうした自らの方針を推進すべく、首相は防衛政策の専門家として西廣整輝元防衛事務次官に相談を持ちかけ、防衛庁 OB としてはリベラルなその姿勢を信頼するに至り、諮問機関の設置を依頼することとなった（秋山 2002、34；船橋 1997、261）。以降は首相の強い意向の下、西廣とその友人の諸井虔秩父セメント会長、畠山蕃防衛事務次官、村田直昭防衛局長らが連絡を取り合ってこの機関の設置が進められた（秋山 2002、34-5；船橋 1997、263-4）。以上のように防衛懇は、防衛庁内局の合意の下で首相のイニシャティヴによって設置された、非常設の制度である。

ただ、防衛懇の設置は、完全にアド・ホックに行われたものとはいえない。1976年に旧大綱が策定された際には、坂田道太防衛長官の下に諮問機関「防衛を考える会」が設置され、これが大綱に基づく防衛方針の設定という防衛政策形成上の新路線、および基盤的防衛力構想という防

衛政策上の新方針を実現する上で、重要な役割を果たした（大嶽 1983；佐道 2003）。94年の防衛懇設置は、この成功に範を得た、その意味で政策形成上の大綱路線に沿い、その政策形成パターンを踏襲したものであったといえる。

1994年２月28日、防衛問題懇談会（防衛懇）は、細川首相の私的諮問機関として、以下の９人の委員で正式に発足する（肩書は当時）。

座長　　樋口廣太郎・アサヒビール会長（座長）
座長代理　諸井虔・秩父セメント会長（座長代理）
猪口邦子・上智大学教授
大河原良雄・経済団体連合会特別顧問（元駐米大使）
行天豊雄・東京銀行会長（元大蔵省財務官）
佐久間一・防衛庁顧問、ＮＴＴ特別参与（元統合幕僚会議議長）
西廣整輝・東京海上火災顧問（元防衛庁事務次官）
福川伸次・神戸製鋼副会長（元通商産業省事務次官）
渡邉昭夫・青山学院大学教授

これら委員の選定は、基本的に防衛庁内局の主導で行われ、これに首相が内諾を与える形で進んだ。佐久間と西廣を除き防衛問題の専門家は意図的に排除され、中道的な穏健派とされる顔ぶれが選出されたのが特徴で、ここには自分たちの主導の下で議論を拡散させず短期間で現実的な方針を打ち出したいという防衛庁内局および西廣の意向が反映されている。[4] また、自衛隊の幹部経験者が首相の諮問機関に参加するのは、この防衛懇が初めてのことであった。

防衛懇の事務局は内閣安全保障室に置かれたが、佐久間顧問、畠山次官、村田局長を介して、防衛庁防衛局が意見の取りまとめに強く関与したという（秋山 2002、22）。加えて防衛庁は、大綱見直しに関する立場を明確化するため、愛知和男防衛長官の下に「防衛力のあり方検討会議」を設置した。この検討会は３月１日に発足し、防衛懇の報告書提出後も検討作業を進め、結果的に新大綱が成立する95年11月までに計21回にわたって会合を行った。検討会の設置は愛知長官のイニシャティヴによる

もので、実質的には新たな防衛計画の大綱に向けての準備・検討をする庁内委員会として機能していた。議長は長官自身が務め、政務次官、事務次官、統合幕僚会議議長、官房長、防衛局長、陸上幕僚長、海上幕僚長、航空幕僚長がメンバーに名を連ねていた。樋口レポートにも明記された防衛力規模の削減などは、こうした内部の検討機関で防衛庁内局および各幕の調整と意思統一が行われた結果としてレポートに記載され、さらに新大綱において政策化が実現した。懇談会は検討会のサポートを受けて樋口レポートを執筆したといえよう。そして検討会は、樋口レポートの検討プロセスを通して防衛庁・自衛隊内の意思統一を図っていったのである。秋山は、防衛庁事務方の意思は樋口レポートに沿って統一されていたとする（秋山 2002、24）。防衛問題懇談会と防衛力の在り方検討会は密接に関係して活動を進めていた。

つまり防衛懇には、防衛庁内局と特に密接に関係するという制度的特徴があった。これは、防衛懇の政策提言と防衛庁内局の政策選好を接近させる効果を持つ。ここから、防衛懇が示す政策アイディアは、防衛庁内局にも共有される可能性が高かったといえる。

懇談会は、２月28日の発足から８月12日までの６ヶ月足らずの間に、水曜日を中心に計20回に上る会合を精力的に開催し、報告書をまとめ上げた。

前述の中道的な委員の選任は、こうした短期間での困難な作業を可能とした要因の一つといえるが、懇談会の審議段階にも、議論を収束させる上で重要な要因が存在した。その一つが、コア・メンバーによる議論の収斂作業である。懇談会が８回の会合を終えた後の５月の連休中、樋口、諸井、西廣、渡邉の各委員と村田防衛局長および防衛局員がホテルの１室に集まり、報告書の作成に向けその構成や内容についての詳細な議論を行った。ここで報告書の素案を執筆したのが渡邉である。渡邉はそのまま最終報告書の執筆まで担当することとなった（秋山 2002、40）。

詳しくは次節に譲るが、最終報告書の内容は大まかに、国際情勢や日本の防衛戦略の方向性にかかわる前半部分と、具体的な防衛戦略や自衛隊のあり方にかかわる後半とに分けられる。この前半部分には、執筆を担当した渡邉と同氏に同調的な委員の見解が強く反映されており、後半部分には西廣や防衛庁内局の見解が色濃く滲む結果となった（秋山 2002、40）。

懇談会の発足から報告書が提出されるまでの間には、２度の政権交代があった。４月８日に会の設置を決定した細川首相が辞任すると、同月28日に羽田孜を首相とする少数与党政権が発足、さらに６月25日には羽田内閣が総辞職し、同月30日、村山富市を首相とする自社さ連立政権が発足するとともに、与野党の大部分が入れ替わることになったのである。特に村山政権発足時には、首相が自衛隊違憲論を堅持してきた社会党出身であり、自民党も懇談会を発足させた細川内閣とは対立関係にあったことから、懇談会での審議が政権成立前の第16回を最後に中止されてしまうのではないかとの懸念が持たれた。しかし石原信雄内閣官房副長官の努力もあり、最終的には村山首相自身がその重要性を認め審議継続の方針を表明したことにより、最終報告書の完成に向けた詰めの作業が続けられることになった。その結果、２度にわたる政権交代、しかも与野党交代と自社連立政権の成立という激しい政治的変動を経つつも、それにより大幅な内容的変更を蒙ることもなく[5]、８月12日、最終報告書は村山首相へと提出された。

しかしながら、防衛懇の審議段階では顕在化しなかった政治変動の影響は、提出された最終報告書の扱いに影を落とすことになった。樋口レポートをめぐっては、自民党出身の閣僚を中心として閣内にもあまりこれを尊重しない雰囲気が広がっていた。通常こうした報告書は、内閣によりその後の政策方針に反映されるが、この時には検討課題として扱われるに留まり、内閣レヴェルでは政策化に向けた積極的な対応が為されることはなかった。他方、防衛懇と防衛庁内局の政策選好の接近という制度的特徴は、政権交代によっても損なわれない。したがって内閣レヴェルでレポートが放置される間も、防衛庁・自衛隊内では翌年に迫った防衛計画の大綱見直しに向けて、内局が中心となって、樋口レポートを元に改定作業が着々と進められていた（秋山 2002、43）。

ただし、防衛庁内においても、レポートの内容が全面的に受け入れられていたかどうかには疑問も残る。次節で詳しく見るように、このレポートの核心は「多角的安全保障」と「日米同盟深化」という２つの政策アイディアにあるが、これらに対する防衛庁の扱いには温度差があったというべきである。

第２節　アイディア：樋口レポートの内容

本節では、樋口レポートの内容を概観しつつ、その核心にある２つの新たな政策アイディアを抽出する。[6]

「まえがき」では、戦後日本が、「国連中心」アイディアに基づいて国連憲章に謳われた集団的安全保障を理想としつつも、冷戦の展開によりその実現が困難な現実を前に、「安保重視」アイディアにより日米安全保障条約に基づくアメリカとの関係を安全保障政策の基礎としてきたことを確認した後、こうした選択を「全体として間違っていなかった」と肯定的に評価する。その上で、防衛懇の目的を「これまでの防衛力のあり方の指針となってきた『防衛計画の大綱』を見直し、それに代わる指針の骨格となるような考え方を提示すること」とする。ここには、戦後初期には大きな影響力を持ちつつも80年代までには衰退した「自主防衛」アイディアについての言及は見られない。このアイディアに基づく政策路線が、もはや現実的な検討対象となりえないことが言外に示されているといえる。

第１章は「冷戦後の世界とアジア・太平洋」と題され、世界的および地域的な安全保障環境の変化とそれへの対応を論じている。第１項では、冷戦の終結により「はっきりと目に見える形の脅威」が減少した反面、「分散的で特定しがたいさまざまな性質の危険」が予測しがたい形で存在するようになってきており、今後はこうした事態を新しい安全保障問題として捉え対処する必要があるとする。

第２項「米国を中心とする多角的協力」では、そのための安全保障環境を形作る要因として「軍事力の態様」と「国際的な諸制度」の２つを挙げる。前者についてはアメリカの軍事的優位が、後者についてはアメリカを中心とする同盟ネットワークが重要であり、こうした状況は今後とも持続するとする。但しそこでは「米国がその卓越した軍事力を背後に持ちながら、多角的協力のなかでリーダーシップを発揮できるかどうか」が問題であるとし、同盟国に対するアメリカのコミットメントへの不安が示されている。ここで注目されるべきは、日米安保条約がNATOと並んで、米国中心の同盟ネットワークの「最も代表的なもの」とされていることである。従来の「安保重視」アイディアにおいては、

日米安保条約はあくまで日本の防衛のための手段としてのみ位置づけられてきた。他方ここでは「米国を中心とする多角的協力」のための手段としての位置づけが示されている。もちろん、この条約のもう一方の当事者であるアメリカは従来から条約のこの側面を重視しその意義を強調してきた経緯があり、その意味でこのような日米安保条約の位置づけは、特に目新しいアイディアとはいえない。とはいえ、こうした安保観を明示してこなかった日本側がこのような立場を公式に打ち出すとすれば、やはりそれは大きな政策転換と評価されるべきであろう。

第３項「協力的安全保障の機構としての国連などの役割」以降では、今後予想される安全保障上の危険として、地域紛争の多発と複雑化、兵器・軍事技術の拡散、貧困と無能力国家の出現を挙げ、こうした事態への効果的対処のためには安保理の協調とそれに基づく国連の役割が重要であるとする。このため、冷戦終結後に成立した「米国を中心とする大国間の協調が失われるならば、世界全体の安全保障環境は一挙に悪化する危険がある」。ここでは、冷戦終結後の安全保障にとって、国連の役割がさらに拡大していることが強調されており、「国連中心」アイディアに更なる根拠を与えてその重要性を主張しているといえる。アジア・太平洋地域については、米・中・露が交錯する地政学的に重要な地域であるが、冷戦終結による安全保障環境上の変化は小さく、今後地域的な経済成長を背景として軍拡競争の危険があることも指摘し、地域的な信頼醸成の努力が必要であるとしている。

第２章「日本の安全保障政策と防衛力についての基本的考え方」では、樋口レポートの核心である、冷戦後日本の防衛政策の中核をなすべき新たな政策アイディアが明示される。第１項では、日本は秩序形成者としての役割を積極的に果たしていくべきとし、以下のように安全保障政策の３つの核を提示するのである。「第一は世界的ならびに地域的な規模での多角的安全保障協力の促進、第二は日米安全保障関係の機能充実、第三は一段と強化された情報能力、俊敏な危機対応能力を基礎とする信頼性の高い効率的な防衛力の保持である。」続く各項では、これら３つの主張がより詳しく展開される

第２項「多角的安全保障協力」では、主に国連による集団的安全保障体制を想定し、これを日本の安全保障政策の究極目標として掲げる。こ

の点では、樋口レポートのアイディアは、従来の「国連中心」アイディアと大きな違いがない。このレポートの新しさは、次の点にある。すなわち、冷戦の終結により集団的安全保障体制の最低条件は整いつつあるとするものの、その実現までにはまだ長い時間が必要となるため、その実現に向けて平和維持活動を中心とする国連の諸活動に積極的に参加することこそが日本の国益にかなう、との主張である。また、大量破壊兵器の拡散などを防ぐため、国際的軍備管理の強化に向けての努力も日本にとって重要な課題であるとする。従来の「国連中心」アイディアにおいては、日本は自らを秩序受容者と位置づけ、国連による集団的安全保障体制の確立を希求するのみであったのに対し、樋口レポートは日本を秩序形成者として位置づけ直し、国連の集団安全保障体制の確立に向け積極的な活動を行うべき、とのアイディアを提示したのである。この点において、樋口レポートは、かつての「国連中心」アイディアを単に引き継いだのではなく、「多角的安全保障」アイディアとでも呼ぶべき新たな政策アイディアを提示したといえる。この新たな政策アイディアに、湾岸戦争以降に隆盛した「国際貢献論」の影響を見出だすのは容易である。

第３項の「日米安全保障協力関係の充実」では、１章において暗示されたとおり、日本の防衛のためだけでなく、アジア地域へのアメリカのコミットメントを確保することにより地域的安定を維持するためにも、「日米両国がその安全保障関係を引き続き維持するという決意を新たにすることの意義は大きい」との主張がなされる。そのため、安保条約の「存続をよりいっそう確実なものとし、そのよりいっそう円滑な運用をはかるため、さまざまな政策的配慮と制度的な改善がなされなければならない」と結論が導かれる。ここでは、従来の「安保重視」アイディアを超えて、日米安保条約を東アジア地域の安全保障のための枠組として活用すべく、これを強化・拡大するという方向性が明示されている。ここにも、樋口レポートの新しさが端的に現れている。この日米安保に関わる政策アイディアこそが、従来の「安保重視」アイディアとは区別されるべき新たな「日米同盟深化」アイディアである。

第４項「信頼性の高い効率的な防衛力の維持および運用」では、日本独自の防衛力につき、新たな状況や任務に対応するため、「自衛隊は情

報能力、危険予知能力を向上し、確実に危機対応ができるような体制を備え、また、そのように行動できるような政策決定の仕組みを作り上げておく必要がある」としている。しかし前大綱で打ち出された基盤的防衛力構想が引き継がれている事からも明らかなとおり、政策アイディアについての大幅な変更は加えられておらず、ここまでに示された情勢変化および「多角的安全保障」アイディア、「日米同盟深化」アイディアを前提として、これらに対応できる防衛力を形成することが主眼となっている。これは日米安保を前提とした防衛方針といえ、独力で防衛を行う「自主防衛」アイディアを想起させる内容は、ここでも示されない。

この第２章までが樋口レポートの前半部分といえ、防衛懇の中でもレポートを執筆した渡邉を中心とする委員の考えが強く現れている部分である。その特徴としては、大きく変動する国際環境と日本の防衛政策を現実的かつ整合的に関連付け、全体をまとまりあるひとつの政策ヴィジョンとして構築しようとする視点があげられよう。この努力の結果、レポートの提言は従来の政策の延長や状況適応といった範囲を超え、新たなアイディアに基づく政策路線の転換を打ち出すものとなった。その端的な表れが「多角的安全保障」アイディアの提示である。先述のとおり、自己を秩序受容者と規定した戦後日本の防衛政策にとって、国連による集団安全保障体制の確立は、理想としつつも実際には取り組むことのなかった政策路線であった。自己を秩序形成者と再規定し、集団安保体制の確立のための積極的な活動へと向かうことは、まさに政策の大転換といってよい。このような変化の提言に対し、政策実施の担当者である防衛庁およびそれに近い立場にあった西廣らの委員が、必ずしも積極的な支持を示さなかったとしても何ら驚くにはあたるまい（秋山 2002、40）。[7] こうした事情は、従来の政策方針と比較的近く、またその必要が防衛庁内においても広く認識されていた「日米同盟深化」アイディアの場合と大きく異なるところである。樋口レポートによれば、２つの新たな政策アイディアは、日米同盟の強化・拡大という短期目標が、国連あるいは地域的な集団的安全保障体制の確立という長期目標の基盤となりその実現に寄与するという論理で、補完的・整合的な関係を持っており、対立的な関係にはない。にもかかわらず、防衛庁内部においては、２つの政策アイディアに対する支持に温度差が見られた。この点については

後に改めて触れる。

さて、「新たな時代における防衛力のあり方」と題された第３章では、前章までに示された冷戦後日本の防衛政策を実現するための具体策について議論が展開される。軍事専門的な内容に踏み込む部分が多く含まれ、防衛庁や西廣らの見解が色濃く反映されている。

本章ではまず「冷戦型防衛」から「多角的防衛」への基本戦略の転換が謳われ、そのためにいかなる防衛力を保持すべきか、日米安保関係をどう充実させていくかが論じられる。防衛力については、日本の安全保障政策の柱として「国際平和のための国連の機能強化への積極的関与」を改めて強調し、これに向け、PKO 活動を自衛隊の本務とするため自衛隊法をはじめとする諸制度を整備すること、この範囲内での武器使用が当然認められるべきこと、こうした活動を有効に実施するために自衛隊の組織・制度・装備を改善すること、国際平和協力法の平和維持軍（Peace Keeping Force: PKF）参加凍結を早期に解除すること、国際的軍備管理に積極的に取り組みこれに自衛隊を有効に活用すること、アジア・太平洋地域で安全保障対話を通して信頼醸成を目指すこと、などの課題を提起する。

日米安保については、「平和のための同盟」としての重要性を強調した上で、これを二国間関係にとどまらずアジア・太平洋地域の安全保障にかかわる枠組と見るべきとし、「作戦運用、情報・指揮通信、後方支援、装備調達などの広範な分野にわたる相互運用性（インターオペラビリティ）の確立」に向け、両国間の政策協議や情報交流を促進すること、部隊運用計画の共同立案・共同研究・共同訓練を充実させること、「調達及び物品役務相互融通協定（Acquisition and Cross-Servicing Agreement: ACSA）」を早期に締結すること、装備の共用化を進めること、駐留米軍への支援体制を改善すること、を課題とした。

さらに防衛力整備の方針について、軍事技術の発展や若年人口の減少、財政的制約などの状況を前提とした上で細かな検討を加え、C3I システムの充実、統合運用の強化、機動力と即応力の向上、人的資源の節約という基本方針を示している。これに基づいて、陸上自衛隊を中心として現行27万人から24万人程度へ定員を削減することを中心として[8]、自衛隊全体および海上・航空各自衛隊についても規模縮小の方針を具体的に

示し、また加えて弾道ミサイル対処システムについてもアメリカとの連携を進めその保有を目指すべきとしている。そのほか国内防衛産業の保護育成の重要性や、政府による技術開発、国家レヴェルでの危機管理体制や情報一元化の必要など、防衛政策の範囲を超えてより広範な対応を必要とする課題についても指摘・検討がなされている。

最後に「おわりに」において、これまでの議論の骨格を概観して、報告書は結ばれている。

以上見てきたように、樋口レポートは冷戦後日本の防衛政策を構想し、「多角的安全保障」アイディアと「日米同盟深化」アイディアという２つの新たな政策アイディアを導入した。

「多角的安全保障」アイディアは、国連による集団的安全保障体制の確立を理想とする点をかつての「国連中心」アイディアと共有しつつも、秩序受容者としての自己規定に立って理想の実現を希求するのみであった「国連中心」路線から大きく踏み出し、秩序形成者として国連の集団安全保障体制の確立に向け軍事的役割をも引き受け積極的に活動する、という新たな政策路線を提示した。ただしこのアイディアについては、防衛懇の委員間、および防衛庁内局との間で、必ずしも全面的な見解の一致を見ていなかった。

他方「日米同盟深化」アイディアは、日米同盟を防衛政策の中心とする点では冷戦期の「安保重視」アイディアと同様であるものの、日米安保の役割を日本の防衛のみならずアジアの地域的安全保障にまで広げ、またその信頼性を確保するために日米間、特に両国の軍－軍間の協力関係を強化・拡大しようとする点で、やはり従来とは異なる新たな政策路線を提示した。これについては、防衛懇の委員および防衛庁内局が、ほぼ意見の一致を見ていた。

さて、樋口レポート提出後の防衛政策プロセスにおいて特に問題となったのは、レポート第２章の構成であった。上述のとおり、第１項では冷戦後の情勢認識を確認し、それに基づいて日本は積極的な安全保障政策をとるべきとの提言が導かれる。続く第２～４項ではそのための具体的方針が示されるのであるが、その順序は、まず多角的安全保障関係の構築が挙げられ、次いでそれに向けて日米安全保障協力の充実が必要であるとし、最後にこのための効率的な防衛力の運用を要請する、とい

うものであった。この、

多角的安全保障協力＞日米安全保障協力＞防衛力形成

という順序、とくに「多角的安全保障協力」と「日米安全保障協力」の優先順位が、ある政治的意図を伴って問題化されたのである。この点については次章で改めて触れる。

前述のとおり、両者は、レポートを見る限り必ずしも対立的な関係にはなく、むしろ両者が補完的・整合的な関係を持つよう構成されている。しかし政策実施のためには、この２つのアイディアの間に一定の優先順位付けが必要となる側面があることも否定できない。防衛懇内部および防衛庁内においても、これらの優先順位は問題とされ、議論が重ねられた。最終的には、このアイディアを推した渡邉らの意見を容れてレポートが執筆されることになり、また防衛庁内局も「多角的安全保障」を「安全保障同盟国としての日米の強固な二国間関係におけるグローバルな協力」を意味するもの、つまり多国間枠組を日米安保体制と対立するものではなくむしろ強固な日米安保体制の上に形成されるべきもの、と理解することで、意思統一を果たすことになった（秋山 2002、24）。

第３節　まとめ

本章では、新大綱の策定に向けて、新たな防衛方針が打ち出されるプロセスを検討した。そこでの中心的アクターは、第１に防衛政策を主管する防衛庁であり、第２に首相のイニシャティヴの下に設置された諮問機関、防衛懇である。

90年代の国際的・国内的情勢変化にもかかわらず、各政策決定レヴェルが内包する制度的特徴の継続により経路依存効果が働いた結果、従来政策が維持・継承された、という本稿の作業仮説に基づけば、防衛庁内の決定プロセスにおいては、同庁の限定的政策展開能力という制度的特徴が冷戦後も継続するために、新たな政策展開が選好される可能性は低いとの予想が導かれる。

しかしながら実際のプロセスでは、従来の「国連中心」路線を一部継

承しつつもそこから大幅な展開を遂げた「多角的安全保障」アイディアと、「安保中心路線」をさらに発展・強化する方向性を持った「日米同盟深化」アイディアという、従来政策の枠を超える２つの新たな政策アイディアが提示された。これを可能としたのが防衛懇である。

防衛懇は、新大綱策定のため、首相のイニシャティヴに基づいて設置された非常設の諮問機関であった。この防衛庁とは独立の組織において防衛方針の検討が行われたことにより、政策展開能力に欠けるためインクリメンタルな政策選好を持つ防衛庁の影響が回避され、従来の政策にとらわれない大胆な政策提言が可能となった。２つの新たな政策アイディアは、防衛懇という組織が防衛庁の制度的特徴を迂回し得たことで実現したものといえる。

しかし、この防衛庁から独立した政策方針の検討機関という防衛懇の組織的特徴は、そこで決定された政策提言を現実に推進する局面においては、問題を生じる可能性をはらむ。防衛懇と防衛庁の政策選好が一致している場合には問題は生じないが、両者の選好が食い違っている場合には、政策方針の決定段階においては首相の権威を背景とした防衛懇の選好が提言として公表されることになろう。しかし防衛懇はここでその役目を終え、政策プロセスから退場することになり、その後に政策を推進するのは防衛庁の役割となる。このとき防衛庁が、防衛懇の提言に従って自らの選好に反する政策を推進するか否かは、不透明といわざるを得ない。こうした場合でも提言どおりの政策推進を確実なものにするためには、たとえば首相が指導的イニシャティヴを取るといった、政治レヴェルにおける裏づけが必要となる。

防衛懇には、防衛庁との選好の乖離というこの問題を回避するための制度的裏づけが存在した。防衛庁内局が防衛懇の事務局機能を果たし、両者が密接に関係しながら検討作業を進める体制がとられていたし、防衛庁内には内局と自衛隊の幹部で組織される長官の諮問機関が設置され、内部統一を図るとともに防衛懇の提言を内部に浸透させる機能を果たした。にもかかわらず、防衛懇内に潜在的対立があったことなどから、これらの制度は十分に機能せず、防衛懇と防衛庁の政策選好は必ずしも完全な一致に至らなかった。それは、２つの政策アイディアに対する防衛庁内の温度差となって現れた。

防衛庁内では、従来防衛政策の中核を成してきた「安保中心」路線に近い「日米同盟深化」アイディアに対しては、これを支持する姿勢が浸透していたものの、従来政策とは方向性の異なる「多角的安全保障」アイディアについては、これを忌避する傾向が強く見られた。この点に着目するならば、防衛庁内には限定的な政策展開能力という従来からの制度的特徴が残存していたとの見方ができよう。ただ上記のような傾向が見られたとはいえ、防衛庁は「樋口レポート」に沿って一応の意思統一を図ることに成功している。そこでは、２つの政策アイディアを整合的に解釈する努力が行われ、さらには内部的反発の強い自衛隊の部隊削減についても、調整・決定が行われている。このことからは、防衛庁内にも新たな政策方針にある程度適応する柔軟性があったことが分かる。これら２つの傾向のうちどちらが支配的であったのかについて、以上の例から判断することは難しい。

さて、次章で詳しく見るように、この「多角的安全保障」アイディアをめぐる問題は、日米間の政策プロセスにおいて一定の政治力学の下に再度焦点化され、新防衛計画の大綱、ひいては冷戦後日本の防衛政策に、大きな影響を与えることとなった。「多角的安全保障」アイディアと「日米同盟深化」アイディアは対立的な関係にあると位置づけられ、両者が防衛政策の中核的アイディアの座を争う構図が生じたのである。

この対立の中で、完全にまとまりきれていない防衛庁が、防衛懇の提示した「多角的安全保障」アイディアを推進するには、前述のように政治レヴェルのイニシャティヴなどの外的要因が重要となる。さらに、この争いの展開と決着には、防衛庁以外のアクターやそれらにかかわる制度が大きく影響することになる。

第６章　「東アジア戦略報告（EASR）」の分析

1995年２月に出された米国防総省の報告書「東アジア戦略報告（East Asia Strategic Report: EASR）」は、「日米同盟深化」の方向性を導く重要な文書となった。以下では、まずEASRを完成させた「ナイ・イニシャティヴ」のプロセスを概観し、その制度的特徴を示した上で、EASRの内容を検討する。

ここで明らかになるのは、まずアメリカ側の政策イニシャティヴが、「樋口レポート」などに示されたアメリカのコミットメントに対する日本の不安に対する対応として開始されたという事情である。さらに、このイニシャティヴの中で、アメリカは樋口レポートに示されたアイディアにつき、「日米同盟深化」については同意した上で、これを補強する「日米安保政策調整」アイディアを構想し、これに基づく日米間の政策調整を、1.5トラック・チャネルを通じて機能させた。その成果がEASRである。他方、アメリカは「多角的安全保障」アイディアには消極的な態度を示した。

日本の防衛政策形成にアメリカが関与する場合には、防衛政策上の２国間関係の基盤である安保条約に関する接触チャネルが利用されることになる。本稿の作業仮説に基づけば、そこでの日本側アクターは、主に安保条約を主管する外務省であり、影響力の面でも政策展開力の面でも外務省に劣る防衛庁は、主たるアクターとはなり得ない。しかし、以下で詳しく見るように、この予測に反して防衛庁は、アメリカ側、特に国防総省との直接的な接触を持ち、日本の防衛政策形成のみならずアメリカの政策形成にも関与した。これらの展開を可能としたのは、ナイ・イニシャティヴのプロセスで新たに機能し始めた諸制度である。

第１節　制度：「ナイ・イニシャティヴ」[9]

1994年９月15日に米国防次官補に就任したジョセフ・ナイは、東アジア地域に対するアメリカの安全保障政策を明確化するため、後に「ナイ・イニシャティヴ」と呼ばれることになる検討プロセスを開始した。この成果が翌年２月に公表される「東アジア戦略報告（East Asia Strategic

Report: EASR)」、通称「ナイ・レポート」である。ナイがこのイニシャティヴを開始したのは、アメリカが冷戦終結後の時代においてもこの地域の安全保障に対するコミットメントを継続することを、明確に示す必要を感じていたからであった。こうした認識を形成したのは、当時様々なところで強まりつつあった、アメリカのコミットメントへの疑念であった。

第4章で見たように、冷戦後アメリカは軍縮方針を打ち出しており、その一環として前方展開されている海外駐留米軍の規模縮小のため撤退政策を進めていた。この傾向は冷戦終結により平和が実現されたヨーロッパ地域において顕著であり、西欧諸国では概ね歓迎された。しかしながらアジア地域においては状況が大きく異なっていた。この地域の安全保障上の国際システムは冷戦時においても米・中・露の3極構造であった点でヨーロッパ地域とは異なっており、冷戦終結によっても必ずしも対立構造は解消されず、一定程度残存することになった。また、これらの3極が直接相対する北東アジアには、朝鮮半島と台湾海峡という不安定要因が存在していた。こうした点から、多くの安全保障専門家の間では、冷戦後も東アジア地域は安全になったとはいえない、という見方が支配的であった。冷戦が終結した以上、この地域に駐留する米軍兵力もある程度の削減はやむをえない情勢ではあったが、ブッシュ政権下に計画された削減計画は、何よりもアメリカ国内世論の圧力を受けて作成されたものであったため、国内政治への影響を重視するあまり当該地域諸国に与える影響について関心が薄く、こうした国々に対する説明も十分になされなかった。これが各国にアメリカのコミットメントへの疑念を生じさせる結果となった。アメリカの同盟国においては、その疑念は同盟理論にいう「見捨てられ（abandonment)」る恐れとなって、アメリカへの不信をさらに掻き立てることになる。1994年夏にアジア地域のアメリカ大使館が行った状況調査では、日本のみならずマレーシアや中国などの地域各国においても、アメリカが将来この地域へのコミットメントを縮小させるとの認識が強いということが明らかになり、この報告はワシントンに送られていた。

クリントン政権初期の外交は、一般に経済分野を非常に重視しており、政治や安全保障に関わる問題に対する関心は概して希薄であった。こう

した中、アメリカの対東アジア・日本外交専門家の中には、日米外交における安全保障問題の重要性を強調し、この分野における関係強化を目指した取り組みを始める必要がある、との認識に基づき活動を開始したグループがあった。中でもその後のプロセスにおいて重要な役割を果たしたのが、ワシントン D.C. のフォート・マクネアにある国防大学（National Defense University: NDU）などにおいて開催されていた日米安全保障問題に関する私的な勉強会、マクネア・グループ[10]である。

マクネア・グループの主な参加者は以下のとおりである：エズラ・ヴォーゲル国家情報会議（National Intelligence Council: NIC）東アジア担当上級分析官；ポール・ジアラ国防総省日本部長；マイケル・グリーン防衛分析研究所（Institute for Defense Analyses: IDA）研究員；パトリック・クローニン国防大学国家戦略研究所（Institute for National Strategic Studies: INSS）主任研究員（肩書は当時）。

ジアラは、94年２月の日米首脳会談における包括協議の決裂に際し、日米関係の現状を「漂流している（drifting）」と表現したメモを国務省出身のケント・ウィードマン国防次官補代理に手渡し、この問題への注意を喚起しようとした。しかしながら、これは国防総省が国務省の対日外交姿勢を批判する動きと受け止められたため、取り上げられることはなかった。

ハーバード大学の東アジア専門家であるヴォーゲルは、日米の安全保障関係に強い憂慮を持っていた。NIC においてこれを共有していたのが、議長でありハーバードの同僚でもあるジョセフ・ナイであった。知日派として知られるリチャード・アーミテージ元国防次官補やブレント・スコウクロフト元大統領補佐官らからも、クリントン政権の対日政策に関する懸念の声がもたらされていた。[11]

グリーンとクローニンは、NDU などにおいて日米安全保障問題に関する内輪の勉強会であるマクネア・グループの組織・運営を行っていた。

マクネア・グループはあくまで私的な勉強会であり、アメリカの政策決定過程においてなんら公式の地位を与えられてはいなかったが、ヴォーゲルやジアラといった対日政策コミュニティのメンバーが参加していたこと、さらにヴォーゲルの個人的なコネクションを通して議論さ

れた内容がナイへと伝えられていたことにより[12]、安全保障分野におけるアメリカの対日政策決定に重要な影響を与えることとなる。

さらに注目すべきは、その影響がアメリカ国内に限られず、日米二国間のプロセスにも及んでおり、そこでも無視しがたい役割を果たしたという点である。ここで重要となるのが、1992年にNDUに設置された、いわゆるジャパン・デスクである。これは、防衛庁とNDUとの人材交流計画によってNDUにフェローとして任期１年で派遣される防衛庁の若手幹部のポジションを指す。これは主に防衛庁側の働きかけで設置に至ったもので、あくまで人材交流のためのものとされ、NDU内にオフィスが１つ与えられる程度で、職務も明確化されておらずその機能は派遣される個人によって左右されることが多く、公式の政府間チャネルには組み込まれていない。[13] 初年度はこの制度の設立に尽力した山内千里が派遣され、以降１年交代で新保雅俊、高見澤将林、徳地秀士ら、後に防衛庁の中核を担うことになる若手が派遣されている。

このチャネルを通して、防衛庁はマクネア・グループに参加し、アメリカ政府の対日政策決定中枢に近い人々の感触を探って情報を得、また日本側の感触や評価を伝えることが出来た。マクネア・グループでジャパン・デスクが冷戦後のアジア地域に対するアメリカのコミットメントに懐疑的な認識を伝え、アメリカ側のメンバーが対日政策に関する憂慮を深めることとなったのは、その一例である。このように、「日米安保再定義」のプロセスの初期において、両国の防衛当局は、こうした政府レヴェル（ファースト・トラック）でもなく、しかし完全に非政府レヴェル（セカンド・トラック）でもない、いわば1.5トラックとでもいうべき特殊なチャネルによって接触を持ち、連絡を取り合いながら、共同で双方の作業を進めていった。

この点をもう少し具体的に見るため、マクネア・グループの動きを追ってみよう。[14] 1994年夏、日本で防衛問題懇談会が最終報告書（樋口レポート）提出に向け審議を続けていた時期、グループは報告書の草案を入手しその内容の分析を行っていた。草案は最終案に比べてより多国間主義の重要性を強調したものであった。メンバーはこれを、日本が安保体制という二国間関係から離れて多国間枠組へと基本戦略を転換させつつある兆候と考え、安保体制の将来に深い憂慮を抱くようになった。[15]

樋口レポートの公表前には、当時ジャパン・デスクだった新保を通してこれに対するアメリカ側の意見を日本側に伝えられることになり、ジアラがグループのメンバーを集めて分析と議論を行った。そこで問題になったのは、樋口レポートの議論がアメリカのコミットメント縮小を前提として組み立てられているという点であった。前述の駐アジア米大使館調査が示すように、アメリカのコミットメントに対する疑念は、日本に限らずアジア地域全体で高まっていることも明らかになりつつあった。その結果、グループのメンバーやアメリカの対アジア政策担当者の間には、この疑念を問題視する認識が広がりつつあった。また樋口レポートは、アメリカの外交政策におけるプライオリティについても、経済分野や人権問題、大量破壊兵器の不拡散といったイシューに重点を置いており、安全保障分野でのコミットメントの根拠となる前方展開を放置している、との議論を行っており、この点も問題とされた。

樋口レポートの公表後、グリーンはレポートの真意を明らかにするため訪日し、西廣ら関係者への聴き取りを行った。レポートの中で日米関係よりも多国間関係が前に置かれていることには意味があるのかとのグリーンの問いに対し、西廣は、樋口グループ内に日米関係よりも多国間関係を重視する委員が数名おり、順序はその意見を反映したものであると述べたうえで、これには非常に重要な意味があると答えた。こうした順序付けをグリーンが批判すると、西廣はこれに賛同し、個人的にはレポートの序列に反対だとの意見を述べたという。また、外務省からも同様の憂慮が示された。[16]

ワシントンでも、樋口レポートの内容を日本のアメリカ離れの象徴として批判する論調が広く見られるようになっていた。こうした状況は、必ずしもレポートの内容を正確に反映したものとはいえない。レポートが多角的安全保障と日米同盟を対立的なものとしてでなく、補完的・整合的なものと位置づけていたことは、前述のとおりである。批判の背後には、マクネア・グループをはじめとする対日外交担当者や知日派たちが、それまでの経済偏重の対日外交を批判し、悪化した日米関係の改善に向けた政策転換を求めるため、半ば意図的に樋口レポートの特徴を過度に単純化しそれを問題として喧伝することで政策コミュニティの関心を惹きつけようとした、という事情がある。実際、後のプロセスでキー・

パーソンとなるナイ自身は、樋口レポートに問題を感じるどころかこれを好意的に受け止めたとして、次のように語っている。「樋口レポートを読んだが、どこに問題があるのかちっとも分からなかった。むしろ、日本の新たな行動主義とグローバルな視野の広さと積極性を感じて心強かった。PKOへの取り組みも好感が持てた」（船橋 1997、265；また同趣旨のナイの証言について、『毎日』1997/5/17、15）。結局のところ樋口レポートをめぐるアメリカの拒否反応は、多分に国内の政治情勢を背景とした政治宣伝に影響された側面が強かったというべきである。この意味で樋口レポートは、アメリカの政策プロセスにおいて「ガイアツ」として利用されたといえる。[17]

ただし、こうした表面的な問題化がもたらしたショックの影響は、決して小さなものではなかった。日本側では、米国内の動向を受け止めて樋口レポートを問題視する動きが現れ、外務省もこの問題への関心を強めた。アメリカでは、マクネア・グループのメンバーがこれを契機に対アジア外交、中でも特に重要な対日外交が危機に瀕しているとの見方を強め、これらの地域に対する外交戦略を、安全保障分野を中心に据えて見直そうと動き始めた。また1994年9月には新保に代わって高見澤がジャパン・デスクとしてNDUに赴任した。高見澤は、樋口レポートがアメリカで強い批判にさらされたことから、日米間に大きな誤解が生じているのではないかと恐れていた。ジアラとヴォーゲルは高見澤を含めて日米二国間の勉強会を組織することを提案した。この勉強会の運営はグリーンが担当し、主に当時彼が在籍していたIDAで開催された。実質的にマクネア・グループを引き継いだこの非公式の勉強会にも、現役の外交官や官僚を始め研究者やシンクタンクの人間が参加し、安全保障分野における日米両国の政策についてブレイン・ストーミング的な議論が行われた。

しかしながらそれは単なる議論の場であるにとどまらず、将来の両国の安全保障政策を連動的に最適化させることで安保体制を強化するという明確な目的を持って組織されていた。グリーン自身これを「事務方の勉強会を政府以外で行う」、「1.5トラックとでもいえる」もので、「通常のケースではなかった」珍しい例と評価している。[18] この、通常の外交ルートには含まれない、非公式な日米接触チャネルの制度化は、従来非常に

弱かった防衛庁と国防総省の間の事務レヴェルでの軍－軍関係を補完・強化し、ナイ・イニシャティヴを日本の政策形成プロセスと結び付ける役割を果たした。

アメリカ政府内でこうした動きの中心となったのが、ジョセフ・ナイであった。前述のように、ナイはNIC時代から日米関係に関心を持ち、ヴォーゲルらとともに改善策を練っていた。そこでウィリアム・ペリー国防長官から国防次官補に誘われたとき、日本との安全保障関係の強化をやらせてほしいと頼み、日米関係を憂慮していたペリーもこれを快諾したという経緯がある。94年９月、ナイの次官補正式就任の直前、畠山防衛事務次官がワシントンにナイを訪ね、ジアラ、アーミテージらを交えて朝食をともにした。この訪問は、樋口レポートに対するアメリカからの強い批判を憂慮した西廣が、畠山にアメリカ側への趣旨説明と相互理解の形成を依頼して実現した。畠山は日米安保体制への強い憂慮を示し、翌年に予定されている防衛計画の大綱改定に向けて日米韓で緊密な協議を行いたいとの姿勢を示した。これに感銘を受けたナイは畠山に何かあったらいつでも電話をしてきてほしいと述べた。畠山はウォルト・スローコム国防次官とも会談し、同趣旨の要請を行った。スローコムはこれで対日政策における安全保障分野の欠落を重視するようになった。これを聞いたペリー長官は、10月中旬からの外遊の際に日本重視の姿勢を打ち出すことにした。[19] 以上のように、日本側の働きかけもあり、国防総省内では日米安保体制の強化を重要課題として共有する体制が形成され、その後の具体的な作業はナイに一任された。ここに、ナイ・イニシャティヴが開始される。

当初、国防総省外からは、ナイのイニシャティヴに反対する声が上がった。国務省の日本担当者は、国防総省による対日政策見直しに、自分たちがそれまで取ってきた政策が否定され職域が侵されると感じ、強く抵抗した。しかし、国務省と国防総省の現場レヴェルにおいて発生した摩擦は、すぐにトップ・レヴェルでの協調関係が成立したために、深刻なものとはならなかった。次官補就任直後の94年10月、ペリー長官に随行し日本を訪れたナイは、東京でウィンストン・ロード国務次官補、スタンレー・ロス東アジア担当大統領特別補佐官らと懇談した。ここでロードはナイのイニシャティヴに賛意を示し、ロスもこの問題をナイに任せ

ることで同意した。その後ナイとロードの関係は良好に推移し、またペリー国防長官とウォーレン・クリストファー国務長官の間でも国防総省主導の対日政策見直しについて同意が成立していたことで、国務省内もナイ・イニシャティヴを支持する方針が共有された。

合衆国通商代表部（USTR）は、ナイ・イニシャティヴにとって最大の障害となるのではないかと考えられた。第4章で見たとおり、クリントン政権第1期目は経済問題を外交の最重要課題としており、対日外交はUSTRに主導されていた。したがって、経済問題の重要性を弱め交渉における自由度を制限しかねない安全保障分野での協調促進に対しては、USTRを中心とするいわゆる「貿易屋（trade guys）」からの反対が出ると考えるのは当然であった。しかし実際にはそのような障害は生じなかった。これは、イニシャティヴが政府内の幹部レヴェルにおいては比較的低位の国防次官補に主導されたことで、特に初期の段階ではUSTRに強い警戒感を抱かせることがなかったためといえる。その後95年6月には懸案であった日米自動車交渉が決着して経済分野における重要問題がひとまず解消し、96年にはミッキー・カンターUSTR代表と激しい交渉を繰り広げた橋本龍太郎が総理に就任、カンター自身も同年の大統領選ではクリントンの選対責任者になる予定となっていた。したがってナイ・イニシャティヴの後期においては、経済重視派が安全保障分野に反対するという構図の前提自体が徐々に薄れてきていた（船橋1997）。実際、96年にナイが日米安保共同宣言に向けての説明をホワイト・ハウスで行った際には、他省庁から反対が出ることはなかったという（秋山 2002、61）。

以上のようにナイ・イニシャティヴは、アメリカ国内の政策プロセスにおいて、国防総省と国務省という安全保障政策の中心官庁からの支持を受け、また安全保障政策にとって最大の障害と目されたUSTRからの反対を受けることがなかった。その結果ナイ・イニシャティヴは、行政レヴェルにおいては、自らの政策提言を政策決定へとつなげやすい制度的位置を獲得した。また、ペリー国防長官およびクリストファー国務長官という、大統領に近い閣僚の強い支持を受けていたことで、政府トップ・レヴェルにおいても相当の影響力を期待できたといえる。

ナイは、自らのイニシャティヴを進めるにあたって、身近にあった対

日政策専門家集団であるマクネア・グループをこれに取り込み活用した。こうしてマクネア・グループは、ナイ・イニシャティヴ開始後も重要な役割を果たしていく。彼らは、対日外交に関する戦略ペーパーの執筆を目指した。ペーパーの目的は、外交戦略の焦点を経済分野から安全保障分野へと移行させることにあったため、経済問題は扱わず、まず政治的問題から始め、次いで戦略的問題へと移り、最後に運用上の問題を取り上げることとした。全体の基調となる戦略的議論は、ナイ自身が「ボトム・アップ・レヴュー（Bottom-Up Review: BUR）」などに示されたアメリカの来るべき世界戦略との整合性を見定めた上で組み立てた。さらにジアラとヴォーゲルがアウトラインを示し、グリーンら日本専門家、クローニンら同盟関係専門家がそれぞれの専門領域に沿った見地から修正を加えた。それを元にグリーンとクローニンがペーパーの執筆を行った。

ペーパーで最後に取り上げられている「運用上の問題」は、朝鮮半島危機の経験から特にジアラが重視したものである。前述のとおり、北朝鮮の核開発をめぐる危機は、日米安保体制を現実に機能させる初めての機会となり、実際にその検討が行われたが、そこで明らかになったのは、安保条約を現実に運用するための整備が全くといっていいほど行われておらず、実際には安保体制が機能しない、という現実であった。このままでは安保体制自体が崩壊しかねない。この危機を現実のものとしないため、ジアラは安保条約を運用するために必要な措置を講じることを喫緊の課題と考えたのである。ジアラの問題意識は他のメンバーにも共有され、戦略ペーパーの重要な柱を構成することになった。

このように、マクネア・グループは非公式の組織でありながら、政府政策文書であるEASRを形成する上で極めて重要な機能を果たした。さらにマクネア・グループはNDUジャパン・デスクとともに1.5トラック・チャネルを形成し、公式の制度的裏付けを欠いていたナイ・イニシャティヴをめぐる日米の軍－軍交渉にゆるやかな制度的基盤を与えた。

初期の段階からナイは、EASRが日本の新たな「防衛計画の大綱」にも反映され、両者が共通の戦略的見地を持つことを期待していた。94年11月、国防次官補就任２ヶ月目にして早くも２度目の訪日を果たした

ナイは、事務レヴェルの日米交渉公式チャネルである安全保障高級事務レヴェル協議（SSC）において、日本側と日米安保体制の強化と拡大のプロセスを開始することで合意した。同月、EASR に向けた検討も開始され、翌年２月の EASR 提出までその内容について日本側と協議が続けられた。また、このナイ訪日に同行したヴォーゲルは、自民党の山崎拓や新進党の愛知和男ら元防衛長官をはじめとする、政官にわたる日本の防衛政策関係者と会談し、集団的自衛権行使を違憲とする日本政府の憲法解釈見直しが今後の重要課題となるとの認識を共有したとされる（『毎日』95/３/12、１）。94年12月には早くもレポートの草案が米軍に先駆けて日本側に提示され、内容についての協議が行われていた。

ナイは、グリーンとクローニンが書いたペーパーを元に２、３ページの資料を用意し、ペリー国防長官に安全保障分野における対日関係強化を求めた。ペリー長官がこのナイ次官補の申し出に同意し彼の活動を支持したことで、マクネア・グループが描いた戦略転換が政策化されることになった。

マクネア・グループによって執筆された戦略ペーパーは、アメリカ政府の政策文書として公式に位置づけられ、95年２月28日、アメリカ国防総省より公表された。これは、後に日本の防衛計画の大綱（95年11月）、日米安保共同宣言（96年４月）など、相互に関連付けられ内容を調整された政策文書へと結実する、日米同盟深化の最初期の成果といえよう。

以上のようにナイ・イニシャティヴは、関係省庁のトップ・レヴェルの支持、あるいは無関心のもとに、こうした政策イニシャティヴとしては比較的低いレヴェルに主導され、新たに形成された1.5トラック・チャネルを通して、政策担当者のみならず政府外の専門家や日本政府側の官僚の参加も受け入れつつ進められた。この意味で、ナイ・イニシャティヴは従来の政策形成制度への依存度が比較的小さなプロセスだったといえる。

ナイ・イニシャティヴおよび EASR で示された、日米が政策プロセスや戦略的見地を共有するという目標は、EASR 執筆の際にすでに重視され、具体化されていた。先述のように、通常の外交ルートのみならず、マクネア・グループおよびジャパン・デスクが形成した1.5トラック・チャネルによって、それまでは希薄だった日米の事務レヴェルでの

軍－軍関係が一定の制度的基盤を持ち始め、機能するようになっていった。これによりプロセスを通して日本側との接触は保たれ、内容についての説明や協議・調整が行われた。このように、ナイ・イニシャティヴは政策アイディアを形成するのみならず、そのアイディアを半公式的に実践する機能をも同時に果たしたのである。

第２節　アイディア：「東アジア戦略報告（EASR）」の過程

EASR において最も強調されたのは、アジア太平洋地域に対するアメリカのコミットメント維持であった。前述のナイ・イニシャティヴ開始に至る事情を考えるなら、これはごく自然なことである。EASR では、アジア太平洋は最も経済的活力に優れた地域であるため、アメリカの安全のみならず経済発展にとっても重要であるとの理由を挙げて、当該地域へのコミットメントの継続は国益に適うとする。さらに、この地域におけるアメリカの役割を「誠実な仲介人（honest broker）」と規定し、その役割を果たすため予見しうる将来にわたってこの地域に10万人規模の米軍の前方展開が必要であると論じる。それは、「世界中で起こる危機に対する迅速かつ柔軟な対処」、「地域覇権の出現防止」、「様々な地域的問題に対する影響力強化」など、アメリカの国益にかなう効果を持つとした。

10万人という数字は BUR から引き継がれたもので、当時実際にこの地域に展開していた米軍の規模である。それはすなわち、アメリカは今後東アジア地域へのコミットメントを縮小させることはない、というメッセージであった。また、これは当時ヨーロッパに駐留していた米軍ともほぼ同規模であり、米軍の前方展開について世界的なバランスを維持するとの意味もこめられている。10万という数字を明示することに対しては、将来の運用における自由が奪われることを恐れてこれに反対する声が、軍を中心とする国防総省内部からも上がった。しかし最終的には反対派も、この数字に下限の意味を持たせることで予算削減圧力に対する防壁ともなりうる、との判断から同意に転じた。他方東アジア地域においては、この数字は地域的な戦略バランスを保つものとして概ね好意的に受け止められた。

EASR は、具体的な戦略目標を５つ挙げている。第１に、日本をはじ

めとする当該地域の同盟国との２国間関係の「強化（engagement）」である。第２に、中国、ロシア、ベトナムといった非同盟国との関係「拡大（enlargement）」を挙げる。中でも特に中国を敵視せず、国際社会の枠組に取り込むことが重要であるとしている。第３に、将来的にアジア地域フォーラム（ARF）のような地域的多国間対話の枠組が重要になるとしている。第４に、北朝鮮や台湾、スプラトリー諸島など、地域に存在する問題を重視し、特に北朝鮮の核疑惑問題に関しては日米韓の３カ国が協調して解決を目指すことが必要だとしている。最後に、大量破壊兵器（WMD）の拡散はアメリカのみならず同盟国などにとっても大きな脅威となるため、これを防止する努力が重要であるとともに、戦域ミサイル防衛（TMD）などの対処能力も必要であると結論付けている。

EASR は、日米関係を「アメリカにとって最も重要な２国間関係」であるとし、「太平洋地域の安全保障政策と世界的な戦略目標の両方にとって不可欠である」と位置づけている。さらに、日米関係は安全保障上の同盟関係、政治関係、経済・貿易関係の３本柱で成立しているとし、経済・貿易分野の摩擦によって同盟関係を傷つける愚を強く戒めている。その上で、ODA や PKO 活動の実施、在日米軍に対する「思いやり予算（Host Nation Support: HNS）」を挙げ、日本が地域的・世界的な安定の維持に一定の役割を果たすようになったことを指摘している。また、米軍の日本駐留を「日本や、その近隣にあるアメリカの利益を防衛するのみならず、極東全体の平和と安全の維持に資する」ものとしている。ここでは、日米安保条約は単に日本の防衛のためのみならず地域的安全保障のための機構であるとの立場が強調されている。この立場は、樋口レポートにおいて日本側が示したものと同一であるが、前述のとおり従来アメリカが安保条約に与えてきた位置づけに沿ったもので、アメリカ側にとっての新しさはない。

以上のように、EASR は冷戦終結後の時代におけるアメリカにとっての東アジアの重要性を示し、そこでの長期的国益を守るためにいかに行動すべきかを提言した文書である。具体的には、この地域へのコミットメントを維持する必要性が主張されるが、中でも特に強調されるのは、日本との同盟関係の重要性であり、この関係を強化・拡大することがアメリカの国益にかなうとする。このように、EASR の主張は従来のア

メリカの対日安全保障政策と比較して、基本的にはその方針を受け継いでおり、目新しい要素はほとんど見られない。また、樋口レポートの内容と比較しても、新たに付け加えられた課題等があるわけでもなく、樋口レポートに示された「日米同盟深化」アイディアをアメリカの国益にかなうものと評価しその推進を支持するものだったといえる。他方、樋口レポートに示されたもう一つのアイディア、「多角的安全保障」についての評価は、EASR には示されていない。ただし、日本が地域的安全保障のために積極的に役割を果たしていこうとする姿勢に関しては、これを高く評価している。

EASR に含まれた新しいアイディアは、その内容に示されたのではなく、その形成プロセスにおいて実践された。ナイは自らのイニシャティヴの目標を、日米が安保に関する政策プロセスを共有し、その中で共通の戦略的視点に立つことによって、両国の安全保障政策を最適なものへと調整することに置いた。従来から存在した日米間の安全保障政策協議制度は、この目的にとって十分な機能を果たしていなかった。それに対して、樋口レポートの形成過程で機能し始めていたマクネア・グループとジャパン・デスクによる1.5トラック・チャネルは、ナイ及び国防総省というイニシャティヴの中心に近く、柔軟に運用可能な日米間の、しかも軍－軍間の事務レヴェル非公式接触チャネルだったことで、有効に機能することができた。そして、このチャネルを通して政策協議が行われること自体が、イニシャティヴの核心にあった新しいアイディアの実現であった。このナイ・イニシャティヴおよびEASR のプロセスで提示され実践された、両国が戦略的視点と政策プロセスを共有するというアイディアを、「日米安保政策調整」アイディアと呼ぼう。これは、樋口レポートの「日米同盟深化」アイディアとは別の視点から、日米安保条約を実質的に強化・拡大するための政策アイディアであった。マクネア・グループおよびNDU ジャパン・デスクはこのアイディアを実践する上で非公式の制度的基盤を与えた。そしてこの「日米安保政策調整」アイディアが実践されたことにより、本来日本の政策決定プロセスとはいえないナイ・イニシャティヴが、冷戦後日本の防衛政策決定のプロセスと分かち難く結びつき、一定の影響を与えることになった。

第３節　まとめ

ナイ・イニシャティヴの過程では、「日米安保政策調整」アイディアという新たな政策アイディアが提示され実践された。日米の安保関係は、従来安保条約を基調に両国の協調関係を置きながらも、運用面など現実に協調を機能させる上で不可欠な要因を置き去りにしてきたために空洞化が指摘されるに至っていた。この問題への解決としてナイが構想したのが、両国の防衛政策を構想段階から調整し最適化することで協調関係をより強固にする、というそれまで実現したことのないアイディアであった。

このアイディアは、アメリカの安全保障戦略の策定プロセスにおいては比較的下位に当たる国防次官補によって発案されたという点で異例ともいえるものであり、通常のルートでは政策プロセスに参入することは難しかったかもしれない。しかしペリー国防長官がナイのイニシャティヴを支持し、ペリーと国務省トップとの間でナイのイニシャティヴについての合意が形成されたことなどにより、日米政策調整アイディアは通常のルートを迂回するような形で政策プロセスへの参入を果たすことができた。

さらに、このアイディアの構築および実施には、通常の政策プロセスとは異なるもうひとつの要因が不可欠であった。それが、従来米国の政策プロセスや日米の２国間関係に組み込まれていなかったマクネア・グループである。マクネア・グループは、アイディアの構想段階においてナイとともにこれを彫琢する役割を果たしたのみならず、ジャパン・デスクとともに日米間の1.5トラック交渉チャネルを形成して政策調整を実現する制度的基盤となった。

日米の政策調整を想定していなかった既存の日米安保協議制度では、緊密な政策調整を実現すること自体が困難であったと考えられる。また、仮にそれが実行された場合には、防衛庁の政策展開能力の低さと外務省の優位という制度的特徴の経路依存圧力により、日本側アクターでは外務省が主導的役割を果たし、防衛庁は十分なイニシャティヴを発揮することができなかった可能性が高い。

マクネア・グループは、政策調整を実現する上で、こうした経路依存

圧力を回避する柔軟な回路として機能した。その結果、防衛庁はこの政策調整に主体的に関わり自立的に活動することが可能となったのである。これを契機に日米の軍－軍関係が徐々に、しかし格段に緊密化していく。この軍－軍関係は、後に新ガイドラインの策定時に枢要な機能を果たし、またそのプロセスを通じてさらに強化されることになる。これにより当初非公式な制度により支えられていた軍－軍関係は、より公式的な制度基盤を備えていく。これとともに、当初の非公式な制度は過渡的なものとしてその役割を終えることになる。この新たな制度化プロセスでは、従来からの安保協議制度も再活性化され、活用されるようになっていく。

また、ナイ・イニシャティヴを主導したのが米国防総省であり、そのカウンター・パートである防衛庁が米国防総省との緊密な関係を築いたことで、国内の省庁間関係における防衛庁の地位は向上し、政策形成プロセスにおける外務省との影響力の格差は縮まりつつある。

つまり、ナイ・イニシャティヴのプロセスでは、マクネア・グループが重要な役割を果たした結果、経路依存圧力が働かず、日米安保政策調整という新たな政策展開が実現した。さらに政策調整が実施されることで、防衛政策形成プロセスに関わる従来の制度的特徴に変化が生じ、日米の軍－軍関係の強化や日本国内における防衛庁の地位向上といった、新たな特徴の制度化が生じたのである。

本来、アメリカ国内の安全保障政策形成プロセスであったナイ・イニシャティヴは、以上のような事情により、政策調整を通じて日本国内の防衛政策形成に多大な影響を与えた。この意味で、ナイ・イニシャティヴは日本の防衛政策形成プロセスの一部と見ることができる。さらに言えば、ナイ・イニシャティヴ開始以降の日本の防衛政策プロセスは、最早国内に閉じられたものとはいえなくなった。現代日本の防衛政策を分析する際には、この政策調整プロセスをも視野に納めることが不可欠となったのである。

第７章　新「防衛計画の大綱」の分析

新たな「防衛計画の大綱」の策定作業は、1994年11月頃に防衛庁内局において開始され、１年を経た95年11月28日、閣議決定により新大綱が正式に成立することになる。本章では、まず新大綱成立に至るまでのプロセスを概観し、安全保障会議（安保会議）と与党防衛調整会議という政府政策の決定に関わる制度の特徴を明らかにした後、新大綱の内容を検討し、いかなるアイディアがその核心を成すのかを明らかにする。

防衛政策の根幹を成す文書である防衛計画の大綱は、政府内部の政策文書と位置づけられており、その決定に際しては国会による採決が不要であった。すでに述べたとおり、国家の重要政策である防衛政策の根幹部分がこのように決定されることとなったのは、与野党が対立し防衛政策がイデオロギー争点化した55年体制下においては、政治レヴェルが防衛政策形成へ十分に関与し続けられなかったためであった。

後に見るとおり、55年体制崩壊後の新大綱策定プロセスにおいても、この政治レヴェルの消極的関与という特徴は継続し、政府内部文書という大綱自体の位置づけも変更されることはなかった。したがって、新大綱策定は、まず主管官庁である防衛庁が原案を起案し、これを元に安全保障会議において原案を修正しつつ省庁間協議が行われて政府内の意思統一が図られるとともに、与党防衛調整会議においても原案の修正と連立与党内の意思統一が図られ、これらを通して出来上がった最終案を閣議決定する、というプロセスを経ることになる。また、行政と議会の多数派が一致する議院内閣制においては、そもそも議会を通して野党の意思を政策に反映させるための制度的保証は十分ではないため、この意味でも政策形成への政治レヴェルの関与は低いものとならざるを得ない。これに加え後述する連立与党内の事情が、政治レヴェルの関与をさらに弱めることになった。

制度の継続に基づく経路依存圧力により政策が維持される、との本稿の作業仮説によれば、政治レヴェルの消極的関与という制度的特徴が継続したため、新大綱の政策内容は政治レヴェルからの改変を受けず継続されることが予想される。

以下で見るプロセスは、大枠でこの予想に合致しているように見える。しかし仔細に検討するならば、新大綱で採用された政策路線が、従来方針を継承しつつもそれをさらに発展させたものである点など、作業仮説のみからでは十分に説明のつかない事象が存在することも明らかとなる。こうした事象を理解するには、前章までに検討した、ここまでの政策プロセスで生じた制度的変化とアイディアの展開の影響を考慮するとともに、本章で見る制度の継続の背後で進んでいた、政党政治の再編による政治的論理の変化を視野に収める必要がある。

第１節　制度：安全保障会議[20]

1994年８月、樋口レポートが提出され、これが一つの契機となって同年11月、アメリカでナイ・イニシャティヴが開始された経緯はすでに述べた。この頃、日本ではすでに事務レヴェルにおいて新大綱に関する検討が進められていた。前述のように、樋口レポートの形成過程でこれと密接に関わった防衛庁内の検討会の活動などにより、新大綱に関する防衛庁・自衛隊内の態度は、この時期すでにかなり固まっていた。しかし、この新大綱の内容には各自衛隊の防衛力規模削減等の微妙な内容が含まれていたため、見直しが相当進展した95年後半に至るまで、国内においてはその内容が庁外に明らかにされることはなかった。他方、アメリカ側との協議は活発に行われていた。前述のようにナイは、日米双方にとって新時代の安全保障戦略の基礎となるEASRと新大綱が、理念や方向性を共有することを目指しており、そのため米国防総省側はEASRの内容を構想・執筆過程で日本側に示して協議を行っていた。これと同様に、防衛庁も新大綱の構想をアメリカに示し、その内容に関わる協議を行っていた。すなわち、これら２つの基本戦略文書は、理念や方向性のみならずその形成プロセスをも共有していた。

こうしたプロセスを経て新大綱の構想は徐々に練り上げられていく。94年12月末には、防衛庁内で新大綱策定に向けての大枠が固まり、95年３月末の時点で、玉澤徳一郎防衛庁長官、畠山蕃事務次官、西本徹也統幕議長、村田直昭防衛局長ら防衛庁・自衛隊のトップの間では、樋口レポートに沿う内容で新大綱の概要についての意見がまとまっていた。

３月29日には玉澤長官が、８月末までに新大綱の骨格を示す方針を発表している。

政策化に向けた次の段階として、政府原案を練り上げるため内閣安全保障会議に諮ることが必要となる。[21] 主に２つの理由から、この安保会議への諮問には時間を要した。第１の理由は事務手続上の問題で、安全保障会議を開催するためには事前に議論の方向性を示す必要があるのだが、防衛庁が微妙な内容を含む大綱改定を正面から打ち出せなかったため、この条件を満たしあぐねたという事情である。結局この問題は、議題を「大綱の改定」ではなく「今後の防衛力の在り方についての検討」と曖昧にすることで解決された。第２の、より重要な理由は、自民党内に大綱の改定という防衛政策の根幹の見直しを行うことに対する抵抗があったことである。この時期、政権は自社さ連立与党が握っており、村山社会党委員長が首相を務めていた。すでに自衛隊違憲論を捨てていたとはいえ、いまだ防衛アレルギーの根強い社会党が強い影響力を発揮しやすい政治状況下で、防衛政策の基本方針を再検討することに対しては、山崎拓政調会長をはじめとする防衛族を中心とする自民党議員らから、強い懸念が表明されており、同様の意見は防衛庁内の一部にも存在していた。さらに、大綱改定の指針となる樋口レポートが、自民党を政権の座から追い落とした細川政権のイニシャティヴによって提出されたものであることに対する感情的な忌避感も自民党の一部にはあったとされる。

しかしながら、日本の防衛政策を所掌する防衛庁および外務省においては、現行の大綱は冷戦終結後の新たな国際環境に適合しなくなっており、政治的理由から大綱改定を先延ばしすることは最早出来ない、との認識が大勢を占めており、最終的にはそうした意見に沿って大綱改定が議題として取り上げられることになった。こうして95年５月30日、ようやく翌月の安全保障会議の開催が決定し、６月９日、安全保障会議で大綱改定に向けた初審議が行われた。[22] この後、11月28日の新大綱案の決定に至るまで、全10回の審議が行われた。[23]

この安全保障会議での審議過程では、省庁間の対立が問題となる。まず、防衛政策形成の中心となる防衛庁と外務省の間には、樋口レポートの防衛ヴィジョンをめぐって対立が存在した。問題となったのは、アメ

リカが問題にしたのと同様に、「多国間安全保障」と「日米同盟深化」の優先順位であった。樋口レポートに基づき大綱改定を進めていた防衛庁に対し、外務省は、アメリカが示した懸念のとおり、「多国間安全保障」の優先が日本の日米安保体制軽視のメッセージと見られることを恐れ、このような順位付けでは安保体制の維持が難しいと判断していた。防衛庁および外務省は、アメリカも交えて事務レヴェルにおいてかなり早い段階からこの問題について議論を深めていたが、なかなか問題解決の糸口は見つからなかった。

95年５月２日、日米防衛首脳会談がワシントンで開催され、９月にSCC を開催する方針で両国が合意した。この訪米直前から玉澤防衛長官が、日本の安全保障の根幹は日米安保体制にあるとして多国間枠組を疑問視する考えを強調し始めており、会談後の記者会見でもこの考えを打ち出すとともに、安保体制の充実は２国間のみならず国際的な平和にも資すると発言した。一見当初方針に反するとも取れる見解を、組織のトップが公表したのである。この背景には、前述の自民党内における樋口レポートへの反発があった。

これに対し、翌３日のSSC では秋山防衛局長が、日米安保体制を単なる２国間の制度であるにとどまらない国際公共財であるとして、安保体制強化に基づく多国間枠組の重要性について防衛庁の考えを強調した。[24] しかし内部の統一を欠くこととなった防衛庁は最終的に方針を転換せざるを得ず、結局日米安保体制を防衛政策の最重要基盤と位置づけ「日米同盟深化」を優先することで、防衛庁と外務省の対立は決着した。これにより、その後両者の間には協力関係が成立することになる。

内閣法制局との間に生じた対立は、さらに調整が困難であった。内閣法制局は、防衛政策に関しては主に法秩序と政府の憲法解釈や統一見解などとの一貫性を維持する立場にあり、大綱の改定にあたっても、こうした視点から問題点を指摘していた。焦点となったのが「周辺事態対処」に関わる問題であった。周辺事態対処とは、日本の周辺で日本の「平和と安全に重要な影響を与えるような事態」が発生した場合には、国連の活動に対する支持や日米安保体制の運用を通じて対処する、とする規定で、樋口レポートにおいても触れられていなかった論点である。この規定は、９月から10月ごろ、米軍側との協議からその必要性を意識した統

合幕僚会議事務局から発案され、防衛庁及び外務省がこれを支持した（信田 2006、78）。これに対し法制局は、この規定を従来政府が行使できないとしてきた集団的自衛権の行使に該当する要素を含むものと考え、新たな大綱には盛り込むべきでないとした。すでに見たように、日米安全保障条約第６条は、在日米軍施設の設置目的を極東地域の安全保障と規定している。[25] また、自衛隊の行動の地理的範囲に関する政府統一解釈は、自衛権の及ぶ範囲は必ずしも日本の領土、領空、領海に限られず、他国の領域外の日本周辺の公海や公空をも含むとしている。[26] したがって、日本周辺で自衛隊や在日米軍が個別で活動する際には問題は生じない（自衛隊については公海、公空に限る）。しかし、日本周辺の公海や公空であっても、自衛隊と米軍が共同で武力を行使することはもちろん、米軍の武力行使を自衛隊が支援することも集団的自衛権の行使に当たるため許されない。[27] 内閣法制局は、新大綱の周辺事態対処は、必ずしも集団的自衛権の行使に当たるとはいえないものの、集団的自衛権に当たる活動の可能性が排除されていないとして、この規定に反対した。

この問題は、結局官僚レヴェルでの解決には至らなかった。さらに、安保会議事務局を担当する内閣安全保障室は、省庁間の調整がつかない問題を同会議に上げないとの方針を採っていたため、同会議内での政治的解決に持ち込むこともできなかった。最終的に防衛庁は、本件を衛藤征四郎防衛長官に上げ、衛藤長官が河野外相や橋本通産相らに直接根回しをし、その上で法制局長官と安全保障室長の了承を得るという、通常とは異なる政治ルートを使って、ようやくこれを安保会議の議題することに成功した。その後安保会議内での議論が行われ、さらに政治レヴェルでの調整が図られた。

以上が示すのは、安保会議は基本的に政府省庁間の官僚レヴェルにおいて合意に達した事項を閣僚が審議する場であって、結局のところ実質的な決定は官僚レヴェルでなされており、政治レヴェルの関与が小さいということである。ただしこれは、政治レヴェルの影響が小さいことを必ずしも意味しない。省庁間交渉における対立が激しい場合に、政治レヴェルにおいて対立の解決が図られ得る事実は、政治レヴェルが積極的に関与した場合には、その影響力が官僚レヴェルのそれを上回ることを示している。

この後、政府内、特に省庁間レヴェルにおいては、新大綱決定に向けて着々と準備が進んでいった。最後に問題となったのが、政治レヴェルの交渉、特に自社さ連立与党内の調整である。これは官僚レヴェルの意思統一を図る安全保障会議での論議に劣らず重要で、８、９月頃から進められていた。自民党と社会党という、防衛政策に関して真っ向から対立してきた両党が参加する連立与党において、防衛政策に関する意思統一を図ることは、きわめて困難であると同時に、連立の存続自体にも関わる重要課題であった。この作業を担当したのが、与党防衛調整会議である。同会議には、自民党から池田行彦と大野功統、社会党から大出俊と田口健二、さきがけから前原誠司が参加していた。座長は任期２ヶ月の持ち回り制で、大綱改定が議題となった時には大出が担当していた。調整会議における協議は様々な対立を孕みつつも徐々に進められていった。

前述の周辺事態対処をめぐる問題は、政治レヴェルでの調整が必要とされた争点の中でも、新大綱の根幹に関わる特に重要な論点であった。村山首相及び社会党は、周辺事態対処は日米安保条約の対象範囲を条約に示された「極東」から実質的に拡大するものではないかとの懸念を示した。この問題に関して、調整会議を中心に自民党側と社会党側の交渉が重ねられた。その結果最終的には、日米安保条約とそれに基づく日米の安全保障分野における協調関係としての日米安保体制とを区別し、周辺事態対処は必ずしも軍事的活動を意味せず、むしろそれ以外の分野での活動が大半を占めること、したがってこれが日米安保条約における「極東」の範囲に関する政府統一解釈を変更するものではないことを確認し、以上を新大綱と同時に発表される内閣官房長官談話にて明確化する、との妥協が図られ、政治決着がつけられた。

これを「政治決着」とするのは、結局のところ、問題の核心であった日米安保の対象範囲の実質的拡大について、その是非がこの妥協によっては明確となっていないからである。また、これは新大綱の根幹を成す「日米同盟深化」アイディアの是非に関わる論点であったにもかかわらず、その点についての議論もなされないままであった。これらの問題については、次項で改めて確認する。つまるところ、調整会議における議論は新大綱の本質にまでは至らず、より象徴的な争点や表面的文言につ

いての争いに収斂してしまった。次に述べる調整会議における最終調整の内容が、この事情を良く示している。

11月末の与党調整会議の最終段階で、社会党およびさきがけが、武器輸出３原則の堅持を大綱に記載すること、および核兵器について「究極的廃絶」を目指すとした原案について「究極的」の文言を削除すること、の２点を強く要求した。これに対し自民党側は、武器輸出３原則は個別政策レヴェルの問題で大綱になじまないなどとして強硬に反対し、協議は決裂寸前の事態となった。28日午前の安保会議において政府原案を決定することが既定方針となっていたが、結局27日の調整会議においても結論は出ず、翌日に予定されていた安保会議は開始時間を延期、28日も協議が続けられた。28日午前の調整会議でまず「究極的」の削除が決まったものの、武器輸出３原則については合意に至らなかった。夕方、調整会議はいったん翌29日に協議を持ち越す決定を行ったが、村山首相が橋本自民党総裁に電話し28日中の取りまとめで合意、官邸で調整会議を再開させ、武器輸出３原則は大綱に含めず官房長官談話で言及することで決着した。同日夜に開催された安保会議で政府案を確定、続けて行われた閣議において新たな防衛計画の大綱が決定された。

連立与党、特に長年防衛政策で原理的対立を続けていた自社両党にとっては、防衛政策の根幹を成す新大綱につき、その根本に踏み込んだ議論の上で合意に達することは極めて困難であった。しかし55年体制下は異なり、両党が連立与党を形成している状況では、協議の決裂は政権崩壊へと直結するため、何としても避けねばならない。こうした事情は調整会議における協議が開始される以前から明白であった。したがって調整会議においては、周辺事態対処の例のように官僚レヴェルでの決着がつけられないような争点を除いて、新大綱の本質に深く関わるような論点について実質的な議論を避けることが、連立与党各党にとって共通の合理的行動であった。しかし連立与党の動向に注目する有権者にとって防衛政策が関心の高い論点であることも間違いない。したがって各党は、この政策に真剣に取り組んでいる姿勢を示し、有権者の支持を維持・拡大するために、最終的に妥協が可能な象徴的な論点については、強い態度を示して協議を進めたのである。

以上の連立与党の行動とその背後にある論理は、55年体制下に見られ

た自民党のそれと基本的に変わるところがない。新大綱策定のプロセスにおいても消極的関与戦略が継続されたことは、この意味で当然といえる。かつてとの違いは、（連立）与党の動機付けが「スムーズな国会運営」から「連立枠組の維持」へと変わったことくらいであろう。言い換えれば、環境の変化によりその機能は安定的な国会運営から連立政権の枠組維持へと変化したものの、政治レヴェルの消極的関与という制度的特徴は、少なくとも90年代中盤に至るまで維持されたのである。

第２節　アイディア：新「防衛計画の大綱」の内容

本節では、新大綱の性格を、旧大綱および樋口レポートとの比較から明らかにし、またその中核をなすアイディアを抽出する。

新大綱は、冷戦終結後の新たな国際情勢認識に基づいて構築されている。この点で、冷戦、ことにデタント状況を基にしていた旧大綱との差異は明白である。さらに国内情勢認識においても、新大綱は新たな状況への対応策としての性格を明示している。新たな状況とは、第１にバブル経済の崩壊に始まり、後に「失われた10年」と呼ばれることになる深刻な経済不況であり、第２に少子高齢化問題の一側面としての若年人口の減少であり、最後にアメリカが主導した情報技術を中心とする諸技術革新に基づく軍事技術革命（Revolution in Military Affairs: RMA）の国内波及である。以上の情勢認識は、樋口レポートに示されたものをほぼそのまま引き継いだものといえよう。

冷戦の終結により大規模な軍事的脅威の蓋然性は大きく減じ、また深刻な経済的停滞状況にあっては、防衛力整備もこれに配慮したものでなければならない。こうした認識に基づくならば、基盤的防衛力整備構想の根拠となった諸情勢の変化は、構想自体の転換を迫るというより、むしろその必要性を高めるものといえた。したがって新大綱においても、基盤的防衛力構想は引き続き維持されることになった。さらに、防衛力の規模的な拡大は最早不要との認識が広がり、削減要求が強まっていた。また陸上自衛隊を中心に、兵力の定数と実数との乖離が深刻となり、活動に支障を来すという現実も見られた。若年人口の減少とともに、この問題はさらに深刻化すると予想された。現有の基盤的防衛力は大幅な削

減が困難であるものの、一定の削減はやはり必要であるとの結論は避けられない。ただし、日本周辺には不透明な潜在的脅威が存在しているから、こうしたものに対処する能力は維持・向上させねばならない。そのためには、防衛力整備において新たな技術革新の成果を利用すべきである。こうした論理により、新大綱では、基盤的防衛力整備構想を「基本的に踏襲」しつつ防衛力の「合理化・効率化・コンパクト化」を進める、との方針が採られた。これらも、基本的に樋口レポートの提言どおりの内容となっている。

新旧大綱を比較した場合、特に重要な要素が３つ挙げられる。第１に旧大綱に侵略事態への対処方針として規定されていた「限定小規模侵略独力排除方針」であり、第２に日本周辺地域で発生した事態への対処方針であり、最後にPKO活動を中心とする国際的平和環境構築への取り組みである。以下、詳しく見ていく。

まず侵略事態に対する対処の方針である。旧大綱においては、「限定小規模侵略独力排除」という方針が採られていた。これは３～４個師団規模の陸上兵力が１～２箇所に上陸し侵略を企てる事態などを想定し、この規模の侵略には日米安保によらず日本独力で対処するという方針である。これを超える規模の侵略に対しては、「独力で排除が困難な場合にも、あらゆる方法による強じんな抵抗を継続し、米国からの協力を待ってこれを排除する」として、日米安保に依存する方針が採られていた。この方針は、国土防衛を相当程度アメリカに依存する状況にあって、独立国としての自主防衛の精神を具体的に示す象徴的意義を持っていたといえる。

対して新大綱では、直接侵略への対処は「これに即応して行動しつつ、米国との適切な協力の下、防衛力の総合的・有機的な運用を図ることによって、極力早期にこれを排除する」とのみ記述され、「限定小規模侵略独力排除方針」は削除されている。秋山によれば、この変更は、日米安全保障体制化で実際に行われるオペレーションの検討を踏まえた結果である（秋山 2002、102-105）。「どんな小規模の水準でも、現実に外国からの武力侵攻があれば、日米軍事同盟に基づき、しかも日本に相当規模の米軍が駐留していることを考慮すれば、米軍が直ちに前線で戦うかどうかは別として、ほとんど当初から日米は協力して対処すること必至

である」ためだ。日米安保がある限り限定小規模侵略独力対処という方針は現実的ではないから、新大綱では削除した、ということである。

しかしながら旧大綱下においても、同様の事情は変わらず存在した。したがってこの変更からは、旧大綱策定から95年の新大綱策定までの19年間に、日本の防衛政策の根幹として、日米安全保障体制が基盤的防衛力整備構想よりも重要性を増したということが読み取れる。しかもそれは単に理念的な重要性の問題ではなく、オペレーション・レヴェルにおいて日米安保体制が深化してきていること、そして新大綱の下でさらにその傾向が強まっていくであろうことを明確に示している。それは旧ガイドラインなどによって進められた自衛隊と米軍の間のオペレーション・レヴェルでの協力関係強化の成果であり、1997年の新たな「日米防衛協力のための指針」（新ガイドライン）締結に向かう方向性の確立であった。つまり、この「限定小規模侵略独力排除方針」の削除が示しているのは、日本有事において日米間の協力がもはや現実的に不可欠のものとなっており、「安保重視」路線が日本の防衛政策の中核として強固に定着したという現実である。

次いで第２の周辺事態への対処について見てみよう。この規定は、「大規模災害等各種の事態への対応」（Ⅲ－４－(2)）の下に置かれている。内容的に標題との繋がりが希薄なこの位置に置かれざるを得なかったこと自体が、本規定のはらむ問題を象徴している。[28]「我が国周辺地域において我が国の平和と安全に重要な影響を与えるような事態が発生した場合には、憲法及び関係法令に従い、必要に応じ国際連合の活動を適切に支持しつつ、日米安全保障体制の円滑かつ効果的な運用を図ること等により適切に対応する。」ここでは、日米安保体制の対象範囲が「日本周辺地域」を含むものとされ、しかも日本がそこで主体的に活動する可能性が示唆されている。

前述のとおり政府内においては、この条項につき内閣法制局の反対があった。実務レヴェルでの対立は結局内部で決着がつけられず、最終的な結論は政治レヴェルでの調整に委ねられた。政治レヴェルでは、これが安保を実質的に拡大するものではないかとの村山首相及び社会党の懸念に対し、これが安保条約の範囲を変更するものではないことを内閣官房長官談話にて明確化することで決着がつけられた。この事情は前節で

述べたとおりである。少々長いが、談話の該当部分を以下に引用する。

> （周辺事態対処は）「日米安全保障体制に基づく米軍の存在と米国の関与が我が国周辺地域の安定要因となっており、また、日米安全保障体制を基調とする日米両国間の安全保障、政治、経済など各般の分野における幅広く緊密な協力関係が我が国周辺地域の平和と安定に貢献しているとの趣旨を示したものであります。したがって、ここでいう『我が国周辺地域における平和と安定を確保し』との表現により、日米安全保障条約にいう『極東』の範囲の解釈に関する政府統一見解を変更するようなものではありません。」[29]

この談話によっても、日本の領域外における自衛隊と米軍の共同活動が禁じられているわけではないことには注意を要する。自衛隊と米軍が、いかなる地域でいかなる活動を協力して為し得るのか、あるいは為し得ないのかについては、依然明確化されていない。その意味で、内閣法制局の反対の原因であった、集団的自衛権の行使に当たる活動の可能性も、依然として排除されてはおらず、また社会党が懸念した日米安保条約の対象の実質的拡大も、結局のところはっきりと否定されているわけではない。このような項目が閣議決定文書に記載されたことは、55年体制下では考えられなかった重大な政策転換といえる。

以上のように、周辺事態対処条項は、日米安保を前提として、日本の領域外においても日米協力、特に米軍と自衛隊が協力して活動を行うことを可能とするための規定といえよう。つまり日米安保を前提とし、その地理的・機能的な範囲の拡大を目指すことが主眼にあるのであって、これは「日米同盟深化」アイディアの端的な表現といえる。またこの規定の内容は、前述の、「多角的安全保障」アイディアに関する防衛庁内の解釈とほぼ重なるものである。すなわち、日米安保を前提として、これを強化することで多角的安全保障につながる効果をも得る、との政策方針である。その意味では、この規定は「日米同盟深化」とともに、防衛庁型の「多角的安全保障」アイディアを体現するものとも言える。しかしこの「多角的安全保障」アイディアは、渡邉ら防衛懇の一部委員が構想した元々の姿とは異なるものといわざるを得ない。この点は、次に

見る国連 PKF 活動の扱いにおいて、一層明確になる。

樋口レポートでは、「多角的安全保障」アイディアが、「日米同盟深化」アイディア以上に強調されていた。しかしながら新大綱において、「多角的安全保障」は、削除こそされなかったものの、その重要性は「日米同盟深化」に比べて著しく縮小された。「より安定した安全保障環境の構築への貢献」という項目が設けられてはいるものの、「防衛力整備」や「日米安保体制」と比較して、その扱いの小ささは明白である。さらに記述の順序においても、日米安保体制と密接に関係する「わが国の防衛」、および「大規模災害等各種の事態への対応」より後に記載されたことが、「多角的安全保障」の軽視を明白に物語っている。内容的にも、「国際平和協力業務の実施を通じ、国際平和のための努力に寄与する」として、1992年に成立した「国際連合平和維持活動等に対する協力に関する法律（国際平和協力法、PKO 法）」に基づく国連の平和維持活動（PKO）への参加推進が謳われているのみで、その記述は従来の政策方針の確認に留まっており、当時新たに問題となっていた争点についての判断は示されていない。

当時、PKO 活動をめぐる最大の争点は、PKO 活動の中でも軍事力行使の可能性を前提としている国連平和維持軍（PKF）への参加の是非であった。PKF への参加は、PKO 法附則第２条において「別に法律で定める日までの間は、これを実施しない」として、凍結されていた。前述のように、この点について樋口レポートは、「いわゆる平和維持隊（PKF）本隊業務の凍結規定を出来るだけ早く解除する方向で、論議を煮詰めることが望ましい」として、PKF 参加の凍結を解除すべきとの方針を明示していた。しかしながらこれについては、さすがに社会党内部に不満が強く、また同時期にルワンダ難民救援のための PKO 派遣や国連常任理事国入りといった関連問題についての是非が議論されていたという事情もあり、政府は踏み込んだ対応が出来ず、むしろ消極的な態度を示している。[30] この結果、PKF 凍結解除問題は、新大綱策定過程において十分議論されることはなく、結局新大綱においては一定の方針が示されるどころか、言及されることもなく終わった。

第３節　まとめ

制度の継続に基づく経路依存圧力による政策の継続、という本稿の作業仮説は、本章の分析とは大枠において合致しており、これを明確に否定する事実は明らかになっていない。ただし、より仔細な検討からは、作業仮説が完全に妥当するとは言い切れない事実が浮かび上がる。

本章で明らかになったことは、まず、従来の防衛政策プロセスに見られた制度的特徴である政治レヴェルの消極的関与が、この時期にも継続していたということである。このため、政治レヴェルにおいては、新大綱の核心に関しての十分な議論が行われなかった。この限りにおいて、制度の継続という作業仮説の想定は妥当といえる。ただし、このときの政治レヴェルの消極性は、連立与党枠組の維持という、従来とは異なるロジックの下に現れた現象であった。この点を重視するなら、単純に制度が継続したと結論付けることはできなくなる。この消極的関与戦略の背後のロジック変化は、更なる政治環境の変化に対してこの戦略が維持されるか否かといった点について、大きな違いを生じさせ得る。そのため、戦略自体が維持されているからといって、その背後のロジックの変化を無視すべきではない。

次いで、新大綱の中核に関しては、省庁間レヴェルで対立があり、最終的には「日米同盟深化」を推す外務省の主張に対し「多国間安全保障」を推す防衛庁が譲歩することで決着したとの経緯があった。この事実は、表面的には外務省が防衛庁に優越する強い影響力を持つという従来からの防衛政策プロセスの特徴を反映するものと見える。こうした見方を取るならば、本稿の作業仮説が支持される。しかし実際には、防衛庁の譲歩はこのような結論を必ずしも導くものではない。防衛庁の「多国間安全保障」解釈は、外務省が批判した樋口レポートのそれとは異なり、むしろ日米安保体制の強化を重視するものであった。この見方によれば、防衛庁と外務省は「日米同盟深化」という基本方針を共有していたのであり、両者の対立は、当事者にとって防衛政策の根本にかかわるようなものではなかったということになる。その場合、防衛庁の譲歩は基本方針を維持した上での調整と捉えられるものである。さらに、外務省の主張は、基本的にアメリカ側の対日政策コミュニティの立場とほぼ同じものであったから、防衛庁の譲歩はアメリカ側の意向に沿ったものと考えることもできる。ナイ・イニシャティブのプロセスに見られた、日米の

軍－軍政策アライアンスの形成を考慮するなら、防衛庁の“転換”は、外務省の圧力というより、日米の軍－軍関係による調整の結果と見ることができよう。つまり防衛庁の妥協は、外務省の優越に起因するものとは必ずしも結論付けられず、従来防衛政策プロセスに見られた特徴が継続しているか否かをここから明確に判断することはできない。

ともかく、この防衛方針をめぐるアイディアの対立の結果、新大綱の核心となり、その後の防衛政策の基本路線を形成したのは、「日米同盟強化」アイディアであり、樋口レポートで強調された「多国間安全保障」アイディアは、その重要性を著しく低下させることになった。新大綱は、多くの部分で樋口レポートの内容を引き継いでおり、その提言に沿って形成されたものといえる。しかし最も中核的な政策アイディアの部分については、樋口レポートの記述ではなく、日米の政策当局間および国内の諸アクター間の合意が直接的に新大綱に反映されたのである。

終章　結論

本稿の主たる問いは、なぜ冷戦終結後に日本は日米同盟深化を進めたのか、ということであった。これに対する作業仮説は、90年代の国際的・国内的情勢変化にもかかわらず、防衛庁内、省庁間、政治レヴェルの各決定レヴェルにおける防衛政策形成にかかわる制度的特徴の継続により、経路依存効果が発揮された結果、「安保重視」路線が維持・拡大されたため、というものであった。

前章までの分析を踏まえて、この作業仮説の妥当性を検証していこう。図１（次頁）は、前章までに見た政策プロセスを、アイディアと制度の関係を中心に図示したものである。まず防衛庁内の決定である。防衛庁は、「多国間安全保障」と「日米同盟深化」という２つの政策アイディアを提示した。しかし、この２つに対する態度には温度差が見られた。従来政策の核を成した「安保重視」路線を引き継ぐ「日米同盟深化」アイディアは、防衛庁の選好に合致したため、省内が一致して推進に取り組んだ。他方、新たに導入された「多国間安全保障」アイディアは、防衛庁の選好に必ずしも合致するものではなかったため、その後のプロセスで十分な推進努力を受けられなかった。ここから、防衛庁内には、従来から見られた政策展開能力の低さが、冷戦終結後にもある程度継続していたことが分かる。

省庁間関係においては、「多国間安全保障」アイディアをめぐる防衛庁と外務省の対立があった。防衛庁は、一度はこのアイディアに基づいて庁内の意思統一を図るも、外務省の反対を受け、結局はこの重要性を低下させるという妥協を図った。これは防衛政策プロセスにおいて従来から見られた、防衛庁の限定的影響力と、外務省の相対的影響力の大きさという特徴が継続した結果と見ることができる。

政治レヴェルにおいては、新大綱の内容につき十分な議論が行われなかった。国会での議決を必要としない政府内部文書としての位置づけが維持されたため、新大綱の内容に対して野党が影響を与えるチャネルは閉ざされた。また連立与党は、連立枠組維持のため、対立が激化しその調整が極めて困難であることが容易に予想される新大綱の核心部分については議論を深めることなく、この課題に取り組む姿勢をアピールしつ

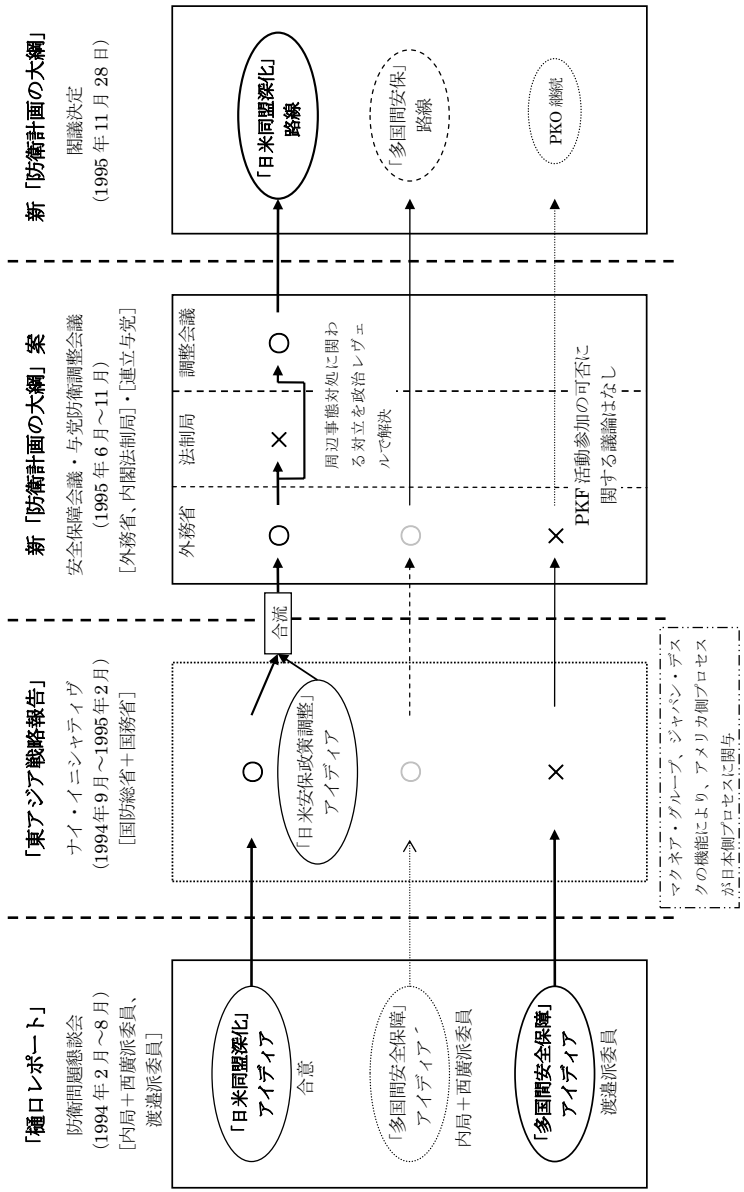


図１：新大綱策定に関わるアイディアと制度

つも最終的には妥協が可能な象徴的争点について議論を重ねた。これも従来から見られた、防衛政策に対する政治レヴェルの関与の低さが継続した結果と見ることができる。

以上からは、作業仮説の正しさが結論できるようにも思われる。確かに、以上の説明は一定の妥当性を備えており、完全な誤りとはいえない。しかし、前章までの分析は、この作業仮説では説明できない重要な要因が存在することを示していた。

まず、防衛問題懇談会という組織の重要性である。防衛懇は、首相のイニシャティヴによる非常設の諮問機関として設置されたがゆえに、防衛庁の限定的政策展開能力という従来の制度的特徴を迂回し、時に防衛庁の反対をも乗り超えて、「多国間安全保障」アイディアと「日米同盟深化」アイディアという、従来政策の枠内にとどまらない政策展開を提言することができた。特に「多角的安全保障」アイディアは、防衛庁内部からは提案され得ない、画期的な政策展開を示したといえる。この意味で、防衛懇は、従来制度の経路依存圧力を乗り越える機能を果たした。

しかし、政策提言のための非常設機関という防衛懇の制度的特徴は、政策提言が出されて後、政策を推進する段階においては、防衛庁の努力を引き出す裏づけを欠くという制約要因となった。また政権交代により、政治レヴェルから防衛庁の取り組みを指導することでこの制度的欠陥を補う、という可能性も失われた。その結果、続くプロセスにおいては、新たに導入された政策アイディアが十分な推進力を得られない、という場面が見られることになった。

次いで、アメリカにおける政策展開が日本の政策プロセスに与えた影響である。日本の防衛政策が日米安保を中核としている以上、防衛政策にアメリカからの影響が及ぶことは当然とも言え、そうした事態は従来も見られた。しかし、新大綱策定のプロセス、特にナイ・イニシャティヴ開始以後に生じた現象は、従来のものとは大きく異なる側面を持っていた。それは第１に、ナイ・イニシャティヴが、従来日米安保の中では行われてこなかった両国の緊密な防衛政策調整を目指したことであり、第２にイニシャティヴを主導した国防総省とカウンター・パートである防衛庁が事務レヴェルでの軍－軍関係を機能させたことである。ナイ・イニシャティヴのプロセスでは、こうした新たな日米の行政関係が、提

案されるのみならず実際に展開された。それを可能としたのが、マクネア・グループと NDU ジャパン・デスクという非公式制度を利用して形成された、1.5トラック・チャネルであった。緊密な政策調整の結果、アメリカは、「日米同盟深化」アイディアを重視しこれに「日米防衛政策調整」アイディアを付加して強化するとともに、「多国間安全保障」アイディアを嫌う選好を、日本に有効に注入しえた。新大綱の策定においては、実は防衛庁原案にすでにこうしたアメリカ側の意向がある程度反映されていたといえる。

事務レヴェルの軍－軍関係強化により、国内の省庁間関係にも変化がもたらされた。防衛庁は、国防総省のカウンター・パートとして政策調整の当事者となることで、日本国内の省庁間関係においても防衛政策形成への相対的影響力を高めた。外務省の影響力は依然として大きく、防衛庁との力関係が逆転するには至っていない。しかしそれを考慮しても、従来の影響力関係が継続していたとの見方はやはり妥当とはいえまい。防衛庁の影響力拡大は、新ガイドライン策定や、周辺事態法の制定など、90年代後半からの防衛政策プロセスにおいて一層明らかになる。作業仮説の検証において述べた従来の特徴の継続という判断は、誤りというべきである。

最後に、政治レヴェルの消極的関与についてである。この特徴は、90年代前半においても継続していた。ただし、この傾向を生み出す論理が従来とは変化していることには注意を要する。従来与野党間の対立を避けスムーズな政権運営を行うための戦略として制度化されていた消極的関与は、自社さ連立政権期においては、連立与党枠組の維持へと目的を変えて継続したのである。

55年体制の崩壊は、単に自民党政権の終焉と中道左派政権の樹立をもたらしたに留まらず、政治過程における防衛政策の位置づけをも変えた。政権入りした社会党が「現実路線」をとり始めたことにより、防衛政策はかつてのイデオロギー争点としての色彩を薄めつつあった。また国会の勢力配置においては、左派がその勢力を弱め中道勢力が躍進した。したがって、政権運営のために防衛政策への関与を避けるというインセンティヴは弱まりつつあり、連立政権の運営がこれに変わるインセンティヴを提供した。この表れの一つが、消極的関与戦略の目的の変化と戦略

自体の継続である。したがって、今後単独政権が成立する、あるいは連立政権の基盤が安定するといった事情により、この政権運営のインセンティヴが弱まったときには、政治レヴェルが防衛政策の形成に積極的に関与する可能性は、従来になく高まると考えられる。

以上見てきたように、新防衛大綱策定のプロセスでは、大枠においては従来の制度的特徴が継続していると見えるものの、目立たないが重要な制度変化が起こりつつあることが明らかである。こうした制度変化は、「日米同盟深化」アイディアが新大綱の核心を成す上で、重要な機能を果たしていた。つまり、冷戦終結後に日本が日米同盟を深化させたのは、従来制度の継続による経路依存によって「安保重視」路線が継続した結果という以上に、この時期新たに形成された制度により、従来の「安保重視」路線を超える政策アイディアとして、「日米同盟深化」が政策化された結果というべきである。

こうした「日米同盟深化」路線を促進する制度変化は、その後の防衛政策プロセスにも大きな影響を与えており、またその後にもこうした方向性を推し進める制度変化が起こっている。たとえば新ガイドラインの策定および実行のプロセスでは、防衛庁・自衛隊内における制服組武官の地位が向上し、政策形成に対する影響力が高まっている。文官優位制の根拠であった事務調整訓令は廃止され、形式的にも実質的にも、この制度の影響は薄れつつある。日米防衛政策調整はその後も進められ、防衛庁の政策展開能力と影響力も高まる傾向にある。日米同盟深化は、現在に至るまで継続している。

日米同盟重視の防衛戦略と日米同盟深化を通して新たに現れた防衛政策プロセスは、その発生において相互に密接に関連しているため、一方を他方と切り離してそれぞれの動向を論じるだけでは不十分である。日米同盟の重視と新たな政策プロセスは、互いにロック・イン効果をもたらしているように見える。

以上、本稿で検討した冷戦終結後日本の防衛政策形成プロセスの説明としては、制度の継続に基づく経路依存圧力により政策が継続した、との経路依存論に基づく作業仮説の問題点は明らかといえる。冷戦後、日本の防衛政策は「日米同盟深化」といわれる方向に明らかに変化した。この防衛方針の変化は、新たな防衛計画の大綱によって確立された。本

稿の分析は、この新大綱が、環境変化によって突然かつ偶然にもたらされたものではないことを示している。

防衛省内のプロセスにおける防衛懇や、日米間のプロセスにおける1.5トラック・チャネルが、各プロセスの制度的特徴を迂回して新たな政策アイディアの導入・実施を可能とした。それら新たな政策アイディアが、省庁間や政治レヴェルのプロセスの制度的特徴により促進あるいは阻害された。「日米同盟深化」アイディアを核とする新大綱は、これら政策アイディアと制度の相互作用の結果として説明することができる。歴史的制度論の枠組でこの変化を説明するためには、断続均衡論と漸増的累積的変化論の二つの選択肢が考えられるが、本稿のプロセスに見られた制度変化に対しては、漸増的累積的変化論の説明の方が、より高い妥当性を備えていると考えられる。[31]

さて日本の防衛政策に関していえば、この制度と政策の相互強化的傾向は今後も継続する可能性が高い。特に軍－軍関係を通じて自らの影響力を増大させた防衛庁・自衛隊が、日米同盟の重要性を低下させて自主防衛に向かう可能性は低いといえる。その基本的選好は、外務省のそれと一致する傾向が強まろう。相当のショックが無い限り、行政レヴェルでこの戦略方針を見直す機運は生じそうに無い。その場合、制度変化が防衛政策の硬直性を縮小し政策変化を促進する可能性があるとしても、その方向は日米同盟の更なる深化に向かう側に限られ、この戦略方針に反する変化は逆に疎外されるという傾向が強まろう。21世紀に入ってからの諸変化はこの予測に適合的であるように思われる。

注

[1] レポートと同様防衛問題懇談会自体も、座長の名から取られた通称「樋口グループ」と呼ばれることも多い。また、「防衛懇」との略称も広く用いられている。

[2] ここに述べる経緯は、基本的に『朝日』『毎日』『読売』各紙の報道を元に再構成したものである。煩雑を避けるため、事実関係についての記述の元となった記事を明示することはしていない。

[3] 94年度政府予算案において、防衛予算の前年度比伸び率は0.92％に抑制され、60年度以来34年ぶりに１％を下回った。この背景には細川首相の強い意向があったとされる（『毎日』1994/1/25、1）。また首相は、95年度中に見直す方針だった防衛計画の大綱についても、新大綱の大枠を94年度夏頃までに固め、そ

れを95年度予算に反映させる方針を表明するなどした(『毎日』1994/１/５、１)。

[4] 『毎日』(1994/２/２、２)。座長である樋口氏の選定は財界からの要望に押されたもの(『毎日』1994/２/２、２)。また猪口氏は他の委員より遅れての選出となったが、これは一度委員の顔ぶれが決定した後に、久保田真苗経済企画庁長官ら閣内から「ぜひ女性委員の選定を」との要望が上がり、これに首相が配慮した結果であった(『毎日』1994/２/19、２)。

[5] 樋口レポートの起草者である渡邉は、船橋に対し「草案は自由に書かせてもらった」と証言している(船橋 1997、264)。政治からも行政からも、あまり強い圧力はかからなかったことが見て取れる。船橋によれば、例外は内閣法制局からの問題指摘により集団的安全保障を国際的安全保障を書き換えたことと、村山首相の要請により PKO 関連活動における武器使用基準の見直し提言を弱めたことの２点のみである(船橋 1997、263)。

[6] 本節における引用は、特に断りのない限り、防衛問題懇談会の最終報告書『日本の安全保障と防衛力のあり方－21世紀へ向けての展望－』による。そのため個々の引用箇所については、上記以外からの引用を除き、出典を記載していない。

[7] 防衛庁内では「背広シビ･コン派」と呼ばれる自衛隊の国防任務以外への活用に消極的な集団が隠然たる影響力を持っていたとされており、PKO 法の成立以来課題とされてきた自衛隊国際活動の本務化は、その実現を2007年まで待たねばならなかった。

[8] この陸上自衛隊の定数削減方針は、なんら目新しいものではない。そもそも、当時の陸上自衛隊員は常に人員不足に悩まされており、その実数は定数18万に対し15万強と常に80％台に低迷していた。定数と実数の乖離の影響は深刻で日常的な訓練にさえ支障を来すほどであったため、防衛庁自身、1993年末にはすでに15万人程度への定数削減方針を打ち出していた(『読売』1994/１/３、１；『毎日』1994/１/18、５)。従って、レポートにおける定数削減方針の明示は、防衛庁の既定方針に沿ったものと見るべきである。

[9] 以下本項の記述については、船橋(1997、Ch. 11、Ch. 12)および秋山(2002、Ch. 4)に多くを負っている。

[10] マクネア・グループという呼称は、この勉強会を指す言葉として必ずしも一般的に用いられているものではないが、内輪で組織された勉強会ゆえ適切な呼称が存在しないことに鑑み、本稿では便宜的に用いることにした。

[11] 本段落および前段落の記述は船橋(1997、258)による。

[12] ナイの証言によれば、ナイとボーゲルは94年春頃から対日政策についてよく議論していた(船橋 1997、258)。

[13] 筆者が行った複数の防衛庁職員・派遣経験者への聞き取りによる。

[14] この段落以降に続くマクネア・グループの動向についての記述は、当時防

衛分析研究所（IDA）研究員であり、後に米国防総省アジア太平洋局上級顧問となったマイケル・グリーンの証言（秋山 2002、50-56）、および船橋の記述（船橋 1997、255-266）によるところが大きい。

15 グリーンの証言（秋山 2002、52）。また船橋（1997、256）も参照。

16 グリーンの証言（秋山 2002、52）。

17 グリーンの証言（秋山 2002、53-4）、および船橋の記述（1997、262-266）。

18 グリーンの証言（秋山 2002、54）。

19 以上、本段落の記述については、船橋（1997 266-267）参照。

20 本節に述べる経緯は、基本的に『朝日』『毎日』『読売』各紙の報道を元に再構成したものである。煩雑を避けるため、事実関係についての記述の元となった記事を明示することはしていない。

21 内閣安全保障会議は、安全保障会議設置法に基づき、安全保障に関する重大事項についての審議を行うため、内閣安全保障室が運営し、基本的に閣議の前に関係閣僚を集めて開催される。設置法に定められた参加閣僚は、総理大臣（村山富市）、官房長官（野坂浩賢）、外務大臣（河野洋平）、大蔵大臣（武村正義）、国家公安委員長（深谷隆司）、防衛長官（衛藤征士郎）、経済企画長官（宮崎勇）である（括弧内は当時の閣僚名）。また同法には、必要な場合にはこの他の閣僚を参加させることが出来るとの規定があり、この時には通産大臣（橋本龍太郎）と科学技術長官（浦野烋興）が参加していた。

22 ただし前述の事情により議題は「今後の防衛力の在り方についての検討」とされていた。

23 防衛庁、「防衛大綱解説」（http://www.jda.go.jp/j/defense/policy/taikou/kaisetu/index.html）。また、秋山（2002、65）も参照。

24 この SSC では、那覇軍港・読谷飛行場の返還問題で、基地の移設先について日米間で合意された。他方、米軍経費の負担分担問題では、 HNS の増額を求めるアメリカと総額維持を主張する日本との間で折り合いがつかず、結論は持ち越された。

25 政府統一解釈によれば、ここでいう極東とは概ね「フィリピン以北並びに日本及びその周辺の地域であって、韓国及び中華民国の支配下にある地域もこれに含まれている」（1970年２月26日衆議院安保特別委員会に提出された政府統一解釈）。

26 「参議院議員春日正一の質問主意書に対する答弁書」（1969年12月29日）による。また、「衆議院議員楢崎弥之助の質問主意書に対する答弁書」（1981年４月17日）、および1981年10月３日の衆議院予算委員会における大村襄治防衛庁長官の答弁も参照。

27 1990年10月29日の衆議院国連特別委員会における工藤敦夫内閣法制局長官の答弁を参照。

[28] 政府内でも、その内容から本項の記載場所が問題となり議論が重ねられたが、結局他に適切な場所が無いとの理由で原案通りこの場所に落ち着いたという（秋山 2002、127-128）。

[29]「平成８年度以降に係る防衛計画の大綱策定に関する内閣官房長談話」(1995年11月28日)。

[30] 樋口レポート提出後の94年９月にPKF凍結解除問題が国会で取り上げられた際には、玉澤防衛長官は「PKFにつきましては十分経験を積みまして、それらを解除するということにつきましてはもう少し時間が必要なんじゃないか、まだ経験が不足である」と答弁している（1994年９月２日、参議院決算委員会での答弁）。

[31] 漸増的累積的変化論の枠組を用いるならば、防衛庁が「多角的安全保障」アイディアに樋口レポートとは異なる独自の解釈を与えたことは、「制度の転用」の例と見ることもできよう。同様に、日米間プロセスにおいて1.5トラック・チャネルが形成され軍－軍関係が強化されたことで、既存の協議制度も活性化されたことを、「制度の重層化」、政治レヴェルで消極的関与が目的を変えつつ継続したことを、「制度の漂流」ということもできよう。ただ、本稿の目的は漸増的累積的変化論の検証にはないため、ここでは以上の議論をこれ以上深く検討しない。

論　　説

懲罰的賠償の終焉!?(3)

――私人は法を実現できないのか？――

会　沢　　恒

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、59巻1号）
　　4．下級裁判所の動向
　C．Philip Morris USA v. Williams 判決
　　1．事案と訴訟経過
　　2．法廷意見
　　3．反対意見
　　4．若干のコメント
　D．判例の展開についての小括　　（以上、59巻3号）
Ⅲ．系譜学――判例の展開の内在的検討と判断の構造
　A．Gore 判決
　B．Campbell 判決
　　1．デュー・プロセス上の要請の再編成
　　2．Williams 判決への伏線
　　3．小括
　C．Williams 事件

1．オレゴン州裁判所の Campbell 判決理解
2．連邦最高裁判決
D．判例法の整理――デュー・プロセスの重畳的要請（以上、本号）
Ⅳ．分類学――懲罰的賠償の諸モデルと Williams 判決における懲罰的賠償観
Ⅴ．若干の展望

Ⅲ．系譜学――判例の展開の内在的検討と判断の構造

さて、Williams 判決[1]は、手続的規制という形式を採りつつ、原告以外の者について生じた危害を懲罰的賠償の根拠としてはならないという、実体にラディカルに踏み込んだ（と筆者には思える）ルールを（若干の留保を付しつつも）宣明した。本節の主たる問いは、この判示がどこから来ているのか、ということである。前節[2]と繰り返しになる部分もあるが、本節では同判決に至るまでの一連の判例法の判示をより詳細に検討する。Williams 判決の判断の出自を明らかにするとともに、そのように至った判断の構造を確認することが目的であり、懲罰的賠償制度に対して連邦憲法上のデュー・プロセスが如何なる要請をなしているかが焦点である。

A．Gore 判決

前述の通り[3]、Gore 判決[4]においては、（その後広く受け容れられた）懲罰的賠償の額の審査のための３つの指標を打ち出す前に、連邦制の考慮についての判示がなされている。デュー・プロセスの審査においてまず焦点を当てるべきは、懲罰的賠償を課すことによって資することが予

[1] Philip Morris USA v. Williams, 549 U.S. 346, 127 S. Ct. 1057 (2007).
[2] 会沢恒「懲罰的賠償の終焉!?(1)――私人は法を実現できないのか？――」北大法学論集59巻１号522頁（2008年）（以下「会沢(1)」）、会沢恒「懲罰的賠償の終焉!?(2)――私人は法を実現できないのか？――」北大法学論集59巻３号1682頁（以下「会沢(2)」）参照。
[3] 会沢(1)・前掲注２・Ⅱ．B．１、511～510頁、509～508頁参照。
[4] BMW of N. Am., Inc. v. Gore, 517 U.S. 559 (1996).

定されている州の正当な利益である、とする。（本件では自動車の販売前の補修の開示に関する）規制をなすに際しての州の裁量と、その結果としての規制のパッチワーク状況を指摘した上で、自州の政策判断を他州に押し付けてはならないという州の義務が――Gibbons v. Ogden 判決[5]のような古典的判例も援用された上で――指摘される。

> いずれの単一の州も、〔全米的に適用される政策を立法することが〕できないことはもちろん、自らの政策判断を近隣の諸州に対して強いてはならない。同様に、自動車の州際市場に対して負担を及ぼす州の権能は…他州の利益の尊重からも制約を受ける。
>
> こうした州の主権と礼譲の原則から、州は、他州における合法的な行為を変更しようとの意図を持って、自らの法の違反者に対して経済的制裁を課してはならないということが導かれる、と当裁判所は考える。[6]

そしてこの原則を適用して、被告 BMW の全米的な営業方針を変更させるには高額の懲罰的賠償が必要だ、との原告の主張を退ける。

> …アラバマのような州が、その法の違反者に対して、立法部の採用した罰金であれ、司法部の課す懲罰的賠償であれ、経済的制裁を加える際には、その州自身の消費者や経済を保護するという、州の利益に基づいていなければならない。…行為地において合法であり、アラバマ州ないし州民に影響を及ぼすものでもない行為について BMW を制裁する権能を、アラバマ州は有さない。また、他の法域において合法な行為を抑止するために BMW に対して制裁を課すことも許されない。[7]

このように、懲罰的賠償の基礎には限界があることが示されている。これに対して指摘すべき第一の点は、この判示における主要な関心は水平的連邦制にある、ということである。すなわち、（本件では懲罰的賠償の賦課という）ある政府の行為をなし得るか、という州の権能が問わ

[5] 22 U.S. 1 (1824).

[6] *Gore, supra* note 4, 517 U.S. at 571-572. 以下、〔〕内は筆者による補足である。

[7] *Id.* at 572-573.

れている。裏を返すと、デュー・プロセスという被告の個人的権利の問題は関係ないか、あるとしても二次的なものに留まる[8] [9]。

なお、関連した前提的な論点として、懲罰的賠償を課す主体は州（政府）であるとの了解が示されていることも指摘しておく[10]。すなわち、懲罰的賠償を課す主体とされるのは私人たる原告ではない。

今一つ指摘に値する点は、この判示は傍論である（はずである）ことである[11]。Gore 事件の陪審・事実審は確かに懲罰的賠償の裁定に際して被告の他州における行為を衡量に入れて（しまって）いたかも知れないが、アラバマ州最高裁はそのことを指摘して修正を加えており、懲罰的賠償自体も実際に減額している。このことは連邦最高裁も認識するところである[12]。にもかかわらずこのような判示がなされたのは、前記の通り、被告 BMW 社の全米的な方針を変更させるために多額の懲罰的賠償が必要だ、と連邦最高裁において原告側が弁論したことにある[13]。その上で、アラバマ州最高裁によって減額された懲罰的賠償がなお高額であるとして議論を続けているのであり、そちらへと視点を移そう。

繰り返しになるが、Gore 判決においては懲罰的賠償の額を規制することが主たる関心だといえる。

第14修正のデュー・プロセス条項は、不法行為者に対して「著

---

[8] すなわち、連邦制の要請に違反することによって害されるのは他の法域の政策実行の利益であるのに対し、デュー・プロセス違反によって害されるのは個人の権利である。

[9] *But see id.* at 573, n.19（「法が明確に許容している行為をなしたために人を罰するというのは、最も基本的な類のデュー・プロセス違反である。」）(quoting Bordenkircher v. Hayes, 434 U.S. 357, 363 (1978)). 但し、Bordenkircher 判決は水平的連邦制に関する事案ではないし、刑事手続における行為（答弁取引）に関する事案であって実体的な制裁の範囲に関する事案でもないし、そもそもこの判示は Bordenkircher 判決においては傍論である。

[10] *Gore, supra* note 4, 517 U.S. at 573, n.17.

[11] *See id.* at 604 (Scalia, J., dissenting)（「合法にせよ、違法にせよ、州外の行為と懲罰的賠償との関係についての法廷意見の全面的な（そして多くの点において根拠を欠く）言明は、純粋な傍論である。」）.

[12] *Id.* at 573-574.

[13] *Id.* at 572, n.17 and accompanying text.

しく過大」な制裁を課すことを禁じている。[14]

…本件において課された著しく過大な〔懲罰的賠償の〕裁定は憲法上の限界を超えると、当裁判所は完全に確信する。[15]

にもかかわらず、判示のコアにあるのは懲罰的賠償の大きさを正面から実体的に限定しようとする理由付けではない。例えば、前述の通り懲罰的賠償を課する州の利益を限定的に定式化したことに照らして、これと均衡する大きさの制裁に限定すべき、といった議論が可能であろうし、確かに、そのように読み得る判示も存在する[16]。しかし、そうしたアプローチは本件では強調されていない。実際、連邦制の考慮に基づく州の利益の限定という要素は、法廷意見の後の議論にあまり効いていない[17] [18]。

そうではなく、むしろ、しかるべき大きさの懲罰的賠償を命じられることがある得ることを、（潜在的）被告が予告されていたか、という過程的、あるいは広義の手続的な理由付けが強調されている。

---

[14] *Id*. at 562（citing TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp., 509 U.S. 443, 454,（1993））.

[15] *Gore, supra* note 4, 517 U.S. at 585-586.

[16] *Id*. at 584-585（「よりドラスティックではない救済によって目的を達成し得ると期待できるかを考慮することなしには、将来の違法行為を抑止するのに必要であるとの根拠に基づいて、本件で課された制裁を正当化することはできない。…より穏健な制裁が、本件でアラバマ州最高裁によって課された開示要件の完全な遵守を動機付けるのに十分ではない、と想定する根拠はない。」）.

[17] 非難可能性の分析の中で、被告の行為は全米的な販売方針に基づくから非難可能性が高いとの原告の主張に対して反論がなされている。しかし、そこでの法廷意見の議論は、ビジネスが諸州の制定法（補修の開示義務）を免責規定と了解して行動することも合理的だ、とするものであり、州の権能の行使が他州へ及ぼす影響という側面に着目したものではない。*See id*. at 577-579．むしろ逆に、比較可能な他の制裁を検討する際には、アラバマ以外の法域についても参照している。「いずれの州も」適切な予告を与えていたとはいえない、との趣旨である。*See id.* at 584, n.40 and accompanying text.

[18] *But see id.* at 585（「各州は自らの消費者を保護する幅広い権能を有する一方で、いずれも、その規制政策を国全体に強いるための手段として、懲罰的賠償の抑止力を利用してはならない。」）.

> 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。[19]

この判示を支えるために4件の判例が参照されている[20]が、この論点について直接に検討したものではない[21]。最も近いのはMiller判決[22]であろうか。同判決は、犯行後に改訂された量刑ガイドラインによって改訂前のものによるよりも重い刑期を命じられることが事後法禁止法理に違反するとされた事件である。

さて、非難可能性・填補賠償額に対する懲罰的賠償額の倍率・比較可能な違法行為に対する法定の制裁という、いわゆるGore判決の3指標は、かかるデュー・プロセスの要請としての制裁の重大さに対する予告の判断要素として、位置付けられる。

> …制裁の規模についてBMWが適切な予告を受け取っていなかったことをそれぞれ示している3つの指標によって、BMWに対する200万ドルの〔懲罰的賠償の〕裁定は著しく過大であるとの結論に当裁判所は至った。[23]

---

[19] *Id.* at 574.

[20] *Id.* at 574, n.22.

[21] Bouie v. City of Columbia判決（378 U.S. 347（1964））は、問題の行為がそもそも構成要件に該当するかという点で法規の解釈の遡及適用がデュー・プロセス違反とされたものであり、制裁の強度が問われた事案ではない。Lankford v. Idaho判決（500 U.S. 110（1991））は、法的には死刑が可能な犯罪であったものの、量刑手続で死刑の可能性が十分に検討されなかったにもかかわらず死刑判断が下されたことを問題とした事案である。民事事件としてはShaffer v. Heitner判決（433 U.S. 186（1977））のみ引かれているが、周知の通り同判決は領域的管轄権にかかわるものであり、その意味で狭義の手続法の論点についての先例である。Gore判決の法廷意見は「デュー・プロセス条項の保障する『予告なき判決judgment without notice』からの基本的な保護は、民事制裁に関係する」としてShaffer判決を参照している。*Gore, supra* note 4, 517 U.S. at 575, n.22.

[22] Miller v. Florida, 482 U.S. 423（1987）.

[23] *Gore, supra* note 4, 517 U.S. at 574-575（“*Three guideposts, each of which in-*

そしてこの判示に引き続いて、３指標のそれぞれについてさらに検討がなされている。私見によれば、この３指標の位置付けにはある種の捻れがある。前段で引用した一般論の判示と異なり、３指標から制裁の重大さの予告の欠如が導かれ、ここにデュー・プロセスの違反を見出し故に高額の懲罰的賠償が違憲となる、というリニアな関係にない。

> 恐らく、懲罰的賠償の裁定の合理性において最も重要な指標は被告の行為の非難可能性の程度であろう。[24]

> 本件においては甚だしく不適切な行為に通常付随する状況が何ら提示されていないから、BMW の行為が200万ドルの懲罰的賠償の賦課を正当化するに十分に非難に値するものではないと、当裁判所は確信する。[25]

> …合理性（reasonableness）という一般的な関心が憲法上の判断に入り込むことも適切なことである。…〔填補賠償額と懲罰的賠償額との〕比率が500対１という息を呑むほどのものである場合には、かかる裁定は間違いなく裁判所が疑い深く眉を顰めるものである。[26]

> しかしながら、BMW の行為が過酷な刑事制裁に相当する懲罰的賠償を正当化するほど十分に甚だしいものであるとのアラバマ州最高裁の結論を、当裁判所は受け容れることができない。[27]

こうした判示からは、３指標から導かれる懲罰的賠償の重大さが、それ自体として憲法上問題であるとの認識を読み取ることができる。ここでは制裁の重大さの予告という要素は介在していない。

もっとも、３指標の検討の中でも予告という考慮に触れられている箇

---

dicates that BMW did not receive adequate notice of the magnitude of the sanction ... lead us to the conclusion ...”）（emphasis added）.

[24] *Id.* at 575.

[25] *Id.* at 580.

[26] *Id.* at 583（internal citations and quotation marks omitted）.

[27] *Id.* at 585.

所もある。

> これらの制定法はいずれも、その条項の最初の違反…がその違反者を数百万ドルのペナルティに服せしめ得るとの公正な予告を、州外の販売業者に与えるものではない。その上、BMW の営業方針が当初問題とされた時点では、この方針の適用がそのように重大な制裁を帰結し得ることを示す司法的決定は、アラバマにおいても他の場所でも存在していなかったようである。[28]
>
> BMW 社が経済的に脆弱な個人ではなく大企業であるということは、諸州がそのビジネス上の行動に課す要求についての公正な予告に対する権利を減じるものではない。[29]

しかし、こうした判示は散発的なものであり、具体的な当て嵌めにおいて制裁の予告の考慮が合憲性判断の要になっているとはいえない。

このように、Gore 判決には、主たる関心は懲罰的賠償の大きさそれ自体の規制に置かれながら、そのための根拠としては制裁の重大さの予告という配慮が提示された、という捻れがある。この捻れは本判決内部においても当て嵌めにおける議論のズレとして現れている。制裁の大きさの予告というのは確かにデュー・プロセス上の関心としてもっともなものではあるが、この要請は実際の判断に当たっては抜け落ちてしまっており、結局、懲罰的賠償の額に直接に焦点が当たっている。

まとめると、Gore 判決の判断の構造には以下の特徴がある。第一に、前提的ないし包括的制約として、連邦制の考慮が措定され、懲罰的賠償の根拠となる州の利益に絞り込みがかけられていること、第二に、デュー・プロセス条項からの直接の関心として、制裁の大きさについての予告が挙げられていること、第三に、いわゆる Gore 判決の 3 指標はかかる「予告」の有無を判断するためのベンチマークとして位置付けられること、第四に、しかし実際には「予告」の有無それ自体は主要な関心ではなく、結果としての懲罰的賠償の額それ自体に焦点が当てられていること、である。[30]

---

[28] *Id.* at 584.

[29] *Id.* at 585.

[30] なお、懲罰的賠償に第 8 修正の適用がないことは BFI 判決で確立している

B．Campbell 判決

1．デュー・プロセス上の要請の再編成

Campbell 判決[31]は Gore ルールの 3 指標をリファインした点が主要な判示事項である[32]が、法廷意見はそれらの検討に入る前に、Haslip 判決[33]以来の判例法を概観して、懲罰的賠償に対する憲法的規制における関心についての一般論を述べている。

法廷意見はまず、懲罰的賠償に対する憲法的規制が（手続的デュー・プロセスの問題のみならず）実体的デュー・プロセスの問題でもあることを明言することから議論を始める。

> 諸州は懲罰的賠償を課すに当たり裁量を有する一方で、かかる裁定に当たっては手続的及び実体的な憲法上の限界が存することもまた、明確に確立している。[34]

ここでは Cooper Industries[35]、Gore[36]、Oberg[37]、TXO[38]、Haslip[39]の各判決が参照されている。但し、Gore 判決については、TXO 判決を参照した法廷意見の冒頭箇所[40]と Breyer 同意意見を参照している。制裁の大きさと予告との関係を議論する Gore 判決の主要部分ではない。[41]

はずであるが（see Browning-Ferris Indus. of Vt., Inc. v. Kelco Disposal, Inc., 492 U.S. 257 (1989) ; 会沢(1)・前掲注２・Ⅱ．A．１も参照）、本件で法廷意見が依拠する先例には BFI 判決や他の第８修正に関する判決も含まれていることも注記しておく。 *See Gore, supra* note 4, 517 U.S. at 576 (citing Solem v. Helm, 463 U.S. 277 (1983)).

31 State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell, 538 U.S. 408 (2003).

32 会沢(1)・前掲注２・Ⅱ．B．２参照。

33 Pac. Mut. Life Ins. Co. v. Haslip, 499 U.S. 1 (1991).

34 *Campbell, supra* note 31, 538 U.S. at 416.

35 Cooper Indus., Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc., 532 U.S. 424 (2001).

36 *Supra* note 4.

37 Honda Motor Co., Ltd. v. Oberg, 512 U.S. 415 (1994).

38 *Supra* note 14.

39 *Supra* note 33. これらの諸判決については会沢(1)・前掲注２参照。

40 前注14参照。

41 *See also* Thomas C. Galligan, Jr., *U.S. Supreme Court Tort Reform: Limiting State Power to Articulate and Develop Tort Law —— Defamation, Preemption, and Punitive Damages,* 74 U. Cin. L. Rev. 1189, 1256, 1260-61 (2006); A. Benjamin

引き続いて、より具体的なデュー・プロセス上の関心事項が挙げられる。そこでまず指摘されているのは、「著しく過大または恣意的な制裁」をデュー・プロセス条項が禁じている、という点である。そして、制裁の重大さの予告の要請がその理由であると続ける。と同時にさらに、「〔懲罰的賠償の〕裁定は、それが著しく過大である限りにおいて、正当な目的を促進せず、財産の恣意的な剥奪を構成する」[42]とも付言される。

加えて、懲罰的賠償制度が刑事法と類似の機能を持つにもかかわらず、刑事におけるような手続保障がないことに懸念が表明されている。

> 〔懲罰的賠償の〕裁定は刑事制裁と同一の目的に貢献するものの、民事事件においてこれに服する被告は刑事手続において適用される保護を与えられてきていない。このことは懲罰的賠償制度の運用のあり方の不明確さに対する当裁判所の懸念を強める。…曖昧な、あるいは単に陪審に対し「激情や偏見」を回避するよう告げるのみの説示は、関連性ある証拠と、ほとんど関係なくあるいは単に扇情的であるのみの証拠とに適切な重みを割り当てるという任務に際して決定者の助けとなることはほとんどない。[43] [44]

判示のこの部分から読み取れる事項を整理すると、まず、懲罰的賠償に対する憲法的規制が手続的デュー・プロセスのみならず実体的

Spencer, *Due Process and Punitive Damages: The Error of Federal Excessiveness Jurisprudence,* 79 S. CAL. L. REV. 1085, 1104-1128 (2006). Spencer は一連の判例法が先例的基礎を欠くことを指摘ないし主張する。

[42] *Campbell, supra* note 31, 538 U.S. at 417.

[43] *Id.* at 417-418.

[44] Gore ルールの第 3 指標・同様の違法行為に対する制裁との比較を論じる後の箇所でも、手続の厳格さについての刑事訴訟との違いに触れられている。この点が、刑事制裁を考慮から外す（少なくとも限定する）理由（の一つ）となっている。*Id.* at 428（「刑事制裁は、より高い証明基準を含めた、刑事のトライアルの強化された〔権利の〕保護が遵守された後でのみ、科すことができるものであるから、その評価に当たって民事手続の利用を回避すべく、重大な注意が払われねばならない。懲罰的賠償は刑事手続の代替ではなく、関連性の薄い刑事制裁の可能性が自動的に懲罰的賠償の裁定を支持するものではない。」）.

デュー・プロセスに（も）関わるものであることが確認された[45]。その上で、「著しく過大または恣意的な制裁」の禁止という効果を述べる。Gore 判決においてはこの規範は制裁の重大さの予告の欠如という点から引き出されていた。しかし、本判決ではこれに加えて、正当な目的を推進せず財産の恣意的な剥奪となること、刑事手続に相当する手続保障がないことも併せて指摘されている。

さらにこの一般論を「これらの懸念に照らして、〔連邦最高裁〕は諸裁判所に対し３つの指標を考慮して懲罰的賠償を審査するよう指示した」[46]と受けて、各判断要素の検討に移っている。

その第一のものは非難可能性の指標に関するものであり、前述の通り、その判断に際して州外の行為についての証拠の利用を制限したのが Campbell 判決の眼目の一つである[47]。法廷意見は Gore ルールを要約した上で、本件との関係では次のように評価することから検討を始める。

> Campbell 夫妻に対する State Farm 社の行為に基づく懲罰的賠償を与えることに誤りがあったとするものではないが、この非難すべき行為に対してはより穏健な制裁（a more modest punishment）によって州の正当（legitimate）な目的を満足し得たであろうし、ユタ州の裁判所はそれを超えるべきではなかった。[48]

ここでは、Gore 判決においてデュー・プロセス上の懸念の基礎にあった、制裁の規模の予告という要素は消えてしまっている。予告の有無という迂路を介してではなく、制裁の規模に直接に焦点を合わせて、その適否を判断する、という構造となっている。先に指摘した、正当な目的を促進しない制裁は恣意的な財産の剥奪に当たる、という理由付けが前

---

[45] *See also Cooper Industries, supra* note 34, 532 U.S. 433-434（「…連邦憲法第14修正のデュー・プロセス条項は〔刑事制裁や懲罰的賠償を課す州の〕裁量に対して実体的な制約を課している。…デュー・プロセス条項はまた、それ自体の効力として、不法行為者に対して『著しく過大な』制裁を課すことを州に対して禁じている。」）（emphasis added）.

[46] *Campbell, supra* note 31, 538 U.S. at 418.

[47] 会沢(1)・前掲注２・506～505頁参照。

[48] *Campbell, supra* note 31, 538 U.S. at 419-420.

面に出てきており、そして質的に問題ない制裁であったとしても、量的に過剰になると「正当な目的を推進しない制裁」に当たる、とされている。

従って、懲罰的賠償の合憲性の判断に際しては、「正当な目的」に照らした量的関係が判断の焦点となる。そのように考える場合、何が「正当な目的」であるかと、かかる目的と制裁の大きさとがどの程度の関係であれば許容されるかとが問題となるが、本判決では後者は議論されていない[49]。それではここでの「正当な目的」は何か。

> 本件は…、State Farm 社の全国的な運営に見出された欠陥を暴露し、罰するための踏み台（platform）として利用された。State Farm 社は、Campbell 夫妻に直接向けられた行為についてではなく、むしろ全米的な経営方針について非難された…。州は、行為地において合法であったような行為に対して被告を罰することはできない…。また州は、一般的ルールとして、その管轄外にてなされた非合法な行為に対して被告を罰するために懲罰的賠償を課すことにつき、正当な関心を有しない。…[50]

> その領域内において如何なる行為が許されまたは禁じられるかについて、それぞれの州は自らの道理に基づく判断をなし得、その法域内で行動した被告に対して必要に応じて課すべき制裁手段を決定できるのもそれぞれの州のみであるということは、連邦制の基本原理である。[51]

本件で法廷意見は、「正当な目的」を連邦制の考慮に関連付けた。州の権能の限界を問う連邦制の考慮と、被告の権利の問題であるデュー・プロセス上の関心とは一応別個のものとして把握できるはずである[52]。また、Gore 判決は、連邦制の考慮を懲罰的賠償に対する包括的制約とし

---

[49] もっとも、これは Gore 法理・第２指標の問題であると了解することも可能かも知れない。

[50] *Id.* at 420-421 (internal citations omitted).

[51] *Id.* at 422.

[52] Ⅲ.A、前注８～９及びその本文参照。

てまず措定した上で、制裁の重大さの予告というデュー・プロセス上の問題を指摘し、その判断基準として３指標が配置される、という構造を採っていた。だが、ここでは、デュー・プロセス上の問題の判断に当たっての一要素の中に連邦制の考慮が忍び込んだ形になっている。

２．Williams 判決への伏線

後に指摘する通り[53]、本節の主題である Williams 判決の中心的判示は、Campbell 判決の判示から直接に導かれ、あるいは拘束されているものではない。むしろ拘束されていないにもかかわらずそのような判示がなされた点に Williams 判決の新規性があるわけであるが、しかしその判示も全くの真空から生まれたものでもない。そしてそのヒントは、非難可能性の判断に際しての被告の州外の証拠の利用に関する Campbell 判決の判示に現れている。

本件で原告側は、州外の証拠を被告側の動機を一般的に示すものとして提示しようとしたが、法廷意見はこの主張を退けた。

> 合法な州外の行為は、被告の行為が不法行為を構成する州における、その計画性や有責性を示す際には証明力を有するかも知れない。しかし、そうした行為は原告の被った特定の危害と関連（a nexus to the specific harm）を有するものでなければならない。さらに、行為地においては合法な行為について被告を罰するために州外の行為を利用してはならないと、陪審は説示されなければならない。[54]

> 〔ユタ州〕裁判所は Campbell 夫妻の被害とは何ら関係のない行為を罰し抑止するために懲罰的賠償を認めた。責任の前提となる行為から独立した、〔それとは〕類似しない被告の行為が、懲罰的賠償の基礎となってはならない。被告の制裁されるべきは原告を害した行為に対してであり、不快な人物ないしビジネスであることに対してではない。[55]

---

[53] Ⅲ．C．２、後注72～74及びその本文参照。

[54] *Campbell, supra* note 31, 538 U.S. at 422.

[55] *Id.* at 422-423（internal citations omitted）.

さらに、違法行為が常習的であることがより重大な制裁を正当化するとしても、「民事訴訟のコンテクストにおいては、問題の行為が先行する違法行為を模倣するものであることを、裁判所は確保しなければならない。」[56] 本件ユタ州最高裁の判断は、常習的違法行為であったとの根拠によっては正当化されないとする。

> Campbell 夫妻は、彼らに被害を与えた類の違法行為の繰り返しについての証拠をほとんど摘示していない。また、ユタ州裁判所の判断に対する当裁判所の審査によれば、State Farm 社は Campbell 夫妻に向けたその行動に対してのみ罰せられたものでもない。懲罰的賠償の算定に当たって関連性を有するためには、他の行為の証拠は全く同一である必要はないものの、第三者訴訟と全く関係のない請求に関する証拠が詳細に導入された点で、ユタ州裁判所は誤っていた。非難可能性についての他の証拠はそれにも増して関係がない。…非難可能性の指標は、事件の範囲を拡大し、以て…あらゆる不正行為についても被告を制裁し得るようにすることを、裁判所に認めるものではない。本件において Campbell 夫妻は、彼らを害したものと同様の State Farm 社による行為を示していないのであって、故に彼らを害した行為が非難可能性の分析にあたって関連性を有する唯一の行為である。[57]

Campbell 判決においては、Williams 判決を、サポートする判示とそうとはいえない判示とが交錯している。本項の引用部分では、Williams 判決を基礎付けると読み得る判示に実線で、そうとはいえない判示に点線で下線を引いている。実線部分においては、懲罰的賠償が原告の被った被害と関連しているべきであることを強調しており、Williams 判決に対して基礎を与えているようである。しかし本件（のような紛争類型）では、一対一の当事者による一回的関係が問題となっているわけではない。企業（State Farm 社）はその経営に際して顧客一般に対して如何なる行動を執るかの方針を事前に採用しており、ある顧客

[56] *Id.* at 423.

[57] *Id.* at 423-424.

（Campbell）との間に発生した紛争はその適用として生じている（と原告側は主張している）わけである。そのような紛争状況では、同一の経営方針の適用を受けた他の顧客（との紛争）について裁判所に提示することは、当該経営方針――すなわち原告が違法行為であると主張している行為――の性質を示し、それに対する評価を下す上で意味がある。ここでの判示が、原告の主張する行為と「類似しない」行為・「あらゆる」不正行為に対して州が制裁を課そうとすることを戒めているのはそのようなコンテクストに照らして了解すべきであり、逆に言えば「類似する」「同様の」行為については考慮に含めることを許容している、と読むことができる[58]。

第二に、この部分の判示は、被告の州外の行為に関する証拠の利用についてなされているものである。前項で触れた通り、Gore 判決を受けて Campbell 判決は、ある州が懲罰的賠償を課す際の「正当な目的」を州内事項への関心に限定した。しかし他方、全米的に展開するビジネスを相手にする場合には、州内の状況に対して影響を及ぼし得るアクションが州外で行われていることもあり得、州外の状況を参照しなければ州内の状況について十分かつ適切な評価をなし得ないかも知れない。この両者の要請を調整するために、州外の状況を参照するに当たって、州内の状況――具体的には（州民たる）原告に生じた危害――との関連（nexus）を要求したものだと位置付けることができる。そうだとすると、そもそも州内において被告が残したインパクトについては――たとえ原告の被った危害と関連しないものであっても――かかる拘束を受けないものと考える可能性もある。

しかし Campbell 判決は、また別のデュー・プロセス上の懸念を摘示することで、「より根本的な理由により」[59]、州の内外を問わず、原告以外の者について生じた危害の考慮を問題視している。

---

[58] 「本件において Campbell 夫妻は、彼らを害したものと同様の State Farm 社による行為を示していない」が故に「彼らを害した行為が非難可能性の分析にあたって関連性を有する唯一の行為である」と述べる（前注56参照）のは、同様の行為を摘示すれば検討対象としてよい、と読める。

[59] *Campbell, supra* note 31, 538 U.S. at 422.

> デュー・プロセスは諸裁判所に対し、懲罰的賠償の算定に当たり、非難可能性の分析の名の下に、他の当事者の被告に対する請求の実体について裁定することを認めていない。本件でユタ州最高裁が行ったのがそのようなことであるのは間違いない。…通常の場合、当事者でない者は他の原告の獲得した判決によって拘束されることはないから、このような基礎に基づく制裁は、同一の行為に対する複数の懲罰的賠償の可能性を生ぜしめる。…[60]

ここでは二重のデュー・プロセス上の関心事項が指摘されている。すなわち第一に、被告の側から見た、単一の行為に対して複数の制裁を受ける可能性という問題点である。今一つ、関連しつつも異なるデュー・プロセス上の要請として、非当事者の側から見て、訴訟に参加していないにもかかわらず自らの請求を裁判されてしまうことのなきようにする要請がある。

なお、填補賠償と懲罰的賠償との比率というGoreルールの第2の指標について検討する際にも、原告の被った危害と懲罰的賠償との関連性を要求するといえる判示がある。

> Goreルールの第2の指標に転ずると、原告に対する危害ないし潜在的危害と懲罰的賠償の裁定との間の比率について具体的な憲法上の制約を同定することに躊躇してきた。…[61]

この判示からは、少なくともこの指標の判断に当たっては、原告以外の者ないし公衆一般に生じた危険ないし潜在的危険を判断の基礎から除外していると了解できる。

3．小括

前項で指摘した通り、Campbell判決においては、原告以外の者に生じた危害を懲罰的賠償の基礎とすることにつき、これを認めないとも読める部分もあるが、その判断のコンテクストに照らすと、そのような判断はしていない、と読み得るものであった。もっぱら、原告の主張する

[60] *Id.* at 423 (internal citations omitted).

[61] *Id.* at 424.

違法行為と「類似しない」「異なった」被告の行為を考慮することのみ、規制しているように思える。しかし他方で、より抽象度の高いデュー・プロセス上の要請の一般論は、また別の方向性を示唆してもいる。

Gore 判決の構造は、連邦制の要請が前提的ないし包括的な制約としてあるとした上で、デュー・プロセスの要請としての制裁の重大さの予告というものを指摘し、さらにその具体的判断のための指標として３つの考慮要素を挙げる、というものであった。Campbell 判決においては、予告という側面がトーンを潜め、「著しく過大」な制裁の禁止という（本来の関心である）懲罰的賠償の額それ自体への規制を前面に出して主題化した上で、制裁の規模の予告というデュー・プロセスの要請はその理由付けとして位置付けられた。しかし、唯一の理由ではない。デュー・プロセスの他の要請として、州の正当な目的を促進する制裁であること・恣意的な財産の剥奪でないこと、刑事手続に相当する手続保障、被告が単一の行為に対して複数の制裁を受けないこと、当事者ではない（被害）者の請求を裁定しないこと、といった点も並列的に挙げられている。その上で、連邦制の要請は州の「正当な目的」の判断要素となっている。Gore 判決と Campbell 判決の間には、第一に、連邦制の考慮とデュー・プロセスの考慮との交錯ないし錯綜、もっと言ってしまえばすり替えとも呼べる変質がある。しかも、そこで摘示されるデュー・プロセス条項からの要請も、複数のものが並列的ないし重畳的に現れているのである。[62]

C．Williams 事件

１．オレゴン州裁判所の Campbell 判決理解

実際の射程はどうあれ、Campbell 判決が懲罰的賠償に対して制限を

---

[62] *See* Mark Geistfeld, *Constitutional Tort Reform*, 38 Loy. L.A. L. Rev. 1093, 1095-1111 (2005)（Campbell 判決がデュー・プロセス上の「懸念」としているものとして、被告の行動の自由の制約、財産の恣意的な剥奪、公正な予告、判断形成の質、を挙げる）; Andrew C. W. Lund, *The Road From Nowhere? Punitive Damage Ratios After* BMW v. Gore *and* State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell, 20 Touro L. Rev. 943 (2005)（Cooper Industries 判決後、デュー・プロセス上の関心が公正な予告から恣意性の排除にシフトしたことに伴い、Gore 第２指標の重要性が増したとする）.

加える論拠として読み得る判示を含む以上、後の事件の当事者はそれを自らに有利になるように援用することとなる。Williams 事件のオレゴン州最高裁[63]においては2つの論点が争点となった。原告側被害者以外の者に生じた危害を懲罰的賠償の根拠から排除するよう求める、被告による陪審説示の提案[64]を、事実審裁判官が認めなかった点をめぐるものが第一点である。第二点は、Gore-Campbell 法理に基づくデュー・プロセス上の懲罰的賠償の額の量的な審査である。

前節で指摘した判示を参照しつつ、被告 Philip Morris 側は、Campbell 判決が訴訟の非当事者に対する危害について被告を制裁するために懲罰的賠償を課すことを禁じている、と主張した[65]。これに対して、オレゴン州最高裁は、かかる Campbell 判決の読み方は文脈を無視しているとする。

> 〔Campbell 判決の判示を段落全体として考慮すれば、〕他の当事者に対する同様の行為の証拠は懲罰的賠償の裁定に当たって関連性を有する、と当裁判所は結論する。連邦最高裁は、類似していない行為の証拠を許容したことについてのみ、ユタ州裁判所を批判したものである…。[66]

すなわち、Campbell 判決は、紛争となっている違法行為と類似しない

---

[63] Williams v. Philip Morris, Inc., 127 P.3d 1165 (Or. 2006) [hereinafter *Williams (Or.)*].

[64] 説示案の関連する部分は次の通り。「あらゆる制裁の大きさは、被告の罰すべき違法行為によって Jesse Williams に生じた危害と合理的な関係を持つべきである。陪審は、何が合理的関係であるかを決定するに当たって、他の者の被った危害の程度を考慮してもよいが、他の者に対してなされたとされる違法行為の影響について被告を罰してはならない。そうした他の者は自ら訴訟を提起し得るし、そこでは他の陪審がその請求を解決し、その危害について適当と認める懲罰的賠償を与えることができる。」 *Id.* at 1175. 訴外の者に生じた危害の参照について、懲罰的賠償の直接の根拠とすることと非難可能性の判断の考慮要素として間接的に利用することとを概念上区別し、後者を肯定しつつ前者を否定している点で、後に連邦最高裁によって採用された立場と重なる。

[65] 前注60の判示が参照されている。

[66] *Williams (Or.), supra* note 63, 127 P. 3d at 1175-1176. Campbell 判決の前注55、57の判示を参照している。

行為・類似しない請求についてのみ問題とし、懲罰的賠償が、被告たる企業の、市民としての行動一般について評価するものとなってはならないとのみするものだ、という、本稿が前節で検討したものと同様の理解を示す。

さらに、オレゴン州判例法が、ビジネスがその経営方針の適用によって顧客ないし公衆一般に影響を及ぼす行為が違法行為を構成する場合、これを考慮し得るとしていること[67]も参照して、

> Williams とその不運が、Philip Morris 社が喫煙者一般に対して加える用意のあった危害の単なる典型に過ぎないかどうかを、陪審は考慮できる[68]

とし、かかる州判例法ルールは先の区別により Campbell 判決によって封じられていない以上、

> Philip Morris の提案する陪審説示は、「主張されている違法行為が他の人々に与えた影響について、被告を罰する」ことを陪審に禁じる。たとえ、この「他の人々」が、原告を害したものと同一の行為によって、同一の態様で害されたオレゴン州民であっても、である。前述の通り、これは、陪審に与えられる説示と陪審審理の指揮についてのオレゴン州法に関する独立した問題として、誤っている。また、当裁判所が Campbell 判決を理解する限り、連邦法上のデュー・プロセス法理を正しく述べたものでもない。提案されている陪審説示は正しく法を反映したものではないので、これを認めなかった事実審は誤りを犯してはいない。[69]

このように述べ、被告側による陪審説示の提案を退けた判断を支持している。

---

[67] *See* Parrott v. Carr Chevrolet, Inc., 17 P.3d 473, 489 (Or. 2001)（「被告の不法行為を構成する行為はそのビジネス実務の定型業務であり、被告はそれを変更するつもりがないのであるから、その違法行為が過去・現在・将来の顧客に及ぼし得る潜在的損害もまた、当裁判所は考慮する。」). 但し、現在ではこの判例法は Williams 連邦最高裁判決によって覆されたと考えられる。

[68] *Williams (Or.), supra* note 63, 127 P. 3d at 1175.

[69] *Id.* at 1176.

また、オレゴン州最高裁は、Gore 法理を検討する、後の箇所でも、非難可能性の分析に当たって、「同一の行為によって他のオレゴン州民に対して引き起こされまたはその虞のあった同様の危害の証拠」[70]を陪審は考慮し得る、としている。当て嵌めにおいてもオレゴン州民が広く誤った情報を受領し、健康被害を受けあるいはその危険に直面したことを指摘して、Philip Morris の行為は極めて悪質であると評価する。そして総合判断としても[71]、かかる事情を強調する形で「本件は決して通常の事件ではない」と評価し、7950万ドルの懲罰的賠償を課した陪審評決はデュー・プロセスに適合する、としている。

2．連邦最高裁判決

さて、連邦最高裁の判断である。前項で紹介したオレゴン州最高裁による Campbell 判決の読解を、連邦最高裁も必ずしも否定するものではない。

> 〔連邦最高裁〕は Campbell 判決において、被告の「類似しない」行為に基づいて陪審がその〔懲罰的賠償の〕裁定を基礎付けることについてのみ判示した、と〔オレゴン州最高裁〕は指摘した。…
>
> オレゴン州裁判所の〔この〕言明は正しい。他者に対して生じた危害について陪審は制裁を加えてはならないと、当裁判所は

---

[70] *Id.* at 1177.

[71] 第二の倍率指標の適用に当たっては、下級審は他のオレゴン州民の被った危害を見積もり、それを基礎として判断した。これに対し、オレゴン州最高裁は、TXO 判決の判示にそのように読める部分もあると指摘しつつ、その後の Gore 判決・Campbell 判決はこれを否定し、倍率要素における算定の基礎となる填補賠償は訴訟の原告の被った被害に関するもののみだとしている。*Id.* at 1180 (quoting *TXO, supra* note 14, 509 U.S. at 460). そして倍率指標との関係では、本件下級審の懲罰的賠償の裁定は過大だと評価し得る、とする。第三の比較可能な他の制裁という指標については（Campbell 判決の判示をやや弱く読んだ上で）高額の懲罰的賠償を支持するとした。そして、3指標による本件懲罰的賠償の評価が2対1に分かれるものの、総合考慮として本文のように結論している。

明示的に判示していなかった。[72]

だが、直後にこう続ける。

しかし、ここで、そのように判示する。[73]

すなわち、懲罰的賠償の根拠の範囲に関する Williams 判決の中心的判示は、本稿で議論してきた一連の判例法に拘束されて、当然に引き出されるものではない。このことは連邦最高裁も承認していると理解できる。他の箇所では次のような区別がなされている。

> BMW 判決において当裁判所は、下級審の懲罰的賠償の算定を記述するに当たって、「誤りのない」という語を、他者に対する危害を含むと考え得るものとして使用した。だが、…〔この〕語は、当該事件において関連性のある誤りについて言及したものである。 BMW 判決の他の箇所では、被告の行為によって原告「または他の BMW の顧客がさらなる潜在的危険に曝された」ということは示されていないと注記されているが、当裁判所は他者への危害という論点を判断しようとしたものではない。むしろ、 BMW 判決における意見においては、当該論点をオープンなままに残しておくものであったように思われる。[74]

このように述べ、訴訟当事者以外の者に生じた危険・潜在的危険を懲罰的賠償の根拠とすることを認めているようにも読める判示を限定して、この論点を先例が未だ決定していないものとして確保した。その上で、本判決によって決定した、というのが本判決の判例法上の地位である。

しかし他方、「明示的に」という留保からも窺われるように、本件の判示事項は一連の判例法の延長としての性質も有する。そしてそれは、より抽象的なデュー・プロセス法理の要請についての了解に基づく。より具体的に判旨を検討しよう。

法廷意見はまず、一連の判例法を要約する形で、懲罰的賠償制度に対する連邦憲法上の評価を概観する。

> 当裁判所は長い間、「懲罰的賠償は適切に課されれば、違法な

---

[72] *Williams, supra* note 1, 127 S. Ct at 1065.

[73] *Ibid.*

[74] *Id.* at 1063.

> 行為を罰し、その繰り返しを抑止するという州の正当な利益を促進し得る」と明らかにしてきた。…同時に、その額の恣意的な決定を回避する必要があることも強調してきた。陪審の裁量的権能を限定する適切な基準を州が要求しない限り、その懲罰的賠償制度は「州の課し得る制裁の重大さについての公正な予告」を被告から奪うこととなろう。また、「恣意的な制裁」すなわち「法の適用」ではなく「意思決定者の気まぐれ」を反映した制裁の虞があろう。また、額が十分に大きな場合には、例えばある商品を如何なる条件の下で販売してよいか（さらにはそもそも販売してよいか）といった、ある州（ないしある陪審）の「政策選択」を、それとは異なる政策判断を持つ「近隣の州」に対して押し付けることとなろう。
>
> こうしたあるいは同様の理由のために、懲罰的賠償を与える手続と、「著しく過大」として禁じられる額の双方について、連邦憲法が一定の制約を課していると当裁判所は判断してきた。[75]

前述の通り[76]、本件では懲罰的賠償の額それ自体は裁量上訴の際に採り上げられた論点から外されている。（法廷意見はここで「憲法上の手続的な限界のみ」[77]を考慮するとするが、それに続けて実質的に実体に踏み込んだ判断がなされていることも先に指摘した[78]。）Campbell 判決では規制への関心のコアとしての懲罰的賠償の大きさが前面に打ち出されたと指摘したが、本件では額それ自体への量的な制限が論点から外されたことから、その替わりに「懲罰的賠償の決定が恣意的でないこと」という要請が規制のコアとして据えられている。さらにこれが「陪審の裁量を限定する適切な基準」の要請に置換された上で、３つの根拠が挙げられている。第一に制裁の重大さの予告、第二に恣意的な制裁の回避、第三に他法域の政策判断の尊重の３つである。Campbell 判決に即して指摘した、複数のデュー・プロセス上の要請の並列ないし重畳という現

---

[75] *Id.* at 1062-1063 (internal citations omitted).

[76] 会沢(2)・前掲注２・1671頁、注41及びその本文参照。

[77] *Williams, supra* note 1, 127 S. Ct. at 1063.

[78] 会沢(2)・前掲注２・Ⅱ.C.４参照。

象がここにも現れている。[79] さらに、次の段落の冒頭の「こうしたあるいは同様の理由」という文言は、ここに挙げられた３つの配慮が限定列挙ではないことも示唆する。

その上で、法廷意見は、（本稿の主題でもある）本判決の中心的判示を宣明する。

> 当裁判所の見解では、連邦憲法のデュー・プロセス条項は、非当事者や彼らが直接に代表する者に対して生じさせた危害、すなわち、本質的に訴訟とは無関係な者に対して生じさせた危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、州に対し禁じている。[80]

このように、（いささか唐突とも思われる形で）「懲罰的賠償の決定が恣意的でない」ための要請をまず打ち出した上で、その理由付けを挙げる。

> 第一の理由は、利用可能なあらゆる防御を提示する機会を与えずに個人を罰することを、デュー・プロセス条項は州に対して禁じていることである。だが、当事者ではない被害者を害したことについての制裁の脅威に直面した被告は、かかる訴えに対して防御する機会を持たない。例えば本件のような事件でならば、喫煙が危険であると知っていたために、あるいは〔危険ではないとの〕被告の言明に依拠していなかったために、他の被害者は損害賠償の権利を有さない、と示すことによって防御をなす機会を被告は持たない。[81]

またもや新たなデュー・プロセス上の要請が指摘された。適切な防御を提出する機会を与えられることというのは確かに訴訟において最も根本的な権利であり、そして、当事者でない者に関する事情についてはそのような機会は十分にない、というのは民事訴訟の本質的構造に由来する。もっとも、ここで摘示されている事項は被害者の主観的事情である。本

---

[79] なお、引用部の訳出では隠れてしまっているが、原文では、陪審の裁量を限定する適切な基準の要請が unless 従属節により打ち出された上で、引き続く３要素は文法上の主文として、セミコロンで結び付けられている。すなわちこの３要素が並列的な性格であることが明確である。

[80] *Williams, supra* note 1, 127 S. Ct. at 1063.

[81] *Ibid* (internal citations omitted).

件においてこのことが特に問題となるのは、訴訟原因が不法行為としての詐欺という、被害者の主観的事情が要件要素に含まれるものだからである[82]。他の訴訟原因についても同様にいえるかは留保が可能かも知れない。

法廷意見はさらに続けて別の懸念を挙げる。

> また別の理由として、非当事者たる被害者を害したことに対する制裁を認めることは、懲罰的賠償の方程式にほとんど基準のない側面を付け加えることになる。そのような被害者はどのくらいの数、存在するであろうか。彼らはどの程度深刻に危害を被ったであろうか。危害はどのような状況下で発生したのか。当事者ではない被害者について、こうした問いにトライアルは答えをもたらすとは考えられない。陪審は憶測するより他にない。そして、当裁判所の懲罰的賠償関連事件の言及する基本的なデュー・プロセス上の懸念――予告の欠如、不確実性、恣意性の危険――は拡大するであろう。[83]

ここで挙げられているデュー・プロセス上の要請の内、制裁の規模の予告の欠如と恣意性の危険については既にCampbell判決でも触れられている。不確実性の問題はここで新しく指摘された。これを潜在的被告の直面する危険の認識の欠如として把握すれば、公正な予告という関心の中に既に含まれていたと理解できるかも知れない。あるいは、制裁の規模が意思決定者による基準なき実存的決断に委ねられることを問題視するのだとすれば、恣意性の危険という懸念の中に含まれていたと了解し得る。また別の解釈として、同様の違法行為をなした者が異なる制裁に直面し得ることを不確実性の問題として定式化している[84]とも考えられ、このように理解すると新しいデュー・プロセス上の関心を持ち出したことになる。[85]

そして、法廷意見の規範定立の部分は以下の段落で締め括られている。

---

[82] 会沢(2)・前掲注2・1671頁、注42参照。

[83] *Id.* at 1063.

[84] 恣意性の問題は被告一者のみでも問題になるのに対し、本文のこのような定式化は複数の（恐らくは別々の訴訟の）被告間の平等的取扱の問題である。

[85] さらにもう一つの理由として、他者を害したことについて被告を制裁する

> 先に言及した不公正さの危険に鑑みると、陪審が誤った問いではなく正しき問いを問うよう、裁判所によって確保されることが、憲法上重要である。恣意の危険、適切な予告への関心、そして懲罰的賠償の裁定が実質的にある州（ないしある陪審）の政策（例えば、タバコの禁止）を他の州に対して押し付けることができるという危険――これらは全て、今日の、18世紀・19世紀におけるものの数倍に及び得る大きさの懲罰的賠償の裁定に伴うものであるが――に鑑みれば、適当な法的なガイダンスを陪審から不必要に奪う手続を諸州が回避することは、特に重要である。従って、陪審が、単に非難可能性を決するのみならず、無関係の者に生じた危害について罰することを追求するという、誤った問いに取り組むことのないよう、州が保障することを、デュー・プロセス条項が要求していると結論する。[86]

ここで挙げられている各要素――恣意の危険、適切な予告、他法域の政策の尊重――については既に言及されている事項を再び参照したものである。その上で、こうしたデュー・プロセスの関心から引き出される「原告と無関係な危害の考慮――“誤った問い”――の禁止」という実体的制約を実効的あらしめるべしとの規範が引き出されている。陪審の判断の規律の要請という点では、これまでに指摘したものとは異なる、狭義の手続的デュー・プロセスの要請が新たに指摘されているといえるし、このことが、法廷意見が本判決を「憲法上の手続上の制約」[87]に関する事件であるとする所以である[88]。しかし、「何らかの」ガイダンスが与

目的で懲罰的賠償を利用することを支持する典拠はない、としている。*Ibid.* が、これは議論としては弱いと思われる。というのも、利用することを否定する典拠も（少なくとも明示的には）ないからである。むしろ、（直接の）先例なきオープンな論点について、本判決が新たな判例法を打ち出した、と位置付けるのがフェアであるように思われる。前注72～74及びその本文参照。

[86] *Williams, supra* note 1, 127 S. Ct. at 1064.

[87] *Id.* at 1063.

[88] *See also id.* at 1065（「州は、〔原告以外の者に対する危害の・許容される利用と許容されない利用との〕混乱の発生の不合理で不必要な危険を生じさせる手続を、州は認めてはならない…。特に、そのような誤解の危険が――例えば、トライアルに提出された証拠や原告が陪審に対してなした弁論によって――重

えられるべきであるという点に留まらず、「どのような」ガイダンスが陪審に与えられるかが主要な関心であるという点で、本判決は懲罰的賠償法の実体に大きく踏み込んでいる、ということは、本稿で繰り返し強調している点である。

D．判例法の整理――デュー・プロセスの重畳的要請

一連の判決の具体的な判示に即して本節で検討した事項を改めて整理しておこう。

Gore 判決においては、他州の政策判断に影響を及ぼすべきではないという連邦制の考慮が、懲罰的賠償に対する包括的制限としてまず措定された。その上で、制裁の重大さの予告の欠如という問題がデュー・プロセス上の懸念として挙げられ、さらにその判断基準として３つの指標が配置される、という構造となっていた。

だが、この・合憲性の審査に当たって制裁の規模の予告の有無を軸とする構成は、懲罰的賠償の額の規制という最高裁の関心を十分に満足させるものではない。このようなアプローチによって適切に対応できないのは、巨額の懲罰的賠償が認められたが、十分な予告は与えられていた、という状況である。例えば、「(比較的些少な) 行為Ｘは違法な行為であり、これをなしたものは填補賠償に加え、その100倍の懲罰的賠償に服する」との州制定法が存在すると想定してみよう。(填補賠償も実質的な額であるとする。) 制定法上のルールであるから、違法とされる行為、及びそれに対する制裁の規模の予告という点では申し分ない[89]。しかし、甚大な懲罰的賠償こそ、一連の判例法が規制しようとしているものであろう。そして Gore 判決の３指標テストに照らしても――特に Campbell 判決によって改訂された「10倍」という線引きに照らせば――この州法ないしそれに基づく懲罰的賠償の裁定は違憲と判断される可能性が高か

大なものである場合、裁判所は、〔当事者の〕申立に応じて、そうした危険に対して保護を提供しなければならない、と当裁判所は信じる。どのような手続を導入するかの決定について州は一定の柔軟性を有するが、適切な事件においては何らかの保護を提供しなければならないことが、連邦憲法によって義務付けられている。」).

89 *See* Lund, *supra* note 62, at 973-974.

ろう。

この難は、Gore 判決においても定立された規範と実際の当て嵌めとの捻れないしズレという形で現れていた。そこで、Campbell 判決においては、懲罰的賠償の額が「著しく過大」であるかどうかが直接に主題化された。これに伴い、デュー・プロセス条項から要請される内容が再編成された。すなわち、デュー・プロセスからの要請事項が複数、追加的に挙げられ、制裁の大きさの予告という関心事項は幾つかの要請の一つという位置付けに退いた形になった。この間、デュー・プロセスの内容の重畳的な変容が見られる。あるいはすり替えともいえるかも知れない。だがこれは、Gore 判決に見られた捻れないしズレを解消するためには必要なことであった。

但し同時に、Campbell 判決は別のズレを抱え込んでいる。すなわち、Gore 判決においては、懲罰的賠償制度に対する包括的な制約として、水平的連邦制の考慮が措定されていた。しかし、Campbell 判決においては、この連邦制上の論点がデュー・プロセスという個人の権利にかかわる問題の中に滑り込んでしまっている。

さて、Williams 判決は、Campbell 判決によって再編成されたデュー・プロセス上の並立的ないし重畳的な要請をさらに推し進める形で、原告以外の第三者に生じた危害を基礎とする懲罰的賠償の賦課を禁じた。これは、Gore-Campbell ルールによる懲罰的賠償の額に対する規制と独立に、あるいは先立って課される制約であり[90]、ちょうど Gore 判決において水平的連邦制の考慮が位置していた包括的制限を、改めて構築した形になる[91]。

---

[90] *See Williams, supra* note 1, 127 S. Ct. at 1065（「以上に説示した基準をオレゴン州最高裁が適用できるよう、当裁判所は本件を差し戻す。この基準の適用により、再度のトライアルないし懲罰的賠償の裁定の程度の変更があり得るから、本件裁定額が憲法的に「著しく過大」であるかどうかについて当裁判所は判断しない。」）. すなわち、この基準の適用によってもなお巨額の懲罰的賠償が裁定される場合には、改めて「著しく過大」かどうかの審査がなされることになる。

[91] もっとも、Gore 判決の連邦制の要請が無効化されたわけではないから、本文のこの表現はやや勇み足かも知れない。「同様の位置付けに立つ」あたりがより正確な表現であろうか。

換言すると、懲罰的賠償として命じられる内容について、2種類の実体的規制が連邦憲法上設けられたことになる。Williams 判決による質的な制限と、Gore 判決・Campbell 判決による量的な制限とである[92]。両者は別個の基準として独立に適用される[93]。このように両者を区別することで、一見錯綜しているように思える Williams 判決における「原告以外の被害者に生じた危害」の取扱も明晰に了解できる。

> 懲罰的賠償に関する憲法的衡量の別の箇所、すなわち非難可能性に関連性のあるものであるから、他の被害者に対する危害を自由に示し得る、と〔原告〕は主張する。つまり、他者への危害はより非難に値する行為であることを示す、とするのである。非難可能性を示すために他者への危害を原告が提示することを〔被告〕は拒否していないし、当裁判所もしない。非当事者に対する現実の危害の証拠は、原告を害した行為が公衆一般に対する危害の実質的危険を呈するものであり、故に極めて非難可能性が高い、と示す助けとなり得る。…だが、前述の理由により、それを超えて、訴訟当事者でない者に降り掛かったとされる危害を直接の理由として被告を制裁するために、陪審が懲罰的賠償を利用することは認められない。[94]

非難可能性というのは後者 Gore 法理における判断要素である。すなわち、懲罰的賠償の質的な規制においては利用が禁じられるが、量的な規制においてはそのような制約はない、ということになる。もっとも、概念としてはこのように明晰に分析的に了解できるとしても、実際の訴訟のコンテクストにおいて、このように明確に区別された運用が可能であるかは――Williams 判決 Stevens 反対意見[95]や同事件オレゴン州最高裁

---

[92] 前者がⅡ.Dの(イ)、後者が(ウ)に相当する。もちろんⅡ.Dで整理したように、この二つが憲法的制約の全てではなく、連邦制からの制約（同(ア)、前注91も参照）、手続上の規制（同(エ)・(オ)）も現時点において認識されている。会沢(2)・前掲注2参照。

[93] 但し、実際問題としては前者が後者に先行して判断されるのが通常であろう。

[94] *Williams, supra* note 1, 127 S. Ct. at 1063-1064 (emphasis added).

[95] *See id.* at 1065 (Stevens, J., dissenting). 会沢(2)・前掲注2・Ⅱ.C.3も参照。

第一判決[96]が批判するように――今後の動向を注視する必要があろう[97]。

また、一連の判例法で挙げられたデュー・プロセス上の要請を順不同で拾い上げてみよう。

- 制裁（の重大さ）についての公正な予告
- 著しく過大な制裁の禁止
- 恣意的な制裁の禁止
- 陪審に対する適切な基準の提供
- 不確実性の排除
- 州の正当な目的を促進しない制裁の禁止[98]
- あらゆる防御の機会の被告への提供
- 同一の行為に対する複数の制裁の禁止ないし制限
- 被告に対する他の当事者による請求を裁定しないこと
- 刑事に準ずる手続保障
- 他の法域の政策への配慮

ここで挙げた事項は、相互に重なっているもの、関連しているものもある[99]。また、前述の懲罰的賠償に対する質的規制、量的規制の双方に結びつく事項もあるが、一方にしか結びつかないものもある。懲罰的賠償

---

96 *See Williams (Or.), supra* note 63, 127 P. 3d at 1175, n.3.

97 仮に、実際問題として、両者を機能的に――Williams 判決法廷意見の要求する「手続的規制」にもかかわらず――分けて運用できないとなれば、懲罰的賠償制度の（実体的内容の憲法的評価をめぐる）論点に関する次の訴訟となろう。Williams ルールを諦めるのか、あるいは Gore 法理の量的な規制においても非当事者に対する危害の考慮を排除することになるのか、という形で争点が形成されることになるものと思われる。そして、その判断に当たっては、前述したように、Roberts と Alito の――そしてひょっとするとさらに新しい裁判官の――動向が鍵となるであろう。会沢(2)・前掲注２・Ⅱ.Ｄ参照。

98 さもなくば財産の恣意的な剥奪ないし収用に当たる、ともされる。*See Williams, supra* note 1, 127 S. Ct. at 1060. *See also id.* at 1066 (Stevens, J., dissenting).

99 前者については、例えば前注83～85及びその本文参照。後者については例えば、恣意的な制裁は正当な目的を促進しない制裁であるが、逆は必ずしも真ではない。「他州の政策への介入」という目的の下での制裁は恣意的ではないだろうが、正当な目的を促進しない。

制度の将来を占う上では、これらの懸念に対して如何なる対応をなすのかが問われる。一連の判例法が提出した憲法的規制はそのような試みであるが、それは成功するであろうか。

そもそも、懲罰的賠償制度の将来を占う必要があるのであろうか。次節ではこれを検討する。

(続く)

論　　説

営造物型国立公園における保護・利用・調整(3)

―― アメリカの国立公園を素材に ――

久　末　弥　生

目　　次

序章
　第一節　アメリカの国立公園システムの法的意義とは何か
　第二節　国立公園システムの現状－問題の所在
　第三節　国立公園システムの分析の視点－地域協働型自然保護の可能性
　第四節　アメリカの国立公園研究の現況
第一章　合衆国自然保護法における国立公園の位置づけ－国立公園システムの歴史
　第一節　国立公園の誕生
　　1　国立公園の起源－ヨセミテ州立公園
　　2　国立公園の創設－イエローストーン国立公園
　第二節　国立公園内規制権限の確立
　第三節　国立公園利用の急増
　　1　自然保存派(preservationist)とレクリエーション派(recreationist)
　　2　ミッション66（Mission 66）
　　3　1964年管理枠組み（1964 management framework）
　　4　ハーツォーグの管理革新
　　5　1972年国立公園システム計画（1972 National Park Service System Plan）
　第四節　連邦政府イニシアティブの主導化
　　1　ニクソン政権－保留地システム（reservation system）

2　レーガン政権－新たな公園地取得の一時停止
3　クリントン政権－ヴェイル・アジェンダ（Vail Agenda）の採択
第五節　小括－国立公園システムの位置づけと“保護と利用”ジレンマの登場
（以上、59巻2号）
第二章　アメリカの国立公園関連法制度
第一節　国立公園局設置法（National Park Service Organic Act）
1　法の内容
2　判例
第二節　基本計画指針（Management Policies）
1　指針の内容
2　判例
第三節　連邦所有地政策管理法（Federal Land Policy and Management Act: FLPMA）
1　法の内容
2　判例
第四節　その他の主要な合衆国自然保護法
1　原生自然法（Wilderness Act）
(1)　法の内容
(2)　判例
2　国家環境政策法（National Environmental Policy Act: NEPA）
(1)　法の内容
(2)　判例
3　絶滅の危機にある種の法（Endangered Species Act: ESA）
(1)　法の内容
(2)　判例
4　土地管理局（BLM）規則
(1)　規則の内容
(2)　判例
第五節　法主体としての国家機関
1　立法府の権限－連邦議会
2　行政府の権限－大統領および連邦行政機関
3　司法府の権限－裁判所および司法審査
第六節　小括－アメリカの国立公園にかかる現行法制度の限界
（以上、59巻3号）
第三章　国立公園紛争の歴史
第一節　戦前の対立の当事者構図

1　内務省国立公園局（NPS）対農務省森林局（FS）
2　国立公園局対商工業者
第二節　戦後の紛争の当事者構図
1　国立公園局と他の連邦官庁とのあつれき－森林局および土地管理局
(1)　国立公園局と森林局の関係
(2)　国立公園局と土地管理局の関係
(3)　連邦レクリエーション地域のオフロード車規制
①　規制の内容
②　判例
2　州行政機関および地方自治体行政機関
3　地域住民および一般商工業者
4　遊覧船業者およびモーターボート業者
第三節　地域の自然保護意思との調整
1　オリンピック国立公園（Olympic National Park）－市民運動による自然保護
2　ダイナソア国立記念物公園（Dinosaur National Monument）のエコー・パーク論争（Echo Park controversy）－自然保護団体の台頭
3　ヨセミテ国立公園のヨセミテ・ロッジ地域開発計画（Yosemite Lodge Area Development Plan）－国立公園策定計画紛争
4　コロラド川基本計画（Colorado River Management Plan）－レクリエーション紛争
5　イエローストーンスノーモービル論争－最近のオフロード車レクリエーション紛争
第四節　小括－国立公園紛争の当事者構図の複雑化
（以上、本号）
第四章　国有地および周辺民有地の自然保護規制
第一節　自然保護規制の根拠となりうる法理論
1　公的ニューサンス理論（public nuisance doctrine）
2　公共信託理論（public trust doctrine）
第二節　民有地（private land）における自然保護手法
1　土地収用（eminent domain）
2　土地取得（land acquisition）
3　環境保存地役権（conservation easement）
(1)　オープンスペース地役権－景勝地役権（Scenic Easements）
(2)　オープンスペース地役権－農地地役権（Farmland Easements）

(3) オープンスペース地役権－森林地地役権(Timberland Easements)
(4) 自然生息地地役権（Natural Habitat Easements）
(5) 国民アウトドアレクリエーション・教育用国土地域保護地役権（Easements to Protect Land Areas for Public Outdoor Recreation and Education）
4 土地信託（land trust）
5 土地交換（land exchange）
6 事例研究－トゥサヤン土地交換（Tusayan Land Exchange）
7 地方ゾーニング（local zoning）
(1) ラッセン火山国立公園－フィリップス石油会社（Philips Petroleum Company）の地熱エネルギー開発
(2) グランドティートン国立公園－ジャクソンホール（Jackson Hole）でのスキーリゾート開発
第三節 ウィルダネス（wilderness）の管理
1 S.4013－ハンフリー・セイラー法案（Humphrey-Saylor Bill）
2 S.1176－公聴会（hearings）の五つのテーマ
3 S.3619－両院共同決議（concurrent resolution）の要請
4 S.4028およびS.1123－内務省および農務省の懐柔
第四節 新たな管理手法をめざして
1 大イエローストーン・エコシステム（Greater Yellowstone Ecosystem）
(1) イエローストーン（Yellowstone）地域の特性
(2) イエローストーン火災論争（Yellowstone fire controversy）の二つの命題
(3) イエローストーン地域における利害調整問題
(4) 国立公園局と森林局の協働－大イエローストーン調整委員会（Greater Yellowstone Coordinating Committee: GYCC）設置と“プロセス（process）”実施
2 地域協働型の自然保護システム
(1) 地域協働型の自然保護システムの必要性
(2) 近時の国有地論争の三つの対立点
(3) 国有地論争の新たな対立点
3 日本の国立公園への示唆
第五節 小括－自然保護規制の新たな方向性
終章

＊本文中の表記について、〔　〕内は引用文献が補っている部分、［　］内は筆者が補った部分である。

第三章　国立公園紛争の歴史

アメリカの国立公園をめぐる紛争の実態とは、どのようなものだったのか。そもそも、行政コントロールが強力であるはずの営造物型国立公園において、国立公園紛争が生じるのか。生じるとすれば、対立する当事者の構図はどのようなものになるのか。

本章では、当事者構図に着目して国立公園紛争の歴史を振り返るとともに、地域の自然保護意思との調整が紛争解決の糸口となった事例を検討していきたい。

第一節　戦前の対立の当事者構図

1　内務省国立公園局（NPS）対農務省森林局（FS）

連邦国有地の管理については、四つの連邦行政機関に主な責任がある。森林局（Forest Service: FS）、土地管理局（Bureau of Land Management: BLM）、国立公園局、合衆国魚類野生生物局（U.S. Fish and Wildlife Service）が、国有林、国有地、国立公園、国立野生生物保護区（national wildlife refuges）をそれぞれ行政管理する。国有林と国有地は複合的利用原則に従って管理され、森林、鉱物、家畜飼料のような天然資源産物を生み出すために、歴史的に充当されてきた。それと対照的に、国立公園と国立野生生物保護区は保存される土地とみなされてきた。すなわち、国立公園と国立野生生物保護区の両方でビジターの訪問やレクリエーションは促進されるが、保護政策で管理される[1]。

森林局（FS）は、１億9200万エーカーの国有林システムを監督する。国有林は原生林のままの森林、石油・ガス層、家畜飼料、大規模な狩猟

[1] Robert B. Keiter, Keeping Faith with Nature, Yale University Press (2003) at 37.

場、レクリエーションスキー地域、保護ウィルダネスを含む、無数の貴重な資源を包含している。森林局は、複合的利用原則と総合資源計画立案を命じる一連の法に基づいて、国有林を管理運営する[2]。20世紀初頭アメリカにおける自然保護運動の分裂は、ミューア（John Muir）とピンショー（Gifford Pinchot）という二人の卓越した自然保護思想家の主張の相違を浮き彫りにすることになった。アメリカ自然保護運動の父といわれるミューアの自然保存（preservation）思想が国立公園に体現されていく一方で、“賢明な利用（wise use）”というピンショーの自然保全（conservation）思想[3]は、初代森林局長に就任したピンショー自身により国有林政策として実施されていった[4]。このように、内務省国立公園局と農務省森林局という二つの連邦官庁は、設立当初からよきライバル関係にあったといえる[5]。

森林局は1905年、従来の森林保護区の管理が内務省から農務省に移管されたのを契機に創設された[6]。森林局は、初代森林局長ピンショー（Gifford Pinchot）によって考え出された、明白な功利主義の保全アジェンダを長く追求してきた。ピンショーによると、森林保護区は、科学的管理原則を用いるプロの管理者によって生産目的に向けて管理されるべき場所だった。その目標は、政策の移り変わりや市場情勢の変動からプロの森林管理者を隔離することだった[7]。このように農務省森林局は自

---

[2] Id., at 37-38.

[3] 鈴木光『アメリカの国有地法と環境保全』（北海道大学出版会、2007年）320頁。

[4] 上岡克己『アメリカの国立公園－自然保護運動と公園政策』（築地書館、2002年）60頁。

[5] カラヌ（Culhane）は、国立公園局と森林局のライバル関係について次のように述べた。「世紀の変わり目以来、二つの局は特に国有地の景勝地域についての管轄権をめぐって争ってきた。森林局は1960年代を通じてたいていは、公園局に正味450万エーカーほど負けていた。したがって森林局の立場からは、ミッション66はこの長年続いている管轄争いが再び激化する前兆となった。」Clarke and McCool, Staking Out the Terrain, Second edition, State University of New York Press (1996) at 73.

[6] 畠山武道『アメリカの環境保護法』（北海道大学図書刊行会、1992年）291頁。

[7] Robert B. Keiter, supra n.1, at 37-38.

らの自然保全政策を追求していくうえで、他方では自然保存政策を追求している内務省国立公園局と対立する可能性を潜在的に秘めていた。もっとも森林局も、創設当初の50年間の大部分については大いに保護管理の役割を果たした。人口もまばらな西部の田舎で、森林伐採は国有林での主要な事業ではなかったし、レクリエーションその他の圧力も比較的弱かったからである。けれども第二次世界大戦直後から、この状況は一変することになる[8]。

2　国立公園局対商工業者

どのような種類のレクリエーション利用が、国立公園システムの目的にかなうのか。この命題は、国立公園を創設するという構想が生まれたときからすでに存在していた。公園が公共の利用のためにあり、そのすばらしい景観が破壊から守られなければならないことには誰もが同意する。しかし、命題の根本を理解するには、公園を利用する多くの公園支持者たちの競合する主張によって引き起こされる問題を扱わなければならない。ホテルその他の保養施設は公園内での存在を認められるべきなのか、あるいは公園境界の外側に設けられるべきなのか。公園局は、公園を利用したがるどんどん増えていく人々の便宜をはかるためにもっと多くのキャンプ設備や協力的なサービスを提供するべきなのか、あるいは混雑していないレクリエーション体験を提供するためにアクセスや利用が制限されるべきなのか。スノーモービルや複雑なスキー滑降に対して公園を開放するのは、適切なことなのか。公園局の施設が満員にならないシーズンオフですら、国立公園局は公園にビジネス関係者たちをひきつけるための宣伝を営業許可者たちに認めるべきなのか。ヨセミテ州立公園が最初に設立されて以来、長年にわたって、連邦議会はこれらの問題を解決できたことがなかったし、あるいは問題に取り組むことすらしてこなかった。

連邦議会は当初から、公園が破壊から守られること、そして金持ちのための保護区として定住されるよりもむしろ普通の市民が利用可能な状態にされなければならない旨を確立してきた。しかし公園が人々のため

[8] Id., at 38.

のものであるということは、必ずしもそれらが激しい大規模なレクリエーション利用のためのものであるということではない。実際に、連邦議会が公園内で望まない活動は、いくつかあった。まれな例を除いては、採鉱とダムの建設は、公園では長年にわたって禁止されてきた。国有林と違って国立公園は、レクリエーションや放牧、樹木の収穫や野生生物保全のような複合的利用に備えて取っておかれたのではない。1916年当時、合衆国の森林監督官長（chief forester of the United States）であり科学的森林管理（scientific forest management）のスポークスマンでもあったピンショー[9]は、国立公園の支持層である自然保存派(preservationist)を“托鉢僧（nature fakirs)”と呼んだとも伝えられている[10]。同年、ピンショーの徹底した努力にもかかわらず、連邦議会は公園についてこれまでに公布してきた一般的な政策指令（general policy management）のみを法律として制定し、これが今日の公園政策の中心をなす声明書（statement）として生き続けている。この1916年の国立公園局設置法（National Park Service Organic Act, 16 U.S.C.A. §1）は、公園が産業目的で使われることを明確に拒絶した。しかし同法は、保存 (preservation)と利用（use）の間でとられるべきバランスについて何も言及していない[11]。

のちの国立公園局対商工業者という当事者構図につながる、レクリエーションをめぐる公園保護と商工業の対立は、オムステッド（Frederick Law Olmsted）による1887年の『ナイアガラ報告書（Niagara Report)』ですでに指摘されていた。これに先立って、1865年の『ヨセミテ報告書（Yosemite Report)』のなかでオムステッドは、当時ほとんど知られていなかったヨセミテについて記しながら、静かにかつ確信をもって次世紀がもたらすことになる非常に多くのビジターたちについて言及していた。オムステッドにとって、レクリエーションをめぐる問題についての顕著なテストケースになったのが、ナイアガラだった。というのも、ナ

[9] 1905～1910年まで、森林局の初代局長を務めた。

[10] Joseph L. Sax, America's National Parks-Their Principles, Purposes, and Prospects, A Natural History Special Supplement (Oct. 1976) at 70.

[11] Id., at 68-70.

イアガラを“救う（save）”キャンペーンが結局、当時のアメリカで唯一の最も人気ある観光名所だった場所のサービスについて争いを引き起こしたからである。ニューヨーク州議会がナイアガラの滝（Niagara Falls）に接している土地の取得（acquisition）を認める4年前に、オムステッドは、観光名所を案内して金をもうけている、公園反対者たちからの非難に対して次のように答えた。

「全ての樹木が切り払われ、鉱脈に採石場が開かれ、湖畔はホテルや工場で満たされ、あらゆるオープンスペースがサーカスのテントで占められている。彼らの考えでは、ナイアガラの滝はさらに、自分たちのところに世界中の人々を引っぱってくるだろう。景観の損傷についてどんなことがなされてこようと、彼らが言うには、利益という動機、そして得られた利益が国民による無罪評決になる。」[12]

オムステッドは『ヨセミテ報告書』のなかでも、受身の娯楽を国民に提供することで恩着せがましい態度をとる者たちを非難していたが、『ナイアガラ報告書』では、国民は面前に置かれるものに導かれるという能力が見事にあるしそれらのものを黙認する気にさせることができるという、自らの確信を明示した。ナイアガラが旅行産業になってしまう何年も前に、オムステッドは次のように述べていた。

「ナイアガラの滝を訪れることは、ひと続きの探検だった。だから、それぞれの探検の時間は、多くの休憩時間とともに、木々の間をゆっくりと歩き回り、場所から場所へと進むことで占められていた。…非常に大きな楽しみがあっただけでなく、特別な種類の楽しみもあった。…だから人々はその場所を離れるのを嫌がった；多くの人々が毎日毎日居残った。…以前に彼らが出かけていった場所を再び訪れ、振り返り、戻りながら。」[13]

その全てが、1870年代までに変わってしまった。ビジターたちは、準備された娯楽の標的になってしまった。オムステッドは、次のように続ける。

「ビジターたちは、あまりにも道案内され指図され、率いられ止められ、

[12] Joseph L. Sax, supra n.10, at 75.

[13] Id., at 76.

“通過（put through）”せざるを得ないし、自然のままの健康な個人の直感に対して訴えるものはほとんど何も残されていなかった。興行師によって金もうけのねらいが…ビジターに対して非常に明確に示されるので、ビジターはそれに応じることを強制されるし、しかも興行師に指示されるもののほかにほとんど何も見たり感じたりしないことを強制される。」[14]

オムステッドの報告書は実用的な計画立案書類だったので、さまざまな開発的な提案に慎重に応えていた。ある計画は、ナイアガラの滝の真上にある野生の場所であるゴート・アイランド（Goat Island）に、立派なレストランを建てると主張した。オムステッドは、ビジターたちが適度なドライブで保留地境界の外側にあるホテルやレストランに行くことができると述べて、計画されていたレストランに反対した。オムステッドのアプローチのうち最も啓蒙的なもののひとつは、人々が馬車を去らせることなく滝を見ることを許すという提案に反対したことだった。ナイアガラは“すっかり心を奪われ、しかもめい想にふけるような方法で”滝を眺めることを人々に促すよう管理されなければならない、というのがオムステッドの主張だった。そのような体験にとって、馬車は障害物でしかない[15]。オムステッドはまた『ナイアガラ報告書』のなかで、アクセス制限手法を明示的に助言した[16]。

オムステッドの二つの報告書は、彼が国立公園に関するのと同じ考えを都市公園（urban parks）に関しても有していたことを明らかにする[17]。ナイアガラのケースは、厳密には国立公園事例ではない。しかし、レクリエーションをめぐる公園保護と商工業の対立を示す顕著な初期事例として、重要な意義をもつといえるだろう。

第二節　戦後の紛争の当事者構図

1　国立公園局と他の連邦官庁とのあつれき―森林局および土地管理局

[14] Id.

[15] Id., at 79.

[16] Id., at 83.

[17] Id., at 71.

同じく連邦官庁ではあっても、国立公園局と他の連邦官庁とりわけ森林局や土地管理局とでは、連邦所有地の利用に対するスタンスが異なる。ここでは、国立公園局と森林局、国立公園局と土地管理局の関係をそれぞれ見ていきたい。

(1) 国立公園局と森林局の関係

第二次世界大戦後のレクリエーションブームの到来によって、国有林が国立公園と並ぶ連邦レクリエーション地域になったことで、国立公園局と森林局のライバル関係は顕在化した。1956年には国立公園局が“ミッション66 (Mission 66)”という10年計画に着手する一方で、森林局は“オペレーション・アウトドアズ（Operation Outdoors)”という５年計画に着手した[18]。

ミッション66は、国立公園局６代目局長ワース (Conrad L. Wirth) が、殺到する公園ビジターたちに対応するために打ち出した大規模開発事業だった。国立公園自体の天然資源や歴史的資源の保護に関してはほとんど何も行なわなかったという批判があるものの、ビジター収容力をけた外れに増大させた野心的な10年開発事業であるミッション66は、事業と予算の規模、伸び率など、傑出した成功例だったと評価されている[19]。内務省予算小委員会（Subcommittee on Interior Appropriations）を主催するカーワン下院議員（Mike Kirwan）の尽力もあり、ミッション66は正式な事業開始前にすでに1700万ドルの予算を獲得していた。翌２年間で国立公園局総予算は２倍以上になり、1966年までにさらにおよそ２倍にふくれ上がった（1955年会計年度3300万ドル、1957年会計年度6800万ドル、1966年会計年度１億2800万ドル)。国立公園ビジター数が135％増となった1955年から1966年までの間、設備改良予算は４倍以上になった（ビジター数は5700万人から１億3300万人へ増加し、設備改良予算は1400万ドルから6600万ドルへ増額した)。ミッション66のための最終的な総予算は、およそ10億ドルに上った。3000マイルの道路が建設・再建され、１万7000以上のキャンプ場所を含む575のキャンプ場が加えられ、535の

[18] 鈴木光・前掲（注３）321頁。

[19] Clarke and McCool, Staking Out the Terrain, supra n.5, at 73.

水道システム、521の下水道システム、271の電力システムが整備され、1239の住宅・寮・部屋が建設され、２つのトレーニングセンターと114のビジターセンターが建てられたほか、数えきれないほどの改良が行なわれた。また、土地取得（land acquisition）によって、300万エーカーが国立公園システムに加えられた。

ミッション66の成功は、国立公園局が自然保存（preservation）目標を後退させた点に負うところが大きい[20]。他方で森林局のオペレーション・アウトドアズは、ミッション66ほどの支持を得られなかった。こうして連邦レクリエーション政策の主導権は、国立公園局が握っていった[21]。国有林のレクリエーション利用に関して、近年は、オフロード車利用の急増やスキー場建設に伴う森林生態系への悪影響が問題視されており[22]、新たな規制も試みられている。

戦後のアメリカはまた、新たな住宅供給の要請や、急速に発展する西部のエネルギー需要を満たすために、森林を必要とした。これらエスカレートしていく要請に応えるために、森林局は新たな皆伐政策をつくり、森林伐採の度合を劇的に加速させた。しかし森林局のひどい皆伐実施に対して、アラスカ州やウェストヴァージニア州の裁判所での異議申立てやモンタナ州の連邦議会調査を招きながら、批判が大きくなっていった。1975年のアメリカ・アイザック・ウォルトン同盟ウェストヴァージニア区社対ブツ連邦第４巡回控訴裁判所判決（West Virginia Division of the Izaak Walton League of America, Inc. v. Butz, 522 F. 2d 945）で裁判所は、森林局の1897年の統治組織法（Organic Act）を審査し、個々の木々が売却前に印をつけられるよう求めることで、皆伐を連邦議会が効果的に防いできたと認めた。ピンショー（Gifford Pinchot）のような全知全

[20] 一方でダーリング（Darling）とアイコーン（Eichhorn）は、森林局の管理原則を国立公園局のそれと対比させながら、「国立公園局が素人なのと違って、森林局は時代の趨勢（すうせい）を政治的にはるかによく知っていた。ミッション66は選び抜かれた地域を保全する（conserve）ための先見の明のある計画立案管理どころか、いっそう徹底的な侵入と無批判な利用を考え出してしまったように思われる」と評した。Clarke and McCool, supra n.5, at 73.

[21] 鈴木光・前掲（注３）321頁。

[22] 畠山武道・前掲（注６）306～308頁。

能の者が国有林を管理する森林局の時代は、終わった。連邦議会も国民ももはや、制限なしの裁量権を有する森林局を信頼することに自信がなかった。

こうした経緯の下、連邦議会は1976年に国有林管理法（National Forest Management Act）を採択した。同法は、森林局の森林管理事業と新たな生物多様性保全計画立案要件に対して、はじめて明確な環境上の制限を課した。1990年代末までに、森林局の樹木売上高は50％以上も下落してきていたうえ、林道（timber road）建設費が年間予算をめぐる争いのなかにあり、連邦議会までもが、生態学的考慮が森林局の政策アジェンダへ組み入れられなければならないことを認め始めていた。現在では、森林局の一世紀にわたる複合的利用（multiple-use）の伝統が、近いうちに新たな生態学的管理価値体系におきかえられるだろうことも指摘されている[23]。すなわち、1905年の農務省森林局創設時から同局を支配してきた、功利主義の保全アジェンダである複合的利用が、転換期を迎えようとしているのである。

⑵　国立公園局と土地管理局の関係

土地管理局（BLM）は、２億6400万エーカーの、将来の用途が指定されておらず、未だ保留されていない国有地の管理に責任がある。それらは主として、西部11州とアラスカ州に位置する。“誰にも求められない土地（lands nobody wanted）”とも称される土地管理局管理地は、特定目的のために他の方法で保留や指定が行なわれてこなかった連邦所有地から構成される。

20世紀半ばまで、保留されていない国有地は、西部の入植や開発を促進するための売却に利用することができた。所有権が主張されていない土地は、国民の共有地（public commons）に対する実質上自由なアクセスを享有している、地元の牧場経営者や鉱山業者に対して開放されたままだった。1934年のテーラー放牧法（Taylor Grazing Act）は国有放牧地の規制を始めることを意図したものだが、同法の通過後でさえ、西部の牧場経営者たちは自分たちが支配する放牧顧問委員会（Grazing Advis-

[23] Robert B. Keiter, supra n.1, at 38-39.

ory Boards）を通じて依然としてこれらの土地を効果的に支配した。こうした歴史を考慮すると、土地管理局が長い間、これらの保留されていない土地の主な受益者である西部の牧場経営者や鉱山業者によって牛耳られている行政機関の典型であるとみなされてきたということも納得できる。

1976年の連邦所有地政策管理法（FLPMA）は土地管理局に、最初の実質的な統治組織上の特権を与えた。すなわち同法は、重大な環境上の懸念のある地域（areas of critical environmental concern: ACECs）を指定する権限とともに、将来起こりうるウィルダネス指定のために自局の保有地を検討する権限を含めて、明確な資源保護責任を土地管理局に課した。FLPMA は国有地の恒久的保有を規定することに加えて、国有地に関する土地管理局行政を管理するための明確な複合的利用基準を確立し、包括的な土地計画立案プロセスを創設した。新しい FLPMA 管理体制は、土地管理局の従来の放牧・採鉱政策を支持する者たちには快く受け入れられなかった。彼らは、西部の保守的な州権回復要求運動である“よもぎの反乱（Sagebrush Rebellion）”で応戦し、そのすぐ後にレーガン（Donald Regan）政権の国有地開発支持のアジェンダを積極的に支持した。けれども、クリントン（Bill Clinton）政権の内務長官バビット（Bruce Babbitt）が土地管理局を変革しようと努めたこともあり、土地管理局はその政策の方向を劇的に転換していった。バビットは、新たな放牧改革規則を公布し、一般採鉱法（General Mining Law）に関する行政改革を遂行し、土地管理局のウィルダネス検討権限を拡大し、同局に初めて国立記念物公園（national monuments）を管理する責任を課した[24]。

国立公園局と土地管理局は、ともに内務省に設置される連邦官庁である。自然保存志向の国立公園局と放牧・採鉱など開発志向の土地管理局の国有地管理政策は、乖離しがちだった。しかし、クリントン政権期間を通じて行なわれた政策改革が、土地管理局に重要かつ新たな自然保存志向の責任を与えるとともに、生態学的政策を確立することを可能にした[25]ことで、二つの連邦官庁の政策乖離は緩和されつつある。

---

[24] Id., at 39.

[25] Id., at 39-40.

しかし近年では、土地管理局所有地のレクリエーション利用についても、オフロード車利用の急増による自然環境の悪化が懸念されている。

(3) 連邦レクリエーション地域のオフロード車規制

① 規制の内容

1980年代以降のオフロード車（Off-Road Vehicle）[26]の普及は、多くのレクリエーション訴訟を引き起こすことになった。人々はもっぱらレクリエーション目的で連邦所有地を訪れるが、そうする“権利（right）”は連邦議会の意思あるいは権限を与えられた土地管理行政機関の裁量で取り消しできる単なる許可（license）に基づいているにすぎない。レクリエーション利用の急増は、最も人気のある地域をオーバーユース（過剰利用）から保護するためにレクリエーション体験を制限するなど、新たなタイプの制限の発展を促してきた。レクリエーション許可の制限は一般的には、最終手段と考えられている。制限政策と自由アクセスに関する既得権をめぐる対立は、オフロード車やジェットスキーに関して最も深刻である。

オフロード車利用の半数以上が、土地管理局所有地上で行なわれている。特に、カリフォルニア砂漠（California Desert）[27]でのオフロード車利用が激しいため、土地管理局は1976年の連邦所有地政策管理法（FLPMA）の通過に伴って新たな管理権限を得ることになった[28]。

他方、東海岸では、やや異なる法令上の根拠に基づいてオフロード車規制が行なわれていた。ここでまず、東部の国立公園の歴史を概観しておきたい。東部の国立公園への関心は当初、南アパラチア山脈（southern Appalachians）に集中していた。1894年にノースカロライナ

---

[26] オフロード車とはジープ、オートバイ、四輪駆動車、スノーモービル、マウンテンバイクを含む。オフロード車は1960年代初めに一般大衆消費者市場に導入され、毎年の売り上げが1970年代に700万台以上、1979年には1000万台にまで急増した。Coggins, Wilkinson and Leshy, Federal Public Land and Resources law, Fifth edition, Foundation Press (2002) at 988.

[27] デスバレー国立公園（Death Valley National Park）やデスバレー国立記念物公園（Death Valley National Monument）などが含まれる。

[28] 本稿第二章第三節１参照。

新聞協会（North Carolina Press Association）がキャンペーンに参加し、他にも多くの自然保護団体が国立公園設立運動に参加するようになった。1900年と1901年に、テネシー州とノースカロライナ州で“国立公園”もしくは“国有林”を設立する法案が提出されたが、“公園（parks）”と“森林（forests）”の概念や役割が混同されたこともあり審議は難航し、東部の国立公園に対する関心はニューイングランド地方（New England）[29]へと移っていった。ちょうど、1906年の古物保存法（Antiquities Act）が好都合にはたらいた。西部で横行する文化芸術破壊（vandalism）や考古学遺跡破壊に直面してきた連邦議会は、「合衆国政府によって管理される土地にある、歴史的なもしくは有史以前の遺跡・記念物、あるいは古代の物を、盗み、悪化させ、損傷を与え、破壊する何人」も罰することを規定する古物保存法を通過させ、大統領に「公の宣言によって〔そのような〕土地…にある歴史的記念物、歴史的なおよび有史以前の建造物、歴史的・科学的関心の対象物が…国家の記念物であることを布告する」権限を与えた[30]。さらに、それらの土地が私的所有権を主張される場合、内務長官は贈与（gifts）としてそれらの土地を受領する権限を与えられた（34 Stat. 225）ことが、効果的にはたらいた。こうして1916年、ロックフェラー（John D. Rockefeller）の財政援助の下で管理されていた6000エーカーの脅かされている地域が、古物保存法と次のような事実認定に基づいて国立記念物公園としてウィルソン大統領（Woodrow Wilson）に認可された。

「〔その〕島［マウントデザート島（Mount Desert Island）］は、サミュエル・ドゥ・シャンプラン（Samuel de Champlain）によって発見された。ドゥモン氏（Sieur de Monts）の権威の下、シャンプランが現在のニューイングランド海岸（New England coast）を探検・発見した時にその島に最初に上陸したが、それは大いに歴史的関心を引く探検であり発見だった。この国立記念物公園の区域内に大部分が含まれるその島の地勢上の形

[29] 当時、ニューイングランドのメイン州海岸にあるマウントデザート島（Mount Desert Island）の開発問題が差し迫っていたという事情があった。

[30] David A. Adams, Renewable Resource Policy ― The Legal-Institutional Foundations, Island Press (1993) at 191.

状、地質、動植物相がまた、大いに科学的関心を引く（39 Stat. 1791）。」[31]

このドゥモン氏国立記念物公園（Sieur de Monts National Monument）は、国立公園局初代局長マザー（Stephen Tyng Mather）の強い要望もあって、1919年に国立公園になることが連邦議会によって宣言された[32]。

南アパラチア山脈での国立公園の設立は遅れていたが、1924年初めに内務長官ワーク（Hubert Work）によって任命された５名から成る南アパラチア山脈国立公園委員会（Southern Appalachian National Park Commission）が、国立公園用地を調査していた。国立公園用地としては、500平方マイルという面積および次のような特性が求められた。

「１．感激させるような遠景と魅力的な細部をもつ山岳風景。
２．毎年、数百万人ものビジターたちがアウトドアライフや、混雑による混乱のない自然とのふれあう恩恵を享受できるように、十分に広大なかつ適応できる地域。
３．森林、低木、花、そして葉の上にかかる絵のように美しい小さな滝や大きな滝がある山の小川を含む十分な地域。
４．キャンプや魚釣りに利用できる、水が豊富な泉や小川。
５．地域の野生生物を保護して育てる機会と、初期開拓時代に見られたような南アパラチア山脈の優れた地勢を保存しながら自然博物館でもある統一体。
６．鉄道や道路によるアクセスの可能性。（1931年７月南アパラチア山脈国立公園委員会）」[33]

連邦議会は、シェナンドア国立公園（Shenandoah National Park）、グレートスモーキー山脈国立公園（Great Smoky Mountains National Park）、マンモスケーブ国立公園（Mammoth Cave National Park）になる予定の地域について境界線を定めるよう内務長官に指示し、土地取得（acquisition）を推し進めるための土地や金銭の贈与を受けることを是認する、1925年２月21日法（43 Stat. 958）を通過させた。しかし、アパラチア山脈の公園は依然として設立されておらず、資金不足が続いて

---

[31] Id., at 192.
[32] 現、アケーディア国立公園（Acadia National Park）。
[33] David A. Adams, supra n.30, at 192-193.

いた。1934年に遂に、連邦議会はグレートスモーキー山脈国立公園を創設し、2年後にはシェナンドア国立公園を創設した。しかし、グレートスモーキー山脈国立公園は当初の予定よりはるかに小規模なうえ、国立公園内民有地その他の権利が残存していた。そこで4年後に連邦議会は、グレートスモーキー国立公園のなかに残っている土地の取得のために、74万3265.29ドルをわりあてた。

② 判例

1989年のニューイングランド保全法財団法人対内務長官連邦第1巡回控訴裁判所判決（Conservation Law Foundation of New England, Inc.: CLF v. Secretary of the Interior, 864 F.2d 954）は、東部の国立公園におけるオフロード車規制のモデルケースといえる。国立公園局の1985年基本計画（1985 Management Plan）は、ケープコッド国立海岸公園（Cape Cod National Seashore）でのオフロード車の制限的利用を認める。ニューイングランド保全法財団法人（以下、“CLF”とする）は、1985年計画に基づくオフロード車利用が、1961年のケープコッド国立海岸公園法（Cape Cod National Seashore Act, 16 U.S.C. 459b et seq.）および国有地上のオフロード車利用に関する行政命令（Executive Order）11644号に違反すると主張した。そもそも国立公園局は、ケープコッド国立海岸公園でのオフロード車利用を制限する、1981年基本計画（1981 Management Plan）を公布していた[34]。1981年計画の下では、あらゆる干出平低地（tidal flats）と塩水性湿地（salt marshes）でのオフロード車走行が禁止された。営業用の砂丘タクシーと居住者によって利用されるアクセスルート、そして緊急迂回路を除いて、あらゆる高原地域と砂丘のコースもまた、オフロード車走行が禁止された。1981年計画の採択後、ケープコッド国立海岸公園でのオフロード車走行はかなり減った。CLFは、1981年計画の実施の禁止を求めて本訴訟を提起した。これに対して地方裁判所は、ケープコッド国立公園の他の保護される利用に関

[34] 地方裁判所によると、同海岸地域でのオフロード車利用は、1961年にケープコッド国立海岸公園が設立された当時の400台から、1979年の年間およそ5000台にまで急増した。

して、オフロード車利用がケープコッド国立海岸公園法に述べられているように“適切な公共利用（appropriate public use）”という定義を満たすかどうかに関する追加的事実認定のために、1981年計画を内務長官に差し戻した。

1985年８月に、国立公園局は、ケープコッド国立海岸公園でのオフロード車利用をさらに制限する、修正基本計画（Amended Management Plan）すなわち1985年基本計画を採択した。そこでCLFは、1985年計画を争うために訴状を修正し、双方がサマリージャッジ（summary judgment）を申し立てた。地方裁判所は、1985年計画を採択するという内務長官の決定が、ケープコッド国立海岸公園法７節どおりの海岸公園の適切な利用に相当すると判決し、被告らの申し立てを認めた。裁判所はまた、1985年計画が「実施・施行されるにつれて、海岸公園の生態系を効果的に保護するし、海岸公園の自然や景観、美的価値に悪く作用しない」と認めた。そこで、CLFが控訴した。

控訴裁判所は、ケープコッド国立海岸公園法７節（16 U.S.C. 459b-6(b)(1)）[35]の明確な文言の下では、ケープコッド国立海岸公園の開発が生態学的に共存できるかつ“適切な（appropriate）”公共利用である場合には許されるし、同海岸公園の開発の全面的な禁止はなされていないとした。そしてCLFが、1985年計画に基づくオフロード車利用は同海岸公園の“適切な”公共利用ではないとして７節違反を主張するのに対して、1985年計画を採択するという内務長官の決定は恣意的で、信頼できない、

[35] 同節は、次のように規定する。「〔ケープコッド国立〕海岸公園が現在の状態で恒久的に保存されるために、特有の動植物相や現在一般的な自然地理学的状態の保存、あるいは内務長官が指定するかもしれない史跡地や歴史的建造物の保存と矛盾するかもしれない、ビジターたちの便宜のための開発や計画は着手されてはならない：内務長官が、道、観測点、展示を設けて、国民の楽しみや理解にとって望ましいと思うようなサービスを提供することによって、同海岸公園内のケープコッドの特有の自然的、歴史的、科学的特色に関する国民の楽しみや理解を提供するだろうという条件で；さらに、内務長官が、キャンプ、水泳、ボート、ヨット、狩猟、魚釣り、史跡地・歴史的建造物、ケープコッドの自然的な特色、同様の性質の他の活動に、特に適応できると思うような同海岸公園の一部を、適切な公共利用のために開発してもよいという条件で」許される。

裁量の濫用（arbitrary, capricious or an abuse of discretion）ではないので支持されなければならないとした地方裁判所判決に同意した。またCLFは、内務長官が検討しなければならない非常に重要な要素は、予想される利用が同海岸公園の従来の景観価値を守るだろうかどうかであるし、7節の「現在の状態で保存される」という文言は、内務長官が、ケープコッド国立海岸公園法制定当時の状態から景観を変えるかもしれない同海岸公園のどんな開発も認可できないことを意味すると主張した。これに対して控訴裁判所は、7節の明白な文言や関連性のある立法史のなかに、ケープコッド国立海岸公園法についてのこの解釈を内務長官が強いられなければならないと確信させるものは何も存在しないとして、ケープコッド国立海岸公園法7節に基づき適切性争点について被告らのサマリージャッジの申し立てを認めた、地方裁判所判決を支持した。またCLFは、同海岸公園の生態学的ダメージや美的価値の下落という理由で、行政命令11644号[36]が被告らに、同海岸公園でのオフロード車利用の禁止を命じると主張した。これに対して控訴裁判所は、同海岸公園での規制されていないオフロード車走行は同海岸公園の自然的あるい

[36] 1972年の行政命令（Executive Order）11644号は、連邦所有地でのオフロード車利用が「国有地の資源保護、国有地のあらゆる利用者たちの安全の普及促進、国有地の様々な利用者たちの間の衝突の最小限化」と調和しなければならないと規定する（行政命令11644号3(a)項）。さらに行政命令11644号3(a)項は、「各行政機関の長が、そのような場所でのオフロード車利用が自然的、美的、景観的価値に悪く作用しないだろうと判断する場合」にのみ、オフロード車道が国立公園システム区域内に設けられることを命じる（行政命令11644号3(a)(4)項）。行政命令11644号の1977年修正である、行政命令11989号はさらに規定する。内務長官は「オフロード車の利用が、土壌、植生、野生生物生息地、国有地の特定地域・道にある文化的・歴史的資源に相当な悪影響（considerable adverse effects）を引き起こすかもしれないあるいは引き起こしていると判断する場合にはいつでも、そのような悪影響が除去されてきており将来の再発防止策が実施されてきていると判断するまで、そのような影響を引き起こしているタイプのオフロード車に対して、そのような地域や道の走行を直ちに禁止しなければならない（行政命令11644号9(a)項）」。次にこれらの規定は、ケープコッド国立海岸公園法7節に加えて、海岸公園でのオフロード車利用に関して内務長官の裁量を制限する。

は景観の価値をかなり脅かすかもしれないが、1985年計画に基づいて課された制限は十分であるとした。そして問題になっているのは、その後に採択・実施されてきた規制の下で、何か重大な生態学的ダメージが生じてきたかどうかであるとした。そのうえで控訴裁判所は、1981年計画の採択前に同海岸公園にいくらかの生態学的ダメージが生じていたかもしれないが、採択以後、オフロード車利用は同海岸公園に重大な生態学的ダメージを何も引き起こしたことがないとして、1981年計画および1985年計画に基づく生態系保護の争点についても、地方裁判所を支持した[37]。

2　州行政機関および地方自治体行政機関

連邦政府は国有地を直接に支配するが、西部諸州（western states）[38]もまた確立している基本的優先事項と政策の検討に参加する。連邦所有地は西部諸州の陸地の50％近くを占めているが、これらの州は国有地がどのように管理されるかについて大いに関心がある。国有地の地方色を一掃する政治傾向に対して、近年はよもぎの反乱（Sagebrush Rebellion）や“賢明な利用”運動（Wise Use movement）ほか、非常に多くの地元イニシアティブによる西部固有の政治運動が生じてきた。内務長官ワット（James Watt）はこのバックグラウンドの出身であるし、西部の政治家たちのほとんどが伝統的な牧場経営、採鉱、伐採産業が及ぼすかもしれない政治的圧力に対してひどく敏感である。

西部諸州は実際に、国有地政策についてかなり大きな権力や影響力を行使する。西部諸州代表の国会議員たちは連邦議会のなかで、時代遅れな1872年の一般採鉱法（General Mining Law）を改正しようとする取り組みをいつも妨害してきたし、繰り返される放牧条項の修正要求をかわしてきた。西部諸州は十分に定着した法的特権を行使しつつ、国有地上の野生生物について一次的な責任を負い、水に対する支配権も主張できる。さらに憲法の最高法規条項（Supremacy Clause）と調和しながら、

[37] Coggins, Wilkinson and Leshy, supra n.26, at 999-1004.

[38] アリゾナ州、カリフォルニア州、コロラド州、アイダホ州、モンタナ州、ネヴァダ州、ニューメキシコ州、オレゴン州、ユタ州、ワシントン州、ワイオミング州の西部11州。

連邦議会の基本政策を否定しない限り、西部諸州は連邦所有地上で行なわれている多くの活動を規制することができる。

連邦議会は財源がない連邦命令案（federal mandate bill）を採用してきたが、州は互恵的な連邦資金提供がない限り連邦が規制する基準に従う義務から解放された。そのため連邦レベルの立法は軽く扱われ、水質、採鉱規則、放牧政策といった分野では州が復権していった。西部諸州知事連合（Western Governors' Association）は1990年代後半を通じて州協定（Convention of the States）を求め、国有地上の天然資源論争について地元の決議を促進することを意図した一連の統治原則、“エンリブラ（Enlibra）”を採用してきた。エンリブラとは、大気・土地（land）・水を保護するための一連の原則を意味するもので、バランスと責務（stewardship）を象徴するものとして西部諸州の知事たちが考え出した造語だった。この動きは、連邦の繁栄状態の崩壊とともに、連邦と州の関係の新時代の夜明けを示す変化を明らかにしているとも指摘された。この変化を都市共和制（civic republicanism）という考え方のなかでとらえて、国有地や天然資源にかかる意思決定の不可欠な部分となった国民参加プロセスが都市共和制理念のあらわれであるとの分析もなされた。都市共和制が、自由、人民（the people）による規則、市民（citizens）によって実施される市民道徳（civic virtue）を重視する共和制の統治イデオロギーを意味するからである。錯綜した天然資源論争を解決するための共通基盤を見いだすことを託された地元協同のイニシアティブが最近は激増していることも、都市対話の実施とみることができる[39]。

もちろん、連邦レベルではなく州・地方レベルで出される判断だからというだけで、それがより国民の意図に沿っているあるいは国民を代表していて永続的であるということは保証されない。しかし権力面における大規模な変化は、政策を練り上げて実施する際に、州・地方の職員や市民たちに強化された決定的なはたらきを与えることになる。“賢明な利用”運動は、郡の優越（county supremacy）という法主張を通じて、連邦所有地管理政策が地元の土地利用政策と調和しなければならないという立場を支持してきた。同運動は概して、伝統的な放牧、採鉱、伐木

[39] Robert B. Keiter, supra n.1, at 35-36.

搬出産業を保護することを考えて起こされてきた。他方、環境保護団体や環境学者たちの州、郡、地方レベルにおける政策への影響力は一様ではない[40]。

このように、連邦行政機関の一つである国立公園局によって打ちだされる国有地の自然保護政策も、とりわけ西部諸州においては州や地方の行政機関の影響力を免れないのである。

3　地域住民および一般商工業者

アメリカの国立公園は営造物型であるため、行政官庁と地域との利害対立のレベルは潜在的に低いようにも思われる。しかし実際には、国立公園局と国立公園内での独占営業（monopoly）を保証される“営業許可者（concessionaire）”に代表される地域住民や一般商工業者との利害対立が、近年深刻化の一途をたどってきた。なかでも、国立公園局と木材業者や牧畜業者との利害対立の歴史は古い。そもそも国立公園内の“営業許可システム（concession policy）”自体は、1916年の国立公園局システムの確立すなわち同年の国立公園局設置法（National Park Service Organic Act, 16 U.S.C.A. §1）の制定に伴って初代の国立公園局長マザー（Stephen Mather）によって採用された。しかしそれ以前にも例えば、農務長官が採用した規則が要求している許可を得ることなくシエラ森林保全区（Sierra Forest Reserve）上で羊を放牧しているとして起訴された事例にかかる判決である1911年の合衆国対グリマウド連邦最高裁判所判決（United States v. Grimaud, 220 U.S. 506）や、農務長官の規則に違反して許可なしでコーダレン国有林（Coeur d’Alene National Forest）内で採鉱しているとして起訴された事例にかかる1910年の合衆国対リッツィネッリ連邦アイダホ管区地方裁判所判決（United States v. Rizzinelli, 182 Fed. 675）など、潜在的な営業許可制度とそれを取り巻く問題は既に存在していた。

地域住民や一般商工業者との利害対立は、1970年代に始まる大企業営業許可者の参入による連邦レクリエーション地域における営業活動の大規模営利化に伴い顕在化する。ここで営業許可制度とは、公園利用者に

[40] Id., at 36-37.

食事や宿泊などのサービスを提供するために国立公園局が商業資本に対して“営業許可（concession）”[41]を与えて管理運営するシステムを意味する。初期の営業許可者は小規模な家族経営の会社がほとんどで、営業許可システムの基本型が“一事業一営業許可者”とされたのも、このような小規模家族経営会社が特定事業を独占する状況を予定していたからにほかならなかった。しかし第二次世界大戦後の公園利用者の急増を背景に大企業による小規模家族経営会社の買収が続き、例えばアムファック社（AMFAC Hotels & Resorts）[42]、トランスワールド社（Trans World Corporation）、ジェネラルホスト社（General Host Company）、MCA 社（Music Corporation of America）[43]など大企業の台頭が、1970年代にピークを迎えるところとなった。さらに1980年代に入ると、内務長官ワット（James Watt）が大企業営業許可者による国立公園内の営業活動の大規模営利化政策を推進していった[44]。営業許可システムを取り巻

---

41 日本の“営業許可”は主に、警察許可と公企業の特許を意味する。前者は、社会公共の安全・秩序の維持を目的として法律で予め一般的に禁止された行為を、個別の場合に申請を待って解除することで個人の天賦の自由を回復させる性質の命令的行政行為であり、羈束行為もしくは羈束裁量行為にあたるとされる。後者は、法律に基づく国の独占的事業経営権を個別の場合に申請を待って私人に付与する形成的行政行為であり、自由裁量行為にあたるとされる。亘理格「公衆浴場営業許可」行政判例百選Ⅰ［第５版］（2006年）126頁。なお、国際法上の concession 概念すなわち国家が外国人と締結する利権契約や経済開発協定とは異なるものである。また、英米法上の一般的な“営業免許（business license）”とも異なる。

42 グランドキャニオン国立公園（Grand Canyon National Park）内の1905年創業の名門ホテルであるエルトバーホテル（El Tovar Hotel）は、アムファック社傘下に入ることで巨大化し、自然環境破壊を招いた。

43 MCA 社がヨセミテ渓谷（Yosemite Valley）内のビジター施設の管理を引き受けるや娯楽会社ならではの路線を突き進み、商業施設開発にとどまらず自社のテレビシリーズのためにヨセミテの岩にペンキを塗って“魅力を増す”事態に及んだエピソードはあまりにも有名である。Zaslowsky & Watkins, These American Lands, Island Press (1994) at 43.

44 この時期に日本企業の松下が参入したことも、記憶に残るところである。もっともカレー社（Curry Company）を含む MCA 社およびその全系列会社を買収した松下も、1991 年初めには撤退した。

く問題は今や、アメリカの国立公園における最大の内部的脅威の一つと位置づけられている。

4　遊覧船業者およびモーターボート業者

急増するモーターボートの影響で、エバーグレーズ国立公園（Everglades National Park）の藻場（もば）が4000ヘクタール以上も破壊されたという最新の報告がある[45]。国立公園局とモーターボート業者や遊覧船業者との利害対立は、内部的脅威の最新モデルといえる。なかでも、アラスカのグレーシャーベイ国立公園（Glacier Bay National Park）での遊覧船の営業許可制限をめぐる争いは激しいものだったが、2001年の国立公園保護協会対バビット連邦第９巡回控訴裁判所判決（National Parks & Conservation Association v. Babbitt, 241 F.3d 722）で国立公園保護協会側が勝訴したことが、結果的に営業許可者にとって不利に作用し、グレーシャーベイ国立公園での遊覧船の営業許可制限は厳しくなった。

“保護と利用”は国立公園を含めた連邦レクリエーション地域の長年のジレンマであり[46]、従来の国立公園政策は利用重視の流れにあった。すなわち、1916年の国立公園局設置法が「国立公園、国立記念物公園…の利用を…規制し…景観および自然対象物・歴史的対象物、そこにいる野生生物を保全し、将来の世代の楽しみのためにそれらを損なわない方法や手段で、同じ楽しみを提供する（16 U.S.C.A. §1）」と規定したことから、このジレンマは国立公園システムの確立当初から存在してきた。さらに、最初の国立公園営業許可法制である1965年の営業許可政策法（National Park Service Concession Policy Act, 16 U.S.C.A. §20）が営業許可を与えるのは公園の「国民の利用や享有のために必要かつ適切なもの」に制限されなければならないと規定し、営業許可を与える権限は内務長官にある（16 U.S.C.A. §3）とされた。しかし営業許可政策法が、

---

[45] リン・ウォーレン「米国の国立公園　創設から90年　揺らぐ聖域」『ナショナルジオグラフィック日本版』12巻10号（2006年10月号）104頁。

[46] 利用重視に傾くと内部的脅威が顕在化するという意味で、連邦レクリエーション地域の内在的“保護と利用”ジレンマと内部的脅威の連動性を見いだすことができる。

営業許可者の投資を促すことを意図して許可者の既得権や将来の利益を保証することを主な目的としていることは、当初から指摘されていた[47]。なかでも「内務長官の満足する…仕事をしてきた営業許可者に…契約更新の既得権（preference in the renewal of contracts）を与える」よう内務長官に命じている、いわゆる“更新の既得権”の存在が問題となった。

更新の既得権の意義としては、大きく二つのことが考えられる。一つは、営業許可者が優先的地位すなわち契約更新の主導権を握ることである。もう一つは、営業許可者が自らの投下資本の減価償却後の価値の補償を得られることである。後者は例えば、小規模な山小屋や民宿が大規模ホテルに変貌していくプロセスでは営業許可者による資本投下が行われているが、これを国立公園局に補償してもらうということを意味する。更新の既得権が登場した背景には、一事業一営業許可者という営業許可制度の基本型すなわち小規模家族経営会社が特定事業を独占するのを予定していたことが挙げられる。そこには、営業許可者に独占権を与える代わりに強力なコントロールを及ぼしていくという、国立公園局の自信もうかがわれる。少なくとも1965年の営業許可政策法制定当初においては、大企業営業許可者が複数事業を独占する[48]という状況は予定されていなかったといえる。

しかし、1979年法（Public Law 96-126）から1992年（Public Law 102-381）までの一連の一般法律が、「営業許可者の投下資本の減価償却後の価値を補償しなければ、営業許可契約や更新の既得権に基づく占有権（possessory interest）を消滅させることができない」と規定したことから、この時期の公園内の営利事業の巨大化とあいまって、“価値が巨額で国立公園局が補償できないため、大企業営業許可者の契約更新を受け入れざるを得ない。つまり、大企業営業許可者を追い出せないし、コントロールもできない。”という問題を生み出した。国立公園局のコントロールが及ばないことは、必然的に自然環境の破壊を招く。

更新の既得権の存在が市場競争を徹底的に制限し、既存の営業許可者の権利を法的に確固なものにしていると考えた連邦議会は、長年にわた

[47] 畠山武道・前掲（注６）268頁。

[48] 例えば、一つの業者が食事、宿泊、交通、スキー場、観光ガイドという五つのサービスを提供するという状態が考えられる。

る取り組みの末の1998年に、1965年の営業許可政策法の全面的な見直しを実行に移すことにした。1998年法（Public Law 105-391）は1998年国立公園一括管理法（National Parks Omnibus Management Act of 1998, 16 U.S.C. 5901-6011）を追加して、営業許可政策において多くの重要な変更を行った。なかでも1998年法の留保条項（savings clause）415(a)条は次のように規定して、ごく小規模の営業許可者を除いて、全ての営業許可者について将来にわたって更新の既得権を明確に廃止した。すなわち、

「415条。国立公園営業許可政策法の廃止。(a)廃止…一般法律89-249（国立公園営業許可政策法として一般に知られる）を廃止する。当該法の廃止は、当該法に基づいて締結された契約や許可の有効性に影響を及ぼしてはならない。しかし本編の規定は、当該規定が当該契約・許可の条件や規定に矛盾するという場合を除いて、当該契約・許可に適用されなければならない。当該法の権原に基づいて与えられる営業許可契約に関する本編での言及は、当該権原に基づいて与えられる営業許可にもあてはまる。」

さらに1998年法は、補償金が新規営業許可者から現行営業許可者に支払われる（403(3)(E)条）ことや、営業許可契約が通例10年間以下の期間でなければならない（404条）こと、“立退き料請求権（leasehold surrender interest）”が営業許可契約の譲渡に伴い譲渡されなければならない（405(a)(2)(B)条）ことを規定し、先述の更新の既得権の廃止規定と共に、実質的な営業許可売買システムへの移行を導いていった。このような新システムの下では国立公園局が補償額を立て替える必要はないため、同局は金銭面でのコントロールを取り戻していった。

この変更は、営業許可契約を認める際の競争の促進や連邦政府へのより多くの利益、公園ビジターへのより良いサービスの確保などを意図したものだった。しかし既存の営業許可者が反発し、この更新の既得権の廃止を争った。その結果が、2002年のアムファック社対合衆国内務省連邦コロンビア特別区巡回控訴裁判所判決（AMFAC Resorts v. United States Department of the Interior, 282 F. 3d 818）である。この裁判は、次の四つの争点それぞれについて別個に提起された訴訟を、裁判所が併合したものである。

① 1998年法による更新の既得権の廃止
② 営業許可者の立退き料に関する規定
③ 営業許可契約への契約紛争法（Contract Disputes Act）[49]の適用除外
④ 営業許可契約売却前に承認を求める規定

裁判ではもっぱら、①および②の点が争われた。しかし、前審である2001年のアムファック社対内務省連邦コロンビア特別区地方裁判所判決（142 F. Supp. 2d 54）同様、本判決でも営業許可者の主張は退けられ、更新の既得権の廃止が司法においても確認された[50]。

その後、国立公園と同様に連邦レクリエーション地域である国有林の営業許可法制の一つである1986年の国有林スキー場法（National Forest Ski Area Act, 16 U.S.C. 497b）が、スキー場の従来のエーカー数制限および期間制限を取り払うことで営業許可者の契約更新を一見有利に導くかのようでいて、同時に様々な根拠に基づく営業許可の取消や修正を農務長官に認め、営業許可者に“準拠法に従った公平な市場価格に基づく”料金を課した頃から、“保護と利用”について保護重視の連邦政策が垣間見られるようになった。近年では、2003年にイエローストーン国立公園法（Yellowstone National Park Act, 16 U.S.C. §22）が保護（preservation）の優位を明言し、特に野生生物に着眼して公園資源や野生生物を保護するためにビジター活動に大きな制限を課したことが注目された。グレーシャーベイ国立公園での遊覧船の営業規制の厳格化も、このような新たな保護重視政策の流れの一環と位置づけることが可能だろう。

もっともブッシュ（George Bush）政権（2001年～）が2007年度予算の概算要求で国立公園局の予算を５％、金額的には１億ドル削減することを提案していることから、国立公園における営業活動の大規模営利化

[49] 1978年制定。連邦政府の契約紛争の代替法廷について規定する。契約者は連邦請求裁判所で司法的救済を求めてもよいし、当該行政庁に勤務する責任のある公務員を私訴追（appeal）してもよい。後者については、連邦巡回控訴裁判所への上訴も認められている。

[50] 2003年の国立公園ホスピタリティ協会対合衆国内務省連邦最高裁判所判決（National Park Hospitality Association v. Department of the Interior, 538 U.S. 803）は、裁量上訴を認めて③および④の点を扱ったが、共に紛争成熟性が否定された。

が現在再び懸念されている[51]。

第三節　地域の自然保護意思との調整

本稿で、“地域の自然保護意思”と“地域協働型自然保護”という二つの概念を仮説的に想定することは先にも述べた。すなわち、まず“地域の自然保護意思”とは、地域の利害関係者たちが調整のうえで合意形成に達した、自然保護に対する地域全体としての意思を意味する。地域の自然保護意思は、必ずしも目に見えるかたちで存在するわけではない。それはむしろプロセスのなかに存在し、その実体は可変的かつ流動的である。次に“地域協働型自然保護”とは、行政が地域の自然保護意思との調整を図りつつ自然保護をめざしていくことを意味する。そもそも“地域の自然保護意思”自体が可変的かつ流動的であるから、“地域協働型自然保護”もまた、可変的かつ流動的である。

それでは、国立公園紛争において、地域の自然保護意思は実際にどのようにはたらくのだろうか。本節では、第二節で分析した戦後の国立公園紛争の類型のなかでも特に、地域の自然保護意思との調整を重視した事例に着目して、年代を追って詳細に検討していく。

1　オリンピック国立公園（Olympic National Park）―市民運動による自然保護

1938年のオリンピック国立公園（Olympic National Park）の創設実現は、市民運動のたまものだった。この市民運動にはじまったオリンピック国立公園闘争は、最も長期にわたりかつ最も激しい、国民による自然保護闘争だった。今日われわれが知るような、市民の直接の積極的運動によって環境を保存することの起源は、“オリンピック国立公園闘争”と一般に呼ばれている環境紛争にあった[52]。

1916年の国立公園局の創設を導いた全根拠のうち、最も重大な影響を

[51] ジョン・G・ミッチェル「政治に翻弄される理想」『ナショナルジオグラフィック日本版』12巻10号（2006年10月号）117頁。

[52] Carsten Lien, Olympic Battleground-The Power Politics of Timber Preservation, Second Edition, Mountaineers Books (2000) at 338.

もったのが、国立公園内の樹木は森林管理の実施に従わなければならないというピンショー（Gifford Pinchot）によって繰り返された主張だった。ピンショーの見解は1895年から1913年の間に、国民および連邦議会によって繰り返し拒絶された。1913年にヘッチヘッチー論争が山場を迎えた際に、ピンショーの見解は国立公園内の樹木を保存するうえで妨げになった。公園の伐採は実現できないというのが世論であることを悟ったピンショーは、ヘッチヘッチー最終公聴会で国立公園の樹木の不可侵を宣言することを強いられた。ピンショーが、世論に折れたのである[53]。

国立公園内の樹木に関しては、1916年の国立公園局設置法の起草者たちが樹木に非常に関心をもっていたので、外科医が全体を助けるために人体の一部を切り取る許可を与えられるのとほぼ同じように、森林の病気に対処することが同法で認められた[54]。すなわち内務長官は、「昆虫や病気からの攻撃を制御するために、そのような樹木の伐採が求められる、もしそうでなければ、何かそのような公園、記念物公園、保留地の景観あるいは自然対象物・歴史的対象物を保全するために、そのような樹木の伐採が求められる（“the cutting of such timber is required in order to control the attacks of insects or diseases or otherwise conserve the scenery of the natural or historic objects in any such park, monument, or reservation.”16 U.S.C.A.§3）」と判断する場合に樹木を伐採する権限を与えられた。国立公園局設置法が昆虫規定但書（insect proviso）を含めて通過したときに、アメリカ森林協会（American Forestry Association）は『アメリカ森林新聞（American Forestry）』の1917年の社説のなかで、“最も不幸なことに、新法はすでに…虫害からの保護を口実に樹木の伐採を許している”として、起こるべき問題を予想していた。昆虫規定は、道路建設や捕食動物駆除の問題その他の危機で環境学者たちが忙殺されるにつれて、忘れられていった。『アメリカ森林新聞』の1917年の警告は、1916年の国立公園局設置法の制定から30年後にオリンピック森林（Olympic forests）で現実のこととなる[55]。

連邦所有地内の樹木と伐採産業の関係については、オリンピック国立

[53] Id., at 254.
[54] Id., at 255.
[55] Id.

公園創設前の1925年に、エール林学校（Yale Forestry School）のチャップマン（H. H. Chapman）が問題の根本を問いかけていた。“樹木は伐採されて利用されなければならないのか、森林は森林管理メソッドによって再生産することで永続させられなければならないのか、あるいは樹木は今そうであるように楽しまれるために保存されなければならないのか。もし樹木や立木が伐採して再生産するよりも残すことによって文明にとってより大きな価値があるならば、われわれは伐採と再生産のどちらもできない…。そのとき樹木や立木は、斧から保護されなければならない。誰がこのことを判断すべきか。結局は、国民が判断することになる。”[56]

1920年代の環境学者のうちヴァン・ネイム（Willard Van Name）が、チャップマンの指摘した伐採産業と森林局の間のなれあいの関係に圧力をかけた。ヴァン・ネイムは、1929年に『消えゆく森林保護区（Vanishing Forest Reserves）』を発刊するまではたった一人で闘っていた。1930年に緊急自然保護委員会（Emergency Conservation Committee: ECC）を結成するなかで、エッジ（Rosalie Edge）やブラント（Irving Brant）と仲間になることで、ヴァン・ネイムは国民参加という自分の考えに息を吹き込むのを後押しする人物を見つけた。1934年にヴァン・ネイムは自らの論説『オリンピック国立公園案（The Proposed Olympic National Park）』のなかで“国民の意思（will of the people）”を定義した。これがオリンピック国立公園闘争の引き金になった。環境学者クラーク（Irving Clark）を説得してクラークを1934年の闘争に参加する気にさせたのも、連邦議会が“国民の意思”を理解する必要があるとしてワシントン州の緊急自然保護委員会（ECC）ロビイスト（議会通過運動者、lobbyist）であるシュルツ（William G. Schulz）の給料を個人的に支払ったのも、ヴァン・ネイムだった。ヴァン・ネイムの莫大な財政的献身がなければ、オリンピック国立公園法案はたぶん失敗しただろうといわれている[57]。

非常に優れた記者だったエッジ（Rosalie Edge）は、何が国民を引き

[56] Id., at 338-339.

[57] Id., at 339.

つけるのかを本能的に知っていた。時事風刺漫画、地図、絵などが、緊急自然保護委員会（ECC）の小冊子のなかでかわるがわる用いられた。ニューヨーク名士録に載っているというエッジの立場が、エッジが接触を望むほぼ全ての人に接触するのを可能にした。オリンピック国立公園運動はエッジの数多くの自然保護運動のほんの一つにすぎないが、オリンピック国立公園の雨林（rain forests）を救ったことは彼女の63年の生涯の経歴で一つの頂点になった[58]。

ブラント（Irving Brant）は、政治や公共行政の領域での権力のあらゆるニュアンスを理解していた優れた戦略家だった。彼は権力に近いことによる権力、権力に近づくことによる権力を知っていて、それをとても効果的に用いたので、オリンピック国立公園闘争が終わらないうちに彼本来の資質で権力者になっていた。市民運動家で彼ほど連邦政府のプロセスに深くたずさわった者は、後にも先にもおそらくいないだろう。ブラントは、彼が行政府の内側にいるのと同じくらい深く、連邦議会にたずさわった。重要な委員会の議長はブラントに戦略を期待したし、1938年のオリンピック国立公園法案通過の際には参加する委員会メンバーの選抜にブラントの関与が許された。ブラントがいなければ、オリンピック国立公園は存在していなかったともいわれる[59]。第一のオリンピック国立公園闘争である、同公園創設をめざす市民運動を成功に導いたヴァン・ネイム、エッジ、ブラントの三名は、伐採に反対して起こった第二のオリンピック国立公園闘争で再び登場することになる。

第二次世界大戦は伐採を推進したが、これとは別にかつ無関係に伐採産業を推進したのが樹木交換（timber exchange）プロセスだった。樹木交換とは、虫害、火災、倒木などのおそれのある国立公園用地にある樹木を、樹木が伐採された国立公園内民有地と交換することを認める制度である。同プロセスの下では、すでに建設された道路と機能している装備がある地域で伐採技師が伐採を続けることができる場合にはいつでも、利益が最大になる。オリンピック国立公園法案が最終的に通過する１年も前の1937年に、公園レンジャーのオバリー（Fred Overly）は元

[58] Id., at 339-340.

[59] Id., at 340.

上司に、オリンピック国立公園に加えられようとしている地域での樹木交換を手配するよう頼まれた。オバリーはクレッセント伐採社（Crescent Logging Company）の元伐採技師であり、すぐにこの樹木交換を手配した。このように、公園局はオリンピック国立公園の創設直前に、同公園のためにとっておかれた樹木によって地元の伐採業者の利益を最大にするのを促進するという立場に置かれた。1941年２月にクレッセント伐採社の総支配人ピアソン（Petrus Pearson）は、別の樹木交換をやり遂げるために、元従業員オバリーに再び接触した。公園局最高顧問モスキー（Moskey）は、“法を注意深く見直しても、その交換を可能にする既存の権限が何も明らかにならない”として、オバリーの提案を拒否した。オバリーは樹木交換に固執し、ドルーリー（Drury）に次のような書簡を送った。“1916年８月25日法［1916年の国立公園局設置法］に基づいて、内務長官は‘昆虫や病気からの攻撃を制御するために、そのような樹木の伐採が求められる、もしそうでなければ、何かそのような公園、記念物公園、保留地の景観あるいは自然対象物・歴史的対象物を保全するために、そのような樹木の伐採が求められる場合に、自らの判断で樹木を売却するあるいは処分する（sell or dispose of timber in those cases where in his judgment the cutting of such timber is required in order to control the attacks of insects or diseases or otherwise conserve the scenery or the natural or historic objects in any such park, monument, or reservation. 16 U.S.C.A. §3)’ことを認められる”。オバリーは、民有林が伐採搬出されてしまった後に公園樹木は風倒木を受けやすいだろうから、“キクイムシ（bark beetle）のまんえんの可能性は言うまでもなく、深刻な火災の危険を引き起こす”と説明した。そして“現行法に基づいて樹木を処分する内務長官の権限に関してのあなたの意見を、われわれにお知らせ下さい”としめくくった。オバリーの本部協力者ワース（Conrad Wirth）が、最高顧問へのオバリーの要請を支持した[60]。

オバリーの綿密な理論的根拠は、第二次世界大戦の樹木を渇望する状況のなかで、公園局の主任法務職員（solicitor）に受け入れられていった。主任法務職員マーゴルド（Nathan Margold）は次のように述べた。“私

[60] Id., at 256-258.

の意見では、1916年法［1916年の国立公園局設置法］の３条は、公園用地の樹木を国立公園内の民間所有の樹木を伐採した土地と交換することを認める…”。オバリーは今や、虫害にさらされるあるいは火災の危険になると解釈されるかもしれない樹木と一緒に倒れるかもしれない公園樹木を伐採するための、公に認可されたライセンスを有した。1916年の国立公園局設置法は今や、保護することを意図されてきたまさにその資源に敵対していた。近くで伐採搬出事業を続けることを許可しながら、公園局はオリンピック国立公園についての“樹木処分規則（Timber Disposal Regulations)”を1942年に定め、公園樹木のうち売りものになると公園局がみなすものを定義しながら、『連邦行政命令集（Federal Register)』のなかで同規則を宣言した。

「少なくとも長さ20フィート以上かつ少なくとも直径12インチの、全てのアメリカトガサワラ（Douglas fir)、ベイトウヒ（Sitka spruce)、ポンデローザ（western white pine）の丸太は、売りものになるとみなされる…。

少なくとも長さ20フィート以上、少なくとも直径12インチの、全てのベイスギ（western red cedar）の丸太、大きな塊、平板は、売りものになるとみなされる…。」[61]

樹木処分規則を公布することによって公園局は、『アメリカ森林新聞』によって1917年に発表された、1916年の国立公園局設置法の昆虫規定が“営利的利用の絶対的禁止”を全く行なわずにに森林の喪失を導くかもしれないという懸念を確かなものにした。処分目的のために何が売りものになるのかを定義しつつ、公園局は局長ドルーリーの下で伐採業者の利益を保証しながら伐採ビジネスに参入していった。これらの活動は全て、オリンピック国立公園を第二次世界大戦下の伐採搬出のために利用できるようにするというドルーリーの他の試みと同時に行なわれた。内務長官イッキスは、何が起こっているかについて何も知らなかった[62]。

1942年の秋に、オリンピック国立公園のキノールト（Quinault）地域でフィンリー川（Finley Creek）に沿ってアメリカトガサワラの風倒木

[61] Id., at 258.

[62] Id., at 258-259.

が起こり、できたばかりの樹木処分規則が早速用いられた。この風倒木地域からもたらされた、戦争需要の下で決定的に必要とされるむきベニヤ材（peeler）の丸太の売却をドルーリーはすぐに認め、主に原生林のアメリカトガサワラ234万6000ボードフットがフィンリー川からグレースハーバーの製材所に流された。フィンリー川の樹木契約を獲得していた伐採技師が自分の伐採搬出を終えたとき、この伐採技師はワシントンの連邦議会の委任を得て、もっと多くのことを求めるキャンペーンを始めた。ワシントンの伐採技師によって、もし昆虫が含まれるならば公園局はモミの木を伐採できるというスローガンが広まるとすぐに、西海岸製材業者協会（West Coast Lumberman's Association）が、オリンピック国立公園のうち10万エーカーが頭の黒いドクニンジン（hemlock）の青虫に蝕まれ“そしてそのまんえんは必然的に、同公園で大規模な伐採搬出を引き起こすだろう”と報道界に知らせた。各新聞は読者たちに、“製材業者は、救済的伐採搬出がすぐに始められなければならないと述べた…”と伝えた。こうしてオリンピック国立公園での“昆虫のまんえん”のうち初期の多くのものが、昆虫によってではなく1916年の国立公園局設置法の“昆虫（insects）”の語によって作り上げられて始まった。オバリーが昆虫規定に基づく自らの樹木交換事業に成功する前は、国立公園局の見解はいつも、地域計画立案者のデーヴィッドソン（Davidson）によって述べられるようなものだった。“病気などを避けるために倒木を処分するという主張は、根拠が確かでない。倒れた樹木、大規模な風倒木は、数えきれないほどの世紀にわたって起こってきた；それらは自然の森林成長の一部であって、森林への危険ではない”。公園局は、同局の美辞麗句のなかで述べられる保存（preservation）使命を、オリンピック国立公園で同局が始めていた伐採搬出事業と調和させようと試みたので、内部のひずみが避けられなかった。本部と地方の両方の全ての森林管理職員（forestry staff）が、当初から伐採搬出事業に反対した[63]。

伐採搬出事業の精力的な支持者だったワース（Conrad Wirth）は、伐採権限を拡大する構えだった。伐採業者が次から次へと提案を示すのに、主任法務職員の意見によって課される昆虫および火災の危険という

[63] Id., at 259, 261.

制約があまりに限定的なので、需要に適応させることができないのが明らかだったからである。ワースは「もしそうでなければ…景観あるいは自然対象物・歴史的対象物を保全する（16 U.S.C.A. §3)」という、1916年の国立公園局設置法の一部に基づいて伐採権限を拡大させたいと思うようになった。ところで1916年の国立公園局設置法は、公園を伐採し、かつ土地の所有権を受け取る権限を内務長官に限って認めてきた。このことは第二次世界大戦中にドルーリーの動きを退ける際に、イッキスに支配力を与えた。そのことはまた、各々の伐採搬出契約が内務長官執務室で承認されなければならないことも意味した。イッキスが執務室を去った半年後、公園局はこのことを変えようとした。1946年８月21日の『連邦行政命令集（Federal Register)』において、内務長官が有していた支配力は国立公園局長の手中に移されることになった。

「国立公園局長は、1916年８月25日法［1916年の国立公園局設置法］の３条に従って樹木の伐採を規定してもよいし、そのような樹木の売却あるいは処分を認めてもよい。」

公園局は、かつては拒絶したピンショーの公園伐採搬出事業を、今や進んで実施するようになっていた[64]。

国立公園局長は、樹木のお返しに伐採業者によって与えられる土地の不動産譲渡証書を受け取る権限を与えられた。内務長官の執務室は完全に迂回され、公園局は自らの伐採搬出事業に及ぶ内部支配力をもつことになった。自分の元雇い主、クレッセント伐採社の利益のためにオバリーが1916年の国立公園局設置法のなかの昆虫規定を用いたときからほんの数年しか経っていなかった。その間に公園行政官たちは、自然保護論者たちが保存するために50年近く闘ってきたまさにその樹木を売却できるという立場に、公園局を容易に転換させてしまった。1948年の終わりまでに、公園局は1095万700ボードフットの樹木をオリンピック国立公園から除去していたし、年間の除去割合は加速していった。1948年８月にワースは、不動産部門を率いさせるためにワシントンＤ.Ｃ.にオバリーを転任させた。このことによってワースは、オリンピック国立公園の伐採搬出事業をうまく続行した。1949年７月に、ワースは国立公園局の副

64 Id., at 261-262.

局長になった[65]。

今や高齢になったヴァン・ネイム、エッジ、ブラントの三名が緊急自然保護委員会（ECC）の活動を再開し、第二のオリンピック国立公園闘争が始まった。伐採に反対する市民運動が高まり、第二の闘争は自然保護派の勝利というかたちで1951年に終結した[66]。

地域の自然保護意思が市民運動を通じて実現された先例として、オリンピック国立公園闘争の意義は大きい。自然保存（preservation）使命を果たそうとしない国立公園局に代わって市民運動家たちが自然保存をはかろうと立ち上がったという点でも、オリンピック国立公園闘争は非常に特徴的な事例といえるだろう。

2　ダイナソア国立記念物公園（Dinosaur National Monument）のエコー・パーク論争（Echo Park controversy）ー自然保護団体の台頭

1950年代のエコー・パーク論争（Echo Park controversy）は、ダイナソア国立記念物公園（Dinosaur National Monument）に人口ダムを建設しようとする土地開墾局（Bureau of Reclamation）の試みを、自然保護団体が阻止した事例である[67]。エコー・パーク論争はシエラ・クラブの存在を全国に知らしめ[68]、のちに自然保護団体が台頭していくきっかけをつくった。

エコー・パーク論争の始まりは、ドルーリー（Drury）が国立公園局長に就任した翌年の、1941年にさかのぼる。国立公園局は、ダイナソア国立記念物公園の大部分が浸水することになるという、エコー・パーク・ダム事業案に参加した。このとき、国立公園局は土地開墾局に対して、コロラド川（Colorado River）上流の将来の貯水池についてのレクリエーション調査を請け負うことに同意した。ドルーリーは、国立公園局がコロラド川流域で始まる大規模な計画立案のなかで重要な影響力をもつかもしれないことを期待した。土地開墾局が調査資金を用立てたことが、国立公園局を誘惑したのも確かだった。この同意には、エコー・

---

65 Id., at 265-266.

66 上岡克己・前掲（注４）122頁。

67 Clarke and McCool, supra n.5, at 136.

68 上岡克己・前掲（注４）128頁。

パーク貯水池案がダイナソアの大部分を水浸しにするだろうから、水浸しの国立記念物公園を国立レクリエーション地域に再指定するかどうかを検討することになるだろうという考えが含まれていた。

広大なエコー・パーク地域は、1938年に本来の非常に小さかったダイナソア国立記念物公園に加えられたばかりで、当時の公園局は浸水が提案されている加えられたばかりのこの公園地に対して本当の意味での親しみを感じていなかった。このように、エコー・パーク地域の景観の質について正しい認識がほとんどなされていなかったので、公園局はダム案に進んで参加するようになった。

公園局は1940年代後半まで、ダム反対の立場をとらなかった。1940年代後半になると、エコー・パーク地域の景観の美しさがいっそう高く評価されるようになる一方で、ダムがどうやら実際に建設されるらしいことになってきた。公園局の対応の遅れは、あと少しで国立記念物公園の大部分の湛水を招くところだった。しかも優柔不断のドルーリーがダムに反対し始めるまでに、他の水コントロール提案が、グランドキャニオン（Grand Canyon）、キングズキャニオン（Kings Canyon）、グレーシャー（Glacier）、マンモスケーブ（Mammoth Cave）のような主な国立公園を脅かしていった。

ダム建設者たちとの協同事業だが、公園局の貯水池事業は人造湖レクリエーションの可能性をもつことが、既存の国立公園と国立記念物公園へのダムや貯水池の建設の認可を得るための口実のひとつとして用いられるいわば“諸刃の剣（a two-edge sword）”になっていた。公園の壮観で自然のままの景観が失われた顕著な例が、ヨセミテのヘッチヘッチー渓谷（Hetch Hetchy Valley）における貯水池の建設である。そこでは、ドルーリーによると、“ありふれたものが、偉大ですばらしいものに取って代った”。ドルーリーは、ヘッチヘッチーの状況が繰り返されるかもしれないことを恐れるようになった。1948年６月に、ドルーリーはサンフランシスコ地方局長に“十分に用心する”ことと、“われわれが主に従っている基本的な大義に逆らって用いられるかもしれない弾薬”をダム建設者たちに与えないように指示した[69]。

[69] Richard West Sellars, Preserving Nature in the National Parks-A History,

1950年４月初めに開催された公聴会で、公園局はエコー・パーク・ダム提案に反対した。それは、ダムに賛成する立場の内務長官チャップマン（Oscar Chapman）に逆らうものだった。同年末に、自身の最後の年次報告書のなかでドルーリーは、ここ数年間に陸軍工兵隊（Army Corps of Engineers）と土地開墾局が国立公園の“美しさと利益を破壊しあるいは損なう”かもしれない事業を促進してきたことを述べた。ドルーリーは、自然保存を含めて、天然資源問題に対処するためのバランスのとれた長期にわたる計画立案を求めた。公園局が貯水池レクリエーションを促進するためにダム建設者たちと“誠意をもってかつ良心的に”協同してきたことを認めながら、ドルーリーはやはり公園内の“人工的な広い水域”が“自然のままの眺めの、満足のいく代用品”には決してならないと主張した。それは、ダイナソア国立記念物公園のなかに貯水池の建設を認めるという自身の以前の同意においては無視されてきた方針だった。

土地開墾事業に対するドルーリーの意気込みの欠如とエコー・パーク・ダムに対する遅咲きの反対は、1951年初めのドルーリーの突然の辞任を招いた。チャップマンは依然としてダムに賛成していたが、評判のよい自然保護論者に職場をやめるよう強いたとして激しく非難された。ドルーリーがのちに述べたところでは、土地開墾局は“内務省内で最も有力な局”だったし、チャップマンの見解に“多かれ少なかれ、影響されていた”[70]。

公園局の重役会の長年のメンバーであるデマレイ（Arthur Demaray）がドルーリーの後任となった。自分がすぐに退職するつもりであることをほのめかしながら、デマレイはワース（Conrad Wirth）が公園局長を引き受ける1951年12月までの８ヶ月間、局長をつとめた。ドルーリーの辞任以降、チャップマンの指示の下、公園局はエコー・パーク論争のなかで、小さくなってしまった役割に甘んじていた。これは確かに、しだいに大きくなっていく自然保護運動のなかで、公園局のイメージを高めることではなかった。ワース局長はしばしばダム反対者たちに情報を

Yale University Press (1997) at 177-178.

[70] Id., at 178-179.

提供し、彼らとともにこっそり動いた。もっとも、ダムに反対する激しい戦いは、シエラ・クラブやウィルダネス協会（Wilderness Society）のような自然保護団体によってもっぱら遂行されていった。これらの団体は土地開墾事業と戦うために、自分たちのますます大きくなっていく影響力を利用した。

ワースはエコー・パーク・ダムに反対したが、他の連邦レクリエーション地域については賛成した。アメリカ計画立案・市民協会（American Planning and Civic Association）の1952年の講演で、ワース新局長は国立公園局が長年の経験のなかで貯水池レクリエーションの計画立案をになうための最高の素養を身につけたことを自慢しながら、この分野での国立公園局の業績についての自負を述べた：“われわれは、それらの活動が自分たちの他の責任と密接に関連していると考えるし、そのことがわれわれがそれらをになわなければならないことをまさに意味していると考える”。

ワースは、河川流域開発事業に参加することで、公園局がダムや貯水池という将来起こるかもしれない侵入に対して国立公園を防御するための、よりよい立場におかれると主張した。ドルーリーと同じように、彼は最大規模の貯水池、特にボールダー・ダム（Boulder Dam）とグランドクーリー・ダム（Grand Coulee Dam）の建設に賛成した。大規模貯水池に対する彼の関心は、1958年に公園局がもう一つの巨大な貯水池レクリエーションを引き受けるのに同意することにつながった。巨大なグレンキャニオン・ダム（Glen Canyon Dam）上流の南ユタ渓谷地方のほぼ200マイルを湛水することを予定されているパウエル湖（Lake Powell）は、1960年代には完成されることになっていた。エコー・パーク・ダムの挫折からわずか２年後に、国立公園局は、アメリカ北部の最も壮観な砂岩渓谷のいくつかを水浸しにすることになる貯水池の管理を後押しするためにサインした。新たな貯水池のためにこの地域を犠牲にすることが、エコー・パーク・ダムの建設を防いできた妥協による代償の一部だった。

パウエル湖によって覆われることになる土地の大部分はかつて、広大な自然本来のままの地域として、国立公園システムの一部になることが提案されていた。だから別の機会に、公園局はエコー・パーク地域とグ

レンキャニオン地域が国立公園か貯水池レクリエーション地域のどちらかとして管理されることを望んできた。どちらの管理政策に基づくにせよ、政治システム上管理運営できることが、アメリカ計画立案・市民協会のワースによる1952年の講演で明らかにされた。ワース新局長は、多くの人々が、アイダホ州とオレゴン州の境界にあるスネーク川（Snake River）に沿ったヘルズキャニオン（Hells Canyon）が“国立公園あるいは国立記念物公園になる価値”をもつと考えていると述べた。しかし土地開墾局がヘルズキャニオンにダムの建設をすでに計画していたため、ワースはヘルズキャニオンが公園局管理の下で国立レクリエーション地域になるかもしれないことを示唆した。

ワースは、ニューディールで公園局事業の多様化を提案した主要なメンバーたちの一人だった。自然の景観を静観的に楽しむことよりも身体的なレクリエーションのほうをはるかに重視しつつ、レクリエーション地域は、実質的に異なった管理アプローチを必然的に含んでいた。これが最も明白なのは、公的な狩猟を許容したことだろう。レクリエーション地域はウォータースポーツも重視したが、それらは国立公園で典型的に見られる観光客保養施設や管理運営施設のレベルを越えて、マリーナやビーチの開発を必要とした。このことが、レクリエーション観光事業を根強く好むという公園局の傾向を促進した。ワースは自らの官僚的ならつ腕をふるい、1950年代の観光客の大群を受け入れるために国立公園自体の収容能力を向上することを意図する新たな巨大事業を進めていった。

チャップマンの後任者である内務長官マッケイ（Douglas McKay）は、1955年11月に、エコー・パーク・ダムへの支持を撤回すると公表した。彼はまた、エコー・パーク地域のすばらしい景色のいくつかへの国民のアクセスを提供するために、ダイナソア国立記念物公園の狭くて岩の多い道路を改良することも公表した。このほとんど使われていない公園は浸水から救われたばかりで、もっと大規模な国民利用のために利用しやすくされることになった[71]。

エコー・パーク論争が示唆したように、自然保存（preservation）は

[71] Id., at 179-180.

国民の公開討論の場では安易に頼ることができない思想である[72]。1916年の設立時以来、公園局は国民利用のために公園を開発する際に、二つの基本的な正当化理由に頼ってきた。第一の正当化理由は、マザー（Stephen Mather）が強く主張したように、国民と連邦議会の支持を生み出しかつ公園が生き延びることを保証するための観光事業開発である。マザーの直近の後継者、オルブライト（Albright）やカメラー（Arno Cammerer）[73]も、国民利用を促進するためにこの合理的な開発を続けた。しかし1950年代までに、状況は変化していた。エコー・パークのような遠隔地を除いては国民が国立公園に押しかけていたし、開発はビジターたちのために便宜をはかるだけでなく、かつてない人込みを制御する方法としてもまた、正当化されるようになった。この新たな観点からワースは、開発が公園を守るだろうと執拗なまでに主張した。これが、第二の正当化理由である。国立公園開発は国民が行く場所を制御し、かつイエローストーン国立公園長ギャリソン（Lon Garrison）が“開発による保護というパラドックス（paradox of protection by development）”と呼んだものによって公園の濫用を防ぐことになる、というのだ。この考えは、1956年から始まるワースによるミッション66事業の基本原則に引き継がれていった[74]。

3　ヨセミテ国立公園のヨセミテ・ロッジ地域開発計画（Yosemite Lodge Area Development Plan）—国立公園策定計画紛争

近年、これまで国立公園局側を支持してきた自然保護団体が、その台頭に伴い、地域住民の自然保護運動を支持して国立公園局と対立するという場面が生じてきた。その顕著な例が、ヨセミテ国立公園のヨセミテ・ロッジ地域開発計画（Yosemite Lodge Area Development Plan）をめぐる国立公園策定計画紛争事例である。

事の発端は、1997年１月にヨセミテ渓谷内のマーセッド川（Merced River）が大洪水で氾濫したことだった。この氾濫がヨセミテ滝（Yosemite Falls）ふもと近くのヨセミテ・ロッジ地域内の建物に大きな被害をも

[72] Id., at 180.

[73] 国立公園局三代目局長（1933～1940年）。上岡克己・前掲（注４）97頁。

[74] Richard West Sellars, supra n.69, at 181.

たらし、公共ロッジ施設の半数と従業員住宅の全てが被害を受けあるいは損壊した。そこで国立公園局は急きょ、近くに新ロッジ施設を建設する計画を立て始めた。第一期ヨセミテ・ロッジ地域開発計画（Phase One of the Yosemite Lodge Area Development Plan）は、従来のヨセミテ・ロッジ地域内の本質的な構造変更を構想した。まず国立公園局は、被害を被ったロッジ施設を氾濫原から撤去するために、284のモーテル、96の山荘、60のバンガローから成る新施設を、氾濫原の外側にあるノースサイド車道（Northside Drive）の現在位置の北に建設することを求めた。次に、ヨセミテ滝の眺めを良くして新ロッジ施設から自動車をはるか遠くに追いやるために、ノースサイド車道および隣接駐車場をマーセッド川により近く、南に迂回させることを求めた。つまり、新ノースサイド車道の大部分が氾濫原内に建設されることになった。このロッジ開発計画は、1980年のヨセミテ国立公園の基本計画（General Management Plan: GMP、以下“GMP”という）採択に伴って進行中の公園拡張計画プロセスのなかで着想されたものだった。GMP は、環境影響評価報告（Environmental Impact Statement: EIS）との関係で、他の事項に加えてマーセッド川氾濫原からのロッジ施設の移転を求めていた。1992年に国立公園局は、もう一つの重要な計画文書である営業許可事業計画（Concession Service Plan: CSP、以下“CSP”という）を採択したが、CSP は公園内の宿泊ビジター人数を削減することで GMP を修正した。さらに1996年に国立公園局は、渓谷実施計画（Valley Implemental Plan: VIP、以下“VIP”という）に着手した。VIP は、公園内のあらゆるビジター宿泊施設の開発事業を詳述することで、GMP や CSP の広範な指令を実施しようとする。VIP にも、環境影響評価報告（EIS）が影響する。つまり、ヨセミテ・ロッジ地域関連の開発事業は元来 VIP に含まれていたのだが、GMP や CSP で構想されるビジター人数を宿泊させるためには建設作業をはかどらせる必要があると判断した国立公園局が、VIP プロセスからロッジ地域を分離し、独自の基準でヨセミテ・ロッジ地域開発計画を作り上げたのだった。洪水から数ヶ月後の1997年４月には、国立公園局はこの計画の最初のバージョンを明記する環境アセスメント（Environmental Assessment）を起草していた。同年７月に国立公園局は、この事業には環境影響評価報告（EIS）が求められないと判断

する、“重大な影響は何もないという事実認定（Finding of No Significant Impact: FONSI）”を発表し、パブリック・コメントを経て、以上のようなロッジ開発計画を明記する修正 FONSI を発表した[75]。

1998年のシエラ・クラブ対合衆国連邦カリフォルニア管区地方裁判所判決（Sierra Club v. United States, 23 F. Supp. 2d 1132）は、原告であるシエラ・クラブが、ロッジ開発計画は野生・景勝河川法（Wild and Scenic Rivers Act: WSRA）および国家環境政策法（National Environmental Policy Act: NEPA）に違反するとして異議を申し立てたことに対するものだった。原告はこの計画が、野生・景勝河川法（WSRA）によって過度の環境上の侵害から保護されることになっている河川流域を損傷するだろうと主張した。また原告は、国立公園局がロッジ開発計画には環境影響評価報告（EIS）が求められないと誤って結論づけたことで、国家環境政策法（NEPA）に違反したと主張した。これらの理由に基づいて、原告は被告である連邦政府に第一期ロッジ開発計画を禁止して、この計画を中止させようとした。裁判所は原告の野生・景勝河川法（WSRA）主張を退けたが、国立公園局が“ロッジ開発計画のいくつかの理にかなった代替案のみならず、ロッジ開発計画に関する累積的影響を検討しなかった”という国家環境政策法（NEPA）主張を認めて、第一期ロッジ開発計画を中止させるための暫定的差止命令を求める原告の申し立てを認めた。

4　コロラド川基本計画（Colorado River Management Plan）―レクリエーション紛争

グランドキャニオン国立公園（Grand Canyon National Park）内のコロラド川（Colorado River）は、世界のなかで最も見事で豊富な白く泡立つ水面をもつ。コロラド川でのラフティングは、国立公園内のレクリエーション体験のなかでも特に人気が高い。1963年以来、コロラド川の水位と流れは、土地開墾局（Bureau of Reclamation）が管轄するグレンキャニオン・ダム（Glen Canyon Dam）によって管理されてきた[76]。他方、

[75] Coggins, Wilkinson and Leshy, supra n.26, at 963-966.
[76] 本稿第三章第三節 4 参照。

コロラド川でのレクリエーション体験は、国立公園局の管理下にあった。多くのビジターたちの来園とそれにともなう渓谷資源への必然的な影響は、ビジター定数が求められるきっかけになった。

さらに、モーター付ラフティングの船外モーター騒音に関する研究調査が、国立公園局からの明確な勧告を引き出した。国立公園局は1979年のコロラド川基本計画（Colorado River Management Plan）のなかで、グランドキャニオンからモーター付船舶を除去するための予定表を定めて、モーター付船舶の段階的除去を試みた[77]。1985年までにグランドキャニオンのコロラド川では、手こぎいかだのみが許されることになった。

しかし、この計画に対しては、政治的な反発がすぐに生じた。連邦議会が、内務省歳出予算案のハッチ修正（Hatch amendment）に応じたのである。起草者のユタ州選出共和党上院議員ハッチ（Orrin Hatch）にちなんで命名されたハッチ修正は、「投下資本の損失に備えて、十分な保護を営業許可者に保証する」ことを意図して「営業許可者の投資の保護」を求めている法律の一節に関心を集中させていた。その背景には、ハッチの選挙区民に、コロラド川で営利的な小旅行を営むラフティング会社の大多数が含まれていたという事実があった。ハッチ修正は営利的なラフティング会社に、コロラド川でモーター付船舶を引き続き利用することと、1978年のレベルを下回るような渓谷内の夏季客数の純減がないことを事実上保証した。コロラド川でのレクリエーション体験の自然な状態を保存する国立公園局の試みに対する連邦議会によるこのような内政干渉は議論を呼び、1981年に修正計画が公表された[78]。

またグランドキャニオン国立公園では、船外モーター騒音問題に加えて、航空機騒音問題にも1970年代から悩まされてきた。航空機（aircraft）とは、高く飛ぶジェット機、遊覧飛行の飛行機やヘリコプター、軍用・民間の航空機を含む。なかでも、遊覧飛行に伴うヘリコプター騒音問題が深刻だったため、国立公園局は規制を試みた。1977年プログラムはグ

---

[77] 段階的除去期間には、モーター付船舶が許されない月を設けるという方法が用いられた。例えば、1981年４月と９月、1982年４月・８月・９月などは静かにする月とされた。

[78] William R. Lowry, The Capacity for Wonder, Brookings (1994) at 165-169.

ランドキャニオン国立公園の異なる区域について、航空機がそれより低空での飛行を許されない制限高度を定めることで妥協した。1980年代にはこれらの妥協された制限高度が緩和され、国立公園局は内務長官ホーデル（Donald Hodel）の内政干渉に苦しんだ[79]。

グランドキャニオン国立公園の静寂を保存するという1977年プログラムの意図は、1997年の国立公園上空通過法（National Parks Overflights Act）の制定によって、一応は実を結ぶことになる。アリゾナ州選出上院議員マケイン（John McCain）によって起草された同法は、発展途上の飛行管理について公正かつバランスのとれたプロセスを規定することによって、安全および静寂を促すことを目指す。安全を促し、きわめて重要な公園資源を保護し、ビジターたちがグランドキャニオン国立公園を引き続き楽しむことを提供しようと努めるのである[80]。同法は、渓谷の外縁より低空での飛行を禁止し、自由飛行区域（flight-free zones）の指定を求め、連邦航空局（Federal Aviation Administration: FAA）に渓谷上空域に関する最終計画を立案・実施することを命じた。連邦航空局は、自由飛行区域を緩和拡大し、遊覧飛行の暫定的な上限数を定め、営利的な遊覧飛行の消灯時刻を定め、渓谷の遊覧ルートを変更するという最終規則を公布した[81]。

5　イエローストーンスノーモービル論争ー最近のオフロード車レクリエーション紛争

オフロード車の普及に伴うレクリエーション訴訟の増加については先述したが[82]、最近ではオフロード車のなかでも特に、スノーモービルやジェットスキーによる自然環境破壊が懸念されている。両者は、連邦所有地レクリエーション体験の静寂さを損なう。またエンジンは、環境を汚染する。ある環境保護団体連合の算出によると、典型的なスノーモービル１台が１時間に排出する炭化水素は、典型的な自動車１台が１年間

---

79 Id., at 166-167.

80 John McCain, Overflight Oversight, National Parks; Sep/Oct 1997, at 41-42.

81 Nathan L. Scheg, Preservationists vs. Recreationists in Our National Parks, West-Northwest Journal of Environmental Law & Policy (1998) Vol.5, num.1, at 58.

82 本稿第三章第二節１(3)②参照。

の通常運転で排出する炭化水素よりも多い[83]。

スノーモービルは、亜酸化窒素、オゾン、不完全燃焼炭化水素、一酸化炭素、さらに騒音を多量に排出する[84]。国立公園内のスノーモービル規制について国立公園局は従来、国立公園ごとのアプローチを用いてきた。例えば、モンタナ州のグレーシャー国立公園（Glacier National Park）では、1970年代以来、スノーモービルの利用が禁止されてきた。逆にミネソタ州のボイジャーズ国立公園（Voyageurs National Park）では、連邦裁判所に支持されて一時的に一定区域へのアクセスが禁止されているものの、ほとんどの区域でスノーモービルの利用が許されている。またスノーモービル規制ではないが、マサチューセッツ州のケープコッド国立海岸公園（Cape Cod National Seashore）では、国立公園局が重要な環境上の分析を行なった後に、指定された区域でのオフロード車利用を許すことを決定し、この決定は連邦裁判所にも支持された。ボイジャーズ国立公園でのスノーモービル規制、あるいはケープコッド国立海岸公園でのオフロード車規制に関する国立公園局の判断の評価（evaluate）を行なう際に、連邦裁判所は、国立公園局が国立公園局設置法、自らの実施規則、関連する行政命令、国家環境政策法（NEPA）、行政手続法（APA）を満たすことを条件に、広い裁量を国立公園局に与えることに同意した。このような連邦裁判所判決の流れからすると、連邦議会からの直接の授権がなくても制定法および指令に従いさえすれば、スノーモービルを禁止するという国立公園局の決定は、裁量の有効な行使として連邦裁判所に支持されるように思われた[85]。このような背景の下で、

---

[83] 環境学者たちはまた、スノーモービルのせいで、イエローストーン国立公園の西口が1996年冬にアメリカ国内最高の一酸化炭素水準に達し、スノーモービルエンジンがイエローストーン国立公園内に５万ガロンの未精製ガソリンを吐き出したと主張した。Coggins, Wilkinson and Leshy, supra n.99, at 1007. また、カリフォルニア州大気資源委員会（California Air Resources Boards）によって収集されたデータは、1000台のスノーモービルからの排出ガスが170万台の自動車から排出される亜酸化窒素および炭化水素の総量に相当することを示した。Nathan L. Scheg, supra n.81, at 53.

[84] Nathan L. Scheg, supra n.81, at 53.

[85] Joanna M. Hooper, Blowing Snow: The National Park Service's Disregard for

イエローストーンスノーモービル論争が起きた。

イエローストーン国立公園では、強力な経済的利益を生み出すスノーモービルによって、冬季経済が繁盛するようになっていた。1997年５月に複数の環境保護団体[86]が、国立公園局が国家環境政策法（NEPA）、絶滅の危機にある種の法（ESA）、その他の連邦法および連邦規則に違反したと主張して、連邦コロンビア特別区地方裁判所に提訴した。同年10月に内務省は、イエローストーン国立公園地域の冬季利用に関する環境影響評価報告（EIS）プロセスを履行することに同意して、この訴訟を裁判外で解決した。同プロセス末期の2000年12月に国立公園局は、2003～2004年冬季までにイエローストーン国立公園でのスノーモービル利用を段階的に削減していくことを決定した。そして、雪上バス（snowcoaches）によって同国立公園を引き続き冬季利用することを認めた。国立公園局は、イエローストーン国立公園地域の冬季利用に関する環境影響評価報告のなかで、以下のように根拠づけて、今後は雪上バスを運行することを認めた。

「…われわれは、国立公園制度内で行なわれるスノーモービル利用のほとんどが、管理目標あるいは公園資源・価値の保護と矛盾すること、そして二つの行政命令[87]の要件およびスノーモービル利用に関する国立公園局一般規則を満たしていないこと…を知った。

スノーモービル利用に関する国立公園局一般規則、CFR 36巻2.18(c)条は、次のように述べる：

『スノーモービルの利用は、他の季節の間にモーター付船舶やモーターボートによって利用される指定されたルートおよび水面を除いて、禁止される。スノーモービルは指定された場所で、それらの利用が公園の自

Science, Law, and Public Opinion in Regulating Snowmobiling in Yellowstone National Park, The Environmental Law Reporter (Nov. 2004) at 10980-10981.

[86] The Fund for Animals, Biodiversity Legal Foundation, Predator Project, Ecology Center, および５名の個人。

[87] 行政命令11644号および同11989号を意味する。この二つの行政命令が、野生生物を混乱させる（disrupt）あるいは公園資源に悪い影響を及ぼすかもしれない場所での、国立公園内のスノーモービル利用を制限する役割を果たす。Joanna M. Hooper, supra n.85, at 10980.

然・文化・景観・美的価値、安全性考慮、公園管理目標と調和する、そして野生生物に迷惑をかけないあるいは公園資源を損傷しない場合を除いて、禁止される』

国立公園局は、〔イエローストーンおよび他の公園〕内で行なわれているスノーモービル利用が…公園の資源および価値の無傷の状態を害する（harm）こと、したがって損傷（impairment）に相当すると判断してきた。われわれもまた、スノーモービル利用が…大気浄化法（Clean Air Act）、行政命令11644号および同11989号、国立公園局のスノーモービル一般規則、公園についての国立公園局管理目標と矛盾すると判断してきた。これらの判断が基づく影響のタイプは、以下に要約される。

- 自然の音の風景（Natural Soundscapes）…静寂な遠景をもつ広々とした地勢では、たった１台のスノーモービルの騒音がおよそ4120フィートにわたって響き…４台のスノーモービルグループは7510フィートにわたって響く。…比較すると、同じ状況で１台の自動車は2330フィートにわたって響く。イエローストーンでの日中の可聴性モニタリングによると、オールド・フェイスフル（Old Faithful）にいるビジターの滞在時間帯の95％、イエローストーンのグランド・キャニオン（Grand Canyon of the Yellowstone）では滞在時間帯の87％で、スノーモービル騒音が響く。
- 野生生物…公園内のスノーモービル利用は、極端に雪が深く、極端に寒く、食糧が足りないことで動物たちが最も緊張させられる季節を通して行なわれる。この傷つきやすい時期を通しての野生生物への妨害あるいは攻撃は、個々の動物たち、場合によっては全体としての個体数に悪い影響を及ぼす可能性がある。
- 大気質…たとえイエローストーンでのスノーモービル利用が年間３ヶ月のみ行なわれて、残りの月を通しての他のモーター付乗り物よりも利用者が少ないとしても、スノーモービルは他のモーター付乗り物よりも多く、公園の大気汚染に寄与する。全ての移動発生源からの炭化水素の年間総排出量に対するスノーモービルの寄与は、どの排出要素が排出を見積もるのに用いられるかにもよるが、イエローストーンでは68～90％に及ぶ可能性がある。同様にスノーモービルは、一酸化炭素の年間総排出量のうち、35～68％に寄与する可能性がある。…

公園入口所の従業員たちは、スノーモービルからの排気による健康への悪影響を訴えてきた。…1993年および1994年に、イエローストーンは、従業員やビジターの健康と過大なスノーモービル公害に関する1200以上の苦情の書簡を受け取った。…スノーモービルは、イエローストーンの西口およびオールド・フェイスフル（Old Faithful）近くの視界で、集中的なかなりの［大気質の］低下を引き起こす可能性がある。

- 水質…凍結した湖面や雪塊氷原上にスノーモービルやスノープレーン（snowplanes）から風に乗って運ばれる汚染物質の堆積物は、雪や氷が解けるときにそれらの汚染物質が地下水および地表水に入り込ませる可能性がある。…西イエローストーン（West Yellowstone）とオールド・フェイスフル（Old Faithful）の間の雪塊氷原化した車道現場でのアンモニウムと硫酸塩の集中［数値］は、ロッキー山脈（Rocky Mountain）地域の50から60の他の雪塊標本抽出現場のどこで観測されるものよりも大きかった。
- 他のビジターたちへの影響…冬季ビジター調査は、公園でのビジターの楽しみにとって最も重要な要素は、景色や野生生物を眺める機会、他の人々の安全なふるまい、きれいな空気や静かにひたることを体験する機会であることを示す。…スノーモービルは公園内での視界の質の低下および拡大した大気汚染を引き起こし；野生生物の自然のままの態度やふるまいを妨害し；静かにひたることの感覚を弱めながら、公園の自然の音の風景を妨げ；公共の安全に悪い影響を及ぼす可能性がある。
- 安全性考慮…最近10年間のイエローストーンでの８名の死亡者は、スノーモービル事故が原因だった。1994年には、全ての公園施設の死亡者の44％が、スノーモービル事故が原因だった。過去５年間の冬季を通して、国立公園局レンジャーからの応答を要請している全事故の92％がスノーモービルに関連し、それは全冬季ユーザーの61％を占める。1998年会計年度の間、この年の全公園ビジターの２％に相当するスノーモービラーが、イエローストーンのモーター付乗り物事故の９％に含まれた。」

このような分析に基づいて国立公園局は、イエローストーン国立公園

地域の冬季利用に関する環境影響報告書のなかで、次のような計画を展開した。

「国立公園局管理目標（NPS Management Objectives）。イエローストーンでスノーモービル利用を禁止すること…と、その代わりに雪上バスによって公園のより大規模な冬季利用を提供することは、これらの公園についての国立公園局管理目標と調和する。そうすることが公園資源および公園価値への悪影響を弱め、公共の安全をより提供し、国民に冬季の公園の楽しみを提供することになる。

雪上バス[88]は、公園資源および公園価値に対して、スノーモービルよりも弱い影響を与える。例えば、８名かそれ以上の乗客を運ぶことができる最新型の雪上バス１台は、１名か２名乗りのスノーモービル１台よりもはるかに低水準の大気汚染物質や騒音を出すだけで済む。そのうえ、国立公園局の営業許可契約あるいは営業許可書の下で運営されている、プロの訓練された運転手によって運行される雪上バスは、スノーモービルよりも野生生物を妨害する方法で運転されることがまして少ないことになる。結果として、雪上バスの利用を拡大してスノーモービルの大部分の利用を除去することは、大多数のビジターたちにとって楽しい体験を依然として維持して公園資源への重大な悪影響を避けると同時に、公園にかなりの人数の冬季ビジターを収容することを可能にすることになる。」[89]

イエローストーン国立公園地域の冬季利用に関する環境影響報告書を経て、2001年に国立公園局は、以下のことを約束する新たな規則（66 Fed. Reg. 7260(2001)）を公布した[90]。

① ４年間の冬季にわたって、代替的な雪上バスサービスを提供しながら、段階的にスノーモービルを除去する。

② 雪上バスサービスは、国立公園局からの営業許可書（concession permit）を必要とする。

---

[88] 多くの場合は改造された旅客バンで、スノーモービルよりも大きく、スノーモービルよりもゆっくりと、ベルトで雪上を移動する乗り物を意味する。Coggins, Wilkinson and Leshy, supra n.26, at 1009.

[89] Id., at 1007-1010.

[90] Id., at 1010.

③　公園への冬季訪問を売り込むために、州・郡の観光事務所（tourism offices）と協力する資金として、2001年会計年度で10万ドルの予算を割く[91]。

このほかにも、イエローストーン国立公園でのスノーモービル利用を段階的に除去するための権限規定として、国立公園局設置法、1970年の国立公園制度一般授権法（National Park System General Authorities Act）、国立公園局の基本計画指針（Management Plan）、公園内のスノーモービル利用を扱う二つの行政命令[92]などがある[93]。さらに、2003年に制定された合衆国法律集の二つの節（16 U.S.C. 21, 22）は、特にイエローストーンにおける保全（conservation）の重要性を強調する。一つめの節はイエローストーン国立公園の設置法であり、どのような国家も入植あるいは開発から守られる（preserve）べき大規模な国有地のようなものを指定してきたことを最初に述べ、「自然保全（conservation）目的のためにいくらかの国有地をとっておくという概念を、公式に導入する」。二つめの節は、イエローストーン国立公園法（Yellowstone National Park Act）として知られるイエローストーン固有の本質的な設置法であり、国立公園局のイエローストーン国立公園に関する管理を統制する連邦制定法である。このイエローストーン国立公園法は、国立公園局設置法と同様に保全を重視し、「公園内および自然のままの状態の維持のなかにある、あらゆる…すばらしいものの、損傷や略奪からの保存（preservation）」を規定する規則を公布するよう内務長官に指示する[94]。自然保全の重視を明言したこの二つの節は、スノーモービルに限らず、その他のレクリエーション管理という面からも、注目される。

第四節　小括ー国立公園紛争の当事者構図の複雑化

営造物型であるアメリカの国立公園は当初、ライバル関係にある国有

---

91 Id., at 1012.

92 本稿注36参照。

93 Joanna M. Hooper, supra n.85, at 10979.

94 Id., at 10980.

林との政策の相違から、内務省国立公園局（NPS）対農務省森林局（FS）という対立構造を示していた。しかし第二次世界大戦後の公園ビジターの殺到が、国立公園局対民間人（地域住民および商工業者）という新たな対立構造を生んだ。さらに近時は、民間人自体が自然保護に対してポジティブな者とネガティブな者とに二分され、それぞれが国立公園局と対立する場面が生じてきている。

このように、国立公園紛争の当事者構図は複雑になりつつあるが、民間人とりわけ地域住民が国立公園紛争において重要な地位を占めるようになったことには疑いがない。結局、国立公園紛争を解決に導くことができるかどうかは、

① 地域の自然保護意思を、どのように国立公園政策に反映することができるか。

② そもそも、そのような意思自体を、どのように適正に形成するか。

という二点にかかっていることになる。とりわけ②の点は、民主政のプロセスにかかわるとともに、可変的かつ流動的である。具体的には、参加などの手続確保が求められることになるだろう。

国立公園紛争に限らず、地域住民のような民間人が広く利害関係者としてかかわるようになった現代の国立公園を、よりよく管理運営していく方法はないだろうか。次章では、周辺民有地を含めて、国立公園地域の新たな管理手法を探っていく。

＊本稿は、平成16年度－平成18年度科学研究費補助金（基盤研究（A））東京大学（研究代表者：金井利之）「公共事業コントロール法と土地利用規制の連携」の成果の一部であるとともに、北海道大学審査博士（法学）学位論文（2008年３月授与）の一部に補筆したものである。

講　　演

正義の実現による社会的平癒

―― アイヌと日本の政府および人々との和解のための枠組み ――

エリック・ヤマモト
（米国ハワイ大学ロー・スクール教授）
訳／落合　研一・長谷川　晃

はしがき

本稿は、2008年４月２日に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の主催で開かれた、米国ハワイ大学ロー・スクール教授エリック・ヤマモト氏による公開講演を翻訳したものである。講演内容は上記時点のものであり、その後、講演のテーマにもなっているアイヌの人々への処遇のあり方は日本国内で大きな展開を見せていることは言うまでもない。――2008年５月22日、アイヌの人々は先住民族族としての承認を求めて国会議事堂前でデモ行進を行い、６月６日には衆参両院で、アイヌを日本の先住民族族と認め政府の総合的な施策の確立を求める国会決議がなされ、さらにこれを承けて政府は７月１日に「アイヌ政策のあり方に関する有識者懇談会」を設置することになって、今夏から本格的な議論が始まっている。

ヤマモト教授は1951年にハワイで日系三世として生まれ、ハワイ大学を卒業した後にカリフォルニア大学バークレー校ロー・スクールを修了し、故郷に戻られてハワイ大学で教鞭を執っている。教授の専門は民事訴訟であるが、特に人種差別や民族差別に係る訴訟問題について理論と実践の両面でアメリカ法学界・実務界をリードする、第一線研究者として高い評価を得て活躍中である。特に1999年の著書『人種間の正義の実現――公民権運動後のアメリカにおける対立と和解』（*Interracial Justice*, New York University Press）は学界・実務界で極めて高い評価を受け、ヤマモト教授をこの種の問題の最前線

に位置づけることになって、教授は多くの招待講演やセミナー、あるいは法的支援や政府関係委員会などの実務活動にも忙しくしておられる。またその間、ヤマモト教授は様々な権威ある賞を受け、またハワイ大学での教育等に関しても多くの表彰を受けるなど、その大学人としての力量にも定評がある。

私は2000年頃にヤマモト教授の上記著書に接し、一読して深い感銘を受けた。理論的にも実践的にも多面的な困難を抱える人種や民族の差別の法的問題について、教授の観察や分析には、冷静な思考と深い洞察、そして暖かくヒューマンな眼差しと心などの最善の混じり合いの一例が見出されると感じた。爾来、私はヤマモト教授を北大法学研究科に招請して、お話を伺いたいと願っていた。2004年４月から2008年３月まで私は上記の高等法政教育研究センターの長を務めさせていただいたが、その職の最後の仕事としてヤマモト教授の招請が実現したことを、たいへん嬉しくまた光栄に思うものである。また、この講演会には同僚の常本照樹教授が長となっておられる、北海道大学アイヌ・先住民族研究センターの共催をいただくことができた。常本教授および関係スタッフの方々にも御礼を申し上げたい。

ヤマモト教授が来札された間、私は直接に教授と親しく話し、また本講演やこれとは別日程で行われたセミナー「民族和解の法的戦略」などをめぐって議論する中で、教授の人となりに触れる機会に恵まれたが、上記著作で得た印象がまさに本物であったことを実感でき、たいへん嬉しく思ったものである。私の感慨は、本稿で示された講演から読者の方々もまた伺い知れるところになるかと思う。

今回、「歴史的不正の克服」というテーマに関連して特にヤマモト教授に講演を御願いしたのは、ここ10年ほどの間に、遅々として進まないアイヌ民族への承認と様々な支援の必要性について、法的観点はもちろんのこと、さらに関連する他の方法との関係で、どのような総合的な視点を持って対処してゆくべきなのかを聴衆の方々と共に考えてみたいと思ったからである。この点で、ヤマモト教授は、自らの研究や実務活動との関係で、「４つのＲ」（承認、責任、再構築、そして補償）から成る総合的な人種実践活動の重要性を説いておられるが、これはアイヌの問題に関心を持つ人々にとってもたいへん興味深いところであろう。それは、特に講演のタイトルとなっている「正義の実現による社会的平癒」という言葉でも表現されているところである。そして、このような視座は、人種・民族差別の問題はもちろんのこと、それに止まらず、

他の様々な社会的正義の実現のためにも重要な意義を持ちうるものでもあろう。アイヌ民族の承認と支援のあり方という問題に関して、ヤマモト教授の理論や実践経験から、今後の展望にどのような示唆が得られるのかが注目されるところである。

ヤマモト教授の講演の翻訳に際しては、教授の快諾と同時に、北海道大学大学院法学研究科博士課程学生、落合研一君の助力を得て、同君と私との共訳という形をとることができた。ヤマモト教授の貴重な講演がこのように公表されることは、同君の迅速な仕事にも多くを負っていることを、ここで特に記しておきたい。

2008年８月　長谷川　晃

皆さん、こんばんは。私の名前は、ヤマモト・エリックです。私はハワイから参りましたが、私たちは、「マハロ・ヌイ・ロア（mahalo nui loa）」という言葉で心からの感謝を表現いたします。北海道大学法学研究科附属高等法政教育研究センター長の長谷川晃教授および同センター秘書の谷川真弓子さん、法学研究科長の瀬川信久教授、そして、優れた研究者である皆様方と、一週間ここ札幌でご一緒できることを、光栄に存じます。このような機会を与えて下さいましたことに、そして、皆様方のご親切やご好意に、また、北海道大学アイヌ・先住民研究センター長の常本照樹教授に対しましてはこの公開講演会を共催して下さったことに、「マハロ・ヌイ・ロア」と申し上げます。

序

長谷川教授は、歴史的不正によるこれまでの損害を修復する取り組みの国際的展開について、とりわけ、アイヌと日本政府や日本国民との和解に対する今後の取り組みを導き、評価するための枠組みについて講演してほしいと、私に依頼されました。後者のテーマは、1899年に制定された苛酷な北海道旧土人保護法が廃止され、また、北海道におけるアイヌの人々の生活を改善するために、幾つかの重要な経済的・文化的対策

が実際にとられているにも拘わらず、未だに多くのアイヌやその他の関係者たちが、それ以上に広範かつ綿密な補償対策が必要だと実感せざるを得ない、という実態に照らして、特に重要であります。

そこで、以下のような問題が生じます。すなわち、そのような補償対策は、根拠のあるものでしょうか。そして、根拠のあるものだとすれば、それはなぜでしょうか。また、より一般的には、歴史的不正によって生じている傷を平癒するための取り組みを形成し、導き、批判する上で、どのような概念的枠組みが、実質的な意味において最も生産的なのでしょうか。長谷川教授は、アイヌの人々をめぐる正義とその実現について、洞察に満ちた論考をお書きですが、このようなテーマに関して、ハワイ先住民族と合衆国政府との和解のために繰り広げられている争いについて、私の補償／和解研究や正義実現に関わる経験を踏まえて話してほしい、とも提案して下さいました。私は、戦略的な見解だけではなく概念的な見解も提示するよう最善を尽くしたいと思います――時間に限りがありますので、私は、複雑なことや細かなニュアンスにはこだわらず、考えの大筋だけを提示してみたいと思います。

良好な集団関係を促進させるために、不正による深刻な傷を補償することは、これからの市民社会の中心となる重要なイシューです。世界中の国々においてそうでありましょう。アメリカ合衆国にとってもそうですし、日本にとっても同様です。不正によって生じている傷を国が平癒させるかどうかは、以下の３つの重要な事項を達成できるかどうかという、その国の能力を規定します。第１は、その国の共同体が、共に平和に暮らし、共に生産的に働くことを可能にすること。第２は、国民の統一感覚を促進すること。第３は、人権を誠実に遵守する民主主義国としての正統性（それは、国際的安全保障や責任ある経済的発展に関与する国の立場に影響を与えるものです）を、国際社会において主張することです。

そのため、何らかの社会的平癒や和解が、世界的にも国の政治的優先事項なのです――私たちは、いわゆる「和解の時代（Age of Reconciliation）」の只中にいます。例えば、何年もの議論の後に、オーストラリアの新しい首相であるケビン・ラッドが、自国の「奪われた世代（stolen generations）」――政府によって家や故郷を強制的に奪われ、

家族や文化から引き離され、しばしば劣悪な学校で虐待されていた何千人ものアボリジニの子供たち――に対して、先ごろ謝罪しました。しかし、ラッド首相は、政府による補償を拒否してもいるので、先住民族の諸集団は、「言葉だけで実行がない」のではほとんど意味がない――偽りの恩恵――として、提訴する構えを示しています。

合衆国では、フロリダ、メリーランドおよびヴァージニアの各州が、アフリカ系アメリカ人に対して、奴隷制度や黒人差別によって大きな損害を与えたとして、また、アメリカ先住民族に対して、合衆国が本来の生活、土地および文化を荒廃させたとして、先ごろ異例の謝罪を表明しました。また、１年前には、当時イギリスの首相だったトニー・ブレアが、大英帝国が多くの植民地で奴隷制度を支援し利益を得ていたことについて、謝罪しました。

私の故郷であるハワイでは、ハワイ先住民族が、100年以上前に合衆国の違法な支援によってハワイ王国が転覆された際に奪われた自治権や国土に対する権利を主張しています。彼らは、連邦政府と州政府のどちらにも、これまで15年以上先送りにされているハワイ先住民族との完全な和解への取り組みを進展させるよう要求しています。そして、ハワイ州最高裁判所は、今年２月の注目すべき判決において、（現在はハワイ先住民族の利益のために一部信託管理されている）かつての先住民族の土地の売買を、それらの土地に関するハワイ先住民族の補償要求が州の和解への取り組みの一環として交渉によって解決されるまで停止するよう、州知事に命じました。これらの交渉には、州知事、州議会、ハワイ先住民族局（Office of Hawaiian Affairs）および他のハワイ人集団が含まれる予定です。これは驚くべきことですし、議論の余地もあります。厄介とはいえ必要不可欠な補償の仕事が続けられている一方で、和解は、概念的でまさに法的な枠組みを提供します。

そして、歴史上の不正による深刻な傷の補償は、今の日本にとっても当てはまる問題です。近頃では、第２次世界大戦中に日本企業で強制的に働かされた民族労働者に対する、遅ればせながらの賠償を否認した最高裁判所の判決が、国際的にかなり批判されています。中国と韓国は、大戦中になされた残虐行為に対する歴史上の責任をとるよう、日本に要求し続けています。2006年に、当時の内閣総理大臣であった小泉純一郎

は、日本の歴史上の人権侵害に関する他の国々の批判に対して自分の政治的姿勢を形づくるために、和解という言葉を用いました。また、2007年には、合衆国下院議会が、日本政府首脳に対して、第２次大戦中の「従軍慰安婦」に謝罪し、意味のある補償をするように要求しました。そして、さらに、日本のアイヌ先住民族に対する正義の実現および和解の問題が、長年にわたって存在しています。これらの問題のすべてを概観するには様々な方法がありますが、明らかなことは、民主主義や人権、そして、国際社会における日本の名声について懸念する世界の多くの人々からすれば、これらの問題には高い優先性があるということです。

このことを心に留めつつ、私は本日の講演で、「正義の実現による社会的平癒」と私が呼ぶもののための枠組みを提供します。その枠組みは、社会的平癒を和解の主目標として定めると共に、集団的平癒（および社会そのものの平癒）は、補償の正義を実現するための複合的な取り組みにおいて、自己決定による目標や、損害を受けている人々の関心に基づかなければ実現できない、と捉えるものです。したがって、この講演は、真の和解がどのような内容を含んでいるかを――内容と手続きの両方の観点から――理解するための手がかりとなります。それは唯一の手がかりであるというわけではありませんし、この講演で議論する時間のないような非常に複雑な問題も多く存在しています。しかし、この枠組みは、学者や正義実現を唱導する人々にとって有益だろうと、私は信じています。この枠組みは、（幾つかの学術的研究分野が相互に交わるところに現れる）理論的なものであり、（現実生活での正義実現の闘いにおいて戦略的に展開されるかもしれない物事に対応する）実践的なものです。私は、皆さんから、特にここにおられるアイヌの人々から、多くのことを学ばなければなりませんが、何かしら共有できるものを持ってもいます。そして私は、今後の正義実現の研究のために、皆さんと友情を築けることを願っています。

経験・展望

これらの問題について講演する前に、正義の実現に関わる学者そして唱導者としての私のアメリカでの経験について、少しだけお話しするこ

とをお許し下さい。この経緯をお話しすることで、皆さんは、正義の実現による社会的平癒という私の発想の源泉と価値を、より正しく判断できるようになるでしょう。まず第１に、私は、日系３世のアメリカ人であり、先住民族の一員ではありません。私の祖父母は、日本の農村部の出身で、不況の時期にプランテーションで働くためにハワイに移住しました。第２に、私は、不正によって続いている傷を平癒するために、ハワイのコミュニティ・グループと一緒に、厄介な最前線で活動した経験があります――何年もの間、ハワイ先住民族と共に水資源を守り、100年前に巨大な農業産業によって転用されてしまった水の返還を要求して活動しました。第３に、私は、幾つかの補償請求訴訟団に、行政担当弁護士として参加したことがあります。とりわけ、Korematsu v. U.S. は、第２次世界大戦期の合衆国最高裁判所が決定した、日系アメリカ人強制収容に係る評判の悪いケースですが、1983年に勝訴したこのケースの再審理では、フレッド・コレマツの代理人として弁護団に加わりました――この判決は、1988年の14億ドルにのぼる合衆国議会の補償、大統領の謝罪や教育基金の新設における法的基盤となりました。

数年前に合衆国は、主権を有するハワイ王国を違法に転覆させた際の役割に基づく補償の一部として、ハワイ先住民族のための土地を確保しましたが、ハワイ先住民族は、ハワイ州政府によるその土地の流用に対して訴えを提起しました。私は、その訴訟に弁護士として参加したこともあります――その訴訟では、州の背信行為と州議会による６億ドルの補償を認めさせました。また、私は、1893年の王国転覆とその後のハワイ先住民族に対する抑圧において教会が果たした役割に関して謝罪と補償を行うよう促すために、キリスト合同教会に属するアジア系アメリカ人教会と共に活動したこともあります。最後に、私は、かつてフィリピンの独裁者だったフェルディナンド・マルコスに対する人権集合代表訴訟で、政治的拷問の犠牲者であるフィリピン人側弁護団の手続担当弁護士だったこともあります（15億ドルの賠償という判決でしたが、まだ支払われていません）。そして、1921年にオクラホマ州タルサで起こった人種暴動について、合衆国補償調整委員会（U.S. Reparations Coordinating Committee）が、生き残ったアフリカ系アメリカ人に代わって訴訟を提起しましたが、私は、その委員会の法的アドバイザーでもありま

した。

私の第4の経験は、批判的人種理論（Critical Race Theory）の立場にある法学者として、補償と和解に関する「実践的理論」の構築に助力していることです――それによって、正義実現の闘いの最前線においてうまく機能するものと機能しないものとを見極めるための枠組みを、提供しています[1]。

私が発展させ洗練しようとしている枠組みは、「正義の実現による社会的平癒」（Social Healing through Justice）というものです。この枠組みは、3種類の聴衆、すなわち、学者・政府の政策立案者・コミュニティ活動家を対象にしています。その目的は、利害関係のある集団や政府に、社会的平癒を促進させる正義の実現に対する最近の取り組みを導き、評価できるようにすることです。私は後ほど、ハワイ先住民族と合衆国、および、アイヌと日本との和解の取り組みについて検討するために、この枠組みを用いたいと思います。基本的に私は、アイヌに係る正義の実現を唱導する人々、政府の政策立案者および日本国民に対して、理論的にも適切で戦略的にも有効な言語と接近法を提供したいと考えていますが、それが目指すのは、アイヌの人々にとって真の正義実現のように思え、日本政府や日本国民には社会的平癒のために必要な形態だと考えさせるような、包括的な「承認・責任・再構築・補償」なのです。

訴訟および裁判所の判決の限界

私は、合衆国の経験を概観することから話を始めることにします。近年、合衆国の補償の考え方は、アフリカ系アメリカ人のために如何にして裁判において補償を勝ちとるかということに、焦点を当てています。それは、奴隷制度および黒人差別――暴行や詐欺、不法な利益獲得のような、悪意ある不法行為――に対する補償の要求を、アメリカ法の狭い法的枠組みに適応させることを目的としています。この考え方は、補償の問題を学界の議論から実際の法廷へと移しました。そのことによって、

[1] See generally Eric K. Yamamoto, *Critical Race Praxis: Race Theory and Political Lawyering in Post-Civil Rights America*, 95 Mich. L. Rev. 821 (1997).

この考え方は、多くのアフリカ系アメリカ人や公民権団体の間で熱烈に支持されていますが、その一方では、激しい反対をも引き起こしています。

不法行為法の枠組みは、補償を、裁判所の判断による金銭賠償（「借金」の返済）と同じものだと見做しています。このことが、政府や企業弁護士の技術的な法的防御に拍車をかけ（因果関係がない、関連法律が有効期間を過ぎている）、保守的な論者からの非難を招き（「なぜ、マイケル・ジョーダンやオプラ・ウィンフリーといった有名人に賠償しなければならないのか」）、多数の合衆国市民の懐疑的な態度を助長しています（「私自身は違法なことは何もしていないのに、なぜ払うべきなのか」）。

近年の合衆国裁判所における補償請求訴訟の失敗が、この不法行為法上の金銭賠償モデルの大きな限界を浮き彫りにしています。この失敗の結果の一つは、補償の要求にはメリットがない、すなわち、補償についての「権利」は存在しないという市民の認識が広がっていることです。

しかし、問題は、実質的なメリットがないということではありません――アフリカ系アメリカ人の生活のあらゆる局面で大きな不平等が存続しており、それは奴隷制度と黒人差別にまで遡ることができます。問題は、不法行為法モデルが、金銭だけを要求する２人の運転手による単純な交通事故訴訟のために考えられたものだということです。不法行為法モデルは、完全に「個人や共同体の身体、心や精神を平癒することを見落としています」。金銭賠償を求める訴訟のもう一つの問題は、補償とは、遠い過去に起こった出来事について一方の集団が他方の集団に金銭を支払うことに過ぎない、という認識にあります。実際、新保守主義の論者達は、補償を極めて狭義に――金銭賠償に過ぎないと――定義し、賠償のためのいかなる法的根拠も認めません。

それに対して、新しい世代の補償の考え方は、訴訟手続の側面も変わらず重視する一方で（市民の意識を変えるためには重要です）、法的権利の要求や金銭賠償訴訟モデル（litigation-compensation model）からは遠ざかっています。その考え方は、代りに、不正に苦しみ続けている人々の傷を平癒することによって、（分裂、犯罪、恥辱、道徳的地位の欠落といった）社会に対する損害を「修復する（repair）」方法に注目しています。

社会的平癒

これは、アメリカの補償の考え方における大きな変化です。それは、補償の取り組みは金銭賠償にとどまらないという国民の理解を形成することが決定的に重要だ、という認識を反映しています。それは、「負っている債務／支払うべき賠償」という考えから、⑴社会的に弱い立場の集団に対して様々な局面で存続している損害と、⑵不信、憎悪や民主主義の欠陥によって引き起こされた社会的損害との両方の損害に対する包括的補償へと、政府関係者、立法者および多数派の市民を動かすことを意味しています。この種の「二元的修復の取り組み（dual repair approach）」は、確固とした知的基盤を有しています。それは、法学に加えて、社会的平癒についての洞察を含む他の学術的専門分野も参考にしています。それは、アメリカの新しい世代でよく言われる「一緒にうまくやってゆこうよ」といった形の平癒ではありません。それは、辛苦を伴う社会的平癒であり、混乱や努力、ギブ・アンド・テイク（とくに強い立場にいる人々による「ギブ」）を求めるものであって、それによりあらゆる立場の人々が、困難だが大規模な相互努力が正義実現のための活動を通じて生産的関係を構築するために必要であり、それは試みるだけの十分な価値があるということを理解するのです。

預言的神学、社会心理学、法社会学、政治理論（平和の研究）および先住民族の平癒実践は、平等と公正というリベラルな法理論概念と合わさって、「正義の実現による社会的平癒」についての共通の観念を作り出す学問領域です。この観念はまた、「補償的正義」の一つとして、集団の関係を再構築し、集団の成員や社会それ自体に対する永続的な損害を修復することを目的としています。これらが和解の基礎を成します。この枠組みは、私が発見したところでは、その正義実現の闘いがもっぱら「民族の誇り」とか「マイノリティの平等権」の要求だと誤って特徴づけられている幾つかの先住民族の集団から、特別の反響を得ています――彼らの本当の要求は、先祖代々の土地や資源の回復、経済的・社会的自治および文化の保護に対する先住民族の要求なのです。

正義の実現による社会的平癒のための「４つのＲ」という枠組み

大雑把にまとめますと、社会的平癒を促進する正義の力に関するこれら様々な学問領域から、４つの共通点が現れます。第１は、これらの学問領域が、平等と公正という有力な法的概念を参考にしながらも、「ウブントゥ（ubuntu）」という南アフリカの社会概念――これは、私たちは皆政治組織の一員であって、ひとつの加害行為は共同体全体に対する損害となり、傷つけられた人々を平癒させることが全員の責任になるという概念です――に相当する内容を取り入れようと、法を超えて動いているということです。傷つけられたり排除されたりした人々が平癒し、元の状態に回復して初めて、共同体には統一性があると言えるのです。

第２の共通点は、あらゆる集団が積極的に手続きに参加しなければならないし、また、あらゆる集団が利益を得なければならないという指針です。あらゆる集団による積極的な関与が、２つの分野――極めて地域的な分野（学校の教室、公民館、寺院、住民ニュース）と、不正と補償の観念が広範に形成されている文化的な分野（新聞、テレビ、インターネット、映画、学術的出版）――で同時に必要です。

これらの学問領域における第３の共通点は、これらの見解から重要なものだけを精選した、正義の実現による社会的平癒のための「４つのＲ」と私が呼んでいる枠組みです。すなわち、承認（Recognition）、責任（Responsibility）、再構築（Reconstruction）、補償（Reparation）です。これらの「４つのＲ」は、諸集団や諸政府に対して、まず特定の和解への取り組みを進め、それからその取り組みが真の社会的平癒に向かっているかどうか――あるいは失敗に向かっているかどうか――を評価する方法を提供します。それらはまた、自分たちが定める利益や要望を大勢の人々の共感が得られる要求にまとめるための戦略的な用語を、正義の実現を唱導する人々に提供します。

この枠組みは、法的権利の要求を包含していますが、今日における生産的な関係を希求していながら、未解決の歴史上の根深い不満によって相互関係が損なわれているような社会的集団間や、集団と政府との間の自発的な取り組みに最も効果的に焦点をあてています。それは、継続し

ている厳しい対立状態や、損害を受けた人々の社会的支援を求める声や基盤が政治的調整のために完全に奪われている状態に、焦点を当てているのではありません。

簡単に申し上げますと、その枠組みの最初のＲである「承認」が示すのは、集団的な平癒が、文化的アイデンティティや他者の根本的な人間性の承認や集団間にある不満の歴史上の原因の承認を、特定の損害や世代を超えた影響を認めることも含めて要求する、ということです。

次のＲである「責任」は、集団に関する損害を平癒するための責任を受け容れることを含みます――その責任が、他人の不利益から利益を得るような個人的な有責性に基づいているにせよ、あるいは端的に、社会が鋭く分裂してしまうことなく進展できるように、存続している傷を平癒する必要性に基づいているにせよ、ということです。

社会的平癒を促進する正義の実現は、さらに第３のＲ――「再構築」という活動――を必然的に含みます。これらの活動は、新たな生産的な関係を集団の間に構築することを目的としています。それらは、謝罪や（もしそれが適切なものであれば）赦し、相互関係の歴史の捉え直し、政治的・経済的権力の配置の転換などを含みます。先住民族にとっては、自己決定を促進するために社会的・経済的制度を再構築する活動も含まれます。

正義の実現による集団の平癒は、さらに第４のＲ――「補償」（土地および資源、公教育へのアクセス、経済的発展や困窮している個々人のための象徴的表示や資金援助を含みます）――にも基づいています。

様々な学問領域における最後の共通点は、この「４つのＲ」という枠組みが、再構築された集団関係の根底にある社会経済状況の実質的変化が重要である、と強調していることです――さもなければ「口先だけの謝罪」、「言葉ばかりで実行がない」、「欺瞞的な恩恵」あるいは「和解の失敗」という危険性もあるのです。

補償に関する活動が、政治路線の変更や、地方あるいは国の出来事に応じてその都度個別的になされることもあるでしょう。そして、それらの活動は、いずれ実質的な変化が生じるようになるまで、時間をかけて蓄積されてゆくかもしれません――例えば、これまで排除されてきた先住民族の学生を大学に入学させるための個々の積極的是正措置の実施

は、持続的な影響を及ぼしています。それにも拘わらず、それぞれの地域でその時々になされる個別的対応は、善意でなされるものでさえ、全体的な損害に照らせば、結局は限定的で形式的な影響力を有するだけになるだろう、という実質的な危険があります。特に、先住民族の植民地化による損害は、（土地資源、文化、統治に対する）「包括的」で、（数十年にわたる）「持続的」な、そして、（国や地方の政府、企業や国民による）「全体制的（systemwide）」なものです。それゆえ、補償に関する集団的活動は、損害を平癒する正義の実現を促進させるために、最終的には、包括的、持続的、全体制的な変化を積極的に生み出さなければなりません。

したがって、正義の実現によって社会的な傷を平癒するためには、政策立案者、集団の成員および一般大衆が、これら「４つのＲ」のすべてを完全に実現することが必要不可欠であって――２つ、あるいは通常３つでさえも十分ではありません――、さもなければ、最も真摯に平癒を目指す取り組みであっても、おそらく不完全かつ不十分なものと捉えられ、結局は失敗だと判断されるでしょう。

議論を始める基礎として、1999年に出版した私の著書『人種間の正義の実現』[2]が、これらの様々な学問領域の共通点から重要なものを精選し、正義の実現（あるいは私が「人種を超えた正義の実現」とも呼んでいるもの）による社会的平癒のための「４つのＲ」という枠組みを提示しています。また、私がサンドラ・キム（Sandra Kim）やアビゲイル・ホールデン（Abigail Holden）と共に著した、「岐路に立つアメリカの補償理論と実践（American Reparations Theory and Practice at the Crossroads）」という表題の論文が2007年のカリフォルニア・ウェスタン・ロー・レヴューに掲載されていますが、これは「４つのＲ」の枠組みをアップデートして精緻化したものです[3]。

---

[2] Eric K. Yamamoto, Interracial Justice: Conflict and Reconciliation in post Civil-rights America (New York University Press, 1999).

[3] Eric K. Yamamoto, Sandra Hye Yun Kim and Abigail M. Holden, *American Reparations Theory and Practice at the Crossroads*, 44 Cal. Western L. Rev. 1 (2007).

人権と社会的平癒

正義の実現による社会的平癒という枠組みは、「不正」を構成しているものや「再構築と補償」が重視されるものを是正しようとする世界的な和解の取り組みから、さらに知見を得ています。私は、この講演の冒頭で、その幾つかについてお話ししました。

国際人権は、奴隷制度、拷問、集団レイプや深刻な人種差別を禁止し、そして、犠牲者に「実効的な救済措置」を保証しています。その救済措置は、一時的な金銭賠償をはるかに上回るものに拡大しています。それは、社会的平癒――「原状回復、名誉回復および象徴的措置（公的謝罪、記念館の建設、不反復の誓約や法律の修正を含む）」――を包含しています。より具体的には、2005年に国連人権委員会（the United Nations Human Rights Commission）が、「人権法の著しい侵害による犠牲者に対する補償の権利に関する基本原則」を承認した際に、これらの救済措置を採用しました。それから、国連は先ごろ、先住民族の権利に関する宣言を採択しました。その宣言は、先住民族の土地の剥奪、固有の文化の破壊や自治の否定といった損害に対する修復を要求しており、補償の正義の実現をある程度具体化しています。

これらの国際規範は、集団に対する歴史上の不正を救済するように「命じている」と論じる人もいます。しかしながら、裁判所で人権に基づく補償要求を主張するときの問題は、一般的に、ほとんどの裁判所が国際人権の適用を拒んでいるということです。人権規範は、ほとんどが願望として扱われるにとどまっています。札幌地方裁判所は、1997年、異例の二風谷ダム判決において、人権原理を採用しました。しかし、最高裁判所や他の日本の裁判所は、それに続くことを渋っています。

市民の意識を変える

しかし、今のところ裁判所から好意的な判決を得ることは難しいというものの、人権の用語を使いながら補償の法的要求を戦略的に構成することは、「正義の実現による社会的平癒」のための実効的な政治戦略になり得ます。近年の補償の歴史に見出せるのは、一定の弁証法です。一

方では、補償の要求は裁判所でほとんど認められていません。しかし、他方では、政治的に成功している補償や和解の動向は、すべて補償請求訴訟によって正念場で後押しされ、象られています。そのような訴訟が、不正や補償の必要性を国民に教え、共同体を組織立てるための導灯の役割を果たしています。

法社会学の研究が示唆するところでは、国際人権規範が、裁判所での訴訟によって広く公表されることで、特定の政治的状況において、一定期間のうちに、政府の政策立案者や国民によって「正当な」、「当然の」、「公正な」、「自分たちの利益にかなう」ものと見做されるようになっています。国際人権規範は、有力な革新的リーダーが一定の力を有して、政府に対し不正による傷の平癒を求めることができるような政治的圧力を生み出すのに役立てられるでしょう。

それでは、この正義の実現による社会的平癒という枠組みが、一見先送りにされているように見えるものの、実際には継続されているハワイ先住民族と合衆国との和解の取り組みを説明し、そして評価するのにどのように役立つかを見てみましょう[4]。

ハワイ先住民族の和解の評価

1893年に、主権を有することが国際的に認められていたハワイ王国は、合衆国軍の直接支援を受けたアメリカ人実業家グループによって転覆させられました――生産力の高いプランテーションの土地、関税のない市場、政治権力や軍の支配などの追求によってクーデターが煽られたのです[5]。リリウオカラニ女王（Queen Lili`uokalani）は、抵抗したものの宮

[4] 訳者注：講演会では、ここで「戦争行為（Act of War）―ハワイ民族の転覆」というドキュメンタリー・ビデオ（ジョーン・ランダースとプヒパウの作成による）が紹介された。これは、固有の主権の返還に関するハワイ先住民族の情熱や、民族の正義実現のための組織的活動を簡明に紹介したものである。

[5] ハワイ大学ロー・スクールにおけるハワイ先住民族法 COE プログラムの2007年夏季ニュースレターに掲載されたアシュレイ・カイアオ・オブレイの論文から、ハワイの歴史や和解に関する大まかな議論を、許可を得て、一部本文のままここに引用させていただきました。 Ashley Kaiao Obrey, published in

殿に監禁されました。合衆国大統領グローヴァ・クリーヴランドは、合衆国が支援した転覆は「違法」であり、「戦争行為」に当たるとも見做して、これを認めませんでした。このために、クリーヴランドは、ハワイを領土として併合しようとする議会の企てを拒否するだけでなく、ハワイ王国の主権を回復させようともしました。

しかし、真珠湾の軍事基地や広大なサトウキビ畑に対する利害関係もあって、アメリカの企業から強く支持された次期大統領ウィリアム・マッキンレーは、(問題のある方法ですが) 両院合同決議によってハワイを併合するように、合衆国議会に要請しました。前女王や29,000人のハワイ先住民族――ハワイ先住民族の成人人口のほとんど――による正式な抗議にも拘わらず、合衆国は、ハワイ諸島にアメリカ人による政治的支配を押しつけて、ハワイのあらゆる政府領や王領を没収しました。そのような行為を正当化するために、合衆国の政治家やメディアは、ハワイ先住民族を、不当にも、合衆国による啓蒙を必要としている文明化されていない野蛮人と見做しました。それから、ハワイ先住民族をその土地から引き離し、ハワイ先住民族の文化を抑圧し、家族を移住させるということ――後になって合衆国が、ハワイ先住民族の生活の「破壊」だと認めたことです――が相次いでなされました。

ハワイ王国を転覆させてから100年経って、ハワイ先住民族の文化復興がなされ、祖国と主権の回復のために、政治的な組織化が熱心に行われた渦中に、宗教指導者や民主党の大統領の支持もあって、合衆国は、ついに植民地化によるこれらの損害を認めました。1993年になされた異例とも言える合衆国議会謝罪決議は、主権を有するハワイ王国の「違法な転覆」における合衆国の役割について謝罪し、合衆国は、結果として生じた文化の破壊、祖国の没収および広範に存続している社会的・経済的損害を修復するための和解の意思を表明しました。

その謝罪決議は、正義の実現による社会的平癒の枠組みにおける第1と第2のRに対する慎重な配慮を反映しています。すなわち、(1)合衆国が経済的（および軍事的）な理由によって先住民族を植民地化し、ハワ

---

the Ka He`e Summer 2007 Newsletter of the Center for Excellence in Native Hawaiian Law, William S. Richardson School of Law, University of Hawai`i.

イ先住民族（の土地、文化および統治）に損害を与え続けたという歴史上の真実の「承認」と、(2)（合衆国やキリスト合同教会によってすでに始められているような）和解の手続きに真摯に取り組むことによって、広範な損害を修復するという「責任」を受け容れたものになっています。

1999年にクリントン政権は、これから必要とされる合衆国や州の活動について、ハワイ諸島すべての何百人ものハワイ先住民族から証言を得るために、合衆国内務省の職員や裁判官をハワイに派遣し、合衆国政府として和解に真摯に取り組みました。

社会的平癒の枠組みが重視している「再構築」と「補償」（第３と第４のR）との関係では、合衆国政府各省合同の和解報告書は、政府に対して、ハワイ先住民族と共同で活動することや、合衆国の不正による既存の傷を平癒するために積極的是正措置をとることを勧告しています。和解報告書は、道徳的責任という言語を用い、先住民族の自己決定という人権原理を引き合いに出しつつ、ハワイ先住民族と合衆国との関係の「再構築」（アメリカ先住民族の法的地位と同様に、準独立を法的に承認すること）を勧告しています。また報告書は、文化的損害および土地資源を基礎とした経済的損害を回復するために、ハワイ先住民族に対して政府の「補償」措置が必要であることを強調しています。

その報告書は、「和解という目的を達成するために、公正と正義に基づき、平癒とアロハの趣旨に適うように、合衆国政府とハワイ先住民族とが、過去を修復しよりよい未来を築いてゆくために手をとり合う時が来ている」と結論づけています。

1980年代後半から、謝罪決議以降加速させつつ2000年初頭まで、合衆国議会は、ハワイ先住民族のコミュニティへの長期に亘る損害を回復するため、補償に関する法律を成立させました。合衆国議会は、ハワイ先住民族に（政府が没収し、軍の爆撃演習のために長期間利用していた）カホオラウェ（Kaho`olawe）島を（信託の形で）返還しました。合衆国議会はまた、ハワイ先住民族健康保健法（the Native Hawaiian Health Care Act）を改めて制定し、ハワイ先住民族教育法（the Native Hawaiian Education Act）を通過させ、様々なハワイ先住民族住宅供給措置を定めて資金を供給しました。

しかし、保守的なブッシュ陣営が政権を握ると、政府は、保守系シン

クタンクの主導の下、ハワイ先住民族に対する措置は純然たる「人種に基づく」措置（で違法）だとして、反対しました。また、1978年のハワイ州憲法修正によって、ハワイ先住民族に対する歴史的損害に対処するために特別な州機関が設立され、その州機関の理事会の理事選挙は、ハワイ先住民族だけが投票できることになっていたのですが、保守化した合衆国最高裁判所も、ハワイ先住民族だけによる投票を無効にするべきだという意見に、部分的に同調しました。こうして和解の取り組みは、数段階後退することになりました。

ハワイ先住民族に対して自治という重要な人権に基づく措置をとるために、合衆国とハワイ先住民族との関係を再構築することは、保守系シンクタンク、政治家やブッシュ政権によって頑なに反対されたこともあって、逆戻りすることになりました（有力なハワイ先住民族集団もまた、民族内民族モデルはハワイ先住民族に十分な独立を認めていないという理由で、ハワイ先住民族をアメリカ先住民族と同様に扱う法律案に反対しました）。

合衆国は、ハワイの旧政府領や旧王領の所有権を維持し、その広大な跡地に軍事行動を拡大しました。ホワイトハウスの態度に同調して、ハワイの保守派たちは、まず、合衆国のハワイに対する植民地化の歴史を否定し、それから、ハワイ先住民族をまさに「特権」を追求している他の人種集団と同じように特徴づけることによって、ハワイ先住民族に対する州のあらゆる「補償」措置を無効にさせるための訴訟を提起しました。現在、訴訟の対象となっている補償措置は、ハワイ先住民族の子供たちの教育、ハワイ先住民族の土地の開発と再分配、そして、ハワイ先住民族の文化の保護と促進に関係しています。州憲法に基づいて設立されたハワイ先住民族局（Office of Hawaiian Affairs）――ハワイ先住民族の文化的福利を促進させ、「補償の受け皿」になるように設立された機関――もまた、訴訟の的となっています。

このような状況で、謝罪決議から15年経ち、合同和解報告書の勧告から８年経った合衆国の和解に対する取り組みは、承認と責任についての当初の進展にも拘わらず、全面的失敗の瀬戸際で揺らいでいます。正義の実現による社会的平癒の枠組みにおける第３と第４のＲは、失敗の理由に光を当てています――それだけでなく、これから必要なことを構成

するための途を拓いてもいます。再構築と補償がなければ、社会的平癒――ハワイ先住民族とアメリカ社会のための――を促進する正義が有している、説得力ある意義がなくなってしまいます。ハワイ先住民族によって要求されているような有意味な形の統治主権は、承認されないでしょうし、ハワイ先住民族の土地を当初の条件を満たして返還することも、ハワイ先住民族の文化を明確に保護することも、経済的自決のための機構を設置することもないでしょう――すべて人権が原則として命じているものであるのに、です。これでは不十分な平癒でしかありません。和解に対する取り組みは、失敗に終わってしまいます。

ハワイ州最高裁判所は、ほんの２か月前に、まさしくこのことを承認しました。その異例の判決において、州最高裁判所は、州知事と州議会がハワイ先住民族の諸集団と交渉して当初の補償内容に従って対処するようになるまで、州がかつての先住民族の土地を販売しているのを凍結するように命じましたが、その理由として、州によるハワイ先住民族との和解の取り組みが先送りにされていることに言及しています。

ハワイ先住民族局の長として、ハウナニ・アポリオナ（Haunani Apoliona）は、最近、次のように述べています。

> 随分と長い間、私たちの祖先は、……合衆国政府（とハワイ州政府）が1893年に犯した過ちを正すのを待ち続けていますが、ずっと侵害され続けている私たちの利益にとって、ほんのわずかな進展しか見られません。……和解という選択肢は、これまでのところ拒否されたままなのです。

しかし、政治の風向きは、変わりつつあるかもしれません。大統領選挙の民主党候補者はいずれも、ハワイ先住民族との関係の再構築、ハワイ先住民族に対する補償措置の擁護、そして、ハワイ先住民族のための何らかの形の自治機構の設置などへの支援を公約に掲げています（このような変化が自治につながるものかどうかが、ハワイ先住民族の諸集団の間で積極的に議論されています）。まだ不確定要素は多いと言えます。しかし、もし政治的な風向きが本当に変わるならば、正義の実現による社会的平癒の枠組みは、次の段階で必要とされる様々な要求を明確化し

体系化するための言語や接近法を提供できるでしょう。

アイヌと日本の和解を批判的に評価し導くために

ハワイ先住民族の経験を念頭に置きつつ、私たちは次のような質問をすることができます。すなわち、正義の実現による社会的平癒の枠組みは、着手されはしたものの明らかに先送りされているアイヌと日本との和解の取り組みを導き、評価するのに（そしてできる限り活性化させるのに）、どのように役立つのでしょうか。

私は、アイヌの歴史や日本の法と政治についての専門家ではありません。また、今日、私には表面的なお話をする以上の時間はありません。示唆に富む学術研究として、長谷川教授[6]や常本教授[7]による論文と、私の大学のマーク・レヴィン（Mark Levin）教授[8]の論文を推薦いたします。そして、私は、アイヌの人々からもお話を伺えればありがたく思います。

私の理解は、次のようなものです。日本による植民地化によってアイヌの共同体、土地、文化や生活が損害を受けてから少なくとも130年後に、そしてウタリ協会や多くの人々が政治的な組織化を行い、また、公教育にも力を注いだ後に、有力な政治家の支援や、（世界中の注目を集めた）二風谷ダム判決における札幌地方裁判所の認定も相俟って、日本政府および北海道庁は、和解の手続き――それは、アイヌの人々や日本社会それ自体に存続している損害の幾分かを修復するための手続きです――として説明しうる最初の局面に至りました。

---

[6] Ko Hasegawa, *Polymorphic Integration of the Ainu* (Work in progress, 2008).

[7] Teruki Tsunemoto, *Indigenous and Minority Rights: Forerunner or Marginalized?*, in REREADING THE JAPANESE CONSTITUTION (ed. Kamiya, 2000). See also Kunihiko Yoshida, *Reconsidering the "Rule of Law" in Japan with Special References to Race, Reparation, and Residential Property (2003)*: Mark Levin & Teruki Tsunemoto, *A Comment on the Ainu Trust Assets Litigation in Japan*, 39 TULSA L. REV. 399 (2001).

[8] Mark Levin, *Essential Commodities and Racial Justice: Using Constitutional Protection of Japan's Indigenous Ainu People to Inform Understandings of the United States and Japan,* 33 NYU J. INT'L LAW AND POL. 419 (2001).

アイヌの人々は、世界中の先住民族がかつての植民地宗主国によって蹂躙されて来たのと同様の組織的方途によって損害を受け続けています。日本社会も、人権と民主主義の尊重によってかえって損害を受け続けています。日本の国内法は、人権を尊重しており、日本の法務省は、国連安全保障理事会の常任理事国入りのための近年の取り組みにおいて、人権の尊重を改めて公式に確認しています。しかし、土地を取り上げ、文化を抑圧し、経済的・政治的自治を崩壊させることによってアイヌ先住民族を虐げていることは、（最近採択された先住民族の権利に関する国際連合宣言や、元々の人権保障に関する法的文書に照らせば）完全に人権侵害になります。

組織的な人種差別もまた、（人種差別撤廃条約に従えば）人権侵害です。そして、政府が深刻な人権侵害の是正を怠ったことも、それ自体が人権侵害になります。たとえ裁判所が、国に人権を保障する責任を果たすよう命じていないとしても、前に述べたように、人権侵害が是正されていないことが広く知られれば、国際社会における民主主義国家としての日本の評価を貶めることになります。

国際的に広く知られている二風谷ダム判決や、日本の国連人種差別撤廃条約への批准に続いて、日本の国会は、1997年に協力的な内閣総理大臣の下で、抑圧的な1899年アイヌ同化法（北海道旧土人保護法）を廃止し、アイヌ文化振興法を制定しました。これを受けて、北海道庁もアイヌ文化の特徴を保護し称揚するための取り組みを続けています。これらは重要な一歩です。そして、特別委員会、学者、政府職員、「正しいことをしたい」と望んでいる一般の国民がいます。

それにしても、真の和解の感覚がほとんど、あるいは、全くないのはなぜでしょうか。アイヌの人々に対する植民地化による歴史的な傷を十分に平癒することはできないのでしょうか。「同化という遠回しな言い方で私たちの土地を奪い、私たちの文化を破壊し、私たちの言語を奪ったのが、現代の日本である」と言う人もいるのはなぜでしょうか――そして、アイヌは未だに正義の実現を追求しているのです。

正義の実現を唱導するアイヌに、以下のように言う人もいるのはなぜでしょうか。

> アイヌは日本の恥ずべき秘密なのです。アイヌは、「かつての・先住民族」として、文化的（そして民族的）単一性という日本の植民地神話を混乱させる恐れがある、隠された恥だとされています[9]。

この人は、近年の法律についても批判しています。たとえ文化が重要だとしても、「アイヌ文化振興法は、土地や資源に対する権利、あるいは、国会や地方議会における先住民族議席を認めませんでした。……アイヌは、漁業や森林管理の権利を認めさせ、そして、『アイヌ独立基金』を創設させるために闘っているのです」。アイヌ文化振興法は、「（大抵はアイヌではない文化人類学者や言語学者が行っている）アイヌの文化的工芸品や言語の保護を支援するに過ぎません」。

そしてこの人は、アイヌが先住民族であるという承認を政府が拒否していることを強調しています。アイヌ文化振興法は、アイヌを「先住民族」として承認することを意図的に拒否することによって、アイヌから自治、経済的発展、文化の存続および祖国の返還に対する先住民族の権利を剥奪しています。

正義の実現を唱導するアイヌのこのような批判感情についてのひとつの説明は、国連の人種差別に関する特別報告の所見に基づいているかもしれません。2006年、この報告は、現在のアイヌが、雇用、住宅供給や教育において根強く続いている不平等な扱い（あるいは差別）に直面している、としました。このような差別は、アイヌの長期的展望にだけではなく、日常生活にも大きな影響を与えています。その報告が示唆するところでは、この差別は、植民地主義者がアイヌは文明化されておらず尊重するに値しないと長年にわたって勝手に評価してきたことの延長線上にあります。私は、「排他的な人々で、洞穴や巣で生活しており、血液を飲み、霊的で動物のような身体能力を有している……」という一節（あらゆる植民地宗主国が土地の征服を正当化するために展開した、先住民族に対する典型的な評価です）を引用しておきます。

---

[9] Tyson Yunkaporta, The Ainu and Japanese Modernity, http://asian-indigenous-peoples.suite101.com/print_article.cfm/the_ainuandjapanesemodernity (July 4, 2007)

しかし、批判感情を抱かざるを得ない切実な理由が他にもあります。不平等よりも重要な問題があるのです（そしてこのことは、今後の要求を構成していくのに重要かもしれません）。問題になっているのは、日本がこれまで、黙示的にであれなされた和解の約束に応じることを明らかに怠ってきたということです。それは、正義の実現による社会的平癒に対する不十分な、あるいは、まさに失敗しつつある取り組みなのです。そしてその問題は、人権に基づく民主主義の尊重が未だに十分に実現されず、次第に揺らいで来ていることを示しています。私が提示した「４つのＲ」の枠組みは、（これまでの）広汎な失敗やそれによる結果を明らかにし、今後の戦略的方向を提案するのに役立ちます。

アイヌ――日本関係と「４つのＲ」

社会的平癒の第１のＲの局面は、承認です。日本政府は、アイヌが先住民族であると承認することを拒否し続けています。1997年のアイヌ文化振興法は、その承認を意図的に回避しました――「アイヌ民族の誇りを尊重する」ことだけが目的でした。アイヌに先住民族の法的地位を認めないことは、社会的平癒への大きな障害となりました。そのことは、アイヌ独特のアイデンティティや、国際社会における先住民族としてのアイヌの地位を否定することになりました。アイヌを先住民族として認めないことは、アイヌは少数民族として扱われるときだけ、政府に対して差別（不平等な扱い）があると合法的に主張し続けられるに過ぎない、ということを意味しています。アイヌは、政治や経済に関する自治、土地や資源の返還や文化の維持に対する自分たちの権利を政府が否定していると、先住民族として主張することができません。アイヌには、自分たちの祖先以来の「イウォル」という意味ある生活様式を再生させるよう要求する資格が欠けてしまっています。先住民族の法的地位を「承認」しないということは、肝心なことのほとんどを認めないということです。真の社会的平癒の機会は、ほとんどありません。

第２のＲは、責任です。上記のような承認の拒否は、アイヌに対する長年にわたるすべての損害についての責任の否定を示しています。1997年のアイヌ文化振興法は、アイヌ文化の特定の側面を促進するための責

任を認めています（そしてこれは評価できることです）。しかし、この法律は以下のことに対する責任を否定しています。すなわち、（元々は日本の領土を拡大するために、そして、後には日本の経済成長を促進するために奪われた）かつての豊饒なアイヌの土地を回復する責任、重要な土地をアイヌの信託に供する責任、（森林の管理やサケ漁のような）伝統的な文化実践を継続する権利を保障する責任、（アイヌの人々によって強く要求されたように）国会におけるアイヌの政治的意見の表明を保障する責任、そして、（これもまた要求されたように）文化的・経済的発展に対するアイヌの地域的コントロールを保証する責任です。

同じように重要なことですが、アイヌ文化振興法は、劣っていて尊重するに値しないという、アイヌに対する長年にわたる中傷――歴史上、植民地化を正当化してきた文化の悪しき特徴づけ――による損害を修復する責任を回避しています。これまで、1974年に北海道ウタリ福祉対策がなされ、（現在の価値に基づくのではなくて、遥か昔に剥奪された時点の価値で過小評価された形で）土地を奪われたアイヌの一部の人々に対してわずかながらも賠償金の支払いがなされ、そして、地方自治体や国の特別委員会により有益な勧告がなされているにも拘わらず、責任を認めないという失敗の積み重ねが、結局、再構築や補償に対する持続的で全体制的な措置に着手することの拒否となっています。

再構築が第３のＲです。承認と責任が不十分だということは、政府とアイヌの政治的関係を再構築するための取り組みがごくわずかで、相変わらず不適切でありつづけている理由を説明しています（しかし、弁解にはなっていません）。アイヌの人々は、（ハワイにおけるハワイ先住民族と同じように）もはや一つの地域に集まって生活しているわけではありません。そして、（かつてのハワイ先住民族にも当てはまりますが）差別のために、自分たちがアイヌであることを隠さざるを得ないと感じている人もいます。しかしながら、何らかの形の自治（あるいは最低限、国政における代表）に対する先住民族の要求は、――特に、祖先の土地が奪われて人々が散らばってしまったときには――すべての人々がひとつの地域で生活していることに依拠するものではありません（私たちはこのことをハワイで学んだのです）。

アイヌから参政権を剥奪し、経済的諸権利を法律に基づいて奪取して

きた歴史に照らして、アイヌの人々は、アイヌに国政への参加を保障するように要求しました――しかし、それは拒否されました。自治のための経済的基盤を提供するように、アイヌの独立基金が、アイヌによって要求されていました――しかし、拒否されました。さらに最近では、日本社会における集団の関係を再構築するための方法として、アイヌ（や他の人々）に対する人種差別を明示的に禁止する国内法が求められています――しかし、それは、先送り、あるいは拒否されました。国による正式な、真の意味での謝罪もなされていません。北海道庁は、アイヌが政治において組織的にまとまりつつあるのに応じて、ある程度積極的な措置をとっています。元々のアイヌの地名に戻された所もあります。アイヌ語の学習が奨励され、アイヌの祝祭儀式も行われており、高校のカリキュラムでもアイヌについて教えられています。

それにも拘わらず、国や地方との政治的・経済的関係を体系的に再構築し、植民地主義による組織的な損害に対応して人権保障上の自己決定原理を具体化しなければ、社会的平癒を促進する正義は、おそらく実現しないでしょう。社会的平癒における「再構築」という局面は、真の和解にとって必要な分野における政府の無策（あるいは不十分な施策）を可視化します。

第４のＲは、補償です。補償は、再構築とも重複しますが、――和解の過程が、無意味な政治言説や、あるいは見せかけの平癒にとどまらないことを確実にするために――和解にとって必要不可欠な措置です。1997年のアイヌ文化振興法は、過去の文化の抑圧による損害を修復するために、アイヌ文化の様々な側面を促進するものです。（たとえアイヌが管理する範囲が問題になっているとしても）これは重要なことです。しかし、ここには、補償の取り組みが頓挫しそうに見えるところがあります。（個人に直接に、あるいは、先住民族への信託として）豊饒な祖先の土地が回復されるか、さもなければ、剥奪に対する正当な賠償が必要です。先住民族のかつての資源には規制をほとんど、あるいは、全くかけないか、それとも、一定の利益を認めるということも必要です。（長谷川教授が指摘しておられるように、「先住民族の権利を要求する一つの正当な方法は、土地権による」ものです）。

また、アイヌの職業や経済の発展を支援するための独立基金もありま

せん。アイヌが高等教育を受けるための直接の支援もありません。家族に対する直接の象徴的賠償もありません（第２次世界大戦中に合衆国によって不当に収監され、生き残った日系アメリカ人全員が、大統領の謝罪と２万ドルの象徴的賠償を受け取りました)。私は、アイヌの状況をいくぶん強調し過ぎたり、あるいは、補償を欠いていることに関する重要な事実を把握しそこなっているかもしれません。しかし、私の一般的な評価は、さほど間違ってはいないでしょう。

このように、正義の実現による社会的平癒の枠組みは、日本における修復の取り組みが、今までのところ、おそらくは多くの人々によって不完全で不十分なものとして経験されている理由を明らかにするための、言語や接近法を提供します。個別的に取り組むことも大切ですが、日本の修復の取り組みは、先住民族の植民地化による消えない損害を回復するための包括的・持続的・体系的な措置――北海道ウタリ協会が、非常によく考えられている1984年の「アイヌ民族に関する法律（案)」において想定した真の修復のようなもの――になっていません。平和的で生産的な関係に向けてよいスタートになるように思われた1997年の法律は、社会的平癒の促進のために「正義が実現された」、という反響を巻き起こすには程遠く、時期尚早、あるいは、少なくとも先送りという結果に終わりました。

社会的平癒の枠組みは、正義の実現を唱導するアイヌや支援者の人々が、以下のことを戦略的に主張できる（そして政策立案者がそれを理解できる）ようにします。すなわち、日本政府や日本国民が意味のある追加的是正措置をすぐに執らなければ、アイヌや日本社会自体に対する損害を修復し、和解を促進しようとする試みは、結局、不十分、あるいは、まさに失敗だと見做されてしまう、ということです。

そして、同様に重要なことですが、その枠組みが予測するのは、もし日本におけるアイヌの和解の取り組みが失敗し、さらに、他の集団や国々との日本の他の和解／補償の取り組みも同様に先送りにされたり失敗したりすれば、日本は、国際的な舞台で、人権を尊重している民主主義国家としての完全な地位を主張することがかなり困難になるだろうということです。日本は、国際的な安全保障と経済的発展の問題について主要な役割を担う国家として必要な道徳的権威を、十分に揮うことができな

くなるでしょう（もちろん、このことが補償の取り組みにおいて影響力をもたらす範囲は、その時々の政治的な出来事や協調関係、そして、日本経済や安全保障上の利益の展開状況に依存しています）。

将来を見通して

しかし、正義の実現による社会的平癒の枠組みは、生産的な可能性を秘めた将来の道筋をも示しています。簡単に申し上げますと、４つのＲは次のことを示唆しています。すなわち、もしアイヌの人々と日本政府や日本国民が、長く続いている不正による傷を平癒するつもりならば――もし日本が、国際社会が注目している中で、人権と民主主義を尊重することを適正に主張するならば――、（アイヌを先住民族として認めよ、そして、植民地化によって生じたあらゆる損害を認めよという）承認や（土地、文化および自治に関するそれらの損害を回復するための）責任の要求に対して、今後、慎重な配慮が必要となるということです。同じく重要なことですが、アイヌの生活における社会経済的条件を改善し、アイヌと日本社会自体に関する多面的な損害を修復するために、意義のある全体的取り組みが求められています。

この点では、北海道庁は、すぐにも素晴らしい影響を与えること（そして、日本政府の考え方にこれから影響を与えていくこと）ができるかもしれません。長谷川教授も指摘するように、土地や文化に対する、そして、自治や独立に対するアイヌの「集団的権利」を承認することに加えて、日本政府は、アイヌの経済的な困窮に対処し、伝統的知識に対するアイヌの知的財産権を保障し、アイヌの生活を扶助し、アイヌの若者に大学教育を受けさせるための奨学金制度を導入し、そして、アイヌを地方自治体の公務員として雇用することが重要でしょう。包括的で持続的な正義の実現によって、社会的平癒が始まり、促進されるのです。

長谷川教授、高等法政教育研究センター、北海道大学アイヌ・先住民族研究センター、北海道大学法学研究科、そして、皆様方すべてに対し、このようにお話しする機会を与えて下さったことに、心から「どうもありがとう」と申し上げます。そして、私は、皆さんと相互交流を続けていくことを楽しみにしております。

判例研究

刑事判例研究

関口和徳

捜査官による暴行を伴う取調べによって得られた自白の証拠能力と、捜査手続の違法を量刑上被告人に有利に考慮することの可否

大阪地判平18・9・20判時1955号172頁

（覚せい剤取締法違反［変更後の訴因―覚せい剤取締法違反、大麻取締法違反］、覚せい剤取締法違反被告事件、大阪地裁平17（わ）5237号・6181号）

判時1955号172頁

【事案】

被告人は覚せい剤取締法違反（営利目的所持）（第二の罪）の嫌疑により、2005（平17）年8月29日、内妻B子とともに現行犯逮捕され、同月31日からC警察官による本格的な取調べが開始された（なお、警察での取調べは、起訴に至るまで、C警察官が補助者をつけずに一人でこれを行っている）。C警察官は、同年9月6日の取調べにおいて、被告人に対し、一方的に被告人の顔を殴り、さらに取調べ室内のスチール机を被告人の方へ押し出した上これを蹴り、その角の部分を被告人の左胸部に強打させる暴行を加え、その結果、被告人に、左肋軟骨骨折の傷害を負わせた。

そこで、弁護人は、右暴行後に作成された被告人の供述調書は任意性がない又は違法収集証拠であるから排除すべきなどと主張するとともに、量刑判断において、C警察官の暴行による受傷を始めとする被告人の受けた種々の苦痛を被告人のために有利に考慮すべきである旨主張した。

【判示】

有罪（確定）。

1　自白の証拠能力

「関係証拠によれば、被告人は、第二の罪で逮捕された直後の段階から、営利目的や内妻Ｂ子（本件公判中に被告人と婚姻。）との共謀も含め一貫して罪を認めており、その供述状況は、Ｃ警察官が有形力を行使したとされる平成17年９月６日（以下「本件当日」という。）の前後でほとんど変化がないし、また、被告人自身も、当公判廷において、捜査段階の供述調書においては任意に真実を語ったものである旨事実上認めているのであるから、Ｃ警察官の上記有形力の行使が違法な暴行であるか否かについて判断するまでもなく、被告人の捜査段階の各供述調書の任意性は肯定されるものと解される。」

2　捜査手続の違法を量刑上考慮することの可否

「本件においては、捜査段階における被告人の取調べ中、Ｃ警察官が被告人に対し有形力を行使した事実は当事者間で争いがないところであり、もしこの有形力行使が違法な暴行であると判断されるのであれば、その違法の重大さ・深刻さからしても、これが被告人の量刑判断に影響を及ぼすことは避けがたいところであると思われる。

けだし、現在の刑事裁判実務では、刑事訴追の過程で被告人がいかなる苦痛を被ったかということも広い意味での『犯行後の状況』として量刑上考慮されるべき一事情になり得るものと解されているところであるが、捜査過程で捜査官の側が被告人に対し違法を働いたという事情もその一種として位置付けられるのであって、量刑への影響の程度が基本的に行為責任の幅に止まる限りは、これを量刑の際の一事情として考慮することを否定すべき理由はないように思われる。ことに、捜査官による違法捜査によって被告人が肉体的・精神的苦痛を被ったという場合は、本来であれば、実体的にも手続的にも刑事上の正義を追求し体現しなければならない刑事訴追の過程において、国家機関の一員たる捜査官が自ら手続的正義に反する振る舞いに出て、これが被告人に対し現実の苦痛を与えたというのであるから、衡平の見地からも、この点は量刑事情として軽視すべからざるものと考えざるを得ないのであって、その手続的正義に反する度合い、すなわち捜査官が犯した違法の程度・深刻さや、これによって被った被告人の肉体的・精神的苦痛の程度等を総合的に考慮するとともに、他方で、

この違法や苦痛を事後的にせよ消去・鎮静化させる実効的措置が既に存在し又は実施され得る現実的措置が既に存在し又は今後施され得る現実的可能性があるか否かの点も相関的に併せ考えた上、実体的正義実現の最終段階である量刑判断に適宜それを考慮・反発させるべきであると考える。」

「本件当日の取調べにおいて、C警察官が被告人に対し一方的にその顔を殴り、更にスチール机を被告人の方へ押し出した上これを蹴って、その角の部分を被告人の左側胸部に強打させる暴行を加え、その結果、被告人に左肋軟骨骨折の傷害を負わせたと認定するのが相当である。

そして、上記のようなC警察官の行為は、取調室という密室状況や取調官・被疑者という圧倒的な立場の差を悪用した、それ自体犯罪を構成する可能性のある言語道断な行為であるといわざるを得ず、著しく妥当性を欠いた違法な取調べであったと認められ、これにより被告人の被った肉体的・精神的苦痛も大であったと考えられる。これに対し、それを消却・鎮静化する事後的措置として国家賠償訴訟を提起することも考えられはするが、それ自体負担を負うばかりか、立証責任や本件の証拠構造からして必ずしも勝訴が確実であるとまではいえないことに照らすと、それが現実的・実効的な消却・沈静化措置であるとは言い難いのであって、結局、本件違法の重大性や被告人の苦痛の大きさを総合勘案すると、上記国家賠償訴訟において勝訴し得る可能性を考慮してもなお、本件においては、上記違法な暴行により被告人が苦痛を負った事実を、後記のとおり、量刑判断において相当程度考慮することが必要であると解される。」

【検討】

1　捜査官による暴行を伴う取調べによって得られた自白の証拠能力

(1)　憲法38条２項は、「強制、拷問若しくは脅迫による自白又は不当に長く抑留若しくは拘禁された後の自白は、これを証拠とすることができない」と規定し、これをうけた刑訴法319条１項は「強制、拷問又は脅迫による自白、不当に長く抑留又は拘禁された後の自白その他任意にされたものでない疑のある自白は、これを証拠とすることができない」と規定している（自白法則）。また、憲法36条は公務員による拷問を「絶対に禁止」している。このように、憲法は、自白に対する厳しい禁忌を表明し[1]、捜査官が暴力によって被疑者に自白を強

[1] 田宮裕『捜査の構造』（有斐閣、1971年）281頁。

要することが決してないように厳重な規定を置いている。それでは、憲法の施行から半世紀以上を経た今日、憲法が禁忌するような事例はみられないのかといえば、残念ながら答えは否である。取調べにおいて捜査官が被疑者に暴行を加えたことが問題となる事例は後を絶たない[2]。本判決は、まさに、そのような取調べによって得られた自白の証拠能力について判断したものである。

(2) 自白法則の根拠については、学説上様々な説が主張されてきたが、それをごく簡単に整理すると次の2説に分類することができる。第1は、自白法則を不任意自白の排除を定めたものと解し、自白が虚偽である虞や供述の自由の侵害が認められる場合に当該自白の任意性が否定されるとする任意性説であり、第2は、自白法則を違法収集自白の排除を定めたものと解し、捜査手続に違法が認められる場合にはそのことを理由に自白の任意性が否定されるとする違法排除説である[3]。

違法排除説では、違法な暴行が加えられた事実が認定されれば、そのような取調べで得られた自白の証拠能力は端的に否定されることになる。これに対し、任意性説では、違法な暴行と自白と間に因果関係が認められた場合に限り、当該自白の証拠能力は否定されることになるが、「暴力の行使と自白との間に因果関係は必要であるが、両者に時間的近接性があれば、これを推認してよい。そして、因果関係についても『存在の疑い』があれば足りる」[4]といわれるように、違法な暴行が加えられたという事実が認められれば、それと自白との因果関係は比較的緩やかに認められる傾向にある。

ところで、最高裁で違法収集証拠排除法則が採用されたことを契機に[5]、自白法則については任意性説に立ちつつ、違法な捜査手続によって得られた自白については、違法収集証拠排除法則を適用することで端的にその証拠能力を否

---

[2] 最近の裁判例について紹介しつつ現在の実務の問題性を指摘する最近の研究として、渕野貴生「被疑者取調べの課題」法律時報79巻12号（2007年）43頁参照。

[3] 従来の学説における通説は違法排除説である。田口守一『刑事訴訟法［第4版補正版］』（弘文堂、2006年）381頁、白取祐司『刑事訴訟法［第5版］』（日本評論社、2008年）361頁。なお、芦部信喜編『憲法Ⅲ』（有斐閣、1981年）219頁〔杉原泰雄執筆〕も参照。

[4] 石井一正『刑事実務証拠法［第4版］』（判例タイムズ社、2007年）217頁。

[5] 最判昭53・9・7刑集32巻6号1772頁参照。

定すべきとする、いわゆる競合説が主張されるようになった。競合説は、刑訴法319条１項の文理との整合性を保ちつつ、自白法則とは別に違法収集証拠排除法則を適用することによって違法排除説の利点をも取り込むことを指向する、いわば「二兎を追ったもの」[6]といえ、裁判実務家からも「より明文に合致し、実務にもなじみやすい」[7]と評されるなどして支持を集めている[8]。最近では、【１】東京高判平14・９・４判時1808号144頁（ロザール事件）[9]のように、明確に競合説に立ち、自白に違法収集証拠排除法則を適用してその証拠能力を否

---

[6] 洲見光男「宿泊を伴う取り調べと自白の証拠能力」平成12年度重要判例解説（2001年）185頁。

[7] 松尾浩也編『刑事訴訟法Ⅱ』（有斐閣、1992年）297頁〔島田仁郎執筆〕。

[8] 佐藤文哉「自白 ― 裁判の立場から」三井誠他編『刑事手続（下）』（筑摩書房、1988年）833頁、大谷剛彦「自白の任意性」平野龍一＝松尾浩也編『新実例刑事訴訟法Ⅲ』（青林書院、1998年）137頁、三井誠「自白の排除法則とその根拠(2)」法学教室247号（2001年）64頁、大澤裕「自白の任意性とその立証」刑事訴訟法の争点〈第３版〉（2002年）172頁、小林充「判批」『判例評論』535号（2003年）37頁、石丸俊彦他『刑事訴訟の実務［新版］（下）』（新日本法規出版、2005年）203頁〔仙波厚執筆〕、石井・前掲（注４）書238頁等参照。なお、白取・前掲（注３）書363頁参照。これに対し、自白に違法収集証拠排除法則を適用することを強硬に批判する見解も存在している（最近のものとして、寺崎嘉博「自白法則について」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集（下）』［成文堂、2007年］411頁）。

[9] 本判決は、９泊10日にわたる宿泊を伴う「任意取調べ」によって得られた自白につき、「違法な捜査手続により獲得された証拠、あるいは、これに由来する証拠ということになる」とした上で、「本件においては、憲法38条２項、刑訴法319条１項にいう自白法則の適用の問題（任意性の判断）もあるが、本件のように手続過程の違法が問題とされる場合には、強制、拷問の有無等取調方法自体における違法性の有無、程度を個別、具体的に判断するのに先行して、違法収集証拠排除法則の適用の可否を検討し、違法の有無・程度、排除の是非を考える方が、判断基準として明確であり妥当である。本件自白は違法な捜査手続により獲得された証拠であるところ、本件がいかに殺人という重大事件であって被告人から詳細に事実聴取（取調べ）する必要性が高かったにしても、……事実上の身柄拘束に近い９泊の宿泊を伴った連続10日間の取調べは明らかに行き過ぎであって、違法は重大であり、違法捜査抑制の見地からしても証拠能力を付すのは妥当でない」と判示している。

定する注目すべき判例もだされている[10]。一般的に、競合説は、暴行によって得られた自白については任意性説に立って判断するものである。しかし、競合説は、「適正手続の保障及び基本的人権の擁護を指向する排除法則の趣旨からすれば、その対象が証拠物に限られる理由はない」[11]という理念に基づくのであるから、暴行を伴う取調べによって得られた自白にも違法収集証拠排除法則を適用することは十分に可能なのではなかろうか[12]。

(3) 従来の判例は、本件と同様に、暴行を伴う取調べによって得られた自白の証拠能力につき、具体的にどのような判断を示してきたのであろうか。

まず、【2】最判昭32・7・19刑集11巻7号1882頁（八丈島事件）は、捜査官に、ふくらはぎを素足で蹴る、手拳で顔を殴る、靴で頭を蹴る等されたとする被告人の主張を容れ、「被告人Kの自白は、暴力による肉体的苦痛を伴う取調べの結果されたものであり、同被告人の任意に基づくものとは到底認めることができない」としている。また、【3】最判昭33・6・13刑集12巻9号2009頁（小島事件）は、被告人が、捜査官に、殴る、蹴る、踏みつける、鼻の中に指を入れるなどされたと主張した事案につき、「被告人が第1審以来供述してやまない程、過酷なものであったかどうかは別としても、そこには可なり無理もあったのではないかと考えざるを得ない」として自白の任意性を否定している。

比較的最近の判例として、【4】大阪地決昭59・3・9刑月16巻3＝4号344頁（大阪南港事件）は、被告人が、捜査官から、首を絞める、みぞおちを殴る、太股を踏む、壁に頭をぶつけるなどの暴行や脅迫などを受けたと主張した事案につき、「被告人は、留置中の住吉警察署において、本件殺人被疑事件の捜査（ことに被告人の取調）を担当した警察官らから、大要被告人が述べるような暴行（拷問）、脅迫ないし利益誘導を受け、その影響下において右供述をした疑い

---

[10] 従来の判例の中にも、競合説に立つと解しうるものは存在していた。例えば、福岡高那覇支判昭49・3・13刑月6巻5号533頁、札幌地判平6・3・14判タ868号296頁参照。

[11] 小林充「自白法則と証拠排除法則の将来」現代刑事法38号（2002年）64頁。同旨、前掲【1】。なお、アメリカの判例にも、このような判示をしたものがみられる（*Cf.* Wong Sun v. United States, 371 U.S. 471(1963)）。

[12] 自白の証拠能力については、拙稿「自白排除法則の研究(1)」北大法学論集59巻2号（2008年）所収参照。

が濃厚であって、右各書面は、その供述の任意性に疑いがあり、記述内容の真否にかかわらず証拠能力を認めることができない」としている。また、【5】東京地判昭59・6・19判タ589号81頁（芸大ヴァイオリン汚職事件）、は、取調べにあたった検察官が被疑者に対して大声で怒鳴る、被告人の目前にボールペンを近づけて振る、椅子を蹴り倒す、壁に向かって立たせるなどしたという事案につき、取調べは「適切かつ妥当」であったとは言い難いとしつつも、(イ)物理的力の強さ等から取調べ全体が違法であったとはいえない、(ロ)担当検事が途中から交代したため交代による遮断の効果が認められる、(ハ)頻繁に弁護人との接見が行われていたなどとして自白の任意性を認めている。さらに、【6】大阪高判昭63・3・11判タ675号241頁は、被告人の前歯が破損したのは捜査官の暴行に起因する疑いがあるなどとした上で、被告人の自白は、「警察官らの暴行・脅迫により得られた疑いが強く、その任意性に疑いがあるものといわなければならない」としている。加えて、【7】和歌山地決平5・2・25判タ870号291頁（高野山連続放火事件）は、被告人の自白は、「極めて特異な供述の変遷過程をたどっている」とした上で、その理由を、髪の毛を引っ張る、右肩を平手で殴る、脇腹を足先で蹴る、頭頂部を殴る、などされたとする被告人の供述と近い態様の取調べ方法によって、供述の強要がなされた疑いが強いとして、任意性を否定している。

以上に挙げた判例は、いずれも基本的に任意性説にたち、任意性判断の一環として暴行の違法性を考慮してきたことが窺える。もっとも、違法な暴行が加えられた事実が判明すれば、そのような取調べで得られた自白の任意性は否定されており[13]、任意性説といっても実質的には違法排除説に近い運用がなされてきたといっても過言ではない。違法な暴行が加えられた事実が判明した場合には、仮に暴行と自白との間の因果関係が定かでないとしても、取調べが全体として自白の任意性を失わせるような状況で行われたのではないかということを強く推認させる事情になり、反証のない限り、自白の任意性は否定されるという趣旨であろう。これは、任意性の立証責任を訴追側が負っていることの[14]

---

[13] 河上和雄『自白』（立花書房、1982年）82頁以下等参照。

[14] 最判昭31・5・31刑集11巻5号1579頁。なお、平良木登規男「自白の任意性の立証」平野龍一＝松尾浩也編『続・実例刑事訴訟法』（青林書院、1980年）265頁以下参照。

帰結ともいえる。

(4) 本判決は、本件自白の証拠能力につき、「関係証拠によれば、被告人は、第二の罪で逮捕された直後の段階から、営利目的や内妻B子（本件公判中に被告人と婚姻。）との共謀も含め一貫して罪を認めており、その供述状況は、C警察官が有形力を行使したとされる平成17年9月6日（以下「本件当日」という。）の前後でほとんど変化がないし、また、被告人自身も、当公判廷において、捜査段階の供述調書においては任意に真実を語ったものである旨事実上認めているのであるから、C警察官の上記有形力の行使が違法な暴行であるか否かについて判断するまでもなく、被告人の捜査段階の各供述調書の任意性は肯定されるものと解される」としている。本判決は、C警察官による暴行の違法性についての判断を留保しつつ、本件自白について、(イ)暴行の前後における自白が一貫していること、および(ロ)被告人が、自白が任意になされたことを「事実上」認めていることの2点を理由にその任意性を肯定したものであり、ここから、本判決が任意性説にたっていることは明白である。

本判決が任意性説にたって本件自白の任意性を判断したこと自体は従来の判例を踏襲したものといえる。しかし、本判決の具体的な任意性の判断方法は、従来の判例とは大きく異なるものである。たしかに、実質的に違法排除説に近い運用がなされてきたとはいえ、従来の判例も、暴行と自白との因果関係が明らかに存しない場合にその自白の任意性が認められる余地を排斥するものではない。しかし、自白の任意性が認められるためには、暴行と自白との間の因果関係が遮断されたことを示す具体的な事情が必要とされてきた。例えば、先に挙げた判例のうち、暴行の事実を認定しつつも自白の任意性を認めた【5】では、(イ)取調べ担当検事が交代したことや、(ロ)弁護人と頻繁に接見が行われたといった事情が考慮されている。ただ、【5】は、当該暴行を違法と認定したものではなく、その点で、「それ自体犯罪を構成する可能性のある言語道断な行為」とまで表現されるような苛烈な暴行が加えられた本件とは事情を異にする。本件のような事案においては、自白の任意性に及ぼす影響は、【5】の場合と比べてもはるかに大きいといえ、暴行と自白との因果関係の遮断を認めるには、それを基礎づけるより強固な事情が必要であるといえよう。

この点、本件には、被告人が公判廷で任意に自白した旨事実上認めているという事情が存在している。本判決が、本件暴行が被疑者の供述の自由に及ぼす影響を具体的に一切考慮することなく、本件自白の任意性を肯定したのは、こ

のことを重視したためであるとも解される。しかし、(イ)被告人側は自白の任意性を争っているのであるし、(ロ)被告人が公判廷において必ずしも十分な自己主張をしえない場合のありうることは、これまでの多くの冤罪事件によっても示唆されているように[15]、捜査官によって激しい暴行を加えられた事案である本件の場合、被告人が委縮する危険はいっそう高いと思われることなどに鑑みれば[16]、暴行が加えられたという客観的事実を軽視すべきではない。

捜査官によって違法な暴行が加えられたという事実は、自白の任意性を判断する上で重要な意味を有している。それにもかかわらず、本判決は、そのような事実の存在を、本件自白の証拠能力の判断において一切考慮していない。ここに本判決の、自白の証拠能力の判断方法の本質的な問題がある。

2　捜査手続の違法を量刑上被告人に有利に考慮することの可否

(1)　現行法において、量刑判断で考慮すべき事情を明確に規定した条文は存在しない[17]。したがって、量刑事情は裁判所の裁量に委ねられているものと解される。それでは、量刑判断においては、具体的にどのような事情を考慮すべきか。この点について、判例は、量刑の裁量性を強調し、量刑事情についてもその範囲を極めて広く捉える傾向にある[18]。例えば、【8】最判昭25・5・4刑集4巻5号756頁は、「刑の量定については、事実審裁判所において、犯人の

---

[15] いわゆる宇和島事件（第1審無罪。松山地宇和島支判平12・5・26判時1731号153頁［確定］）、氷見事件（再審無罪。富山地高岡支判平19・10・10判例集未登載［確定］）などは、その顕著な例である。

[16] 宇和島事件、氷見事件では、ともに、取調べにおいて本件のような激しい暴行が加えられたという事実は認定されていない。

[17] もっとも、改正刑法草案には、量刑基準について次のような規定が置かれていた。

「第48条（一般基準）

①　刑は、犯人の責任に応じて量定しなければならない。

②　刑の適用にあたっては、犯人の年齢、性格、経歴及び環境、犯罪の動機、方法、結果及び社会的影響、犯罪後における犯人の態度その他の事情を考慮し、犯罪の抑制及び犯人の改善更生に役立つことを目的としなければならない。

③　死刑の適用は特に慎重でなければならない。」

[18] 久岡康成「量刑」ジュリスト500号（1972年）450頁。

性格、年令及び境遇竝びに犯罪の情状及び犯罪後の情況を考察し、特に犯人の経歴、習慣その他の事項をも参酌して適当に決定するところに委かされている」と判示している[19]。

本判決は、1で述べたように、C警察官が被疑者に暴行を加えたことを認めつつ本件自白の任意性を認めたものであるが、その一方で、もしC警察官による暴行が違法であるならば、それを量刑上考慮することができるとする。

(2) 捜査手続の違法を量刑上考慮することの可否について明確に判示した最高裁判例はいまだだされておらず、下級審判例がいくつか存在するのみであるが、それらはいずれも積極説にたっている。

まず、【9】浦和地判平1・12・21判タ723号257頁は、「一般に、刑罰権を実現する過程で被疑者に課せられる種々の不利益（未決勾留や取調べ等）は、それが適法なものである限り、被疑者において当然これを受忍しなければならないが、被疑者に受忍を求め得るのは、あくまで刑罰権を実現する上で必要不可欠なものとして法が許容した限度に止まると解すべきであって、右不利益が、本来法の予定する以上に著しい苦痛を被疑者に与えるものであったときは、被疑者がかかる苦痛を受けた事実は、広義の『犯行後の状況』の一つとして、ある程度量刑に反映されるべき」と判示している。また、【10】浦和地判平3・9・26判タ797号272頁も、「犯罪捜査のため被疑者が受忍すべき不利益は、刑罰権行使にとり必要不可欠のものとして法が許容した限度に限定されるべきであり、これを超えて捜査機関が被疑者に不利益を課すならば、それによって被疑者が苦痛を受けた事実自体（捜査の違法を明らかにする為に長期の裁判を余儀なくされた不利益も含まれる）が広い意味での『犯行後の状況』にあたり、たとえ被告人が有罪とされる場合であっても、その量刑に相応の影響を及ぼす」とする。さらに、【11】熊本地判平4・3・26判タ804号182頁は、「本件の捜査段階において、警察官相当数から、被告人乙に対して暴行が加えられ、これによって被告人乙が重度の傷害を負うに至ったことは、本件記録上明らかであるところ、右暴行は、現行刑事訴訟法における捜査史上、ほとんど他例をみないほどの峻烈極まりないものであり、被疑者の人権にも意を用いるべき義務を有する警察官の右義務違背の程度は、まさに前代未聞の名に値する。そして、これにより被告人乙の被った肉体的苦痛、精神的屈辱感の甚大さ、警察官の非違

[19] 同旨、最判昭29・3・11刑集8巻3号270頁。

行為の程度の重大さに鑑みるとき、裁判所としては、右違法行為がたとえ裁判所と別個の機関によってなされたものであるとはいえ、等しく刑事司法に携わる国家機関として、刑罰権の発動を相当程度に自制すべきであるというべきである」と判示している。

なお、捜査手続の違法が問題となった事案に対するものではないが、この問題を考える上で参考になる高裁判例が１件だされている。【12】東京高判平７・８・11判時1567号146頁は、「刑事被告人が、勾留されている間に、拘置所職員により暴行、凌虐等を受け精神的、身体的な苦痛を被ったという事情は、それが事実であれば、当該事件が原因となって被告人の心身に生じた事情として、量刑事情の一つとなることを否定することはできない」としている[20]。捜査手続の違法が問題となった前掲【９】、【10】、【11】とは事案を異にするため断定は困難であるが、判示をみる限り、積極説との親和性を窺うことができる。

(3) 積極説に立つ場合、それがいかなる根拠によって理由づけられるのかが問題となる。この点については、次の２つの説がありうる。

第１は、捜査手続の違法を量刑上考慮するのは、違法な捜査手続によって受けた被告人の被害の回復するためであると解する立場である（以下、A説とする）。先にみた、【９】、【10】、【12】などはこの立場にたつものと解される。また、【11】も、「これ［捜査官の暴行―筆者注］により被告人乙の被った肉体的苦痛、精神的屈辱感の甚大さ、警察官の非違行為の程度の重大さに鑑みるとき、……刑罰権の発動を相当程度に自制すべきであるというべきである」としていることから、どちらかというとA説に親和的であると解することもできる。学説においては、「刑罰は被告人に対して加えられる苦痛であり、害悪である。犯行後被告人が受けた社会的制裁や違法捜査や違法処遇による苦痛等は、いわ

[20] もっとも、本判決は、「勾留中の者が、拘置所職員により暴行、凌虐を受けるなどした場合には、被害事実について告訴するなどして当該拘置所職員の非違行為を司直の手に委ねることが可能であるし、国家賠償請求訴訟の提起により、その者の被った肉体的、精神的損害の賠償を求めることもできるのである（現に被告人は、前記のように国を被告として国家賠償を求める訴訟を提起している。）。したがって、そのことが所論のいうように国の犯罪処罰の適格性を欠く事由になるなどいい得ないことはもとより、刑の量定が犯人の責任を基礎とすべきものである点からみて、通常、その者が犯した犯罪についての量刑を決定的に左右するような事情になるとも思われない」としている。

ば、その刑罰の先取りである」とし、「違法捜査や違法処遇により加えられた苦痛は、犯行後の一事情として量刑上考慮することが許されよう」[21]という主張がなされているが、これは、まさにA説を前提としたものといえよう。A説の背景には、違法な捜査手続によって受けた被告人の苦痛を、刑罰を軽減することで清算しようという考慮があるといえ[22]、その意味で、A説は。捜査手続の違法を量刑上考慮しうるかという問題に対し、実体法的な視点で応じたものといえる。

第2は、手続の適正の観点を強調し、違法な捜査手続が行われたことそれ自体が刑罰権を減少させるという立場である（以下、B説とする）。上述のように、従来の判例がA説にたっている（ないしは親和的である）のに対し、学説においては、㈠「国家の側が自らの瑕疵に目をつぶって、行為者の過ちを厳しく追求するのはいかにも妥当性を欠くように思われる。やはり、これらの事情は予防的考慮の以前に、刑罰の上限を確定するにあたって考慮されるべき事情として性格づけるべきである」[23]、㈡「捜査機関の違法が『処罰の相当性』に影響を与え、さらに『処罰不相当』が実体法領域に影響を及ぼしうるという……立場からは、『処罰不相当』に関わる諸事情を、狭義の情状としての『犯罪後の情況』として量刑上考慮する可能性が理論的に肯定されうる」[24]、といった主張がなされており、むしろB説のほうが有力といえる。B説の根底には、いわゆる公訴権濫用論と共通の問題認識が存在しているものと解される[25]。すなわち、公訴権濫用論によって（刑罰権発動の前提となる）起訴自体が無効となる場合がありうるのであるから[26]、そこまでにはいたらないとしても、違法な捜

---

[21] 原田國男『量刑判断の実際［増補版］』（立花書房、2004年）166頁。

[22] 原田・前掲（注21）書166頁は、「刑罰の先取り」という表現を用いる。

[23] 岡上雅美「責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題（２・完）」早稲田法学69巻１号（1993年）67頁。

[24] 宇藤崇「捜査手続の違法に対する事後的処理について」刑法雑誌38巻２号（1999年）26頁。

[25] 最決昭55・12・17刑集34巻７号672頁（チッソ川本事件）参照。

[26] 学説では、違法な捜査手続に基づく起訴が無効になる場合のありうることが一致して認められている（白取・前掲［注３］書216頁）。例えば、井戸田侃『公訴権濫用論』（学陽書房、1978年）127頁、小田中聰樹『刑事訴訟と人権の理論』（成文堂、1983年）285頁、川崎英明「訴訟条件」川端博＝田口守一編『基

査手続が行われたという事実は刑罰権の発動に影響を及ぼすという理解である。その意味で、A説は、捜査手続の違法を量刑上考慮しうるのという問題を、手続法的な問題と捉えるものといえる。

(3) 本判決は、「本件においては、捜査段階における被告人の取調べ中、C警察官が被告人に対し有形力を行使した事実は当事者間で争いがないところであり、もしこの有形力行使が違法な暴行であると判断されるのであれば、その違法の重大さ・深刻さからしても、これが被告人の量刑判断に影響を及ぼすことは避けがたいところであると思われる」とした上で、「上記のようなC警察官の行為は、取調室という密室状況や取調官・被疑者という圧倒的な立場の差を悪用した、それ自体犯罪を構成する可能性のある言語道断な行為であるといわざるを得ず、著しく妥当性を欠いた違法な取調べであったと認められ、これにより被告人の被った肉体的・精神的苦痛も大であったと考えられる。これに対し、それを消却・鎮静化する事後的措置として国家賠償訴訟を提起することも考えられはするが、それ自体負担を負うばかりか、立証責任や本件の証拠構造からして必ずしも勝訴が確実であるとまではいえないことに照らすと、それが現実的・実効的な消却・沈静化措置であるとは言い難いのであって、結局、本件違法の重大性や被告人の苦痛の大きさを総合勘案すると、上記国家賠償訴訟において勝訴し得る可能性を考慮してもなお、本件においては、上記違法な暴行により被告人が苦痛を負った事実を、後期のとおり、量刑判断において相当程度考慮することが必要であると考える」として、従来の判例と同様に積極説にたつことを明確にしている。本判決は、捜査手続の違法を量刑上考慮することの可否について明確な判断を示した判例の少ない中で、積極説にたつことを明確に判示した点に、まず重要な意義が認められる。

(4) 積極説の根拠については、先述のように、従来の判例では、違法な捜査手続によって受けた被告人の被害を回復するために量刑上の考慮が必要となる

本問題セミナー刑事訴訟法』(一粒社、1994年) 178頁等参照。判例としては、大森簡判昭40・4・5下刑集7巻4号596頁(ウィプラッシュ傷害事件)がある。ただし、この判決の判示は、最判昭41・7・21刑集20巻6号696頁によって否定されているが、これは、公訴権濫用論が認められる以前のものである点に注意を要する(白取・前掲[注3]書217頁)。なお、最判昭56・6・26刑集35巻4号426頁(赤碕町長選挙違反事件)も参照。

とするA説が有力な一方で、学説では、違法な捜査手続が行われたこと自体が量刑に影響を及ぼすというB説が有力であるところ、本判決は、従来の判例とは異なり、B説にたったものと解される。このことは、本判決が、「本来であれば、実体的にも手続的にも刑事上の正義を追求し体現しなければならない刑事訴追の過程において、国家機関の一員たる捜査官が自ら手続的正義に反する振る舞いに出て、これが被告人に対し現実の苦痛を与えたというのであるから、衡平の見地からも、この点は量刑事情として軽視すべからざるものと考えざるを得ない」としていることから窺うことができる。

先にみた【9】は「被疑者に受忍を求め得るのは、あくまで刑罰権を実現する上で必要不可欠なものとして法が許容した限度に止まると解すべきであって、右不利益が、本来法の予定する以上に著しい苦痛を被疑者に与えるものであったときは」とし、【10】は「犯罪捜査のため被疑者が受忍すべき不利益は、刑罰権行使にとり必要不可欠のものとして法が許容した限度に限定されるべきであり、これを超えて捜査機関が被疑者に不利益を課すならば、」としているように、A説に立つ従来の判例の理解に従えば、捜査手続の違法を量刑上考慮することができるのは、違法な捜査手続が行われ、かつ実際に被告人に苦痛がもたらされた場合に限られることになる。これに対し、たしかに、本判決も本件暴行によって被告人が実際に受けた苦痛について言及しているが、それは、次のような文脈においてである。「ことに、これ［本件暴行―筆者注］により被告人の被った肉体的・精神的苦痛も大であったと考えられる。これに対し、それを消却・鎮静化する事後的措置として国家賠償訴訟を提起することも考えられはするが、それ自体負担を負うばかりか、立証責任や本件の証拠構造からして必ずしも勝訴が確実であるとまではいえないことに照らすと、それが現実的・実効的な消却・沈静化措置であるとは言い難い」。ここでの、「ことに……」という表現からも明らかなように、本判決は、暴行などによって被告人が苦痛を被ったという事実を、捜査手続の違法を量刑上考慮するための要件としてではなく、量刑上考慮する必要性を一層高める要素と理解している。ここから、本判決の射程は、違法な手続が行われた場合には、たとえ、被告人がそれによって苦痛を被っていない場合であっても、捜査手続の違法を量刑上考慮する余地はありうるということにまで及んでいるものと解され、ここに、従来の判例と本判決との重要な相違点を見出すことができる。

また、積極説に対しては、これまでに、実体法上の理由が必ずしも明らかで

ない[27]、「一般予防、社会復帰といった観点から定められるべき量刑のあり方と矛盾する上、事件の処理として不合理感・不公平感を拭い切れず、違法捜査の抑止や司法の廉潔性に対する裁判所への期待を裏切ることにもなりかねない」[28]といった実体法的観点から厳しい批判が向けられてきた。この点、A説に立つ従来の判例では、これらの批判を克服することは困難であったといわざるをえない。先にも述べたように、A説は、捜査手続の違法を量刑上考慮しうるかという問題に対して、実体法的な視点で応じたものだからである。その意味で、A説は、従来考えられてきた「刑罰の正当化根拠」それ自体を歪めることになる[29]。他方、B説に立つ本判決は、捜査手続の違法を量刑上考慮しうるかという問題の本質を、手続法的な問題と捉えることで、従来なされてきた実体法的観点からの批判を克服することができるのではなかろうか。

なお、積極説については、捜査手続の違法に対する国家賠償請求の困難性にてらして現実的解決方法であるという指摘もなされる一方で[30]、そのような方法論に対しては批判も向けられてきた[31]。この点、本判決は、「それを［違法な捜査手続―筆者注］消却・沈静化する事後的措置としては被告人が別に国家賠償訴訟を提起することも考えられはするが、それ自体負担を伴うばかりか、立証責任や本件の証拠構造からして必ずしも勝訴が確実であるとまではいえな

---

[27] 指宿信＝城下裕二「採尿をめぐる捜査手続の違法を量刑事情に加えることの当否」判例タイムズ819号（1993年）50頁（城下裕二『量刑理論の現代的課題』［成文堂、2007年］所収）、藤井敏明「量刑の根拠」平野龍一＝松尾浩也編『新実例刑事訴訟法Ⅲ』（青林書院、1998年）211頁。

[28] 指宿＝城下・前掲（注27）論文59頁、庭山英雄＝岡部泰昌編『刑事訴訟法［第３版］』（青林書院、2006年）254頁〔新屋達之執筆〕。

[29] 城下・前掲（注27）書128頁参照。

[30] 鯰越溢弘＝平田元「学界回顧刑事訴訟法」法律時報63巻３号（1991年）154頁。「国賠法による救済が正当であるが、刑事手続で生じた問題を刑事手続の中で解決してゆく考えはそれなりの説得力を有する」とするものとして、本田守弘「薬物事犯における捜査手続の違法と量刑」捜査研究480号（1991年）15頁。なお、国賠訴訟の困難性につき、白取祐司「国家賠償裁判例の動向」法律時報65巻３号（1993年）28頁、冠木克彦「捜査活動と人権をめぐる国家賠償請求」法律時報58巻10号（1986年）36頁等参照。

[31] 判例【12】、指宿＝城下・前掲（注27）論文50頁、藤井・前掲（注27）論文216頁。

いことに照らすと、それが現実的・実効的な消却・沈静化措置であるとは言い難いのであって、結局、本件違法の重大性や被告人の苦痛の大きさを総合勘案すると、上記国家賠償訴訟において勝訴し得る可能性を考慮してもなお、本件においては、上記違法な暴行により被告人が苦痛を被った事実を、後記のとおり、量刑判断において相当程度考慮することが必要であると解される」とし、積極説に立つことで予想される上記の批判に対し、本件事案の問題性を踏まえた反論を行っている[32]。もっとも、これは予想される批判に対する反論であり、「消却・沈静化する事後的措置」の困難性を、捜査手続の違法を量刑上考慮するための要件と解したものではないといえよう。

(5) ところで、積極説にたつ場合、捜査手続の違法という要素が、そもそも量刑にどの程度影響を及ぼしうるのかが問題となる。先にみた【9】は、「ある程度量刑に反映されるべき」とし、【10】は、「量刑に相応の影響を及ぼす」とし、【11】は、「刑罰権の発動を相当程度に自制すべきであるというべきである」とする。他方、【12】は、「量刑を決定的に左右するような事情になるとも思われない」としている[33]。ただ、これらの判例の文言からは、捜査手続の違法が量刑に及ぼしうる範囲を明確に見出すことは困難である。

これに対し、本判決は、「量刑への影響の程度が基本的に行為責任の幅に止まる限りは」という限定を付すとともに、「その［法令適用の―筆者注］結果導き出された懲役刑期及び法定罰金額の範囲内で、当裁判所は、後記「量刑の理由」により、被告人を主文の刑に処することとした」としている。ここから、本判決は、捜査手続の違法を量刑上考慮することができるとしても、そのことを理由に酌量減軽（刑法66条）を行いうるということまで認めるものではないものと解される。本判決は、従来必ずしも明確でなかった、捜査手続の違法が量刑上及ぼしうる影響の範囲について、一つの答えを示したといえ、この点にも本判決の意義が認められよう。もっとも、積極説を、適正手続の実現という観点から捉えるならば、このように手続の違法が量刑に及ぼす影響を限定的に解する必要性は乏しく、違法の程度・内容によっては、酌量減軽を行う余地を残すのが論理的な帰結なのではなかろうか。

---

32 なお、判例時報1955号172頁の匿名解説も参照。

33 これと同様の立場に立つと思われるものとして、原田・前掲（注21）書167頁。

(6) 最後に、本判決に残された課題について1点指摘しておきたい。積極説には、手続法的観点からの批判も向けられている。その批判とは、積極説が違法収集証拠排除法則を補完するものとして期待されていることに関連して[34]、積極説に立つと、本来違法収集証拠として排除されるべき証拠が排除されずに、「曖昧な『量刑上の考慮』にとどめるという実務的解釈（救済の矮小化）を導くのではないか」[35]というものである。このような批判に対しては、「右［違法収集証拠排除法則―筆者注］の『適用判断』や『違法性の判断』それ自体が、……客観性・明確性を欠いていることもあって、すぐれて『自由裁量的』になされているというのが現実ではなかろうか」という反論がありうる[36]。積極説の方法論自体、実体的真実主義の立場からみて魅力を備えたものであることにてらしても[37]、積極説は、解釈次第で、違法収集証拠排除法則の矮小化の契機となる要素を孕んでいるといえよう[38]。積極説を適正手続の実現という観点から捉えるB説に立つのであれば、捜査手続の違法を量刑上考慮するという問題は、そのような手続で得られた証拠の証拠能力の存否の問題とは峻別しなければならない。

その点、違法な暴行が加えられたという事実を一切考慮せずに本件自白の証拠能力を認めた本判決は、そのような峻別が十分であったといえるのか。議論の余地がありえよう。

---

[34] 木谷明元裁判官は、積極説には、仮に当該証拠の証拠能力を認めて被告人を有罪とするにしても、「違法捜査を量刑上考慮したことを判決書に明記し現実にもそのことがはっきり分かるような量刑をすることにより、捜査機関に多少ともダメージを与え［る］」ことを期待される（木谷明『事実認定の適正化』［法律文化社、2005年］86頁）。

[35] 高田昭正「違法な強制採尿と量刑」法学セミナー428号（1990号）121頁。同旨、指宿＝城下・前掲（注28）論文56頁。

[36] 松岡正章『量刑法の生成と展開』（成文堂、2000年）343頁。

[37] 本田守弘「薬物事犯における捜査手続の違法と量刑」捜査研究480号（1991年）22頁参照。

[38] その意味で、「違法捜査の量刑考慮を違法収集証拠排除法則と関連付け、これを補完するものとして位置付けるときには、同法則を矮小化するとの批判が必定である」（原田・前掲［注21］書164頁）との指摘は正しいように思われる。

執筆者紹介（掲載順）

水野浩二　北海道大学大学院法学研究科准教授
藤原正則　北海道大学大学院法学研究科教授
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
佐藤陽子　札幌学院大学法学部講師
松村良之　北海道大学名誉教授
木下麻奈子　同志社大学法学部
太田勝造　東京大学大学院法学政治学研究科教授
山田裕子　北海道大学大学院法学研究科学術研究員
葛愛軍　北海道大学大学院法学研究科助教
柴田晃芳　北海学園大学経済学部講師（非常勤）
会沢恒　北海道大学大学院法学研究科准教授
久末弥生　明治学院大学法学部助手（研究職）
淡路剛久　早稲田大学大学院法務研究科客員教授
吉田邦彦　北海道大学大学院法学研究科教授
長谷川晃　北海道大学大学院法学研究科教授
落合研一　北海道大学大学院法学研究科博士課程
田口正樹　北海道大学大学院法学研究科教授
李仁淼　台湾国立中正大学法律学系・法律学研究所副教授
関口和徳　北海道大学大学院法学研究科助教

平成20年11月21日　印刷
平成20年11月28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 November 2008 No. 4

CONTENTS

ARTICLES

Zur Erfassung der Rechtsrelation und *actio* im Mittelalter, eine Betrachtung über das gelehrte Lehnrecht (3) ····· Koji MIZUNO 1

Bereicherung durch die unberechtigte Verfügung über fremde Sachen und unberechtigte Einziehung fremder Geldforderungen (3)
——Gegenreaktion des Berechtigten auf die Einmischung in die dem Berechtigten gehörende Rechtssphäre——
····· Masanori FUJIWARA 25

The Agency's Interests and the Public Interests in Government Litigation (4)
——What it Means to Represent "the Interests of the United States"——
····· Kosuke KITAMI 81

Die Einwilligung des Verletzten (6)
——Rekonstruktion mit Rücksicht auf den besonderen Teil——
····· Youko SATO 155

Japanese Attitudes Toward the Lay Judge System and Criminal Justice
····· Yoshiyuki MATSUMURA et al. 620[1]

A Study on Insider Trading Regulation (1)
——Comparative Study on Japan, U.S., and China——
····· Aijun GE 544[77]

Japan's Post-Cold War Defense Policy (2) :
the Administrative Process between 1993–1995 ☆
····· Teruyoshi SHIBATA 480[141]

The Death of Punitive Damages!? (3)
——The Future of Private Enforcement of Law——
····· Hisashi AIZAWA 426[195]

Preservation, Use, and Coordination in American National Parks (3)
····· Yayoi HISASUE 396[225]

SYMPOSIUM

Symposium to Commemorate 40 Years of Professor Awaji's Scholarship, Public Nuisance and Environmental Protection

Some Sketch of My Research History
——Focusing on Professor Kawashima's Scholarship, and the Laws of Joint Obligations, Torts, Public Nuisance, and Environmental Protection——
····· Takehisa AWAJI 185

Features of Professor Awaji's Civil Law Scholarship and Discussions ····· Kunihiko YOSHIDA et al. 211

LECTURES

Social Healing Through Justice
——A Framework For Indigenous AINU Reconciliation With The Governments And People Of Japan——
····· Ko HASEGAWA, Kenichi OCHIAI 342[279]

NOTES

Polizeiordnung und Strafjustiz im frühneuzeitlichen Deutschland ☆
····· Masaki TAGUCHI 249

MATERIAL

The Right to Live and the National Pension Law in Taiwan
——Through the Viewpoints of Constitution to Consider the Issues of the National Pension Law in Taiwan ☆ ··· Ren-Miau LEE 267

CASE NOTE

Note on Criminal Law Case ····· Kazunori SEKIGUCHI 314[307]

[ ]···Indicates the pagination for articles typeset horizontally that begin at the end of the journal ☆···Includes an European language summary

Published by
Hokkaido University, School of Law
Kita 9-jō, Nishi 7-chōme, Kita-ku, Sapporo, Japan