HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集　第59巻　第5号　全1冊
Citation	北大法学論集, 59(5)
Issue Date	2009-01-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/35662
Type	journal
File Information	lawreview_vol59no5.pdf



Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

ISSN 0385-5953

北大法学論集

第 59 巻　第 5 号

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（4・完）
——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　1
自白排除法則の研究（3）……関口和徳　59
被害者の承諾（7）—各論的考察による再構成
……佐藤陽子　105
リスク社会と民事責任（1）
——フランス HIV 感染事件を中心に——
……今野正規　582[1]
営造物型国立公園における保護・利用・調整（4・完）
——アメリカの国立公園を素材に——……久末弥生　534[49]
インサイダー取引規制に関する研究（2）
——日本・アメリカ・中国の比較を通じて——
……葛愛軍　462[121]

シンポジウム

法の下の平等と刑事規制に関する日仏比較
法学研究科長挨拶……瀬川信久　154
基調報告　フランスにおける法の下の平等と刑法
……ミシェル・ダンティジュアン　155
報告　日本における法の下の平等……佐々木雅寿　172
コメント　刑事法学の視点から……城下裕二　198
コメント　民法と平等原則—日本の状況の概観
……吉田克己　206
総括……ミシェル・ダンティジュアン　220
討論のまとめ……瀬川信久　223

研究ノート

市民による裁判と報道の影響（1）
——イギリスの法廷侮辱を素材として——
……小浦美保　408[175]
非典型担保における買戻（1）……池田雄二　348[235]

書　評

坂野潤治『日本憲政史』
——戦前デモクラシーにおける憲政の構造——
……中村研一　292[291]
ドイツ現代史における「ヨーロッパ」理念の諸相
——ヴァネッサ・コンツェの研究によせて——
……板橋拓己　264[319]

資　料

〈北大立法過程研究会報告〉「小泉政権後の立法過程の変容」
……武蔵勝宏　225

2009（平成21）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）
神原勝（行政学）
木佐茂男（行政法）
小暮得雄（刑法）
小菅芳太郎（法史学）
小山昇（民事訴訟法）
近藤弘二（商法）
實方謙二（経済法）
東海林邦彦（民法）
杉原高嶺（国際法）
曽野和明（比較法）
高見勝利（憲法）
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）
伊藤乾（国際政治）＊
遠藤正人（商法）
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）
権左武志（政治思想史）
佐々木雅寿（憲法）
笹田栄司（憲法）
白取祐司（刑事訴訟法）
城下裕二（刑法）
鈴木賢（比較法）
瀬川信久（民法）
曽野裕夫（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）
辻村康夫（政治学）
常本照樹（憲法）
道幸哲也（労働法）
長井長信（刑法）
中村研一（国際政治）＊
中山博之（刑事実務）
長谷川晃（法哲学）
林田清明（法社会学）
稗貫俊文（経済法）
人見剛（行政法）
○藤原泰貴（民事訴訟法）
松浦正孝（政治史）＊
松久三四彦（民法）
宮本太郎（比較政治経済）
宮脇淳（行政学）＊＊
○山口二郎（行政学）＊＊
山崎幹根（行政法）＊
山下龍一（刑事訴訟法）
山本哲生（商法）
吉田克己（民法）
吉田邦彦（民法）
亘理格（行政法）＊

助教

新堂明子（民法）
鈴木一人（国際政治経済）
得津晶（商法）
○中川寛子（経済法）
中島岳志（アジア政治論）＊
○藤谷武史（行政法）
堀口健夫（国際法）＊
眞壁仁（日本政治思想史）
水野浩二（法史学）
吉田徹（ヨーロッパ政治史）＊
吉田広志（知的財産法）
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）
黄詩淳（民法）
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）

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）

准教授

會沢恒（比較法）
川村力（商法）
桑原朝子（日本法制史）
齋藤哲志（比較法）

＊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

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（四・完）

――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、五九巻四号）

（2）他人の物の処分に関する（裁）判例

（a）無権利者の処分の追認に関する判例

他人の物の無権限処分に関するわが国の判例の状況は錯綜している。しかも、三宅説も指摘するように、確かに、判例は無権限者の処分が権利者に対して有効か否かを、必ずしも判然とは区別していない(4)。かつ、原所有者の請求の根拠は、不法行為、又は、不当利得とされ、さらには、準事務管理を承認した判例もあるとされている。つまり、ドイツ民法のように、無権利者の処分が有効なら不当利得、無効の場合は権利者の追認を前提とする不当利得という明確な区別が行われてはいないということになる。

さらに、今ひとつ注意すべきは、無権利者の処分の追認の可能性それ自体は、学説でも一般に承認されており、かつ、判例も民一一六条の準用で無権限処分を「追認」できると明言している。ところが、そのような判例は、結論としては、追認による原権利者の無権限処分者に対する売却代金の請求の途を開いたものではなく、処分の相手方に対する原権利者の所有物返還請求、ないしは、損害賠償請求を封じたものである。

その最初は、①大判昭和一〇年九月一〇日民集一四巻一九号一七一七頁である。事案は、A、Y1、Y2他の共有の山林は、協議分割でAの単独所有とされたが、Aには従来の持分の登記だけがされていた。XはAから山林の譲渡を受けた。ところが、Y1、Y2は山林の立木を伐採して製炭事業を始めたので、Xは伐採の禁止と損害賠償を請求した。ところが、無権利者Bが山林の毛上をCに譲渡し、XはY1、Y2の侵害行為の最中にBの処分を承諾していた。原審は、毛上の所有権はCに移転したから、Xは伐採の禁止はできないとしたが、損害賠償請求を認容した。これに対して、大審院は、「原審ハ・・・Xノ代理人Bカ本件立木ヲ訴外Cに賣渡シX之ヲ追認シタルヲ以テ既ニ其ノ所有者ニアラストノY1、Y2の抗辨ヲ排斥スルニ當リBハ本人タルXノ為ニスルコトヲ示サスシテ直接表意者タル自己ノ法律上ノ効果ヲ生セシムヘキ趣旨ノ意思表示ヲ為シタルモノニシテXニ於テ之ヲ追認シタリトスルモ契約ノ時ニ遡リテ効力を生セシメルニ由ナキ旨ヲ判示シY1、Y2の抗辯ヲ排斥シタルト雖モ凡ソ他人ノ権利ヲ自己ノ名ニ於テ處分シタル場合ニ本人ハ後日其ノ處分ヲ追認シタルトキハ右ノ處分ハ本人ノ為メニ効力ヲ生スルコト夫ノ無権代理ノ追認ト擇フトコロ無シ蓋シ追認ハ代理行為ノ場合ニノミ限局セサル可カラスト云フカ如キハ寧ロ狭ニ失スルコトアルモ何等取引ノ圓滑ニ資スルトコロ無ケレハナリ而シテ此理ハ他人ノ権利ノ自己ニ属スルコトヲ以テ取引ノ重要ナル前提ト成セル場合ニマテ擴張スルヲ得ヘシ唯當該権利ヲ處分者本人ノ人ニ属スルコトヲ以テ取引ノ重要ナ前提ト成セル場合若シクハ詐欺カ問題トナル場合ハ此ノ方面ヨリ取引カ効力ヲ生セサルニ至ルハ多言ヲ竢タサルトコロナリ然ラハ則チ本件ノ場合ニ於テモXノ意

思ニシテ右Ｂノ為シタル意思表示ノ効力ヲ其ノ當時ニ遡リテ相手方トノ間ニ直接發生セシメントスルモノナルニ於テハ亦其ノ効力ヲ生スルコト表意者カ所謂本人ノ為ニスルコトヲ示シテ意思表示ヲ為シタル場合ト何等異ナル所ナキヲ以テ原判示ノ如キ説明ヲ以テハＹ１、Ｙ２ノ抗辯ハ之ヲ排斥シ得ヘキモノニアラス原判決ハ此ノ點ニ於テ審理不盡ノ瑕疵アルカ如シ」と判示して、破棄差戻している。

つまり、大審院は、無権代理の追認と他人の物の処分の追認の利益状況に変わりはない。したがって、権利者の追認により、無権限処分は処分時に遡って有効となると判示している。

さらに、以上の先例を最高裁が確認したのが、②最判昭和三七年八月一〇日（民集一六巻六号一七〇〇頁）である。事案は、ＡがＡの父親Ｘの所有する不動産に、Ｘに無断でＸからＡへの贈与を原因とする移転登記を行った上で、ＢのＹに対する債務の担保のために根抵当権を設定した。そこで、ＸがＹに対して根抵当権の登記の抹消を請求した。ただし、ＸはＹから新たに金銭を借り入れて二番抵当権を設定していた。第一審は、これによりＸは一番抵当のみならず二番抵当権の抹消を請求する意思だったとした。他方で、原審は、以上のＸによる抵当権の設定は、Ａの処分（抵当権設定）の追認だと認定した。Ｘの上告に対して最高裁は、「或る物件につき、なんら権利を有しない者が、これを自己の権利に属するものとして処分した場合において真実の権利者が後日これを追認したときは、無権代理行為の追認に関する民法一一六条の類推適用により、処分の時に遡って効力を生ずるものとするのを相当とする（前記①昭和一〇年大審院判決）。本件において原審が、挙示の証拠を総合して上告人（Ｘ）は、昭和三〇年六月頃に至り、その長男ＡがＸ所有の本件不動産につき、無断で所有権移転の手続および本件抵当権設定をしていることを知ったのであるが、その後遅くとも同年一二月中、被上告人（Ｙ）に対し、右抵当権は当初から有効に存在するものとすることを承認し、前記Ａのなした本件抵当権の設定を追認したことを認めた上、前記判示と同趣旨の見解のもとに、右不動産の所有者であるＸが

これを追認した以上、これにより、右抵当権の設定はXのために効力を生じたものと判断したのは正当である」とした。

ただし、権利者の追認を認めた以上の判例、および、その他の裁判例[5]は、無権限処分者は同時に権利者の財産に対する直接の侵害者であるが、処分者に対する権利者の不法行為、又は、不当利得の返還請求を認めたものではない。そうではなく、本来は無権利者の処分により権利取得しなかった第三者に対する権利者の請求を退けたものである。かつ、その限りでは、判決もいうように、無権代理の追認も無権限処分の追認でも、利害状況に全く変わりはないであろう。

以上の判例に言及する学説も、無権代理の追認と無権利者の（自分の名前での）処分の追認の利益状況の同一性を根拠に追認の可能性を肯定するか[6]、又は、（自分の名前で行為して他人効を発生させるという）授権概念を承認した上で、その追認（追完）を認めるというコンテクスト[7]で、追認による無権利者の処分の遡及的な有効を説くだけで[8]、追認を介しての権利者の無権利者への不当利得返還請求の余地にまで言及したものではない。

（b）不法行為を根拠とする判例

③大判明治四三年六月九日（刑録一六輯一一二五頁）

（事実の概要）Y1、Y2、Y3は共謀して、Xから土地を詐取し、同土地をA、Bに転売して登記も移転した。原判決は、Y1等にXに対する不法行為による（A、Bへの売買代金一五〇〇円の）損害賠償を認めた。これに対して、Y1等が、第三者A、Bが悪意の場合は、土地は返還不能ではないから、以上を認定せず損害賠償を認めたのは不当だと上告した。上告棄却。

（判決理由）「被害物件ノ轉得者ニ對シテ其物件ノ返還ヲ求メルト直チニ犯罪者ニ對シ損害賠償ヲ求メルトハ被害者ノ選擇ニ任スヘキモノニシテ必スシモ轉得者ヨリ被害物件ノ返還ヲ求メル能ワサル場合ニアラサレハ犯罪者ニ對シ損害

賠償ヲ命スル判決ニハ轉得者ノ善意ナルヤ否ヲ説示スルノ要ナキモノトス」

つまり、判決によれば、被害者（X）には現占有者（A、B）に返還請求するか、侵害者（Y1等）に対して損害賠償請求するかの選択権がある。したがって、所有権を失ったことが損害発生の前提であり、所有物返還請求できれば、不法行為は成立しないというわけではないというのである。ただし、XがY1等から損害賠償を受ければ、Aに対して損害賠償請求できないのは当然であろう。そうだとすれば、本判決は、X（権利者）は侵害者Y1等に損害賠償を請求することで、Y1等の無権限処分を追認したと理解できないわけではない。ただし、そうだとしても、Xの追認は直接の侵害者に対するものであり、ドイツ法での追認とは異なり、中間占有者の処分の追認ではないことには注意すべきであろう。

④大判大正八年一〇月三日（民録二五輯一七三七頁）

（事実の概要）YはXの所有地上のX所有の立木をAに売却し、Aは立木を伐採した。そこで、XがYに対して損害賠償を請求した。原審は、Yの不法行為を肯定した。Yが上告したが、上告棄却。

（判決理由）大審院もAは所有権を取得しないことを前提としている。その上で、「然レトモ上告人（Y）カ被上告人（X）ノ所有ニ属スル立木ヲAニ渡シタルハ他人ノ所有物ノ賈買ニシテXニ対シ所有権ヲ喪ワシムルノ効果ヲ生セサレバXノ所有権を侵害シタルモノト謂フ可カラス随テYハ賈買行為ニ因リ直チニ損害賠償ノ責メニ任セサルトモAカ立木ヲ伐採シタルハYカ之ヲ賈却シタルニ基因スルモノニシテ土地ノ所有者カ地上ノ立木ヲ自己ノ所有ナリトシテ賈却シタル場合ニハ立木カ賈主に属セサルコトヲ知ラサル買主ハ正當ニ其所有権ヲ取得シタルト信シ伐採スルコトアルヘキハ豫想セサル可ラサル所ナリ買主タルAカ本件立木ヲ伐採シタルハ之ヲYノ過失ニ帰セサルヘ可ラスヲ以テYハ其伐採ニ

因ル所有権ノ侵害ニ付キ不法行為者トシテ立木ノ所有者タルXニ對シ損害賠償ノ責ニ任セサル可カラス」

本判決は、一方で、YがX所有の立木をAに売却しても、Aは所有権を取得しないから、当然にはYはXの所有権侵害による不法行為責任は負わないとする。しかし、他方で、Aが所有権を取得すると信じて立木を伐採したのは、Yの過失によるから、YのXの所有権侵害の不法行為が成立すると判示している。[9] したがって、一方で、所有物返還請求と損害賠償請求の選択権を所有者に認めなかった点では、判決の変更であろう。しかし、他方で、侵害者に過失が有れば、所有者が所有権を失わずとも、所有権の侵害による不法行為の損害賠償請求が可能と解している。だから、実は④判決は、結果的には、侵害者の過失を前提として、所有者の選択権を認めたことになると考えるべきであろう。

⑤大判大正一五年五月二八日（民集五巻五八七頁）

（事実の概要）YはXの夫だったが、X所有の土地の登記をY名義に改め、第三者Aに売却して登記も移転した。そこで、XがYに対して土地所有権の価格に相当する損害賠償請求を求め、原審は認容した。Yが上告し、破棄差戻。

（判決理由）「登記セラレタル土地所有権ニ付キ所有者名義ノ文書ヲ偽造シテ自己ノ所有名義ニ移轉登記手続ヲ為シ更ニ之ヲ他人ニ賈買シテ其ノ登記ヲ為シタル者アリトスルモ土地所有者ハ之カ為其所有権ヲ喪失スルモノニアラスシテ自ラ物上請求権ヲ行使シテ其ノ登記名義ヲ自己ニ回復シ得ヘキモノナレハ右違法行為者ニ對シ登記名義ノ變動ニ因リ所有者ニ生シタル損害ニ付テハ之カ賠償ヲ請求シ得ルモ土地所有権ヲ喪失シタルトシテ所有権ノ價格ニ相當スル損害ノ賠償ヲ請求シ得ルモノニアラス然ルニ原審ハ上告人（Y）カ本件土地ノ所有者タル被上告人（X）名義ノ文章ヲ偽造シテ本件土地ノ所有名義ヲ登記簿上自己ニ移轉セシメ更ニ訴外人（A）ニ之ヲ賈買シテ其ノ登記手續ヲ為シタル事實ヲ認定シYハ最早Xヲシテ登記簿上ノ所有名義ヲ回復セシメ得サルモノナリトノ理由ニ依リ直ニ土地所有権ヲ喪失セシメタル場

合ト同様ニXハ本件土地ノ全價格ニ相當スル損害ヲ蒙リタルモノト判定シXノ本訴請求ヲ許容シタルハ不法ニシテ原判決中此ノ點ニ関スル部分ハ破棄ヲ免レス」

本判決は、明らかに③判決の変更であろう。YはXの土地を自己名義に改めて第三者Aに処分しているが、所有者XはAに対して所有物返還請求が可能だから、Yに対しては損害賠償請求できないと判示しているからである。確かに、不動産は動産とは異なり、その所在が不明ということはないし、通常は譲渡の過程での劣化も考えにくい。したがって、現占有者に対して所有物返還請求すれば足ると考えるのは、ある意味では当然であろう。

⑥大判昭和一三年七月一一日（大審院判決全集第五輯一九号六頁）

（事実の概要）XはAに発動機附帆船を賃貸していたが、YはX、Aに無断で窃取し、発動機は善意・無過失のBに売却し、船舶は沈没させた。そこで、XがYに対して不法行為に基づく損害賠償を請求し、原審はXの請求を認容した。Yが上告し、破棄差戻。

（判決理由）「然レトモ右認定事実ニ依レハ本件發動機ハ船體ト共ニ上告人（Y）カ被上告人（X）及Aニ無断ニテ奪取シ抑留ノ上処分シタルモノナルカ故ニ民法第一九三條ノ盜品ニ該當シ假令BカYヨリ買受ケ平穏公然善意無過失ニ之カ占有ヲ始メタル場合ト雖モXハ占有ヲ奪ハレタルトキヨリ二年内ハ其ノ回復ノ請求ヲ為シ得ヘクBハ直チニ發動機ノ所有権ヲ取得セスXハ其ノ所有権ヲ喪失セサルモノトス然ラハ原判決ハ右認定事実ノミニ基キBニ於テ發動機ヲ買得シタルコトニ因リ直ニXカ其ノ所有権ヲ喪失シYニ對シ其價額ニ相當スル損害賠償請求権ヲ取得シタモノトシ此前提ノ下ニ右ノ損害金及之ニ對スル右二年ノ経過前ニ屬スル昭和九年一二月二一日以降ノ遅延損害金ノ支拂ヲ命シタルハ理由不備ノ違法アルヲ免レス」

本判決は、上記⑤判決と同様の理を動産に関しても、明らかにしている。つまり、権利者が所有権を失うことのない場合は、故意の侵害者に対しても不法行為による損害賠償請求はできないと判示しているからである。以上から、大審院の判例は、権利者が所有物の回復が可能な場合は、故意・過失のある侵害者に対しても不法行為による損害賠償請求はできないと解していると考えることができよう。

（c）不当利得・事務管理を根拠とする判例

以上で紹介した不法行為の成否を問題にする判例とは異なり、不当利得に関する判例は、原所有者の所有権の有無で必ずしも問題を区別していない。したがって、以下では第三者が所有権を取得する可能性があっても、処分の有効・無効に言及していないものも含めて判例を紹介することとする。

⑦大判明治三八年一一月三〇日（民録一一輯一七三〇頁）

（事実の概要）XがAから担保として取り上げ、Yに寄託していたものを、Yの破産管財人Bが売却して破産財団に組み入れた。そこで、Xが売却代金を請求した。ところが、原審は、Yが売却代金を返還しないのは債務不履行で不当利得ではないとして請求を棄却した。そこで、Xが上告し、破棄差戻。

（判決理由）「原判決ニ引用アル第一審判決ノ事實ノ摘示竝ニ原審ノ口頭辯論書中ノ『控訴代理人（上告代理人）ハ事實關係ニ付原判決書ノ事實摘示通リ演述シ本件ノ物件ハ控訴人（X）カ『ハンブルグ』ニ於ケル『ホーエンドラブスケ』ヨリ抵當ニ取リタルモノニシテ之ヲ被控訴人（破産者Y）ニ單純ノ寄託ヲ為シタリ然ルニYノ破産管財人ニ之ヲ賣却シテ破産財團ニ組入レテXニ返還セス即チ不當ニ利得シ居ルモノナリ因テ本訴ニ及フ手形トハ毫モ關係ナシト述ヘタ

リ』トノ記載ニ徴スレハ上告人（X）カ原審ニ於テ請求ノ原因トシテ供述セシ法律關係存在セシト云フ外ニ出サルカ如シ若シ上告人ニ於テ第一ノ法律關係ヲ主張シタルモノナランカ元來委任法律關係ハ受任者カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ終了スルモノナルヲ以テ破産者Y（『フランツ、ヘルブ』）ノ破産管財人ハ係爭物件ヲ保管シ且ツ賣却スルニ付キ法律上何等ノ原因ヲ有セサルヲ以テ其賣却ニ因リ破産財團カ得タル利益ハ之ヲ不當利得ト云ワサルヘカラス若シ又第二ノ法律關係ヲ主張シタルモノナランカ此場合ニ於テモ亦破産者カ上告人ノ為メニ係爭物件ヲ保管スル権利ハ破産宣告ノ結果トシテ當然破産管財人ニ移轉スルモノニアラス何トナレハ破産者ハ破産宣告ニ因リ自己ノ財産ヲ占有シ管理シ及ヒ處分スルノ權利ハ之ヲ喪失スルモ前顯權利ノ如キハ當然之ヲ喪失スルモノニアラサレハナリ従テYノ破産管財人カ本件係爭物件ヲ賣却シタル行為ハ法律上ノ原因ナキモノニシテ其賣却ニ因リ破産財團カ得タル利益ハ何等法律上ノ原因ヲ有セサルモノト云ハサルヘカラス」

本判決は、第三者の権利取得の有無を問題とせず、Yに処分権がないから、売却代金は不当利得となると判示している。つまり、不法行為に関する判例が損害の有無に注目したのとは異なり、不当利得では、損失の要件よりも、処分者の利得の不当性に注目していると考えることも可能であろう。

⑧大判大正四年三月一三日（民録二一輯三七一頁）

（事実の概要）Xはその所有する土地をAに預け、登記名義もAに変更していた。ところが、Aが死亡してYが相続し、Yの親権者Bが土地を売却して、売却代金をYの債務の弁済に充てた。そこで、Xが売却代金を不当利得返還請求し、原審は請求を認容した。Yが上告したが、上告棄却された。

（判決理由）判決は、親権者Bが親権に服する未成年者Yではなく、他人Xの財産を他人の財産と知って処分し、そ

の代金でYの債務を弁済したときも、その処分はYに効果帰属する。ゆえに、「親権者タル母カ子ノ為ニ其對価ヲ受領シタルトキハ其収益モ亦子ノ財産ニ帰属スヘキヲ以テ若シ本人タル其子カ右ノ行為ニ依リ他人ノ財産上ノ損害ニ於テ不當ニ利益ヲ獲得シタル場合ニハ其利益ノ存スル限度ニ於テ他人ニ對シ之レカ返還ヲ為スヘキ義務アルハ勿論ナリトスル」

本判決も、民九四条二項により第三者は権利取得する可能性があるケースであろうが、第三者の権利取得の態様には判決は言及していない。かつ、ここでも判決の注目するのは、処分者の利得の存在である。

⑨大判大正七年一二月一九日民録二四輯二三六七頁

（事実）X、Y共有の船舶がY名義に登録されていたため、YはXに無断で船舶を売却した。そこで、XがYに対して売却代金の半額を請求した。原審でXが勝訴し、Yが上告。上告棄却。

（判旨）事務管理を根拠に売却代金の返還義務を認めた原審に対して、上告理由は、Yは自己のために船舶を処分したのであり、事務管理の規定の適用の要件を欠くと主張した。「按スルニ共有者ノ一人甲カ他ノ共有者乙ノ同意ヲ得ルコトナク自己ノ持分ト共ニ擅ニ他ノ共有者ノ持分ヲ他ニ賣却スルノ行為ハ不法行為ヲ組成スルモノナルコト言ヲ竢タサル所ナルモ他ノ共有者乙カ後日其賣買行為ヲ承認シタルトキハ事務管理ノ法則ニ依リ乙ハ民法第七百一條第六百四十六條ノ規定ニ基キ甲カ乙ノ持分ヲ賣却シテ受取リタル代金ノ引渡ヲ請求スルコトヲ得ルヤ明カナリ」

以上の判決は、無権限処分者の処分を、権利者が承認（追認）したことを理由に、事務管理の規定を適用して処分者に売却代金の返還を命じている。それゆえ、本判決は、準事務管理を承認したものとも理解されている[10][11]。ただし、本判決でも、売却代金の返還が命じられたのは、中間占有者ではなく直接の侵害者である点には注意すべきであると考え

る。つまり、直接の無権限処分者は通常は故意であり、少なくとも過失は肯定でき、かつ、第三者が善意取得の要件を具備していれば、不法行為が成立するケースだからである。したがって、不法行為ではなく準事務管理の法理を承認しなければ、無権限処分者に対する売却代金の返還請求が認められなかった事例とはいえないとも評価できるからである。

⑩大判昭和一一年七月八日（民集一五巻一三五〇頁）

（事実の概要）Xの先代AとYは山林の共有者だった。Yは山林を二〇万円で買い受ける者があるとAを欺罔し、Xの持分四分の一の譲渡を受けた。その上で、山林を三七万五〇〇〇円で売却し、Aに五万円を交付した。そこで、Xが詐欺を理由に契約を取り消し、売却代金の四分の一から五万円を控除した額を不当利得返還請求した。

（判決理由）「仍テ按スルニ原審ハY（上告人）カX（被上告人）先代Aノ代理人Bヲ欺罔シテAノ有シタル本件山林ノ土地立木ノ四分ノ一ノ持分ヲ買受ケ其ノ立木ヲ金三十七萬五千圓ニテ第三者ニ賣却シ其ノ代金ヲ受領シタルコト及Xカ詐欺ニ因ル意思表示トシテ右持分ノ賣買契約ヲ取消シタルコトヲ認定シ右金額ノ四分ノ一ナル金九萬三千七百五十圓ハ即Yハ不當ニ利得シタルモノナリトシ右持分ノ賣買ニ因リXノ先代カ既ニ受領シタル金五萬圓ヲ之ヨリ控除シタル殘額金四萬三千七百五十圓ハ即之ヲYヨリXニ返還スヘキ義務アルモノナル旨判示シタルモノトス然レトモYヨリ更ニ買受ケタル第三者ハ善意ナリシモノトセハ詐欺ニ因ル右持分賣買ノ取消ハ之ヲ以テ右ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルカ故ニ一面ニ於テXハ轉賣サラレタル其ノ持分ヲ回復スルコト能ハサルノ損失アリ他ノ一面ニ於テYハ右ノ持分ヲモ第三者ニ賣却シテ得タル代金ノ利得アリテXニ對シ不當利得返還返還ノ義務ヲ負フヘキハ勿論ナリト雖其ノ額ハYノ受ケタル損失ノ額ヲ超過スヘキモノニ非ス而シテ其ノ損失ノ額ハ特別ノ事情ナキ限リ右持分ノ客觀的相當ノ價額ト一致スヘキモノナルモ第三者ニ對スル轉賣價額ハ必スシモ常ニ客觀的相當ノ價額ナリト謂フヲ得サルカ故ニ其ノ轉賣價額ニ依リ

テ直ニ右損失ノ額ヲ認定シ得ヘキモノニ非ス又Yハ其ノ轉賣ニ要シタル費用其ノ他ノ出捐アリタルトキハYノ利得ハ轉賣代金ヨリ之ヲ控除シタル殘額ニ過キサルモノト謂フヘク而モ原審認定ノ本件持分ノ客觀的相當ノ價額及ヒ右轉賣ノ費用等ニ付當事者ニ釋明セシムルコトモナク輒ク第三者ニ對スル前記賣却代金ノ四分ノ一ニ相當スル額ハ即右轉賣ニ係ル持分ニ因リテYノ不當利得シタル額タルト共ニ其ノ持分ノ回復不能ナルニ因リテXノ受ケタル損失ノ額ナルカ如ク認定シテ前記ノ如ク判示シタルハ審理不盡理由不備ノ違法アルト謂フノ他ナク」

以上の判決も、無権限処分の有効性を認定せず、当然に処分者の不当利得の返還義務を認めている。かつ、ここでも問題となっているのは、直接の侵害者である。ただし、処分者の売却代金が当然に所有者の損失ではなく、客観的な価値、転売の費用などを考慮して返還義務の範囲を定めるべきだと判示している。

⑪大判昭和一二年七月三日（民集一六巻一〇八九頁）

（事実の概要）X会社のパルプを従業員A等が窃取し、過失のある同種物品の販売業者Yに売却し、YはBに転売し、Bはパルプを費消した。そこで、XがYに転売代金相当額を不当利得返還請求した。

（判決理由）「Y（上告人）ノ轉賣ニ依リテ得タル利益ハX（同會社）ノ所有物件ヲ喪失セシメタルニ基因スルモノナレハYトA（井上駒恵）等ノ間ノ賣買ニ關係ナク別個ニ不当利得ヲ構成スルト謂フヘク」として、Yの転売代金を不当利得として返還すべきだと判示した。

本判決の事例では、現占有者Bはパルプを（原所有者の回復請求を受けないという意味では、）善意取得はしないが、パルプはBの下で消費され、原物返還が不可能となっている。さらに、Xが原物返還を請求できたときも、Bから代価弁償の請求を受けるケースである。いずれにせよ、判例はXが所有権を喪失したことを理由に、Yに対する不当利得返

還請求を肯定している。ただし、原物返還が不能で、無権限処分者Ｙには過失があったという事例である点には注意が必要だと考える。つまり、善意・無過失の中間処分者（占有者）に対して、しかも、原物返還が可能なときにまで、原所有者が不当利得返還請求できるかは不明だからである。もっとも、ここでも処分者の転売代金が利得であるとされている。

⑫昭和二六年一一月二七日（民集五巻一三号七七五頁）

（事実の概要）Ｘ会社から強奪した本件電気銅を、ＡはＢに売却し、その後ＢＣＤＥと転売された。Ｙは金物販売商Ｅから、電気銅を買い受けたが、その中に本件電気銅も混入していた。そこで、ＸがＹに対して民一九三条、一九四条で物の返還を請求した。ただし、Ｙは電気銅を既に工事に使用していた。原審で、Ｘは物の原物返還、又は、代価弁償と引替の原物返還、及び、原物返還が不能なら、物の客観的価値と代価の差額の返還を請求した。

他にも幾つかの争点はあるが、本稿の論点と関係する限りでは、原審は「そこで、Ｘ（控訴人）は民法第百九十四条に依って先ずＹ（被控訴会社）がＥに支払つた代金十六万六千六百九十九円と引換に本件物品の引渡を求めるというのである。然るに前記民法第百九十四条は被害者、善意占有者のいずれの利益のために制定されたかは多少議論のある所ではあるが、とも角被害者のために盗品の回復権を認めると共に善意占有者に対する代価の弁償義務を負わせ後者に不測の損害を被らせないようにしたことは間違のない所である。それ故被害者が盗品の回復即ちその占有の移転を受けようとする場合には、たとえその物の実際の価格が善意占有者の支払つた代価より低額であっても、該代価を弁償しなければ盗品を回復できない結果となる。従って被害者はこの場合盗品に多くの執着を持たぬ限り実価より高い占有者支払の代価を払ってまでも盗品を回復しないであろうし、これを回復すると否とは全く被害者の自由意思に一任されるので

ある。かように民法第百九十四条の法意を探求するとき、被害者の盗品回復請求権は当然盗品の存在ということが不可欠の一要件であるのが容易に了解され、若し回復請求の際盗品にして存在せんとせんか被害者には最早この回復請求権がなく占有者はその引渡義務を負わぬものといわねばならぬ。所がXが初めて当審で右規定に基いて盗品の回復を請求した当時既に本件物品が消費されて現存していなかったことは、弁論の全趣旨からXの認める所である。果たしてそうだとすれば諸規定に依る回復請求権の存在することを前提とするXの予備的請求はこれまた失当で、他の争点の判断を待つまでもなくこれを排斥せざるを得ない。」とした。そこで、Xが上告。上告棄却。

（判決理由）原審と同じく、本稿と関係する争点に関する判断は、「本件電気銅が現存しない事実は、原審において当事者間に争いがなかったのであるから、・・・。そして、原審は民法一九四条の解釈により占有物を回復するには、その物の現存することを前提とするところ、本件物品は現存しないのであるから、X（上告人）の請求は失当であるとしてこれを排斥したものであって、その判断は正当である」であった。

物の現存が民一九四条の回復請求権の前提だと、原審・最高裁は説くに止まる。しかし、原物返還が不能となっても、被害者は占有離脱物の回復を請求できる以上は、物の現在の価格と代価弁償の差額は回復請求権者に帰属するという考え方も十分に可能であろう。しかも、原物返還が不能となったのは、Yが工事に使用したからであり、Yは差額を利得しているといえるからである。しかも、原所有者の価値賠償の請求を排除すれば、民一九〇条の評価との抵触が問題になる。なぜなら、同条は物が滅失・損傷したときにも善意占有者の損害賠償義務を免除するが、現存利益の返還義務は負わせている。つまり、同条は占有者への物の価値自体の帰属を認めてはいないと考えられる。そうすると、判例は、原物返還が不当利得返還請求に変わった場合に、民一九四条の与える取引の安全を一層拡大したものといえよう。(12)

⑬高松高判昭和三七年六月二一日（高民集一五巻四号二九六頁）

（事実）Ｘ会社から従業員Ａが材木を窃取し、善意・無過失の材木販売商のＹに売却。Ｙは材木を製材して橋梁材、建築材として転売した。そこで、Ｙが材木を転売して回収が不可能となったとして、ＸはＹに対してＹの過失による不法行為に対する損害賠償請求、及び、材木の時価相当額を不当利得返還請求した。原審は、Ｙに過失はなく、かつ、Ｙの利得は購入価格と売却価格の差額であることを前提として、ＸはＹの売却価格を立証していない、ＡはＸの従業員であり、Ｘの請求は自己の選任・監督の過失をＹに転換するものであるとして、Ｘの請求を棄却した。Ｘが控訴したが、請求棄却。

（判旨）主な争点は、ＹがＡに支払った代金を不当利得から控除できるかであった。「しかしながら、不当利得制度は、実質的に不当な財産価値の移動を調整し、他の制度上の救済手段の欠陥を補って具体的な正義公平の実現を目的とするものである点に鑑みれば、不当利得の成否及び返還義務の範囲を定めるに当たっては、具体的な衡平を失わないようにしなければならない。このような見地に立って本件を考えると、不控除説に従うときには、Ｙ（被控訴人）は転売による利得全部をＸ（控訴人）に返還しなければならなくなり、その結果ＹはＡに支払つた代価分だけ損失を蒙ることになる。もっとも、この場合でもＹはＡに対し代金償還請求権を有するから、これの行使により右損失を補填できるとも考えられるが、之は抽象的に過ぎ本件のような場合（弁論の全趣旨からＡは無資力と認められる。）には、右償還請求権の行使によって損失を填補することは実際上不可能である。これに対し、ＸはＹから木材相当額の金銭の返還を受けられる結果、何らの損失もないこととなる。一方、控除説に従うときには、ＸはＹから返還を受けるべきものは実際上皆無或は極めて少額（本件においてはＹの転売価格を認めるに足る証拠はないが、前記Ｙ本人の供述によると、Ｙが本件木材の買入転売によって得た実質上の利益は極めて少額だったと認められる。）となり、その結果は、Ａに対する不法

行為に因る損害賠償請求権があるとはいえ、その実効を帰し難いことは前記Yの場合と同様であるから、木材相当額の損失を蒙ることになり、反面Yは損失を免れることになる。このように不控除説、控除説のいずれを採用するかにより、本件当事者の利害は正反対になることになるが、本件の場合においては、前認定のとおり、Yが本件木材を取得する当時においては全く善意・無過失であり、一方AはXの被用者であり、本件のような事態が生じた所以は、直接にはAが木材を盗み出したことであり、間接には使用者たるXのAに対する選任、監督上の不行届（過失）に基因したものということができる。そうすると、仮に不控除説によるときには、全く善意無過失であり何ら責められるべきところのないYが損失を受けることとなり、その原因につき間接にでも過失のあったものというべきXが損失の填補を受けることになり、不公平な結果となる。これに反し、控除説に従うときには、右のような実際上の矛盾、不公平はなくなり、不当利得制度の目的である具体的公平の理念に合致する結果となる。したがって、本件の場合においては、控除説に従うのが相当である。只、控除説に立場に立つときは、民法一九三条の規定により原物を返還する場合との権衡を失するように考えられるが、凡そ原物返還不能の場合においては全てその価値を返還すべきであるということはできず、現存利益の返還（例えば民法一九一条）ということもあり得るわけであり、又、民法一九三条はその意に反して占有を奪われた者を保護するための特殊な規定であり、もし取得者が盗品又は遺失物を同法一九四条のような条件の下に取得した場合には、回復者は代価を弁償しなければ物の占有を回復できないのであり（この場合は控除説と同一結果になる。本件におけるYの木材取得は、右一九四条の場合に近似している。）、これらの点を考え合わせると右一九三条の規定があるからといって、前記の結論を左右することはできない。（なお、原判決が引用している大審院判例（昭和一二年七月三日判決（前記⑤判決））は取得者に過失が認められる場合であるから、本件とは若干事案を異にし、必ずしも適切とはいえない。」

本件では、窃取された物を現在は誰が占有しているかは、必ずしも明らかではないようである。したがって、先に見たドイツ法の考え方では、まさに中間占有者Ｙの無権限処分を追認して、不当利得返還請求する実益があるケースのはずである。しかし、本判決では、善意・無過失の中間占有者Ｙに対する原所有者Ｘの不当利得返還請求は、中間占有者Ｙの買受価格と転売価格の差額だと解している（控除説）。かつ、控除説の合理性を、民一九四条の存在に求め、民一九三条の趣旨への抵触は、Ｙに盗品を売却したのがＸの被用者であり、Ｙへの物の売却がＸの選任・監督の過失に起因すること、及び、以上の事情と一九四条の評価との類似性によって回避できると解している。さらに、注目すべきは、本判決が、中間占有者に対する不当利得返還請求を認容した前記⑤判例に言及し、⑤では中間占有者に過失があり、事案を異にするといっている点である。つまり、本判決によれば、少なくとも（原）所有者の被用者が窃取した動産が売却された場合には、善意・無過失の中間占有者の不当利得を構成するのは転売代金と買受代金の差額であるということになる。かつ、その根拠は、民一九四条の趣旨に求められている。同条は、（原）所有者から返還請求を受けた現占有者に、現占有者に物を売却した売主から物の返還を求められた場合には、同時履行を請求できる既払代価の返還を、（原）所有者に対しても認める制度である。つまり、同条は物権的請求に対して、債権的な抗弁の主張を認めた規定である。以上と同様の評価は、中間占有者に対して（原）所有者が物の売却代金（客観的な市場価値）の返還を請求したときに、売得代金の控除を認めることで実現できる。しかし、本判決は、一九四条の適用の要件を欠く善意・無過失の中間占有者の責任に関して、対価控除説を採用することで、つまり、売却代金と買受代金の差額の返還だけを認めることで、取引の安全を拡大したものと理解できよう。

ただし、以上の理は、反面として、対価控除以上の取引の安全は与えられないと考えるなら、民一九四条の適用される現占有者は、物が滅失したときでも、物の客観的価値（市場価格）と買受代金の差額の返還義務を負うと解する余地

がある。ところが、それ以上に、取引の安全を拡大していたのが、本判決は言及していないが、上記の⑫判例の立場であった。さらに、近時も取引の安全を拡大する判例が現れている。

⑭最判平成一二年六月二七日（民集五四巻五号一七三七頁）

（事実の概要）Xは（登録の対象ではない）土木機械をAに盗取され、Aは機械を中古機械の販売業者Bに売却した。YはBの処分権限に善意・無過失で、Bから三〇〇万円で機械を買い受けた。XはYに機械の返還、及び、訴状送達の翌日から引渡済までの月額四五万円の使用利益相当額の支払いを請求した。第一審で敗訴したYは、機械を任意に返還した上で、反訴して、代価弁償と機械の引渡の翌日以後の年五分の遅延損害金の支払いを請求した。他方で、Xは、訴状送達の翌日から機械の引渡までの使用利益の返還を請求した。原審は、盗品の占有者は民一八九条二項で本件の訴え提起時から悪意の占有者とみなされると判示し、Xの訴提起以後のYの使用利益の返還、及び、Yの代価弁償と遅延利息の請求を認容した。Yが上告受理申立。一部破棄自判、一部棄却。

（判決理由）「盗品又は遺失物（以下『盗品等』という。）の被害者又は遺失主（以下『被害者等』という）が盗品等の占有者に対してその物の返還を求めたのに対し、占有者が民法一九四条に基づき支払った代価の弁償があるまでは盗品等の使用収益を行う権限を有すると解するのが相当である。けだし、民法一九四条は、盗品等を競売若しくは公の市場において又はその物と同種の物を販売する商人から買い受けた占有者が同法一九二条所定の要件を備えるときは、被害者等は占有者が支払った代価を弁償しなければその物を回復することはできないとすることによって、占有者と被害者等との保護の均衡を図った規定であるところ、被害者等の回復請求に対し占有者が民法一九四条に基づき盗品等の引渡しを拒む場合には、被害者等は、代価を弁償して盗品等を回復するか、盗品等の回復をあきらめるかを選択すること

ができるのに対し、占有者は、被害者等が盗品等の回復をあきらめた場合には盗品等の所有者として占有取得後の使用利益を享受し得ると解されるのに、被害者等が代価の弁償を選択した場合には代価弁償以前の使用利益を喪失するというのでは、占有者の地位が不安定になること甚だしく、両者の保護の均衡を図った同条の趣旨に反する結果となるからである。また、弁償される代価には利息は含まれないと解されるところ、それとの均衡上占有者の使用収益を認めることが公平に適うというべきである。」それ以外にも本判決は、Yは機械の返還後も代価弁償が可能（代価弁償は抗弁としてだけ主張できるとした大判昭和四年一二月一一日民集八巻九二三頁の判例変更）、及び、代価弁償債務の遅延損害金は物の引渡以後に発生すると判示している。

占有者に（原）所有者からの訴訟継続以後も使用利益の返還義務を免じた点には批判的な学説もある[13][14]。確かに、原審の説示するように、民一八九条二項の文言解釈からは、訴訟係属の後は占有者の悪意が擬制され、使用利益の返還義務を負うと考えるのが素直な解釈であろう。ところが、本判決は、まず占有者の地位の不安定を理由として、使用利益の返還義務を否定する。さらに、代価弁償に利息は含まれないことを理由として、被害者等の回復請求権者と占有者を、あたかも民五七五条が適用される売買契約の当事者のように考えている。しかし、前者は、（原）所有者に回復請求が認められる以上は、占有者の地位の不安定は決定的な理由にはならないであろう。他方で、占有者（買主）の代価弁償を、占有者の前主（売主）に対する債権的な請求を（原）所有者に対しても主張することを許したものだと考えると、後者には一定以上の説得力があると考える。なぜなら、占有者（他人物の買主）が前主（他人物の売主）に追奪担保責任を追及して、代金の利息を請求すれば、前主（売主）は占有者（買主）に対して使用利益の返還が請求できるはずである（最判昭和五一年二月一三日民集三〇巻一号一頁を参照）。他方で、代価弁償には利息は含まれないと解されている。従って、代価弁償を請求する占有者と物の回復を請求する（原）所有者の関係を、売買契約の当事者と類似すると考え

るなら、五七五条の類推も可能であろう。但し、代価弁償と物の回復の相互の給付の間には、売買契約の当事者間のような等価的な関係は存在しない。しかも、（原）所有者が回復を選択したような場合は、通常は物の価格は代価より高価であろう。そう考えると、五七五条の類推は不当だということになる。従って、上記の一連の判決（特に、⑫⑬）の方向性を推し進めて、一九四条の解釈として取引の安全を拡大したのが本判決であると理解すべきであろう。[15]

（d）小括

以上の他人物の無権限処分に関する（裁）判例は、その時期も異なり、間違いなく一貫した基準線が発見できるといえるかは若干疑わしい。しかし、判例の方向性には一応の一貫性があるとして、かつ、特に、最近の判例の傾向を考慮するなら、以下のように考えることも可能であろう。まず、所有者の無権限処分の追認を肯定した判例はあるが、その目的は処分の相手方である第三者に対する所有権に基づく請求権を排除するためであり、処分者に対する不当利得返還請求の前提としてではない（①②）。さらに、処分者に対する不当利得・不法行為の請求を認めた判例でも、所有者の追認に言及するものはない。その例外が、所有者の追認による事務管理の成立と、処分者に対する売却代金の返還請求を認めた判例（⑨）である。しかし、これとても、無権限処分は故意であり、かつ、処分は有効となる可能性があった事例である。したがって、善意・無過失の無権限処分の追認の事例とは、とても評価できない。さらに、無権限処分の有効・無効に言及しない判例の多くは、直接の侵害者に対する不当利得返還請求を肯定した事例である（⑦⑧⑩）。しかも、中間占有者（処分者）に対する不当利得返還請求を認めたのは、原物返還が不能で、中間占有者に過失があった事例である（⑪）。さらに、原物返還が不能となれば、民一九四条の回復請求権、不当利得返還請求のいずれも成立しないとした判例（⑫）、民一九三条の適用される事例で中間処分者の対価抗弁を認めた裁判例（⑬）、及び、民一九四条

の解釈として（原）所有者の代価弁償の弁済提供までは占有者に使用利益の返還義務を免じた判例（⑭）を考慮すると、判例は民一八九条以下の規定の与える取引の安全を拡大しており、善意・無過失の中間占有者（処分者）に対する不当利得返還請求を無条件で認めるとは考えられない。他方で、大審院の判例は、無権限処分が無効な場合は、中間処分者に対する損害賠償を退け、占有者への所有物返還請求を指示している（⑤⑥）。このことを併せ考慮するなら、無権限処分者に対する不当利得返還請求を認めた判例の理解の可能性は、多義的であろう。第一は、そのことに判例は言及しないが、処分の有効性は当然の前提だという可能性である。第二は、不法行為の成否では、被害者の損害の発生が問題となる。ところが、大審院の判例もいうように、現占有者に対する所有物返還請求が可能なら、「損害」の要件が具備されない。しかし、他方で、処分者の利得に注目すれば、処分者は「事実上は売却代金を『利得』」している。だから、損害の要件を回避するために、不当利得返還請求が選択されたという可能性である。しかも、その背後には、少なくとも侵害者に故意・過失が存在する限りでは、他人の権利領域への干渉に対する反動的請求として、受領物の返還請求権を認めるべきだという評価が存在すると考えることも可能であろう。第三が、後述する三宅説の説くように、処分者に対する事務管理・不当利得による返還請求の要件としては、無権限処分の有効・無効は無関係だと、判例が考えている可能性である。つまり、権利者の所有物返還請求権の放棄（権利者の追認）を前提として、権利者は処分者に不当利得返還請求が可能だと解することである。ただし、第三の考え方では、権利者の追認は、直接の侵害者だけでなく、善意の中間占有者の処分に対しても可能であろう。しかし、上述したように、判例が不当利得返還請求を認めたのは、中間処分者に過失があるケースだったこと、加えて、民一九三条、一九四条の取引の安全を拡大する判例の傾向からは、善意の中間占有者に対する不当利得返還請求を無条件で認めるとは考えがたい。ただし、以上に関する結論は、無権限処分に関する学説と、他人の債権の回収についての判例・学説を検討した上で、再び考えてみることとしたい。

（3）他人の物の処分に関する学説

（a）不法行為に関する学説

他人の所有権を侵害する行為は、「他人の権利又は法律上保護される利益」（民七〇九条）の侵害の典型であろう。しかし、それが不法行為を構成するのは、第三者の善意取得、添付などにより他人に所有権を失わせる場合、及び、社会観念上回復が不可能な場合である。他方で、他人の所有物を自己の物として第三者に売却しても、法律上権利が失われない場合は、所有者は、物を取戻すまでの用益の阻害分や、登記名義を回復するに要する費用などを侵害者に賠償請求できるにすぎないと解されている[16]。したがって、物が現存して所有物返還請求権を行使して回復が可能な場合に不法行為を認めるのは無理であろう。しかも、仮に権利者の追認があっても、所有権の喪失は追認の効果であるから、不法行為を構成するとは考えがたい[17]。したがって、最近の学説が、無権利者の処分の無効な場合を特に取り上げていないのは、当然であると考えられる。

（b）事務管理・不当利得に関する学説

わが国の不当利得に関する学説で、権利者の追認の可否に言及するものは必ずしも多くはない。ただし、主にドイツ法を参照したと思われる学説は、例外なく権利者の追認による無権限処分者への不当利得返還請求を肯定している。かつ、無権利者の処分が権利者に対して有効でない場合を意識して議論しているのは、追認に言及する学説に限られるようである。

（ア）我妻説は、まず無権利者の処分が権利者に対して有効な場合は、権利者は無権利者に対して不当利得返還請求が可能だとする。その具体例として、判例自体は処分の有効性に言及していない⑦⑧の判決をあげている。さらに、無

権利者の処分が無効でも、権利者が追認して有効となった場合も同様であるとする。かつ、そこであげる具体例は、権利者は追認したから第三者に対して物権的請求権を行使できないとした判例である（①②）。その上で、処分が無効な場合も、追認による不当利得を認めるのがドイツの通説・判例だとして、ドイツ法を参照している。[18]

以上から考えると、我妻説では、ドイツ法と同様に、善意の中間占有者の処分の追認も可能であるかのようである。しかし、実際に我妻説の示す判例は、直接の侵害者に対する不当利得返還請求が問題となる場合であり、中間占有者に対する請求のケースではない。しかも、先に見た⑫⑭のように動産取引の安全を拡大する方向性が、民一九三条、一九四条で物の所有権に関して占有者取得説を主張した我妻説に由来することを考えると[19]、我妻説が善意の中間占有者の処分の追認を認めているとは考えにくい。

（イ）同様に、松坂説も無権利者の処分を権利者が追認し無権利者に不当利得返還請求することが可能だとする[20]。さらに、その例証として我妻説と同様に⑦⑧の判例をあげている[21]。かつ、我妻の該当部分とドイツの学説をあげている[22]。

（ウ）四宮説は、他人の物の処分による侵害利得の事例に多くの記述を充てている。すなわち、BがAの権利を無権限でCに処分した場合、Cの権利取得が不確定で、AがCに所有物返還請求を主張できるなら、そのままではAはBに客観的価値相当額の償還を請求できないはずである。しかし、AがBの処分行為を追完して所有権を放棄するなら、物の客観的価値を、Bが悪意・重過失なら売却代金自体の引渡を請求できる（選択的追完）、とされる。さらに、AのBに対する請求は、黙示の追完の意思表示である。ところが[23]、判例や近時の学説は、無条件に売却代金全体に対する不当利得認める傾向にあり疑問であるとも指摘している。その上で、（三宅説に賛成して）無権利者の処分の有効・無効は、権利者が客観的代金相当額を請求するには重要ではないとする[24]。しかし、他方で、処分者に悪意・重過失のない場合に代金全額の返還を認めるのは不当であると指摘している。

以上の四宮説を文字通り解すれば、所有者は善意の中間占有者の処分を追認（完）して客観的な価値賠償が可能であるようにも思われる。しかし、四宮説が具体例として示しているのは、Aの物を預かっていたBが無断でCに処分したが（契約は有効）、Cは所有権を取得しないというケースである。[25] 以上からは、四宮説も含めて学説は、直接の侵害者の無権限処分が無効な場合に、権利者の追認による不当利得返還請求を認めているに止まると考えるべきではなかろうか。先にも見たように、所有権を失わない場合は処分者の所有権自体の侵害という不法行為は成立しない。ところが、権利者が有効に追認できれば、所有権は失われ、不当利得の要件は具備されることになる。そうすると、いわば不当利得法が不法行為の損害の要件を補完したのと同様の結果となっていると考える。ただし、直接の侵害者には、多くは故意、少なくとも過失はある。したがって、ここでの不当利得は、不法行為の損害の要件を補完したものと考えるのが妥当であろう。特に動産取引の安全を考慮する民一九三条、一九四条の規定、及び、それを拡大する判例理論を考慮すると、善意の中間占有者の処分の追認を、以上の学説が想定しているとは考えにくい。他方で、⑪の判例の事例のように、中間占有者に過失があり、かつ、原物返還が不能な場合は、原物返還を不能とした最終占有者に対する不当利得返還請求の可否とは別に、中間占有者に対する不当利得は肯定されるであろう。さらに、学説の方向性からは、原物返還が可能な場合でも、故意・過失のある中間処分者に対しては、権利者の追認を介しての不当利得返還請求が可能であると考えることもできよう。

（エ）三宅説は、他人の物の無権限処分に関して、事務管理の角度から考察を加えている。まず三宅説は、事務管理の追認には、事務管理者に本人のためにする意思が必要であり、権利者が他人のした売却・取立を追認する場合とは区別すべきだとする。その上で、他人の財貨による不当利得として、他人の物を処分した者に対する権利者から売却代金の請求を構成する方法を考察する。その際に、ドイツ法を参照して、無効な無権限処分の追認による不当利得返還請求

を紹介する。ただし、三宅説の主張では、第三者が取引の安全の規定（例えば、善意取得）により権利取得するか否かは、権利者の処分者に対する取得物返還請求とは無関係である。つまり、第三者が権利取得したか否かを、権利者は主張・立証する必要はないとされる。[26] その上で、わが国の判例を検討して、第三者の権利取得の有効性を問題にせず、権利者の処分者に対する不当利得返還請求を認めていると指摘する。つまり、わが国の判例は、ドイツ法のように無権利者の処分の有効・無効で問題を区別していない。その理由は、物権行為主義を採るドイツ民法は第三者保護の規定を所有権取得の実体的規定と考えるから、無権利者の処分が権利者に対して有効な場合に始めて権利者の処分者に対する不当利得返還請求を認める。他方で、わが民法では、民九四条二項、九六条三項はもちろん、一九二条でさえも、善意の転得者に対する所有物返還請求権を制限する規定にすぎないから、第三者の権利取得の有効性は、権利者の処分者に対する不当利得返還請求の成否とは無関係である。だから、わが国の判例が、権利者が権利を喪失したことを損失とし、結局は第三者からの権利の回復の可否を問わず、権利の回復請求権の放棄となる可能性のある取得代金返還請求を認めるのは、観念（権利の喪失による損失の発生）と実際（権利者の返還請求の承認）の矛盾である。わが民法では、[27] 不当利得の要件の「損失」（民七〇三条）の中に、権利者（損失者）の第三者に対する請求権の放棄を含むと解する必要がある。かつ、その場合は、追認の意味は、権利者が第三者に対する所有物返還請求権および物の滅失・毀損による賠償請求権（民一九一条）を放棄（無権利者のした売買を追認）して無権利者の追奪担保責任[28]（代金全額の返還）を免れさせ、そのかわりに無権利者に対し取得代金の返還を請求することができるとする。従って、三宅説によれば、[29] 以上のような権利者の請求を事務管理と呼ぶか不当利得というかは言葉の問題にすぎないというのである。

以上の三宅説は、一面で極めて説得的で論理一環したものと考える。しかし、三宅説の主張に文字通り従えば、権利者（原）所有者）は善意・無過失の中間占有者に対しても、追奪担保責任を免しめ、売却代金を請求することが可能

ということになる。ところが、他面で、このような請求をわが国の判例が認めるとは、先に見てきた判例の傾向からは考えにくい。ただし、現に、判例が（原物返還不能のケースであるが）過失のある中間処分者に対する原所有者の不当利得返還請求を認めているように、過失のある中間占有者に対する不当利得返還請求は可能だと解する余地はあると考える。したがって、三宅説に倣って比喩的な表現を与えるなら、「損失」という不当利得の要件で、不法行為の「損害」の要件を補完した点が、三宅説の指摘する判例の観念と実際の矛盾に当たると考えたい。(30)

（c）小括

先に他人の物の処分に関する判例を検討した際に、判例の考え方として三つの可能性のあることを示唆した。そのことを明示的に示してはいないが、三宅説以外の学説が、無権利者の処分の追認の事例として想定しているのは、直接の侵害者に対する不当利得返還請求である。したがって、問題となっているのは処分者には（多くは故意）少なくとも過失がある事例であり、善意・無過失の中間占有者に対する不当利得返還請求を認める趣旨ではないと考える。そうすると、上述したように、意識してか否かは別として、不法行為による損害賠償請求で問題になる被害者の「損害」の要件を、不当利得では無権限処分者の「利得」の要件で補っているというのが、わが国の学説ではなかろうかと考える。

なお、筆者自身は、例えば、BがAの動産を窃取して、Cに売却し、CからD1（、D2、D3）Dnと転売された場合に、Aは中間処分者C、Dnの処分を追認して不当利得返還請求権を行使できると主張した。(31)その理由は、民一九四条の保護を受けられないCは、Aが現占有者（例えば、D1）に所有物返還請求すれば、（D1からの）追脱担保責任の追及による売買代金の返還義務を免れず、結局はBに対する追奪担保責任に指示される結果となるからである。しかし、以上の検討、すなわち、動産の取引安全に関するわが国とドイツ法の規定（評価）の違い、および、取引の安

全を重視する判例の方向性に鑑みて、以上の見解を再検討したいと考える（無権限者による他人の債権の回収と併せて、詳細は後述四．を参照）。

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

先に見たように、債権譲渡に対抗要件を要求しないドイツ法では、債務者の旧債権者に対する弁済が、非債権者への弁済の典型例であった。かつ、無権利者への債務者の弁済の事例は、しばしば発生している。他方で、わが国では債権譲渡には債務者への通知・承諾が対抗要件として要求されており、債権の帰属変更による非債権者への弁済という事態は発生しにくいといえる。そのゆえか、現在まで判例で問題となった事例は、債権の共同相続の事例に限られている。

⑮東京高判平成六年四月二四日（金法一三九二号四二頁）

（事実の概要）被相続人Ａは、Ｙ１信用組合、Ｙ２信用金庫に預金債権を有していた。ただし、預金の名義は、Ａの長男の嫁Ｘ１、孫Ｘ２、Ｘ３などとされていた。Ａの死後に、Ａの娘Ｙ３は、（韓国法により相続権のある）Ｘ１などの相続人に無断で、Ｙ１、Ｙ２から預金全額の払戻しを受けた。そこで、Ｘ１、Ｘ２、Ｘ３が、Ｙ１、Ｙ２に対しては預金の払戻し、Ｙ３に対しては不法行為を理由に弁済金相当額の損害賠償を請求した。

（判決理由）Ｙ１、Ｙ２のＹ３への弁済は準占有者への弁済とは認められなかった。したがって、Ｘ１等はＹ１、Ｙ２に対する預金債権を失うことはない。その上で、Ｙ３に対する請求に関しては、「債権について正当な権利者でない

者が弁済を受けたときは、その弁済が債権の準占有者に対する弁済に当たらない限り、債権が消滅せず存続する。しかし、この場合でも、正当な権利者がその権利の内容を実現するについて、裁判機関による判定を要することになるなど、さまざまな障害が生ずることになるのであり、また、債務者から現実に弁済を受けることが常に保証されているものではない。そのように債権の実現可能性が低下するのは、ひとえに正当な権利がないのに弁済を受けた弁済受領者の不法行為によるのである。そして、預金債権のような通常の金銭債権については、その債権の帰属等に争いがあって債権が不当に弁済された場合に、帰属等に争いのある当事者間で、当該弁済による金銭的利益の帰属を是正するように問題が解決されれば、弁済をした債務者に重ねて履行させる実質上の理由はなく、不当な弁済を受けた弁済受領者が受領額を正当な権利者に返還することよりも、弁済をした債務者をして重ねて履行させることを常に優先させるべき理由もない。不当な弁済を受けた弁済受領者が、正当な権利者の権利主張に対し、まず本来の債務者から弁済を受けるべきことを主張して自らの責任を免れることができるとするのは、特段の事情でもない限り、合理性を欠く。以上の点を総合考慮すると、金銭債権が不当に弁済された場合には、正当な権利者は、弁済が無効とされる結果として債権が消滅しないものとされるときでも、権利なくして弁済を受けた弁済受領者を相手方として、不当に弁済を受けた額に相当する損害賠償の請求をすることを妨げられないものと解すべきである。この結果は、債務者に弁済資力があるからといって、直ちに左右されるものではない。」と判示している。

被相続人に帰属していた預金債権は、相続と同時に相続分に応じて共同相続人間で分割債権となる。(32) 仮に、法定相続分と違った遺言があった場合でも、法定相続分に応じた預金の払戻しは、準占有者への弁済として有効とされる可能性がある。(33) しかし、本件では、X1等に帰属する債権のY3への弁済はそうではない。しかし、本判決は、無権限の弁済受領者（Y3）に不法行為による損害賠償を命じている。その理由は、（i）無権利者による弁済受領により、債

権者には事実上の不利益が発生する可能性がある。(ii) 無権限弁済受領による債務者の弁済資力の低下の可能性。(iii) 弁済過程の短縮（債権者→債務者、債務者→無権限の弁済受領者と、債権者→無権限の弁済受領者）。(iv) 不当な弁済を受けた無権限の弁済受領者の責任である。さらに、注目すべきは、同判決が、債務者の資力の有無には、債権者の弁済受領者への直接請求は依存しないと指摘していることである。つまり、無権限の弁済受領により、債権者が現実に不利益を受けるのは、債務者が弁済によって無資力となった場合である。しかし、その場合でも（又は、その場合にこそ）、債権者の弁済受領者に対する直接請求は認めるべきではなく、債権者代位権（民四二三条）に問題解決を委ねればよいと考えることも可能であろう[34]。しかも、無権利者に弁済された債権の債権者ならいざしらず、他の一般債権者が債務者の非債権者への弁済の事実を知る可能性は通常はないであろうから、債権者代位権の行使により債権者には事実上の優先権が与えられているともいえる。しかし、以上の可能性を、判決は明確に否定している。そうだとすると、無権利者への弁済により債権が消滅しない場合も、債権者の財産には損害が発生していると、本判決は考えていることになる。ただし、金融法務事情には、「本件では・・・債権が消滅しないで存続するので、正当な権利者に損害が生じていないとの評価が生まれる可能性があり、損害の有無の判断は、微妙な問題となる。・・・本判決の結論には異論はないであろうが、不法行為における損害とは何かという興味深い問題を採り上げた注目すべき判決である」というコメントが付されている[35]。事実として、本判決が指摘するのは、債権の帰属の侵害自体ではなく、無権利者による弁済受領によって、債権者に事実上の不利益が及ぶという点に限られている。

⑯最判平成一六年四月二〇日（判時一八五九号六一頁）

（事実の概要）被相続人Aは、三通の遺言を残して死亡した。訴外BはAの妻で既に死亡しており、X、Y、及び、

他の三人は、Aの子で法定の共同相続人だった。第一遺言は、Yに全財産を相続させる、第二遺言は、Bに、第三遺言は、Xに全財産を相続させるという内容だった。XはYに対して、Y名義の不動産の移転登記請求、及び、Yが払戻した預金相当額を不当利得として返還請求した。さらに、予備的請求として、Xの法定相続分に応じた不動産の持分の移転登記請求、及び、自己の相続分の預金債権相当額の不当利得の返還を請求した。原審は、第三遺言を無効とした上で、（したがって、第一遺言は第二遺言で取り消されたことになるが）予備的請求を遺産分割の請求として棄却した。X上告。一部棄却、一部破棄差し戻し。

（判決理由）最高裁は、不動産に関しては、法定相続分の移転登記を認容するとともに、預金債権については、「共同相続人の一人が、相続財産中の可分債権につき、法律上の権限なく自己の債権となった分以外の債権を行使した場合には、当該権利行使は、当該債権を取得した他の共同相続人の財産に対する侵害となるから、その侵害を受けた共同相続人は、その侵害をした共同相続人に対して不法行為に基づく損害賠償又は不当利得の返還を請求することができるものというべきである」と判示した。

本判決でも、債権者の弁済受領者に対する不法行為による損害賠償請求、及び、不当利得返還請求までも認容されたが、その理由は示されていない。判決は、「当該債権を取得した共同相続人の財産に対する侵害となる」と判示しているだけである。不当利得の成否に関して、より詳細な理由付けを行ったのが、本稿の冒頭で示した次の判例である。

⑰最判平成一六年一〇月二六日（判時一八八一号六四頁）

（事実の概要）XYは被相続人Aの子で相続分各々二分の一の共同相続人である。Yが金融機関（B、C）の預金の全額の弁済を受けたので、Xは預金の自己の共同相続分相当額をYに対して不当利得返還請求した。原審（仙台高裁秋

田支判平成一五年一二月二四日判タ一一五三号一五五頁）は、無権限者への弁済が準占有者への弁済に当たらず、債務者から弁済を受けられるにしても、弁済受領者が責任を免れるなら、権利者は準占有者への弁済に当たるか否かを判断した上で被告を選択せねばならず、債務者保護のための民四七八条が弁済受領者の保護に充てられるのは不合理である。債権者が債務者に弁済を請求し、債務者が弁済受領者から不当利得返還請求するのは迂遠で、債権者から弁済受領者に対する請求を認めれば、問題は一挙に解決される。したがって、弁済受領者が、正当な権利者からの不当利得返還請求に対して、債権の準占有者に対する弁済ではないから本来の債務者から弁済を受けるべきだとして自らの責任を免れることは、信義則上許されないと判示した。そこで、Yは、上告して、金融機関A、Bには過失があり有効な弁済とはならないから、Xは預金債権を有し、不当利得の要件である「損失」がないと抗弁した。上告棄却。

（判決理由）「（一）Y（上告人）は、本件金融機関からX（被上告人）相続分の預金について自ら受領権限があるものとして払戻しを受けておきながら、Xから提起された本件訴訟において、一転して、本件各金融機関に過失があるとして、自らが受けた上記払戻しが無効であるなどと主張するに至ったこと、（二）仮に、Yが、本件各金融機関がした上記払戻しの民法四七八条の弁済としての有効性を争って、Xの本訴請求の棄却を求めることができるとすると、Xは、本件各金融機関が上記払戻しを受けるに当たり善意無過失であったか否かという、自らが関与していない問題について判断した上で訴訟上の相手方を選択しなければならないということになるが、何ら非のないXがYとの関係でこのような訴訟上の負担を受忍しなければならない理由はないなどの諸点にかんがみると、Yが上記主張をして被上告人の本訴請求を争うことは、信義誠実の原則に反して許されないものというべきである」

本件では、債権者の弁済受領者に対する不当利得返還請求が問題となっている。原審は、（ⅰ）債権者が弁済が有効か否かという、債務者・弁済受領者の間の法律関係を判断する困難であること。（ⅱ）その結果、準占有者への弁済に

当たるか否かの評価が、債権者の弁済受領者への請求の阻害要因となりかねない不合理。(iii)債権者の直接請求を認めれば、弁済過程が短縮される。(iv)弁済受領者が債権者に対して、本来の債務者から弁済を受けるべきだと主張して責任を免れるのは、信義則上許されないと判示している。これに対して、最高裁は、主に、(i)と(iv)、特に、債務者には債権者として権利主張し、債権者には無権利者として返還を拒む弁済受領者の行為が、矛盾行為であり、信義則に反すると判示している。以上の原審・最高裁の説示それ自体は、極めて説得力に富むものであろう。しかし、債権は消滅せず存続してるから、債権者に「損失」はないという問題に正面から答えたものではない。ただし、以上からは、債務者が弁済受領者に対して非債弁済の不当利得の返還を請求している場合の、債権者の請求との競合などの問題を除けば、債権者は弁済受領者に不当利得返還請求できるというのが判例の立場だと考えることもできる。ところが、必ずしもそうでもないというのが、以下に紹介する最高裁判例の原審の考え方である。

⑱最高平成一七年七月一一日（判時一九一一号九七頁）

（事実の概要）被相続人Aは銀行Xに定期預金を有していた。Aの法定相続人は、Aの前夫Bとの子Cと、後夫Dとの子Y1、Y2である。Aの遺産には本件預金以外に不動産（土地）が存在した。Y2の依頼を受けた司法書士Eの問い合わせに、Cが金銭より土地が欲しいと言ったため、Y1、Y2は預金の全額を払戻した。ところが、Cは預金債権の三分の一を相続したとして、Xに当該金額と遅延利息を請求した。XはCに対しては準占有者への弁済、及び、CとY1、Y2間の（Cは預金ではなく、土地を取得する）遺産分割の一部の合意を主張した（甲事件）。しかし、他方で、Xは、Y1、Y2がCに帰属する預金相当額の帰任を不当利得したとして、金銭の返還と預金の払戻しの時点からの法定利息の支払いを求めて訴えを提起した（乙事件）。第一審（札幌地判平成一六年一月二八日）は、Xの過失ゆえに準

占有者への弁済（民四七八条）の成立は退けたが、CとＹ１、Ｙ２間の合意を認定して、甲事件、乙事件のいずれの請求も棄却した。原審（札幌高判平成一六年九月一〇日）もCとＹ１、Ｙ２間の合意の存在は認定せずCの請求を認容したが、XのＹ１、Ｙ２に対する請求は、「Xが、Ｙ１及びＹ２に対して、不当利得返還請求する場合には、Xに損失が生じている必要がある（民法七〇三条参照）。しかしながら、Xは、甲事件においてCの請求を争っており、CのXに対する本訴請求が確定し、現実にCに弁済した後でなければ、Xに現実の損失は生じていないことになる。そうすると、XのＹ１及びＹ２に対する請求は不当利得の要件を欠くことになり、主張自他失当であるといわざるを得ない」として請求棄却した。Xが甲事件、乙事件を上告受理申立したが、乙事件だけが上告受理された。一部上告棄却。一部破棄自判。

（判決理由）「前記事実認定によれば、Ｙ１等は、本件預金のうちCの法定相続分相当額の預金については、これを受領する権限がなかったにもかかわらず、払戻しを受けたものであり、また、この払戻しが債権の準占有者に対する弁済に当たることもできないというのである。そうすると、本件払戻しのうちCの法定相続分相当額の預金の払戻しは弁済としての効力がなく、Cは、本件預金債権のうち自己の法定相続分に相当する預金債権を失わないことになる。したがって、Xは、本件払戻しをしたことにより、本件預金のうちCの法定相続分に相当する金員の損失を被ったことは明らかである。そして、本件払戻しによりＹ１らがCの法定相続分に相当する金員を利得したこと、Ｙ１らの利得については法律上の原因が存在しないこともまた明らかである。したがって、Xは、Ｙ１らに対し、本件払戻しをした時点において、本件預金のうちCの法定相続分に相当する金員について、Ｙ１らに対する不当利得返還請求権を取得したものというべきである。

なお、前記事実関係によれば、Ｙ１らは、本件払戻しを受けた時点においては、本件預金のうちCの法定相続分相当

額の預金の受領権限を有しないことにつき悪意であったとまでは認められないものの、乙事件に係る訴状の送達を受けた日である平成一五年四月五日から悪意となったものと認めるのが相当である」

本判決は、債権者の無権限弁済受領者に対する不当利得返還請求権の成否が直接に問題となった事例ではない。しかし、本判決の原審は、無権利者Y1、Y2に弁済した債務者Xが損失を受けるのは、本来の債権者Cに弁済した後であると判示している。この思考図式は、債権者の弁済受領者に対する不当利得返還請求権には、より一層当てはまる。つまり、現実に自己の財産からの出捐があっても、債務者は二重弁済して始めて「損失」を受けるというなら、債権を失わず自己の財産から出捐していない債権者には、ますます「損失」はないといえるからである。ただし、本判決は、Xの損失を肯定して、Y1、Y2に対する不当利得返還請求権を認容している。(36)

以上の判例からは、判例は債権者の弁済受領者に対する直接請求を認める際に、債権者の「損害」又は「損失」を正面から肯定したわけではない。却って、無権利者への弁済が債権の消滅効を生じるか否かを債権者が判断する困難、弁済過程の短縮、及び、無権限の弁済受領者の矛盾行為を理由に、債権者の弁済受領者に対する不法行為ないし不当利得による請求を認めているといえよう。しかし、その背後に存在するのは、不当な弁済を受けた弁済受領者に対する非難である。かつ、弁済受領者への非難が直接請求につながるのは、他人の権利領域への干渉に対する、権利者の反動的請求が認められるべきだという評価であると考える。

（2）他人の債権の回収に関する学説

（a）不法行為に関する学説

債権の無権利者に対する弁済が、準占有者への弁済となる場合が、不法行為を構成することに異論はない。(37)他方で、

債権の弁済効がない場合が、不法行為となるかを論じた学説は存在しない。却って、第三者が債権証書を破棄したり債務者に返還した場合は、それだけでは債権は消滅しないから不法行為にはならないとされている[38]。つまり、債権が消滅しない場合は、不法行為ではないと解されている。

ただし、（先の平成６年東京高判例（⑮の金判のコメントが指示する）四宮説は、例えば、Ｙが詐欺でＸに目的物をＡに売却させ、さらに、Ｙ自身が転売して所有権を失わせた場合は、ＸはＡに対する代金請求権と、Ｙに対する損害賠償請求権を取得する。その場合に、損害賠償請求権が脱落しない理由は、二つの請求権を認めても義務者に酷ではない、権利者には二重の請求権を有する利点がある、権利者の二重弁済の恐れはないという理由をあげている[39]。もちろん、以上は、所有権の喪失という不法行為の成立に問題はない場合である。したがって、無権利者への弁済により債権が消滅しないときと、同一視することはできない。しかし、二つの請求権が併存する根拠は、ここでの問題にも当てはまる。つまり、他人の権利への侵害者（干渉者）に対して、本来の請求権以外に、付加的に権利者の反動的請求権を認めても不都合はないという意味では、両者で共通していると考えることも不可能ではないといえよう。

（ｂ）不当利得に関する学説

（ア）先述の平成一六年最判（最判平成一六年一〇月二六日判時一八八一号六四頁（⑰））以前にも、無権利者への弁済が債権の弁済効を有しない場合も、債権者は弁済を追認して有効な弁済とし、弁済受領者に対して不当利得返還請求できると解すべきだと、（学説には民四七八条に関するものと、不当利得に関するものがあるが）多くの学説は考えていた[40]。かつ、我妻説、澤井説は、明示的にＢＧＢの規定（ＢＧＢ三六二条二項、一八五条）とドイツの学説を指示している[41]。

ただし、債権者が追認した後の、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の存続に関して言及していたのは、澤井説、奥田説である。奥田説は、民四七八条が適用される場合、及び、債権者の承認（追認）があった場合も、債権の消滅効は不確定だが、債権者、債務者が同時に弁済受領者に請求した場合は、債権者の請求を優先せしめ、債務者の免責を認めれば良いであろうと、説いている。[42] さらに、澤井説は、債権者の承認（追認）を民四七九条に包摂するという解釈論を提示している。すなわち、民四七九条は、無権限の弁済受領に民四七八条が適用されないときでも、弁済が債権者の利益となった限度で債権は消滅するという規定である。以上の債権者の利益には、債権者の承認も含まれると解するのである。[43]

ちなみに、以上の学説は、債務者の無権利者への弁済が有効となる（民四七八条、四八〇条の適用される）場合と、無効の場合とを、判然と区別して議論しているわけではない。というのは、判例（大判大正七年一二月七日民録二四輯二三一〇頁）とは異なり、圧倒的多数の学説は、民四七八条が適用されうる場合でも、債権の弁済効は確定せず、債務者には債権者に対して民四七八条を抗弁するか、弁済受領者に非債務弁済の不当利得返還請求権を行使するかの選択権があると解している。[44][45] したがって、弁済受領者に対する債権者の請求と債務者の請求は、民四七八条の適用される場合にも競合する可能性があるからである。

以上のように、民四七八条に関する学説には、債権者と債務者の優劣を論じるものはあったが、不当利得に関する殆どの学説はこの点に言及していなかった。[46]

（イ）もっとも、債務者と債権者の競合が本格的に議論され始めたのは、冒頭の平成一六年最判（又は、それに先行する最判平成一六年四月二〇日判時一八五九号六一頁（前記（1）②））の結論を前提として、学説が議論を始めてからであろう。さらに、それらの学説は、平成一六年最判の説く「信義則」を重視するものと、債権者の追認があったと

考えるものに分かれる。以下では、まず、それらの学説を整理しておくこととする。

学説で、自分が債権者として弁済受領した弁済受領者が、債権者には損失がないと抗弁することが信義則に反するという最高裁の説示を重視するものの狙いは、当事者の請求の方向性によって、権利関係を確定させることである。例えば、潮見説は、債務者の弁済受領者への請求に対して、弁済受領者が民四七八条による免責を主張して、請求を拒むのは信義則違反だとする。さらに、債務者が弁済受領者に返還請求しながら、債権者に対して民四七八条の免責を主張することも信義則に反するとしている[47]。中舎説も、債権者が弁済受領者に対して不当利得返還請求をするなら、信義則から民四七八条の抗弁を放棄したものと考えるべきだとしている[48][49]。ただし、そのように解しても、債務者と債権者が同時に弁済受領者に請求した場合は、権利関係を確定させることは不可能であろう。したがって、やはり無権限弁済の帰属関係を考えておくことが必要であろう。

以上に関しては、債権者の追認を説く奥田説は、先述したように、債権者と債務者の同時の請求で債権者を優先させていた。債権者の承認（追認）が債務の弁済効を発生させる（民四七九条）と説く澤井説も同様であろう[50]。内田説も、債権者の承認（追認）によって弁済効は確定するとしている。

他方で、幾つかの学説では、債権者は弁済を追認しても、債務者に対する請求権を失わないと解されている。その典型が、山田（誠一）説である[51]。すなわち、山田説では、債権者の追認の後、債務者と弁済受領者とは不真正連帯債務の関係にあるとされる[52]。債務者への請求権は存続すると説くものでも、結果的に同様であろう。弁済受領者による給付と同時履行での債権者の追認の可能性を支持するものも、意識的に弁済効の確定を回避しているといえる[53]。さらに笠井説は、債権者の請求に対して債務者が債権者には損失がないという抗弁を信義則上主張できないから、債権者は損失を証明する必要はないとされると解している[54]。とすれば、笠井説でも、結論的には債権者の債務者への請求は可能と

考えることになろう。

（ウ）ドイツ法と対比した、以上のわが国の学説の議論の特徴は、無権利者に対する債務者の弁済（給付）の債権者への帰属性を疑問視しないことである。つまり、ドイツ法では、普通法の時代から、債務者が無権限者に弁済した債務と、債権者の債務者に対する債権との同一性はないとして、債権者の追認可能性を否定する学説があった（Zimmermann, Monroy）。最近の有力説であるロト（Roth）の見解も、債務者の弁済の意思決定の変更の可能性という側面から、債権者の追認は不可能だと指摘している。さらに、弁済受領者に返還請求するか、債権者に対して債権の消滅を主張するかという債務者の選択権の保護という観点は、わが国の学説では具体的に議論されていなかった。その結果、債権者の債務者の一般債権者との競合、及び、債務者の債権者に対する反対債権での相殺の利益は、必ずしも注目されていなかったといえる。さらに、ドイツ法の影響下に、債権者の追認を指示する学説以外は、債権者の「損害」、「損失」の存否に関して、必ずしも十分に考えていたのかは疑問視する余地もないわけではない。

（エ）それでは、以上をどう考えるかである。ドイツ法とわが国の学説の相違の根拠には、両者の不法行為と債権譲渡の制度の違いが関係していると考える。というのは、無権利者への弁済により債権が消滅する場合でも、債権者は弁済受領者に対して不法行為による損害賠償請求を認めないのが、ドイツの通説の立場である。その理由は、不法行為の一般条項であるＢＧＢ八二三条一項の保護する絶対権（及び、その他の権利）とは異なり、債権はその相対的な性質ゆえに、一般的に他人の法律関係に介入しないという義務を承認すれば、行為の自由が不当に制限されるからである(55)(56)。したがって、一般的に不法行為制度によって債権を保護するという考え方は存在しない。ただし、実際にそこで議論の焦点となっているのは、他人の債権の無権限の回収により債権の弁済効が発生する場合、つまり、債権の帰属侵害（Verletzung der Forderungszuständigkeit）のケースである。しかし、その場合には、侵害者に故意・過失のない場合

にも、債権者の弁済受領者に対する請求を認める必要がある。したがって、不法行為では不十分であり、かつ、その際には不当利得返還請求が用意されているから、不法行為によるサンクションが不可欠ではないというのである[57]。かつ、その際にドイツ法で想定されている債権の消滅効を伴う典型的な事例は、債権の二重譲渡で劣後する譲受人（新債権者）が債務者から弁済受領した（ＢＧＢ四〇七条の適用される）ケースであろう。その場合には、確かに、一般的には譲受人（弁済受領者）の過失を論ずることはできない。

他方で、わが国では債権譲渡で債務者に対する通知（又は、債務者の承諾）がない場合は、そもそも債務者に対しても債権の帰属を主張することができない。債務者への対抗要件が具備された場合は、第三者対抗要件で劣後する譲受人に対して債務者が弁済するという事態も考えにくい[58]。第三者対抗要件で優先する譲受人への弁済があった場合は、不法行為・不当利得の問題は発生しない。そうすると、わが国での無権利者への弁済が無効なケースは、通常は弁済受領者の故意・過失が前提であろう。加えて、わが国の不法行為の一般条項である民七〇九条では、「権利」及び（古くから「権利侵害から違法性へ」という方向性の下で）「法律上保護される利益」がサンクションの対象とされている。だから、初期の大審院の判例も、他人の物の処分のケースで、直接の侵害者に故意・過失があれば、第三者の権利取得の有無にかかわらず、不法行為の成立を認めていた（③④）。さらに、不当利得に関する学説は、所有権の侵害のケースで、例外なく故意・過失のあるであろう直接の侵害者の処分を追認して、所有者は侵害者に対して不当利得返還請求できると解している。つまり、不法行為の損害の発生を補完する機能を、所有者の追認が果たすと解している。反対に、善意・無過失の中間占有者の処分を追認して、所有者が不当利得返還請求することを、学説が一般的に承認するとは考えられない。他人の所有物を処分した直接の侵害者に対する所有者の不当利得返還請求では、判例も第三者に対する処分の有効性に言及していないことも参照に値すると思われる（⑦⑧（⑨）⑩）。つまり、わが国の判例・学説では、本体は侵

害者に故意・過失がある場合のサンクションの中心は、不法行為であり、不当利得はその補完的機能を果たしているといえる。それに加えて、不法行為による保護法益に関する寛容さが付加されれば、故意・過失により他人の債権を回収した者に対するサンクションを認めること自体には抵抗感はない。先に見た平成六年東京高判（⑮）、及び、平成一四年最判（⑯）が、損害の存在に言及せず、不法行為の成立を認めたことは、その現れであると評価することも可能であろう。以上からは、侵害者の故意・過失の存在を前提に、不法行為の要件である損害の発生を一応は度外視して、債権自体は債権者に帰属していることは間違いはないから、他人の権利領域への干渉に対するサンクションが問題となっているのが、他人の物の処分のみならず、債権の回収の事例だと考える。

ただし、そうだとすると、弁済受領者の行為態様が正面に現れ、債務者の弁済の帰属は背後に後退することとなる。もっとも、その場合でも、損害の要件を厳格に論ずるなら、不法行為の成立は否定されることになる（不法行為を否定した大審院の判例（⑤⑥）を参照）。他方で、侵害者の利得に注目すれば、侵害者が売却代金、又は、債務者の弁済を「利得」していることは間違いがない。残った問題は、所有者、又は、債権者の損失である。そこで、他人の物の処分に関する判例は、他人の物の処分による処分者の利得を問題にする。他人の債権の回収では、債権者の矛盾行為の信義則違背が問題にされ、「損失」の要件は具備されたとみなされる。しかも、他人の物の処分とは異なり、他人の債権の回収では、客観的価値と売却価格との乖離、つまり、（物の客観的価値＝損失としても）損失と利得の齟齬も存在しない。以上からは、他人の債権の回収では、加害者（侵害者）の故意・過失を前提として、不法行為の要件である「損害」を、不当利得の利得と損失で補ったのが判例の行き方だと評価することも許されると考える。ただし、そのことを通じて、わが国の判例・学説は、他人の権利領域への干渉に対する権利者の反動的請求を承認したことは間違いないであろう。つまり、侵害者の故意・過失を前提とした、誤想事務管理の承認に他ならないと考える。以上の検討を前提に、最後に、

ドイツ法との対比で、わが国の解釈論のあり方、及び、侵害利得による財貨保護のサンクションについて考察することとしたい。

（４）前掲一・注（17）三宅二八八頁。

（５）無権限処分の追認が問題になったのは、以下のような裁判例である。

②－１．大阪高判昭和三七年四月二三日（判時三〇二号一七頁）（事実の概要）父親Ａが子Ｘのために購入しＸ名義で登記した土地を、Ａが自己の土地としてＹに売却した。ただし、ＸによるＡの処分の追認が認定された。（判決理由）「そもそも無権代理行為の追認と他人の権利を自己の名において処分した行為の追認とは、本質において同一であるのみならず、取引の円滑を期する実際上の要請から云っても、追認を単に代理行為の場合のみに局限するのは偏狭に失し、他人の権利を自己のそれとして自己の名において処分した場合にまで拡張するのが相当であるから（前記①昭和一〇年大審院判決）、無権代理に関する民法の規定は本件のような非権利者の処分行為の追認にも類推適用されると解するのが相当である」

②－２．東京地判昭和四四年四月二四日（判時五六七号四〇頁）（事実の概要）息子Ａが印鑑などを盗用して、父親Ｘ１所有の土地と祖母Ｘ２所有の建物を自己名義に所有権移転登記を了し、債権者Ｂのために根抵当権を設定した。父親は抵当権の抹消をＣ弁護士に依頼したが、競売手続が開始されていたため、Ｃ弁護士は緊急措置として債権者Ｂから債権譲渡を受け、根抵当権の登記などの移転を受けることとした。他方で、税務署Ｙは、Ａに対する滞納処分として、土地建物を差し押さえた。Ｘ１、Ｘ２は、差押の取消を求めたが、Ｙは債権譲渡と根抵当権設定登記の移転がＡの無権限処分の追認に当たると主張した。（判決理由）「ある物件につき、なんら権利を有しない者が、これを自己の権利に属するものとして処分した場合において、真実の権利（ママ）が後日これを追認したときは、無権代理人の行為の追認に関する民法一一六条の類推適用により、処分の時に遡って効力を生ずるものと解するを相当とし（前記②昭和三八年最高裁判決）、本件において、Ｃ弁護士が原告（Ｘ）を代理してした前記行為は、ＡのしたＢに対する根抵当権の設定行為を追認したものと

解されるから、右根抵当権設定契約等は、Aがこれをした時点に遡って、Xについて効力を有すると解すべきである。

しかしながら、追認の効果は右の限度にとどまるものであって、これがため、本来Xの所有にかかる本件土地がAの所有となるものではないと解すべきである。けだし、右追認の意思表示は、XからAへの譲渡をも追認する意思は含んでいないものと解するを相当とするからである。たしかに、右追認の法理が、無権利者が他人の権利を自己の権利として処分した行為を有効ならしめるものであるため、無権利者の処分の前提である『自己のものとした』行為すなわち無権利者への移転をも有効とするのが一貫しているかのごとくであるが、権利を自己のものとする行為とこれを処分する行為とは理論上別個独立のものであり、本件の抵当権設定のような場合には、前者と切り離して後者のみを有効とすることは理論上なんらさしつかえないから、このような場合には、右追認の法理はあくまで権利者の意思に従い、権利者の追認した当該処分行為に限り、その効力を既往に遡らせるものにすぎないと解すべきものである。このことは、右法理が無権代理の追認に関する法理を、代理の形式はとらなくとも実質上これと同視すべき場合に類推して適用しようとするものであることからも肯認できるのである（なお、この場合、権利者たるXは、依然として本件土地の所有権を有するものであるから、Aに対してその登記名義の回復を求めることができるが、Bの根抵当権が有効に存在するため、抹消登記手続を請求することはできず、抹消にかわる移転登記手続を請求することになる）。」

②－3．札幌地判昭和四七年一一月二九日（判時七〇〇号一一三頁）（事実の概要）X会社がYに対して、Yの委託による小豆の買付による差損金と委託手数料を請求し、かつ、予備的に、仮に以上の買付がXの社員Aの手張り行為でも、YはAの背任に荷担したとして損害賠償を請求した。（判決理由）「一般取引について名義を盗用された本人がその事実を知りながらその取引行為を追認する旨の意思表示をしたときは、相手方および第三者の信頼を害することがない限り、その取引は当初から本人について有効であったものと解すべきである。けだし、この点につきわが民法上に明文はないものの、無効な行為について非遡及的追認を認める民法一一九条但書および無権代理について第三者の権利を害しない範囲での遡及的追認を認める同法一一六条の規定を類推すれば、一般に無効な行為についても第三者の権利を害しない限度で遡及的追認を認むべく、この理は本人自ら無効な行為をした場合に限らず、第三者が本人名義を冒用して相手方と取引をし、相手方が本人との間に取引が成立したと信じている場合に本人がこれらの事実を知りながら取引行為を承認する場合にも拡張して適用すべきものといえるからである。

よってＹが本件建玉の委託を事後的に明示黙示に追認したか否かについて判断するに、Ｘが訴外ＡのＹ名義による本件手張り行為の存在を知りかつＸから本件建玉の買付報告書の送付を受けながらＸに対し委託の否認を申し出るなどの処置をとらなかったことは前認定のとおりであるが、右の事実のみをもってしては委託を黙示に追認したものというに十分ではなく、・・」

（6）民一一六条の類推として、他人物売買の追認可能性を説くものは、石田穣『民法総則』（悠々社・一九九二年）四五二頁、内田貴『民法Ⅰ（第四版）』（東大出版・二〇〇八年）二九四頁、河上正二『民法総則講義』（日評・二〇〇七年）四二一頁以下、四五七頁以下など。

（7）授権概念を前提に、無権利者の処分の追認（追完）を説くのが、於保不二雄『財産管理論序説』（有信堂・一九五四年）、四宮和夫『民法総則（第三版）』（弘文堂・一九八二年）二三六頁以下、辻正美『民法総則』（成文堂・一九九九年）三一二頁、川井健『民法概論１民法総則（第二版）』（有斐閣・二〇〇〇年）二五五頁、三二〇頁、山本敬三『民法講義Ⅰ（第二版）』（有斐閣・二〇〇五年）三〇八頁。

（8）以上の追認（追完）と授権概念に関しては、特に、伊藤進『授権・追完・表見代理理論（私法研究 第一巻）』（成文堂・一九八九年）を参照。ただし、後述する我妻説、松坂説は、所有者の追認により無権限処分者に対する不当利得返還請求が可能となるというコンテクストで、以上の判例を引用している（後述）。

（9）我妻栄編『体系民法判例Ⅵ（事務管理・不当利得・不法行為）』（有斐閣・一九六八年）［四宮和夫］五九〇頁は、以上の④判決から大審院は判例変更して、所有者の選択権を否定したと理解している。

（10）例えば、鳩山秀夫『増訂・日本債権法各論（下巻）』（岩波書店・一九二四年）七八〇頁註二、前掲一・注（1）四宮四三頁、四五頁注(四)、澤井裕『事務管理・不当利得・不法行為［第三版］』（有斐閣・二〇〇一年）二二頁などを参照。

（11）準事務管理の肯定・否定に関する学説の状況については、好美清光「準事務管理の再評価」『不当利得・事務管理の研究（三）（谷口知平教授還暦記念）』（有斐閣・一九七三年）三七一頁以下、谷口知平・甲斐道太郎編『新注釈民法（一八）』（有斐閣・一九九一年）三二一頁［平田春二］を参照。

（12）本判決に対して、柚木馨『判例物権法總論』（有斐閣・一九五五年）三六一頁は、単に当然極まる結論であるとしている。川島武宜・川井健『新版注釈民法（七）』［好美清光］（有斐閣・二〇〇七年）二〇七頁もほぼ同旨。

他方で、舟橋醇一『物権法』（有斐閣・一九六〇年）二五七頁は、「一九三条が現物の存在を前提とすることは、同条の文字、および一九四条により代価弁償を定めたことからも、知ることができるから、一九三条を受けた一九四条についても、同様に解すべく、したがって、判旨は当然だとされるわけである。ただし、もし同判決の事案で、目的物たる電気銅が架空用電線に変形していても、なお特定性ないし同一性を保持しているようであったなら（原審は、変形により『消費』されたといっているけれども、上告論旨は、同一性を失わないと主張している）、目的物は変形して現存するものと解し、一九三条・一九四条を適用すべきであろう」と指摘する。鈴木禄弥「即時取得」『総合判例研究叢書　民法（六）』（有斐閣・一九五七年）五九頁以下、一三〇頁も、一九三条の適用を極力狭く解すべきことから賛成できるとする。しかし、他方で、物が転売されて現存する場合は、転買者が原所有者から返還請求を受けると、転売者は転買者から追奪担保責任の追及を受けるのと比較すると疑問の余地があると指摘している。

他方で、小池隆一『日本物権法論』（清水書店・一九三一年）は、損害賠償の義務を負うと解している。ただし、それでは、善意・無過失の占有者は責任を免れることになろう。

(13) 例えば、好美清光「判批」民商一二四巻四・五号七二三頁以下、池田恒男「民法判例レビュー」判タ一〇四六号六七頁以下など。ただし、前掲注（12）好美二二六頁では、「代価弁償には代価支払後の利息を含まない、と解されていることと関連させて理解されるべきであろう」と判例にある程度は親和的な理解を示している。

(14) 占有者の果実の返還義務に関しては、特に、花本広志「物から生じる収益と不当利得（一）（二）（三）」判タ七〇五号四五頁以下、七〇七号三九頁以下、七〇八条三四頁以下が決定的である。より簡単には、前掲一・注（2）藤原一三八頁以下を参照。

(15) 本稿は、本判決は善意占有者の取引の安全を拡大した、いわば判例による法発展であると考える。判例に賛成する学説としては、鳥谷部茂「判評」判時一七三四号一六一頁以下（判評五〇五号七頁以下）、一六四頁、中井美雄「判批」リマークス二三号二二頁以下、二五頁などを参照。

さらに、一九三条、一九四条での原所有者帰属説と善意者帰属説に関しては、前掲注（12）好美一九九頁以下を参照。本稿は、前掲一・注（2）藤原一九四頁注（206）で論じたように、鈴木（録弥）説を支持したい。

(16) 加藤一郎『不法行為（増補版）』（有斐閣・一九七四年）一〇七頁を参照。幾代道『不法行為』（筑摩書房・一九七七年）

六六頁注（一）、幾代道・徳本伸一補訂『不法行為』（有斐閣・一九九三年）六七頁注（一）は、加藤の記述に依拠している。四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為（中）』（青林書院・一九八三年）三一二頁には、社会観念上回復を不能ならしめる行為も所有権侵害という記述がある。前掲注（10）澤井一五四頁も同旨。

(17) 例えば、潮見佳男『不法行為法』（信山社・一九九九年）、窪田充見『不法行為法』（有斐閣・二〇〇七年）には、処分が権利者に対して効力がない場合に関する記述は存在しない。吉村良一『不法行為法（第三版）』（有斐閣・二〇〇五年）四七頁の記述も極めて簡単である。

(18) 前掲一・注（1）我妻［一五〇八］

(19) 我妻栄『物権法（民法講義Ⅱ）』（岩波書店・一九五二年）［二一三］以下、我妻栄・有泉亨補訂『新訂物権法（民法講義Ⅱ）』（岩波書店・一九八三年）［二一三］以下を参照。

(20) 前掲一・注（1）松坂一五二頁。

(21) 前掲一・注（1）松坂一五六頁注（二）。

(22) 前掲一・注（1）松坂一五六頁注（三）。

(23) 前掲一・注（1）四宮一九三頁以下。

(24) 前掲一・注（1）四宮一九五頁注（二）。

(25) 前掲一・注（1）四宮一九四頁注（一）。

(26) 前掲一・注(17)三宅二八二頁以下。ちなみに、ここでの三宅説の後期普通法から現在に至るまでのドイツ法の紹介は、実に簡にして要を極めたものと考える。

(27) 前掲一・注(17)三宅二八八頁以下。

(28) 前掲一・注(17)三宅二九一頁。

(29) 前掲一・注(17)三宅二八八頁。以上の三宅説に対して、四宮説は、追認（完）による不当利得の承認という法律構成、および、わが国の判例の観察に関しては全面的に支持している。しかし、他方で、善意の利得者に対して客観的な価値賠償ではなく売却代金全部の請求を認める点には反対している。

(30) ちなみに、即断に過ぎる可能性もあるが、三宅説の事務管理理論には、普通法期のドイツの学説の検討を基礎としてい

る部分があると考える。というのは、本稿の対象以外でも、三宅説は転用物訴権でも、フォン・トゥール（von. Tuhr）の法律構成に依拠した解釈論を唱えている。以上に関しては、三宅正夫「事務管理者の行為の本人に対する効力」『不当利得・事務管理の研究（三）』谷口知平教授還暦記念（有斐閣・一九七二年）三三八頁以下、前掲一・注（17）三宅三〇二頁以下。さらに、フォン・トゥールの転用物訴権論に関しては、平田健治「フォン・トゥールの『転用物訴権』論について（一）（二）」法政理論二〇巻三号一頁以下、二〇巻四号一〇二頁以下を参照。

(31) 前掲一・注（2）藤原二一六頁。

(32) 最判昭和二九年四月八日民集八巻四号八一九頁。ただし、学説には遺産共有の性質も含めて異論が多い。以上に関しては、例えば、中川善之助・泉久夫『相続法（第四版）』（有斐閣・二〇〇〇年）二三〇頁以下を参照。

(33) その旨を判示した、東京地裁平成七年一一月三〇日判時一五七八号七一頁を参照。

(34) 筆者にはフランス法の調査能力はないが、Peter Schlechtriem, Restituton und Bereicherungsausgleich in Europa, Ⅱ, Mohr, 2001, S.178f. によれば、フランス法では債権者の弁済受領者に対する返還請求が（判例が発展させた）一般不当利得で認められているようであるが、一部の学説は債権者代位権を優先させ、かつ、それが本来の請求のあり方だと解しているとされている。

(35) 金法一三九二号四三頁。

(36) 本判決に関する筆者の考え方は、藤原正則「判批」リマークス三四号三八頁以下を参照。

(37) 前掲注（16）加藤一一八頁、幾代六八頁、幾代・徳本六九頁、注（10）澤井一五五頁、注（17）吉村四九頁など。

(38) 前掲注（16）加藤一一八頁以下。

(39) 前掲注（16）四宮四四〇頁。

(40) 民四七八条に関する学説は、例えば、前掲一・注（3）澤井八一頁以下、奥田五一〇頁、内田五七頁など。不当利得に関する学説としては、前掲一・注（1）我妻［一五四六］、松坂一六五頁、四宮一九九頁、前掲一・注（2）藤原二三〇頁。

(41) 前掲一・注（1）我妻［一五四六］、前掲一・注（3）澤井一一〇頁。前掲一・注（1）四宮一九九頁もＢＧＢ三六二条二項を指示している。

(42) 前掲一・注（3）奥田五一〇頁。

(43) 前掲一・注（3）澤井八一頁以下、一一〇頁以下。
(44) 例えば、前掲一・注（3）澤井八一頁以下、奥田五一〇頁以下、平井一九九頁、内田五七頁、潮見佳男『債権総論（第三版）』（信山社・二〇〇五年）二四二頁以下など。
(45) 反対に弁済効の確定を説くのが於保不二雄『債権総論（新版）』（有斐閣・一九八三年）三五八頁、北川善太郎『債権総論（第二版）』（有斐閣・一九九六年）九四頁。
(46) 但し、前掲一・注（2）藤原は、債務者の一般債権者が債務者の弁済受領者に対する非債弁済の不当利得を差押さえた場合の不都合を考慮するが、債権者の非債弁済の不当利得は偶然の産物だから、債権者が優先すると解している。つまり、弁済受領者の財産に弁済が混入することで、債務者の財産から分離されたと解していることになる。
(47) 潮見佳男『プラクティス民法・債権総論（第三版）』（信山社・二〇〇七年）三一七頁以下。
(48) 中舎寛樹「判批」金法一七八〇号七頁以下、九頁以下。
(49) ただし、最近の学説で、以上の最高裁判例の信義則の用い方が、恣意的だと指摘するものがある。廣峰正子「民事判例研究」法時八〇巻三号一〇三頁以下、一〇六頁。さらに、廣峰正子・宮本幸祐「信義則による主張制限と禁反言の原則」神戸学院法学三七巻二号一四五頁以下も参照。
(50) 前掲一・注（3）内田五七頁。
(51) 山田誠一「判批」『平成一六年度重要判例解説』ジュリ一二九一号八六頁以下、八七頁。
(52) 角田美穂子「判批」法セ六〇三号一二〇頁、小野秀誠「判批」金法一七四八号七頁以下、一〇頁。
(53) 藤原正則「判批」民商一三二巻一号一一二頁以下、一一七頁、岡孝「判批」リマークス三二号六頁以下、九頁。
(54) 笠井修「判批」ひろば五八巻一〇号五三頁以下、五六頁。
(55) 例えば、Münch/Mertens, 3.Aufl.(1997), §823, Rn.131を参照。圧倒的な通説だとされている。さらに、E・ドイチュ／H・－J・アーレンス（浦川道太郎訳）『ドイツ不法行為法』（日本評論社・二〇〇八年）一二九頁も参照。
(56) 反対説が、例えば、前掲二・2・注（58）Larenz/Canaris, aaO., S.397ff. カナーリスは、債権をその他の権利として承認する少数説に理があるとする。その理由は、債権は財産権の対象として債権者だけに帰属し、その意味で、割当内容と排他的機能を有している。通説は、債権はＢＧＢ八一六条二項で十分に保護されており、八二三条一項の適用の必要はな

いという。しかし、この論証には、実用的な根拠付けに典型的な二重の弱点があるとする。まず、体系的整合性に欠け、反対の例証を示されればたちまち破綻する。例えば、有限会社の取締役が、ＢＧＢ四〇七条で債権者に対して有効に他人の債権を回収したが、ＢＧＢ八一六条二項の請求権は有限会社が無資力で無意味だった場合である。その際に、取締役に不法行為によりＢＧＢ八二三条一項で損害賠償請求できないというのは理解できない。他人の債権の回収でも、他人の物を処分した場合と、利益状況は重要な部分で変わりはない。特に、有体物の所有権の侵害とは異なり、債権は公示性に欠けるというのは決定的ではない。特に、例えば、取締役が、所有権留保された動産を処分したことで、ＢＧＢ八二三条一項で損害賠償義務を負い、延長された所有権留保で譲渡された転売代金債権を回収しても、不法行為責任を負わないということになり、不合理であるというのである。

(57) 例えば、Dieter Medicus, Schuldrecht, Besonderer Teil, 12.Aufl., Beck.2004, Rn.812 (S.391f.) を参照。

(58) ただし、譲渡特例法による債権譲渡では、話が違ってくる。例えば、ＡがＢに譲渡特例法によりＳに対する債権を譲渡して登録し、その後に民法の債権譲渡の方法でＣに債権譲渡し、確定日付のある証書で債務者Ｓに通知したとする。その場合、Ｃは債権の帰属ではＢに劣後するが、ＳのＣに対する弁済は有効である。したがって、ここでは劣後譲受人に対する弁済が容易に発生するが、債務者との関係では無権利者に対する弁済の事例ではない。もっとも、その意味で債権は消滅するから、損失の要件が問題になることはない。

四．おわりに

1．他人の物の無権限の処分

ここでのドイツ法とわが国との最も大きな違いは、わが国では占有離脱物の回復請求権は二年の期間制限に服すこと

（民一九三条）、及び、競売以外にも、公の市場、同種の物を販売する商人から取得した場合は、（原）所有者の回復請求に対して占有者の代価弁償（対価抗弁）を認めていること（民一九四条）であろう。反対に、ドイツ法では占有離脱物でも有価証券・金銭では常に、及び、通常の動産でも公の競売による取得では善意取得が認められる反面、それ以外では、所有者の無条件での回復請求が許されていた。

確かに、ドイツ法でも民法典の立法段階では、誤想事務管理を否定していた。かつ、理由書も無権限処分を追認して、無権利者に対して取得物の引渡を請求することも明示的に退けていた。ところが、無権限処分が無効な場合も、動産が発見できない場合、及び、回復しても物が劣化している場合は、善意取得があった場合と比較して、却って、所有者は不利な地位に立たされる。その結果、判例・学説は、善意・無過失の中間占有者の処分を追認して、不当利得返還請求が可能という一種の法形成を実現している。仮に、所有者が現占有者から物を回復した場合は、中間占有者もその後主からの追奪担保責任の追及を受けることは間違いがない。したがって、所有者からの不当利得返還請求は、いわば追奪担保責任の代償として合理化が可能である。しかも、判例は所有者の中間占有者に対する請求を追認と解し、かつ、追認の効果は確定すると考えるが、学説は、中間占有者の無資力の危険を所有者に負担させないために、条件付追認、売却代金の返還と同時履行の追認を提案している。いわば債権的請求権による所有権保護の完全化が実現されているといえる。以上は、（誤想）事務管理に関する民法典の立法者意思には反するが、ＢＧＢの善意取得の規定の与える所有権保護からは逸脱しているとはいえない、一種の法形成（Rechtsfortbildung）の結果であろう。

他方で、わが国では、第三者が有効に権利取得しない限り、損害の要件を欠くから、所有者は直接の侵害者に対しても損害賠償請求できないというのが、大審院の判例だった。不法行為に関する学説も、この点を特に問題にしてはいない。他方で、不当利得に関する判例は、第三者の権利取得の有効性には言及せず、直接の侵害者に対する不当利得返還

請求を容認している。所有者の追認と（準）事務管理を根拠として（ではあるが）、処分者に故意・過失がある場合に、所有者の売却代金の引渡を認めた判例がある。さらに、判例は、目的物が滅失した場合に、過失のある中間占有者に対する不当利得返還請求権を認容している。学説も、直接の侵害者の処分が無効でも、無権限処分を追認して、所有者は不当利得返還請求が可能と解している。以上からは、処分者に故意・過失がある場合は、判例・学説は不当利得返還請求を肯定しているといえよう。つまり、不法行為の損害の発生の要件を補完しているのが、不当利得法だということになる。

他方で、善意・無過失の中間占有者に対する不当利得の返還請求を認めた判例は見あたらない。加えて、原物返還不能の場合は、民一九四条の回復請求権のみならず、不当利得の返還請求も認めないのが、判例の立場であった。さらに、盗品の善意・無過失の中間占有者に対する不当利得返還請求で、中間処分者の対価控除の抗弁を認めた裁判例、民一九四条の解釈として（原）所有者からの回復請求後も代価弁償の弁済提供までは使用利益の返還義務を免除した判例がある。このような判例は、民一九三条、一九四条の与える取引の安全を拡大する方向性を指向している。したがって、ドイツ法のように、善意・無過失の中間占有者の処分の追認による不当利得の返還請求とは、判例の考え方は無縁であろう。以上は、民一九三条、一九四条が与える取引の安全と所有権保護をどう調整するかという問題であり、その具体化は、本来は、将来の判例・学説の課題であろう。ただし、ここで試論を提示すれば、以下のようになる。

他人の物を無権限で処分した直接の侵害者は、処分の有効・無効と無関係に所有者に対して不当利得返還義務を負うべきであろう。直接の侵害者には、多くは故意、少なくとも過失があるからである。つまり、何度も繰り返したように、ここでは不当利得は不法行為の損害の要件を補完していることになる。かつ、以上の理は、中間処分者に過失がある場合も同様に解することが可能であろう。その際に、損害の発生を厳格に解するなら、所有者の追認を認めるべきことに

なろう。他方で、善意・無過失の中間占有者に対しては、原則として不当利得返還請求は不可能だと考える。

さらに、物が滅失した場合、現占有者に不当利得返還請求できるかが、問題となる。民一九三条の回復請求を受ける現占有者に対しては、原物返還に代わる不当利得返還請求が可能か否かで解釈が分かれる可能性がある。しかし、民一九四条の適用される場合に、物の客観的価値と代価弁償の差額の価値賠償も認めなかった判例（⑫）の方向性を尊重するなら、不当利得返還請求は否定され、過失のある（中間）処分者、多くの場合は直接の処分者への請求が指示されることになる。このように解すると、民一九三条、一九四条の与える取引の安全は、より完全なものとなる。

他方で、民一九四条が適用され、かつ、原物返還が不能でも、現占有者は物の客観的価値と代価弁償の差額の返還義務を負うと解する余地もある。そうすると、民一九三条が適用されるときは、原物返還が不能でも、回復請求権は価値賠償請求として存続すると解するのは当然であろう。その結果、現占有者は、物の客観的な価値賠償義務を負い、前主に対して追奪担保責任を追及することとなる。その際に、前主が善意・無過失でも、物の客観的価値と代金との差額は信頼利益として損害賠償の請求が可能であろう。他方で、（原）所有者は過失のある中間占有者、又は、直接の侵害者に現占有者に弁償した代価を損害賠償請求することになる。(1)

結論として、侵害利得は所有権の継続的効果（Rechtsfortwirkung）であり、所有権保護を目的とするが、その具体化は所有権保護と取引の安全に関する物権法上の法規定の評価に依存しているということになる。(2)

2．他人の債権の無権限の取立

他人の所有権の侵害とは異なり、他人の債権の取立では、ドイツ法とわが国でも共通の議論が可能な要素が多い。し

かも、他人の債権の取立では、不法行為又は不当利得による債権者の請求の相手方は、直接の侵害者に限られる。したがって、ここでは、善意・無過失の中間処分者に対する不当利得返還請求権が行使されるという恐れもない。そうすると、他人の物の処分とは異なり、一般的に債権者の追認を認めることも十分に可能であろう。しかし、侵害の対象となった所有権では、有体物所有権は排他的に所有者に帰属している。ところが、無権利者への弁済は、債務者の財産に由来する。したがって、債務者の給付の債権者への排他的帰属を観念することはできない。その結果、債務者の一般債権者との競合、債務者の債権者に対する反対債権での相殺の利益が問題となる。この限りで、ドイツ法とわが国で問題の所在は同じである。

以上を前提に、わが国での解釈論を考えたい。ここでの問題も、侵害者（弁済受領者）の他人の権利領域への干渉に対する権利者の反動的請求の可否である。ただし、他人の物の処分とは異なり、ドイツ法でも債権者の追認の可否に対する評価が分かれていたように、「債務者の弁済」が債権者の権利領域に属するかが問題である。その理由は、確かに、当該の債権は債権者に帰属してはいるが、債務者の給付は債務者の財産に由来するからである。それゆえ、債務者の給付は債務者に帰属すると考えて、債権者の弁済受領者に対する不法行為による損害賠償、及び、不当利得の返還請求を否定することも可能であろう。その場合は、債権の存続ゆえに、損害、又は、損失がないと解することになる。そうなると、債務者が無資力の場合は、債権者は債務者の非債弁済の不当利得の返還請求権を代位行使すべきことになろう（民四二三条）。先述したように、債権者にとって最もシリアスな局面は、債務者が無資力のケースである。しかも、通常は当該の債権の債権者以外の一般債権者は、債務者の無権利者への弁済を知る可能性は低い。したがって、以上の可能性でも、債権者は十分に権利保護を与えられていると考える余地もある。しかし、反対に、債権者の弁済受領者に対する請求は可能だと考えることも十分に可能だと解したい。その際に、判例のように弁済受領者の信義則違背を理由とせ

ず、損失の要件を厳格に解するなら、債権者の弁済、又は、弁済受領の追認を観念する他はないであろう。[3] さらに、民四七九条によれば、債権者が利益を受けた限度で、債権の弁済効が発生する。同条の趣旨は、目的の達成による債権の消滅であろう。そこで、澤井説は、債権者は債務者に対しては債権を放棄して、弁済受領者に返還請求できる。つまり、債権者の承認（追認）を、債権者が利益を受けた場合と解している。基本的には、以上の澤井説を支持したいが、問題は債務者（及び、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た、債務者の一般債権者）との競合である。[4] その際に、追認した債権者が、債務者に優先する、つまり、債務の弁済効が確定すると解する理由はないと考える。しかも、債権者の追認が終局的なら、債権者は弁済受領者の無資力の危険を負担する結果となる。それゆえ、債権者は弁済受領者の返還義務の履行と同時履行での追認が可能であると解したい。他方で、弁済受領者の債権者への弁済までは、債務者は反対債権で債権者に相殺を主張すること、及び、弁済受領者に対する不当利得返還を請求することが可能である。つまり、債権者と債務者は競合関係に立つ。[5] ドイツの学説も、債務者は弁済を錯誤で取消し、弁済受領者に対して不当利得返還請求が可能だと、債権者の追認と債務者の取消の競合を説く学説（Canaris）、及び、弁済受領者が債務者に返還しないことを留保しての債権者の追認を主張する学説（Harm Peter Westermann）があった。要するに、債権者の弁済受領者に対する返還請求が可能だとしても、債権者の優先を基礎づける根拠は見あたらない。したがって、自己の権利領域への干渉に対する反動的請求を構想するにしても、権利者（債権者）に優先権を与えることはできない。以上の限りで、無権利者による他人の債権の取立の事例では、他人の物の無権限処分とは異なり、ドイツ法とわが国とでより共通の議論が可能だということになる。その意味では、無権利者への弁済のケースでは、権利保護の補完である侵害利得は、取引の安全の制度の異なる有体物、特に、動産の無権限処分とは、その様相を異にすることになるというのが、本稿の検討の結果である。

（1）さらに、民一九三条が適用され原物返還が可能なケースについては、民一九四条に関する最判平成一二年六月二七日（民集五四巻五号一七三七頁）の射程は及ばないから、以上のいずれの可能性を選択しても、占有者は訴訟係属以後の使用利益の返還義務を負うはずである。

（2）本来は、以上の解釈には、ドイツ法ではなく、民一九二条から一九四条の母法であるフランス法を参照すべきであろう。しかし、筆者にはフランス法の調査能力がない。そこで、前掲三・注（34）Schlechtriem, aaO., S.122ff. のフランス法に関する記述を紹介しておく。つまり、シュレヒトリームは、フランス法の動産の善意取得の規定は、代価弁償を認める点で、ドイツ法より取引の安全を保護しているとする。その上で、当初は不動産の処分の事例で、所有者の売得金の返還請求を認めたが、動産では侵害者に対する損害賠償、又は、占有者に対する所有物返還請求を指示した。かつ、既に一八七四年に破棄院は中間処分者に対する売却代金を所有物返還請求権の代償として請求することを拒否し、不法行為による損害賠償請求権を指示している。同判決は判例による一般不当利得法の承認の以前のものだが、後にも破棄院は同判決を確認している。かつ、判例は、中間処分者の利得は所有者の処分権限の侵害ではなく、売得金であり、かつ、前主との契約が売得金の正権限（juste titre）だと解している。他方で、過失を前提として、不法行為による損害賠償請求は認めている。かつ、最近の判例では、不当利得は問題とせず、専ら不法行為の成否が問われている。以上は、法理論ではなく、所有権保護より取引の安全を優先するフランス民法の二二七九条一項、二二八〇条の帰結であると評価している。

（3）弁済の追認、弁済受領の追認のいずれも、論理的には可能であろう。但し、ロトの説くように、債務者の無権限者への弁済は、存在しない債権への弁済であり、債権者の債権ではないから追認できないと考えるなら、後者を選択することになる。かつ、「給付の追認」を定めるＢＧＢ三六二条二項のような規定は、わが国には存在しないから、このことに問題はないと考える。

（4）仮に、債権者が優先すると考えるなら、無権限の弁済受領者への弁済によって、弁済（給付物）は債務者の財産から分離されたと考えることになる。しかし、その場合でも、債務者が弁済受領者に非債弁済の不当利得を返還請求できることは否定できないから、少なくとも債権者の追認までは、債権者に給付物が排他的に帰属すると考えることは不可能であろう。

（5）前掲一・1．注（2）藤原二三〇頁では、債権者は債務者の弁済を追認して、弁済受領者に不当利得返還請求できる。

かつ、債務者の一般債権者が債務者の弁済受領者に対する非債弁済の不当利得は偶然の産物ゆえ、差押債権者は債務者の他の財産に執行すればよいと解していた。つまり、無権利者への弁済給付により、給付物は債務者の財産から分離されたと考えていた。しかし、本文のように、私見を改説することとする。

※本稿は、平成一九年度～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）全国銀行学術研究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

自白排除法則の研究（三）

関口和徳

目　次

序章　問題の所在
第一節　日本の刑事手続における自白の地位
第二節　自白排除法則に関する議論の問題点と最近の動向

第三節　アメリカ法の示唆――ミランダ判決
第四節　本研究の課題
一　研究の対象――自白排除法則の整序
二　研究の視角と本稿の構成
第一章　アメリカの自白排除法則
第一節　不任意自白の排除法則――自白法則
一　自白法則の成立とアメリカ法への継受
二　適正手続＝任意性説（due process voluntariness test）
三　任意性の判断基準――事情の総合説（totality circumstances test）
第二節　違法収集自白の排除法則
一　マクナブ=マロリー・ルールと第四修正の自白への適用
二　マサイア判決（一九六四年）
三　エスコビード判決（一九六四年）
四　マサイア判決およびエスコビード判決の意義と課題
第二章　ミランダ・ルールとその課題
第一節　自白法則の新展開――ミランダ判決（一九六六年）とミランダ・ルール（Miranda Rule）
一　ミランダ事件
二　ミランダ判決
三　ミランダ判決の意義
第二節　ミランダ判決以降の判例の展開――ミランダ・ルールの弱体化と強化
一　ミランダ・ルールの弱体化
二　ミランダ・ルールの強化

（以上、五九巻二号）
（以上、五九巻三号）
（以上、五九巻五号）
（第二章・未完）

第三章　日本の自白排除法則
第四章　自白排除法則の整序
終　章　結語

第二章　ミランダ・ルールとその課題

第一節　自白法則の新展開――ミランダ判決（一九六六年）[1]とミランダ・ルール（Miranda Rule）

一　ミランダ事件

一九六三年三月二日、本件被害者であるアリゾナ州フェニックスの下町にある映画館の食堂で働いていた一八歳のＡが、バスから降りて徒歩で家路についていたところ、近くに停まった車から男が降りてきた。男は、Ａの両手をつかみ、口をふさいだ上、車の中に押し込まれ、二〇分ほど車を走らせた所で、強姦された。犯行後、男はＡをＡの自宅付近まで送りとどけた。Ａは自宅に逃げ帰り、家族に話したため、家族は警察に通報した。[2]

「一九六三年三月一三日、上告申立人アーネスト・ミランダは自宅で逮捕され、フェニックス警察署に留置された。彼は、そこで、被害者によって犯人と確認された。それから、警察は、彼を刑事課の『二号取調室』に連行した。そこで、彼は、二人の警察官によって取調べを受けた。この警察官らは、公判において、ミランダが、彼には弁護士を立会

わせる権利あるという助言を受けていなかったことを認めた。二時間後、警察官はミランダによって署名がなされた自白調書を携えて取調室から出てきた。その調書の冒頭には、この自白は脅迫や免責の約束なしに任意になされたものであるということ、そして『自分の法的権利を完全に理解し、私のいかなる供述も不利益に用いられうることを承知して』供述されたものであるという、一節がタイプされていた。

陪審による公判で、この自白調書は、弁護人の異議を退けて証拠として認められ、その警察官は、取調べ中にミランダがした以前の口頭での自白を証言した。ミランダは誘拐と強姦により有罪を宣告された。そして、それぞれの訴因について二〇年ないし三〇年の禁固刑を宣告された。上訴審において、アリゾナ州最高裁判所は、自白を採取された際にミランダの憲法上の諸権利は侵害されていないとして、有罪判決を維持した（401 P.2d 721）。その判断に達する上で、裁判所はミランダが明確に弁護人を要求する申し出をしなかった事実を特に強調した[3]」。これに対し、ミランダ側は連邦最高裁に上告受理の申し立てを行い、それが容れられてなされたのが本判決である。

二　ミランダ判決

（一）「本件は、われわれのアメリカ刑事法哲学概念の起源にまで立ち返る問題をもたらしている。それは、個人を犯罪で訴追する際に、合衆国憲法と調和するうえで社会が遵守しなければならない制約である。より具体的には、われわれは、身体拘束中の警察による取調べの対象とされた個人から得られた供述の許容性および自己負罪を強制されないとしている第五修正の特権を保障する手続の必要性に取り組んでいるのである[4]」。

「われわれの判断は……次のように要約できる。すなわち、検察官は、被告人に対する身体拘束中の取調べによって得られた供述を、それが負罪的であるか免罪的であるかにかかわらず、自己負罪拒否特権を保護するのに効果的な手続的保護手段を用いたことを立証した場合を除いて、使用することができない。身体拘束中の取調べについては、拘禁されるか、さもなければ他のあらゆる方法によって行動の自由を剥奪された後、法執行官によって開始された尋問のことを意味する（By custodial interrogation, we mean questioning initiated by law enforcement officers after a person has been taken into custody or otherwise deprived of his freedom of action in any significant way）。採られるべき手続的保護手段に関しては、被疑者・被告人に黙秘権を告知しかつそれを行使する継続的機会を保障するための他の十分に効果的な手段が考案された場合を除いて、以下の措置が要求される。いかなる質問にも先立って、個人に対して、黙秘権のあること、いかなる供述も不利益な証拠として用いられうること、そして、私選もしくは国選の弁護人を立ち会わせる権利があることが告知されなければならない。被告人は、任意に、十分に考慮し、かつ理性的に、これらの権利を放棄することができる（The defendant may waive effectuation of these rights, provided the waiver is made voluntarily, knowingly and intelligently）。しかし、もし彼が話をする前に弁護士の援助を受けたいという意向を示したときには、それがいかなる態度によるものであっても、また手続のいかなる場面であっても、質問をすることは許されない。同様に、その個人が一人でいかなる方法の取調べも受けたくないということ示したときは、警察は彼に質問することができない。彼が、何らかの質問に答え、もしくは自ら進んで何らかの供述を提供したという単なる事実は、彼が弁護人と相談した上で、質問されることに同意しない限り、さらなる質問に回答することを拒否する権利を奪うものではない[5]」。

（二）「本件における憲法上の問題点は、拘禁もしくは他のあらゆる方法で行動の自由を剥奪される中で尋問を受けた被告人から得られた供述の許容性である。いずれにおいても、被告人は、外界から遮断された部屋の中で（in a

room in which he was cut off from the outside world)、警察官、刑事、あるいは検察官による尋問を受けた。いずれの場合も、被告人は、取調べの開始段階において、十分かつ効果的にその権利の告知を受けていない。いずれの事件においても、取調べは口頭の自白を引き出しており、うち三件においては、さらに、後に彼らの公判で証拠採用された署名付きの供述が引き出されている。これらはすべて、警察の支配する雰囲気の中で外界から遮断された取調べ（incommunicado interrogation of individuals in a police-dominated atmosphere）が行われ、その結果、憲法上の権利の十分な告知を欠いたまま自己負罪供述がなされた、という顕著な特徴を共有している。

身体拘束中の取調べの性格や背景を理解することは、本日のわれわれの判決にとっての本質的要素である。そのような取調べ中に生じることを表現することの困難さは、わが国における取調べの大部分が外界から遮断された状況で行われているという事実に起因する[6]」。

「われわれは、現代の身体拘束中の取調べ実務（the modern practice of in-custody interrogation）が、肉体的というよりもむしろ心理的なものであることを再び強調する。以前指摘したように、『チェンバース判決（Chambers v. Florida, 309 U.S. 227 (1940)）以来、当裁判所は、強制が物理的だけではなく精神的にも行われうるものであり、被告人の血が憲法違反の取調べの唯一の証拠ではないということを認識してきた』（Blackburn v. Alabama, 361 U.S. 199 (1960), at 206）。取調べはいまだ秘密裏に（in privacy）行われている。秘密裏（の取調べ）は、密行主義をもたらし、それは、取調室の中で実際に行われていることに関するわれわれの知識に空白をもたらすのである（Privacy results in secrecy and this in turn results in a gap in our knowledge as to what in fact goes on in the interrogation rooms）。けれども、現在の警察実務に関する有用な情報源は、過去の成功例を引用し、また他の多様な技法を奨励している様々な警察向けのマニュアルや教科書の中に見出すことができる。これらの教科書類は、法執行機関によって手引書として使用されてい

る。これらの教科書が、身体拘束中の取調べによって供述を得るために現在用いられている手段のうち最も啓発的で効果的な手段（the most enlightened and effective means）を公然と提供するものであることに注意すべきである。[7] これらの教科書やその他の資料を検討することにより、この国において広くみられる手続を説明することが可能である」。

「これらの代表的な取調べテクニックの例から見て、手引書に示され、また実務上観察される取調べの条件は明瞭である。突き詰めればこういうことである。安堵感を抑制し、あらゆる外部からの援助を剥奪するためには、対象者を孤立させることが必要である。有罪を確信しているという雰囲気が抵抗の意志を弱体化させる。彼は警察官が彼に語らせるために前もって考えられた物語を確認するだけにすぎない。根気と執念と、時には過酷な質問が向けられる。自白を獲得するために、取調官は『彼自身と彼の獲物を、望まれた目的を達成しうる地点に導くように、辛抱強く策略を展開』せねばならない。必要とされる結果を生み出すことに通常の手続が失敗した時は、警察は虚偽の法的助言を与えるといった詐術的策略に訴える。対象者の不安定な状態を維持すること、例えば、彼自身やその置かれている状況への不安感につけいることが重要である。警察官は、その結果、彼が憲法上の権利を行使しないように、説得し、たぶらかし、もしくは懐柔するのである。

たとえ、蛮行や拷問もしくは上述の具体的な戦略が用いられないとしても、身体拘束中の取調べそれ自体が、個人の自由に対して重い制約を課し、また個人の弱さにつけいるのである（Even without employing brutality, the "third degree" or the specific stratagems described above, the very fact of custodial interrogation exacts a heavy toll on individual liberty and trades on the weakness of individuals）[8]」。

「今日われわれが直面している事件において、このような背景に基づいて、われわれはこの取調べの雰囲気とそれがもたらす弊害を第一に懸念しているのである。七五九号ミランダ対アリゾナ事件において、警察は被告人を逮捕して特

別な取調室に連行したうえ、そこで自白を得たのである……。

これらの事件において、被告人らの供述は、伝統的な意味においては、不任意であると言うことはできないかもしれない。尊い第五修正の権利（precious Fifth Amendment rights）を保護するための適切な保護手段に対するわれわれの関心は、もちろん、いささかも減じられることはない。いずれの事件においても、被告人はなじみのない雰囲気の中に押し込められ、警察官の恐ろしい取調べ手続にさらされている（the defendant was thrust into an unfamiliar atmosphere and run through menacing police interrogation procedures）。強制の潜在的可能性は圧倒的に明白であり、たとえば、ミランダ事件では、貧しいメキシコ人である被告人は、明らかな性的妄想に深刻に悩まされていた。……確かに、記録上、あからさまな肉体的強制や明らかな心理的策略が行われたという証拠はない。しかし、いずれの事件においても、警察官は、取調べを開始する際に、供述が真に自由な選択の産物（the product of free choice）であることを保証するための適切な保護手段を用意しようとはしなかったという事実が残る[9]」。

「このような取調べ環境が、個人を捜査官の意思に屈服させる以外の目的で生み出されたものではないことは明らかである。この雰囲気はそれ自体脅迫的である（This atmosphere carries its own badge of intimidation）。確かにこれは肉体的な脅迫ではない。しかし、等しく人間の尊厳を破壊するものである。今日の外界から遮断された取調べ実務は、我が国において最も大切にされてきた原理の一つ、すなわち、人は自己に不利益な供述を強制されないということと相容れない（The current practice of incommunicado interrogation is at odds with one of our Nation's most cherished principles—that the individual may not be compelled to incriminate himself）。身体拘束環境に内在する強制の要素を払拭するのに十分な保護手段が採られる場合を除いて、被告人から得られたいかなる供述も彼の真に自由な選択の産物ということはできない。

以上のように、われわれは自己負罪拒否特権と身体拘束中の警察での取調べとの間に密接な関連があることを容易に認識することができる。そこで、自己負罪条項のこのような状況への適用の可否を判断するために、同条項の起訴をなす歴史と先例に立ち返るのが適当である」[10]。

（三）続いて、「われわれは、時々、自己負罪拒否特権が確立されるまでにどれほど多くの時間を費やしたかということや、この特権の起源とそれを守り通してきた熱意を忘れてしまう。そのルーツは古代にまでさかのぼる」[11]として、自己負罪拒否特権の起源とされるリルバーン事件にまで遡って合衆国憲法第五修正の沿革を確認した[12]後、次のように述べた。

「われわれは、この特権において具体化されるすべての原理が、身体拘束中の尋問において法執行官によって行使される非公式の強制に適用されるということに満足する。身近な環境から警察での拘束へと移され、対立する権力に囲まれ、上述したような各種の説得技術にさらされている個人は、供述を強制されているという以外にない（An individual swept from familiar surroundings into police custody, surrounded by antagonistic forces, and subjected to the techniques of persuasion described above cannot be otherwise than under compulsion to speak）。実際問題として、警察署の孤立した状況における供述の強制は、おそらく、脅迫や策略から守る公平な監視者がしばしば存在する法廷ないし他の公式の取調べと比べて、より大きいのではなかろうか」[13]。

（四）「今日、第五修正の特権が刑事公判手続以外にも適用され、自己負罪を強制されない自由があらゆる意味において制約を受ける場面において個人を保護するものであることに疑いはない。われわれは、適切な保護手段がない限り、犯罪を疑われもしくは犯罪の訴追を受けた個人に対する身体拘束中の取調べ手続には本質的に個人の抵抗する意思を弱めて供述を強要する強制的圧力が内在すると結論する（We have concluded that without proper safeguards the process

of incustody interrogation of persons suspected or accused of crime contains inherently compelling pressures which work to undermine the individual's will to resist and to compel him to speak where he would not otherwise do so freely)。このような圧力を減殺し自己負罪拒否特権を行使する十分な機会を保障するために、被告人には自己の諸権利について十分にかつ効果的に告知されなければならず、その権利の行使は十分に尊重されなければならない。

その特権を保護するために、議会や州が創造的な規則制定の権能（their creative rulemaking capacities）を行使することにより考案される代替手段の内容をわれわれが予測することは不可能である。したがって、現在行われている取調べ手続に内在する強制について、憲法が特定の解決法への固執を必然的に要求していると言うことができない。本判決は決して憲法の拘束衣を作ろうとしているわけではなく、そのような効果を意図しているわけでもない。われわれは、議会や州に対し、刑罰法規の実効性を高める一方で、個人の権利を擁護するより効果的な手段を追求する努力を続けることを奨励するものである。けれども、少なくとも訴追を受ける者に彼らの黙秘する権利を告知し、かつその権利を行使する継続的な機会を保障する効果的な他の手続が示された場合を除いて、以下の保護手段が遵守されなければならない。

まず手始めに、もし身体拘束された者が取調べを受けるのであれば、彼は、まず初めに明確であいまいさのない用語で黙秘権を有することが知らされなければならない。この特権を知らない者に対しては、それを知らしめるために告知が必要である――それは権利行使に関して知的判断を下すのに必要な第一の要求である。より重要なことは、このような告知が取調べの雰囲気に内在する圧力を打開するのに絶対的な前提条件であるということである。明示的であるか黙示的であるかにかかわらず、自白が得られるまで取調べが続けられるとか、告発を前にして黙秘すること自体が非難されるべきであり陪審員がそれを知れば災難を招くであろうというような取調官の悪意の言葉に屈服するのは、知的水準

が低い者とかひどく無知な者に限られるわけではない。さらに、告知は、特権を行使することを選択するならば取調官はそれを認める用意のあるということを個人に示さなければならない[14]」。

「黙秘権の告知は、いかなる供述も法廷において個人に不利益に使用されうるという説明が伴わなければならない。この告知は、特権を知らせるだけでなく、それを放棄した結果を知らせるためにも必要とされるのである。特権を真に理解し、知的にそれを行使することは、これらの結果を認識することを通してのみなしうるのである。さらに、この告知は個人に対して、彼が当事者主義のシステム（the adversary system）の一局面に直面しているのだということ、すなわち、彼の周囲の人々は彼の利益のためだけに行動する者ばかりではないということをより敏感に認識させるのに役立つであろう[15]」。

「身体拘束中の取調べの環境は、単に取調官から特権を知らされたにすぎない者の意思を瞬く間に圧倒するであろう（The circumstances surrounding in-custody interrogation can operate very quickly to overbear the will of one merely made aware of his privilege by his interrogators）。したがって、取調べに弁護人を立会わせる権利は、われわれが今日示したシステムの下で第五修正の特権を保護するため不可欠なものである。われわれの目的は、個人の黙秘と供述との間の選択権が取調べの全過程を通じて侵害されないことを保証にすることにある。やがて取調べを行うであろう人物から受けた一度の告知は、最も権利についての知識を必要とする人々にとって、この目的を達成させるのに十分であるとはいえない。単に取調官によって告知がなされたというだけでは、目的を達成するに不十分である。……弁護人に事前に与えた助言でさえも、密室での取調べ手続によって瞬く間に圧倒されてしまうのである（Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 478 (1964), at 485, n. 5 参照）。したがって、第五修正の特権を保護するための弁護人の必要性は、取調べ前に弁護人と相談する権利だけではなく、もし被告人が望むならば、取調べの間弁護人を立会わせる権利も含まれるのである。

取調べに弁護人を立会わせることは、また幾つかの重要な副次的な機能（several significant subsidiary functions）をもたらすであろう。もし被告人が取調官に対して供述することを選択するならば、弁護人の援助が虚偽の危険性（the dangers of untrustworthiness）を軽減するのである。弁護人が立会うことによって、警察官が自白の強要を行なう実務は減少するだろうし、それでもなお強制が行われたならば、弁護人はその事実を法廷で証言することができるのである。また、弁護人の立会いは、被告人が十分に周到な供述（a fully accurate statement）を警察官に与えることと、法廷において検察官によって供述が正確に示されることの保証の助けにもなる（Crooker v. California, 375 U.S. 433, at 443-448 (1958) (Douglas, J., dissenting) 参照）」[16]。

「もし、個人が取調べの行われる前に弁護人の援助を受ける希望を示したならば、当局は、現に弁護人を選任していないこと、もしくは弁護人に依頼する資力がないことを理由に、彼の要求を無視したり拒否したりすることは許されない。個人の金銭的能力はここで問題となる権利の範囲と何ら関係はない。憲法によって保障されている自己負罪拒否特権は、すべての個人に適用されるのである。この特権を保護するための弁護人の必要性は、裕福な者だけではなく貧しい者にも等しく存在するのである。実際、これらの憲法上の権利（の保障）を弁護人に依頼することができる者のみに限定すれば、今日の本判決の重要性は限られたものとなるであろう。過去にわれわれが扱った自白に関する事件の大多数と同様に本件も、弁護人に依頼することのできない者の事件である。当局は、被告人の貧困に援助の手を差しのべることは求められないが、彼らは司法運営においてその貧困につけ入ってはならない義務を負っているのである。……取調べの時点で、弁護人に依頼する余裕のある者に弁護人が認められ貧しい者にはこれが拒否されるということを支持しうる理由も論理もない。

このシステムの下での権利の内容を、取調べを受ける者に対して十分に知らせるためには、弁護人に依頼する権利が

あるというだけでなく、貧困であるならば弁護人を選任してもらう権利があるということもまた告知される必要がある。この付加的な告知がなければ、弁護人依頼権の告知は、単にすでに弁護人がいるかもしくは弁護人を雇う財産があるならば弁護人に依頼してもよいという意味に頻繁に理解されてしまうだろう。弁護人依頼権の告知は、貧困な者、すなわち最も頻繁に取調べにさらされる者に対して、彼にもまた弁護人の立会いを求める権利があるのだという知識を伝えるような表現でなされるのでなければ、無意味なものとなるだろう。黙秘権と弁護人依頼権一般の告知とともに、貧困な者に対してこの権利が効果的かつ明示的に説明されることによってのみ、真に彼が権利行使しうる立場にいるということが保障されるのである[17]」。

「これらの告知がなされれば、その後の手続は明白である。個人が黙秘したい旨をどのような態度であれ示したならば、それが取調べの前もしくは取調べ中のどの段階でなされたものであっても、取調べは中止されなければならない。この時点で、彼は第五修正の特権を行使する意思を表明したことになる。つまり、特権を行使した後に得られた供述は、程度の差はあるが、強制の産物である以外の何物でもないのである。取調べを中止させる権利がないならば、身体拘束中の取調べという状況は、特権が一度行使された後も、個人の上に、自由な選択を圧倒して供述をさせる方向に作用するであろう。もしも個人が弁護人を要求することを主張したならば、弁護人が立会うまで、取調べは中止されなければならない。その際に、個人には弁護人と相談する機会が認められなければならず、そして、その後のいかなる取調べの間にも弁護士を立会わせ、相談する機会が与えられなければならない。もし、個人が弁護人に依頼することはできないが、警察に供述する前に弁護人を依頼したいと表明したならば、警察官は、彼の黙秘する決断を尊重しなければならない[18]」。

「もし、弁護人の立会いなく取調べが続けられて供述が得られた場合、政府には被告人が熟慮のうえかつ理性的に、自己負罪拒否特権および私選ないし国選の弁護人を得る権利を放棄したことを立証する重い責任を負担する

(Escobedo, 378 U.S. at 490, n. 14)。当裁判所は、常に、憲法上の権利の放棄に関する立証について、高度な基準を設定し(Johnson v. Zerbst, 304 U.S. 458 (1938))、そして、われわれはこの基準が身体拘束中の取調べにも適用されることを再び断言するものである。国家には、取調べが行われる孤立した環境を設置している責任があり、また、外界から遮断された取調べにおいて告知がなされたことを裏付ける確かな証拠を入手しうるのであるから、この立証責任は当然にその肩に担わされるのである(Since the State in responsible for establishing the isolated circumstances under which the interrogation takes place and has the only means of making available corroborated evidence of warnings given during incommunicado interrogations, the burden is rightly on its shoulders)[19]」。

「被告人によって権利が放棄されたとする捜査当局の証言にかかわらず、供述がなされる前になされた長時間の取調べや外界から隔離された拘禁は、被告人が有効に権利放棄しなかったという強力な証拠である。このような状況の下では、最終的には個人が供述したという事実は、取調べの強制的な影響力が最終的に彼に供述をさせた結論と一致する。それは、特権の任意的な放棄のいかなる概念とも矛盾する。さらに、被告人が脅され、騙され、もしくは懐柔されて放棄したことを示すいかなる証拠も、もちろん、彼が彼の特権を任意に放棄しなかったことを示すものである。権利の告知と放棄の要求は、第五修正の特権を遵守するうえでの基本的なものであり、現在行われている取調べ方法のための事前的儀式ではないのである。

今日、われわれの多数意見によって要求された告知と必要な放棄は、十分で効果的な代替手段(a fully effective equivalent)がない場合には、被告人によってなされたあらゆる供述を証拠として許容するために必要な条件である。直接的な自白と、犯罪の一部もしくは全部の承認との間に区別をつけることはできない。自己負罪拒否特権は、いかなる意味においても、自己負罪供述の強制から個人を守るのである。そして、それは負罪の程度は区別しない。まさに同

じ理由によって、帰罪的な供述と単に『免罪的』とされる供述との間に区別をつけることもできない。もし、供述が真に免罪的なものであるならば、もちろん、それは決して検察官によって使用されないだろう。実際には、単に弁明を表明するためになされた被告人の供述も、公判において、彼の証言を弾劾するために、もしくは取調べによって供述の虚偽を示して、暗示的に有罪を立証するために頻繁に用いられるのである。これらの供述はいかなる意味においても負罪的なものであり、他の供述のために要求されるのと同等の十分な告知と有効な放棄なしには使用することは許されないのである」[20]。

（五）「取調べによって得られた供述について、われわれはすべての自白が許容性を欠くと主張しているのではない。自白は、法執行において、いぜん適切な要素のままである（Confessions remain a proper element in law enforcement）。いかなる強制による影響もなく、自由かつ任意になされたすべての供述は、もちろん、証拠として許容される（Any statement given freely and voluntarily without any compelling influence is, of course, admissible in evidence）。個人が身体拘束下に置かれている間のこの特権の基本的な重要性は、彼自身に権利告知や弁護人の援助なしに供述することを許すかどうかではなく、彼が取調べの対象となりうるのかどうかである。警察署を訪れて進んで犯罪を自白することを望む者、もしくは、警察に電話をして自白やその他あらゆる供述を申し出る者を、警察官は止める必要はない。任意になされた供述はいかなる種類のものであっても、第五修正による制約を受けないし、またその許容性は、今日のわれわれの判示による影響を受けないのである。

要するに、われわれは、個人が身体拘束され、もしくは他のあらゆる手段によってその自由を奪われ、取調べの対象とされた時、自己負罪拒否特権は危険にさらされるということを判示するものである。その特権を保護するための手続的な保護手段が用いられなければならず、個人に黙秘権を告知し、かつその権利行使が綿密に尊重されることを確実に

する他の十分に効果的な手段が採用されない限り、以下の手段が求められる。いかなる質問にも先立って、黙秘権のあること、いかなる供述も法廷において不利益に用いられうること、弁護士を立会わせる権利のあること、そしてもし弁護人を雇う資力がなくても、望むならば、いかなる質問にも先立って弁護人が選任されること、が告知されなければならない。これらの権利を行使する機会は、取調べの間中、常に、与えられなければならない。このような告知と機会が彼に与えられた後に、個人は熟慮のうえで理性的にこれらの権利を放棄し、質問に答え、もしくは供述することに同意することができる。しかし、このような告知と放棄がなされたことを検察官が公判において立証した場合を除いて、取調べの結果得られたいかなる証拠も被告人に不利益に使用されることはない[21]」。

「本件において度々なされた主張は、取調べに対する社会の要請はこの特権よりも重いというものである。この議論は、この裁判所にとって目新しいものではない。今日までのわれわれの議論は、第五修正のなかに個人は自己負罪を強制されないと規定されたとき、憲法は政府の権力に直面した個人の権利を規定したものにほかならないことを明らかにしている。この権利は減縮されてはならないのである[22]（That right cannot be abridged）」。

（六）以上のように述べたうえで、「われわれは原判決を破棄する。警察官の証言からも、また、被申立人自身が認めていることからも、ミランダがいかなる意味においても弁護人と相談する権利、および、取調べにおいて弁護人を立会わせることのできる権利を告知されていなかったことは明白であり、また、自己負罪を強制されない彼の権利が他の何らかの手段で効果的に守られたといえないことも明白である。これらの告知なしには、この供述は許容され得ない。自分の『法的権利』を『十分熟知』しているというタイプされた一節を含む調書に彼が署名したという単なる事実は、憲法上の諸権利を放棄する際に求められる熟知、理性と等しいものとは言えないのである[23]」と結論づけた。

三　ミランダ判決の意義

（一）合衆国憲法第五修正は、「何人も、すべての刑事事件において、自己に不利益な供述を強要されない」として自己負罪拒否特権（privilege against self-incrimination）、すなわち黙秘権（right to remain silent; right to silence）を保障している。[24] 合衆国憲法第五修正の適用については、すでに、マロイ判決（一九六四年）[25]によって、州事件にも適用されることが明らかにされていた。ただ、マロイ判決の事案は、公判廷で証言台に立ったマロイが証言を拒否したところ、郡の上級裁判所（Superior Court）によって法廷侮辱罪で拘禁されたため、人身保護令状を請求したものの、それが退けられたことをうけて、連邦最高裁に上告受理の申立を行った、というものであった。そのため、合衆国憲法第五修正の保障が、はたして捜査段階にも適用されるのか否かが不分明な問題点として残されていたのである。

ところで、合衆国憲法第五修正の保障する自己負罪拒否特権（黙秘権）[26]は、もともとは、法廷において自己に不利益な（負罪的な）供述をする義務を課されることのない特権を意味し、捜査段階には適用されないものと解されてきた。もっとも、ブラム判決（一八九七年）[27]は、「合衆国裁判所の刑事公判においては、自白が任意されたものか否かの問題が起きたときには、常に、第五修正における『すべての刑事事件において自己に不利益な供述を強制されない』……との一節にてらして判断されなければならない」[28]として、身体拘束中の取調べで得られた約束による自白が合衆国憲法第五修正に違反することを明らかにするとともに、身体拘束中の被疑者取調べについても合衆国憲法第五修正が適用されることを判示していた。しかし、ブラム判決の判示は、ミランダ判決がだされるまでは、連邦事件においても、必ずしも大きな影響を与えてはこなかったとされている。[29] というのは、ブラム判決に対しては多くの批判が向けられ、[30]その後の判例においてブラム判決の判示が用いられることはなかったからである。[31] ブラム判決が出された後の連邦最高

裁は、ブラウン判決（一九三六年）を嚆矢に、自白の任意性を合衆国憲法第一四修正の保障する適正手続の問題ととらえ、事情の総合説による適正手続＝任意性説にたって、自白がなされた時点における一切の事情を総合的に考慮し、自白が被疑者の自由な意思決定の下でなされたものかどうかを判断してきた。この合衆国憲法第一四修正に基づいた事情の総合説による適正手続＝任意性説が台頭する中で、身体拘束中の取調べにも自己負罪拒否特権（黙秘権）が適用されるという点は影を潜めていた感は否めない。これに対し、ミランダ判決は、身体拘束中の取調べに対する合衆国憲法第五修正の適用の問題は、ブラム判決によって「すでに解決済みとみることも可能である」[32]と説き、合衆国憲法第五修正が身体拘束中の取調べに適用されることを改めて確認したものである。この点にミランダ判決の重要な意義が認められる。

もっとも、そこで問題となるのは、合衆国憲法第五修正違反となる強制とはどのような強制をいうのかである。

（二）ミランダ判決がだされる以前の身体拘束中の取調べによって得られた自白の証拠能力が争われた事案をみると、いずれも、身体拘束中に取り調べられたということに加えて、被疑者に対し、捜査機関によって有形・無形の圧迫が加えられた事案である[33]。連邦最高裁は、身体拘束中の被疑者を取り調べることができるという実務慣行それ自体は所与のものとして認めた上で、それに加えて、さらに暴力が振るわれたり[34]、長時間の取調べが行われるなど[35]、自白の任意性に疑いを生ぜしめるような具体的な事情がある場合、ないしは、裁判官の下への引致の遅滞[36]、違法な身体拘束、弁護人依頼権の侵害[37]といった手続上の違法が認められるような場合に、そこで得られた自白の証拠能力を否定してきたことが明らかとなる。そこで、そのような具体的な事情が認められない場合においては、身体拘束中の取調べによって得られた自白の証拠能力が常に肯定されるべきなのかが問題となる。これは、言い換えるならば、身体拘束中の取調べそれ自体が、被疑者の供述の自由に影響を及ぼすことはないといえるのかという問いである。

この点については、学説において先駆的な問題提起がなされてきた。カミサー（Yale Kamisar）教授とサザランド（Arthur E. Sutherland, Jr.）教授の主張がそれである。

まず、カミサー教授は、公判廷を「大邸宅（mansions）」に、警察の取調室を「守衛の詰め所（gatehouse）」に例えて次のように述べられた。「公判廷は立派な場所である。そこでは弁護人が声を張り上げて闊歩し、検察官は多くの場面で四面楚歌となる。しかし、安全で快適さを味わうことのできるこの真の大邸宅にたどり着くまでに、被疑者の身には何が起こるのであろうか。そこには障害が存在する。一般的には、……施錠された殺風景な部屋を奥に持つ警察署を通過しなければならない。

このアメリカ刑事手続の『守衛の詰め所』においては……国家の敵は人格を奪われた『捜査（seized up）』されるべき『対象（subject）』であり、『その必要性に応じた取調べ戦術と技法（interrogation tactics and techniques most appropriate for the occasion）』にさらされる。彼は、獲物として『標的（game）』となり、追い詰められるのである」[38]。

また、サザランド教授は、身体拘束中の取調べを、次のような話に例えて、その問題性を指摘された[39]。「金持ちの女性遺言者が自分の財産をエリザベスに遺したいと思っていると仮定する。ジョンとジェームスは、そうではなくて、女性遺言者が自分たちに財産を遺すことを希望している。彼らは女遺言者を捕らえて、入念に設計された部屋に入れ、彼らと彼にとって都合の良い『証人』以外の誰とも接触できないようにしたうえ、彼らが要求を主張する間何時間も隔離し、自分の金をエリザベスに遺したいという彼女の主張を否定することで彼女を疲弊させ、そしてついに彼らにとって有利な遺言書に署名させることができた。ジョンとジェームスは高潔でありもっとも公正な心の持ち主であるがゆえに、ジョンとジェームスは、エリザベスは価値のない人間であり、もし彼女が財産を手にすればそれを良からぬことに使うであろうことを深く心底確信していると仮定する。このように作成された遺言書を、遺言検認の裁判官（judge of

probate）はみな、はたして遺言者の『任意の（voluntary）』行為として受け入れるであろうか」[40]。

以上に挙げたカミサー教授とサザランド教授による問題提起の根底には、身体拘束中の取調べ自体が自白の任意性に重大な影響を与える要素となりうるのではないか、ひいては、身体拘束中に被疑者を取調べるということ自体が自白の強制に当たるのではないか、という問題認識が横たわっているように思われる。

身体拘束中の取調べについて、エスコビード判決は、「多くの自白がこの時期［逮捕から起訴までの間―筆者注］に得られるという事実は、その時期が『法的援助や助言』を確実に必要とされる危機的な時期であることを示すのである。もしも、自白がほとんど得られないような段階になってから、弁護人依頼権の保障が始まるとすれば、その権利は実に空疎な権利になるだろう。自白を求める警察にとっての時期の重要性と、被告人が法的助言を必要とする時期の重篤性との間には、必然的に直接的な関係はある」[41]として、身体拘束中に被疑者が弁護人との接見を求めれば、取調べを直ちに中止して、接見を許さなければならないと判示した。しかし、もしそうであるならば、そのような重大な時期を、身体拘束中にしかも取調室という密室で迎えること（それは、弁護人依頼権の保障がなければ乗り越えることのできないような劣悪な状況に置かれるということを意味する）自体の問題性にさらに踏み込む必要があろう。しかし、エスコビード判決は、自白の証拠能力を、供述の自由すなわち任意性の問題としてではなく、違法収集自白の問題として、すなわち合衆国憲法第六修正違反を根拠に否定するという判断枠組みによったため、身体拘束中の取調べが被疑者の供述の自由に与える影響について踏み込んだ検討は行われなかったのである。

これに対しミランダ判決は、身体拘束中の取調べ自体に目を向け、それと自白の任意性との関係について踏み込んだ判断を示した点に重要な意義がある。

（三）　ミランダ判決は、身体拘束中の密室での取調べにつき、「このような取調べ環境が、個人を捜査官の意思に屈

服させる以外の目的で生み出されたものではないことは明らかである。この雰囲気はそれ自体脅迫的である。たしかにこれは肉体的な脅迫ではない。しかし、等しく人間の尊厳を破壊するものである。今日の外界から遮断された取調べ実務は、我が国において最も大切にされてきた原理の一つ、すなわち、人は自己に不利益な供述を強制されないということ、と相容れない。身体拘束環境に内在する強制の要素を払拭するのに十分な保護手段が採られる場合を除いて、被告人から得られたいかなる供述も彼の真に自由な選択の産物ということはできない」[42]などとして、合衆国憲法第五修正の保護手段（すなわち権利告知）が必要なのは、身体拘束中の取調べに内在する強制と合衆国憲法第五修正の保障する自己負罪拒否特権（黙秘権）とが相容れないためであるとしている。ここでは、明らかに、身体拘束中の取調べにおける供述の自由が問題とされている。そこで、従来、供述の自由の存否を判断するための基準として用いられていた自白の任意性と合衆国憲法第五修正の保障する自己負罪拒否特権（黙秘権）との関係が問題となる。両者の関係は、どのようにとらえたらよいのであろうか。

ミランダ判決の論理からすると、自己負罪拒否特権（黙秘権）と、自白法則（自白の任意性）とはパラレルにとらえることができるように思われるし、またそのように解するのが妥当であるように思われる。まず、ミランダ判決は、自己負罪拒否特権（黙秘権）によって保障される供述の自由と、自白法則によって保障される供述の自由とを必ずしも明確に区別して論じてはいないからである。たしかに、権利告知を欠いて得られた自白はミランダ・ルールによって画一的に排除されるのに対し、権利告知後については、事情の総合説による適正手続＝任意性説によってその任意性が判断されることになるという違いはある[43]。しかし、そのような違いが生じるのは、ミランダ・ルールに基づいた権利告知がなされた後に被疑者が権利放棄をすることによって、被疑者が進んで取調べを受けるという状況が生まれ、本来であれば直ちに自白の排除が必要である身体拘束中の取調べに内在する強制の程度が緩和されるからに他ならない。このことは、

被疑者がいったん権利放棄をしたとしても、その後再び権利行使を求めれば取調べは中止されなければならず、それと同時に、被疑者が進んで取調べを受けるという状況は消滅するため、自白の証拠能力の判断が画一的な排除法則へと移行するということからも窺うことができる。[44] 権利告知前における供述の自由と権利告知後の供述の自由との関係は、前者は合衆国憲法第五修正による保護の対象であり、後者は合衆国憲法第一四修正による不任意自白の排除法則（自白法則）による保護の対象であるというように明確に区別しうるものではなく、被疑者の権利行使の意思によって、流動的・相対的に変動しうるものなのである。

こうして、合衆国憲法第五修正の保障する自己負罪拒否特権（黙秘権）と、不任意自白の排除を使命とする自白法則とは、ともに取調べにおける被疑者の供述の自由を保障するため法理として、統一的に理解することができるのである。

（四）ミランダ判決は、取調べに先立って被疑者に対し、（イ）黙秘権のあること、（ロ）いかなる供述も自己に不利益に用いられうること、（ハ）取調べに弁護人を立会わせる権利のあること、（ニ）弁護人を私選する資力がなければ国選弁護人を付することができることの告知を要求し、これに反して得られた供述は画一的に排除されることを明らかにしたものである（ミランダ・ルール）（Miranda Rule）。前章においても述べたように、従来、自白の任意性の判断基準とされてきた、事情の総合説による適正手続＝任意性説は、被疑者の取調べを行う捜査官や、自白の任意性を判断する下級審裁判所の裁判官に対して、適法として許容される取調べの限界を事前に具体的に明示する基準としては必ずしも十分なものとはいい難いものであった。[45] これに対し、ミランダ・ルールという自白の任意性の判断基準を明確に打ち立て、それに反して得られた自白の画一的排除を求めたミランダ判決は、まさに、実務に対して、自白の任意性についての明確な基準・ガイドラインを提供したものであるといえよう。[46]

ところで、日本においては、このようなミランダ判決の画一的排除の部分に着目し、ミランダ判決を、自白の任意性

という観点よりも、違法排除説（違法収集自白の排除法則）の観点から理解する傾向が強く、「今や任意性の問題は、適正手続保障の問題に発展的に解消するに至っている」[47]とか、「いうまでもなく、任意性テストの下では、裁判所の関心は自白を強要された個々の被告人の救済という面に向けられていたのに反し、ミランダ法則は、拘束中の被疑者が捜査官の不当な尋問方法によって自白を強要される危険を一般的に防止することを主眼としている。その数年前に確立された違法収集証拠排除法則の場合と同じく（Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961)）、被告人に加えられた過去の害悪を是正するという点よりも、将来における警察活動の効果的規制という面が重視されている。我が国で違法排除説と呼ばれる考え方に相応する」[48]といった指摘がなされてきた。

しかし、ミランダ判決の最も重要な意義は、身体拘束中の取調べに内在している強制について直視し、それが被疑者の供述の自由を侵害するもの（すなわち、そこで得られた自白は、自己負罪拒否特権［黙秘権］を侵害して得られたものであり、任意性を欠くもの）であるということを明確に認めた点にこそあるというべきである。[49]たしかに、ミランダ判決には、違法収集自白の排除法則と親和的な側面がある。ミランダ判決の示した自白の証拠能力の判断基準は、ミランダ・ルールに反して得られた自白について、それが実際に被疑者の供述の自由を侵害して得られたものであるか否かを問うことなく、その証拠能力を否定することを要求している点で画一的なものである。[50]また、ミランダ告知（Miranda Warnings）の目的は個人が供述するかしないかを自由かつ賢明に選択しうる環境を作り出すことにあり、[51]そこからは違法収集証拠排除法則の原理の一つである違法捜査の抑止の観点も窺うことができる。[52]しかし他方で、画一的排除という証拠排除法則はそれ自体が一人歩きしうるものではないことにも注意をする必要があるのではなかろうか。ミランダ判決が、そのような法則を定立しなければならなかった背景には、ミランダ告知を欠いた身体拘束中の取調べには供述の自由を侵害する内在的強制があるという問題認識が存在していたのである。そして、そのような内在的

強制の存在する中で得られた自白の証拠能力を認めることはできない、とミランダ判決は判示しているのである。すなわち、従来の任意性の判断基準（すなわち、事情の総合説による適正手続＝任意性説）では必ずしも任意性が否定されない（すなわち、供述の自由がある）と考えられてきた情況（なんらの手続の違法も、物理的圧迫をも伴わない単なる身体拘束中の取調べ）について、新たなアプローチ[53]から検討すれば（すなわち、身体拘束中の取調べに内在する強制に着目すれば）、そのような情況においては供述の自由が存在しないということを明らかにしたのが、ミランダ判決なのである[54]。

このように考えてくると、ミランダ判決は、違法排除説の文脈からではなく、むしろ自白の任意性の判断基準についての新たな指針を与えているという文脈に重点を置いて理解するのが妥当であり[55]、そのほうが先に述べたようなミランダ判決の意義をより有益に生かすことができるのではなかろうか。

（五）もっとも、ミランダ判決と自白の任意性との関係に関しては、ミランダ判決は、「身柄拘束中の自白に関する限り、任意性に欠けるところのない自白さえ排除する」ものであるという指摘がなされている[56]。最近でも、「ミランダ・ルールは、ミランダ警告を与えなかったというシンプルな事実に基づき、その証拠としての許容性をカテゴリカルに否定してしまうのである。そうなると、ミランダ・ルールは、『自己に不利益をもたらす証言を強制されない』とする第五修正が本来許容しているはずの自発的な自白まで一律に排除してしまう可能性を有するのである」という指摘がある[57]。たしかに、ミランダ判決は、それまで何の問題もなく認められてきた身体拘束中に密室で被疑者を取り調べる実務それ自体を問題視し、ミランダ・ルールに反して得られた自白の画一的な排除を求めるのであるから、従来の意味における「任意性に欠けるところのない」自白を排除する場合のありうることは明らかである。しかし、ミランダ判決は、身体拘束中の取調べと合衆国憲法第五修正の保障する自己負罪拒否特権（黙秘権）とは矛盾しないかという文脈において、

任意性の判断基準について新たな指針を与えたものであるから、任意性に欠けるところのない自白を排除することをも指向しているとはいい難いように思われる。

事実、ミランダ判決は、次のように明確に述べている。すなわち、「取調べによって得られた供述について、われわれはすべての自白が許容性を欠くと主張しているのではない。自白は、法執行において、いぜん適切な要素のままである。いかなる強制による影響もなく、自由かつ任意になされたすべての供述は、もちろん、証拠として許容される……任意になされた供述はいかなる種類のものであっても、第五修正による制約を受けないし、またその許容性は、今日のわれわれの判示による影響を受けないのである」[58]。したがって、ミランダ判決は、合衆国憲法第五修正違反を根拠に任意性のある自白まで排除するものと解することは困難なのではなかろうか[59]。この点、たしかに、ミランダ判決は、ミランダ・ルールに反して得られた自白を、合衆国憲法第五修正に違反することを根拠に画一的に排除することを要求しており[60]、このような判断枠組み自体は、先に検討したマクナブ＝マロリー・ルールや[61]、ワン・サン判決[62]、マサイア判決[63]、エスコビード判決などと同様に、まさに違法収集自白の排除法則とも呼ぶべき実質を備えたものである。しかし、ミランダ判決は、身体拘束中の取調べに内在する強制が被疑者の供述の自由を失わせるという観点から合衆国憲法第五修正の保障する自己負罪拒否特権（黙秘権）を検討し、その末にミランダ・ルールを創出したということからも明らかなように、ミランダ判決の主眼は明確に供述の自由（すなわち自白の任意性）に向けられている。そうすると、ミランダ・ルールは、それに反して得られた自白を、任意になされたものでない自白であるとみなすことを要求した法則であると理解することもできるのではなかろうか。

ミランダ告知がなされた後、被疑者によって有効な権利の放棄がなされれば、取調べが実施されることになるが、そこで得られた自白は、権利の放棄がなされたということだけで常にその証拠能力が認められるわけではない[64]。先にも

述べたように、権利の放棄後に得られた自白の証拠能力については、事情の総合説による適正手続＝任意性説によって、それが任意になされたものかどうかが判断されているのである。[65] たとえば、後年だされたウイリアムズ判決（一九九三年）[66]においては、「われわれは、不任意自白の提出がデュー・プロセスに違反しているという主張に対しては、事情の総合説を採用し続けているのである」[67]と述べられている。また、ミランダ判決自身、「たとえ、蛮行や拷問もしくは……具体的な戦略が用いられないとしても、身体拘束中の取調べそれ自体が、個人の自由に対して重い制約を課し、また個人の弱さにつけいるのである」[68]としたうえで、そこに注を付し、取調べが虚偽自白をもたらしうることにも言及している。[69] この点からも、自白の任意性の問題に主眼をおくミランダ判決の立場を窺うことができる。

なお、かりに被疑者がミランダ告知を受けていない場合であったとしても、供述の自由を侵害されることなく任意に自白をする場合がありうることをまったく否定することはできない。[70] このような場合についても、ミランダ・ルールに従えば、自白の証拠能力が否定されることになる。そうすると、ミランダ判決の理解する合衆国憲法第五修正の保障の範囲は、自己負罪拒否特権（黙秘権）を侵害して得られた不任意自白それ自体を排除するということにとどまらず、自己負罪拒否特権（黙秘権）を危機にさらし、不任意自白を強要されるような環境に被疑者を置くことを許さないという点にも及んでいると解することができるのではなかろうか。

第二節　ミランダ判決以降の判例の展開――ミランダ・ルールの弱体化と強化

一　ミランダ・ルールの弱体化

（一）前節でみたように、ミランダ判決は、身体拘束中の被疑者を取り調べる際には、事前に権利告知をすることを要求し、被疑者が権利放棄をした場合でも、その後になって被疑者が権利を行使すれば直ちに取調べを中止しなければならず、それに反して得られた自白については画一的に排除する法則であるミランダ・ルールを確立させた。ところが、ミランダ判決がだされてから間もなくして、そのようなミランダ・ルールの例外を認める連邦最高裁の判例が相次いでだされるようになる。これは、一九六九年に連邦最高裁首席裁判官がウォーレンから保守派と目されていたバーガーへと交代したことが少なからず影響したものと解されている。[71] このような連邦最高裁の変化[72]に対しては、ミランダ・ルールを弱体化するものであるという批判が向けられてきた。たとえば、ワイゼルバーグ（Charles D. Weisselberg）教授は、「これらの判例は、ミランダ判決の新たな見方を植え付けた。弾劾や他の証拠の収集のために、警察がミランダ判決に反して得た供述を用いることを検察官に許すことで、裁判所は、警察がミランダを軽視する動機を生み出したのである」という痛烈な批判を向けられている。[73] 以下では、ミランダ判決を弱体化させるものであるとして批判の対象とされてきた、いくつかの判例を取り上げて検討を加えることとする。

（二）ミランダ・ルールに違反して得られた供述を、被告人の法廷証言を弾劾する証拠として用いることを認めたのが、ハリス判決（一九七一年）[74]とハス判決（一九七五年）[75]である。

ハリス判決の事案は、ヘロインの譲渡で起訴された被告人ハリスは、公判で証言台に立ち、おとり捜査官Aに紙包みに入ったものを譲渡したことを認める一方で、中身はふくらし粉であり、Aを欺くためのものであったと証言した。そこで訴追側は、ミランダ・ルールに反して、逮捕直後に弁護人依頼権を告知することなく開始された取調によって得られたハリスの証言と矛盾する内容の供述を、ハリスの証言の弾劾証拠として法廷に出し、その結果ハリスは有罪となったというものである。そこで、本件では、ミランダ・ルールに違反して得られた供述を被告人の法廷証言を弾劾する証

拠として用いることが認められるのかが問題とされた。それに対し、連邦最高裁は次のように判示して、上記供述を弾劾証拠とし用いることを認めた。

ミランダ・ルール違反によって訴追側が主尋問において被告人に不利に用いることができない証拠であっても、その信用性が肯定できれば、被告人の法廷証言を弾劾するために用いることができる。一九五四年のウォルダー判決は、「主尋問において許容されない物証であっても弾劾目的であれば利用できる」ことを認めている。すべての刑事被告人は自己を弁護するために自ら証人台に立って証言し、または証言を拒否する特権を有しているが、この特権に「偽証を犯す権利」が含まれると解することはできない。「ミランダによって与えられた盾は、以前の矛盾供述との対決の危険なしに、弁護の手段としての偽証の許可状と曲解してはならない」(76)。

また、ハス判決は、自転車窃盗で起訴されたハスが、公判で証言台に立ち、自転車窃盗は自分の運転するトラックに同乗していた友人の犯行によるものであり自分には関係ないと供述したため、訴追側はこれを弾劾するため、警察官Aを証人として立てた。警察官Aは、ミランダ告知はしたがハスの弁護人と電話をしたいという申し出は無視した状況の中で得たハスの負罪的供述の内容を証言したため、その結果、ハスは有罪判決を言い渡された、という事案である。それに対し、連邦最高裁は、ハリス判決と同様に、主に被告人の偽証防止の観点から、ハスの供述を弾劾証拠として使用することを認めた。

（三）権利行使後であっても取調べの再開が許される場合のありうることを認めたのがモズリー判決（一九七五年）(77)である。事案は、強盗の容疑で逮捕された被告人モズリーは、ミランダ告知が与えられた後、黙秘権を行使した。そこで捜査官Aは直ちに取調べを中止したが、その二時間後、別の捜査官Bが、モズリーを別室に移し、再度ミランダ警告を行った上で取調べ、モズリーから、別件の殺人事件の自白を得たというものである(78)。そこで、ミランダ・ルールにおい

ては、被疑者が黙秘権を行使した後、たとえ別件であっても、取調べを再開することが禁止されているのか否かが問題とされた。それに対し、連邦最高裁は大要次のように判示して自白の証拠能力を認めた。[79]

この問題の解決は、ミランダ判決の一節の解釈にかかっている。すなわち、ミランダ判決は、「もし個人が何らかの方法で……黙秘したい旨表明すれば取調べは中止されなければならない」とするのみで、取調べの再開が許される場合については言及していない。そこで、この一節を「文字通りに読み取り、黙秘権を行使した者は、それ以降、時間、場所を問わず、一切の取調べを受けないこと意味していると解することができる。また、人が権利を行使した後の供述はすべて、『強制の成果』であるとして、身体拘束中の者が取調べを受けず任意にした供述であっても排除することを要求していると解することもできる。あるいは、この一節は取調べを直ちに中止することのみを求めているものであり、一時の休息後、取調べを再開することを認めていると解することもできる」[80]が、これらの解釈はいずれも濫用を招きうるため、「ミランダ判決における右文言も他のいかなる文言も、身体拘束中の者がひとたび黙秘することを表明すれば、いかなる事柄についても警察官によるその後の取調べは期間の定めなく一切禁止したものとは解することができないとするのが合理的である」[81]。「ミランダ判決の合理的で忠実な解釈は、『個人が黙秘権を行使し、権利行使が誠実に尊重されることを保障するために十分かつ効果的な手段』を採用するというミランダ判決での当裁判所の意図に基づかなければならない。本件の争点である文言の中にみられる重要な保護手段は『取調べを中止させる権利』なのである」[82]。それゆえ、黙秘権行使後の取調べで得られた供述の許容性は、「取調べを中止させる権利」が「誠実に遵守された」のか否かにかかっている。モズリーが自白した状況をみると、「取調べを中止させる権利」は十分尊重されていた。モズリーが強盗事件について黙秘したいと述べれば、Aは直ちに取調べを中止し、取調べの再開や、モズリーの翻意を促すなどは一切しなかった。二時間以上経過して、モズリーは別の警察官によって、別の場所で、無関係の強盗殺人事件につい

て取調べを受けた。この二回目の取調べ開始時にも十分で完全なミランダ警告を告知された。彼は、自らに保障される諸権利とそれを行使する十分な機会を与えられた。本件は、警察が身体拘束中の被疑者の取調べを中止させる権利を尊重しなかった事案ではない。本件においては、警察は直ちに取調べを中止し、相当の時間を経てあらためて一連の警告が与えられた後ではじめて取調べを再開したのであって、しかも、第二の取調べでは前の取調べの対象でなかった犯罪に限定されていたのである。

（四）公共の安全確保を理由に、ミランダ・ルールの例外を認めたのがクォーリズ判決（一九八四年）[83]である。事案は、次の通りである。警察官Aらは、拳銃を持った男にたった今強姦されたとの通報を受けた。被害者は、犯人の人相と、犯人が付近のスーパー・マーケットに入っていった旨供述した。そこで、Aらがスーパー・マーケットに赴くと、人相の一致する被告人クォーリズを発見したため、その身体を捜検したところ、空のピストル・ケースを発見したため手錠をかけた後、銃の所在と尋ねると、クォーリズは顎で商品の空箱の方を示して、「そこにある」と答えた。Aが確認すると、供述通りに商品の空箱から弾丸の装填された銃を発見した。そこで、Aらはクォーリズを正式に逮捕し、改めてミランダ告知を行った後、銃がクォーリズのものであること等の供述を得たというものである。本件においては、警察官がミランダ警告を行うことなく得たクォーリズの「そこにある」という供述が許容できるのかが問題となった[84]。これに対し、連邦最高裁は大要次のように判示し、本件供述の証拠能力を認めた[85]。

本件はミランダの適用範囲内にある。しかし、ミランダ・ルールには、公共の安全のための例外がある。そのような場合にはミランダ警告は必ずしも不可欠ではない。本件では、クォーリズが銃をスーパー・マーケット内に隠したことを考えられる十分な理由があり、これを放置すれば、共犯者が銃を使用することなどにより、公共の安全が脅かされる危険があるため、銃の所在を直ちに突きとめる必要があった。また、Aらは、ミランダ警告前には、銃を発見するのに

必要な質問しかしていない。公共の安全に脅威が生じた状況下では、供述を得る必要性は合衆国憲法第五修正の自己負罪拒否特権保障のための予防法則の必要性に優越する。そして、本件はこのような「公共の安全の例外」に該当する。

（五）上に挙げた諸判例は、先に述べたようにミランダ・ルールを弱体化したものであるとして厳しい批判が向けられてきた。たしかに、これらの判例の判示内容をみると、ミランダ・ルールを弱体化する側面があることを否定することは困難といえる。従来、ミランダ・ルールは、ルールに違反して得られた自白をいかなる目的であっても使用することはできないという立場にたっているものと考えられてきた[86]。それに対し、ハリス判決とハス判決は、かりにミランダ・ルールに反して得られた供述であったとしても、弾劾証拠としてであれば使用することができるとしているが、そうなれば、被告人が証言を行う事件では野放図にミランダ違反の自白が公判廷にもちこまれるようになることが危惧される[87]。また、モズリー判決では、被疑者がひとたび黙秘権を行使したとしても、取調べを再開できる場合があるとされているが、そうすると、権利行使と権利放棄との境界線があいまいになるおそれが生じてこよう。さらに、クォーリズ判決にいたっては、被疑者は警察官によって身体を拘束されているにもかかわらず[88]、取調べに先立って一切権利告知が行われていない事案である[89]。このようにみてくると、上記の諸判例は、いずれもミランダ・ルールに反して得られた供述であっても利用できる場合があることを認めたものであり、その点では（すなわち、ミランダ・ルールの画一性を緩める点では）、ミランダ・ルールを弱体化するものではある。

しかし、ここで注意すべきは、ミランダ判決がミランダ・ルールに反して得られた自白を画一的に排除する方法を採ったのは、身体拘束中の取調べに内在する強制が合衆国憲法第五修正の自己負罪拒否特権（黙秘権）と相容れないと考えたからであり、その核心は身体拘束中に内在する強制から被疑者を保護することにあるということである。そして、このような観点から上記の諸判例をみると、それらはいずれもミランダ判決の核心自体を必ずしもないがしろにするもの

ではなく、また判例が認めた例外は必要最小限度の例外であり、濫用のおそれも必ずしも大きいとはいい難いことが明らかとなる。

まず、ハリス判決とハス判決については、被告人自身の法廷での証言を弾劾するためには、被告人が法廷で証言する以前になされた自己矛盾供述の利用が不可欠であるという考慮が働いている。もっとも、被告人の証言の弾劾手段として、ミランダ・ルール違反の供述を利用すること以外に方法はないのかという疑問は残る。しかし、連邦最高裁は、ハリス判決やハス判決のような事案以外の場合、例えば被告人以外の者の法廷証言を弾劾する目的で、ミランダ・ルールに反して得られた被告人の供述を使用することを容認してはいないのである(90)。

また、モズリー判決については、（イ）ひとたび被疑者が黙秘権を行使したならば取調べを中止すべきとするミランダ判決の要請を実質的に制限するものである(91)、（ロ）ミランダ判決の趣旨は、「ひとたび被疑者が黙秘権を行使したならば、しばらくの間は取調べを中止しなければならない」というものに変更された(92)、といった指摘もなされている。しかし、モズリー判決の事案をみると、一回目の取調べと二回目の取調べでは、取調べ担当の捜査官、取調場所がともに変更されており、また、一回目の取調べと二回目の取調べの間には時間的間隔も設けられており、さらに、二回目の取調べに際してもミランダ告知が完全に行われたことから、捜査官の側において身体拘束中の取調べに内在する強制を緩和するための努力が払われ、実際に強制の程度がかなり軽減（少なくとも、任意性は肯定できる程度に軽減）されていたとみることもできる。それに加えて、一回目の取調べと二回目の取調べとでは取調べの対象とされた事件が全く異なっていたことも見過ごすことはできない。このようにみてくると、モズリー判決は、このような特殊な事情に基づいた事例判断であり、必ずしも一般化することはできないものである。事実、後に検討するが、一九八一年にだされたエドワーズ判決(93)においては、被疑者が弁護人を求めたため一旦取調べが中止された後、再びミランダ告知をした上でな

された取調べによって得られた自白の証拠能力が否定されている。(94)

そして、クォーリズ判決については、たしかに、警察官は尋問前に被疑者に対してミランダ告知を行ってはいないが、尋問が不特定多数の者の出入りするスーパー・マーケットという公然の場所でいわば衆人環視の下で行われていたことに鑑みれば、被疑者は身体を拘束されてはいたものの、身体拘束中の警察署での（密室での）取調べと同視しうるような（あるいは、同種の）強制的な雰囲気が存在していたとまでは認められない事案であると解することも可能なのではなかろうか。また、尋問は拳銃の隠し場所以外の事項には及んでいないことから、公共の安全確保という目的の濫用のおそれも存在しないことなども考慮されたのであろう。少なくとも、クォーリズ判決の判示は、本件の事案を踏まえたものであり、公共安全の危険という抽象的な状況がありさえすれば、一般的にミランダ告知を捨象してもよいと認めている趣旨であるとは到底解されないのである。

このようにみてくると、ミランダ・ルールを弱体化したという評価がなされている上記の諸判例においても、連邦最高裁は一貫して、身体拘束中の取調べに内在する強制から被疑者を保護するというミランダ判決の核心部分に対しては注意を払っていることが明らかとなる。そして、身体拘束中の取調べに内在する強制から被疑者を保護するというミランダ判決の核心を尊重する連邦最高裁の姿勢は、イニス判決（一九八〇年）(95)からも鮮明に見て取ることができる。イニス判決の事案は、銃を用いた強盗殺人の被疑事実で逮捕されたイニスが警察署に向けて移送される途中、二人の警察官が、近所に障害児施設があるため、子供たちが銃で怪我でもしたら大変だ、などと話していたところ、イニスが二人の会話を遮って、銃の隠し場所を自ら供述し、その供述どおりに銃が発見されたというものである。それに対し、連邦最高裁は、「当裁判所は、ミランダ判決において、『身体拘束中の取調べとは、個人が身体を拘束され、もしくは何らかの方法で行動の自由を奪われた後に、法執行官によって開始された質問を意味する』と述べた。この言葉およびその他

の同判決における『取調べ』への言及によると、ミランダ法則は身体拘束中の被疑者への明示の質問を伴う警察の取調べ実務に対してのみ適用されるようにもみえる。しかし、われわれは、ミランダ判決をそのように狭く解釈しない。ミランダにおける当裁判所の関心は、取調べと身体拘束との相互作用によって生み出される『取調べ状況』が『個人を取調官の意思に屈服させ』、それにより強制的に自己負罪拒否特権が侵害されるということであった」[96]と判示した。イニス判決は、結論として、本件はミランダ判決のいう取調べにあたらないことを理由に供述の証拠能力を認めてはいるが、その判断に際しては、身体拘束中の取調べに内在する強制という観点を極めて重要視していることが窺えるのである。

二　ミランダ・ルールの強化

（一）以上にみた、ミランダ判決がだされて以降の連邦最高裁判例においては、身体拘束中の取調べには強制が内在するというミランダ判決の核心的部分には十分に注意が払われ、尊重されてきたものの、他方で、いずれもミランダ・ルールの例外を認めたものであり、その意味でミランダ判決を弱体化させる側面があることは否めない。そしていったん例外を認めた以上、それらの解釈しだいでは、さらなる例外が容認される危険をはらむものであった。また、先例変更のための特別な正当化事由とみなされるような事情の出現によっては、ミランダ判決の核心的部分が変更される可能性もないではなかった。ところが、連邦最高裁は、ミランダ・ルールの例外を認める判例を出す一方で、ミランダ・ルールを一層強固なものにする判例をも次々とだしていったのである。

以下では、ミランダ・ルールをより強化したものとして知られている代表的な判例である、エドワーズ判決（一九八一年）[97]とミニック判決（一九九〇年）[98]の判示について検討することとする。

（二）まず、エドワーズ判決からみてゆく。事案は、強盗、謀殺等の容疑で逮捕された上告申立人エドワーズは、ミランダ警告を受け、権利を放棄して取調べに応じたが、取調べ中、弁護人に会いたい旨申し出た。そこで、捜査官Aは、直ちに取調べを中止し、エドワーズは拘置所に送られた。その翌朝、別の捜査官が拘置所に出向き、同一事件について、あらためてミランダ告知を行った後、エドワーズを取り調べて自白を得たというものである。[99] 本件では、被疑者が弁護人依頼権を行使した後、同一事件についてあらためて権利放棄の同意を得て取調べを再開することがミランダ・ルールに違反するといえるのか否かが問題とされた。それに対し、連邦最高裁は大要次のように判示して、自白の証拠能力を否定した。[100]

弁護人を通してのみ警察と取引したい旨申し出たエドワーズのような被疑者は、彼自身が警察との接触を開始した場合を除いて、弁護人が利用可能となるまで取調べを受けることはない。ミランダ判決では、ひとたび被疑者によって権利が行使されると、「弁護人が立会うまで取調べは中止されなければならない」と判示された。その後の判例もそれを変更していない。当裁判所はモズリー判決において、ミランダ判決は、黙秘権の要求と弁護人依頼権の要求とを区別して、弁護人を要求したときに限り弁護人が立ち会うまで取調べが中止されるとしたものであると判示した。われわれは、これらの見解を再確認し、これに実質を与えるために、身体拘束中の被疑者が、明確に弁護人依頼権を主張した場合に、再び被疑者を取り調べることは、ミランダおよびその後の判例と矛盾するということを強調する。

（三）次に、ミニック判決についてみることとする。事案は、捜査官Aらは、殺人等で逮捕された上告申立人ミニックが弁護人依頼権を行使したため、直ちに取調べを中止したが、ミニックが弁護人と何度か会って相談した後、改めてミランダ告知をした上で取調べを行って自白を得たというものである。本件では、身体拘束中の被疑者が弁護人依頼権を行使し、実際に弁護人との接見が行われた場合、あらためてミランダ告知をした上で取調べを行うことが認められて

いるのか否かが、すなわち、先にみたエドワーズ判決で判示された『弁護人が利用可能となるまで』の意味が問題となった[101]。それに対し、連邦最高裁は大要次のように判示し、自白の証拠能力を否定した[102]。

「被疑者に弁護人が『利用可能となる』という要件は、取調室の外で弁護人と相談する機会のあったこと以上のことを意味する。われわれは、エドワーズ判決において、被疑者が弁護人依頼権を行使すると、『弁護人が立会うまで取調べは中止されなければならない』とのミランダの命令に的を絞った」。取調べへの弁護人の立会いをわれわれが強調するのはエドワーズに特有のことではく、ミランダに由来するのである。エドワーズおよびその後の判例は、ミランダ法則を、取調べの際に弁護人の立会いがない限り、取調べを禁止したものと解釈してきた。この点に関する、以前のわれわれの判例がいかに曖昧であっても、われわれは、今、弁護人が要求されれば、取調べは中止されなければならず、また捜査官は、被疑者が弁護人と相談したかどうかにかかわらず、弁護人の立会いなくして取調べを再開することはできないと判示する。

（四）ミランダ・ルールを弱体化させたといわれている先にみた判例の中で、特に問題をはらんでいたのは、モズリー判決であったといえよう。同判決においては、被疑者が黙秘権を行使した後、再び取調べを開始することが許されるかについて検討され、連邦最高裁は、事案の特殊性も手伝ってか、取調べの再開を容認した。しかし、権利行使による取調べの中止は、ミランダ判決の生命線ともいえるものである。被疑者が権利行使したとしても、なお取調べが続けられるようでは、権利告知は画餅に帰しかねない。そこで、モズリー判決によって認められた例外がさらに拡大されはしないかという点が強く危惧されたのである。

エドワーズ判決は、被疑者が弁護人依頼権を行使した場合には取調べは中止されなければならず、再開は許されないことを判示したものであり、ミニック判決はそのようなエドワーズ判決の判示に制限を加えることを拒絶したものである[103]。

このように弁護人依頼権については例外が認められないとした、エドワーズ、ミニック両判決の意義は大きい。[104] 黙秘権は、きわめて限定的ではあるが、モズリー判決によって例外が認められてしまった。しかし、弁護人依頼権については一切の例外が認められないとされたことで、すくなくともその例外が認められていない現時点においては、弁護人依頼権を行使しさえすれば、取調べは直ちに中止され、弁護人が到着するまでその後の再開は許されない。そのため、被疑者としては、弁護人依頼権さえ行使することさえできれば、モズリー判決によってもたらされた不利益を、完全に埋め合わせることが可能となるのではなかろうか。

（第二章・未完）

（1）Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966). ミランダ判決の研究・紹介として、小早川義則『ミランダと被疑者取調べ』（成分堂、一九九五年）、芝原邦爾「捜査段階における自白の許容性―ミランダ事件判決の意味するもの―」『ジュリスト』三五六号（一九六六年）一〇六頁、田宮裕「Miranda v. Arizona; Vignera v. New York; Westover v. United States; California v. Stewart, 384 U.S. 436 (1966)―被逮捕者の黙秘権保障の方法、尋問には弁護人の立会が必要、逮捕と国選（州選）弁護権、その他」[1966-2] アメリカ法三一八頁、俵谷利幸「ミランダ判決について（1）（2）」『警察研究』三八巻六号（一九六七年）七五頁、三八巻七号（一九六七年）八七頁、鈴木義男「ミランダ判決の一〇年」『研修』三五二号（一九七七年）一四頁、吉野辰雄「弁護権と自白の証拠能力―所謂ミランダ事件等について―」『英米法学』一三号（一九八二年）四頁、鈴木義男『刑事司法と国際交流』（成文堂、一九八六年）二一六頁、熊本典道『刑事訴訟法論集』（信山社、一九八九年）三一四頁、渡辺修『被疑者取調べの法的規制』（三省堂、一九九二年）一四頁、石川才顕『捜査における弁護の機能』（日本評論社、一九九三年）一一八頁、村井敏邦『刑事訴訟法』（日本評論社、一九九六年）一〇六頁、洲見光男「ミランダ

判決三〇周年に寄せて」『刑法雑誌』三七巻一号（一九九七年）一〇八頁、鈴木茂嗣『続・刑事訴訟の基本構造（下）』（成文堂、一九九七年）四九四頁、多田辰也『被疑者取調べとその適正化』（成文堂、一九九九年）二六〇頁、香城敏麿『憲法解釈の法理』（信山社、二〇〇四年）五一九頁、Richard A. Reo & George C. Thomas (eds.), The Miranda Debate : Law, Justice, and Policing (Northeastern University Press, 1998) のほか、戸田弘他「アメリカの刑事司法過程とわれわれの問題」『判例タイムズ』二二二号（一九六八年）二頁、アーチバルド・コックス（吉川精一＝山川洋一郎訳）『ウォレン・コート　憲法裁判と社会改革』（日本評論社、一九七〇年）一二二頁以下、Ｂ・Ｊ・ジョージＪｒ.「刑事司法における人権（二）」『法曹時報』二三巻一〇号（一九七一年）一一八頁、渥美東洋『捜査の原理』（有斐閣、一九七九年）二一八頁以下等も参照。なお、山本龍彦「違憲審査理論と権利論―権利・救済関係の再検討を通じて」大沢秀介＝小山剛編著『東アジアにおけるアメリカ憲法　憲法裁判の影響を中心に』（慶應義塾大学出版会、二〇〇六年）三九九頁も参照。

（2）*Cf.* State v. Miranda, 401 P.2d 721 (Arizona 1965), at 722-723.

（3）*Miranda*, 384 U.S. at 491-492.

（4）*Id.* at 439.

（5）*Id.* at 444-445.

（6）*Id.* at 445.

（7）*Id.* at 448-449.

（8）*Id.* at 455-456.

（9）*Id.* at 456-457.

（10）*Id.* at 457-458.

（11）*Id.* at 458-459.

（12）*Cf. Id.* at 459-461.

（13）*Id.* at 461.

（14）*Id.* at 467-468.

（15）*Id.* at 469.

(16) *Id.* at 469-470.
(17) *Id.* at 472-473.
(18) *Id.* at 473-474.
(19) *Id.* at 475.
(20) *Id.* at 476-477.
(21) *Id.* at 478-479.
(22) *Id.* at 479.
(23) *Id.* at 492.
(24) U.S. Const. amend. V.
(25) Malloy v. Hogan, 378 U.S. 1 (1964).
(26) 合衆国憲法第五修正の保障する自己負罪拒否特権（黙秘権）の沿革については、澤登文治「自己負罪拒否特権の歴史的展開―合衆国憲法修正五条の意義―（一）（二・完）」『法政理論［新潟大学］』二四巻二号（一九九一年）一五三頁、二五巻一号（一九九二年）一二四頁、伊藤博路「自己負罪拒否特権の確立期についての一考察―イギリス法を中心に―」『帝塚山法学』五号（二〇〇一年）一三五頁、小川佳樹「自己負罪拒否特権の形成過程」『早稲田法学』七七巻一号（二〇〇一年）一二一頁、伊藤博路「植民地期アメリカにおける自己負罪拒否特権に関する一考察」『帝塚山法学』六号（二〇〇二年）二〇三頁、伊藤博路「合衆国憲法修正五条の自己負罪拒否特権の沿革に関する一考察―独立後から合衆国憲法修正五条成立直後の時期までを中心にして―」『明治学院論叢法学研究』七六号（二〇〇三年）二〇五頁、伊藤博路「自己負罪拒否特権の起源についての一考察―アメリカでの議論を中心にして」小暮得雄先生古稀記念『罪と罰・非情にして人間的なるもの』（信山社、二〇〇五年）一八九頁、R. H. Helmholz (et al.), The Privilege against Self-Incrimination: Its Origins and Development (The University of Chicago Press, 1997)、Leonard W. Levy, Origins of the Fifth Amendment: The Right against Self-Incrimination (Ivan R. Dee, 1999) 等参照。
(27) Bram v United States, 168 U.S. 532 (1897).
(28) *Id.* at 542.

(29) Lawrence Benner, *Requiem for Miranda: The Rehnquist Court's Voluntariness Doctrine in Historical Perspective*, 67 Washington University L. Q. 59 (1989), at 110-112.

(30) *E.g.,cf.* Charles T. McCormick, *The Scope of Privilege in the Law of Evidence*, 16 Texas L. Rev. 447 (1938), at 453.

(31) *Cf.* David Robinson, Jr., *Massiah, Escobedo, and Rationales for the Exclusion of Confessions*, 56 Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science 412 (1965), at 416; Wayne R. LaFave (et al.), Criminal Procedure, 2nd ed., vol. 2(West Group, 1999) 506.

(32) *Miranda*, 384 U.S. at 461.

(33) 連邦最高裁が問題にしてきたのは，身体拘束中の取調べそのものではなく，そこでの捜査官の「行い（conduct）」が「本質的に強制（inherently coercive）」（Ashcraft v. Tennessee, 322 U.S. 143 (1944)）といえるかどうかであったといえる（*Cf.* LaFave (et al.), *supra* note 31, at 448）。

(34) *E.g.,cf.* Brown v. Mississippi, 297 U.S. 278 (1936).

(35) *E.g.,cf.* McNabb v. United States, 318 U.S. 332 (1943); Mallory v. United States, 354 U.S. 449 (1957).

(36) *Cf.* Wong Sun v. United States, 371 U.S 471 (1963).

(37) *Cf.* Massiah v. United States, 377 U.S. 201 (1964); Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 478 (1964).

(38) Yale Kamisar, *Equal Justice in the Gatehouse and Mansions of American Criminal Procedure,* A. E. Dick Howard (ed.), Criminal Justice in Our Time (The University Press of Virginia, 1965) 19-20. なお，同論文は，後に，Yale Kamisar, Police Interrogation and Confessions: Essays in Law and Policy (The University of Michigan Press, 1980) に収められている。

(39) Arthur E. Sutherland, Jr., *Crime and Confession*, 79 Harvard L. Rev. 21 (1965), at 37.

(40) 「Ⅰの1」節は，ミランダ判決においても引用されている（*Cf. Miranda*, 384 U.S. at 457, note 26）.

(41) *Escobedo*, 378 U.S. at 488.

(42) *Miranda*, 384 U.S. at 457-458.

(43) *Cf.* Project, *Sixteenth Annual Review of Criminal Procedure: United States Supreme Court and Court and Courts of Appeals 1985-1986*, 75 Georgia L. J. 713 (1987), at 837; Withrow v. Williams, 507 U.S. 680 (1993), at 689. なお，多田・前掲注

（1）書二六八頁も参照。

(44) *Cf. Miranda*, 384 U.S. at 473-474.

(45) *E.g.,cf.* Stephen J. Schulhofer, *Confessions and the Court*, 79 Michigan L. Rev. 865 (1981), at 869-872; Welsh S. White, Miranda's Waning Protections: Police Interrogation Practices after Dickerson (The University of Michigan Press, 2001) 47; Stephen A. Saltzburg & Daniel J. Capra, American Criminal Procedure: Cases and Commentary, 8th ed. (Tomson/West, 2007) 676. また、渡辺・前掲注（1）書三六頁も参照。なお、事情の総合説による適正手続＝任意性説については、拙稿「自白排除法則の研究（二）」『北大法学論集』五九巻三号（二〇〇八年）二〇二頁以下参照。

(46) *E.g.,cf.* Schulhofer, *supra* note 45, at 879.

(47) 松尾浩也編『刑事訴訟法Ⅱ』（有斐閣、一九九二年）二九七頁〔島田仁郎執筆〕。

(48) 鈴木義男・前掲注（1）論文一六頁。

(49) もっとも、これまでの学説において、このことがまったく認識されてこなかったというわけではない。

(50) その意味で、「ミランダ判決においては違法な手続によって採取された自白を排除すべきだとする」（芦部信喜編『憲法Ⅲ　人権（二）』〔有斐閣、一九八一年〕二一六頁〔杉原泰雄執筆〕）というように、ミランダ判決が違法排除説に立っていると解することは、必ずしも誤りではない。

(51) *The Supreme Court, 1965 Term*, 80 Harvard L. Rev. 123 (1966), at 203、畑博行「バーガー・コートと刑事手続」『広島法学』五巻三＝四号（一九八二年）一〇八頁参照。

(52) 井上正仁『刑事訴訟における証拠排除』（弘文堂、一九八五年）九八頁、田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』（有斐閣、一九九六年）三九八頁参照。

(53) Gerald M. Caplan, *Questioning Miranda*, 38 Vanderbilt L. Rev. 1417 (1985), at 1447.

(54) この点、渥美東洋教授は、「ミランダ事件は、身柄拘束中という限定された状況の取調についてだけではあったが、ミランダ警告を用いない、そのような状況での取調を、本来的に『強制』的であると言って、強制自白法理と黙秘権法理との接合を図ったのである」と指摘されている（渥美・前掲注（1）書一三三頁）。

(55) ミランダ判決が自白の任意性について判断したものであることを示唆する、寺崎嘉博「自白法則について」三井誠他編

『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集（下）』（成文堂、二〇〇七年）四一六頁以下は、その限りにおいては正しいということになる。

(56) 鈴木茂嗣・前掲注（1）書二二七頁。

(57) 山本・前掲注（1）論文四一五頁。

(58) *Miranda*, 384 U.S. at 478.

(59) 小早川義則「合衆国憲法と日本法―刑事手続を中心に」『桃山法学』一号（二〇〇三年）五七二頁。

(60) *McNabb*, 318 U.S. 332. *Mallory*, 354 U.S. 449.

(61) *Wong Sun*, 371 U.S 471.

(62) *Massiah*, 377 U.S. 201.

(63) *Escobedo*, 378 U.S. 478.

(64) Berkmer v. McCarty, 486 U.S. 420 (1984), at 433.

(65) *E.g.cf.* Welsh S. White, *What is an Involuntary Confession Now?*, 50 Rutgers L. Rev. 2001 (1998), at 2004.

(66) Withrow v. Williams, 507 U.S. 680 (1993).

(67) *Id.* at 689.

(68) *Miranda*, 384 U.S. at 455-456.

(69) *Cf. Id.* at 456 note 24. なお、ウイリアムズ判決多数意見もミランダ・ルールが虚偽自白の排除に役立っていることを指摘している（*Cf. Williams*, 507 U.S. at 692）。ただし、ミランダ判決がだされて以降も、虚偽自白の発生は実務における深刻な問題として残されたままとなっている（*Cf.* Steven A. Drizin & Richard A. Leo, *The Problem of False Confessions in the Post-DNA World*, 82 North Carolina L. Rev. 891 (2004)）。

(70) *Cf.* David A. Strauss, *The Supreme Court's Power to Issue Prophylactic Rules: Miranda, the Constitution, and Congress*, 99 Michigan L. Rev. 958 (2001), at 961.

(71) バーガー首席裁判官の就任以降の連邦最高裁におけるミランダ・ルールについて検討を加えた研究として、Geoffey R. Stone, *The Miranda Doctrine in the Burger Court*, 1977 Sup. Ct. Rep. 99 参照。なお、M・L・ベネディクト（常本照樹訳）『ア

メリカ憲法史』（北海道大学図書刊行会、一九九四年）二二〇頁以下も参照。

なお、バーガー首席裁判官の就任による連邦最高裁の変化について包括的な検討を加えた研究として、佐藤文哉「刑事司法に関する米連邦最高裁判例の動向―ウォーレン・コートからバーガー・コートへ―（一）～（五・完）」『判例タイムズ』二七〇号（一九七二年）二頁、二七一号（一九七二年）三二頁、二七二号（一九七二年）一五頁、二七四号（一九七二年）一八頁、二七五号（一九七二年）三〇頁、Ｂ・Ｊ・ジョージ Jr.（鈴木義男＝石川弘訳）「刑事手続に関する米連邦最高裁判所判決の動向（上）」『ジュリスト』六一一号（一九七六年）一二二頁、畑・前掲注（51）論文三八七頁等参照。

(72) ちなみに、バーガー首席裁判官の就任から一九七〇年代中期までの間に、連邦最高裁がミランダ違反を理由に有罪判決を破棄した例は一件もないことが指摘されている（*Cf.* Stone, *supra* note 71, at 99）。

(73) Charles D. Weisselberg, *Saving Miranda*, 84 Cornell L. Rev. 109 (1998), at 129-130.

(74) Harris v. New York, 401 U.S. 222 (1971).

(75) Oregon v. Hass, 420 U.S. 714 (1975). 本判決の研究として、鈴木義男編『アメリカ刑事判例研究　第一巻』（成文堂、一九八二年）一三五頁〔上坂尚執筆〕がある。

(76) *Harris*, 401 U.S. at 226.

(77) Michigan v. Mosley, 423 U.S. 96 (1975).

(78) *Cf. Id.* at 97-99.

(79) *Cf. Id.* at 99-107.

(80) *Id.* at 100-102.

(81) *Id.* at 102-103.

(82) *Id.* at 103-104.

(83) New York v. Quarles, 467 U.S. 649 (1984). 本判決の研究として、川端和治「ミランダ・ルールの例外―公衆の安全（New York v. Quarles, 104 S.Ct. 2626 (1984)）」『ジュリスト』八五六号（一九八六年）一二〇頁、渥美東洋編『米国刑事判例の動向Ⅰ』（中央大学出版部、一九八九年）八七頁〔香川喜八郎執筆〕、鈴木義男編『アメリカ刑事判例研究　第三巻』（成文堂、一九八九年）八四頁〔平澤修執筆〕参照。

(84) *Cf. Quarles*, 467 U.S. at 651-654.
(85) *Cf. Id.* at 654-660.
(86) *Miranda*, 384 U.S. at 477. *Cf.* Welsh S. White, Miranda's Waning Protections: Police Interrogation Practices after Dickerson (The University of Michigan Press, 2001) 77.
(87) このように、自己負罪拒否特権（黙秘権）に違反して得られた供述自体が有罪証拠として用いられない限り、合衆国憲法第五修正違反とはならないという考え方は、近時の判例にもみられる。たとえば、ミランダ告知を欠いて得られた供述から派生的に得られた物証の証拠能力が争われたパテイン判決（United States v. Patane, 542 U.S. 630 (2004)）におけるトーマス裁判官による相対多数意見（レンキスト首席裁判官、スカリア裁判官同調）は、派生的に得られた物証が公判に提出されても、供述自体が提出されたわけではないから、合衆国憲法第五修正に違反しないとする。この問題点については、渥美東洋教授も、自己負罪拒否特権を侵害して得られた「供述が被告発者を有罪とする証拠に用いられたときにはじめて、自己負罪拒否特権侵害が現実に生ずるのであって、それ以前には、この特権を侵害する萌芽があるにとどまる」とされている（渥美東洋『刑事訴訟を考える』［日本評論社、一九八八年］一四〇頁）。
　たしかに、このような文脈からハリス判決をみると、被告人の自白は、自白自体が犯罪事実の立証のために法廷に提出されたのではなく、被告人の証言に対する弾劾証拠として示されたにすぎないため、合衆国憲法第五修正の保障を危うくするものではないという見方もありうる。しかし、形式的にはそうであっても、弾劾証拠としてとはいえ、自白の内容が明らかにされることが陪審の事実認定与える影響を考えると、このように割り切ることができるのか、多大の疑問が残るところである。また、そもそも、ミランダ判決の射程が、合衆国憲法第五修正に違反して得られた自白の証拠能力を否定するということはもとより、身体拘束中の取調べに内在する強制を問題視し、そのような環境に被疑者を置くことを禁止することについても及ぶものと解されることに鑑みても、「特権を侵害する萌芽」にすぎないと解することができるのか疑問の余地があるように思われる。
(88) 連邦最高裁は、たとえば、一九六九年のオロスコ判決において、午前四時に自宅の寝室で就寝中の被疑者を警察官四名が包囲して拳銃の所在を尋問したという事案について、被疑者の行動の自由が奪われている場合は身体拘束にあたり、尋問に先立ってミランダ告知が必要であると判示している（*Cf.* Orozco v. Texas, 394 U.S. 324 (1969)）。ミランダ判決自体

の射程が、「本件における憲法上の問題点は、拘禁もしくは他のあらゆる方法で行動の自由を剥奪される中で尋問を受けた被告人から得られた供述の許容性である」（*Miranda*, 384 U.S. at 445）としていることからも明らかなように、警察署において拘禁されるということだけでなく、身体の自由を奪われたすべての場合について及ぼしうるものであった。

(89) そこで、クォーリズ判決に対しては、ミランダ・ルールを曖昧なものにするという批判がなされている。*Cf. The Supreme Court, 1983 Term*, 98 Harvard L. Rev. 140 (1984).

(90) *Cf.* James v. Illinois, 493 U.S. 307 (1990).

(91) 鈴木編・前掲注（75）書一一七頁〔高橋則夫執筆〕。

(92) Supreme Court Review, *Fifth Amendment–Custodial Interrogation*, 67 The Journal of Criminal Law and Criminology 397 (1976), at 407.

(93) Edwards v. Arizona, 451 U.S. 477 (1981).

(94) モズリー判決とクォーリズ判決との関係について、「被疑者が黙秘権を主張したにすぎない場合にはその翻意を促すことができるが、弁護人の立会いを求めた場合にはそれができないという不整合が生じることになった」とする指摘がある（鈴木義男編『アメリカ刑事判例研究　第二巻』〔成文堂、一九八六年〕六七頁〔平澤修執筆〕）。

(95) Rhode Island v. Innis, 446 U.S. 291 (1980). 本判決の研究として、渥美編・前掲注（83）書一八頁〔香川執筆〕参照。

(96) *Innis*, 446 U.S. at 298-299.

(97) *Edwards*, 451 U.S. 477. 本判決の研究として、鈴木編・前掲注（94）書六三頁〔平澤執筆〕、渥美編・前掲注（83）書三五頁〔香川執筆〕がある。

(98) Minnick v. Mississippi, 498 U.S. 146 (1990).

(99) *Edwards*, 451 U.S. at 478-479.

(100) *Cf. Id.* 481-487.

(101) *Cf. Minnick*, 498 U.S. at 147-150.

(102) *Cf. Id.* at 150-156.

(103) Anne Elizabeth Link, *Fifth Amendment–Constitutionality of Custodial Confession*, 82 The Journal of Criminal Law and Cri-

minology 878 (1992), at 896.

(104) もっとも、エドワーズ判決が、ミランダ・ルールによって保護される権利のうち、黙秘権の要求と弁護人依頼権とを区別し、両者の間に保障の程度の差をつけたモズリー判決の手法を踏襲したことには疑問の余地がある（*Cf. Edwards*, 451 U.S. at 485; Mosley, 423 U.S. at 104）。

〔付記〕

本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文「自白排除法則の研究」（二〇〇八年三月二五日授与）に補筆したものである。

論　説

被害者の承諾（七）

――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（以上、五九巻二号）
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、五九巻三号）
第三節　監禁罪
第四節　小括
第四章　生命・身体に対する罪と被害者の承諾（以上、五九巻四号）
第一節　はじめに
第二節　殺人罪（同意殺人罪）
一　はじめに
二　殺人罪に係る承諾の犯罪論体系上の地位について
（一）ドイツ刑法における二一六条の正当化
（二）日本刑法における二〇二条の正当化
（三）二〇二条の法益と被害者の承諾の犯罪論体系上の地位―私見―（以上、本号）
三　同意の真意性について
四　錯誤・強制に基づく同意
五　その他の要件
六　まとめ
第三節　傷害罪

第四節　小括
結語　～総論的考察への示唆～

第四章　生命・身体に対する罪と被害者の承諾

第一節　はじめに

被害者の承諾の総論的考察においてもっとも熱心に議論されているのは、生命・身体に対する罪であろう。一般的に生命・身体といったものは、我々が社会生活を送る上で必要不可欠な要素であり、またこのような要素が相互に侵害されないという信頼があるからこそ、我々の社会生活は比較的安寧にそしてスムーズに存在し続けることができる。そのため生命・身体に対する罪は個人に関係する犯罪の中でももっとも重要な犯罪であるということができるだろう。

しかし、被害者の承諾論でこれらの罪が大きく取り扱われているのは、ただそのような重要性にだけ由来するのではない。生命・身体に対する罪は、被害者の承諾との関係でこれまで論じてきた他の犯罪と異なる性質を有するようにみえるからである。たとえば財産犯においては、被害者の意思は財産犯の保護する財産権を支える基盤として必要不可欠なものであった。それゆえ被害者の承諾がある場合には、財産犯は保護されるべき財産権的基盤を失い、結果、刑法は処罰を正当化するための根拠を失うことになった。また自由に対する罪においては、構成要件状況に関係した人の自由が保護されているため、構成要件に規定されている状況を望まない被害者の意思が処罰のために必要となり、それゆえ

被害者の承諾がある場合には、そこには自由の侵害はなく、保護法益、つまりは処罰の基盤は欠けるということになった。このような犯罪においては、被害者の意思は法益侵害と密接な関係を有しており、両者は不可分一体であるからゆえに、被害者の承諾はどのような場合においても犯罪の不成立に重要な役割を果たすことになったのである。しかし、生命・身体に対する罪においては、事情が異なっている可能性がある。なぜなら、現行刑法は二〇二条に自殺関与および同意殺人罪の規定をおいており、被害者の処分意思だけでは、犯罪が阻却できないことを示しているからである。また、序論でも述べたように、現行法の規定はないが傷害罪においても被害者の承諾に一定の制限を設けることは一般的に認められている。つまり被害者の意思に反しない殺人・傷害であっても、処罰に値する法益侵害性は認められ、この点で被害者の意思と生命・身体という客体侵害との間の完全な不可分一体性への疑問が生じるのである。

財産とは異なって、誰の物でもない生命・身体は存在しないし、監禁罪等の自由に対する罪とは異なって、被害者が侵害を許容しているときであっても、当該被害者の生命・身体そのものは侵害されている。そのことから、殺人罪・傷害罪という罪においては、保護法益は被害者の意思とは独立した客観的な被害者の生命・身体それ自身ではないかという疑問が生じるのである。そしてこのような疑問が肯定され、また一般に認められているように、殺人罪・傷害罪に関する被害者の承諾に犯罪阻却あるいは違法性減少としての効果があるのだとすれば、ここで本稿の分類に基づく、違法性阻却の効果しか有さない「同意」の存在が明らかなものとなりうるのである。しかし、果たしてこの疑問は肯定されるのか、さらにいえば「同意」は実際に存在するのであろうか。また、存在するとすれば「同意」の違法性阻却の根拠は何か、反対に何が被害者の自由な法益の処分（利用）を妨げる要素となるのだろうか。そして、有効な同意のために必要な要件はどのようなものであるのだろうか。本章ではこれらの論点について、第二節では殺人罪（同意殺人罪）を、第三節では傷害罪をもとに論じていきたい。

第二節　殺人罪（同意殺人罪）

一　はじめに

刑法二〇二条（自殺関与及び同意殺人罪）は「人を教唆し若しくは幇助して自殺させ、又は人をその嘱託を受け若しくはその承諾を得て殺した者は、六月以上七年以下の懲役又は禁錮に処する」と規定している。被害者の承諾論との関係で重要なのは後段であり、ここには嘱託殺人と同意殺人という二つの類型が含まれている。嘱託殺人とは、被害者にその殺害を依頼され、それに応じて被害者を殺害すること、より具体的にいえば、被殺者がすでに自殺の企図を有するが、みずからそれを遂行する意思のないばあいに、その依頼をうけた行為者が手を下して被殺者を殺すことをいい、[1]同意殺人は被殺者からその殺害に関する承諾を得てこれを殺すことをいう。[2]ここでは、被害者の承諾はせいぜい違法減少の役割しか果たさず、また前段では自殺幇助すらも禁止されているゆえに、被害者側から見れば自己の生命の処分は非常に制限されていることになる。

なぜならある人が自己の生命を放棄したいと思ったときに、二〇二条による刑罰威嚇の存在ゆえに、その者には他者の協力が見込めない蓋然性が高くなるからである。自己の生命を処分する際に協力した他者は刑罰威嚇から免れえず、そして自殺だけが刑罰威嚇からはずされている唯一の手段であるがゆえに、被害者はその唯一残された「単独での自殺」を選ばなければならないのである。しかし、単独での自殺は周知のように恐怖や痛みといった自己保存本能の障礙ゆえに実行が困難なものである。つまりこのような意味で、条文に規定された以上に、被害者は自己の生命の処分を限りなく制限されているといえよう。これは、一見すれば個人法益にもかかわらない処分権の制限とみることができる。被害

者は自らの命であるにもかかわらず、生命を（他者の協力を得て）自由に処分することができない。なぜこのような制限が許されるのだろうか。

確かに刑法は個人法益の保護にもかかわらず処分権を制限する規定をいくつか設けている。たとえば刑法一七六条（強制わいせつ罪）や刑法一七七条（強姦罪）は、一三歳未満の女子の承諾を無効とすることで、その性的自己決定を制限している。しかしこのような規定はいずれも、（擬制的にとはいえ）彼らが承諾能力を欠いていることを前提としていて、つまり正確に言えば自己決定の制限ではなく、自己決定の保護なのである。結果として、ここでの承諾には違法性減少としての役割すら法的には認められないことになる。

それに対して同意殺人罪における承諾は明文によって違法減少（あるいは責任減少）の効果が認められている。そのことからすれば、上記の（承諾無能力を擬制した）規定の性質をそのまま当てはめることはできないであろう。それゆえこのような規定の性質と存在根拠が問題となるのである。

このような疑問を解決するためには、被害者の承諾と殺人罪の関係を考察しなければならない。そして本稿の立場によれば、それはまず文言の確認、法益の確認という二つの作業によって行われる。

前者における解答は明白である。殺人罪における「殺した」という文言は、被害者の意思との関係で特別な意味を持ってはいない。なぜなら本人が承諾してもしなくても、そこに「殺した」という行為自体があることには変わりがないからである。これは同意殺人罪が同じく「殺した」という表現を用いていることからも読み取ることができる。

他方で後者の問題に関係して、刑法一九九条（殺人罪）の法益が、一次的に、個人法益としての人の生命であることは間違いがない。しかしそれだけなのか、ということが問題である。あるいは殺人罪の保護法益が個人法益である「生命」だとして、同意殺人罪（自殺関与罪を含む）においても同じ法益が保護されているのだろうか。実は生命は放棄可

能で、同意殺人罪は殺人罪とは全く異なる法益を保護しているのかもしれない。また「生命」という法益は、実は個人の法益ではない可能性もある。

殺人罪の保護法益については、日本では自殺関与罪の処罰根拠との関係で主に論じられている。正犯が罪にとわれないにもかかわらず共犯だけが処罰されるというこの不均衡は、自殺の、そして自殺関与の法的性質を解明していくことで始めて正当化されることになる。

その一方で、このような問題はドイツでも論じられている。ドイツ刑法二一六条一項（要求に基づく殺人罪）は「被殺者の明白で真意な要求により、ある者が殺人を動機付けられていたときは、六月以上五年以下の自由刑に処する」[3]として、被害者の要求に特権的な効果（privilegierende Wirkung）を認めている。ここでは殺人の動機が被害者の要求に基づかなければならないので、このような効果は共犯には及ばず、各々の行為者が要件を満たしている必要がある。[4]二一六条の特権化の根拠は、行為者の葛藤状況による責任減少と被害者の高められた同意（つまり要求）から導きだれた違法性減少であり、[5]あるいは責任減少のみであり、[6]あるいは違法減少のみである。[7]しかし、いずれの見解によっても、ここで必要なのは単なる承諾ではなく、同意以上の「明白で真意な要求」であるので、このことから、殺人罪に対する被害者の単なる承諾は無効であることが明らかにされている。[8]なお、ドイツには自殺関与の規定がおかれていないので、自殺関与罪は不可罰であることも通説的に認められている。

このようなドイツの条文下では、日本とは異なり自殺と自殺関与の不均衡は生じておらず、自殺や自殺関与の性質についてはなんら問題が生じないように思われるかもしれない。しかし可罰的な同意殺人（要求に基づく殺人も含む）と自殺関与の限界は微妙なものであり、たとえば部屋にガスを充満させて心中する場合は、コンロのスイッチを入れた者が心中相手の殺人を行ったと見ることも、部屋を出ないという不作為によってそれぞれ自殺行為を行っているだけだと

みることもできるし、被殺者の要求に基づいてその者に毒を飲ませる場合でも、口に毒を流し込んだことをもって要求に基づく殺人とみることも、被殺者が自ら毒を飲みこんだということをもって自殺への幫助と見ることも可能である。これらの例が示すような共同正犯的な態様で行われた自殺とそれへの協力は、どのように評価すべきであろうか。また、自殺関与罪が不可罰であるにもかかわらず、自殺の不救助を不救助罪[9]として、あるいは殺人罪の不作為正犯として処罰した判例がある[10]。作為の幫助が処罰されないのに対して、不救助が処罰されるのは矛盾ではないだろうか。このような問いに答えるには、自殺、自殺幫助、同意殺人は、それぞれどのような性格をもち、なぜ同意殺人だけが許されないのかについて検討する必要があるのである。このようなドイツの議論は、日本でも自殺関与と自殺の不均衡を検討する際に用いられ、それを参考にした議論がなされているので、本稿でもドイツのこのような議論を参考としたい。

上記のような殺人罪（同意殺人罪）の法益論の検討により、当該犯罪における被害者の承諾の犯罪論体系上の地位について結論付けることが次節（二）の目的である。その上で同意殺人罪成立のために必要な要件を、三では真意性について、四では錯誤・強制に基づく承諾について、五ではその他の要件についてそれぞれ論じていきたい。

二　殺人罪に係る承諾の犯罪論体系上の地位について

殺人罪の法益は個人の生命である。

当然のように主張されているこのテーゼに一抹の疑問を投げかけるのは、刑法二〇二条である。二〇二条は自殺関与罪を処罰しており、そのことから自殺関与罪の正犯として自殺はそもそも違法な行為なのではないか、結果として二〇二条、そして殺人罪（一九九条）は実は個人の法益（のみ）を保護した規定ではないのではないかという疑問が生じる

のである。他方で、ドイツ刑法二一六条は同意殺人を可罰的だとしつつ、自殺関与は不可罰であるとしている。しかし、両者の限界は非常に微妙であり、また「自殺を違法だ」と宣言することで自殺関与罪の規定なしに、通常の殺人罪の共犯として自殺関与を処罰することも可能である。つまり、ここでも自殺は違法ではないのかという疑問に行き着くのである。そして、もし自殺が違法、とりわけ殺人罪の法益を侵害するというのであれば、終局的に日本刑法二〇二条の議論と同様に殺人罪の保護法益は個人法益（のみ）ではない何かがあるのではないかという疑問にたどり着く。あるいは通説に従って、自殺関与は不可罰だと解したとしても、なぜ自手では処分できる法益が他人の手にそれを委ねた途端に処分できないものになるのかは疑問だろう。「自らが自由に処分できない個人法益」という分類に果たして矛盾はないのだろうか。この疑問は、同様に、殺人罪では生命という個人法益以外にも個人で処分できないような他の法益が内在しているという帰結へとたどり着く可能性を有しているのである。果たして殺人罪、とりわけ日本では自殺関与及び同意殺人罪の、ドイツでは要求に基づく殺人罪（同意殺人も含む）の保護法益は何なのであろうか。

（一）ドイツ刑法における二一六条の正当化

本節の目的は、日本刑法二〇二条（自殺関与及び同意殺人罪）における被害者の承諾の役割を明らかにすることである。上述のようなドイツ条文との違いに鑑みれば、とりわけ自殺関与罪の処罰を認めないことを前提としたドイツの議論の果たす役割はささいなものということができるかもしれない。しかし、刑法二〇二条に関する日本の議論は、ドイツの議論に多くの刺激をうけている。それゆえに、以下ではまずドイツにおける同意殺人の法的性質に関する分析を通して、殺人罪の保護法益について、結果として被害者の承諾と生命の関係がどのようなものと理解されているのかについて検討していきたい。

なお、自殺関与と同意殺人の不均衡に関するドイツの学説は、主に三つの主張からなっているということができる。まずそもそも自殺関与を不可罰とはせずに、このような不均衡を実力行使的に排除する見解であり、あるいは全く反対に、二一六条の体系違反を主張し、同意殺人を不可罰とする見解であり、最後にその中間に位置し、そして現行法と一致する、同意殺人と自殺関与の区別をなんらかの理由で正当化する見解である。これらの主張の中で、殺人罪の保護法益は詳細に検討されることになる。本稿の目的は、これらの説が殺人罪、そして嘱託殺人罪の法益についてどのように解しているかを検討することにあるが、便宜上、これらの三つの主張に区別して論じていきたい。

①自殺関与を可罰的と解する説

上述のように、ドイツの判例のいくつかは、自殺者が完全に自己答責的に行為できる者であるにもかかわらず、不作為による自殺の不阻止を不救助罪（三二三c条）として、又は、殺人罪の間接正犯として処罰してきた。作為による自殺関与が不可罰である以上、このような判例は違法だとして批判されうるものである。しかし、このような判例を、自殺関与をも可罰的だと解することで支持しようとしたのはシュミッドホイザーであった。

シュミッドホイザーは、自殺の際にも他殺の際にも、人間の生命が自然的な経過の前に終わらされるという点で、最終的に考えられうる不法状況は同じであると考えた[11]。それゆえ他殺はもちろん、自殺も正当化されえない。しかし、自殺は、自殺者がその命を終わらせることが彼にとって唯一の逃げ道だとみなすほどに、自らの命を価値がないものと感じていることに由来している。ゆえに、自殺は殺人罪の特別な責任阻却事由であるというのである[12]。

この見解によれば、殺人罪の法益である個人の「生命」は、本人ですら放棄できない絶対的な価値をもつものである。結果、人には生きる義務が肯定されることになるが、このことに対してシュミッドホイザーはなんら疑問を呈さない。なぜなら、自分の生命は他人の生命に比べてわずかな価値しかもたないわけではないから、個人が他人の生命を尊重す

るように義務付けられている時には、自分の生命を尊重することをも義務付けられているのである。[13]

また序論で述べたように、シュミッドホイザーは被害者の承諾の総論的考察において、個人に関係した犯罪類型の法益は権利者の「客体に関する自律性」[14]と解しており、法益所有者の意思と密接に関係付けている。しかし生命・身体に関係した犯罪類型はもはや被害者の承諾が可能な領域ではなく、なぜなら社会には個人が他人によって犠牲にされないという利益が存在しているからであると主張する。[15]以上のことに鑑みれば、殺人罪における法益は、個人法益である生命であり、被害者の承諾は「生命を尊重する」という社会的な利益ゆえに無効ということになる。

それではここでいう社会の利益は、それ自体が殺人罪の法益であるのか、それとも被害者の承諾を顧慮する際の単なる利益にすぎないのか。結論から言えば後者のように思われる。というのも、シュミッドホイザーは（「共に保護されている社会的利益は処分可能ではない」[16]とは言わず）「生命は処分可能ではない」として法益が「生命」であることを明記しているからであり、[17]ここでいう尊敬要求が、社会ではなく生命から生じるものであることを主張しているからである。同意を制限する「社会の利益」は、絶対的な価値をもつ「生命」に由来するものであり、二一六条の法益は、その「生命」ということができよう。

なお、シュミッドホイザーの見解に対しては、自殺と他殺の不法を同一と見る点に批判がなされている。[18]また、「刑事立法は一般予防の目的設定でもって、原則的に社会的に耐えられない方法で他人の法益又は我々の自由主義的に作られた公共団体（Gemeinwesen）の機能を侵害するような違法な行為だけを犯罪とする」のだから、自己危殆や自殺を処罰するのは、明白に重要な社会法益の危険が同時にあるときに限られるべきだという批判もある。[19]さらに基本法二条二項一文は生きる権利だけを保障しており、生きることを義務付けるものではなく、[20]仮にそのようなものがあったとしても、自殺の違法性が導き出されるだけで、構成要件該当性までをも基礎付けないこと、[21]そして自殺における責任

阻却は、超法規的責任阻却であり、そのような要素が認められるのか、あるいは常にそのような責任阻却状況は存在するのかが疑問視されている。[22]

他方、自殺関与の可罰性を主張する見解の中でも、ブリンゲバートは、自殺は自殺者にのみむけられた慣習法的な犯罪阻却事由であるので、他者が行った自殺関与は可罰的であると解する。[23] ブリンゲバートの理論の開始点は、自殺の意思は顧慮に値しないということである。医学的な見地によれば、実務的なあらゆる事例において、自殺行為は自殺前症候群（präsuizidale Syndrom）とよばれる精神的な疾患に起因するという。あらゆる自殺者に救助が必要という意味で、医学的経験的にみれば自殺者の自己答責性は根拠のないフィクションであるので、規範的刑法的な側面でも自殺の意思の顧慮性は根拠のないフィクションを意味し、結果として自殺の不救助は不救助罪としてあるいは不作為の殺人罪として可罰的となり、また保障者的地位の者の作為による自殺関与も作為による不作為というカテゴリーで殺人罪の不作為正犯となる。[24] そして保障者的地位にない者の作為による自殺関与に関しては、一般に認められているように自殺者に責任能力がない場合は間接正犯になりうるが、それ以外の場合には間接正犯は事実に見合って拡張できないと主張した。他方、間接正犯以外の理論構成によって作為的な自殺関与の可罰性を肯定できるかについては、自殺自体は法益侵害行為ではあるが殺人とは不法の内容が異なっており、それゆえ自殺は殺人罪によって完全にはカバーできないとし、[25] さらに自殺（未遂）には独自の構成要件が必要であることを、要求者が自殺惹起の道具として行為者を用いた場合、すなわち二一六条との対比から導きながらも、その上でその条文（自殺との類似性）ゆえに自殺関与の可罰性に疑いがないことを指摘した。[26] ブリンゲバートは、これらのことから自殺の不可罰は慣習法であり、このような慣習法は二八条二項の「法」であると主張、結果として慣習法的な刑罰阻却の恩恵を受けない関与者は殺人罪の共犯として処罰されると結論付けたのである。[27][28]

ブリンゲバードの理論の基礎には、自殺の意思が顧慮に値しないことがある。つまり、同意殺人にせよ、嘱託殺人にせよ、被害者の自らの命を絶つという決断は、常に瑕疵があるというのである。

ブリンゲバートのこれらの議論の中では殺人罪の法益については明確に述べられていないが、特別な言及がない以上、一般的に考えれば、殺人罪の法益を（個人法益である）被害者の生命とし、被害者の承諾の真意性の欠如でもって、承諾の有効性を否定しているといえる。この理論を貫徹し、真の承諾があるともし仮定すれば、人は自らの生命についても放棄することができるのであろう。つまり、ここでは（現実的には起こりえない）真意の承諾により処分可能な個人法益「生命」が観念されている。

ブリンゲバートの見解に対しては、自殺を慣習法的に排除するには、はじめからそれが殺人罪の構成要件に含まれていることが必要であるが自殺はそうではないので、構成要件該当ではない行為の共犯は認められないという批判や、刑法二八条二項の「法」に慣習法を取り入れることへの批判がなされている[29]。また自殺前症候群を理由に自殺の意思を顧慮しないとしたことに対して、このような者は「真」の要求も表明できないから、常に二一六条の不適用へと導いてしまうとの批判もなされている[30]。

このように自殺関与が可罰的であることを主張する見解の中でも、殺人罪と被害者の承諾の関係については考えが大きく異なっている。いずれも殺人罪の保護法益は個人法益である生命と考えるが、シュミッドホイザーは、このような法益は放棄することができないと解するのに対して、ブリンゲバードは、理論的には個人が生命を処分できる可能性を残しつつ承諾の真意性を類型的に否定することになる。

②同意殺人と自殺関与の差別化を正当化する説

ドイツの通説は、現行法の立場と一致して、同意殺人の可罰性と自殺関与の不可罰性を認めているが、このような区

別を正当化するための根拠は大きく二つに分けられる。一つは殺人罪の法益を個人法益である「生命」とし、他殺の時にのみなんらかの根拠でその処分権を制限する見解であり、もう一つは二一六条（同意殺人を含む）に人の「生命」とは異なる法益を付与し、自殺の場合には責任阻却等で犯罪の成立を否定する見解である。さらに前者の見解は、そのような承諾は被害者の自律的決定ではないとする見解と、自律的な決定は肯定しながらも自己決定権の限界であるとする見解に分かれている。

被害者の自律的決定を否定して二一六条を基礎付ける論者は、たとえばヤコブスが挙げられる。ヤコブスは生命の放棄は常に可能であると考え、同意殺人罪においても、被害者の目的追求があれば、自殺行為者と同じように彼は生命という一身専属的な財についての自らの決定を放棄しておらず、むしろそれに他者を参加させていると解する[31]。自殺と要求に基づく殺人の唯一の差異は、自手での目的追求か分業的な（arbeitsteilig）目的追求かということになる。そのような行為の目的が何で、どのようにそれが追求されるかということは、双方とも死にたがっている者（Lebensmüde）が自ら決定しているのであって、同意殺人罪における同意の決定は生命の譲渡不可能性という意味で憲法に反した決定ではない[32]。つまりヤコブスによれば自殺者が目的設定をした要求に基づく殺人は分業的に行われた自殺ということになるのだが、しかし、他手の場合においては、その行為は自己の決定ではなく他者目的で行われた可能性が自殺の場合よりも高い蓋然性で存在するという。自己決定に基づく同意殺人は自殺と同じであり、しかし他殺と言う形態においてはその行為が実際に自己決定に基づくのかに疑問がより生じることに鑑みて、結論においてヤコブスは二一六条を抽象的危険犯であると解し、それは死にたがっている者の自殺の意思をただ、彼が主観的に実行を待つばかりで、つまり他人による再検討がもはや許されないような彼の目的設定に基づいて行われた時にのみ、それが実現されることを保障するための規定であると主張するのである[33]。

このような理論によれば、二一六条の保護法益は殺人罪と同じく「生命」であり、それは個人が（どのような形であっても）自由に処分できるものであるが、他殺という形態においては自由な処分についての疑いがより高く生じるので、抽象的危険犯という形で二一六条が規定されていることになる。[34] 殺人罪は意思に反した生命侵害を、要求に基づく殺人罪は意思に反している危険のある生命侵害を刑法的に処罰しているのである。

同意が真意でない可能性に由来する処罰は、カツィコスタス（Chatzikostas）によってもパターナリズム的観点を取り入れた形で支持されている。カツィコスタスはまず、自殺は事実上あらゆる個人の自己保存本能に由来する自然的な阻止閾（Hemmschwelle）を克服しなければならないのに対して、第三者はせいぜいモラル的な葛藤は働くが自己保存本能は働かないゆえに阻止閾は相対的に少ないことを指摘する。そして、（自殺者がそうでないように）被殺者が仮に第三者の助力でもって阻止閾を克服したとしても、このような個人が進んで自殺をする気がないことは、場合によっては自殺の決定が欠けている事を示すのであり、法的な介入が必要になるというのである。[35] 立法者は、表面上は殺人を真意に要求しているにもかかわらず、内心的には実際にその死を望んでいない者を救うために、あらゆる当事者の要求に基づく殺人の道を妨げる。これは個人の自律性に関係している点でその（生命を処分する自由を選択できないという意味での）選択肢に関係する強度のパターナリズムとは異なった、特別な種類のパターナリズムということになる。[36]

このような見解に対しては、二一六条を十分に正当化できていないとの批判がなされる。なぜなら客観的に合理的な要求であれば、（カツィコスタスが可罰的だと解する積極的安楽死も含めて）要求に基づく殺人（場合によっては同意殺人も）を不可罰にしなければならない可能性が生じるからである。

被害者の自律的決定を否定する形で二一六条を基礎付ける見解は、いずれも殺人罪の保護法益を個人法益である「生命」とし、その放棄は完全な形で可能であるとしながらも、他殺の場合にはその自律性が問題となるゆえに抽象的危険

犯としてあるいは後見的保護ゆえに、処罰を正当化するというものであった。ここでの「生命」という法益は、絶対的な価値を有するもの（二元説）と相対的な価値しか有さないもの（一元説）のいずれも考えられる。有効な自己決定権には常に犯罪阻却効果があるという理解はたしかに一元説から導かれやすいが、ヤコブスが三元説に立っていることから判明するとおり、論理的必然性はない。違法性の段階で、（とりわけ安楽死との関係で）自己決定権を強調する説は、このような方法論で要求に基づく殺人罪（同意殺人も含む）を根拠付けることになるといえよう。それゆえ自律性に疑いがなければ、要求に基づく殺人罪は排除されることになる。それがなぜ安楽死だけに係わるのかは疑問だが、これらの説は、それが適切か否かは別として、生命は常に処分可能だという前提ゆえに、場合によっては被害者の承諾に基づいて二一六条の適用を広く排除する可能性を有しているのである。

それに対してドイツの通説は二一六条による処分権の制限を法政策的な側面から基礎付けている[37]。つまり、承諾の存在の証明が困難で、それゆえに濫用されるおそれがあることであり、また生命のタブー化を維持するという公共の利益が優先されることである。多くの論者は前者を後者の補強要素として用いている。

公共の利益によって生命の処分を制限する見解によれば、二一六条が個人に対する罪であることは疑いがないが、自由な法治国家において、個人の自由の領域が刑法によって制約されることは自明のことであるという[38]。あるいは同意をした法益所有者の観点からは同意に基づく他者侵害は、間接的な自己侵害つまり「仲介者（Mittelsperson）」による自殺を表しているとする見解も、同意的に行われた他殺の刑法的な禁止は保護に値する第三者の利益の重要性で正当化されうることになる[39]。つまり二一六条の必要性は、刑事政策的な「他人の生命のタブー化」という一般予防的な命令から生じることになるのである[40]。

なおこのような理解は、上述のように殺人罪における承諾の証明の困難性から[41]、あるいは被殺者の承諾の真意性の

問題から補強されることになる。[42] 殺人罪においては、被害者はすでに死亡しているために承諾の存在の証明は困難で濫用されるおそれがあるし、殺人に同意をした者は普通抑うつ的状態にあるから、そういった者には一時的な抑うつ状態の願望に基づく取り返しのつかない結果から彼を守るための心的な話しかけが必要なのであって、殺人を許された者による侵害が必要なのではない。それゆえに刑事政策的に二一六条が必要になるのである。

このような見解に対しては、まず証明の困難性に対して、嫌疑処罰（Verdachtstrafe）になるという批判や、[43] 構成要件メルクマールの「真意性」を厳格に解釈すると（真意性の証明が困難なために）二一六条が適用できなくなるという批判がなされている。[44] 次にタブー化に対しても、[45]（消極的）安楽死の時にそのようなタブー化はあてはまらないという批判や、[46] 自殺と他殺に本質的な差異はないとする批判、[47] 自殺関与罪はなぜ許されるのかが十分説明できないという批判、正当防衛や戦争の場合のように殺人のタブー化自体が疑わしいという批判や、[48] 社会的に有利なように個人の意思を制限することは社会的な目的を促進するための個人の道具化へと導くという批判がなされている。[49]

前述のように刑事政策的に自己決定権の制限を主張する見解によれば、二一六条の法益は個人法益である「生命」であり、しかし一般予防的な側面から殺人のタブー化を維持するという利益を侵害するために、そのような法益の処分は犯罪阻却の効力を持ち得ないことになる。なお、ここでいう「生命」が、被害者の処分意思とは別に存在する絶対的な価値を有した「生命」か否かは論者によって様々である。一元説に立つロクシン[50]は法益として（共に）保護されている自己決定権の内在的制約として、このようなタブー化を挙げているし、ヒルシュ[51]は、殺人罪の法益を客観的な「生命」だと解しつつ、違法性の段階でこのような自己決定権の制限を行っている。[52] ただ、いずれの見解も、生命のタブー化そのものを法益と解していない点に注意すべきであろう。

それに対してヴァイゲントは、あらゆる個人法益は処分可能であるという前提に立ちながら、生命は一定の範囲で公

共の利益があり、それは社会的生活の継続の利益であって、社会はその存在のためにその個人的な構成員が肉体的に存在していることを必要としているので、人の生命の処分可能性は制限されるとして[53]、生命という法益が純粋な個人法益ではないと主張した。そしてさらに上述のタブー化の理論でもって「生命」という社会法益を侵害する自殺と同意に基づく殺人の区別を基礎付けている[54]。つまりヴァイゲントによれば、このような処分権の限界は自殺関与と要求に基づく殺人において異なっていて、後者のみが可罰的であるという事実は殺人のタブー化を維持するという利益によって正当化されることになるのである。

ヴァイゲントが生命に公共の利益があると理解する点については[55]、このような国家利益的、社会利益的な根拠は、国家と市民の関係を逆転させてしまうとして批判がなされている。とはいえヴァイゲントが自殺を可罰的だと解さなかったことに鑑みれば、実際に同意殺人の可罰性にもちいた理論は殺人のタブー化であろう。

ヴァイゲントによれば殺人罪の法益は個人的なそして社会的な利益を有する「生命」であって、しかし、社会的な利益によって個人の自己決定権を制限するためには、殺人のタブー化という更なる刑事政策的な顧慮が介入しなければならないのである。

このように他人の生命のタブー化という刑事政策的な要素を重要視する見解が多い中で、それを徹底させたのがゲーベルであった。ゲーベルは、同意殺人罪の保護法益を社会的平穏と解する[56]。ゲーベルによれば、もしも二一六条の保護法益としての「生命」から解放されたときに、新たな説明のモデルが現れるという。この際に顧慮されるべきは、規範は社会的背景と切り離して解釈されえないことであり、我々の社会において生命はもっとも価値のある財だとみなされていることである。そしてこの新たな説明モデルから、あらゆる人間の自己決定の基礎は殺人によって破壊しつくされるので、死にたいという単なる意思は死を望んでいる者を殺す根拠をあらわさないという帰結が導かれることになる。

ここには、たとえば動物保護法に基づく動物の保護の際よりもより広範囲で深く社会的に定着した、行為者が侵害した価値の確信（Wertüberzeugung）が存在していて、少なくとも法は、このような評価が連邦共和国的社会の良俗的確信にふさわしいことを出発点にしているという。[57] ゆえに行為は同意にかかわらず良俗に反している。ゲーベルはこのような理解を前提にして、ここで重要なのは刑法的な禁止と命令の対象として排除されるべき単なる良俗違反ゆえの処罰ではなく、[58] 社会的平穏の直接的な保護であると主張したのである。[59]

ゲーベルの理解によれば、要求に基づく殺人罪の法益は「社会的平穏」である。これは「生命」そのものとは異なるが、「生命」と深く関係した（生命は尊い、という）社会的な確信を意味している。結果として同意殺人においては、生命という法益は個人によって処分されたがゆえに侵害されていないが、生命がもっとも重要な価値であって、自己決定権によっても生命の侵害は許容されないという社会的な価値の確信は、同意者には処分できずに残ることになるので、このようなものの侵害だけが同意殺人の可罰性を基礎付けることになるのである。

このように同意殺人と自殺関与の差別化を正当化する見解は、承諾の真意性に疑問を呈する見解、「他人の生命のタブー化」という社会的利益により、生命の処分権を制限する見解、生命という法益は社会的な法益でもあるとする見解、そしてそもそも二一六条の法益は生命ではなく、「社会的平穏」であるとする見解がある。

③二一六条の体系違反を主張する説

生命という法益は個人法益であり、個人法益は処分可能であるという理解を完全な形で徹底したのは、R. シュミットであった。序論で略述した通り、彼は二一六条の体系違反を主張して、同意の制限を一切排除する。R. シュミットは同意を制限する前述のあらゆる説への批判を通して、例えば生命を公共の法益でもあると解することは、基本法二条二項が[60]生命・身体を個人法益としていることに矛盾すること、純粋な個人法益だと解した上で処分権を制限する論法

は、なぜ処分権が制限されるのかを十分説明できないことをあげて、将来的な刑法典ではこのような規定をもはや含まれないことが望まれると提言している。(61)

R. シュミットによれば、殺人罪の法益は個人法益である「生命」であり、また個人法益は例外なく処分可能であるので、同意殺人の際にはそのような法益侵害はなく、ゆえに不可罰ということになる。ここでは、R. シュミットが一元説に立つかは明らかではないが、生命の保護は被害者の意思（処分権）に常に左右されることになる。(62)

このようなR. シュミットの見解に対しては、その帰結が経験則的に維持できないという批判や、基本法二条二項は国家の手による殺人の阻止に向けられた規定であって、ある人がそれについて同意した人を殺すことが許されるという憲法的な保障までも含んでいないという批判がなされている。(63)

ドイツ刑法二一六条（同意殺人も含む）においては、多くの論者が個人法益である「生命」をまず観念し、その処分権を制限することで、同意殺人の、又場合によっては自殺関与の可罰性さえも肯定している。処分権制限の根拠として有力に挙げられているのは、本人にさえ向けられる「生命の尊重」に関する全法秩序的な尊敬要求であり、あるいは刑事政策的な他人の生命のタブー化である。ここでは、このような社会の要求が、自己決定の制約としての役割を果たしているが、このような制約が法益侵害（構成要件該当性）の問題としてなされるか、正当化の問題としてなされるかは論者によって異なっている。他方で、処分権自体を法益に組み込むかどうかは別にして、個人にとって常に処分可能な「生命」という法益からスタートしつつ、同意殺人の際には個人の自律性に疑いがあるとして二一六条を正当化する見解、あるいは「生命」を（おそらく共有関係的なイメージにおいて）公共の法益でもあるとする見解、二一六条に「生命」とは全く異なる法益を付与する見解、そして被害者の処分権を強調して二一六条の憲法違反を主張する見解があった。また、同意の総論的な理解に基づけば、序論で紹介したように、個人法益であり絶対的な価値を有する「生命」か

らスタートして、自己決定権との比較衡量によって同意殺人罪の可罰性を基礎付ける見解も存在している。(64)

（二）日本刑法における二〇二条の正当化

これまで、ドイツの議論を中心に検討してきたのだが、それでは日本刑法二〇二条はどのように正当化されるのだろうか。前記のように日本では自殺は処罰されない一方で、自殺関与と同意殺人は可罰的な行為である。不可罰な自殺と可罰的な自殺関与の間にある不均衡は、二〇二条の存在に疑問を投げかける。しかし日本においては、ドイツと異なってこのような条文の存在にほとんど疑問は投げかけられていない。(65)それゆえここでは、どのようにして二〇二条を正当化するのかということが問題となってくるのである。その際に中心的役割を果たすのが二〇二条の法益論である。本項では二〇二条の法益が何であり、それがどのように二〇二条による処罰を正当化し、また殺人罪に比して減軽された刑を正当化するのかについて検討していきたい。

①二〇二条に個人法益を超えた法益を認める見解

自殺関与罪の処罰根拠を認めるために、もっとも容易な方法は、自殺を違法だと宣言し、何らかの根拠で自殺者に一身専属的な責任阻却事由等を認めることである。それによって自殺の違法と、共犯の違法・責任が残ることになる。そして自殺の違法を説明する一つの手段として考えられるのは、自殺と二〇二条に保護法益として（処分可能な）個人の生命とは別の何かを付与することである。このような別の法益として考えられるのは、公共の利益、個別具体的な第三者の利益である。

前者の見解によれば、一九九条（殺人罪）においては、①個人の生物学的基盤としての生命（個人的法益としての「人」）と、②個人が社会共同体のメンバーであることについての社会共同体の期待（社会法益としての「人」）とが複合的に

法益として規定されており、そのため二〇二条（自殺関与・同意殺人罪）においては、①の個人的法益の側面は（完全に法益主体に属するものであり、法益主体による自律的＝自己決定的処分が可能である以上、）自律的＝自己決定的処分によって放棄されているから、②の社会的法益としての「人」のみが独立に保護法益として規定されているという。そして、①の個人的法益の主体であっても、それ以外の者であっても、この②の社会的法益については、およそ個人の処分権は及ばないので、その侵害は違法として評価されることになる[66]。ここでは、そもそも二〇二条の保護法益は生命ではないと解するので、二〇二条の保護法益を脱個人化しても、個人主義に反することにはなっていないと考える。また、社会法益としての「人」を保護していると考えると、結局は個人の生命処分権を制約し、生命保持義務を認めることになり、憲法と合致しないのではないかという考えられる批判に対しては、自己のペットの殺害が動物保護管理法で社会的法益侵害として可罰的であることを挙げて、同様のことが二〇二条でもあてはまるとして反駁している。

社会的法益侵害説に対しては、全体主義的であるという批判は当てはまらなくとも、現行憲法が国籍離脱の自由を承認し、その意味で個人に対して右共同体から脱退する自由を明文で認めていることと、明らかに矛盾するように思われるという批判[67]があてはまるだろう。また確かにこの見解によれば、生命という法益は国家のものではなく、二〇二条では生命と別個の法益（社会的法益としての「人」）が保護されているが、社会法益としての「人」が究極的には「生命」の存否に還元される限り、やはり生命に関する処分権を国家が有していることと同義であるように思われる。そうである以上、「社会や国家に、ある個人と並び、当該個人の生命に関する対等な法益主体性を認める立場は、自己決定権を端的に制限・否定するものであって、現行憲法下での刑法解釈としては受け入れ難いし、危険性が大きい。社会的ないし国家的な関心・利益をいおうとするのであるなら、なぜそのようなものの侵害が違法性を基礎付けるのかという問いに改めて答えねばならない」といったような批判[68]が再びあてはまることになるだろう。動物保護管理法を例にした反

論は、ゲーベルのように、法益を個人と切り離した、生命に関する「価値の確信」、換言すれば生命を尊ぶ社会秩序と解するのであれば十分説明しうるであろうが、個人に向けられた社会的期待を表に出す以上、十分なものではないように思われるのである。

それに対して侵害された本人の利益や公共の利益とは異なる第三者の利益を保護法益とする見解の中には、被害者とは別の人格を持つ将来の被害者を問題とする見解と、実際に存在する第三者を問題にする見解がある。

前者の見解によれば、「自殺によって、同時に他人の被覆決定（、ひいてはそれに基づく諸々）の自由が侵害される」ことになるという。[69]「人は生きてゆく中で、死にたいと思うこともあれば、思い直して『自分はなんて馬鹿なことを考えていたんだろう』と感じることもある。そしてそのような場合、死にたいと思った自分（現在の自己）と思い直した自分（将来の自己）とは、別人格を構成する」のであり、自殺は後者の人格の侵害であるというのである。[70]ゆえに、将来の自己による被覆決定の可能性が存在しない場合には、違法性がなくなることになる（たとえば安楽死）。そしてこのような被覆決定の可能性の存否は、その者の信条・価値観に照らして判断する。このように解すると、「将来の自己は現在の自己の生命利益と表裏の関係にあり、両者を切り離して考えることは不可能ではないか」という批判も考えられるが、それに対しては技巧的な事例としつつも、「Aを殺害した上で死体を処分し、直ちにその脳をBことAのクローンに移植した」という例を挙げて、Aは現在の自己の生命利益は侵害されていても将来の自己は侵害されておらず、またBは将来の自己を侵害されているものの、現在の自己の生命利益は侵害されていないとして、不可分一体性を否定し反論している。[71]生物学的な個体の生命と人格の同一性とは、切り離して考えることができるというのである。

このような別人格の侵害を主張する見解に対しては、「『刑法における』自己決定権の重要性とは、『自己の法益について自律的決定＝自己決定的処分をなした以上、国家は干渉し得ない』という点に存在するのであり、それを超えて、

直ちに、将来の被覆決定可能性のない者に対する劣後的取り扱いを正当化するものではない」という批判や、将来の被覆決定可能性の存否の判断基準を「その者の信条・価値観に照らして判断する」ことは不適切な結論をもたらす可能性があること、そして現在の自己と将来の自己とは別人格（他人）であるにも拘らずこのような判断基準をとることは、「なお現在の自己による自己決定が将来の自己に影響を与える」ことになり、論理として徹底されていないという批判がなされている。(72)

他方で、後者の見解(73)によれば、「各個人の生命には、周囲の人々の精神的・経済的利益が依存していることが少なくない。自殺関与罪はこのような利益を保護しようとするものなのである」という。そして「殺人罪もこのような利益を保護している」のであるが、「生命があまりに大きな価値を持つために、いわば背後に退いているのにすぎない」と解する。

このような見解に対しては、「『周囲の人々の精神的・経済的利益』を問題にするのであれば、臨死介助の状況などにおいては、周囲の人々の『看病疲れ』などからむしろ被殺者の死への願いを聞き入れてやることが『周囲の人々の利益』と考えられる場合には、本規定の構成要件該当性が失われるということが容易に認められてしまうのではないか」という批判がなされている。(74)また自殺者の自己決定権が軽視されること、(75)そしてもし自殺者が全く身寄りのない者等、「一人密やかに暮らしていたとしたら、法益は存するのか存しないのか」、「存するとするならば、それは『周囲の人々』の範囲を事実上無限定とし、『精神的・経済的利益』の内実を極めて稀薄・抽象的なものとするものであって」、(76)社会をも生命という法益の主体とする説と変らないのではないかという批判がなされている。

上述の見解はすべて二〇二条の保護法益を、公共の利益あるいは被殺者とは別の個人（あるいは人格）と解している。これらの見解は殺人罪の保護法益（の一部）である個人の「生命」は、常に個人の処分権に服することを前提とし、そ

の上で自殺関与罪の処罰を基礎付けるための更なる法益の存在を肯定しているといえよう。この考えに従えば、二〇二条の刑の減軽根拠は、個人の生命の保護が自己決定によって放棄されたためと説明することができるし、あるいは殺人罪とは異なる法益侵害が問題となっているので殺人罪よりも減軽されたのではなく、本来そのような法定刑であったと解することで容易に説明することができるだろう。

②二〇二条の法益を個人の「生命」だと解する説

日本においては多くの論者が、二〇二条の法益は殺人罪と同じく個人法益である「生命」であると解している。このような法益論は自殺の違法あるいは適法について、直接的に解決をもたらさないが[77]、しかし二〇二条、とりわけ同意殺人罪においては、第三者の行為は「生命」侵害であり可罰的であるという結論をもたらすことになる。しかし、本人がそれを放棄した時にも、なぜ個人法益である「生命」は侵害されるのか。この点についての説明は論者によって異なっている。

第一の見解は、自殺は通常不自由な自殺意思を前提に行われるので、後見的保護として、二〇二条が規定されたと解する[78]。この見解は、上記ブリンゲバートのように、自殺研究の知識に基づいてほとんどの自殺は「自殺前症候群」と名づけられた精神異常によって引き起こされるものであることを理由に、「わが国の二〇二条は、最初から不自由な自殺意思を前提にしたものとして理解することが可能である」と主張する[79]。それゆえ二〇二条は「本人が自己の生命を放棄する意思を有している場合でも、その自己決定は不自由なものであることを根拠として、これが覆されない以上、原則として生命保護を優先させるべきことを定めた規定である」という。その上でまた、「放棄される法益が生命という取り返しのきかない最重要なものであることにかんがみて、後見的な配慮から特別に、一定程度自己決定権の後退を認めることが許される」というのである。なお、不自由な自殺意思の場合でもその生命は主観的には放棄されているの

で、「その法益の価値は、このような法益放棄の意思が全く存在しない一九九条のそれと比べていくらか減殺されたもの」になり、ゆえに二〇二条の法定刑は一九九条よりも軽いものとなる。[80]

このような見解に対しては、「不自由な自殺意思」でも生命は主観的に放棄されているので、刑法二〇二条の法益の価値は刑法一九九条のそれに比べていくらか減殺されたものであるという命題と「不自由な」自殺決定に基づく自殺者の生命は本人の意思に反しても保護価値を失わないという命題は調和しうるのかという批判[81]や、自殺研究だけに基づいて自殺意思の不顧慮性を導くことは妥当ではないという批判がなされている。[82]また、不自由な自殺意思を二〇二条の前提とするこの見解には、もし自由かつ自己答責的な自殺の決意というものの存在が確認されないままに関与行為がなされたのであれば、それはもはや自殺関与の問題ではいささかもなく、通常殺人罪の成否がそこでは問題になっているにすぎないという批判があてはまるだろう。[83]

第二の見解として、不自由な意思性を根拠に、パターナリズム的な介入ではなく、抽象的危険犯として二〇二条を構成する見解があげられる。[84]この見解によれば自手による場合に適法な自殺が、他手を利用した場合に違法評価を受けることになる理由は、「他手を利用し、死の意思決定およびその実行について、他人（それも第三者ではなく、殺害を担当し、または自殺に加担するその他人）とコミュニケーションを交わすことによる生命放棄意思への影響、不自由な意思形成への抽象的危険」があるからである。[85]これは「一般的な自殺意思の不自由さに基づく抽象的危険犯ではなく、教唆・幇助・嘱託・承諾という形態での他人との接触のゆえに醸される自殺意思の不自由性を根拠とする」抽象的危険犯である。

このような見解に対しては、「他者の影響を受けているとはいえ、意思決定能力を有する者が意思を強制されることなく、また錯誤に陥ることなく行う自己決定はなお『自由』なものと言えるのではないか」という批判がなされている。[86]

これら二つの見解は、（同意）殺人罪の法益を個人の「生命」とし、個人の自律的な決定は常に犯罪阻却の効果を有するという理解から、被害者の自律的な決定自体の瑕疵を二〇二条の処罰根拠にする見解である。このような立場は、とりわけ（一部の）安楽死を不可罰にしようとする論者によって主張されることになる。

自殺者の意思の真意性に疑問を投げかける上記の見解に対して、第三の見解は自己の生命の放棄といった自己決定は自己決定権と矛盾する故に無効であるとする見解、あるいはそのような決定はパターナリズム的な介入で制限されるという見解である。

前者の見解は、そもそも生命を放棄する自己決定のパラドックス性を指摘して、このような自己決定は自己決定権の内在的制約であると理解する[87]。この見解によれば、「個人の尊厳に由来する自律の尊重から同意の効果が認められる以上、同意による生命の処分を認めることは、個人の尊厳（自律の尊重）による個人の尊厳（生命の尊重）の否定であって、自己矛盾に陥ることになる」ため、生命には同意の正当化効力が及ばないことになる。

パラドックス性の理論に対しては、「生命が自己決定の存在論的基盤であること自体は動かしようのない自然的事実であるが、他面、そうであればこそ、その生命を放棄する自己決定がいわば究極の自己決定であることも否定できない。生は死をもって完結するのであり、死のあり方が最後の生き方である以上、死の選択の自由なくしては自らが自らの自由の作者たり得ないのかもしれないと考えるとき、少なくとも、一義的に自己矛盾論を正当であるとするには躊躇を覚えざるをえない」という批判[88]や、「法益主体の生命処分の自由が否定されているのだとすれば、その同意はおよそ無効である以上、法益性＝違法性の減少に言及することは困難である」という批判がなされている[89]。

他方、後者の立場、すなわち生命放棄の自己決定にパターナリズム的な介入を認める見解[90]は、おそらく日本の通説であるといえるだろう。この見解によれば、生命（あるいは身体も）は自己決定の基盤であり、すべての価値の基礎で

あることから、そしてこの法益が持つ特殊性、例えば、一回性、回復不可能性、代替不可能性、あるいは、幸福追求のための必要不可欠性からも国家の後見的配慮等の政策的決定が期待されることになり、それゆえ法益主体の意思に反しても刑法で保護され、結果として同意による殺人罪の違法性阻却はなく、また自殺関与罪は可罰的であることになるのである。しかし、同意による違法減少は認められるので、同意殺人罪が減軽類型として規定されることになる。

このようなパターナリズム的な介入に対しては、「国家が本人の利益を図るためにその自由を制限するというのであれば、自殺を放任しつつそれに加功した第三者のみに刑事罰を課するという現行法のあり方は、大きく改められる必要があろう」という批判[91]や、「もとより、人間は完全に理性的、合理的存在ではなく、苦しみ、挫折しながらも幸福を求めて自律している存在であることが前提とされており、そのような不完全性を前提としつつも、なお、その個人の自己決定を尊重し、その生き方を尊重していこうというのが、個人の尊厳ということである」ので、「パターナリズムは本人に代わって合理的、理性的な判断主体が最善の利益を判断することを認めるものである以上、このような個人の尊厳とは相容れないものであると思われる」といった批判[92]がなされている。

これらの説は、（同意）殺人罪の法益を個人法益である「生命」と解しているが、処分権の限界を個人の利益・あるいは自己決定権そのものから導き出している。なお、「生命」が客観的な存在か、被害者の処分権も含んだ存在かという点については、多くの論者は特別に触れていない。日本においては一元説・二元説の対立は、あまり意識されていないからであろう。しかし、上述したようにドイツにおいても一元説・二元説を問わずに自己決定の制約により同意殺人罪の可罰性は基礎付けられているのであって、ここでは法益論の内部でそれを制限するか、正当化の段階でそれを制限するかの違いはあるものの、いずれの法益理解に依拠してもこのような理論でもって二〇二条を正当化することは可能である。

第四の見解は、一般的には自殺者の自己決定の尊重の要請よりも保護に値する生命保護の要請が上位に置かれることを根拠に、自己決定を制限する見解である。[93] この見解によれば、自殺の場合を除いて、一般的には自殺者の自己決定の尊重より、生命保護の要請の方が上位にあるので（そしてそのような決定は法政策的に合理的である）自殺者の生命もなお法益として保護に値するものであるゆえ、自殺関与罪の処罰規定は、「自殺者以外の第三者に自殺への関与を禁止すること（自殺関与を禁止する行為規範の設定と維持）を通じて生命保護に役立とうとするもの」であるという。このようにして、「被害者たる自殺者に最終的な意思決定が委ねられる自殺への関与行為の処罰が根拠づけられるとすれば、進んで、行為者により殺人行為が行われたときは当然であ」り、「それは、被害者の真意にもとづく同意があるため法益の要保護性が減弱することにより違法性の程度が通常の殺人罪よりは低いと評価される行為であるにすぎない」ことになる。[94]

この見解は第三のパターナリズムで同意を制限する見解に類似のものである。しかし、第三の説との決定的な（そして私見によれば、これが重要なのだが）違いは、生命は重要であり、自己決定に基づいても侵害できないという生命の優位的な価値に関係した法政策的判断に言及していることである。法政策的考慮を認める点で、「他人の生命のタブー化（生命の不可侵性）」の理論との共通項もあるが、あくまでも「生命維持」という法政策を強調する点で独自のものといえるだろう。[95] なお、「他人の生命のタブー化」に対しては、なぜ自殺に適用されずに殺人罪だけを対象とするのかという疑問や、「同意の基本原則が個人の尊厳という憲法上の最高価値に基づいて導かれるということを考えれば、まさに、個人の自律、自己決定を優先させるべきであろう」という批判[96]がなされている。法政策的に自己決定に対する生命の優位性を主張するこの見解にも、同様の批判があてはまりうるだろう。

最後に第五の見解として挙げられるのは、同意の総論的理論とリンクさせ、法益衡量により生命の価値が自己決定権

に優位するゆえに同意殺人は可罰的であると解する説である。[97] ここでも法益侵害は意思とは別個に絶対的なものとして保護された生命侵害によって認められることになる。しかし、自己決定が生命という法益より劣ると解するのであれば、自殺を不可罰とするさらなる根拠を必要とする。それによればここで重要なのは自手による行為と他手による行為との違いであって、すなわち「行為者の殺人行為は被害者の承諾に基づくとはいえ、それは、行為者の側からみれば他者（被害者）の意思に基づくいわば「他者決定」（他者の自己決定）による行為といわざるをえない」ことである。「被害者の自己決定は被害者自身に対し直接的な意味（価値）をもつのに対し、行為者に対する関係では、他者（の自己）決定として間接的な意味（価値）しか有していない」ので、「侵害法益が生命の場合は、その価値がきわめて重大であるために、すでに被害者自身の自己決定の価値に優越したのであるが、その差は可罰性を基礎づけ得ない程度のものであったのに対し、被害者の自己決定より価値的に劣る他者決定は、生命の価値よりはるかに劣後に位置し、承諾殺人は可罰性を獲得することになる」[98]という。

ここで紹介したすべての見解によれば、二〇二条の保護法益は個人法益である「生命」である。そして、個人法益は完全な形で自己決定権による処分を認められるとする第一、第二の見解は、被害者の同意（自己決定）の真意性への疑いを根拠に、パターナリズム的あるいは抽象的危険犯としての刑罰介入を認め、他方で第三の説は、自己決定権の内在的制限として、あるいはパターナリズム的な制限として、処分権の限界を導き出す。第四の説は、法政策的判断に基づいて自己決定にも一定の社会的制限がかけられることを根拠に二〇二条を正当化し、最後の見解は生命という法益が自己決定権に優越するという法益衡量説の理論を用いて二〇二条の処罰根拠としている。

（三）二〇二条の法益と被害者の承諾の犯罪論体系上の地位――私見――

以上が、同意殺人罪に関するドイツ及び日本の議論である。ここにはいくつかの分岐点があったように思われる。第一の分岐点は、同条の法益を個人の「生命」とみなすか否か。みなすのであれば、第二の分岐点は、個人の「生命」という法益の所有者は、当該個人なのか否か。個人であるとすれば第三の分岐点へと進む。つまり、そこで保護されている「生命」は絶対的な価値を有するものか、法益所有者の意思との関係で相対的な価値しか有さないのか（ここまで判明すれば、殺人罪における承諾の犯罪論体系上の地位は明らかになる）。そして、最後の分岐点として、「生命」の処分が不可能なのは、何故なのかというその理論である。

それでは、まず第一の分岐点から見ていきたい。つまり、二〇二条の法益は個人法益である「生命」なのだろうか、それとも別の何かなのだろうか。ドイツと日本の通説は前者の立場であるが、後者の立場も有力である。

後者の見解に立ち公共（国家）の法益を保護する規定として二〇二条を観念した場合には、まずそのような法益の具体的な内容が問題となってくるだろう。なぜ国家は二〇二条でもって、個人の生命処分権を事実上制限するのか。人が構成員として肉体的に存在することに社会的にどのような意味があるのか。考えられるのは、労働力としての存在であり、あるいはそれ以外のなんらかの社会的な期待を実現することである。しかし、このような期待の侵害は国籍の離脱やひきこもりによっては生じないものなのだろうか。前者は日本という社会の構成員であることを自らやめ、後者は社会の構成員としての役割を自ら放棄している。あるいは重大な自傷あるいは同意傷害の際にはどうだろうか。殺人への承諾と傷害への承諾の問題をリンクさせ、両者に同じ解決方法を提案するのであれば、傷害に際しても社会的期待は個人の身体という法益と共に保護されていることになるだろう。このような理解は決して不可能なわけではない。しかしそうだとすれば、同意傷害罪のない日本においては、同意傷害の処罰は罪刑法定主義違反のおそれがあるように思われるのである。つまり、同意殺人罪では殺人罪とは異なる法益（あるいは殺人罪においては重層的に保護されている法益

の一部）が保護されていると解しても、そのような異なる法益侵害に基づく処罰は二〇二条の存在ゆえに正当化されるが、傷害罪の場合にはそれは用意されていないので、処罰の正当化の根拠は存在しないのである。これらのことに鑑みれば、同意殺人と同意傷害を同じように取り扱うことができなくなってしまい、両者の解決に溝ができてしまうことになるだろう。このような批判は、もちろん同意傷害罪は常に不可罰であると解すれば問題なく回避することができる。[99] しかしそのことで再び、ただ国家の構成員として人が生存していることについての国家の利益の内実が不明確になってしまうのである。またあらゆる同意傷害を不可罰とすることは、おそらく一般的に認め難いことであるし、それを認めた場合の社会に対する影響は重大なものであるように思われる。

さらに国家の利益の内実として考えられるのは、殺人や自殺幇助という形を禁止するという社会の利益である。他者の生命を否定するような行為をタブー化すること、それ自体が公共の法益であると解することもできる。ドイツの見解の多くは、殺人のタブー化（他人の生命のタブー化）でもって同意を制限したが、それ自体を法益として捕らえることも可能であるし、実際にゲーベルはそのような解釈を行う。しかし、このような解釈に基づいても、やはり同意傷害罪の規定がない以上、上記の説と同様の批判が向けられるだろう。

他方、具体的な第三者の利益を法益とする説は、すでに指摘されたように、被殺者の交友関係によって処罰範囲が大きく左右されることになる。また、二〇二条の可罰性を被害者の承諾論とリンクして考えようとするのであれば、ここでも同意傷害罪の理論との間に大きな隔たりができてしまうであろう。生命・身体という法益の類似性・連続性に鑑みれば、また通常被害者の承諾論で同意殺人と同意傷害がリンクして論じられていることに鑑みれば、このような両者の溝は望ましくないというべきである。

また別人格説については、そのような別人格が存在するかどうかを、現在の本人の価値観から検討するのであれば、

常にそれは存在しないということができないだろうか。自殺者はおそらく、もしこれから更に生きていたのであればこのような行為を後できっと後悔するだろうとは考えていないだろう。あるいは後悔するだろうと考えているのであれば、そこには将来の自分とは別人格を構成する人格は存在していない。そしてまた、仮に別人格の誰かが将来的に現れるのだとして、行為時に存在しないそのような者への侵害を、二〇二条の違法として捉えてよいのかは疑問であろう。

傷害罪と殺人罪における被害者の承諾はリンクして論じられるべきだとする本稿の立場によれば（詳細は本章第三節でも述べる）、同意殺人罪の法益はやはり殺人罪と同じ「生命」のみであると考えるべきであろう。それでは、二〇二条の法益が「生命」だとして、それはどのような内容を有するのだろうか。

つまり第二の分岐点として問題となるのは、「生命」は純粋に個人法益であるのか、あるいは公共の法益でもあるのかということである。これは、生命という一つの法益に個人と国家の共有関係を認めるのかという問題であり、おそらく近代刑法においてこれを肯定することは難しいだろう。確かにこのような法益理解に基づいても法益を放棄する有効な承諾のためには両者の承諾がいるから、生命が国家によって自由に処分されるといった意味でのナチズム的な帰結は生じ得ないが、それでも「個人の生命は国のものでもある」という命題は問題であろう。やはり、個人の生命は当該個人のものというべきである。

そこで二〇二条の法益が個人法益である「生命」だとして、次にこのような法益が客観的な存在としての「生命」なのか、処分権も加えた「生命」あるいは「生命の処分権」そのものなのかが問題となる。これが第三の分岐点である。これまで本稿で行った個人法益に対する罪の議論の中では保護法益は、自己決定と不可分一体のものとして保護されてきたのだが、生命においても同じことがいえるのだろうか。

上述のように、殺人罪・傷害罪に関係した被害者の承諾が主に違法論として理解されていることに鑑みれば多くの論

者はこれを否定する[100]一方で、一元説の論者はこれを肯定し、その上で法益として解された処分権（自己決定権）を制限することによって、二〇二条（あるいはドイツ刑法二一六条）とのバランスを保っている。たとえばロクシンは一元説を主張しつつも、他人の生命のタブー化という刑事政策上の根拠でもって自己決定そのものを制限し、二一六条を正当化している。ここでは同意殺人罪の保護法益は制限された生命の処分権そのもの、あるいは生命と制限された処分権ということになるだろう[101]。しかし処分権が被害者自身の任意で一切用いることができないとするのならば、ここで処分権が単独で、あるいは生命とは別に保護されていると宣言することに何の意味があるのだろうか。刑法上、処分権があるいは処分権と法益が共に分かちがたく保護されていると解することの意義は、それを維持したいという意思と処分したいという意思の双方が顧慮されるからこそあるはずである。維持したいという意思しか刑法上の価値を有しないのであれば、それは客体そのものを保護していることと同じであろう[102]。またこのような処分権の制限自体が、生命という存在そのものに独自の重要性を認めていることにならないだろうか。一元説へ向けられる、精神障害者など、意思の自由を伴わない者の生命は、「意思の自由」に侵害はないとして常に承諾殺人罪の限度でのみ保護されることにならないだろうかという批判[103]は、たしかに他の罪と同じように、承諾が表明されていない場合には侵害に反対の意思が表明されていると推定することで解決をはかることができるが、果たして、反対の意思の推定がなければ、人の生命は財産と同様に保護に値しないようなものなのかは疑問である。

一元説が主張するように、法益所有者の意思を保護するのが刑法であるというのなら、私人に近づきすぎた刑法は、代理執行のある刑罰権にすぎなくなってしまうだろう。それは、現在の公法的な刑法の役割とは一致しないように思われるのである。このことは、法益概念と自己決定権を結びつけることは単なる信仰の告白にすぎないと批判されるところなのであろう[104]。さらにこの見解に基づけば、要求に基づく殺人罪の法定刑が通常の殺人罪よりもはるかに低いこと

を説明できず、ただ責任減少によってのみ説明することができるように思われる。なぜなら、法益としての処分権の放棄が一切認められないのであれば、そこには「処分権」の侵害も完全な形で残ってしまうからである。ロクシンによれば、財は所有者によってのみ行使することができ、それに関係していなければ意味のない表象であって、また身体さえも骨と肉の集合体ではなくて、ただ彼の中に存在し、彼を支配している魂との関係においてのみ、保護客体となりうるものである。[105] しかし、魂が宗教的な意味ではなく、脳の機能の一部だと考えるのであれば、「魂」はその肉体を完全には支配していないのではないだろうか。人は手を伸ばして目の前にある物をとることができる。その点で身体は「魂」によって支配されているが、またその「魂」を支配しているのは身体なのである。人はとまった心臓を「魂」によって動かすことはできない。人の意識しないところで心臓が動き、体中を血が巡っていることで、人は自己という意識、すなわち「魂」をかろうじて手にしているのではないだろうか。両者は確かに同時に存在し相互に支配しあっているという意味では不可分一体であるが、そこに優劣関係はなく、また「生命」が侵害されることによって生じる物理現象的な「死」は、不可分一体に自我（つまりは魂）の崩壊を招くだろう。ロクシンのいうように身体は骨と肉の塊ではなく、脳の一機能としての自我（魂）をも有する存在ではあるが、一方でそれは、骨と肉と魂をそれぞれ別個に観察して説明できるような単純なものでもない。生命の価値は魂の存在ゆえにのみあるのではなく、また魂は完全に身体を支配していないのだから、生命は魂がそれに価値を認めていなくても、十分に保護に値するものということができるだろう。[106] このように解すれば、（同意）殺人罪においては一元説的な理解は不適切であるように思われるのである。[107]

このことから、本稿においてひとつのことが確認された。すなわち違法性阻却事由の「同意」の存在である。「同意」に分類される犯罪類型は、法益侵害性に係る合意とは異なって、保護法益を自己決定権（処分権）とは別に、それ自体として保護している。殺人罪における保護法益「生命」は、その所有者がそれに十分な価値を認めていなくとも絶対的

な価値を有するものとして客観的に保護に値するだけの十分な価値を有しており、被害者の承諾は、法益の放棄（結果として法益侵害性の欠如）ではなく、違法性の段階における刑法的保護の放棄（結果として要保護性の減少）と理解されるべきなのである。

それでは、同意殺人罪の保護法益が直接的には処分権を含まない個人法益「生命」であるとして、なぜここで法的保護の放棄要求は全能ではなく、違法性が減少するにとどまるのだろうか。これが最後の分岐点である。

同意が全能ではない理由としては、二つのものが考えられるだろう。一つはここでの同意は自律的な決定ではないことであり、もう一つは自律的な決定ではあるが、なんらかの理由で被害者の当該法益の処分権が制限されていることである。

しかし第一の考察方法には疑問がある。確かに、上記のようにリンゲルによれば自殺者は常に病的状況にあり、死に関する自己決定は彼の真の自己決定ではない[108]。しかし医学的にこのような理解が適切だとしても、つまりこの定義から自殺を防止する方法を導き出すことができるとしても、刑法上の自己決定との関係で、これを直接的に用いることができるかは疑問である。他の同意能力の要件がすべて備わっているにもかかわらず、このような医学的見地を殺人罪において例外として付与するためには根拠がなお不十分であるように思われるのである[109]。また自律的な決定でないのであれば、そもそも「同意」殺人ではないであろう。さらに同意傷害は不可罰だという理解に立たない限り、あるいはとりわけ重大な傷害に同意をした者は病的な状況であるといわない限り、同意傷害の可罰性を認めるためにあらたな根拠が必要となってくる。同意殺人罪・自殺幇助罪を抽象的危険犯として構成する方法も確かに魅力的であるが、嫌疑刑に繋がりかねないし、医学的見地を刑法に移し変えるという性質上、法的根拠に欠けるという問題を抱えているといえよう。

第二の考察方法としてここでの同意が自律的決定であることを認めつつ、パターナリズムや、自己決定権の内在的制約によって処分権（自己決定権）を制限するという方法が考えられる。確かに、生命という法益は一度放棄すれば二度と取り戻せないものであり、パターナリズム的に制限することには価値があるし、自己の基盤を破壊する自己決定は矛盾を表すようにも思われる。しかし、これらの理論については、なぜこのような制限が、行為者の処罰にまで結びつくかをさらに解明しなければならないように思われる。「自由の原理」は個人に自由でなくなるために自由であるべく要求することはできず、このような制限が個人の尊厳を確保・実現するために欠くことのできない生物学的・社会的必須条件の保障を目的とした制約であるとしても[110]、それは自己決定権を内在的に制限する、当該個人を対象としたパターナリズムといえるであろう。だから、個人は国家に自らを殺すよう要求することはできないし、奴隷契約を認めるよう要求することもできない。しかし自らの意思で死ぬことや、自らの意思で奴隷のようにふるまうことはなお可能であろう。被害者の被害者からの保護を意味するパターナリズムは、なお処罰根拠としては不十分であるように思われるのである。ここでは一七七条後段などの様に、パターナリズム的に被害者を承諾無能力者とする、あるいは承諾が真意でないことを推定するのではなく[111]、パターナリズムという裸の根拠が同意制限の根拠となっている[112]。パラドックス性の理論やパターナリズム説が打ち立てる「被害者は自己の生命を放棄することができない」という命題は適切だとしても、そこから自殺や同意殺人の行為者を羽交い絞めにして止める権限のみならず、事後的に行為者処罰の権限を導きだすためにはもう一段階進まなくてはならないように思われるのである。

そして私見によればこの一段階は、社会現象としての同意殺人を観察したときに可能となるように思われる[113]。つまり「他人による生命の侵害」という現象を社会に許容させるほどの権利は、個人にはないと解するのである。ここではパターナリズムではなく、「他人の生命のタブー化」を維持するという秩序に関係した社会的利益を重視している。あ

らゆる自己決定を優先した、個人主義的な社会、被害者が同意をしているというただそれだけのことで殺人も当然のように許される社会は異常だといえるだろう。法的に保護の薄くなったヒトの命は、社会的にもその重要性を、あるいは国民の意識にとってもその重要性を失っていくように思われる。将来的に、（場合によっては真意でないかもしれない）同意殺人の発生を防止し、あらゆるヒト（そして人）の生命を保護するという秩序を維持するために、このような自己決定権の制限が必要なのである。つまり被害者の承諾を制限するのは、（終局的には被害者も含まれるが）「人が他人を殺さない」秩序を維持するという社会的利益であるといえよう。[114]

その一方で、ここで注意すべきことは、法益所有者（人）の自律的な財の放棄は、なお存在しているということである。自己決定として行われた生命の処分は、同意として生命侵害の違法性を排除することはないが、それは十分に違法減少の効果を有するものであろう。なぜなら、本稿によれば被害者の自己決定権の制限は自己決定権の内在的な制約ではなく、そのようなものの尊重を国家が公共の利益に鑑みて認めないという意味で外在的なものだからである。この点で、法益所有者の自律的な処分（自己決定）があれば、常に法益侵害性が排除される法益侵害性に係る合意とは異なっているのである。同意においては法益侵害が被害者の意思（自律性の）侵害とは別に肯定される、つまり実質的な法益侵害が肯定されるゆえに、刑法の禁止規範を排除する（侵害を許容する）か否かを判断する違法性の段階で、外在的な制約が許されることになるのである。

以上のことから本稿は、被害者の同意になぜ違法性阻却（減少）の効果があるかについては、優越的利益説（ドイツでは刑事政策説）[115]に立つことになる。この説に基づけば、同意の制限についても最も無理なく説明することができるのである。

なお第三の考察方法として、法益衡量による解決も考えられる。このような見解は、正当化事由としての同意を刑事

政策という場合によっては拒否反応を起こさせるような要素を用いずにもっともドグマティックに説明することができる点で、優れているように思われる。しかし、本稿がこの立場に依拠しないのは、生命と自己決定というあまりにも性質の異なる、しかしどちらも重要なものを比較衡量し、その優劣を判断することに躊躇しているからである。(116)

以上のことに鑑みれば、同意殺人罪の保護法益は個人法益である（ヒトの）「生命」であり、被害者の承諾は確かに近代国家への要請として尊重に値するが、それが結果的に個人の生命を尊重するという秩序を著しく破壊してしまうような場合においては、完全な形で尊重できず、ゆえにここでの承諾は違法性減少の効果しかもち得ないことになる。他人の生命のタブー化については、個人が社会秩序を維持する道具として利用されることになるという批判がなされているが、あくまで行為者は「生命」という重大で絶対的な価値をもつ法益を侵害していることに注意しなければならない（つまり法益侵害は肯定される）。被害者の生命が公共の利益のために用いられたのではなく、被害者の処分権が公共の利益のために制限されたにすぎないといえよう。殺人罪においては法益（生命）が処分権と分かちがたく保護されているのではないゆえに、このような外在的な制限（同意の効果の制限）が許されることになるのである（これが本稿でいう「同意」の最も重要な特徴であるといえる）。またここでの秩序は、個人の生命の保護を目的とした秩序であることも見逃してはならない。将来的に無思慮な生命の放棄を、そして場合によっては真意ではない生命の放棄を促進する可能性があるために、被害者による殺人への承諾（自己決定）を一〇〇％の形で尊重することはできないのである。ゆえに同意殺人は可罰的であり、他方で殺人罪よりも軽い刑が科されることになる。

（1）大判大一一年四月二七日刑集一・二三九。

（2）西原春夫ほか編『判例刑法研究五』（一九八〇、有斐閣）〔宮野彬〕三頁、団藤重光編『注釈刑法（五）』（一九七六、有斐閣）〔大塚仁〕六六頁以下。

（3）二項で未遂は処罰される。

（4）*Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 55. Auflage, 2008, §216, Rdn. 2 ff.; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Auflage, 2007, §216, Rdn. 1 ff.; *Eser*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Auflage, 2006, §216, Rdn. 1 f.; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht Besonderer Teil 1, 9. Auflage, 2003, §2, Rdn. 60 ff.;*Burkhard Jähnke,* in: Leipziger Kommentar, 11. Auflage, 2001, §216, Rdn. 2; *Arzt/Weber*, Strafrecht Besonderer Teil Lehrbuch, 2000, §3, Rdn. 12; *Horn*, in: Systematischer Kommentar zum StGB, 6. Auflage, 2000, §216, Rdn. 2.

（5）*Peter Bringewat*, Die Strafbarkeit der Beteiligung an fremder Selbsttötung als Grenzproblem der Strafrechtsdogmatik, ZStW 87, 645; *Lackner/Kühl,* a.a.O.(Anm.(4)), Rdn. 1; *Eser*, a.a.O.(Anm.(4)), §216, Rdn. 1.

（6）*Jörg Laber*, Der Schutz des Lebens im Strafreht, 1977, S. 181; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, a.a.O.(Anm.(4)), §2, Rdn. 62.

（7）*Fischer*, a.a.O.(Anm.(4)), §216, Rdn. 2; *Jähnke,* a.a.O.(Anm.(4)), §216, Rdn. 2; *Arzt/Weber*, a.a.O.(Anm.(4)), §3, Rdn. 4.

（8）刑の減軽効果がありうることは認められている（Vgl. *Maurach/Schroeder/Maiwald*, a.a.O.(Anm.(4)), §2, Rdn. 62）。一方で要求に基づく殺人罪の要求は同意で十分であると解する見解もある（Vgl. *Rudolf Schmitt*, Euthanasie aus der Sicht des Juristen, JZ 1979, 464）。

（9）ドイツ刑法三二三c条「事故若しくは公共の危険又は、急迫の際に、それが必要で状況に基づき彼に期待されていて、とりわけ著しい自らの危険がなく、他の重要な義務を侵害することなく、可能であるにもかかわらず、その救助を行わなかった者は、一年以下の自由刑又は罰金に処する」

（10）BGH, NJW 1952, 552; BGH, NJW 1954, 1049; BGH, NJW 1960, 1821. Vgl, BGHSt, 13, 162; BGH, NStZ 1983, 117; *OLG Düsseldorf,* NJW 1973, 2215.

（11）*Schmidhäuser,* Selbstmord und Beteiligung am Selbstmord in strafrechtlicher Sicht, in: Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, 1974, S. 812.

（12）*Schmidhäuser,* in:Welzel-FS (Anm.(11)), S. 814.

(13) *Schmidhäuser*, in:Welzel-FS (Anm.(11)), S. 818.
(14) *Schmidhäuser*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, 1984, 5. Kapital, Rdn. 107.
(15) *Schmidhäuser*, AT(Anm.(14)), 5. Kapital, Rdn. 119.
(16) *Schmidhäuser*, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Auflage, 1983, 2. Kapital, Rdn. 2.
(17) Vgl. auch *Schmidhäuser*, BT (Anm.(16)), 2. Kapital, Rdn. 9.
(18) *Ulfrid Neumann*, Abgrenzung von Teilnahme am Selbstmord und Tötung in mittelbarer Täterschaft–BGHSt 32, 38, JuS 1985, 678; *Wilfried Bottke*, Probleme der Suizidbeteiligung, GA 1983, 26; *Claus Roxin*, Die Mitwirkung beim Suizid–ein Tötungsdelikt?, in: Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag, 1977, S. 337; *Bringewat*, a.a.O.(Anm.(5)), 640 f.
(19) *Bottke*, a.a.O.(Anm.(18)), 26.
(20) *Bottke*, a.a.O.(Anm.(18)), 26; *Roxin*, in: Dreher-FS (Anm.(18)), S. 337 f. Vgl. *Bringewat*, a.a.O.(Anm.(5)), 641 f.; *Neumann*, a.a.O.(Anm.(18)), 678.
(21) *Konstantinos Chatzikostas*, Die Disponibilität des Rechtsgutes Leben in ihrer Bedeutung für die Probleme von Suizid und Euthanasie, 2001, S. 216; *Bottke*, a.a.O.(Anm.(18)), 26; *Roxin*, in: Dreher-FS (Anm.(18)), S. 336.
ただし、ドイツ刑法二一二条（故殺罪）は行為客体として「einen Menschen（人）」を規定しており、他方ドイツ刑法二二三条（傷害罪）は、行為客体として「eine andere Person（他人）」を規定している。後述のように立法上の趣旨は異なるようだが、純粋な文言解釈によれば構成要件該当性を認めることは可能であろう。
(22) *Bringewat*, a.a.O.(Anm.(5)), 642 f.; *Bottke*, a.a.O.(Anm.(18)), 26 f.; *Roxin*, in: Dreher-FS (Anm.(18)), S. 341 f.
(23) *Bringewat*, a.a.O.(Anm.(5)), 632 ff.
(24) *Bringewat*, a.a.O.(Anm.(5)), 632 ff.
(25) *Bringewat*, a.a.O.(Anm.(5)), 640 ff.
(26) *Bringewat*, a.a.O.(Anm.(5)), 646 ff.
(27) ドイツ刑法二八条二項「特別な人的メルクマールが刑罰を重く、軽く又は排除することを法律で定めているときには、それは、そのメルクマールが存在する関与者（正犯あるいは共犯）にだけ適用する」

(28) *Bringewat*, a.a.O.(Anm.(5)), 646 ff.

(29) *Neumann*, a.a.O.(Anm.(18)), 678; *Roxin*, in: Dreher-FS (Anm.(18)), S. 342 f.; *Chatzikostas*, a.a.O.(Anm.(21)), S. 216.

(30) *Sternberg-Lieben*, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 1997, S. 110 f.; *Alfred A. Göbel,* Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts, 1992, S. 35.

(31) *Jakobs*, Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem, 1998, S. 15ff.（以下 *Jakobs*, Die Tötung と略す）

(32) それに対して、*Friedrich-Christian Schroeder*, Beihilfe zum Selbstmord und Tötung auf Verlangen, ZStW 106, 573 ff. は、生命という法益は譲渡不可能だということを根拠に、同意殺人罪と自殺幇助の区別を基礎付けている。

(33) *Jakobs*, Die Tötung (Anm.(31)), S. 23.

(34) それゆえに同意に疑いのない安楽死の場合においては、二一六条の適用は排除されうることになる（*Jakobs*, Die Tötung (Anm.(31)), S. 24 ff.）。

(35) *Chatzikostas*, a.a.O.(Anm.(21)), S. 265.

(36) *Sternberg-Lieben*, a.a.O.(Anm.(30)), S. 112.

(37) *Harro Otto*, Eigenverantwortliche Selbstschädigung und –gefährdung sowie einverständliche Fremdschädigung und –gefährdung, in: Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag, 1989, S. 158; *Jürgen Möllering,* Schutz des Lebens—Recht auf Sterben, 1977, S. 96; *Hirsch*, Einwilligung und Selbstbestimung, in: Festscrift für Hans Welzel zum 70. Geburts-tag, 1974, S. 785 ff.; *Roxin*, in: Dreher-FS (Anm.(18)), S.339; *Sternberg-Lieben*, a.a.O.(Anm.(30)), S. 117 ff.

(38) *Hirsch*, in: Welzel-FS (Anm.(37)), S. 785. ヒルシュによれば、「人間はバラバラの島なのではなくて、社会的群島の部分である」ので、個人主義の誇張は時代遅れであることになる（S. 800）。

(39) *Sternberg-Lieben*, a.a.O.(Anm.(30)), S. 114 ff.

(40) *Roxin*, in: Dreher-FS (Anm.(18)), S. 339; *Sternberg-Lieben*, a.a.O.(Anm.(30)), S. 117f.; *Otto*, in: Tröndle-FS (Anm.(37)), S. 158; *Möllering,* a.a.O.(Anm.(37)), S. 96; *Hirsch*, in: Welzel-FS (Anm.(37)), S. 790.

(41) *Sternberg-Lieben*, a.a.O.(Anm.(30)), S. 106.

(42) *Roxin*, in: Dreher-FS (Anm.(18)), S. 349 f.; *Hirsch*, in: Welzel-FS (Anm.(37)), S. 791.

(43) *Göbel*, a.a.O.(Anm.(30)), S. 30; *Schroeder*, a.a.o. (Aum.(32)), 570.

(44) *Rudolf Schmitt*, Strafrechtlicher Schutz des Opfers von sich selbst?, in: Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburts-tag, 1972, S.118; *Jakobs*, Die Tötung (Anm.(31)), S. 21.

(45) *Ulfrid Neumann/Frank Saliger*, Sterbehilfe zwischen Selbstbestimmung und Fremdbestimmung–Kritische Anmerkungen zur aktuellen Sterbehilfedebatte, HRRS 2006, 285.

(46) *Jakobs*, Die Tötung (Anm.(31)), S. 19.

(47) *Jakobs*, Die Tötung (Anm.(31)), S. 19.

(48) *Chatzikostas*, a.a.O.(Anm.(21)), S. 241.

(49) *Chatzikostas*, a.a.O.(Anm.(21)), S. 240 f.

(50) *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I , 4. Auflage, 2006, §13, Rdn. 37.

(51) *Hirsch*, in: Leipziger Kommentar, 11. Auflage, 1994, Vor§32, Rdn. 105. また、*Thomas Rönnau*, in: Leipziger Kommentar, 12. Auflage, 2007, vor §32, Rdn, 156 は、法益の保護はそれが具体的な法益所有者に人格発展の基礎として貢献するので行われるのであり、ゆえに、権利者の同意でもって法益を侵害すれば構成要件該当性を欠くとしつつ、生命の場合は、例外であると明示している（Rdn. 188）。

(52) 例えば、*Otto*, a.a.O. (Anm.(37)), Rdn. 158 は、二二六条は「個人の法益」を保護すると明記しているし、*Hirsch*, in: Welzel-FS (Anm.(37)), S. 785 も「法益の問題とは独立して」と記してある。さらに *Roxin*, a.a.O.(Anm(50)), Rdn, 37 は、「人間の生命という個人法益の際には同意は無効である」としており、またより明確に *Rönnau*, a.a.O.(Anm(51)), Rdn. 188 は、生命は人的発展の基礎としてではなく「法益所有者から切り離された純粋な存在」において保護されていると解している。

(53) *Thomas Weigend*, Über die Begründung der Straflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen, ZStW 98, 66.

(54) *Weigend*, a.a.O.(Anm.(53)), 67.

(55) たとえばシュテルンベルク・リーベンは「国家は人間のためにあるが、人間は国家のためにない」というべきであると主張する。*Sternberg-Lieben*, a.a.O.(Anm.(30)), S. 115.

Vgl. auch *Arthur Kaufmann*, Relativierung des rechtlichen Lebensschutzes?, in: Festschrift für Claus Roxin zum 70.

Geburtstag, 2001, S. 851; *Göbel*, a.a.O.(Anm.(30)), S. 31; *Schmitt*, in: Maurach-FS (Anm.(44)), S. 117.

(56) *Göbel*, a.a.O.(Anm.(30)), S. 39ff.

(57) *Göbel*, a.a.O.(Anm.(30)), S. 40.

(58) 前述したように、ドイツの傷害罪は、同意にもかかわらず行為が「良俗違反」の場合には、同意傷害として可罰的となることが明文で規定されている。

(59) *Göbel*, a.a.O.(Anm.(30)), S. 42.

(60) 基本法二条二項「各人は、生命及び身体を害されない権利を有する。個人の自由は、不可侵である。これらの権利は、法律の根拠に基づいてのみ、これを侵害することが許される。」（対訳にあたっては、須郷登世治『独英日対訳ドイツ憲法の解説』（一九九一、中央大学出版部）七八頁を参考にした。）

(61) *Schmitt*, in: Maurach-FS (Anm.(44)), S. 117ff.

(62) *Schroeder*, a.a.O.(Anm.(32)), 568.

(63) *Hirsch*, in: Welzel-FS (Anm.(37)), S. 777.

(64) *Noll*, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe im besondern die Einwilligung des Verletzten, 1955, S. 60.

(65) ただし、上田健二「自殺―違法か、適法か、それとも何か―自殺関与・同意殺人罪の処罰根拠と『法的に自由な領域』の理論」宮澤古稀編集委員会『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集第二巻・刑法理論の現代的展開』（二〇〇〇、成文堂）二六八頁参照。

(66) 深町晋也「危険引受け論について」本郷法政紀要九号（二〇〇〇）一二六頁。この見解によれば自殺は類型的に期待可能性＝責任を欠くものと評価されることになる。また、吉澤三枝「違法性の本質と被害者の承諾」司法研究所紀要一二巻（二〇〇〇）六三頁以下は、生命には社会的法益としての側面が競合していると解する。

(67) 小林憲太郎「被害者の関与と結果の帰責」千葉大学法学論集一五巻一号（二〇〇〇）一六三頁を参照。

(68) 伊東研祐『現代社会と刑法各論』（第二版、二〇〇二、成文堂）六八頁。

(69) 小林・前掲論文（注（67））一六四頁以下。

(70) 自殺（未遂）の不可罰根拠は、刑罰によって真の被害者である将来の自己の自由が制限されてしまうという自己矛盾の

回避に求められることになる（小林・前掲論文（注（67））一六五頁）。

(71) 小林・前掲論文（注（67））一六六頁以下。

(72) 深町・前掲論文（注（66））一二五頁以下。

(73) 林幹人「自殺関与罪」法学セミナー四〇二号（一九八八）一〇九頁。

(74) 塩谷毅「自殺関与事例における被害者の自己答責性（二・完）」立命館法学二五七号（一九九八）八九頁。

(75) 鈴木晃「自殺関与罪の処罰根拠」中京法学三八巻三・四号（二〇〇四）四八五頁。

(76) 伊東・前掲書（注（68））七一頁。

(77) 構成要件該当性の問題や自手による自殺の権利といった問題が別個に残されているからである。

(78) 秋葉悦子「自殺関与罪に関する考察」上智法学三二巻三・四号（一九八九）一八八頁以下（以下、秋葉・自殺関与罪と略す）。また、前田雅英『刑法各論講義』（第四版、二〇〇七、東京大学出版会）二三頁参照。なお秋葉悦子「同意殺人―自己決定権の限界―」法学教室二三二号（二〇〇〇）三頁は、自殺研究に基づく自殺意思の不自由性の理論に修正を加え、「二〇二条の処罰はむしろ自己決定権の内在的限界によって根拠づけられるべきであるように思われる。これを『共同体への義務と結びついた自由』の概念に則して、自殺意思は自由でないと表現することもできよう」と叙述している。これは、「共同体への義務と結びついた自由」を重視する点で、以下で紹介する公共の利益ゆえに自己決定権を制限する見解に類似したものといえるだろう。

(79) 秋葉・自殺関与罪（注（78））一八八頁。

(80) 秋葉・自殺関与罪（注（78））一九〇頁以下。

(81) 塩谷・前掲論文（注（74））八八頁以下。

(82) 谷直之「自殺関与罪に関する一考察」同志社法学四四巻六号（一九九三）一七三頁以下、上田・前掲書（注（65））二六七頁。また伊東・前掲書（注（68））六九頁も参照。

(83) 井田良「自殺関与罪と同意殺人罪」刑事法ジャーナル四号（二〇〇六）一三六頁。

(84) 酒井安行「自殺関与罪と死の自己決定・パターナリズム」青山法学論集四二巻四号（二〇〇一）六九頁以下。

(85) 酒井・前掲論文（注（84））七二頁以下。

(86) 曽根威彦「自己決定の自由と自殺関与罪」西原春夫ほか編『佐々木史朗先生喜寿祝賀・刑事法の理論と実践』(二〇〇二、第一法規) 二七六頁。

(87) 吉田宣之「自己決定権と自殺関与罪の処罰根拠」刑法雑誌四三巻三号 (二〇〇四) 三八五頁、長谷川裕寿「刑法における同意とその客観的制約―「同意殺人の禁止」をめぐる議論を中心に―(二・完)」法学研究論集一五号 (二〇〇一) 三四頁以下、西原春夫ほか編『刑法学四・各論の重要問題Ⅰ』(一九七七、有斐閣) 一二頁〔平川宗信〕、谷・前掲論文 (注 (82)) 一七五頁以下。なお長谷川・前掲論文三五頁はさらに、同意殺人罪においては、「お互いを人格的存在として、またコミュニケーション・パートナーとして承認し、尊敬することは普遍的要請であり、それを可能とする基盤たる生命を相互に承認、尊敬することもまた普遍的要請であると考えられる」として、行為者に自分という〈他人〉を殺害することを許容するような被害者の決意には、自己決定として法的重要性をもたせることができないゆえに、このような生命の処分は「被害者の自律」の範疇にあるということができないとしている。

(88) 酒井・前掲論文 (注 (84)) 四八頁以下。また小林・前掲論文 (注 (67)) 一六二頁以下を参照。

(89) 深町・前掲論文 (注 (66)) 一二四頁。

(90) 西田典之『刑法各論』(第四版、二〇〇八、弘文堂) 一四頁、佐伯仁志「被害者の同意とその周辺 (1)」法学教室二九五号 (二〇〇五) 一一〇頁、山口厚『刑法各論』(補訂版、二〇〇五、有斐閣) 一二頁、吉田宣之「自殺教唆・幇助罪の処罰根拠」西原春夫ほか編『刑事法学の新動向上巻』(一九九五、成文堂) 五六〇頁、芝原邦爾「自殺関与罪・同意殺人罪」法学セミナー二七巻四号 (一九八三) 一三三頁、町野朔「被害者の承諾」西原春夫ほか編『判例刑法研究第二巻』(一九八一、有斐閣) 一八六頁、福田雅章「大阪地裁安楽死事件解題」阪大法学一〇八号 (一九七八) 二二〇頁、内藤謙『刑法講義総論 (中)』(一九八六、有斐閣) 五八八頁。その他、被害者の承諾の総論的考察において、パターナリズム的介入は通説的に認められている (拙稿「被害者の承諾 (一) ―各論的考察による再構成―」北大法学五八巻三号 (二〇〇七) 一七頁以下参照)。

(91) 小林・前掲論文 (注 (67)) 一六三頁。

(92) 谷・前掲論文 (注 (82)) 一七二頁以下。また、高橋則夫「自殺関与罪をめぐる諸問題」現代刑事法一六号 (二〇〇〇) 一〇一頁参照。

(93) なお、ここではさらに加えて刑事政策的な考慮としてパターナリズム的な制限に基づき「被害者の被害者からの保護」を図ろうとしている（井田・前掲論文（注（83））一三五頁）。また、井田良「被害者の同意」現代刑事法一四号（二〇〇〇）八九頁は、傷害罪における同意の制約をパターナリズムに求めている。

(94) 井田・前掲論文（注（83））一三五頁。

(95) 長谷川裕寿「刑法における同意とその客観的制約（一）―「同意殺人の禁止」をめぐる議論を中心に―」法学研究論集一四号（二〇〇一）三〇頁以下、深町・前掲論文（注（66））一二五頁、

(96) 谷・前掲論文（注（82））一七四頁、長谷川・前掲論文（注（95））三一頁。

(97) 曽根・前掲書（注（86））二六一頁以下。反対は、酒井・前掲論文（注（84））五九頁参照。

(98) 曽根・前掲書（注（86））二七七頁。同論稿によれば、自殺関与は正犯行為の違法性が低いゆえに、「立法論的にはむしろ自殺関与行為の違法性の程度を不可罰的なレベルにまで引き下げることによって、これらの行為を刑罰から解放する方向が模索されるべきである」という。

(99) 実際に、深町晋也「主観的正当化要素としての同意の認識の要否―同意の処罰阻却効果の「絶対性」との関係について―」岡山大学法学会雑誌五一巻四号（二〇〇二）八四頁以下によれば、首尾一貫して同意傷害は、すべて不可罰とされている。

(100) 同意殺人罪に関しては曽根・前掲書（注（86））二七一頁、吉田・前掲論文（注（90））五七〇頁参照。

(101) なお他人の生命のタブー化自体を保護法益としていないことは、注（52）を参照。

(102) 佐久間修「医療行為における『被害者の承諾』―特に生命の処分について―」阪大法学四四巻二・三号（一九九四）七〇二頁参照。

(103) 佐久間・前掲論文（注（102））七〇二頁。

(104) *Hirsch*, in: Welzel-FS (Anm.(37)), S. 785.

(105) *Roxin*, a.a.O.(Anm.(50)), §13, Rdn. 14.

(106) また宗像紀夫「『被害者の承諾』は犯罪の成否にいかなる影響を及ぼすか」研修四一三号（一九八二）九七頁、佐久間・前掲論文（注（102））六九六頁を参照。

(107) このことは人の終期について（脳死説ではなく）三徴候説が通説である日本の刑法には、よりあてはまることであるように思われる。

(108) *Erwin Ringel*, Neue Untersuchungen zum Selbstmordproblem, 1961, S. 77 ff. なお、とりわけ近年の刑法学においては、（一部の）安楽死の場合のみ、患者の承諾は真意であるとして、安楽死の違法性を阻却しようとする見解が多く見受けられるが、リンゲルによればこのような状況下の者も何らかの精神疾患を有している。

(109) 林（幹）・前掲論文（注（73））一〇九頁も参照。

(110) 福田雅章「刑事法における強制の根拠としてのパターナリズム―ミルの「自由原理」に内在するパターナリズム―」一橋論叢一〇三巻一号（一九九〇）五頁以下。

(111) 拙稿「被害者の承諾（二）―各論的考察による再構成―」北大法学五八巻四号（二〇〇七）八三頁以下。

(112) 塩谷毅『被害者の承諾と自己答責性』（二〇〇四、法律文化社）一六〇頁も、「パターナリズム」そのものが処罰を根拠付けることのより説得的な論証がなされなければならないと批判している。

(113) 例えばシュトラーテンベルトもこの点を意識しており、ここでのパターナリズム的介入は、すべての状況下で殺人の禁止をタブーにするという努力のなかで基礎付けられると解していた（*Stratenwerth*, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. neubearbeitete Auflage, 1996, §10, Rdn. 10）。

(114) ここで「ヒト」という言葉を用いたのは、人格とは切り離した「生物学的な人」を表すためであり、当然のことながら胎児は含んでいない。

(115) 拙稿・前掲論文（注（90））一一頁以下参照。

(116) 秋葉・自殺関与罪（注（78））一九〇頁も参照。

〔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。なお、補筆にあたっては、平成一九・二〇年度日本学術振興会科学研究費補助金（若手研究（スタートアップ））による研究成果の一部を取り入れている。

シンポジウム

日仏シンポジウム

法の下の平等と刑事規制に関する日仏比較

目　次

法学研究科長挨拶　瀬川信久
基調報告　フランスにおける法の下の平等と刑法　ミシェル・ダンティジュアン
報告　日本における法の下の平等　佐々木雅寿
コメント　刑事法学の視点から　城下裕二
コメント　民法と平等原則――日本の状況の概観　吉田克己
総括　ミシェル・ダンティジュアン
討論のまとめ　瀬川信久

法学研究科長挨拶

瀬川信久

ポワチエ大学法学部からダンティジュアン先生をお迎えして、日仏国際シンポジウムを開催するにあたり一言ご挨拶申し上げます。

ポワチエ大学法学部と北海道大学法学部の学術交流は、一九九三年一〇月に遡りますので、本年で一五年になります。この間に、クブラ教授、モロー教授、ブレイヤ教授、ペリネーマルケ教授、ドゥブイ教授、シェーヌ教授、マッセ教授、レミィ教授、グソー教授、ゴドラ教授、グレゴワール研究員、アルアン教授と、多数の先生方をお迎えしてシンポジウムを開催してきました。本年は、ダンティジュアン教授から、平等原則に関するご報告をいただきます。平等は、様々な法領域に関わる問題です。本日のシンポジウムが、ポワチエ大学法学部と北海道大学法学部の間の学術交流の次のステップになることを願って、簡単ですが、私の挨拶とさせていただきます。

基調報告

フランスにおける法の下の平等と刑法

ミシェル・ダンティジュアン
（白取　祐司　訳）

フランスでは、「平等」は革命の中心的スローガンであり、すべての市庁舎の建物の切妻壁にこの標語が掘られている。[1] また、平等は、憲法の法文、中でも最も旧い憲法典のひとつである一七八九年八月二六日の人及び市民の権利宣言に何度も登場する。この宣言の一条には、「人は自由かつ権利において平等なものとして出生し、生存する。」と規定されている。しかし、同じ人権宣言の六条が、法は「保護を与える場合にも、処罰を加える場合にも、すべての者に同一」でなければならないとされていることは注目される。

このように表現された刑の平等原則は、つまるところ、次の二つの本質的側面を有している。その一は、同様に最も古典的なものだが、犯罪者の処遇の平等であり、そこで提起される問題というのは、犯罪者に

刑法を適用するときにすべての裁判を受ける者に同じ仕方で扱っているかどうかという点である（Ⅰ）。

その二は、より今日的な関心事に対応するもので、法廷というより街中における市民の平等に関するものである。ここでの論点は、人々の平等に対して刑法が具体的にもたらしうる援助や保護に関わるのである（Ⅱ）。

Ⅰ　刑法と裁判を受ける者（justiciables）の平等

アンシァン・レジーム刑法によって無視された裁判を受ける者の平等は、革命法の強迫観念的ともいえる課題であった。革命法は、法の下の平等原則を、一七八九年の人と市民の権利宣言六条に置いただけでなく、その帰結として、刑事司法における絶対的平等を引き出し、それを一七九一年九月三日憲法の中で表明している。この憲法によれば、同一の犯罪は「人のいかんにかかわらず」、同じ刑罰で処罰されなければならない、とされている。この原則の神聖化によって、革命期の刑法は、恩赦を廃止し、あらかじめ一切の区別の可能性を禁じる絶対的法定刑システムを実施した(2)。

だがしかし、それから時をおかずして、一七九一年刑法では、人間の平等の厳格かつ数学的な観念を承認しながら、それを消滅させるよりは、恣意性を一新するにいたった。実際、一八一〇年以降、立法者は、刑に上限と下限の幅をもたせることにして絶対的法定刑を廃止した。裁判官は、その範囲内の刑罰の中で刑を個別化（individualisation）する権限を行使する(3)。かくして、刑の平等の変容に向けた第一歩が踏み出されることになる（A）。その帰結は、今日、ある種の副作用を生じさせているのだが（B）。

A－刑の平等の変容

一八一〇年以降、変化は緩やかで大変控えめであった。しかし、その動きは、一九世紀の末に、人道主義と合理主義に熱中した学説によって大きく加速させられたが、革命法の平等主義（égalitarisme）に対する批判を鎮めることはなかった。たとえば、サレイユ（Saleilles）は、一八九八年に刑の個別化に関する有名な著書の中で、「ラベルだけで一般受けねらいの平等」を告発した。彼によれば、この平等主義は、人をナンバーとして扱うゆえに最も不平等なのである。かくして、フランス刑法のその後の発展はすべて、絶対的かつ抽象的要請として受け容れられてきた平等主義の後退として特徴づけられよう。それは、合理的で各人に適合する社会のため、社会復帰の平等の機会を提供するという、より具体的な受容を推進する目的のためであった。

この平等の変化は、本質的に以下に述べる二つの側面を備えていた。

一　特別の地位の増加

最初の側面は、裁判を受ける者の範疇に固有の、特別の地位の増加であった。この増加は、少年犯罪者に関してかなり早い時期から顕著であった。すなわち、犯罪少年には、二〇世紀初頭から特別の裁判所によって適用される固有の責任原理が妥当した。今日、この裁判所は、新社会防衛論の理念によってかなり大きく影響された裁判を行っている。(4)

しかし、この現象は、次第に、他の裁判を受ける者に拡がった。彼らは、普通刑法から多い少いの違いはあったが、実体及び形式に関して異なる規則に服した。たとえば、株取引犯罪あるいは経済事犯の行為者は、行政裁判所によって言い渡される特別の制裁の対象とされる。国家の安全に対する罪あるいは軍規違反の罪を犯した者は、まさに例外裁判所の前で非常に特殊な手続の適用を受けた。この例外裁判所は今日廃止され、通常裁判所の特別な構成に代わった。そのような構成として、とりわけ「陪審員のいない重罪院」のかたちをとることもあった。「陪審員のいない重罪院」は

また、テロ事件の審理のための管轄を有する。

また、共和国法院（Cour de justice de la République）は、政府構成員がその職務の遂行に関して犯した重罪及び軽罪を審理する管轄権を有する唯一の裁判所である。

かくして、特別の地位の増加は、次第に厳格な平等の部門化を推し進めることとなり、もはや平等は、裁判を受ける者全体に対する一般的で抽象的なものとして理解されるのではなく、特定の範疇に属する者（少年、軍人、大臣、テロリスト等）に対してのみ適用されることとなった。

二　刑の個別化

平等の変容の第二の側面は、刑の個別化であった。最初は、個人に対する最も良い刑の適用という理念が、一九世紀の新古典学派の論者たちの間で発展してきた。彼らは、各個人に固有の主観的自由に応じた刑の適用をさせるため、裁判官の権限を増大させるのが有益であると考えた。

刑の個別化の概念は、その後、一八九八年にサレイユによって見事に分析されることになる。彼は当時、個別化は「司法は同じ犯罪を犯した二人の間にある種の数学的平等を要求するという理念に反対する」ものであると断言した。

一九世紀の終わり以降、立法者は、この議論に触発され、また実証主義者に強く影響されて、制裁の個別化に向かって方向づけられたいくつかの処分を採用し始めた（仮釈放に関する一八八五年八月一四日法、単純執行猶予に関する一八九一年三月二六日法）。

しかし、フランス刑法が、被告人の人格に応じた制裁の適用を強調する新社会防衛論に軸足を移し、犯罪者の再社会化のため個別化の方向に進むこととなったのは、とりわけ第二次世界大戦後のことであった。たとえば、保護観察付き

執行猶予（sursis probatoire）、刑の免除（dispense de peine）、刑の宣告猶予、増加傾向にある拘禁刑の代替刑――中では公益奉仕労働が最も有名であろう――、明らかに財産的制裁における最善の平等を図ろうという理念から着想を得たと思われる日数罰金のような新しい制裁である。この動きは、刑の執行についても及んでおり、執行形態も、半自由、外出許可制度、社会内処遇、刑の執行の分割及び停止制度、あるいはごく最近の電子監視制度などによって充実したものになっている。

制裁の個別化は、今日、このように社会的反作用の主要な資料のひとつである様相を呈している。のみならず、一九九四年刑法典は、「刑の［人的］個別化の態様」とされた一節にこのような処分の全体をまとめており、いわばこの発展にお墨付きを与えた(5)。まさに、今日において制裁は、革命法が人のいかんにかかわらず、同一犯罪には同一の刑罰を科すと規定していたのとは反対に、各人を考慮した変化に富んだものでなければならなくなったのである。

裁判を受ける者の平等原則は、本当に変化した。今日、公正に分配されるべきは、もはや抑止ではなく、再社会化の機会に適合的な最もよい刑事的な反作用の追求である。しかし実務上、この変化にいくつかの悪循環があることも考慮しなければならない。

B－刑の平等の堕落

少なくとも二つの点で、刑法の今日的発展は、平等の要請にあまり十分には応えていない。恣意性（l'arbitraire）や［形式的］平等主義（l'égalitarisme）に陥っているように見受けられるからである。

一　恣意性

理論的観点から見て、特別の地位の増加や裁判を受ける者に適用される制裁の人的個別化（personnalisation）が、今日的意味で平等に反しないことは明かである。そして、憲法院が一九七八年に、刑の個別化に関して、すべての裁判を受ける者が所定の要件を示す限り同じ制度に行き着くことができるので、一七八九年人権宣言六条に反しないと判示したのは、この意味である。

しかし、実務はこの発展とは別の側面を明らかにする。

一方において、立法者は、今日刑事手続がある種の分割状態にあるところまでいったと思われる程度にまで、特別な地位を増加させる傾向にある。刑事訴訟法典法律編の第四部の全体を概観すれば、この点についてよく理解できる。そこでは、適用される諸準則があまりに多様であるため[6]、それらの準則は、それを各範疇ごとに検討しても、もはや識別できる特徴すら有していない。

他方、とりわけ裁判官の個別化の権限は、今日、可能で想像しうるほとんどすべての多様な処遇が認められている。現代における平等は、その意味を維持するために、少なくとも同一条件におかれた人、同一の犯罪を犯した行為者は、同じ準則にもとづいて裁判されることが要請されるはずである。ところが、必ずしも常にそうはなっていないことに注意する必要がある[7]。というのは、刑の人的個別化（personnalisation）は、非常に多様な偶然的要素、たとえば、裁判所の混雑具合、司法官の気質や好み、社会復帰・保護観察の矯正サービスの方策、特別の方策（例として公益奉仕労働、電子監視等）を含む特別の処分を行うことについての地方の裁判実務、あるいは裁判所によって、それがしばしばかなり異なるからである。刑事上の応答の増大から生じてくるこれらの条件のもとでは、同一条件の下で同一犯罪について訴追された二人が、同一の準則を実際に適用されるチャンスといっても幻想にすぎず、そこに恣意性がないとはいえな

いのではないだろうか。

二　［形式的］平等主義（égalitarisme）

もし平等が、同一の状況にいる人間が同じように扱われることを求めるなら、異なった状況にいる主体が同じに扱われることにも、同様に反対しなければならない。[8] 換言すれば、平等主義は、［形式的］平等主義と混同されてはいけないのである。

しかし、今日支配的と思われるのは、この種の平等カリカチュアである。たとえば、武器平等原則[9]は、ヨーロッパ人権条約六条一項に関してだされたヨーロッパ人権裁判所の判例によって明らかにされた公正な手続の一要素であるが、この原則から、反対当事者との関係で明らかに不利な状況に当事者を置かない条件の下で、各当事者に、主張を提示する合理的な可能性を提供する義務が導かれる。[10] この武器の平等という名目で、たとえば、刑事訴訟法典五四六条が、違警罪に関するすべての判決に対する控訴権を検事長（procureur général）にのみ限っているのは六条に反すると判示されている。[11]

しかし、訴追された当事者が、検察官と対をなす特権を与えられなければならないかは、当然のことながら疑わしい。なぜなら、有力な論者が指摘するように、[12] 検事局は一般利益（l'intérêt général）を代表しており、したがって、自分だけの利益しか関心のない重罪被告人ないし被告人は、同じ権限を有する必要はないのである。そして、破棄院刑事部の判例が武器平等原則に制約を与えたのも、この趣旨である。たとえば、判例は、武器平等違反の侵害だという主張にもとづく破棄申立を棄却した。その申立理由は、控訴するために検事長に与えられた期間（刑訴五〇五条により二か月間）が、他の当事者に認められた期間（刑訴四九八条により一〇日間）より長いというものであった。この主張を排除する

にあたり、破棄院は、検事長が被告人より長い期間の利益を得ている事実は、被告人自身も有効に控訴権を行使できる期間内に控訴する権利を付与されているのであるから、公正な手続の要請に反しないことを明言した[13]。この論理は、他のかなり多くの場合にあてはまるように思われる。その他の場合においても、検察官に与えられている一般利益の擁護は、被告人や刑の言渡しを受けた者の特権より、検察官が結果においてより広く重要な特権を有することを説明できる性格のものといえよう[14]。

Ⅱ　刑法と市民の平等

現代における刑法は、裁判を受ける者の平等を宣言するだけで満足しない。刑法は、平等原則が法廷場面にとどまらず、市民の日常生活にも適用されるために、市民の平等についても配慮している。たとえば、刑法は、五〇年ほど前から、非常に明確な平等主義的熱意を抱くようになる（A）。しかし、この分野におけるバランスシートを作成することが可能であったとしても、残念ながら、結果は期待の度合いからみてはるか遠いところにあることを確認するだけにとどまる（B）。

A―刑法の平等主義的熱意

刑法による市民の平等の保護は、今日までのところ、二つの主要な方向をたどってきたように見える。最初の方向は、とりわけ消費部門における法的および経済的関係の不均衡の是正を可能にするような、明確な調整の追求である。

一　消費者の保護

民法典と同様、刑法典は、その初期の状態においては、当事者の約束に対する平等について少しも疑わなかった。しかし、刑法は人々の間に存する不均衡が不可避的に法的取引に跳ね返ってくるという明白な事実に屈服しなければならなかった。このような法的取引は、とりわけ、サレイユの名付けた――ここでもサレイユである――「附合契約（contrat d'adhésion）」によって維持されることが可能であった(15)。立法者は、この場合の平等の要請について再検討し、民事分野において、この種の契約［普通取引約款］を増加させたり価格や売買について間接的な警察規制によりそれらの内容について介入することによって、問題の約定に対する規制を開始した。

立法者が、刑事分野で、マルチ商法（vente à la boule de neige）（一九五三年一一月五日法）、ネガティブ・オプション（envoi forcé）（一九六一年二月九日デクレ）のような一定の取引方法を直接犯罪化することによって、また、サービスに関する不正ないし偽装（一九七八年一月一〇日法）、人の弱さや無知の濫用（一九七二年一二月二三日法及び一九九二年一月一八日法）、あるいは虚偽広告の採用（一九七三年一二月二七日法及び一九九二年一月一八日法）、最後に刑法的保護の第二の方針がすでに示されている売却拒絶（一九四五年六月三〇日オルドナンス四五－一四八三号三七－七条、次いで一九八六年一二月一日オルドナンス三〇条）のような、ある種の価格高騰を阻むために制裁の抑止的援助をもたらすことによって介入したのは、以上の文脈においてであった。

二　差別との闘い

市民の平等を保護するため公権力が用いる他の手段は、最近増加傾向にある差別を軽罪化するというかたちで刑法に依拠することであった。客観的な面からいうと、刑法典二二五－一条、二二五－二条及び四三二－七条に根拠をもつこ

れらの犯罪は、採用の拒絶、解雇、あるいは、財産ないしサービスの提供、雇傭の申し出、企業研修を一定の差別的条件に服させることからなる。心理的な面からいうと、これらの行為は差別主義的意識（esprit ségrégationniste）によって影響されたものでなければならない。この意識は、立法者が、当初より次第に拡張し続けているものである。一九七二年七月一日法により、立法者は、出生、民族、国籍、人種及び宗教によって生じた差別まで射程に入れることを望んだ。立法者は引き続いて、性別、家庭状況（一九七五年七月一一日法）、次いで品行（mœurs）（一九八五年七月二五日法）、身体障害（一九八九年七月一三日法）、健康状態（一九九〇年七月一二日法）、政治的意見及び組合活動（一九九二年七月二二日法九二―六八四号）、身体的外見、資産、性的性向及び年齢（二〇〇一年一一月一六日法）、遺伝子特性（二〇〇二年三月四日法二〇〇二―三〇三号）、最後に妊娠（二〇〇六年三月二三日法）に動機づけられた差別まで処罰を拡げた。「犯罪増加に司法を適合させる法律」と呼ばれている最近の二〇〇四年三月九日法は、他方で、二年の拘禁刑と三万ユーロの罰金刑であった刑を三年の拘禁刑と四万五〇〇〇ユーロの罰金刑に代えることで適用刑を重くした(16)。

不幸にして、消費者保護に関しても、差別との闘いに関しても、刑法による平等主義のアクションは、明白な失敗に遭遇することになる。

B―刑法の平等主義の失敗

おそらく、法的・経済的関係における平等を推進するについて刑法は失敗だというのは、まったく言い過ぎであろう。しかし、ある種の副作用が、裁判を受ける者の平等について見てきたところと同様に現れている。一方において、消費者保護の刑法的保護は、絶えず押し戻されてきた。他方、差別との闘いは、多くの失望を引き起こした。

一　消費者保護の見つけ難い限界

とりわけ大規模な販売業者の濫用や経済的支配力に対して消費者を保護するために採用された諸方策は、一定の商慣行を浄化するのに顕著な効果を発揮している。さらに、生産者や販売業者も、否が応にも規制の対象とされることになる。虚偽広告に関して言い渡される有罪判決が、この二〇年で五倍になっていることがこの点を示す好例であろう。[17] こうすることで、「humilior」（消費者）の利益を図り、「potentior」（販売を業とする者）の損害において、ある種の平等は実現できた。そうはいっても、今日、この方向が次第に過剰なところまで推し進められてきていないか、そして今後、消費者のある種過剰な保護を認めるところまでいくのではないかとの疑問がある。

このことは、消費者サービスの競争を推進させるための二〇〇八年一月三日法によくあらわれている。[18] 同法は、ある委員会が経済生活における非犯罪化について報告書を提出したまさにその時期に、「攻撃的商慣行（pratiques commerciales aggressives）」概念にまで犯罪化を拡げることを決めた法律である。[19] この法文は、二〇〇五年五月一一日ヨーロッパ［欧州議会の定める］達成指針を国内法化する目的で採用されたもので、この国内法化のためには犯罪化を拡げなければならないという考えにもとづくものである。しかし、フランスの消費者刑法は、私見によれば、当初より、すでにブリュッセル［欧州議会所在地］の要求に応えていたのである。フランス議会は、不当にも、現状をもっと推し進めることが不可欠だと考え、有意的なやり方で消費者の選択の自由を歪め、または歪める性格をもった、あるいはその同意を損ない、または損なう性格をもった、さらに契約権の行使を妨害するような、反復的で執拗な勧誘行為及び物理的ないし精神的な強制を、攻撃的商慣行と名付けて犯罪化した。[20] 民法学者は、有意的なやり方で消費者の選択にたんに影響を与える行為が軽罪にされるという考えを前に、おそらくひどい困惑状態にあるであろう！　この犯罪化が提起するであろう証拠上の諸々の問題点や営業の外交販売員の活動に対してなされるであろう次第に制約的となる制限を別

にしても、民事責任が潜在的に刑事責任に取って代わられるという点で、犯罪化による契約領域へのある種の侵略を示しているのではないか、という疑問が生じる。[21]

二　差別に対する闘いへの失望

差別に対する闘いの仕組みの重要性にもかかわらず、大多数の論者は、この点に関する刑事法の役割は大変に非効率的だと失望している。[22] この点について、ここでいう失望に二つの次元があるように思われる。

そのひとつは、訴追当事者に、犯罪を構成する証拠の提出を要求する無罪の推定原則から生じる。ところで、差別犯罪については、証拠の困難性には乗り越えがたいものがある。書面あるいは口頭で、そして証人の前でも差別的傾向をあえて表明するくらいに自分に差別主義的傾向にあることを隠さない販売員、エージェント、店員、被用者を除いて、被害者は、大抵の場合、相手方がもっともらしい外観を装った理屈に依拠してくるため、不可能な証明に直面することになる。立法者は、おそらくECの達成基準（directive）に示唆を受けて、最近、労働裁判所における訴訟の場合、自分が被害者だと考えている被用者は、差別の存在を推測させる行為の諸要素［証拠］を提出すれば十分であり、他方で雇用主はおよそ差別的意識とは無関係の客観的諸要素［証拠］によって自己の決定を正当化する証拠を提示しなければならないと判断した。[23] しかし、この挙証責任の転換は、無罪の推定を尊重しなければならない刑事裁判官の前ではおよそ理解されない。[24]

このような条件下において、立法者は、刑事分野において、別な方法を用いて差別と闘う他の装置を強化することに方向を変え、一定の成果を得ている。すなわち、立法者は最近、判例に示唆を得て、[25] 刑法典の中に、「testing」［おとり的手法］に関する諸条項を導入した。そのひとつが刑法典二二五―三―一条で、同条は次のように規定している。すな

わち、差別の軽罪は、今後は、「差別的態度の存在を示す目的で、二二五―二条［財物等の提供を拒否する差別犯罪］に規定される財物、行為、役務または契約のひとつを懇請した一人または数人に対して行われた場合においても、この態度につき証明がなされたときは、成立する」と。

しかし、最近の分析によれば、立法者はむしろ、差別との闘いの高等行政機関（la Haute autorité）の創設が示しているように、今後は刑事法外の解決の方向に転換し、平等のための二〇〇四年一二月三〇日法に拠ることとした。この点を確認することには意味がある。反差別の闘いのための真のSAMU（緊急医療救助サービス）、すなわちこの独立行政機関は、被害者の書類の作成や彼らの事案に最もよく適合する手続を識別するなどして、犯罪被害者に対する貴重な援助をもたらすのである。他方、当初は調停役、勧告さらには検事正への通知にとどまっていたH.A.L.D.E.（差別との闘いのための高等行政機関）の役割・権限は、二〇〇六年には飛躍的に増大し、本来の意味での和解権限まで有するようになった(26)。

しかし、他にも失望事由として、法定原則に由来するものがある。というのは、この原則は、立法者に対し、永続的に、うんざりするほどのカタログによって示される様々なリスクでもって、列挙したり定義したりの仕事を強いるものだからである。

最初のリスクは、以下の点に在る。すなわち、理論的には差別現象との闘い、つまり差別の消滅に向けられた立法的介入が反復されることによって、最終的にはむしろ、その［差別とされる］幅の増大から、差別を明るみにだすことが明かとなった。言い方を換えれば、刑法への周期的な依存は、困難さを減少させる代わりに、その困難さが回帰的であることを明らかにした。そこにこそ、刑事分野で立法者がもっとしばしば、心にとめるべきリスクの問題がある。薬に頼ろうとしている医者に似て、立法者は、そのいい結果以上に悪い結果を予想してはならないものか、解決はしばしば

非刑事的制裁[27]にあるのではないか、さらにはもっと前倒しの介入及び他の性格をもつ介入にあるのではないか、自問することになる[28]。

第二のリスクは、それ自体、犯罪化の仕組みに本来的に属するものである。犯罪と刑罰の法定原則は、実際、処罰するための法文が各犯罪行為について十分な明確性をもって定義されることを前提としている。その結果、立法者は、差別というだけのオープンな犯罪を規定することはできず、これまで三〇年間行ってきたように、断片的に介入することを余儀なくされた。ところで、その副作用がここで二重に生じる。一方で、立法者は、ロビイズム、さらに顧客主義（clientélisme）を優遇し、圧力団体が被害者として、あるいは自分たちの利益のために刑罰化を拡げようという特別の介入を要求する者として登場する。他方で、ここで明らかに懸念が生じるのは、そのような立法が共同体主義（communautarisme）の発展に適しているのかということである。この共同体主義の発展は、統合を犠牲にして現実的差別と社会集団の細分化という別の方法を伴って、社会生活及び社会に平等を尊重させる直接かつ最善の手段というまったく異なる概念をもたらすのである。

最後に、刑法に対して、裁判を受ける者の平等を尊重させるためのあらゆる直接的な配慮を、刑法の適用においてなされるよう期待することが正当であるとしても、市民の平等を尊重させるために、刑法に同じ責務を期待しうるかどうかは、明らかではない[29]。その理由につき、モンテスキューは次のように述べている。「品行や礼儀を変えようとするなら、法律にたよってはいけない[30]」と。

（1）フランス共和国の標語は、「自由（Liberté）、平等（égalité）、博愛（fraternité）」である。

（2）革命期の刑法典は、憲法制定議会の立法によって制定されたものだが、一般に一七九一年刑法典（Code pénal de 1791）の名で知られている。

（3）一八一〇年といえば、ナポレオン刑法典施行の年であるが、この刑法典が後継の刑法典に替えられるのは、実際のところ比較的最近で、一九九四年のことである。

（4）しかし、少年法はここ数年、改革の途上にあり、André Varinard 教授が委員長をつとめる委員会が、「犯罪少年の憲章（Charte de l'enfance délinquante）」と呼ばれている一九四五年二月二日オルドナンスの改正に取り組んでいる。

（5）Art. 132-24 et s. C.p.

（6）刑事訴訟法典第四部は、偽造、公判廷における重罪および軽罪、軍に関する重罪および軽罪、国家の基本的利益に対する重罪および軽罪、経済および財政に関する犯罪、公衆衛生に関する犯罪、テロ行為に関する犯罪、麻薬取引に関する犯罪、売春斡旋および未成年者の売春に関する犯罪、法人による犯罪、性犯罪、組織犯罪、船舶からの投棄による海洋汚染に関する犯罪に関して、各別の準則を規定している。

（7）他方で憲法院は、一九七五年、軽罪裁判所が単独裁判官あるいは三名の裁判官のいずれで構成されるかの決定を同裁判所裁判長の裁量権限に委ねる法文を審査している。V. Cons. constit. 23 juillet 1975 D. 1977 p. 629 note. L. Hamon et G. Levasseur.

（8）V. en ce sens D. Dechenaud «L'égalité en matière pénale», Thèse Grenoble 2007 n°612 et s.

（9）この原則は、二〇〇〇年六月一五日法（la loi n°2000-516 du 15 juin 2000）によって刑事訴訟法典の前提条項のひとつとして規定化された。

（10）V. Dictionnaire de la Justice, PUF 2004 V° Egalité des armes par J.P. Marguénaud p. 405. V. également J. Pradel et G. Corstens, Droit pénal européen, 2ème édition Dalloz 2002 n°331 s., et S. Guinchard et J. Buisson, Procédure pénale LITEC 3ème édition 2005 n°445.

（11）Crim. 6 mai 1997 Bulletin crim. n°170 et 21 mai 1997. Bulletin crim. n°191. 刑事訴訟法典五四六条は、その後一九九九年法（la loi du 23 juin 1999）によって改正された。この武器平等原則に関する他の多くの適用例も、検察官の権限に被告人の権利を接近させる傾向にある。

(12) 武器平等原則を，一般利益の逸脱として分析する論者として，J. Pradel «Procédure pénale», 11ème édition Cujas n°381 note 2 et «Notre procédure pénale défend-elle l'intérêt général ?» RPDP. 2005 p. 516 où l'égalité des armes est analysée par l'auteur comme une perversion de l'intérêt général. V. également D. Dechenaud, thèse précitée.

(13) Crim. 17 juin 1998, Bulletin crim. n°196, 29 février 2000 Bulletin crim. n°86 et 27 juin 2000 Bulletin crim. n°243.

(14) とりわけ，検察官の抗告が，刑罰適用判事および刑罰適用裁判所の決定を停止させる効力をもつ点が，ここで想起される（刑訴法典七一一一一四条）。ある論者は，延期，撤回および取消しの決定の場合に，検察官による抗告のもつ停止効が刑の言渡しを受けた者の上訴の対象とならないことを嘆いている。v. P. Poncela, Droit de la peine Thémis, P.U.F. 2ème édition 2001 p. 369.

(15) R. Saleilles, «La déclaration de volonté» n°89 et s p. 229 et s.

(16) 差別的拒絶が公衆を受け入れる場所で，あるいは立入りを禁止する意図で行われたときは（ディスコ，劇場，スタジアムなど），五年の拘禁刑および七万五，〇〇〇ユーロの罰金刑も科せられる。V. l'article 132-16 c.p. issu de la loi du 3 février 2003 qui fait du mobile discriminatoire une circonstance aggravante de certaines infractions.

(17) 統計によれば，一九七六年の有罪数二〇二件に対して，一九九八年には一，〇〇四件にものぼっている（Annuaire statistique de la justice）。

(18) この法律は，消費者保護に関する一連の法律（les lois des 5 janvier 1988 sur l'information des consommateurs, 23 juin 1989 sur l'information et la protection des consommateurs. 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs et réglementant la publicité comparative, 28 janvier 2005 tendant à renforcer la confiance et la protection des consommateurs）の系譜に位置付けられる。

(19) 科される刑罰は，二年の拘禁刑および一五万ユーロの罰金刑である（art. L. 122.12 C. Conso）。

(20) Article L122.11 C. Conso.

(21) V. à cet égard les interrogations mesurées de Ph. Conte : «Brèves observations à propos de l'incrimination des pratiques commerciales agressives (loi n°2008-3 du 3 janvier 2008). Droit pénal 2008 n°3.

(22) V. par ex. M. Véron, «Droit pénal spécial», 10ème éd. U.A. Colin 2004 p. 121 évoquant le nombre dérisoire des poursuites

et des condamnations ou M. L. Rassat, «Droit pénal spécial» 4ème éd. Dalloz 2004, n°290 parlant d'incriminations très difficilement applicables.

(23) Article L. 1134.1 Code du travail.

(24) En ce sens Crim. 3 avril 2007 Bulletin crim. n°105.

(25) Crim. 11 juin 2002 Bulletin crim. n°131.

(26) この独立行政機関の現在の委員長は元ルノー社長の Louis Schweitzer 氏であるが、同機関は、犯罪事実が公訴権の行使を惹起していない場合について、犯罪行為者に和解を提案することができる。その場合の和解的罰金額は、自然人について三、〇〇〇ユーロ以下、法人については一万五、〇〇〇ユーロ以下である。この和解は検察官の承認を必要とする。

(27) V. par exemple l'article L. 1132.1, L. 1132.2 et L. 1132.4 du Code du travail prévoyant que certains licenciements et certaines sanctions discriminatoires constituent à l'égard du salarié concerné une disposition nulle.

(28) とりわけ、教育という点からすれば、この分野の問題の場合、処罰の教育的機能による善行を期待するだけで満足することはできないのである。

(29) En ce sens «Espoirs et déboires de la répression des incriminations» par M. Danti-Juan, Contribution au VIIIèmes Journées Savatier intitulées «Communautés, Discriminations et Identité» organisée à Poitiers les 26 et 27 octobre 2007, à paraitre L.G.D.J.

(30) Montesquieu, De l'esprit des lois.

報告

日本における法の下の平等

佐々木　雅寿

一　はじめに

二〇〇八年六月四日、最高裁判所は、憲法一四条が規定する法の下の平等に関する重要な違憲判決を下した[1]（以下「六月四日判決」という。）。この判決で最高裁は、①国籍法三条一項は憲法一四条一項に違反し、②上告人は違憲部分を除いた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。前者は、法令が憲法一四条に違反するか否かを判断する方法にとって、また、後者は、平等権を侵害された個人の権利救済の方法と、人権救済に関する裁判所と国会の関係にとって極めて重要な意義を持ちうる。

そこで、本稿は、憲法一四条が規定する法の下の平等に関して、六月四日判決をふまえて、まず、憲法が規定する平等権の内容を確認し、次に、近年日本においても議論が活発化しつつあるアファーマティブ・アクションと憲法一四条との関係を探る。最後に、平等権を侵害された者に対する裁判所による実効的救済方法として利益付与の拡大や合憲補充解釈の可能性について検討する。その際、裁判所と国会の関係の在り方についても考察を加え、日本における違憲審査制度の活性化の可能性を探る。

二　日本国憲法が規定する法の下の平等

1　憲法の諸規定

憲法は、平等権および平等原則の徹底化を図るため、以下のような諸規定を用意する。すなわち、一四条一項で、法の下の平等の基本原則を規定し、それに続いて、個別的規定として、貴族制度の廃止（一四条二項）、栄典にともなう特権の禁止（一四条三項）、普通選挙の一般原則（一五条三項）、選挙人の資格の平等（四四条）、夫婦の同権と両性の本質的平等（二四条）、教育の機会均等（二六条）をそれぞれ規定する。もっとも、世襲の天皇制は憲法自身が認めた平等原則の例外といえる。

2　憲法一四条一項の意味―相対的平等―

（1）学説

憲法一四条一項は、「すべて国民は、法の下に平等であつて、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、

経済的又は社会的関係において、差別されない。」と規定する。憲法が保障する平等は、絶対的平等ではなく、相対的平等であると理解されているため、法的区別に「合理的理由」があれば平等権の侵害はないとされる。そのため、憲法上許される「合理的区別」と憲法が禁止する「不合理な差別」とを判別する必要がある。この点、一般的には、「民主主義ないし個人主義の理念に照らして不合理と考えられる理由による差別」が禁止されるといわれるが、この「民主主義的合理性」という基準は抽象的であり、具体的な事件で違憲か合憲かを判断する際には十分機能する基準とは言い難い[2]。そこで、近年では、「先天的に決定される条件や思想・信条に基づいて、法的に異なった取扱いをすることは、どのような権利・利益についてであれ、原則として憲法上禁止される『差別』とみなすべき[3]」という考え方が有力である。

（2）判例

最高裁も、憲法一四条が規定する平等を相対的平等と理解する。六月四日判決の多数意見は、「憲法一四条一項は、…事柄の性質に即応した合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨である」と説示し、続けて、国籍をどのように定めるかについては、立法府の裁量判断にゆだねられてはいるが、国会が定める国籍取得要件の法的区別が、「合理的理由のない差別的取扱いとなるときは、憲法一四条一項違反の問題を生ずる」とし、具体的には、かかる法的区別の「立法目的に合理的な根拠が認められない場合、又はその具体的な区別と上記の立法目的との間に合理的関連性が認められない場合」には、当該区別は、憲法一四条一項に違反すると判示した。

3　平等権侵害の違憲審査基準

（1）学説

近年の憲法学説は、ある法的区別が合憲か否かを判断する違憲審査基準を具体的に画定すべく努力している。学説は、憲法一四条一項後段が、歴史的に存在した不合理な差別事由である、「人種、信条、性別、社会的身分又は門地」により差別されないと規定していることに着目し、一般的に、後段の列挙事由は、前段が規定する平等原則の内容を例示的にあげたものであるが、後段列挙事由に基づく差別は、個人の尊厳に反し、違憲の疑いが強い、と考える。具体的には、①列挙事由に基づく法的区別は不合理な差別として違憲性が推定される、②列挙事由に基づく法的区別の合憲性を判断する際には、より厳格な違憲審査基準を用いる、③法的区別の合憲性を主張する側にその挙証責任・論証責任を課す等である。[4] ただし、具体的に適用すべき違憲審査基準に関しては、すべての列挙事由に原則として厳格審査を及ぼす立場、厳格審査を原則としつつ、性別だけは中間的審査（厳格な合理性の基準）を用いるとする立場、さらに、列挙事由のうち、性別・社会的身分には中間的審査が妥当し、それ以外は厳格審査が妥当するとする立場に分かれる。[5]

また、学説が一般に、一四条一項後段の列挙事由が例示的なものと解するため、列挙された事由以外の差別事由に基づく法的区別等に対してどのような違憲審査基準で臨むべきかという問題に対しては、主に二つの対応がある。第一は、列挙事由以外の「生まれによって決定される条件」に基づく法的区別も、列挙事由に基づく場合と同様の対応をすべきであるとする立場である。[6] 第二の対応は、「一四条は他の憲法の条文と一体として解釈することが必要であるから、精神的自由や選挙権のように憲法上優越した価値を有する人権を侵害する差別の場合にも厳格な審査基準が必要とされよう」[7]という考えである。これらの学説をふまえると、①一四条一項後段の列挙事由に基づく法的区別、②列挙事由以外の先天的に決定される条件に基づく法的区別、③憲法上優越した価値を有する人権を侵害する差別に対しては、より厳格な審査基準が適用され、④それ以外の場合には合理性の基準が適用される、というのが今日の学説の一般的な立場であるといえよう。

（2）判例

最高裁は、一四条一項後段の列挙事由は例示的なものであるとの立場をとり[8]、また、違憲審査基準としては「合理性の基準」を採用する[9]。しかし、最高裁が採用する「合理性の基準」の厳格度には一定の幅がある。例えば、非嫡出子の相続分を嫡出子の相続分の二分の一と規定する民法九〇〇条四号但書は憲法一四条に違反しないと判示した一九九五年（平成七年）最高裁決定[10]の多数意見は、①民法九〇〇条四号但書の法定相続分の定めは、遺言による相続分の指定等がない場合等において、補充的に機能する規定であること、②相続制度をどのように定めるかは立法府の合理的な裁量判断にゆだねられていることを強調し、「本件規定における嫡出子と非嫡出子の法定相続分の区別は、その立法理由に合理的な根拠があり、かつ、その区別が右立法理由との関連で著しく不合理なものでなく、いまだ立法府に与えられた合理的な裁量判断の限界を超えていないと認められる限り、合理的理由のない差別とはいえず、これを憲法一四条一項に反するものということはできない」と判示した。ここでは、立法裁量を尊重すること等により、立法目的と手段の関連性に関しては著しい不合理性がない限り違憲としないという、実質的には、通常の合理性の基準よりも緩やかな基準が用いられていると考えられる。

それに対し、六月四日判決の多数意見は、国籍の定め方についての立法府の裁量を重視する姿勢を示しつつも、日本国籍が「我が国において基本的人権の保障」等を受ける上で「意味を持つ重要な法的地位」であることと、本件で問題となった法的区分が、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得するか否かという「子にとっては自らの意思や努力によっては変えることのできない」事柄による区別であることを指摘して、「このような事柄をもって日本国籍取得の要件に関して区別を生じさせることに合理的な理由があるか否かについては、慎重に検討することが必要である」と判示した。この部分から、最高裁は、①人権保障等の上で意味をもつ重要な法的地位に対する差別的効果と、②自らの意思や努力

によっては変えることのできない事由に基づく法的区別という二つの要素を重視して、実質的には、通常の合理性の基準よりも厳しい基準を用いて違憲判決を下したと解される。[11] 六月四日判決が今後の判例理論をどのようにリードするのか、注目に値しよう。

三　憲法一四条とアファーマティブ・アクション

1　形式的平等（機会の平等）と実質的平等（結果の平等）

（1）一般的学説

憲法が保障する平等が形式的平等なのか実質的平等なのかについて、有力な学説は以下の立場をとる。すなわち、①日本国憲法には、形式的平等と実質的平等の両方の要請が含まれている、②しかし、憲法一四条の規定は、なによりも形式的平等を保障したものである、③結果の不平等を完全に解消することは、少なくとも自由の理念と両立しない、④実質的平等の要求は相対的限度内のものであり、その実現は、なにが実質的平等と呼ばれるにふさわしいかという問題も含めて、第一義的には社会権条項に託された課題であり、結局は立法によって実現されるべきものである、⑤少なくとも裁判規範の意味においては、憲法一四条の規定から実質的平等の要請は直接に導かれる性質のものではない、⑥憲法一四条は、第一義的に形式的平等を保障しており、[12] ただ、実質的平等の理念からくるこの相対化の要請を相当の程度まで受容することを予定した規定であると解される。

この点、浦部教授は、「完全に結果を同じにする」「徹底的な結果の平等」と、「『機会の平等』を実質的に確保する」実質的形式的平等とを区別して、憲法における平等の観念が形式的平等から実質的平等へ転換したとはいえ、憲法が許

容する実質的平等の内容は実質的形式的平等であると理解する。ただ、浦部教授はそれに続いて、「もちろん、そうはいっても、個人の尊厳という憲法の基本的前提からいえば、人間として生きていくためのギリギリのところまでは、結果についても等しく保障する必要があるから、こんにちにおける実質的平等の観念に『結果の平等』という観点が全然はいり込んでいないというわけではない。こうした、実質的平等の観念は、日本国憲法においては、いずれも、いわゆる社会権の保障という形で、実定化されているのである。」[13]との説明を加える。

これに対し、男女平等権の中には、法律上の差別からの解放という自由権としての側面と、国が積極的に機会の平等を実質的に保障していくために私的領域に介入していくという意味の社会権的側面とをあわせもつとする学説も存在する。[14]また、藤井教授は、憲法一四条は、基本的には形式的意義の平等の保障をめざしていると考えるべきであろうとしつつも、①平等権の内容として、「等しいものは等しく取り扱われるべきである」という自由権類似の権利と、「異なった者は（等しくなるように）別異に扱われるべきである」とする請求権的権利が導かれる、②請求権的権利としての平等権は、国家が実質的な平等を実現するために必要な「合理的な差別」のための立法その他の措置を求める権利を含んでいる、③しかし、請求権的権利としての平等権は、その社会および国家の発展状況とか、国家観等に対応してその権利の内容、性質が変化しうる、④したがって、今日では、社会、経済的な各種の条件のすべてについて、実質的平等を実現するような措置を国家が義務づけられていると考えることはできないことは明らかで、これはいわば国家の努力義務にとどまる、⑤ただし、このような経済的条件にかかわらないもの、具体的にいえば予算措置などの問題にかかわらないものについては努力義務にとどめるべきではないともいえ、例えば、人格的精神的価値の実現という点では、今日でも国は実質的意義の平等を実現すべき措置をとる義務はあるといえよう、と述べる。[15]ただし、藤井教授は、アファーマティブ・アクション立法が請求権的権利としての平等権に基づくものであると説明する文脈で、「この請求権的な権利とい

うのは、かりに認められるとしてもあくまでもプログラム規定説的に理解されるべきであろう」[16]との立場をとる。これらの学説は、一定の場合、請求権的権利としての平等権が認められる可能性を示唆する点で、注目に値する。

（2）裁判例

裁判例も、憲法一四条が実質的平等を命じているとする見解には消極的である[17]。

しかし、一九七八（昭和五三）年の在宅投票制度違憲訴訟の控訴審判決[18]は、選挙権の平等に関する文脈で、「憲法一四条一項の定める法の下の平等の原則は、形式的な平等ではなく、実質的な平等を意味し、従って国民各自における身体的、肉体的、社会的条件に基づく相違に対しては、当該相違に応じた合理的差別扱を許容するものであるのみならず、進んで当該相違に応じた合理的差別扱を命ずる原理でもあると解するのが相当」であると説示した。この説示部分は、これまでの通説を一歩進めた[19]例外的なものであるが、この判決に対しては、「それは妥当ではあるまい。かりに、それを憲法上の要請とみるのであれば、一五条一項などに根拠を求めるべきであろう。」[20]との批判が加えられている。

（3）検討

学説や裁判例の一般的な考え方にはいくつかの疑問がある。

第一は、形式的平等が第一義的であり実質的平等は第二次的であるとの理解は、平等理念の歴史的発展の観点から現段階でも無条件に妥当するのか、という点である。平等理念の歴史的発展として、まず、形式的平等の実現が求められ、次に、実質的平等が求められたと一般に説明されている[21]。そして、現段階では、憲法が許容する実質的平等は、徹底的な結果の平等ではなく、実質的形式的平等であると一般に理解されている[22]。そうであれば、仮に、形式的平等がほ

ぼ完全に実現している分野があれば、その分野において次に実現すべきは、実質的形式的平等となり、この段階では、実質的形式的平等の実現こそが第一義的になると考えることも可能となろう。そうであるならば、形式的平等（形式的機会の平等）、実質的形式的平等（実質的機会の平等）、実質的平等（結果の平等）とを明確に区別して、憲法一四条のもとにおける、形式的平等と実質的形式的平等の関係、実質的形式的平等の位置づけやその権利性の有無等を現時点で個別分野ごとに検討し直す必要があろう。

第二は、結果の平等は自由の理念と両立しないという命題[23]についての疑問である。仮に、平等の理念が形式的平等から少なくとも実質的形式的平等へと変化したことを前提とするのであれば、なぜ自由の観念のみが伝統的意味の自由のままで維持されるべきなのか学説は説明しない。社会権をも保障する日本国憲法の一四条が、結果の平等を自由に反するとの理由で全面的に否定しているといえるのかについては更なる検討が必要であろう。

第三の疑問点は、実質的平等の要請は憲法一四条のもとではいかなる意味の裁判規範性も持たないのかである。学説一般は、実質的平等の要請にこたえるために、形式的平等の要請も相当の程度まで相対化されると解する。そうであるなら、実質的平等の要請は、形式的平等違反という違憲の判断を退ける方向で規範性を発揮しているといえる。もしこの判断が裁判所によって行われたなら、そこには裁判規範性があることになろう。そうであれば、実質的平等の要請には裁判規範性がないという命題は、国家に対して実質的平等を実現するための特定の措置を求める主張には裁判所によって救済可能な具体的権利性がないという意味であり、実質的平等をめざす特定の措置が形式的平等違反となるかという憲法一四条の解釈に際しては、実質的平等の要請は一定の裁判規範性を有するといえるのではないだろうか。

以下では、国家に実質的平等の実現を求める主張に裁判所によって救済可能な具体的権利性がいかなる場合でもないのか、という問題を考察するため、アファーマティブ・アクションを要請する権利の有無について検討する。

2　アファーマティブ・アクション

わが国ではこれまで、アファーマティブ・アクションまたはポジティブ・アクションに関して必ずしも活発な議論が行われてきたわけではない[24]。しかし、すでに二〇〇五年の段階で、「日本においては、たとえば男女共同参画社会基本法などの法律のもと、アファーマティブ・アクションの本格的採用が、まさに現実の課題として現在浮上してきており、諸外国の実例の参照、憲法との適合性の議論がなされつつある」ことが指摘されていた[25]。

（1）定義

二〇〇三年七月に内閣府男女共同参画局に設置されたポジティブ・アクション研究会が二〇〇五年一〇月にまとめた「ポジティブ・アクション研究会報告書」（以下「報告書」という。）は、アファーマティブ・アクションとポジティブ・アクションには本質的な差はないとの前提で、ポジティブ・アクションについて、「一義的に定義することは困難であるが、一般的には、社会的・構造的な差別によって、現在不利益を被っている者（女性や人種的マイノリティー）に対して、一定の範囲で特別の機会を提供すること等により、実質的な機会均等を実現することを目的として講じる暫定的な措置のことを言う」と定義する[26]。本稿では、アファーマティブ・アクションとポジティブ・アクションとに本質的な差はないとの前提で、それらを互換的に用いる。

（2）アファーマティブ・アクションの手法

アファーマティブ・アクションには、さまざまな手法があるが、報告書は、憲法上の平等原則との適合性が問題となりうるかどうか等の観点から、以下の三つに分けて説明する[27]。

第一は「厳格なポジティブ・アクション」で、「あらかじめ一定の女性枠を法律等で設けるなど、拘束力が強く、厳格な手法」を用いるもので、代表例としては、人種や性別を基準に一定の人数や比率を割り当てるクオータ制（割当制）がある。「厳格なポジティブ・アクション」は、「憲法上の平等原則との適合性を厳密に検討しなければならない場合が多い」とされる。わが国においては、男女共同参画社会基本法二五条三項が、男女共同参画会議の有識者議員について「男女のいずれか一方の議員の数は、同号に規定する議員の総数の十分の四未満であってはならない。」として、会議の任務にかんがみクオータを定める。

第二は「中庸なポジティブ・アクション」で、「女性の登用に関する努力目標を掲げるなど、中庸な手法」のもので、代表例としては、達成すべき一定目標と達成までの期間の目安を示してその実現に努力するゴール・アンド・タイムテーブル方式がある。わが国では、国の審議会等における女性委員の登用について、平成一二年の男女共同参画推進本部決定により、「平成一七年（西暦二〇〇五年）度末までのできるだけ早い時期に」「『三〇％』を達成するよう鋭意努めるものとする」として、この方式が採用された。報告書によると、このようなポジティブ・アクションは、「社会の諸活動に参画する機会に係る男女間の格差を解消するために必要な範囲内で、目標に向かって自主的に努力するものであり、憲法上の問題を惹起させることはない」。しかし、公務員の採用等において、同等の能力・資格があることを前提としながら、プラスの要素として進出が遅れている性であることを重視するプラス要素方式は、女性であることを理由に機械的に優先する場合など、採られる措置の態様によっては平等原則との適合性について憲法上の問題を生じうるとされる。

第三は、女性の応募の奨励、能力向上のための研修や、仕事と家庭の両立支援・環境整備等、緩やかな支援策等による「穏健なポジティブ・アクション」である。これらの措置については、一般的には憲法上の問題は生じないとされる。

（3）アファーマティブ・アクションの意義

報告書は、「このような男女の役割についての固定的性別役割分担意識、偏見等及び過去の差別や経緯に起因して生じた男女の置かれた社会的状況の格差を解消し、実質的な機会の平等を担保するためには、単に法律等で男女差別を禁止するだけでは困難であり、より積極的な取組であるポジティブ・アクションによることが必要である。」とその意義を強調しつつも、「ポジティブ・アクションは、あくまで活動に参画する機会についての男女間の格差が解消されるまでの、暫定的な措置であることに留意する必要がある。」[28]とする。

（4）アファーマティブ・アクションの合憲性

①「ポジティブ・アクション研究会報告書」

報告書は、①憲法一四条においては、形式的な平等保護が原則であるが、事実上のさまざまな人の差異を無視して絶対的に一律平等に扱うことがかえって不合理を生ずる場合には、実質的な機会の平等を実現するための合理的な別異取扱いを認めている、②一方の性に対するポジティブ・アクションと、憲法の平等原則との適合性を判断する際には、当該ポジティブ・アクションが、実質的な機会の平等を実現する合理的なものであるか否かが問題となる、③社会構造的な男女格差や過去の差別の影響により、所与の出発点に格差がある場合、その格差が解消されるまで、ポジティブ・アクションを実施し、暫定的・一時的に男女を別異に取り扱うことは、実質的な意味での「機会の平等」を目指した合理的な区別であり、平等原則に反するとは言えない、④ポジティブ・アクションは、機会の平等を実質的に保障していこうとするもので、現代の憲法である日本国憲法の平等原則に沿うものである、⑤ポジティブ・アクションが合理的であるためには、(a)社会構造的な問題等により男女間で事実上の格差が存在すること、(b)採られる手法が目的に照らして均

衡のとれたものであることが必要であり、(c)ポジティブ・アクションが採られる各局面において、他方の性に対する負担が過度になることのないような形態であることに留意しなければならない、と説明する。[29]

②学説

(i)アファーマティブ・アクションの位置づけ

学説は一般に、アファーマティブ・アクションを以下のように憲法上位置づける。すなわち、①アファーマティブ・アクションは、どこまでなら憲法一四条に反しないかという性質のものであり、それは合理的区別として正当化される限りで憲法上認められる、[30]②憲法一四条には、アファーマティブ・アクションを受ける権利は含まれていない、③国はアファーマティブ・アクションを実施することはできるが、それは法的義務ではない。[31]

(ii)アファーマティブ・アクションの合憲性

学説は、アファーマティブ・アクションの合憲性を一般的に否定することはせず、[32]その合憲性を個別具体的に検討する。[33]そして、合憲とされるアファーマティブ・アクションの要件に関し、①過去の補償であり、②間接差別の解消のためであり、③現状が間接差別であることの立証があり、④一定の資格を有する場合にのみ優遇する、⑤暫定的な措置等は、合憲となりうること等が示唆されている。[34]

さらに、現在の学説は、アファーマティブ・アクションの合憲性を判断する際、どのような違憲審査基準を採用すべきかについて対立している。[35]第一は、性別や人種のような個人の属性に基づく差別的取扱いの違憲審査基準と、同じ属性に基づくアファーマティブ・アクションの違憲審査基準とを同じものとすべきであるとする立場で、[36]第二は、個人の属性に基づく差別的取扱いの違憲審査基準よりは、同じ属性に基づくアファーマティブ・アクションの違憲審査基準の方が緩やかになるというものである。[37]

このような学説形成の背景には、主に、アメリカ合衆国におけるアファーマティブ・アクションの合憲性に関する議論がある。[38]

わが国で紹介されているアファーマティブ・アクションの正当化根拠には、①差別をなくすには、一時的に人種や性別に基づく優遇策が必要である、②ある人種や性別集団そのものの集団的な人権が向上する、③差別されてきた側を優遇する立法には違憲性の疑いが薄い、④差別の補償は社会全体が負うべきである、[39]⑤社会の多元性の確保のためにはアファーマティブ・アクションは正当化される等がある。

それに対し、以下のような反論も紹介されている。すなわち、(a)罪のない個人がアファーマティブ・アクションの被害者となり、被害者でない個人がアファーマティブ・アクションの受益者となる、(b)人権は個人の権利であり、集団の人権は認められない、(c)アファーマティブ・アクションとそうでないものは一見区別できないので、人種差別ならば原則として厳格審査を適用すべきである、(d)差別是正が完全になされることはありえず、結局アファーマティブ・アクションが永続化する、(e)優遇を受けた集団に劣等の集団であるとの烙印が押される、[40][41][42](f)民族、文化、言語などによる集団相互間の対立を固定化する、(g)過去の事実上の不平等を固定化する等である。

（5）検討

ここでは、アファーマティブ・アクションを要請する権利の有無についてのみ検討する。報告書は、「社会構造的な男女格差や過去の差別の影響により、所与の出発点に格差がある場合、その格差が解消されるまで、ポジティブ・アクションを実施し、暫定的・一時的に男女を別異に取り扱うことは、実質的な意味での『機会の平等』を目指した合理的な区別であり、平等原則に反するとはいえないのである。むしろ、ポジティブ・アクションは、機会の平等を実質的に

保障していこうとするもので、現代の憲法である日本国憲法の平等原則に沿うものと考えられる。」[43]と述べ、憲法は実質的機会の平等をめざす合理的なアファーマティブ・アクションを積極的に許容することを認める。しかしそれに対しては、憲法がアファーマティブ・アクションを積極的に許容する根拠とされる実質的機会の平等要請とはいかなる性質のものか、それには権利性はないのか、それは形式的平等要請とどのような関係にあるのか、仮に権利性がないのであればなぜそれは憲法の形式的平等原則を制限することができるのか等々の疑問が浮かぶ。そしてそれは、憲法がアファーマティブ・アクションを積極的に許容する場合があるのは、憲法が実質的機会の平等を一定の場合権利として要請しているからではないのか、というさらなる疑問へと導く。

差別は、単に憲法一四条違反になるのみならず、憲法一三条が保障する人格権や個人の尊厳をも侵害すると解される。[44]そして、人格権の侵害に対しては適切な司法的救済が認められるべきであるため、[45]もし仮に特定のアファーマティブ・アクションが、差別に基づく特定の人格権侵害に対する適切な救済方法であるとすれば、かかるアファーマティブ・アクションを求めることには、憲法一三条の下で、一定の権利性が認められる可能性があろう。そうであれば、憲法一三条と一四条を一体的に解釈し、差別による平等権と人格権の侵害に対する救済として、アファーマティブ・アクションを求める権利が認められる場合も想定されよう。例えば、私人の差別を国が放置した場合ではなく、国が法律等で差別的取扱いを一定期間続け、その結果、公的領域のみならず私的領域においても、かかる差別が固定化され、その後、国が当該差別的法律を廃止したが、過去の差別の結果、現に差別の影響が強く残っている場合等では、差別の影響をなくし、可及的速やかに機会の平等を実質的に保障することが、国の法的義務として、憲法一三条からのみならず、憲法一四条からも例外的にではあるが、要請される可能性があると解される。そうであれば、一定の場合、差別による平等権と人格権の侵害に対する救済として、アファーマティブ・アクションを求める権利が憲法一三条と一四条のもとで認め

られる可能性もあると考えられる。

ただし、そこで認められうる権利が、裁判所が特定の救済を命じることのできる程度に具体的であるのか、それとも、差別救済として一定のアファーマティブ・アクションを受ける権利は抽象的には認められうるが、アファーマティブ・アクションの具体的内容の決定は立法府に委ねるべき場合のように、その権利が抽象的なものであるのかの判断は必要となろう。しかし、仮に国が一定のアファーマティブ・アクションを法定した場合、その制度に基づいて一定の利益を受けることのできる地位は、法律上の権利であると同時に、憲法一四条の要請を具体化した憲法上の権利と理解することは可能であろう。

また、憲法上認められうる権利の性格によって、裁判所が認めうる救済方法も変化しうる。例えば、抽象的権利しか認められない場合には、裁判所は国家による何らかの措置を要請しうる地位の確認にとどめ、具体的措置の決定を立法府に委ねる判決、違憲確認判決、立法不作為の違憲確認判決等々の手法を用いることになろう。

四　平等権侵害の司法的救済方法

1　従来の一般的考え方

憲法の代表的教科書は、平等権侵害の司法的救済方法について以下のように述べる。すなわち、「平等原則違反の救済は、差別を解消することによってなされるが、それをどのように具体化するかは、平等原則自体からは出てこない。自由権に関しての平等原則違反は、通常その規定や処分を違憲・無効とすることでよい（たとえば尊属殺重罰規定が平等原則違反の場合、その規定を違憲・無効とすればよい）。しかし社会権や国務請求権のような分野では、違憲・無効

とするのではかえって実質的な救済にならない場合がある。真の救済のためには国による立法措置が必要であり、それは立法府の判断に委ねられる事項だからである。このような場合の判決の在り方については、まだ学説の対応は不十分であるが、一般的にいえば、裁判所としては違憲の確認にとどめ、後は立法府の賢明な措置に期待すべきだということになろう。」[46]。

これは、平等権侵害の救済方法に複数の選択肢がある場合、裁判所は特定の救済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、との立場に通じるものがある。この立場からすると、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＋利益付与の拡大判決）や、違憲の法律を合憲的に解釈するために、法律にない要件を法律に読み込む合憲補充解釈が認められる可能性は極めて低くなる。

2　六月四日判決の意義①―救済方法―

（1）多数意見　一部違憲＋利益付与の拡大

六月四日判決は、この一般的考えを前進させる可能性を多分に含んでいる。多数意見は、①立法者の合理的意思、②憲法一四条一項に基づく平等取扱いの要請と国籍法の基本的原則である父母両系血統主義、③不合理な差別的取扱いを受けている者に対する直接的な救済可能性、④国籍法三条一項の規定の趣旨および目的等を考慮して、国籍法三条一項の一部違憲解釈は、裁判所による立法作用ではないとして、実際上告人に国籍を認めた。これは、一部違憲による利益付与の拡大判決であるといえる。

平等権侵害の救済方法として、本判決のような方法をとった最高裁判決は初めてのものといえよう[47]。特に、横尾裁判官ら三人の反対意見が、多数意見のような、「準正子に係る部分を取り除けば、同項の主体が認知を受けた子全般に

拡大する」というような拡大をすることは、「条文の用語や趣旨の解釈の域を越えて国籍を付与するものであることは明らかであり、どのように説明しようとも、国籍法が現に定めていない国籍付与を認めるものであって、実質的には立法措置であるといわざるを得ない。」、「仮に多数意見のような見解が許されるとすれば、創設的権利・利益付与規定について、条文の規定や法律の性質、体系のいかんにかかわらず、また、立法の趣旨、目的を超えて、裁判において、法律が対象としていない者に、広く権利、利益を付与することが可能となることになる。・・・本件について、裁判により国籍を認めることは、司法権の限界との関係で問題がある」とし、また、甲斐中裁判官ら二人の裁判官の反対意見が、多数意見の解釈は、「国籍法の創設的・授権的性質に反するものである上、結局は準正子を出生後認知された子と読み替えることとなるもので、法解釈としては限界を超えているといわざるを得ない。」と批判しているにもかかわらず、多数意見が、このような解釈を採用したことの意義は大きい。

（2）藤田意見　合憲補充解釈＋利益付与の拡大

藤田裁判官の意見は、①立法府が行った一定の立法政策判断が示している基本的方向によると、立法不作為の部分についての合理的選択の余地は極めて限られている場合で、②著しく不合理な差別を受けている者を個別的訴訟の範囲内で救済するため、③立法府が示す基本的判断に抵触しない範囲で、④司法権が現行法の「合理的拡張解釈」により違憲状態の解消を目指すことは、全く許されないことではないとして、いわゆる合憲補充解釈をして、実際上告人に国籍を認めた。

学説は、これまで、合憲補充解釈について必ずしも十分に議論をしていないが[48]、仮に合憲補充解釈が認められるとしてもごく限られた場合にのみ可能であるとする見解が多い。その意味でも、本件で合憲補充解釈を実際に採用した藤

田意見の意義は極めて大きい。

今後は、一部違憲判決によって利益付与の拡大を認めることができる要件や、合憲補充解釈が許される要件を、より具体的に検討する必要がある。また、合憲補充解釈等と将来効判決との組み合わせの可能性も検討に値しよう。[49]

3　六月四日判決の意義②―裁判所と国会のダイナミックな関係（＝対話？）―

六月四日判決には、それ以外にも、重要な意義がある。那須裁判官と涌井裁判官が同調した、今井裁判官の補足意見は、「非準正子についても国籍を付与するということになれば、国会において、国籍付与の要件として、準正要件に代えて例えば日本国内における一定期間の居住等の他の要件を定めることもできたのに、その裁量権を奪うことになるとする議論もあり得ないではない。そうであっても、裁判所がそのような要件を定めていない国籍法三条一項の合憲的解釈として、非準正子について国籍取得を認めたからといって、今後、国会がその裁量権を行使して、日本国民を父とする生後認知子の国籍取得につき、準正要件に代えて、憲法に適合する要件を定める新たな立法をすることが何ら妨げられるものでないことは、いうまでもないところであり、上記のような解釈を採ることが国会の立法裁量権を奪うことになるものではない。」と説示する。[50]

また、藤田裁判官の意見も、最後に、「なお、いうまでもないことながら、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」ことを強調する。

これらの個別意見には、①最高裁が違憲判決を示した後、国会は最高裁の違憲判決の趣旨に沿った形であれば、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、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、最高裁の違憲判決の後の国会の対応の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。

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があったことをふまえると、ここで示された新たな視点の特徴が明らかとなる。(51)

裁判所と国会をダイナミックな関係として捉えることには、以下のような効果があると考えられる。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減少し、裁判所が命ず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、等である。

第二は、国会や社会に対する効果で、①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、②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、③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。

五　おわりに

本稿を通じて、日本国憲法が保障する平等権に関しては、以下のような課題があることが明らかになった。すなわち、①形式的平等と実質的形式的平等の関係を問い直し、実質的形式的平等を憲法上位置づけ直し、実質的形式的平等の要請が権利として認められる可能性を検討すること、②アファーマティブ・アクションを求めることが、憲法一三条によって権利性を有する場合、その権利と憲法一四条との関係を問い直し、憲法一四条におけるアファーマティブ・アクションを位置づけ直し、アファーマティブ・アクションが憲法一四条のもとにおいても権利として認められる可能性を検討すること、③平等権侵害に対する司法的救済の方法を合憲補充解釈や利益付与の拡大を含めて検討すること、④その際、裁判所と国会の関係をダイナミックにとらえる視点が重要であるとこと、等である。

このような課題に対する検討を深めることによって、わが国における平等権のより実質的な保障が実現するものと考えられる。

（1）最大判平二〇・六・四（平成一九年（行ツ）第一六四号）（本稿ではこの判決を引用する）。判決文は最高裁のホームページ等参照。同日最高裁が示した同様の判決（最大判平二〇・六・四（平成一八年（行ツ）第一三五号）は判例時報二〇〇二号三頁参照。

（2）芦部信喜・高橋和之補訂『憲法［第四版］』（岩波書店・二〇〇七年）一二七頁。

（3）浦部法穂『憲法学教室［全訂第2版］』（日本評論社・二〇〇六年）一〇九頁。

（4）野中俊彦他『憲法Ⅰ［第4版］』（有斐閣・二〇〇六年）二七八～二七九頁参照（野中俊彦執筆）。

(5) 君塚正臣「同性愛者に対する公共施設宿泊拒否」高橋和之他編『憲法判例百選Ⅰ第5版』（有斐閣・二〇〇七年）六八頁の解説（六九頁）参照。
(6) 浦部・前掲（注3）一〇九～一一〇頁。
(7) 中村睦男『憲法30講［新版］』六〇頁。
(8) 最大判昭四八・四・四刑集二七巻三号二六五頁等参照。
(9) 『憲法Ⅰ』・前掲（注4）二八二頁注（3）参照。
(10) 最大決平七・七・五民集四九巻七号一七八九頁。
(11) 六月四日判決の泉裁判官の補足意見や、同右平成七年最高裁決定の五裁判官の反対意見は、いわゆる厳格な合理性の基準を採用する。また、最大判昭六〇・三・二七民集三九巻二号二四七頁の伊藤裁判官の補足意見は、「租税法の分野にあっても、例えば性別のような憲法一四条一項後段所定の事由に基づいて差別が行われるときには、合憲性の推定は排除され、裁判所は厳格な基準によってその差別が合理的であるかどうかを審査すべきであり、平等原則に反すると判断されることが少なくないと考えられる。」と説示する。
(12) 憲法Ⅰ・前掲（注4）二七四頁。芦部・前掲（注2）一二四頁参照。
(13) 浦部・前掲（注3）一〇三頁。
(14) 金城清子『法女性学第2版』（日本評論社・一九九六年）一〇二～一〇三頁。ただ、男女平等権の社会権的側面の具体的内容や権利性の程度等は必ずしも明らかではない。
(15) 藤井俊夫『憲法と人権Ⅰ』（成文堂・二〇〇八年）八七～八八頁。
(16) 同右・九七～九八頁。
(17) 戸松秀典「平等原則とアファーマティブ・アクション」『ジュリスト』一〇八九号一八五頁（一九九六年）一八六頁。
(18) 札幌高判昭五三・五・二四判例時報八八八号二六頁。
(19) 金城・前掲（注14）一〇一頁。
(20) 内野正幸『憲法解釈の論点［第3版］』（日本評論社・二〇〇〇年）五〇頁。
(21) 憲法Ⅰ・前掲（注4）二七〇～二七五頁等参照。

(22) 浦部・前掲（注３）一〇三頁。後述のように、わが国におけるアファーマティブ・アクションの許容論も、憲法は実質的形式的平等を許容することを前提とする。
(23) 憲法Ⅰ・前掲（注４）二七四頁等参照。
(24) 松井茂記『日本国憲法［第３版］』（有斐閣・二〇〇七年）三九六頁。
(25) 安西文雄「アメリカ合衆国の高等教育分野におけるアファーマティヴ・アクション」『立教法学』六七号一頁（二〇〇五年）二頁。
(26) 『ポジティブ・アクション研究会報告書』第一部三頁。
(27) 同右・四～六頁。
(28) 同右・七頁。
(29) 同右・七～九頁。
(30) 樋口陽一『憲法［第三版］』（創文社・二〇〇七年）二一三頁。君塚正臣「改正男女雇用機会均等法の憲法学的検討」『法学論集』四九巻四号三〇頁（一九九九年）四七頁。
(31) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法』（有斐閣・二〇〇五年）一三二～一三三頁。
(32) 君塚・前掲（注30）四九頁。戸松教授は、日本にアファーマティブ・アクションを導入する可能性について消極的な立場を示す（戸松・前掲（注17）一八九～一九〇頁）。
(33) 安西・前掲（注25）二一～二二頁。安西教授は、いかなる分野の、いかなる目的の、いかなる手段の、いかなるコストをマジョリティーに負わせるか等を考慮すべきとする。
(34) 君塚・前掲（注30）四九～五二頁。君塚正臣「欧米各国における積極的差別是正とその示唆するもの」『法学論集』五一巻四号五八頁（二〇〇一年）八九頁。
(35) 君塚・前掲（注30）四九頁。
(36) 君塚・同右、戸波江二『憲法［新版］』（ぎょうせい・一九九八年）二一二頁等。
(37) 芦部・前掲（注２）一三〇頁、藤井・前掲（注15）九八～九九頁、渋谷秀樹『憲法』（有斐閣・二〇〇七年）一九四～一九五頁等。

(38) 各国の制度については、辻村みよ子編『世界のポジティヴ・アクションと男女共同参画』（東北大学出版会・二〇〇四年）、辻村みよ子『ジェンダーと法』（不磨書房・二〇〇五年）第三章、糠塚康江『パリテの論理』（信山社・二〇〇五年）等参照。

(39) 君塚・前掲（注30）四八頁、君塚・前掲（注34）六五～七〇頁。

(40) 君塚・前掲（注30）四八頁、君塚・前掲（注34）六五～七〇頁。

(41) 長谷部恭男『憲法［第4版］』（新世社・二〇〇八年）一七九頁。

(42) 藤井・前掲（注15）九九頁。

(43) 『ポジティブ・アクション研究会報告書』・前掲（注26）第一部八頁。

(44) 最大決平七・七・五民集四九巻七号一七八九頁の中島裁判官らの反対意見は、民法九〇〇条四号但書は、「非嫡出子を嫡出子に比べて劣るものとする観念が社会的に受容される余地をつくる重要な一原因となっていると認められ」、その合理性を欠き、「個人の尊重及び平等の原則」に反すると説示し、尾崎裁判官の追加反対意見は、「我々の目指す社会は、人が個人として尊重され、自己決定権に基づき人格の完成に努力し、その持てる才能を最大限に発揮できる社会である。人格形成の途上にある幼年のころから、半人前の人間である、社会の日陰者であるとして取り扱われていれば、果たして円満な人格が形成されるであろうか。少なくとも、そのための大きな阻害要因となることは疑いを入れない。」と述べる。また、高橋保『女性をめぐる法と政策［改訂版］』（ミネルヴァ書房・二〇〇八年）二五一～二五二頁は、法の下の男女平等と人間の尊厳の原理を関係づける。さらに、安西教授は、人種差別等は、特定の権利・利益の侵害を超えて、諸権利・利益をもって自己実現しようとする者の市民的地位そのものを格下げし、スティグマを押しつけ、「自尊」を侵害することを指摘する（杉原泰雄編『新版体系憲法事典』（青林書院・二〇〇八年）四四九～四五〇頁（安西文雄執筆））。

(45) 北方ジャーナル事件判決（最大判昭六一・六・一一民集四〇巻四号八七二頁）の多数意見は、「実体法上の差止請求権の存否について考えるのに、人の品性、徳行、名声、信用等の人格的価値について社会から受ける客観的評価である名誉を違法に侵害された者は、損害賠償（民法七一〇条）又は名誉回復のための処分（同法七二三条）を求めることができるほか、人格権としての名誉権に基づき、加害者に対し、現に行われている侵害行為を排除し、又は将来生ずべき侵害を予防するため、侵害行為の差止めを求めることができるものと解するのが相当である。けだし、名誉は生命、身体とともに

極めて重大な保護法益であり、人格権としての名誉権は、物権の場合と同様に排他性を有する権利というべきであるからである。」と説示するが、この部分は一定の広がりをもつと解される。

(46) 憲法Ⅰ・前掲（注4）二八一頁。

(47) 最高裁が法令の一部を違憲とした例として、郵便法に関する最大判平一四・九・一一民集五六巻七号一四三九頁、在外選挙制度に関する最大判平一七・九・一四民集五九巻七号二〇八七頁参照。また、児童扶養法手当施行令が規定する利益付与の範囲を拡大した判決として、最一小判平一四・一・三一民集五六巻一号二四六頁参照。なお、森英明「国籍法違憲訴訟最高裁大法廷判決の解説と全文」『ジュリスト』一三六六号九二頁（二〇〇八年）九七頁参照。

(48) 国籍法三条の合憲補充解釈についての学説状況については、国友明彦「国籍存在確認をめぐる問題」野田愛子・梶村太一総編集『新家族法実務体系』（新日本法規・二〇〇八年）六二七～六三〇頁参照。常本教授は、立法府がある特定の内容の規定を設けるという高度の蓋然性が認められる場合には、それに沿った合憲補充解釈を認める余地がありうるとする（常本照樹「国籍法の性差別とその救済方法」高橋和之他編『憲法判例百選Ⅰ［第5版］』七四頁（有斐閣・二〇〇七年）七五頁。松井・前掲（注24）三七八頁は、「裁判所には、その法律規定を合憲補充的に解釈して条文上明記されていない人にも利益を拡張するか、その法律規定が違憲であることを確認するかの二つの選択肢がある。裁判所は、状況に応じて、いずれの選択肢をとることも許されると考えるべきであろう」と述べる。

(49) この点に関するカナダにおける議論については、佐々木雅寿「カナダ憲法上の救済方法（一～四）」『法学雑誌』四四巻二号二〇八頁、四四巻三号三七一頁、四四巻四号五三五頁、四五巻三・四号四三一頁（一九九八年～一九九九年）参照。

(50) 泉裁判官の補足意見は、最後に、「もとより、国会が、将来において、国籍法三条一項を憲法に適合する方法で改正することは、その立法裁量に属するところであるが、それまでの間は、『父母の婚姻』の部分を除いて同項を適用すべきである。」と述べる。また、今井裁判官の補足意見に同調する近藤裁判官の補足意見も、多数意見の判断は、「あくまでも現行の国籍法を憲法に適合するように解釈した結果なのであって、国籍法を改正することによって他の要件を付加することが憲法に違反するということを意味するものではない。立法政策上の判断によって準正要件に代わる他の要件を付加することは、それが憲法に適合している限り許されることは当然である。」ことを強調する。

(51) このような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」と呼び、違憲審査権の民主的正当性の積極的

根拠の一つと考える。具体的には、裁判所の違憲判断の多くは、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、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）、高木康一「カナダ憲法学における『対話』理論」『専修法学論集』一〇一号五一頁（二〇〇七年）参照）。

〔付記〕

本稿は、二〇〇八年六月二〇日に開催された「日仏国際シンポジウム」における報告に、必要最小限の注を付け、修正を加えたものである。

コメント

刑事法学の視点から

城下裕二

1. はじめに

「法の下の平等」は、刑罰権が現実化するプロセスにおいて、立法・裁判そして刑の執行（行刑）のそれぞれの段階で重要な意味をもつ。ダンティジュアン教授は、今回の報告のなかで、（Ⅰ）犯罪者の処遇の平等と、（Ⅱ）市民の平等とに分けて論じられ、前者については①裁判上の特別の地位の増加と②刑の個別化を、後者については③消費者保護と④差別禁止を検討対象とされた。ここでは、時間の関係から、裁判段階における問題として②刑の個別化を、また立法段階における問題として④差別禁止を取り上げ、これらに関してコメントを述べさせていただきたい。

2. 刑の個別化と「法の下の平等」

まず、刑の個別化について取り上げよう。ここでは、日本での最近の話題を紹介することから始めたい。新聞報道によれば、来年五月に始まる裁判員制度に向けて、最高裁は、裁判員裁判の対象事件の判決をデータベース化し、キーワードを入力するだけで類似事件の刑の重さが検索できる「量刑検索システム」の運用を四月から開始したということである。裁判員裁判では、有罪・無罪だけでなく量刑判断にも国民が関与することになるが、類似の事件で量刑に極端な差が出ないようにするため、裁判員が過去の事例を参照できる（端末に複数の条件を入力すると、類似事件の量刑一覧が検索できる）システムが開発された。来年五月までには、三〇〇〇件以上のデータが蓄積される予定であるという(1)。

この話題を取り上げたのは、この背景にある量刑に対する考え方を推測してみたためである。ここで裁判所によって意図されているのは、「同じような事件については、できるかぎり同じような刑罰を科すべきである」という発想であろう。これは、量刑における「法の下の平等」の実現であるということもできるように思われる。わが国では、かつて（一九八六年）大阪高等検察庁検事長（当時）による「大阪管内では他の地域に比べて一般に量刑が軽い」という趣旨の「寛刑発言」が物議を醸したことがあったが(2)、もしも量刑に地域差あるいは判断者による個人差が頻繁に生じるとするならば、それは法の下の平等に反する事態であるという意見もありうるだろう。ただ、ここで問題となるのは、「同様の事件には同様の刑罰を」という意味での平等思想を貫いた場合に、他方で刑の個別化はどこまで達成されるべきなのかということである。刑の個別化という考え方は、刑罰が最も直接的には被告人自身に作用するものであることに着目して、被告人が改善・更生して社会復帰するためにはどのような種類の、どの程度の重さの刑罰が適当かを判断する、いわゆる特別予防的考慮に基づくものである。一方、量刑検索システムの端末からは、事案の概要、凶器の種類、被害

の程度、共犯者の有無といった一〇数項目の情報を入力することとされている。そこには、「反省の度合い」といった、被告人の主観的事情も含まれてはいるものの、多くは犯罪行為自体に属する要素に依拠することによって「同種の事件」といえるかどうかを判断しようとしているように見える。そして、犯罪行為自体に属する要素によって量刑の大枠を決めて、あとは当該被告人の主観的・個人的事情で微調整をすればよいという基準が採用されているようにも解される。すなわち、そこでは、「罪刑の均衡」を中心としつつ、特別予防的考慮には二次的な位置づけを与えるにすぎない量刑基準が前提とされている可能性がある。しかし、罪刑の均衡を重視するあまり（換言すれば、量刑における「法の下の平等」を重視するあまり）、刑の個別化が軽視され、被告人自身にとっては効果のない、あるいは不必要な、さらには過剰な刑罰が科されることは、決して望ましい事態ではないであろう。罪刑の均衡はたしかに重要な原則であり、法の下の平等にもかなうものかもしれないが、憲法一四条の要請も、合理的根拠に基づく区別的取り扱いは禁じていないはずであり、被告人ごとの事情に応じた刑の適用がその合理的根拠に属することは、最高裁の判例にもあらわれているとおりである[3]。その意味では、刑の個別化は、法の下の平等と対立するものではなく、むしろそれと共存しうるものであり、両者のバランスをいかに図っていくかが重要な課題であるように思われる。

ここで想起されるのは、アメリカ合衆国の連邦量刑ガイドラインである。これは、裁判官による量刑のばらつき（いわゆる量刑較差〔sentencing disparity〕）を一つの契機として、その是正を図り、量刑に統一性をもたらすために一九八七年から施行されている制度である。一九六〇年代のアメリカ合衆国では、刑の個別化の観点から、裁判官に量刑に関する大きな裁量権が与えられた結果、同種の犯罪行為を行った被告人の間で、刑期について合理的な説明のつかない著しい不均衡が生じていることが問題とされ、一時は刑務所暴動の主要な要因ともなっていた。このガイドラインの中心は、被告人の行った犯罪行為の重さが四三の等級に分かれた縦軸と、被告人の犯罪歴が六種類に分かれた横軸からな

る量刑表であり、原則として両者の交わる枠内に示された刑期の上限と下限の範囲内で裁判官が宣告刑を選択するというものである。[4] この制度の施行後、一応は量刑に統一性が回復されたとの評価もあった。ところが九〇年代後半になって、裁判官あるいは検察官らによって、次のような批判が提起された。ガイドラインが、量刑較差の是正に固執した結果、かえって量刑判断から融通性が失われ、個々の犯罪及び被告人の特性に応じた量刑が導かれず、基準そのものにも理論的一貫性が失われるに至った。量刑較差の是正は一つの目的ではあるが、唯一のあるいは最優先の目的ではない[5]——。量刑のばらつき・不統一にあれほど非難の声が上がった合衆国において、こうした批判が登場することは非常に興味深いことである。ここでは、量刑における平等の実現に拘泥する一方で、刑の個別化が軽視されることへの危惧感が表明されているともいいうるであろう。

ダンティジュアン教授は、フランスにおいて刑の個別化が格段に進んだ結果、裁判官の裁量権が拡大し、多様な偶然的要素による判断が行われ、判断者の恣意性が排除できなくなっているという懸念を表明された。たしかに、刑の個別化には判断者の裁量が不可避である。しかし、裁量に委ねるということは、主観的恣意を許すことと同義ではなく、そこに客観的合理性が備わらなければならないのは当然である。したがって、重要な点は、刑の個別化を縮減することではなく、平等原則の下でそれが公正に行われる方策を追求すべきところにあるといえよう。

3. 差別禁止と「法の下の平等」

次に、差別禁止の問題に移ろう。報告で紹介されたフランス刑法における差別行為処罰立法は、わが国の労働基準法（三、四、一一九条一号）あるいは国家公務員法（一〇七、一〇九条八号）・地方公務員法（一一三、六〇条一号）などと比較

しても、社会生活上の差別的取扱いを、より広範囲に犯罪化しているものということができる。たしかに、社会における一定の差別行為を犯罪とし、これを処罰することは、差別行為に対する最もダイレクトで強力な国家的対応であるということができる。しかしながら、差別は歴史的・社会的に形成され、存在し続けてきたものであり、その根本的な解決は、最終的には、差別を生み出し、助長してきた社会的諸条件の解消によってもたらされるべきであることはいうまでもない。もちろん、一般の犯罪行為も、社会的諸条件の解消によって根本的解決が図られるべき面があるという点では差別による犯罪行為と同様である。ただ、差別行為の場合、その発生要因としての社会的諸条件が与える影響力が、一般の犯罪行為の場合よりもより直接的であることは、差別の歴史が教えるところではないであろうか。差別問題を解決するための国の中心的な役割は、被差別者の生活・環境の改善、国民に対するキャンペーンなど、差別を解消できる社会的諸条件を整備するための諸施策を積極的に立案・実行することにあり、差別行為を犯罪化することに向けられるべきではないように思われる(6)。こうした考え方は、「最後の手段」としての刑法の謙抑性・補充性の原則によっても支持されるものであろう。その意味では、報告においても紹介されていた、二〇〇四年一二月三〇日の法律によって認められた権利救済機関であるHALDEへの提訴といった方向が、差別問題の解決にとってはより妥当であるといえよう。

もっとも、別の視点から見るならば、差別行為を刑法によって禁止し、処罰するという方向性は、フランス刑法典全体を貫く精神とでもいうべきものによって支えられているということもできる。それは、ある日本人研究者の言葉を援用するならば「あらゆる差別に対する毅然とした態度と『弱者』保護の徹底(7)」である。先に見たフランス刑法典における一般的な差別行為の処罰規定は、「人の尊厳に対する侵害」という章（第二部第五章）のもとに、売春あっせん罪、死体に対する侵害罪、不正労働罪などと共に定められている。ここでは、「人の尊厳」という価値が、保護の客体すなわち法的保護に値する利益（ドイツ刑法にいう「法益」）として認められていることが注目されるのである。また、フ

ランス刑法典では、殺人罪（二二一―二条以下）、暴行罪（二二二―七条以下）などにおいて、一五歳未満の未成年者、身体的若しくは精神的な欠陥又は妊娠によって著しく脆弱な状態にあることが明白な者、正嫡関係若しくは自然的関係の尊属又は養親などに対して行われた場合について加重処罰規定が存在する。社会的弱者とされる人々は、それ以外の人々よりも、刑法的に「手厚く」保護されているのである。こうした規定の存在が、差別行為の禁止・処罰を側面から支えているということができよう。

しかし、こうしたフランス刑法の特質というべきものに対しては、いくつかの検討課題を挙げなければならない。

まず、「人の尊厳」という法的保護の客体は、個別の規定における処罰範囲を明確に画することができるのかという問題がある。刑法の規定の解釈にあたって、保護の客体は、何が処罰に値する行為かを示すと同時に、何が処罰されるべき行為ではないのかを示す指針として重要な意味をもつ。その面から見ると、「人の尊厳」はかなり抽象度の高い概念であり、個人の生命・身体・自由・名誉などに対するほとんどすべての侵害行為における保護の客体といえなくもない。個々の規定の解釈に際して、明確な指針足りうるかは、疑問なしとしない。

さらに、先に見たように、一定の犯罪において、被害者の特性ないし属性が、刑の加重事由として規定されていることをどのように理解すればよいであろうか（一般の故殺が三〇年の懲役とされているのに対し、加重的故殺は無期懲役）。特に、尊属に対する故殺が加重的故殺とされている（二二一―四条一項二号）ことについては、わが国で違憲とされ削除された[8]尊属殺人罪（刑法旧二〇〇条）に対して投げかけられた諸批判、すなわち社会的身分を理由とする不合理な取扱い、さらには法と倫理の混同といった非難が妥当することになるだろう。これらの被害者を「手厚い」保護の対象とする合理的理由が明らかにされなければ、かえって法の下の平等との軋轢が生じることになる。この点を別にしても、たとえば一五歳未満の者に対する故殺が加重的故殺とされている（同一号）根拠が、仮に「児童・青少年の保護」にあ

るのだとすれば、それはすでに社会的ないし公共的利益に属するものであって、殺人罪という個人的利益に対する罪の保護の客体（本法では「人の尊厳」）を超えるものではないかという疑問が残る。当該規範の保護目的に属さない利益が侵害されたことを理由に重く処罰することは、刑法の基本原則である罪刑法定主義に反するおそれがある。

ダンティジュアン教授は、差別行為を禁止・処罰する立法的介入が繰り返されることによって、最終的には差別がかえって顕在化するという問題点に言及された。私見ではこれに加えて、差別行為の禁止を逃れようとする脱法行為が増加し、やがては差別が潜在化する危険性を指摘したい。すなわち差別行為の禁止には、差別の顕在化と潜在化が周期的に訪れるのではないかという懸念がある。わが国でも、たとえば障害者基本法に罰則を導入すべきかどうかについて議論が続いているが、刑事罰の立法に際しては、こうした、一種の副作用にも配慮が必要ではないだろうか。

（1）読売新聞二〇〇八年五月二三日付朝刊。

（2）石原一彦「量刑地域差の是正」罪と罰二四巻一号（一九八六）二頁以下。さらに、同「刑罰の機能発揮と量刑の適正」法の支配七〇号（一九八七）三頁以下参照。

（3）たとえば、最大判昭和二三年一〇月六日刑集二巻一一号一二七五頁は、共同被告人のうちの一名を犯情の差異を理由として他の者より重く処罰することについて「事実審たる裁判所は、犯人の性格、年齢及び境遇並に犯罪の情状及び犯罪後の情況等を審査してその犯人に適切妥当な刑罰を量定するのであるから、犯情の或る面において他の犯人に類似した犯人であってもこれより重く処罰せられることのあるのは理の当然であり、これを目して憲法第一四条の規定する法の平等の原則に違反するということはできない」と判示している。

（4）このガイドラインのマニュアルは、http://www.ussc.gov/GUIDELIN.HTM で閲覧することができる。

（5）こうした指摘をするものとして、Kate Stith and José A. Cabranes, Fear of Judging : Sentencing Guidelines in the Feder-

al Courts, 1998.（紹介・城下裕二［二〇〇〇―二］アメリカ法三〇〇頁以下〔同『量刑理論の現代的課題』（成文堂、二〇〇七）二二八頁以下所収〕）がある。

（6）平川宗信『刑法各論』（有斐閣、一九九五）二六六頁参照。

（7）島岡まな「フランス刑法の最新動向と日本法への示唆」ジュリスト一三四八号（二〇〇八）一七〇頁。

（8）違憲とされたのは、最大判昭和四八年四月四日刑集二七巻三号二六五頁においてであったが、削除されたのは平成七（一九九五）年の刑法の一部改正の際であった。削除の経緯については、麻生光洋＝井上宏＝三浦透＝園部典生「刑法の一部を改正する法律について―表記の平易化等のための刑法改正―」ジュリスト一〇六七号（一九九五）二二頁以下を参照。

コメント

民法と平等原則——日本の状況の概観

吉田克己

はじめに

本稿は、ミシェル・ダンティジュアン教授の報告「刑法と法の下の平等」に対するコメントである。外国人研究者の報告に対してコメントを付ける場合、その報告に内在してその分析を深めるというやりかたと、報告が扱う領域に対応する日本の問題状況を整理するという二つのやりかたがある。民法を専攻する筆者には、刑法に関する報告について前者の考え方でコメントする能力がない。そこで、本コメントは、後者の考え方を採用し、かつ、筆者の専攻を考慮して、日本における《民法と平等原則》について概観しようとするものである。

さて、民法の古典的指導原理として、教科書の類では、一般に、三つの原則が挙げられる。①権利能力平等の原則、②所有権絶対の原則そして③私的自治の原則＝契約自由の原則である。ここに示されているように、民法には、自由と並んで平等原則が内在しているということになる。

もっとも、このように平等原則が存在するということと、現実に法典としての民法典が完全に平等に構成されているということは同義ではない。実際には民法自体が不平等を定めていることもあるし、実質的な平等という観点からも問題のある規定もある。日本において、そのような民法における不平等の問題状況がどのようになっているか、また、これらの問題についてどのような対応がなされているか。これを最初に概観しよう（Ⅰ）。他方、民法は、その平等の理念によって、社会に存在する現実の不平等を克服する機能を果たしうるし、現実に果たしている。しかし、そこにはなお課題も残っている。この問題を次に概観しよう（Ⅱ）。その上で、最後に、まとめに代えて若干の点を指摘する（Ⅲ）。

Ⅰ　民法における不平等と平等実現への努力

民法に内在する不平等には、二種類のものがある。一つは、もちろんそれなりの正当化の理由づけはあるにせよ、形式的にも不平等な制度である。他の一つは、形式的には平等であるが、社会の現実を前提とすると不平等に機能し、実質的平等の観点から問題があるものである。この両者について、平等実現への努力はなされているが、なお課題も残っている。

A　形式的不平等：合理的区別か差別か？

まず形式的にも不平等な制度であるが、市場における不平等と家族における不平等がある。前者は廃止され現在では歴史的なものとなっているが、後者についてはなお問題が残っている。

1　市場における形式的不平等：弱者保護という正当化の否定（一九七九年民法改正）

民法は、一九九九年のいわゆる成年後見立法制定前には、行為無能者制度として「禁治産宣告」制度と「準禁治産者宣告」制度の二つを持っていた（民法旧七条以下）。これらの宣告を受けると、保護機関（後見人、保佐人）が付けられる反面、その者の取引能力が制限される。判断能力が不十分な者について、保護を図ろうというのが制度の趣旨であった。

この準禁治産者制度に「聾者」「唖者」「盲者」というカテゴリーがあった（民法旧一一条）。建前的には、これらの身体障害者を保護するという考え方である。しかし、これらの身体障害者をカテゴリカルに判断能力が低い者に位置づけることが差別的取扱いであることは否定できない。ここには様々な問題があるが、法の象徴的作用がとりわけ重要である。つまり、法における差別的取扱いが社会における差別の一因となるということである。このような観点から、保護の対象と目された障害者自身からの批判が相次ぎ、この文言は、一九七九年の民法改正によって削除された。この差別的取扱いにおける弱者保護という正当化が否定されたわけである。

2　家族における形式的不平等：その正当化は可能か？

次に、家族についてであるが、日本においては戦後、新しい憲法の制定を受けて、家族法の大改正が行われた。新憲法のひとつの理念には男女平等があり、家制度のもとで明確な男女不平等を定めていた明治民法の家族法規定は、到底

維持しえないと考えられたのである。しかし、その改正を経ても、なお次の三つの形式的不平等が残された。

①婚姻適齢について、男一八歳、女一六歳と差が設けられている（七三一条）。

②女についてのみ六ヶ月の再婚禁止期間が設けられている（七三三条）。

③非嫡出子の相続分について、嫡出子の二分の一と差が設けられている（九〇〇条四号但書）。

いずれもそれなりの正当化の論理はあるが、それが説得的かは大いに問題である。

①の婚姻適齢については、男女の肉体的差異や社会的差異が挙げられる。しかし、いずれも説得的とはいえない。そこで、一九九六年に公表された民法改正案要綱は、この差別的扱いを廃止し、婚姻適齢を一八歳に一本化する案を提示した。

②の再婚禁止期間については、嫡出推定の重複を避ける趣旨とされる。しかし、それであるなら禁止期間は一〇〇日でよいはずである。一九九六年の民法改正案要綱は、この方向での改正案を提示した。さらにいえば、重複したとしても親を定めることは可能である（離婚の場合には事実上の離婚が先行することを考慮すれば後の婚姻の夫を親と推定すればよい、など）。そこで、重複を恐れずに婚姻の自由を優先すべきという意見もある。この意見からは、再婚禁止期間の完全な廃止を求めることになる。

③の非嫡出子の相続分差別は、最も大きな問題を提起しているといってよい。この規定については、非嫡出子側から違憲訴訟が提起され、一九九〇年代には、下級審で違憲判決も出された。これに対して、最高裁は、一九九五年七月五日の大法廷決定（民集四九巻七号一七八九頁）において、同規定は合憲である旨の判断を下した。その論理のポイントは、この問題は通常の違憲性判断方式である目的手段図式で判断すべきではない、法律婚がある以上、嫡出子と非嫡出子との間に一定の差異がもたらされるのは当然である、という点にある。たしかに、法律婚制度を設ける以上、法律婚

と法律婚以外のカップルとの差異を設けることは必然である。しかし、それが非嫡出子の相続分差別を正当化しうるかは問題である。少なくとも立法政策としては、差別を廃止すべきである。現に、一九九六年の民法改正案要綱も、この廃止案を提示していた。しかし、後述する選択的夫婦別姓制度に対する強い反対のあおりを受けて、現在に至るまで、この改正は実現していない。

このように、家族法領域での形式的不平等は、問題性を指摘されながらも、いまだ解消されていないわけである。

B　形式的平等から実質的平等へ

次に、形式的には平等だが実質的には不平等として問題を指摘される制度も、市場にかかわる領域と家族にかかわる領域のいずれにおいても存在している。

1　市場における実質的平等の保護

民法は、市場における取引主体を平等に扱っている。しかし、現実には、主体には大きな経済的社会的な力の差がある。要するに、民法は、市場における形式的平等は確保しても、実質的平等は確保しないのである。そうであれば、このような状況を法律の介入によって是正し、実質的平等を確保しようとする動向が現れてくるのはある意味で必然である。実際、日本においては、かなり古くからこの動向が見出される。しかし、その動向を主導する理念には、変化が見られる。

かつては、借地人・借家人の保護がこの領域での重要な問題であった。一九一一年にはすでに、この問題に対処するための特別法、すなわち借地法および借家法が制定された。そして、それ以来、この問題は、日本の立法にとって重要

な問題領域であり続けた。現在は、この問題は、一九九一年成立の借地借家法によって規律されている。

最近は、これに加えて、消費者保護の領域での立法の展開が目立つ。その基本的立法と言えるのは、二〇〇〇年に成立した消費者契約法である。

この二つの領域の立法の考え方は、必ずしも同一ではない。

借地借家法の領域においては、正当事由による存続保護に典型的に見られるように、市場の論理を修正する性格の介入もなされる。というか、それが立法的保護の中心であった。要するに、利用権者の社会法的保護である。このような考え方は、規制緩和の理念に先導された一九九〇年代以降の法改正の中で緩和されてくるが、現在でもなお残っている。ここでは、契約条件に関する交渉において実質的平等を実現するという観点よりも、上からのパターナリズムに基づく社会的弱者保護という性格が前面に出ている。その背景には、ひとつには、この領域で問題になる土地・建物という財には不可避的に独占の契機が内在しており、交渉における実質的平等を確保するのが本来的に難しいという事情があろう。さらに、借地借家法の領域においては利用権者の生活という人格的利益の保護が問題になることも重要な背景事情である。

これに対して、消費者契約法の場合には、その基本理念として、情報格差の是正という観点が前面に出ている（一条の「目的」を参照）。つまり、ここでは、交渉プロセスにおける実質的平等の確保という性格が前面に出るのである。ここで目指されるのは、当事者間の自由な決定と私的自治をも制約する強行法的規律ではなく、当事者（具体的には消費者）の自由な自己決定の支援である。情報に関する実質的平等を確保することを通じて、自由な交渉と自由な決定の確保が志向されるのである。消費者契約法のもうひとつの柱である不当条項規制を同様に説明できるかは問題であるが、ともあれ、ここでは、借地借家法よりも実質的平等の理念が前面に出ているというべきである。

2　家族における実質的平等の保護

戦後の家族法改正は、先にも述べたように、憲法の理念に即して、家制度的不平等を基本的には消滅させた。その結果、たしかに先に見たような一定の不平等の規定は残ったというものの、形式的平等はほぼ実現したと評価することができる。そのようなわけで、戦後しばらくは、この領域で不平等が問題にされることはなかった。

しかし、次第に、形式的平等の実現が実質的平等の実現につながっていないことが問題にされてくる。最も問題とされたのは、夫婦同氏制（七五〇条）である。この制度の下で、夫婦の氏は、夫婦の判断で決めるものとされる。したがって、形式的には男女間に差別があるわけではない。しかし、現実には、夫婦の九八％は夫の氏を称する。そのような現実を受けて、一九九〇年代には、実質的に男女の不平等があるのではないかが問題にされるようになるのである。

このような議論を受ける形で、一九九六年の民法改正案要綱は、選択的夫婦別姓の構想を打ち出した。しかし、この構想は、男女の実質的平等の実現を第一義的に考えた構想というわけではなかった。それであれば、選択制ではなくて、強制的な別姓案のほうが適合的であろう。選択的夫婦別姓案は、むしろ、ライフスタイル選択の自由の確保や自己決定権の確保という理念によってこそよく説明しうる。ここには、自由と平等の一定の緊張関係が見出されるのである。

しかし、この構想は、保守層から、「選択的」であることの問題性を強く批判された。換言すれば、家族における自己決定・自由の理念が批判されたのである。このような批判を受けて、この改正構想は、結局、挫折した。当面、この領域での改正の展望はないといわなければならない。

もうひとつ別の問題領域として、夫婦財産制がある。日本民法のもとでは、夫婦別産制が法定夫婦財産制である（七六二条）。これは、まことに夫婦平等の理念に適合的な考え方である。しかし、主婦婚という日本の現実のもとでは、これが実質的には男女の不平等を導く。婚姻中に形成した財産がほとんどの場合、夫の固有財産になってしまうのであ

る。この問題性については、離婚の際の財産分与制度の活用などによって、実務上一定の対応が試みられているが、十分ではない。

Ⅱ　社会における不平等と民法による平等の実現

民法には、平等の理念が内在している。あるいは、民法には、公序良俗法理（九〇条）等の一般条項を介して憲法上の平等原則が流入してきているといってもよい（憲法の間接適用）。このようにして、民法を活用して社会に存在する現実の不平等を克服する努力が可能になる。それは現実に行われ一定の成果を得ているが、そこにはなお課題も残っている。

A　企業における女性差別克服の努力――公序良俗法理の活用とその課題

企業における女性差別問題を考える場合にまず確認しておきたいのは、日本においては、企業による女性差別が構造化されていること、それゆえ女性差別がある意味では必然となることである。戦後日本の賃金体系は、年功序列と終身雇用を前提として組み立てられてきたが、その主体は、男性労働者であった。そして、その賃金水準は、家庭における専業主婦たる妻を扶養できる水準に定められた。すなわち、戦後日本の賃金体系は、個人単位の賃金ではなくて専業主婦付きの家族単位の賃金であったのである（なお、このシステムは、近時、大きくかつ急速に崩れつつある）。この賃金体系は、既婚女性が長期にわたって在職し、男性と同水準の賃金を得ることを想定していない。大量かつ恒常的にそのような事態が生じるとすれば、このシステム自体が崩壊する。このようにして、戦後日本の賃金体系の下で、女性差

別、具体的には早期退職要請、賃金差別が構造化するのである。

1　早期退職の制度化と公序良俗法理

まず問題となったのは、結婚退職制である。この点に関する先例である東京地判昭和四一（一九六六）年一二月二〇日判時四六七号二六頁（住友セメント事件東京地裁判決）は、公序良俗法理を適用して女性についての結婚退職制を無効と判断した。「女子労働者のみにつき結婚を退職事由とすることは、性別を理由とする差別をなし、かつ、結婚の自由を制約するものであ」ることがその理由である。

次に問題となったのは、定年差別であった。この問題については、最判昭和五六（一九八一）年三月二四日民集三五巻二号三〇〇頁（日産自動車事件）が、やはり公序良俗法理を適用して、男女間の定年差別を定める就業規則を無効とした（男女間に五歳の定年の差があったケース。男性五五歳、女性五〇歳）。この判決は、「就業規則中女子の定年年齢を男子より低く定めた部分は、……性別のみによる不合理な差別を定めたものとして民法九〇条の規定により無効である」としている。

このような判例による男女差別克服の努力は、実定法に結実した。すなわち、一九八五年に制定された男女雇用機会均等法は、定年・解雇についての女性の差別的取扱いの禁止（一一条一項）や、結婚・妊娠退職制の禁止（同条二項）など、判例を明文化する性質の規定を置いたのである。

2　コース別雇用管理制度と公序良俗法理の課題

ところが、同法成立をひとつの契機として、他の形態での女性差別が普及してくる。それがコース別雇用管理制度で

ある。コース別雇用管理とは、その雇用する労働者について、労働者の職種、資格等に基づき複数のコースを設定し、コースごとに異なる配置・昇進、教育訓練等の雇用管理を行うシステムである。典型的には、「総合職」と「一般職」等のコースを設定して雇用管理を行うものである。これは、従来からも存在したが、均等法後急速に普及する。均等法への反作用のひとつといってよい（宮地光子編『男女賃金差別裁判・「公序良俗」に負けなかった女たち・住友電工・住友化学の性差別訴訟』〔明石書店、二〇〇五年〕七八頁参照）。

近年、このコース別雇用管理制度を女性差別の観点から問題にする訴訟が頻発している。これが現在、企業における女性差別に関する大きな法的問題となっている。

ここでコース別雇用管理制度に関わる法的規律がどうなっているかを確認しておくと、一九八五年の男女雇用機会均等法は、前述のように、若年定年制や結婚退職制を禁止したが、他方で、募集・採用、配置・昇進に関して男女を均等に扱うことを努力義務規定に止めた（七条、八条、一一条）。これがその後の裁判例の展開に大きな意味を持ってくる。すなわち、この規定の下で、男女コース別雇用管理制度について、憲法一四条の趣旨には反するが公序良俗には反しない、とする裁判例が相次いだのである。

代表的な裁判例として、大阪地判平成一二（二〇〇〇）年七月三一日判タ一〇八〇号一二六頁（住友電工地裁判決）がある。原告の全面敗訴である。この判決は、男女コース別雇用管理は憲法一四条の趣旨に反するとしつつ、憲法一四条の趣旨と企業に認められる経済活動の自由（二二条）や財産権保障（二九条）などの諸権利との調和が図られなければならないと述べ、結論的には、問題が生じた昭和四〇（一九六五）年頃には性別役割分担の意識が強かったので、現時点では受け入れられないにせよ、当時は公序良俗違反とすることはできないと判示したのである。

このように、判決レベルでは原告に厳しい結果が続いたが、高裁レベルで、原告に有利な和解が出てくる。大阪高裁

の二〇〇三年一二月二四日住友電工和解がその最初の画期的なものであった（宮地編・前掲書四九〇頁以下に資料として収録されている）。そこでは、「現在においては、直接的な差別のみならず、間接的な差別に対しても十分な配慮が求められている」と述べられていることが重要である。そして、その後も、原告に有利な和解による解決が続いている。

実定法のレベルでも、一九九七年に均等法が改正され（一九九九年施行）、募集・採用に関する男女均等の扱いが義務化され（五条）、また、配置・昇進に関する差別的取扱いが禁止された（六条一号）。それゆえ、コース別雇用管理も、これ以降は違法とされる可能性が大きくなった。さらに、二〇〇六年改正ではいわゆる間接差別禁止が導入され（七条。厚生労働省令によれば、身長・体重・体力要件、転勤要件、転勤経験要件の三項目が間接差別に当たるとされている）、その可能性はますます大きくなったといえよう。しかし、「雇用管理区分」自体はなお認められており、問題は残っている。

他方で、以上のような方向での均等法改正は、再度、別の反作用を招いている。すなわち、女性の非正社員化の拡大である。非正社員化は女性に限定されず一般的に見られる動向だが、女性について特に顕著といわなければならない。いわば「いたちごっこ」が見られるわけである。公序良俗法理すなわち民法だけでの対応には限界があるといわなければならない。

B　社会における人種差別または外国人差別克服の努力――不法行為制度の活用

もうひとつの問題領域は、社会における人種差別または外国人差別である。この背景には、戦前の植民地支配の負の遺産がある。さらに、グローバリゼーションの中で急速に外国人が流入しているという現実も、この問題の背景となっている。

1　営業の自由と外国人差別

ここでのひとつの問題類型として、外国人の入店を拒否し、その正当化として営業の自由を援用するという事件がある。

①静岡地裁浜松支判平成一一（一九九九）年一〇月一二日判時一七一八号九二頁は、宝石店経営者（Y）が来店したブラジル人（X）に対して、「外国人入店お断り」なる張り紙を示し、警察官を呼ぶなどして追い出そうとしたので、Xから不法行為に基づく損害賠償を請求したという事件である。Yは、営業の自由を援用して、Yには店舗の施設管理権があり、入店させるか否かを自由に決定しうる、と主張した。判旨は、この主張を否定して、店舗を構えている以上、そのような自由はない、外国人であるから追い出そうとした行為は、人格的名誉を傷つけるものである、と判断した。そのようにして、一五〇万円というかなり高額の慰謝料が認められた。

②札幌地判平成一四（二〇〇二）年一一月一一日判タ一一五〇号一八五頁は、小樽市の公衆浴場（Y）における外国人に対する入浴拒否にかかわる。Yは、ロシア人のマナーの悪い入浴態度を嫌ってお客が減るなどしたため、外国人について一律に入浴拒否をした。それに対して、日本国籍を取得した元アメリカ人（X）等がYの不法行為責任を追及した、という事件である。

Yは、営業の自由を主張した。これに対して、判旨は、公衆浴場では、個別に迷惑者を退場させることは別だが、利用者の一律拒絶は不可と判断し、安易にすべての外国人の利用を一律に拒絶するのは明らかに合理性に欠けるとして、一人について一〇〇万円の慰謝料を認容した。

これらの事件において、Yはいずれも営業の自由を援用している。しかし、裁判所はこの主張を基本的には否定した。その前提となっているのは、店舗や公衆浴場の公開性である。したがって、Yには、顧客を選択する自由はないのであ

る。問題は、外国人の入店拒否という差別に合理的理由があるかに集約される。その上で、問題があれば個別に対応すればよいのであって、集団として外国人を別に扱うのは、原則として許容されないというのが裁判所の基本的態度である。

2　契約締結の自由と外国人差別

営業の自由と外国人差別に関わるもうひとつの類型として、賃貸住宅への外国人の入居を拒否するという事件がある。大阪地判平成五（一九九三）年六月一八日判例時報一四六八号一二二頁、判タ八四四号一八三頁がこの問題に関する判決である。

この事件においては、契約締結への期待侵害を理由に、二〇万円の慰謝料が認められた。事案の特徴として、契約締結までもう一歩という段階まで来ていた点を指摘しうる。そこまで来ていながら、外国人であることを理由としてる契約締結を拒絶することには合理的な理由がない、というのが裁判所の見解である。契約締結については、締結するかしないかの自由がある。したがって、一般的な契約締結拒否を違法とはしにくい。そこで、契約成立が確実との期待する段階まで至っている場合について、期待侵害を理由とする慰謝料を認めたのである。外国人であることを理由とする契約締結拒絶は、合理的理由とはいえないとしている点が、当然とはいえ、重要である。

おわりに

最後に、全体に関わる若干の点を指摘して、本コメントのまとめに代えたい。

(i)民法の一般条項（公序良俗規範、不法行為規範）は、上位規範の価値を受け入れる構造になっている。したがって、平等理念の実現のためには、憲法や人権条約等の上位規範の果たす役割が大きい。とはいえ、具体的に、上位規範の価値をどの程度、どのように受け入れるかは、まさに争いの対象になる。上位規範の存在だけで平等理念が現実化するわけではない。

(ii)他方、民法自身にも平等理念が内在しており、さらにそれを定める規定も存在する。個人の尊厳と両性の平等を明示的に規定する民法二条である。この規定の意義への着目は、あまり一般的ではない。しかし、この規定は、企業における女性差別解消の運動の中で注目されており、判例にもそれを援用するものがある（たとえば、前出の日産自動車事件最高裁判決は、判旨の中で、同条の前身である民法一条ノ二を引いている）。学説では、広中俊雄（『民法綱要第1巻総論上』〔創文社、一九八九年〕六三頁、『新版民法綱要第1巻総論』〔創文社、二〇〇六年〕六七頁）、樋口陽一（「憲法・民法九〇条・『社会意識』」樋口陽一・上村貞美・戸波江二編集代表『栗城壽夫先生古稀記念・日独憲法学の創造力（上）』〔信山社、二〇〇三年〕一三七頁以下）がその意義に言及している。改めてその意義に注目する価値があろう。

(iii)この領域では、社会規範・社会意識と民法（その背後にある憲法、人権条約……）との緊張関係が見出される。そして、多くの裁判例は、社会規範・社会意識を憲法の上位に置いている。たとえば、憲法一四条の趣旨には反するが、当時の社会意識からすると公序良俗違反とまではいえない、というような判断である。問題のある判断といわなければならない。ただ、法のヒエラルヒー構造のもとで一般的に上位規範の優位を語るべきかは一個の問題である。問題領域によっては、社会規範を優先させるべき場合もありうるであろう。そのような使い分けが恣意的にならないような基準の設定が必要である。基本的観点は、個人の自律と尊重を始めとする人格的価値の実現に資するかどうかというものになろう。

総括

ミシェル・ダンティジュアン
（白取　祐司　訳）

問題を二つに分けて整理したい。ひとつは、平等原則の「普遍性（universalité）」もうひとつは平等原則の「仮想性（virtualité）」である。

一　平等原則の普遍性

平等原則の普遍性であるが、これはいくつかの点にあらわれる。まず確認だが、平等原則は、常に自明のものとされてきたわけではなく、歴史的にいにしえに遡るものでもないということだ。フランスでは、平等原則は、一七八九年の大革命で認められるようになったが、決して太古の昔ではないし、日本では、一九四六年の日本国憲法によって、第二次世界大戦が終わってようやく確立された。いずれの場合も、時代としては比較的新しく形成された原則といえよう。平等原則の理念を確認するという点で重要なのは、平等原則の位置付けであるが、フランスと日本のどちらの国におい

ても、法規範としては、憲法上の原則として法体系上は最上位に位置づけられている。日本では、佐々木教授が説明されたように、憲法に保障された基本原則として、フランスでは、一七八九年人権宣言が現行憲法の一部として、いわゆる「憲法ブロック」として保障される。

次に、帰結としての平等原則についてである。これは、仏日両国において、合憲性のコントロールが存在するところに明白にあらわれる。日本においては、城下教授が指摘されたように、尊属殺規定の合憲性に関して最高裁が審査を行ったり（最大判昭和四八・四・四）、婚外子国籍取得に関する国籍法を違憲とした六月四日の最高裁判例（最大判平成二〇・六・四）などがあるようである。このような日本の状況に比べると、フランスでは、平等原則に関する判例はあまり多くない。最初の違憲判決として、一九七五年の軽罪の合議制・単独制について平等原則に関して判断した判例がある。ここでは、明確な基準もないのに、あるときは単独制、あるときは合議制とされるのが平等原則違反にならないかが争われた。審査の方法についても、両国では大きく異なり、日本では事後審査制をとるのに対して、フランスでは憲法院による事前審査制をとる。ただし、フランスでも事前審査制に対する批判があり、現在は事後審査を検討中である。

二　平等原則の仮想性

次に、平等原則の仮想性についてである。仮想性、要するに理念でしかないということである。理由の第一は、あらゆる司法機関が平等を宣言するとき、それは法的な平等にすぎず、経済的な平等ではないからである。そこでいう平等は、抽象的・形式的なもので、具体的・実質的なものではないのである。具体的・実質的な平等を追求しようとすると、刑の個別化がそうであったように、大きな困難さに遭遇する。第二の理由は、吉田教授が報告の中で指摘されたように、

差別の中に合理的な差別が存するからである。差別といっても、雇傭差別、男女差別など様々なものがあり、それぞれに応じて問題状況が異なっており、問題をより困難にしている。吉田教授のあげられた男女の給与格差の問題は、フランスでも同様の問題にぶつかる。取引、契約における差別問題も同様である。

差別問題に対する解決方法には二つの方法がある。ひとつは刑罰によるものであり、他のひとつは非刑罰的方法である。この点で日仏の立法者はまったく違う方法をとった。フランスの立法者は断固として前者の方法に依拠し、一九七二年法以来、刑法を用いて対処しているが、すでにみたように成果があがっているとは言い難い。日本は、この点かなり控えめであり、刑法以外の方法を用いているようで、労働法分野の例外的場合以外は刑法には依拠していないようであるが、これは適切な態度である。最近の差別は微妙なものが多く、必然的に法的要素、心理的要素を厳格に要求する刑法の網から逃れてしまうからである。刑法以外の、差別と闘うのに適した方法は豊富であり、教育であったり、民事では、佐々木教授の言われたアファーマティブ・アクションなど様々な方法がある。また、フランスの独立行政機関などもありうる。ただ、アファーマティブ・アクションその他の仕組みを採用して解決を図ることは、他面、共同体主義との関係で問題が生じないか、慎重な考慮が必要となろう。

討論のまとめ

瀬川信久

本日のシンポジウム全体をまとめる能力もないように思いますので、ダンティジュアン先生の報告に対するやや個人的な感想を述べ、本日のシンポジウムの意味について考えたところを申し上げたいと思います。

ご報告を最初に見せていただいたとき、報告の前半では、「裁判を受ける者（justiciables）」の平等を論じ、後半では、「市民（citoyens）」の平等を論じておられるのですが、法における人間像をこの二つの面に分けて、平等の問題を論じておられることを興味深くうかがいました。と同時に、後半の平等の問題の中で消費者法が出てくることについて驚き、違和感を持ちました。なぜなら、消費者取引も取引ですから自由に任されているものであり、不平等があっても構わないはずだからです。また、消費者の間には生来の差はないので、差別が問題になることは原則としてないはずです。それから、消費者法に刑法の平等が出てくることにも違和感を持ちました。

しかし、本日のご報告と討論をお聞きして、平等の問題は私の考えていたような単純な問題ではないことに気づかされました。平等の問題が複雑になった背景はおそらく法化であり、そして、justiciables と citoyens を対比された点、消費者法に刑法が出てくる点は、ダンティジュアン先生の専門の観点もあるとは思いますが、フランスでは刑事法のサ

ンクションの拡大が法化現象の中で重要な部分を占めているからではないかと考えました。

もともと法が問題にする平等とは、法の前の平等であって、平等一般ではありません。平等の理念はどこでも常に同等の取り扱いを強いるものではなく、法による取扱いの平等を要請するものです。法による取扱いの最も明確なものは、国家による強制でしょう。したがって、まずは、刑罰、課税などで、平等が問題になります。ついで、選挙権、被選挙権、公務員の雇用など、公権力の行使への参加の局面で平等が問題になります。さらに、国籍、戸籍等での平等は、国家による人民管理と保護という面での平等ということができるかも知れません。しかし、人々の取引のところは人々の自由に委ねて放任していました。ところが、第二次大戦後、取引の場合にも法が侵出してきました。ご報告でも、citoyens、市民の平等は、最近五〇年間の問題だとされています。そして、その新たに法化した場面で平等が問題になるようになると、平等の内容が変化するはずです。また、法が拡大した領域ではサンクションの在り方も変化するはずです。そして、そこに、最後におっしゃった法と非法の間のディレンマ、フランスでいうと、ドロワとノン・ドロワのディレンマが生じますが、それは法介入のディレンマ、hyper-protection の問題です。佐々木さんの報告では、アファーマティブ・アクションの問題が重要な比重を占め、吉田さんがコメントの最後の部分で、社会規範・社会意識における平等と民法における平等の緊張関係ということをおっしゃいましたが、いずれも、法化の進展に伴う問題ということができます。

このように、ご報告が提起された問題は、拡大した法領域における平等とはどのようなものかという大きな問題であり、また、フランスと日本で異なる部分もあるかも知れませんが、相当部分が共通しています。これからのポワチエ大学法学部と北大法学研究科との交流の中で、継続的に取り組むべきテーマを提示いただいたように思います。貴重なご報告をいただいたダンティジュアン先生に厚くお礼申し上げます。

資　料

〈北大立法過程研究会報告〉

小泉政権後の立法過程の変容

武蔵勝宏

はじめに

小泉政権における首相への集権化を規定したのは首相の権力リソースを高める制度を活用した政治手法と与党内からの強い自律性、世論の強い支持であった。[1] 二〇〇五年総選挙以降、衆参の絶対多数を得た小泉首相にとって、国会は、通過儀礼的な位置づけと化し、野党との法案の共同提出や修正はほとんどみられなくなり、国会の影響力は否応なく低下することとなった。

これに対して、後継の安倍政権は、小泉政権の遺産を受け継ぎながら、その政治手法のまずさによって、閣内の統制を確保できず、世論の支持を失うことで、執政府、党内からの自律性も弱まることとなった。その反面で、前政権以上の野党に対する強硬的な姿勢は世論からの支持の離反にもつながった。安倍政権の参議院選挙での敗北を受けて、福田政権は参議院での過半数を失った状態でスタートすることとなった。党内融和の観点から前政権の閣僚を再任し、執行部人事では挙党体制を構築した。野党に対しては、対話を第一とする協調的な対応を余儀なくされた。こうした守りの姿勢から始まった福田政権は臨時国会を野党との協調的対応で乗り切ったものの、会期末の補給支援特措法案の衆議院再議決を契機に、以後、通常国会では、法案修正による妥協よりも、野党との敵対的対立が前面に出ることとなった。

こうした二〇〇五年総選挙以降の小泉、安倍、福田の三政権とそこにおける立法過程を比較することは、首相の政治的指導力と国会における野党の影響力を規定する要因を明らかにすることとなろう。そこで、本報告においては、首相の政治手法の違い（首相がもつ権力リソースをいかに活用したか、官僚制や与党に対して首相がどの程度自律的に指導力を発揮できたか、そうした首相に対する世論からの支持はどうであったのかなどを中心に分析する）と、立法過程の変化（衆参両院における与野党の議席配分の変化と与野党の国会対応）のそれぞれの視点から考察を行うこととしたい。

一　小泉首相の政治手法

首相の権力リソースには、閣僚・党幹部の人事権、政策提案における主導権、衆議院の解散権と候補者公認権などがある。こうした首相の権力に対しては、自民党内の派閥や族議員がそれを阻止する障壁となってきた。例えば、閣僚人事に関して、一九七〇年代以降、自民党政権では、派閥からの推薦に基づいて各派の勢力に応じてポストを割り振る派閥均衡主義と当選回数を基準に入閣を順送りにしていく当選回数主義が幅を利かしてきた(2)。しかし、小泉政権においては、こうした派閥からの推薦を閣僚・党役員人事では排除し、首相の一本釣りによる人事が徹底された。竹中平蔵を初めとする民間人からの登用や有能な若手議員からの積極的な任用が行われ、閣僚の在任期間も平均一年足らずから、主要閣僚に関しては、三年から五年程度に大幅に拡大された（一内閣一閣僚(3)）。また、反主流派である旧

橋本派や亀井派からのポストは激減し、主流派を優遇する人事を行った。一方、党執行部の人事においても、小泉と同じ森派から安倍晋三を幹事長に起用し、それまでの総裁・幹事長分離の慣行を初めて破った。こうした従来の派閥均衡・年功序列の慣行を破る小泉の人事は、サプライズ人事として世論の一定の支持を得る一方で、党内の非主流派やベテラン議員の反発を蓄積する要因となっていった（後の郵政民営化法案をめぐる亀井派の倒閣運動の遠因ともいえる）。

さらに、小泉が改革をめざしたのは、政策決定過程における族議員主導から内閣主導への転換であった。自民党政調部会を基盤として自民党議員は事前審査を通じて利益調整を図ることで省庁や利益団体に対する影響力の源泉としてきた。しかし、小泉首相は、竹中経済財政担当大臣を仕切り役とする経済財政諮問会議を活用し、民間議員の提案と閣僚による反論に対する裁断の形で、首相のリーダーシップを発揮することを可能とした。こうしたトップダウンによる意思決定の典型は郵政民営化法案であり、同法案の参議院での否決後、ただちに衆議院を解散し、党執行部の持つ処分権限や候補者公認権をフルに活用して、造反議員の党内からの徹底的な排除に成功した。二〇〇五年総選挙での大勝後は、世論の強い支持[4]を背景に診療報酬の大幅引き下げや後期高齢者医療制度を設立する医療制度改革、国家公務員の純減や政府系金融機関の統廃合を行う行政改革、歳出・歳入一体改革による歳出削減などの政策を矢継ぎ早に実現し、族議員の動きを封じ込めることとなった[5]。小泉政権によって、建設、郵政、医療などの支持基盤を壊された族議員は、派閥と同様に政策決定過程における影響力を急速に失うこととなっていったのである。

もっとも、こうした与党に対する首相権力の確立は、国会において野党

表１　各政権の比較

	小泉政権 05年９月～06年９月	安倍政権 06年９月～07年９月	福田政権 07年９月～08年９月
政治手法	首相主導―派閥・族議員の打破	官邸主導―族議員の復権	党執行部主導―派閥・族議員の影響力復活
与党からの自律性	強い	中間	弱い
世論からの支持	平均49％	平均39％	平均32％
国会との関係	強い 成立率91％ 修正率３％	強い 成立率93％ 修正率５％	弱い 成立率86％ 修正率23％

に対する絶対優位に必ずしも帰結したわけではない。小泉首相にとって最後の国会となった一六四回通常国会では、衆院の三分の二の勢力を与党が保持しながら、民主党の小沢執行部が小泉首相との対決姿勢をとったため、共謀罪創設法案や教育基本法改正案などの重要法案は採決強行に至らず、継続審議となったのである。

二　安倍首相の政治手法

後継となった安倍政権では、安倍首相は、前任の小泉と同様に派閥からの推薦を受けずに、自ら閣僚の人選を行い、主に自民党総裁選挙で支持を受けた功労者を中心とした組閣を行った(6)。そのため、総裁選で戦った谷垣派からは入閣せず、また、党執行部人事においては、幹事長に同じ町村派の中川秀直を起用し、総裁・幹事長を同じ派閥が占めることとなった。こうした人事には、小泉政権同様に、主流派以外の派閥やベテラン議員からの不満も生じることとなった。安倍が目指したのは、内閣官房・内閣府に首相直属の政治家を配し、官邸主導による政策決定システムを確立することであった。そのため、官房長官には、新人議員時代から共に政策グループを形成して活動してきた盟友の塩崎恭久（一九八九年以来の他派閥の官房長官）を充て、経済財政担当大臣には、内閣府政策統括官として経済財政諮問会議の民間議員をサポートしてきた大田弘子（非議員）を起用した。さらに、政治家を中心に内閣府に五人の総理大臣補佐官を置き、国家安全保障、拉致問題、経済財政、教育再生、広報の各分野を担当させることとなった。世論は、こうした安倍政権の発足をおおむね歓迎し、内閣支持率は六三％に達した。

安倍政権は、政権発足後の臨時国会において前政権の積み残しとなっていた教育基本法改正案や防衛省昇格法案を含む全ての政府提出法案を成立させ、衆参両院の絶対多数を与党が占める国会における政府の優位性を示した。しかし、こうした安倍政権の転機となったのが、郵政解散の際に除名された造反議員の復党問題であった。この問題で、安倍首相は、参院自民党執行部の強い主張を受け入れ、一一人の議員の復党を認めることとなった。さらに、同時期に本間政府税調会長の官舎入居問題による辞任や佐田行革担当大臣の政治資金問題での辞任など、政権のイメージを損なう事件が続き、安倍は支持率の低下に初めて直面することとなった。翌二〇〇七年一月には、柳澤厚生労働大臣の女性を産む機械とした発言問題が世論や野党からの強い批判を浴び、さらに、三月には松岡農水大臣による光熱水

費問題が発覚し、内閣支持率は三〇％台にまで落ちこんだ。安倍首相は、自身の任命責任が問われることを回避するため、両大臣を罷免せず、そのため、松岡大臣らの問題は、国会における野党の追及の格好の材料となった。その後も、閣僚によるカネをめぐるスキャンダルは、自殺した松岡の後任となった赤城農水大臣に至るまで、政権の致命傷となって首相を追い込むこととなった。

こうした閣僚に対する首相の統率力の欠如は、省庁官僚制に対しても見られた。安倍は、内閣に教育再生会議を設置し、官邸主導による教育再生を目指したが、文教族は与党教育再生協議会を立ち上げ、文部科学省も、本来の政策形成ルートである中央教育審議会による審議を必要として、再生会議の骨抜きを図った。そのため、安倍首相自身が目玉としていたバウチャー制や九月入学の導入は見送られることとなった。また、社会保険庁の改革では、小泉政権時の法案を廃案とし、民営化を骨格とする改革法案を官邸主導で再提出したものの、民主党の長妻議員らの調査で発覚した年金記録問題によって、政府は野党からの厳しい追求の矢面に立たされることとなった。この問題では、厚生労働省や社会保険庁のトップレベルの官僚自身が当事者としてその責任が問われ、末端の現場職員（元地方事務官）に対する大臣や長官らによる統制も作用しなくなって、問題の深刻さをさらに増大させることとなった。官僚制からの抵抗は、内閣支持率がさらに低下した政権末期になると、一層顕著になることとなった。特に、国家公務員法改正案では、省庁のあっせんによる天下り先確保を死守しようとする各省幹部の強い反発にあい、事務次官等会議では反対意見が相次いだ[7]。結局、塩崎官房長官と各省の背後にあって批判的だった与党側との合意によって閣議決定に持ち込み、官民人材交流センター（新人材バンク）の設置を実現したものの、その内容は、法案成立後の制度設計に委ねられることとなったのである[8]。

こうした行政府内での内閣の統制が弛緩する一方で、郵政造反議員の復党以後、自民党内でも、消失していた族議員の影響力が復権する傾向が見られた。安倍首相は、臨時国会終了後の二〇〇六年一二月、翌年度の予算編成作業の過程で、唐突に、党内に強い反発のある道路特定財源の一般財源化を経済財政諮問会議で打ち出すこととなった。この方針に党内の道路族は強く反発し、最終的には、道路建設のための歳出を上回る税収を一般財源化することを閣議決定とすることで決着に持ち込んだが、政府与党間の調整の過程で、安倍首相自身が道路族との妥協を余儀なくされ、自らの政治的威信を傷つける結果となった[9]。

また、二〇〇七年六月の骨太の方針の策定過程では、公共事業削減の数値目標の設定を民間議員が提案したものの、冬柴国土交通大臣や族議員からの反発により、結局、安倍首相は、具体的数値の明記を見送ることとなったのである[10]。

こうして、安倍政権においても小泉政権と同様に、強化された内閣機能を活用することで、官邸主導の政策決定を行うことが目指されたものの、その意図は必ずしも成功しなかった。その要因としては、官邸と与党とのネットワーク（パイプ）の不在[11]や官僚制からの協力を調達することが十分でなかったこと[12]、にもかかわらず、広範囲に拡散した政策テーマを官邸が抱え過ぎたことが、結果的にその政策調整能力を超える過重な負担となったといえる[13]。そして、何よりも、前任の小泉首相のようなポピュリスト的な要素が安倍には欠けており、また、竹中平蔵のような官邸主導を演出する仕切り役も不在であったことなどによって[14]、安倍首相のリーダーシップに限界があることが、国民に対しても次第に露呈していく結果となった。それでも世論の支持が高い段階においては、官邸主導に対しても、自民党や省庁の側からの抵抗も抑制されたものとならざるをえなかった。しかし、社会保険庁による年金記録のずさんな管理や、閣僚の相次ぐ不祥事の発覚によって内閣支持率が三〇％台に低迷するようになると、政権の統治能力は危機的な状態に陥っていった。

参議院選挙を前に安倍は、法案の成立によって結果を出すことで、支持率の回復を図るとの立場を鮮明にした。その結果、通常国会では、社会保険庁改革関連法案や年金時効特例法案、国家公務員法改正案の取り扱いをめぐって強行採決や中間報告による成立を自ら指示し、野党側との対決姿勢を貫いた。既に小泉政権時の二〇〇五年総選挙以降、野党の民主党と与党との共同による議員立法提出や法案修正は大幅に減少していたものの、安倍政権においてはこうしたコンセンサス型の国会対応は皆無といえるような状態となった。しかし、こうした首相の強権的な手法は、法案の内容自体に問題点を含んでいたこともあり、世論の支持をさらに失う要因となった。参議院選挙は自民党の惨敗に終わり、安倍首相は、内閣改造によってなおも政権担当を目指したが、世論の支持は十分な回復はみせず、与野党逆転下の国会での対決法案成立のめども立たなかった。このことが、安倍自身の政権維持の意欲を喪失させ、結果的に二〇〇七年九月の臨時国会冒頭での所信表明演説後に退陣を表明するという前代未聞の幕引きを自らが行わざるを得なくなったのである。

三　福田首相の政治手法

後継となった福田政権は、前任の安倍政権による参議院選挙での大敗によって、参議院での多数を失った状態で発足することとなった（背水の陣内閣）[15]。福田は、総裁選挙に臨み、小泉・安倍政権時に党内で非主流であった派閥からも支持を取りつけ、挙党体制を構築することとした。閣僚人事では、安倍改造内閣の閣僚をほぼそのまま再任するとともに、同時に行った党執行部人事においても、各派閥トップを党四役にすえ、派閥のバランスに配慮した人事が行われた（もっとも総裁選挙を争った麻生派からの入閣・党三役はなかった）。参議院で過半数を失っている以上、衆議院における三分の二の優越規定を行使するためには、総主流派体制によって非主流派を党内に作らないことが何よりも重要であったからである（こうした傾向は、福田改造内閣において、麻生太郎の幹事長就任と公明党への配慮などでより鮮明になっていく）。

組閣において自前の内閣を作ることができなかった福田は、官邸の要である官房長官に同じ派閥の町村信孝を外相から横滑りさせ、官房副長官には副長官経験者の二橋正弘を再び任命することで、前政権で十分でなかった官邸と各省との連携の回復を図った。しかし、福田政権の最大の課題は、政府与党内でのリーダーシップの確立よりも、参議院で過半数を握ることとなった民主党との話し合いによって、いかに法案の成立を図っていくかということであった。そのため、福田首相は、与党内はもとより、野党民主党、そして世論の動向という多方面からの支持を調達することができるような協調型の政策形成を模索することとなった。その結果、世論調査でも、内閣支持率は発足当初五三％と比較的高めの支持を確保することが可能となった。

二〇〇七年の臨時国会では、一一月に福田首相と小沢民主党代表と間の大連立構想が挫折した後も、参議院の逆転状況を念頭に民主党の賛成取り付けに優先順位が置かれ、政府提出法案の共同修正や議員立法の共同提出が大幅に増加した。しかし、会期末の二〇〇八年一月の補給支援特措法案の衆院再議決を契機に、二〇〇八年の通常国会では、会期冒頭から、政府提出の税制改正関連法案の取り扱いをめぐり与野党が対立することとなった。特に、民主党が道路特定財源の一般財源化とガソリン税の暫定税率の廃止を強く主張し、法案成立が危ぶまれる状況で、一月末に、与党側は年度末の期限切れを防ぐため五月末まで二ヶ月間期限を延長するつなぎ法案（セーフティネット法案）

を提出し、衆議院本会議での採決を目指した。民主党は審議権の剥奪として反発し、審議空転が不可避になることに危機感を持った衆参両院議長の「年度内に一定の結論を得る」旨のあっせんによって、つなぎ法案は撤回されることとなった。この議長あっせんには、各党間で合意を得られたものについては立法府において修正するとの項目があり、民主党は政府との論戦を通じて、与党側に修正を迫ることを目指すこととなった。

しかし、実際には、この議長あっせん後も、民主党執行部は、衆議院の解散総選挙に政府側を追い込むという徹底抗戦を継続したことによって、与野党間での合意形成は容易ではなかった。そのため、与党は、年度内成立を図るため、二月末に二〇〇八年度予算案と税制改正関連法案を衆議院において強行採決で通過させることとなった。その結果、野党側に審議拒否の大義名分を与えることとなり、参議院では審議入りすらできなかった(16)。同時期に焦点となっていた日銀総裁の人事では、民主党の反対によって政府側から出された二度の承認案件が否決されることとなった。

与党側は野党に対して、修正案を提示したが、審議空転によるこう着状態を打開することはできなかった。ついに年度末になって、福田首相は、民主党が妥協可能な案を提示することで事態の打開を模索し、二〇〇九年度から道路特定財源を全額一般財源化する新提案を表明することとなった。しかし、二〇〇八年度からの一般財源化と暫定税率そのものの廃止を求める民主党の協力を得ることはできなかった。その結果、道路関連以外の暫定税率については二ヶ月延長する「つなぎ法案」が衆参両院議長の仲裁で成立したものの、ガソリン税の暫定税率は年度末で失効し、一四件の日切れ法案が年度内に成立することができなかった。

こうした民主党の強硬な態度の背景には、各種世論調査で過半数の回答者がガソリン税の暫定税率延長に反対しているとの結果が出ていたことがあった。二月には海上自衛隊のイージス艦と漁船との衝突事故が起こり、三月には年度末までに達成するとしていた消えた年金記録問題の解決がいまだ遠いことが明らかになった。四月から始まった後期高齢者医療制度では、高齢者を中心とした有権者の強い反発を招くこととなった。こうした逆風下で、福田内閣の支持率は二〇％台にまで低下することとなった。

税制関連法案は、四月になって参議院でようやく審議入りしたものの、財政金融、総務両委員会とも、民主党委員長であり、常任委員会での審議のため、週二回程度の定例日しか審議を進

めることができなかった。与党側は、国対・政調レベルでの道路政策に関する与野党協議を申し入れ、参議院での委員会審議と並行して協議が進められた。

一方、道路特定財源を一〇年間維持する道路整備財源特例法案については、政府与党による一般財源化の方針との矛盾について、野党のみならず、与党内からも異論が出されていた。与党内では、世論の反発が高まる中で、自民党内の中堅・若手議員を中心に道路特定財源の一般財源化を担保する総務会決定や閣議決定を求める議員グループの活動が顕在化した[17]。他方で、二階総務会長ら道路族は一般財源化の担保に慎重な姿勢を崩さなかった[18]。民主党は、衆議院の再議決を前提とした与党の対応に反発し、法案の再可決によって、一般財源化の約束は反故にされるとして与野党間の合意形成は一層困難な情勢となった。

事態を転換させたのは、再可決を目前に控えた四月二八日に実施された衆院山口二区の補欠選挙であった。同選挙では、自民党候補が予想外の差で敗れるという結果となった。これを受けて与党側は、再可決の前に党内の造反を防ぐ意味からも自民党の臨時総務会を開き、二〇〇九年度からの一般財源化を了承するとともに、法案成立後に与党協議会を立ち上げ、一般財源化のための法案について年内に成案を得ることが確認された。与党は、野党側が参議院において採決する可能性がないことを見極めたうえで[19]、再可決が可能となった四月三〇日、共産党を除く野党が欠席したまま、六〇日ルールに基づくみなし否決を適用して、政府提出の税制改正関連法案を衆議院において再可決し、成立させた。このことにより、ガソリン税の暫定税率は一ヶ月で復活することとなった。

つづく、道路整備財源特例法案については、民主党が再度のみなし否決を避けるために、参議院での採決に応じる方針に転換したことを受け、政府は、二〇〇九年度からの一般財源化の基本方針を政府案の再可決に先立って閣議決定で確認することとなった。こうして、政府案は、結局、参議院で法案修正を行うことなく、野党の反対多数で否決され、続いて衆議院の三分の二以上の多数で再可決が行われた[20]。以上の決定プロセスでは、与党側は、民主党の対応をうかがいながら、衆議院で再議決することを前提として行動した。しかし、自民党内では、道路族と中堅・若手議員のグループの主張が対立し、福田首相は、民主党と同時に与党内での合意の取りつけに拘束され、結局、その指導力にも一定の制約を受けることとなったのである。

四　立法過程の変容

こうした首相主導による政治手法は、国会における立法過程をどのように規定したであろうか。ここでは、国会における立法過程を規定する要因として、首相と与党との関係、衆参両院で与党がどの程度の議席を確保しているか（衆参両院とも絶対安定多数または安定多数を確保している場合、参議院で与野党が逆転するねじれ国会の場合にわけて考察する）、首相の対国会への姿勢と民主党の政府与党への対応戦略の各視点を含めて検討することとしたい。

まず、小泉政権での郵政民営化法案に見られた首相と与党との対立関係は、そのほかの立法過程と比較して、極めて特異な事例であったことが指摘できる。小泉政権においても、通常の場合、すべての内閣提出法案は、自民党の事前審査を経て、国会提出段階で党議拘束がかかっていたからである。しかし、郵政民営化法案においては、部会の法案への承認が得られず、衆参両院の本会議採決において大量の造反議員が出た（解散総選挙に対する危惧から衆議院のほうが造反議員の数は少なかった）。通常の場合、その段階で首相の命運は尽きるはずであったが、小泉首相は、衆議院の解散権を行使することで、起死回生を図ることとなった。自民党執行部は、小選挙区制のもとでの候補者公認権を最大限に活用し、すべての造反議員の選挙区に対立候補を立てた。劇的な解散劇と自民党のマニフェストを郵政民営化の是非に一本化したこと、そして、刺客候補を擁立したことが、メディアの関心を呼び、一般の有権者の注目を集める効果をもたらすこととなった。その結果、自民党は大勝し、党内に造反が生じても、首相が持つ解散権や候補者公認権を用いれば、首相が強い権力を行使することが可能なことを示すこととなった。総選挙以降は、小泉首相は、選挙における有権者からの信任を背景として、与党からの自律性を最大限に確保し、自らの選好に基づいた政策を、族議員や官僚制の抵抗を排除しつつ実現を図ることが可能となったのである（教育基本法改正案や国民投票法案、防衛省昇格法案、社会保険庁改革法案などが次期政権への積み残し法案となったが、これらの法案は、安倍政権発足後、野党の反対を押して成立に至ることとなった）。

もっとも、衆参ねじれ国会においては、そのような首相の権力手法の行使は大きな制約を受ける。まず、衆議院の解散を行っても、参議院での逆転状況が解消されるわけではない。野党の反対姿勢が変わらなければ、結局は参議院で法案がストップされるからである。また、衆議院で三分の二の再議決を行使するためには、与党内の派閥や族議員の造反を回避するために党内のコンセンサス形成に最大限の尊重を必要とするからである。

さらに、安倍政権末期や福田政権のように、世論の支持が薄弱な状況では、首相による解散権の行使そのものも大きな制約を受ける。仮に首相が解散を政治日程に載せるようになれば、与党内から、首相を替えようとする声が強くなるからである。

一方、衆参両院で絶対多数を確保した小泉政権や安倍政権における首相主導の政策決定プロセスは、国会の法案審議における野党の影響力に関しても、その漸減的な低下をもたらすこととなった。たとえば、与党が衆参両院で安定多数を確保していた一九九〇年代後半以降[21]の暦年別の政府提出法案の法案成立率と成立法案中の修正率の間には正の相関関係（相関係数＝〇・四〇一）が見られる。このことは、法案の審議過程において、野党の要求を反映させた修正を行うなど、野党に対する融和的な対応をとることが法案成立率にも影響していることを示唆している（**図1**）。小泉政権における法案成立率は、平均的な数値であるものの、修正率は小渕・森の前政権と比べてかなり低下している（**表2**）。さらに、小泉政権時における野党第一党の民主党から提起された議員立法や法案修正要求は与党との共同でなければ実現していない。第二次橋本政権から小渕政権にかけては、自民党が参議院で過半数を持っていない状況から、民主党との協力関係が重視され、同党の議員立法や修正提案に与党が賛成して共同提出することがあった。しかし、一九九九年に小渕政権のもとで自自公連立政権が成立すると、民主党との協力関係は次第に減少していくことになる。小泉政権において、自公体制が堅固になると、民主党との協力関係はさらに低下し、特に与野党共同の議員立法提出は委員会提出を除いてほとんど見られなくなり、与野党共同の修正案も減少することとなった（**図2**）。そうした傾向は、二〇〇五年の総選挙以降、より

図1　法案成立率と修正率の推移

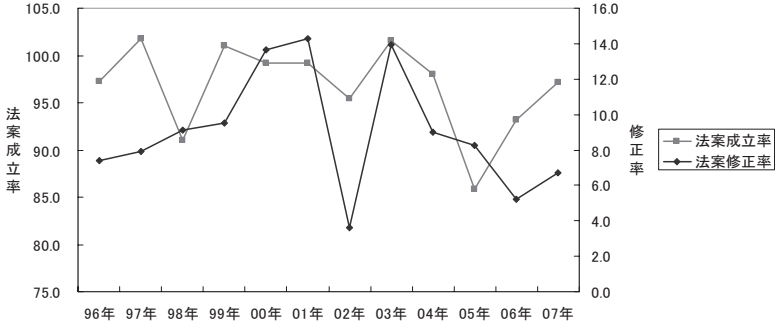
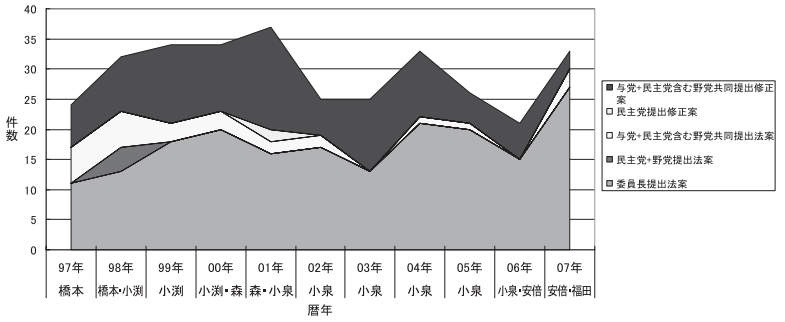


表２　1990年代後半以降の歴代内閣の内閣提出法案の成立率及び修正率

年	内閣	新規提出件数（A）	成立件数（継続法案含む）（B）	成立法案中の修正件数（継続法案含む）（C）	法案成立率（%）（B）／（A）	法案修正率（%）（C）／（B）
1996～1998年	橋本	340	320	19	94.1	5.9
1998～2000年	小渕	306	316	40	103.3	12.7
2000～2001年	森	121	113	17	93.4	15.0
2001～2006年	小泉	685	658	53	96.1	8.1
2006～2007年	安倍	109	102	5	93.6	4.9
2007年※臨時国会	福田	10	14	4	140.0	28.6
2008年※通常国会	福田	80	63	14	78.8	22.2
合計・平均		計1651	計1586	計152	平均96.1	平均9.6

注）１．新規提出件数は提出時における内閣を基準とした。
２．成立件数には、国会会期中に内閣が交代した場合で、当該国会において後任の内閣によって成立した場合を含む。
３．成立法案中の修正件数は、衆議院及び参議院の両院でそれぞれ修正議決された場合も１件としてカウントした。

図２　民主党が関与した議員立法及び法案修正の可決件数



顕著となった。衆議院における閣法に関しての委員会での審議様式では与党と民主党が共同修正を行うコンセンサス（合意）型はわずか二件に過ぎず、民主党が対案を提出して、政府案に反対を示すアリーナ（対抗）型が一三件に上るなど、その対決度はより鮮明となった[22]（**表３**）。このことから、小泉政権における政府と野党との関係は、それまでの政権よりも対立的な関係にあり、政府主導の多数決で決着を図る傾向があったといえる。その結果、野党の影響力は限定的かつ低下

表３　衆議院における委員会別の審議様式の形態

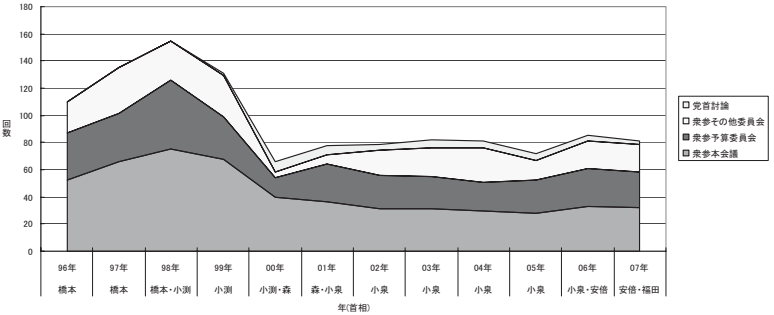
	内閣		総務		法務		外務		財務金融		文部科学		厚生労働		農林水産		経済産業		国土交通		環境		安全保障		合計	
審議様式	対抗型	合意型	対抗型	合意型	対抗型	合意型	対抗型	合意型	対抗型	合意型	対抗型	合意型	対抗型	合意型	対抗型	合意型	対抗型	合意型	対抗型	合意型	対抗型	合意型	対抗型	合意型	対抗型	合意型
95				1					1				1							1					2	2
96					1									1											1	1
97									1					1											1	1
98		1	1						3	1				2					1			1			5	5
99	2	2		1		3			3	1			1	1	1	1	2	1	1				1		11	10
00						1			1					1				1		1					1	4
01				2		1					1	2		4	1	2		1		2	1		1		4	14
02	2	1	1		1				2				1					2							7	3
03	1	1	1		1	2					1		1	1	2	1		1	1	1			2	1	10	8
04	1		1	1	1	3			2				3	3	1			1	1		1			1	11	9
05			1			2				1			1	2			1								3	5
計	6	5	5	5	4	12	0	0	13	3	2	2	8	16	5	4	3	7	4	5	2	1	4	2	56	62
5-6		1	2	1	2				2				3		1				1		2				13	2
6-7	1			1	2	1					2		3										1		9	2
7-8		1		3		1		1					1		4		1			1			3		0	16

注）１．複数の法案が一括提案されて審議採決された場合は合せて1件としてカウントした。
２．特別委員会に付託された法案については法案の所管省庁に対応する常任委員会に含めた。
３．各年は暦年で示し、5-6は郵政総選挙後から退陣までの小泉政権、6-7は安倍政権、7-8は福田政権の各時期を示す。

することとなったといえよう。

こうした国会における首相の説明責任の機能も低下しているといえる。すなわち、一九九九年の党首討論の導入に伴う首相の国会出席制限の申し合わせ[23]により、首相が本会議や委員会に出席し、答弁する回数が半減することとなっているのである（**図3**）。また、肝心の党首討論自体も与野党のそれぞれの思惑によって非活発なまま推移している。そもそも出席制限の申し合わせ自体が、国務大臣の出席義務（憲法六三条）に反するものであるともいえる。結果的に首相による政策やその執行に関する説明責任が十分に担保されず、内閣の国会に対する答責性の低下をもたらしたといえよう。代わりに小泉首相とその側近が、国会答弁以上に重視したのは、首相がトップダウンで決定した方針をメディアを通じて直接国民に訴える手法であった[24]。首相官邸での記者によるぶら下がり会見を定例化した小

図３　首相の国会出席回数の変化（暦年別）



泉は、ワンフレーズで自らの見解を語り、首相が直接国民にメッセージを送る機会を作ることで、従来の記者クラブに代わるメディア戦術を用いることとなったとされる[25]。また、首相官邸は世論の動向をモニターし、選挙における得票の最大化を図るため、最も効果的な対策を打ち出すことに意を注いでいた。二〇〇四年の参議院選挙前における北朝鮮への再訪朝と拉致被害者の家族を取り戻すことに取り組んだことや[26]、二〇〇七年の総選挙における造反議員への刺客候補の擁立といった手法をとったのも、首相のリーダーシップに注目を集めることで、支持率の向上を図る選挙対策がその背景にあったといえよう。

小泉の後継である安倍政権においても、こうした衆参両院において与党が絶対多数を占める状況が引き継がれることとなった。安倍は、前任者の小泉とは異なり、党内に敵対勢力を作り、世論にリーダーシップを訴えることで、その支持を獲得するという手法を好まなかった。政権発足当初こそ、構造改革を標榜し、官邸主導を演出する試みを行ったものの、結局、族議員との間での妥協を迫られ、首相自身のリーダーシップに疑問符がついたことが、以後の政権運営において、与党内の派閥や族議員との対立を避けるという姿勢に転じる要因となったといえよう。そのため、安倍は、党内の対立の火種となりかねない構造改革よりも、自民党の支持を得ることが容易な憲法改正や労組批判などのイデオロギー的な政策に重点を移すことで、党内の保守派勢力の支持を動員し、民主党内の亀裂を誘いつつ、野党の抵抗を排して、対決法案を推進するという国会対応を選択するようになっていった。その結果、自民党内の擬集性は高まり、与党内から造反が出るという可能性はほとんどなかったといえよう。

安倍政権における法案の成立率は、小泉政権全期の九六％よりも数ポイント低下し、九三％にとどまったが、法案の修正率は五％と一九九六年の自民党政権復帰後の歴代政権でもっとも低い数字となった。政権発足後の臨時国会を世論の高い支持率と安倍新政権と同時期に発足した公明党新執行部の協力によって、教育基本法改正や防衛省昇格法案などを含む一〇〇％の成立率で終えた安倍政権は、続く通常国会において、年金記録問題や松岡農水大臣の問題発覚で一転して世論の逆風に直面することとなった。安倍首相は、世論からの支持率が低下した通常国会の後半以降、年金記録問題や天下り問題などでの公務員への世論の批判を背景に、小泉政権と同様に「公務員」をたたくことで世論の支持を獲得する法案の推進に力を入れた。そのため、防衛省昇格法案や国民投票法案などで民主党との協調的な関係を模索していた状況から一転して、野党の民主党と対立的な法案の提出、成立を図るため、国会における多数を背景とした強硬的な姿勢をとるようになった。その結果、この通常国会で、与党側が行った強行採決や単独採決などの不正常な採決は、衆議院で一四回、参議院で四回の一八回に及び、これに対抗する不信任案や問責決議案の採決は一二回、懲罰動議の提案件数も一八件に上った[27]。こうした不正常な採決は、特に、野党による追及が激化し、内閣支持率が三〇％台に低下した五月末以降に集中している（**表4**）。また、衆議院では、与党が絶対多数を背景に決算行政監視と懲罰を除くすべての常任委員長のポストを独占しているのに対し、参議院では、与党側が安定多数を確保していたものの、重要法案が付託される常任委員会の委員長ポストに野党側が就いているところが少なくなかった。そのため、民主党が委員長ポストを握る参議院内閣委員会に付託されていた国家公務員法改正案では、二〇〇四年以来の中間報告で法案の成立が図られた。

こうした与野党の対決路線は、参議院選挙を控え、支持率の低下に対して巻き返しを図りたい安倍首相自身の強い指示と、それに対抗する民主党の小沢代表が年金問題や政治とカネの問題を前面に出して、与党との対決姿勢を鮮明にしたことによって決定的となった。その結果、与党内でも、参議院自民党執行部を中心に首相の「暴走」に対する不満が高まり、安倍首相が「国会を官邸の下請け」のように扱っているとの強い批判が出された。こうした与野党の対決の当然の結果として、安倍政権においては、国会審議を踏まえて与野党が歩み寄り、法案を修正するといった機能はほとんど働かなくなり、法案の審議様式は、コンセンサス型はわずか二件にとどまり、これに対してア

リーナ型九件と、与野党間の対立型であることを顕著に示したのである（**表3**）。

こうした国会における与野党対決は、安倍政権の参議院選挙での大敗によって、続く衆参ねじれ国会での福田政権において、様変わりすることとなった。臨時国会では、福田首相は、世論の批判の強い薬害C型肝炎問題での国の主張を転換し、野党とともに議員立法で救済法案を成立させることに指導力を発揮した。また、被災者生活再建支援法を住宅本体への使途の制限をなくす大幅な改正を行ったり、最低賃金法改正案や放送法改正案では、民主党の要求を受けて与野党共同で法案を修正したりするなど、対抗型からコンセンサス型への審議様式の大きな変化が生まれた。そのため、法案の成立率は、継続法案を加えると実に一四〇％に達し、法案修正率も二八％、与野党共同による議員立法の成立数は閣法を上回る一二件に上った。しかし、その反面で、民主党の小沢代表との大連立協議が挫折して以降、安全保障政策をめぐって、与野党間の対立は避けがたい状況となった。そのため、政府側が最重要政策と位置付けた補給支援特措法案では、衆参両院で合計八六時間の審議が行われ、野党側からの追及（証人喚問を含む）によって、給油量取り違え問題などの政府側の秘匿情報が国会に提出されたものの、結局、

表4　小泉（2005年以降）・安倍・福田各政権における国会での不正常な採決等一覧

小泉政権（2005年以降）
第164回通常国会（2006年）
5月17日　衆院厚生労働委（自委員長）、医療制度改革関連法案可決（与党採決強行）

安倍政権
第165回臨時国会（2006年）
11月15日　衆院教育基本特委（自委員長）、教育基本法改正案可決（民共社国欠席）
11月16日　衆院本会議、教育基本法改正案可決（民共社国欠席）
11月17日　参院議院運営委（自委員長）、教育基本特別委設置可決（民欠席）
11月17日　参院本会議、教育基本特別委設置可決（民共社国欠席）
第166回通常国会（2007年）
2月2日　衆院予算委（自委員長）、2006年度補正予算可決（民共社国欠席）
2月2日　衆院総務委（自委員長）、地方交付税法改正案可決（民共社国欠席）
2月2日　衆院本会議、2006年度補正予算可決（民共社国欠席）
2月2日　衆院本会議、地方交付税法改正案可決（民共社国欠席）
2月6日　参院予算委（自委員長）、2006年度補正予算可決（民共社欠席）
2月6日　参院総務委（自委員長）、地方交付税法改正案可決（民共社国欠席）
2月6日　参院本会議、2006年度補正予算可決（民共社国欠席）
2月6日　参院本会議、地方交付税法改正案可決（民共社国欠席）

3月2日　衆院予算委（自委員長）、2007年度予算可決（与党採決強行）
3月2日　衆院総務委（自委員長）、地方税法改正案、地方交付税法改正案可決（与党採決強行）
3月2日　衆院財務金融委（自委員長）、平成19年度公債発行特例法案、所得税法改正案、特別会計法案可決（与党採決強行）
4月12日　衆院安保委（自委員長）、米軍再編特措法案可決（民主欠席与党採決強行）
4月12日　衆院憲法調査特委（自委員長）、国民投票法案可決（与党採決強行）
4月18日　衆院法務委（自委員長）、少年法改正案可決（与党採決強行）
4月27日　衆院法務委（自委員長）、更生保護法案可決（与党採決強行）
5月25日　衆院厚生労働委（自委員長）、社会保険庁改革関連法案可決（与党採決強行）
5月30日　衆院厚生労働委（自委員長）、年金時効特例法案可決（与党採決強行）
6月13日　衆院政治倫理特委（自委員長）、政治資金規正法改正案可決（与党採決強行）
6月15日　衆院財務金融委（自委員長）、電子記録債権法案可決（与党採決強行）
6月18日　衆院懲罰委（民委員長、自代理）、内山晃議員懲罰動議可決（民国欠席）
6月19日　参院外交防衛委（自委員長）、イラク特措法改正案可決（与党採決強行）
6月19日　参院文教科学委（自委員長）、教育再生関連3法案可決（与党採決強行）
6月28日　参院厚生労働委（自委員長）、社会保険庁改革関連法案、年金時効特例法案可決　（与党採決強行）
6月30日　参院本会議、国家公務員法改正案可決（与党中間報告、民主欠席）

福田政権
第168回臨時国会（2007年）
なし
第169回通常国会（2008年）
2月29日　衆院予算委（自委員長）、2008年度予算可決（民共社国欠席）
2月29日　衆院総務委（自委員長）、税制関連法案（地方税法改正案、地方法人特別税暫定措置法案、地方交付税法改正案）可決（民社国欠席）
2月29日　衆院財務金融、総務委（自委員長）、税制関連法案（平成20年度公債特例法案、所得税法改正案）可決（与党採決強行）
2月29日　衆院本会議、2008年度予算可決、税制関連5法案可決（民社国欠席）
4月30日　衆院本会議、税制関連5法案再可決（民社国欠席）
6月5日　参院厚生労働委（民委員長）、後期高齢者医療制度廃止法案可決（自公欠席）

（資料）衆議院ホームページ「衆議院の動き」、国会会議録、『朝日新聞』2007年6月30日等によって筆者作成。

与野党間の合意形成のための歩み寄りは見られず、衆議院の再議決による「数」の力による決着が図られることとなった。

続く、通常国会で焦点となったのは、予算関連法案をめぐる取り扱いであった。参議院選挙の結果、参議院の過半数を獲得した野党は、議長・議院運営委員長のポストと主要な委員会の委員長ポストを民主党が握ることで、議事運営権を掌握することとなった[28]。そのため、野党側は、参議院において、反対する法案を審議や採決の議題に載せないという議事「拒否権」を、与党側に対して行使することが可能となったのである。与党側は、衆議院で三分の二の議席を確保することで、衆参両院の不一致をかろうじて回避する対抗手段を持ち得たが、参議院での議事「拒否権」によって、野党が法案の採決を行わない場合には、六〇日ルールを適用するしか方法がなくなった。このことは、細切れの会期制を採用することで、会期末までの審議時間の有限性を背景に野党が法案審議の引き延ばしを図る「ヴィスコスティ」戦術を行使することをより容易にした。特に、限時法や日切れ法案の場合には、年度内での成立を阻止し、法律を失効させることが可能になる。そのため、与党側は、野党の抵抗を見通して、ガソリン税の暫定税率延長のための法案の成立までの期間の「つなぎ法案」を提出するという奇策を講じることにもなったのである。与党側は会期延長によって、六〇日ルールによる野党側の抵抗を最終的に排除することも可能であるが、参議院での六〇日間を満たすための大幅な会期の延長は現実には困難を伴うことが多い（もっとも会期延長の議決には衆院の優越があるので、その制約は日数的な問題ということになる）。このことは、後に補給支援特措法案の延長をめぐって、一七〇回臨時国会の召集をできるだけ前倒ししたいとする自民党執行部の伊吹幹事長のような対応も生むことになった。

こうした参議院での与野党逆転という強い制約が作用することによって、通常国会での法案の成立率は七九％に大幅に低下し、修正率は逆に二二％に及ぶこととなった（**表2**）。委員会における審議様式では、コンセンサス型が顕著に増加し、他方で、対抗型の審議様式は、衆議院ではなく、主に参議院において増加することとなった。民主党は、前国会から、多数を獲得した参議院で対抗案を可決するために、対案であるアフガニスタン復興支援法案やガソリン税暫定税率廃止法案などの議員提出法案を意図的に参法として提出するようになったからである。同国会において、福田首相は、野党との融和を基本としながらも、対決型の予算関連法案をめぐっては、再議決も辞さないとする与党側と、政権獲得を念頭に対決姿勢をアピールする

民主党の執行部との間の距離は大きく、野党欠席のもとでの採決強行も衆院段階では見られた。その結果として、衆参両院での対決型の法案をめぐる与野党共同の法案修正は実現しなかった。

その一方で、非対決型の国家公務員制度改革基本法案や地球温暖化対策推進法改正案、少年法改正案では、与党と民主党の国対や委員会の実務者レベルで政策協議が行われ、一三件の法案修正が実現し[29]、与野党共同の議員立法も宇宙基本法やハンセン病問題基本法、青少年有害サイト基本法など一七件が成立することとなった[30]。同国会における民主党の政府提出法案に対する賛成率は上昇し、反対したのはガソリン税、道路特定財源等の財務金融、総務委員会に付託された税制・公債関連の法案のみである。このことは、政府側が、野党の反対によって成立の見込みのない法案の提出を事前に差し控えたことが影響している（一六九回通常国会の内閣提出法案の件数は八〇件に過ぎない）。このように、全体の傾向としては、与野党間の合意を重視するコンセンサス型の運営が基調となりながら、特定の重要対決法案に関しては、総選挙に向けて政府側を解散に追い込むべく、野党側が与党と激しく対立する敵対型政治が展開されたといえよう。

もっとも、野党側としては、参議院の逆転という状況で、重要対決法案をめぐって野党側の要求を実現する余地もあったと思われる。しかし、次期総選挙を意識し、修正や取引による部分的な政策の実現を目指すよりも、むしろ、政権獲得に向けた政府側との対決姿勢を示すことが優先されたといえる。世論の批判の強い後期高齢者医療制度をめぐり、民主党は、後期高齢者医療制度廃止法案を提出し、参議院での審議・可決を実現したが、衆議院では委員会に付託されただけで、結局、未審議に終わった。このことは、与党側が反対する野党の議員立法の限界を示すものである。しかし、野党側もその成立の可能性よりも、野党としての立場表明（position taking）が優先され、与党側との現行法制度の修正に向けて合意を形成する意思は弱かったといえよう。また、後半国会においては、野党側が、問責決議案をいつ出すかの日程に関心が集まり、結局、首相問責決議を史上初めて可決することになったものの、与党側が衆議院で内閣信任決議案を可決することで、首相は責任を回避し、与野党の攻防は、次期国会に持ち越されることとなった。なお、参議院で首相問責決議が可決されたことにより、参院に残っていた二四件の法律案すべてが廃案となった。

このように、衆参ねじれ国会は、野党の影響力を増加させることとなった。その一方で、野党との対決型の法案の場合、首

相は、与党内の造反を回避し、衆議院の再議決を確保するために、派閥や族議員、中堅・若手議員などに対する配慮をする必要に迫られることとなった。小泉首相の二〇〇五年の郵政解散では、党執行部の処分権限や候補者公認権が衆院議員の造反を抑制する一定の効果をもった。しかし、福田政権においては、世論の支持が得られない状況で解散権は行使できず、若手議員にとっては党の方針に反しても、世論の支持を得やすい一般財源化を強く求める方が有利に働くという状況が作用したといえよう。その結果、首相の政策決定プロセスにおける主導権は、法案提出後の審議入りや採決に抵抗する野党への譲歩にとどまらず、法案提出の事前段階や採決段階での与党内での中堅・若手議員の造反の回避と、族議員の側からの首相の譲歩への牽制といった多様な党内の意見を調整する必要性から、大きな制約を受けざるをえなくなったといえる。しかも、政権発足時に五〇％台の支持率を得たものの、年末には三〇％を下回るようになり、四月以降は、二〇％台に低落したまま政権に対する世論の支持は一層減退することとなった。こうした世論の支持の弱さは、与党に対する首相の自律性の低下と、国会における野党からの大きな圧力と相乗して、首相の政治的指導力をレームダック状態のような、より脆弱なものとすることとなったのである。

五　今後の立法過程のあり方について

二〇〇五年総選挙の結果、小選挙区（比例代表並立）制のもとで、与野党が政権公約（マニフェスト）を掲げて選挙戦を戦い、有権者は、党首と政権公約に着目して政権選択を行うという「国民内閣制」的な運用に有権者も経験知を得ることとなった。もはや、かつてのような政権内での談合によって、次期首班を決定したり、選挙後の合従連衡によって、政権形成の枠組みが決まったりするといったやり方には、国民の反発も強まるだろう。内閣機能の強化は、この選挙制度改革によって想定された首相主導を実現するための装置として用意されたものであったともいえる。こうした制度改革の定着によって、首相が政策決定に強いリーダーシップを発揮する立法過程への移行は、小泉、安倍両政権によって、確立されたといえよう。

しかし、一九九八年以来の衆参ねじれ国会の復活は、こうした首相主導も、与党が衆参両院でいかに安定した議席を有し、与党内の統制を確保しているかに依存しているという現実を我々の前に示した。以前の衆参ねじれ国会が比較的短期で収束したのは、自民党が中間政党の野党を補完政党化したり（部分連合）、野党との閣内連立に踏み切ったりしたからである。し

かし、二大政党制が現実化し、中間政党や補完政党を野党の中に見出しにくい状況では、与党がねじれ国会を解消する手段は容易ではない。特に、衆議院と参議院の選挙時期が異なる以上、二院間の構成が異なるねじれ国会はむしろ今後も続くと考えたほうがいいだろう。このことは、民主党政権が誕生しても、中間選挙的な意味合いのある参議院選挙では、どうしても、野党が有利になりやすいことから、例外ではないだろう。こうした点から、今後の立法過程のあり方を考える際には、衆参両院を与党が安定多数を占めていた時代とは異なる衆参ねじれ国会が当分続くことを前提にした国会のもとでのあり方論が必要であるといえるだろう。

もっとも、衆参ねじれ国会には、現在のような与党が衆議院の三分の二の議席を確保し、衆議院の再可決によって、法案の成立を図ることができる「不完全ねじれ状態」と、それ以前のねじれ国会でみられた、与党が衆議院の三分の二の議席をもたない「完全ねじれ状態」の二つのパターンがある。岩本康志は、福田政権において見られた国会での与野党間の対立を、与党側が完全ねじれ状態を不完全ねじれ化しようとし、逆に野党側が不完全ねじれ状態を完全ねじれ化しようとする攻防戦であったとしている。与党側が新テロ特措法で国会承認規定を削除したり、日銀法の改正によって衆議院優越規定を設けることが検討されたり、つなぎ法案を提出しりしたのは、前者の例であり、逆に、野党側が、日銀総裁人事を否決したり、日切れ法案の不完全ねじれ化をふせぐために、審議の引き延ばし策をとったのは、後者の例であるとしている[31]。

憲法上のルールからいえば、与党側が衆議院の三分の二以上の議席を確保している以上、野党の抵抗に対して、衆議院の再議決で法案を成立させることは、本来あるべき決定方法である。しかし、補給支援特措法案や道路特定財源関連の税制関連法案で与党が衆議院の再議決権を行使したことに対して、メディアや世論の動向は、概して、政府与党側に批判的であった。しかし、それは、一九九〇年代以降、制度改革が行われた日本の議院内閣制が、衆議院を基盤とし、内閣に権力を付与する「権力集中型」の仕組みを目指したものであることに対する認識の不足が背景にあると思われる[32]。五五年体制時のように、野党が政権獲得の可能性がない状況では、野党による審議拒否などの引き延ばし策は、一定の対抗手段として肯定される面はあった。また、一九八九年から一九九三年に至るまでの衆参ねじれ国会（完全ねじれ状態）では、野党側も、予算案のような衆院の優越が可能な議案では反対しても、国民生活に支障が出る予算関

連法案では、賛成に回るという現実的な対応をとるようになった（法案未成立の責任は野党にも及ぶため）。

一九九〇年代後半以降は、政権交代の可能性が現実化し、審議引き延ばしを対抗策とするスケジュール闘争は、世論からも支持されなくなった。民主党が審議拒否をできるだけ回避したのも、そうした世論からの批判を恐れたためであろう。しかし、現状のような不完全ねじれ状態は、野党が審議拒否や参院において法案を否決しても、最終的には衆院での再可決という方法が残されているため、法案未成立の責任は与党側に帰することができる。野党が与党側との妥協を拒否し、反対姿勢を貫くのも、こうした不完全ねじれ状態であることが影響しているともいえる。しかし、こうした非妥協的な国会対応が、審議引き延ばしといった非生産的な戦術に偏った場合、本来国会が果たすべき討論に基づく意見集約機能を台無しにするものであろう。まずは、与野党間で十分な議論を尽くし、法案修正などの可能性も検討したうえで、最終的には、多数決で決着を図るという民主主義の当り前の姿に戻ることが国会の立法過程のあり方であると考える。もっとも、こうした機能不全の責任は与党側にもある。完全ねじれ国会にみられたような、野党が強く反対する法案を事前に予測し、提出段階で法案の内容をより柔軟に見直すという準備を怠っていた[33]。また、野党との対立後も、政策協議によって真剣に接点を見出そうという努力も見られなかった。結局、最終的には、衆議院の再可決が手段として残されているという不完全ねじれ状態への依存が、与党、野党双方が歩み寄る機運を妨げることになったといえるだろう。

こうした不完全ねじれ状態の国会においては、日切れ法案をめぐって、六〇日ルールまで法案の審議を引き延ばそうとする野党側のスケジュール闘争の弊害が顕著になった。また、与党側も参院において、野党の対案の委員会付託を取引条件として阻止するような対応が見られた。このような国会の審議機能を形骸化するスケジュール闘争を抑止するためには、現在の細切れの会期制の通年化や、趣旨説明要求による委員会付託引き延ばしに一定の制限を設けること[34]、かつての五五年体制や完全ねじれ国会でみられたような日切れ法案や暫定予算の取り扱いについて国民生活に密着し不可欠の内容の議案については、与野党双方が権力闘争の具にしないという慣行を復活させることが必要である。

もっとも、こうした多数決による決定も、将来、衆議院での与党の絶対優位が崩れ、完全ねじれ状態が現実化した場合に、野党側があくまで強硬的に反対すれば、与党側は金融国会のよ

うに野党側に完全譲歩するか（丸のみ）、自自公連立のように多数派を形成するための野党の切り崩し（連立工作を含む）を行うしか手立てはないことになる。憲法上の強すぎる参議院の権限を削減するための制度改正は、与野党の双方に参議院の独自性を主張する参議院議員の協力が得られない限り容易ではなく、また、参議院が衆議院に対して抑制的に振舞うような慣行を確立することも、参議院で問責決議案を可決し、政権を解散に追い込もうとするような戦術を野党がとる限り、現実的ではない。結局、完全ねじれ状態での与野党のデッドロックを解決するのは、国会での与野党の対応を事後評価する選挙における有権者の判断しかないといえる[35]。野党の役割は政府を批判することにあることは当然であるが、そのことは、野党が政府とともに権力を分担することまでを意味しているわけではない。仮に、完全ねじれ状態で野党があくまで反対と抵抗を貫くならば、その決定しないことの責任は政府とともに野党が共有するという認識に立って、ねじれ国会での与野党関係のあり方をともに見出す努力を行うことが必要であろう。

表５　福田政権における169回通常国会の動き―与野党間の対立事例を中心に

2008年
１．18　通常国会召集、施政方針演説
１．21～22　代表質問
１．23　税制関連法案、道路財源特例法案を国会提出
１．29　補正予算案を衆議院可決 与党、つなぎ法案を衆議院に提出
１．30　つなぎ法案を衆院財務金融、総務委員会で可決 両院議長あっせんでつなぎ法案を撤回
２．６　補正予算案を参議院否決、憲法60条２項の規定により成立
２．７　衆院予算委員会で予算案の審議入り
２．19　イージス艦あたご、漁船と衝突事故
２．19　税制関連法案を衆院本会議で趣旨説明、財務金融、総務委員会に付託
２．21　道路財源特例法案を衆院本会議で趣旨説明、国土交通委員会に付託
２．27　民主、税制関連の法案要綱をまとめる
２．29　2008年度予算案、衆院予算委員会で与党採決強行、衆院通過 税制関連法案を衆院財務金融、総務委員会で可決、衆院通過 民主、道路関連部分を除く税制関連法案を参院に提出
３．11　衆参両院議院運営委員会、日銀総裁候補者の所信聴取
３．12　参院本会議、日銀総裁、副総裁人事で武藤敏郎、伊藤隆敏を否決
３．13　衆院本会議で道路財源特例法案を可決、衆院通過 衆院本会議で日銀総裁、副総裁人事を同意
３．19　衆院本会議で日銀総裁に田波耕治、副総裁に西村清彦を同意 参院本会議、日銀総裁人事で田波耕治を否決

3．21	与党、道路特定財源についての修正案を野党に提示 「税制抜本改革時に一般財源化に向け見直す」
3．27	福田首相「道路関連法案・税制の取り扱いについて」新提案を発表 「09年度から全額一般財源化。道路整備計画は5年間に短縮して策定しなおす」 与党、道路関連以外の暫定税率期限1ヶ月延長を提案
3．28	衆参両院議長仲裁により道路以外の暫定税率を2ヶ月延長するつなぎ法案を議員立法提出とすることで与野党合意 2008年度政府予算案を参院本会議で否決、憲法60条2項の規定により成立
3．31	国民生活混乱回避税制関連法案（衆院委員長提出）を衆参両院本会議で可決、成立
4．4	税制関連法案を参院本会議で趣旨説明、財政金融、総務委員会に付託
4．9	参院本会議、日銀総裁人事で白川方明を同意、副総裁人事で渡辺博史を否決
4．11	道路財源一般化、政府与党合意「09年度からの一般財源化、暫定税率は税制抜本改革時に検討する、必要と判断される道路は着実に整備する」
4．14	与野党国対委員長会談で道路特定財源の政策協議申し入れ
4．15	後期後継者医療保険料の年金天引き開始
4．16	道路財源特例法案を参院本会議で趣旨説明、財政金融委員会に付託
4．18	与野党、第1回道路特定財源政策協議
4．23	与野党、第2回道路特定財源政策協議
4．25	在日米軍駐留経費特別協定承認案、参院本会議で不承認、憲法61条の規定により承認 自・公党首会談、一般財源化確認、道路法案取扱い合意
4．30	衆院本会議、税制関連法案を憲法59条4項により参議院が否決したものとみなす議決、憲法59条2項により再議決、成立
5．9	道路財源特例法案を参院財政金融委員会で否決
5．12	道路財源特例法案を参院本会議で否決
5．13	内閣、道路特定財源をめぐる閣議決定「09年度からの一般財源化、暫定税率は今年度の税制抜本改革時に検討」 道路財源特例法案を憲法59条2項により衆院本会議で再議決、成立
5．23	野党四党、後期高齢者医療制度廃止法案を参院に提出
5．27	国家公務員制度改革基本法案で与野党が修正合意
5．28	衆院内閣委員会で国会公務員制度改革基本法案を修正議決
5．28	道路一般財源化与野党政策協議再開
6．5	後期高齢者医療制度廃止法案を参院厚生労働委員会で可決、与党欠席
6．6	後期高齢者医療制度廃止法案を参院本会議で可決
6．11	福田首相問責決議案、参院本会議で可決
6．11	参議院本会議で議員立法8件、政府提出法案5件を可決成立
6．12	福田首相信任決議案、衆院本会議で可決
6．13	与党プロジェクトチーム、後期高齢者医療見直し策決定
6．13	衆院本会議で会期を21日まで6日間延長、EPA自然承認のため

（資料）『朝日新聞縮刷版』、国会会議録より筆者作成

図４・１　小泉内閣支持率の変化

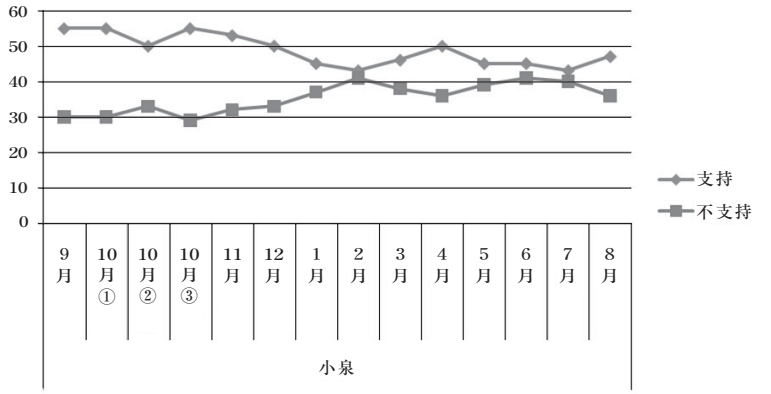


図４・２　安倍内閣支持率の変化

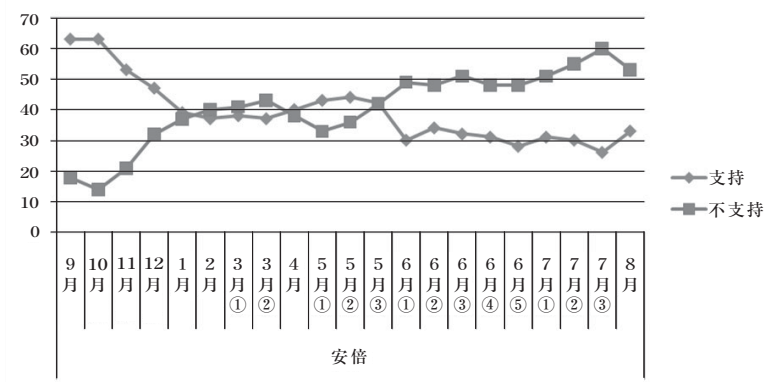


図４・３　福田内閣支持率の変化

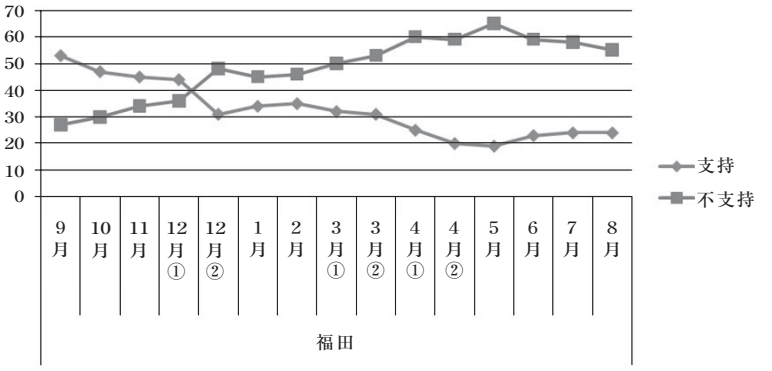
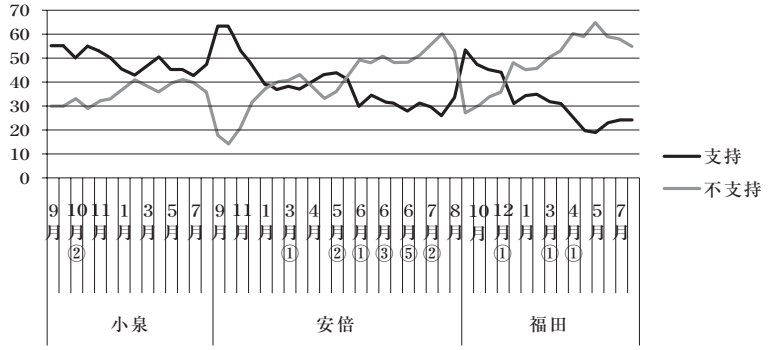


図４・４　内閣支持率の変化



（1）ポグントケとウェッブは、議院内閣制の政権において、大統領制と同様に首相の政治的指導力を可能とする要因として、執政の長である首相の権力リソースの増加と、執政及び政党内での首相の自律性の増大、国民による指導者選択の選挙過程が顕著になることを挙げている（Thomas Poguntke and Paul Webb, eds., *The Presidentialization of Politics : A Comparative Study of Modern Democracies*, Oxford : Oxford University Press, 2005, p.4）。同様に、小泉政権における首相主導の政策決定プロセスへの転換を選挙制度改革と行政改革の制度改革の帰結とする研究として、待鳥聡史「小泉長期政権を支える政治改革の成果」『中央公論』二〇〇五年四月号、竹中治堅『首相支配―日本政治の変貌』中央公論新社、二〇〇六年、内山融『小泉政権―「パトスの首相」は何を変えたのか』中央公論新社、二〇〇七年等がある。また、伊藤は、選挙制度改革と執政府改革が自民党を中心とするコア・エグゼクティヴの構造と意思決定にもたらした影響を理論的な観点から実証を行っている（伊藤光利「官邸主導型政策決定と自民党―コア・エグゼクティヴの集権化」『レヴァイアサン』三八号、二〇〇六年）。

（2）河野勝はこうしたルールの定着を、繰り返しゲームのもとでは、将来の影（shadow of the future）を回避するために主流派と反主流派のプレイヤー間で協調行動が形成されるとする合理的選択論の観点から説明している（河野勝「自民党―組織理論からの検討」『レヴァイアサン』第九号、一九九一年、四七～四八頁）。

（3）五年五か月の在任中、常に閣僚であったのは竹中平蔵のみであるが、福田康夫（官房長官）、谷垣禎一（財務大臣等）、麻生太郎（総務大臣・外務大臣）、中川昭一（経済産業大臣・農林水産大臣）、石原伸晃（行政改革担当大臣・国土交通大臣）、川口順子（環境大臣・外務大臣）、小池百合子（環境大臣）、坂口力（厚生労働大臣）らの在任期間は三年を越えた。

（4）小泉内閣の支持率は、在任五年五ヶ月の平均で五〇％と歴代の自民党政権で最も高い支持率であったが、政権末期の一年間においても、なお五〇％近い高支持率を維持しつづけた（本報告における世論調査の数字は、朝日新聞社の実施した世論調査に依拠した）。

（5）内山・前掲書一九六～一九七頁。

（6）中井歩「内閣機能の強化と行政の役割」『岩波講座憲法4変容する統治システム』岩波書店、二〇〇七年、一四九頁。

（7）『毎日新聞』二〇〇七年四月三日。同様に、退職公務員の再就職に関して押しつけ的あっせんがあったことを認める政府答弁書に対して、事務次官等会議では、財務、経済産業、警察、金融の各事務次官、長官からの反対が

相次いだ。その結果、閣議に上げることは困難となったが、官邸側の主導で閣議決定を押し切ることとなった（『日本経済新聞』二〇〇七年三月二八日、『産経新聞』二〇〇七年三月二八日）。

(8) 後の福田内閣において公務員制度改革基本法が成立したが、そこでも、担当大臣の渡辺喜美行革担当大臣に対する各省や自民党からの反発は強く、政府提出法案では、内閣人事庁への人事権の一元化は盛り込まれなかった。しかし、国会での審議段階で民主党が一元化を強く主張し、法案は同党の要求に沿う形で修正議決されることとなった。

(9) 族議員からの反発が強まった要因としては、経済財政諮問会議において、首相自らがトップダウンで方針を示したことによって、その批判が安倍自身に集中してしまったことが指摘されている（清水真人『経済財政戦記―官邸主導小泉から安倍へ』日本経済新聞社、二〇〇七年、三九七～四〇四頁）。

(10) 『朝日新聞』二〇〇七年六月五日。

(11) 首相の補佐役である塩崎官房長官は、政策通であったものの、党務での経験がなく、与党側との調整不足がしばしば指摘された（上杉隆『官邸崩壊―安倍政権迷走の一年』、新潮社、二〇〇七年、五一～五五頁）。

(12) 安倍政権においては、事務の官房副長官は、慣例である旧内務省系省庁出身者ではなく、安倍の父親の代から親交のある元内閣内政審議室長の的場順三が任命された。この人事が要因となって、官邸に省庁からの情報が上がってこないなど、官僚制の側からの協力取り付けが困難になったとの指摘もある（上杉・同四四～四六頁）。

(13) 飯尾潤『政局から政策へ―日本政治の成熟と転換』NTT出版、二〇〇八年、二四〇頁。

(14) 読売新聞政治部『真空国会―福田「漂流政権」の真相』新潮社、二〇〇八年、四五～四七頁。

(15) 総定数二四二名中、連立与党は改選前の一三三議席から、一六七回臨時国会召集時には、一〇五議席と激減していた。

(16) 野党側は二月二九日に参議院に提出した野党の対案の審議を先行させることで、政府案の審議をたな晒しにする戦術をとろうとし、これに対抗し、与党は野党の対案を可決することで、政府案が否決されたとみなす「奇策」でもって、野党側をけん制する構えを見せた。両者のにらみ合いの結果、結局、閣法と対案の野党案が参議院で審議入りしたのは、四月四日となった。

(17) 衆議院で法案を再議決する際に、与党内から一六から一七名の造反議員が出れば否決される見通しであった。河野太郎衆院議員ら党内の若手議員からは、一般財源化の担保がなければ道路整備財源特例法案に反対も辞さな

いとする意見が表明されていた。

(18) 四月一一日の政府・与党合意では、自民党道路族の意向を受けて、必要と判断される道路は着実に整備する、地方財政に影響を及ぼさないことの各項目が盛り込まれていた。

(19) 四月二五日に与党から提出された中間報告の動議が野党の多数で否決された。

(20) 参院の現場レベルでは、道路整備財源特例法案の修正協議を与野党で行うことが合意されていたが、どの委員会で修正協議を行うのか決まっておらず、また日程的にも時間がないことから、結局、法案修正には至らなかった(『朝日新聞』二〇〇八年六月二〇日)。

(21) ただし、一九九八年七月の参議院選挙後から一九九九年一〇月に公明党が連立政権に参加するまで、参議院においては、与野党逆転の状態であった。

(22) コンセンサス(合意)型は、内閣提出法案に対して、野党第一党が与党との間で内容修正に合意し、採決において賛成した審議様式と定義し、アリーナ(対抗)型は、内閣提出法案に対して、野党第一党が対案となる議員提出法案または修正案を提出して、採決において反対(審議拒否を含む)した審議様式と定義した。

(23) 二〇〇〇年二月一六日の「国家基本政策委員会合同審査会の運営についての申合せ」では、党首討論を会期中、毎週一回行うことが合意されたものの、総理が衆参の本会議、予算委員会、重要広範議案審査の委員会に出席する週には開会しないことが合意された(大西勉「党首討論をめぐる若干の問題」中村睦男・大石眞編『上田章先生喜寿記念論文集・立法の実務と理論』信山社、二〇〇五年、八七八～八七九頁)。

(24) 飯島勲『小泉官邸秘録』日本経済新聞社、二〇〇六年、三三～三五頁。

(25) 上杉隆『小泉の勝利メディアの敗北』草思社、二〇〇六年、三四～四七頁。

(26) 読売新聞政治部『外交を喧嘩にした男―小泉外交二〇〇日の真実』新潮社、二〇〇六年、七一～七三頁。

(27) 一九九八年から二〇〇六年までの九年間の不正常採決の合計は三四件と年平均で四件弱にすぎない(『朝日新聞』二〇〇七年六月三〇日)。

(28) 議事運営権には、議長や委員長が法規通りに持つとする専決事項説と、全会一致ルールを行使することで実質的には野党(少数党)側が持つとする野党説があるが、法案の審議や採決を先送りするといった消極的な議事運営権を多数党の野党委員長が行使する場合には、少数党の与党側には対抗手段がまったく存在しないということになる。すなわち、安倍政権で行われたような中間報告は過半数を失った与党側には行使することはできないの

である。なお、一六九回通常国会では、参議院の常任委員会の内、予算委員長は自民党がとったものの、総務、外交防衛、財政金融、厚生労働、農林水産、経済産業等の委員長ポストは民主党が占めた。このように委員長ポストの配分が各党にまたがったため、道路整備財源特例法案（国土交通省所管）の取り扱いをめぐって、衆院で国土交通委員会に付託されたのと同様に、参院においても、参院規則及び前例に従って、国土交通委員会（自民党委員長）に付託するように自民党が求めたのに対して、議院運営委員会の採決によって、財政金融委員会（民主党委員長）に付託されるという異例の事態が生じることとなった。同法案の付託問題については、結局、江田参院議長のあっせんにより、財政金融委員会と国土交通委員会の連合審査を行うことで決着が図られることとなった（『朝日新聞』二〇〇八年六月二〇日）。

(29) この修正件数のうち、五件が施行日修正等の形式修正である。

(30) 民主党の意思決定は、もともと部門会議から積み上げていくボトムアップ型が重視されてきたが、小沢一郎の代表就任後は、小沢によるトップダウン型が混在するようになり、特に、重要事項に関しては、部門会議の決定を飛び越して、代表のトップダウンで決められることがあるとされる（橘民義編・著『民主党一〇年史』第一書林、二〇〇八年、一三六～一三七頁）。このことは、逆に、小沢代表が重視していない問題に関しては、部門ごとの現場の担当者に与野党間の政策調整を行う裁量が存在することを意味していよう。

(31) 岩本康志「「ねじれ」前提の意思決定を」『日本経済研究センター会報』二〇〇八年六月号、二八～二九頁。

(32) 待鳥は、九〇年代からの小選挙区制の導入や内閣機能強化を含む行政改革など、一連の統治機構改革によって、日本の議院内閣制は議会多数派の意向をより重視し、かつ多数派内部でのリーダーの役割を強める選択を行ったとしている（待鳥聡史「再可決二度目参院制度改革が望まれる」『朝日新聞』二〇〇八年五月一日）。

(33) 租税特別措置に関して、野党側から与党に対して、事前に与野党間で協議して、「一致して賛成する項目」と「賛否が分かれる項目」を切り分け、別々の法案として提出するよう要求が出されたとされる。しかし、与党は賛否の項目を一緒に提出したほうが民主党が反対しにくいとの考えから受け入れなかったという（『朝日新聞』二〇〇八年一月二五日）。

(34) 政府側から本会議における趣旨説明の希望があった場合には、野党側は「吊るし」を取り下げて、順次本会議における趣旨説明聴取を実施する慣行を確立すべきである。

(35) 二〇〇八年四月二七日に行われた衆議院補欠選挙では、自民党候補が民主党候補に大差で敗れた。このことが影響して、与党は、道路特定財源の一般財源化を担保するための総務会了承、閣議決定という手続きに踏み切ることとなったといえる。仮に、野党候補が敗れていれば、野党側が国会審議に復帰し、審議促進や採決に協力するといった影響が及ぶこともあろう。

(注) 本稿は、二〇〇八年八月二一日に実施された立法過程研究会での口頭報告に一部加筆・修正したものである。

論　　説

リスク社会と民事責任(1)

―― フランス HIV 感染事件を中心に ――

今　野　正　規

目　　次

序説
　第１節　導入――問題意識
　第２節　分析対象の設定
　第３節　叙述の構成
第１章　フランス HIV 感染事件と被害者救済制度
　第１節　AIDS 及び HIV 感染の基礎知識と政策的対応
　第２節　HIV 感染事件に対する法的責任
　第３節　輸血・血液製剤輸注による HIV 感染の被害者救済制度
　第４節　小括　（以上、本号）
第２章　フランス民事責任論における HIV 感染事件の意義
　第１節　「発見できない内在的瑕疵」と外来原因・開発リスク
　第２節　リスク・不確実性と「連帯」
　第３節　カタストロフィと新しい民事責任
　第４節　小括
第３章　予防（警戒）原則に基づく民事責任
　第１節　民事責任における予防（警戒）原則の意義
　第２節　予防（警戒）原則とリスクの受け入れ可能性
　第３節　予防（警戒）原則の法解釈的含意
　第４節　小括
結語――フランス民事責任論の示唆するもの

序説

第1節　導入――問題意識

社会学の領域で登場したリスク社会という語は、1980年代以降、様々な場面で注目を集め、多くの議論を喚起してきた。本稿は、主にフランスHIV感染事件とそれを契機とした議論の検討を通して、リスク社会における民事責任の位置づけを検討する手がかりを提供することを目的としている。

本稿の問題意識の前提として、リスク社会がいかなる社会であるのか、そしてそれが民事責任にいかなる問題を提起しているのかを、今日のリスク社会論の嚆矢となったドイツの社会学者Ulrich Beckの議論に即して簡単に整理しておくことにしたい。

Beckによれば、リスク社会の概念は、近代化の進展度合いと密接な関係を有しており、20世紀中葉以降の社会とそれ以前の社会とを明確に区別する概念である[1]。敷衍しよう。

まず前近代的な伝統社会（「前近代」）から初期的な産業社会（「単純な近代」）へ至る段階で問題となるのは、社会的に生産された富の分配とそれをめぐる争いであり、自然や伝統的束縛からの解放である。Beckによれば、初期的な産業社会のように、社会が「貧困」にある状況では、「窮乏の独裁」によって人間の思考と行動が支配されており、科学技術の発展によって富を生産することが至上命題となる反面、富の分配闘争によって産業社会の生み出す副産物は「意図せざる結果」（残余リスク）として看過ないし正当化される。ところが、近代化が進展し、富の分配闘争が緩和されると「『富を分配する』社会の状況とそこでの争いに加えて、新たに『リスクを分配する』社会の状況とそこでの争いが発生する」[2]。つまり、かつては「貧困」を克服するために甘受されてきた副作用が産業社会においてクローズアップされるとき、継続的な技

[1] Ulrich Beck, *Risikogesellschaft Auf dem Weg in eine andere Moderne, Suhrkamp,* 1986.（ウルリヒ・ベック〔東廉＝伊藤美登里訳〕『危険社会――新しい近代への道』〔法政大学出版局・1998〕）。以下、訳書の頁数で引用する。

[2] ベック・前掲書注(1)26頁。

術と経済の発展――さらに、その帰結としての富の生産と分配――のみならず、それによって生産・分配されるリスクの計算・回避までもが要求されることになる。それゆえ、産業社会においては、富の分配と同時に、保険や社会保障制度を通したリスクの分配が試みられることになる、というのである。

こうした前近代的な伝統社会（「前近代」）から初期的な産業社会（「単純な近代」）へという社会変動は、民事責任の変遷を説明する際にも同様にあてはまるであろう。たとえば大阪アルカリ事件（大判大正５年12月22日民録22輯2474頁）を契機とした「相当な設備」論には、行為の社会的有用性を強調することで富の生産を促し、その反面で行為によって生み出される副産物を「許された危険」として正当化する、という初期的な産業社会の発想を端的にみることができるのであり、また戦後のモータリゼーションを背景とした自動車損害賠償保障法の制定や自賠責保険の制度化などは、保険・社会保障制度を通したリスク分配の試みとして位置づけることができる。

もっとも、Beck のいうリスク社会は、そうした産業社会の枠組みを超えたところに登場する社会である。換言すれば、リスク社会は、リスクの計算可能性の喪失によって産業社会の基盤が揺るがされるに至った段階として位置づけられるのである。初期的な産業社会（「単純な近代」）からリスク社会（「再帰的な近代」）へ至る段階で問題となるのは、リスクの質的転換である。すなわち、リスク社会を特徴づけるリスクは、リスクそのものが直接的に知覚することができない性質ものであることに加え、もたらされる損害も大規模である。したがって、初期的な産業社会のように、統計に基づいて将来生じるであろう事故の生起確率や損害の規模を計算し、保険や社会保障制度を通した分配を図ることが極めて困難であるか、あるいは無意味なものとなる。

Beck のいうリスク社会という文脈でいえば、戦後わが国は、まさにリスク社会そのものであったといえる。20世紀中葉以降、わが国は、公害や薬害に代表されるような、科学技術によってもたらされる多くの悲劇に直面した。そして、Beck も好意的に紹介しているように[3]、そうし

[3] ベック・前掲書注(1)100頁及び Ulrich Beck, *Gegengifte : Die organisierte Un-*

た新しいリスクへの対応を模索するなかで、わが国は飛躍的に民事責任論を発展させてきた。とはいえ、このことは、わが国の民事責任論がリスク社会を克服しうるものであるということを必ずしも意味しない。すなわちわが国では、公害・薬害への対応の多くが過失責任（民法709条）に基づいて図られ、少なくとも法解釈上は、予見可能性や結果回避可能性といった伝統的な民事責任論の枠組みが維持された。その意味では、Beck のいう産業社会の枠組みの延長線上で法的対応が模索されたのである。そして、リスク社会という言葉がかなり普及したように思われる今日でも、リスク社会を正面から受け止めた形での民事責任――すなわち、計算可能性のないリスクに対する行為者の責任――に本格的な検討が加えられるに至っていない[4]。

本稿は、こうした問題意識に基づき、リスク社会における民事責任の位置づけを検討しようとするものである。

第２節　分析対象の設定

ところで、リスク社会において民事責任に与えられる位置づけを分析する際には、その前提として何よりもまずリスク社会と責任概念の間にある一定の緊張関係に留意しなければならない。

イギリスの社会学者 Anthony Giddens は、Beck のリスク社会論を継承しつつ、リスク社会を特徴づけるリスクが責任概念の危機をもたらす

---

verantwortlichkeit, Suhrkamp, Frankfurt/M, 1988, S.222. を参照。

[4] 近時では、リスク社会が民事責任論とも密接な関係を有するものであることが示唆されている。中山竜一「リスク社会における法と自己決定」田中成明編『現代法の展望――自己決定の諸相』（有斐閣・2004）253頁以下、同「リスクと法」橘木俊詔＝長谷部恭男＝今田高俊＝益永茂樹責任編集『リスク学入門１リスク学とは何か』（岩波書店・2007）87頁以下。もちろん、民法学においても、検討の必要性が徐々に意識されつつあるものの（たとえば、吉田克己「現代不法行為法学の課題――被侵害利益の公共化をめぐって――」法の科学35号（2005）143頁は、現代不法行為法学が直面している問題状況の１つとして、リスク社会化を挙げている）、本格的な検討はまだ十分になされていないように思われる。

としている[5]。Giddens によれば、もともとリスクとは、将来の可能性を積極的に評価したうえであえて危険（danger）を冒すという意思決定を含意した概念であり、責任は、そうした一定の意思決定によってもたらされた出来事に対して帰属されるものであった。換言すれば、リスクと責任は、どちらも事前の意思決定を前提としている。しかし、リスク社会は、こうしたリスクと責任、さらにはその前提となる意思決定の位置関係を変化させる。すなわち、リスク社会を特徴づけるリスク――Giddens はこれを「人為的に造り出されたリスク」（manufactured risk）と呼ぶ――は、最先端の科学技術によって造り出され、ほとんどの状況において計算不可能であるがゆえに、それによってもたらされた出来事について事前に意思決定を行うことも、また責任として引き受けることもできない。それゆえに Giddens は、リスク社会においては責任概念が危機にさらされる、というのである。

Giddens の指摘するように、伝統的な責任システムにおいて計算不可能なリスクは、本質的に責任帰属の対象とされてこなかったリスクである。そして、まさにそれゆえに、これまでリスク社会における法的対応は、民事責任を通した事後救済よりも、刑事規制や行政規制を通した事前規制を中心に語られてきた[6]。リスク社会における民事責任の位置づけを検討する際には、こうしたリスク社会と責任概念の矛盾した関係を考慮したうえで分析対象を設定する必要がある。

以下では、フランスにおける輸血・血液製剤輸注による HIV 感染事件（以下、HIV 感染事件と呼ぶ）に対する法的対応を取り上げ、それを契機とした民事責任論の展開について検討を加えることにしたい。本稿において、HIV 感染事件が分析対象とされるのは、そこで問われた実質的な問題が、フランスにおいてリスク社会における民事責任のあり

---

[5] Anthony Giddens, Risk and Responsibility, 62 Modern Law Review 1999, pp.8 et s.

[6] 民法学と対比するならば、近年、刑法学・行政法学の領域においてリスク社会論に与えられている位置づけには、目を見張るべきものがある。多くの論稿があるが、さしあたり、長谷部恭男責任編集『リスク学入門 3 法律からみたリスク』（岩波書店・2007）に所収の諸論文、並びに「〈特集〉国家は撤退したか？――『規制緩和』と『リスク社会』」ジュリスト1356号（2008）の諸論文を参照。

方を問うものであったように思われるからである。ここではさしあたり次の2点を強調しておきたい。

第1に、HIV感染事件は、リスク社会を特徴づけるリスクが問題となった事件であり、その意味でリスク社会と民事責任が交錯した事件であったと考えられる。すなわち、HIV感染事件をめぐる多くの訴訟では、科学知識が未確立の状況で生じた損害についての責任が争われ、そのなかで、計算可能性のないリスクと民事責任との関係が正面から問い直された。また、その過程で導かれた法的責任の枠組みが、その後のアスベストによる中皮腫やBSEによる変異型クロイツフェルト・ヤコブ病、輸血及び血液製剤輸注によって感染するB型及びC型肝炎などの新しいリスクへの法的対応を議論する際の試金石となっている。その意味でHIV感染事件は、たとえ事件としてはもはや過去のものとなっているとしても、今日でもなお検討に値するのである。

第2に、フランスではHIV感染事件は、その事件の特殊性にもかかわらず、民事責任論一般に波及する非常に多くの議論を喚起した。すなわちHIV事件以降のフランスでは、法学のみならず、それと隣接する諸学問領域において、民事責任がしばしば検討対象とされるようになっており、今日民事責任論に加えられる批判の多くが、民事責任論内部の動きというよりも、むしろその隣接諸学問領域において展開された議論を契機としている。このことは、HIV感染事件が現代社会一般を考えるうえでも無視することができない重要性を有していることを示唆すると同時に、HIV感染事件の提起した問題が、民事責任論の根本的な問題にも結びついていることを示唆している。

こうした観点から、フランスHIV感染事件において提起された議論がどのような背景のもとに導かれたのかを民事責任論との関係づけの中に探り、それをもってリスク社会における民事責任の位置づけを検討するための示唆としたい、というのが本稿でHIV感染事件を取り上げる理由である。したがって本稿においてフランスのHIV感染事件が取り上げられるのは、わが国のHIV感染事件との比較・検討を通して法解釈的な示唆を得るためではなく――もちろん、そうであるからといって、そうした作業の必要性を否定するものではない――、あくまでリスク社会と民事責任の関係を検討する際のモデル・ケースとしてであることを

あらかじめお断りしておきたい。

第3節　叙述の構成

以下では、フランスHIV感染事件についての法的及び政策的対応をみたうえで（第1章）、それが伝統的な民事責任論においていかなる意義をもったのかを検討する（第2章）。そのうえで、最後にHIV感染事件を契機に意識されるようになった予防（警戒）原則に基づく民事責任についてのフランスの議論状況をみることにしたい（第3章）[7]。もっとも、先述したように、HIV感染事件以降のフランスでは、法学のみならず、様々な学問領域において、民事責任が検討対象とされている。こうした事情を考慮して、以下では各章ごとに、おおむね次の3点を基本軸として分析を進めている。

第1に、HIV感染事件に示された法的対応が、伝統的な民事責任論に与えた影響を、民事責任の要件・効果に即して検討する（第1章第2節・第3節、第2章第1節、第3章第3節）。本稿がリスク社会における民事責任の位置づけを検討するものであることに鑑みると、HIV感染事件やそれを契機として展開した民事責任論が、民事責任の要件・効果（ないしは機能）にいかなる影響を及ぼしたかの検討は、必要不可欠である。とりわけ以下では、主にフォート要件及びその消極的な側面である免責事由を中心に取り上げているが、これらが中心的に取り上げられるのは、フォート要件や免責事由が、HIV感染事件の中心的な争点を形成すると同時に、それらをめぐって展開された議論がリスク社会のいくつかの特徴を反映しているためである。

第2に、HIV感染事件やそれを契機とする民事責任論の展開をリス

[7] なお、第1章は、あくまで第2章、第3章の前提を提供するものにすぎないが、先述したように、HIV感染事件において採用された法的枠組みは、アスベストによる中皮腫やBSEによる変異型クロイツフェルト・ヤコブ病、輸血及び血液製剤輸注によって感染するB型及びC型肝炎に対する法的対応を議論する際の試金石となっていることもあり、以下では資料的な意味も込めてやや紙幅を割いて検討している。あらかじめ了承されたい。

クに関する意思決定という観点から検討する（第２章第２節、第３章第２節）。リスクと意思決定が責任概念と密接に関係していることは既にみたとおりであるが、以下でリスクに関する意思決定が検討される理由は、HIV 感染事件が、加害者である国や輸血センターの責任を判断する際に、その意思決定の妥当性を争うものであったことに加え、それを契機とした民事責任論の展開を理解することにも資するからである。

第３に、HIV 感染事件を契機とする民事責任論の展開を、近時議論を集めているカタストロフィに対する責任、あるいは予防（警戒）原則に基づく民事責任の一環として考察する（第２章第３節、第３章）。後述するように、フランスでは、HIV 感染事件を契機に、カタストロフィや「重大で不可逆的な損害」に対する法的対応が意識され、損害の塡補という伝統的な被害者救済に再検討が迫られると同時に、予防（警戒）原則（principe de précaution）に基づく民事責任の必要性が喚起されるに至っている[8]。以下では、HIV 感染事件が伝統的な民事責任論にいかなる影響をもたらしたのかを明らかにするために、HIV 感染事件がカタストロフィや「重大で不可逆的な損害」について展開された議論のなかに占める位置に配慮しつつ、検討を進めることにしたい。

なお、以下の考察にあたっては、可能な限り HIV 感染事件とそれを契機とする議論状況の整理に努めているが、取り上げた議論の選択は、個人的な評価に基づくものであり、必ずしも網羅的ではない。また、今日のフランス民事責任論を理解するために――ないしフランス民事責任論の潜在的な可能性を探るために――必要な事項については、フランスの議論においては簡単に言及されるにとどまるものであっても、私なりに敷衍し、積極的に叙述のなかに組み入れた。あらかじめお断りしておきたい。

[8] なお、以下では principe de précaution に、予防（警戒）原則という訳語をあてている。その理由は、この原則が、必ずしも損害の先制的な「予防」を意味するだけでなく、新しいリスクや不確実性について、「警戒」的な振る舞いを要求する側面があることにある。予防（警戒）原則ないし「警戒」的な振る舞いの含意については、第３章であらためて検討する。

第１章　フランス HIV 感染事件と被害者救済制度

1980年代初頭に生じたフランス HIV 感染事件は、1980年から1985年までの間に、5,000人以上の被害者――輸血によって約4,000人、血液製剤輸注によって約1,250人――をもたらしたといわれる。AIDS の発症や HIV 感染は、人権侵害や家族の崩壊など、非常に多くの法的問題を喚起したが[9]、民事責任の領域においても「輸血後の AIDS 被害者に引き起こされた損害の大きさは、古典的な責任法の限界と国民連帯の方法による補償基金創設の必要性を示した」ものとして位置づけられ[10]、次章以下でみる近時の民事責任論においても非常に重要な位置を占めている。

本章の目的は、フランス HIV 感染事件の紹介を通して、次章以下での出発点を確認することにある。以下ではまず、AIDS 及び HIV 感染の基礎知識とそれに対する政策的対応を簡単に整理したうえで（第１節）、次に実際の判例・裁判例で採用された法的責任の枠組みを一瞥し（第２節）[11]、最後に1991年12月31日の法律47条によって創設された被害者救済制度の概要をみることにしよう（第３節）[12]。

---

[9] AIDS 及び HIV 感染がもたらす一般的な問題及び対応については、松川正毅「フランスにおけるエイズ対策と法」三重大学法経論集10巻１号（1992）105頁以下を参照。

[10] François Terre, Philippe Similer et Yves Lequette, *Droit civil : Les obligations,* 7e édition, *Dalloz,* Paris, 1999, n°946, p.874.

[11] なお、以下では民事責任のみならず行政責任をも検討の対象とする。フランスでは、公衆衛生機関の行うサービス一般（公衆医療サービスに限定されない）が、行政裁判所の管轄に服するため、わが国では通常の民事訴訟手続きのもとで処理される事案が、フランスではしばしば行政裁判所において判断されるためである。

[12] なお、フランス HIV 感染事件の発生から1991年12月31日の法律に至るまでの経緯については、高山直也「フランスにおける HIV 感染被害とエイズ補償基金法」外国の立法34巻５＝６号（1996）31頁以下がある。

第1節　AIDS及びHIV感染の基礎知識と政策的対応

AIDS及びHIV感染に対する法的責任を理解するためには、これらの疾病の特殊性とそれに対する政策的対応を一瞥しておく必要がある。具体的な検討に入る前に、あらかじめAIDS及びHIV感染に関する基礎知識を整理し(1)、それに対する政策的対応を確認しておくことにしよう(2)[13]。

(1)　まずAIDSに関する基礎知識と以下で用いる語句の意味について簡単に整理しておきたい。

今日、AIDS（後天性免疫不全症候群〔acquired immunedeficiency syndrome〕）[14]として知られる疾病は、1981年に公表されたアメリカ防疫センター（Center of Disease Control〔後にCenter for Disease Control and Preventionへと改編〕）の報告書を嚆矢としている[15]。AIDSは当初、その感染者に占める割合から、同性愛者や麻薬静注常用者をはじめとする特定のリスク・グループに固有の疾病と考えられていた[16]。しかしそ

---

[13] AIDSやHIV感染については、様々な文献が存在する。AIDSに関する総括的文献としては、ミルコ・D・グルメク（中島ひかる＝中山健夫訳）『エイズの歴史』（藤原書店・1993）及びJean Pierre Soulier, *Transfusion et sida : Le droit à la vérité, Editions Frison-Roche*, Paris, 1992. を、HIV感染事件に関する法的・政策的対応を検討するにあたり、AIDS及びHIV感染の基礎知識に触れるものとしては、Marie-Angele Hermitte, *Les Sang et le Droit : Essai sur la transfusion sanguine, Seuil,* Paris, 1996. を、また民事責任に関する限りでこれらを整理しているものとしては、Yvonne Lambert-Faivre, L'indemnisation des victimes post-transfusionnelles du sida : hier, aujourd'hui et demain..., *R.T.D.civ.* 1993, pp.2 et s. をそれぞれ参照されたい。わが国のものとしては、高山・前掲注（12）31頁以下が政策的対応について詳細に記述している。以下の記述は、これらの文献に負うところが大きい。

[14] フランスでは、AIDSをSIDA（syndrome d'immunodéficience ou dépression acquise）と表記することが多いが、以下では通例にならいAIDSという表記を用いることにしたい。

[15] グルメク・前掲書注（13）27頁以下。ニューモシスティス・カリニ肺炎で死亡した29歳から36歳の男性同性愛者の事案の報告であったという。

[16] 1982年末頃に確認されたAIDS患者のうち、75％が複数のパートナーをもつ

の後、その原因がＴリンパ球の破壊を引き起こすHIV（ヒト免疫不全ウイルス〔human immunodeficiency virus〕）[17]によるものであるとする疫学的見解が有力となり、特定のリスク・グループに属する者のみならず、また精液のみならず血液によっても感染する疾病であることが確認された。それゆえ今日では、同性愛者にみられる免疫障害のみならず、同様の免疫障害を示す患者一般について用いられる病名となっている。

次に、AIDSという疾病の定義・分類を確認しておきたい。AIDSの定義については、1987年の世界保健機関及びアメリカ防疫センターによる定義がしばしば参照される。これはAIDSが進行性の疾病であることを考慮し、過渡的な段階から明確な症状を示す段階までを時系列に４段階に分類して定義したものである。

まずHIVに感染すると、感染者の30％程度が数週間くらいで一時的に感冒のような症状を示す。これが第１段階に分類される。しかしその後、無症状期（Asympotmatic Carrier）と呼ばれる第２段階に入る。HIV感染を診断する際に必要となる血清抗体陽性反応が検出できるようになるのは、この第２段階以降である（第１段階ではHIVに感染していたとしても検出できない）。第２段階から、10年から12年程度の潜伏期を経て、AIDS関連症候群（AIDS Related Complex）という第３段階に至り、リンパ節腫脹、発熱、下痢等の具体的症状を示すようになる。第４段階では、Ｔ４リンパ球の減少による日和見感染、体質障害、神経障害、癌、その他の様々な症状を示すようになる（第４段階はその症状によってさらに５つに区別される）。通常、AIDSという病名は、具体的症状が現れる第３段階以降を指し、それより前の段階とは区別されている。以下では、免疫不全状態に陥る第３段階以降を指してAIDSと呼ぶこととし、単にHIVに感染しただけの状態（第１、第２段階）を

同性愛者・両性愛者であり、残り25％がヘテロセクシャルの男女、小児、麻薬静注常用者、ハイチからの移民、血友病患者であったため、こうした理解がうまれた。それゆえ、当初は、ゲイ関連免疫不全症（Gay Related Immuno-Deficiency）という名称をあてる案も存在したという。グルメク・前掲書注（13）71頁。

[17] フランスでは、HIVをVIH（virus de l'immunodéficience humaine）と表記することが多いが、以下では通例にならってHIVという表記を用いることにしたい。

HIV 感染と呼び、区別することにしたい。

次に、AIDS をもたらす HIV の感染経路を一瞥しておくことにしよう。周知のように、今日 HIV 感染については、性的接触、注射針をはじめとする医療器具による感染、輸血・血液製剤輸注、母子感染といった複数の感染経路が明らかとなっている。HIV 感染事件において問題となったのは、輸血・血液製剤輸注による感染である。フランスでは、血液製剤輸注による HIV 感染については1982年１月に、輸血による HIV 感染については1983年11月にそれぞれ確認されている[18]。

なお、手術等の際に輸血に用いられる血液と血友病患者の治療に用いられる血液製剤は、共に血液製剤と呼ばれるが、手術等の際に輸血に用いられる血液は、不安定血液製剤と呼ばれ、血友病患者に用いられる血液製剤は、安定血液製剤と呼ばれる。本稿では輸血用血液及び輸血と呼ぶ場合には不安定血液製剤及びその輸注を、血液製剤及び血液製剤輸注と呼ぶ場合には安定血液製剤及びその輸注をそれぞれ指すこととする[19]。

---

[18] アメリカでは1979年から血友病患者の HIV 感染が確認されており、また輸血患者についても1982年８月の段階で HIV 感染が確認されていた。しかし、医学誌がこれらの症例について記述した論文の掲載を拒否するなどしたため、これらの症例の発表は遅れることになったという（グルメク・前掲書注（13）277頁）。ちなみに、日本で最初の AIDS 報道は、1982年７月20日付けの毎日新聞によるものと言われ、血液製剤と HIV 感染の関係が騒がれるようになったのは1983年以降のことである。

[19] なお、輸血用血液と血液製剤には、次の２点で違いがある。

第１に、輸血用血液は活性細胞を用いるため、加熱処理によってウイルスを不活性化できないのに対し、血液製剤は加熱処理によってウイルスを不活性化することができる。それゆえ輸血用血液による感染については、供血者の選別によって感染の回避が図られ、血液製剤による感染については加熱処理によって感染の回避が図られることになる。

第２に、輸血用血液は、特定の供血者の血液から生産されるのに対し、血液製剤は複数の供血者の血液を濃縮して生産される。それゆえ、輸血用血液は、供血者が HIV に感染していた場合であっても、感染するのは当該供血者の血液から生産された輸血用血液のみであるのに対して、血液製剤の場合には、一人の供血者が感染していると、当該供血者の血液を含む全てのロットが感染した血液製剤となる。通常血液製剤は、数千から２万人程度の供血者の血液から

(2) 以上を踏まえて、次にAIDS及びHIV感染に関する政策的対応をみておくことにしよう。

フランスの輸血事業は、1952年7月21日の法律によって、輸血センターによる事業の独占と、血液の採取、血漿の処理及び血液製剤の精製、供給、輸注についての枠組みが規定された[20]。この法律は、供血が任意、無償、匿名によって行われること、血液が人体の一部であり、医薬品と区別して扱われることを基本原則とし、国の認可を受けた輸血センターに、輸血事業に関する排他的な権限を付与するものであった。こうした枠組みのもとで、フランスの輸血事業は、厚生大臣のアレテによって承認された私的機関や県または市の公的機関など、1982年の段階で180を超える輸血センターによって独占されていた[21]。

輸血・血液製剤輸注によるHIV感染についての最初の政策的対応は、1983年6月20日付けの保健衛生総局長（directeur général de la Santé）による次官通達――これは1985年1月16日に再度通達されることになる――である。これは、1982年7月にアメリカ防疫センターが奨励していた対策を受けたものであり[22]、疾患が血液によって感染すること、その

なるため、供血者のひとりが感染していた場合の影響は輸血用血液よりも著しく大きなものとなるという。

後述する政策的対応が輸血用血液と血液製剤とで異なるのは、こうした違いを反映したためである。

[20] なお、1952年7月21日の法律の規定は、公衆衛生法中に設けられているが、公衆衛生法については、その後の度重なる改正により、1952年当時の規定と今日の規定の対応関係が必ずしも明確でない。したがって、以下での記述においては、公衆衛生法の規定ではなく個別の法律を引用する。特に断りのない限りは、他の法律についても同様である。

[21] ただし、各機関は原則的としてそれぞれの責任において活動し、採血から血液製剤の製造、さらに各医療機関への供給など処方・輸注以外の全てを独占して行う。したがって、各機関を統括する機関が存在するわけでなく、供血者のスクリーニング等も基本的には個別の機関の判断に委ねられる。こうした制度は、1993年1月4日の法律によってフランス血液機関（Etablissement français du sang）が設置されるまで基本的に維持された。

[22] アメリカ防疫センターは、AIDSが精液や血液を媒介とするウイルス性の感染症であるという推測を立て、プールされていない血液製剤の利用促進や供

予後の見通しが極めて暗いものであること、そして病状は急速に悪化するものの現在の段階で治療手段が存在しないことなどを明確にし[23]、各輸血センターに対し、その回避措置として供血者に口頭や質問票を通じての問診やスクリーニングの実施を促し、同性愛者や麻薬静注常用者の供血を抑止しようとするものであった。

もっとも、こうした対応は、多くの関係機関において、実際にはほとんどとられることがなかった。その理由については、通達が強制力を欠いていたこと、性生活に関して質問することへの躊躇をはじめとして様々なものが指摘されているが、後に多くの訴訟で問題となるのは、この時期にAIDSに関する科学知識が未確立の状況であったことである。

すなわち、今日では、AIDSがHIVを媒介とするウイルス性の感染症であること、血液によってHIVに感染する可能性があること、HIV感染からAIDSの発症までにはかなりの潜伏期間があることなどが知られているものの、先述した通達の出された1983年6月の段階では、HIVの存在やその性質について未だ争いがあり[24]、AIDSがHIV感染から長期間を経て発症する疾病であることも知られていなかった[25]。また

血者の問診による選別といった予防措置の実施を奨励した。ただし、こうした措置に対しては、同性愛者協会、血友病協会、食品医薬品管理局を中心とする機関からかなりの抗議がなされ、十分に普及しなかったともいわれている。

[23] ただし、用いられた表現形式は、混乱を回避するために、非常に和らげられたものであったとされる。M.-A. Hermitte, *supra* note 13, p.249.

[24] 今日HIVの発見は、1983年1月25日にパストゥール研究所のLuc Montagnierの研究グループによるLAV（リンパ腺症関連ウイルス〔lymphadenopathy-associated virus〕）の分離によるものであることが知られているが、同ウイルスについては、アメリカ国立癌研究所のRobert Galloらによって HTLV-Ⅲ（ヒトT細胞白血病ウイルスⅢ〔human T-lymphotropic virus type-Ⅲ〕）であるとする見解も示されていた（なお、当時の論争の経緯については、論争の当事者が執筆したリュック・モンタニエ〔小野克彦訳〕『エイズウイルスと人間の未来』〔紀伊国屋書店・1998〕73頁以下を参照）。Hermitteによれば、こうした争いは、HIVを未知のウイルスとみるか、既知のウイルスのひとつとみるかの違いを反映させたものであり、ウイルスへの政策的対応にも差を生じさせるものであった。M.-A. Hermitte, *supra* note 13, p.246.

[25] 高山・前掲注（12）33頁。AIDSがHIV感染から長期間を経て発症する疾

この時期には、HIV 感染者を確認する血清抗体検査法が、十分に確立していない状況にあり、たとえば1983年 6 月に開発された ELISA 法（酵素標識免疫測定法〔Enzyme-Linked Immuno-Sorbent Assay〕）は、はっきり AIDS とわかった病人のうち40％程度しか血清抗体陽性反応を得ることができない不完全なものであったともいわれている[26]。

このように、通達が出された時期には、AIDS に関する基礎的な科学知識すら十分に確立しておらず、このことが通達の実行を阻害することとなったのである。こうした状況は、その後 AIDS や HIV の科学的解明が進むとともに、徐々に改善されてはいくものの――そしてそれに伴い、問診の徹底、濃縮血液製剤の廃止とその代替措置としてクリオ製剤への回帰が説かれるようになるが――、少なくとも1984年を通して感染回避措置の法的義務づけを担保できるほどには十分でなかったと考えられる[27]。

感染回避措置の本格的な法的義務づけは、1985年 7 月23日の 2 つのアレテによるものである。このアレテによって、輸血用血液については、1985年 8 月 1 日以降、供血者の血清抗体検査が義務づけられ、血液製剤については、1985年10月 1 日以降、健康保険による償還（remboursement）を停止することで、その流通が実質的に抑止されることとなった。その後、同年10月20日付けの保健衛生総局長通達によって、感染している可

病であることが知られるようになったのは、1984年以降のことであるとされている。実際に、この時期に国立輸血センターが血友病患者を対象に実施した調査では、AIDS を発症した患者のみが対象とされ、HIV キャリアが対象とされなかった。この調査では2,300人の血友病患者が対象とされ、検査の結果、6 人に異常が確認されていた。しかし、調査結果は、これらの者がフランス以外の国で輸血を受けたことを理由にフランスで製造された血液製剤による感染を否定している。

[26] グルメク・前掲書注（13）136頁。

[27] ちなみにフランスでは、輸血及び血液製剤用の血液を服役中の受刑者――彼らのなかには麻薬や同性愛による HIV 感染者が多く含まれる――から採取する慣行があり、それによって他の国よりも大きな被害がもたらされることとなったといわれている。Y. Lambert-Faivre, *supra* note 13, p.4. いち早く監獄における採血の危険性を認識し、それを中止したのは、ストラスブールの輸血センターであったが、それでも1983年 9 月までこうした慣行が維持されていた。

能性のある非加熱血液製剤の交付が全面的に禁止されるに至る。

かくして、輸血・血液製剤輸注によるHIV感染については、事実上、終止符が打たれることとなる。しかし、この間にHIV感染者は爆発的に増加し、1985年までの間に約4,000人の輸血患者と約1,250人の血友病患者が感染することとなった[28]。そのため、輸血・血液製剤輸注によるHIV感染は、1980年代後半から1990年代初めにかけて、多くの訴訟で争われることになる。以上を踏まえてHIV感染事件に対する法的責任を概観することにしよう。

第2節　HIV感染事件に対する法的責任

具体的な検討に入る前に、あらかじめHIV感染事件の法的責任（民事責任・行政責任）を考えるうえで重要となる事項を確認しておくことにしたい。

まず輸血事業によってもたらされる損害の責任については、1961年8月2日の法律が規定しているが、この法律は採血によって供血者が被った損害についてのみ無過失責任を規定しており、輸血・血液製剤輸注によって受血者が被った損害については規定していなかった。それゆえ、輸血・血液製剤輸注によって受血者が被った損害については、HIV感染事件に至るまで民法や行政法の一般規範が適用され、独自の判例法理が形成されてきた。

受血者の損害を取り巻く判例法理は、非常に複雑なものとなっており、輸血・血液製剤輸注によるHIV感染においても、関係機関の性質や当事者関係の複雑さなどの事情によって様々な議論が展開された[29]。すなわ

---

[28] Setbonの推計によれば、1982年末までに約500人、1983年半ばまでに約1,000人にとどまるが、それから1985年末までに3,000人を超える感染者が生じた。Michel Setbon, Le cas du sang contaminé confronté au principe de précaution, *in, Le principe de précaution,* Philippe Kourilsky et Genevieve Viney, *La Documentation Française, Odile Jacob,* Paris, 2000, pp.393 et s. なお、1986年2月にフランスの血友病患者のほぼ半数に当たる2,000人を対象にした国立輸血センターの調査によれば、血友病患者の血清抗体陽性反応の有病率は50.5％であったという。グルメク・前掲書注（13）282頁。

[29] なお、今日では1998年7月1日の法律によって、2000年1月1日以降に生

ち、HIV 感染事件では、受血者ないしその遺族が、国、輸血センター、医療機関、医師に対して責任追及を行ったが、このうち国以外の各機関（輸血センター・医療機関）については、その性質――私的機関であるか、公的機関であるか――によって司法裁判所の管轄に服する場合と行政裁判所の管轄に服する場合があり、どちらの管轄に服するかによって適用される規範も異なる。前者に服する事件は、受血者・輸血センター・医療機関・医師のそれぞれの関係が契約関係として理解される――後述するように、伝統的な判例法理は、医療機関・医師と受血者の間ばかりでなく、輸血センターと受血者の間にも契約責任に関する規範を適用する――のに対し、後者に服する場合には契約関係が否定され、専ら公役務に関する輸血センターと医療機関の責任のみが問題とされる。なお、伝統的な判例法理によれば、前者に服する場合には無過失責任が、後者に服する場合には過失責任が適用される。

このように HIV 感染事件の前提となる判例法理は非常に複雑なものとなっているので、以下ではまず HIV 感染事件に関する法的責任を、過失責任と無過失責任という観点から整理することにしたい（判例・裁判例で採用された法律構成――不法行為責任か契約責任か――は、それ自体興味深い問題ではあるものの、ここで立ち入ることはできない。したがって、必要な範囲で付随的に言及するにとどめる）。また、HIV 感染事件の責任主体のうち医師については、比較的初期の司法裁判所の裁判例にその責任を問うものが散見されるものの、最終的には輸血センター、医療機関の責任に議論が収斂されていったため、あまり問題となっていない。また、行政裁判所においては医師が公務員として位置づけられるので、そもそも医師の責任が問題とならない。したがって以下では、

じた輸血による損害に対する責任が明確化されている。同法は、フランス血液機関と個別の輸血機関との契約関係を基礎としつつ、個別の機関の責任をフランス輸血機関が保障するという形で責任の所在を一元化している。ただし、フランス血液機関の責任は、あくまで個別の輸血機関の責任を前提にそれを保障するという代位責任の形式をとるため、結果的に責任を負担する主体が複数想定されることになり、手続的な複雑さを招きかねないという批判もある。Didier Artuis, Hépatite C post transfusionnelle : des voies et des réponses contentieuses désormais clarifiées, *D.* 2001, chron. p.1745.

医師の責任については必要な範囲で言及するにとどめることとし、まず輸血センター・医療機関の責任が争点となった司法裁判所の判例・裁判例を中心的に検討したうえで(1)、輸血センターの責任が争点となった行政裁判所の判例・裁判例及び輸血事業に関する国の規制権限不行使の責任が問われた行政裁判所の判例・裁判例を検討することにしたい(2)。

(1) 司法裁判所の判例・裁判例

まず伝統的な判例法理を一瞥したうえで(a)、次にHIV感染事件におけるその適用をみることにし(b)、最後にそれらの判例・裁判例についての学説の評価を確認することにしよう(c)。

(a) 司法裁判所の判例・裁判例には、HIV感染事件を伝統的な判例法理の延長線上に位置づけることで、輸血センター・医療機関に無過失責任を課すものが多い。ここでいう伝統的な判例法理とは、1940年代半ばから50年代に起きた梅毒輸血事件を契機として形成されたものである。もっとも、判例は当初から無過失責任に立脚していたというわけでは必ずしもなく、むしろ梅毒輸血事件に関する判決の初期のものは、過失責任に基づいて、輸血センターや医療機関・医師の責任を判断するものがほとんどであった[30]。たとえば、パリ控訴院1945年4月25日判決（胃切除手術の際になされた輸血で梅毒に感染した受血者が、医師及びその保険会社に対して損害賠償を請求した事案）は、輸血を処方した医師の責任を判断するにあたり、――医師の責任を過失責任とした破毀院民事部1936年5月20日判決の説示に依拠しつつ[31]――医師が受血者に対して

[30] なお、1952年7月21日の法律制定以前においては、輸血センターが個別の医療機関の一部門にすぎなかったため、輸血センターに対する責任追及よりも、医療機関に対する責任追及が多くみられる。

[31] Cass. Civ., 20 mai 1936, *D.* 1936, 1, 88, rapport R. Josserand, concl. P. Matter, note E. P. ; *S.* 1937, 1, 321, note Breton. 治療に際して照射されたX線によって顔の粘膜に放射線皮膚炎を患った被害者が医師に対して損害賠償を請求した事案について、「医師とその患者との間には、担当医に対して、全く明確に患者を治療する約務ではなく、（中略）科学的知見に適した良識的で注意深い手当てをその患者に与える約務を伴う正真正銘の契約が形成されている」とした。

負担する契約上の債務を「科学的知見に適した良識的で注意深い手当てをその患者〔受血者〕に惜し気なく与えること」にあるとして、無過失責任――使用者責任に関する1384条５項（輸血の担当者を手術した医師の被用者とし、医師の使用者責任を問う）、瑕疵担保に関する1625条――の適用を否定した[32]。

しかしその後、1952年７月21日の法律により輸血センターが輸血事業を独占するようになると、輸血センターと医療機関のそれぞれに対して責任追及がなされるようになり、両者の責任を無過失責任とする判決が相次ぐようになる。

まず輸血センターの責任については、輸血センターが受血者に対して瑕疵のない輸血用血液・血液製剤を供給する債務を負担していることを理由に、無過失責任が肯定されるようになる。輸血センターに対して無

この判決は、今日においても、医師の負担する契約上の債務を手段債務（過失責任）としたリーディング・ケースとして知られている。

[32] C.A. Paris, 25 avril 1945, *D.* 1946,190, note A. Tunc ; *J.C.P.* 1946, Ⅱ, 3161. ただし、この判決は、医師がこの債務を履行したかどうか――この事件では、供血者に対する定期検査の頻度が適切であったかどうかが争われている――は、医療慣行を基準としてではなく、ヨリ規範的な判断に服するとし、結果的に医師と保険会社の責任を肯定している。医療機関及び医師の責任については、血清輸注の事案について手段債務（過失責任）とするもの（Cass. Civ. 6 mars 1945, *D.* 1945,1,217.）、梅毒には適切な検査を実施した場合であっても発見できない潜伏期間があること、及び梅毒感染が検査によっては発見できないものであったことを理由に、医師の責任を否定するもの（Trib. Corr. Seine, 18 décembre 1947, *D.* 1948,107.）、供血者が口の聞けない状況で採血がなされた事案について、採血した医師の責任を否定するもの（C.A. Seine, 18 décembre 1947, *D.* 1948,107.）もある。

輸血センターの責任については、輸血センターの選択が受血者の意思によるものでないこと――換言すれば、輸血センターは医療機関と契約関係にあるとしても、受血者との間にはいかなる契約関係もないこと――を理由に、一般の不法行為責任に関する1382条・1383条が適用されるとしつつ、フォートを判断する際に重要となる供血者に対する定期検査の頻度については、医療機関及び医師の責任と同様に医療慣行を基準としてではなく、ヨリ規範的な判断に服するとし、結果的に輸血センターと保険会社の連帯責任を肯定するもの（C.A. Paris, 26 avril 1948, *D.* 1948,272 ; *Gaz. Pal.* 1948,2,42.）がある。

過失責任を肯定したリーディング・ケースは、破毀院民事第２部1954年12月17日判決である[33]。この判決は、輸血によって梅毒に感染した受血者が輸血センターの不法行為責任を追及した事案について、「社会福祉〔医療〕施設と輸血センターの間に締結された合意が、医学的処方を実践するために、入院患者〔受血者〕に供血者の協力を与えることを目的とするものであることはほとんど異論のないところであ」り、「この合意は第三者のためにする契約（stipulation pour autrui）である」とした。そのうえで、受血者が第三者のためにする契約の受益者であることを理由に、――輸血センターと受血者の間にいかなる契約関係もないとして、輸血センターの責任を不法行為責任（1382条・1383条）と性質決定した原判決を破毀し――輸血センターが医療機関に対して負担する債務（瑕疵のない輸血用血液・血液製剤を供給する債務）を受血者に対しても直接的な債務として負担させ、「Ｌ婦人〔受血者〕が要求する権利を有する誠実な給付を実施しなかったこと」に対して輸血センターの責任を認めたものである。この判決は、輸血センターが過失責任を負うのか、無過失責任を負うのかについては明言していないものの、輸血センターと医療機関の契約が、受血者の治療のために瑕疵のない輸血用血液・血液製剤を供給する契約であるとしたため、その後の学説は輸血センターの無過失責任を認めたものとして理解している[34]。

---

[33] Cass. Civ. 2ème, 17 décembre 1954, *D.* 1955, 269, note R. Rodière ; *J.C.P.* 1954, Ⅱ, 8490, note R. Savatier ; *R.T.D.civ.* 1955, 300, obs. H. et L. Mazeaud.

[34] この点については、もともとフランスでは、売主の瑕疵担保を売買契約の第三者に及ぼす判例法理が古くから確立しており、梅毒輸血事件をめぐっては、売主である輸血センターが売買契約の第三者にあたる受血者に対して瑕疵担保を負担するかどうかがしばしば争われていたという事情も考慮しておく必要があろう。ただし、瑕疵担保という法律構成を採る場合には、輸血センターと医療機関の関係を売買契約として性質決定することができるのかどうか――換言すれば、合意の対象となる物を商業に関する物に限定するフランス民法1128条との関係で、人体の一部として位置づけられる血液を売買契約の対象とすることができるのかどうか――も争点となり、この点については、1952年７月21日の法律及び1954年１月16日のデクレにより厚生大臣の同意と価格の規制を条件に対価を伴う血液の譲渡が認められていることから肯定する見解が存在する反

次に、輸血・血液製剤輸注を処方・実施した医療機関の責任については、輸血センターと同様に、かつては過失責任とする見解が支配的であったものの、輸血センターの責任が無過失責任とされたことを受けて[35]、無過失責任とするものが優勢を占めるようになる。破毀院民事第１部1959年２月４日判決（血清の皮下注射によって皮膚に疾患が生じ、その治療のためになされた手術と皮膚移植によって、受血者の腿に広範囲に斑が残ってしまった事案。被告となった私立病院が、血清の生産者ではない私立病院に瑕疵担保に関する民法1641条を適用した原審判決を不服として上訴した）は、「患者〔受血者〕と私立病院の間に成立した契約は、患者〔受血者〕が私立病院を必然的に信頼せざるを得ないことから、医薬品に関するものについてこの〔医療〕機関に対し原判決が定義した債務〔瑕疵担保〕を含意している」として、――瑕疵担保に関する民法1641条に依拠した点で原審判決に行き過ぎがあることを認めつつも――医療機関の責任を肯定した結論そのものは、正当として是認されるとした[36]。この判決は、その後の学説において、瑕疵担保と同様の契約上の債務を医療機関に課したものとして理解され、今日では無過失責任を認めたリーディング・ケースとして位置づけられている。

面で、梅毒輸血事件をめぐっては売買契約とみることを否決する判決（C.A. Paris, 25 avril 1945，*supra* note 32.）も存在するなど、判断が分かれていた。次にみる破毀院民事第１部1959年２月４日判決のように瑕疵担保に引きつけて理解するものもあるが、法律構成としては通常の契約責任に関するフランス民法1147条に基礎を置くのが一般的であるように思われる。なお、この点については後注（38）を、また血液の譲渡可能性一般については、François Paul, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code Civil,* préface de J. Ghestin, *L.G.D.J.,* Paris, 2002, n°116, pp.93 et s. をも参照。

[35] Rodière は、輸血センターの無過失責任を肯定した破毀院民事第２部1954年12月17日判決の評釈において、医療機関や医師の負担する債務を手段債務（過失責任）と性質決定することが「公的医療機関も、医師も、患者に供給される血液が良質のものであるかどうかに配慮する必要がない」という帰結を導くものであり、不当であると批判していた。R. Rodière, note sous Cass. Civ. 2ème, 17 décembre 1954，*D.* 1955，271.

[36] Cass. Civ. 1re, 4 février 1959，*D.* 1959，153, note P. Esmein ; *J.C.P.* 1959, Ⅱ, 11046, note R. Savatier.

(b) このように、伝統的な判例法理は、輸血センター・医療機関の責任について無過失責任を肯定し、輸血事業によって損害を被った受血者を救済してきた。HIV 感染事件に関する多くの裁判例及び学説は、こうした判例の延長線上に、契約責任に基づいて輸血センター・医療機関の無過失責任を肯定している。たとえば、パリ控訴院1991年11月28日判決（手術の際に受けた輸血〔1984年５月16日〕によって HIV に感染・死亡した受血者の遺族が、医療機関・外科医・輸血センターに対して損害賠償を請求した事案）は、輸血センターの責任について「私立病院と県輸血センターの間で締結された契約は、（中略）センターが病気の手当てを契約する医療看護契約（contrat de soins médicaux）ではなく、医療的処方を履行するために血液を供給する契約である」として無過失責任を肯定した。また医療機関の責任についても、患者が医療機関を信頼せざるを得ない立場にあることを考慮して、瑕疵のない血液製剤を供給する債務があるとして無過失責任を肯定した[37]。こうした枠組みは、先述した伝統的な判例法理を踏襲したものとして理解されている[38]。また、

---

[37] C.A. Paris, 28 novembre 1991, *D.* 1992, 85, note Dorsner-Dolivet ; *J.C.P.* 1992, Ⅱ, 21797, note M. Harichaux ; *R.T.D.civ.* 1992, 117, obs. P. Jourdain ; *Gaz. Pal.* 1992, 1, 120, concl. Georgette Benas, note G. Paire. なお、この判決の原審判決にあたるパリ大審裁判所1991年７月１日判決も同様に、医療機関、外科医、県輸血センターと受血者の間にみられる契約関係の性質が「患者〔受血者〕が契約相手方〔医療機関〕に必然的にしなければならない信用によって示されるものであり、後者〔医療機関〕に対して、追及する治療目的にその性質やそれらの品質によって応える血液を供給（fournir）、輸注（injecter）する債務を含意している」としている。T.G.I. Paris, 1er juillet 1991, *J.C.P.* 1991, Ⅱ, 21762, note M. Harichaux. なお、これらの判決については、高山・前掲注（12）37頁も参照。

[38] Louis Dubouis, Sida et transfusion sanguine : l'assouplissement des conditions classiques de mise en jeu des responsabilité des professions de santé, *Rev. dr. san. soc.* 1991, p.575. なお、この判決については、輸血センターと医療機関の関係を「有償で行われる血液の譲渡（cessions de sang à titre onéreux）」として売買契約に引きつけて理解している点で、受血者に瑕疵担保（フランス民法1641条）に基づく契約上の直接訴権を認める構成にも親和的であるが、瑕疵担保の短期消滅時効（フランス民法1648条）を回避するために、輸血センター

その他のいくつかの判決には、輸血センターが輸血事業を独占していることや、輸血・血液製剤輸注による HIV 感染が人間の完全性に対する侵害であることを理由に、「特殊な安全債務が、病気の伝染を回避するのに適したあらゆる手段の採用を彼らに義務づける」とするものや[39]、輸血センターが受血者に対して安全債務を負担することを理由として、受血者が輸血センターに対して直接的に損害賠償を請求することを認めるものなどがみられるが[40]、それらについても基本的には伝統的な判例法理を踏襲したものとして理解されている[41]。

(c) 以上のように、司法裁判所によって下された判決の多くは、

には「瑕疵のない生産物だけを引き渡す」債務があるとして、瑕疵担保ではなく通常の契約責任（フランス民法1147条）を適用したものであるとする指摘もある。 Marie-Luce Morançais-Demeester, Contamination par transfusion du virus du SIDA : responsabilités et indemnisation, *D.* 1992, chron. n°8, p.190.

[39] T.G.I. Toulouse, 16 juillet 1992, *J.C.P.* 1992, Ⅱ, 21965, note X. Labbée. なお、売買契約から独立した安全債務を認め、それを結果債務（無過失責任）とするものとして、 C.A. Toulouse, 5 novembre 1991, *Gaz. Pal.* 1993,2,441, note A. Dorsner-Dolivet : C.A. Toulouse, 9 juin 1992, *D.* 1992, *inf. rap.* 203.

[40] C.A. Aix-en-Provence, 12 juillet 1993, *D.* 1994, 13, note D. Vidal.

[41] なお、学説には、医療機関や医師が輸血用血液や血液製剤の製造については関知しないことを理由に、輸血用血液や血液製剤の性質については手段債務（過失責任）を負うとしつつ、瑕疵のない輸血用血液や血液製剤の利用について結果債務（無過失責任）が課されるべきであるとする見解もある。 P. Jourdain, observation sur C.A. Paris, 28 novembre 1991, *R.T.D.civ.* 1992, p.117 : Sophie Hocquet-Berg, *Obligation de moyens ou obligation de résultat ? : à propos de la responsabilité civile du médecin, Presses Universitaires du Septentrion,* Paris, 1995, n°570, p.324. また、私立病院には――血液や血液製剤という物それ自体についての担保責任ではなく――輸血センターから供給された血液や血液製剤に、欠陥が存在しないかどうかを検査・発見する債務があり、この債務の違反については私立病院が責任を負うとする見解がある。 Françoise Memmi, Sida et responsabilité civile, *Gaz. Pal.* 1993,1, doctr. p.535. 他方で、無過失責任を採用することが、輸血センターに著しい負担を招くとし、輸血センターに対して結果債務としての安全債務を課すことに批判的な見解も存在する。 M.-L. Morançais-Demeester, *supra* note 42, n°8, p.191.

HIV 感染事件を伝統的な判例法理の延長線上に位置づけ、輸血センターと医療機関に無過失責任を課す形で解決を図った。もっとも学説には、こうした裁判例の動向に、従来の判例法理をさらに前進させた側面があるとするものがある。すなわち、伝統的な判例法理は、輸血センターが誠実に製造物を供給しさえすれば免責される可能性を残していた――その意味では、過失責任とも理解できるものであった――のに対し、HIV 感染事件の裁判例ではこうした免責の可能性が事実上否定されていること、さらに輸血用血液には常に回避しえない一定の感染リスクが常に伴うにもかかわらず、そうしたリスクにまで責任を及ぼしたことに鑑みると、HIV 感染事件の裁判例が輸血用血液や血液製剤にまで無過失責任を及ぼしたことには、従来の判例法理によって認められてきた無過失責任を一層強化した側面がある、というのである[42]。

こうした理解は、破毀院判決において、ヨリ明確に示されることになる。すなわち、破毀院民事第 1 部1995年 4 月12日判決は、輸血時の科学知識・科学技術では発見できなかった輸血用血液の瑕疵（HIV の混入）が外来原因にあたるかどうかが争われた第 2 事件において、「血液の内在的瑕疵は、たとえ発見できないものであったとしても、供給者組織に対して、外来原因を構成するものではなく、また血液の維持とその供給に関する輸血センターの債務が、輸血センターの独占的状態にあった以上、有害な血液製剤によってもたらされた損害の賠償を免れさせるわけではない」（傍点は引用者）として輸血センターの責任を肯定した[43]。この判決は、後にいくつかの学説において、それまで外来原因・不可抗力と同一視されてきた「発見できない内在的瑕疵」について、輸血セン

---

[42] Claude Delpoux, Contamination par transfusion sanguine : jurisprudence, loi et assurance, *R.G.A.T.* 1992, p.29.

[43] Cass. Civ. 1re, 12 avril 1995, *D.* 1995, *inf. rap.* 131 ; *J.C.P.* 1995, Ⅱ, 22467, note P. Jourdain ; *J.C.P.* 1995, Ⅰ, 3893, nos 20 et s., obs. G. Viney. ただし、医療機関の責任については、輸血・血液製剤を検査する権限がないことを理由に、過失責任に基づいて処理する。なお、第 2 事件は C.A. Paris, 28 novembre 1991, *supra* note 37. の上告審判決にあたり、本文中に引用箇所の説示については、控訴審判決の説示をそのまま繰り返したものである。

ターの免責の可能性を否定した点で、従来の判例法理の枠組みにとどまらない側面を見出されることになる。

ともあれ、「発見できない内在的瑕疵」に対して責任を課すことの意味については、後に改めて検討することとし（第２章第１節）、ここではさしあたり、HIV 感染事件に関する司法裁判所の判例・裁判例が、従来型の無過失責任をさらに前進させた側面を有していることのみを確認しておこう。

⑵　行政裁判所の判例・裁判例

次に、行政裁判所の判例・裁判例をみていくことにしよう。行政裁判所の判例・裁判例については、わが国にも先行研究が存在するので、ここでは要点の確認のみにとどめることにする[44]。

無過失責任によって HIV 感染事件に対処した司法裁判所の判例・裁判例とは異なり、行政裁判所は、当初 HIV 感染事件に過失責任によって対処しようとした。行政裁判所の裁判例には、輸血センター及び公的医療機関の責任が追及されたものと、国の責任が追及されたものが存在するが、1987年の段階では国が自らの責任を否定し、輸血センターや医療機関の責任を追及するほうへと誘導していたこともあってか[45]、裁判例は専ら輸血センターや医療機関の責任が追及されたものによって占められている。

以下では、まず HIV 感染事件の裁判例を伝統的な過失責任の枠組みに即して整理したうえで⒜、次に学説によるその評価をみることにし⒝、最後に国の責任に関する判例の立場を確認することにしよう⒞。

---

[44] HIV 感染事件に関する行政裁判所の判例・裁判例の分析としては、既に北村和生「フランスにおけるエイズ国家賠償訴訟」法律時報65巻８号（1993）67頁以下、同「フランス行政賠償責任における HIV 感染血液訴訟――行政判例に対する影響を中心に」立命館法学251号（1997）１頁以下、同「世界各国の薬害 HIV 訴訟の報告――フランス」大阪 HIV 訴訟弁護団編『薬害エイズ国際会議』（彩流社・1998）370頁以下、高山・前掲注（12）37頁がある。以下では、これらの先行研究に負いつつ、本稿の関心に関係する範囲で行政裁判所の判例・裁判例を紹介することにする。

[45] M.-A. Hermitte, *supra* note 13, p.322.

(a) 伝統的に行政判例は、行政責任を問う際に、事業体の活動についてのフォート（ないし医療行為についての重大なフォート）を要件としてきた。そのため、公的医療機関においてHIVに感染した受血者は、行政機関のフォート――HIV感染を回避すべき義務があったにもかかわらずそれを行わなかったこと――を証明しなければならない。

行政機関のフォートは、HIVに関する科学知識の確立度合い、ないし政策的対応の実施時期に応じて、3つの段階に区別することができる[46]。

第1に、輸血・血液製剤輸注によるHIV感染を予見できなかった段階である。AIDSと輸血・血液製剤輸注の関係は、既に1981年には疑われていたものの、AIDSの原因がHIVであることが確認されたのは1983年1月25日のことであり、HIVが輸血用血液や血液製剤に混入していることが公式に確認されたのは1984年以降のことであった。つまり、1984年よりも前の段階では、輸血・血液製剤輸注によるHIV感染は、科学的にも予見不可能な出来事であったことになり、この段階でなされた輸血・血液製剤輸注についてのフォートも否定されることになる。たとえば、パリ行政裁判所1988年5月4日判決（1983年1月3日になされた輸血によってHIVに感染・死亡した受血者の遺族が、公的医療機関に対して損害賠償を請求した事案）は、輸血当時、供血者の血液がHIVに感染していることを発見する手段がなかったことを理由に医療機関の責任を否定している[47]。

第2に、輸血・血液製剤輸注によるHIV感染を予見することができたが、それを回避する義務が存在しなかった段階である。HIV感染を回避する義務については、輸血センターと医療機関とでその基準が異なり、輸血センターについては加熱処理によるウイルス不活性化技術の有効性が公式に確認された期日（1985年3月12日）が、医療機関については1985年7月23日のアレテによる供血者の問診（1985年8月1日）と非加熱血液製剤に対する償還（1985年10月1日）及び利用の中止（1985年

[46] なお、以下で用いる3段階については、J.-M.de Forges, Sida : responsabilité et indemnisation des préjudices résultant de contamination par transfusion du Sida, *Rev. dr. sanit. soc.* 1992, pp.559 et s. で用いられているものを参考にした。

[47] T.A. Paris, 4 mai 1988, cité par M.-A. Hermitte, *supra* note 13, p.287.

10月23日）の法的義務づけ期日が一応の基準とされる。

一般に、これらの義務が生じる以前の段階でなされた輸血・血液製剤輸注については、フォートの存在が否定される傾向にある。たとえば、マルセイユ行政裁判所1991年４月16日判決（1984年２月に実施された手術の際に、輸血によってHIVに感染・死亡した受血者の遺族が、医療機関に対して損害賠償を請求した事案）は、公的医療機関の責任が公役務のフォート（faute du service public）にのみ服するとしたうえで、HIVの問診の義務づけが1985年８月１日以降であったことを理由に、フォートが認められないとしている[48]。

第３に、輸血・血液製剤輸注によるHIV感染を回避する法的義務が生じた以降の段階である。先述したように、HIV感染を回避する義務については、輸血センターについては加熱処理によるウイルス不活性化技術の有効性が公式に確認された期日が、医療機関については1985年７月23日のアレテによる法的義務づけ期日が一応の基準となる。一般に、これらの期日以降になされた輸血・血液製剤輸注によってHIVに感染した場合には、――必要な検査を実施せずに供血者から採血した輸血用血液や利用の禁止されている非加熱血液製剤の輸注を用いたと考えられるがゆえに――フォートが存在することに異論はなく、裁判例においてもフォートの有無が争点を形成することはほとんどない[49]。

---

[48] T.A. Marseille, 16 avril 1991, cité par Henri Margeat, Séropositivité, Sida et jurisprudence, *Gaz. Pal.* 1991, 2, doctr. 582.

[49] ただし、HIVの特殊性から、稀にフォートが争われることがある。たとえば、パリ行政裁判所1991年１月11日判決（1987年の手術の際に実施された輸血によって受血者がHIVに感染した事案）は、輸血用血液に用いる血液を供血者から採血する際に、医療機関の検査が供血者の体内に血清抗体が作り出される前に行われたため、供血者の血液からHIVを検出することができなかった事案に関するものである。この事件についてパリ行政裁判所は、医師の医療行為が重大なフォートにあたるとはいえないとしつつも、公共事業体については「重度に〔HIVに〕感染した血液を患者〔受血者〕の身体に注入したことは、医療サービス組織又は機能におけるフォートを示す」とした。T.A. Paris, 11 janvier 1991, *A.J.D.A.* 1992, 85, note J.-L. Duvillard. こうした事案は、非常に稀な事案ではあるが、HIVの特殊性を考慮すれば必ずしも不思議なものでは

(b) このように行政裁判所の裁判例では、HIV 感染事件においても過失責任が維持されていた。もっとも、HIV 感染事件を過失責任に基づいて処理することに対して全く不都合が意識されなかったわけではない。というのは、司法裁判所の解決とのバランスに加え、輸血や血液製剤輸注による HIV 感染には、輸血センターや医療機関の回避義務が生じる以前の段階でもたらされたものも多く、過失責任を維持する場合にはこれらの被害者が救済されないことになるからである[50]。

実際に、行政裁判所の裁判例には、こうした不都合を意識して、無過失責任に立脚して輸血センター・医療機関の責任を肯定したものもあった。すなわち、マルセイユ行政裁判所1991年 6 月11日判決（複数の医療機関で受けた輸血・血液製剤輸注によって HIV に感染した受血者が、輸血センターを管理していた医療機関に対して損害賠償を請求した事案）は、――事件当時の科学知識・科学技術に照らした場合には輸血センターの管理に対する医療機関のフォートを問うことはできないことを認めつつも――受血者が入院した時期には「供血者からもたらされた血液及び血液製剤による感染のリスクは完全に認知されており、公役務の継続と人命救助の必要性に促されて HIV を不活性化せずに輸血を実施することで、医療機関の公役務はその利用者を感染のリスクにさらしたのであり、このリスクはそれによってもたらされる帰結が通常それらの活動から生じるリスクの制限を遥かに超えるものである」として医療機関の責任を認めている[51]。この判決は――結果的に控訴審判決で覆されることになるが――、輸血・血液製剤輸注による HIV 感染のリスクが明らかであったことを理由に、正面から無過失責任を認めた点で注目さ

ない。Grmek によれば、HIV 感染後も血清抗体陰性を示す者が0.5％から１％の割合で存在し、５万人から10万人に１人の割合で、陰性の血液から HIV に感染していたという。グルメク・前掲書注（13）278頁以下。

50 そのため学説には、被害者救済を図ることを意図して、たとえ HIV 感染を回避することはできなかったとしても、感染のリスクが知られるようになった時期以降は、医師に当該リスクの情報を患者に提供する債務が存在するとし、この債務の不履行をもってフォートとみる見解も提示されていた。F. Memmi, *supra* note 41, p. 534.

51 T.A. Marseille, 11 juin 1991, *J.C.P.* 1992, Ⅳ, 2019.

れる。

また学説には、「事実による推定」に依拠することで、行政裁判所の裁判例が輸血や血液製剤輸注の事実をもってフォートを認定し、実質的に無過失責任と同様の処理を行っていると指摘するものもあった[52]。たとえばニース行政裁判所1991年10月１日判決は、輸血によってHIVに感染した受血者の遺族が公的医療機関に対して損害賠償を請求した事案について、「患者〔受血者〕の体内にHIVが偶発的に注入されたこと」をもってフォートとしており[53]、またパリ行政裁判所1991年１月11日判決も「重度に〔HIV〕感染した血液を患者〔受血者〕の身体に注入したことは、医療サービス組織又は機能におけるフォートを示す」としている。これらの判決は、明言こそしていないものの、「事実による推定」に依拠することで、実質的に無過失責任と同様の処理を志向するものである、というのである[54]。

こうした観点からすれば、行政裁判所の裁判例は、従来型の過失責任を事実上無過失責任化し、司法裁判所と同様の解決を志向しているものとみることもできよう。事実、コンセイユ・デタも、最終的には輸血センターの無過失責任を正面から肯定することになる。すなわち、コンセイユ・デタ1995年５月26日大法廷判決は、その第１事件（供血者の血清抗体検査が義務づけられる前に採血された輸血用血液によってHIVに感染した事案）と、第２事件（採血・血清抗体検査が供血者の体内に血清抗体が作り出される前になされたため、供血者の血液からHIVを検出することができなかった事案）において、輸血センターが輸血事業を独占していることを考慮しつつ、「血液製剤の輸注に伴うリスクについて、輸血センターは、たとえフォートがない場合であっても、輸注され

---

[52] Christian Debouy, La responsabilité de l'administration française du fait de la contamination par le virus du sida, *J.C.P.* 1993, Ⅰ, 3646, p.55.

[53] T.A. Nice, 1er octobre 1991, cité par C. Delpoux, *supra* note 42, p.29.

[54] こうした観点からこれらの判決を理解するものとして、C. Delpoux, *supra* note 42, p.29. 輸血することそれ自体にフォートが含まれていると解することは、フォートの不存在の証明による免責を事実上否定することにもつながる。Y. Lambert-Faivre, *supra* note 13, p.11.

た製剤の不十分な性質から生じる有害な帰結について責任を負う」とし、輸血センター(ないし輸血センターを付属機関として管理する医療機関)の責任について無過失責任を採用した[55]。ここにおいて行政裁判所の判例は、従来の過失責任から無過失責任へと転換を遂げたことになる。

(c) 以上のように、行政裁判所の判例・裁判例は、司法裁判所の判例・裁判例と同様に、輸血及び血液製剤輸注による HIV 感染事件について、無過失責任を採用した。

ところで、輸血事業に関する国立輸血センターや国の権限が問題にされるようになると、国の規制権限行使のあり方に対する疑問から、徐々に国立輸血センターや国を直接の相手方とする訴訟が増加するようになる。とりわけ規制権限不行使に関する国の責任をめぐっては、初期の段階でこそ従来の判例が維持されたものの、最終的には大幅な修正が加えられ、国にも一層厳格な責任が認められるようになった。

すなわち、輸血事業に関する国の規制権限不行使が争われたコンセイユ・デタ1993年4月9日大法廷判決は、その第1事件において、――あらかじめ輸血センターの営む事業が国の公役務を構成するとして、被害者に国に対する全ての損害の賠償を請求する権利を認めたうえで[56]――1984

[55] C.E. Ass., 26 mai 1995, *R.F.D.A.* 1995, 749, concl. S. Daël. ただし、輸血センターが私立で、かつ医療機関と異なる組織である場合についてはフォートを要求する。同判決については、北村・前掲注(44)「フランス行政賠償責任における HIV 感染血液訴訟」1頁以下を参照。

[56] この点については若干説明を補っておきたい。伝統的な行政判例によれば、輸血センターの営む事業が国の公役務を構成する場合には、被害者に生じた損害に対して輸血センターと国は連帯して責任を負担する――被害者は国に対して全ての損害の賠償を請求できる――のに対し、輸血センターの事業が公役務を構成しない場合には、国は後見監督のフォートにかかる部分について分割責任を負担する――被害者は国に対してフォートの割合に応じた損害の賠償のみ請求できる――にとどまる。パリ行政裁判所1991年12月20日判決は、輸血センターの事業が国の公役務を引き受けたものであるとし、輸血センターと国の連帯責任を肯定したのに対し、その控訴審判決にあたるパリ行政控訴院1992年6月16日判決は、輸血センターの事業が国の公役務にあたらないとし、国の後見監督にかかる部分についての分割責任のみが問題になるとした。このコンセイ

年11月22日にJean-Baptiste Brunetが輸血諮問委員会に提出した報告書の内容からすれば[57]、「行政機関は、1984年11月22日に、明確な方法で、受血者の深刻な感染リスクの存在と当時国際市場で流通していた加熱製剤の使用によってそれを回避し、血液製剤の全ロットが感染していることについて確実性が得られることを待たずに、危険な製造物の交付を禁止する可能性を知らされており、それ〔回避措置〕は公衆衛生法典L.669条に基づく省令によって行うことができた」とし、それにもかかわらず、こうした措置が通達によって不十分にしかなされなかったことをフォートのある怠慢（carence fautive）であるとして、1984年11月22日から1985年10月29日までの間に実施された血液製剤輸注によるHIV感染に対して国の責任を肯定した[58]。

興味深いことに、この判決は――形式的には過失責任の枠組みを維持しているにもかかわらず――従来の行政判例よりも、国に一層厳格な責任を認めたものとして理解されることとなった。その理由は、規制権限不行使がフォートと認定される時期を前倒しした点にある。輸血・血液製剤輸注によるHIV感染のリスクを明確に認識し、かつ迅速に流通を規制すべきであった日として、第１審・原審両判決は、血液製剤の全ロットがHIVに感染している可能性の報告された1985年３月12日を妥当とした。これに対して、コンセイユ・デタ判決が基準としたのは、Brunetが輸血諮問委員会に報告書を提出した1984年11月22日である。このことの含意は、単に規制権限不行使の認定時期が早められたということにとどまらない。この事件に関する政府委員Hubert Legalの意見は、「少なくとも一定数の患者にとって致命的なものとして知られてい

ユ・デタ判決は、国の責任を分割責任とした原審判決を覆し、輸血センターと国の連帯責任を肯定したものである。

[57] 判決によれば、この報告書は、輸血によるHIV感染リスクが、1983年11月以降、科学共同体によって確立したものとみなされていたこと、ウイルスを不活性化するための加熱処理の有効性が、1984年10月以降、科学共同体のなかで認識されていたこと、この時期に血清抗体陽性反応の者のうち５年以内に少なくとも10％がAIDS関連症候群にあり、そのうち70％弱が死に至ることを明示するものであった。同報告書については、高山・前掲注（12）33頁を参照。

[58] C.E. Ass., 9 avril 1993，*R.F.D.A.* 1993，583, concl. H. Legal.

るリスクに直面している場合、科学的な確実さ（certitude scientifique）のみが作為義務を課すことを肯定するのは、明らかに非現実であろう」とし、輸血・血液製剤輸注による HIV 感染が確認された1983年11月以降から、ウイルス不活性化の有効性が一応確認されることとなった1984年10月までの経緯からすれば、1984年11月22日には規制権限が行使されるべきであったとしている。つまり、コンセイユ・デタ判決が原審判決よりも早い時期を基準としたことは、科学知識が十分に確立していない段階であったとしても、国には一定の規制権限を行使する義務があることを含意しているとも読めるわけである。

こうした観点から、このコンセイユ・デタ判決は、いくつかの学説によって、予防（警戒）原則を明言した判決という位置づけを与えられることになるが、この点は後に改めて検討することとし（第３章第１節）、ここではさしあたり、HIV 感染事件に関する行政裁判所の判例・裁判例が、伝統的な過失責任の枠組みを乗り越える解決を図ったことのみを確認しておきたい。

第３節　輸血・血液製剤輸注による HIV 感染の被害者救済制度

これまでみてきた HIV 感染事件に関する判例・裁判例においては、国、輸血センター、医療機関の責任を強化する傾向が顕著である。そしてこうした一連の判例・裁判例の被害者救済の流れは、国による被害者救済制度の設立へとつながる。

あらかじめ1991年12月31日の法律47条へ至る経緯を簡単に確認しておくことにしよう[59]。

輸血事業によって受血者にもたらされる損害については、1980年代前

[59] 1991年12月31日の法律へ至る経緯については、M.-A. Hermitte, *supra* note 13, pp.320 et s. わが国のものとしては、北村・前掲注（44）「世界各国の薬害 HIV 訴訟の報告――フランス」365頁、高山・前掲注（12）41頁以下。なお、1991年12月31日の法律47条の翻訳として、「社会に関連する諸規定に関する法律――1991年12月31日法律第91-1406号（官報1992年１月４日）」（山田敏之訳）外国の立法34巻５＝６号52頁以下がある。

半に保険による補償制度が創設された。国立輸血センターは、輸血事業による受血者の損害を補償するため、1982年に２つの保険会社と責任保険契約を締結し、この契約によって輸血用血液や血液製剤によってもたらされた深刻な事故に対して、受血者に補償金が支払われることになった[60]。1985年７月15日に、この契約にさらに２つの保険会社が加わり、各保険会社が輸血事業によって生じる損害のリスクを４分の１ずつ負担することとなった。もっとも、こうした制度は、あくまで輸血センターと保険会社を損害の補償主体とするものであり、国による被害者救済制度といえるものではなかった。

国による被害者救済制度が本格的に議論されるようになったのは、1987年以降のことである。この年にフランス血友病協会（Association français des hémophiles）は、厚生大臣に対し、被害者救済のために国による基金の創設を働きかける。これを受けて1989年８月21日に、２つの基金が創設された。これらの基金は、国によって拠出された6,000万フラン、保険会社によって拠出された１億7,000万フランを財源とするものであり、国による最初の制度的対応であった。もっとも、これらの基金に対しては、創設から間もなく、血友病患者のみを対象としていること――換言すれば、輸血患者を対象としないこと――、年齢に応じて補償額が定額化されていること、基金による補償と引き換えに民事責任訴権を放棄しなければならないことなどについて問題が指摘され、再検討を迫られることになる[61]。

こうした経緯のもとに、1991年12月31日の法律47条によって創設されたのが、HIV に感染した輸血患者と血友病患者のための補償基金である[62]。この基金は、国民連帯システム（système de solidarité nationale）

---

[60] ただし、補償の総額は、１年間で1,000万フランまでに制限されていた。

[61] 高山・前掲注（12）41頁。

[62] なお、同基金については、2000年６月15日のオルドナンスによって、公衆衛生法 L.3122-1条以下に規定が置かれている。同基金については、Philippe Casson, *Les Fonds de garantie : Accidents de la circulation et de chasse, infractions pénales, actes de terrorisme et contamination par le VIH,* préface de Geneviève Viney, *L.G.D.J.,* Paris, 1999, n^os^ 150 et s., pp.140 et s. ; Andre Favre Rochex et Guy Courtieu, *Fonds d'indemnisation et de garantie, L.G.D.J.,* Paris,

のもとに、多くの裁判例による解決を受け継ぎつつ、被害者救済をさらに押し進めるものであった[63]。

以下ではまず、基金の制度内容に大きな影響を与えた損害要件・因果関係要件に関する裁判例を確認し(1)、そのうえで、基金による被害者救済の枠組みをみることにしよう(2)。ただし、同基金についても、先行研究が存在するので、ここでは被害者救済の拡大という観点から要点を整理するにとどめることにする[64]。

(1) 損害要件・因果関係要件に関する裁判例

HIV 感染事件に関する裁判例が、無過失責任を採用することで（あるいはフォート要件を緩和することで）被害者救済を図ったことは既にみたとおりであるが、いくつかの裁判例では、HIV 感染事件の特殊性を考慮して、損害要件(a)や因果関係要件(b)についても、被害者救済に資する判断を下している。1991年12月31日の法律は、無過失責任のみならず、こうした損害要件・因果関係要件に関する裁判例をも引き継いでいる。以下、順にみていくことにしよう。

(a) まず損害要件については、伝統的な損害概念が緩和されることとなった。伝統的に民事責任の対象となる損害は、既に現実化したものか、あるいは将来的に高い可能性で発生するものでなければならないとされてきた[65]。換言すれば、未だ現実化していない損害や将来的に発生する

2003, n^{os} 6-00 et s., pp.151 et s.

[63] ただし、対象となる疾病は、AIDS 及び HIV 感染のみであり、それ以外の疾病（たとえば梅毒やＡ型・Ｂ型・Ｃ型の各肝炎など）は除外される。またフランス国内で輸血や血液製剤輸注によって生じた HIV 感染については、被害者がフランス国籍であるかどうかを問わず補償の対象となるが、フランス国内で製造された血液製剤が外国で輸注された場合には補償の対象とならない。

[64] 基金については、鎌田薫「フランスにおける HIV 感染事故の被害者救済と安全対策（上）」ジュリスト1097号（1996）51頁以下、北村・前掲注（44）「世界各国の薬害 HIV 訴訟――フランス」364頁以下、高山・前掲注（12）42頁以下がある。

[65] Henri et Leon Mazeaud , Jean Mazeaud et François Chabas, *Leçons de droit*

かどうかが明らかでない損害は、――たとえその損害がいかに重大なものであったとしても――民事責任の対象とはなりえない、というのが原則である。ところが、AIDSの場合には、HIVへの感染から10年以上に及ぶ長期の潜伏期間を経て発症し、最終的に死に至る。しかも、HIV感染からAIDS発症までの長期の潜伏期間中には、労働能力の喪失をはじめとする金銭的な損失が生じないことに加え、感染時点で医学的に治療が不可能であるとしても、その後の医学の進歩をも考慮すると、感染後の治癒の可能性を完全には否定できない。そのため、HIV感染はそれのみをもって直ちに民事責任の対象となる損害とみることはできず、受血者はAIDSを発症した場合にしか、損害の塡補を受けられないことになる。

こうした問題に直面して、HIV感染事件を契機に、感染特殊損害（préjudice spécifique de contamination）という、従来とは異質な損害類型が議論されることとなった[66]。感染特殊損害に関するリーディング・ケースは、パリ控訴院1989年7月7日判決である[67]。この判決は、HIV感染が、AIDSを発症していなくとも、血清抗体陽性反応以降、精神的苦痛や社会的孤立など､様々な損害を被害者にもたらすことに加え、発症後は必ず死に至ることなど、特殊な性質をもつ損害であるとし、一連の人的損害に加えて、余命の短縮、死の恐怖、未来の不安、家族的・社会的生活の混乱などのあらゆる損害を包括的に民事責任の対象として認めた[68]。

---

civil : Obligations : théorie générale, Tome 2, Volume 1, 9^{e} édition, *Montchrestien,* Paris, 1998, n°410, pp.415 et s.

[66] 用語につきGeneviève Viney, observation sur Cass. Civ. 1re, 12 avril 1995, *J.C.P.* 1995, Ⅰ, 3893, n^{os} 23 et s.

[67] C.A. Paris, 7 juillet 1989, *Gaz. Pal.* 1989, 2, 752, concl. G. Pichot ; *R.T.D. civ.* 1990, 85, obs. P. Jourdain.

[68] また、受血者が他の病気を抱える者であった場合や、交通事故の被害者が治療の際に受けた輸血によってHIVに感染した場合などについても、損害の評価をめぐって複雑な問題が生じるとされており、これらの事情を考慮するために、感染に先立つ受血者の状態をも考慮すべきであるという主張もある。H. Margeat, *supra* note 48, p.585.

感染特殊損害は、それまで民事責任の対象とされてきた損害と比較すると、主に次の２つの点で特殊性が認められる。

第１に、感染特殊損害は、新しい種類の非財産的損害（préjudice extra patrimoniaux）として位置づけられる。後述するように、感染特殊損害について認められる賠償額は、労働能力の喪失などについて認められる財産的損害の賠償額に匹敵するほど高額である。しかし、感染特殊損害は、HIV が潜伏期間にある限り、恒久的な能力（incapacité permanente）の喪失を基準とした評価が困難であり、財産的損害とみることができない[69]。また不可避的に死に至ることを知ったという意味では、精神的（moral）な損害ではあるものの、通常の精神的損害とは異なり、既に被った損害としてではなく、これから強いられる医療や社会的偏見、病状悪化のリスクといった将来的な身体的・精神的苦痛に向けられている。その意味で、従来の精神的損害よりも広く、非財産的損害の新しい類型として位置づけられるのである[70]。

第２に、感染特殊損害については、財産的損害に匹敵するほど高額の賠償額が認められる。たとえば、交通事故に遭った63歳の被害者が治療の際の輸血によって HIV に感染した事案に関し、先述したパリ控訴院1989年７月７日判決は230万フランの賠償を認めている[71]。これは身体損害に認められる賠償額に準じる賠償額である。その後の裁判例では、損害の評価に開きがみられるものの[72]、受血者の年齢を考慮し、HIV 感染によって短縮されうる余命期間を損害とすることで、賠償額を調整しているといわれている[73]。

---

[69] Yvonne Lambert-Faivre, Principes d'indemnisation des victimes post transfusionnelles du sida : Cour d'appel de Paris, 27 novembre 1992（20 arrêt）, *D.* 1993, chron. p.68.

[70] そのため、HIV 感染事件では préjudice moral が精神的損害よりも広い意味で用いられているという。H. Margeat, *supra* note 48, p.585.

[71] C.A. Paris, 7 juillet 1989, *supra* note 67.

[72] この開きは80万フランから250万フランに達するといわれている。H. Margeat, *supra* note 48, p.583.

[73] Y. Lambert-Faivre, *supra* note 69, p.69. なお、誤って血清抗体陽性反応を告げられたものが、抑鬱状態に陥った場合の感情的な（emotionnel）損害につい

このようにHIV感染事件に関する裁判例は、HIV感染の特殊性を考慮して、損害要件を財産的損害から切り離し非財産的損害としつつも、賠償額の評価にあたっては財産的損害に匹敵する額を認める形で調整を図った。

(b)　被害者救済の拡大傾向は、因果関係要件についてもみられる。民事責任を追及するためには、損害の原因（フォートないし損害の創造事実）と損害発生との間の因果関係を証明しなければならないが、HIV感染事件においては、輸血・血液製剤輸注とHIV感染との間の因果関係が輸血センターや医療機関の責任を判断する際に問題となった。

因果関係の証明は、一般に、状況証拠や「裁判官による推定」（présomptions de l'homme：フランス民法1353条）など、あらゆる手段によって判断される[74]。輸血・血液製剤輸注とHIV感染の因果関係については、受血者が輸血・血液製剤輸注を受けた日付がヨーロッパにおけるAIDSの確認（1978年）から1985年7月23日のアレテによる回避措置の法的義務づけの期日（輸血用血液については1985年8月1日、血液製剤については1985年10月1日）までの間であること、輸血用血液・血液製剤の供血者のなかに血清抗体陽性反応の供血者が存在すること、さらには、受血者にHIVに感染する他の原因（ホモセクシャル、麻薬中毒など）が存在しないことなどを考慮して、「裁判官による推定」が広く用いられている[75]。またいくつかの裁判例では、輸血・血液製剤輸注

て70万フランの賠償を認めたもの（T.G.I. Valence, 8 décembre 1992, *Gaz. Pal.* 1994, 2, 411, obs. Dorsner-Dolivet.）もある。

[74] Cass. Civ. 2ème, 29 avril 1969, *D.* 1969, 534 : Cass. Civ. 1re, 14 décembre 1965, *D.* 1966, 453 ; *J.C.P.* 1966, Ⅱ, 14753, note R. Savatier.

[75] C.A. Paris, 28 novembre 1991, *supra* note 37. 同判決は、輸血とHIV感染の因果関係について、受血者が性的接触や麻薬注射などの輸血以外の感染原因に接していないこと、受血者の9歳と6歳になる子供が1987年の時点で血清抗体陰性であること、AIDSが蔓延している地域に旅行していないこと、リスク・グループに属するAIDS患者にみられるような他のウイルスとの合併が受血者にはみられないこと、加えて、輸血用血液を構成する4人の供血者のなかに感染者と思われる人物が含まれていることを考慮して、輸血とHIV感染の因果

の事実から端的に因果関係を推定し、他の原因の不存在を補強的に考慮しているともいわれている[76]。

他方で、いくつかの裁判例では、輸血用血液・血液製剤の製造者ではない者（交通事故の加害者や医師）の行為とHIV感染（ないし受血者の死亡）の間の因果関係の存否が問題となっている。代表的な事案として、次の2つの判決がしばしば対比される[77]。

まず、交通事故の被害者が、搬送先の医療機関で輸血を受け、HIVに感染した事案で、交通事故の加害者がHIV感染について責任を負担するかどうかが争われている。パリ控訴院1989年7月7日判決（交通事故によって重傷を負った62歳の被害者が、搬送先の私立病院で治療の際に受けた輸血〔1985年1月〕によってHIVに感染し、その後肝炎ウイルスに感染した事案）は、交通事故の加害者のフォートが損害と条件関係に立つとしたうえで、「相次いで創り出された複数の原因が損害の必要条件であった以上、全てのものが、最初から最後まで、〔損害の〕原因である」とし、交通事故の加害者に対し、賠償を命じた[78]。

次に、医師のフォート（医療過誤）と受血者の死亡の因果関係が問題となった事案もある。ヴェルサイユ控訴院1989年3月30日判決（外科医

関係を推定し、結論として輸血センターと医療機関の責任を肯定した。ただし、医師については、医師が輸血用血液の性質を確認できないこと、受血者に対する輸血の実施が適切な処置であったことを考慮して、責任を否定している。なお、この判決の原審判決にあたるパリ大審裁判所1991年7月1日判決も、受血者がHIVの確認された時期以降の1984年5月16日に輸血を受けたこと、受血者が受けた輸血用血液の供血者に血清抗体陽性反応の者がいたこと、被害者に性的接触や麻薬注射などHIVに感染する他の原因が存在しないことを考慮して輸血とHIV感染の因果関係を推定し、医療機関、外科医、県輸血センターに連帯して責任を負わせた（T.G.I. Paris, 1er juillet 1991, *supra* note 37.）。

[76] Y. Lambert-Faivre, *supra* note 13, p.13. こうした扱いはフランス民法1353条からも支持されうるとする。他の原因の不存在を補強的に考慮するものとして、C.A. Toulouse, 5 novembre 1991, *supra* note 39 : C.A. Toulouse, 9 juin 1992, *supra* note 39.

[77] これらの判決については、F. Memmi, *supra* note 41, p.533.

[78] C.A. Paris, 7 juillet 1989, *supra* note 67. これと同旨を述べるものとして、T.G.I. Bobigny, 19 décembre 1990, *Gaz. Pal.* 1991, 1, 233.

のフォートによって不適切な手術――無意味な膵臓生検、小腸の損傷、腹膜炎に対する２つの排膿管設置――が実施され、それによって悪化した患者の状態〔貧血・血圧低下〕を改善するためになされた輸血〔1982年11月17日から1983年３月15日まで〕によって、HIV に感染した事案）は、複数の原因が損害発生に競合した場合であっても、フォートによって受血者の体調に変化がもたらされ、それによって輸血がなされた場合には相当因果関係が認められるとする[79]。

もともとフランスでは、交通事故の被害者が医療過誤によってさらに重大な損害を被った事案について、交通事故の加害者の責任を認める判例が既に確立していたこともあり、HIV 感染事件の裁判例は、こうした従来の判例を踏襲したものとして位置づけられている[80]。ただし、これら２つの判決は、前者が行為と損害の条件等価（équivalence des conditions）をもって因果関係を判断しているのに対し、後者が行為と損害の相当因果関係（causalité adéquate）をもって因果関係を判断していることから、学説の注目を集めることとなった。後者が医師の行為と損害の因果関係を相当性に基づいて判断したことに対しては批判が強いが[81]、後者の事案が前者と比較して因果関係に不明確さを伴うものであったことに着目し、相当因果関係概念がこうした不明確さを覆い隠すことで被害者の証明を容易にする役割を果たしていると積極的に評価するものもある[82]。

---

[79] C.A. Versailles, 30 mars 1989，*D.* 1989, somm. com. 182, par J. Penneau ; *J.C.P.* 1990, Ⅱ, 21505, note A. Dorsner-Dolivet ; *R.T.D. civ.* 1990，86, obs. P. Jourdain.

[80] Cass. Crim., 10 juillet 1952，*D.* 1952，618. 交通事故の被害者が、搬送先の私立病院で施された麻酔によって死亡した事案について、交通事故の加害者の責任を肯定する。

[81] 医師の行為と損害の因果関係は、単純な条件等価説の適用によるものであり、医師の行為が通常、損害をもたらす性質のものであるかどうか――客観的予見可能性の存在――によって因果関係を判断する相当因果関係とは異なるものであるという。F. Memmi, *supra* note 41, p.534. もっとも、医師の行為については、むしろフォートにあたらないとされることが多く、責任を問われないのが一般的である。医師の責任を否定したものとして、C.A. Paris, 28 novembre 1991，*supra* note 37.

[82] Patrice Jourdain, observation sur C.A. Paris, 7 juillet 1989 et C.A. Versailles,

いずれにせよ HIV 感染事件に関する裁判例では、「裁判官による推定」を積極的に活用する形で因果関係の証明を緩和すると同時に、その存否を判断するにあたっても、被害者救済に資する解釈が採用されているといえよう。

(2) 基金による被害者救済とその強化

以上の裁判例の対応は、1991年12月31日の法律47条によって創設された基金による補償の要件として制度化され(a)、その後の判例・裁判例においてさらに押し進められることとなった(b)。

(a) まず損害については、HIV 感染によってもたらされた損害の全部賠償（réparation intégrale）が明記されている（47条Ⅲ）[83]。補償の対象となる損害は、身体損害のみならず、HIV 感染から AIDS の発症・死亡に至るまでのあらゆる種類の損害である[84]。感染特殊損害については、パリ控訴院1989年７月７日判決を受け継ぐ形で、補償委員会が次のように定義している。「HIV 感染の人的で非経済的な損害は、血清抗体陽性反応や〔AIDS の〕発症によってもたらされる存在の条件（condition d'existence) のあらゆる困難について支払いを受ける。こうした特別の損害は、血清抗体陽性反応の局面から、HIV 感染の事実によって被るあらゆる精神的苦痛を含む。余命の短縮、未来に関する不安、身体的･精神的

30 mars 1989，*R.T.D. civ.* 1990，87.

[83] ただし、ここでいう全部賠償は、個別の損害項目を基金が設けた独自の基準にしたがって評価し、それを積算したものであり、被害者が実際に被った損害とは必ずしも一致しない。それゆえ、民事責任一般にいう全部賠償とは、その意味が異なっている。この点については、本節(2)(b)を参照。

[84] なお、民事責任と比較した場合、基金による支払手続きは、かなり特異である。すなわち基金は、AIDS が進行性の疾患であること、基金が１年間に執行できる予算に限度があることなどの理由から、被害者が血清抗体陽性反応であった時点で４分の３にあたる額を、AIDS 発症の時点で残りの４分の１の額を被害者に支払う。こうした支払手続きについては、基金創設以降、しばしば適法性が問題とされたが、破毀院は有効としている。Cass. Civ. 2ème, 20 juillet 1993，*D.* 1993，526, note Chartier.

に起こりうる苦痛への心配、孤立、生活上、家族上の、そして社会的な混乱、性的な損害や、万一の場合には、生殖（出産）〔がこれに含まれる〕。加えて、発症の局面で現れる多様な人的損害が含まれる。苦痛の甘受、美的損害や引き続き生きる喜びの損害全部〔がこれに含まれる〕」[85]。

次に因果関係については、裁判例をさらに押し進め、証明負担の転換を明確にしている。すなわち、先述したように、因果関係要件について、多くの裁判例は、被害者に証明負担を課しつつ、その証明の程度を緩和する形で対応していたが、1991年12月31日の法律47条Ⅳは、感染の状況調査を基金の側に課し、フランスで輸血・血液製剤輸注を受けた事実、及びHIVに感染した事実が受血者によって証明されさえすれば、輸血・血液製剤輸注とHIV感染の因果関係を推定するという形式を採用した[86]。基金は、受血者に輸血された血液・血液製剤の供血者にHIVに感染した者が含まれていなかったことを証明することで、輸血・血液製剤輸注とHIV感染の因果関係の推定を覆すことができるが、実務的には、輸血患者のHIV感染については、供血者がHIVに感染していたかどうかを確認できない場合が多く、因果関係の推定を覆すことが難しいため、1980年１月１日から1985年10月以前に輸血や血液製剤輸注を受けた被害者に対しては、ほとんどの場合に因果関係が推定されているともいわれている[87]。

---

[85] 基金によるこうした定義は、HIV感染による特別な損害を評価する際に、破毀院によっても用いられている。Cass. Civ. 2ème, 2 avril 1996, *J.C.P.* 1996, Ⅳ, 1289.

[86] なお、2002年３月４日の法律102条は、Ｃ型肝炎についても同様の因果関係の推定を採用したが、その妥当性については評価が分かれている。Ｃ型肝炎に関する因果関係の推定については、Yvonne Lambert-Faivre, L'hépatite C post-transfusionnelle et la responsabilité civile, *D.* 1993, chron. p.292 : D. Artuis, *supra* note 29, p.1745. を参照。

[87] Y. Lambert-Faivre, *supra* note 13, p.18. ただし、15歳の原告が右足の簡単な手術を受ける際に受けた輸血によってHIVに感染した事案について、輸血の時期が1971年であったにもかかわらず、原告の請求を認めた裁判例もあるという。また夫が麻薬使用によってHIVに感染し、その夫が配偶者に対して絶えず感染予防の助言を行っていなかったなど、原告のHIV感染が輸血によるものでないことについて明確な事情が存在する場合に、因果関係を否定する破毀

(b) 以上のように、1991年12月31日の法律47条によって創設された基金は、損害・因果関係に関する裁判例を受け継ぎ、さらにそれを制度的に前進させるものであった。しかしながら、基金創設後の判例・裁判例は、こうした基金による補償をさらに拡張する形で被害者救済を図っている。そのいくつかをみることにしよう。

第1に、被害者は、一定の場合に基金による補償を超えて、加害者に対し民事責任を追及することができる。基金によって補償される損害項目が網羅的でなかったことに加え、個別の損害項目の評価額が必ずしも十分でなかったため、基金創設後には、被害者（受血者又はその権利承継人）による加害者（輸血センター・医療機関）への責任追及が相次いだ[88]。

とりわけ個別の損害項目の評価額については、民事責任によって個別の損害項目に認められる評価額よりも基金による補償額が低いことが非常に多くの訴訟で争われている[89]。一般に、基金創設後の判例・裁判例は、基金によって補償されなかった損害項目について、受血者が基金による補償を受領した場合であっても、加害者に対してそれとは別個に民事責任を追及する可能性を認めているが、破毀院とコンセイユ・デタで賠償額の算定方法に相違がみられ、追及できる責任の範囲に差が生じて

院判決がある。Cass. Civ. 2ème, 14 janvier 1998, *J.C.P.* 1998, Ⅳ, 1481 ; *Resp. civ. et ass.* 1998, Ⅳ, n° 158.

88 基金創設直後は、基金による補償の請求と加害者に対する民事責任の追及が同時に行われ、しばしば重複塡補の問題が生じたという。Y. Lambert-Faivre, *supra* note 13, pp.20 et s. こうした問題は、基金に対する請求を加害者に対する民事責任の追及の前提条件としていなかったため生じたという。C. Delpoux, *supra* note 42, p. 33. なお、被害者は医療機関に対して責任追及することもできるが、その際には被害者が民事責任の諸要件を証明する必要があり、現実的に医療機関を相手取って訴訟を起こすのは稀であろうともいわれている。Annick Dorsner-Dolivet, Sida et responsabilité des cliniques, *J.C.P.* 1995, Ⅰ, 3824, n°14, p.96.

89 基金による提示額が争われた事案として、C.A. Paris, 27 novembre 1992 (20 arrêts), *Gaz. Pal.* 1992, 2, somm. 539 ; C.A. Paris, 11 décembre 1992 (6 arrêts), *Gaz. Pal.* 1993,1, somm. 198 ; C.A. Paris, 15 janvier 1993 (13 arrêts), *Gaz. Pal.* 1994, 2, somm. 624.

いる[90]。すなわち、破毀院は、基金によって補償されなかった損害項目についてのみ民事責任の追及を認めるのに対し[91]、コンセイユ・デタは、基金によって補償された損害項目についても民事責任の追及を認め、賠償額の算定の際に基金によって補償された額を控除するという方式を採る[92]。それゆえ破毀院によれば、被害者は、基金によって補償されなかった損害項目のみについて加害者の民事責任追及が認められるのに対し、コンセイユ・デタによれば、被害者は――基金によって補償されなかった損害項目に加え――、基金によって補償された損害項目についても、裁判所によって算定される当該損害項目の賠償額がそれを上回る場合には、その範囲で加害者に対する民事責任の追及が認められることとなる。こうした破毀院の立場は、ヨーロッパ人権裁判所において否定されているが[93]、その後の大法廷判決においても維持されている[94]。

---

[90] 基金による補償額の算定方式については、学説上も意見が分かれている。損害の評価に関する裁判所のコントロールの容易さを考慮して、個別の損害項目ごとに定率で算定する基金の方式を、全損害を包括的に算定する伝統的な民事責任の方式よりも優れたものと評価する見解（Emmanuel Savatier, Le principe indemnitaire à l'épreuve des jurisprudences civile et administrative, A propos de l'indemnisation des victimes de transfusions sanguines, *J.C.P.* 1999, Ⅰ, 125, n°8, p.620.）がある一方で、こうした個別の損害項目のみに依拠した抽象的な算定方式ではなく、被害者の置かれた個別具体的な状況をも考慮すべきであるとする見解もある（François Chabas, La notion de préjudice de contamination, *in,* COLLOQUE organisé par la Faculté de droit de Paris Ⅻ, 12 décembre 1997, *Le préjudice, Questions choisies,* actes publiés *in, Resp. civ. et Ass.* mai 1998, n° spécial, p.20.）。

[91] Cass. Civ. 2ème, 26 janvier 1994, *R.T.D.civ.* 1996, 509, obs. J.P. Marguenaud ; *Gaz. Pal.* 24-26 juillet, 1994, 23, obs. Guigune ; *Rev. dr. san. soc.* 1994, 420, note J.-S. Cayla. ちなみに、この判決以前の下級審判決は、加害者に対する全損害項目の追及を認めるのが一般的傾向であり、破毀院判決はこうした傾向に反するものであった。T.G.I. Périgueux, 28 avril 1992, *D.* 1993, 322, note J.-J. Taisne : C.A. Aix-en-Provence, 12 juillet 1993, *supra* note 40 : C.A. Limoges, 13 février 1992, *D.* 1992, inf. rap. 275.

[92] C.E. 15 octobre 1993, *J.C.P.* 1993, Ⅳ, 2646, obs. M.-Ch. Rounault ; *D.* 1994, *inf. rap.* 19 ; *R.F.D.A.* 1994, 553.

[93] C.E.D.H., 4 décembre 1995, *J.C.P.* 1996, Ⅱ, 22648, note M. Harichaux ; *D.*

なお、加害者に対する責任追及は、被害者のみならず基金によってもなされる。すなわち、1991年12月31日の法律47条Ⅸは、加害者（輸血センター・医療機関）にフォートがあることを条件に、基金に被害者に補償した額の範囲内で求償訴権を留保した。1991年12月31日の法律47条に至る経緯において、加害者の責任の明確化は被害者の重要な要請のひとつでもあり、この求償訴権はそうした被害者の要請に応えたものでもある[95]。基金の創設以降、この求償訴権に基づいて、輸血センターに対し、フォートに基づく責任の追及が増加したともいわれている。

第２に、基金に対して補償を請求できる人的範囲も拡大されている[96]。

1996，357, note M. Collin-Demunieux ; *R.T.D.civ.* 1996，509, obs. J.-P. Marguenaud. ヨーロッパ人権裁判所は、「申請者〔被害者〕は基金に対して提示される補償の要求に並行して訴訟手続きをとり、または訴追する可能性を合理的に信頼することができるのであり、それはたとえ基金の提供を受領した後であったとしてもそうである」として、被害者による民事責任追及を肯定した。ただし、ヨーロッパ人権裁判所は、破毀院が基金によって補償されなかった損害項目についてのみ民事責任の追及を認めるとする判決を下す以前（1993年４月21日）の事案が問題となった場合には、判決による人権侵害がないことを理由に申請を棄却している。C.E.D.H. 30 octobre 1998，*J.C.P.* 1998, Act. n° 47，1990 ； *Resp. civ. et Ass.* 1999, n° 37.

[94] Ass. plénière, 6 juin 1997，*D.* 1997, somm. 204, obs. D. Mazeaud ; *R.T.D. civ.* 1997，146, obs. P. Jourdain ; *D.* 1998，255, concl. P. Tatu ; *J.C.P.* 1997，Ⅰ, 4070, n° 36, obs. G. Viney. 判決は次のように述べ、基金によって補償されていない損害項目についてのみ民事責任の追及を認める。「HIV に感染した輸血患者・血友病患者の補償基金は、それらの損害の被害者を完全に塡補する。被害者は、基金による〔補償の〕提供を受領しなかった場合、パリ控訴院に〔加害者を〕訴追することができる。〔しかし、補償を受領した〕被害者は補償基金によってまだ塡補されていない損害項目についてのみ一般法の裁判管轄（juridiction）によって賠償を受けることができる」。

[95] 被害者の１人である Edmond-Luc Henry の著書は、HIV 感染事件において、加害者の責任の明確化が被害者にとっていかに重要な関心事であったかを示している。エドモン＝リュック・アンリ（堀田一陽訳）『毒殺罪で告発されるエイズ』（社会批評社・1995）160頁以下。

[96] 難波譲治「フランス法における近親者損害の賠償」國學院法学40巻４号（2003）301頁。

1991年12月31日の法律47条は、輸血・血液製剤輸注によって直接的に感染した者のみを想定していたといわれるが[97]、その後の判例・裁判例では、その相続人や当該被害者を介して感染した者（妻〔内縁も含む〕やその子）に対しても基金による補償が認められている[98]。この補償には、財産的損害のみならず、非財産的損害も含まれる。他方、被害者の近親者（配偶者・子供・親）固有の非財産的損害の賠償については、被害者の近親者が被害者の請求に付帯する形で補償を請求するものが多くみられる[99]。被害者といかなる関係にある者がこれを請求できるかについては必ずしも明らかでないが、被害者と同居し、その生活に大きな影響を受けた配偶者、直系尊属・直系卑属に限られるとするものもある[100]。

---

97 E. Savatier, *supra* note 90, n°6, p.619.

98 下級審判決には、相続人や被害者から感染した妻や子について補償を認めたものがあり、さらには、患者から感染した外科医に対して基金による補償を認めた破毀院判決もある。Cass. Civ. 2ème, 18 juin 1997, *D.* 1998, 31, concl. P. Tatu ; *J.C.P.* 1997, Ⅰ, 4070, n° 35, obs. G. Viney.

99 これは相続人が被害者（受血者）固有の非財産的損害についての請求権を相続できるか、という問題を伏線としている。非財産的損害の賠償請求権が被害者（受血者）固有の請求権である以上、相続の対象とならないというのが論理的帰結である（ただし、伝統的に判例は相続を認めている）。しかし、HIV感染については、非財産的損害の補償額が極めて高額であることに加え、一般に補償額の算定基準は、被害者（受血者）の死後に用いられる基準よりも被害者の生存中に用いられる基準のほうが高額となっているため、相続人は被害者（受血者）が生存中に取得した請求権を相続する形で補償を請求したほうが、ヨリ高額の補償を期待できる。基金は――たとえ受血者自身が生前に訴訟を提起していない場合であっても――基金に対する請求権の相続を認める。しかしながら、近親者に固有の請求権に加えて補償を認めることの妥当性や被害者（受血者）の苦しみに対する補償を相続人に与えることの妥当性、さらには民事責任による解決とのバランスなどから、学説には被害者（受血者）死亡後の請求権を――非財産的損害であるがゆえに――原則として消滅すると解しつつも、一定の近親者に限っては近親者に固有の損害賠償請求権においてそれを考慮すべしとするものもある。Y. Lambert-Faivre, *supra* note 69, p.70 ; Id, *supra* note 13, p.22.

100 Y. Lambert-Faivre, *supra* note 69, p.71. Lambert-Faivre によれば、パリ控訴院の下した判決には、配偶者や未成年者の母親からの請求を認めるものがあ

第4節　小括

以上、本章では、HIV感染事件の概要・政策的対応を確認した後、それに対する判例・裁判例及び被害者救済制度をそれぞれみてきた。その結果HIV感染事件に関する判例・裁判例は、科学知識が未確立の状況で生じたHIV感染について、伝統的な判例法理を強化する形で被害者救済を図り、最終的にそれらの判例・裁判例をさらに強化する形で、被害者救済制度が構築されたことを確認した。以上の本章での検討は、リスク社会と民事責任の象徴的な関係を浮かび上がらせる。

HIV感染事件の特徴は、事件そのものがAIDSやHIV感染の科学的な解明と並行して進展したことにある。今日、AIDSとして知られる疾病は、1981年にアメリカで発見され、当初は、同性愛者や麻薬中毒者の間に蔓延する疫病として理解されていたものの、その後、1982年に血液製剤輸注による感染が、1983年に輸血による感染がそれぞれ確認されることとなった（第1節(1)）。しかし、輸血・血液製剤輸注によるHIV感染のリスクそのものは、疫学的・病理学的知見に照らして必ずしも明らかではなく、少なくとも1985年半ばに至るまでは政策的対応の合理性を担保しうるほどには明らかではなかった（第1節(2)）。そのためフランスでは、輸血・血液製剤輸注によるHIV感染について、1985年7月まで政策的対応が本格化することはなかった。

したがって、誤解を恐れずに単純化すれば、輸血・血液製剤輸注によるHIV感染は、科学知識が未確立の状態で生じた損害であり、まさにリスク社会を特徴づけるリスクそのものであるといえる。こうしたリスクはかつては自然ないし運命の仕業に帰されるべきものであり、責任帰属の対象とされてこなかった。しかし、HIV感染事件では、そうした解決が採用されることはなかった。むしろフランスでは、加害者の法的責任が強化される形で計算不可能なリスクについて責任帰属が図られた

る反面、成人男性の母親の請求（ただし、事前に基金に対する請求を行っていなかった事案）を棄却するものもある。なお、HIVに感染していない場合であっても、精神的損害を認めるものもある。C.A. Paris, 7 octobre 1993（3 arrêts）, *Gaz. Pal.* 1994, 2, somm. 451.

のである。すなわち、司法裁判所の判例・裁判例は、輸血・血液製剤輸注による HIV 感染について――輸血事業によって生じる損害を無過失責任とする伝統的な判例法理の延長線上に位置づけ――、輸血センターの責任を無過失責任とした（第 2 節(2)）。行政裁判所の裁判例は、当初こそ、伝統的な過失責任の枠組みによって HIV 感染事件に臨む姿勢を示していたものの、最終的にコンセイユ・デタによって無過失責任の枠組みが正面から肯定されることとなった（第 2 節(2)(b)）。また、国の規制権限不行使については、伝統的な過失責任の枠組みが維持されたものの、HIV 感染のリスクが十分な科学的な確実さを示さない場合にも国のフォートが認められると判断された（第 2 節(2)(c)）。

こうした判例・裁判例を受けて（またはそれらと並行して）、輸血・血液製剤輸注による HIV 感染については、1991年12月31日の法律47条によって被害者救済制度が設けられることとなった。この法律によって被害者は、HIV 感染から AIDS の発症・死亡までのあらゆる損害の補償を、ヨリ容易に基金から受けることができるようになった（第 3 節(2)(a)）。同法による被害者救済については、基金創設以降、非常に多くの訴訟によって争われることとなったが、判例・裁判例は、被害者救済を一層押し進める形で解決を図っている（第 3 節(2)(b)）。

このように HIV 感染事件は、科学知識が不確実な状態で生じた損害についての法的責任が問題となったという意味で、リスク社会と民事責任の緊張関係が端的にあらわれた事件と位置づけることができよう。もちろん、無過失責任やそれを補助・代替する保険・社会保障制度によって被害者救済が図られたという意味では、19世紀末から今日に至るまでの民事責任の発展傾向を端的に示す事件として HIV 感染事件を位置づけることも可能である。しかしながら、近時のフランスの議論には、HIV 感染事件を民事責任の限界や再定義の必要性を意識させる契機となった事件と位置づけるものがある。以上を踏まえて次章では、HIV 感染事件を契機としたいくつかの特徴的な議論を検討することにしたい。

【付記】本稿は、北海道大学課程博士（法学）学位審査論文（2007年 6 月25日学位授与）の一部に加筆修正を行ったものである。なお、本研究

にあたっては、2005-2006年度科学研究費補助金（特別研究員奨励費）を受けている。

論　　説

営造物型国立公園における保護・利用・調整（４・完）

―― 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）
⑴　法の内容
⑵　判例
２　国家環境政策法（National Environmental Policy Act: NEPA）
⑴　法の内容
⑵　判例
３　絶滅の危機にある種の法（Endangered Species Act: ESA）
⑴　法の内容
⑵　判例
４　土地管理局（BLM）規則
⑴　規則の内容
⑵　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、59巻4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
(3) 結論
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

（以上、本号）

＊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。

第四章　国有地および周辺民有地の自然保護規制

国立公園紛争の多くは、国立公園用地である国有地のみならず、国立公園に隣接する周辺民有地にも影響を及ぼすことになる自然保護規制をめぐって生じる。自然保護規制にはどのようなものがあり、またこれらの規制にともなう利害調整はどのようなかたちで行なわれているのか。

本章では、国有地および周辺民有地にかかる種々の自然保護規制を整理してその内容を理解するとともに、これらの規制にともなって行なわれる利害調整の実態を確認することで、国立公園の新たな管理手法、さらに自然保護の法システムの新たな枠組みを探っていく。

第一節　自然保護規制の根拠となりうる法理論

アメリカの国立公園における自然保護規制は、公園隣接民有地や公園内民有地の私的財産権にも影響を及ぼすため、規制を支える法理論を確認しておく必要がある。私的財産権にかかる規制の根拠としては、公的ニューサンス理論と公共信託理論という二つの伝統的な法理論が考えられる。

本節では、この二つの伝統的な法理論について、国立公園管理における両理論の意義と限界を明らかにしていく。

1　公的ニューサンス理論（public nuisance doctrine）

国立公園管理を支える法理論として最初に考えられるのは、公的ニューサンス理論である。公的ニューサンス理論は端的には、生活妨害排除を認める理論を意味する。不法行為リステイトメント第２版（Second Restatement of Torts）によると、公的ニューサンスとは「国民の共通の権利に対する不当な妨害（unreasonable interference with a right common to the general public）」を意味し[1]、しばしば“生活妨害”

とも訳される。つまり一般に、公共的な権利の行使について公衆に不便を強い、または損害を惹起するような作為・不作為は、公的ニューサンスにあたる[2]。いったん公的ニューサンスが認定されると、公的ニューサンス理論は統治者に、直接的行動や裁判所命令、あるいはニューサンスを引き起こしている当事者に対する強制のいずれかを通じて、ニューサンスを排除する権限を与える。自らの権利が侵害されている国民は、不快な活動を禁止する訴訟を提起してもよい。

国立公園の利用が全ての人々の共通の権利だと考えられるならば、公的ニューサンス理論は連邦政府にとって、国立公園利用者たちの好ましくない活動を規制する訴訟を提起するための論拠として、理論上好都合のようにも思われる。しかし、連邦政府が関与している公的ニューサンス訴訟、すなわち公的ニューサンスに基づく損害賠償請求訴訟や差止請求訴訟は、ほとんど存在しない[3]。“連邦政府は、連邦所有地でニューサンスを引き起こす活動を禁止する権限を常に有してきた”ともいわれる明白な権限があるにもかかわらず、連邦政府が公的ニューサンス訴訟を提起しない最大の理由は、抗弁（defense）の偏在にある。そもそも公的ニューサンスが成立するためには、不法行為者の側に単に悪意があるだけでは不十分であり、国民の確立された法的権利の侵害を立証する必要がある[4]。そのうえ連邦政府がニューサンス訴訟を提起する場合、民間土地所有者が提起する場合よりも、被告が利用できる抗弁がかえってより多く存在する。その結果、被告は異議（objection）をより多く提起するものと思われる。他方、連邦政府が、ニューサンス訴訟の不法行為者とされている者に対していくつもの抗弁を利用できる可能性は十分で

---

[1] Restatement Second of Torts 821B（1979）. 公的ニューサンスの定義は、公共の健康、安全、モラル、平和、快適、便宜、その他広範かつ多様な公共権を包含してきた。

[2] 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）441頁。

[3] 連邦政府が関与しているニューサンス訴訟は、公的ニューサンス理論よりもむしろ私的ニューサンス理論を重点的に扱ってきた。 Nathan L. Scheg, Preservationists vs. Recreationists in Our National Parks, West-Northwest Journal of Environmental Law & Policy（1998）Vol.5, num.1, at 59, footnote 178.

[4] 畠山武道・前掲（注２）441頁。

はない。たとえば、連邦政府の公的ニューサンス訴訟の提起に対して、被告は、そのような連邦政府活動は不適切である、連邦制定法・規則の差別的強制に相当する、平等保護条項（Equal Protection Clause）に基づいて連邦政府に与えられる権限を越える、などと主張できるのである[5]。

このように、訴訟による公的ニューサンス理論の活用には限界がある。また、国立公園紛争の多くが国立公園内民有地（inholding）や国立公園周辺民有地で生じていることを考慮すると、公的ニューサンス理論の活用はますます困難と思われる。

2　公共信託理論（public trust doctrine）

特に国立海岸公園（National Seashore）の自然保護を図ろうとする場合には、公共信託理論もまた、国立公園管理の理論的根拠として活用できる。公共信託理論とは、一般的かつ抽象的には“潮間域その他一定の土地と水は、主権を有する各種の州・自治体の市民によって、一般的な利益のためにのみ利用されるべく信託されている。これらの資源のもっぱら私的な利益のための売却や処分は禁止され、州および自治体は、万一それらが民間所有者に譲渡された場合でも、その財産の利用を規制する譲渡不可能な権限を保留することを指示される”と表現される理論である[6]。公共信託理論の基礎をなす前提は、

①　連邦政府がアメリカ国民のために、信託で国有地を管理すること
②　これらの土地を保護・処分する連邦議会の権限を、司法審査できないことである[7]。

公共信託理論の射程をめぐっては、従来からいくつかの問題点が指摘されてきた。第一に、公共信託により保護される区域や場所的限界が明らかでないことが挙げられる。従来の理論によれば、公共信託理論が適用されるのは可航水域とその下の土地（wet sand）に限られる[8]。第二に、保護される公衆の利益の範囲にも制約がある。たとえば連邦最高裁判所

---

[5] Nathan L. Scheg, supra n.3, at 58-59.
[6] 畠山武道・前掲（注２）168頁。
[7] Nathan L. Scheg, supra n.3, at 59.
[8] 但し、通商、漁労のために民有地を通行することは認められる。

は、公共信託によって保護されるのは航行、通商、漁労に限られ、水浴その他のレクリエーション活動は含まれないという立場をとってきた。第三に、委託者すなわち“公共”の範囲が明確でない[9]。

国立公園管理との関係では、二つの要素が公共信託理論を抑制する。第一は、連邦裁判所が水没地と水没しうる土地（submerged and submersible land）にのみ公共信託理論を適用したことである。このことは、湿地[10]や沼沢地以外での同理論の援用が困難であることを意味する。第二は、連邦裁判所が、連邦議会を国有地の受託者として認めてきたのに、この受託者の地位が連邦職員に積極的義務を課すことをむしろ認めたがらなかったことである。したがって司法の沈黙が、公共信託理論が国立公園紛争解決手段として有効にはたらくのを制限してきた。連邦議会の立法がなければ、厳格な規制は困難である。にもかかわらず、公共信託理論が国立公園に適用されるかどうかは明確でなかった[11]。しかし1970年代になると公共信託理論が大いに注目され、注釈者たちは、この理論が連邦職員に積極的義務を課すと主張した。その主張を連邦裁判所が検討したのが、“レッドウッド国立公園訴訟第一審判決”としても知られる、1974年のシエラ・クラブ対内務省連邦カリフォルニア管区地方裁判所判決（Sierra Club v. Department of the Interior, 376 F. Supp. 90）である。

レッドウッド国立公園（Redwood National Park）では、民間製材会社の土地上で行なわれた大規模な伐採活動が、排水がうまくいかないことと土壌浸食という重大な問題を引き起こしていた。同判決でシエラ・クラブは、内務長官がカリフォルニア州のレッドウッド国立公園を保護しなかったので、同国立公園の公共の受託者としての自らの義務に違反していると主張した。これに対して地方裁判所は、「われわれは、“公園

---

[9] 畠山武道・前掲（注２）168頁。

[10] 湿地（marsh）には、湿地帯草地（wetland grass）とたくさんの魚類（lots of fishes）をもたらすという二つの大きな意味がある。ほかにも、家畜（livestock）にとって有益である。最近は、湿地の生態系（ecological system）と重要な生態系エリア（great ecological area）としての潜在能力に、期待が集まっている。Brush Hill Tours 社によるケープコッドへのハイライトバスツアー“Cape Cod Excursion”（2008年８月）でのガイド説明より。

[11] 畠山武道・前掲（注２）260頁。

境界内の森林、土壌、小川に当然可能な十分な保護を与えるために”…“公園周辺や公園内の小川に注ぐ流域の土地の所有者たちから土地の利権を取得し（acquire）、彼らと契約や協力協定を結ぶ”権限を内務長官に与えている同制定法の特に79c(e)条の文言が…公園の保護にとって当然必要な時にはいつでも、自らに与えられる特別な権限を活用する法的義務（legal duty）を内務長官に課すし、そのような権限の行使の時期、場所、詳細に関して内務長官に与えられるどのような裁量も、公園を保護するために自らの信託義務（trust obligation）のみならず制定法自体によっても課される自らの最も重要な法的義務に従う、という意見である」[12]と述べて、国立公園局設置法およびレッドウッド国立公園法（Redwood National Park Act, 16 U.S.C. 79b(a),79c(d),79c(e)）は内務長官に、国立公園の受託者として行動する積極的義務を課すと判決した[13]。

その後1978年に国立公園局設置法が改正され、内務長官は公園内外の脅威から国立公園を保護する義務があるとされた（1a-1条）。そこで、公共信託上の義務が、国立公園局設置法などの個別法上の義務と区別される独立の義務であるかどうかが問題となった[14]。こうしたなかで、1980年のシエラ・クラブ対アンドリュース連邦地方裁判所判決（Sierra Club v. Andrus, 487 F. Supp. 443）は、国立公園局設置法が内務長官に何か特別な“受託者（trustee）”義務を課すのではないと結論づけた。原告らは、国立公園局設置法が内務長官に特別な受託者義務を課すと主張した。これに対して地方裁判所は、「原告が、被告らは自らの制定法上の義務（statutory duties）と区別できる‘信託’義務（‘trust’ duties）を課されると主張する点では、裁判所は同意しない。裁判所はむしろ、これまで論じられた制定法上の義務が、被告らが誠実に果たさなければならないという責任の全てを構成していると考える」と述べた[15]。つまり被告らは、信託法上の義務ではなく、あくまでも国立公園局設置法のような個別法上の義務を課されることになる。

---

[12] Coggins, Wilkinson and Leshy, Federal Public Land and Resources Law, Fifth edition, Foundation Press (2002) at 1059.

[13] Nathan L. Scheg, supra n.3, at 59-60.

[14] 畠山武道・前掲（注２）281頁注（32）。

[15] Nathan L. Scheg, supra n.3, at 60.

このように、コモン・ローやあいまいな制定法上の文言の司法解釈に基づく公共信託理論の適用は容易ではない。連邦裁判所の見解が統一されているとはいいがたいことも、このことに起因している。また、従来の公共信託理論は海洋（ocean）と満潮時に水没する砂浜（wet sand）を射程としており、満潮時に水没しない砂浜（dry sand）や陸地（upland）は射程の範囲外である。砂浜（dry sand）や陸地（upland）の大部分が民有地であること、国立公園紛争の多くが民有地で生じていることを考えると、公共信託理論の活用も容易ではないように思われる。

第二節　民有地（private land）における自然保護手法

現代の国有地および民有地における実際の自然保護手法は、多様である。国有地に関しては、“取得、処分、保有（acquire, dispose, retain）”という従来からのなじみの三点セットを持ち出すことが、もはや時代遅れであるとの意見もある[16]。というのも現在は、これら以外の自然保護手法が選択される場面が少なくないからである。国立公園隣接民有地や国立公園内民有地で生じることが多い国立公園紛争を解決するためには、どのような自然保護手法を選択するのが望ましいだろうか。本節では、代表的な自然保護手法を、年代順に眺めていくことにする。

１　土地収用（eminent domain）

合衆国憲法第５修正（Fifth Amendment to the U.S. Constitution）は、正当な補償なしに私有財産を公共の用のために収用する（take）ことを連邦政府に禁止する。ほとんどの公用収用訴訟は単純不動産権（fee simple）すなわち相続性に制限がない不動産権[17]、にあたる私有財産にからむもので、そこでは憲法上保護される財産利益の存在は争われない。

---

[16] Fairfax, Gwin, King, Raymond, and Watt, Buying Nature, The MIT Press (2005) at 255.

[17] 相続人がいる限り、その相続人の種類を問わず承継され、存続しうる財産権。相続人が直系卑属に限られる「限嗣不動産権（fee tail）」と区別される。田中英夫編集代表『英米法辞典』（東京大学出版会、1991年）341頁。

しかし連邦所有地や連邦資源にからんで公用収用要求が行なわれる場合、公用収用されてしまうとされる財産利益が単純不動産権利益よりもたいてい小さいので、主張される私有財産利益が本当に存在するかどうかが問題となる[18]。

ところで、国立公園内民有地や周辺民有地への連邦規制はほとんどない。わずかな制定法が内務長官に国立公園内の民間利用者を管理するよう命じるものの、どの制定法も土地利用管理の一般実行を期待していないし規定もしていない。このようななか、主に国立海岸公園（national seashore）に関わる一連の制定法に含まれる、いわゆる“ダモクレスの剣”規定[19]が注目される。この規定によると、地方公共団体が内務長官によって公布される基準と一致するゾーニング要件を課して、土地所有者がその要件に従う場合、土地収用によって国立公園内民有地を取得するという内務長官の権限が停止される。この規定は、土地所有者が従わなければならない連邦基準を定めるわけではないし、国立公園局によって直接に強制できるものでもない。むしろ、土地所有者がゾーニング要件に従わない場合の唯一の制裁（penalty）として、土地を収用する権利（condemn）を内務長官に与える。しかし収用資金の慢性的な不足のせいでこの規定は多くの場合、効果的ではなかったし、土地所有者は地方公共団体からゾーニング適用除外を得るのが常だった[20]。

土地の公用使用（land use taking）への法理論上のアプローチは多様で、古くは19世紀後半を通じて用いられたハーラン（John Harlan）連邦最高裁判所主席裁判官の形式主義までさかのぼることができる。ここで形式主義とは、合衆国憲法を逐語的に解釈するアプローチを意味する。ハーラン裁判官の形式主義は、「財産所有者の費用や損害とは関係なく、

---

[18] Coggins, Wilkinson and Leshy, supra n.12, at 232.

[19] “ダモクレスの剣”規定とは、自治体が内務長官の定める土地利用規制計画と基準に適合する土地利用規制条例を制定し、基準に適合しない土地利用がされたときは、内務長官がその土地・施設を収用するというものである。最終的には連邦の収用権行使が必要であるが、間接的に連邦ゾーニングを実施できるところに意義がある。畠山武道・前掲（注２）286頁注（66）。

[20] Joseph L. Sax, Helpless Giants: The National Parks and the Regulation of Private Lands, Michigan Law Review Vol. 75：239（1976）at 241-243.

ニューサンスはニューサンスである」と判示した1887年のマグラー対カンザス連邦最高裁判所判決（Mugler v. Kansas, 123 U.S. 623，31 L. Ed. 205）に最もよくあらわれているとされる。20世紀初頭にはホームズ（Oliver W. Holmes）裁判官が、公用収用法学について実用的功利主義アプローチを用いた。このアプローチでは、生ずる複数の利益が比較衡量される。1930年代には、自分のニューディール政策（New Deal）が違憲とされることを恐れたローズヴェルト（Franklin D. Roosevelt）大統領が裁判所に揺さぶりをかける一方で、リーガル・リアリズムが形式主義を激しく非難しながら台頭した。しかしこの時期の、連邦最高裁判所を社会政策決定の中心に据えるロクナーリズム（Lochnerism）政治は、激しい抗議を招いた[21]。1950年代に裁判所は、検討の焦点を経済・財産問題から人権問題に移した。そのうえ、1954年のバーマン対パーカー連邦最高裁判所判決（Berman v. Parker, 348 U.S. 26，99 L. Ed. 27）でのダグラス（Orville W. Douglas）裁判官の多数意見が、合衆国憲法第５修正の“公共の用（public use）”分野から裁判所を切り離した。すなわちダグラス裁判官によると、何が“公共の用”であるかは立法の問題である。こうして、“公共の用”規定は権利章典（Bill of Rights）の中にあるのだが、連邦最高裁判所は、解釈のために特にこの条項を選ぶ際に入念に選択するようになってきた。

ところで、土地使用訴訟の類型では、現実の権利侵害（physical invasions）が格別の保護を受けてきた。しかし規制公用収用（regulatory takings）になぞらえると、公用収用のうち該当部分はきわめて小さい。また規制公用収用は、土地使用論争を引き起こしてきた。規制プロセスが、財産に課すことができる制限をめぐってコモン・ローと衝突するからである。

規制公用収用の許可の際には、規制権限（police power）が重要な役割を果たす。たとえばハーラン裁判官は、どれほど深刻に財産を減らすか全く気にかけずに、規制権限を行使した。これに対してホームズ裁判

[21] ホームズ裁判官時代からロクナーリズム政治時代までのアメリカ法の歴史は、モートン・Ｊ・ホーウィッツ著、樋口範雄訳『現代アメリカ法の歴史〔アメリカ法ベーシックス３〕』（弘文堂、2004年）に詳しい。

官は、規制権限を無制限に行使することが私有財産制を廃止させるかもしれないことに気づき、財産所有者のニーズと連邦政府のニーズの比較衡量を試みた。ホームズ裁判官のアプローチは、“財産所有者にとって、その規制による損害がいくらになるか”という、比較衡量関連問題の別の側面を提起した。

1960年代以降、“公共の用”問題は立法部に委ねられてきた。ある特定の規制が“公共の用”に資するかどうか、裁判所はもはや答えようとしない。しかし依然として裁判所は、“正当な補償（just compensation）”に関する争点を審査することになっている。裁判所の評価が、完全補償を大いに阻むのである[22]。

1970年前後からは、多くの学者たちによる政治哲学や法哲学に及ぶ広範囲のアプローチが、公用収用法（takings law）に重大な影響を与えてきた。国立公園内民有地や周辺民有地への規制という観点からは、これらのうちサックス（Joseph L. Sax）のアプローチが重要だろう。財産（property）を“競い合う使用の相互依存ネットワーク”とみなすサックスの公用収用理論は、1971年の発表以後、特に生態系や環境上の懸念にかかわる判例において連邦最高裁判所に影響を与えてきた。サックスはまず、財産を土地の隔離された区画と見ないよう求める。そのうえで、下手の土地所有者の財産を浸食するとして、傾斜20度の土地上の露天掘りを連邦政府が禁止した実例を用いて、次のように説明した。“現行法のもとでは、ある所有者の土地から‘全経済価値’を手に入れる連邦政府規制は、補償につながるだろう。採鉱地の所有者が下手の土地所有者に、下手の土地が採鉱地の所有者の廃棄物置き場として使用されることを許すよう求め、下手の土地所有者が、採鉱の廃棄物がない土地を享有できるよう求める場合、‘どちらの所有者も自分自身の財産をただ使用しているだけではないし、どちらも自分の要求を満たす権利を論理的に与えられていない。というのも、競い合う使用のどちらも、いくつか論理的な意味で他方に優越しないからである’”。

---

[22] George Skouras, Takings Law and the Supreme Court–Judicial Oversight of the Regulatory State's Acquisition, Use, and Control of Private Property, Peter Lang (1998) at 67-69.

両当事者を対等の立場に置くことで、連邦政府が奪うどちらの使用も補償を引き起こさないことになるというのが、サックスの説明だった。つまり、連邦政府の責任が軽減されることになる。どちらの活動が優越価値を有するか、連邦政府が論理的に判断できないことが、その理由とされた。そのうえでサックスは、“競い合う財産使用のどちらが、副次的結果をもたらさなかったか。この質問への答えが、副次的結果を引き起こす当事者を連邦政府が抑えることにつながらなければならない。”とし、露天掘りをする採鉱地の所有者をこの当事者とした。副次的結果を引き起こす当事者は、損害を受ける財産の所有者に補償することによって責任を負わなければならない。サックス理論では、補償することになる当事者は開発土地所有者であるのが通例だから、開発費用が開発者側に転嫁されることになる[23]。

開発反対的なサックスのアプローチに対しては批判もあるが、連邦政府の負担が軽減される可能性を含むこのアプローチは、収用資金の慢性的な不足という現状の打開策として効果的と思われる。

2　土地取得（land acquisition）

民有地の土地所有権そのものを取得する、土地取得（land acquisition）の歴史は古い。土地取得は、本来必ずしも民有地の自然保護を意図するものではなかったが、特に国立公園内民有地（inholding）の自然保護を図る手法として活用されてきた。

土地取得の歴史は、国有地をめぐる連邦政策の歴史とほぼ重なる。1775年から1783年のアメリカ独立戦争後にイギリスと締結されたパリ条約（Treaty of Paris）はミシシッピ川（Mississippi River）に新国家の西端を設けたが、建国13州のうち７州が、各州の植民地憲章（colonial charters）に基づいてこの西部ウィルダネスの広大な土地を要求した[24]。

土地取得と規制（regulation）、さらに土地取得と土地収用（eminent domain）の手法選択について、サックスは、“規制の試みが財産の違憲

[23] Id., at 71-72.

[24] Coggins, Wilkinson and Leshy, supra n.12, at 34，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）25頁。

な収用になる場合、連邦政府は利益（interests）を買い上げ（buy）なければならない”とする。またサックスは、公園境界内外の民有地の所有権利益（ownership interest）を取得しなければならない場合として、

ａ．その土地が公園局または公園ビジターによる現実の占有（occupancy）を必要とする場合

ｂ．その土地が、現実の占有を必要としないが、既定の土地収用法のもとで財産の公用収用を意味するような土地の利益の取得を求める場合

ｃ．連邦政府が、たとえ憲法上の法理に基づく公用収用ではないとしても、アメリカ法の一般規制権限や相隣関係の紛争解決のなかで通常想定される種類の規制を超える制約を課す場合、

を挙げる[25]。そのうえでサックスは、連邦議会は取得の時期を明確に法律で定める必要はなく、公園局の規制権限を詳説している制定法や、立法経過のなかで明らかにしてもよいと述べる[26]。

実際の連邦議会の土地取得政策はまず、1959年７月前に設立された“古い公園（old parks）”について、国立公園内民有地と国立公園境界外民有地（lands outside the boundaries）とを区別する。そして、“国立公園境界内の全ての土地が、いつかは公園局の支配および管理下におかれなければならない”との理論に基づき、国立公園内民有地を連邦が最終的には取得するという政策をとる。しかし国立公園境界外民有地に関してはそのような政策がないし、連邦支配政策が何もない。その結果、およそ全ての国立公園隣接民有地が公園管理と全く無関係なので、国立公園の物理的な境界は“問題の多い境界”とみなされるのである。

次に、1959年７月以降に設立された“新しい公園（new parks）”については、国立公園境界内の全ての民有地を期限付取得（prompt acquisition）するという政策をとる。新しい公園の現存居住者は、現在の土地使用を著しく変えない限り、終生あるいは一定期間年数にわたって居住地および周辺地の数エーカーを保有することを例外的に許される。他方、新しい公園の国立公園境界外民有地に関する政策は、古い公園と変わら

[25] Joseph L. Sax, supra n.20, at 269.

[26] Id., at 273.

ない[27]。

民有地の自然保護手法として土地取得を応用していくことは、本来的な自然保護手法である連邦規制や土地収用の利用に比べると迂遠に思えるかもしれない。しかし、サックスが指摘するような手法選択の棲み分け、つまり連邦規制や土地収用でカバーしきれない場面を土地取得が補うという補完関係、さらに土地取得活用の長い歴史を考慮すると、民有地の自然保護手法としての土地取得の潜在能力は依然として高いと考える。新しい公園内のほぼ全ての国立公園内民有地が土地取得されてきたあるいは土地取得されているという事実も、このことを裏づけるだろう。

3　環境保存地役権（conservation easement）

国立公園境界外民有地における環境問題が示すように、国有地に隣接する民有地の自然保護を図るのは容易ではない。近年、これらの民有地の自然保護手法として、環境保存地役権（conservation easement）の活用が一般化しつつある。

環境保存地役権とは端的に、自然的あるいは歴史的財産や特性を保全するために設定される地役権をいう[28]。特に国立公園隣接民有地では、租税インセンティブが大きい環境保存地役権の活用が、自然保護の実現に効果的と考えられている。1964年以後の歳入決定では内国歳入庁（Internal Revenue Service: IRS）により、さらに1976年以後の内国歳入

---

[27] Joseph L. Sax, Buying Scenery: Land Acquisitions for the National Park Service, Duke Law Journal Vol. 1980: 709 at 714-716.

[28] 環境保存地役権と1965年の土地・水保全基金法（Land and Water Conservation Fund Act）の適用関係が問われた事例に関する、1985年のシャーンガム山脈の友対クラーク連邦第二巡回控訴裁判所判決（Friends of Shawangunks, Inc. v. Clark, 754 F. 2d 446）によると、［環境保存］地役権は“類のない景勝地域の保全や保存；ミネワスカ（Minnewaska）湖とその流域の環境上・生態上の保護；現在［民間］所有されていて［パリセード州間パークウェー委員会（Palisades Interstate Park Commission: PIPC）］に譲渡されてミネワスカ［ニューヨーク］州立公園の一部になる予定地の現行使用や管理に矛盾したやり方での開発や使用を防ぐという目的のためにあるが、それらに限定されるわけではない”。Coggins, Wilkinson and Leshy, supra n.12, at 937-938.

法典（Internal Revenue Code）の規定により、環境保存地役権の付与に対する慈善寄付控除（charitable contribution deduction for the gift of a conservation easement）が認められてきたからである。

慈善寄付控除の総額は、寄付される財産の価格で判断されるので、環境保存地役権の設定には査定問題がつきものだった。1980年代初めに、土地信託連合（Land Trust Alliance）[29]や史跡保存ナショナルトラスト（National Trust for Historic Preservation）が、評価プロセスですぐに使える参考文献が必要なことを認めた。この需要を満たすために1984年に土地信託連合が『地役権の査定方法（Appraising Easements）』というタイトルの査定ガイドラインをまとめたことで、環境保存地役権の査定は大幅に明確化された。『地役権の査定方法』の発表後、内国歳入庁は自らの立場を修正し、提供された環境保全・環境保存地役権をケースバイケースの基準に基づいて自ら見直すつもりであることを公報発表（public information release）I.R.-84-125（1984年12月10日）で明らかにした。内国歳入庁は、納税査定官がこの公報発表で概説されるのと同じ“前後の変化を示す（before and after）”方法を守り、地役権によると考えられる市場価格の零落を明示するという健全な査定を行なう場合に、慈善寄付控除が許されることになると述べた。

『地役権の査定方法』によると、環境保存地役権とは、土地（property）の所有者が公共の利益（public benefit）のために保有者によって強く主張される特定の権利を政府の部署や慈善団体（“保有者”）に譲渡する、登録制土地使用合意（recorded land use agreement）である。環境保存地役権は、所有地（property）を意義深いものにしている歴史、景勝、自然、オープンスペースの特性が十分に認められ、故意あるいは軽率な破壊から保護されることを保証する。

環境保存地役権は、かなり独立執行的である。つまりいったん土地登録されると、条項の法定通知（legal notice）が環境保存地役権に反する

[29] 当時は、土地信託協同組合（Land Trust Exchange）。現在の土地信託連合は、国家委員会召集者、戦略家、全米1600以上の土地信託の代表者からなる集団である。地域社会や自然界システムのためになる自発的な民有地環境保存を促進する。http://www.lta.org/aboutlta/index.html

所有地の使用を排除する。たとえば、農地や湿地を住宅用に分譲することを禁止する環境保存地役権は、土地の開発可能性を実質上消滅させ、そのような開発可能性に関連した金銭的価値を消滅させる。この意味で環境保存地役権はゾーニング権と似ているが、ゾーニングと違って、特別な状況以外には緩和してはならない。独立執行規定に加えて、典型的な環境保存地役権は、法律上は許されても所有地の歴史や環境上の意義と両立しがたいやり方で所有者が土地を使用する権利を、制限する。環境保存地役権の執行は、地役権保有者による定期土地立入り検査や、条項違反の場合に地役権を遵守させるために許されるかもしれない活動・法行為について所有者と継続的に相談することで実現される[30]。

環境保存地役権には、まず「歴史保存地役権（Historic Preservation Easements）」、次に「景勝地役権（Scenic Easements）」「農地地役権（Farmland Easements）」「森林地役権（Timberland Easements）」の三種類を含む「オープンスペース地役権（Open Space Easements）」がある。ほかにも、「自然生息地地役権（Natural Habitat Easements）」や「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）」などがある。ここでは、国立公園利用とも関連するオープンスペース地役権、自然生息地地役権、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の具体的な内容を、『地役権の査定方法』に沿って見ていきたい。

（1） オープンスペース地役権ー景勝地役権（Scenic Easements）

景観地役権とは一般に、景観の魅力を自然のままあるいは現在の状態で保存するという目的で、不動産権設定者の所有地（grantor's property）に課される制限をいう。景勝地役権は、多くの異なるタイプの土地を保護することになる。よく知られた印象的な眺めを保存する、あるいは地域社会の田園や自然の特性を保存するために、景勝地役権は用いられる。

[30] Appraising Easements-Guidelines for Valuation of Land Conservation and Historic Preservation Easements, Third Edition, Land Trust Alliance (1999) at 1-3.

景勝地役権は、幹線道路美化事業、公共の公園や幹線道路からもたらされる景観の分岐点（viewsheds）の保護において、連邦政府組織によってしばしば認められる。保護される土地はたいてい、農場、森林地、牧草地、湖、河川、雑木林、歴史的建造物を含む。景勝地役権は一般に、次のような規定を含む。

- 土地分譲やいっそうの開発を、禁止あるいは規制する
- 建造物その他の耐久工作物の場所、設計、構造、取替えを、禁止あるいは規制する
- 許可される利用を明記し、営利的あるいは他の好ましくない利用を禁止あるいは制限する
- 広告掲示板その他の広告を禁止する
- 作物や樹木の高さを制限し、視界を妨げる樹木や低木の植林を禁止する
- 樹木、低木、植物の破壊を禁止する
- 損傷を受け、病気にかかり、あるいは過密状態の樹木や枯れ枝を、承認なしで除去することを許す
- 土地の景観価値および野生生物生息地価値（scenic and wildlife habitat value）を高めるために、樹木や低木の植林を許す
- 開放耕地（open fields）や草地の開墾や整備を許す
- 駐車場を禁止あるいは制限する
- ごみ、灰、その他不快な物質の投棄を禁止する
- 採鉱あるいは採石を禁止する
- 幹線道路沿いの景色を見渡せる高台について、制限区域に立ち入る国民の権利を認める
- 必要な公益事業鉄道・道路を認める

⑵　オープンスペース地役権ー農地地役権（Farmland Easements）

農地地役権あるいは農業地役権（agricultural easement）は、農業生産用の土地を保護するために、一般にはオープンスペースとみなされる土地に課される。これらの地役権は、他の利用を禁止することによって、地域の田園や景観の特性を保存するのにも役立つことになる。景勝地役権に含まれるタイプの制限規定に加えて、農地地役権は次のような規定

を含む。

- 認可された地域農業委員会の環境保護計画（approved local agricultural commission's conservation plan）あるいは合衆国農務省によって認可された環境保護計画に従った健全な農業の実施を守るために、所有地の農業利用を求める
- 地表下の採取を除いて、ローム、泥炭、土、砂、砂利、岩、燃料の採鉱あるいは採取を禁止する
- 水路の垂直な土手の規定されたフィート内で、土地をすきで耕すことや耕作することを規制する
- 一定のこうばいを超えている山ろくで、耕すことや耕作地を設けることを禁止する
- 水の表面流去や浸食を制御するために、帯状草地（grass strips）の整備を求める
- 土壌の質を高めるために、多年生作物の周期的な植えつけを求める
- 土壌の質を高めるために、所定の加成土（soil additives）の利用を求める
- 生態系に有害な農薬の利用を規制する
- 果樹園やブドウ園のような、常設の植林を規制する

⑶ オープンスペース地役権ー森林地地役権（Timberland Easements）

森林地地役権は、森林地生産用の土地を保護するために、あるいは森林地用以外の土地の利用を禁止するために、土地に課される。森林地地役権は、景色を楽しむことや国民のアウトドアレクリエーションのためにも認められることがある。森林地地役権はしばしば、景勝地役権や農地地役権のものとよく似た規定を含む。加えて森林地地役権は、次のような規定を含む。

- 健全な森林管理および保全実施に従った土地の管理を求める
- 森林地としての土地の性質を変えない方法で、樹木の選択的伐採あるいは皆伐を調整する
- もし本当に営利的な伐採が許されるならば、価格はいくらで、どのような方法で、どこで、営利的な樹木刈り入れが許されるかを規制する
- もし自動車の利用が他の点では地役権によって禁止されるならば、

刈り入れ作業のための自動車の利用を許す
- もし徒歩アクセスが他の点では地役権で許されるならば、伐木搬出作業地域への徒歩アクセスを禁止する
- 小川、湖、その他の水域から一定の距離内での伐採を禁止する
- 土地を保護するために、木材牽引車の利用および大きさを規制する
- 残っている切り株の高さを規制し、材木刈り入れ作業では全ての切り枝の除去を求める
- 刈り入れ期間を除いて、国民のアウトドアレクリエーションのために、一定の国民のアクセスを許す[31]

⑷ 自然生息地地役権（Natural Habitat Easements）

自然生息地上の地役権は、自然の環境保護システム、動植物の個体数、生態系の状態を保護することによって、魚、野生生物、植物その他同様の生態系の生息地として、比較的に自然のままの状態を保存することをめざす。同時に、自然生息地地役権は、景色を楽しむこと、オープンスペース、限られた国民のアウトドアレクリエーションにとって重要な土地を保存してもよい。制限規定は通例、景色を楽しむためにオープンスペースを保護するのに認められる地役権において見られるものを含む。他の制限規定は、次のことを禁止あるいは規制する。
- やすりがけ、掘削、浚渫、採鉱
- 表土、砂、砂利、岩、鉱物の除去
- 地熱資源の調査あるいは開発
- 地勢の変更
- 狩猟、魚釣り、わな猟
- 木、倒木、他の植物の、除去、破壊、伐採、根こそぎ引き抜くこと（uprooting）
- 水の保全、浸食調整、土壌保全、動植物の保存にとって、有害あるいは不都合な活動
- 小型オートバイその他の自動車の運転
- 農場施設の建設あるいは配置

[31] Id., at 33-34.

- 農薬の使用
- 家畜の放牧
- ごみ投棄
- 湖や池でのモーターボートの使用
- 湿地、沼地、沼沢を干拓すること
- 原産ではない動植物相の導入
- 土地の自然の特性を変えるかもしれない何か他の利用

⑸ 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）

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は、公園や歩道、ハイキング、狩猟、魚釣り、バードウォッチング、わな猟のための土地の保護を含めて、非常に多くの目的をカバーすることができる。この地役権は少なくとも、地役権によって保護される所有地について一部の国民の利用を許すという共通の特徴をもつ。レクリエーション地役権は通例さらに、オープンスペースを保存するという目的と、時には環境保護システムももつ。したがってレクリエーション地役権はしばしば､それらのタイプの地役権の典型規定を含む｡アウトドアレクリエーション・教育地役権に特有の追加規定は、次のことを含む。

- スキー、スノーモービル、ハイキング、乗馬、ピクニック、狩猟、魚釣り、バードウォッチング、生物学的・植物学的調査を許す
- キャンプや自動車利用を、規制あるいは禁止する
- 所有地の一定部分について、国民の利用を制限する
- 年間の一定時期について、国民の利用を制限する[32]

以上が、各環境保存地役権の具体的な内容である。意義深い土地の完全な公有と連邦政府土地使用規制との中間に位置する環境保存地役権は、特別目的ゾーニングや他の連邦政府土地使用規制よりも迅速かつ効果的な自然保護手法といわれる。政治実体、既得権保有者の抵抗、連邦

[32] Id., at 37-38.

政府の計画立案プロセスにともなう希薄化がないからである。環境保存地役権は自発的合意なので、憲法上の制約が原因で連邦政府規制を通じて得ることができない場合、土地所有者は特別仕立ての権利を無償で与えてもよい。最終的に、環境保存地役権は、自然保護団体によって保有され強く主張されることになる

ジョージ・ワシントン高速道路（George Washington Parkway）沿いやマウントバーノン歴史街道（historic vista of Mount Vernon）内の民有地、ブルーリッジ高速道路（Blue Ridge Parkway）につながる土地、アパラチア山道（Appalachian Trail）およびアパラチア山脈の多くの野生・景勝河川（Wild and Scenic Rivers）、ミネソタ州およびノースダコタ州のプレーリー陥穴（おうけつ）地域（Prairie Pothole region）の水鳥生息地、ロッキー山脈（Rocky Mountain）および平原州の景勝放牧地（scenic ranch lands）、シカゴの歴史地区、カリフォルニア州のビッグサー（Big Sur）沿岸景勝街道（scenic vistas）、ニューハンプシャー州の森林地など、環境保存地役権の活用例は多い[33]。

国立公園隣接民有地における最も有効な自然保護手法のひとつとして、環境保存地役権は今後いっそう活用されていくだろう。環境保存地役権が最終的には自然保護団体に保有されるという傾向も、自然保護手法としての有効性を支えているものと思われる。

4　土地信託（land trust）

土地信託運動は、1990年代に成熟期を迎えた。空前のエーカー数を取得し続けた土地信託は、ピーク時には1200団体以上が参加し、1990年代になってようやく成長を止めた。国、地域、地方の土地信託は今では、合計すると連邦政府の保全取得地域とほぼ同規模の土地を管理している。もっとも、連邦政府が姿を消してしまったのではない。1990年代後半、連邦議会は史上最も高額といわれる購入をいくつか実施したし、連邦行政機関は“帳簿外で”土地の巨大な区画を取得するために、土地交換をいっそう活用するようになった[34]。

---

[33] Id., at 3.

[34] Fairfax, Gwin, King, Raymond, and Watt, supra n.16, at 242.

多くのケースでは、地元居住者たちやコミュニティがきわめて重要となる。近隣住民や地元居住者たちを説得しなければ、どんな種類の所有権主張の実施も難しくなるからである。このことは土地信託にとって重要な意味をもつ。信託は近隣住民や地元居住者たちの権利を監視し実施するために精力的にはたらくことになるが、信託はコミュニティの支持があってはじめて、そのようにうまくはたらくことができる。コミュニティの支持がなければ、土地信託は敵視されるか無関心という環境のなかで嫌悪されるか、支持を得ていない地役権や所有権の実施に苦労することになる。コミュニティの支持があると、土地信託地役権はより説得力をもつだろうし、求められるような長期間にわたってもっと容易に実施できることになる[35]。

農地法案（Farm Bill）もまた、1980年代の土地信託が成長していく要因のひとつになった。信託を組織する者たちは土地信託運動を維持するのに必要な政治的・法的な基盤を確立するために各州で動き、保全取得の主役になっていった。土地信託をめぐる一連の動きを、まず1950年代から現在までの土地信託の成長をたどること、次に二つの主な成果として①協力的な州法が徐々に発展していったこと②土地信託連合（Land Trust Alliance: LTA）が設立されたこと、を概観することによって確認していきたい[36]。

土地信託は、レーガン時代にはなはだしい成長を遂げた。1950年代の土地信託初期段階には控えめだった成長は、1970年代に組織が激増し始め、1980年代半ばには最初の農地法案の通過と共に爆発的に増加した。土地信託ははじめのうちは主に、制度化したかたちの土地信託が最初に発達したニューイングランド地方（New England）と、西海岸に限定された沿岸で見られる現象だった。レーガン時代に土地信託運動は真の意味で国家的なものとなり、2000年まで土地信託は着々と普及し続けた。大多数のオブザーバーたちは増加が横ばいになると予想したが、2003年の土地信託連合（LTA）の公的調査では1500以上もの土地信託団体が確認された。小規模土地信託の統合も始まった。組織や保護地域数の増

[35] Id., at 17-18.

[36] Id., at 178.

加は南西部地方と南部中央地域で最も急速に進んだが、保護エーカー数に換算した土地信託活動は北東地方が最大のままである。農地法案は、新興の土地信託グループの多くのグループがもつ公的使命における影響力を明らかにした。保護される土地のタイプはさまざまだが、大多数の土地信託は農地法案と共通のテーマを重視する。すなわち、湿地（wetlands）、河川流域（watersheds）、農地（farmlands）が、土地信託の主な対象となる。もちろん個々の［土地の］土地信託も、生息地、歴史的・文化的資源、オープンスペース、それぞれの地方が大切にとっておいた場所を保護するのに役立つ。もっとも、都会の土地を取り扱う土地信託はほとんどない[37]。

1980年代半ばから2000年までの間の土地信託の並外れた成長には、複雑な理由がある。運動の高まりの最大の理由として指摘されているのが、1980年代を通じて環境保存地役権（conservation easements）の税待遇が徐々に安定していったことと、州レベルでの環境保存地役権立法の制定である。1981年に統一州法委員全国会議（National Conference of Commissioners on Uniform State Laws: NCCUSL）は、統一環境保存地役権法（Uniform Conservation Easement Act: UCEA）の立法を提案した。そのモデル立法が21の州で基本的には採択され、他の管区での議論に役立つことになった。委員たちは環境保存地役権保有者と民間地役権保有者の両方について、公の監視の適切なレベルについて議論した。最終的に委員たちは、民間活動が“それら［土地信託や環境保存地役権］と対立することなく、非常に重要な公的問題を前進させるのを補いかつ手伝う”のに役立つだろうという望みをもって、統一環境保存地役権法（UCEA）が土地信託と環境保存地役権のどちらについても公の監視を命じる言葉を含まないと判断した。ワイオミング州以外の全ての州が、何らかの環境保存地役権を採用してきた。これらの州制定法は統一環境保存地役権法に依拠してはいるものの、かなり変化に富む。たとえば統一環境保存地役権法は環境保存地役権の重要な目的として歴史的・文化的保存を含んでいるが、メイン州はこれらを含まない。モンタナ州では農業用地の保全が目的として認められておらず、郡の委員が各地役権を

[37] Id., at 179-180.

審査しなければならない。対照的にマサチューセッツ州では、州行政機関は評価を行なわない。バージニア州では、組織は地役権を保有する前の５年間に実在していなければならないとされる。他方コロラド州では、待機期間は２年間にすぎない[38]。

初期の土地信託は全国規模での調整を欠いていたので、統一州法委員全国会議（NCCUSL）プロセスに直接には関係してこなかった。この時期に土地信託組織は、地役権や土地信託専門家についての長期的な信用性にとって首尾一貫したアプローチが不可欠であることに気づいた。1970年代半ばにマサチューセッツ州ボストンの税法務官（tax attorney）ブラウン（Kingsbury Browne）は、土地信託税問題についての会報を出すことでこれらの懸念に応じた。土地政策のためのリンカン協会（Lincoln Institute for Land Policy）は、1970年代後半から1980年代初期に開催された一連の会合のひとつに資金提供し、このことが土地信託協同組合（Land Trust Exchange: LTE）を発足させることにつながった。土地政策のためのリンカン協会は、初代の土地信託協同組合長を輩出した。1982年２月にマサチューセッツ州で非営利組織（NPO）として法人組織になった土地信託協同組合（LTE）は、『土地交換：土地信託土地交換新聞（The Exchange: The Journal of the Land Trust Exchange）』という新聞の初版を１ヵ月後に発行した。その新聞によるとLTEは、“土地信託コミュニティの草の根［運動］的性質を反映する”ために、そして“日々の土地救済活動に直接に関係する人たちの経験と高度の専門的知識”を活用するために、信託組織同士のよりよいコミュニケーションを図る相互援助システムとなることをめざしていた。1983年11月に、興味をもった土地信託のリーダーたちがモンタナ州フェザード・パイプ・ランチ（Feathered Pipe Ranch）に集まり、メイン州沿岸遺産信託（Maine Coastal Heritage Trust）を長期にわたり運営してきたエモリー（Ben Emory）のもと、土地信託協同組合（LTE）が再結成された。LTEは、1984年に『地役権の査定方法（Appraising Easements）』、1986年に『環境保存地役権に関する連邦租税法（The Federal Tax Law of Conservation Easements）』という二つの主要な文献を発行し、1985年に

[38] Id., at 180-181.

最初の土地信託大会（年次総会）をワシントンD.C.で開催した[39]。

1987年に土地信託協同組合（LTE）はメイン州からワシントンD.C.エリアに移転し、さらにジャクソンホール土地信託（Jackson Hole Land Trust）からホッカー（Jean Hocker）がやって来て常任理事（executive director）を引き継いだ。ホッカーは、土地信託活動のための基準と実施についての規則を作りあげることを重要なアジェンダとした。土地信託コミュニティの強みは地元の草の根運動力と影響力をもつことだったので、土地信託運動にトップダウンの制約を課すことを望む者は誰もいなかった。とはいえ、土地信託組織数の急激な増加が、質のコントロールというひとつの問題を引き起こしていた。土地信託協同組合（LTE）基準は、土地信託の理事委員会の役割について14の基本原則を定めた。法的・道徳的・生物学的に健全な取引という基本要件、組織の資金募集と管理、土地信託と土地所有者・職員・ボランティア・コミュニティとの間の結びつきなどである。土地信託協同組合（LTE）の設立10周年記念となる1990年に、同組合は土地信託連合（Land Trust Alliance: LTA）と名称を変更し、事務所をワシントンD.C.の中心街に移転して土地信託専門家たちのための一連の訓練と教育事業を始めた[40]。

土地信託運動は、数多くの連邦や民間の保存地域を取り巻く景観を根本的に変えた[41]。マウントバーノン（Mount Vernon）、フォート・タイコンデローガ（Fort Ticonderoga）、北部森林（Northern Forest）、ブルーリッジパークウェイ（Blue Ridge Parkway）が、土地信託運動による保全現場としてよく知られている[42]。

5　土地交換（land exchange）

連邦土地交換事業は、予算節約期に連邦政府が土地を取得する方法としてよく用いられる。土地交換はもともと、連邦政府が1922年の土地交換法（General Exchange Act, 42 Stat. 465）などに基づいて連邦所有地

---

[39] Id., at 181-182.

[40] Id., at 182-183.

[41] Id.

[42] Id., at 178.

を民有地と交換することを意味していた[43]。もっとも現代の土地交換は民有地の自然保護手法であることにとどまらないし、とりわけ1990年代の土地交換は商業開発への新たな傾倒を示すことが指摘されている。

この時期の描写は、フェアファックス（Sally K. Fairfax）ほか複数の環境学者たちによる研究文献、Fairfax, Gwin, King, Raymond, and Watt, Buying Nature, The MIT Press (2005) に詳しい。同文献によると、1989年から1999年までの間、森林局および土地管理局は197万エーカーを土地交換で処分し、その代わりに293万エーカーを取得した。交換される民有地の価値もまた、劇的に大きくなっていった。1985年の典型的な土地交換は40万ドルから100万ドルという幅のある価値の区画をめぐるものだったが、10年後には1500万ドル以上の価値の土地交換が平均的になった。並外れた価値と必ずしも公正とは限らない取引は、森林局や土地管理局を土地交換にますます依存させていき、このことが論争を引き起こした。1996年から2000年までの間、土地交換は12の異なる会計検査のなかで激しく批判された。最も問題視されたのは、土地交換が自由競争市場の外で行なわれるということだった。そこでは適正価格を決めるのに役立つことになる競争入札者が誰もいないので、公平な査定がきわめて重要になる[44]。

公平な査定は、定義が不十分かつ見積もりが難しい生息地その他のアメニティ価値を含む取引の場合には、特に難しい。調査報告は決まって明らかに過小評価される国有資源と、民有地区画のやたらに高い査定というパターンをつきとめてきた。ごまかしが複数の行政機関の間に広がり、会社組織という所有者の利益のために連邦議会が干渉するのが日常茶飯事であるなか、土地交換の取引プロセスへの国民参加の不足が批判されている[45]。

集合土地交換（assembled exchanges）もまた、批判されている。集合土地交換は、外部の仕切り人に、取引業者の優先事項と連邦所有地政策管理法（FLPMA）の公平な査定要件とを満たすひとまとまりの土地

[43] 鈴木光・前掲（注24）５頁。

[44] Fairfax, Gwin, King, Raymond, and Watt, supra. n.16, at 211-212.

[45] Id., at 212.

をつくらせるものである。たくさんの取引が土地信託によって集められ、土地信託は収益を他の自然保護事業に用いることで利益を正当化する。それでも取引がしばしば非常に複雑・大規模であり、公開審査されていないので、集合土地交換を請け負う団体は批判されやすい[46]。

これらの批判をふまえて、連邦議会は1998年の南ネバダ国有地管理法（Southern Nevada Public Land Management Act: SNPLMA, 112 Stat. 2343）と2000年の連邦土地取引促進法（Federal Land Transaction Facilitation Act, 114 Stat. 598）を制定した。これらの法は、土地交換をオークションに変えることによって査定問題を解決するよう意図されていた。オークションでは、入札者たちが市場価格を定めるために競争することになる。SNPLMA はさらに、土地交換の計画立案で国民参加を高めることもめざした。すなわち2001年の SNPLMA 履行協定は、地方・州政府や土地管理局によって設立される地元委員会に外延的な審議会をあてがう。一般国民や広い範囲の関係利益団体が、売却や取得のための区画を指定する権限を与えられている。これらの規定が、土地交換プロセスにおいて公的な説明義務の質を高めることが期待されている[47]。

ところで、連邦土地交換事業をになう連邦行政機関は森林局と土地管理局であり、国立公園局は含まれない。したがって、国立公園局所有地と民有地の直接の土地交換事例はない。しかし、たとえばグランドキャニオン国立公園（Grand Canyon National Park）の南口から１マイルに位置するカイバブ国有林（Kaibab National Forest）内のトゥサヤン（Tusayan）という144エーカーの民有地をめぐって、国立公園局は1995年にグランドキャニオン国立公園についての公園基本計画（General Management Plan: GMP）を発表し、これに続いてカイバブ国有林は1997年に「トゥサヤンの発展に関する環境影響評価草案（Draft Environmental Impact Statement for Tusayan Growth: DEIS）」を発表した。DEIS で最も議論のまとになったのは、グランドキャニオン国立公園の入口コミュニティ、キャニオン森林村（Canyon Forest Village: CFV）を建設するという提案だった。この事業は土地交換を頼りにしており、

[46] Id., at 213-214.

[47] Id., at 214-215.

CFV 開発業者はカイバブ国有林内の点在する2200エーカーの国立公園内民有地と交換でトゥサヤンに隣接する森林局所有地を得ることになる。CFV の建設は、国立公園境界での大規模な商業開発につながるかもしれない。ともあれ、土地交換は国立公園隣接地の国有および民有の土地所有権の存在パターンを変更することになるので[48]、国立公園隣接地の自然保護手法のひとつとして土地交換をうまく活用することも考えられるだろう。

6　事例研究ートゥサヤン土地交換（Tusayan Land Exchange）

トゥサヤン土地交換は、森林局所有地と民有地の土地交換が、最終的には国立公園隣接地の自然保護を図ることになったという土地交換の実例である。連邦土地交換事業をになう森林局は、1922年の一般交換法（General Exchange Act, 42 Stat. 465）と1976年の連邦所有地政策管理法（Federal Land Policy and Management Act: FLPMA）に基づいて、民間土地所有者と土地を交換する権限を有する[49]。

国立公園局の1995年のグランドキャニオン国立公園についての公園基本計画（GMP）がカイバブ国有林内のトゥサヤン隣接地を将来のグランドキャニオン国立公園の入口開発用地として提案したため、トゥサヤンでは国立公園局ではなく森林局が、開発代替案を示したり評価を行なったりする指導行政機関になった。森林局は、国立公園局の GMP のなかで述べられる目標に照らして対案を幅広いやり方で評価するために、環境影響評価草案（DEIS）の研究を始めた。

1997年に DEIS が発表されたとき、入口開発について最も有力なものとして二つの対案が明らかにされた。第一の案は、トゥサヤンの土地所有者やビジネスオーナーたちの団体であるグランドキャニオン有効利用組合（Grand Canyon Improvement Association: GCIA）によって出された、GCIA 案（代替案Dとも呼ばれる）である。GCIA 案はトゥサヤンの再開発を通して観光関連のサービスやビジネスを発展させようというもの

[48] Machlis, Field, National Parks and Rural Development-Practice and Policy in the United States, Island Press (2000) at 112.
[49] Id., at 120.

で、4500台の駐車容量、710の宿泊区画、22万200平方フィートの小売りスペース、公園オリエンテーション施設や資料館を含めて、森林局所有地上に117エーカーの建設工事を必要とした。第二の案は、グランドキャニオン国立公園への入口コミュニティ、キャニオン森林村（Canyon Forest Village: CFV）を建設することである。CFV 開発業者はカイバブ国有林内に総計2200エーカーになる12の国立公園内民有地をすでに購入していて、これらをトゥサヤンと公園境界の間にある森林局所有地と交換しようと申し出た。CFV は、コミュニティ・センター、図書館、消防署、郡保安官事務所、郵便局、保育所を設計し、資金を調達し、建設することになる[50]。

カイバブ国有林はもともと、民有地や鉄道損失補償地が入り混じったチェック模様状態の連邦所有地だった。1922年に森林局が土地交換によって国立公園内民有地を合併し始め、それ以来カイバブ国有林は土地交換によってほぼ10万エーカーの民有地を取得してきた。トゥサヤン地域は、連邦放牧用割当地（federal grazing allotments）の一部をなす点在する21の国立公園内民有地に沿って民間所有者の手に残った。こうしてトゥサヤンは、国立公園や大きな車道に隣接した144エーカーの孤立した民有地地域になった。トゥサヤンの土地所有者たちは、グランドキャニオン国立公園に近いことによる経済地代を得るようになった。グランドキャニオン国立公園隣接民有地は限られているうえ、カイバブ国有林が緩衝地帯となっているので、ウィリアムズ（Williams）やフラグスタッフ（Flagstaff）のような遠隔地でも近接地代が得られた。続いて CFV 開発者が、土地交換が行なわれない場合には自分がそのいくつかを開発するつもりであることをほのめかしながら、グランドキャニオン国立公園に最も近い12の国立公園内民有地を取得した。いっそうの開発という脅しによって CFV 開発者は、土地交換の条件について森林局と交渉する際に特別の力をもった[51]。

CFV 案は、三つの魅力的な特徴をもつ。第一に、グランドキャニオン有効利用組合（GCIA）案では将来の入口開発について詳細の多くが

[50] Id., at 120-121.

[51] Id., at 121.

トゥサヤンの土地所有者たちにゆだねられて不確かなままであることと対照的に、CFV 案はグランドキャニオン国立公園近くでの開発の性質について森林局や国立公園局により確かな見込みを与えた。第二に、CFV 案に基づく土地交換は、森林局や国立公園局が広い範囲の問題について予め開発業者と交渉することや、入口開発の形態についてより多くの直接の発言の機会を有することを可能にするものだった。さらに土地交換は、予算上および行政上、かなりのメリットがあることになる。というのも土地交換によって森林局は、連邦議会の予算支出を求めるよりもむしろ、土地交換の条件の一部としてある程度の施設の建設を確保できるからである。第三に、土地交換によって森林局は、将来の開発を防ぎ、グランドキャニオン国立公園の南に位置する非常に広い地域に及ぶ連邦権限を確立しながら、グランドキャニオン国立公園に最も近い12の国立公園内民有地を取得できるかもしれない[52]。

これらのメリットにもかかわらず、CFV 案は主に三つの点で大いに議論の余地があるとされた。それは、

(a) グランドキャニオン国立公園にごく近いところでの開発案の真の規模

(b) 地下水資源への影響

(c) トゥサヤンや遠隔地コミュニティにある既存の観光施設への影響、

である。まず(a)については、最大規模の開発案（代替案Ｂと呼ばれる）がグランドキャニオン国立公園に隣接する民有地の地域を４倍にし、トゥサヤン内の宿泊区画数を３倍にすることになる点が、アメリカ先住民インディアン部族、遠隔地コミュニティの職員たち、トゥサヤンの土地所有者たち、環境保護団体を含む多くの者たちからの非難を招いた。次に(b)は、一日あたり１億4000万～１億4700万ガロンの水を必要とすることになる CFV 案が、必然的に追加の井戸の建設や地下水の利用を必要とすることになる点が議論された。地下水は地表から2500フィート下に横たわるレッドウォール・ムアフ帯水層（Redwall-Muav Aquifer）から湧き、同帯水層からの流出水がハヴァスパイ（Havasupai）保留地上

[52] Id., at 122.

のハヴァス泉（Havasu Springs）やナバホ（Navajo）保留地上のブルースプリングス（Blue Springs）に流れ込む。さらに小規模の流出水が、グランドキャニオン国立公園内のインディアン・ガーデン・スプリングス(Indian Garden Springs)やハーミットスプリングス(Hermit Springs)、そしてサウス・リム地域全域の小さな泉に湧く。泉は生物多様性の面では、流域地域一平方キロメートルあたり610種という不釣合いなほどに高い割合を支えている。渓谷近くの泉はまた、多くの地元インディアン部族によって神聖なものとみなされており、開発によって起こりうる影響についての彼らの懸念も明示されてきた。最後に(c)は、最も根強い強硬なCFV反対者であるトゥサヤンや遠隔地の北アリゾナ州のコミュニティの地方政府の職員たちや接待産業界によって、議論された。CFV反対者は、キャニオン森林村反対連合（No on Canyon Forest Village Coalition）を結成した。同連合はフラグスタッフ市市議会議員を議長として囲い込み、委員会は地元の商工会議所のメンバーのみならず、キングマン（Kingman)、ウィリアムズ（Williams)、ウィンズロー（Winslow)、フレドニア（Fredonia)、セドナ（Sedona)、ペイジ（Page）の市長たちを含む。彼らの主な懸念は、ホテル、レストラン、他のビジネスの総額、仕事の総数、自分たちが支配するビジネスやコミュニティにCFVが取って代わることになる売上税高である[53]。

CFV反対者による環境影響評価草案（DEIS）の批評期間が終了した後に、グランドキャニオン信託（Grand Canyon Trust)、環境防衛基金（Environmental Defense Fund)、天然資源防衛会議（Natural Resources Defense Council）という三つの環境保護団体が、修正土地交換案（revised land exchange proposal）の作成に取り組むためにCFV開発業者と交渉を始めた。この交渉から生まれた新しい案は、初期の土地交換案と５つの重要な点で異なった。その具体的な内容は、次のとおりである。

① 開発規模が大幅に縮小された。具体的には、380～672エーカーとされていた開発用地が272エーカーになり、2000～3650区画とされていた宿泊区画数も1220区画まで規模を縮小された。

② CFV事業は、地下水をポンプでくみ上げるよりもむしろ、コロ

[53] Id., at 122-123.

ラド川（Colorado River）から購入する地表水に頼ることになった。水はミード湖（Lake Mead）近くのアリゾナ州トポック（Topock）からウィリアムズまで鉄道によって輸送され、CFV に供給されることになる。

③　売上高全体に１％の料金がかけられて、環境保護信託基金に充当されることになった。その料金は年間120万ドルにのぼり、環境上傷つきやすい土地の購入、生息地の回復、地下水モニタリング、環境教育、その他の保全活動に充てられると見積もられている。

④　伝統芸術品や工芸品を売るために、２万平方フィートの小売りスペースがアメリカ先住民市場に充てられることになった。CFV はこの施設を運営することになるアメリカ先住民ビジネス団体のために、小売りスペースを建設・提供することになる。

⑤　CFV の建物は、水およびエネルギーの保全、そしてリサイクルを重視しつつ、いくつかの“持続可能な設計”の特徴を含むことになった。

この新しい案は“環境保護案（environmental proposal）”と名づけられ、今ではグランドキャニオン信託、環境防衛基金、天然資源防衛会議、国立公園保全協会（National Parks and Conservation Association）、ウィルダネス協会（The Wilderness Society）、アメリカの川（American Rivers）、地球環境選択（Global Environmental Options）、景色のよいアメリカ（Scenic America）、史跡保存ナショナルトラスト（The National Trust for Historic Preservation）といった環境保護団体に支持されている。

1998年７月に森林局は、DEIS に対する先の批判のいくつかに対処しようと試みる DEIS 補足（supplement to the DEIS）を発表した。この補足は、三つの新たな入口開発代替案（代替案Ｆ、Ｇ、Ｈ）を含んでいた。このうち代替案Ｈは、CFV 開発業者と環境保護団体の間で交渉される新たな土地交換案だったので、先述の一連の環境保護団体が代替案Ｈを支持した[54]。

1999年８月６日に、森林局南西部管区森林官エレナー・タウンズ（Eleanor Towns）は、「判断記録、トゥサヤンの発展に関する最終環境影響評価（Record of Decision, Final Environmental Impact Statement

[54] Id., at 123-125.

for Tusayan Growth)」を発表すると共に、キャニオン森林村（CFV）開発案について代替案Hを選択することを発表した。同年11月10日には、森林局局長ドンベック（Mike Dombeck）が、代替案Hの選択を是認した。CFV 開発は、郡のゾーニングを通して、さらに水の使用や持続可能な開発を運営する CFV によって提供される二つの契約を通して規制されることになった。これらの契約の目的は、環境影響評価（EIS）のなかの命令を義務的なものにすることと、CFV 開発について第三者的立場の監視を用意することである[55]。

グランドキャニオンの入口開発計画について、土地交換という選択肢が、森林局や国立公園局がより直接的に影響力を行使することを可能にしたことは間違いない[56]。土地交換が国立公園隣接地の自然保護手法としてもはたらくことを示したのが、トゥサヤン土地交換事例であるといえるだろう。

7　地方ゾーニング（local zoning）

国立公園と相反することになる民有地開発の問題は新しいものではないが、最近は特に問題となっている。民有地開発は、連邦レベルでは土地収用や土地取得が資金不足のせいで先送りにされ、また地方レベルでは土地利用規制が土地所有者たちの抵抗にあってうまくいかないことが少なくない[57]。そこで両レベルではたらく問題解決策として、連邦政府が促進する地方ゾーニング（local zoning）の活用が提案されている。相いれない開発は、購入や収用によってではなく、何の補償もなしで連邦政府が促進する地方ゾーニングによって規制されなければならないとする解決案である[58]。

地方ゾーニングの活用が提案される背景には、ラッセン火山国立公園（Lassen Volcanic National Park）における土地交換の失敗や、グランドティートン国立公園（Grand Teton National Park）における牧場経営

[55] Id., at 127.
[56] Id., at 125.
[57] Joseph L. Sax, supra n.27, at 710.
[58] Id., at 731.

者たちの抵抗という経緯がある。ここでは、これらの事例をサックス（Joseph L. Sax）の分析に沿って眺めていきたい。

(1) ラッセン火山国立公園ーフィリップス石油会社（Phillips Petroleum Company）の地熱エネルギー開発

カリフォルニア州のラッセン火山国立公園（Lassen Volcanic National Park）は、1916年に設立された。公園設立当時、ラッセン火山国立公園の南の境界には、樹木に覆われた土地であるアンドラス区域（Andrus Tract）が国立公園内民有地として存在していた。この土地は何年にもわたって民間使用されていなかったので、連邦に取得されたことが一度もなかった。しかし1960年ごろにアンドラス区域が地熱エネルギー開発のためにフィリップス石油会社（Phillips Petroleum Company）に賃貸されたため、国立公園局はラッセン火山国立公園の外側にある他の連邦所有地との土地交換によってアンドラス区域を取得しようと努力し始めた。当時は土地購入資金を得るのが難しかったので、土地交換が最も期待のもてる手法だった[59]。

1962年にフィリップスが、地下1285フィートまで調査のための井戸を掘った。しかし地熱エネルギー資源は何も見つからず、井戸はふたをかぶせられ、後日再び入ることができる状態にされた。ほかの活動が起こりそうな様子もなかったので、国立公園局は何もしなかった。それから15年後の1977年、地熱エネルギー開発はもっと条件がよくなったため、フィリップスが戻ってきた。郡ゾーニング法（county zoning law）はフィリップスに掘削許可を得るよう求め、国立公園局は許可に関する審理に参加した。しかし国立公園局は、強い行動を何もとらなかった。当時、国立公園局は、アンドラス区域を収用するために連邦議会から非常時権限（standby authority）を得ようとしていた。連邦議会の委員会の承認がどの収用についても求められるので、公園職員たちはフィリップスが掘削を始める前に公用収用宣言が出されることを望んだ。不運にも1978年は、国立公園局の土地取得が世論で争われていた時期だったので、連邦議会は収用権限の要請を非公式に先送りにした。その間フィリップス

[59] Id., at 717.

は操業を続け、同年８月までに井戸用地に道路を建設し、掘削装置や他の装備のために土地を開墾していた[60]。

1978年９月に国立公園局職員たちは、“地表ダメージ（surface damage）”という懸念されていた損害がすでに生じており、掘削それ自体はラッセン火山国立公園内の地熱エネルギー状態を混乱させないだろうと判断した。合衆国地質学調査書（United States Geological Survey）が、この結論を支えた。同年10月にフィリップスは、4000フィートまで調査のための井戸をもう一つ掘り、その井戸にふたをかぶせ、装備を片付けてその場所を掃除した。土地収用計画は再び中止された[61]。

1979年９月に、フィリップスはその場所で活動を再開した。フィリップスは今度は、長さ200フィート、深さ８～10フィート、幅20フィートの溝を掘り、その場所に重装備を運び入れた。国立公園局は、すでに生じた大規模な地表ダメージに加えて、もっと多量に採鉱するという差し迫った見通しを理由に、再び土地収用権限を求め、今度は土地収用権限を得た[62]。

ラッセン事例で連邦議会は確かに土地を収用したが、収用の先送りによって連邦議会が何を得たかという点に問題がある[63]。たとえば1959年７月より前に設立された“古い公園（old parks）”の土地の評価額は、国立公園の設立時代から見ると今では50～100倍に上昇した。ごく少数ではあるが、1000倍の上昇さえ報告された。他方で、もし国立公園と相いれない開発がなされる可能性のある民有地の大部分が実際に開発されないならば、連邦議会は収用を先送りすることで資金を節約できる[64]。土地の取得を先送りすることが費用を最小限にするかどうかは、

① 相いれない開発が行なわれる可能性のある、そしてもしそのように開発されるならば収用されることになる民有地のうちどのくらいが実際に相いれない開発がなされるか。

② それらの土地の評価額の上昇と金銭の利率との関係。

---

60 Id., at 717-718.

61 Id., at 718.

62 Id.

63 Joseph L. Sax, supra n.27, at 719.

64 Id., at 721.

という二つの事実問題によって決まる[65]。この点について国立公園システム監督者の全員に送付されたアンケート調査の結果は、開発のおそれが差し迫るまで土地の取得を先送りするという政策が経済上は根拠がないことを示している[66]。

取得の先送りを支持するさらに進んだ議論は、将来の収用のおそれというだけで、土地所有者たちが相いれない使用を行なうのを思いとどまるだろうというものである[67]。しかし実際には、土地所有者は自分の土地の評価額が頂点にあると思う時期を選ぶことができる。皮肉なことに、取得の先送り政策が実は土地を開発せよという圧力を生み出す。というのもずるい土地所有者は、相いれない開発というおそれを作り出すことによって自分の土地に対する最高価格を得るからである。ラッセン事例もまた、この現象を顕著に示している。国立公園局は、もし地熱エネルギー開発が進められるならば土地を収用するという自らの意向を1962年以来明らかにしてきたが、収用のおそれがフィリップスに開発行為を思いとどまらせるようはたらくということは全くなかった。

フィリップスは開発行為をやめなかったし、連邦による土地の購入や土地交換の申出にも応じなかった。これらの点でラッセン事例は、誤った政策の例とされている[68]。

⑵ グランドティートン国立公園ージャクソンホール（Jackson Hole）でのスキーリゾート開発

ワイオミング州ティートン郡（Teton County）のほとんどの土地は、連邦所有地である。５万エーカーの民有地は、北部をグランドティートン国立公園（Grand Teton National Park）、他の三方を国有林用地と国立ヘラジカ保護区（National Elk Refuge）に囲まれている。民有地のほとんどはジャクソンホール（Jackson Hole）として知られる大きく開いた渓谷にあるいくつかのコミュニティのなかに位置し、コミュニティの

---

65 Id., at 720.

66 Id., at 720-721.

67 Id., at 724.

68 Id., at 726-727.

うち最大のものがジャクソン（Jackson）の町である。ジャクソンホールは長い間、主として牧場経営地域だったし、ジャクソンの町は静かな山岳町だった。伝統的な農業コミュニティは、グランドティートン国立公園と共存できるだけでなく、同国立公園にとって望ましい民間の隣人でもあった。実際、西部の牧場経営は、グランドティートン国立公園に歴史的に魅力的な前景と背景を提供していた[69]。

しかし1970年代から、状況は変わり始めた。グランドティートン国立公園に隣接する国有林用地でのアルペンスキーの増加とスキーリゾートの開発が、重大な要因だった。世間でのレクリエーションブームが、ジャクソンホール地域にビジターたちをますます引き寄せていった。ジャクソンホールは都市化し、土地の評価額は急速に上昇し始めた。牧場は売却されてホテルや別荘用に区画割りされ、ジャクソンの町は大きくなっていった。コマーシャル広告が町の入口の道路に沿って並び、渋滞や混雑が発生し、グランドティートン国立公園から見える高台の上に家が突然建った。開発はまた、ヘラジカ群の冬眠生息地域も脅かしていた。しかし多くの田舎のコミュニティと同様、ジャクソンには土地利用規制がほとんどなかった。ジャクソンホールの土地は決して国立公園境界内にあるわけではないので、国立公園局はそれらの土地取得を検討したことがなかった。開発がかなり進んではじめて、相いれない利用の禁止が活発に論じられるようになったのである[70]。

具体的な見積もりによると、開発が迫っている牧場用地はエーカーあたり4000ドルから90000ドルの価値があり、そのうちエーカーあたりおよそ500ドルだけが牧場経営の評価を反映するというものだった。したがって問題になっている土地の取得には、２億ドルから４億5000万ドルかかることになる。取得を開発権に限ったとしても、取得費用がおよそ2500万ドル削減されるにすぎない[71]。

ジャクソン事例がラッセン事例と区別される特徴は、利害関係が単に投資利益にあるだけではなく、居住者たちを含む確立したコミュニティ

---

69 Id., at 727.

70 Id., at 727-728.

71 Id., at 728.

にも関連している点にある。1959年７月以降に設立された“新しい公園（new parks）”では、国立公園境界内の土地は、元所有者に留保されている現行の相いれない利用についての終身または長期の権利と共に取得される[72]。しかし“古い公園”、しかも国立公園境界外の土地であるジャクソンホールでは、この手法は用いられてこなかった。土地の評価額が年およそ18％の割合で伸びていくジャクソンホールの牧場経営者たちは、その投資価値ゆえに自分たちの土地を保有することを望んだ。彼らはまた、畜牛ビジネスが長期的な下り坂状態にあると考えて、牧場経営が下り坂の場合に自分たちの経済的将来を守る唯一の手段として、区画割り用に土地のほんの数区画を売却するという将来の機会を確保することを望んだ。

土地取得が先送りされたジャクソン事例もまた、誤った政策の例と考えられている[73]。

(3) 結論

これらの事例を経て、連邦議会は、“連邦が促進する地方ゾーニングによって、相いれない開発を規制する”という手法をいくつかの場所で採用するようになった。サンタモニカ山（Santa Monica Mountains）やニュージャージーのマツ林（New Jersey Pinelands）のようにある程度新しい地域では、連邦議会は民有地を購入しない。むしろ、計画立案資金（planning funds）を提供することによって地方や州のゾーニングを促進しようと努める。ほかの場所でも、連邦政府が望むように自分たち自身で規制するのか、または収用されたり自分たちの土地から移動させられるのかという選択肢を土地所有者たちに与えながら、収用をちらつかせることによって地方ゾーニングを促そうと努める[74]。

しかし連邦取得の可能性は、地方や州による通常の土地利用規制の発展をゆがめることから、問題も生じている。多くのコミュニティは、地方ゾーニング（local zoning）という方法で自分たち自身にいくらかの

[72] Id., at 728-729.
[73] Id., at 729-731.
[74] Id., at 731.

土地利用規制を課すことに同意している。けれども、国立公園が設立されるコミュニティにある地方政府は自然保存（preservation）を使命としないので、国立公園局が望むよりも低いレベルの制限でたいていは満足してしまっている。さらに、いったん地方コミュニティが連邦政府による完全補償のともなう取得の見通しに気づいてしまうと、地方コミュニティは市民にある程度の妥協を強いることになるゾーニングを課すのを思いとどまってしまう[75]。

連邦議会は多くの国立公園について、国立公園局が望むものと完全に矛盾のないゾーニングを定めるか、コミュニティの土地が収用されるかのいずれかを選択するようコミュニティに強いる法を制定してきた。土地所有者たちは、収用のもとで売却するか、連邦政府が求める抑制に匹敵する評価額の減少を受け入れるかしなければならない[76]。このような現状の打開策として、土地にとどまる権利をオークションで競売することが提案されている。これは、ジャクソンホールのような場所に住みたい人々や、牧場や居住地としてコミュニティを残すことに同意する人々がコミュニティに入ることを促す。ジャクソンホールを田園状態に保つことが公園保護にとって必要であると連邦議会が考えるとすれば、連邦議会は生活様式が公園の保存と調和する人々がその地域に入ることを促進しなければならない[77]。つまり土地にとどまる権利の競売によって、公園保護と調和的な人々をコミュニティに入れることになる。

結論として、費用の最小化を図り、土地所有者たちの公平を期すという双方の点で、公園用地とは相いれない開発が迫っている土地を早期に取得するという政策が望ましい。この政策が、国立公園境界内の“古い公園”と“新しい公園”の間で区別される理由はないし、国立公園境界内の土地と国立公園境界外の土地の間で区別される理由もない[78]。民間の土地所有者たちを緩衝材としてはたらかせながら、早期取得、地方ゾーニングの活用、違法行為に関する規則や訴訟などによって、ジャクソン

[75] Id., at 732.
[76] Id., at 733-734.
[77] Id., at 735.
[78] Id., at 737.

ホールの牧場経営のような調和的な民間使用とともに公園を隔離することが目標とされるべきだろう[79]。このように、連邦による地方ゾーニングの促進もまた、民有地の自然保護を図るためのひとつの手法といえる。

第三節　ウィルダネス（wilderness）の管理

1964年の原生自然法（Wilderness Act）のもと、国立ウィルダネス保存地域制度（National Wilderness Preservation System）が設立されたことはすでに述べた[80]。ウィルダネス（wilderness）の管理は、内務省国立公園局（NPS）、農務省森林局（FS）、内務省土地管理局（BLM）、内務省魚類野生生物局（FWS）という四つの連邦所有地管理行政機関がになう。国立公園内のウィルダネスの管理については、土地管理局規則も規制権限規定としてはたらくなど[81]、連邦所有地のなかでもウィルダネスの管理は独自性が強い。そこで本節では、原生自然法の連邦議会通過に至るプロセスを概観することで、ウィルダネス管理の特色と問題点を把握したい。

1　S.4013―ハンフリー・セイラー法案（Humphrey-Saylor Bill）

ウィルダネス法案（Wilderness Bill）の立案は、ウィルダネス管理を政治学的に詳細に分析したギリガン（James P. Gilligan）の貢献によるところが大きい。ギリガンは、アメリカのウィルダネスがこのままの状態では消滅する運命にあるうえ、その状態はウィルダネス保存のためのいくつかの積極的なプログラムを保存の利害関係者たちが団結して協力支援しないかぎり変えられないだろうと述べた[82]。ギリガンは、森林局が自らの所有地を完全に支配するにはほど遠いという現実によって、同局のウィルダネス管理に対するやる気のなさがさらにひどくなっている

---

[79] Id., at 739.

[80] 本稿第二章第四節 1(1)（北大法学論集59巻３号掲載）参照。

[81] 本稿第二章第四節 4(1)（北大法学論集59巻３号掲載）参照。

[82] Craig W. Allin, The Politics of Wilderness Preservation, Greenwood Press (1982) at 102.

ことを知った。森林局は、1872年の採鉱法（Mining Act）に基づく採鉱からウィルダネスを保護することができないし、内務省によるダム建設を防ぐ権限も与えられていない。国立公園や国立記念物公園では、状況は若干ましだった。国立公園や国立記念物公園は国有林より多くのウィルダネスを含み、それらは大部分が木材、水、鉱物の搾取に対して法によって保護されていた。それでもギリガンによれば、国立公園局は「大規模利用という厳しい圧力にさらされ、土地が所属している国民［の利益］に適切に配慮するためにもっと多くの地域が開発されなければならないという冷酷な論理を背後に、徐々に撤退する」状況だった[83]。ギリガンのこの言葉は積極的なプログラムを求める要請でもあったが、ウィルダネス協会（Wilderness Society）がこれに応じた。

1955年５月24日、ウィルダネス協会事務局長（executive secretary）ザニサー（Howard Zahniser）は、アメリカ国民のための公園およびオープンスペースについての国民による計画立案会議（National Citizen's Planning Conference on Parks and Open Spaces for the American People）で『ウィルダネス地域の必要性（The Need for Wilderness Areas）』というタイトルの演説を行なった。この演説は、ギリガンが必要だと主張したプログラムの概要を説明するものだった。ザニサーは、すでに連邦政府の所有権下にある地域から構成されることになる“国立ウィルダネス保存システム（national wilderness preservation system）”を提案した。これらの地域は、すでに管轄権を有している同じ行政機関によって、管理運営が継続されることになる[84]。この演説はすぐに、立法府の関心を引いた。1955年６月１日に、ミネソタ州選出上院議員ハンフリー（Hubert H. Humphrey）[85]が『連邦議会議事録（Congressional Record）』に『ウィルダネス地域の必要性』の全文を掲載した。天然資源市民委員会（Citizens Committee on Natural Resources）、資源保護論者会議（Council of Conservationists）、ウィルダネス協会、シエラ・クラブ（Sierra Club）、国立野生生物連盟（National Wildlife Federation）、保

[83] Id., at 103.

[84] Id., at 104.

[85] 民主党議員で、のちの合衆国副大統領（1965～1969年）。

全のための受託者（Trustees for Conservation）、国立公園協会（National Parks Association）、野生生物管理協会（Wildlife Management Institute）、その他の自然保護団体の後援のもとで、ハンフリーの関心はウィルダネス法案を起草することに移っていった。1956年２月29日、ハンフリーはザニサーの提案方針に沿ってできるだけ早くウィルダネス立法を提出するという自身の意向を公表した。しかし、ミネソタ州北部の住民たちの多くは、ウィルダネス法案が境界カヌー水域（Boundary Waters Canoe Area）での観光客相手の商売にダメージを与えるのではないかと心配した[86]。

1956年６月７日、ハンフリーはS.4013と呼ばれるアメリカ最初のウィルダネス法案を提出した。S.4013は、強力な自然保存志向の文書だった。同案は、国有林、国立公園、国立記念物公園、野生生物保護区（wildlife refuges）、アメリカ先住民インディアン保留地（Indian reservations）にある連邦所有地のうち適度に手つかずの状態の地域からなる、国立ウィルダネス保存システムを創設するものだった。これらの地域では、農業、伐木搬出、家畜の放牧、採鉱、鉱物の試掘を含めて、全ての営利的事業が禁止されることになる。道路その他の建造物の建設も禁止される。地域の管理運営にとって必要な場合を除いて、モーター付乗り物の利用は禁じられることになる。国立公園に関しては、国立公園システムのうち49の区域内の道路のないほとんどの地域も、ウィルダネス・システムの一部になる。この手続によって、1966年までにおよそ2000万エーカーがウィルダネス・システムに加えられることになっていた[87]。

また、1956年６月11日にペンシルバニア州選出下院議員セイラー（John P. Saylor）は、H.R.11703という付随法案（companion bill）を下院に提出した。H.R.11703は、積極的なプログラムを支援して一致団結を示そうとする保存支持者たちによる協力的な取り組みを反映しており、S.4013とうりふたつの内容だった[88]。

ハンフリー・セイラー法案は、これまで行政命令（administrative

[86] Craig W. Allin, supra n.82, at 105.
[87] Id., at 105-107.
[88] Id., at 107.

order）によってのみ保護されていた地域に制定法上の保護を与え、採鉱や試掘を禁止し、その結果として保護地域を1872年の採鉱法の管轄から外した。ほとんどの国立公園局所有地は、この適用除外をすでに受けていた。ハンフリー・セイラー法案は1956年の第84回連邦議会に提出されたが、通過しなかった[89]。

2　S.1176―公聴会（hearings）の五つのテーマ

ハンフリーとセイラーは、第85回連邦議会の初めにウィルダネス立法を再び提出した。ハンフリーの二番目の法案となるS.1176の最も重要な変更点は、ウィルダネス・システムに森林局原生林地域（Forest Service primitive areas）を直接含めたことだった。S.1176は、公聴会が開かれることになる最初のウィルダネス法案となった。S.1176については特に、カリフォルニア州の水資源開発との関係が問題になった。この問題は、カリフォルニア州水資源局（California State Department of Water Resources）水資源計画立案課長（water resources planning chief）のベリー（William L. Berry）による公聴会での証言によると、カリフォルニア・ウォーター・プラン（California Water Plan）[90]はいくつかの水貯蔵事業を命じているが、このことが提案された法案［S.1176］の規定と矛盾することになるし、そのような［カリフォルニア・ウォーター・プランの］水貯蔵事業はウィルダネス地域を害さないだろう、というものだった。これに対して、シエラ・クラブのブラウアー（David Brower）は、カリフォルニア・ウォーター・プランの必要性自体に異議を唱えた。S.1176に対する最大の反対は、予想どおり、営利的な森林管理、採鉱、家畜生産の関連団体から起った。ウィルダネス法案に反対する者たちはたいてい、ウィルダネス立法の実際上の必要性が何もないと主張することから始めた。次にウィルダネス法案の反対者たちは、国のウィルダネス地域はすでに十分に保護されていると主張した。彼らによると、問題

---

[89] Id., at 108.

[90] 1957年の総計の三倍に達することが予想される州人口の“最終的な水需要を満たすための、カリフォルニア州全体の水資源の開発についてのマスタープラン”。Id., at 109.

になっている地域の大部分が結局は、国立公園システムの境界内にあって法によって保護されているか、あるいは国有林システム内にあって森林局の管理運営の保護下にあるかのどちらかであるとされた[91]。

国立公園局は、慎重に反対の立場を示した。国立公園局長ワース（Conrad Wirth）は、多くのインディアン保留地や野生生物保護区の土地が国立ウィルダネス保存システムに含まれることの適切性に異議を唱えた。森林局はもっと率直だった。森林局長マッカードル（Richard E. McArdle）によって明確に述べられたように、同局の一般的見解は、「その法案［S.1176］は国有林行政の複合的利用政策の核心に打撃を与えることになる」というものだった[92]。

ウィルダネス法案の反対者たちの三つめのテーマは、ウィルダネス利用者たちが自分たちの限られた利用のために国の資源を封じ込めると定めることで特権をもつ少数派を構成することになるというものだった[93]。四つめのテーマは、経済開発や国家防衛優先事項とからみ合っていた。単に少数派の美意識を満足させるために経済開発の利益を誰かに認めないことはモラルに反する、というのが議論の中心だった。全国木材製品協会（National Lumber Manufacturers Association）のネルソン（A. Z. Nelson）が、典型的なウィルダネス法案の反対者だったと伝えられる[94]。一般にウィルダネス法案の反対者たちは、何か重要な開発の可能性がある地域を含まないかぎり、“ウィルダネス構想（concept of wilderness）”を支持すると主張した。経済問題は、1950年代の主な関心事だった国家防衛とうまく結びついた。ウィルダネス法案の反対者たちは、経済開発に対するどんな抑制も、国家自身の国家防衛能力に対する抑制になるという根本方針を確立しようと試みた。これに関連して、全米牧畜業者協会（American National Cattlemen’s Association）代表者による証言も行なわれた[95]。公聴会の期間を通じてはっきりと示された五つめの議論は

---

91 Id., at 108-110.

92 Id., at 110-111.

93 Id., at 111.

94 Id., at 113.

95 Id.

経済開発テーマに関連するもので、その核心には柔軟性と複合的利用の概念があった。森林局長がほのめかしたように、S.1176は“複合的利用政策の核心に打撃を与える”ことはないとされた。しかし、S.1176が利用のヒエラルキーにおいてウィルダネスに恒久的かつ公認の地位を与えることが問題視された[96]。

これらの五つのテーマが、ウィルダネス保存についての議論では支配的だった。保存対開発の議論はしばらく続いた[97]。

3　S.3619―両院共同決議（concurrent resolution）の要請

ウィルダネス法案（S.1176）の修正をめぐる論争は、1957年に始まった。ザニサーが、森林局と国立公園局の証言についてコメント（comments）を用意した。これらのコメントは、第一委員会（Committee Print No.1）の発足を規定する新たな法案を含んだ。この新法案は、産業界よりもむしろ官公庁を懐柔する方向で、ウィルダネス法案の反対者にかなり譲歩していた。また新法案は、大統領権限に「そのような利用…がそれを拒絶するよりも合衆国の利益により資する［場合に］、試掘、採鉱、貯水池の建設や整備…」を認める権限を与えた[98]。第一委員会を土台としたいっそうの議論が、第二委員会（Committee Print No.2）を発足させた。これらの内容が1958年４月15日に上院議員ヌーバーガー（Neuberger）による報告書として提出されると共に、S.3619が挿入された。S.3619は、産物ビジネスの利害関係者たちを満足させそうにない追加の譲歩事項（concession）を含んだ。以前の法案［S.1176］は両議院による拒否権を前提としてこれらの追加を行なうことを行政機関に認めていたが、S.3619はそのような行政活動を抑えるために連邦議会による両院共同決議（concurrent resolution）[99]を求めた。

---

[96] Id., at 115.

[97] Id., at 116.

[98] Id., at 117.

[99] 一院の行なった決議に別の一院が賛同するというかたちで行なわれるもので、大統領の署名を要せず法律の効力をもたない。田中英夫編集代表・前掲（注17）726～727頁。

４　S.4028およびS.1123ー内務省および農務省の懐柔

1958年６月18日、上院議員ハンフリーは自らの三番目のウィルダネス法案となるS.4028を提出した。S.4028はS.1176とはかなり異なるが、第二委員会からの主な変更は含んでいなかった。S.4028の主な目的は、内国・島しょ事務に関する上院委員会（Senate Committee on Interior and Insular Affairs）に、正当かつ公正なウィルダネス法案を答申する機会を与えることだった[100]。

S.4028についての最初の公聴会は、1958年７月23日にワシントンD.C.で開催された。それは連邦政府の各省や全国協会に、修正されたウィルダネス法案について意見を述べる機会を与えた。主な修正は土地行政機関に向けられたものだったので、土地行政機関の対応が公聴会の最も重要な部分を占めた。内務省と農務省は、依然として国立ウィルダネス保存審議会（National Wilderness Preservation Council）の創設に反対し、農務省はさらに、昆虫・疾病の制御プログラムを実施する権限を農務長官に与えるよう求めた。しかし、どちらの省も通過に反対しなかったことは、ウィルダネス法案の支持者たちにとって大きな勝利となった[101]。

上院法案S.4028は、第85回連邦議会の会期満了で廃案になった。1959年２月19日に上院議員ハンフリーと17の共同スポンサーがS.1123を提出するまでに、七つのウィルダネス法案が下院に提出されていた。そのうちのひとつは、下院随一の自然保存主義者であるペンシルバニア州選出下院議員セイラー（John P. Saylor）によるものだった。セイラー法案とハンフリー法案はそっくりで、自然保護団体の利害関係者たちを代表するものだった。ハンフリー・セイラー法案は、産物ビジネスの利害関係者たちより土地管理行政機関を懐柔することを再びめざしつつ、多くの変更点を含んでいた。ウィルダネス地域で昆虫・疾病対策をとるための特別な権限と、「流域、土壌、利益をもたらす森林および樹木の茂み、利益をもたらすあらゆる植物の茂みを保護しかつ保存するための」一般的な権限を、農務長官に与えた[102]。さらに内務長官と農務長官は、国立

[100] Craig W. Allin, supra n.82, at 117.
[101] Id., at 118.
[102] Id., at 119.

ウィルダネス保存審議会において自分たちに役立つようはたらく部下を指名する権限を与えられた。これら全てが、森林局と国立公園局からの支持を得るために意図されたことだった[103]。

ウィルダネス法案はその後も修正を重ね、1964年の原生自然法（Wilderness Act）として結実した[104]。このように、原生自然法の連邦議会通過に至る一連のプロセスからすでに、連邦所有地管理行政機関によるウィルダネス管理の難しさが予想されていたといえるだろう。

第四節　新たな管理手法をめざして

近年、アメリカの国立公園政策は大きく変わりつつある。重要な国立公園が、周辺に位置する保護された国有地や複合的利用のための国有地と連結されつつある。これらの広大な地域は、生態系管理政策のもとで生物多様性保全目標を優先し、地域規模の行政機関相互の協調を促し、ふさわしい管理技術を用いて、保護戦略を展開するために科学的データを活用しながら、統合された統一体として管理されることになる。生物多様性保全の支持者たちが“大エコシステム（greater ecosystem）”と呼ぶこの構想は、生態系管理戦略をもっと広いランドスケープ（landscape）保存目標と調和させることをめざす。ここで“ランドスケープ”とは、外見上の景観のみならず、自然的および歴史的な相互依存関係が非常に密接である空間全体を意味する。つまり大エコシステムは、ランドスケープの全域で調和してはたらく地域による管理を促すために、種々の連邦所有地と既存の保護された地域を結合させることを意図している。大エコシステム構想は、1988年夏のイエローストーンの大火を契機に、従来の生態系管理政策への反省も込めて環境学者たちによって積極的に論じられるようになった。大エコシステム構想への関心は法的分野においても高く、第一人者であるキーター（Robert B. Keiter）ほか複数の法学者たちによる研究文献、Robert B. Keiter and Mark S.

---

103 Id.

104 原生自然法の内容の詳細については、本稿第二章第四節１(1)（北大法学論集59巻３号掲載）参照。

Boyce, The Greater Yellowstone Ecosystem-Redefining America's Wilderness Heritage, Yale University Press (1991)などが出版されている。

大グレーシャー・ボブ・マーシャル複合エコシステム（Greater Glacier-Bob Marshall Ecosystem complex)、大グランド・キャニオン・エコシステム（Greater Grand Canyon Ecosystem)、ノースカスケード・エコシステム（North Cascades Ecosystem）などすでにいくつかの例があるが[105]、本節では、代表例である大イエローストーン・エコシステム（Greater Yellowstone Ecosystem）を取り上げていくことにする。

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

イエローストーン（Yellowstone）地域は本質的にひとつの大きな国立公園であるとみなされがちだが、この地域の土地所有権と管理のパターンは実際にはきわめて複雑である。現在、大イエローストーン地域（Greater Yellowstone Area）と呼ばれる場所の主な土地所有者は、国立公園局および森林局という二つの連邦行政機関である。両行政機関によると、大イエローストーンは、ワイオミング州、モンタナ州、アイダホ州の各州に位置する国有地と民有地のうち、1800万エーカー以上を包含する。大イエローストーンは二つの国立公園（イエローストーン国立公園とグランドティートン国立公園（Grand Teton National Park))を包含し、六つの国有林（ブリッジャー・ティートン国有林（Bridger-Teton National Forest)、ショショネ国有林(Shoshone National Forest)、ターギー国有林（Targhee National Forest)、ギャラティン国有林（Gallatin National Forest)、カスター国有林（Custer National Forest)、ビーバーヘッド国有林（Beaverhead National Forest))の一部、三つの国立野生生物保護区（国立ヘラジカ保護区（National Elk Refuge)、レッドロック湖（Red Rock Lakes)、グレイズ湖（Grays Lake))、土地管理局（BLM）所有地、州有地、民有地を含む。国立公園地（national park lands）お

[105] Robert B. Keiter, Keeping Faith with Nature, Yale University Press (2003) at 190-191.

よび森林局ウィルダネス地域（Forest Service wilderness areas）は総計でおよそ600万エーカーになり、連邦所有地の半分近くを占める[106]。

イエローストーン国立公園とグランドティートン国立公園は、合衆国に残された最大のウィルダネスのひとつを構成している指定ウィルダネスと事実上のウィルダネスからなる広大な複合体の中心に位置する。環境保護団体やほとんどの生物学者たちは、この公園とウィルダネスの複合体を、多様性に富む野生生物と多種多様な自然の驚異によって特徴づけられる地域の生態系における核心であると考えている。世界最大のヘラジカ（elk）の群れや世界でもほとんど残っていない自由移動のバイソン（bison）の群れのほか、ハイイログマ（grizzly bear）、アメリカシロツル（whooping crane）、ハクトウワシ（bald eagle）、ハヤブサ（peregrine falcon）、ナキハクチョウ（trumpeter swan）のような珍種あるいは絶滅の危機にある種にとって、大イエローストーンは非常に重要な生息地である。印象的なイエローストーンの景観を形成してきた世界最大の手つかずの地熱地方（geothermal region）は、この生態系になくてはならない要素である[107]。

大イエローストーンの河川流域は、三つの大きな河川系の源流を含む。コロンビア川（Columbia River）に合流するスネーク川（Snake River）、コロラド川（Colorado River）に合流するグリーン川（Green River）、ミズーリ川（Missouri River）に合流するイエローストーン川（Yellowstone River）である。大イエローストーン地域の植生は、大部分がロッジポールマツ（lodgepole pine）とトウヒ（spruce）の森林で、それが高山の高原地帯の大部分をすっぽり覆っている。この大イエローストーン・エコシステムは、どんなタイプの国立公園境界によっても容易に画定することができない。野生生物も自然の特性も、国立公園内に存在が限定されるものではないからである。ちょうど公園を越えて広がる地熱帯水層（geothermal aquifers）、河川系、森林と同じように、多

---

[106] Robert B. Keiter, An Introduction to the Ecosystem Management Debate: Robert B. Keiter and Mark S. Boyce, The Greater Yellowstone Ecosystem-Redefining America's Wilderness Heritage, Yale University Press (1991) at 4.
[107] Id., at 5.

くの種が自分たちの生息地としての必要性を満たすために公園境界をかなり越えて分布している。公園境界を最初に定めたときに、連邦議会は生態学的現実についての知識や認識を欠いていた。今では国立公園と周辺地の間の生態学的つながりがもっとよく理解されているので、環境保護団体などが国有地管理に対する生態系に基づいたアプローチを求めるようになった。とりわけ1988年夏のイエローストーンの大火が政治的な公園境界を無視して広がったことを指摘しながら、環境学者たちはイエローストーン地域が大イエローストーン・エコシステムとして適切に分類され、かつ一貫した生態学的統一体として管理されるべきだと主張した。彼らの主張によると、この種の管理はイエローストーン地域の世界的に知られた自然の特性を保護し、かつ野生生物保護、レクリエーションの機会、美しい眺めといったアメニティ価値も重視しなければならない[108]。

⑵ イエローストーン火災論争（Yellowstone fire controversy）の二つの命題

1891年にハリソン大統領（Benjamin Harrison）がイエローストーン国立公園に隣接するアメリカ最初の国有林森林保護区（national forest reserve）を設立して以来、イエローストーン全域は連邦所有地政策および資源管理政策についての根本方針をめぐる闘争の場であった。時代の流れとともに、初期の国立公園や国有林の指定が賢明だったことは十二分に実証されてきたが、それらの土地がどのように管理されるべきかに関する論争が国家的かつ国際的な重要問題になるまでに激化してきた。実際、1988年夏のイエローストーンの大火をめぐる論争は、現代の土地管理者たちが直面している科学的、哲学的、法的、経済的な問題の複雑さを例証した[109]。

イエローストーン論争は、大きく二つの命題を扱う。第一の命題では、国立公園局の管理政策、特に公園用地に自然のままのプロセスが及ぶままにしておくという国立公園局の公約（commitment）が焦点になる。この意味での論争は、自然火災（natural fires）を燃えるままにさせて

[108] Id., at 5-6.

[109] Id., at 3.

おくというイエローストーン国立公園の政策や、オオカミを復活させるというイエローストーン国立公園の公約をめぐる最近の論争に、明らかに見てとれる。イエローストーン論争の第二の命題では、イエローストーン国立公園とグランドティートン国立公園の周辺国有地や周辺民有地における適切な開発レベルが焦点になる。イエローストーン論争は、国有林ではウィルダネス指定、石油・ガス開発、森林伐採の程度、家畜放牧用割当地（livestock grazing allotments）のような問題が焦点になる。民有地では、周辺の自然環境に適した開発の程度と量が焦点になる。これらの問題を分離してあるいは無関係に考えるのは、誤りと思われる。公園局の管理判断は、周辺コミュニティや隣接地の土地所有者たちに重大な影響力をもつ。同じように、森林局のウィルダネス指定、鉱物リース、森林伐採、放牧の政策は、近くのコミュニティ内での経済的影響力のみならず、野生生物や隣接する公園用地にとっても重要な環境上の意義をもつ。つまりイエローストーン地域の土地のほぼ全域が、複雑かつ依存の関係で生態学上相互に連結している。同じような問題が国内の国有地全域で表面化しているので、イエローストーン論争の解決は合衆国のみならず世界の国々で似たような問題がどのように扱われるかについて大きな影響力をもつ。したがって大イエローストーン国有地は、生態学的に重要なワイルドランド（wildland）地域における人類の役割を再定義するためのテストケースといえる[110]、とキーター（Robert B. Keiter）は主張する。

(3)　イエローストーン地域における利害調整問題

大イエローストーン国有地周辺の州（ワイオミング州、アイダホ州、モンタナ州）や地元コミュニティは、大イエローストーン国有地に経済的に大きく依存している。たとえばワイオミング州は、天然資源開発活動からかなりの租税収入および売上税収入を得ている。地元コミュニティは、森林伐採や放牧によって生み出される租税収入によって直接に利益を得ている。ワイオミング州は鉱物採取から自らの租税基盤の70％を得ているが、そのうちの一部はイエローストーン地域の国有地で生じ

[110] Id., at 3-4.

ている。大イエローストーン国有地における自州の著しい利益を認めているワイオミング州は、自州の利益を連邦所有地管理行政機関に対しても確実なものにするために、ワイオミング州の知事室に連邦所有地の調整役の立場を認めるとする法を採択した[111]。

大イエローストーン地域の非ウィルダネス国有地は複合的利用原則に基づいて管理されるので、採鉱や森林伐採のような資源採取活動のために利用できる。公園地やウィルダネス地は探鉱目的の立入が禁止された区域なので、石油会社は残りの国有地での探鉱掘削権を求めてきた。地質学者たちは、イエローストーン地域まで続くかなりの量の石油・ガス層を含む“押しかぶせ断層（Overthrust Belt）”が、さらに発掘される現実の見込みがあると考えている。天然ガスの豊富な産出地帯がブリッジャー・ティートン国有林南部で開発されてきたし、探鉱活動はイエローストーン地域のいたるところで是認されている。石油会社の重役たちは、アメリカの石油備蓄が衰え続けていることを指摘しつつ、国内生産を高めて国のエネルギー安定を保証するかぎは、イエローストーン地域やどこかほかの場所にあるまだ探鉱されていない土地をもっと探鉱することだと主張する。これに応えて森林局は、リース前の環境審査（environmental review）を定めるとともに開発にいくらかの抑制を課すものの、大規模なリース事業（leasing program）を実施してきた。石油業界は、リース地を探鉱する法的権利を主張しながら、森林局による抑制の一部に反対してきた。環境学者たちは、大規模な石油・ガス探鉱活動が自然の情景と基本的に両立しないし、重要な野生生物生息地や水質を脅かすと主張してきた[112]。このように、森林局と石油・ガス産業との利害調整問題は根深い。

木材産業は何年にもわたって、イエローストーン地域国有林のいたるところで精力的に伐採を行なってきた。たびたび不景気に陥る地元経済において、伐採はたいていは高い賃金での雇用の機会を提供する。木材の売り上げは連邦国庫にいくらかの歳入をもたらし、地元コミュニティにとって重要な租税収入を生み出し、地元経済をある程度まで多様化さ

111 Id., at 6.

112 Id., at 6-7.

せる。森林局と伐採会社の重役たちは、森林伐採を有用な資源管理手段と捉えることで一致する。彼らによると、伐採は森林の虫害や病気を最小限にし、野生生物生息地を増やし、水の収量を増やすことができる。そのうえ、伐採道路は森林へのレクリエーション用アクセスを提供し、危険な状況になるかもしれない森林火災に消防士たちが駆けつけることを可能にする。しかし環境学者たちは、大規模な伐採とそれに付随する道路建設が、森林の野生生物生息地、水質、美しい景観を脅かすと主張する[113]。

家畜産業もまた、季節ごとの放牧をイエローストーン地域の国有地に依存する。畜牛や羊の放牧場がイエローストーン地域のいたるところに点在しているし、多くの昔からの住民たちにとって牧場経営は今も伝統的な生活手段のままである。国有地へのアクセスのためにこれらの牧場主たちが払う放牧料金は、森林局および地元コミュニティにいくらかの租税収入をもたらす。イエローストーン地域の大規模な放牧地（ranchlands）は、この地域の牧歌的で田園風な外見に貢献している。観光用牧場業（dude ranching）や荷物を馬の背に乗せて行なう運搬業（horsepacking）は、観光客を引きつけるとともに一部の牧場経営者にとっては追加的な収入源になってきた。しかし、家畜は大イエローストーンを自由移動する野生生物と簡単には混ざらないし、集中的な放牧は国有地に環境上の損害を引き起こしてきた。家畜と野生生物の対立は、不安定な冬の生息地で激化している。そこでは、原産の野生生物が乏しい飼料をめぐって畜牛と競っている[114]。バイソンやヘラジカはブルセラ病（brucellosis）[115]を運ぶことで知られているので、牧場経営者たちは自分たちの牛の群れからバイソンやヘラジカを引き離すことに余念がない。彼らは国立公園内と国立公園外の両方で狩猟することの許可を求めて、地元の政治家たちに圧力をかけてきた。監督されていない家畜の放牧はまた、水辺地域に損害を引き起こし、大イエローストーンの森林内の小川の水質をむしばんでいる[116]。

---

113 Id., at 7.

114 Id., at 7-8.

115 畜牛に自発的な堕胎を引き起こす病気。Id., at 8.

116 Id., at 8.

イエローストーン地域の国有地がどのように管理されなければならないかについて、一致した意見はほとんどない。一部の地元住民たちは、ワイオミング伝統遺産協会（Wyoming Heritage Society）や複合的利用土地同盟（Multiple-Use Land Alliance）といった団体に協力されながら、保存志向の強調が重要な経済活動を排除するし、ひどい混乱を引き起こすかもしれないと主張している。彼らは現在の公園境界の法的意義を強く意識しながら、イエローストーン地域の国有林では従来どおり商品開発活動を存続しなければならないし、イエローストーン地域の国立公園での管理政策はこれらの地域での人間の利用や楽しみを促進する方向に導かれなければならないという立場をとってきた。他方、国や地元の環境保護団体に協力されながら、連邦所有地管理者がイエローストーン地域の環境上の価値やアメニティ価値に優先権を与えなければならないと主張している住民たちもいる。実際に、大イエローストーンのランドスケープ、ウィルダネス、野生生物に経済的に直接依存しているコミュニティや業界は、開発されていない状態の国有地を価値ある資源とみなす。彼らはイエローストーン地域の自然の無傷の状態を保存するために不可欠な生態学的連結にきわめて敏感になりながら、ウィルダネス保護を拡大する提案を支持してきた。彼らはまた、森林局の石油・ガスリース政策にも激しく反対してきた。大規模な森林伐採が絶滅の危機にある野生生物生息地を減らし、かつ重要なレクリエーション価値を損なっているとの結論を森林局が出したのちに、彼らはブリッジャー・ティートン国有林北部の伐採をやめるという森林局の決定を支持した。ワイオミング州ティートン郡の地元職員たちは、イエローストーン地域では資源開発産業よりも観光産業やレクリエーション産業のほうが実質的により多くの仕事や収入源になるという最近の資料を示しながら、観光産業やレクリエーション産業がその地域の経済にとって恒久的かつ安定した基盤を提供できると主張する。彼らはさらに、ティートン郡が環境保護と景観保存を確保するために、同郡の土地のたった３％にすぎない民有地の開発をも制限する包括的な土地利用計画をすでに展開していることに肯定的に言及する[117]。

[117] Id., at 8-9.

このように大イエローストーンで国有地管理者たちが直面している難しい使命とはすなわち、人間の利益や経済活動にも適応させながらイエローストーン地域の自然価値をどのように保護するかということである。この問いかけは、科学的、哲学的、法的、経済的に難しい問題を提起している。科学的な問題は、開発活動がイエローストーン地域の生態系システムに対して有するしだいに増大していく影響力についてもっとよく理解することのみならず、イエローストーン地域全域の生態学的関係についての包括的な理解を発展させる必要性を重視する。哲学的な問題は、国有地や国有資源が、自然に優先権を与えるよう管理されなければならないかあるいは人間の利益のために探鉱され開発されなければならないかという、自然保存派（preservationist）と功利派（utilitarian）の間で長年続いている対立点に着目する。法的な問題とは、公的な決定が近くの資源、土地、コミュニティに環境上あるいは経済上悪い影響を与えそうなときに、根本的に異なる法的な命令・政策をどのように調和させるかという問題である。経済的な問題とは、イエローストーン地域の自然の無傷の状態を保存するのみならず、地元経済を支えかつ連邦国庫にほどよい報酬を確保するための経済的機会も提供することになる資源管理計画を考案することである[118]。

⑷　国立公園局と森林局の協働ー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

一連のジレンマに対する答えは、国立公園局と森林局によって直接もたらされることになった。公園局からすると、自らの政策目標はイエローストーン地域の自然の性質を守ることと自然のままのプロセスを維持することである。同局は自らの経験に基づく管理体制を続けることを託されているが、今では管理取り組みを従来支配してきた個々の種よりもむしろ、生態系を全体として重視する。公園局はイエローストーン地域全域の国有地や民有地が密接にからみ合っていることを認めながら、大イエローストーンがイエローストーン地域の唯一の最重要資源である自然

[118] Id., at 9.

システムの無傷の状態（integrity）を保護することを最重視することによって、最もよく管理されうると確信している[119]。しかし森林局職員たちは、大イエローストーンの自然価値を公園局職員たちと同程度には重視しない。森林局職員たちはイエローストーン地域の対立が“同地域の提供するユニークで希少な産物や体験をめぐる激しい競争”を反映し、イエローストーン論争は互いに大きく異なる“公共価値（public values）”間の対立として最もよく理解されうると主張する。彼らは、イエローストーン地域の自然の属性あるいは生態学的連結を強調するよりもむしろ、連邦議会が公園局と森林局に異なった命令を故意に与えてきたことや、各々の行政機関の別個の使命や哲学のなかに“多様性による強さがある”ことを主張する。このように森林局は、ひとつの命令や哲学が大イエローストーンの管理アジェンダを定める際に優先してはならないし、行政機関は“多様性を強い概念にするためのかぎとして、調整（coordination）”を捉えなければならないという立場をとる[120]。

異なった立場をとってはいるものの、公園局と森林局はイエローストーン地域における共通の意見を積極的に探っている。主な地域や地元の管理職員たちからなる行政団体である大イエローストーン調整委員会（Greater Yellowstone Coordinating Committee: GYCC）を通じて活動しながら、公園局と森林局は自分たちが共有する問題を解決するために政府省間の協力的な取り組みを始めた。両行政機関は、資源管理対立に対処し調整基準を定めるために、ユニークな“プロセス（process）”を計画してきた。このプロセスの第一段階は、“国立公園および国有林の基本計画の集成（An Aggregation of National Park and National Forest Management Plans）”を公表することで完結した。それは、資源目録を作成するとともに資源管理規定を比較するものだった。調整の取り組みの核心である第二段階は、“将来についての展望（Vision for the Future）”という文書を起草することを含む。この文書はイエローストーン地域の重要な特性を確認し、“一連の関連している目標声明書（a series of related goal statements）”を確立し、“各目標を支えかつ実施するために、

[119] Id., at 10.
[120] Id.

要件、基準、ガイドラインを調整すること”を表明することになっている。この文書を用いながら、両行政機関は有意義な調整を確保するために、イエローストーン地域のガイドラインと地元の管理計画を審査・修正することになる。このプロセスは国民に対して開かれており、大イエローストーン調整委員会（GYCC）は将来の管理目標と優先事項について自らの構想を練るためにパブリックコメント（public comments）を利用することを計画している[121]。

大イエローストーンの土地管理行政機関は、簡単にあるいは自ら進んでこのプロセスの段階に至ったのではない。イエローストーン地域の管理に関する1985年の連邦議会監視公聴会（congressional oversight hearing）では連邦調査局（Congressional Research Service: CRS）が非常に批判的な報告書を準備し、当時の管理指揮についての難しい問題として行政機関同士のコミュニケーションや調整が明らかに不足していることを問題提起した。連邦調査局（CRS）報告書は、大規模な産物開発活動とそれに付随する漸増的なアクセス道路が、環境上悪い影響を引き起こしかつ野生生物の個体数を脅かしていると結論づけた。連邦議会からの干渉のおそれに直面しつつも、国立公園局と森林局は大イエローストーン調整委員会（GYCC）を活性化させ、自らの管理優先事項のみならず調整問題も扱うようになった。国立公園局と森林局は行政上、大イエローストーン地域のための生態系管理構想に向かって動いている。構想実現をめざす“将来についての展望”文書を提出するための大イエローストーン調整委員会（GYCC）の取り組みは、歴史上互いに信用してこなかった二つの行政機関による、かつてないほどの協働レベルを反映している。“将来についての展望”書案は、大イエローストーンの自然らしさと生態学的プロセスの意義を保存するという明確な公約を述べると同時に、イエローストーン地域の自然価値についてのこの公約と調和する将来の経済開発を計画する。しかし大イエローストーン調整委員会（GYCC）の調整の取り組みは、必ずしも十分には実施されていない[122]。

過渡期を調整するひとつの望ましいアプローチとして進行中なのが、

---

[121] Id., at 11.

[122] Id., at 11-12.

大イエローストーンのような地域に合わない開発を、阻止することである。たとえば、グレーシャー国立公園西側のノースフォーク（North Fork）地域では、道路改良や電話サービス・電気サービスの拡大のような開発ラッシュに駆り立てるかもしれないタイプの公共インフラ整備を進めないという決定によって、原始的なグレーシャー国立公園と森林地の間にはさまれている民有の孤立地域であるノースフォーク地域が、生産的な民間利用と調和した状態に保たれている。イエローストーン地域では、ハイイログマ（grizzly bear）の重要な生息地では森林局が高密度のスキーリゾートの開発許可をなかなか与えないことが、対立問題を事前に避けているものと考えられる[123]。

大イエローストーン地域は確かに過渡期にあり、公園や森林の管理政策は生態系の現実を考慮して再検討されている。大イエローストーンは、天然資源管理原則のような生態系管理構想としてのみならず、生態学的ユニットとしても正当性を示しつつあるといえるだろう[124]。

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

大イエローストーン・エコシステムに代表されるように、大エコシステムは国立公園を中核として周辺国有地、場合によっては周辺民有地も結合することになるので、その実現には地域住民の自然保護意思との調整を図ることが不可欠である。大エコシステム構想は、従来の日本におけるように、さまざまな法制度に基づいて実施されてきたばらばらの生態系管理政策のすきまを埋めるのにも役立つだろう。大エコシステム構想は、ランドスケープの全域ではたらくことによって大規模な生態系管理戦略の実現を可能にしていくのだから、アメリカの国立公園の規模をもってしても、従来の“国立公園”という枠組みで大エコシステムをと

[123] Joseph L. Sax, Ecosystems and Property Rights in Greater Yellowstone-The Legal System in Transition: Robert B. Keiter and Mark S. Boyce, The Greater Yellowstone Ecosystem-Redefining America's Wilderness Heritage, Yale University Press (1991) at 81.

[124] Robert B. Keiter, supra n.106, at 13.

らえることは不可能と思われる。ランドスケープ全域ではたらくことになる大エコシステム構想を実現するためには、地域協働型の自然保護システムを確立することが必要かつ有効である。

大エコシステムを支える活力にあふれた生態系を回復維持するために、人間は自然界でどのような役割を果たさなければならないだろうか。以下では、地域協働型の自然保護システムの確立手法を探っていきたい。

⑵　近時の国有地論争の三つの対立点

アメリカの国有地では従来から、採鉱、伐採搬出、牧場経営が基本的な土地の利用方法だった。国有地を支配する長年続いてきた法や政策は、これらの利用活動に由来する慣習に根をおろした相互関連的なものとして理解されてきた。しかし国有地は変化しているし、大規模化している。生物多様性保全、生態系保存、生態学的回復といった新たな政策が、多くの場所でかつては支配的だった天然資源を採取する産業に挑戦しているのみならず、現実にこれらの産業に取って代っている。新たな生態学的優先事項のうちのいくつかは、法のなかで正式に言及されるようになってさえいる。他の生態学的原則は、計画立案視野をかなり拡大ししかも新たな協調努力を促しながら、徐々に行政機関政策に入り込んできた。包括的かつ新たな生態学的保存取り組みが進行中で、関連する提案がさらに計画段階にあり、いくつかの予見的な意見が科学的確実性や政治的尊重を徐々に獲得してきている[125]。しかし、西部の公有地では伝統が強い影響力を有している。近時の国有地論争では、科学対価値観、保存対功利主義、連邦政府規制対市場価格という対立が再燃している。

ここで、国有地論争で再燃している対立の内容を確認したい。まず、科学対価値観の対立とは、国有地政策において科学（science）と人間の価値観（human value）を調和させようと努力することを意味する。この緊張は、新たな生態系管理論争のなかで、再び浮き彫りになっている。科学対価値観の対立のはじまりは、20世紀初めの進歩的な自然保全（conservation）運動だった。この運動は、科学的管理やプロの資源管理行政機関という考え方を導入した。けれどもそこでいう科学のほとん

[125] Robert B. Keiter, supra n.105, at 312.

どが個々の資源や生産性にだけ関心をもつものであり、全体として景観を見ることはなかったし、どんな資源も経済的価値でしか評価しなかった。さらに、基本的な国有地優先事項は政治的な公開討論の場で決められ、そこでは科学ではなく価値判断が支配した。けれども生態学の時代になり、科学は新たな重要性と緊急性を帯びてきた。絶滅の危機にある種の保護と生物多様性保全が、政策アジェンダの前面に出てくるようになった。しかし政策優先事項として生物多様性保全や生態系回復を尊重するための閾値の決定は、依然として価値判断に基づいている。科学対価値観の対立には、二つの特徴がある。ひとつの明確な特徴は、国有地政策を定める際に生態学と経済の間で持続している緊張状態である。国有地は長い間、水、森林、鉱物を蓄えた国有倉庫であり、国民消費のための大狩猟場とみなされてきた。国立公園ですら、地元の観光・レクリエーション産業と密接につながった魅力的な行楽地であると長い間捉えられてきた。つまり経済的価値観が、国有地政策アジェンダを歴史的に支配してきたのである。しかし生態学の時代は、これらの歴史的な優先事項を置き換えることに着手するよう提案している[126]。

生物多様性保全というスローガンのもと、北部のニシアメリカフクロウ（spotted owl）のように経済的に価値のない種が保護され、現存する古い森林が重視されるようになってきた。これにともなう経済的影響は明らかによくない。それにもかかわらず、生態学的科学にも支えられながら国有地は、経済上利用できる単なる資源の集合体ではなく全体論的なランドスケープとして捉え直されようとしている。さらに、今や資源は、単に短期の利益の観点だけでなく、むしろ永続する長期財産として新たな持続可能性というレンズを通して理解されている。最終的な成果は、国有地の一部をなす多種多様な価値観や資源をもっと正確に反映するもっと進んだ政策をめざして、従来の集合的な価値観を徐々に整理し直していくことである[127]。

科学対価値観の対立のもうひとつのはっきりとした特徴は、資源優先事項を定める際の科学技術専門家の役割という根強い問題である。ピン

[126] Id., at 313.

[127] Id.

ショー（Gifford Pinchot）は科学的資源管理の概念を導入した際に、政治的ではなく科学的な判断のもとで資源を監視するプロの訓練された管理人たちからなる中核グループを構想していた。しかし資源管理行政機関が政治から解放されることはなかったし、プロの管理人たちは科学という外観のもとで自分たちの価値観に基づいた判断を行なっていた[128]。

生態系管理の到来とともに、科学は資源優先事項や関連する管理戦略を定める場面において卓越した役割を取り戻していった。ここに、問題が横たわっている。資源管理優先事項を定める際に、国民の意見に対立するような行政機関の科学者その他の科学技術専門家によるプロの判断にどのくらいの敬意を払うのが相当だろうか。全能の専門家という概念が国民にひとたび拒絶されてしまった今、新たな生態系管理アジェンダは科学的あるいは技術的な長所だけで生き残ることはできない。それは、国民に理解され、かつ国民の関心や政治的支持を得ることができる言葉に言い換えられなければならない[129]。

次に、保存（preservation）対功利主義（utilitarianism）の対立は、国立公園やウィルダネス地域を保存するための闘いを通じて、国有地上で続けられてきた。その結果は、優勢な功利主義の考え方を尊重して、激しい産業利用には適さない、ほとんどが比較的小さな飛び地である保護地のネットワークを着実に拡大していくことだった。この状況は、新たな生態学的優先事項と国民の理解が大きな追い風になって、全く変わり始めた。個々の場所を保護するよりもむしろ、包括的な新たな保護指定によってあるいは生態系管理技術を用いるかのどちらかの方法で、ランドスケープと生態系の全体を保存することが試みられるようになってきた。保存の取り組みはもはや土地に限られず、ランドスケープの全ての生息地域に生息している種を包含する。国立公園局（NPS）はもちろんのこと、包括的なウィルダネスネットワークをもつ森林局（FS）、自らの国家景観保全システム（National Landscape Conservation System）を最近開始した土地管理局（BLM）を含めて、全ての国有地行政機関が重大な保存責任を負う。複合的利用地においてすら、新たな生物多様

[128] Id., at 314.
[129] Id.

性保全優先事項は、北部ニシアメリカフクロウ（northern spotted owl）、赤花形記章キツツキ（red cockaded woodpecker）、ブラウントラウト（bull trout）その他、以前はほとんど知られていなかった種を尊重して、産業活動のペースを遅らせてきた。確かにこれらの新たな戦略に対する根強い抵抗はあるが、古い保存対功利主義論争は新たなもっと包括的な生物学的要件に組み立てられつつある[130]。

最後に、連邦政府規制対市場価格の対立、すなわち国有地に対する規制アプローチ（regulatory approach）対無規制アプローチ（nonregulatory approach）が長く議論されてきた。経済学者たちは一様に、市場価格の有効性を非常に高く評価し、計画立案やそれに関連する規制体制にともなう効率の悪さを激しく非難する。国有の森林、鉱物、草地もまた、国有地上で市場価格がはたらいているという錯覚を助長することになりながら競売される。しかし、新たな生態系管理体制は経済上の原則に基づいていない。それは、ランドスケープ規模での計画立案、さらに生物多様性保全や生態学的回復を促進するように意図される生物適応的管理戦略に基づいて築かれるのである[131]。

(3) 国有地論争の新たな対立点

価値観が変化していくにつれて、国有地を支配している法もまた変化していった。国有資源を利用するために私的権利（private rights）を個人に授けるという伝統は、環境を保護するよう意図される新たに公的に認められる一連の法的権利ともはや調和しない。新たな生態系管理政策体制は、まさにこれらの公的な法的権利を基礎としている。国有地法におけるこの進化は、1872年の一般採鉱法（General Mining Law）と1973年の絶滅の危機にある種の法（Endangered Species Act）を比較することで最もよく明らかになる。一般採鉱法は、レッセフェール（自由放任主義、laissez-faire）の開発という開拓時代倫理を反映しており、未熟な経済に基づいている。一般採鉱法は、優先権の原則（principle of priority）を用いて、私人に国有資源での優先権を与える。実際のとこ

130 Id., at 314-315.

131 Id., at 315.

ろ国有地を探鉱活動に対して開放し、価値ある資源をただで与えながら、同法は環境その他の資源価値観への配慮を何も示さない。しかも一般採鉱法は、連邦規制よりもむしろ州規制に依拠している[132]。

他方、絶滅の危機にある種の法は、経済ではなく科学によって制御しながら、絶滅しそうな種を保護しようと努める。絶滅の危機にある種の法は、生態系保存を重視するとともに、現代の保存主義倫理を体現している。国有地と民有地の両方で連邦規制権限を用いながら、同法は従来の野生生物におよぶ州権限に取って代わっている。しかも絶滅の危機にある種の法は、私有財産権（private property rights）についての従来の理解をつくり変えていく。つまり、国有地政策の私的権利モデルがいったん普及した場所が、自然を保護し回復することに焦点を合わせる国民の新たな権利モデルに置き換えられていくのである[133]。

境界の役割の問題もまた、国有地政策の比較的新しい対立点である。これは、法的権限をランドスケープ上の生態学的現実と調和させる必要があるという問題である。国有地政策は従来、複合的利用地（multiple-use lands）と保存地（preserved lands）のそれぞれに普及しているきわめて異なる管理基準を用いながら、注意深く定められかつ不可侵である境界線に基づいて、隣り合う国有地を管理してきた。隣接民有地では、慣習がほぼ完全に自律的にはたらいていたし、民間土地所有者に規制的抑制が課されることはほとんどなかった。しかし新たな生態系管理体制は、境界を法的な条件というよりもむしろ主に生態学的に定められる透過できる変わりやすい線とみなす。境界線を引きなおすあるいは境界線を越える試みは、自分たちの自治、権限、アクセス特権が危機にあると考える近隣支配者、土地所有者、コミュニティを刺激することになる。この懸念を緩和し、境界の限界を克服するために、新たな生態系管理イニシアティブでは相関戦略がとられてきた。国民参加プロセスもまた、境界調整の必要性について国民を教育し、境界にまたがる調整イニシアティブを促すために用いられてきた[134]。

---

[132] Id., at 315-316.

[133] Id., at 316.

[134] Id., at 317.

新たな生態系管理政策体制の規模についての科学的証拠は、生物多様性保全および生態系回復目標が大規模な地域管理イニシアティブによってのみ達成されるということを非常に明確に示している。このことを受けて、連邦国有地行政機関はいくつもの包括的生態系管理事業に着手してきた。その最大規模のものが、数州にわたるコロンビア川流域内生態系管理事業（Interior Columbia Basin Ecosystem Management Project: ICBEMP）である[135]。国有地に新たな生態学的管理政策を導入する際には、立法府・行政府・司法府という連邦政府の各部門が大きな役割を果たしてきた。さらに、このアジェンダを前進させ、正当化するのを促進してきたのは、各部門間の相互作用である[136]。

地域の自然保護意思を含めて、地元意見（local venue）という概念は三つの重要な条件により左右される。第一に、現代の国有地利害関係者たちは非常に多様なので、誰もが自らの立場を代表されかつ聞き入れられることを確保するためには、協調プロセスが基本的な公正基準を満たしていなければならない。つまり、地域の民主政が活動していなければならない。第二に、生態系は個別の場所の範囲を越えて広がっているので、協調イニシアティブは生物多様性および生態学的持続可能性を促進する国家基準を含めてより広い地域的観点を受け入れなければならない。つまり、ある場所についての提案は、法的レベルと科学的レベルの両方で説明できるものでなければならない。第三に、絶滅の危機にある種、ウィルダネス、エネルギーのようないくつかの国家的な重要問題に関しては、特定の地域で取り決められる決議に安易に従ってはならない。むしろ問題をつきとめて、地元の利益と国の利益の両方にかなう実行可能な管理分担モデルを展開するよう試みなければならない[137]。

新たな生態学的論争は、人々と場所を切り離すことがどうしても不可能であることを気づかせる[138]。人々と場所が、民有地のみならず国有地においてもからみ合っているからである。つまり新たな生態系管理とい

---

[135] Id., at

[136] Id., at 321.

[137] Id., at 323.

[138] Id., at 325.

う考えは、今や国有地政策に集約されようとしている生物多様性保全および生態系回復が重要であることをいやおうなしに認めさせるのである[139]。また、生物多様性保全および生態系回復という目標を達成する際には、地元の需要や利益を満たすためにある程度の柔軟性を許容しなければならない[140]。このように生態学的管理は人間の役割として、壊滅的な生態系を回復するために積極的にはたらいてはいるがばらばらである人間活動を、人間自身が調停することを想定している[141]。ここに、地元住民の自然保護意思が十分に考慮される、地域協働型自然保護が志向されることになる。同時に、地域の民主政が健全な状態に保たれていることが必須の条件になるだろう。

3　日本の国立公園への示唆

日本では、1957年に自然公園法が制定された。同法は、国立公園、国定公園、都道府県立自然公園の三つを合わせて自然公園と呼ぶ[142]。ここでは、このうち国立公園を検討対象とする。

ゾーニング型である日本の国立公園は、特別保護地区、特別地域、海中公園地区、普通地域の四つに区分され、それぞれ異なった規制がされるところに大きな特色がある。また、自然環境保全法、鳥獣保護法、文化財保護法、種の保存法なども、国立公園における開発行為の規制根拠としてはたらく[143]。日本においても近年、鳥獣保護法における特別保護地区をめぐって、アメリカの“大エコシステム（greater ecosystem）”的構想の必要性が指摘されている。そもそも鳥獣保護区とは捕獲が禁止される区域をいい、鳥獣保護区での埋立て、干拓、伐採、建物の設置などの開発行為は規制されていない。特別保護地区に指定されて初めて、開発行為を阻止できる。しかし、土地所有者が特別保護地区を設けるこ

---

139 Id., at 318.

140 Id., at 326.

141 Id., at 327.

142 畠山武道・大塚直・北村喜宣『環境法入門〈第３版〉』（日本経済新聞出版社、2007年）138～139頁。

143 同上、140～141頁。

とに同意したがらないこともあって、特別保護地区の指定面積はきわめて限られているのが現状である[144]。そこで今後は、野生鳥獣類の生息環境の広がりに応じた広範な保護区を設置すべきであるとして、生息地域の周辺地域を含む包括的な地域管理の必要性が指摘されるに至ったのである[145]。2002年の自然公園法改正では、生物多様性保護規定が新設された（自然公園法３条２項）。これらの動きをふまえて、日本の国立公園政策もまた、将来的には大エコシステムを志向していくものと考えることも可能だろう。その際に、大イエローストーン・エコシステムに代表されるアメリカの大エコシステムは、営造物型とゾーニング型という分類を越えて日本の国立公園に大きな示唆を与えることになるだろう。

最近ではさらに、富士山を世界文化遺産に推薦するプロセスにおいて一般商工業者および遊覧船業者が営業の自由を主張して抵抗するなど、アメリカの国立公園紛争に近い事態が生じている。2002年の自然公園法改正で導入された利用調整地区も未だ活用されていない現状において[146]、生態系保護を柱とした国立公園政策の整備が急務といえるだろう。

第五節　小括ー自然保護規制の新たな方向性

アメリカの国有地および周辺民有地の自然保護規制は、比較的充実しているという印象を受ける。特に、民有地における自然保護の取り組みを支えるアメリカ独自の様々な手法は、日本を含めて他国にとっても大きな示唆を与えそうである。もっとも従来の自然保護規制は、個々の規制が必ずしも生態学的根拠に基づいて定められたものではなく、規制間の連携が十分に図られることもなかった。しかし近年アメリカで登場した大エコシステム構想は、重要な国立公園と周辺国有地・周辺民有地を

144 同上、148～149頁。大塚直「野生生物をめぐる法的諸問題」『環境法研究』22号（有斐閣、1995年）164頁。

145 大塚直・前掲（注144）164頁。

146 加藤峰夫「「地域」が支える「国立公園」－日本の国立公園制度の「本当の姿」と「発展可能性の在りか」を探る－」『国立公園』639号（国立公園協会、2005年）９頁。

生態学的根拠に基づいて連結し、広大な自然保護地域の形成を実現させつつある。大エコシステムにおいては、新たな自然保護規制が求められるとともに、従来からの種々の自然保護規制を相互補完的に連携させることが求められることになるだろう。

このように、国立公園を中心に形成される大エコシステムの実現という新たな動きは、自然保護規制の新たなあり方を導いていくものと思われる。

終章

アメリカの国立公園システムは近年、中南米諸国やアジア諸国の国立公園システムや環境行政にも大きな影響を与えている。たとえば、政治学者のオストロム（Elinor Ostrom）によると、アメリカの国立公園システムにおいて確立された“社会生態学的科学（social ecological science)”の考え方が、他国とりわけ中南米やアジアの国立公園に取り入れられているという。この考え方のもとでは、生態学的（ecological）要素と社会的（social）要素が同等の価値をもつとされるため、両方の要素のバランスを図ることが求められる。バランスを図る手法としては、

① 法律的手法
② トップダウンによる実施（top-down enforcement）
③ 地元のトップダウン（local top-down）

の三つがあるとされる。中米のマヤ生物圏保護区（Maya Biosphere Reserve）が、社会生態学的科学の考え方が取り入れられた代表例である。また、バランスを図る手法として①の手法が用いられた例はインドに多く見られ、国立公園の MWS （Mahananda Wildlife Sanctuary）が代表例である。さらに②の手法が用いられた代表例としては、南米の Brazilian Colonization Projects が知られている[147]。このように現代において、生態リスクマネジメントに対するアメリカの国立公園システムからの示唆は少なくない。

[147] スタンフォード大学（Stanford University）主催の国際会議“Imaging Environment: Maps, Models, and Metaphors”（2006年11月）での基調報告より。

国立公園局は今、全体としての国立公園システムにおける体系的な自然保護と同時に、大イエローストーン・エコシステムのように個々の国立公園を含む地域の体系的な自然保護を実現しようと試みている。個々の国立公園局ユニットにおける計画は従来、連邦議会で無視されたり十分な財源を与えられなかったりしてきた。しかも国立公園システムの拡大は、体系的な自然保護を考慮したものでは決してなかった[148]。たとえば、国立公園の境界線は当初、生態学的根拠ではなく政治的根拠に基づいて定められた。1933年から1988年の間に、200近くの国立公園局ユニットの500以上の境界線が修正されたが、これらの修正は必ずしも生態学的根拠に基づいて行なわれたものではなかった[149]。しかし近時、国立公園局は、国立公園を世代間で引き渡すことの重要性を強調するとともに、最重要長期目標が天然資源の保存であることを明確に述べるようになった（1996年の“戦略計画書（Strategic Plan）”より）[150]。

ここに、将来に向けての新たな自然保護の法システムのひとつのあり方が見えてくる。まず、新たな自然保護の取り組みにおいては、生態学的管理と天然資源管理という二つの管理概念が柱とされる必要がある。すなわち、生態学的つながりを重視するとともに、天然資源の保存に留意していかなければならない。次に、これらの概念に基づいて制定される新たな自然保護法制は、行政機関と地域住民という二つの主体による協働によって実施が図られなければならない。従来の自然保護法制は行政機関のみを実施主体とするため、行政と地域が対立構造に置かれる場面が少なくなかった。新たな自然保護法制では、行政機関と地域住民を対等の地位に置くことで、地域の利害関係者たちの自然保護についてのポジティブな意思を自然保護法制の実施に活用することが望まれる。最後に、以上の二点をふまえると、新たな自然保護の法システムは、社会的観点と生態学的観点のいずれからも妥当と思われる包括的な地域を想定して構築されなければならない。それは必然的に、従来のユニットよ

---

148 William R. Lowry, Preserving Public Lands for the Future-The Politics of Intergenerational Goods, Georgetown University Press (1998) at 99.

149 Id., at 77.

150 Id., at 100.

りも空間的な広がりをもつ地域を扱うシステムを意味するだろう[151]。

新たな法システムの構築と並行して、従来からの国立公園関連法や自然保護規制といった自然保護法制を整理することも忘れてはならない。これらの自然保護法制は、相互補完的な連携が図られることはもちろん、管理概念において新たな自然保護の法システムと一貫性をもたせることに留意して運用されることが求められるだろう。

新たな自然保護の法システムが体現されていく最大の舞台となる、アメリカの大エコシステムの今後を見守りたい。

＊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。

[151] たとえば、ボストン公園システム（Boston Park System）は、このような新たな自然保護の法システムを確立しつつある。久末弥生「オムステッド（Frederick Law Olmsted）の公園思想－ボストン公園システム（Boston Park System）の変遷と将来像－」明治学院大学法科大学院ローレビュー10号（2009年３月刊行予定）。

論　　説

インサイダー取引規制に関する研究(2)

―― 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、59巻4号）
第三章　アメリカ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　社会背景
第二款　成文法の制定
第三款　小括
第二節　インサイダー取引の規制目的
第一款　伝統的コモン・ローの理論＝「*caveat emptor*」
第二款　インサイダー取引を規制する三つの理論
第一項　情報の平等理論（equality of information theory）
第二項　信任義務理論（fiduciary duty theory）
第三項　不正流用理論（misappropriation theory）
第三款　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　ＳＥＣ
第二項　行政制裁
第三款　刑事規制
第四款　小括　（以上、本号）
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

第三章　アメリカにおけるインサイダー取引規制

アメリカ法において、インサイダー取引に対する規制は、もっぱら判例理論を中心としており、判例理論の不備を補うために、成文法の手段が用いられている。

アメリカの証券法制は、理論の豊かさや重罰的な制裁体系で名を馳せているだけではなく、その複雑さでも有名である。それについて、Larry D. Soderquist は、賢い弁護士が、成文法や規則若しくは判例を通じて、独力でたやすく学べるような法律があるが、連邦証券法規の場合はそうはいかない。もし、連邦証券法に接したこともなく、勉強意欲が強くて賢い弁護士に、証券法（1933）およびその規則または判例を与え、何週間か勉強させたとしても、この人がこの分野について沢山知ることになるかもしれないが、要領を得ることができないのであろう。正解らしきものが何通りもあるようであるが、正解が一つしかないパズルのようなものであると、アメリカの証券法制の複雑さを強調している[1]。

第一節　インサイダー取引規制の歴史的展開

第一款　社会背景

投資ブームの1920年代では、州による「ブルー・スカイ法」があったが、連邦レベルでの証券諸法がなかった[1]。不正行為もかなり横行していたものの、法的には、問題視されることはなかった。

しかし、大恐慌（1929年～1933年）になると、Franklin Delano Roosevelt 元大統領（1933年～1945年）は、金融・証券の改革を含むニュー・ディール

---

[1] Larry D. Soderquist, *Understanding the Securities Laws,* 4rd ed, (Practising Law Institute, 2005), p.1-1.

[1] 連邦立法が遅れた原因について、州による「ブルー・スカイ法」の早期施行は、結果的には、むしろ連邦証券立法を阻害したといわれている（Thomas Lee Hazen, *The Law of Securities Regulation,* 5th ed, (St. Paul, Minn. 2005), p.20)。

政策（New Deal）を実施し、証券取引に関する法整備も積極的に行った[2]。着手の第一歩として、1932年３月に、「証券取引所で行われた空売りなどの種々の行為を徹底的に調査し、それらが銀行システムおよび連邦準備制度の運営に与えた影響を明らかにする」（第72回アメリカ議会）ために、上院通貨委員会内に小委員会が設置され、翌年１月、上院議員のFerdinand Pecoraが同委員会の責任者となり（以下「ペコラ委員会」という）、証券取引のみならず、銀行や証券に係わるあらゆる業務およびその政策決定に関係した政策・立法責任者などを含む幅広い調査が行われた。この調査が1934年６月まで続けられた。

その後、ペコラ委員会は、1920年代におけるウォール街を舞台とする不正な取引を究明し、かつての時代の寵児たちが如何にして不当な利益を得ていたかを公表した。この調査報告書（以下「ペコラ報告」という）[3]によって、有権者の関心および証券市場改革の機運が高まり、また、ルーズベルト元大統領による政策転換との相乗効果によって、証券法（1933）を皮切りに、証券取引所法などが立法された。証券取引所法は、すでに発行された証券の売買を規制し、利益要求、価格の不正操作または欺罔といった投機的取引の問題に対処している。

さらに、1934年、公正な証券取引の維持、投資家の保護を任務とする広範な権限を持つ監督機関として、証券取引所法によって、SECがア

---

[2] 証券法規の整備が積極的に行われた背景には、政治的な駆け引きが見え隠れする。それは、民主党のFranklin Delano Roosevelt元大統領が、早くも「一九三二年の大統領選擧戰に於て、一九二九年の株式恐慌に處せるフーヴァ政權〔共和党、Herbert Clark Hoover、1929年～1933年－筆者注〕の無能を屢々痛罵し、有價證券取引の聯邦政府取締を力説した」（帝國生命保險株式會社調査課『米國聯邦有價證券法』（帝國生命保險株式會社調査課、1934）１頁）ことから読み取られる。

[3] 正式名称が、「証券取引の実態 —— 米国上院銀行・通貨委員会公聴会。上院議決第84回に関する第72回議会第１会期。上場証券の売買と貸借・それら証券の価値・取引の帰結に関して株取引を周到に調査するための議決」とする長大なものであった。

のちに、Duncan Fletcherが議長となり、その名から「フレッチャー報告」とも呼ばれた。

メリカ政府の独立機関として創設された。

そして、1968年、証券法規が多数存在するという混乱状態を改善するために、アメリカ法律協会（American Law Institute、略称 ALI）による連邦証券法典案（Federal Securities Code）[4]の起草作業が行われ、統一的な証券法制を試みた。

第二款　成文法の制定

大恐慌の発生は、文字通りアメリカ社会に大きな混乱をもたらした。それに対して、アメリカ議会は、証券法（1933）の立法で対応した。本法は、新たに株式の発行を計画する会社に対して、SEC への登録の届出を要求している。このように届出を要求することを通して、会社が、目論見書に含まれる明確な情報を潜在的な投資者に与えることになる。本法の目的には、投資者の保護、無価値な証券の売却を介する一般大衆による利己的利用の防止、経済の改善、および公共投資における信頼の回復が含まれる[5]。証券法（1933）に証券詐欺を取り締まるもっとも原始的な規定（17条）[6]が設けられいたが、なぜか使われる形跡はなかった。

立法化されるまで、インサイダー取引について、「買主をして注意せしめよう」（*caveat emptor*）というコモン・ローの法理が用いられ、すなわち、

---

[4] 本法典案が、1968年の暮から、SEC およびアメリカ法曹協会（American Bar Association、略称 ABA）からの非公式な協力を得て、散在する諸証券法規の錯綜状態を見直し、全米の証券市場を対象とする統一的かつ専門的な証券法典の創設のために、アメリカ法律協会によって起草作業が進められた。法典案の試案は全部で六つ（第１号～第６号）あって、最終提出草案（Proposed Final Draft）が、1978年５月のアメリカ法律協会の年次総会において承認されたが、のちに修正が加えられ公式提出草案（Proposed Official Draft）となった。

本法典案を紹介した日本語の文献として、河本一郎「アメリカ連邦証券法典案の概要について」証券経済時報19巻８号（1979）１～34頁がある。

[5] Mark Dallas, “United States v. O’Hagan: A Failed Attempt to Protect Public Policies Underlying the Securities Laws”, in *U.C. Davis Law Review,* Vol.32, No.4,（1999）, p.1111.

[6] 本条について、参考資料を参照されたい。

買主自身が商品を調査・判定・テストしなければならないのである。その後、この理論が使われなくなり、代わりに、包括規定（catchall clause）の取引所法10(b)［操作的または欺罔的な手段］[7]、および同条項に基づき、1942年に、SECによって新設された規則10b-5［操作的または欺罔的な手段の使用］[8]が用いられ、それらに違反する行為に対し、証券取引所法32［罰則］(a)［故意な違反、虚偽および誤導的な不実開示］（以下「取引所法32(a)」という）[9]に基づく刑罰が科される。中でも、規則10b-5［操作的または欺罔的な手段の使用］が主要な役割を果してきた。本項が、証券の買い付けまたは売り付けの際において、詐欺的な計画、誤解を招くような記載および省略、または不正直な策略を用いることを禁ずる。現在、規則10b-5が採択されてから数十年も経つものの、依然としてインサイダー取引に対する重要な武器となっている[10]。

2000年８月24日、SECは、規則10b-5［操作的または欺罔的な手段の使用］を改正し枝番号をつけて、重要な未公表情報「に基づく取引」を定義する規則10b5-1、および不正流用理論における受託者責任若しくは守秘義務を有することを定義する規則10b5-2を打ち出した。

第三款　小括

経済犯罪につき、社会的に容認しうるか否かを目安として、その程度を超えてから初めて規制に踏み切るのは一般的であるが、アメリカの場合、大恐慌の発生ならびにウォール街を舞台とする不正な取引の多発が政争にも利用されたことは、規制を加速させたと見受けられる。しかし、コモン・ローの法文化では、成文法の効力は限定的で、判例理論による解釈ないし昇華は欠かせなかった。

第二節　インサイダー取引の規制目的

---

[7] 前掲【第二章】注（２）。
[8] 前掲【第二章】注（３）。
[9] 条文について、本章第四節第三款を参照されたい。
[10] *Supra* note 5, pp.1111-1112.

インサイダー取引規制が大恐慌や金融不祥事の対策として講じられたと巨視できるが、具体的には、如何なる目的を持っているかについて、必ずしも明らかではない。以下では、諸判例理論から、規制目的論を考査することにする。

第一款　伝統的コモン・ローの理論＝「*caveat emptor*」

従来では、インサイダー取引の問題について、もっぱらコモン・ロー理論の「*caveat emptor*」＝「買主をして注意せしめよう」(let the buyer beware)[1]を基礎とする修正適用、つまり、いままで買主に課せられた注意義務が撤廃され、売主に信認義務に基づく義務要求を課すように修正された。

この法理の適用について、島袋鉄男は、「取引当事者の一方が、その取引に重大な影響を及ぼす情報を知っており、相手方はそれを知らない場合でも、とくに虚偽表示等の積極的手段を講じない限り、黙って自己に有利な取引をしても何ら違法とはならない。すなわち、単なる沈黙(concealment)、もしくは、自分の知っていることを開示しなかった(nondisclosure)というだけでは、コモン・ロー上の詐欺にはならないというのが一般原則であった。ただし、この原則には、いくつかの例外が認められ、その一つが、例えば、本人と代理人や遺言執行者と受益者の関係のように、当事者間にある種の信任関係(confidencial or fiduciary relation)が存する場合である。この場合には、受任者に、不正な利得をしないための最高の誠実性が要求され、取引に影響する重要な情報を相手方に開示する義務が生じることになり、沈黙や不開示でも詐欺になるとされる」[2]と

---

[1] Black's Law Dictionary,(6th ed. 1990), p.222.

[2] 島袋鉄男『インサイダー取引規制――アメリカにおける法理の発展――』(法律文化社、1994) 23頁。

また、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) 326頁は、「そもそも、コモン・ロー上は、取引当事者は、原則として取引の事情説明の義務を負わない。不作為によって不実表示による詐欺が成立するのは、取引当事者に事情の説明義務が認められる場合に限られる。取引上の詐欺は、例外的に事情説明義務を負う場合に、その義務に違反して、情報を秘匿し相手を欺罔した場

説示している。社会的効果として、「*caveat emptor*」の法理が、大いに大量生産大量消費時代の生産者や販売者にとって有利なものであった[3]が、射程は相対取引（face-to-face negotiation）に限られており、非個性的な証券取引所取引に適さない。

アメリカ法律史では、その時代その時代の発展状況や需要に相応する法理論を迅速に採られていることが特徴として捉えられる。もし、法と社会の需要の距離が大きくなれば、立法者や裁判官・弁護士たちが新たな法理論を打ち出して、その距離の縮小に努める[4]。いうまでもなく、インサイダー取引に対する規制も同様であり、伝統的コモン・ロー理論に続く新しい法理が次々と打ち出され、時代や社会の需要に応えようとした。

第二款　インサイダー取引を規制する三つの理論

1933年５月、連邦政府による初の証券立法である証券法（1933）が成立した。本法を境に、従来の「買主をして注意せしめよう」（let the buger beware）という伝統的な法理が、「売主をして注意せしめよう」（let the seller beware）という新しい法理に変更され、すなわち、発行者・内部者などの情報上の優位者に、当該証券に関する情報の提供義務を負わせ、義務違反した場合、ディスクロージャーや詐欺禁止条項による規制を受けるとする新たな法理が確立されたのである。

新生三理論に先立ち、「開示または取引断念義務」（duty to disclose or abstain）の法理は、Cady, Roberts & Co. 事件審決[5]で初めて適用された規

合に詐欺が成立する。情報提供義務発生の唯一の根拠が、信認義務またはそれに類する関係である」と、伝統的コモン・ローの修正適用について解説している。

[3] 村井藤十郎「caveat emptor の崩壊」名城法學７巻２号（1957）１頁は、「買主にこの義務〔注意義務を指す－筆者注〕を負担させることは、売主にとって有利であり、ことに大量の物質を能率的に売りさばく商人ないし生産者には便宜な原則として尊重されてきたのである」とする。

[4] Bernard Schwartz, *The Law in American: a history,* (New York, 1974), p. xi－xii.

[5] Cady, Roberts & Co., 40 S.E.C. 907（1961）.

則10b-5［操作的または欺罔的な手段の使用］から導き出され、その後の三理論の解釈にも用いられた。本審決では、インサイダーまたは情報受領者（tippee）は、当該情報が公開される前に、関係する取引を行うことの固有の不公平さ（inherent unfairness）が重視され、当該取引を行うにあたって、当該情報を公開するか、あるいは公開せずに当該取引を控えるかのいずれかをしなければ、当該取引が規則10b-5［操作的または欺罔的な手段の使用］に違反する行為であるとした。

「開示または取引断念義務」の法理が、のちのSEC v. Texas Gulf Sulphur巡回区控訴審判決で確立された。

第一項　情報の平等理論（equality of information theory）[6]

インサイダー取引規制の基礎を作ったのは、SEC v. Texas Gulf Sulphur巡回区控訴審判決[7]であった。

【事実概要】ある発行会社の取締役会の休憩中に、自分が外務員として所属している証券会社（Cady Roberts）のブローカーの仲間に、決まったばかりの減配決議（重要な未公開内部情報）を知らせ、その決定事実が公表される前に、当該発行会社の株式を公開市場において売却させた。

本件について、参考できる日本語の文献として、島袋鉄男「アメリカにおける内部者取引規制の法理――内部者の民事責任を中心として――（二）」琉大法學22号（1977）２～３頁、並木和夫『会社法・証券取引法の研究――アメリカ法を中心にして――』（中央経済社、1991）260～263頁、並木俊守『日米インサイダー取引法と企業買収法』（中央経済社、1998）113～116頁、栗山修『証券取引規制の研究――アメリカにおける不公正な証券取引規制の展開――』（成文堂、1998）161～162頁、柏木・前掲注（２）311～312頁がある。

[6] 学者によって、情報所持の理論（possession theory）または内部情報所有説（possession theory）とも呼ばれている。例えば、大崎貞和「米国インサイダー取引規制の新展開――不正流用理論を認めたO'Hagan判決――」資本市場クォータリー１巻１号（1997）、栗山・前掲注（５）がある。以下、筆者が執筆する部分は「情報の平等理論」を用いる。

[7] SEC v. Texas Gulf Sulphur Co., 401 F.2d 833（2d Cir.1968）.

本件について、参考できる日本語の文献として、龍田節「SEC v. Texas Gulf Sulphur Co., 401 F. 2d 833（2d Cir. 1968）――未公開の重要な会社情報に

鉱山会社（Texas Gulf Sulphur）の役員および従業員数名らは、同社が新しい鉱脈を発見したことに関する公表の前[8]に、同社株式を購入していた。

これに対して、第二巡回裁判所は、重要な内部情報を所有しているすべての者が、当該情報を一般投資者に対して開示せよ、もし法人に対する信用から情報開示する権限がない、あるいはそうしないことを選択した場合、内部情報が公開されていない間では、当該証券の取引または推奨を控えなければならないと判示し[9]、「開示または取引断念義務」を再確認した。

本判決では、インサイダーおよび情報受領者のみならず、未公開の重要内部情報にアクセスしうるすべての者に開示義務があるとし、Cady, Roberts & Co. 事件審決よりも広い行為主体範囲が示された。これに対し、その範囲が広すぎるのではないかという批判もあった。

そして、1980年代に入ると、連邦最高裁は、次第に情報の平等理論を否定するようになり、新たな判例理論を打ち出した。

第二項　信任[10]義務理論（fiduciary duty theory）

(1)　初となった刑事訴追事件の Chiarella v. United States 連邦最高裁判決[11]で、情報の平等理論が否定された。

基づいて内部者が株式を売買することは違法である」アメリカ法1970-1（1970）100～105頁、島袋・前掲注（5）3～5頁、並木（和）・前掲注（5）263～265頁、並木（俊）・前掲注（5）64～66頁、栗山・前掲注（5）165頁、柏木・前掲注（2）312～313頁、黒沼悦郎『アメリカ証券取引法』（弘文堂、第2版、2004）160～161頁がある。

[8] 実際、当該未公開情報がメディアに公開されてから20分後に、行為者らが自社株を購入し始めたが、その時点では、当該情報がまだニュースとなって報道されていなかった。

[9] *Supra* note 7, 848．

[10] 学者によって、「信認」とも用いられている。例えば、柏木・前掲注（2）、栗山・前掲注（5）、大崎・前掲注（6）がある。以下、筆者が執筆する部分は「信認」を用いる。

[11] Chiarella v. United States, 445 U.S. 222 (1980)．

株式公開買付などする際に、SECに提出しなければならない書類の印刷を専門にしている印刷会社の植字室の従業員であるChiarellaは、取り扱っている書類の中から、顧客（買付会社）が行う公開買付の対象会社の名前を推測し、公開買付が公表される前に、対象会社の株式を購入していた。

本件のポイントは、ⅰ）公開買付といった情報が、当該株式の発行人＝対象会社から由来したものではなく、買付会社から得たことと、ii）Chiarellaが、市場内部者（inside the market itself）であることの二点がある。問題は、ii）のような者にも、ⅰ）の情報を知った場合、「開示または取引断念義務」を負うかどうかであった。

連邦最高裁は、仮に、Chiarellaが買付会社の従業員であっても、対象会社との間に信認関係（fiduciary relationship）がなく、対象会社の株式を購入しても、対象会社に対する信認義務に違反することにならないとし、よって、Chiarellaが会社内部者に含まれず、「開示または取引断念義務」を負わないと判示した。要するに、情報の平等理論では、重要な未公開情報を知っているだけで「開示または取引断念義務」を負うのに対し、本判決では、主体範囲が限定され、「開示または取引断念義務」を負うのは、証券の発行会社に対して信認義務を負っている者に限られるという。整理してみると、①Chiarellaと自社（印刷会社）の関係、②Chiarellaと買付会社の関係、③Chiarellaと対象会社（ないしその株主）の関係のうち、①において、Chiarellaには忠実義務ないし信認義務があり、Chiarellaが取引を行えば、故意にそれに違反したことになるが、②および③において、Chiarellaには何の義務もないため、Chiarellaが買付会社の内部情報を無断で私用し、対象会社の株式を買い付けたとしても、何の義務違反にもならない、ということである。

本件について、参考できる日本語の文献として、小林成光「Chiarella v. United States, 445 U.S. 222, 100 S. Ct. 1108（1980）――印刷作業中に公開買付の諸事実を知った者に対する刑事罰」アメリカ法1982-2（1982）256～260頁、並木（和）・前掲注（５）265～268頁、並木（俊）・前掲注（５）68～72頁、栗山・前掲注（５）165～169頁、柏木・前掲注（２）313～314頁、黒沼・前掲注（７）162～163頁がある。

(2) このように、信認義務理論を採れば、公開買付の場合における外部情報に基づく取引を規制とすることはできない。

企業買収ブームに絡んで頻発するインサイダー取引の問題に対処するため、1980年SECは、公開買付に係わる詐欺的行為を取り締まるため、証券取引所法14(e)［公開買付］（以下「取引所法14(e)」という）[12]に規定されている権限に基づき、証券取引所法規則14e-3（以下「規則14e-3」という）を新設し、本条a項[13]で規定を設けた。本項は、公開買付が具体的な準備段階

---

[12] Section 14 — Proxies

(e) Untrue statement of material fact or omission of fact with respect to tender offerIt shall be unlawful for any person to make any untrue statement of a material fact or omit to state any material fact necessary in order to make the statements made, in the light of the circumstances under which they are made, not misleading, or to engage in any fraudulent, deceptive, or manipulative acts or practices, in connection with any tender offer or request or invitation for tender, or any solicitation of security holders in opposition to or in favor of any such offer, request, or invitation. The Commission shall, for the purposes of this subsection, by rules and regulations define, and prescribe means reasonably designed to prevent, such acts and practices as are fraudulent, deceptive, or manipulative.

取引所法14［代理］(e)［公開買付における重要事実の虚偽記載あるいは事実の省略］：「いかなる者も、公開買付申込またはそれに対する応募の要請もしくは招請に関連して、あるいは当該買付申込または要請もしくは招請に反対しまたは賛成してなす証券保有者の勧誘に関連して、重要な事実につき虚偽の記載をなし、または記載がなされた時の状況に照らし誤解を招かないために必要な重要な事実の記載を省略し、または欺瞞的、詐欺的もしくは相場操縦的な行為または慣習を行うことは違法である。委員会は、本条の目的のため、規則により、欺瞞的、詐欺的、もしくは相場操縦的な行為または慣行を防止するために合理的に設けられる手段を定義し、規定しなければならない」（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）28～29頁）。

[13] Rule 14e-3 -- Transactions in Securities on the Basis of Material, Nonpublic Information in the Context of Tender Offers

a. If any person has taken a substantial step or steps to commence, or has

に入ってから、買付者以外の者が買付者などを情報源とする重要な未公開内部情報を知り、対象会社の株式を取引した場合、その行為者と対象

---

commenced, a tender offer (the "offering person"), it shall constitute a fraudulent, deceptive or manipulative act or practice within the meaning of section14(e) of the Act for any other person who is in possession of material information relating to such tender offer which information he knows or has reason to know is nonpublic and which he knows or has reason to know has been acquired directly or indirectly from:

1. the offering person,
2. the issuer of the securities sought or to be sought by such tender offer, or
3. any officer, director, partner or employee or any other person acting on behalf of the offering person or such issuer, to purchase or sell or cause to be purchased or sold any of such securities or any securities convertible into or exchangeable for any such securities or any securities convertible into or exchangeable for any such securities or any option or right to obtain or to dispose of any of the foregoing securities, unless within a reasonable time prior to any purchase or sale such information and its source are publicly disclosed by press release or otherwise.

規則14e-3［未公開情報と公開買付との関連における重要情報に基づく証券取引］(a):「ある者が公開買付を開始するための具体的な準備に入ったか、あるいは公開買付を開始した場合、その公開買付に関する重用な情報を有している者が、その情報が非公開であることを知っているか又は知っていて然るべきであり、かつ、その情報が(1)公開買付を申込んでいる者（公開買付人）、(2)公開買付の対象となった又はなるべき証券の発行者、(3)公開買付を申込んでいる者又はそのような発行者のために行動する役員、取締役、パートナー、従業員あるいはその他の者から直接又は間接に取得されたものであることを知っているかもしくは知っていて然るべきである場合に、当該証券又は当該証券に転換あるいは交換することができる証券もしくは当該証券を取得又は処分するオプション又は権利を、売買すること又は売買させることは、その売買が、その情報又は情報源が新聞報道その他により公表されてから合理的な時間が経過した後に行われたものでない限り、1934年証券取引所法14条(e)項の規定する欺瞞的、詐欺的もしくは相場操縦的な行為又は慣行に該当する」（資本市場編・前掲注（12）29頁）。

会社との間に信認義務違反の有無を問わず禁止するものであった。すなわち、規則14e-3の適用には、信認義務の違反を要件としない[14]。

(3) それでも、なお問題となったのは、情報受領者の義務であった。Dirks v. SEC 連邦最高裁判決[15]において、信認義務の中に情報受領者

---

[14] 「規則14e-3の適用には、信任義務の違反を要件としない」ことの合法性について、規則14e-3を採用した O'Hagan 事件の判旨において、政策的な意図から、信認義務の違反を要件としない規則14e-3の適用の合法性を肯定している。

参考できる日本語の文献として、以下のものがある。「問題とされる取引が信任義務の違反を伴うことの立証を要求しない規則一四ｅ-三を採用したことは、一四条(e)項のもとでの SEC の規則制定権限を逸脱したものではなかった。規則一四ｅ-三 (a) は、それが公開買付の事例に適用される場合、詐欺的取引を抑止するために合理的に設計された方策という一四条(e)項の要件を満たしている。予防的な方策が、禁止されるべき核となる行為よりも広い範囲に及ぶのは当然である。一四条(e)項のもとで SEC は、禁止が詐欺的な行為や慣行を抑止するために合理的に設計されたものである限り、コモン・ローまたは一〇条(b)項のもとではそれ自体詐欺的でないような行為をも禁止することができる。裁判所はこの点に関する SEC の判断を、それが恣意的であったり、制定法に明らかに反することのない限り、尊重しなければならない。本件の場合、SEC の判断は恣意的または制定法に明らかに反することは認められない。重要な未公開情報に基づく取引は買付者、対象会社、またはそれらの代理人に対する秘密保持義務の違反を伴うことが多いと仮定するのは妥当なことである。SEC は洗練された者が責任を免れることを可能にするような立証問題を認識しつつ、信任義務違反の特別の立証を要しない『開示または取引断念』命令を規則一四ｅ-三に設けたのである。オヘーガンが問われているようなタイプの不正流用行為を抑止するのに役立つ限りにおいて、本規則は一四条(e)項のもとでの SEC の予防権限の適切な行使であるといえる」(黒沼悦郎『証券市場の機能と不公正取引の規制』(有斐閣、2002) 95～96頁)。

しかし、同判決における Thomas 判事の反対意見は、「被告人は横領した情報を証券取引以外の方法で、たとえば新聞社に情報を売ることによって換金することもできたのであるから、証券取引は情報の横領の不可欠の要素ではなく、したがって証券の取引に関して詐欺が行われたとはいえないとする。また、許可を得た未公開情報の利用も、情報の不正流用も、市場に対するインパクトは同じはずである、したがって後者によってのみ一般投資家が害されるというのはおかしいと、多数意見を鋭く批判している」(同前、96頁)。

[15] Dirks v. SEC, 463 U.S. 646 (1983).

が含まれるとする拡大解釈がなされた。本判決は、事実上信認義務理論に対する再確認であった。

証券アナリストのDirksは、生命保険会社の元役員から、同社が不正行為（粉飾計算という詐欺的会計）を行っているとの情報を無償でもらい、それを十分に調査したうえで、第三者に当該情報を教え、第三者が当該情報を利用して取引をしたため、Dirksが市場でのプレーヤー（インサイダー取引の行為者）としてではなく、情報伝達者（tipper）としての責任が問われた。

本件最大の焦点は、Dirksが元役員から情報をもらったこと自体が、インサイダーとしての義務違反に該当するかどうかであった。なぜなら、もし、Dirksが情報受領者（tippee）としての義務違反がなければ、情報伝達者、つまり、調査過程で当該情報を第三者に教えた者としての責任違反もないからである。

幸い、Dirksが当該生命保険会社の株式を所有しておらず、また、Dirksが生命保険会社の社員に対して実施した調査の過程において、情報提供をした社員に見返りが渡っていなかったことや、社員による情報提供の目的がもっぱら自社の不正行為の暴露、すなわち、株主に対する信認義務を果たすためであったため、いずれにしても、Dirksまで信認義務が派生し得なかった。

第三項　不正流用理論（misappropriation theory）

ChiarellaとDirks両判例から窺えるように、信認義務理論の射程が、インサイダーの取引まで及ぶものの、アウトサイダーの取引まで及ばない。つまり、範囲が狭いということである。そして、Chiarella判決で、

本件について、参考できる日本語の文献として、荒谷裕子「Dirks v. SEC, 103 S. Ct. 3255 (1983)――詐欺を暴く動機から内部情報を漏らし，なんらの金銭利得を得ていない情報提供者から情報を得た内報受領者が，それを更に内報しても，1934年証券取引所法10条(b)項およびRule 10-5には違反しない」アメリカ法1985-1 (1985) 140～146頁、並木（和）・前掲注（5）269～271頁、並木（俊）・前掲注（5）72～77頁、柏木・前掲注（2）316～317頁、黒沼・前掲注（7）163頁がある。

Burger 主席判事の反対意見として唱えられた不正流用理論が、新たな法理の幕開けとなった[16]。

Burger 判事は、①行為者が、未公開情報を不正に流用した場合、たとえその当事者間に信認義務がなくても、「開示または取引断念義務」を負うべき、②行為者が、努力や能力などによらない方法で情報上の優位（advantage）に立った場合、その優位が違法を意味するとして、信認義務がない理由による「開示または取引断念義務」適用の排斥について、反論した。

このように、不正流用理論では、情報源に対して負う信認義務に違反し、情報源からの未公開情報を取引に不正に流用した場合、証券取引詐欺が構成される。この理論によれば、如何なる者も、窃盗あるいは機密性保持義務違反などの不正行為により未公開情報を得て、そして、それに基づく証券取引をすれば、違法となる。

(1) とはいえ、当初は、不正流用理論の枠組みに関する明確な提示がなく、United States v. Newman 巡回区控訴審判決[17]で初めて示された。

株式の公開買付などを代理する投資銀行の銀行員二名は、顧客が行う公開買付に関する秘密情報を証券会社の Newman に伝え、Newman は、当該未公開情報を利用して、予め対象会社の株式を買い付け、当該重要情報が公開された後に売り付けて、三人で利益を得ていた。

第二巡回裁判所は、①銀行員らが銀行の情報を不正に流用したため、当該銀行に対する詐欺にあたる、②規則10b-5［操作的または欺罔的な手段の使用］において、株式の売主または買主に対して行われることを詐欺の要件としていないことから、銀行員らの行為が同条に規定する詐欺に該当すると判示した。

要するに、不正流用理論の枠組みでは、未公開情報を利用した取引は、単なる特定のトレーダーが情報上有利な立場に立ったにすぎず、詐欺的

---

[16] 不正流用を詳しく分析した日本語の文献として、品谷篤哉「内部者取引規制――不正流用理論の行方（一～三・完）――」名城法学47巻４号（1998）、49巻２号（1999）、49巻４号（2000）がある。

[17] United States v. Newman, 664 F.2d 12 (2d Cri. 1981).

本件について、参考できる日本語の文献として、並木（和）・前掲注（５）274～275頁、柏木・前掲注（２）315～316頁がある。

ではない。当該トレーダーが、立場の乱用または信託の違反若しくは信頼の裏切りを通じて情報上有利な立場を確保した場合に、それによる取引は詐欺的なものとなるということである[18]。

(2)　しかし、Carpenter v. United States 連邦最高裁判決[19]の限界事例では、不正流用理論を採用するべきか否かに関して連邦最高裁の意見が分かれた。

Wall Street Journal のコラムニストである Winans は、自分が執筆する有力なコラム（“Heard on the Street”）で取り上げる予定の銘柄の株式に関する記事が掲載される前に、その掲載内容に関する情報を職場の友人（Carpenter）を介して、証券会社のトレーダー（Feris）らに提供し株取引に利用させ、約69万ドルの利益を得させていた。

そこで、Winans に対して、もし信認義務理論を採れば、彼が当該証券の発行会社（対象会社）との間に信認関係がないから、責任がなく、取引を行っても不可罰である。一方、不正流用理論を採れば、Winans が Wall Street Journal を刊行する会社の従業員として、職務上に知った同社の未公開情報（特定の銘柄の株式を評論する未掲載の記事）を不正に流用したのであるから、詐欺による問罪が可能である。しかし、不正流用理論の採用について、連邦最高裁での評決が４対４となり、埒が明かなかった[20]。

本件以降、不正流用理論を採用するどうかについて、裁判所の判断が分かれ、しばらく混乱状態が続いた。

(3)　それから10年も経ち、United States v. O'Hagan 連邦最高裁判決[21]

---

[18] Barbara Bader Aldave, “Misappropriation: A General Theory of Liability for Trading on Nonpublic Information”, in *Hofstra Law Review,* Vol.13, No.1, (1984), p.121.

[19] Carpenter v. United States, 484 U.S. 19 (1987).

本件について、参考できる日本語の文献として、神崎克郎「Carpenter v. United States,――U.S. ――, 108 S. Ct. 316 (1987) ――新聞記者が発表前の新聞のコラム記事に関しインサイダー取引の責任を問われた事例」アメリカ法1988-2 (1988) 348～355頁、並木（和）・前掲注（５）277～279頁、柏木・前掲注（２）317～318頁、黒沼・前掲注（７）164～165頁がある。

[20] 多数決に至らなかったため、原審の有罪判決が維持された。

[21] United States v. O'Hagan, 521 U.S. 642 (1997).

で、ようやく不正流用理論の問題に決着がつけられ、連邦最高裁は不正流用理論の適用を全面的に認めた。本件におけるアメリカ合衆国の上告理由は、内部情報の不正流用を食い止められなければ、証券市場への投資者の信頼が損なわれるというものであった。

公開買付の代理人を務める法律事務所に勤務する O'Hagan は、本件公開買付を担当する弁護団に加わっておらず、代理業務にも関わらなかったが、同僚から内部情報を聞き出し、予め対象会社の株式およびコール・オプションを大量購入し、当該公開買付計画の発表後に売却し、430万ドルあまりを利得していた。

SEC は、O'Hagan が重要な未公開内部情報を自己の取引に不正に流用したことにより、自己の勤務先である法律事務所およびその顧客である本件買付会社を欺いたことを理由に、取引所法10(b)［操作的または欺罔的な手段］および規則10b-5［操作的または欺罔的な手段の使用］に違反したとして、刑事告発をした。

しかし、O'Hagan が、上記 Carpenter 事件での Winans と同様な位置にあり、つまり、当該内部情報が対象会社（発行会社）から入手したものではなく、しかも、対象会社との間には、いっさい信認関係を有しなかった。

連邦最高裁は、①不正流用をする者と一般投資者との間に、情報上の不平等が存在し、そのような一方的な優位の状況が研究や調査などによるものではなく、一般投資者がそれに対して為す術もない、②確かに、信認義務理論を忠実に解釈すれば、O'Hagan を有罪にすることができないが、無罪となれば、一般投資者の信頼という証券法制の趣旨・目的からかけ離れることになるとして、6対3で不正流用理論の採用を認めた。

第三款　小括

(1)　法理が、「let the buyer beware」から「let the seller beware」へ

本件について、参考できる日本語の文献として、柏木・前掲注（2）320～322頁、黒沼・前掲注（7）165～167頁がある。

と修正されたことで、売る側に義務が移された。情報の平等理論・信認義務理論・不正流用理論においても、情報を有する側に義務が課されている。三つの理論について、行為主体の範囲の観点から、①未公開内部情報を有する者について、当該情報が公開されていない段階で、その利用を禁ずる、主体範囲が未公開内部情報を有するすべての者である、②単に未公開内部情報を有しているだけでは、主体範囲に含まれず、さらに、発行者・株主との間に信認関係を有する必要がある（信認関係で①の主体範囲を縮小した）、③未公開情報の取得方法が一般投資者と比べて対等ではない場合、その優位自体が違法性を帯び、そうした優位な立場を利用した取引をすれば、仮に発行者や株主に対する義務違反がなくても、情報源に対する義務違反があれば足りる（不正な流用という物差しで②の主体範囲を拡大した）と、客観的構成要件要素の一つである主体に基軸が置かれ、そこから法理が発展されてきたように見受けられる。しかし、詐欺罪は身分犯ではなく、情報の平等理論および信認義務理論の下で、詐欺罪を構成させることは必ずしも道理に適っていないかもしれない。行為者が情報上の優位に立ったのは不正によるものであれば、その違法性がのちの取引行為と関連して、詐欺が構成されるという不正流用理論のほうが、詐欺という理論構成に適していると思われる。

他方、不正流用理論が採用されたことによって、インサイダーかまたはアウトサイダーかを問わずに、規制対象に取り込めた点がメリットであるといえよう。包括的な規制が可能である点に着目すれば、「インサイダー取引」という呼び方が必ずしも相応しくなく、むしろ「不正取引」と呼んだほうが名実通りかもしれない。

(2)　ところで、不正流用理論の妥当性について、疑問がないわけではない。もとより、「実はアメリカ合衆国において一体何をもって不正流用論とするかということ自体、学説上、明確ではな」[22]かった。

United States v. O'Hagan 連邦最高裁判決で連邦最高裁は、不正流用説が、取引所法10(b)［操作的または欺罔的な手段］に要求される証券取引に関連する（in connection with）詐欺的（deceptive）行為の要件に適合している。

[22] 並木和夫「不正流出論（Misappropriation Theory）の再検討――内部者取引規制の基礎理論の研究――」法學研究68巻４号（1995）２頁。

不正流用の手段による欺罔について、誠実さを装う受任者が、本人に密かに情報を自分の利益のために流用することは、会社を騙しまたは詐取することになる。会社の秘密の情報に関して、会社が排他的利用権利を固有し、開示しないままでの情報の流用は詐欺を構成し、横領と類似する。不正流用理論の中には、開示しないことによる欺罔行為は主な責任であると、不正流用理論を是認した[23]。

つまり、「内部情報の不正流用が当該情報の所有者（source of information）に対して負っている信認義務に違反すれば，当該情報に基づく証券取引は当該情報の所有者を詐欺（deception）することになり1934年連邦証券取引所法10条(b)項・Rule 10b-5（以下，Rule）に違反し刑事罰が科せられる」[24]。ここで注意を要するのは、行為者の取引行為が当該情報の所有者に対して詐欺が成立する点である。

O'Hagan事件では、情報の真の所有者といえば、買付会社に他ならないが、O'Haganとの間には信認関係が有しない。このような意外の関係は、インサイダー取引規制の要件である信任義務の変更をもたらし、すなわち、本来では、発行会社（情報源）に対する信任義務が、自己の所属会社に対する（従業員としての）信任義務のほうに変更されたのである[25]。確かに、インサイダー取引の規制の軌跡をみれば、信任義務違反が必要不可欠であるが、しかしなぜ何の関係も持たない他社に対する取引行為では、自社に対する信任義務違反を理由に、その責任が問われるかについては、明らかではない。「また、なぜ、証券取引法で、情報源の情報に対する支配権を保護しなければならないか、説明ができない」[26]との指摘もある。

他の批判[27]も含め、不正流用理論の法理には、なお理論的な不備が多

---

[23] *Supra* note 21, 643.

[24] IBL情報「米国インサイダー取引規制における『不正流用説』の問題点」国際商事法務27巻9号（1999）1134頁。

[25] 並木（俊）・前掲注（5）158頁。

[26] 柏木・前掲注（2）332頁。

[27] 例えば、①行為者は、情報源に内部情報を利用する旨さえに告知すれば、違反ではなくなるのか、②「信認義務」の内容は明らかではない、③にもかかわらず、それが処罰根拠とされているなどの問題点が挙げられている

い[28]。

（3） 多くの理論に内在する信認義務について、アメリカ信託法に法源を持つとされる[29]が、信託行為と証券取引行為（とりわけ、信託行為とインサイダー取引行為）との間に、如何なる類似性を有するのであろうか。以下では、Texas Gulf Sulphur 事件（内部情報が好材料な場合）のような典型的なインサイダー取引行為を念頭に、それらの行為における構造面での比較検証を試みる。

「信託は，財産権を有する者（委託者）が自己または他人（受益者）の利益のために当該財産権を管理者（受託者）に管理させる制度である」[30]。「信託は、受益者のために存在するものであり」[31]、「受託者が受益者に対して負う義務を総称して、信認義務（fiduciary duty）と呼」び[32]、その関係は信認関係（fiduciary relation）[33]という。

（Stephen M. Bainbridge, *Securities Law: Insider Trading,* (New York, 1999), pp.112-118）。

[28] アメリカにおける法理の展開について、品谷篤哉は、「情報平等理論から不正流用理論に至る解釈論の展開は、従前の問題点への対処と新たな問題点の浮上の反復である」（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）141頁）という。

[29] 郭丹青（Donald C. Clarke）．一個并不圓的外国月亮――美国反内幕交易法律制度［J］．洪範評論，2005，第２卷第１輯：232．品谷・前掲注（28）142頁。

[30] 新井誠『信託法』（有斐閣、第２版、2005）２頁。

[31] 大塚正民ほか『現代アメリカ信託法』（有信堂、2002）165頁［樋口範雄］。

[32] 大塚ほか・前掲注（31）139頁［樋口範雄］。

[33] 「信認関係」の概念について、「わが国では安易に用いられる傾向にあるが、英米信託法ではきわめて厳格な狭義に意識される。すなわち、寄託（bailment）、代理（agency）、後見（guardianship）を含む広義の信認関係とは区別され、また、親と子、医者と患者、聖職者と信者など当事者間の法律関係から当然に認められる信任関係（confidential relation）とも異なるきわめて高次の忠実義務を負う関係を意味する」（海原文雄『英米信託法概論』（有信堂、1998）４頁）ものであるとされている。

なぜ、アメリカでは、このように高度な忠実義務が要求されているのかについて、委託者と受託者の関係に着眼しなければならない。アメリカ信託法では、「第三者の利益のための契約は信託ではない」（*Restatement of the Law, Second,*

信託には、二つの類型がある。委託者・受託者・受益者がそれぞれ異なる場合は、他益信託型といい、これと違って、三者のうち、委託者と受益者が同一の場合は、自益信託型という。

合法的な証券取引の構造[34]は、自益信託型をさらに究極化したバージョンにあたる。つまり、投資者がある会社の株式を購入することで（委託）、株主＝主人となり（受託）、さらに、当該会社の利益の一部を受け取る（受益）という構造は、自益信託型と酷似する。このときの特徴は、投資者が委託者であり受託者であり、さらに受益者でもある。投資者の主人的地位（受託者）に関して、実際には、経営参加する機会が極めて少ないかもしれないが、株式会社の法的構造からすれば、ある会社の株式を持っている以上、株主総会を通じた当該会社への経営参加が可能であり、ひいては主人としての地位に付けられる。

典型的なインサイダー取引行為の構造も上記の分析に当てはまるが、問題は、自身のための利得行為が他者に対する信認義務を破壊する点にある。委託者（投資を行うインサイダー＆他の投資者）・受託者（投資を行うインサイダー＆他の投資者＆他の内部者）・受益者（投資を行うインサイダー＆他の投資者）という構図[35]の中に、三者が同時にインサイダーであるという当事者関係

Trusts 2d: as adopted and promulgated, Vol. 1, (The American Law Institute, 1959), p. 46.) と明言されており、そのため、受益者の権利を守るには、受託者に高度な義務要求を課す必要がある。一方、日本では、「信託行為の支配的形態は、わが国では、信託契約である」(四宮和夫『信託法』(有斐閣、新版、1989) 85頁) と観念されている。受益者の権利が契約によって保証されるため、仮に、アメリカ信託法のような高度な義務要求を受託者に課さなくても、受益権が守られる。

34 長期投資の目的で行われる証券取引の場合を念頭に考えて頂きたい。デートレードのような短期投機の場合には、その日その日、あるいはそのときそのときの株価の変動に高度に依存しており、配当を受ける前にすでに当社の株式を転売し、短期間で、株主の地位を放棄している場合が殆どで、信託の構造で分析しにくい。

35 構図の中に、委託者として法人および受託者としての法人ならびに受益者としての法人は存在しない理由について、まず、①委託者の観点から、株式発行して通融資を募ることは法人が自ら投資 (委託) していないことを意味する、したがって、法人は委託者ではない、一方、②受益者の観点から、株式制を採っ

が、インサイダー取引行為によって形成されてしまう。ここには、二通りの信認関係が存在する。その一、受託者としてのインサイダーが他の受益者（他の投資者＝株主）に対して負う信認義務である。すなわち、本来、他の投資者の利益のために行動すべきにもかかわらず、それに背き、まったく利己的に走った（内部情報が悪材料な場合、自ら売り抜けたことで損失の危険から脱出したが、他の投資者を損失の危険に置き去りにしたことになる）。その二、見方によって、受託者としてのインサイダーによる受益者としての自分に対しての信認義務もあり得るが、自分自身に対して信認義務を負うという構図自体は、特に意味をなさない。判例でいう信認義務、すなわち、受託者としてのインサイダー受益者としての法人の関係自体は、実際、信託の構図には存在しない。いわゆるそのような義務は、おそらく、就業規則などによる忠実義務の転用であろう。

第三節　インサイダー取引の法的規制の現状

インサイダーや内部情報および禁止行為などの概念について、明確な規定がなく、それらの定義については、条項や判例理論ないし学説を総合して析出する必要がある。

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

インサイダー取引規制に用いられてきた取引所法10(b)［操作的または欺罔的な手段］や規則10b-5［操作的または欺罔的な手段の使用］には、行為主体について、「如何なる者・何人」（any person）という包括的な概念でしか規定されていない。

ている以上、会社自体が株主のものであるといえるため、法人の利益も株主（受益者）利益である、③そうであれば、受託者としての法人も実在せず、委託者が自分や他の投資者に委託して、受託して、受益している、との結論が導かれる。

(1) 自然人主体として、①取締役などの典型的な会社内部者 (corporate insider)、②証券の発行会社と監査契約を締結している会計士や弁護士などの準内部者 (quasi-insider; temporary insider)[1]、③インサイダーから未公開内部情報の伝達を受けた情報受領者 (tippee)[2]がある。また、④不正流用理論によれば、アウトサイダーであっても、情報源に対する信認義務に違反し、取引に未公開の内部情報を不正に流用した場合、詐欺が構成されることから、未公開内部情報の不正流用者がインサイダー取引の自然人主体に該当することが分かる。

(2) 証券発行会社 (issuer) が株主に対して、信認義務を負っていないことを理由に、法人の行為主体性を否定する判決もあるが、多くの判決・学説またはSECは肯定的である。もし、インサイダー取引行為が行わ

---

[1] Dirks v. SEC, 463 U.S. 646, 655 n.14 (1983).

「会社情報が会社業務のため、合法的に証券引受業者、会計士、弁護士およびコンサルタントに知らされた場合、それらのアウトサイダーが株主の受任者となりうる。信認義務の判断基準が、単純に彼らが未公開の内部情報を得たことではなく、むしろ仕事柄や会社の目的のために情報にアクセスすることによって、彼らが特別な信頼関係に加わったことにある」と、準内部者の主体性を信認義務の観点から肯定している。

[2] *Id.* p.660.

「情報受領者らが株主に対して、インサイダーとしての義務を負わなければならない。それは彼らが内部情報を受け取ったからではなく、内部情報を不適切に入手したためである」と、情報受領者がインサイダー取引の行為主体として、責任が問われることを判示している。

具体的には、内部情報受領者が以下の条件が満たされた場合に責任があるとされている。

Nic Heuer,Les Reese,Winston Sale, "Securities Fraud", in *American Criminal Law Review,* Vol.44, No.2, (2007) , p.987.

「もし、ⅰ) 情報伝達者が持つ会社情報が重要な未公開情報であり、ⅱ) 情報伝達者が情報受領者に情報を公開し、ⅲ) 情報受領者が情報伝達者から未公開情報をもらって、当該会社の株式取引を行い、ⅳ) 情報受領者にして、情報伝達者が当該情報を伝達することが信頼関係に反することを知ったかあるいは知るべきであった、または、ⅴ) 情報伝達者が情報受領者から報酬を受け取ったのであれば、情報受領者に取引所法10(b)が適用され、インサイダー取引の責任を負う」。

れた際、会社の帳簿や口座が介された場合、被代理者である法人（corporate entities）は、代理人であるインサイダーが行った違法な取引について、責任を負うことになる。

もとより、「如何なる者・何人」（any person）という規定上の文言に対する単純な文理解釈からも、法人がインサイダー取引の主体に含まれることが窺える。

第二款　情報等の定義

第一項　内部情報

（1）取引の際、ある情報を反対側の取引相手に開示しないで取引を行うことが、取引相手に対する信認義務の違反であると評価されるような情報は、内部情報となる。内部情報には、秘密性（confidentiality）および重要性（materiality）[3]が必要である。

まず、秘密性とは、当該情報はまだ一般投資者に知られておらず、正式に公開される前の内密性という。秘密性の終了時点について、判例などによれば、公開後一定の時間が経過された時点をいい、内部情報が公開された時点ではない。要するに、公開された直後では、形式的に秘密保持状態が解かれたが、まだ一般投資者に知れ渡っておらず、公開された情報が市場に消化されてから初めて、情報が公開されたと認められる。

次に、重要性について、Mills v. Electric Auto-Lite Co. 連邦最高裁判決（委任状勧誘のケース）では、傍論ではあるが、「material」の意義について、理性的な株主（reasonable shareholder）がした決定には、如何に決定するかの最終段階において、決意するにいたって、疑う余地もなく取り入れるなら、それは重要であると判示され[4]、また、TSC Industries, Inc. v.

---

[3] 「materiality」について、日本では、「重要性」と訳されているのに対し、中国では、「実質性」と訳される場合がある。例えば、[美] 托馬斯・李・哈森（Thomas Lee Hazen）. 証券法 [M]. 張学安等訳. 北京：中国政法大学出版社, 2003がある。

[4] Mills v. Electric Auto-Lite Co., 396 U.S. 375, 384 (1970).

Northway, Inc. 連邦最高裁判決（委任状勧誘のケース）では、もし、最終的に、理性のある株主が如何に決定するかに関して、重要であると考慮する可能性があれば、省略されたその事実は重要である[5]と、重要性の基準が確立された。その後、Basic Inc. v. Levinson 連邦最高裁判決（クラス・アクションのケース）では、もし、理性のある投資者にして、その開示が重要であると考慮したのであろうとする実質的な見込みがあれば、省略されたその事実は重要であり、これが取引所法10(b)および規則10b-5の文脈にも取り入られていることは明らかである[6]と判示され、重要性の認定には、蓋然性[7]があれば足りるとされた。

ところで、重要な情報であるかどうかの判断は、完全に理性的な投資者の主観に委ねられており、アメリカ法では、具体的な条項を列挙する体裁を採っていない（これを「主観基準」と呼ぶことができよう）。

(2) 公開買付における市場情報（market information）については、いわゆる内部情報のカテゴリーに帰属できるとの見方もあるが、実質的には、外部情報にあたる。

第二項　情報公開

公開後でも、一定の時間的経過＝「合理的な待ち期間」（reasonable waiting period）を必要とする見解は、早くも SEC v. Texas Gulf Sulphur Co. 巡回区控訴審判決において示された。判決では、インサイダーにして、情報が散布されたとはいえ、すぐさまに投資行動に移るという早まる機会の利用はしてはならない[8]と判示されたが、情報の消化に必要とされる期間について、明示がなかった。インサイダーとしては、少なくとも、情報公開直後の利用ができず、一定の時間的経過が必要である。

他方、連邦証券法典案の第２号試案（Tentative Draft No.2）[9]1303条(d)項[10]

---

[5] TSC Industries, Inc. v. Northway, Inc., 426 U.S. 438, 439 (1976).

[6] Basic Inc. v. Levinson, 485 U.S. 224, 224 (1988).

[7] 中国では、「可能性」を用いる学者もいる。例えば、顧肖栄. 股票内幕交易認定中若干争議問題 [J]. 政治与法律, 1994, 第２期がある。

[8] SEC v. Texas Gulf Sulphur Co., 401 F.2d 833, 854 (2d Cir.1968).

[9] 第２号試案について、単行本が発行されている。FEDERAL SECURITIES

において、公開に関する「１週間の原則」が立案されていた。要するに、情報が公開された後、「１週間」を経過させることによって、その情報が「一般に知られている」(generally available) 状態に達し、実質的に、市場において消化されたと考えられている（このような公開は「実質的公開」と呼ぶことができよう)。もし、情報を知っているインサイダーは、「１週間以内」において取引を行う必要がある場合、公開された当該情報が、すでに「一般に知られている」こと、すなわち、すでに市場において消化されたことを証明しなければならない。

第三款　禁止行為

インサイダー取引の概念が明らかではないため、行為類型の概念もはっきりせず、いわゆるインサイダー取引のような行為について、取引所法10(b) [操作的または欺罔的な手段] や規則10b-5 [操作的または欺罔的な手段の使

CODE: Tentative Draft No.2. (1973) , The American Law Institute.

[10] Section 1303. [Insider's duty to disclose when trading.]

(d) ["Generally available."] A fact is generally available when (1) it is contained in a filing or is otherwise disclosed by means of a press release or other form of publicity reasonably designed to bring the fact to the attention of the investing public, and (2) one week or any other period that the Commission prescribes by rule has expired since the filing or other disclosure. When these conditions are not satisfied, the burden of proving that a fact is generally available is on the person who so asserts.

第1303条 [取引の際の内部者の開示義務] ：「(d)「一般に知られている」] 次の場合にその事実は一般に知られている．(1)届出書類に当該事実が記載されているか，または新聞発表その他投資大衆の注意を当該事実に向けさせることを合理的に意図した公示形式により，当該事実が開示されているときであって，かつ，(2)当該届出その他の開示以後，１週間もしくは委員会が規則により定める期間が経過しているとき。これらの要件が充たされていない場合には，ある事実が一般に知られていることの立証責任は，それを主張する者が負担する」(証券取引研究会「米国連邦証券法典案の研究［５］――内部者取引（５）――」インベストメント28巻６号（1975）37～38頁 [龍田節報告])。

用］に基づく詐欺行為として捉えられている。

しかし、ここでいう詐欺とは、いったい如何なる行為を指すのだろうか。もとより、コモン・ロー上の詐欺については、開示に対する信頼が要件となっている。しかし、非個性的な証券取引所取引では、行為者がした不実表示（misrepresentation）[11]を直に信頼して取引を行ったという投資者側の証明は極めて難しく、そのため、行為者がした不実表示により歪められた市場価格に対する間接的信頼が証明されれば足りるとされている。理由は、歪められた市場価格に対する信頼が証明されれば、行為者がした不実な表示に信頼したことが推定されるからである。間接的な信頼を生み出す理論は市場における詐欺理論（fraud-on-the-market theory）[12]である。直接的信頼と間接的信頼は構造上以下の差異が見られる。伝統的な規則10b-5に該当する行為における因果のつながりを推理すれば、以下のように辿られる。つまり、ａ）被告が不実表示あるいは省略をし、ｂ）原告がそれ読みまたは聞き、ｃ）そして、その情報に基づいて証券売買の決定をし、ｄ）よって、損害を被る。対照的に、市場における詐欺理論における因果のつながりを推理すれば、このように辿られる。つまり、①被告が不実表示あるいは省略をし、②原告以外の投資者がそれを読みまたは聞き、③そして、その情報に基づいて証券売買の決定をし、

---

[11] 不実表示には、不開示（non-disclosure）が含まれるとされる（黒沼悦郎『アメリカ証券取引法』（弘文堂、第２版、2004）124頁）。

[12] この理論が Basic Inc. v. Levinson, 485 U.S. 224, 224（1988）. 判決で、初めて連邦最高裁に採用された。

学者によって、「市場に対する詐欺理論」とも呼ばれている。例えば、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）、石田眞得「コモン・ローの詐欺における信頼の要素と市場に対する詐欺理論」商事法務、1621号（2002）、梅津昭彦「『市場に対する詐欺理論』における効率的市場要件」商事法務1780号（2006）がある。以下、筆者が執筆する部分は「市場における詐欺理論」を用いる。

その区別について、近藤弘二は、「『市場に対する詐欺』と訳したのは、市場に対する働きかけを重視したからであるが、詐欺の相手方は投資家であるから、一面的たるを免れない。市場を通じての間接的な詐欺の意味で、『市場における詐欺』が適当であろう」（近藤弘二「市場に対する詐欺」江頭憲治郎ほか『八十年代商事法の諸相：鴻常夫先生還暦記念』（有斐閣、1985）380頁）という。

④したがって、証券の市場価格が上下させられる、⑤ここで、原告がこの歪められた価格（distorted price）に基づいて証券売買の決定をし、⑥よって、損害を被る[13]。市場における詐欺理論では、投資者を誤導するような行為は市場における詐欺として評価される。

市場における詐欺理論は、経済学者のEugene F. Famaが立てた効率的資本市場仮説（efficient-capital-market hypothesis、略称ECMH）を基礎としている。いわゆる効率的資本市場とは、効率的に情報処理する市場のことをいう。如何なる時点においても、観察された証券の価格は、その時点で利用可能なすべての情報の正確な（correct）評価に基づいている。効率的な市場では、価格が利用できる情報を十分に反映する（fully reflect）のである[14]。この仮説について、Basic Inc. v. Levinson連邦最高裁判決では、下級審の判決文を引用し、市場における詐欺理論は、公開かつ発達した証券市場では、会社とその経営における利用可能な重要情報が必ず株価に表われるとする仮説を基礎にしている[15]と是認している。

市場における詐欺理論が効率的な市場を基礎としていることにかんがみれば、適用範囲は非効率的な市場まで及ばないと解される。しかし、その線引きは必ずしも容易ではない。例えば、店頭取引の場合、証券取引所取引より効率性が劣るものの、完全な閉鎖した市場ではない。

投資者の間接的信頼の有無について、理性的な投資者が投資決定する際、不実表示や不開示により隠匿されたその情報を重要視するであろう（内部情報の重要性）との推定により認定される。信頼が妥当か否かを決定するすべての要素は以下の通りである。(1)原告の金融および証券業における経験と専門知識、(2)長期の商業あるいは個人的な信頼関係の存在、(3)関連情報へのアクセス、(4)信託関係の存在、(5)詐欺の隠蔽、(6)詐欺を察知する機会、(7)原告は株取引を開始したか、または取引の加速を求め

---

[13] Michael A. Lynn,“ Fraud-on-the-Market: An Emerging Theory of Recovery Under SEC Rule 10b-5”, in *The George Washington Law Review,* Vol.50, No.4, (1982) , p.637 n.54.

[14] Eugene F. Fama, *Foundations of Finance: Portfolio Decisions and Securities Prices,* (New York, 1976) , p.133.

[15] Peil v. Speiser, 806 F.2d 1154, 1160 (3rd Cir. 1986) .

たか、(8)不実開示の一般性または特殊性[16]というものである。

信頼があったことは認定されれば、取引の因果関係も肯定される[17]。被告にとって、因果関係を否定するには、二通りの方法がある。①重要であったことに対して反証をする、または、重要であったにもかかわらず、価格上昇に至らせるほどの十分な数の取引者がいなかったことを証明するか、②各々の原告が、虚偽の表示であったことを認識しながら敢えて購入し、または、知っていたとしても、やはり購入したのであろうことを証明するか[18]、である。

ところで、市場における詐欺理論を採れば、投資者がもとより不実表示を読んでいない場合は問題となる。要するに、連邦証券関係法は、他人に開示義務を負わせ、その開示を信じる投資者らの自己判断に任せるという構図を意図している。このシステムは、それ以上の金銭的救済を許さないように投資者らを見張っている。原告は、被告がした公開を読まずに、したがって、信頼がなくても、ある場合において救済されうるのであれば、誰もが開示された情報に注意しなくなる（Shores v. Sklar 巡回裁判所判決の少数意見）[19]。本判例では、「市場価格に対する信頼」の要件が「市場の健全性（integrity）に対する信頼」に変更され、すなわち、「市場における詐欺理論」の修正適用が行われた。その意図は、「市場の健全性に対する信頼」の本質が、市場の反応に基づく理論ではなく、どちらかというと、一般的公平（general fairness）の議論に基づいており、つまり、仮に誰かが開示された情報を読まなかったとしても、最低限の保護が与えられるべきである[20]とされている。

以上のように、不実表示を原点に発展してきた市場における詐欺理論

---

[16] Zobrist v. Coal-X, Inc., 708 F.2d 1511, 1516 (10th Cir. 1983).

[17] Wilson v. Ruffa & Hanover, P.C., 844 F.2d 81, 86 (2d Cir. 1988).
「取引の因果関係とは、当然、単なる信頼を意味する」。

[18] Blackie v. Barrack, 524 F.2d 891, 906 (9th Cir. 1975).

[19] Shores v. Sklar, 647 F.2d 462, 483 (5th Cir. 1981).
本判決が、発行市場における不実開示のケースである。実際、中間に債券の引受業者が介在していたため、発行市場か流通市場かは微妙な例であった。

[20] Note,“ The Fraud-on-the-Market Theory”, in *Harvard Law Review,* Vol.95, No.5, (1982) , p.1161.

でインサイダー取引を解析すれば、すなわち、本来証券市場に供給されるべき情報がインサイダーの不開示により遮断され、そのため、不完全な情報の下で第三者らによる市場取引が進められた結果、歪んだ市場価格が形成され、このとき、投資者が行った取引は、この歪められた株価に基づいてなされた、ということになる。しかし、この論理では、インサイダーと同じ銘柄の株式を取引した最初の取引相手との間では、いわゆる「歪められた市場価格」に基づく市場における詐欺理論による説明は成り立たない。つまり、不完全な情報の下での第三者らの市場取引がある程度進行した場面ではなく、投資者がインサイダーの最初の取引相手で、参考にした株価がその時点でまだ歪められていない場合、市場における詐欺理論による説明には困難が予想される（発行市場の場合も同様）。可能な弁明としては、①本来証券市場に供給されるべき情報がインサイダーの不開示により遮断され、そのため、本来すべての情報が反映されて形成されるべき真正な市場株価が形成されずに、現状の市場株価のままで投資者の面前に現れるため、投資者が参考にしたその株価が、やはり「歪められた」ものであるといえよう、というものになろう。しかしながら、ⅰ）情報公開の前の段階において、行為者には、当該情報を公開して市場価格に反映させる権限が必ずしも有さず、また、ⅱ）効率的な市場において、未公開情報を株価に反映させるべき時点といえば、公開時にほかならず、公開前に行為者に当該情報を公開させ、市場に反映させることは、「効率的資本市場仮説」の論理に適合するかもしれないが、公開の時期を決定した当該会社の決議に反する。②あるいは、「市場の健全性に対する信頼」という修正適用が考えられよう。

上記の理論を踏まえ、不正流用理論に基づき禁止行為類型を析出すれば、以下のようなものとなろう。

証券の発行または取引において、重要な未公開情報の情報源に対して信認義務を負う者が、当該重要な未公開情報を保有認知している場合、それが公開されてから十分に市場に消化されるまで、それに基づく取引をしてはならない。違反は詐欺を構成する。

第四款　小括

(1) 行為主体の範囲は、正当な理由をもって重要な未公開情報を知った者はもちろん、不正に重要な未公開情報を得た者も含まれる。それらの者が発行者との間に信認義務がなくてもよい。実質的には、インサイダーでもアウトサイダーでも構わない。

情報は、内部情報か外部情報かを問わず対象となり、それらの情報が如何なるものを指しているかに関して、具体的な列挙はない。情報に秘密性と重要性があれば認められる。重要性の判断について、理性的な投資者の主観が基準である。

情報の公開制度に関して、一定の時間的制約を置くことによって、一般投資者との間における情報上の不平等の是正が図られるが、実務では、制約期間が一様ではない。

インサイダー取引行為を詐欺行為として捉えられているが、市場における詐欺理論や効率的資本市場仮説による内実の解明は必ずしもうまくいかない。

(2) ところで、規則10b-5［操作的または欺罔的な手段の使用］がインサイダー取引行為に適用されているが、本条の要素（例えば、欺く、信頼、意図）が、不実表示およびそれと類似する詐欺の訴訟を満足させることに適するものであって、いずれ不実表示や不公開と関係を持ち、それらを支えるものである。一般大衆に秘したことは判断を誤らせることを意味せず、そのような適用は妥当ではない。開かれた市場におけるインサイダー取引の欺罔（deceptive）が、不公平と対立する（opposed to unfair）のだろうか。インサイダーが自己の主要な義務として素直に取引を自制しても、やはりその他の者が当該取引を行っていたのであろうと推定できる。公正を基礎とする理論に対する広範な禁止と厳密な制定法の構造との間の符合しない産物として、インサイダー取引を規制する法律の中には多くの不一致の考え方があり、したがって、常に議論をしなければならない[21]。このように、規則10b-5［操作的または欺罔的な手段の使用］の本来の適用場面とインサイダー取引が整合しないことが指摘されている。

[21] James D. Cox, Robert W. Hillman, Donald C. Langevoort, *Securities Regulation: Cases and Materials,* 5th ed, (New York, 2006) , p.880.

第四節　インサイダー取引の制裁体系

典型的なインサイダー取引の規制では、もっともパワフルな一般規定は、いうまでもなく規則10b-5［操作的または欺罔的な手段の使用］（現在、規則10b5-1・規則10b5-2）である。本条は、インサイダー取引という特定な行為類型を対象とした独自な規定ではなく、州際間における不公正な証券取引を禁ずるものである。インサイダー取引を取り巻く民事規制・行政規制・刑事規制が共通する法理に基づいており、いずれの規制の発動においても、まず詐欺的行為に該当する必要がある。

ところで、公開買付に係わるChiarella v. United States連邦最高裁判決[1]では、対象会社に対する信認義務という要件が満たされていなかったため、「開示または取引断念義務」の適用が不調に終わり、結局、Chiarellaの取引行為について、何も打つ手はなかった。企業買収に絡むインサイダー取引の問題に対処するために、取引所法14(e)[2]により与えられた権限に基づき、SECは1980年9月12日に、公開買付における詐欺的、欺瞞的などの策略を用いることを規制対象とする規則14e-3を新設し、本条a項[3]に規定を設けた。すなわち、典型的なインサイダー取引の場合と公開買付に係わるインサイダー取引の場合が区別されて、個別の規定が設けられたわけである。

本条は、行為者の身分を問わず、情報の源および不開示に重点が置かれている[4]。

第一款　民事規制

（1）非個性的という特質を持つ証券取引所取引におけるインサイダー取引に対する損害賠償請求が容易ではなく、相対取引の場合に機能して

---

[1] Chiarella v. United States, 445 U.S. 222 (1980).
[2] 前掲【本章第二節】注（12）。
[3] 前掲【本章第二節】注（13）。
[4] 郭丹青（Donald C. Clarke）．一個并不圓的外国月亮 —— 美国反内幕交易法律制度［J］．洪範評論，2005，第2卷第1輯：229.

いったコモン・ローの法理の限界[5]も明らかになっている。そうした状況でも、インサイダー取引に対する私訴権の有無について、連邦最高裁によって判示[6]されるまで、すでに実務において是認されていた。

規則10b-5［操作的または欺罔的な手段の使用］が救済にも広く用いられており[7]、本条による主張について、原告は、(2)誰が、(5)どの証券の、(4)売買、(3)に関して、(1)詐欺あるいは欺瞞をしたか、とする五つの主な要素を立証しなければならない。さらに、本条がその母体となった条項と同様、欺瞞あるいは詐欺が求められ、コモン・ローにおける詐欺的要素、例えば、重要性、信頼、因果関係および損害、といったものが求められる必然の構成要素になっている[8]。

因果関係について、多くの裁判所では、因果関係を取引の因果関係（transaction causation）と損害の因果関係（loss causation）に分けられている。取引の因果関係について、もしこのような違法な事柄によらなければ、この取引が発生しなかった（少なくとも、そのような形で発生しなかった）ことを証明する必要があり、一方、損害の因果関係について、原告の損失と当該取引との間における因果的結び付きを証明する必要があるとされてい

---

[5] 参考できる日本語の文献として、以下のものがある。島袋鉄男「アメリカにおける内部者取引規制の法理 —— 内部者の民事責任を中心として ——（一）」琉大法學21号（1977）74～75頁は、「内部者取引が不法行為法上の詐欺の問題とされた点では、実際に相手方が内部者の民事責任を追及していく際には、詐欺訴権の要件を立証しなければならないという問題があった。詐欺訴権の要件については、コモン・ローにおいても新しい事態に対処するための法理の発展がみられたが、証券取引、なかでも、証券取引所における取引のような非個性的取引における内部者取引について、詐欺訴権の要件をすべて立証することは困難であり、ここにも、コモン・ロー上の法理の限界が存在した。結局、コモン・ロー上の法理は、内部者と相手方との当事者関係（privity）が明確であるいわゆる相対取引の場合には、内部者取引を規制するものとして有効に機能しえたが、集団的、非個性的性質のゆえに当事者関係の確定が困難な取引所取引の場合には適用されないという欠陥を有する」とする。

[6] Ernst & Ernst v. Hochfelder, 425 U.S. 185 (1976).

[7] Thomas Lee Hazen, *The Law of Securities Regulation,* 5th ed, (St. Paul, Minn. 2005), p.468.

[8] *Id.* p.469.

る[9]。規則10b-5（ないし取引所法10(b)）に基づく損害賠償請求では、取引の因果関係について、前述市場における詐欺理論における信頼の推定というプロセスで立証することができる。

ところで、Insider Trading and Securities Fraud Enforcement Act of 1988が立法されたことによって、証券取引所法に第20A条［インサイダー取引における同時期のトレーダーの責任］が新設され、原告にしては、インサイダーと同時期に取引を行ったことが立証できれば、インサイダーに賠償責任を負わせることができる。すなわち、本条が取引の因果関係および損害の因果関係を不要にし、ダイレクトに同時期のインサイダーの賠償責任を認めている。

他方、同時取引説が原告適格者の選定にも役立つ。が、いわゆる「同時期の取引者」に関する定義がないため、その判断が裁判所に委ねられているのが現状である。実際のところ、インサイダーと反対の取引を同時期に行った者であれば、誰でも原告になりうる。

取引所法20A［インサイダー取引における同時期のトレーダーの責任］

(a)　［同時期の取引に基づく私訴権］：何人も、重要かつ未公開の情報を保有して証券の購入あるいは売却を行うことにより、本編の規定や規則・レギュレーションに違反した場合、管轄権が及ぶ裁判所において提起された訴訟について、その違法とされる証券取引と同時に、同種の証券を購入（当該違反が証券の売却に基づく場合）または売却（当該違反が証券の購入に基づく場合）した者に対して、責任を負わなければならない。

(b)　［責任の制限］

(1)　［得られた利益または回避された損失に限定される同時期取引の訴訟］：(a)項に基づいて請求れる賠償の総額は、違反とされた取引により得られた利益または回避された損失の総額を超えてはならない。

(2)　［吐き出しによる責任の相殺］：(a)項に基づいて請求される賠償の総額は、本法21(d)に違反するとしてSECが提起した訴訟で、

[9] *Id.* p.471.

裁判所が吐き出しを命じた場合、その吐き出し額が減額される。

(3) ［支配的地位にある者の責任］：何人も、本条に基づく責任を負うべき者を雇用しているという理由のみで、その責任を負わせることができない。但し、支配的地位にある者の責任については、本法20(a)の規定が適用される。

(4) ［出訴期限］：違反とされた最後の取引日から5年が経過すれば、本条による提訴ができない。

(c) ［伝達行為による連帯責任］：何人も、重要かつ未公開の情報を伝達することにより、本編の規定や規則・レギュレーションに違反した場合、本条(a)に基づく責任を負う者と連帯して、同等程度の責任を負わなければならない。

(d) ［他の明示若しくは黙示の訴権を制限しない権限］：本条の定める要件または本条の規定に基づく黙示の私訴権を主張する訴訟を提起する権利について、本条の規定に基づく私訴権を制限若しくはこれに条件をつけるように解釈されてはならない。

(e) ［公訴に影響しない諸規定］：本条を、SEC若しくは司法長官が本編の規定に基づいて訴訟を提起することについて、如何なる方法による禁止または制限することができると解釈されてはならない。また、制裁金の徴収若しくは制裁金に関する他の命令を求める訴訟について、如何なる方法による禁止または制限をしてはならない[10]。

---

[10] 本条の翻訳は、栗山修「米国連邦私的証券詐欺訴訟をめぐる最近の動向(1)」神戸外大論集53巻4号（2002）59～60頁の邦訳を参考にした。

Section 20A -- Liability to Contemporaneous Traders for Insider Trading

a. Private rights of action based on contemporaneous trading

Any person who violates any provision of this title or the rules or regulations thereunder by purchasing or selling a security while in possession of material, nonpublic information shall be liable in an action in any court of competent jurisdiction to any person who, contemporaneously with the purchase or sale of securities that is the subject of such violation, has purchased (where such violation is based on a sale of securities) or sold (where such violation is based on a purchase of secur-

ities) securities of the same class.

b. Limitations on liability

1. Contemporaneous trading actions limited to profit gained or loss avoided

The total amount of damages imposed under subsection (a) of this section shall not exceed the profit gained or loss avoided in the transaction or transactions that are the subject of the violation.

2. Offsetting disgorgements against liability

The total amount of damages imposed against any person under subsection (a) of this section shall be diminished by the amounts, if any, that such person may be required to disgorge, pursuant to a court order obtained at the instance of the Commission, in a proceeding brought under section 21(d) relating to the same transaction or transactions.

3. Controlling person liability

No person shall be liable under this section solely by reason of employing another person who is liable under this section, but the liability of a controlling person under this section shall be subject to section 20(a).

4. Statute of limitations

No action may be brought under this section more than 5 years after the date of the last transaction that is the subject of the violation.

c. Joint and several liability for communicating

Any person who violates any provision of this title or the rules or regulations thereunder by communicating material, nonpublic information shall be jointly and severally liable under subsection (a) of this section with, and to the same extent as, any person or persons liable under subsection (a) of this section to whom the communication was directed.

d. Authority not to restrict other express or implied rights of action

Nothing in this section shall be construed to limit or condition the right of any person to bring an action to enforce a requirement of this title or the availability of any cause of action implied from a provision of this title.

e. Provisions not to affect public prosecutions

This section shall not be construed to bar or limit in any manner any action by the Commission or the Attorney General under any other provision of this title, nor shall it bar or limit in any manner any action to recover penalties, or to seek any other order regarding penalties.

(2) 取引所法20A では、インサイダーの取引に応募した同時期の者の私訴権（同条(a)）を認め、5年の時効内（同条(b)(4)）に、違法取引により得られた利益または回避された損失の額を限度額とする損害賠償請求（同条(b)(1)）ができる。

懲罰的損害賠償（punitive damages）の適用が否定されている（取引所法20A(b)(1)）から、被害者にとって、損害額以上の賠償金が望めない。そればかりか、賠償の総額から、SEC による吐き出しの分も控除される（取引所法20A(b)(2)）ため、必ずしも損害額いっぱいの賠償金が私訴で得ることができない。けれども、付随的救済命令（行政規制）により吐き出される不法な利得が被害者に返還されることになっていることを考えれば、被害者にして損害回復の達成には、特に問題がない。したがって、損害賠償の総額から吐き出しの額を控除することに関しては、特に異論を差し挟む余地がないように思われる。もし、吐き出しにより返還された額が、被害者の損害額とさほど変わらないなら、あるいは被害者にとって満足できる額なら、損害賠償請求を提起することの実質的な意味は、訴訟経済の観点からすれば、殆どないように思われる。

(3) 取引所法20A では、インサイダー取引における同時期のトレーダーの民事責任が明確に規定された。必然的に、こうした明示の私訴権が規則10b-5ないし取引所法10(b)に基づく黙示の私訴権と競合する。この問題について、判例が分かれた。

その一、両者の選択適用を判示した例として、T. Rowe Price New Horizons Fund, Inc. v. Preletz 地裁判決がある。すなわち、積み重ねてきた連邦証券諸法の下での救済は排他的（exclusive）なものではなく、原告にしては、規則10b-5または取引所法20A を選択することができる。そのうえ、取引所法20A と規則10b-5の間の相互関係について、裁判所は原告に対し選択を強制することができないという[11]。他の根拠として、取引所法20A(d)も挙げられる。本項では、他の明示若しくは黙示の私訴権を制限しないと明確に規定されており、取引所法20A のみを根拠とし、他の法源に基づく私訴権の適用を排除するような解釈ができない。要す

[11] T. Rowe Price New Horizons Fund, Inc. v. Preletz, 749 F.Supp. 705, 709 (D.Md. 1990).

るに、原告に選択の余地を残したのである。しかし一方、規則10b-5・取引所法10(b)には、同様な規定がない。

その二、両者の重複適用を示した例として、Alfus v. Pyramid Technology Corp. 地裁判決がある。本判決では、傍論ではあるが、取引所法20Aは、すでに存在する救済方法に先んずる（preempt preexisting）ものではないと判示された[12]。また、Neubronner v. Milken およびIn re Worlds of Wonder Securities Litigation 両巡回区控訴審判決においても、同じく傍論で、取引所法20Aは、明らかに既存の救済方法に先んずるものではなく、黙示の私訴が制定法に基づいて利用できることに含まれると判示され[13]、さらに、インサイダーと同時期に取引をした者は、取引所法10(b)に基づくインサイダー取引訴訟の私的権利を有すると判示された[14]。

以上のように、私訴権の選択適用若しくは重複適用のいずれも可能であるが、実務上、取引所法20Aを選択したほうが便宜であろう。

ところで、取引所法10(b)や規則10b-5を根拠とする証券詐欺訴訟が頻発し、濫訴の弊害は著しく、特にクラス・アクションは、巨大企業ではない被告企業を和解に強いられている。こうした状況に対して、連邦議会は次第に原告に有利な法適用を制限するような立法を始めた。最近の統計では、2005年に証券詐欺に対して提起されたクラス・アクションの件数は176件、2004年（213件）を17パーセントあまり下回った。この数字は、1996年から2004年の間に提起された過去の平均数（195件）と比べても、10パーセント近く下回るものであった[15]。

(4)　他方、インサイダー取引行為のほか、重要な未公開情報を伝達することにより、証券取引所法を違反した者について、インサイダー取引を行った者に連帯して責任を負う（取引所法20A(c)）。

---

[12] Alfus v. Pyramid Technology Corp., 745 F.Supp. 1511, 1522 (N.D.Cal. 1990).

[13] Neubronner v. Milken, 6 F.3d 666, 669 n.5 (9th Cir. 1993).

[14] In re Worlds of Wonder Securities Litigation, 35 F.3d 1407, 1427 (9th Cir. 1994).

[15] Securities Regulation & law Report, Vol.38, No.2, (2006), p.56.

第二款　行政規制

SECには、立法の権限が付与されており、それに基づく立法が、証券行政の重要な部分を構成している。SECが独立で行える行政制裁として、民事制裁金がもっとも注目される。

第一項　ＳＥＣ

1934年、(証券取引所法により) 公正な証券取引の維持および投資家の保護を任務とする監督機関であるSECが政府の独立機関として創設されるまでは、連邦取引委員会 (Federal Trade Commission、略称FTC) が証券法 (1933) の運用などを担っていた。

SECの活動について、①与えられた権限に基づく規則の制定と、②連邦証券法規などの法執行に大別することができる。特に、②について、SECが中心的に行われている。

SECは、当初から行為者を罰するより、業界の意識向上や企業の内部的コントロールなどによる未然の阻止に、期待を寄せていた。しかし、1980年代に入ると、ウォール街を舞台とする大型不祥事 (例えば、1986年のIvan Boesky事件、1988年のMichael Milken事件) などが相継いで起こり、アメリカ証券市場を大きく震撼させた。それを契機に、SECが特にインサイダー取引に関する規制について、執行可能な各種措置を見直し、厳重な制裁に方針を転換した。

現在、SECがアメリカ合衆国大統領直属の機関として、3871人[16]の人員をも有するFBI並みの強力な機関となっている。インサイダー取引に対して、SECが強力な執行手段を持っている。例えば、委員会が司法の場において、役員・取締役などに対し、差止命令や吐き出しのような救済措置、または民事制裁金を請求することができ、必要に応じて、さらに民事や刑事訴訟を起こすこともできる[17]。一般的には、SECの調

[16] 2005年の統計である。

[17] William K.S. Wang, Marc I. Steinberg, *Insider Trading,* 2nd ed, Vol.2, (New York, 2006) , p.7-2.

査結果に基づいて、司法省の弁護士による刑事訴追が開始することになるが、裁判所には、SEC に対して潜在的違反行為を調査することを強制する権限を持たない[18]。

第二項　行政制裁

(1) SEC によるインサイダー取引に対する取締の手段として、連邦地方裁判所に対して、差止命令（injunction）と、それに付随する付随的救済命令（ancillary relief）[19]の申立てがある。付随的救済命令により、インサイダーに不法利得の吐き出し（disgorgement）を行わせ、それを裁判所の監督の下で、被害者に分配される。

そのほか、インサイダー取引を対象とする民事制裁金（civil penalty）[20]として、取引所法21A［インサイダー取引に対する民事制裁金］（以下「取引所法21A」という）が1984年に導入された。その後、Securities Enforcement Remedies and Penny Stock Reform Act of 1990 により、課徴金の対象がすべての証券違反行為まで拡大された。

取引所法21A［インサイダー取引に対する民事制裁金］

(a)　［民事制裁金に処する権限］

---

[18] Nic Heuer,Les Reese,Winston Sale, “Securities Fraud”, in *American Criminal Law Review,* Vol.44, No.2, (2007) , p.1005.

[19] 付随的救済命令が、主に違反の矯正と再発防止、被害者救済を可能にするために行われる被告の財政状態の維持と被害の回復のために行われるものである。

[20] 民事制裁金（civil penalty）には、字義通りの意味を有せず、実質的な行政罰である。英米法辞典によれば、「民事罰；制裁金；過料□法違反に対し国・州などが課する金銭的制裁で,刑罰的な意味をもたないもの」(田中英夫ほか『英米法辞典』（東京大学出版会、1993）147頁）と定義されている。したがって、本稿では「行政制裁」として位置づける。

他方、民事制裁金の呼び名について、行政法学者が「民事罰」（宇賀克也「SEC による執行法の改革 —— 1990年法改正を中心として ——」ジュリスト990号（1991））と呼んだり、刑法学者が「民事罰金」（佐伯仁志「経済犯罪における重罰化の動向」アメリカ法1998-2（1998））と呼んだりするが、以下、筆者が執筆する部分は「民事制裁金」を用いる。

(1) ［承認されたSECの司法行動］：時期を問わず、何人も、全国的な証券取引施設において、または当該施設を通じて、ブローカー若しくはディーラーと、またはブローカー若しくはディーラーを通じて、重要かつ未公開の情報と関連する購入あるいは売却（Gramm-Leach-Bliley法206B条の定義と同様）することにより、本編またはその規則若しくは条例に違反し、あるいはそのような情報を伝達することによる如何なる違反について、SECによって認定され、かつ上記の各取引行為が証券の発行人による公募の一部ではない場合、

(A) 連邦地方裁判所において、上記違反者に対する民事制裁金の賦課を求めることができ、かつ連邦地方裁判所は民事制裁金を賦課する権限を有する。

(B) 連邦地方裁判所において、本条b(1)の下で、上記違反者を直接または間接的に支配する者に対する民事制裁金の賦課を求めることができ、かつ連邦地方裁判所は民事制裁金を賦課する権限を有する。

(2) ［違反者に対する制裁金額］：上記違反者に課する制裁金の額は、裁判所によりその事実および状況を斟酌して決定される。但し、その額は違法な購入または売却により得られた利益または回避された損失の額の3倍を超えてはならない。

(3) ［支配的地位にある者に対する制裁金額］：上記違反行為時に、直接または間接的に上記違反者を支配する者に対する課徴金は、裁判所によりその事実および状況を斟酌して決定される。但し、その額は100万ドル若しくは違反者の違法行為により支配的地位にある者にもたらされた利益または回避された損失の額の3倍を超えてはならない。違反者の違反行為が伝達による場合、本項の目的に照らす限り、その違反行為により得られた利益または回避された損失は、当該違反者の当該伝達行為によりその対象者にもたらされた利益または回避された損失に限定される。

［b項・c項を省略する］

(d)［徴収手続き］

(1) ［国庫納付］：本条により課された民事制裁金は（本条e項を除き）

国庫に納め、Sarbanes-Oxley 法 (2002) 308条の場合は除外する。

(2)　［追納］：民事制裁金が課された者は、裁判所の命令書に記載された期日までに納付しなかった場合、SEC が司法長官に当該事実を通知し、司法長官により、適切な地方裁判所に当該民事制裁金の追納を提起する。

(3)　［非排他的救済］：本条により承認された訴訟は、SEC または司法長官が訴追権を有するその他の訴訟に付加して行使することができる。

(4)　［裁判管轄権および裁判地］：本編第27条の目的に照らし、本条の訴訟は本条により生じた責任若しくは義務の履行を求めるための訴訟でなければならない。

(5)　［出訴権限］：購入または売却した日から5年を経過した場合、本条による提訴ができない。本条は、本条の他の規定の下で SEC または司法長官により行われる訴訟を如何なる方法によることを問わず阻止、若しくは制限するものであると解釈されてはならない。さらに、その取引を行ってから5年以内に提起された訴訟により課された民事制裁金の納付を求める訴訟若しくは民事制裁金に関する他の命令を求める訴訟を、如何なる方法による阻止若しくは制限をしてはならない[21]。

［e項・f項・g項を省略する］

---

[21] 本条の翻訳は、岸田雅雄「米国の内部者取引及び証券詐欺規制法」商事法務1170号（1989）23～24頁の邦訳を参考にした。

Section 21A -- Civil Penalties for Insider Trading

a. Authority to impose civil penalties

1. Judicial actions by Commission authorized

Whenever it shall appear to the Commission that any person has violated any provision of this title or the rules or regulations thereunder by purchasing or selling a security or security-based swap agreement (as defined in section 206B of the Gramm-Leach-Bliley Act) while in possession of material, nonpublic information in, or has violated any such provision by communicating such information in connection with, a transaction on or through the facilities of a nation-

al securities exchange or from or through a broker or dealer, and which is not part of a public offering by an issuer of securities other than standardized options or security futures products, the Commission

A. may bring an action in a United States district court to seek, and the court shall have jurisdiction to impose, a civil penalty to be paid by the person who committed such violation; and

B. may, subject to subsection (b)(1) of this section, bring an action in a United States district court to seek, and the court shall have jurisdiction to impose, a civil penalty to be paid by a person who, at the time of the violation, directly or indirectly controlled the person who committed such violation.

2. Amount of penalty for person who committed violation

The amount of the penalty which may be imposed on the person who committed such violation shall be determined by the court in light of the facts and circumstances, but shall not exceed three times the profit gained or loss avoided as a result of such unlawful purchase, sale, or communication.

3. Amount of penalty for controlling person

The amount of the penalty which may be imposed on any person who, at the time of the violation, directly or indirectly controlled the person who committed such violation, shall be determined by the court in light of the facts and circumstances, but shall not exceed the greater of $1,000,000, or three times the amount of the profit gained or loss avoided as a result of such controlled person's violation. If such controlled person's violation was a violation by communication, the profit gained or loss avoided as a result of the violation shall, for purposes of this paragraph only, be deemed to be limited to the profit gained or loss avoided by the person or persons to whom the controlled person directed such communication.

[b項・c項を省略する]

d. Procedures for collection

1. Payment of penalty to Treasury

A penalty imposed under this section shall (subject to subsection (e) of this section) be payable into the Treasury of the United States, except as otherwise provided in section 308 of the Sarbanes-Oxley Act of 2002.

2. Collection of penalties

SECが取引所法21Aに基づき、インサイダー取引の行為者（同条(a)(2)）およびその者を支配する立場にある者（同条(a)(3)）に対し、違反行為により得られた利益または回避された損失の額の3倍を超えない範囲の民事制裁金を、連邦地方裁判所に求める訴訟を提起できる。賦課される民事制裁金が国庫（財務省）に納め（同条(d)(1)）、未納を追納する（同条(d)(2)）。

このように、民事制裁金が紛れもなくSECの強権ぶりを象徴しており、「吐き出し」に加えて請求される点を考えれば、行為者が多額の負担に強いられることは必至である。

(2)　一方、民事制裁金（civil penalty）につき、5年の時効が設けられているのに対し（取引所法21A(d)(5)）、違反行為の差止命令（injunction）に付随してなされる不法利得の吐き出しなどの付随的救済に関する時効はない。

If a person upon whom such a penalty is imposed shall fail to pay such penalty within the time prescribed in the court's order, the Commission may refer the matter to the Attorney General who shall recover such penalty by action in the appropriate United States district court.

3. Remedy not exclusive
The actions authorized by this section may be brought in addition to any other actions that the Commission or the Attorney General are entitled to bring.

4. Jurisdiction and venue
For purposes of section 27, actions under this section shall be actions to enforce a liability or a duty created by this title.

5. Statute of limitations
No action may be brought under this section more than 5 years after the date of the purchase or sale. This section shall not be construed to bar or limit in any manner any action by the Commission or the Attorney General under any other provision of this title, nor shall it bar or limit in any manner any action to recover penalties, or to seek any other order regarding penalties, imposed in an action commenced within 5 years of such transaction.

[e項・f項・g項を省略する]

この問題について、SEC v. Willis およびSEC v. O'Hagan 両地裁判決では、インサイダー取引を規制する諸法に違反する行為に対する差止命令について、出訴期限が特にない。時効規定の欠缺に関して、最終的に、ずっと以前に被告のした違反行為についても、裁判所の考えでは、救済の要請が認められる[22]と判示されたほか、多くの裁判所は、SEC が差止命令の救済を提訴しようとするときには、時間的制限がないとしている[23]と判示されている。また、SEC v. Rind 巡回区控訴審判決[24]でも、付随救済の提訴に出訴期限がないと判示され、それについて、証券諸法の法執行における吐き出しの重要性に関して、裁判所は、たとえ吐き出された利得が常に被害者に分配されても、吐き出しの提訴がやはり公共利益を守ることに繋がっていると考えているとされている[25]。

したがって、SEC が行う法執行に関する出訴期限の有無について、裁判所はまず、この提訴が差止救済の訴訟（付随救済が含む）か、それとも民事制裁金の訴訟かを判定しなければならない[26]。

第三款　刑事規制

(1)　インサイダー取引に対する刑事規制は、証券諸法に基づかれるのが一般的であるが、便宜上、他の法源による場合もある。例えば、Carpenter v. United States 連邦最高裁判決[27]では、Winans が取引所法10(b)［操作的または欺罔的な手段］および規則10b-5［操作的または欺罔的な手段の使用］のほかに、郵便詐欺法（Mail Fraud Statute）1341条[28]および通信詐欺法（Wire Fraud Statute）1343条[29]にも違反したとして起訴され、連邦最高裁で

---

[22] SEC v. Willis, 777 F.Supp. 1165, 1174 (S.D.N.Y. 1991).

[23] SEC v. O'Hagan, 793 F.Supp. 218, 220 (D.Minn. 1992).

[24] SEC v. Rind, 991 F.2d 1486 (9th Cir. 1993).

[25] *Supla* note 17, p.7-108.

[26] Thomas Lee Hazen, *The Law of Securities Regulation,* 4th ed, (St. Paul, Minn. 2002), p.871.

[27] Carpenter v. United States, 484 U.S. 19 (1987).

[28] 当時の条文について、参考資料を参照されたい。

[29] 当時の条文について、参考資料を参照されたい。

は、証券諸法の適用について、4対4の割合で法廷意見が分かれたが、郵便詐欺法および通信詐欺法の適用が認められ、満場一致で有罪となった。

現在、インサイダー取引に対する刑事規制について、2000年8月24日にSECによって新設された重要な未公開情報「に基づく取引」(trading "on the basis of")について定義する規則10b5-1[30]、および不正流用理論に基づくケースにおける受託者責任若しくは守秘義務を負う場合について定義する規則10b5-2[31]が用いられ、取引所法32(a)の罰則規定に基づく刑罰が科されている[32]。

> 取引所法32条［罰則］a項［故意な違反、虚偽および誤導的な不実開示］：違反することが違法とされ、または、本編に定める条件に基づき、遵守が要求されている本編または本編に基づく規則（第30A条を除き）に故意に違反した者、または本編若しくは本編に基づく規則または本編第15B(d)に定める登録届出書に付された保証書に基づき、あるいは自主規制機関の会員権を持ち若しくはそれに参加し、またはその会員と提携関係を持つ者となるための申請に関して、当該機関により届け出ることが要請される申請書、報告書または文書中の記載について、重要な事実に関し虚偽または誤解を生じさせるものを故意にかつ悪意で作成しまたは作成させた者については、**有罪の決定により、500万ドル以下の罰金、若しくは20年以下の禁固に処し、またはこれを併科する。但し、その者が自然人以外の者である場合には、2500万ドル以下の罰金を科することができる。**また如何なる者も、規則を知らなかったことを立証したときは、当該規則に違反したことによって本条に定める禁固に処せられることはない（ゴシックは筆者）[33]。

---

[30] 本条について、参考資料を参照されたい。

[31] 本条について、参考資料を参照されたい。

[32] 他方、証券法（1933）にも、罰則規定としての第24条［罰則］があるが、殆ど使われていない模様である。本条について、参考資料を参照されたい。

[33] 本条の翻訳は、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）33～34頁の邦訳を参考に

インサイダー取引に対する刑事罰は、1998年の改正により２倍前後に引き上げられ、さらに2002年に、自然人に対する「５年から10年」の懲役刑を「20年以下」に、「100万ドル以下」の罰金刑を「500万ドル以下」に、法人に対する「50万から250万ドル」の罰金刑を「2500万ドル以下」に、大幅に引き上げられた。

本項によれば、所定する違法行為には、行為者が「故意な違反」(willfully violates) したことが必要とされ、故意犯でない者については、適用除外となる[34]。しかし、本項でいう「違反の故意」が「詐欺の故意」

した。

Section 32 — Penalties

a. Willful violations; false and misleading statements

Any person who willfully violates any provision of this title (other than section 30A), or any rule or regulation thereunder the violation of which is made unlawful or the observance of which is required under the terms of this title, or any person who willfully and knowingly makes, or causes to be made, any statement in any application, report, or document required to be filed under this title or any rule or regulation thereunder or any undertaking contained in a registration statement as provided in subsection (d) of section 15, or by any self-regulatory organization in connection with an application for membership or participation therein or to become associated with a member thereof, which statement was false or misleading with respect to any material fact, shall upon conviction be fined not more than $5,000,000, or imprisoned not more than 20 years, or both, except that when such person is a person other than a natural person, a fine not exceeding $25,000,000 may be imposed; but no person shall be subject to imprisonment under this section for the violation of any rule or regulation if he proves that he had no knowledge of such rule or regulation.

[34] これについて、黒沼悦郎は、「取引所法32条は、いかなる者も規則またはレギュレーションを知らなかったことを立証したときは、禁固刑に処せられることはないと定めている。取引所法に基づく規則・レギュレーションには、投資者を保護するというよりも公益目的のために業者を規制するものが含まれており、被害者なき犯罪を重く処罰すべきでないとの考えによるものである」(黒沼悦郎『アメリカ証券取引法』(弘文堂、第２版、2004) 236頁) と分析してい

として見て良いのかについて、明らかではない。他方、刑事訴訟に求められる「故意」と民事訴訟に求められる「意思」との間に、はっきりした区別がないともいわれている[35]。

(2)　ところで、インサイダー取引を行うにあたり、予め知った未公開の重要情報の利用について、連邦最高裁にしても一貫していなかった。Dirks v. SEC 連邦最高裁判決では、「重要な未公開情報による取引」(trading on material nonpublic information)[36]の表現を用いられたが、United States v. O'Hagan 連邦最高裁判決では、「重要な未公開情報に基づく取引」(trading on the basis of material nonpublic information)[37]の表現に変更された。

その後、新設された規則10b5-1では、「重要な未公開情報に基づく取引」(trading "on the basis of" material nonpublic information)と明記されているが、「基づいていた」か否かの認定は、情報の使用基準ではなく、保有認知基準による。保有認知基準とは、取引の意思決定を行う際に、予め知った未公開内部情報を意識(aware)することをいう。この基準を採ることで、当該情報を使用して取引を行ったという行為者の主観を立証することより、取引時点では、当該情報を知っていたという行為者が置かれた客観的状況に対する立証のほうが格段に容易になる。

下級審でも、判断が分かれていた。United States v. Teicher 巡回区控訴審判決[38]では、「保有認知基準」("knowing possession" standard)が採用されたのに対し、SEC v. Adler 巡回区控訴審判決[39]および United States v. Smith 巡回区控訴審判決[40]では、「使用基準」("use" test)が採用された。こうしたダブル・スタンダードについて、保有認知基準が公序良俗の目

る。しかし、法規定を知らずに行った過失行為には、損害を被る者が存在しないとも限らず、故意犯でない者を適用除外とした根本的理由は、過失による詐欺の構成が困難であるからではないかと思われる。

35 Anish Vashista,David R. Johnson,Muhtashem S. Choudhury, "Securities Fraud", in *American Criminal Law Review,* Vol.42, No.2, (2005) , p.887.

36 Dirks v. SEC, 463 U.S. 646, 654 (1983).

37 United States v. O'Hagan, 521 U.S. 642, 651-652 (1997).

38 United States v. Teicher, 987 F.2d 112 (2d Cir. 1993).

39 SEC v. Adler, 137 F.3d 1325 (11th Cir. 1998).

40 United States v. Smith, 155 F.3d 1051 (9th Cir. 1998).

的に適うけれども、使用基準のほうがもっと取引所法10(b)の文脈構造に適合する（consistent）であろう[41]とされながらも、2000年にSECが高度な立証が必要される使用基準を退け、それより容易に立証できる保有認知基準を採用し、規則10b5-1に規定した。

（3） 一方、未公開情報の伝達行為および取引の勧奨行為に関する刑事責任を問うことができるかについて、明文規定がなく解釈論次第である。まず、情報伝達行為について、情報受領者と関連して見れば、情報伝達者を従犯として捉えることが可能である。しかしその場合、情報受領者による取引行為が行われたことが必要となる。次に、取引勧奨行為について、ｉ）未公開内部情報の伝達を伴う勧奨の場合、内部情報を外部に漏洩したこと自体が義務違反（例えば、忠実義務）にあたるため、規制するには十分な理由があろう、対照的に、ii）未公開情報の伝達を伴わない勧奨の場合、勧奨者による義務違反があったと認定することが困難のため、規制することもできないと考えられる。

（4） ツール別に見れば、刑事規制手続きでの論争は、行政規制および民事規制と比べれば多くない。行政規制との関係で、刑事罰と民事制裁金の併科は憲法上の二重の危険（double jeopardy）に抵触するか否かの問題について、連邦最高裁は、一定の範囲内での合憲を認めている。

それは、行政規制により徴収される金銭は、不法行為により国が被った損失若しくは事件の捜査訴追に費やした費用に対する補てんであると理解されるため、その徴収額と国側の損失・諸費用額との間に、著しい不均衡がなければ、その範囲内において、刑罰と民事制裁金の併科は、憲法上の二重の危険に違反しないという[42]。

---

[41] Dennis J. Block, Jonathan M. Hoff, “Insider Trading Liability: ‘Use v. Possession’”, in *New York Law Journal,* (October 29 1998) , p.6.

[42] John Hudson, Larry Baresel and Jack Butler Rackley v. United States, 522 U.S. 93 (1997).

参考できる日本語の文献として、佐伯仁志「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）がある。

第四款　小括

インサイダー取引の規制において、「開示または断念の義務」が採用されているが、「それは、内部情報の開示または証券取引の断念を要求するものであり、内部情報の開示を絶対的に要求したり、証券取引を絶対的に禁止するものではな」[43]く、ある者は予め重要な未公開情報を知った場合、当該情報を開示するか、あるいはそれに基づく取引を断念するか、という選択的義務が課されるだけのメカニズムである。

「開示または取引断念義務」は、当事者間では高度な誠実性が要求される場合に適用されるため、開示の義務および取引断念の義務のいずれもが、信認関係に対する関係保全の要素であると解される。要するに、開示あるいは取引断念という行為は、当事者間の信認に対して作用するものであり、いずれかを行えば、信認関係が損なわれないという効果をもたらす。

(1)　規則10b-5［操作的または欺罔的な手段の使用］違反と認定されたインサイダー取引に対する私訴につき、違法判断に関わる諸要素（例えば、(2)誰が、(5)どの証券の、(4)売買、(3)に関して、(1)詐欺あるいは欺瞞をしたか）の証明が原告（被害者）の責任となる。かかる証明は過酷にも見えるが、証明程度の軽減によりだいぶ和らげられている。例えば、実際、被告の故意に関する証明は、連邦最高裁による明確な判示がないものの、多くの下級裁判所では、被告の無謀（recklessness）な行為だけでも、十分規則10b-5の要件を満たせる[44]とされている。

原告適格者について、同時期に反対の取引を行ったすべての者がなりうる点では、真正ではない被害者による提訴に対する被告の応訴の負担が大きい。

総じて、インサイダー取引に対する制裁体系は、①民事制裁金が吐き出しに加えて執行される点だけを捉えても、最大不法利得額の４倍額にも上る、②終局的に、行為者に降りかかるすべての法執行が、吐き出し＋民事制裁金＋刑事罰金＋（民事賠償金－吐き出し）となり、重い刑罰

[43] 神崎克郎『証券取引法』（青林書院、新版、1987）611頁。

[44] *Supra* note 7, p.471.

（禁固20年以下）の点も含めて見れば、体系的には、かなり重罰的である。

他方、証券投資者の保護について、投資者保護基金（SECurities Investor Protection Corporation、略称SIPC）があるが、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機関ではない。

(2) 不法に得た利得額および回避された損失額の３倍を超えない範囲の民事制裁金の賦課が、インサイダー取引に対する行政規制の主役である。民事制裁金と刑罰の併科が争点（二重の危険）となりうるが、吐き出しとの間では、そのような問題が生じない。吐き出しがもっぱら被害者救済に資するもので、制裁の意味を持たず、制裁である民事制裁金と併用されても、まったく問題にならないからである。

一方、吐き出しと損害賠償の関係について、以下の三点が心得よう。①吐き出しさえなされれば、被害者の損害が回復されるのではないか。そうであれば、私訴に有利な法整備の必要性が必ずしも有しないことになる。②行政執行によりなされる付随救済のほうが、被害者自身によりなされる私訴より、確実性や省エネの面では遙かに勝っており、したがって、完全に自己責任（時効への注意や立証責任など）で行われる私訴より、行政執行への期待が大きいであろう。③私訴には５年の時効が設けられているのに対し、付随救済（吐き出し）には時効がなく、すなわち、仮り民事手続きによる救済の時期が逸されたとしても、行政上の措置による救済の可能性がまだ残っていると、理論的に言いうる。けれども、その行使が被害者の恣意によらない。

(3) インサイダー取引行為自体が確立された類型ではなく、詐欺の枠組みで刑事規制が行われている。規制の理論的根拠として、不正流用理論が用いられている。この理論の最大の瑕疵は、情報源に対する義務違反が、なぜ第三者に対する取引で問責されるかである。

公開買付の場合におけるアウトサイダーを直視すれば、彼らが実質的にインサイダーと変わらない行為を行っているといえる。不正流用理論を採らなければ、彼らを捉えることができず、多少無理をしてでも不正流用理論を採用したのも、証券法制の趣旨・目的に適えようとしたためであるとされている。

〔付記〕

本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（2008年３月25日授与）に補筆したものである。

研究ノート

市民による裁判と報道の影響（１）

―― イギリスの法廷侮辱を素材として ――

小　浦　美　保

目　　次

第１章　問題意識と本稿の射程
第２章　イギリスにおける法廷侮辱の概観
　第１節　法廷侮辱原則の歴史と意義
　第２節　「公表」による法廷侮辱
　第３節　現在の法廷侮辱原則
　第４節　小括
第３章　法廷侮辱罪
　第１節　法廷侮辱罪の客観的要件と主観的要件
　第２節　「公表」の定義
　第３節　抗弁
　第４節　小括　　（以上本号）
第４章　裁判所と法廷侮辱
第５章　法廷侮辱の抱える問題
第６章　裁判員制度と報道の影響

第１章　問題意識と本稿の射程

開始が目前に迫った裁判員制度は、従来の職業裁判官のみによる裁判において看過されていた問題点を顕にし、すでに、一部では手続における制度的改革が行われている。しかし他方で、裁判所の外では、いまだ解決の困難な問題も残されているように思われる。たとえば、犯罪報道が裁判員裁判に及ぼす影響

という問題も、そのひとつである[1]。

そもそも、犯罪報道については、従来から、報道による被疑者等の人権侵害が問題視され、そのあり方が問われてきた[2]。しかし他方で、報道は、憲法21条によって保障されている表現の自由のもとで行われるがゆえに、それに対する制限は、慎重になされなければならないと理解されてきた。わが国の犯罪報道をめぐっては、一方では犯罪報道が様々な権利侵害を及ぼすという観点からその危険性が指摘され、他方ではそれが憲法上の規定により手厚く保護されるという、困難さが存在してきたといえる。

では、裁判員制度のもとでは、このような状況は、どう変化するのだろうか。たとえば、予断や偏見に満ちた報道や、不確かな情報を含む報道が裁判員の耳目に触れたとしたら、裁判員は、その役割を果たすことができるだろうか。市民による裁判が報道の影響によって全うされないことになっては、刑事手続の目的は、達せられない。

裁判員制度の立案段階では、いわゆる偏見報道に対する制限について議論されたことがあった[3]。裁判員制度・刑事検討会の「たたき台」では、裁判の公

---

[1] 裁判員制度と報道に関する論稿としては、松井茂記「公正な裁判を受ける権利と取材・報道の自由」阪大法学53巻３・４号841頁（2003年）、椎橋隆幸「裁判員制度と報道の在り方」ジュリスト1268号110頁（2004年）、土屋美明「裁判員制度と報道の在り方」高窪貞人教授古稀祝賀『刑事司法への市民参加』（現代人文社・2004年）73頁、松井茂記「マス・メディアの表現の自由」（日本評論社・2008年）219頁以下、土屋美明「『裁判員制度と報道のガイドライン』私案――公正な裁判目指し自主ルールを」宮本康昭先生古稀記念『市民の司法をめざして』（日本評論社・2006年）264頁、渕野貴生「刑事司法改革と犯罪報道・世論との相互作用がもたらす適正手続上の問題――裁判員の予断、守秘義務を中心として」法の科学36号51頁（2006年）等を参照。

[2] 日弁連編『人権と報道』（日弁連・1976年）、浅野健一『犯罪報道の犯罪』（学陽書房・1989年）、『犯罪報道の現在』（日本評論社・1990年）、「特集・犯罪報道と人権」（日本刑法学会第78回大会共同研究・第Ⅲ分科会報告）（2000年）刑法雑誌40巻３号51頁（2001年）等を参照。適正手続との関係に言及するものとしては、渕野貴生『適正な刑事手続の保障とマスメディア』（現代人文社・2007年）等がある。

[3] 裁判員制度・刑事検討会第17回、第18回、第25回、第29回等において議論された。

正を妨げる行為の禁止という文脈で、報道機関は裁判員に偏見を生ぜしめないよう配慮しなければならないとの訓示規定が置かれていた[4]。検討会では、報道により、裁判員に予断・偏見の生じるおそれがあることなどを理由に、このような規定を置くことに賛成する見解と、表現の自由を制限すべきでないことを根拠に、偏見報道の排除を報道機関の自主的な解決に委ねるべきとして、訓示規定に反対する見解とが、対立した。そして、「座長ペーパー」では、報道機関の自主的ルールが策定されつつあることを踏まえ、この訓示規定は「更に検討を要するもの」とされた[5]。検討会の後半では、訓示規定における「偏見」の定義の曖昧さに対する批判的見解とともに、報道機関の自主的ルールに委ねようとする意見が多く見られるようになり、結果的に、裁判員の参加する刑事裁判に関する法律（裁判員法）においては、この訓示規定は、明文化されなかった。

検討会においては、犯罪報道が裁判員の予断を引き起こしかねない点が問題として認識されたにもかかわらず、具体的に、どのような妨害的影響が裁判において生じえて、どのような報道から裁判員が守られなければならないのかという点は検討されずに、議論は、表現の自由との調整に終始した。その結果、偏見報道による危険が認識される一方で、その危険がいかなるものかを察知し、それを排除するという重責は、報道機関が負うことになったのである。このような現状では、裁判員制度が実際に動き出したときに、裁判の公正さに対する予期せぬ危険が生じかねないという懸念は、拭い切れないように思われる。

わが国のこのような状況とは対照的に、イギリス[6]では、「法廷侮辱（contempt of court）」[7]に関する原則を適用することによって、犯罪報道が、一

---

4 同上、第13回配布資料「裁判員制度について」参照。

5 同上、第28回配布資料「考えられる裁判員制度の概要について」参照。

6 本稿で用いる「イギリス」とは、イングランドおよびウェールズを指す。

7 法廷侮辱に関する日本における論稿として、庭山英雄「法廷侮辱による厳しい報道規制」新聞研究396号50頁（1984年）、ブレンダ＝スフリン・本間一也訳「陪審裁判と報道の自由 —— 陪審裁判の保護を目的とした法廷侮辱に関する法による報道の自由の規制 ——」鯰越溢弘編『陪審制度を巡る諸問題』（現代人文社・1997年）297頁、森健二「イギリスにおける陪審裁判と事件報道の在り方」判例タイムズ1080号65頁（2002年）、幡新大実「イングランド・ウェールズにおける刑事司法と報道(1)・(2)」季刊刑事弁護55号165頁（2008年）・56号174頁、多谷千香子「裁判員制度と法廷侮辱罪」法律時報79巻10号91頁（2008

定程度制限されている。法廷侮辱原則とは、コモン・ロー上発展した原則であって、公正な裁判（fair trial）および適正な司法運営（the due administration of justice）の保護を目的として、裁判所の下した命令や判決に対する不服従や、司法手続に対する妨害行為等に対し、裁判所が制裁等を行うという、幅広い内容を包含する原則である。そして、妨害行為が、報道等の「公表」（publication）[8]行為によって行なわれる場合であっても、そのような行為は、裁判所による制裁や、公表延期命令の対象とされる。

いうまでもなく、イギリスにおいても、報道・表現の自由は保障されている。それゆえ、侮辱原則によって公表行為に対する制裁が行われるという点については、それが表現の自由に対する圧力につながるとの批判がなされた。この批判等を契機として、法廷侮辱行為によって構成される犯罪の成否を判断する基準の明確化や抗弁規定の充実を狙いとした「1981年法廷侮辱に関する法（the Contempt of Court Act 1981）」[9]（以下、1981年法）が制定されるに至った。しかし、同法のもとでも、司法手続を妨害する公表行為を抑制する点では、コモン・ローの原則は、今もなお引き継がれている。

このようなイギリスの法廷侮辱の制度は、一見すると、厳格に過ぎるようにも思われる。しかし、侮辱原則の強力な作用は、たとえば、本稿で述べるように、いまだ証拠能力の決せられていない被疑者の自白等を報道から排除することによって、裁判への予断を可能な限り排除しようとするものである。このような作用は、予断や偏見のない裁判の実現にとって必須なものと理解されているために、イギリスにおいては、この制度が生き続けている。このような法廷侮辱の制度について検討し、理解しておくことは、裁判員制度の開始を控えたわが国にとって、予断や偏見という目に見えない裁判への影響について検討する機会となり、また、将来、裁判員制度のもとで、偏見報道の問題が生じた際

年）等を参照。

[8] 1981年法廷侮辱に関する法2条によれば、「公表（publication）」とは、「広く公衆に対して、または公衆の一部に対してなされたあらゆる形態の伝達」とされている。ただし、コモン・ロー上は、このような明確な定義はなかった。「公表」の定義については、第3章第2節参照。

[9] The Contempt of Court Act 1981（c 49）27 July 1981．同法に関する日本語訳としては、法務大臣官房司法法制調査部編『イギリス最高法院法・イギリス裁判所侮辱原則』（法曹会・1984年）がある。

の議論に資することにもなり、意義のあることだと考えられる。

そこで、本稿では、法廷侮辱原則の犯罪報道を抑制する側面に焦点を当て、法廷侮辱原則の概観と、公表によって構成される法廷侮辱罪について考察したあと、いかなる報道が法廷侮辱であると考えられているのか、また、それがいかなる理由によるものであるかを明らかにする。これを通じて、裁判に危険を及ぼしうる犯罪報道の形態や、犯罪報道によって生じうる市民による裁判への影響とそれに対する司法的対応を明らかにする。そして、イギリス法からの示唆を踏まえ、わが国における裁判員制度下での犯罪報道の問題点について、検討を行うことにしたい。

第２章　イギリスにおける法廷侮辱の概観

第１節　法廷侮辱原則の歴史と意義

法廷侮辱原則は、その起源を12世紀に有する古い原則である。まずは、その歴史について簡単に見ておくことにする[10]。

12世紀当時には、当事者が裁判所の出廷命令に従わなかったことが「法廷侮辱（contemptus curiae）」と表現され、当該行為に対して裁判所による制裁が科されたという記録がある。そして、13世紀中頃になると、裁判所命令に対する不服従が、重大な犯罪と認識されるようになっていた。その当時、刑罰の科されていた法廷侮辱行為は、主に、陪審員、裁判官および証人等への暴力行為や脅迫行為であったが、当該行為が暴行・脅迫といった他の犯罪を構成することは、必ずしも法廷侮辱罪の成立する要件ではなかった。発言や文書による法廷侮辱の成立が認められ始めたのは、比較的早い年代のことであり、1344年に

[10] See, Eady and Smith, *Arlidge,Eady & Smith on Contempt,* (3rd edn., Sweet & Maxwell, 2005), 1 ff. また、法廷侮辱の歴史やその背景について紹介した文献として、平井三次「英法に於ける裁判所侮辱の史的背景」『加藤先生還暦祝賀論文集』（有斐閣・1932年）823頁、伊藤正巳『裁判所侮辱の諸問題』（有斐閣・1949年）３頁以下、高柳賢三「コンテンプト・オヴ・コオト」法曹時報４巻８号１頁（1952年）、椎名智彦「コモン・ロー裁判所における裁判所侮辱原則の概観――英米裁判所侮辱原則研究(1)・(2)」英米法学41号60頁（2002年）・42号64頁（2003年）等を参照。

は、これらの行為に対しても制裁が加えられていた記録がある[11]。このように、侮辱原則は、その発生期より、手続を妨害する多様な行為類型に制裁を科すために用いられており、この点では、当時の侮辱原則と現在の侮辱原則との間には、ほとんど違いはない。

しかし、当時の裁判所がそれらの行為類型に対して制裁を科していた目的は、必ずしも手続の保護にあったわけではないようである。そもそも「侮辱（contempt）」という概念は、「ある権威に対する不敬」を意味しており、ここでいう「ある権威」とは、典型的には王を指していた。この侮辱の概念が司法の場でみられるようになったとき、それは、「裁判所の権威に対する不敬」を意味するようになった。ただし、侮辱原則の発生期において、この裁判所の権威は、間接的に王の権威を意味するものであり、法廷侮辱が王への侮辱と捉えられていたことに変わりはなかった。実際に、令状に王の玉璽が押捺されていたことから、令状によって命じられた事柄に服従しないことは、すなわち王への不服従と考えられていたし、その不服従により侮辱を行った者に刑罰を科す手続は、王に対する侮辱を行った者に刑罰を科す手続を援用して行われていた。つまり、裁判所命令に対する不服従や手続への妨害に制裁が科されていた根本的な目的は、「権威への不敬」という性質を帯びた当該行為に対して、刑罰を科すことにあったのである。このように、法廷侮辱とは、かつては王ないし司法の威厳を損なうことであった。

このような史的背景にもかかわらず、現在の侮辱原則には、王ないし司法の威厳に対する不敬に刑罰を科すという意味合いはないとみられる。実際にどの時代に、侮辱原則が手続の保護を目的とするに至ったかという点は、行為類型によって差があるため、不確かである。ただし、たとえば、公表による侮辱については、少なくとも18世紀には、裁判所は、係争中の公正な裁判を妨害する傾向にある事柄を公表した人物に、刑罰を科しはじめたとされている[12]。当時の事例の中で、公表による侮辱を扱ったものとしては1742年のイブニング・ポ

---

[11] ただし、記事の公表による法廷侮辱を行った者が有罪判決を受けたとされる初めての事例は、1720年のプール事件（*Pool v Sacheverel* (1720) 1 P. Wms. 675）である。See, *Report of the Committee on Contempt of Court,* (1974), Cmnd. 5794, at para 5.

[12] Eady and Smith, *supra note* 10, 18.

スト事件[13]が挙げられる。この事件を審理した大法官（Lord Chancellor）は、「裁判所に課せられた義務は、手続を誤った方向に導こうとするものから手続を保護すること以上には存在しない」[14]と述べたうえで、「本裁判所に対する侮辱は、事例の審理前に、当該事例の実体的事項に関して、全般的に妨害していたことである。…これが法廷侮辱であることには、なんら疑いはない」[15]と結論付けている。この発言からは、当時すでに、裁判所は、手続が誤った方向に導かれないように保護される必要性を認めており、法廷侮辱罪の成否が、手続に対する妨害との関係で判断されつつあったことが窺える。

また、近年では、旧来の権威保護的性格付けをむしろ強く否定しようとする意見が、多くの判例に見られる。このことについて、たとえばサーモン判事（Lord Salmon）は、1980年のBBC事件[16]の中で、「『法廷侮辱』という表現は、歴史的根拠を疑いなく有している。しかし、その表現は、最も誤解され易い。法廷侮辱の対象は、裁判所の権威の保護ではなく、司法運営の保護である」[17]と述べているし、また、スカーマン判事（Lord Scarman）も、同事件の中で、「法を見直し、古くて誤解を生ぜしめやすい『法廷侮辱』という文言を削除する時期がやってきたように思う」[18]と述べ、「侮辱」という言葉によって表象される「権威に対する犯罪」という意味合いを、法廷侮辱から払拭すべきと考えていた[19]。つまり、侮辱原則が保護の対象とするものは、法廷侮辱の概念が成熟していくにつれて、王ないし裁判所そのものの威厳から、司法運営そのものへと変化し、現在に至っているのである[20]。

---

13 *The St. James's Evening Post Case* (1742) 26 ER 683.

14 *Ibid.,* at 683.

15 *Ibid.,* at 685.

16 *A-G v BBC* [1980] 3 All ER 161.

17 *Ibid.,* at 170, per Lord Salmon.

18 *Ibid.,* at 184, per Lord Scarman.

19 1973年のタイムズ・ニューズペーパーズ社事件（貴族院）において、クロス判事（Lord Cross）は、「『法廷侮辱』とは、適正な司法運営に対する妨害である」にもかかわらず、「それが裁判所の権威を貶めることであるかのごとく」誤解を生ぜしめるような名称で示されていることについて、「不運である」と述べた（*A-G v Times Newspapers Ltd* [1973] 3 All ER 54, at 83, per Lord Cross）。

20 判例においても、現代的な意味において法廷侮辱の対象となるのは、「司法

このように、現代的な意味での侮辱原則は、公正な裁判および適正な司法運営の保護を目的として適用される原則のひとつである。では、裁判所は、いかなる行為を法廷侮辱とみなし、排除の対象とするのだろうか。

1973年のタイムズ・ニューズペーパーズ社事件（貴族院）[21]において、モリス判事（Lord Morris）が述べたところによると、法廷侮辱とは、「裁判所命令への不服従を包含するだけでなく、自由の許容される境界線を越えて裁判所の面前の手続を妨害する行為類型、または様々な公表」[22]であるという。つまり、侮辱原則の目的たる公正な裁判および適正な司法運営の保護とは、裁判所の下した命令や判決が十分に機能し、裁判所に対する妨害行為のない状態の確保を意味し、この状態を侵害する行為一般が、法廷侮辱とみなされるのである。

ただし、法廷侮辱に対して行われる抑制または制裁が訴訟に関与する当事者や裁判所の利益のために行われるものではないことには、注意が必要である。前出のモリス判事は、同事件の中で、法廷侮辱に対する抑制または制裁が行われる理由について、以下のように述べた。

> 「裁判所は、秩序付けられたコミュニティの中で、紛争の平和的解決と法または秩序の維持のために設けられている。そのコミュニティ全体の利益において、裁判所の権威が危険に晒されないこと、そして市民が裁判所を頼みの綱とすることが、不正な妨害的影響を受けないことは必須である。そのような不正な妨害が抑制される場合、その抑制は、司法を運営する責任を負っている人々が裁判所の権威に関連しているがゆえになされるのではない。それは、この国で認められている裁判所がその権威を貶められ、他に取って代わられるほどに侮辱（flout）されるとしたら、まさに、秩序付けられた生活の構築が危険に晒されるがゆえに、なされるのである」[23]。

この発言からわかるように、侮辱原則の目的であるところの公正な裁判および適正な司法運営の利益は、個々の訴訟当事者や訴訟を運営する裁判官の保護

を運営しようとしている個々の裁判所や裁判官ではなくて、司法そのもの」であると明言されている。See, *A-G v Leveller Magazine Ltd* [1979] 1 All ER 745 at 749, per Lord Diplock.

[21] *A-G v Times Newspapers Ltd* [1973] 3 All ER 54.

[22] *Ibid.*, at 66, per Lord Morris.

[23] *Ibid.*

にあるのではなく、公衆全体の利益であると解されている[24]。それゆえ、法廷侮辱に対する何らかの措置を裁判所が行なった場合に、それが訴訟の一方当事者による申立てに基づくものであったとしても、当該措置は、一方当事者個人の利益のためになされるわけではない。さらにいえば、法廷侮辱行為の影響によって不当な裁判が行われた結果、当該裁判によって出された判決を破棄することにより、個人を救済するという方法をもってしても、公衆の利益が回復されたとはいえないのである。いわば、侮辱原則による制裁の目的は、行為者に対する責任の追及というよりも、むしろそれによる抑止効に重点を置くものとみることができる[25]。

以上のように、法廷侮辱原則は、800年以上の古い歴史を有し、その発生期には、権威に対する不敬を行った者を処罰するために用いられる原則として存在していた。しかし、現在の意味においては、侮辱原則は、公正な裁判や適正な司法運営の保護のために用いられる原則として存在しており、旧来の性格は払拭されつつある。侮辱原則のそのような目的は、公衆全体の利益として認識されており、侮辱に対する制裁は、個人の利益の救済よりも、むしろ侮辱行為に対する抑止を期待して行われているとみることができる。

---

[24] タイムズ・ニューズペーパーズ社事件（貴族院）の中で、サイモン判事（Lord Simon）は、「侮辱原則は、適正な司法運営における公衆の利益を正当化する手段である」と述べている（*A-G v Times Newspapers Ltd* [1973] 3 All ER 54 at 78, per Lord Simon.）。

[25] 法廷侮辱は、一般に、「民事侮辱（civil contempt）」と、「刑事侮辱（criminal contempt）」とに分類されている。民事侮辱は、裁判所命令や判決に対する不服従によって行われる類型であり、行為者に服従を強制することによって、損害の回復が可能となる場面がある。他方、刑事侮辱は、妨害によって行われる類型であり、犯罪を構成する。本稿で扱う偏見報道等の公表による侮辱は、後者に当たる。ただし、イギリスの裁判所におけるこの分類の混同については、以下を参照。See, Miller, “the Contempt of Court Act” [1982] Crim. LR 71 at 80, *Wellesley v Duke of Beaufort* [1824-34] All ER Rep 198 at 205, per Lord Brougham LC and *A-G v Newspaper Publishing plc* [1987] 3 All ER 276 at 294, per John Donaldson MR.

第2節　「公表」による法廷侮辱

上述のように、侮辱原則は、公正な裁判ないし適正な司法運営を保護するために、それらを妨害するさまざまな行為形態[26]について制裁を予定している。そして、この制裁は、手続外で行われる妨害行為に対しても向けられており、このような妨害行為には、報道等の「公表」[27]による手続妨害行為も包含される。公表による侮辱に対しても、他の類型の侮辱と同様に制裁（侮辱に該当する公表が事前に予測される場合には、公表延期命令[28]、すでに公表が行われた場合には、刑罰）の加えられる場合がある。

公表による手続妨害が侮辱と判断されるのは、当該公表が特定の者に対して予断や圧力といった不当な影響を及ぼすことにより、その手続の適正さおよび公正さが貶められた場合である。裁判手続との関係上、ここでいう特定の者となりうるのは、当事者、証人および裁判所の構成員等[29]のすべての訴訟関与者である。当事者に影響が及ぼされる公表行為は、たとえば、私人訴追を行おうとする者を支援するキャンペーンを行うことで、私人訴追の相手方たる一方当事者を不利な状況に追い込むこと[30]や、民事訴訟において、当事者の望んでいない解決策に妥協するよう圧力をかける[31]といった形態で行われる。これらの公表は、裁判所へのアクセス権の侵害や、公正な裁判を受ける権利の侵害に当たることを理由として、侮辱と判断される。証人については、証言をしな

---

[26] 注25で述べた刑事侮辱・民事侮辱の他、法廷内にテープレコーダー等の録音機器を持ち込む行為も法廷侮辱に当たり、当該機器を没収する命令が下される（1981年法9条）。

[27] 「公表」の定義については、注8および第3章第2節参照。

[28] 個別具体的な公表に対して、延期命令が下されることは稀である（過去に、公表延期命令が下された例としては、以下に述べるサンデー・タイムズ事件がある）。ただし、特定の裁判手続に関する内容について、概括的に公表を延期するよう求める命令が下されることがある（1981年法4条(2)）。

[29] 公表が裁判所に与える影響については、第4章第1節参照。

[30] *A-G v News Group Newspapers Ltd* [1988] 2 All ER 906.

[31] 以下に述べるサンデー・タイムズ事件で論点となった公表は、この形態によるものであった。ただし、本件は、公表延期命令の正当性について判断された事例である。

いよう促す圧力をかける公表[32]や、証言を混乱させるような情報の流布等の行為[33]が、侮辱と判断される。また、裁判所の構成員に対して予断や偏見を抱かせる行為も、侮辱に当たる[34]。このように、公表による法廷侮辱は、訴訟に関与するすべての者に対して影響を及ぼしうる行為類型であり、また、ひとたび影響が生じると、その回復が困難なので、事前の公表延期命令や、刑罰による抑止が期待されている。

しかしながら、直接的または間接的に言論を抑制するこのような侮辱原則については、特に20世紀以降、その正当性が問題となることがあった。この点に関するリーディングケースは、最終的にヨーロッパ人権裁判所（European Court of Human Rights）での判断を受けたサンデー・タイムズ事件[35]である。

サンデー・タイムズ事件の概要は、おおむね以下のようなものである。1960年代、イギリスでは、製薬会社のディスティラーズ社（Distillers）が製造・販売した薬品によって、サリドマイド禍が巻き起こっており、その被害者らは、ディスティラーズ社を相手取り、損害賠償を求める民事訴訟を起こしていた。サンデー・タイムズ紙は、この民事訴訟について意見を述べる「公表」を行っ

---

32 主に民事手続に関して生じる問題とされている。この点については、See, Miller, *Contempt of Court,* (3rd edn., Oxford, 2000), 382ff.

33 See, *e. g. R v Daily Mirror, ex p Smith* [1927] All ER Rep. 60. 第4章第2節参照。

34 裁判所に影響を及ぼしうる公表の内容については、第4章第2節参照。

35 本稿では、イギリス国内における高等法院女王座部（High Court of Justice Queen's Bench Division）、上訴裁判所（Court of Appeal）、および貴族院（House of Lords）での裁判、ならびに、その後ヨーロッパ人権裁判所で争われた一連の事件を総称して、「サンデー・タイムズ事件」ということにする。このうち、国内での裁判に限って示す場合には、「197×年のタイムズ・ニューズペーパーズ社事件（審級）」という。サンデー・タイムズ事件に関する日本語の論評としては、内田力蔵「イギリスにおけるサリドマイド裁判について(1)～(6)」ジュリスト557号85頁・559号104頁・560号126頁・561号99頁・562号85頁・564号103頁（1974年）、内田力蔵「イギリスにおけるサリドマイド裁判と裁判所侮辱」比較法研究36号184頁（1974年）、加藤紘捷「サンデー・タイムス事件のヨーロッパ人権裁判所判決とイギリスにおける裁判所侮辱の基準」駿河台法学創刊号95頁（1988年）、江島晶子「イギリスにおける裁判所侮辱原則改正とヨーロッパ人権条約」明治大学大学院紀要1法学篇27号21頁（1990年）等を参照。

た。その意見では、ディスティラーズ社がすでに提示していた和解金額が批判され、より多くの賠償がなされるべきことが主張されていた。また、ディスティラーズ社が、人の身体に害のある薬品を市場に流通させた責任を負うべきことが主張されていた。これに対しディスティラーズ社は、サンデー・タイムズ紙が行った公表について、侮辱罪を認定し刑罰を決定する手続を行うよう、法務総裁（Attorney General）に申立てたが、法務総裁は、これに応じなかった。しかし、その後、サンデー・タイムズ紙がさらに類似の公表を行おうとしたので、1972年、法務総裁は、それ以降の公表を延期させる命令を求め、裁判所に対して申立てを行った。これにより、当該延期命令を許可するか否かを決する手続が開始されたのであった。

第一審の高等法院女王座部[36]では、当該延期命令の対象となった公表が、当該民事訴訟の被告たるディスティラーズ社に対して不当な圧力をかけるものであり、その結果、ディスティラーズ社が当該民事訴訟の中で自由に行動する権利を侵害されるであろうことが認定された。そして、この侵害は、手続に対する重大な妨害に当たると判断された[37]。他方、サンデー・タイムズ紙は、サリドマイドの惨事に関する情報を公衆に知らせる権利と義務を自らが有していると主張したが、高等法院は、サンデー・タイムズ紙の利益とディスティラーズ社の利益との衡量を行わず、サンデー・タイムズ紙の主張を却下した。このとき、高等法院は、この二つの対立する利益の比較衡量が裁判所の任務ではないとし、また、侮辱に関する先例によれば、手続に対する重大な妨害が生じるであろう場合には、それを制限することが司法の役割であると考えた[38]。このような見解に基づき、高等法院は、当該命令の発付を認めた。

この判断に対し、サンデー・タイムズ紙は上訴を行った。そして、第二審の上訴裁判所[39]では、裁判官らや証人に対して影響を及ぼすことによって、または当事者の人間性などを批判することによって、訴訟を妨害する現実的かつ実質的危険を生ぜしめる論評が公表されてはならないことが認められた[40]。ただ

---

36 *A-G v Times Newspapers Ltd* [1972] 3 All ER 1136.
37 *Ibid.,* at 1142, per Lord Widgery CJ.
38 *Ibid.,* at 1145, per Lord Widgery CJ.
39 *A-G v Times Newspapers Ltd* [1973] 1 All ER 815.
40 *Ibid.,* at 821, per Lord Denning MR.

し、上訴裁判所は、このような公表が認められないのは、手続が係争中の場合、または裁判所の面前で現に審理に付されている場合に限られると考えた[41]。この前提のもとで、上訴裁判所は、当該公表の対象となった民事訴訟が和解交渉のために一時中断状態であったから、当該公表が予断の危険を生じさせるおそれはないと判断した[42]。その結果、上訴裁判所では、当該公表延期命令の発付は認められなかった。

上訴裁判所の判断を不服として、法務総裁は、貴族院への上訴を行った[43]。貴族院はまず、侮辱原則の目的は、そもそも個々の訴訟当事者の保護にあるのではなく、司法運営に対する妨害を排除することにあると認めた[44]。また、貴族院は、裁判は結審してはじめて係争中でなくなると考え、当該民事訴訟が一時中断状態であったことを理由に手続に対する公表が許容されるとした上訴裁判所の判断を、否定した[45]。そして、貴族院は、当該記事の公表の是非について、特定の解決策に妥協するよう、一方当事者たるディスティラーズ社に対して圧力をかける公表[46]が、適切かつ適法な範囲を超えて自由に行われうるとしたら、潜在的な被告または原告を含む市民が、紛争の解決を望むことができなくなる[47]と述べ、サンデー・タイムズ紙による当該公表は、公衆の利益に反すると判断された。また、訴訟について判断を下す権限を有するのは裁判所に限られるにもかかわらず、サンデー・タイムズ紙の予定していた記事は、この裁

---

41 *Ibid.,* at 822, per Lord Denning MR.

42 *Ibid.,* at 822, per Lord Denning MR.

43 *A-G v Times Newspapers Ltd* [1973] 3 All ER 54.

44 *Ibid.,* at 60, per Lord Reid.

45 *Ibid.,* at 65, per Lord Reid, at 74, per Lord Diplock and at 79, per Lord Simon.

46 いわゆる「プレッシャーの基準（pressure test）」を援用した。本件で、サンデー・タイムズ紙によって公表された記事は、ディスティラーズ社に対し、より多くの賠償をすべきとの圧力をかけようとするものであった。このように、訴訟当事者に対して特定の作為または不作為を求め、訴訟の中で当該当事者が望んでいなかった態度をとるよう圧力をかけることは、侮辱に当たると判断された。このような行為を侮辱とみなす基準は、「プレッシャーの基準」と呼ばれている。

47 *A-G v Times Newspapers Ltd* [1973] 3 All ER 54 at 67, per Lord Morris and at 76, per Lord Diplock.

判所の判断権を越えて当該民事訴訟の結果を予測し、また判断を下すものであり、これがいわゆるプレジャッジメント（prejudgement）[48]に当たるとして、手続の係争中には公表されるべきでないとした[49]。これらの理由によって、貴族院は、当該公表延期命令の発付を認めたのであった。

以上のような国内裁判所の判断を不服としたサンデー・タイムズ紙は、ヨーロッパ人権委員会（European Commission of Human Rights）に申立てを行った。委員会において、イギリス政府とサンデー・タイムズ紙との和解調停がなされたが、相容れず、この事件は、ヨーロッパ人権裁判所で審理されることとなった[50]。

サンデー・タイムズ紙は、当該公表延期命令が表現の自由を保障するヨーロッパ人権条約（the European Convention on Human Rights）10条に違反するとして申立てを行った。他方、イギリス政府は、当該公表延期命令が同条約10条(2)にいう表現の自由の保障に関する例外に合致するものであると主張した。また、同条約6条により保障される公正な裁判を受ける権利、すなわちここではディスティラーズ社の公正な裁判を受ける権利は、10条(2)にいう「他の者の権利」であり、この制限によって、表現の自由の保障は譲歩されるべきであると主張した。

ヨーロッパ人権裁判所は、その審理に当たって、当該公表延期命令が10条(2)にいう例外の要件を満たしているか否かを判断するために、以下の三要件[51]につき検討した。第一に、本件において、サンデー・タイムズ紙に下された公表

---

48 「プレジャッジメント（prejudgement）」については、さまざまな訳語が当てられている。ここでいう「プレジャッジメント」とは、裁判所の判断権をこえて、裁判所においてまだ決せられていない事柄につき断定し、公表することをいう。その公表内容が、裁判所の将来的な判決と一致するか否かを問わず、裁判所がいまだ判断を下していない内容につき断定することが、裁判所の権威に対する公衆の信頼を貶めることにつながるとして、侮辱に当たると判断された。裁判所に予断や偏見を与えるか否かという点は、ここでは問題とならないので、混同を避けるために、「予断」という訳語は当てないことにする。プレジャッジメントの基準については、第3章第1節第2款A（ii）参照。

49 *A-G v Times Newspapers Ltd* [1973] 3 All ER 54 at 64 and 65, per Lord Reid and at 84, per Lord Cross.

50 *Sunday Times v United Kingdom* (1980) 2 EHRR 245, [1979] ECHR6538 / 74.

51 条約10条1項の表現の自由の制約を認める同条2項の解釈基準である。*Handyside v UK* (1976) 1 EHRR 737.

延期命令は、法によって定められたものであったか[52]、第二に、当該公表延期命令は、ヨーロッパ人権条約に照らして正当な目的を有するものといえるか[53]、第三に、当該公表延期命令は、「民主社会において必要」なものといえるか[54]という点である。

第一の点について、同裁判所は、コモン・ロー上の侮辱原則が、明確性および予測性を備えていたと判断し、それゆえ当該原則が法定されたものであったことを認めた。第二の点について、当該公表延期命令の目的は、司法権の権威を保護することにあったと判断され、10条⑵にいう要件に合致することが認められた。その結果、６条にいうディスティラーズ社の公正な裁判を受ける権利との優劣については、議論されなかった。第三の点について、同裁判所は、10条⑵にいう「必要」性がいかなるものを指すかにつき、それは「切迫した社会的必要性」を意味する、と述べた。そのうえで、同裁判所は、裁判所が社会から孤立して存在することはないので、手続に関する裁判所外での議論が包括的に禁止されてはならないと判断した。さらに、当該制限を受けた公表の対象となっていたサリドマイド事件が、公衆の関心事であることには疑いがなく、このような公衆の関心は、裁判所の権威の保護に劣るものではないと判断された。このような検討の結果、当該公表延期命令は、10条に違反すると認定されたのであった。

以上のような判断を受けた結果、事実上、イギリス政府は、侮辱原則の修正を義務付けられることとなった。そして、この判断は、1981年法制定の契機の一つとなったのであった。

第３節　現在の法廷侮辱原則

以上で述べたサンデー・タイムズ事件を契機の一つとして、法廷侮辱原則は、表現の自由との均衡を図る途を歩むことになった。では、現在の法廷侮辱原則は、どのようなものになっているのだろうか。以下ではコモン・ロー上の侮辱原則について調査を行い、1981年法制定に当たって結果的に多くの勧告をなし

---

[52] *Sunday Times v United Kingdom* (1980) 2 EHRR 245, [1979] ECHR6538 / 74 at paras 46 ff.

[53] *Ibid.,* at paras 54 ff.

[54] *Ibid.,* at paras 58 ff.

たフィリモア委員会報告（Phillimore Committee Report）[55]の内容について確認するとともに、制定法を含めた現在の法廷侮辱原則について考察する。

フィリモア委員会は、コモン・ロー上の侮辱原則を修正する必要性の有無またはその程度を検討するために、1971年に立ち上げられた。委員会での検討中にサンデー・タイムズ事件が生じたため、同事件の貴族院での判決をまって、報告が提出された。

フィリモア委員会は、まず、イギリスの法制度にとって、侮辱原則による司法運営の保護そのものが必要であることを提言した[56]。このような前提のうえで、公表による侮辱行為に対する刑罰や制限もまた、必要かつ正当であるとした[57]。表現の自由を擁護する立場から批判がなされていたにもかかわらず、委員会が公表行為に対する制限を容認したのは、以下のような理由によるものであった。すなわち、とりわけメディアによる公表については、印刷または放送された言葉が特別な影響力を有するがゆえに、侮辱にあたる公表がなされないよう保障されなければ、適正な司法運営は十分に保護されないこと[58]である。

委員会がこのような立場を採ったことにより、公表による侮辱については、客観的要件の充足のみで有罪を認定することを意味する厳格責任原則（strict liability rule）[59]の適用が、コモン・ローから継続されることとなった[60]。ただし、一般市民の行為については、厳格責任原則の適用が制限されるべきであること

---

[55] *Report of the Committee on Contempt of Court,* (1974), Cmnd. 5794. 当時、フィリモア卿（Lord Phillimore）が、委員会の議長を務めていたことから、この報告書は、フィリモア委員会報告（Phillimore Committee Report）とよばれている。

[56] *Ibid.,* at paras 2 and 10.

[57] *Ibid.,* at para 73.

[58] *Ibid.,* at para 74.

[59] 厳格責任原則が適用される場合、ある行為が過失によるものであったか、または意図的になされたかといった行為者の主観は、犯罪の成立要件とならない。この原則は、公衆の福祉に影響を与える諸活動には一定基準の注意義務があることを周知徹底させるために適用されるといわれている（S.W.スチュアート・大谷実・熊谷烝佑訳『現代イギリス刑法　その基本原理と改革の動向』（成文堂・1974年）80頁以下参照）。法廷侮辱罪の主観的要件については、第3章第1節参照。

[60] Cmnd. 5794, *supra note* 55, at para 74.

も提案された[61]。その理由は、第一に、司法運営において妨害的な雰囲気を作り出すような危険や、裁判所に対する公衆の信頼が損なわれるような危険の生じる可能性は、それが一般市民の個人的行為による場合には、低いと考えられること、第二に、仮に、かかる一般市民の個人的行為によって妨害の危険が生じるとしても、一般公衆は、自らの行為によって係争中の手続に影響を与えうることを認識できないため、その個人的行為に対し刑罰を科すことは、正当でなくまた実用的でもないことであった。このような考慮から、「広く公衆に対してなされた、いかなる形態かを問わない演説、書籍、放送、または他の伝達手段」により侮辱が行われた場合にのみ、厳格責任原則が適用されるべきとの勧告がなされた[62]。

フィリモア委員会は、このように、公表による侮辱に関する場面については、公表の定義を除いて、コモン・ローの立場を基本的に受け入れた。ただし、コモン・ロー上の侮辱原則の中には、表現の自由に対して抑制的な部分が存在していたことも確かであったので、コモン・ロー上の侮辱原則をそのまま踏襲することには否定的であった。委員会の関心は、侮辱原則における不明確性の除去と、表現の自由に若干有利となるよう均衡を整えることに向いており、ある公表行為が侮辱に該当するか否かを判断する基準は、制定法により定められるべきとして、提案がなされたのであった[63]。

制定法による基準の確立を提言する中で、委員会は、まず、コモン・ロー上の基準を検討した。コモン・ロー上、一般的には、侮辱に当たる行為とは、手続に対する妨害の危険を作り出しそうな（calculate）行為とされていた。しかし、このような定義に当てはまらない行為であっても、侮辱と判断される場合のあることが指摘された。たとえば、サンデー・タイムズ事件において論点となった「プレジャッジメントの基準」もそのひとつであった。委員会は、メディアがプレジャッジメントを行った場合、それが強い影響力を有することは、認めていたが[64]、侮辱行為を認定する基準としての「プレジャッジメントの基準」に対しては、拒絶する姿勢を見せた[65]。その結果、委員会によって新たに示さ

---

61 *Ibid.,* at para 77.

62 *Ibid.,* at para 80. この定義は、1981年法にそのまま反映されている。

63 *Ibid.,* at paras 103-114.

64 *Ibid.,* at para 109.

65 フィリモア委員会がプレジャッジメントの基準を拒絶した理由は、以下の二

れた侮辱罪認定の基準は、「司法の過程が著しく妨害され、または偏見にさらされるであろう危険を、問題となっている公表が作り出すか否か」というものであった。コモン・ローでは、妨害や偏見の危険を「作り出しそうな」という表現が一般的であったが、委員会による提案では、この曖昧な文言が削除された。この提案の目的は、形式的には法廷侮辱の要件を満たすが、刑罰を科すに値しないほど些細な侮辱を、刑罰の科される対象から明示的に除外することにあった[66]。この点は、明確な基準の確立という点で、評価を受けている[67]。このように、フィリモア委員会の提案は、公表に対する侮辱原則適用の制限や縮小ではなく、公表を制限する場合に用いられる基準の明確化に向けられたものであった。

以上のフィリモア委員会の提案は、新聞編集者や放送局等から参考意見を聴取したうえで作成されたものであったので、特にニュース・メディアによって支持された。しかしながら、提案を受けたイギリス政府が提示した緑書（Green Paper）[68]によれば、政府は、フィリモア報告の提案のとおりに立法する用意をなしてはおらず、事実上、委員会の提案は、いったん政府によって却下された。その後、サンデー・タイムズ対連合王国事件におけるヨーロッパ人権裁判所の判断が出され、コモン・ローの修正に向けた直接的な圧力が生じた。そして、法廷侮辱に関する立法が行われる際、改めて、フィリモア委員会報告が参照されることとなり、同報告は、1981年法制定に、結果的に多くの影響を及ぼしたのである[69]。

点にある。第一に、当該基準が確立されたサンデー・タイムズ事件は、民事訴訟の当事者に対して新聞が圧力をかけるという特異な事例であり、先例としての価値に乏しいこと（at para 109）、第二に、プレジャッジメント行為そのものからは、「妨害の危険」の程度や内容を知ることができないこと（at para 111）であった。

66 Cmnd. 5794, *supra note* 55, at para 113. いわゆる技術的侮辱（technical contempt）については、第3章第1節参照。

67 Lowe and Sufrin, *the Law of Contempt,* (3rd edn., Butterworth, 1996), 99.

68 *Contempt of Court ; a discussion paper,* (1978) Cmnd. 7145.

69 ヘイルシャム卿は、「フィリモア報告の主要な勧告をできる限り履行すること」、および「イングランドおよびウェールズの侮辱原則と、サンデー・タイムズ事件に関するヨーロッパ人権裁判所の決定との調和を図ること」等が1981

1981年法[70]は、サンデー・タイムズ事件を契機とし、上述のフィリモア委員会報告を参考にして立案された。ただし、1981年法は、侮辱原則すべてを包含する法律ではない点に注意が必要である。たとえば、1981年法は、妨害の意図に基づいて行われた侮辱については、コモン・ロー上の侮辱原則を適用する旨定めている（6条(c)）。また、公表による侮辱については、厳格責任原則の適用を受け継いでおり、この意味で、1981年法に規定されているものの中にも、コモン・ロー上の侮辱原則が引き継がれている部分がある[71]。

すでに述べたように、侮辱原則はその目的の広範さから、多様な行為形態に対する制裁を予定しているがゆえに、制定法のみによって、それらすべてを包含することは、困難である。したがって、あらゆる侮辱行為に対応していくためには、発展や拡張の可能なコモン・ローの適用の継続が望まれた。他方で、コモン・ロー上の侮辱原則には、修正を必要とされる部分が存在していたことは明らかであり、コモン・ローすべてが適用され続けるならば、1981年法の制定意義を欠くことになる。このような考慮から、1981年法が、コモン・ロー上の侮辱原則の一部を明確に廃止している部分がある。たとえば、公表による侮辱に対する厳格責任原則（strict liability rule）[72]の適用のあること自体は、コモン・ロー上の侮辱原則を踏襲した部分であるが、その適用範囲は、1981年法によって限定されている。このように1981年法は、コモン・ロー上の侮辱原則と並存しながらも、それを制御する役割をも担う法律として規定されている。

年法制定の目的であると述べている。415 HL Official Report (5th series) col 660, per Lord Hailsham.

[70] 1981年法について解説する論文として、以下を参照。See, *e.g.* Lowe, "The Strict Liability Rule" (1981) 131 New LJ 1167 ; Lowe, "Contempt of Court Act 1981" [1982] PL 20 ; Bailey, "The Contempt of Court Act 1981" [1982] 45 Modern LR 301 ; Miller, *supra note* 25 ; Cooke, "Contempt, the strict liability rule and the contempt of court act 1981" [1983] 5 Liverpool LR 35.

[71] 裁判所も、コモン・ローと制定法とが並存している状況について容認している。See, *A-G v News Group Newspapers plc* [1988] 2 All ER 906 at 920, per Watkins LJ.

[72] 厳格責任原則の適用される犯罪とは、行為の意図がいかなるものであったかという行為者の主観的要素を要件とすることなく、客観的要件が充足されたことのみをもって成立する犯罪をいう。厳格責任原則については第3章第1節参照。

以上のように、フィリモア委員会報告およびサンデー・タイムズ事件は、コモン・ロー上の侮辱原則を修正する契機となった。ただし、それらは、いずれも侮辱原則の廃止を目的とするようなものではなかった。しかしながら、そうであるからといって、コモン・ロー上の侮辱原則の中で、表現の自由に対して過度に制約を科していると思われる部分を存置することが望ましくないのは、明らかである。それゆえ、1981年法は、表現の自由の保障に配慮した規定を取り入れ、コモン・ローを修正している。このような1981年法の修正は、侮辱を認定するために用いられる基準の明確化や、抗弁規定の充実化にみられる。このように、現在の侮辱原則は、コモン・ローとこれを制御する1981年法を中心として、成り立っている。

第4節　小括

以上のように、侮辱原則は、800年ほど前のその発生期には、裁判所の権威に対する不敬を行った者に刑罰を科すために適用されていた。その後の発展によって、同原則は、適正な司法運営ないし公正な裁判を保護するために適用される原則と位置づけられるようになった。

この侮辱原則の、とりわけ公表に対して制裁を行う側面については、表現の自由を擁護する立場から批判がなされてきた。他方、イギリスでは、今もなお、メディアによって公正な裁判が妨害される場合、その侵害の程度が大きく、回復が困難であること等を理由として、公正な裁判を報道から保護する必要があると考えられている。その結果、現在の侮辱原則は、表現の自由との対立という問題点を乗り越えるため、曖昧な基準の改廃をなし、また、新たに抗弁規定等を設けた1981年法の制定によって、公正な裁判の保護と表現の自由の保護との調和を図るものとなっているのである。

では、1981年法は、表現の自由の保護と適正な司法運営ないし公正な裁判の保護との均衡を、いかにして図っているのだろうか。以下第3章では、公表による法廷侮辱罪の成立要件や、抗弁について考察することを通じて、この点を明らかにしたい。同時に、コモン・ローと1981年法とを通じて受け継がれている理念を考察することで、侮辱原則が排除の対象としている公表とそれを排除する目的についても明らかにしたい。

第３章　法廷侮辱罪

第１節　法廷侮辱罪の客観的要件と主観的要件

第１款　客観的要件と主観的要件の概観

すでに述べたように、法廷侮辱原則が保護するのは、適正な司法運営ないし公正な裁判である。ディプロック判事（Lord Diplock）が、1973年のタイムズ・ニューズペーパーズ社事件（貴族院）[73]において述べたところによれば、司法運営が保護されているといえるのは、以下の三点が満たされている場合だという[74]。すなわち、

・司法権へのアクセスが、市民に保障されていること[75]、
・予断や偏見がなく、裁判所の面前で適正に提示された証拠のみに基づく裁判所の判断が、市民にとって利用可能であり、信頼の置けるものであること、
・ある市民に対して裁判所が下した判断が他の者によって妨害されないことが、市民に保障されていること[76]

である。公表による侮辱罪に関して問題となるのは、この第二番目である。裁判所が公表によって予断を抱くに至った場合には、その裁判所の判断は信頼のおけないものとなり、市民は公正な裁判を期待することができない。それゆえ、そのような影響を与える公表を排除しなければ、適正な司法運営は全うされない。したがって、公表による侮辱が犯罪とされるのは、第一に予断のない公正な裁判所を保護し、第二にそのような裁判所に対する公衆の信頼を保護しなければならないという要請に基づくものだといえる。そして、このことについて

---

[73] *A-G v Times Newspapers Ltd* [1973] 3 All ER 54.

[74] *Ibid.*, at 72, per Lord Diplock.

[75] 第一番目の要求に反するとされる侮辱行為は、当事者に対して、不公正な圧力をかける行為である。この類型に当たる事例は、それほど多くはないが、これについては、不公正な圧力と公衆の正当な議論との境界線が曖昧であることが問題視されている。See, Lowe and Sufrin, *supra note* 67, 73.

[76] 第三番目の要求に反する行為は、司法制度全般について討論し、または意見を述べる行為である。このような行為が、特定の事件を妨害するとは考えにくいが、コモン・ローでは、このような公表であっても制限される可能性がある。

は、フィリモア委員会も同様の見解を示しており[77]、この理念は、1981年法によっても継続して保持されている。

ただし、コモン・ロー上、法廷侮辱罪の認定に当たっては、裁判が実際に妨害され、裁判所に予断や偏見が生じたという事実が立証される必要はないとされていた。この点につき、コットン判事（Cotton LJ）は、1889年のハント対クラーク事件[78]において「裁判所は、裁判官や陪審が妨害されたという結論に至る必要はない。もし、事案に関する適正な審理が妨害されそうだとすれば、その行為は、侮辱であり、また、そのような行為を抑制するための処罰の対象となる」[79]、と述べている。ここで述べられているように、侮辱に該当する公表行為は、客観的に見た場合に手続への妨害の危険（risk）を生じさせる公表であると一般に解されている[80]。したがって、コモン・ローにおける法廷侮辱罪の客観的要件は、「妨害の危険」が存在することであったといえる。

実際に裁判が妨害された場合、その裁判によって有罪判決を受けた被告人は、当該有罪判決の破棄を申立てることができる。このような方法によれば、現に妨害があったとしても、それにより侵害された被告人の利益は、回復可能であるといえるかもしれない。しかしながら、先に述べたとおり、イギリスの侮辱原則によって保護される適正な司法運営ないし公正な裁判の利益は、被告人あるいは当事者の利益ではなく、公衆の利益と解されている。この意味で、被告人の利益のみが回復される方法では、侮辱原則の目的を貫徹できない。したがって、裁判が実際に公正であることのみならず、公正を期してなされるべきことが重視される。このような考慮から、コモン・ロー上の侮辱原則は、妨害的行為に対するサンクションの適用よりも、妨害行為の防止に重点を置いていたのである。

以上のように、現実の妨害が生じてしまったあとでは、侮辱原則の目的であるところの公衆の利益を保護することが困難であるがゆえに、コモン・ローにおける法廷侮辱罪の客観的要件は、公表によって手続への妨害の危険が発生したことで足りると解されていた。この点は、1981年法においてもまた、原則的に受け継がれている。

---

77 *Cmnd.* 5794, *supra note* 55, at para 74.

78 *Hunt v Clarke* (1889) 58 LJ(NS)QB 490.

79 *Ibid.,* at 492, per Cotton LJ.

80 See, Lowe and Sufrin, *supra note* 67, 74.

また、コモン・ロー上、法廷侮辱罪の認定に際しては、例外なく厳格責任原則が適用されていたことに、注意が必要である。

厳格責任原則とは、行為の意図がいかなるものであったかという行為者の主観的要素を要件とすることなく、客観的要件が充足されたことのみをもって犯罪を成立させる原則をいう[81]。そもそも厳格責任原則は、19世紀なかばに公共の福祉を保護するために、市民活動や企業活動を大幅に規制する立法が行われたのと同時に発展してきた。これらの制定法が実現しようとしていた利益の確保のために、裁判所は、制定法の文言に行為者の主観的要素を特定する文言が含まれていないこと等を理由として、厳格責任原則を発展させたといわれている。このような厳格責任原則の適用が正当化される理由は、訴追側にとって被告人の主観的要素の立証が非常に困難なことにあるといわれている[82]。

厳格責任原則が適用される他の犯罪類型と同じく、侮辱原則の目的が公衆の利益の保護であることを根拠として、厳格責任原則は、公表を含めたすべての法廷侮辱行為について適用されていた。そしてその効果として、一般市民が法廷侮辱罪に問われる可能性のある行為をなすに当たっても、一定の注意義務が科されていたのである。

そもそも、厳格責任原則とは、行為者が行為に当たってその結果を誤認したり結果の予測を怠ったりしたに過ぎない場合であっても、当該行為者に刑罰を科そうとするものである。しかしながら、たとえば通常、一般市民は新聞の編集者などの職務に従事しておらず、自らの行為の結果を予測できない。このような職務上の責任を負っていない市民までもが、厳格責任原則の適用によって処罰されていたことは、市民に対して過度な負担を与えるという点で批判の対象となっていた[83]。この点の解決を含め、1981年法では、主に主観的要件に関

---

[81] Ormerod, *Smith & Hogan Criminal Law,* (12th edn., Oxford, 2008), 150. See, Lowe, "the strict liability rule" [1981] 131 New LJ 1167 and Cooke, *supra note* 70. 石堂淳「英米刑法における厳格責任」法学59巻5号（1995年）68頁70頁以下参照。

[82] 厳格責任原則がはじめて適用されたといわれている1846年のウッドロー事件（*R v Woodrow* (1846) 16 LJ (NS) MC 122）でのパーク判事（Parke B）の見解による。この理論的根拠は、その後の事例において厳格責任原則が適用された根拠とほぼ同じであるといわれている。See, Ormerod, *supra note* 81, 151.

[83] Cmnd. 5794, *supra note* 55, at para 80.

連して、大きな修正がなされた。

1981年法は、1条から7条にかけて、特定の法手続[84]を妨害する公表について扱っている。この中での大きな特徴は、1条以下において、厳格責任原則の適用を限定的に規定していることである。

> 1条　本法において、「厳格責任原則」とは、それにより、特定の法手続を妨害するおそれのある行為を、妨害の意図とはかかわりなく法廷侮辱として扱う法の原則を意味する。

このように、1条では、特定の手続を妨害する行為に対する厳格責任原則の適用を規定している。ただし、2条(1)は、以下のように規定している。

> 2条(1)　厳格責任原則は公表（publication）に関してのみ適用される。そしてここにいう「公表」とは、広く公衆に対して、もしくは公衆の一部に対して表現された演説、文章、[プログラムサービスに含まれるプログラム][85]、またはあらゆる形態の伝達方法をいう。

さらに、1981年法2条(2)は、厳格責任原則が適用される行為を、「妨害の実質的危険（substantial risk）」を作り出す公表に限定している。1981年法2条(2)は、以下のように規定している。

> 2条(2)　厳格責任原則は、問題となっている手続において、司法の過程が著しい妨害を受け、または不当な影響を受けるであろう実質的危険を生じさせる公表に対してのみ適用される。

ここにいう「妨害の実質的危険」とは、少なくとも文言上、コモン・ロー上の「妨害の危険」より限定的であり、2条(2)は、コモン・ロー上の侮辱原則による客観的要件を狭めるものであると考えられている[86]。

1条および2条(1)によると、まず、厳格責任原則の適用射程は、個別具体的な法手続に対する妨害行為に限定される。そして、さらにその射程は、2条(1)により限定的に定義された公表、すなわち個人的な伝達を除く公表であって、

---

[84] 個別具体的な事例に関する裁判を意味する。司法全般を侮辱する公表については、コモン・ローが適用される。

[85] 括弧内の文言は、1990年報道法（the Broadcasting Act 1990）203条(1)、附則20第31条(1)によって挿入された。「プログラムサービス」とは、テレビ放送、音声報道などを言う。1990年報道法201条参照。

[86] Lowe and Sufrin, *supra note* 67, 113.

２条(2)にいう妨害の実質的危険を生ぜしめる公表に限定される。ただし、このような定義に当たらない行為であっても侮辱となる場合もあるが、それらが侮辱と判断されるためには、６条(c)[87]により妨害の意図が立証されなければならなくなった。

つまり、1981年法は、コモン・ロー上問題視されていた個人による伝達に起因する侮辱行為については、厳格責任原則を適用しないものとしている。また、メディアによる公表についても、コモン・ロー上の侮辱原則よりも明確かつ限定的な客観的要件を規定することによって、表現の自由に対する過度な侵害を防止しようとしている。これらの修正点は、表現の自由を保護する観点からなされたフィリモア委員会の提案を、おおむね受け継いだものでもある[88]。

以上、コモン・ロー上の侮辱原則と1981年法それぞれにおける客観的要件および主観的要件の概観について述べてきた。これらの相違については、次のようにまとめることができる。

まず、コモン・ロー上の侮辱原則および1981年法のいずれも、公衆の利益たる適正な司法運営ないし公正な裁判の保護を目的とするものであるがゆえに、手続に対する実際の妨害が生じたことではなく、妨害の危険が発生したことを客観的要件として、侮辱行為を行った者に刑罰が科される。

次に、主観的要件については、コモン・ローは、行為者の主観的要件を問題とせず、客観的要件の充足のみで侮辱罪の成立を認める厳格責任原則を、すべての侮辱行為に適用していた。他方で、1981年法では、厳格責任原則の適用が公表に限定され、さらにその公表の行為形態も限定されている。これにより、厳格責任原則の適用範囲外にあるすべての行為については、妨害の意図の立証が必要とされる。さらに、厳格責任原則の適用のある公表による法廷侮辱についても、侮辱行為によって発生した危険の認定の際にはコモン・ローよりも限定的な基準が用いられ、この点でも、侮辱罪となる公表行為の幅は、実質的に縮小されている。

以上のように、1981年法が厳格責任原則の適用射程を限定したことにより、主観的要件に関しては、コモン・ローと1981年法との差異がみられる。ただし６条(c)は、厳格責任原則の適用範囲外の行為については、コモン・ローによ

---

87 ６条(c)については、第３章第１節第３款Ｂ参照。

88 Cmnd. 5794, *supra note* 55, at para 113.

り刑罰を科すことを可能としているので、コモン・ロー上の基準は、妨害の意図の立証のあることを要件として、1981年法制定後も適用される。以下では、コモン・ローおよび1981年法上の客観的要件および主観的要件につき、さらに詳述する。

第2款　客観的要件

A　コモン・ローの立場　（ⅰ）妨害の危険　侮辱を行った者に対する刑罰を決定する手続は、古くから陪審によらない手続によって行われている[89]。また、コモン・ローにおいて、その手続は、裁判所の申立てによって行われることが主流であった。この意味で、侮辱を行った者に刑罰を科す手続は、裁判所が独断で開始し、即決で行うことも可能であったから、当該手続を行う裁判所の権限は、非常に強力なものであった。そして、現に手続への妨害が発生したことではなく、妨害の危険が発生したことのみをもって刑罰が科される公表による侮辱の局面においても、この権限の強力さは例外ではない。裁判所のこのような強力な権限は、裁判所自身さえ、その濫用を懸念するほどのものであった[90]。

コモン・ローにおいて、侮辱を扱うこのような権限の濫用を抑制するために、裁判所は、客観的要件の制限を試みてきた。このことは、「技術的侮辱（technical contempt）」とよばれる法理の発展の中にみられる[91]。技術的侮辱の法理とは、いかなる行為が法廷侮辱罪を認定する手続の対象となりえるかを考慮する基準の一つである。この基準によれば、手続を妨害するような意見が公表された場合には、当該公表は、まず、技術的侮辱と評価される。そして、公表による危険の程度がわずかなものである場合、その公表は、侮辱を認定す

---

89 刑事法廷侮辱は、一種の刑事犯罪であるが、それを認定する手続は、独特な形態で行なわれる。法廷侮辱を扱う手続については、以下を参照。See, Lowe and Sufrin, *supra note* 67, 475 ff.

90 *The Republic of Costa Rica v Erlanger* (1877) 36 LT 332, at 333, per Jessel MR and *A-G v Times Newspapers Ltd* [1973] 3 All ER 54, at 74, per Lord Diplock.

91 技術的侮辱についての言及した事例としては、以下を参照。See, *e.g.*, *Hunt v Clarke* (1889) 58 LJ (NS) QB 490 and *A-G v Times Newspapers Ltd* [1973] 3 All ER 54.

る手続や刑罰の対象から外される。つまり、コモン・ローにおいては、客観的要件の評価は、二段階に分けられていた。はじめに、行為そのものが形式的に侮辱とみなされるか否かが判断され、次に、その行為によって生じる危険の程度が判断され、この二つの要件の両方を充足する行為が、侮辱罪を認定する手続の対象となると考えられていたのである。

この技術的侮辱の概念の意味するところは、コモン・ロー上の侮辱罪の客観的要件が、刑罰を科すことが正当化されないほど些細な危険しか発生させない行為をも、包含していたことを意味する。コモン・ローにおいては、法廷侮辱罪の客観的要件が、あまりにも幅広い行為を包含するがゆえに、技術的侮辱の概念を用いて、危険を生じさせる程度の低い行為を侮辱罪の対象から除外しなければ、侮辱行為を処罰する権限の濫用を抑止できなかったのであろう。

では、刑罰を科すことや命令を下すことが正当化されるほどの、手続妨害の危険を生じさせる公表とは、いかなるものであろうか。コモン・ロー上、侮辱となる行為の基準は、1960年のダフィー・ナッシュ事件[92]判決の中で示されている。

この事件では、重傷害に関する罪で有罪判決を受けた被告人の性格や素行について、ある新聞紙上で公表が行われた。公表の時点で、被告人に対する判決言い渡しはすでに終了しており、公表によって影響が生じるとすれば、それは上訴審を扱う裁判官に対するものであった。パーカー判事（Lord Parker CJ）は、上訴審を扱う裁判官が公表による影響を自ら排除することができるとしたうえで[93]、当該公表による法廷侮辱は成立しないと判断した。その際、パーカー判事は、侮辱罪を構成する行為を、「[妨害の－引用者注] 現実的危険が存在する」[94]行為と位置づけた。

また、同じく侮辱となる行為の基準について、レイド判事（Lord Reid）は、1973年のタイムズ・ニューズペーパーズ社事件（貴族院）で以下のように述べている。すなわち、「何らかの、しかし小さな[妨害の―引用者注]可能性しか

---

92 *R v Duffy, ex p Nash* [1960] 2 All ER 891.

93 *Ibid.,* at 895, per Lord Parker CJ. ただし、上訴を扱う裁判官、すなわち職業裁判官がこのような影響から免れうるか否かについては、争いがある。第4章第1節参照。

94 *Ibid.,* at 896, per Lord Parker CJ.

存在しないとしたら、その可能性は、裁判所による処罰を否定するような影響を及ぼすだろう」[95]、というのである。この「何らかの」可能性しか有さない行為を、刑罰を科すに値しないものとしたレイド判事の意見は、それ以前のコモン・ローにおける技術的侮辱の定義[96]をさらに狭めるものであったと解されている[97]。このように、刑罰を科すことが可能な行為についての定義がなされたことは、判例上、客観的要件の明確化が進められたことを意味し、「妨害の危険」の概念は、事実上縮小されつつあったものと思われる。

（ⅱ）侮辱行為によって妨害される手続　以上のように、コモン・ローにおいては、手続に対する妨害の危険の発生を理由として、公表による侮辱行為が認定されていた。そして、ある公表によって手続が妨害される危険性が現実的なものでない場合、またはその危険性がわずかな場合には、その公表に対しては刑罰が科されていなかった。それでは、ここでいう妨害の対象となる手続とは、いかなるものを指していたのであろうか。

コモン・ローにおいては、それは、特定の事件について現に審理を行っている裁判手続であるとされていた[98]。しかし、1973年のタイムズ・ニューズペーパーズ社事件（貴族院）[99]において、「プレジャッジメントの基準」[100]が提示されたのを受け、侮辱原則によって保護されるべき手続の範囲は、いったん拡大した。

プレジャッジメントの基準とは、裁判所に係属している事例について、報道機関等がその事例に関する何らかの判断を事前になし（prejudge）、それを公表した場合、そのような公表が当該裁判所の判断権を奪うものであるとして、その行為を侮辱とみなす基準である。つまり、報道機関等が事前になした判断（prejudgement）が、裁判所に対して予断や偏見を生ぜしめたか否かは問題ではなく、裁判所の判断権を奪うこと自体が侮辱とみなされていたのである。この基準を提示した貴族院は、そのような判断が裁判所の権限に対する侵害に当

---

95 *A-G v Times Newspapers Ltd* [1993] 3 All ER 54 at 63, per Lord Reid.

96 *Hunt v Clarke* (1889) 58 LJ (NS) QB 490, at 491-2, per Cotton LJ.

97 Lowe and Sufrin, *supra note* 67，77．

98 ただし、公表の時点で、妨害の対象となった手続がどのような段階にあるかによっては、侮辱罪が成立しない場面も存在していた。公表の時期に関しては、第3章第2節第2款参照。

99 *A-G v Times Newspapers Ltd* [1973] 3 All ER 54．

100 「プレジャッジメントの基準（prejudgement test）」については、注48も参照。

たると考えていた。また、裁判が証拠法則等の手続上の原則に則って行なわれる一方で、プレジャッジメントは、いかなる原則にも基づかず、また正当な根拠なく行われる可能性のある点も、プレジャッジメントが侮辱と判断される一要因であった。1973年の貴族院判決は、プレジャッジメントによる侮辱行為によって妨害を受ける手続について、それが特定の事件だけではなく、司法運営全体を指すとした。これは、手続がいまだ係属していないような事例、または手続が停止されているような事例等に対する公表についても、侮辱原則の適用を拡大しようと試みたものであると思われる。

しかしながら、第2章で述べたように、このプレジャッジメントの基準は、ヨーロッパ人権裁判所によって、ヨーロッパ人権条約違反と判断された。したがって、結果的には、貴族院によってこのように拡大された「侮辱の対象となる手続」の範囲は、その後の1981年法制定によって、再び縮小されたのである。

（iii）小括　以上のように、コモン・ロー上の侮辱原則における法廷侮辱罪の客観的要件は、妨害の危険の発生であった。パーカー判事とレイド判事の意見が提示されるまでは、その「妨害の危険」とは、技術的侮辱の概念を用いて、客観的要件を二段階に分けて判断しなければならないほど幅広い内容を意味していた。また、1973年のタイムズ・ニューズペーパーズ社事件（貴族院）において、プレジャッジメントの基準が提示され、妨害の対象となり得る手続が拡張されたことにより、侮辱罪に該当する行為類型は、いったん広がりを見せた。具体的な危険が存在しないにもかかわらず、公表を制限するという点や、プレジャッジメントの基準による侮辱罪の広がりという点では、コモン・ローは、表現の自由を軽視する傾向にあったといわざるをえない。このようなコモン・ローの客観的要件は、幅広く、不明確であるという問題点を孕み、これについてはフィリモア委員会も指摘していた。以下では、フィリモア委員会によるこの点に関する提言と、1981年法について、公表による侮辱罪の客観的要件がどのように変化したかを見ていく。

B　1981年法の立場　上述のようなコモン・ローの問題点を受けて、フィリモア委員会は、制定法により、侮辱罪の成立要件を修正する必要があると考えた[101]。フィリモア委員会が提案した客観的要件の修正は、以下のような点に

[101] Cmnd. 5794, *supra note* 55, at para 112.

見られる[102]。第一に、コモン・ロー上、手続への妨害を表す際には「妨害する（interfered with）」という幅広い意味を包含する文言が多く使用されていたが、侮辱原則が排除の対象としているのは、偏見を受けての「不当な影響（prejudice）」や「障害や妨害（obstruction）」であることが認められた。第二に、侮辱原則が回避しようとしているのが「著しい危険」ではなく「著しい妨害」そのものである点を明らかにしようと試みた。これは、いわゆる技術的侮辱の不明確な概念を排除するための試みであった。第三に、コモン・ロー上での客観的要件については、「手続を妨害するかもしれない（may）行為」や、「手続を妨害しそうな（calculated）行為」といった表現が用いられていたが、より明確な妨害の可能性を示す「手続が妨害されるであろう（will）行為」という表現を使用することを提案した。

フィリモア委員会によるこれらの提案の結果、1981年法では、1条で「特定の法手続を妨害する（interfere with）」行為にのみ、厳格責任原則の適用が規定されている。また、2条(2)によれば、「問題となっている手続において、司法の過程が著しい妨害を受け、または不当な影響を受ける（impeded or prejudiced）であろう（will）実質的危険」を作り出した公表のみが、厳格責任原則のもとで侮辱罪を構成する。すなわち、厳格責任原則が適用される行為については、妨害されるであろう手続が特定されていること、および妨害の危険が実質的であり、手続に対する重大な妨害を生じさせるであろうことが、客観的要件となる。

この「実質的な」という文言が付加されたことを除いて、1条および2条(2)は、フィリモア委員会によって提案された基準をもとに規定されている[103]。1981年法によって規定された公表による侮辱罪の客観的要件は、上述のような

---

[102] *Ibid.*, at para 113.

[103] フィリモア委員会報告書の中の文言は、以下のとおりである。「われわれは、特定の手続に影響を与えたと申立てられている公表に関して、以下のような制定法の定義を提案する。『侮辱［が成立すると判断される―引用者注］基準とは、申立てられた公表が、司法の過程が著しい妨害を受け、または不当な影響を受けるであろう（will be seriously impeded or prejudiced）危険を生ぜしめるか否かである』」（Cmnd. 5794，*supra note* 55,at para 113.）。この提案の「特定の手続に対する妨害」という部分については1981年法1条に、侮辱の基準については2条(2)に反映されている。

修正により、コモン・ロー上の侮辱罪の客観的要件を大幅に縮小しているのである。そして、このような規定によって、技術的侮辱にしか該当しない行為は、少なくとも厳格責任原則のもとでは侮辱罪とならず、さらに手続の対象ともならないことが認められた[104]。裁判所も、２条(2)の解釈に当たって、同様の見解を採っており、たとえば1983年のタイムズ・ニューズペーパーズ社事件（ファーガン事件）[105]において、レーン判事（Lord Lane CJ）は、「著しい妨害の実質的な危険」について、次のように説明している。すなわち、行為に対して刑罰を科すためには、手続への著しい妨害というわずかで些細な危険が発生したことでは足りず、また、手続へのわずかな妨害という実質的な危険が発生したことでも足りない、という[106]。

このように、1981年法によれば、厳格責任原則の下で、コモン・ローにおける技術的侮辱にしか該当しない行為は、もはや侮辱罪の射程外にあり、さらに、プレジャッジメントの基準の適用場面のように、妨害の対象となる手続が特定されない場合にも、そのような行為は、侮辱罪の射程外となっている。1981年法は、侮辱罪の成立範囲を、制定法の文言によって制限したのである。他方で、このような1981年法による客観的要件の明確化によっても、手続が実際に妨害を受けたことではなく、その危険が発生したことをもって侮辱罪を認定する点は、変更されることはなかった。つまり、手続に対する妨害が現に生じてしまっ

---

104 さらに、フィリモア委員会は、委員会が提案した基準に当てはまる公表であっても、公衆の要請に照らして、刑罰を科すことが望まれないような公表が存在するかもしれないと考えた。そのような公表の例としては、侮辱を申立てられた公表に対して手続を行うことにより、本来ならば公にされるべきでない当該公表の内容をさらに目立たせるような場面が挙げられている。この点については、法廷侮辱が行われたことを裁判所に申立てる裁量を、法務総裁に排他的に与えることによって、柔軟な運用が期待できると考えていたようである（Cmnd. 5794, *supra note* 55, at para 114.）。この提案は1981年法に引き継がれた（1981年法７条）。

105 *A-G v Times Newspapers Ltd* (1983) *Times*, 12 February (the *Fagan* case).

106 1981年法における法廷侮辱罪の客観的要件の基準が、単なるコモン・ロー上の客観的要件の言いかえではないことは、すでに周知されている。See, *e.g. A-G v Independent Television News Ltd* [1992] 2 All ER 370 and *MGN v Bank of America* [1995] 2 All ER 355.

たあとでは、侮辱原則の目的たる公正な裁判および適正な司法運営の保護が全うできないので、危険発生のみで処罰できるという点は、1981年法においても維持されたのである。

第3款　主観的要件

A　コモン・ローの立場　本節第1款で述べたように、コモン・ローにおいて法廷侮辱罪が認定される場合には、厳格責任原則が適用されていた[107]。公表による侮辱罪の認定に当たって厳格責任原則が適用された1954年のイブニング・スタンダード事件[108]では、予備審問の手続を傍聴した記者が、法廷内で傍聴した証言の内容を誤って編集部に伝達し、その内容が新聞紙上で公表された。ゴッダード判事（Goddard CJ）は、この間違った報告が意図的になされたものではないことを認め、そのことが刑罰の減軽事由には当たると認めたが、法廷侮辱罪の成立は否定しなかった。この判断に当たって、同判事は、以下のように述べた。

> 「それ［公表―引用者注］が［公表の対象となった手続の―引用者注］被告人に好意的に働くか、または批判的に働くかは、裁判所が介入するか否かの基準ではない。裁判所は、誤った報告が世の中に出ることを阻止し、または審理される前の事案に対する不適切な言及もしくは考察を阻止し、刑罰を科すために介入するのである」[109]。

すでに述べたように、そもそも厳格責任原則の適用が裁判所によって拡大された理由は、行為者の主観的要素を立証する訴追側の負担を削減することによって、公衆の利益の保護という目的を達成することであった[110]。厳格責任原則が法廷侮辱罪について適用される理由もまた、侮辱原則の目的が適正な司法運営ないし公正な裁判の保護という公衆の利益であることにある。さらに、ゴッダード判事が明確に述べているように、侮辱行為の防止という点にも、厳

---

[107] See, Ormerod, *supra note* 81, 154.S.W. スチュアート・大谷実、熊谷忝佑訳『現代イギリス刑法 ― その基本原理の改革の動向 ―』（成文堂・1974年）81頁参照。

[108] *R v Evening Standard* [1954] 1 All ER 1026.

[109] *Ibid.*, at 1030, per Goddard CJ. 同事件では、結果的に、記者に対しては、刑罰は科されなかったが、公表の責任を負うイブニング・スタンダード社に対しては、罰金が科された。

[110] 厳格責任原則の発展については、第3章第1節第1款参照。

格責任原則が適用される理由があった。

このように、コモン・ロー上、法廷侮辱罪の認定に際しては、厳格責任原則が適用されていたので、行為者の意図が立証される必要はなかった。ただし、量刑を決定する場合には、行為者の主観的要素を判断することが必要とされており、妨害の意図を有してなされた行為と、妨害の意図なくしてなされた行為とでは、前者の方が重大な犯罪とみなされていた。

以上のように、コモン・ローでは、手続妨害の危険が存在する場合には、厳格責任原則の適用により、主観的要件が満たされているか否かを検討することなく、侮辱罪が認定されていた。さらには、以下で述べるように、妨害の意図に基づく行為の場合には、手続妨害の危険の発生が認められなくても、侮辱が成立するとした判例もある。

妨害の意図に基づいて行われた行為の結果、手続妨害の危険が生じなかったにもかかわらず、侮辱罪の成立を認定した先例としては、1837年のチャルトン事件[111]が挙げられる。この事件では、行為者が、特定の事例を審理している裁判官に脅迫状を送付することによって、特定の判決に至らしめようと試みた。当該行為が手続妨害の意図をもって行われたことは明らかであったが、それにより手続妨害の危険は発生しなかったと判断された。その判断の中で、この事件を審理した大法官は、以下のように述べた。

> 「本件のような…企てが実際に何らかの影響を与えるとは思われないけれども、このような事例において刑罰が科されないとしたら、次に、より重大な結果が起こるに違いないということは、明らかである。…司法の過程を誤った方向へそらす目的を有するすべての書物、手紙、または公表は、法廷侮辱に当たる」[112]。

同じく、比較的近年の判例においても、妨害の危険が生じないにもかかわらず、妨害の意図をもって行われた行為に対して、法廷侮辱罪成立の可能性を示唆したものがある。1960年のダフィー・ナッシュ事件[113]では、ある新聞社が、重傷害の罪で有罪判決の言い渡しを受けた被告人の素行と性格について論評する記事を公表し、当該公表が侮辱罪に当たるか否かが争われた。この公表は、

---

111 *Ludlow Charities, Mr. Lechmere Charlton's Case*（1837）6 LJ (NS) Ch 185.

112 *Ibid.*, at 188.

113 *R v Duffy, ex p Nash* [1960] 2 All ER 891.

判決言い渡しの翌日に行われており、公表によって影響が生じるとすれば、それは上訴審裁判官に対するものであった。しかし、公表について侮辱罪を認定する本件手続においては、上訴審の裁判官は公表による影響を排除する能力を有していると判断された。上訴審裁判官が公表による影響を受けないという判断に照らすと、手続への妨害は生じないかのように思われるにもかかわらず、パーカー判事（Lord Parker CJ）は、「問題となっている記事が、上訴審の決定に影響を与えるという意図に基づく活動の一部を形成していたとしたら」[114]、その記事が侮辱とみなされる可能性があったと判断した[115]。

このように、コモン・ロー上、手続妨害の危険が生じなくても、それが妨害の意図に基づく行為であれば、侮辱罪の成立を認める判例があった。しかしながら、そのような行為が、妨害の意図という主観的要素の存在を理由として、侮辱罪を構成することになれば、それは、技術的侮辱にしか該当しない行為を処罰の対象から排除するなど、侮辱罪の枠を狭めようとしてきた近年の判例の潮流に反することとなる。このような侮辱罪の主観的要件に関する問題は、以下で述べる1981年法により、明確化が図られることとなった[116]。

B　1981年法の立場　コモン・ローにおける厳格責任原則の適用について、フィリモア委員会は、「とくにプレスによる公表という場面では、厳格責任原則を適用することが、一見したところ厳しすぎるように思われる一方で、…プレス側の見解においては、それほど重大な批判はなされなかった。そして、…

---

[114] *R v Duffy, ex p Nash* [1960] 2 All ER 891 at 894, per Parker CJ.

[115] 実際には、当該公表の内容が被告人の有罪を主張するものであった一方で、被告人は判決の言い渡しについてのみ上訴していたがゆえに、当該公表によって、判決言い渡しについての影響が生じないとして、当該公表は侮辱でないと認定された。

[116] 1981年法施行後の、1987年のニューズペーパー・パブリッシング社事件（*A-G v Newspaper Publishing plc* [1987] 3 All ER 276）は、公表の時点で妨害の対象となった手続が「進行中（active）」（公表の時期については第3章第2節第2款参照）ではなかったので、コモン・ローによって扱われた。この事件で、ジョン・ドナルドソン判事（Sir John Donaldon MR）は、弁護人の意見に賛同し、客観的要件を欠く場合には、妨害の意図の存在のみで侮辱罪の成立を認定することはできないとの見解を示した（at 303）。

司法運営において、侮辱原則によって適用される厳格責任原則をそのままにすることがなお要求されていることにつき、われわれは得心している。なぜなら、公表による侮辱行為の影響は、司法運営に対して重大な害悪を生ぜしめるからである」[117]、と述べた。このように、フィリモア委員会は、メディアによる侮辱行為が司法運営に対し重大な害悪を引き起こすこと認めていたので、公表による侮辱罪について厳格責任原則を適用するという立場は、1981年法でも引き継がれることとなった。ただし、コモン・ローにおいてすべての侮辱行為に対して厳格責任原則が適用されていた点については、修正の必要性が認められた。では、1981年法は、主観的要件についていかなる規定をしているのであろうか。

1981年法1条および2条の定める主観的要件によれば、特定の手続を著しく妨害する実質的危険を生じさせる公表に対しては、厳格責任原則が適用される。このような1981年法の姿勢は、全ての侮辱行為に厳格責任原則を適用していたコモン・ロー上の侮辱原則をかなり制限するものである。ただし、1981年法6条(c)によれば、厳格責任原則の適用されない侮辱行為の一部も、なお、処罰の対象とされている。同条は、以下のように規定している。

> 6条(c)　本法5条以前の規定は、司法運営に不当な影響を与えることを意図する行為について法廷侮辱の責任を制限するものではない。

6条(c)の規定は、妨害の意図に基づく侮辱行為については、1981年法が新たに規定した「公表」の定義（2条）に該当しない行為についても処罰が可能であること、および、抗弁規定（3条から5条）が利用できないことを意味している。このような妨害の意図に基づく侮辱行為に対しては、1981年法ではなく、コモン・ローが適用されることになる。

このように、1981年法は、妨害の意図に基づく侮辱行為の場面を除いて、厳格責任原則の適用範囲を縮小した。この1981年法による主観的要件の修正は、どのように解されるだろうか。そもそも、厳格責任原則は、抑止の要請に基づくものであるという見解がある[118]。そして、この厳格責任原則を縮小する1981年法は、侮辱行為に対する抑止の効果を減少させるという指摘もある[119]。たしかに、結果として、手続に対する危険が生じなかったとしても、公表の時点

---

117 Cmnd. 5794, *supra note* 55, at para 20.

118 *A-G v English* [1982] 2 All ER 903 at 918, per Lord Diplock.

119 See, Lowe and Sufrin, *supra note* 67, 134.

でそのような危険が認められる場合に、厳格責任原則をもって刑罰を科すならば、そのことは抑止につながるだろう。しかしながら、厳格責任原則の適用によって実現しようとしている抑止が、かつてのコモン・ローのように幅広い行為に向けられているとしたら、表現の自由に対する制約は、あまりにも大きい。繰り返し述べているように、表現の自由との均衡は、フィリモア委員会によっても考慮され、1981年法制定の目的のひとつであった。このことから考えると、厳格責任原則の限定適用が、公表による法廷侮辱の抑止効を減少させる可能性はあるが、1981年法1条および2条の制限を越えて侮辱罪の適用を拡大することは、できない。このように主観的要件について、1981年法が、表現の自由に対する譲歩を見せる部分がある一方、妨害の意図に基づく侮辱に対してコモン・ローを適用するという点では、侮辱原則は、なお強力な作用を及ぼす。このように1981年法の主観的要件が厳格責任原則の限定適用とコモン・ローを並立させているため、侮辱原則の機能は、必ずしも弱められてはいないのである。

第4款　小括

以上のように、コモン・ローにおける法廷侮辱罪の客観的要件および主観的要件には、不明確な点が多く、また公表人が法廷侮辱罪について刑罰を科される可能性が大きく開け放たれていたことによって、表現の自由に対する間接的な圧力が加えられていた。そして、このようなコモン・ロー上の問題点の解決を目的のひとつとして、1981年法は制定された。たしかに、1981年法は、侮辱行為すべてを包含するものではないため、コモン・ローへの依拠を継続している場面がある。しかしながら、その客観的要件においては、特定の手続を著しく妨害する実質的危険を生じさせる公表のみに厳格責任原則を適用することによって、コモン・ロー上の「妨害の危険」という概念の拡大を抑制しようとしている。また、主観的要件においては、厳格責任原則の適用対象を限定することによって、その他の行為については妨害の意図に基づくものを処罰の対象としている。

このような修正により、基準の明確化や解釈拡大の抑制が図られたものの、客観的要件については、妨害の危険の発生をもって侮辱の成立を認める原則が1981年法以降も受け継がれているし、主観的要件についても、公表による侮辱に対して厳格責任原則が適用される点は変更されていない。これらの点に鑑みると、コモン・ローと1981年法とを通じてみられる侮辱原則の特徴としては、

手続に対する妨害の事前の抑止を図ろうとする姿勢と、公表による手続妨害に対する危機感の存在が挙げられるだろう。

法廷侮辱罪の客観的要件および主観的要件という観点からは、以上のようなコモン・ロー上の侮辱原則の修正と継続を確認することができた。1981年法においては、この他にも、客観的要件の一部であるところの「公表」の定義、および抗弁等が新たに規定された。次節以下では、これらの規定につき、コモン・ロー上の侮辱原則との比較をしながら検討していくことにする。

第2節　「公表」の定義

第1款　「公表」の定義の概観

A　コモン・ローの立場　公表による法廷侮辱罪の成立が成立するためには、何らかの資料が現に公表されたことが要件となる[120]。しかしながら、法廷侮辱罪にいう「公表（publication）」がいかなる行為を意味するかについては、コモン・ロー上、ほとんど議論されていないようである。公表がなされたという事実は、公表による法廷侮辱罪が成立する要件ではあるけれども、公表は、法廷侮辱の手段、すなわち手続に対する妨害の危険を生ぜしめる手段に過ぎない。つまり、法廷侮辱が行われた場合に、それが何らかの伝達行為に起因するものであったならば、その法廷侮辱は、公表による法廷侮辱と捉えられてきたのである。

公表による法廷侮辱では、公表内容が手続に関与する者またはその可能性のある者にとって閲覧可能な状況になってはじめて、手続妨害の危険が生じうるのであるから[121]、コモン・ロー上、法廷侮辱を構成するような公表の相手方は、公衆でなくても足りることになる。たとえば、ある特定の事件に関与している

---

[120] See, *R v Griffiths, ex p A-G* [1957] 2 All ER 379, at 382, per Goddard CJ.

[121] たとえば、1956年のオドハム・プレス社事件（*R v O'dham's Press Ltd, ex p A-G* [1956] 3 All ER 494）のなかで、ゴッダード判事（Lord Goddard CJ）は、「法廷に陪審として召喚されるであろう人々のうちの、少なくとも数人によって、当該記事[侮辱罪に問われた記事―引用者注]が読まれたという強い蓋然性が存在するので…、[記事が―引用者注]公正な裁判を妨害する傾向にあること以外になんら想像できない」（at 496）と述べ、手続妨害の可能性を認めた。

証人または陪審員に対して、その事件に対する妨害的な意見を含む手紙を送付するような場合には、個人に対する伝達であるにもかかわらず、それは「公表」とみなされうる[122]。反対に、新聞による伝達であっても、その流通範囲や発行部数のいかんによっては、手続に関係する人々がその公表内容を目にしない場合も考えられ、この場合、それは公表されたものと評価されない。

さらに、判例においては、公表の媒体がいかなるものであっても問題とならないことが認められていた。新聞または雑誌に含まれている「言葉」はもちろん、演説[123]や写真[124]等を用いた公表によっても、手続妨害の危険が生じると考えられていた。また、時代の変遷とともに、映画館でのフィルム上映[125]や、ビデオ録画機器等の普及以降では、テレビ放送も、侮辱罪となりうると判断されている[126]。

以上のように、コモン・ロー上の法廷侮辱罪にいう公表とは、手続に関与する者またはそれらの者を含む公衆一般に対してなされた伝達であって、それによって手続妨害の危険を生ぜしめるすべての行為を指していたといえる。さらに、公表の媒体がいかなるものであるかも問われないのであるから、法廷侮辱罪にいう「公表」の定義をコモン・ローの中から探ろうと試みるならば、手続に対する現実的な危険を生ぜしめたと判断された伝達行為は、すべて「公表」を構成していたともいえる。

コモン・ローでは、公表による侮辱行為であっても他の類型の侮辱行為であっても、等しく厳格責任原則を適用されるがゆえに、行為の形態による客観的要件の区別は必要なかったのかもしれない。しかしながら、前節で述べたように、そのような厳格責任原則が、ニュースメディア等の専門職に従事する者のみならず一般市民に対しても適用されることについては、問題が指摘されて

---

122 このように、手続関与者に、手続を妨害するような内容を直接伝達した場合には、コモン・ロー上、「妨害の意図に基づく侮辱」とみなされていたようである。See, Lowe and Sufrin, *supra note* 67, 86.

123 See, *R v Castro* [1861-73] All ER Rep 1017.

124 *R v Daily Mirror, ex p Smith* [1927] All ER Rep. 60. See, *R v Gilham* (1828) Mood & M 165.

125 See, *R v Hutchison, ex p McMahon* [1936] 2 All ER 1514.

126 See, *A-G v London Weekend Television Ltd* [1972] 3 All ER 1146.

いた。フィリモア委員会においても提案されたように[127]、市民による個人的な伝達についても厳格責任原則を適用することは正当でなく、また現実的でもないだろう。このような考慮の結果、1981年法では「公表」という文言の明確な定義がなされることとなったのである。

B　1981年法の立場　上述のように、コモン・ローは、公表の定義について、それが、幅広い伝達手段を意味するものと位置付けていたけれども、その定義は、明確さに欠けていた。フィリモア委員会による提案の結果、1981年法２条⑴は、公表について、以下のように定義している。

> ２条(1)　厳格責任原則は、公表に関してのみ適用される。そしてここにいう「公表」とは、広く公衆に対して、もしくは公衆の一部に対して表現された、演説、文章、[プログラムサービスに含まれるプログラム]、またはあらゆる形態の伝達方法を含む。

このように、1981年法２条⑴前段は、厳格責任原則の適用を「公表」による侮辱行為に限定している。この規定により、公表による法廷侮辱とその他の行為による法廷侮辱は、厳密に区別されることになった。その区別のために、２条⑴後段は、「公表」を新たに定義している。ここで「あらゆる形態の伝達方法を含む」と規定しているのは、法廷侮辱罪の認定に当たって、公表の媒介物がいかなるものであるかを問わないというコモン・ロー上の立場を引き継ぐものである。他方、「広く公衆に対して」という点は、上述のフィリモア委員会による提案により、厳格責任原則の適用から個人の行為を排除することを目的とするものである。ただし、この点について、「公衆の一部に対して」という文言が付加されたことにより、２条⑴は、フィリモア委員会の提案よりも幅広い行為を包含するものとなった。公衆全体よりも少ない人数に対してなされた公表であっても、厳格責任原則の適用がふさわしい場合が存在すると考えられていたため[128]、それらを包含するためにこの「公衆の一部に対して」という

---

[127] Cmnd. 5794, *supra note* 55, at para 80.

[128] 416 HL Official Report (5th Series) col 180, at 181. マッケイ判事（Lord Mackay）とサイモン判事（Lord Simon）による意見である。その例としては、読者が限定されているにもかかわらず、公に出版される公表物（たとえば専門誌など）が挙げられる。

文言が追加された。しかし、この文言を追加したことによって、「公衆の一部」をさらに定義する必要が生じた。

1981年法案に関する議論において、「公衆の一部」とは、「個人の集合」との対比において用いられる文言であるとされていた[129]。法廷侮辱の文脈では、「公衆の一部」の定義は、その中に、手続に関与する者が含まれるか否かという点を基準として考えることができる。ただし、2条(1)を制定するに当たって、一般市民に対する厳格責任原則の不適用が考慮された経緯に照らすと、個人間の伝達は、公衆の一部に対する公表の定義から除外されなければならない。さらに、個人間の伝達が、厳格責任原則の適用される「特定の手続を著しく妨害する実質的危険」を現実的に作り出す公表であるとは考えにくい。以上のことより、「公衆の一部」を定義することはたしかに困難ではあるけれども、厳格責任原則の射程や公表による法廷侮辱罪の客観的要件に照らすと、個人間の伝達は、公衆の一部に対する公表から除外されるものと思われる。

第2款　公表の時期

公表による侮辱罪の成否を判断するに当たっては、それが裁判手続のどの時期に公表されていたかという点が、重視される。なぜなら、第一に、公表による手続妨害の蓋然性が、その公表がなされた時点にさかのぼって判断され、第二に、公表による法廷侮辱罪の成立時点が、手続に影響を及ぼしうる時期に限定されているがゆえに、同じ公表内容であっても、その時期によっては、法廷侮辱罪の成否の分かれる場面が存在するからである[130]。では、公表が侮辱罪となるのは、手続がどのような段階にある時であろうか。本節では、公表の時期に関する論点につき、コモン・ローと1981年法の観点から考察する。

---

129 *Ibid.*

130 たとえば1927年のデイリー・ミラー・スミス事件（*R v Daily Mirror, ex p Smith* [1927] All ER Rep 503）では、被告人の同一性確認パレード（identification parade）に先立ち、当該被告人の写真が新聞紙上で公表された。公判で、同一性の問題が結局生じなかったにもかかわらず、この公表行為は、侮辱罪にあたると判断された。その理由は、当該公表の行われた時期が、同一性確認パレードが行われるか否かがいまだ明白でない時点であったので、その時点では、当該公表が妨害の危険を生ぜしめていたからであった。

A　コモン・ローの立場　（ｉ）開始点　コモン・ローにおいて手続妨害の危険が生じると評価される時期は、手続が「係争中（pending）」であるか、「差し迫っている（imminent）」時期であるとされている。しかし、この定義は曖昧であり、問題がある[131]。なぜなら、あまりにも早い段階での公表についても侮辱罪の成立を認めるならば、それは表現の自由を過度に侵害し、また、この侮辱罪成立の時期が明確でないことによって、表現に対する萎縮効果を生み出す可能性もあるからである。コモン・ローでは、いかなる時点から、侮辱行為の対象となる手続が開始されたとみなされるのであろうか。

19世紀には、「係争中」の手続に対する公表について法廷侮辱罪が成立しうることが確立していたといわれている。しかしながら、「係争中」の意義については、ほとんど注意が払われていなかった[132]。20世紀の初頭になって、ようやく、二つの判例によって、公表による法廷侮辱罪の適用範囲という意味での「係争中」の概念が、具体的に理解されるようになった。

まず、1903年のパーク事件[133]においては、公表の対象となった手続において被告人が裁判に付されていなかったにもかかわらず[134]、当該公表に侮辱罪が適用された。この判例によれば、公表の対象となった手続が具体的にどのような段階にあるかということは、考慮されていなかったようである。この事件の判決において、公表の対象となった手続が、「係争中」という文言を用いて表されていたことはたしかであるが、この「係争中」という文言が、「裁判が行なわれている」といったことを意味するのではなかったこともまた確かである。

パーク事件後の、1910年のクラーク・クリッペン事件[135]では、公表の対象となった手続が公表の時点においてどのような段階にあったかという点が、考

131　Lowe and Sufrin, *supra note* 67，235.

132　*Ibid.*, 236. See, *R v Castro* (1873) LR 9 QB 219.

133　*R v Parke, ex p Dougal* [1900-3] All ER Rep 721.

134　公表の時点で、当該被告人は、治安判事小法廷（petty session）に身柄を拘束されていた。当時、公表による侮辱は、上位裁判所に係属中の事例に限って刑罰を科されていたので、上位裁判所に該当しない治安判事小法廷での手続は、侮辱の対象とみなされていなかった。それゆえ、この意味で、係争中の手続は、なんら存在していなかったと考えられていた。

135　*R v Clarke, ex p Crippen* [1908-10] All ER Rep 915.

慮された。この事件においては、公表の対象となった手続の被疑者が、カナダ沖海上の船舶上で逮捕され、適正な手続により彼がイングランドに戻されることを目的として、1881年逃亡犯罪者法（the Fugitive Offenders Act 1881）の措置に基づき、ケベック州の裁判所に送られた。当該被疑者が裁判のためにロンドンに移送されている途中ではあったが、まだ正式に訴追（charge）されていなかった時点で、彼が自白をしたとの公表がなされた。この公表につき、ダーリン判事（Darling J）は、裁判所による令状発付等の法的な行為により、刑事手続がひとたび正式に開始されると、手続は「係争中」とみなされる[136]、と判断した。また、同事件のコレリッジ判事（Lord Coleridge J）も、「…治安判事が令状を発付した後には、…その後になされたものであって、司法運営を妨害しそうなすべての論評は、侮辱の性質を有する」[137]と述べ、ダーリン判事の見解に賛同している。この事件の判断によれば、裁判所の手続が発動された時点から、手続は係争中となり、侮辱罪が適用され始めるようである。

上述した判例は、公表の対象となった手続が「係争中」であることを侮辱罪の適用要件としているが、コモン・ロー上、侮辱罪が適用される場面というのは、より広い。すなわち、手続が「係争中」の場合のみならず、単に「差し迫っている（imminent）」場合であっても、そのような手続に対してなされた妨害的な公表は、法廷侮辱罪と判断されうる[138]。

1968年のスヴンドラナヤガン事件[139]において、サーモン判事（Salmon LJ）は、差し迫った手続に対する妨害的な公表に、侮辱罪が適用されることを認め、「…詐欺に関する訴追に基づき、被告人が訴追され、審理に付されそうであることは、誰にとっても確実に明白であったに違いない」[140]、と述べた。また、コモン・ローの適用された事例である1992年のスポート・ニューズペーパーズ社事件[141]において、コモン・ローの基準が適用される妨害の意図に基づく侮辱罪の成否を検討するに当たり、ビンガム判事（Bingham LJ）は、妨害的な公表の

136 *Ibid.*, at 918, per Darling J.

137 *Ibid.*, at 921, per Lord Coleridge J.

138 *R v Parke, ex p Dougal* [1900-3] All ER Rep 721（at 723, per Wills J) and *A-G v Times Newspapers Ltd* [1973] 3 All ER 54.

139 *R v Suvundranayagan and Walker* [1968] 3 All ER 439.

140 *Ibid.*, at 441, per Salmon LJ.

141 *A-G v Sport Newspapers Ltd* [1992] 1 All ER 504.

対象となる手続が差し迫っているか否かの基準につき、「重要なことは、実際に何が起こったかという事実…ではなく、侮辱を申立てられている者にとって何が起こりそうであったかということであるように、私には思われる」[142]と述べた。結局のところ、手続が差し迫っているかどうかについては、具体的な基準がなく、このような公表人らの認識をもとにして手続が差し迫っていたといえるかどうかを判断するしかなかったのであろう。しかし、このような「差し迫った」時期の判断は、明確性を欠くものであるため、やはりこの点についても、改善が求められていた。

（ⅱ）終了点　手続の開始点の曖昧さに比して、手続の終了点については、ほとんど争いがない。コモン・ロー上、上訴の審理が終結し、または上訴通知が提示されうる期間が満了して初めて、手続は、「係争中」でなくなるとされている。

ただし、再審理の可能性については、議論の余地がある。つまり、陪審の意見の不一致（disagreement）によって審理が終結したような場合、または陪審が評決に達することができなかったような場合には、再審理を行うことができ[143]、この場合、再審理の可能性は高い。それゆえ、そのような審理が行なわれないことが決定するまでは、手続は係争中とみなされるとする説もある[144]。また、上訴裁判所によって再審理の命令が下された場合には、その審理や関連する全ての上訴が処理されるまで、そのような手続は係争中とみなされるであろう。

また、稀な事例ではあるが、裁判が無期限に延期されるような場合には問題がある。1973年のタイムズ・ニューズペーパーズ社事件（貴族院）[145]において堅持された立場[146]によれば、妨害的な公表の対象となった手続が現に実施さ

---

142 *Ibid.,* at 517-518, per Bingham LJ.

143 Zander, *Cases and Materials on the English Legal Systems,* (10th edn., Cambridge, 2007), 532.

144 Lowe and Sufrin, *supra note* 67, 250.

145 *A-G v Times Newspapers Ltd* [1973] 3 All ER 54.

146 ディプロック判事（Lord Diplock）は、「裁判所において実際に進められている訴訟であって、または差し迫っていることが知られている手続」に関連する妨害行為が、法廷侮辱罪に当たると考えていた（*Ibid.,* at 71）。また、民事訴訟が一時中断され、和解交渉が行なわれていたことを理由として上訴裁判所によって示した「妨害の対象となった手続が一時中断状態であった」との見解

れていることが、当該公表に法廷侮辱罪を適用する要件であった。この立場によれば、訴追が無期限に延期されているような場合に、その手続が「現に実施されている」と述べることは難しい。したがって、このような場合には、手続は係争中であるとはみなされないであろう。

以上のように、コモン・ローにおいて、妨害的な公表が法廷侮辱罪と判断されるのは、その公表が係争中の手続または差し迫っている手続に対してなされた場合である。そして、上訴の機会が尽くされ、手続が終了したとみなされた場合に、侮辱罪成立の可能性もまた消滅する。ただし、手続開始の時点については、フィリモア委員会においても、その基準の曖昧さが問題視され、以下に述べる1981年法の規定が置かれることとなった。

B　1981年法の立場　上述のように、コモン・ローにおける公表の時期に関する論点は、不明確なものであった。そのような不明確さは、表現の自由の保護の要請に反するものであるし、またそうでなくとも言論への萎縮効果をもたらすものとなりかねない。フィリモア委員会においても、そのような定義の不明確さが、「多くの問題点」を包含し、「公表人にとって予見不可能」であり、「保護されているいかなる価値も考慮せずに、プレスの自由に対して制限的な影響を与える」[147]と考えられていた。そのうえで、フィリモア委員会は、厳格責任原則の下で法廷侮辱罪が刑罰の対象とされるのは、妨害の対象となっている手続が「開始されており、いまだ終結していない」場合に限られるべきと提案した[148]。この提案を受け、1981年法では、公表の時期につき以下のような規定が置かれた。

> 2条(3)　厳格責任原則は、問題となっている手続が公表の時点において本条の意味の範囲内で進行中の場合に限り、公表に対して適用される。

1981年法2条(3)は、公表による侮辱行為に対して厳格責任原則が適用されるためには、当該公表の対象となった手続が「進行中」であることを要件として

を、レイド判事（Lord Reid）は却下し、令状の発付や被告人に対する訴追によって開始された手続が不当な遅延なく進められていたとすれば、当該手続は、現に実行されているとする見解を採用した（*Ibid.*, at 65.）。

147　Cmnd. 5794, *supra note* 55, at para 117.

148　Cmnd. 5794, *supra note* 55, at para 72.

いる。また、この「進行中」という文言の意味は、附則Ⅰ４条により規定されている。附則Ⅰ４条によれば、刑事手続は、以下のことをもって進行中となる。

(a)令状によらない逮捕、(b)逮捕令状（warrant for arrest）の発付、(c)出頭を命じる召喚状（summon to appear）の発付、(d)正式起訴状（indictment）または訴追（charge）を特定するための他の文書の送達、(e)口頭による訴追（oral charge）

他方、1981年法附則Ⅰ５条は、以下のことをもって刑事手続が終結すると規定している。

(a)無罪の宣告（acquittal）、または事案によって刑の宣告（sentence）、(b)他の評決（verdict）、認定（finding）、命令（order）または決定（decision）、(c)手続の停止（discontinuance）または法の作用（operation of law）

以上のような規定によれば、コモン・ロー上問題となっていた「差し迫った」という概念は、厳格責任原則の適用範囲外となる[149]。

第３款　小括

公表による法廷侮辱罪の客観的要件は、手続妨害の危険を生ぜしめることであり、そのためには、公表内容が現に公表されている必要がある。そして、この公表の定義は、コモン・ローにおける法廷侮辱原則によれば、相手方のいかんを問わない公表内容の伝達であり、1981年法によれば、広く公衆に対してまたは公衆の一部に対してなされた公表内容の伝達である。1981年法においては、そのような公表から個人的な伝達は除外された。

また、手続妨害の危険が公表の時点で判断されるがゆえに、いつ公表が行われたかということは法廷侮辱罪の成立と密接に関わるものであり、公表の時期の論点は、とりわけ、表現の自由の制約との関係上、重要である。コモン・ロー上、手続を妨害する危険を生ぜしめる公表が法廷侮辱罪として認定されるのは、

[149] 1981年法制定以降は、1981年法に定義されている期間外でなされた行為は、妨害の意図の立証を要件として、コモン・ロー上の侮辱罪に当たるかどうかが判断される。それゆえ、コモン・ロー上、手続が差し迫っているかどうかを公表人の認識を根拠として判断するとしても、この認識と妨害の意図とは密接に関連するであろうから、コモン・ロー上の「差し迫っている」時期についての問題点は、すでに解決されているといえるだろう。

その公表の対象となった手続が係争中または差し迫っているときとされている。そして、手続の終了と同時に、法廷侮辱罪の適用可能性もまた消滅する。他方、1981年法によれば、厳格責任原則が適用される公表が法廷侮辱罪として認定されるのは、その公表の対象となった手続が進行中の場合であり、手続の終了と同時に法廷侮辱罪の適用可能性も消滅する。1981年法が公表とその時期について定義したことにより、公表の制限される場面は、かなり具体的なものとなった。このことは、表現の自由に対する制約について、より慎重な態度がとられるようになったことのあらわれだといえる。

第3節　抗弁

前節までに述べたように、公表によって手続に対する妨害の危険が発生した場合に、侮辱原則は、そのような危険を生ぜしめた公表を侮辱として扱う。また、公表については、コモン・ロー上の侮辱原則においても、1981年法においても、厳格責任原則が適用される。これを見る限り、厳格責任原則の適用は、妨害の意図の立証なくして侮辱罪の成立を確保することにより、抑止効を高め、手続の保護を確実にするといった利点を有する反面、公表による侮辱行為がなされた場合には、当該公表の背景事情にかかわらず、一面的に刑罰を科すことになってしまう。

しかしながら、手続に対する妨害行為に関わる諸事情や相対する利益について検討する必要のあることは、1981年法以前においても、指摘されていた[150]。公正な裁判に対する保護以外の考慮から、侮辱に対する抑制と他の利益との間の均衡が求められる場面は現に存在し、その均衡を図るために、本節で述べる抗弁が発展してきた。公表行為に対する抗弁には、厳格責任原則の例外として公表人の主観的要素を考慮するものと、公表内容を考慮するものとがある。とくに後者は、表現の自由や知る権利を根拠として認められる抗弁である。したがって、侮辱原則がいかなる抗弁を発展させてきているかを確認することにより、表現の自由の保護と適正な司法運営ないし公正な裁判の保護とをどう調和させるかについて何らかの示唆が得られるように思われる。そこで、本節では、侮辱原則における抗弁につき、コモン・ロー上の侮辱原則と1981年法とを考察

[150] See, *A-G v Times Newspapers Ltd* [1973] 3 All ER 54 at 61, per Lord Reid.

する。

第１款　過失による公表であったことを理由とする抗弁

Ａ　コモン・ローの立場　コモン・ロー上、侮辱行為に対しては、例外なく厳格責任原則が適用されていた。そのため、公表人の主観的要素を理由とする抗弁は、ほとんど発展していない。したがって、公表人が手続を妨害する意図を有していなかったこと、または手続が係争中または差し迫っていることを知らなかったこと、もしくは公表物の公表・頒布に当たり、公表の内容について無知であったことを主張したとしても、当該公表によって客観的要件が充足される限り、それらは抗弁として認められていなかった。このように、侮辱行為を過失によってなした公表人および頒布人（distributor）に対して、いかなる抗弁も認められないとした判例としては、1957年のオドハム・プレス社事件[151]および1957年のグリフィス事件[152]があげられる[153]。

オドハム・プレス社事件では、ある新聞が、ロンドンでの売春行為および売春宿に関する一連の記事を公表した。その新聞は、1956年７月15日付の同紙の記事の中で、売春事業に加担していたミカレフという男性につき、「路上の女性を管理する不正な仕事で手一杯である」と報道し、他の売春関連の事件につきすでに有罪判決を受けていた人物らとミカレフとの交友についても言及する等していた。しかしながら、実際には、ミカレフは同年６月13日にすでに逮捕され、同日に訴追されていた。同新聞の公表人らは、公表の内容自体が手続を妨害するものであることにつき認めたにもかかわらず、当該公表に対して申立てられた侮辱罪について、無罪を主張した。その主張は、以下のような根拠に基づくものであった。すなわち、当該公表人らは、ミカレフに対する手続が開始されていたことについて知らなかったのであり、それゆえ、手続を妨害する意図を有していなかったことである。これに対し、合議法廷は、当該主張を抗弁として認めなかった。すなわち、公表人が手続の開始について無知であるならば、手続を妨害しようとする意図を有していないことは明らかではあるが、

151　*R v Odham's Press Ltd, ex p A-G* [1956] 3 All ER 494.

152　*R v Griffiths, ex p A-G* [1957] 2 All ER 379.

153　これら二つの事件についての評釈としては、塚本重頼「新聞の『善意』の報道と裁判所侮辱の成立」（法学新報65巻９号57頁（1958年））参照。

そのような公表人の意図の有無にかかわらず、手続を妨害する危険を発生させるような公表がなされた場合には、当該公表は侮辱に当たるというのである[154]。

また、グリフィス事件では、ニューズウィーク（Newsweek）というアメリカの雑誌が、係争中の特定の手続に対する妨害の危険を生ぜしめる記事を公表した。当該記事はアメリカで書かれ、そのヨーロッパ版がアムステルダムで印刷された。頒布人のロールズハウス社とスミス・アンド・サン社は、そのヨーロッパ版の雑誌をイギリスに輸入し、卸業者に販売し、または公衆に対して直接販売して頒布した。この頒布行為による侮辱罪について、当該頒布人らは訴追され、侮辱罪の成否を認定する手続が行なわれた。両被告人は、自らが当該雑誌に妨害的な記事が含まれていることを認識しておらず、また、そのように疑う理由もなかったとして、無罪を主張した。これに対してゴッダード判事（Lord Goddard CJ）は、公表人または頒布人の過失の問題を考慮する必要はないと述べた[155]。

以上のような二つの判例によって、手続がすでに開始されていることについて認識していなかった公表人や、公表の内容について認識していなかった頒布人が、そのような過失に基づいて抗弁を主張したとしても、それらが認められないことが示されたのである。しかしながら、そのような厳格責任原則の適用に対しては、いかなる過失犯も救済されないという点につき、批判がなされた[156]。その結果、立法によって、手続が開始されていることおよび公表の内容に関する認識の欠如を理由とする抗弁が認められることとなった。この抗弁は、1981年法の制定よりも一足早く、1960年司法運営法（the Administration of Justice

---

154 また、より以前の事例である1897年のグリムウェイド事件（*Grimwade v Cheque Bank Ltd*（1897）13 TLR 305）では、実際には、手続が係争中であったにもかかわらず、手続がすでに終結したと誤信したうえで、当該手続に関する報告が公表され、その内容に誤報が含まれていた。当該公表につき、ケケウィッチ判事（Kekewich J）は、「この事例は終結していないのであり、またこの種の新聞を指揮する人物は、[事例が終結したか否かについて―引用者注]調査を行う義務を負っている」（at 306-7）と述べ、手続が終結していたとの誤信も、抗弁にはならないと判断した。

155 *R v Griffiths, ex p A-G* [1957] 2 All ER 379 at 383, per Lord Goddard CJ.

156 ジャスティスによる侮辱原則修正の要請については、see, Justice, *Contempt of Court,*（1959）.

Act 1960）11条に規定されたものであった。しかしその後、1981年法制定と同時に1960年司法運営法11条は廃止され[157]、その内容は、以下に述べる1981年法３条に受け継がれているのである。

B　1981年法の立場　フィリモア委員会は、手続が進行中であるか否かを知るために合理的な注意を払った公表人には、法廷侮辱の責任を負わせるべきでないと考えており、それゆえ、1960年司法運営法11条に規定された抗弁を維持するべきと考えていた[158]。この提案は1981年法に反映され、1981年法３条は、手続が進行中であることにつき認識していなかったことを根拠とする抗弁を認めている。３条は以下のように規定している。

> ３条(1)　厳格責任原則が適用されるあらゆる事柄につき公表をなす者は、公表の時点において（合理的な注意を払ったにもかかわらず）（having taken all reasonable care）関連手続が進行中であることを知らなかった場合、またはそのことを疑うに足る理由のなかった場合に限り、厳格責任原則のもとで法廷侮辱として刑罰を科されない。
>
> (2)　そのような事柄を含む公表の頒布をなすものは、頒布の時点において（合理的な注意を払ったにもかかわらず）そのような事柄が含まれていることを知らなかった場合、またはそうでありそうなことを疑うに足る理由のなかった場合に限り、厳格責任原則のもとで法廷侮辱として刑罰を科されない。
>
> (3)　本条によって付与される抗弁を正当化させうるあらゆる事実の立証責任は、抗弁を主張する者にある。

(1)によれば、手続が進行中であったことに対する認識の欠如を申立てる抗弁は、厳格責任原則が適用される形態の侮辱についての訴追でのみ、主張することができる。1981年法においては、厳格責任原則が適用されない形態の侮辱罪、すなわちコモン・ローによって扱われる侮辱罪については、妨害の意図の立証が要求されており、過失による行為はそもそもコモン・ローによる刑罰の対象ではない。

1981年法においても、公表による侮辱罪に対しては厳格責任原則が適用されるがゆえに、通常、公表人の主観的要素は、侮辱罪の成立とは無関係である。

157　1981年法３条(4)による。

158　Cmnd. 5794，*supra note* 55, at para 133．

しかし、公表によって妨害的な影響を与えるかもしれない手続が進行中であるか否かにつき認識していなかったという事実や、頒布人が公表内容につき認識していなかったという事実は、手続妨害の意図を絶対的に否定する。このように侮辱の意図が全く存在していなかったと認められる場合には、例外的に、主観的要素を理由とした抗弁が成立するのである[159]。

第2款　公衆の関心事に関する議論であったことを理由とする抗弁

A　コモン・ローの立場　公衆の関心の対象となっている事柄について議論することさえも、侮辱罪に問われるとしたら、それは、表現の自由に対する非常に重大な侵害となる。しかしながら、そのような事柄が、係争中または差し迫っている手続に密接に関連するものであり、それについて述べることによって、手続に対する妨害の可能性が生じるような場合には、表現の自由の保護と公正な裁判の保護との優劣につき、衡量する必要が生じる。また、公衆の関心事として議論の対象とされている事柄が、後にまたはその途中で訴訟の対象となる場合にも、同様の衡量が必要となる。そのような事柄がメディアによって述べられる場合には、その影響力の大きさゆえに、とくに問題となりやすい。コモン・ロー上、このような公表については、当該公表が公衆の関心事に関する議論であることを根拠として主張することのできる抗弁が公表人に認められている。この抗弁は、1937年のブレッド・マニュファクチャーズ社事件[160]において認められた。ブレッド・マニュファクチャーズ社事件は、オーストラリアの事例であるが、ここで認められた抗弁は、公衆の関心事についての議論で

---

[159] ただし、3条は、公表に責任を有する者、たとえば新聞の編集者に対しては、このような抗弁が認められないというコモン・ローの見解（1954年のイブニング・スタンダード事件（*R v Evening Standard, ex p A-G* [1954] 1 All ER 1026）での見解）を修正するものではないともいわれている。同事件では、妨害的な公表（この事件では誤報）の原因を作り出した記者に対しては、なんら刑罰が科されなかったにもかかわらず、公表に対して責任を有する編集者に対しては厳格責任原則の適用が認められ、罰金刑が言い渡された。その理由は、編集者という身分上の重大な責任であった。この判決は、1981年法3条によって何ら影響を受けないとされている。

[160] *Re Truth and Sportsman Ltd, ex p Bread Manufactures Ltd* (1937) 37 SR (NSW) 242.

あったことを理由とする抗弁としてイギリスにおいても引用され、また適用可能性が示されていたので、ここで取り上げることにする。

オーストラリアの事例においては、手続に対する妨害の現実的危険の発生が、例外なく侮辱罪の成立を意味するわけではないことが、しばしば認められてきた。たとえば、公衆の利益に関する事柄についての公衆の議論を通じて、その議論に関連して生じる訴訟が何らかの妨害を受けることが明らかであっても、その妨害が意図的なものでない限りは、侮辱罪の成立は認められないのである。このことに関するリーディングケースが、ブレッド・マニュファクチャーズ社事件である。

ブレッド・マニュファクチャーズ社事件では、被告（新聞社）が、公衆の利益に関する事柄、とりわけ、パンの貿易およびパンの価格についての一連の記事を公表した。その記事は、そのような事柄を伝えると同時に、原告（パンを扱う会社）の行為を批判するものであった。原告が被告に対して名誉毀損の訴状を送った後にも、被告は、そのような記事を公表し続けた。しかし、裁判所は、このような被告の行為について、侮辱罪の成立を認めなかった。この判決の中で、ジョーダン判事（Jordan CJ）は、以下のように述べた。

> 「…妨害的な事柄に影響されることなく事例が審理されることを阻止するような行為が許容されるべきでないことは、重要な公衆の利益である。司法運営は疑いなく重要なものである。しかしそれは、公衆が極めて重大に関心を寄せている唯一の問題ではない。そして、公衆が関心を寄せている問題についての自由な議論の途中で、訴訟における当事者を妨害するような事柄が公表された場合には、その行為は侮辱にはならない。…公衆の関心事に関する議論や公衆の非難といった弾劾は、それが現実的なものであれ、推測に基づくものであれ、中止を要求され得ないのである。なぜなら、そのような議論や弾劾は、…単に付随的に、たまたまそのとき訴訟当事者であった人物に対する妨害の可能性を作り出すだけだからである」[161]。

ジョーダン判事は、侮辱原則によって保護される適正な司法運営ないし公正な裁判が公衆にとって重大な利益であることを認めた。しかしながら、このことと同時に、表現の自由ないし知る権利もまた、公衆の利益であることを認めた。そして、公衆の利益として保護に値するような議論や公表がなされ、その

[161] *Ibid.,* at 249-250, per Jordan CJ.

公表が手続に対する妨害を意図したものではなく、単なる付随的なものである場合には、そのような議論や公表は、侮辱罪とならないというのであった[162]。

この意見は、オーストラリアの他の判例でも踏襲され、また、イギリスにおいても、1973年のタイムズ・ニューズペーパーズ社事件（貴族院）[163]で引用された。同事件の中で、サイモン判事（Lord Simon）は、以下のように述べた。

> 「侮辱原則が、競合する利益間の均衡を図らなければならない状況が存在する。しかし、実際には、侮辱原則は、討論の自由に有利となるように、その均衡を図る。それは、…議論の継続が妨害するであろう訴訟が、議論に後押しされて生じたような場面である。」[164]。

このサイモン判事の意見からもわかるように、イギリスにおいても、ブレッド・マニュファクチャーズ社事件で認められた抗弁は容認された[165]。そして、この抗弁が判例上認められていたことは、コモン・ロー上の侮辱原則が表現の

---

[162] この抗弁が、具体的にどのように適用されるべきであるかという点について、1982年のBLF事件（*Victoria v Australian Building Construction Employees' and Labours' Federation* (*the BLF case*)（1982）152 CLR 25.）において、オーストラリア高等法院（High Court of Australia）の数名の裁判官は、以下のように考えた。すなわち、技術的侮辱を認定する時点で当該抗弁が適用されるのではなく、ある侮辱が刑罰を科されることを正当化するのに十分なほど、重大なものであるか否かを決定する時点で適用すべきである、という（see, at 60 per Gibbs CJ, and 175-7 per Brennan J）。また、1987年のヒンチ事件（*Hinch v A-G* (*Victoria*)（1987）164 CLR 15）で、オーストラリア高等法院のウィルソン判事（Wilson J）は、「『刑罰に値する侮辱』が存在していたか否か」という文言を意識的に選択していた（at 41）。

[163] *A-G v Times Newspapers Ltd* [1973] 3 All ER 54.

[164] *Ibid.,* at 82, per Lord Simon.

[165] ただし、サイモン判事は、当該抗弁を原則的に受け入れていたのではあるが、当該事件で問題となっていた公表が、手続の妨害を意図するものであったとし、当該抗弁が適用できないと考えていた（*Ibid.,* at 82）。これに対し、レイド判事（Lord Reid）は、手続の当事者に対して圧力を加える行為を例として挙げ、そのような圧力が公正かつ適正な批判によって形成されている場合にのみ、それが許容されると考えていた（*Ibid.,* at 63）。さらに、証人、陪審員および治安判事が関与する事例の場合には、公正かつ適切な批判であっても侮辱に当たる可能性があると考えており（*Ibid.,* at 63）、同抗弁の適用に消極的であった。

自由を一定程度擁護する姿勢を示していたことを意味していた。

以上のように、ブレッド・マニュファクチャーズ社事件で認められた抗弁は、公正な裁判の保護と表現の自由の保護との調和を図るために、公衆の関心事に関する議論に対する侮辱罪の適用を制限しようとするものであった。そして、この抗弁は、民事手続に対する妨害的な公表のみならず、刑事手続に対する妨害的な公表に対しても、一定程度認められてきた[166]。

B　1981年法の立場　フィリモア委員会は、ブレッド・マニュファクチャーズ社事件で認められた抗弁が、制定法により明示されるべきであると考えた[167]。そして、判例上も認められつつあったこの抗弁は、1981年法５条によって明文化された。

> ５条　公衆の関心事についてまたは一般公衆の利益に関する他の事柄について、善意でなされた（in good faith）議論の公表または議論の一部の公表は、特定の法手続に対する不当な影響を与える危険が単に議論に伴って偶発的に生じる場合には、厳格責任原則の下で法廷侮辱として扱われない。

５条を適用したリーディングケースは、1982年のイングリッシュ事件[168]である。イングリッシュ事件では、議会の補欠選挙に立候補した先天的に両腕のない候補者を支援する以下のような記事が新聞紙上で公表されていた。

> 「彼女［当該候補者―引用者注］は、両腕なしで出生した…。こんにち、そのような新生児が生き残る機会は、実に、非常に少なくなっている。誰

166　ブレッド・マニュファクチャーズ社事件で認められた抗弁は、もともと民事事件に関連して発展したものであったが、オーストラリアにおける1987年のヒンチ事件（*Hinch v A-G* (*Victoria*)（1987）164 CLR 15）の中で、メイソン判事（Mason CJ）は、刑事事件についても同様の抗弁が認められることを示唆した（at 21）。ただし、同事件において、ディーン判事（Dean J）は、「刑事司法の公正な運営は、民主的社会の背後にある社会的合意にとって非常に重要であるがゆえに、公衆の利益という考慮を減殺する見解、および不都合にもそれを妨害する傾向を明らかに有している公表が決して正当化されるものではないとする見解は、一理ある」（at 48）と述べ、刑事事件に対する侮辱行為につき、この抗弁を適用することに留保を付した。

167　Cmnd. 5794，*supra note* 55, at para 142.

168　*A-G v English* [1982] 2 All ER 903.

かが、彼女を餓死させようとし、またはいずれにせよ彼女を処分することをたしかに勧めようとしていた。それゆえ、マリリン［当該候補者―引用者注］は、人工妊娠中絶合法化反対主義の生き証人である…」。

この記事は、障害をもって生まれた新生児が生きる機会を奪われていることを批判する文章で構成されていた。この記事が公表されたのは、ダウン症の新生児に栄養摂取を妨害する薬を投与するよう指示したことにつき、ある小児科医が謀殺の罪で訴追された裁判の3日目であった。この記事は、当該小児科医の裁判につき何ら直接的な言及をなしておらず、また、障害をもった新生児を安楽死させることの可否は、当時、公衆の議論の的となっていたにもかかわらず、その記事の公表が小児科医の裁判を妨害したとして、新聞の編集者らは、侮辱の罪で訴追された。合議法廷において、編集者らは、その記事が公衆の関心事に関する議論であったとして、1981年法5条の抗弁を主張した。しかし、合議法廷のワトキンス判事（Watkins LJ）は、その記事が当該医師の裁判に与えた影響は、「単に議論に伴って偶発的に生じた」とはいえないほど妨害的であったとし、抗弁の適用を否定した[169]。この判断に対して新聞の編集者らは上訴し、貴族院で審理が行われることとなった。そして、貴族院では、合議法廷の判断が覆された。この判断にあたり、貴族院のディプロック判事（Lord Diplock）は、以下のように述べた。

「私は、合議法廷による検討の結果、『単に議論に付随する』とはいえない妨害を引き起こしたものとされた［その記事の―引用者注］文面に注意を向けた。合議法廷は、それらの文面が［公衆の関心事となっていた―引用者注］議論にとって『必要ではなく』、『非難』に過ぎない、と表現した。しかし、その基準とは、ある記事がこれらの文面なくして効果的に書かれたかどうか、または、他の何らかの言い回しがアーサー医師［小児科医―引用者注］の裁判を妨害する危険を減じることのできるものに言い換えられえたかどうかではない。著者によって実際に選択された文言によって作り出された危険が、『単に当該議論に伴って偶発的に生じた』かどうかなのである」[170]。

合議法廷は、5条にいう「偶発的に生じた」という文言の解釈について、手

169 *Ibid.*, at 912, per Watkins LJ.

170 *Ibid.*, at 920, per Lord Diplock.

続に対する妨害が生じないよう注意を払ったうえで公表が行われることを前提としていると解釈したため、妨害の危険を生ぜしめる公表について５条の適用を認めなかった。他方で、貴族院は、たとえ手続に対する妨害を生ぜしめそうな公表であっても、当該公表が「議論に伴って偶発的に生じて」いる場合には、５条が適用されると考えたのであった。この貴族院の判断は、公衆の関心事に関する議論について制約を加えるべきでないとの立法趣旨を十分に汲んだものと評価できよう。

さらに、貴族院の判断によれば、５条の規定は、コモン・ロー上認められつつあった抗弁と同一の内容を示しているけれども、他方で、５条とコモン・ロー上の抗弁との差異も明示された。この点につき、ディプロック判事は、以下のように述べた。

> 「５条は、２条(2)の付帯条項（proviso）または例外の形態をとっているのではない。５条は、２条(2)と同等の基礎の上にあるのである。５条は、無実の罪を晴らす規定ではない。…５条は、いかなる公表が、特定の法手続における司法の過程を妨害するその傾向にもかかわらず、侮辱に達しないかについて、宣言している」[171]。

すなわち、５条は、侮辱罪を申立てられている公表が公衆の関心事に関する議論ではなかったことの立証責任を訴追側に課す規定であり、いわゆる被告人の抗弁として存在しているのではない、というのである。したがって、ある公表が侮辱罪の成立に必要とされる程度の手続妨害の危険を作り出し、そして、その公表が公衆の関心事に関する議論ではなかったことが、訴追側によって立証された場合に限り、その公表は、侮辱罪となるのである。この意味で、５条は、法廷侮辱罪の客観的要件の一部を定めるものであるといえる[172]。

５条が訴追側に立証責任を負わせていることに照らすと、その適用の方法は、ブレッド・マニュファクチャーズ社事件で認められたコモン・ローの抗弁とは別のものと考えるべきであるように思われる。コモン・ローの抗弁は、そもそ

---

171 *A-G v English* [1982] 2 All ER 903 at 918, per Lord Diplock.

172 条文を参照する限り、前出の過失による公表であったことを理由とする抗弁（３条）が、３項において、抗弁成立の立証責任を公表人に負わせる旨規定しているのに対して、５条にはそのような規定はない。したがって、５条が、客観的要件の一部として規定されているとする解釈は、適当と思われる。

も抗弁として主張するものとして発展してきたのであるから、被告人に刑罰を科すことの妥当性につき考慮する際に適用されるとしても問題はない。しかしながら、5条が客観的要件の一部を定めるものであると考えるならば、訴追の適否を決定する段階で、被告人の行為が5条に該当するか否かを考慮する必要がある。そして、第5条の適用時期をこのように考えると、公表人が不必要な訴追を免れる可能性という観点から見て、5条は、被告人により有利な規定となるように思われる。

このように、1981年法では、公衆の関心事に関する公表に対する不処罰が規定されている。さらに、公衆の関心事に関する公表ではなかったことの立証責任を訴追側に負わせることによって、この規定の実効性をさらに高めている。この意味で、5条は、コモン・ローの抗弁よりも、さらに表現の自由の保護を重視するものであるといえよう。

第3款　他の公衆の利益に対する保護を理由とする抗弁

繰り返し述べているように、侮辱原則は、適正な司法運営ないし公正な裁判という公衆の利益の保護を目的とするものである。したがって、そのような公衆の利益を侵害する危険を生ぜしめる公表は、侮辱原則によって制限される。しかしながら、侮辱原則が保護しようとするものとは別の公衆の利益を、公表が保護しようとする場合もある。表現の自由ないし知る権利に関する抗弁は、前款で述べた「公衆の関心事であったことを理由とする抗弁」に包含されるため、ここにいう「他の公衆の利益」とは、公正な裁判の利益および表現の自由の利益を除くものと考えられる。たとえば、市民に危害を加える可能性のある被疑者が逃走中であるとの情報を、警察の要請に基づいて公表するような場合が、これに当たる。そのような公表が、他の公衆の利益の保護を目的としてなされたという事実を抗弁として認めることは、国際法律家委員会イギリス部会（ジャスティス）（Justice）の報告の中で示唆された。同報告では、以下のように述べられた。すなわち、「[被疑者の逃走中という状況において―引用者注] …彼の逮捕および市民の保護を目的とした彼の氏名、写真、および彼がそれを犯したと疑われている犯罪の公表を、『侮辱』とラベリングすることは、愚行も同然である」[173]、という。

他の公衆の利益を保護することを理由とする抗弁は、一連のサンデー・タイ

[173] Justice, *supra note* 156, 11.

ムズ事件においても考慮された。タイムズ・ニューズペーパーズ社事件における上訴裁判所のデニング判事（Lord Denning MR）[174]は、サリドマイドの惨事という特殊な事例において、当該事件について情報を与えられるという公衆の利益がディスティラーズ社（被告）の公正な裁判を受ける利益に勝ると判断した[175]。しかしながら、貴族院は、このデニング判事の見解を拒絶した。貴族院のレイド判事（Lord Reid）によれば[176]、デニング判事の見解は、不当な前提、すなわち、ディスティラーズ社という被告のいわば個人的な権利を保護するために侮辱原則が存在するかのような前提に立脚しているというのである。そして、レイド判事は、司法運営の保護はいかなる事例においても等しく重要であるから、特殊な考慮が要求される事例とそうでない事例との間に、保護の重要性という点での差異を認めることを拒絶した[177]。

フィリモア委員会は、他の公衆の利益を保護するためになされた公表についての抗弁を制定法化することにつき、何ら提案をなさなかった。それは、そのような抗弁を必要とする状況が、非常に稀有なものであるという考慮によるものであった[178]。また、委員会は、他の公衆の利益を保護するためになされた公表について、いわゆる技術的侮辱にしか該当しない程度の影響を生ぜしめるにとどまるものであろうから、そもそも厳格責任原則のもとでの侮辱を構成しないと考えた[179]。その結果として、1981年法には、他の公衆の利益に対する保護を理由とした抗弁を認める規定は存在しない。また、コモン・ロー上にもそのような抗弁は存在しない。このような抗弁が容認されるか否かは、更なる判例の蓄積に委ねられている。

---

174 *A-G v Times Newspapers Ltd* [1973] 1 All ER 814 at 818-824, especially at 822, per Lord Denning MR.

175 *Ibid.,* at 822-823, per Lord Denning MR.

176 *A-G v Times Newspapers Ltd* [1973] 3 All ER 54 at 65-66, per Lord Reid.

177 *Ibid.,* at 66, per Lord Reid. この見解については、抗弁の適用可能性を後退させたという批判がある。See, Miller, *supra note* 32，351，Lowe and Sufrin, *supra note* 67，170.

178 Cmnd. 5794，*supra note* 55，at paras 143-145.

179 *Ibid.,* at para 142.

第4款　小括

以上で述べたように、法廷侮辱罪についての抗弁は、3つの観点から考えることができる。すなわち、第一に過失犯の救済、第二に表現の自由ないし知る権利の保護、第三に公正な裁判の利益および表現の自由の利益を除く他の公衆の利益の保護である。「無罪の公表・頒布の抗弁」ともよばれる第一の観点における抗弁は、侮辱原則がそもそも公表に対する厳格責任原則の適用を予定しているにもかかわらず、そのような抗弁を認めたという点で、公表人および頒布人にとってかなり有利なものである。第二の観点についていえば、公衆の関心事に関する議論を容認するブレッド・マニュファクチャーズ社事件で認められた抗弁は、表現の自由に対する侮辱原則の譲歩を表すものであった。さらに、立証責任を訴追側に課す1981年法5条は、表現の自由の保護と公正な裁判の保護とのバランスを、より表現の自由に有利なように図るものであると思われる。第三の観点にいう他の公衆の利益の保護については、現在のところ、具体的な抗弁は認められていないが、今後、問題となる可能性があるものと思われる。

第4節　小括

本章では、コモン・ローと1981年法それぞれにおける公表による法廷侮辱罪についてみてきた。

コモン・ロー上の侮辱罪は、厳格責任原則の適用のもと、手続に対する妨害の危険を生じさせる公表により構成される。そして、コモン・ロー上、侮辱罪は、公表行為が個人的な伝達による場合であっても成立し、また、手続妨害の危険が認められない場合であっても、妨害の意図に基づくものであれば成立するという見解もあった。また、侮辱罪の成立は、手続が係争中の時点または差し迫っている時点で認められるがゆえに、その行為形態と並んで、成立時期という点でも非常に幅広いものであった。さらに、このようなコモン・ロー上の侮辱罪の認定基準には、統一の見られない部分もあった。このように、コモン・ローにおいて、手続に関する公表が様々な場面で刑罰の対象とされていた点や、その基準が曖昧であった点は、表現の自由を過度に制約するものとして、問題視されるようになった。

これを受け、コモン・ロー上の侮辱原則について多くの修正を提案したフィリモア委員会報告を軸として、1981年法が制定された。1981年法によれば、厳

格責任原則は、主にメディアによる公表に限定して適用され、厳格責任原則の下で侮辱罪が成立する時期は、手続が進行中である場面に限られることとなった。また、1981年法により、過失による公表であったことを理由とする抗弁（3条）や、公衆の関心事に関する議論に付随する公表であったことを理由とする抗弁（5条）が設けられた。3条は、厳格責任原則の例外として作用する規定であり、5条は、表現の自由や知る権利の保護を直接的に確保しようとする規定である。

1981年法が、侮辱罪の成立する要件を明確に定め、抗弁規定を充実させたことにより、現在の侮辱原則は、コモン・ローの侮辱原則に比して、表現の自由の保護を重視する内容になったということができよう。このように、公表に対する制限は、制約についての明確な基準の策定と、表現の自由との均衡を図ることによって行われる必要がある。他方で、メディアに対する厳格責任原則の適用は存置されており、また、妨害の意図に基づく侮辱に対しては、コモン・ロー上の侮辱原則の適用の余地も残されている。このことからは、イギリスにおいて、メディアによる公表行為が、手続を妨害する甚大な影響力を有しており、そのような影響力を排除しなければ、適正な司法運営ないし公正な裁判の保護は全うされ得ないと考えられていることが読み取れる。

以上のように、侮辱原則は、1981年法を境に表現の自由を重視する方向へと転換したが、適正な司法運営ないし公正な裁判の保護は、現在でも、侮辱原則により解決されるべき課題と理解されているのである。

研究ノート

非典型担保における買戻（１）

池　田　雄　二

序
第１章　現代までの買戻特約付売買契約の歴史と現行制度
　第１節　本物返総説
　第２節　中世の本物返
　第３節　近世の本物返
　第４節　維新後から旧民法典前
　第５節　フランス民法典と旧民法典
　　一　フランス民法典までの買戻の沿革
　　二　フランス民法典における買戻
　　三　旧民法典の「受戻」
　第６節　旧民法典の下の裁判例
　第７節　現行民法典起草過程
　第８節　現行民法典施行後の判例・学説
第２章　物に着目する担保と価値の実現・債権の満足に着目する担保
　第１節 他の非典型担保に対する買戻の特性
　　一　譲渡担保との比較
　　二　所有権留保との比較
　　三　代物弁済予約との比較
　　四　考察
　第２節　買戻特約付真正売買と売渡担保
　　一　当事者の合意
　　二　買戻特約付真正売買か売渡担保か争われる事例
　　　１　戦前の事例
　　　２　戦後の事例

三　結論
第3節　買戻特約付真正売買における清算義務
一　流担保禁止時代
二　流担保禁止解体過程
三　特約付真正売買における清算の要否
結

序

民法典中の「売買」に、売買契約を解除して目的物を取り戻す権利を契約と同時に留保する「買戻し」というものがある（第579条以下）。これは古い歴史を持ち、戦前の学者もこれに多くの頁を割いたが、今では余り注目されない。伝統的にこれは担保として機能してきたが、他の非典型担保（譲渡担保、代物弁済予約、所有権留保）と比べて、その法的構成や効力等に多くの特殊性がある。そこで第1章では、買戻の歴史と内容を考察する。ここでえた知見をもとにして、第2章では、買戻と他の非典型担保とを比較し、買戻の特性を明らかにし、その違いが買戻のどのような特性からもたらされるのかを考察する。この過程で買戻を用いた売渡担保と買戻との区別等の問題を含めて、現代担保法に何等かの寄与ができればよいと考える。

第1章　現代までの買戻特約付売買契約の歴史と現行制度

現代の買戻特約付売買は、売買で買主に所有権を移転すると同時に、10年の期間内で（民法第580条）、売買代金と契約費用のみを返還して所有権を取り戻せる買戻特約を結ぶ（同第579条）。買戻代金に利息は含まれない（第579条）。第1章ではこの買戻の歴史とその内容を考察し、現代までの到達点を把握する。

第1節　本物返総説

買戻は、中世以降から明治初期まで本物返（本銭返ともいう。本物返に統一）

という呼称で利用された[1]。本節ではこの本物返の歴史と内容を把握するために必要な一般的知識についてのべる。これは本物返の発展形態である近代以降の買戻を理解する上でも必要な知識である[2]。

本物返では、売主が元金のみを返還すれば、目的物を取り戻せる旨の特約を契約書に明記する。利息を取らない点で質とは区別される。権利行使は所有権復帰の解除条件であり[3]、この権利は譲渡、相続が可能である。買主はこの取引で目的物の完全な所有権をえる。第三者への処分も自由である。処分された場合、売主は第三取得者に対し、順次に権利行使する必要があるので、この権利は対物的請求権ではない。

この本物返の権利行使期間には四種の形態がみられる。第一に無年季有合（ありあわせ）次第請戻文言型（ア型）。これは、買戻期間（年季）を定めず、元金を払えば、永久に買い戻せる形態である。第二に年季明流文言型（イ型）。これは、約定期間内に買い戻さなければ、失権する形態である。第三に年季明請戻文言型（ウ型）。これは、約定期間を経過しないと権利行使できない形態である。第四に元利銷却質型（エ型）。これは、買主が目的物から収益をえて、収益が元金に達したら、目的物を売主に返還する形態である。これら何れの形態でも、買主は目的物を利用して収益をえるので、原則は占有を移転する。こうして売主による権利行使があった場合でも、買主は使用収益した分の利益をえられる[4]。

---

[1] 本物、本銭共に元金の意である。買戻代金が物か金銭かで本物と本銭を区別する（三浦周行『鎌倉時代史』（早稲田大學出版部、明治40年）532頁。

[2] 以下の概説は、主に經濟史研究會編『日本經濟史辭典』縮刷第１版（日本評論新社、昭和29年）1520－1521頁、佐藤進一『古文書学入門』（法政大学出版会、1971年）279頁による。

[3] 権利行使が所有権復帰の条件である点は、約定期間を経過すれば自動的に売主に所有権が戻る年季売と区別される（前注２・經濟史辭典・1521頁、佐藤・前注２・279頁）。

[4] 司法省『全國民事慣例類集』（青史社、1976年（1880年））542丁、John Henry Wigmore, *Law And Justice In Tokugawa Japan Part Ⅱ Contract : Civil Customary Law,* Tokyo, Kokusai Bunka Shinkokai, 1941, p44．周防国吉敷郡の酒造株（酒造に属する諸器械家屋土蔵一切）や田畑のイ型本物返の例では、「利子ナキ故ハ年々ノ作徳利益アレハナリ酒造株ハ利益且ツ諸器械家屋等使用スレハナリ」と記す。同・慣例類集・530丁、加賀国石川郡の慣習はウ型であるが、期間中の利子を要しない理由は、収穫があるからだと説明する。

以上が本物返の一般的知識である。この本物返が中世に利用されだし、現行民法典の買戻になるまでに、その背景も変遷してゆく。それにつれて、その果たす機能も変遷し、その内容も変わってくる。以下では中世の本物返から始まる買戻全体の歴史を詳しく考察する[5]。

第２節　中世の本物返

第１節でのべた様式に合致する本物返は鎌倉幕府による政策を背景に本格的に利用されだした[1]。幕府は貞永式目[2]（1232年）により御家人所領の保護を図るため、家督地処と私産のうち、前者の売買を禁じた（第48条）。次いで貞永式目追加条々の1240年（延応２年）法で後者の売買も禁じた（追加条々第35条）。さらに1270年（文永７年）５月９日法は、売買・質を一切、禁止した（追加条々第65条。なおこの規制は御家人に限る）。だが本物返は禁制とされなかったので、利用され始めた。このように本物返は売買の禁制潜脱と担保の二つの機能をもった[3]。これ以後、本物返は僧俗でも盛んに利用され[4]、しばしば徳政令の対

---

[5] 本稿における時代区分は児玉幸多、豊田武他編『日本歴史の視点２中世』（日本書籍、昭和48年）12－13頁、児玉幸多、大石慎三郎編『日本歴史の視点３近世』（日本書籍、昭和48年）14頁にしたがう。古代は、鎌倉幕府成立（1192年）以前である。中世は、それ以後から織田信長が将軍足利義昭を追放した1573年（天正元年）までである。近世は江戸時代の終わり（1868年）までである。

[1] 柚木馨編『注釈民法（14）債権（５）』（有斐閣、昭和41年）303頁によると古代にも限一年売買という売買を利用した担保があったという。本物返の起源については宝月圭吾「本銭返売券の発達について」（森博士還暦記念會編『對外關係と社會經濟』（塙書房、昭和43年）349頁以下）がある。同357頁によると、最古の例は1270年（文永７年）である。

[2] 律令が時勢に適さなくなったので北条政権が源頼朝以来の慣例を集め、律令を参酌しつつ編纂した法典。これに追加したものを貞永式目追加条々といい、1338年（建武５年）から1508年（永正５年）の間に追加されたものを建武以来追加という（有賀信雄『増訂古代法釋義』（博文館、明治41年）314－315、519頁。上記式目の出典、整理表記は全て同書による）。

[3] 宝月・前注１・351－355、358－359頁は、古代末期の売買契約に違約・違乱があれば買主が売主に元金を弁済させる取引が存在し、この元金弁済の精神が

象になった（追加条々第47条、建武以来追加第173条、174条、191条）[5]。

本物返の目的物は、土地、家屋、一種の権利である作主職（さくしゅしき）や檀那職（だんなしき）、人等である[6]。目的物の占有は原則として買主に移転した[7]。本物返の契約形態もア、イ、ウ型等がみられる[8]。

総括すると、本物返は御家人の土地売買・質入禁制を契機に利用され始めたので、禁制潜脱機能と担保機能を併せ持っており、これが漸次、僧俗に広まった。目的物は不動産・権利・人等色々である。契約型態は基本的に自由である。

発展して本物返になったと論じる。1270年法と宝月教授があげる本物返の最古の例の年代が一致するので、おそらく本文にのべたことが起源だろう。

4 三浦『法制史之研究』（岩波書店、大正８年）838－839頁。

5 追加条々の方は永仁徳政令である。本物返は、期間を問わず、元金を弁済して買い戻すように命じている。この辺の経緯について、三浦・第１節・注１・528－532頁。建武以来追加第173条は、1441年（嘉吉元年）、京都を中心に起こった徳政一揆に関連する徳政令である。因みに武田信玄家法（1547年（天文16年）６月）第56条にも本物返の規定がある（詳しくは三浦・前注４・927－928頁。法典は有賀・前注２に収録）。

6 家屋については前掲した建武以来追加第174条。作人職（作主職と同義）の意義について詳しくは第１節・注２・日本經濟史辭典上巻「作人職」、「荘園」（チ）、檀那職については佐藤・第１節・注２・278－279頁をみよ。作人職が目的物になった例は「館蔵水木家資料中世文書」（http://www.rekihaku.ac.jp/gallery/mizuki/itiran.html）、檀那職が目的物になった例は佐藤・第１節・注２・280頁、人に関しては三浦・前注４・837頁割注をみよ。無論、人身売買は原則、禁止である。律令では奴婢を除いて人身売買は禁制である（養老律賊盗律第44から48番目の条、雑律第12から13番目の条。律令の出典は国史大系編集會編『新訂増補国史大系律１』（吉川弘文館、昭和26年）、同編『新訂増補國史大系令義解普及版』（吉川弘文堂、昭和56年））。中世では、飢饉の時などに家族を売却するのを黙認することもあった（この頃の人身売買に関しては追加条々第76条、第78条から第84条、第87条、第90条、92条等が参考になる）。他に佐藤・第１節・注２・273頁。

7 建武以来追加第173条は、所有地を本物返や質に供して、元金を弁済しないので、租税を納められないことは不都合だから、買主の土地による収益が元金に至っているなら、売主に返せ、と命じる。命令でエ型の本物返にしている。買主の収益が前提されているので占有移転をしている。

8 本物返の例は、前注６に挙げたものの他にも宝月・前注１・355頁、佐藤・第１節・注２・280、281－282頁などがある。

こうした本物返は、多少の変化を経つつも、近世でも盛んに利用される。

第3節　近世の本物返[1]

近世でも御家人所領の売買はできない[2]。また1642年（寛永19年）の大飢饉の際、生活が成り立たなくなった自作農が田畑を売却し、没落する一方、富裕な百姓がこれを買い占めたことが原因で翌年（寛永20年）３月に田畑山林の永代売買を禁止したので（御触書寛保集成1309、1310。刑罰は同2601）[3]、この禁制を潜脱するためにも本物返、質流れ等が利用された[4]。禁制は、徹底した地方もあるが、大体はこうした潜脱手段のために実効性がなく、また公然と売買

---

[1] 近世の慣習については、主に慣例類集・第１節・注４・第３編第３章第１款「賣買ノ諸事」や Wigmore, *op. cit.* ch. 3, sale による。前者の刊行年は明治13年だが、調査対象は「故例諳熟ノ人」であり（生田精執筆凡例１丁）、記されている慣例はほとんど近世の慣例である。本稿で慣例類集と表記する場合は全て同書を指す。後者は日本近世法に関する研究である。

[2] 徳川政権は当初、成文法を定めず、家康百箇条第七節舊格保守ノ條々第１条により、古法によったので、式目による土地売買・質入の禁制を改めていない（有賀・第２節・注２・761頁を参照した。法文は同書に収録）。なお Wigmore, *op. cit.* p.30．は売買が禁止されている武士の屋敷地について、羽前国置賜郡の慣例を紹介する。一旦、領主にこれを返還し、買主が自分へ譲渡されることを請願することで売買の実をあげた。

[3] 有賀・第２節・注２・761頁、高柳眞三、石井良助編『御觸書寛保集成』（岩波書店、昭和９年）１頁以下を総合すると、当初、成文法を定めなかった徳川政権ではあるが、漸次、公事方定書等の法典が編纂され、個々の古法を修正補充する御触書といった単行法は、後に評定所により編集され、御触書集成となった。御触書の表記はこの御觸書寛保集成の通し番号を使用している。

[4] 滝川政次郎『日本法制史』再版（有斐閣、昭和５年）472頁によると、全国の１／４に及び、68ヶ国中、47ヶ国に散在した天領（日本經濟史辭典・第１章第１節・注２・1143頁に天領一覧表がある）では特に形式上は禁止され、また概ね全国的にも禁制だった。だがこの禁制は遵守されなかったのでたびたび繰り返された（前注３・御触書寛保集成1341、1353（二）第21文、1742年の公事方定書第30条、1767年の徳川百ケ条第31条等。公事方定書は荻野由之他編『日本古代法典全』再版（博文社、明治36年）、徳川百ケ条は有賀・第２節・注２に収録されている）。

を許す地方もあった[5]。町地、家屋敷、家屋の売買は、基本的には自由だが、禁止している地方も若干あった[6]。恐らく、そうした地方も本物返等の潜脱手段によって、実効性はなかっただろう。

この頃になると、本物返の呼称も多様化している。断言できるだけの文献に当れた訳ではないので推測ではあるが、田畑永代売買等が新たに禁制とされたために近世では中世よりも一層、農民間などでも本物返は盛んに利用され、呼称も多様化したのだろう[7]。

近世では本物返は質と混同されることもあり、こうした混同が原因で元利消却型（エ型）は質に吸収され、本物返の型態は三種類に減った[8]。本物返が禁制潜脱と担保の二つの機能を併せもつことは変わらない[9]。残った三種の内の

---

[5] 田畑山林売買禁止が徹底した地方は、磐城国白河郡、常陸（ひたち）国茨城郡（慣例類集・517丁）、壱岐国石田郡（同・551丁）等である。同・473－492、506－551丁から集計すると、59郡中、田畑売買を禁止する地方は35郡、許す例が24郡であった。禁制潜脱の例としては流質が11郡、本物返が９郡でみられた。他に、譲渡（ゆずりわたし）（主に血縁者間で譲状を作成して好意や隠居にともなって行われる財産移転）が５郡、売渡が３郡、当事者間永代売買が２郡、他の手段が６郡でみられた（一部、郡が重複した）。

[6] 例えば上野国群馬郡（慣例類集・521丁）は町地売買を禁じる。

[7] 慣例類集や日本經濟史辭典・第１章第１節・注２等から本物返の同義語を知る限りで挙げると、本銀返、元金返シ、本米返、元米返シ等の他に、関東では年季売あるいは年切売、関東上総国長柄（ながら）郡ではウワベウリと呼称されたという。なお年貢が払えなかったので「元米返シ」し、その代金である米で年貢を納めたア型の農民間の事例（1814年（文化11年））がある（徳島県立文書館 http://www.archiv.tokushima-ec.ed.jp/article/0007418.html）。

[8] 日本經濟史辭典・第１章第１節・注２・1521頁。慣例類集・538丁・出雲国能義郡の慣習における「本物返シ」では買い戻し時に買主が利息をとり、年貢も売主が負担する（本来ならば、徳川百ヶ条第31条第４項により年貢を質置主に負担させてはならない）。残りの３例は確認できる。ア型は慣例類集・511－513、515、517、521丁、Wigmore, *op. cit.* p.20、イ型は慣例類集・511－512、517、536丁、ウ型は、同・511－512、530、544－546丁。

[9] 本物返の例の内、足柄郡の耕地宅地の例（慣例類集・515丁）は、同郡で永代売を許しているので禁制潜脱の意図ではない。他に尾張国愛知郡の町の家屋、地所の例（同・512丁）、加賀国江沼郡の物品売買（同・531丁）、周防国吉敷郡の一種の財団ないし集合物である酒造株（同・542丁）等の本物返がみられる。

年季明請戻型（ウ型）につき、ウィグモアーによる興味深い調査がある。伊勢安濃郡では、農地、山林のウ型の本物返が使われる。農地は毎年果実を生じるので、期間は10年である。一方、山林は成長に必要な期間を経るまで伐採できないから30年から50年だという[10]。つまりウ型は占有移転を受けた買主の利益のために利用されることが多い。

本物返の目的物には、土地、家屋、物品一般、財団ないし集合物、株、家産等、それと人身売買は厳禁だったが人も目的物になった[11]。

買戻権行使の効果は、尾張愛知郡の例によれば、「売買は無かったものとして取り消」す遡及的解除だったらしい[12]。ただ対物的ではないだろう。

総括すると、近世の本物返は、中世と同じく禁制潜脱と担保の機能をもち、田畑永代売買の禁止なども加わって、より盛んに利用されたと考えられる。目的物は不動産、動産、権利等様々である。そして権利行使の効果は、遡及的解除である。

近代に入ると、土地売買の禁制はなくなる。それにしたがって本物返の機能も変化する。

これ等は禁制外である。禁制外の物を本物返する場合は、専ら担保目的だろう。他に Wigmore, *op. cit.* p.20.

[10] Wigmore, *op. cit.* pp.17-18.

[11] 目的物に関しては前注9。Wigmore, *op. cit.* p.20. によると特に家産の場合、売主は買戻特約を望んだという。人を目的物とした農民間の本銭返の史料に徳島県立文書館 http://www.archiv.tokushima-ec.ed.jp/article/0007394.html がある。無論、人身売買は中世以上に厳禁である。その初めは1616年（元和2年）の高札である（牧英正『人身売買』（岩波書店、1971年）81－82頁に抜粋されている）。その後の取り締まりに関して、詳しくは児玉、大石・第1章第1節・注5・223頁。17世紀末頃には人身売買は一掃される。禁制の高札は、御触書寛保集成25、26（1658年（万治元年））、同・集成28（二）（1661年（寛文元年））、科条類典上巻の13または御触書集成48（1711年（正徳元年5月））、同・1341（1716年（正徳6年））、同・1353（二）（1734年（享保19年）等、度々出された。

[12] Wigmore, *op. cit.* p.19. 三浦・第1章第2節・注4・836頁も売買の解除とする。

第４節　維新後から旧民法典前

維新後の明治５年２月15日、「地所永代売買ノ儀従来禁制ノ処自今四民共売買致所持候儀被差許候事」（太政官布告第50号）と定められ、田畑永代売買等の土地売買は解禁された。したがって、禁制潜脱の必要はなくなり、本物返には担保機能のみが残った。

民法典起草事業は明治３年から続けられ[1]、明治19年に旧民法典草案がなり、同年、元老院会議の議案に上り、明治22年に議定され[2]、最終的に明治23年に法律第28号として公布された。そこでは「受戻」として本物返は残された。以下では、旧民法典制定より前までを述べる。本物返については現行民法典まで成文法はないので。明治８年６月８日太政官布告第103号裁判事務心得第３条より、慣習によることになるので、当時の裁判所の認識に対する理解が主になる。

本物返に担保機能があることについては政府も認識していた。それは、三重県裁判所による「地所年限売買及ヒ質地証文ノ儀ニ付伺」（明治９年８月26日）とそれに対する政府指令によって知ることができる[3]。まず伺第１条は、売買の約定について、契約締結後も地券書替をせず、買主が小作料等を請求する例を受理すべきか、という伺をだす。伺第２条本文は、貢租諸役を売主に負担させるも、買主側が売買代金の取り戻しを請求する場合は出訴期限規則第２条（前文より、金穀貸借債務不履行の場合に、当事者間で出訴を猶予したために生じ

---

[1] 民法典編纂事業の始まりに関しては、手塚豊「御国民法―城井国綱本―続・明治法制史料雑纂(4)」（法學研究38巻７号75頁（昭和40年））、石井良助「明法寮民法草案」（法律時報29巻８号96頁（昭和32年））や同文献中の引用文献、その他、当時を生きた者の証言として加太邦憲「司法省法学校設立最初半ヵ年の状況」（『法曹記事』36巻７号84頁）、今村和郎『解難』（明治23年）１－４頁などがある。

[2] 旧民法典に関する議事は明治19年12月６日、515号議案（加藤福太郎編『元老院會議筆記25巻』（元老院會議筆記刊行会）1921頁以下）をみるとよい。慣習に対する違背と難解であることが問題とされたが、起草関係者は反論している。その後の流れについては、同・1939頁参照。明治22年７月29日、第614号議案（元老院會議筆記34巻319頁以下）で可決された。

[3] 市岡正一編『現行日本類典全』（博聞社、明治18年）伺57－58頁、指令59－60頁。

た証拠等の不都合是正のために明治7年以後の出訴期限を定めた。同条は出訴期限を1年限りとする）にしたがって裁判すべきか、と伺をだし、また同条但書は、出訴期限規則第2条にしたがって裁判をした場合、売主が地所不渡を主張することがあるが、その場合、まず所有権の所在を確定しなければ裁判ができないが、買得証書のみで、地券書替、地書受取をすることは採用の限りではないか等の伺をした。これらの伺に対し、指令は伺第1条につき、「買得ノ証」があれば、訴訟を受理すべきと指令した。第2条本文については伺いの通りとし（指令第2条）、但書については受理すべきとした（指令第2条但）。

伺第1条から、この頃には、占有留保型の本物返が存在したことを知ることができる。買主が小作料を請求しているからである。伺第2条本文からは、買主が担保権者のような行動をとることがあったことを知ることができる。売買であったのに、売買代金の返還を請求しているからである。そして伺第2条但書からは、そうした買主の主張に対して、売主が所有権移転を否定する場合があったことを知ることができる。

三重裁判所は、伺第2条までの状況を重視したのだろう。伺第3条では次のような伺をした。第一に、年限を決めて、元金を返済をすれば地所を差し戻す約定と、第二に、年限を定めて、幾年経とうと、取り戻せる約定がある場合とに分け、第一の場合なら約定期限内に、第二の場合なら約定期限後に元金弁済を受ければ地所を差し戻さねばならず、また買主が買い取った地所は処分できないのだから、買主は所有権を完備したものではなく、実質は質であるから、地所質入書入規則（明治6年1月17日太政官第18号）にしたがって裁判して良いか。

これに対して、指令第3条は「伺之通」とし、同条但書で「其実売買ナレハ年季ノ定メ之アルトモ売買ノ裁判可致事」と命じた。

ここより本物返のイ型とウ型の存在（正確には期限後から権利行使が可能となり、以後は永久であるからアウ複合型の本物返）の存在を知ることができる。それと、三重裁判所は、本物返の真正売買性を否定するが、政府は、真正本物返か担保（質）かの区別の必要性を認識している。質ならば、地所質入書入規則にしたがうと同時に競売手続によるので（明治6年2月14日太政官第51号、同年3月27日司法省第46号）、所有権取得、つまり流質はできない。これは次章で扱う真正買戻か売渡担保かの議論の魁である。つまり買主は売買と主張することで所有権取得を主張し、売主は担保と主張することで所有権移転を否定する。裁判所は本物返を担保と扱い、債務者保護の立場に立ち、政府は、真正

売買と認める本物返の可能性を残すなど、やや債権者側の立場に立っている。

この後、大審院でも本物返を扱う事件が相次ぐ。以下ではそれらを概観する（真正買戻か売渡担保かの問題は次章でまとめて触れる）。

明治５年の布告前の事件については、旧政府法、つまり田畑永代売買の禁制に則って裁判がされた。これが問題となった事件がある。

大判明治36年12月９日民録９輯1367頁　明治３、４年頃、売主が所有地を買戻期間５年で買主に売却したが、期間内に買戻権行使をできず、その後も数十年間、徳米や小作米を納めた。後、同34年４月になり、所有権返還請求を買主にした。売主は、明治５年布告以前の地所永代売買は無効であり、当該契約は永代売買に買戻条件を付したもので、無効であると主張した。判決は、明治５年以前の永代売買は禁制だったが、永代でない売買契約は合法だったとし、請求を棄却した。

先の伺指令でみた立場からすれば、売買契約の無効を主張するのでなく、買戻特約付売買が担保であることを主張すれば、判断は異なっていたかもしれないが、そうした主張をしなかった。本物返自体は近世でも禁制でなかったので、当然の判断だったといえる。

大判明治20年４月28日大審院判決例民事集・裁判粋誌１巻164頁　契約締結は享保年間（1716－1736年）である。恐らく売主と買主の先祖だろうが、田地本物返がされた（恐らく年季は永年）。その後、売主側は80有余年間（訴え提起時点からの逆算だろう）、買主に平穏に所有させ、ここ20年来、一度も照会したことがなかった。明治に至り、売主が買戻特約を主張し、所有権返還請求をした。原審は「本元戻シ」は10年経過で流地になるのが従来の慣行とし、売主は「請戻シ」の念慮を断ったものとして売主の請求を棄却した。売主上告。10年で流地となる慣行はなく、それは質に関することであって、錯誤の裁判であり、不法と主張した。大審院は、売買契約で、年限に拘らず、元金で買い戻せる条件を付したものは「本物返シ」と唱え、質地同様の処分をする裁判習慣であるとする。本件も契約時から10年以後、「受戻権」はないと判示。売主敗訴。

裁判所は先の伺指令と同じ立場に立ち、本物返を質と同視している。確かに売主側がいうように、徳川百ヶ条第32条は質地が10年で流地になると定める[4]。だがこれは本物返の定めではない。享保年間、つまり近世なら、買戻の種類は３種あり、ア型（またはアウ混合型）の買戻期間は永年であった。契約当時の法によれば、売主は永久に買戻請求ができる筈で、本物返をする当事者の認識の多くもそうだったといわれる。ならば、売主の主張は認容される筈である。だがこれを認容すると、買い戻されない限り、所有権の帰属が永久に不安定になる。そこで法律不遡及の原則を曲げ、公益的見地から現在の裁判習慣を援用したのだろう。これはボアソナードの法律不遡及の公益的見地による例外論が影響しているのかもしれない[5]。ともあれ、この時点の判例では、買戻期間の最長を10年内とした。だがこの期間は修正される。

大判明治33年１月24日民録６輯１号53頁　地所買戻請求事件。買戻期限が明治20年12月頃だったが、買主側が無期限とした。そして売主が買主に買戻権行使をした。買主は無期限とした事実を争ったが、原審はこの事実を認定。大審院は無期限の約定も公序に反しないとし、買主の上告を棄却した。

大判明治34年９月23日民録７巻８号37頁　土地家屋買戻特約付売買契約事件。明治21年３月21日に契約締結。10年経過後の権利行使は永久である（アウ混合型）。判決は民法施行前に買戻期間の制限はないことを理由にこれ

4　第32条「質地小作取捌之事」第１文は「年季明け拾箇年過候ハ質地流地」と定めていた。

5　フランス民法典第２条の法律不遡及原則は、個人の権利等が立法者によって容易に変更されるなら、個人の不安を招き、一般利益を脅かすので定められた（谷口知平『仏蘭西民法〔Ⅰ〕人事編』（有斐閣、昭和30年）29頁）。ボアソナード博士が旧民法典施行を期して著した『民法原理法律不遡及論』（宗文館書店、明治28年）38－39頁における法律不遡及の基本的原則は次のようである。「法律不遡及ノ原則ハ他人ヲ害ス可カラズトノ原則ノ結果タルコト自ラ明ナリ」。「不遡及ノ原則ヲ正確ニ適用スル爲メニハ實際生スル各場合ニ就キ新法實施ノ時ニ當リ舊法ニ依リ既得シタル權利（droit Ocauis）アルヤ否ヤヲ講究スルコトヲ要ス」。これによるなら、享保年間に売主側は権利を取得していたので、新法によりこれを害することはできないはずだが、「公益ニ反スルノ既得權ハ到底是認ス可カラサル」とし、公益による法律不遡及の例外を認める（427頁）。

を有効とした。

権利行使期間を制限した明治20年判決を変更している。今度は、法律不遡及としても公益に反しないと考えたのだろうか。その後、同様の判断が続く（大判明治35年３月５日民録８輯５頁、大判明治35年６月６日民録８輯６号19頁はア型への変更を認める）。一つ考えられることは、この時期、地価が高騰しており[6]、その数年後、大量土地買占め目的と思われる売主十数人対１買主の事例が現れるのだが（大判明治36年12月９日民録９輯1367頁、同様の事件が大判明治44年４月15日民録17輯221頁）、こうした事情があり、地主を保護する事情が生じていたのかもしれない。

前掲大判明治35年３月５日　契約時期は不明。アウ混合型である。買主が係争地所を被告に転売した。被告は特約につき、悪意だった。その後、売主が被告に直接、買戻請求の意思表示をしたが代金の提供は無かった。原審は、民法施行以前は買主に解除権を行使しなくても転得者に直接請求ができるとして請求を認容した。被告側は、次のように主張し、上告した。①期間無制限の特約は違法である。②買戻の請求時点で代金の交付が必要である。③売主は買主に履行請求をせねばならない。大審院は、次のように判断した。①については慣習、裁判上も有効として来た。②については民法施行前に民法第583条の如き規定は無く、買戻は意思表示をし、履行時に代金を交付する慣習であり、裁判上もこれを認めてきた。③については民法施行前は買戻の登記があるか転得者が特約の存在を知っていれば直ちに転得者に請求できる慣例で、判例もこれを認めてきた。上告棄却。

伝統的には買戻権は対人権に過ぎなかったのだが、③は悪意転得者には買戻権を主張できるとしている。

大判大正４年12月17日民録21輯2131頁　土地本物返事件。明治19年の慣習を問題にしているので、契約締結はこの頃だろう。買戻期間は明治29年以

[6] 札幌、東京、大阪、北九州について瀬川信久『日本の借地』（有斐閣、1995年）45、90－98頁。明治33年の事件は大分、同34年の事件は宇都宮の事件である。

降だったらしい（アウ混合型本物返か）。買主が所有権確認および登記移転請求をしたところ、原審が再売買と認定し、これを容れたので、売主は上告し、次のように主張した。本件契約は本物返である。原審が本件契約を本物返と認定しながら、質入契約でもなく、買戻条件付売買契約でもなく、再売買予約権付売買契約であると判断したのは契約の性質を誤解している。本物返の慣習は判例（前掲大判明治20年を引用）も認めており、契約期間経過で初めて流地になる。大審院は先例（前掲明治20年判決）を引用し、地所売買契約で年限に拘らず、元金で買い戻させる条件を付したものを本物返といい、10年以後は受戻ができない。この本物返は明治19年前後にも行われていたもので、その性質は買戻条件付売買に外ならないとし、10年以後は買戻はできず、約定の期間にしたがうが、明治39年時点で買戻権を喪失し、無条件で買主の所有に帰したとし、売主側を敗訴させた。

期間について明治20年判決を復活させた。なぜ判例を再変更したのか。幾つか考えられる。一つは、この頃、民法第580条の期間が法定期間か否か議論され、法定期間なら買戻期間は民法施行後10年に短縮されるのだが（民法施行法第34条→第32条→第31条但）、判例の立場は反対であった（大判大正３年12月11日民録20輯1076頁）。これに対し、学説は、公益上の見地から法定期間とする説が多数であり（鳩山秀夫、我妻他）[7]、それに影響されたのかもしれない。この多数説は大審院大正９年５月８日連合部判決（民録26輯588頁）で採用され、これに反する判例は全て変更されている。もう一つは、前掲大審院明治34年９月23日判決に関して推測したのとは逆の事情で、買主を保護する必要が生じたのかもしれない。再売買（広義では買戻に含む）[8]に関する判例だが、一つ挙げる。

大判大正９年９月24日民録26輯1343頁　山林再売買予約権付売買事件（水戸）。契約は明治14年に行われ、35年間据え置き後、買い戻し期間は無制

[7] 鳩山秀夫『日本債權法各論』（岩波書店、大正11年）379－380頁、注２。我妻栄『債權各論中巻一』（岩波書店、昭和32年）330頁。
[8] 近江幸治『担保物権法[新版]』（弘文堂、平成４年）259頁、柚木・第２節・注１・300頁。

限だった（アウ型）。買主によると、35年間据え置きとした事情は、山林に木が少なく、伐採までに期間を要したからである。したがって、占有移転型だったと思われる。売主が大正６年１月２日に予約完結の意思表示をした。原審は次のように判断した、予約完結権行使は予約成立から30年に限る。現行法の法意より、買戻に関する規定を再売買にも及ぼすべきである。鑑定によれば、明治14年時点の土地価格は155円。35年後の大正６年には20倍。大正８年には40倍になっている。155円で、その20倍の土地を得るのは不当などとし、売主を敗訴させた。売主上告。とくに最後につき、物価は一定しているものではなく、高騰したからといって、再売買予約権が無効になるものではないと主張した。大審院は次のように判断し、原審を破毀差し戻した。再売買と買戻は成立条件が違うので、買戻の規定を適用できず、期間を制限した規定を適用できない。また価格高騰の主張については、価格騰貴の場合、「契約當事者ハ當初ノ約旨ニ従ヒ信義ヲ重ンシテ契約ヲ履行ス可キ義務」があるとし、価格激変を以て履行を拒否をする理由にはならないとした。原審の解釈に「一モ正當ト認ム可キモノナ」しとした。

土地高騰が著しかったことは前述した。この事件は山林事件だが、上記判例における大正８年時点の鑑定により山林価額の高騰も存在した（1917年から1919年は第一次世界大戦ないしその直後で、木材の船舶材料等の需要があったのだろう）。明治34年時点では、地価高騰が目的で土地を買い占める買主から売主を保護する必要があったかもしれないが、大正も中頃を過ぎると、逆に地価高騰を奇貨とし、何十年も経って、数十分の一の価格で買戻権行使をする売主が現れたのかもしれない。今度は、そうした売主から買主を保護する方に傾いたのかもしれない。本件では、民法第556条が期間の定めをしていないので、売主を勝たせているが、差し戻している。大審院は、信義則上、売主の権利行使を認めない事情を求めたのかもしれない。

ここまでの伺指令や判例を総括すると、本物返の性質について質権と同視する三重県裁判所の伺、あるいは質権と同様の扱いをしようとする判例から、裁判所も本物返が担保目的であることを前提している。そして伺をした三重県裁判所は、債務者保護の見地に立ち、担保と同視し、指令をだした政府は売買の

可能性を認め、やや債権者よりであった。ともあれ買戻特約付売買契約が真正のそれか担保か、つまり地所の所有権移転の有無を巡る議論は既にこの時点で存在した。

買戻の内容をみると、買戻代金は元金のみである。買戻期間に関する種類は実際の取引に関しては減っていない。だが裁判上は、前掲大判明治20年4月28日が本物返をした地所は10年で流地とするのが裁判慣習だとして、期間を制限した。契約時が現行民法典施行前でも裁判時が施行後の後の判例では、権利行使期間を無制限とするものを認め、また再び明治20年判決と同じ制限をした。このように判例の立場は動いた。そして最終的にはイ型に落ち着いた。占有に関しては留保型も移転型も存在した。土地以外の目的物はよく解らない。この後に扱う判例に動産事件もあるので、動産もあっただろう。

買戻権の効力として、悪意第三者にも買戻権を主張できる。

買戻権行使は意思表示のみで良く、代金は履行時に支払えば良い。

買戻は旧民法典が公布されると、法源ではないものの、影響を与えた。その旧法典は買戻代金等、多くが西洋法、とりわけフランス法により、伝統的な本物返を修正して行く。

第5節　フランス民法典と旧民法典

明治23年に公布された旧法典は、その財産取得編第3章「売買」第2節「売買契約ノ解除及ヒ銷除」第2款「受戻権能ノ行使」で伝統的な本物返を、フランス民法典第1659条以下における買戻権（De la faculté de rachat）に倣って修正しつつ、「受戻」として規定した[1]。そこでまずフランス民法典における買戻

[1] 日本經濟史辭典・第1節・注2・1520頁によると「請戻、請返」の文言は本来質権に用いる文言であるが、本物返にも用いる慣用があった。だが梅謙次郎『民法要義巻之三』（明法堂、明治30年）537頁、岡松参太郎『註釋民法理由債権篇』（有斐閣書房、明治29年）次158頁によると、「買戻」は売り渡したものを取り戻すことをいい（再売買も含む）、「受戻」は質物件抵当物件を取り戻すことをいう。つまり担保に入れた財産を取り返す場合に「受戻」という（だから譲渡担保でも「受戻」という）。以上が用語としては正確なのだが、旧民法典では「受戻」といった。その理由はボアソナード・第4節・注5・348頁、同『再閲修正民法草案註釋第三編上巻』（司法省、刊年不明）464、470頁、富

を一瞥し、それから旧民法典をみる。

一　フランス民法典までの買戻の沿革

フランスにおける買戻を一瞥する前に、ローマ法にも買戻約款（pactum de retroemendo）が存在した。これは法源に乏しく、日本、フランスなどで債権担保目的に使われたり、教会法による利息禁止や日本中近世の土地売買禁制の潜脱手段として使われる等の社会に食い入った制度ではなかったらしい[1]。だが、ローマ法の買戻はフランス民法典の買戻に対して、特に rachat という文言に関して影響を与えたようで、フランス現行民法典はローマ法に拠り、買戻を rachat とした[2]。

文言はローマ法に由来するが、フランスの買戻の起源は西洋中世における利

井政章『民法論綱財産取得編上』復刻版（新青出版、平成13年（明治24年））193頁、梅謙次郎『日本賣買法全』（八尾書店、明治24年）401頁によると次のような理由である。フランスにおける買戻（rachat）は新売買を意味する。したがって、買戻権を行使した場合、行使当時の現状で引き取らねばならない。一方、受戻（retrait）は売買当時に遡及して契約を解除する。したがって売買当時の状態で財産を取り戻せる。この区別に則り、日本の伝統的な「買戻」の文言は妥当でないとして、「受戻」とした（梅・前掲・日本賣買法・401頁はこの文言に反対）。この区別には登記手数料上の違いがある。ボアソナード『仏國民法賣買篇講義』（博文社、明治16年）378頁、同・前掲・再閲修正民法草案註釋・473頁は「買戻」ならば、再売買であり、財産移転税を再び払わなければならないが、「受戻」は旧契約の解除であり、新たに移転税を払う必要はないとする。この点も旧民法典が（フランスの）「買戻」ではなく（フランスの）「受戻」と規定した理由である。ボアソナード・第４節・注５・348頁は「現行法〔旧民法典前の法〕ニ於テハ受戻権能ノ行使ヲ完全ニ認メタルカ如シ、然ルニ新法ハ此權能ノ行使ニ關シ數多ノ制限ヲ加エタリ」と説明している。つまり伝統的な買戻の存在をしりつつ、制限を加えたのであり、買戻に関する限り、ボアソナード博士、また箕作博士が元老院会議において旧民法典が日本の慣習に準拠した（ボアソナード・第４節・注５・13頁、元老院會議筆記25巻・第４節・注２・1932頁箕作）と述べたことに誤りはない。

[1] 原田慶吉『ローマ法上巻』（有斐閣、昭和24年）188－189頁、柚木・第２節・注１・302頁。

[2] 木村健助他『仏蘭西民法〔Ⅳ〕』（有斐閣、昭和30年）82頁。

息禁制に由来する。

ローマ法では利息を禁じておらず、十二表法第Ⅷ表18aでは元本に対し、月12分の1であった[3]。その後、一時利息が禁止される等の変遷があったが、その後は、制限されつつも利息収取は許された[4]。一方、313年のミラノ勅令[5]以後、ローマ帝国内で公認されたキリスト教においては、利息を禁止していると読める章節（出エジプト記第22章第25節、レビ記第25章第35－37節）や、逆に容認しているように読める章節もあるが（申命記第23章第19－20節、ルカ第6章第35節、同第19章第23節）、既に3世紀には教皇による禁令が存在しており[6]、その後も禁令は繰り返された[7]。そして中世において教会法学・法学が盛んになると、利息の認否を巡り、主にキリスト教倫理上、激しく争われた。

11世紀後半からの法学復活以降も利息収取の認否には大きな論争があり、特に中世最大の神学・哲学者であるトマス・アクィナス（1225(4)～1274年）は利息収取を罪とした[8]。

---

[3] 佐藤篤士『LEX XII TABUKARUM 十二表法原文・邦訳および解説』（早稲田大学比較法研究所、昭和44年）。同・176頁によると、月か年か何れの利息か明らかでないと述べるが、原田・前注1・156頁は月とする。

[4] 詳しくは、原田・前注1・155－157頁。

[5] 古山正人他編訳『西洋古代史料集』（東京大学出版会、昭和62年）198－200頁に原典訳がある。

[6] 第16代教皇聖ヒッポリトゥス（在217－235年。ホセ・ヨンパルト『教会法とは何だろうか』（成文堂、1997年）188頁以下「歴代教皇一覧」による）の教令集 Can.15は「人が耳を傾けてはならない幾つかの生業」について規定する。その中に「高利貸し」（a usuer）が入っており、こうした諸々の生業を営む者には、教義を教授してはならず、洗礼も施してはならない（教令は Hippolytus,“*The Canons of Hippolytus*” edited by Paul F. Bradshaw, Nottinghamshire,Grove Books Ltd., 1987に収録）。

[7] クラウス『中世經濟倫理序説』小林珍雄訳（伊藤書店、昭和19年）60頁以下に詳細に挙げられている。H・ディツィンガー編『カトリック教会文書資料集（*Enchiridion Symbolorum Definitionum et Declarationum de Rebus Fidei et Morum*）』浜寛五郎訳（エンデルレ書店、昭和49年）において、幾らか収録されている。

[8] トマス・アクィナス『神學大全Ⅱ－2　57－79』稲垣良典訳（創文社、昭和60年）78問題386－392頁。学説の対立は聖書の章節の解釈問題が主だが、人間的事柄の正義である市民法（ローマ法）では利子を容認しているという法理論

このように、主に絶対的権威を誇ったキリスト教倫理から利息収取は禁制とされ、16世紀頃までの商事法はこの禁制下にあった[9]。

無論、フランスもこの例外ではなかった。革命前にはキリスト教の勢力が強く、その影響は立法面にも現れ、利息を禁じた。それゆえに買戻は特に封建時代、金融の方法として広く行われた。領主が金融を必要とする際、領地を抵当にいれることを国法が許しておらず、だからといって、世襲財産であるから売却を欲せず、それゆえに領地を失わずに融資をえる唯一の手段として買戻が利用された。一方、富裕を誇るユダヤ人も買戻は合法に高利貸しを行える最上策だと考えた。こうして貸主借主の利害が一致し、買戻は中世の法慣習になった。こうして旧法当時のフランスでは高利貸しを禁じた結果として、高利を取る手段として制限外の買戻が用いられた[10]。この頃の買戻には、売買代金に加え、利息をとる買戻も存在したことになる。

上の根拠を挙げたり、随意に渡された物を受け取ることは罪ではない等、神学以外の容認説もあった。これに対し、トマスは利息収取を罪と断じた。主な理由は、存在しない物を売ることになるからである。つまり、金銭と金銭の使用は別々に考えられないのであって、金銭の返還を受け、かつ使用料（利子）をとれば、同じ物を二度受領することになり、罪であると述べ、全ての容認論へ詳細な反駁を加える。理論展開において、トマスは神学的見地から容認論に反駁する一方（詳しくはトマス389－390頁）、貨幣は交換対象として比較される物の値を測る物だとするアリストテレスの金銭論（アリストテレス『アリストテレス全集13ニコマコス倫理学』加藤信朗訳（岩波書店、昭和48年）５巻1133a20、同『政治学』山本光雄訳（岩波書店、昭和36年）1257a33－1257b24）やローマ法理論にも依拠した。なおトマス理論の２次資料としてクラウス・前掲・53頁以下は詳細である。他に勝呂弘「中世教会法の利息禁制と地中海の海上貸借」（『名古屋学院大学論集』14巻36頁）39－40頁が多少、トマスに触れる。

9 勝呂・前注８・39－40頁によると、当時、キリスト教の根本規範は、隣人愛であって、何もおしまず貸し与えよとする教義があった。また教父的見解は貨幣が労せずに果実を生むことや賃金の使用に関して利息を取ることを許さなかった。なぜなら時が神の物であるならば、時の産物である利息は神の物である。したがってこれを取るべきでない等と考えられたからである。これは世俗にも適用された。

10 ボアソナード・再閲修正民法草案註釋・第５節・序文・注１・464頁参照。富井・第５節・序文・注１・190－193頁、岡松・第５節・序文・注１・159－160頁。

このようにフランスにおける買戻は古くから慣習として存在した。これを現行民法典で成文法としたが、不興だったという。民法典編纂者はローマ法の表現である réméré を好んで再売買を意味する「買戻」（rachat）と表現した。しかしこれは新しく譲渡することを意味するので現実と一致せず、正確な表現ではなかった。実際では以前から「合意上の取戻」（受戻。Retrait conventionnel）といっており、これは日本の買戻と同じく、既存契約の解除を意味していたので、今日では、rachat ではなく、retrait と解されている[11]。この言い換えは、概念上の差異にとどまるものではなく、前者なら二度の所有権譲渡をし、手数料が多くかかるが、後者ならば極僅かな手数料支払いのみで済むという違いもあった[12]。

このようにフランス民法典は、キリスト教倫理の影響が色濃い利息禁止を潜脱する目的で慣習上、発達した買戻制度を法定した。土地売買質入禁制の潜脱を原因に発達した日本の買戻とは違う。だが沿革の違いはあれ、日本の買戻はフランスの買戻の影響を大きく受けた。以下では、具体的にその内容をみて行

---

[11] Colin, Capitant, *Cours élémentaire de droit civil Français,* dixiéme edition, Paris, Librairie Dalloz, 1948, 958, p.638、木村他・前注２・82頁。因みに、ドイツ民法典（第497－503条）における買戻（Widerkauf）は字義上からも再売買を意味する。したがって日本買戻との比較には、影響を受けたフランス買戻と比べることが妥当であり、ドイツの買戻と比較することは適当ではない（日本の買戻は契約解除である一方、ドイツのそれは再売買であることに関して梅・民法要義・第５節・536頁、石坂音四郎『民法研究第一巻』（有斐閣、明治44年）191頁）。

[12] Colin & Capitant, *op. cit.* 958，p.638．なお Raymond Guillien, Jean Vincent『フランス法律用語辞典（Lexique de Termes Juridiques 9th edition）』Termes juridique 研究会訳「droit de repentir」,「retractation」を参照すると、買戻権は一方的に約束を撤回する撤回権（droit de repentir）と解されている。1798年（共和暦７年）11月（frimaire）22日の登記法（Loi sur l'enregistrement）第68条第１節第41号はこの撤回（retractation）に要する費用を１フランとしていた。だが1816年４月（avril）28日の財政法（Loi set les finances）第37条により、「異常な負担」（charges extraordinaires）の返済まで登記費用の増額が行われ、第43条第21号では２フランに増額された。恐らくナポレオン１世の百日天下後の1815年11月20日に調印された第２次パリ条約で７億フランの賠償金がフランスに課せられた影響だろう。

こう（以下、「買戻」と「受戻」はフランス固有の意味で用いる）。

二　フランス民法典における買戻

フランスの買戻は当時の日本と比べて、制限的である。ここではフランスの買戻を概観する。

第1659条は「買戻権〔la faculté de rachat〕とは売主が主たる代金を返還し、且つ第1673条に定むる償還〔売買費用、正当出費、必要修繕費、有益費〕をなして、売買の目的物を取戻すことを留保する約款より生ずるものを言う」と定める[1]。前節で述べたが、同条にいう「買戻」はフランス法固有の意味の「買戻」ではなく、「受戻」と解されている。目的物は動産不動産を問わない。

買戻権に関しては売主の地位が議論される。主な争点は買戻権譲渡手続である（それだけではない）。多数説は、売主は所有権を失うが、停止条件付所有権をもち、買主は解除条件付所有権をもつと解する。停止条件付所有権は物権なので、その譲渡には登記を要する（停止条件付所有権説。ボアソナード、富井）[2・3]。有力説は、一物に二つの所有権を認めない立場から、売主は債権を持つに過ぎないと解する。買戻権は債権なので、その譲渡には債権譲渡手続を必要とする（債権説。Colin & Capitant）[4]。買主の地位は解除条件付所有権者であることに異論は無い。

第1660条第１項は「買戻権は５年を超ゆる期間を以て約するを得ず」と定める。期間は制限されている。買戻権の存在が、物の上に権利を取得した者を、

---

[1] 条文の出典は木村他・第５節一・注２。他巻収録の条文は、同シリーズの他巻による。適宜、現代表記にした。

[2] Colin & Capitant は同説支持者ではないが、 Colin & Capitant, *op. cit.* 969, p.638は停止条件付所有権説を通説とする。

[3] ボアソナード・再閲修正民法草案註釋・第５節・序文・注１・476－477頁、富井『契約法講義全』再版（時習社、明治20年）315、319頁（同書はフランス法学博士号をもつ同博士のフランス民法典の教科書）。買戻権譲渡に関する通説の帰結については、Colin & Capitant, *op. cit.* 969, p.639、木村他・第５節一・注２・87頁等。

[4] Colin & Capitant, *op. cit.* p.639. なお *Ibid.* 969a）, p.639、木村他・第５節一・注２・87頁によると、買戻権譲渡には債権譲渡手続を要すが、具体的には買主への通知あるいは買主による確定行為による承諾である（第1690条）。

何時買戻権を行使されて権利を喪失するか解らない不安定な状態に置くからである[5]。そして第1662条は「売主が所定の期間内に買戻の訴権を行使せざるときは、買主は確定せる所有権者となる。」と定めているので、買戻期間が満了すると売主は失権する[6]。つまりイ型（年季明流文言型）に限定されている。

買戻権行使の効果について第1664条は、「買戻約款付の売主は第二の契約に於て其の買戻権が表示せられざるときと雖も、第二の取得者に対し、其の訴権を行使することを得」と定め、第1673条第２項は、「売主が買戻約款の効果として其の不動産を取戻したるときは、買主が目的物に付着せしめたる総ての負担並びに抵当権を免脱してこれを取得す。」、と定める（但書は詐欺の無い賃貸借の履行義務を売主に課す）。買戻権行使の効果は遡及的解除であるので、権利行使されると、売主は初めから所有権を失わず、買主は所有権者ではなかったことになる。したがって転得者等の第三者は、無権利者から権利を譲り受けたり設定されたことになるのでそれらは全て覆滅される。日本の本物返は対人権だったが、フランスは物権的効力があり、第三者にも買戻権行使ができる。ただし、このことは不動産に限る。動産ならば、占有移転されれば、第2279条が適用され、売主は転得者に追及できないからである[7]。

---

[5] ボアソナード・仏國民法賣買篇講義・第５節・序文・注１・380頁は「法律ノ精神ハ長キヲ厭フテ短キヲ欲スルニ在レハナリ」と論じる。不動産と動産の期間を分けなかった理由は、同・再閲修正民法草案註釋・第５節・序文・注１・466頁によると、買戻規定の総体から推して考えると、ほとんど不動産を前提していたからだということである。

[6] 木村他・第５節一・注２・84、88頁。

[7] 富井・前注３・317－318頁、木村他・第５節一・注２・86頁。同・83頁は、動産は再度入手し易く、即時取得との関係上も、買戻権行使をしても効果はないと評す。また第2279条第１項は「動産に関しては占有は権原の効力を有する」と定めるに止まるが、川上太郎他『仏蘭西民法〔Ⅴ〕』（有斐閣、昭和31年）347－349頁によると次のように解されている。ゲルマン法では動産の借主がこれを譲渡した場合、所有者は第三者に対して取戻を請求できなかった。フランスはこの原則に則って、13世紀頃までこれを維持した。だが13世紀以降、ローマ法研究が盛んになり、そのローマ法には「何人も自身がもつよりも多くの権利を他人に移転することはできない」（Nemo plus juris in alium transfere potest quam ipse habet.）という原則があり、この原則を動産取引でも適用し、所有権者は無権利者からの譲受人に対して取戻を請求できた。この法理論が普及し、

最後に買戻代金について第1673条第１項は、「買戻の約款を行使せんとする者は、主たる代金の外、売買の費用及び正当なる出費、必要なる修繕費並びに其の元本の価値を増加せしめたる費用〔有益費のこと〕を増加額の限度に於いて返還することを要す。売主はこれ等総ての義務を履行したる後に非ざれば目的物を受領するを得ず。」、と定める。買戻代金は元金のみの日本と比べて、契約費用や有益費用等も含まれる。これらに関しては次のように解されている。買戻権行使の効果は遡及的解除なので、互いに利息と果実を返還する筈だが、両者は相殺されたとみなされ、返還義務はない。ここでは買主に占有が移転され、買主が果実を収取することが前提されている。「必要なる修繕費」はやむを得ない出費に限られる。有益費は、売主が金銭を必要とする状況に付け込み、必要以上に有益費をかけ、買戻権行使を不可能にしようとすることが考えられるので、裁判所は売主の返還義務を免除できると解されている。その他の奢侈費は占有者負担である。保存費も買主の果実収取に伴う負担と解され、売主負担ではない。そしてこれら費用の返還は買戻権行使の条件であるので、これらを支払わねば、返還請求できない[8]。

総括すると、買戻特約付売買契約成立の要件として、目的物は不動産に限らず、買戻代金には元金に加えて契約費用等諸々のものを含めることができるが、利息を取ることはできない。期間は５年に制限される。売主の地位に関する法的構成には停止条件付所有権説と債権説があるが、これは主に買戻権譲渡手続の方法を巡って争われる。買戻権行使の効果は、物権的効力がある遡及的解除

動産所有権者にも取戻請求権を認めた。だが17世紀になると、動産について無制限に取戻を認めることは取引の安全を害すので、その制限が主張された。制限の一方法として、所有権者が他人に動産を委託した場合に、その者が信頼を裏切り、それを第三者に譲渡した場合、取戻を認めないというものがあり、フランス民法典編纂者はこの立場に立って、起草した。この沿革を踏まえると、フランス民法典第2279条第１項は動産を委託された者がそれを第三者に譲渡し、物がその者の手中にあるなら、取戻を請求できないと解すことになる。最近では、動産買戻はこうした善意取得があるためにほとんど不動産で行われる（柚木・第２節・注１・303頁）。

[8] ボアソナード・仏國民法賣買篇講義・第５節・序文・注１・418－422頁。この買戻代金の規定は「賣主ハ買主ノ費用ヲ以テ其身ヲ富マス可ラスト謂フニ外ナラス」という趣旨だと論じる。木村他・第５節一・注２・91－93頁。

である。そして買戻代金の返還は権利行使の要件で、履行時支払だった伝統的な日本法とは違う。

以上がフランス民法典における買戻の概要である。ボアソナード博士によると、金融の必要から愛着ある品を売ると、後日、再取得しようと思っても、買主もその物に愛着を持ち、手放さないかもしれないので、買戻特約を付すということが頻繁に行われたらしい[9]。だが弊害も多く指摘された。それは、第一に、高利の消費貸借を隠蔽するために用いられること、第二に、担保権ならば、裁判上でなければ目的物を処分できないが（第2078条）、その脱法行為として行われることなどである。そして第三に、解除の危険があるので、買主は目的物を運用も処分もできず、財産の融通を害すなどである[10]。

日本旧民法典における「受戻」は以上のフランス民法典に大きな影響を受けた。

三　旧民法典の「受戻」

旧民法典の「受戻」は、フランス法の影響を受け、伝統法よりも制限されているものが多い。買戻を制限した理由は、フランスと同じく、買戻権の存在が財産の流通を妨げると考えられたからである[1]。存置の理由は、日本の慣習だったこともあるが、起草者は次の理由を挙げる。融資を要する売主が、固有財産を譲渡せずに金融を受ける方法には、抵当があるが、非常に高金利で期限までに弁済できず、競売されるかもしれない。買戻なら、受領代金のみを弁済すれば良く、自由に合意した低額で契約でき、固有財産を失わずに済む[2]。それで

---

9 ボアソナード・仏國民法賣買篇講義・第５節・序文・注１・377頁、梅・日本賣買法・第５節・序文・注１・400頁。

10 ボアソナード・仏國民法賣買篇講義・第５節・序文・注１・382、391頁、木村他・第５節一・注２・82－83頁。柚木・第２節・注１・302頁によると最近も同様である。

1 ボアソナード・再閲修正民法草案註釋・第５節・序文・注１・464－465頁、同・第4節・注５・348頁、富井・第５節・序文・注１・194頁。

2 ボアソナード・再閲修正民法草案註釋・第５節・序文・注１・465頁。梅・日本賣買法・第５節・序文・注１・399－400頁は、ボアソナード博士と同様の買戻の運用をのべ、同じ存置理由を挙げる。

も買戻の弊害は既に指摘されており、存置に否定的な学者も存在した[3]。以下では内容をみる。

財産取得編第84条第１項は「売主ハ売買証書ニ明記シタル受戻ノ約款ニ依リ買主ノ弁済シタル代金ト費用ノ部分トヲ指定ノ期間ニ返還スルニ於テハ其売買ヲ解除ス可キコトヲ要約スルヲ得」と定める。買戻を解除条件付売買契約とする点はフランス法の「受戻」と同じである。したがって、遡及的解除であり、買主が買戻期間中に付与した物権は全て消滅し、期間経過を待って始めて買主の所有権が確定する[4]。第85条第１項は特に不動産に関して遡及的解除である点を定める。このように旧民法典における買戻権は、フランス法に影響されて伝統法と異なる対物権になった。

目的物に関してフランス法は動産買戻を法定しないが、旧民法典は法定した（第84条②）。だが注意すべきは、伝統法では存在した権利買戻を規定しなかったことである。したがって目的物は伝統法よりも制限された。

売主の地位に関する議論は、フランス法と全く同じである。起草者は停止条

---

[3] 富井・第５節・序文・注１・191－193頁は「受戻」を残したことに反対する。フランスの状況を踏まえた上であろうが、その理由は次の通りである。①今は有利貸借は禁じられておらず、抵当権も整備されており、買戻の意義はない。②買戻は売主が（占有移転をするので）使用収益の利益を失う一方、買主の所有権は不確定であるので、買主が資本投下をせず、譲受人も現れず、財産の運用を妨げる。③利息を取らなくとも、買戻権行使時の損害を考え、買主は低価額でなければ買い受けないので、売主の損害になる。以上より、「受戻ノ約束ハ歴史上ノ遺骸」とする（②、③はボアソナード・再閲修正民法草案註釋・第５節・序文・注１・464－465頁も認識していた）。また④富井・第５節・序文・注１・192、195頁は、フランス同様、日本でも高利貸し禁止の結果として、買戻は制限外利息獲得手段として用いられるのみという。立法者が、この点を知っていながら存置したことにつき、「尚之ヲ有効トシ周密ナル十个條ノ規定ヲ設ケタルハ果シテ何等ノ必要ニ基クモノナルヤ」と批判する。梅「民法論綱財産取得編（法科大学ドクトェール、アン、ドロワー法学博士富井政章君著）」（富井・第５節・注１別冊『新青通信』６号７頁以下）11頁（初出は法協10巻４号367頁（明治25年））は買戻廃止に反対する。

[4] ボアソナード・再閲修正民法草案註釋・第５節・序文・注１・464、470頁、富井・第５節・序文・注１・190、193、196頁、宮川大壽『日本民法正解』（博文館、明治23年）財産取得篇46頁。

件付所有権説を採用し、第87条第2項で「売主カ受戻ニ服スル物ノ所有権ヲ譲渡シタルトキハ譲受人ハ自己ノ名ヲ以テ受戻ヲ為スコトヲ得」と定めた（傍点筆者）。学説もこれにしたがう（ボアソナード、富井、本野一郎＝森順正＝城數馬、梅）[5]。梅博士は、停止条件付所有権者として抵当権を設定できることを通説の利点に挙げる[6]。債権説を採るならば、売主は債権を持つに過ぎず、所有権を譲渡できる筈がなく、条文との齟齬が生じる。買戻の法的構成を明確にした点はフランス法と異なる。

売主の地位に関連して、買戻権は売主に与えられた権利であり、逆に買主が物を売主に返還する停止条件付権利を設定することは認められない。これを認めると、売主は強制的に物を買い受けることになることと、買主が目的物を第三者に売却か抵当権設定等をしていない限り、物の返還のみで停止条件を満たすので任意条件と同じことになるからである。草案第935条[7]は任意条件を制限していた。以上より、窮迫して売買をした売主が、代金返還に非常に困苦するので禁じられる[8]。

約定期間について第84条第2項は「不動産ニ付テハ五个年、動産ニ付テハ二个年ヲ超ユルコトヲ得ス」と定めた。フランス法よりも動産買戻の期間を短くした。日本伝統法の慣例では買戻期間に定めはなかったが、大幅な期間制限をした（もっとも第4節前掲明治20年判決のように10年で流地とした判例もあった）。買戻権が行使されず、期限が経過した場合を定めていないが、草案註釋は、フランス法と同様に直ちに失権とする[9]。つまりイ型（年季明流文言型）に一

---

[5] ボアソナード・再閲修正民法草案註釋・第5節・序文・注1・476－477頁、富井・第5節・序文・注1・196頁、本野一郎、森順正、城數馬『日本民法義解』（金蘭社、明治23年）361頁、梅・日本賣買法・第5節・序文・注1・438－440頁。

[6] 梅・日本賣買法・第5節・序文・注1・438－439頁。ただ梅博士は現行民法典起草過程で債権説に改説する。実際、旧所有権に抵当権を設定することは技術的に可能なのだろうか。

[7] 因みに草案は1－500条に人事編を挿入することを前提にした草案とそれを前提しない草案がある。935条は前者で後者なら435条になる。

[8] ボアソナード・再閲修正民法草案註釋・第5節・序文・注1・463、465－466頁。

[9] ボアソナード・再閲修正民法草案註釋・第5節・序文・注1・466頁、富井・第5節・序文・注1・198頁。

本化された（もっとも期間内でイウ混合型、つまり制限期間内で権利行使の始期を定めることは可能）。これは所有権の所在を安定化するためだろう。買戻期間の延長は、フランス民法典第1660条第２項と同様にできない（財産取得編第84条③）[10]。ただ第84条第４項は、再売買予約として、こうした場合を救済する。これは旧民法典独自である。また第５項で契約後や別証書でした買戻も再売買とみなして救済する。要するに買戻特約付売買契約の要件を満たさずとも、無効とはしないで再売買として救済する。

こうして成立した買戻特約付売買契約の効力に関して、不動産には公示手段があるので、第三者対抗力がある（第85条①）[11]。一方、動産は公示手段がないので、即時取得をされると、買戻権行使は不能である（第85条②）。フランス法でも第2279条により同様の結果になることは前述した（本節二注７）。草案註釋によると、動産の転得者の善意は推定されるので、悪意の立証責任は売主にある。だが買主は第三者に解除の危険を告知すべきとする[12]。

買戻権行使をする場合の費用について、第88条第１項は「売主カ受戻ノ権能ヲ行ハントスルトキハ指定ノ期間ニ売買代価及ヒ契約費用ノ外尚ホ物ノ保存費用ヲ買主ニ弁償スルコトヲ要ス」と定める。また同第３項前文は「売主ハ物ノ改良費用ヲモ弁償スルコトヲ要ス然レトモ裁判所ハ此弁償ニ付テハ売主ニ猶予ヲ許スコトヲ得」とする。この点、フランス法は保存費用を買主の果実収取の負担と考え、買戻の費用に含めていなかった。だが起草者によると、保存費用は「必要ノ費用」というので、実際は必要修繕費とほぼ同じだろう。これらを払わないと失権する[13]。また改良費用（有益費）についてフランス法はその支払猶予について定めず[14]、解釈上、必要以上の有益費は免除できるしていたが、

---

[10] Colin & Capitant, *op. cit.* 958，p.638は再売買とされれば裁判官は期限の猶予（フ民第1244条②）を与えることができるが、買戻だとそれができないことを買戻の特徴にあげる（第1661条）。

[11] ボアソナード・再閲修正民法草案註釋・第５節・序文・注１・470－471頁は公示を対抗要件として要求する。第85条第１項は「定メタル条件」による買戻権行使を要求するが、その条件として宮川・前注４・財産取得編45－46頁は登記を例示する。

[12] ボアソナード・再閲修正民法草案註釋・第５節・序文・注１・472頁。

[13] ボアソナード・再閲修正民法草案註釋・第５節・序文・注１・480頁。

[14] イタリア旧民法典の買戻は全くフランス民法典と同じである。その第1528

旧民法典は支払猶予を定めた。有益費は必要費ではなく、買主が自分のために費やした費用であり、また必要以上に費用を費やし、買戻権行使を妨害することがありうるからである。したがって期限までの返還を要しない[15]。だが猶予期間内に有益費を返還しなければ買戻権行使が無効になるのか、買戻権とは独立して売主の有益費償還債務のみが遅滞になるのか問題となりうるが、旧民法典はこの点が不明である。利息と果実の相殺について定めがないのはフランス法と同様であるが、フランス法と同じく、利息の請求は許されない。これを認めると買主も果実を返還せねばならず、煩雑だからとされる[16]。旧民法典も買主の果実収取を前提しており、買主への占有移転を原則にしているといえる。

総括すると、旧民法典の「受戻」は日本伝統法とフランス法との合作である[17]。主な点を摘示すると、まず目的物は動産と不動産である。目的物には権利を含まず、伝統法より制限された。期間も不動産５年、動産２年とする点で、イ型一本に限定された。動産を２年とする点ではフランス法よりも制限されている。買戻権行使に要する費用は元金と契約費用以外に保存費等を含むが、有益費は猶予されうる。伝統法は元金のみであったが、より契約自由の幅を広げた。そして利息と果実は相殺される。売主の地位に関する法的構成は停止条件付所有権説を採る。したがって買戻権は停止条件付所有権であり、その譲渡は登記による。買戻権行使の効果は物権的効力のある遡及的解除である。伝統法でも遡及的解除ではあったが、物権的効力はなかった。つまり目的物、期間は伝統法より制限され、買戻代金の費用項目は広がった。また効果の点で買戻権は強化された。以上の修正を受け、伝統的な買戻は残された。

以上が旧民法典の「受戻」の概要である。これが実務にどう影響を与えたのだろうか。

条もフランス民法典と同様に明文がない。

15 ボアソナード・再閲修正民法草案註釋・第５節・序文・注１・480－481頁、富井・第５節・序文・注１・199頁。

16 ボアソナード・再閲修正民法草案註釋・第５節・序文・注１・481頁、富井・第５節・序文・注１・198頁。

17 柚木・第２節・注１・304頁は「わが固有法の発展を経としフランス民法の規定を緯として定められた」と表現する。

第６節　旧民法典の下の裁判例

旧民法典時代の事件を扱った判例は以下の通りである。判断が多岐にわたるものもあるので、体系的に並べることはできない。ここでは年代順に紹介し、最後に総括する。

大判明治27年２月12日新判例体系民法８巻218ノ16頁　登載判例集の記載がなく、詳細な事実は不明だが、買主が転売した事件らしい。判決は、買戻権の売買には買戻義務者の承諾をえる必要はないとした。

債権説を採ったならば、債権譲渡手続として買主の承諾が必要である[1]。承諾を不要としているので旧民法典が採用した停止条件付所有権説を採用したといえる。

大判明治27年３月12日新判例体系民法８巻218ノ12頁　登載判例集の記載がなく、詳細な事実は不明だが、売買以後に買戻特約の約定をした事件らしい。判決は、買戻特約付売買契約は未必条件付の売買であり、期間満了で直ちに失権するが、再売買予約は相手を遅滞にした後でなければ買戻権能を失わないとした。

恐らく、売買以後の買戻特約の有効性が争われたのだろう。旧民法典では無効とはせずに再売買予約とみなした（財産取得編第84条⑤→④）。旧民法典に影響された判決である。

買戻期間の約定をイ型（年季明流文言型）に限定する点と買戻と再売買を区別している点も旧民法典と同様である（財産取得編第84条④⑤。なお第４節前掲・大判大正９年９月24日も再売買に対する買戻の規定の適用を否定している）[2]。

---

[1] 債権譲渡の場合、貸借証明書を債務者に書き換えさせる明治９年布告第99号がある。

[2] フランス法の「買戻」と「受戻」の区別につき、ボアソナード・再閲修正民法草案註釋・第５節・序文・注１・467－468頁。また宮川・第５節三・注４・

大判明治29年10月30日民録２輯９号119頁　買戻期限は明治28年９月15日。買主側が売主側の買戻代金提供を拒んだ事件。買主側は期日までに供託しなければ、買戻権は消滅すると主張した。判決は供託しなければ必ず失権することはないとし、売主側は代金を支払うために相当の手続を尽くしたと判断し、失権を否定した。

旧民法典第88条第２項では売主は買戻代金を供託せねばならない。判決は旧民法典に影響されず、寧ろ、権利行使に代金提供を要しなかった慣習にしたがった（旧民法典前の事件を扱った第４節前掲・大判明治35年３月５日判決も同様の判断をしたものと思われる）。

大判明治29年11月27日民録２輯10号143頁　明治27年１月４日に買戻特約付売買契約を締結し、買戻権行使期限までに代金提供がなかった事件。判決は、当時の法に買戻期限までに代金を提供しなければならない法はなかったと判示した。

旧民法典第88条第１項では期限までに定まった代金を払わねばならない。大判明治29年10月30日判決は供託事例だった。何れにせよ期日までに代金の提供や供託は必要とされない（この他、買戻権行使の請求をしながら代金の提供はなかった大判明治31年２月２日民録４輯２号８頁、大判明治33年７月２日民録６輯７号１頁も同旨）。

大判明治31年５月11日民録４輯５号17頁　不動産買戻特約付売買契約事件。買戻期限は明治29年12月20日。売主は①期限に無代価譲与や一部受戻を申し込んだが、買主は拒絶し、売主は期限までに買戻代金を支払えなかった。更に②期限後になって買戻の督促をした。売主は①の事実が買戻権の行使にあたるとして買主に対して所有権返還を求め、また期限経過後も買戻権行使は可能と主張した。買主は次の反論をした。①の事実は適法の申

財産取得編45頁は「（再賣買の予約）トハ再ビ賣買スベキノ約束ナリ之レト買戻ト異ナル處ハ買戻ハ前ノ約束附従スルモノナリ再賣買ハ獨立シタルモノナリ故ニ再賣買ハ普通ノ賣買約定ト異ナル處ナシ」と論じる。

込ではない。②については、買戻権は期限経過で失権する。原審は売主の請求を認容した。買主上告。判決は、次のように判断した。①再売買予約なら期限経過で直ちに失権しないが、「解除條件付受戻契約」であるときは期限経過で失権する。また買戻権行使には地所全部の「受戻」手続しなければならない。破毀差戻。

買戻と再売買の区別をし、解除条件付売買契約とする点に関しては前掲明治27年３月12日判決を踏襲する。またこの事件では旧民法典の文言である「受戻」の文言を用いており、旧民法典の影響がみられる。

大判明治32年４月21日民録５輯４号64頁　不動産買戻特約付売買契約事件。明治29年11月、訴外売主が買主Ｙに所有地を売却した。買戻期限は明治30年３月20日である。明治30年１月28日、Ｘは訴外売主から買戻権を譲り受け、登記も経由した。同年３月18日、ＸはＹに対して買戻権を行使し、横浜区裁判所に和解請求をした。Ｙは、買戻権譲渡は債権譲渡であり、Ｙの関与なしでは譲渡できないと争った。一審、原審ともＹの主張を採用した。原審は買戻権の譲渡はＹの承諾なしには対抗できず、Ｙの承諾の証拠もないので、Ｘの請求は不当と判示した。Ｘは上告し、買戻権は条件付物上権の譲渡であり、買戻義務者は利害関係を有しない等と主張した（明治９年布告第99号（注１）の適用除外も主張）。大審院は次のように判示した。買主は買戻期間中、何時でも買戻に応じねばならない不確定の所有権を取得するのであり、買戻権が行使されると、契約は解除され、初めより目的物の買い受けがなかったことになる一時の仮の所有者に過ぎない。売主は買戻をするまで所有権の実行を停止されており、買戻権を行使すれば、所有権の停止はなかった状態に回復される。「買戻期間又ハ其期限迄ハ買主モ完全ニ所有權ヲ取得シタルモノニアラス又賣主モ全ク所有權ヲ離脱シタルモノニアラス」。「買主ノ有スル所有權ハ解除條件付ノ所有權ニシテ賣主ノ有スル權利ハ停止條件付ノ所有權」であることが「從來認ムル所ノ法理」である。したがって、売主は買戻権譲渡につき、買主への通知を要せず、買主も第三者に売渡し、譲渡するにも売主の承諾をえる必要はない。買戻権移転の登記のみで何人に対しても有効に譲渡は成立する（要旨と本文が食い違うが、本文が誤植だろう）。また目的物が転売されても現所有者に、

買戻請求をすることもできるとも判示した。原審を全部破棄差戻。

Xは停止条件付所有権説、Yは債権説を主張している。判決はXの主張を採用し、明治27年2月12日判決を踏襲している。また所有権転売時の権利行使の相手方として、現所有者でも良いとする点は買戻権行使に物権的効力を認めている（再売買予約の転売事例について、大判昭和13年4月22日民集17巻9号770頁は、再売買予約の登記は仮登記であり、第三者対抗力がなく、権利行使は元の義務者に行使すべきとしている。賛成・末川博、勝本正晃。反対・我妻）[3]。

大判明治33年2月2日民録6輯2号12頁　買戻特約付売買契約事件。契約締結時は明治23年。登記を経由している。買主が目的物を転売し、売主は転得者に買戻権行使をした。判決は、買戻権が解除権であり、一種の債権であるが、売主は転得者に買戻権行使が可能であり、従来の裁判慣例は買戻契約を登記したときは転得者に直接買戻権行使ができるとしていたと判示した。

1年前の判決を変更し、債権説に変更している。旧民法典の影響から離脱し、現行民法典によっている（現行民法典起草者は債権説を採用している）。だが登記がある場合に、転得者へ買戻権行使ができる点は変更していない。

大判明治41年2月21日民録14輯141頁　不動産買戻特約付売買契約事件。契約締結時は明治29年11月。買戻期間は同33年11月から38年11月である。争点は買戻権行使の意思表示手段を旧法、新法（現行民法典）の何れによるかである。争点と直接関わらないが、判旨の中で、買戻は「民法施行以前ニ在リテモ賣主カ賣買契約ト共ニ其解除權ヲ留保スルモノ」としている。また民法施行以前は売主の買戻代金は売買代金のみで契約費用を返還する義務はないと判示している。

---

[3] 末川博『民法及び統制法の諸問題』（岩波書店、昭和17年）310頁以下、勝本正晃『契約各論第一巻』（有斐閣、昭和22年）49－50頁及び注1。我妻・第4節・注7・258頁は予約義務者たる地位が承継され、この者に意思表示してよいとする。

旧民法典時代の事件とはいえ、現行民法典施行後、10年経っている。買戻権を解除権とする点は新旧で異ならないが、買戻代金を元金のみとし、代金に契約費用等を含めない点は旧民法典にも現行民法典にもよっていない。事件は現行民法典施行前であり、旧民法典も施行されなかったので、買戻代金を元金のみとする伝統法を無視して、売主に不利益を与えることはしなかった。

大判大正２年10月３日民録19輯９号741頁　買戻特約付売買契約事件。契約時は現行民法典施行前。契約時から15年経過後は４分５厘の利息を付加して買い戻せる契約内容だった。原審は、買戻権行使の売買代金に利息を付すことは買戻権の範囲を逸脱するものであり、これを再売買とした。買主は上告し、次のように主張した。①民法施行前に第579条のような規定はない。②売買代金のみか利息も付すかは当事者の合意できまり、従来の判例もそうだった（前掲明治41年判決等引用）。大審院は次のように判示し、原審を破毀差戻した。買戻特約では売買代金と契約費用を返還することが通例であるが、利息返還を約せないこともない。同特約は民法第579条の「別段ノ意思表示」に他ならず、この原則は民法施行前後で「揆ヲ一ニスル」。

幾つか注目すべき点がある。第一に、期間10年を越える買戻特約を禁止していない。旧民法典前の明治20年判決（第４節前掲）では10年に制限したが、その後の旧民法典前事件の35年判決で永久に買戻権行使が可能なア型を認め、20年判決に復すのが大正４年（後掲）であるから、先例に倣ったのだろう（同旨・大判大正３年12月11日民録20輯1076頁）。第二に、この判例は、現行民法典第579条を援用して利息収取を認めた。だがこれまでも利息をとる例はあったが、それは、そうしたものがあったということであって、定まった慣習ではない。伝統法は元金のみという先例（第４節前掲・明治20年判決等）がむしろ蓄積されていた。利息収取は、買戻権行使を妨害するのでフランスでも否定され、ボアソナード博士や富井博士等もこれを認めない。利息収取は日本・フランスいずれの伝統とも合致しないのに、民法施行前後で「揆ヲ一ニスル」とするのは誤りであった。この点は、旧民法典前の事件である大正４年判決（第４節前掲）が、明治20年判決を引用し、買戻代金は元金のみと再確認した。また現行民法典第579条但書（口語化後は後文）の解釈も疑問である。現行民法典のところで後述するが、果実と利息の相殺推定は、主に売主保護のためである。現行では確かに

特約が可能だが、本文は起草過程により売主に有利にも変更できない超強行法規とされており、判決のような但書の解釈をすると、本文に抵触してしまう。

以上を総括すると、まず契約内容に関して、買戻費用は、大正2年判決を例外とすれば、元金のみであり（明治41年判決）、買戻期間も制限されないので旧民法典の影響はみられない。

法律構成は、現行民法典施行前後までは、旧民法典の影響が確かにみられた。だが現行民法典施行後は、恐らくはこれに影響され、債権説に変更された。買戻特約付売買契約の性質は、解除条件付売買契約とされ、その買戻権は解除権である。買戻権登記による物権的効力、つまり権利行使の相手方や買戻権の譲渡方法については、法律構成の理解の変更によって影響を受けていない。買戻権行使に物権的効力を認める点には旧民法典の影響がみられる。

買戻権の行使方法は、権利行使時に代金提供等は必要としなかった伝統法を維持している。

総じて旧民法典の影響を受けた部分は、法律構成（但し一時的）と買戻権行使の効力である。影響を受けなかった部分は、買戻代金、期間、行使方法である。買戻権は遡及的解除権で対物的権利であるとした方が売主には有利であるから、影響を受けた部分は、売主に有利な事項である。期間制限、買戻代金の費用項目の追加、行使時の弁済提供を必要とする点は売主に不利であるから、旧民法典の影響を受けなかった事項は売主に不利な事項だった[4]。

その他、期限経過による買戻権と再売買予約権における期限経過の効果の違いに触れる点は、「受戻」と「買戻」の区別の影響を受けている。期限を経過した場合、前者なら売主は失権し、後者なら直ちにそうはならない。

このように旧民法典の実務への影響には事項によって差があったが、旧民法典は現行民法典にその多くが継承されて行く。

[4] 第4節・注5で前述したボアソナード博士の法律不遡及論の影響かもしれない。

第７節　現行民法典起草過程[1]

現行民法典は旧民法典よりも多くの点で買戻を更に制限した[2]。本節では審議過程をみる。

買戻の文言は「受戻」から、日本の慣例に倣い、買戻に戻され[3]、買戻を存置したが、存置自体が起草委員である梅委員と、土方寧委員、高木豊三委員の間で議論された。

まず冒頭に土方委員が買戻の存置に反対した[4]。これに対し、まず梅委員は、存置理由を次のように述べた。第一に、買戻の弊害はあるが、規定を削除すれば、自由に契約ができることになり、買戻期間も30年、50年とできる。それでは弊害を改めることができない。それは土方委員の精神にも背くだろう。第二に、いくらか便利として従来より使われている以上、禁じることはできない。禁止せずに、弊害を直せるなら、契約の自由は残したい。そして短期間なら許しても弊害はない。買戻が便利の事例として、第一に、金に困って、手放したくない先祖伝来の土地を売る場合。第二に、不要のつもりだが、後日必要になるかもしれず、その際に、元の買主が再売買するのを拒絶するかもしれないから特約しておく場合。以上の２点を挙げる。第三の存置理由は、諸外国の多く

---

1 平井一雄「担保目的でなされる買戻に関する一考察」（獨協大学法学会編『獨協大学法学部創設二十五周年記念論文集』（第一法規出版、平成４年）143頁以下）は起草過程に関する先行研究である。

2 法典調査会『民法議事速記録四』（商事法務研究会、昭和59年）145頁元田肇は制限自体に批判的である。百姓が不動産を手放すことは、祖先代々の物を潰す感覚である。そこで所持していたいが、買戻を禁止すると、その人情に反す。その結果、昔の例のように土地を財閥のような者が買い占めることを奨励することになると指摘する。第３節で前述したように1643年の田畑永代売買禁止令は土地の買い占め防止の意図だった（御觸書寛保集成・第３節・注３・1309）。買戻事件の件数は明治から戦前までが圧倒的に多く、戦後は激減するのだが、この変化は、恐らくは元田委員の懸念した土地買い占めの急激な展開によるものと思われる。

3 民法議事速記録・４巻・前注２・112頁梅は、受戻は質に使う言葉で、買戻を「受戻」というのは「穏カデナイ」と述べる。実際、宮川・第５節三・注４・財産取得編45－50頁等、旧民法典時代の注釈書の中でも依然、買戻の文言を用いるものもあった。

4 民法議事速記録・４巻・前注２・112－113頁土方。

は必要があって残していることである[5]。

これを受けて土方委員は次のように述べた。イギリスにも買戻約款付売買はあるが、その意味は日本と違い、金融が目的の質の意味である。質、抵当が行われるなら、買戻は不要である。当事者間でやる買戻を禁止することはないが、登記ができ、第三者に対抗できるものは質、抵当だけでよい[6]。

最後に高木委員は次のように述べた。不動産質は占有を移さなければならない。買戻は先祖伝来の土地を売って引き渡しても「金ヲ出セバ其儘」戻せる。質では実際、これができないから日本では買戻は必要である[7]。

---

[5] 民法議事速記録・4巻・前注2・113頁梅、梅・民法要義・第5節・序文・注1・536－537頁。買戻の弊害の認識についてもここで触れられている。速記録での梅発言は弊害の具体的内容に言及しないが、梅・民法要義・第5節・序文・注1・539頁では言及する。従来からいわれた弊害は、所有権の所在の不安定化、財産の改良・流通の阻害、利息制限潜脱等であるが、大体、同趣旨である。もっとも民法議事速記録・4巻・前注2・115頁梅の時点では利息制限を廃止する方針だったので利息制限潜脱は弊害にならないと論じていた。また審議当時は流質を容認したが、帝国議会で禁止したので、梅・民法要義・第5節・序文・注1・541－542頁では流質禁止潜脱目的の弊害も挙げている。利息制限潜脱に関して、民法議事速記録・4巻・前注2・128頁長谷川喬によると、この頃も割増代金を約定する例があった。従来から買戻が利用されていたことに関しては、穂積陳重博士が当時の事情について述べたことが参考になる。同博士は、「既成法典を基礎として之に必要の修補刪正を施すを以て調査の目的とせり。既成法典の實施を延期せられたる理由と認む可きものは努めて之を参酌する事を期せり」と書き記した。旧民法典施行延期の理由に、旧民法典は日本の慣習に反する点が多く、民情風俗に適さないという批判が存在していた（福島正夫『日本資本主義の発達と私法』（東京大学出版会、昭和63年）163頁以下）。したがって、慣習に買戻がある以上、これを無視できなかった。梅博士自身は、「日本ノ慣習ハ至ツテ不案内」であるから「民事慣例類聚等ヲ見」たという。最後の比較法的見地からの存置に関して、当時の諸外国法で買戻を規定した主な法典は次の通りである。フランス民法典、オランダ民法典1555－1568条（全くフランス民法典と同様）、オーストリア民法典1068－1070条、イタリア旧民法典1514－1528条等である。他にポルトガルやスペイン、更にプロイセン普通ラント法や各ラントの法、草案の類も参照された。

[6] 民法議事速記録・4巻・前注2・113－114頁土方。

[7] 民法議事速記録・4巻・前注2・114頁高木。

この発言を最後に休憩に入り、存廃についての議論は食事中に議論が終わる。その内容は記録されていない。

以上の議論は全て買戻が担保機能をもつことを前提しているが[8]、これらの議論を整理すると次のようにいえる。まず土方委員の案は単なる規定の削除案であったが梅委員は買戻禁止案と誤解した。その上であるが、梅委員の存置理由は、要するに弊害はあっても、制限的に存置しなければならないということである。この場合の弊害は、利息制限法（明治10年９月11日太政官布告第66号）潜脱目的を除いた全ての弊害（注５参照）と考えてよい。なぜなら、この時点では利息制限法を撤廃する予定だったからである。買戻を残さなければならない理由は慣習の存在を無視できなかったことと、梅博士のもつ契約自由思想、それと比較法的見地からである。特に前二者が重要で、慣習の無視は旧民法典施行延期の一原因であった（前注５参照）。まとめると、弊害の除去の要請と、慣習および契約自由の尊重の要請を折衷した結果、制限的に買戻を存置する意図だった。

これに対する土方委員のいう趣旨は、登記ができ、第三者対抗力がある公式の担保は質・抵当で十分であり、買戻は当事者間で自由に定めてよく、第三者対抗力がない非公式な担保として認めればよいということである。非公式では完全に自由になってしまう梅博士の指摘には応えていない（また買戻と質・抵当を比較するので、買戻の型態には占有留保型と移転型があると認識している）。

最後の高木委員は、不動産質とは異なる土地の買戻の利点に注目する。後半部分の「金ヲ出セバ其儘」の意味が明確でないが、買戻権行使は質の受戻権行使と比べて利息なしで元金を払えば「其儘」戻るということだろう。この立場は、質と買戻の相違点を売主が考慮して選択する自由を残す発想である。

起草委員による草案はほぼすべて法典調査会を通過した。したがって梅博士の買戻存置の理由は立法者意思と考えてよい。土方委員の理論は採用されなかったが、買戻を典型（公式）担保物権と併存する非典型（非公式）担保物権として捉えている。高木委員の理論は、金銭融通の需要者の選択によって、融

[8] 梅博士が買戻の例として挙げる第一の例はボアソナード博士も同じ理由を述べていた。民法議事速記録・４巻・前注２・117頁梅参照。同・162頁土方は、買戻は「擔保ノ方法ニ過ギナイ」と述べる。

資額は少なくとも元金のみで取り戻せる担保手段と、利息弁済を必要とするが、より高額の融資を受けられる不動産質を選択する自由を残す発想といえる。買戻を選択したなら買主は果実収取のみで利益をえることになる。伝統的な買戻の利用形態は高木委員の想定する通りだった。委員によって抵当権とも比較したり、高木委員のように質としか比較しなかったりする。既に指摘したように、この頃には、占有留保型の買戻も現れ始めており（第4節）、各委員の買戻との比較対象によって、買戻の利用形態が過渡期にあったことがわかる。高木委員は利息をとらない伝統的な買戻で占有を売主に留保したものを想定していないのだろう。目的物を売主に留保して買戻代金を元金のみとすると、買主は、特段の事情を除いて（例えば、低廉な費用で買占めを実現する）、全く得をしないので、一見すると無意味の取引だからである。以上が買戻存廃論である。以下では買戻の各条の審議過程をみる。

現行第579条（草案第581条）は旧民法典財産取得編第84条に相当する。旧民法典と異なる点は第2項が「動産ニ付テハ買戻ノ特約ヲ為スコトヲ得ス」と規定し、動産買戻を禁じる点である。起草委員による理由は、第一に、動産買戻の慣習がないこと。第二に、動産は占有で権利が移るので当事者の利がないこと。つまり引き渡された買主が第三者に売却してしまえば、即時取得されるので買戻特約を定めても実効性がないということである。第三に、売主が再び買い戻すことは禁止していないこと。これ等の理由により動産買戻は必要がないので禁じた[9]。これに対し、他の委員から批判が集中する[10]。そして第2項は削除された。主な理由は、第一に、動産買戻の慣習があること。第二に、禁止しても総則の条件等を利用して同じことができるから禁止しても無駄であること[11]。第三に、第2項があると第二で述べた方法もできないと解釈されかねな

[9] 民法議事速記録・4巻・前注2・115頁梅、梅・民法要義・第5節・序文・注1・537－538頁。

[10] 民法議事速記録・4巻・前注2・126－127頁横田國臣、同・127頁長谷川。だが岡松・第5節・序文・注1・160－161頁は動産買戻の慣習はないという。

[11] 民法議事速記録・4巻・前注2・121、128頁長谷川の2項削除案の趣旨は次の通りである。①不動産の規定しかないなら、第2項がなくても動産は禁止である。だが②動産買戻は必要である。先祖伝来の動産を売りたくない場合の需要があり、かつ弊害は無い。③動産買戻は登記をしない不動産買戻と同じであり、当事者間では有効である。この款の適用がないだけである。同・121－122

いこと[12]等である。こうして第２項は削除されたが、買戻の款で規定されなかった動産買戻はこの款の買戻とは別のものとされる[13]。そうすると利息制限を潜脱することも自由になると指摘されたが、この時点では、利息制限法を廃止する予定だったので問題とされなかった[14]。ところが、審議後に利息制限法は残された[15]。

買戻権が解除権であり、その効果が遡及的解除であることは旧民法典と同じである[16]。

旧民法典には買戻特約付売買契約の条件を満たさない特約を再売買として救済する規定があったが、現行民法典では削った。書かなくともそうなるという

頁梅はこれに反論する。①につき、明文で禁止しないと可能と解される。②③につき、弊害は少ないが必要も少ない。動産買戻の許否に関わらず、動産取引では即時取得されるとどうしようもないからである。逆に許すと、転得者が悪意の場合、その動産を買おうとしないので、買主は処分できなくなる。その期間が５年というのは長い。同・126、129頁横田は次の通り、第２項削除の理由をのべる。①経済上、利息の支払いが不要の点で動産買戻は必要である。②転売しない人を見込んで売却し、買戻特約をする慣習がある。③総則の解除条件を使って、買戻と同じことができる。なお③の点に関連して、不動産ならば現行民法典第129条の「保存」として不動産登記法第105条第二号に基づき登記をして、遡及効をもたせることで買戻とほとんど同じにでき、しかも制限がない（同・119、141頁梅、鳩山・第４節・注７・372頁）。この他、同・130頁土方も第２項削除案に賛成する。

12 民法議事速記録・４巻・前注２・144頁梅は、第２項削除の趣旨をそう解す。

13 民法議事速記録・４巻・前注２・135－136頁長谷川。

14 民法議事速記録・４巻・前注２・115頁梅、127頁長谷川。

15 第九回帝国議会衆議院民法中修正案委員会速記録110、113頁富井。なお廣中俊雄編『第九回帝國議會の民法審議』（有斐閣、昭和61年）93頁以下に全文収録されている。同書では202頁。

16 民法議事速記録・４巻・前注２・116、142頁梅。同・梅122頁は、遡及効は弊害が多いとする。そこで総則の解除は遡及しない。だが、買戻は遡及する必要があるとする。オーストリア民法典第1068条も買戻権行使時に目的物を現状に復させるので遡及効がある。ゆえに第1070条第１文は不動産に限る。このことは、梅委員も触れている。岡松・第５節・序文・注１・次161頁は現行民法典が不動産に限ったのは、オーストリア法に倣ったとする。だがそういうことを起草者は述べていない。

理由である[17]。また、買戻の条件を満たさない契約であっても再売買予約、または総則の解除条件として登記すればほとんど買戻と同じ効果を得られるが[18]、これに対する手当てはされなかった[19]。

売主の地位は、旧民法典では停止条件付所有権者だったが、現行法起草者は「買戻權ト云フモノモ一種ノ債權デア」るとし、債権説を採った[20]。これに起因して、判例変更がされたことは既に第6節でみた。

買戻期間について、現行第580条（草案第582条）は最大10年とするが、草案は5年（期間の定めの無い場合、2年）としていた。これは法典調査会では維持されたが、帝国議会で10年（期間の定めの無い場合、5年）に延長された。

---

17 民法議事速記録・4巻・前注2・116－117梅は、将来の売買予約か売渡予約か（買主の片務になる）問題になるが、当事者意思は後者だとする。同・118－119頁でも同趣旨の発言があり、買主の方から買えとはいえないという。ここから推して考えると、現行法も、買戻権は売主の権利であり、買戻を強制される条件（買主側が解除条件を持つ）を許さなかった旧民法典と同じだろう。

18 再売買は、既存契約の遡及的解除ではなく、新売買であるから、それまでに買主が付した負担を継承する点や登記手数料等が違う点、再売買には成立条件に制限がないとされるので、全く同じではない。他に民法議事速記録・4巻・前注2・140頁高木は、再売買なら中途で目的物が滅失した場合、残存物の代価を払えば良く、買戻は、買戻代金が売買代金より低くてはならず、一部滅尽しているのに、全額払わねばならない違いがあると指摘する。

19 買戻の制限が潜脱されるという指摘は、民法議事速記録・4巻・前注2・117頁磯辺四郎、同・141頁土方によりされていた。しかし同・119－120、136、141頁梅は次の理由で手当てをしなかった。売買後は当事者の関係が切れるので、後で約束し直す必要がある。だが、そうした約束は売主がいつでも売買代金で買い戻せるので一方的に有利であり、買主は不動産の利用を妨げられ、一方的に不利益である。このため外国ではそうした約束をすることは滅多にない。やっても長期にしたり、無制限にすることはない。また約束しただけでは遡及効がないので登記せねばならないが、そのように用心深い者ならそんな約束をしない。同様のことをボアソナード・仏國民法賣買篇講義・第5節・序文・注1・383－384頁が総則の解除条件を利用する買戻を放任する理由を既にのべていた。ローマの法諺、「法律ハ屡〻起ル事ヲ厳禁ス」を引用し、買戻は屡々起こるが、解除条件を使って売買することは滅多に起こらないので制限しないのだという。

20 民法議事速記録・4巻・前注2・151頁梅。この一言のみで議論はされない。

理由は、それが民間の実務で、急に短くしては、迷惑だとされたからである[21]。定められた期間内に買戻権を行使をしなければ失権する[22]。

買戻代金は元金と契約費用に限られる。売買代金はその価より増減できない[23]。特に増額を許した場合、冒頭に起草者が挙げた存置理由以外の目的に使われる可能性があるからである。更に買主が契約費用の弁済受領を放棄することも認めない[24]。したがって、第579条本文は例外を一切許さない超強行法規といえる。起草者は、利息相当額を上乗せする売渡担保のような買戻の利用を許していなかった。後に起草者梅委員は自著で利息を上乗せする例を挙げ、「眞正ナル買戻ニ在リテハ賣主ハ受取リタル代金ヲ返還シテ契約ノ解除ヲ爲スヲ常トスルカ故ニ第五百七十九條ニ於テ賣主ハ代金及ヒ契約ノ費用ノ外買主ニ支拂フベキモノト定ムルコトヲ得サルモノトセリ」と述べ、この意図を明らかにしている[25]。

買戻権行使時の利息と果実の相殺は、旧民法典では解釈上そうさせていたが、現行民法典は第579条但書で明記した。その理由は、第545条（草案第543条）における審議によると、利息と果実を互いに返還することは不便だからである[26]。

---

[21] 第九回帝国議会速記録・前注15・136頁朝倉親爲。審議は136－138頁。大した論争はない。ところで、買戻の発生以来から、なぜか10年という例が多い。こうした伝統も関係するかもしれない。他平井・前注１・148頁も参照。

[22] 民法議事速記録・４巻・前注２・159頁梅。

[23] 民法議事速記録・４巻・前注２・136－137頁梅は、買戻権行使は解除であるから、買戻代金は売買代金と同じでなければ解除ではないという。

[24] 民法議事速記録・４巻・前注２・144－145頁梅。こうした超強行法規だから、第６節前掲・大判大正２年判決が利息返還を認容したことは本文に抵触する。また第579条と同時に第583条も強行法規である。

[25] 民法議事速記録・４巻・前注２・128－129頁梅。梅・民法要義・第５節・序文・注１・541－542頁。なおここで梅博士は、利息制限法は存置されたが、当然、長くは続かないだろうと予想していた。撤廃されたら、利息に関する特約は制限の必要はないと述べている。

[26] 民法議事速記録・４巻・前注２・116、121、144頁梅。同・116頁で指摘されるがプロイセン普通ラント法１巻11章第297条は「買戻の実行が生じた際に別段の約束が存しない場合、売却物の収益もしくは使用と代金が生じさせた利息は互いに相殺する」と定めており、現行第579条但書と類似する。因みにオーストリア民法典第1068条も「代金と物から収益した利益は相互に相殺し続ける」とあり、同様の相殺規定がある。

したがって現行法も占有移転型を前提にして定められたことになる。

第583条第２項（草案第585条）は必要費を定める。起草者は必要費の内容に関して、「既成法典取得編第八十八條ト大同小異デアリマス」と述べる[27]。だが議事録全体を見ると、旧民法典より細かくつめ、また狭めている。買主の支払った租税は必要費だが、租税を含めて、果実で賄うべき費用を必要費に入れない。理由は、占有者による費用償還請求を定めた第196条が、占有者が果実を取得した際の必要費を占有者負担としていることと関係する[28]。買主が通常、負担すべき費用も償還を要しない[29]。それでもなお支払うべき必要費は、草案時点では「期間内ニ」に支払わねばならないとされていたが、これ点は削除され、期限後に支払ってもよく、期限までに払わなくても買戻権を喪失しないとされた[30]。もっとも期限を経過すれば、買主は直ちに売主に必要費に関して強制執行できる[31]。必要費の内、有益費（第583条②但）は有益になった額とされる。起草者は、100円費やし、200円になった等の「極メテ稀ナ場合」にしか支払いを要しないとする[32]。以上より、旧民法典の「改良費」よりも相当に絞られた。裁判所が有益費償還を猶予できる点は旧民法典と同じである。理由は、買主が高価な建物を建築した等の場合、売主は直ぐに償還できないと考えたからである[33]。

以上の通り、買戻権行使の要件は第583条第１項所定の売買代金、契約費用の支払いである。売主は必要費を支払わねばならないが、買戻権行使の要件ではない。有益費弁済を猶予された場合、これを払わなくても所有権は売主に戻る[34]。だが留置権が買主にある[35]。必要費を払わなければ強制執行を受け、不

---

27 民法議事速記録・４巻・前注２・159頁梅。
28 民法議事速記録・４巻・前注２・150頁梅。
29 民法議事速記録・４巻・前注２・161頁梅。
30 この辺の経緯は民法議事速記録・４巻・前注２・165－167頁。また同・168頁梅。
31 民法議事速記録・４巻・前注２・167頁梅。
32 民法議事速記録・４巻・前注２・156頁梅。
33 民法議事速記録・４巻・前注２・160頁梅。この点は旧民法典の注釈と同様だが、フランス民法典では必要以上の有益費用は解釈上、裁判所が返還を免除できるとしていたのと比べ、より制限的でない。
34 民法議事速記録・４巻・前注２・163頁井上正一および梅。
35 民法議事速記録・４巻・前注２・163、168頁梅。

動産を失う可能性があるだけで有益費返還の猶予期限を徒過したような場合でも買戻権行使自体が無効になるわけではない。旧民法典は、この点が不明だったが、現行民法典では明らかになっている。

起草者によると以上の買戻の規定は「總テ命令的規定ニナッテ居」る。理由は、弊害が多いから制限するのだという[36]。

総括すると、買戻特約付売買契約成立の要件として、目的物は不動産に限られ、旧民法典より制限された。買戻期間は、最大10年となり、延長された。買戻代金は、元金と契約費用のみである。必要費の支払いは買戻権行使の要件ではなく、その内容も絞られた。条文からは明らかでないが、議事録より買戻権の法的構成は債権説に変更されたが、買戻特約付売買契約は解除条件付売買契約であり、買戻権は遡及的解除権である点に変更はない。この他は、旧民法典に変更を加えていない。

現行法施行後は、判例によって買戻はより具体化され、現代の理解に到達する。これを理解することで買戻の到達点を理解でき、様々な考察へ入って行けるだろう。

第８節　現行民法典施行後の判例・学説

ここでは現行法以後の買戻事件における判例・学説を見て、現代の買戻の性質を明らかにする（関連判例が膨大なので、全ての判例で要約引用はしない）。

(1)　買戻権の存置に対する学説　学説の中には、廃止論ではないが、買戻の意義に消極的な評価を下すものもある（我妻、石川利夫＝尾中普子、近江、内田貴）[1]。買戻の弊害は、大体、起草時にいわれたことと同様である（岡

[36] 民法議事速記録・４巻・前注２・139－140頁梅。「外國ニ多クノ例ノアル通リ」とあるから、フランス民法典で述べた弊害と同じだろう。

[1] 我妻・第４節・注７・327頁は買戻は「今日の經濟事情には適さない」と論じる。石川利夫、尾中普子『債権法講義（改訂増補）』（評論社、平成８年）113頁、近江・第４節・注８・278頁は買戻における利息果実相殺は「封建的性格を残したものであって、買主（債権者）にとってはきわめて不快」だとする。内田貴『民法Ⅱ債権各論』（東京大学出版会、平成９年）155頁。引用した文献

松、鳩山、来栖)[2]。買戻が担保として利用されることは現在までで変化していない（我妻、近江、平井)[3]。

(2) 売買と同時に特約する要件（第579条）に関する判例　この要件は買戻に物権的効力を付すため、第三者保護上、設けられた法律政策上の要件とされる（大判大正３年６月30日民録20輯557頁)。民法典施行前も同時に登記すべきとされている（大判明治37年４月８日民録10巻453頁)。

(3) 目的物に関する判例学説　現行民法典は目的物を不動産に限ったが、動産買戻を認めないわけではなかった。これに関する判例の態度はどうか。

大判明治39年１月29日民録12輯81頁　汽船買戻特約付売買事件。買戻期限は明治36年12月９日。売主が当該動産に仮執行をして金銭をえたので買主が損害賠償請求をした。売主側は次のように主張した。(1)動産買戻は旧民法典では認められたが、現行民法典では禁止されているので当該売買契約は無効である。(2)本件売買は債務の「抵當」である。以上の理由により、所有権は売主にある。買主は、動産買戻条件付売買の成立を主張した。原審は、買主の請求を認容したので、売主は上告した。判決は、動産買戻が規定されていないのは不動産と同様の効果を挙げ難いからであって、禁止する趣旨ではないとした。上告棄却。

これは起草者に忠実な判例である（大判明治44年５月20日民録17輯306頁も同旨)。学説も動産買戻を認める（梅、岡松、鳩山、我妻、柚木)[4]。

に世代間の隔たりがあるが、むしろここよりどの時代でも買戻に対する規制が厳格過ぎるという理解だったといえる。

[2] 岡松・第５節・序文・注１・次163頁、鳩山・第４節・注７・377頁、来栖三郎『契約法』（有斐閣、昭和49年）212頁。どの時代の学者も買戻は財産の流通・利用を阻害すると考えている。

[3] 我妻・第４節・注７・325－326頁、近江・第４節・注８・259頁、平井・第7節・注１・147頁等。

[4] 梅・民法要義・第５節・序文・注１・538頁、鳩山・第４節・注７・376－377頁、我妻・第４節・注７・327頁、柚木・第２節・注１・304頁等。岡松・第５

(4) 買戻代金に関する判例学説

大判明治44年５月20日民録17輯306頁　動産買戻特約付売買事件。契約時は明治42年５月25日。買戻期限は同年６月25日である。目的動産は金屏風他の動産である。売買代金は500円である。買戻代金は売買代金に月6.25円の利息を加えた額である。再度の動産買戻特約付売買は同年６月11日に締結された。買戻期限は同年７月25日である。目的動産は水晶角材等他25点である。売買代金は550円である。買戻代金は売買代金と月1.25％の利息を加えた額である。両契約共に「買戻義務」不履行の場合、売主は買戻権を喪失し、違約金として200円（合計400円）を支払わねばならない。恐らく買主がこの違約金を請求したのだと思われる。これに対し、売主は次のように主張した。(1)動産買戻は無効である。(2)買戻権は権利であり、義務でない。大審院は次のように判示し、売主の上告を棄却した。(1)につき、第579条以下の買戻は、動産買戻を禁じる趣旨ではない。(2)につき、売主は目的物に着目すれば権利者であるが金額に着目すれば義務者の地位にもある。そうしたことは「雙務契約通有ノ現象」である。

動産買戻が認められることは前述した。前掲した明治39年１月29日判決の事例は、登録可能な船舶が目的物であったが（船舶法第５条①）、本件は典型的な動産である。

問題は利息に関する部分である。動産買戻は第579条以下の制限がなく、随意条件とするのが現行民法典起草者の立場だった。したがって法文上、利息収取は問題ではない。学説も動産買戻の自由を認める（鳩山、我妻、柚木、近江）[5]。だが慣習によっていた伝統法の買戻代金は目的物を問わず、元金のみであり、それが質との区別だった（第４節前掲・大判明治20年４月28日。またこの事件後だが第４節前掲・大判大正４年12月17日）。したがって、不動産以外でも、

節・序文・注１・次162頁は、権利の買戻にも触れ、この款の規定するところではないとする。起草過程でも民法議事速記録・４巻・第７節・注2・144頁尾崎三良が権利買戻に言及した。

[5] 鳩山・第４節・注７・376－377頁、我妻・第４節・注７・327頁、柚木・第２節・注１・304頁、近江・第４節・注８・277頁等。

買戻を利用しつつ利息相当額を取る売渡担保等の他の担保との区別は必要であるから利息収取を認めるべきではないだろう。また動産買戻における随意条件の容認も、起草時に利息制限撤廃が予定されていたことが前提であった。しかし利息制限法は残され、前提がなくなったのだから、やはり真正の動産買戻を他と区別するために超強行法規である第579条や第583条等を類推適用すべきだろう。判旨(2)については後述する。

買戻代金はこのように現行民法典施行前から元金のみとされている（第4節前掲・大判明治20年4月28日等）。だが利息返還特約を有効とする判例もあった（第6節前掲・大判大正2年10月3日）。しかし、その2年後の判決は再び明治20年判決に戻っている（第4節前掲・大判大正4年12月17日）。この利息収取その他買戻費用に関しては次の判例が詳細な判断を下した。

> **大判大正15年2月28日民集5巻30頁**　動産不動産買戻特約付売買事件。契約時は大正4年1月29日。買戻期間は5年である。目的物は建物および付属動産である。売買代金は604円43銭である。買戻代金は、売買代金、契約費用、保存費、改良費である。以上の契約の成立について判決は次のように判断した。買戻代金を売買代金と契約費用に限った趣旨は「買主及第三者ノ利益ヲ保護スルト同時ニ売主ノ利益ヲ保護シ買戻契約ヲ達セシメルトスルノ趣旨ニ出テタルモノ」であり、売主が支払う代金は売買代金と契約費用で足り、これより多くてはならない。これを認めると売主の買戻権行使を困難にする。また利息制限法潜脱の弊害を招く。第579条で売買代金と契約費用を返還すべきことを定め第583条第1項で期間内にこれを提供する旨を定めた規定は「強行規定」である。第583条第2項は必要費、有益費の償還を定めるが、これは売主が買戻権行使により所有権を回復し、その引渡を受けるに際して生じる義務に過ぎない。これらの費用の提供を買戻の条件とすることはできない。以上より、本件特約は無効とした。

買戻代金に保存費、改良費を含めていたのは、旧民法典財産取得編第88条第1項第3項がそれを認めていたからだろう。だが判例はそうした合意を認めなかった。そして第579条第1項の定めが売主保護の趣旨であり、強行規定であることが確認された。判決のいう買主と第三者の利益の保護は、第579条本文で定めた買戻代金の確保についてだろう。第583条も強行法規としており、立

法者に忠実な判決といえる。学説も、第583条は強行法規だとする（柚木、椿寿夫）[6]。

また、必要費、有益費等の償還を買戻権行使の条件としない点も起草者に忠実である。この点は学者も賛成する（柚木他）[7]。

買戻代金を売買代金と契約費用に限るのだとすると、買戻代金の減額はできるのか。起草者は否定していた。だが、下級審ではこれを認める判決があり（東京控判大正２年７月14日評論２巻民法456頁は、買戻代金を元金4700円と明治36年２月12日から38年12月20日までの利息１割３分としたものを5000円に減額した合意を有効とした）、大審院大正10年９月21日判決（民録27輯1539頁）は買戻代金を元金返還のみとする特約を認めた。理由は第583条が「強行規定ニ非サル」からである。学説にも買戻代金を減額する合意のみ有効とするものもある（前掲・東京控判大正２年７月14日に関して、鳩山、我妻、柚木）[8]。だが起草者が第583条を強行法規としていることと矛盾する（同説・柚木）[9]。

利息と果実を相殺したものとみなす第579条但書の趣旨が債務者保護であることに異論は無いが、その内容には差がある。一つは、煩瑣を避けるという理由を挙げる（岡松、横田、川井健）。もう一つは、不条理な利息からの債務者保護を理由とする（柚木、平井）[10]。だが両説は共通して特約による利息収取を

---

[6] 買戻費用に関する第583条は、学説では柚木・第２節・注１・307頁、椿寿夫「不動産の譲渡担保と売渡担保（上）」（ジュリ679号102頁（昭和53年））103頁が強行法規と明言する。

[7] 柚木・第２節・注１・307頁。

[8] 鳩山・第４節・注７・388頁および注８、我妻・第４節・注７・328頁、柚木・第２節・注１・306頁。難しい問題だが、第579条本文が高利から売主を守る趣旨だけならば、売主に有利にも変更できない超強行法規性を維持する必要はなく、強行法規で十分である。だが本文の趣旨は前掲・大正15年判決によれば、第579条本文は買主と第三者の保護の意味もあるとする。つまり、買戻権行使時、第579条所定の金額を買主は確保できる。買主だけの問題ならば、その利益を買主が放棄することは自由である。だが買戻特約は登記されることで、買主の財産に利害をもつ第三者は買戻期限までに確定した不動産所有権か売買代金および契約費用の何れかが買主の責任財産に入ると期待する。こうした買主側の第三者の利益も考えるならば、買戻代金の減額特約は否定した方がよい。

[9] 柚木・第２節・注１・307頁。

[10] 岡松・第５節・序文・注１・次161－162頁は施行直後の学者であるから、起

認める。これが通説といえる（岡松、横田、我妻、柚木、川井他。反対・梅）[11]。だが第579条本文は超強行法規であり、買戻代金減額等の売主に有利な合意も許されない。但書で利息返還特約を認めると、この本文と衝突する。そうだとすると特約は果実返還に関する事項に限られるべきであり（例えば、相当代価で果実を引渡す等）、利息返還特約を認めたものではない。

またこの第579条但書の利息果実相殺規定は、買主が果実を収取することを前提しているので、売買代金から生じる利息の相殺を法定している。つまり目的物の買主への占有移転を原則としている。判例学説もそう解している（最判平成18年2月7日民集60巻2号480頁、椿他）[12]。ただ、少なくとも明治初年時点から占有留保型のものがあった（第4節）。起草者は、実務を知らずに、占有移転を原則としたことには注意を要する。

契約費用に関して、具体的なことは起草過程からは解らなかった。これに関する大判大正7年11月1日（民録24輯2103頁）は、「契約ヲ確實ニスルニ缺クヘカラサル手續ナレハ〔･･･〕必要ナル費用ニ屬ス」とし、権利移転に要する登記手数料を挙げた。つまり契約を確実にするための費用を契約費用とする。この判断に対して、契約費用に登記費用を含めることに反対する学説がある（柚木）[13]。思うに、登記手数料を契約費用に入れると、買戻権行使の場合に登記の抹消ではなく、再売買と同じく所有権移転の手続でやるべきと判示した判例（大判明治37年6月15日民録10輯848頁。同旨・大判大正5年4月11日民録22

草時の理由を述べる。だが次162、166－167頁で利息の返還特約を認める。横田秀雄『債權各論全』第11版（清水書店、大正9年）385頁も同旨。川井健『担保物権法』（青林書院新社、昭和50年）215頁は「公平」も理由に挙げる。平井・第7節・注1・147頁は不条理な利息から債務者を保護するためだとする。起草者は第7節でみたように、本文を超強行法規として買戻代金に利息を加えることを許さないので、平井教授の理解は正当である。柚木・第2節・注1・307頁。

[11] 岡松・第5節・序文・注1・次161－162、166－167頁、横田・前注10・385頁、柚木・第2節・注1・307頁、川井・前注10・215頁。特に債務者保護の趣旨などを述べないが、鳩山・第4節・389頁、我妻・第4節・注7・329頁は特約で利息収取を許す。起草者梅博士の見解は第7節で前述した。

[12] 椿・前注6・106頁は不動産質に関連して占有移転型を予定しているという。

[13] 柚木・第2節・注1・306頁は目的物測量、鑑定、証書作成費用等が契約費用であって、登記手数料を入れない。

輯693頁、大判大正９年８月９日民録26輯1354頁。大正９年判決は、買戻は抹消登記によるべきとの主張を退けた）と併せて考えると、不都合な結果になるのではないか。当時の判例を前提に考えると、まず既存売買時の所有権移転手数料を買戻権行使時に売主が買主に返す。次に再売買と同じに扱うので、買戻権行使時に自分への所有権移転手数料を再び払う。すると高額な手数料を２回払うことになる。これだと、厳格な要件を遵守した買戻は僅かな抹消登記手数料ですみ、そうでない再売買は所有権移転手数料を要するという手数料上の差がなくなってしまう。単に厳格な分、買戻が不利になるので、反対説が妥当だろう。いまは買戻なら抹消登記とされているが、現行法でも登記手数料は契約費用に含めるべきではない[14]。

---

[14] 買戻は再売買と比べて登記手数料上の利点があることは第５節・序文・注１で述べた。つまり、買戻は既存契約解除であるから所有権の抹消ですむ。再売買は再度、財産移転税を払わねばならない。具体的にどれ位、違うか。現行登録免許税法では、買戻も再売買も最初の契約は所有権移転であるから同法別表第一の一「不動産の登記」（二）「所有権の移転の登記」ハ「その他の原因による移転の登記」の不動産価額20／1000の登録料を要す。買戻特約は民法第581条と不動産登記法第４章第３節第４款「担保権等に関する登記」第96条で登記可能である。買戻登記は旧不動産登記法の昭和35年改正（法律第14号）で整備された。買戻登記は付記登記で行い（かつては抹消登記と同額。登録税法第２条①十九。現行不登令別表は担保権等に関する登記に分類した。登録免許税法別表第一、一（五）では債権額の４／1000）、所有権回復は抹消登記である（同第59条ノ２、現行規則第174条）。買戻権付与は売主の一方的権利であるから実質上、債権額である売買代金は低価の筈である（ボアソナード・再閲修正民法草案註釋・第５節・序文・注１・474頁は「法律ハ買主ノ損失ヲ受クヘキ故ニ因リ其財産ハ實価ヲ以テ賣渡サレスト看做ス」という）。したがって債権額の４／1000は大した額ではない。不動産価額の４／1000より遥かに廉価である。買戻権を行使した場合、抹消登記だから、不動産１個1000円である（別表１（十一））。したがって、買戻特約付売買契約締結時の登記費用は、所有権移転に不動産価額の20／1000、付記登記手数料に売買代金の４／1000である。買戻権実行時は、売主が僅か1000円を支払えばよい。再売買予約権行使だと初めの所有権移転の手数料は同じである。予約権の登記は、物権変動を生じさせる請求権の発生であって仮登記である（法令用語研究会編『有斐閣法令用語辞典第２版』（有斐閣、平成12年）177頁「仮登記」）。費用は登録免許税法別表１（九）イ「所有権の保存の仮登記又は保存の請求権の保全のための仮登記」(3)「その他の原

最後に買戻権行使時に償還する必要費や有益費があるのだが（第583条②）、開墾費が有益費だとした判例がある。

大判明治43年5月23日民録16輯416頁　不動産買戻特約付売買契約事件。買主が不動産に開墾費を出した。大審院は、売主の開墾費に対する償還義務を認め、買戻の際に返還すれば足りるとし、特約がない限り、契約期間内に払わなくても、売買代金と契約費用のように失権しないとした。結局、売買代金と契約費用を払ってなかったので、売主敗訴。

因による〔･･･〕移転の請求権の保存のための仮登記」に当たり、不動産価額の10／1000である。予約完結権行使時は、買戻と異なり、新たな売買契約であって、売主は不動産価額の20／1000を払う必要がある。以上を総合すると、買戻特約付売買契約時に要する登記手数料は、再売買と比べて圧倒的に有利である。だが、前述したように、この比較は昭和34年まで成立しえない。それまでの登記手続と契約費用に関する判例理論を前提に考え、買戻・再売買問わず、初めの売買で登記手数料は買主が負担したとする。買戻権行使時には売主が手数料を返還する。すると買主に損はない。しかし、買戻も所有権移転手続でする判例だったから、所有権移転と同じ手数料を売主が再び払う。したがって、契約費用に関する前掲大正7年判決にしたがうと、2倍の所有権移転費用を払うことになる。再売買予約では、今度は売主が所有権移転と同じ手数料を払う。予約完結時に初めの移転手数料を返還しないなら2倍にはならない。大正7年判決では、この点で再売買よりも圧倒的不利になってしまう。大正7年判決を妥当としない理由である。現行だと、買戻と再売買予約で初めの登記費用は変わらない。ただ買戻は付記登記、再売買予約は仮登記で前者が有利（売主負担だろう）。権利行使時は大正7年判決より、売主は買主に移転手数料を返還する。買主は損しない。結局、売主は初めの移転登記料、付記登記料、抹消登記手数料を出費する。再売買だと売主買主は各々、一回、移転手数料を負担する。買主は移転手数料1回分。売主は再移転登記手数料、仮登記手数料を出費する。比較すると買戻は買主にとって、移転料が戻る可能性がある点で買主には有利。売主は、仮登記手数料－（付記登記料＋抹消料）の分、買戻が有利である。第5節注1でボアソナードが期待した程、大きな差はない。だが初めの移転手数料を契約費用に入れないなら、売主は買主にこれを返還せずにすむのでより有利である。元来、買戻は担保目的だが、先祖伝来の土地等、愛着ある品を取り戻し易くするために利用され、残されたものである。やはり、現行の制度でも、大正7年判決は変更されるべきである。

有益費に関して判断した貴重な判例であるが、有益費償還は、買戻権行使の必要条件ではないのに、買戻期間内に有益費を返還させる特約の可能性を認めている。前掲大正15年２月28日判決でもこの点は不明である。買戻の規定は全て強行法規なのだから、そういう特約は許されないだろう。

(5) 買戻期間に関する判例　起草者が買戻に対して抱いた弊害を認識し、契約成立時から10年を越えることを認めない。権利行使の始期を定めた場合でも契約時から10年を越えることはできない（大判大正12年８月２日民集２巻582頁。大判昭和３年11月30日民集７巻1036頁は始期が10年以上経過時の場合、特約を無効とする）。

(6) 買戻の要件を満たさない契約に関する判例学説　これらの要件を満たさない契約は旧民法典でも現行民法典起草者も再売買とした。判例も起草者と同様に、再売買の予約とする（大判明治33年10月５日民録６輯９号26頁）[15]。学者もそのように解する（我妻、近江等）[16]。

(7) 売主の地位に関する法的構成に関する判例学説　起草者は旧民法典の停止条件付所有権説から離脱して債権説を採用し、旧民法典時代の事件に関する判例が債権説を採用したことは前述した（第６節）。

債権説に変更されると、買戻権の譲渡手続が問題になる。大審院は、明治38年３月10日の判決（民録11輯344頁）で、買戻権は債権であり、債権譲渡手続にしたがって譲渡できるとした（賛成・鳩山）[17]。だが大正12年２月28日の判決（民集１巻786頁）は、買戻権を登記することで物権的効力を持つので、第三者に対抗するには登記を要するとした（同旨・大判大正13年４月21日民集３巻191頁）。そして昭和８年９月12日の判決（民集12巻2151頁）が、買主側への債権譲渡通知や買主の承諾は不要とした。また明治33年判決にもふれ、同判決が買戻権を債権といったのは物権ではない

15 買戻と再売買に関する判例とその分析は椿・前注６に詳しい。
16 我妻・第４節・注７・327頁、近江・第４節・注８・278頁。
17 鳩山・第４節・注７・374－375頁は、債権説を取り、債権譲渡手続により、通知等を要求する。

という意味であって、債権譲渡の法律で規律する意味ではないとした。このように判例は、買戻権は債権だが登記によって、物権的効力を持ち、債権譲渡手続は不要とする。したがって旧通説との譲渡手続に関する差はなくなった。

(8) 買戻権に関するその他の議論　第一に、買戻権が売主に与えられた権利である点である。この点に関して、明治44年5月20日判決（(4)前掲）は、買戻権行使を義務付ける特約を認めた。だが旧民法典起草者も現行民法典起草者も買戻権は売主に一方的に与えられる権利であり、買主にとっては片務的なものだと考えた。その後、大判昭和8年4月26日（民集12巻767頁）は、買戻権は権利であり、義務ではないとした。学説もそのように解している（前田、我妻）[18]。

第二に、買戻権は解除権か否かという点である。判例は、起草者と同じく、買戻特約は売買契約の解除権を留保するものであり、その効果は遡及効ある解除であるとする（前掲・大判大正3年6月30日、大判大正15年2月28日民集5巻30頁）。またその理解が通説である（岡松、鳩山、横田、我妻、柚木）[19]。だが買戻権を物権取得権とする説もある（疇道文藝、川井、幾代通等）[20]。この点に関わる最近の判例がある。

---

[18] 前田直之助「賣渡擔保附信託行爲（一）（二）（三）」（『法曹會雜誌』8巻7号、8号、9号（昭和5年））（一）31頁、我妻「『売渡抵当』と『譲渡担保』という名称について」（同『民法研究Ⅳ』（有斐閣、昭和42年）121頁）129頁（初出は法協52巻7号（昭和9年））。

[19] 岡松・第5節・序文・注1・次159、164頁、鳩山・第4節・注7・373頁、横田・前注10・377－378頁、我妻・第4節・注7・331頁、柚木・第2節・注1・310－311頁。

[20] 疇道文藝『京都法學會雜誌』11巻5号73頁以下は、解除特有の規定（第540条以下）がことごとく、買戻権に適用されないことを論証し、買戻権は解除権と同じく、形成権ではあるが、物権取得権とする。この頃は圧倒的少数説であった（鳩山・第4節・注7・373頁注1）。川井・前注10・213頁は不動産取得権であって、解除権ではないとする。幾代通『新版不動産登記法』（有斐閣、昭和46年）39、294頁も物権取得権とする。明言しないが、道垣内弘人・重判・平成11年度・75－76頁は、物権取得権説を手掛かりに判例の分析を試みる。

最判平成11年11月30日民集53巻８号1965頁　不動産買戻特約付売買事件。契約締結時は昭和62年６月。訴外売主がその所有地を訴外買主に６億3360万円で売却し、登記を経由した。買戻期間は５年間。当該契約において次の特約をした。訴外買主は３年以内に本件土地を新生活文化施設用地として使用し、５年間はその目的以外に使用しない。特約に反せば、訴外売主は売買代金を返還し、買い戻すことができる。平成元年、Ｙは訴外買主から極度額18億円の抵当権設定を受け、登記を経由した。訴外買主の債権者Ｘも同様に抵当権設定登記を経由した。平成４年３月、訴外売主が買戻権行使をした。平成８年３月、Ｘは一般債権者として買戻代金債権を差し押さえ、同年４月、Ｙは物上代位権行使として同債権を差し押さえた。そこで同年９月、訴外売主は代金を供託した。一審はＸ勝訴。原審はＹ勝訴。Ｘは上告し、買戻権行使は遡及的解除であるから物上代位権は発生しないと主張した。最高裁は次の理由により物上代位権行使による代金債権の差押を認め、Ｘの上告を棄却した。抵当権は買戻権行使で消滅するが、行使まで有効に存在していたことから生じる法的効果までも買戻権行使で覆滅されるのではない。また買戻代金は目的物の対価とみることができ、目的物の売却滅失で債務者がえる金銭といっても差し支えない。

ここ数十年、住宅・宅地分譲に際し、特定条件を定め、被分譲者が特約に違反すれば、買い戻すということがなされているが[21]、そうした部類に属する事件である。本件事案で判例・通説にしたがい、買戻権を遡及的解除権と解すると、Ｙの抵当権は遡及的に消滅するので、物上代位権が発生しない。Ｘの主張が正しいことになる。

通説・判例に対し、物権取得権と解すことで第三者効の拡大が防がれるとする学説もある[22]。買戻権は、権利行使によって売主が所有権を取り戻せる（取得する）物権取得権といえる。だが所有権を取得する意味では売買において所

[21] 川井・前注10・213頁はこれが担保目的だとする。近江・第４節・注８・259頁、道垣内『担保物権法』（有斐閣、平成16年）292頁。宅地住宅分譲に際し、転売禁止を確保するために買戻を用いる例がある（新潟地判昭和42年12月26日判時524号64頁）。

[22] 道垣内・前注20・76頁。

有権移転時点を代金支払時点と約す場合等の買主の持つ債権も同じである。通説は買戻権を遡及的解除権行使により、所有権を取り戻す債権と解す。物権的取得権とすることで通説とどのように違うのかを理論的に解明することは今後の検討課題だと思われる。

なお、この問題以外にも幾つか問題がある。買戻権行使には売買代金と契約費用の提供が必要である。意思表示をしただけでは足りない。だが事案をみると、権利行使の意思表示から4年半後の債権者等の差押後に供託している。そうだとすると平成4年3月時点の買戻権行使は成立していない。権利行使の有効時点は供託した平成8年9月ではないか。買主が買戻代金受領を拒絶したので、代金を供託し、買主に通知したことを以て民法第493条を適用した判例があるが（大判大正9年8月9日民録26輯1354頁。もっとも代金提供を債務の弁済と判断した点は問題だと思う）、供託時点でXとYの抵当権は遡及的に消滅したとするのが正しいのではないか。

次に買戻代金に差押えや物上代位ができるのかという点である。買戻代金提供は、権利行使の要件であるから債務の履行ではなく、権利行使である。したがって買主から代金提供を請求することはできない。買主は代金債権を売主に持たないので、代金提供され、それが買主の責任財産に入った後に金銭を差し押さえるなら別であるが、その前に存在しない債権を差し押えることはできるのだろうか。これまでに蓄積された伝統的な解釈からすると、買戻権が解除権か物権取得権かの問題以前の買戻権の根本的問題が含まれている[23]。

以上を判例・学説を総括すると買戻の現在の到達点は次のようにいえる。目

[23] 他に細かい幾つかの問題点がある。判例上、買戻権は登記をすれば、権利行使の相手方は随意である。買戻代金が提供前に差し押さえられるとすると、代金提供の相手方が随意でなくなる。買戻権登記に遅れる抵当権の行使によって、なぜこういうことが可能であるのか。また元々、本件は買戻特約の付記登記もあり、Yは売主の買戻権行使を覚悟していた筈であるから物上代位が遡及的に無効になっても不意打ちでもない。Yを保護する理由はないように思う。参考として末川・第6節・注3・314－315頁は、再売買における買主転売事例で、売主が買主に権利行使し、転得者が所有権を失うことについて、仮登記の「警告付きで」権利を取得しているのだから、後日、所有権を失ってもやむを得ないとする。

的物、期間、買戻費用に関する定めが強行法規である点は起草者の意図と異ならない。買戻の要件を満たさない契約を再売買とする点も起草者意図と違わない。目的物は買主への占有移転を原則としている。必要費の償還は買戻権行使の要件とせず（有益費償還を買戻の条件とする特約を認める判例もあった)、契約費用、有益費の内容も少し具体的になった。そして法的構成は債権説とする起草者にしたがうが、判例は、登記により、物権的効力を持ち、債権譲渡手続を要しないとする。買戻権の性質は遡及効ある解除権である。総じて、大体は起草者に忠実であり、事項によってはより具体化したり、発展させている。

以上で買戻の歴史的考察を終え、現代の買戻の理解に達した。そこで次章からは、この理解を前提に他の非典型担保との比較から行い、そうすることでそこでみられる買戻の特性がどこからくるのかについて検討する。

書　評

坂野潤治『日本憲政史』

――戦前デモクラシーにおける憲政の構造――

中　村　研　一

一　坂野潤治『日本憲政史』東京大学出版会、2008年
二　坂野潤治『未完の明治維新』ちくま新書、2007年
三　坂野潤治『明治デモクラシー』岩波新書、2005年
四　坂野潤治『昭和史の決定的瞬間』ちくま新書、2004年
五　坂野潤治『日本政治「失敗」の研究』光芒社、2001年
六　坂野潤治『近代日本の国家構想』岩波書店、1996年
七　坂野潤治『大正政変』ミネルヴァ書房、1982年
八　坂野潤治『明治憲法体制の確立』東京大学出版会、1971年
九　坂野潤治・新藤宗幸・小林正弥共編著『憲政の政治学』東京大学出版会、2006年

本稿は坂野潤治東京大学名誉教授の労作『日本憲政史』（上記一）の書評である。まず一節では、同書の前提となった坂野教授の近代日本史にたいする再解釈を要約する。ついで二節では、同書がなぜ「憲政史」という分析視角を選択したのか、また戦前史七〇余年を通観する枠組みとしての「憲政」とは何を指すのか、そしてそこに展開された政治学的な分析手法がいかなるものであるか、について評者なりの解釈を加える。そして三節では、「憲政史」という普遍的な枠組みを当てはめた結果として浮かび上がる戦前日本政治の奇相と呼ぶべき特異性にたいして評者が感じた驚きを記すことにする。これら『日本憲政史』の意味を発見するため、坂野教授が同書に先立って刊行された八冊の著作（上記二～八）を引用した結果、本稿は全九冊の総合書評の体裁を呈している。(1)

一節　戦前期政治史の再解釈

『日本憲政史』の各章は、その先行業績としての二～八のなかで、すでに政治制度の構想・形成・運営の具体的過程が詳細に分析されている。とすればその七冊のうえに、なぜ新たに本書が書かれなければならなかったのであろうか。その最大の理由は、戦前期日本の政治史全体の再解釈（リヴィジョン）を提示することにあった。

A　戦前期におけるデモクラシーの継続性

再解釈（リヴィジョン）の第一の論点を、坂野は『未完の明治維新』の「あとがき」に明記している。

> 「幕末から昭和初期までの七十余年間には、結構すぐれた民主主義思想と民主主義的実践があったという事実は、この三冊の新書（二，三，四を指す。）を書き終えた今、かなりの確信をもって言うことができる。先輩の世代の日本近代史像とは全く違う歴史像を持つにいたったのである。・・・戦後歴史学の暗黒の近代史像も間違っていれば、それを単に裏返しにしたにすぎない、体制派知識人の美しき天皇制日本像も事実に反する。」（二の244頁）

『日本憲政論』に先立つ上記二～九の著作はすべて明治維新期から一九三七年にいたる七〇余年間に関する「戦前期デモクラシー史論」と名づけるべき著作群である。

戦前期のうち大正時代は、吉野作造ら同時代人が国際的な対比のもとにデモクラシーという「洋語」を用い、デモクラシーの実践と意識した活動を展開していた。また政治史研究者たちの間でも、大正時代とその時期の政治現象を「大

---

(1) 本稿は、二〇〇八年九月一二日、北海道大学政治学研究会において、著者の坂野潤治東京大学名誉教授および和子夫人の出席のもとに、書評した内容に加筆したものである。評者に与えられた坂野教授の研究会当日のご懇切なご教示、および、三二年間の学恩に心より感謝する。本文においては敬称を略した。また坂野教授の九冊の著作の注記は、冒頭に列記した著作番号と頁数のみを記すことにする。

正デモクラシー」「デモクラシー」という用語を使うことが一般化している(2)。そのなかで、坂野による『大正政変』、『日本政治「失敗」の研究』の二章「明治憲法体制の三つの解釈」、同四章一節「民本主義の時代―政党内閣時代の体制構想―」、および『近代日本の国家構想』第三章「明治憲法体制の３つの解釈」などを、大正デモクラシー史論とよぶことは自然であろう。

ただし大正デモクラシーは、前後の時代から孤立した戦前史の例外であるかのように扱われてきた。それに対し坂野が提示した新しい概念が「明治デモクラシー」と「昭和デモクラシー」である。前者の「明治デモクラシー」に関して坂野は、維新期から国会開設後の時期、「下からの努力」による政治体制の形成を「士族デモクラシー」、「豪農デモクラシー」と表現し、それらを合せて坂野は「明治デモクラシー」という造語によって表現した。『未完の明治維新』、『明治デモクラシー』は、文字通り民衆（デモス）の支配する政治体制を追求した政治的実践が維新期・明治初期に存在したことを描いた論考である。また、『明治憲法体制の確立』、および『近代日本の国家構想』の一章「強兵・富国・民主化―「革命目的」から「立国目的」へ」、同二章「三つの立憲政体構想―イギリス・モデルを中心に」では、この時代、民主主義的な運用を目指すプロジェクトとそれを支える政治勢力が存在したことを高い実証性によって描いている。

もう一つの造語「昭和デモクラシー」は「明治デモクラシー」にくらべてはるかに論争的である。『日本政治「失敗」の研究』の三章「分権システム下の民主的リーダーシップ―ロンドン軍縮協定―」が示されたように、浜口内閣、若槻内閣と続く政党内閣期を「明治憲法下での民主化の極限的試み」（同書三章の副題）と描くことは異論がなかろう。しかし、この時期は「大正デモクラシー」の延長ないし完成期として描かれることが通例であった。

他方、一九三二年の五・一五事件から一九三七年の盧溝橋事件までの時期は、教科書などでは政党内閣制が終わった「テロリズムと戦争の時代」として描かれ、この六年を指して「昭和（初期）デモクラシー」と呼ぶことは一般的でない。

---

(2) 吉野作造「民本主義の意義を説いて再び憲政有終の美を済すの途を論ず」「近代政治の基本問題（とりわけ第三章、第四章）」（『吉野作造選集２』岩波書店）には、同時代人によるデモクラシーの目的が論じられ、また三谷太一郎「大正デモクラシーの意味」（『新版大正デモクラシー論』東京大学出版会、1995年）には、政治史研究者による「大正デモクラシー」の定義が示されている。

それに対し坂野は、『昭和史の決定的瞬間』、『日本政治「失敗」の研究』４章「戦前日本の「平和」と「民主主義」―1919～37年」、同５章「戦前日本の民主化の最終局面―1936～37年」で再解釈を試みた。第一にこの六年間に社会民主主義勢力が急速に台頭し、さらに第二により短期的に「昭和一一年二月二〇日の第一九回から総選挙から、昭和一二年七月七日の約一年五ヵ月の期間・・・軍ファシズムも自由主義も社会民主主義も、すべて数年前とはくらべようもなく、力を増していた。」（四の209頁）無産階級の参加拡大および既成政党による自由主義の健在ぶりを実証することにより、盧溝橋事件発生までの時点を坂野は「昭和デモクラシー」と定義する。一九三二年から一九三七年においては、民主主義的参加の拡大とファシズムの台頭とは並存したのであり、すくなくともこの時点までは、デモクラシーが敗北したわけでもなくファシズムの勝利が確定していたわけでもなかった。

坂野は『未完の明治維新』のあとがきに「（『昭和史の決定的瞬間』）の主題は「軍ファシズム」ではなく、むしろ「昭和デモクラシー」であった」（244頁）と書いている。また『明治デモクラシー』の「はじめに」にも「一九三七年の日中戦争の直前の、筆者が「昭和デモクラシー」と呼ぶ社会民主主義勢力の躍進も、みな「下から努力」によって起こった」（ｉ頁）と記している。参加拡大と自由主義の健在さを指してデモクラシーと規定しているのである。

「明治デモクラシー」と「昭和デモクラシー」の二つの概念を勝ちとることによって、「戦前期デモクラシー」は継続したものと再解釈された。大正デモクラシーはその前後の時代から孤立した例外ではなく、その前後の「明治デモクラシー」と「昭和デモクラシー」との間にはさまれた「戦前期デモクラシー」の一局面であると、解釈を転換したのである。

『日本憲政史』の前提とする第一の再解釈（リヴィジョン）は、維新期から一九三七年までの「戦前期デモクラシー」の途切れることのない継続性を歴史像として示すことにある。

Ｂ　戦前期デモクラシーと「戦後民主主義」の継承関係

Ａに示したように、坂野は、「総力戦中の八年間」の前に「結構すぐれた民主主義思想と民主主義的実践があった七〇余年」があったと実証した。そして、「戦前期デモクラシー」を戦前日本の「伝統」、すなわち継承すべき歴史的系譜（トラディション）として提示した。戦前期には、対外戦争や国内抑圧の歴史的系譜（トラディション）だ

けでなく、立憲主義、議会制、政党制、二大政党制、責任内閣制、海軍軍縮、社会民主主義の制度構想と政治的実践とが積み上げられた七〇余年の歴史的系譜（トラディション）が実在した。こうした歴史観は、従来の戦前と戦後を断絶させる教科書的歴史観に転換を迫る。

> 「保守派も進歩派も、戦前日本の「伝統」を、・・・日中戦争勃発以降の八年間を中心に語ってきた。・・・総力戦中の八年間だけから、日本精神や日本人の心を引き出してくる保守派も、この八年間だけを反面教師として、戦後の自分たちだけが真の民主主義の理解者だと誤解してきた進歩派も、自分の頭の中だけで作り上げた勝手な日本近代史像に依拠してきた点では、共通の地盤に立っていたのである。」（四の218～219頁）

戦前・戦後の断絶を前提した歴史観は、戦前を美化する保守派だけでなく、戦後を肯定する進歩派にも見られる。後者の一例は、丸山真男の「大日本帝国の「実在」よりも戦後民主主義の「虚妄」に賭ける」[3]という有名な言葉に現れされる。ここで丸山の狙いは、戦後民主主義を「占領民主主義」とする神話が流布することを否定すること、であった。ただし「戦後民主主義」と対比のうえで用いられた「大日本帝国の「実在」」という言葉は、「戦後民主主義」対「戦前の天皇制」という丸山の断絶の歴史観を前提している。

断絶の近代日本史像に対して、坂野は、戦前日本に、「戦前期デモクラシー」の政治的実践が「実在」していたのであり、それが「戦後民主主義」を準備し、「戦前期デモクラシー」の成果が「戦後民主主義」に継承されたと主張する。しかし、「戦後民主主義」論者は、「戦前期デモクラシー」を学ぶべき「伝統」と考えない。

> 「「負け組」の歴史が日本人の伝統とならなかった最大の原因は、太平洋戦争の反省にある。日本をあの無謀な戦争に導いた諸人物、諸事件が追及され、それに有効な抵抗をなしえなかった「負け組」も、批判の対象とはなっても、学ぶべき先人とはみなされなかったのである。」（五の35頁）
> 「丸山真男氏の『現代政治の思想と行動』の中で描かれる自由民権運動は、

[3] 丸山真男「増補版への追記」『現代政治の思想と行動』1964年、585頁

> 吉野の場合と同様に「反面教師」としてのものであった。・・・日本にデモクラシーの伝統がないのではなく、日本の知識人によって絶えずデモクラシーの伝統が消されてきたのではなかろうか。」（五の70－１頁）

進歩派は「総力戦中の八年間」を反省するあまり、「総力戦期」のみから「戦前期日本」全体をモデル化し、「総力戦期」より前にあった七〇余年の「戦前期デモクラシー」までも価値的に否定する偏面的歴史観を生み出したと、坂野に批判されている。

この「戦前期デモクラシー」と「戦後民主主義」との継承関係は、これまでも政治史研究者が指摘してきた。たとえば三谷太一郎は「一旦死滅したこの大正デモクラシー体制は、それへの対立物が除かれた太平洋戦争後の日本において、うけつがれるべきほとんど唯一の政治的遺産として掘り起こされ、蘇生した。・・大正デモクラシー体制は思想的にも人的にも戦後日本の政治体制の骨格を形成することになったのである。」(4)と述べている。

戦後民主主義が戦前デモクラシーを「蘇生」させたという主張に関しては、三谷と坂野は同様である。ただし三谷は、「大正デモクラシー」と特定しそれと「戦後民主主義」の間の思想的・人的な継承関係を論じているのに対し、坂野は、戦前期七〇余年と戦後六〇余年を通観して、戦前期民主主義全体の戦後期への継承関係の欠如を論じる点で日本近代史観そのものの再解釈なのである。

丸山が「賭ける」といった「戦後民主主義の「虚妄」」は、なぜ「虚妄」に見えてしまうのか。「戦後民主主義」者が戦前の七〇余年間にわたる戦前史デモクラシーの実践という「実在」を成果として継承したのは事実であった。にもかかわらず、その民主主義の実践を価値的に否定して学ばず、民主主義を漸変主義的（インクリメンタル）な「伝統」として一つ一つ積み上げないことに、「虚妄」にみえてしまう一因があるのではないか、と坂野はいう。「戦後期デモクラシーを戦前期デモクラシーの蓄積のうえに伝統化せよ」が坂野の主張なのである。

さらに狭義の「戦後民主主義」にあたる一九六〇年以前ではなく、二〇〇八年の時点から戦後六〇余年をふり返るなら、「戦後期デモクラシー」に対して暗澹たる思いに駆られるであろう。

---

(4) 三谷太一郎『新版大正デモクラシー論』34頁

「一八九〇年の議会開設から今日まで・・・二大政党時代はわずか七年（戦前の一九二五年～三二年）で、社会民主主義政権時代は、わずか八ヵ月（一九四七年六月～一九四八年二月）である。このような事実を前にするとき、歴史学者としての私の立場は、両義的にならざるを得ない。」（五の27頁）

福沢諭吉が提唱した二大政党制の政権交代は、戦前期には七年間実現したが、戦後期はほとんど実現していない。吉野作造が産婆役となった社会民主主義の政権は敗戦直後のわずか八カ月間存在しただけである。今日の社会民主主義勢力は微弱な政党があるにすぎない。戦後の社会民主主義が戦前期より長い歴史を持っているにもかかわらず、である。「戦後期デモクラシー」はあまりに成果に乏しい。それに比較して「戦前期デモクラシー」は、明治憲法等に由来する反民主主義的環境に置かれていたにもかかわらず、重要な発達を積み重ねている。より発達を見せた「戦前期デモクラシー」の方を無視するような歴史観は歪んでおり、そうした歴史観の歪みは「戦後期デモクラシー」にマイナスに作用する。

「強調してきたことは、戦前日本における「平和」と「民主主義」のための努力であり、「社会民主主義」の可能性である。戦後の日本近代史学のように、戦前日本を「戦争」と「国家主義」と「国家社会主義」だけで描き続ければ、今日の日本人は「平和」と「民主主義」と「社会民主主義」の追求に当たって、自国の「伝統」を味方につけられなくなるからである。今日の保守派とリベラル派の歴史論争の大きな特徴は、保守派だけが「伝統」を持ち、リベラル派はその「伝統」を、否定して自派の根拠を戦後民主主義に求めている点にある。・・・戦後五〇年の根の浅い「伝統」としてではなく、明治維新以来一三〇年の「伝統」として位置づけ直そうというのが、本書を一貫する狙いである。」（五の214頁）

坂野が戦前日本における「「社会民主主義」の可能性」を、「平和」と「民主主義」と並列させていることに注目しよう。この戦前期の「「社会民主主義」の可能性」は、現在の社会民主主義が政治勢力として極めて微弱である厳然たる事実に照応している。この戦後期の「社会民主主義」の不在を克服する手が

かりを求めて、坂野は「昭和デモクラシー」における社会民主主義勢力の台頭に行き着いた。「戦後民主主義」を信奉するものたちが一九四五年八月一五日で民主主義史を断絶させ、「戦前期デモクラシー」の七〇余年を無視することは、たんに「戦前期デモクラシー」を価値的に否定するだけに終わらない。「戦前期デモクラシー」の成果の上に活動してきた戦後民主主義の伝統を自ら掘り崩し、民主主義の正統性を損ねてしまう。こうした断絶史観を修正し、戦前期と戦後期の継承関係に基づき「戦後民主主義」を位置づけるなら、戦後期民主主義の貧困を乗り越える多くの手がかりが得られることになろう。こうした意欲の込められた歴史観の修正が坂野によって試みられている。

『日本憲政史』が前提する再解釈（リヴィジョン）の第二点目は、維新期から一九三七年までの戦前期デモクラシーの実践活動を、一九四五年以降の民主主義に対して継承関係のもとに位置付ける歴史認識のプロジェクトなのである。

C　「形式を重視する民主主義」の「漸変主義（インクリメンタリズム）的変動」

Bで見たように、坂野の戦前期政治史学は「「平和」と「民主主義」と「社会民主主義」の追求を・・・明治維新以来一三〇年の「伝統」として位置づけ直そうする」プロジェクトである。このためには、一三〇年を遡って通観する巨視史的枠組みが必要になる。

坂野が「戦前史デモクラシー」において「自由主義の開祖」とするのは、福沢諭吉の『民情一新』である。その要旨を坂野は、次のように要約する。

> 「(一九世紀の)「交通・情報革命」の結果、世界中の「新説名案」を吸収した人民は、一八世紀までの人民とは全くちがう存在になった。「千七百年台の人民は芋蝟にして、八百年代の人は胡蝶」なのである。胡蝶となった一九世紀の人民は芋蝟時代の人民とちがって、「指以て撮む」ことも「箸以て挟む」わけにもゆかない。・・「一新」しつづける「民情」に対応するのは、国会を開設して二大政党間の政権交代を頻繁に行う以外にないことを説いた一八七九年の福沢は、日本における一九世紀自由主義の開祖であったのである。」(六の110－111頁)

ここで福沢の鍵概念は「民情」である。胡蝶となって「新説名案」の間を飛び回り続ける人民の「民情」は、固定したままの政府と「軋轢」を増して、さ

らには「官民の衝撞」が深刻化するであろう。だからこそ政府が「諸大臣の新陳交代」によって「一新」する制度が必要なのである。胡蝶となって飛び回る人民に対して「政府の新陳交代」は追いつけないかもしれない。しかし、「民情」は「人の情」から発しているので、政権交代の可能性さえ制度化すれば「以て人情を慰るに足る可し」（『時事小言』六の115頁に引用）。つまり「一新」し続ける人民の「民情」に応じ、政権交代の可能性が政治制度に埋め込まれなければならない。

福沢の『民情一新』は、決してテレオロジカルな目的をもつような高邁な進歩史観ではない。政権交代によって「人情を慰る」ことは、終わりのない変化なのである。坂野が「卑近」（一の48頁）と形容した「等身性」の次元から、福沢は目的を定めている。そして、坂野がきわめて「狭小」（一の48頁）と形容したように、福沢は政権交代の一点に絞って提言している。政権交代を内蔵させたシステムに政治運用を漸進させることが、そうしない場合よりも、「民情」に近づきそれを「慰める」と福沢はいっている。坂野は、福沢の自由主義の「卑近」と「狭小」をこそ評価している。そうした政治運用を企図したがゆえに、福沢は、坂野にとって「自由主義の開祖」なのである。

また坂野にとって「戦前期デモクラシー」の結節点は吉野作造である。「明治デモクラシー」の成果が吉野の「民本主義」に結実し、また、吉野の「失敗の栄光」が「戦前デモクラシー」を象徴する、とされる。坂野は、吉野を「戦前期デモクラシー」と戦後期の間の、それもなんとポスト冷戦期との間の「失われた結節点」と位置づけるのだ。

吉野は、日本の社会民主主義の出発点であり、さらに一九二六年に誕生した社会民衆党の産婆役であった。（五の第一章の表題は「敗者の栄光―日本の社会民主主義」である。）吉野は、普通選挙法で新たに有権者となった一般民衆に向かって「冒頭で彼らの常識を肯定して安心させながら、本論で穏やかにその常識の改良を説く必要があった。」（五の72頁）吉野が「政権運用ノ目的」とした漸変主義的な社会の改良を坂野は「民本主義の第一綱領」と呼ぶ。

> 「彼の民本主義は・・・議会制民主主義の下で「経済的特権階級に対しても相当の方法を講」じようとするものであった。社会主義体制の崩壊の後にも、今なお西欧に残っている社会民主主義は、ここでの吉野の主張と大きくはかわらない。プロレタリア独裁を唱えるレーニン型社会主義を「自

由」の観点から峻拒しながら、社会民主主義には好意的立場を示しつづけた吉野作造から、戦後の思想界は、もっと早く学ぶべきだったのである。」（五の45頁）

しかし、その「民衆常識」を尊重する「等身性の説得術」を拒絶し、否定し、孤立させたのは社会主義思想、ファシズム、国家主義など政治的ロマン主義に心を奪われ「革命」や「跳躍的変化」を信奉した一九二〇年代と一九五〇年代の知識階層であった。これらロマン主義的諸潮流がそれぞれの観点から「デモクラシー」を定義した結果、論者それぞれのユートピア的願望に従属した多義的な概念に「デモクラシー」は拡散してしまった。

こうした政治的ロマン主義に対比されるのが、「形式を重視する民主主義」、あるいは「エリート間競争の自由」あるいは「政治参加」などの標識のもとに形式的に認識され、かつ民主主義自体に価値があるとする民主主義観である。先の引用に続けて坂野は、フランシス・フクヤマの『歴史の終わり』（下）の一節」を、それが冷戦後に「賛否両論をまきおこした」論争的性格を知りぬいたうえで、引用する。

「「どの国も、自由と平等とのいずれを重視するかの選択は広い意味でのリベラルな民主主義の土俵の上でおこなわれており、その基本をなす原理が損なわれることはない。いっそうの社会民主主義化を望むからとって形式を重視する民主主義を犠牲にする必要なない。」（ここまでがフクヤマからの引用）・・・本書（『歴史の終わり』）全体への賛否は別にして、吉野ほど、ここで言われている「形式を重視する民主主義」に忠実だったものは、あまりいない。」（五の45－46頁）

「形式を重視する民主主義」とは、福沢や吉野が運用しようとしたのは二大政党による政権交代や普通選挙法の実現による議会での社会民主主義勢力の議席拡大などであった。かつて「革命」・「社会主義」・「天皇制」・「ナショナリズム」など革命的ロマン主義の「非凡さ」を称揚した知識人たちは、福沢や吉野の「卑近」、「狭小」、「民衆常識」、「等身性の次元」と形容される側面を軽視し、無視し、蔑んだ。坂野はその価値意識を反転させて「卑近」で「狭小」で「民衆常識」を尊重し「等身性の次元」に立った政治的実践を評価し、それ

を枠組みとして戦前期デモクラシーを通観する。

こうした「形式を重視する民主主義」の意味は「憲政」の意味[5]と相当程度重なるであろう。およそ民主主義は、それに不可欠な政治的形式、すなわち憲法、選挙、議会、責任内閣制、二大政党制の政権交代、社会民主主義などが一つ一つ構想・形成・運用され、それが伝統化してはじめて日々生み出される。それは維新期以来、漸進的に発展をとげ、今日も終わることない日常として「実在」する。そういった民主主義が『日本国憲法』の制定によって、あるいは四五年八月一五日の降伏によって、突然「革命」的に生じることはありえない。そうした制度が構想され、妥協の結果として形成され、日々運営され、また反対にその制度が対立と逆機能を示し、骨抜きにされ、休止する。こうした日々存在し漸変主義（インクリメンタル）的なジグザグをへて変化する実践活動に積み重なったものこそ、坂野が新著で枠組とした「憲政」にほかならない。

『日本憲政史』が前提する再解釈リヴィジョンの第三点目は、ロマン主義的政治観を払拭し、それらとは独立した目的価値を有する「形式を重視する民主主義」に着目し、その歴史は漸変主義（インクリメンタル）的にジグザグを経るという歴史観への転換である。

二節　憲政史の政治構造

坂野の『日本憲政史』は「デモクラシー」「民主主義」ではなく「憲政」をタイトルとする。しかもその「憲政」の定義を、尾佐竹猛『日本憲政史大綱』の「定義」、すなわち「憲法の実施史すなわち憲法運用史、これを内容的に見て、議会史と政党史を叙述し、更らにまた憲法学説史に筆を及ぼす」から出発する。これはロバート・ダールが欧米の「形式を重視した民主主義」を「ポリアーキー」という「民主主義」とは別の言葉を使って呼ぶのに類比されよう。それに加え、「憲政」という鍵概念の選択は、坂野の透徹した戦前期デモクラシーに対する政治認識の結果なのである。そこで二節では政治認識に焦点を当てて解釈することにする。

---

[5]「憲政」という言葉については小林正弥「憲政と憲法政治」（九の１～22頁）が整理している。

D　思想の弧絶

坂野政治学の分析対象は、戦前のデモクラットたちである。しかし坂野は彼らデモクラットを思想家の聖人列伝として賞賛することはしない。さらに歴史の後知恵やユートピア主義的高みから歴史上の人物における「民主主義の限界」を糾弾する教説も一切おこなわない。こうした叙述方法が「戦前期デモクラシー」の認識を妨げてきた、という方法的反省に立っている。板垣退助も、原敬も、美濃部達吉も、犬養毅も、政権と妥協し、機会主義的に変節し、多くの欠陥をもち、身内の利害を優先し、デモクラシーを自滅させるものとして描かれる。

坂野『日本憲政史』のアンチ・クライマックスは、五・一五事件における犬養毅の最期である。通常の歴史記述では、「護憲の神様」と称揚された犬養がテロリストの凶弾に倒れた「非業の死」をクライマックスとして、「民主主義が崩壊した」などと描き出し、犬養の個人的死を憲政史の死亡宣告と重ね合わせることが多い。それに対し、坂野の描く犬養の最期は、名状しがたい悲喜劇である。

坂野によると、晩年の犬養は、「天皇中心主義と軍国主義と対外侵略を三大骨格とする「頑陋」すぎる保守政党」（一の170頁）の政友会総裁であった。

> 「一九三一年末に政権についた時の政友会は、反軍、反ファッショではなく、むしろ親軍、親ファッショであり、「憲政の神様」にもすでにかつての面影は無かった。・・・（親海軍の立場を鮮明にして民政党内閣を攻撃している）犬養総裁が事もあろうに海軍の青年将校に襲撃されたことは、日本近代史上の七不思議の一つである。」（一の146頁）

犬養は「憲政の擁護者」のゆえに軍人に惨殺されたのではなかった。その当時の犬養政友会総裁は「天皇中心主義と軍国主義と対外侵略」を唱えた「親軍、親ファッショ」であった。にもかかわらず、犬養が肩入れしてきた海軍の青年将校によって襲撃された。したがって「憲政の終焉」と犬養個人の死とは無関係である。「七不思議の一つ」である犬養の死後も憲政は存続する。

坂野が描くように、犬養という一人の政治的人格のなかに、「憲政の神様」と「親軍、親ファッショ」という正反対の思想が去来した。彼の政治的言説は、そのときどきの権力状況による歴史的文脈に従属した。「憲政の神様」の犬養

から「憲政思想」を抽出してみても、意味は低い。なぜなら「憲政思想」は犬養が置かれた時代の文脈に拘束された言説に止まり、別の歴史的文脈に置かれた犬養に継承されるとはかぎらないからである。ある文脈下の犬養の思想は別の文脈下の犬養とぷっつりと切れているのである。

坂野が戦前期デモクラシーの機軸に置くのは福沢諭吉と吉野作造である。この福沢と吉野こそ、憲政上の制度運用を中期的に構想できる稀な政治的理性であり、また、具体的文脈のなかでデモクラシーを追究する実践者であった。とすれば福沢から吉野へとつながる憲政思想の系譜学を描けば「日本憲政史」ができあがるではないか、と傍目からは想像される。しかし坂野にはそうしない理由がある。

実は「大正デモクラシー」の形成者である吉野作造にも、彼の時代の伴走者であった美濃部達吉にも、欧米に学んで日本の先人に学ばないという日本知識人に共通する病弊がある、と坂野はいう。日本の進歩派知識人には、今日まで遠い欧米を範として近くの日本政治を構想する、という欧米志向型の権威主義があると坂野はいう。

> 「吉野は歴史研究者として「明治デモクラシー」に関心を持ったにすぎず、オピニオン・リーダーとしてはヨーロッパの政治動向に着目して「民本主義」を唱えたことになる・・「明治デモクラシー」の伝統の上に、「民本主義」を打ち建てたのではなかったのである。このことは、吉野の「民本主義」を短命に終わらせた一因だったように思われる。」(三の214－215頁)

たしかに福沢の政権交代という構想は、吉野の時代に結実して実践されるに至った。構想と運用という意味で憲政はまさしく「実在」した。しかし思想上の継承関係としては、最も優れた知性であった吉野と福沢の間ですら、ぷっつり切れていたのである。欧米以外に先行者のいなかった福沢には、欧米をモデルにする以外に選択肢はなかった。しかしたとえば徳富蘇峰は福沢から学んだといわず、吉野は蘇峰や福沢に学ばなかった。

> 「(吉野らの) 思想家自身が、自分と似た立場に立って努力した先人の言動に無関心であったことも、自由主義、民主主義、社会民主主義が「伝統」として残らなかった一因であった。彼らにとっての模範はいつも眼前の欧

米の政治と思想にあり、自国の先人たちの思想は古くて役に立たないものとして相手にされないできたのである。」（五の35頁）

デモクラットの思想を次々に追ってみても、それらの思想系譜の先祖はそれぞれ欧米にあって、日本人の間の思想には歴史的に継承関係がない。思想は「憲政の神様」の犬養と「親ファッショ」の犬養の間だけでなく、福沢と吉野のような思想家の間でもぷっつりと孤絶する。とすれば憲政から思想を取り出してその系譜学を検討することに有効性がない。デモクラシーを伝統化できない文化のもとでは、蝋山政道が嘆いたように「我国に於いてデモクラシー論が売薬の宣伝広告のように忽（たちま）ちに過ぎ去って」（五の69頁に引用）しまう。

したがって「戦前デモクラシー」は、憲政の実践上の継承関係はあっても、憲政思想上の継承関係はない。そのため、坂野は「思想史」ではなく「運用史」を描いた。坂野が七〇余年の戦前政治史を貫く主役にすえたのは思想と思想家ではなく、憲政が構想・形成・運用される政治的実践であった。

坂野は、吉野の「憲政論」ではなく尾佐竹を出発点に選んだ。「憲法の実施史すなわち憲法運用史、これを内容的に見て、議会史と政党史を叙述し、更らにまた憲法学説史に筆を及ぼす」のが尾佐竹の「憲政史」の定義であった。「実施」と「運用」という実践活動が第一変数であり、そこから「議会」と「政党」が位置づけられ、「憲法学説」は従属変数であることに注目したい。制度化の実践、とりわけ運用が独立変数なのであって、思想は脇役ないし従属変数なのである。

E　構造主義

坂野政治史学は方法的に構造主義的である。それは諸著作のタイトルからうかがえる。『明治憲法体制の確立』『思想の実像』『国家構想』、そして本書は『日本憲政史』である。明治維新期から一九三七年の七〇余年間の歴史のなかから、よく似た構造を発見することによって、坂野政治史学は成立する。では坂野によって発展された「よく似た政治構造」とは何か。

坂野は「戦前期デモクラシー」を官と民、保守と革新の間の二項対立の構図として描かない。彼は三という数をくりかえす。『近代日本の国家構想』と『日本憲政史』における坂野のマジックナンバーは三なのである。維新指導者たちは「強兵」「富国」「民主化」の三つの「立国原理」を競った。また、一八八〇

年代の立憲政体構想では、井上毅と福沢諭吉と中江兆民が保守、中道、革新の三極構造を代弁する三極構想をなしている。さらに、二〇世紀初頭には穂積八束・美濃部達吉・吉野作造の三人が憲法解釈を競い、そして、一九三一～三二年には「立憲独裁」「協力内閣」「憲政常道」の三つの内閣構想が競いあう。これら三のくりかえしは、坂野が日本近代史のなかに発見した構造である。離れた歴史の諸時点で類似した構造が繰り返す歴史叙述は、網野善彦の『無縁・公界・楽』などの構造主義と方法的に通底する。

まず極の意味を明確にしよう。極は政治力学的三角形の三つの頂点を指す。井上毅と福沢諭吉と中江兆民の三人の思想家が「三極をなす」というと、その三人があたかもドイツ・イギリス・フランスのそれぞれの立憲主義を代表する思想的な「極」をなすかのように聞こえる。しかし三人は今日の研究者の様に外国を学究していたのでは断じてない。福沢『民情一新』がイギリス立憲制を強調したのは、それがその瞬間の日本の権力状況において、適用可能な一般モデルに敷衍できるためであった。

> 「唯一有効な政治体制としてイギリス立憲制の諸要素が整理されているのである。フランスがどうでドイツがどうでアメリカがどうだという次元の議論ではないのである。」（六の108頁）

イギリスモデルを提案した福沢の言説は、それが政治変動をもたらす政治力学上の文脈を獲得してはじめて力を持つ。したがって坂野の三極とは、思想的三極対立の上部構造の下に、権力対立の三角形の頂点という政治力学的下部構造を重ねあわせたものである。井上と福沢と中江の思想的言説は、それぞれ権力対立状況における党派的極と合致しているために「三極性を構成する」と坂野はいっている。

たしかに一八八〇年代、憲法起草段階での福沢と井上毅の憲法論争において、福沢の『民情一新』の運用構想が重要な役割をはたした。しかし、福沢の憲法論が理論的に優れているだけでは政治力学的意味をもたない。思想は、Dで見たように、他からぷっつり弧絶するのであり、他への思想的影響のみを通じて政治を動かすことは稀である。福沢案（や交詢社私議憲法）は、大隈参議憲法建議書や井上馨の勢力と一致することによって、政治力学的立脚点を獲得し、伊藤博文＝井上毅派に脅威を与えたがゆえに、一極を構成できるのである。中

江のルソー翻訳が極を構成するのも、それが植木枝盛に読まれ、愛国社の政治力に立脚したからである。

井上毅は、福沢の政権交代の構想などの自由主義的運用を危険と考えた。そして福沢の憲法論のそうした自由主義を骨抜きにしつつ、福沢の憲政上の成果を剽窃した。そしてその結果、明治中期には福沢の意図した議院内閣制も二大政党制も達成されない。

> 「福沢諭吉の議院内閣制論を検討したときと同様に、蘇峰の議論も、単なる一ジャーナリストの思想の問題ではなく、改進党を中心とする民党左派の立場を代表したものだからこそ、政治史上の意味を持っているのである。同じ思想家を対象としても、思想史と政治史では、関心が全く異なるのである。」（六の136頁）

福沢の構想と徳富蘇峰の構想は非常に似ていた。しかし、それは思想的に継承されたものではない。よく似た権力対立状況の上によく似た思想配置が展開される構造があったのである。明治憲法制定後二〇年も経った憲法解釈論争では美濃部達吉と吉野作造と穂積八束が代表する政治力学の三極対立が繰り返される。明治憲法制定後二〇年も経った美濃部達吉と穂積八束の「憲法解釈論争」は、福沢対井上毅のかつての戦いと「論争の内容は、ほぼ一致しているのである。」（一の５頁）と坂野はいう。

> 「欧米の最新思想の導入をめざす日本の知識人の間では、自国の過去の思想を自覚的に吸収することはほとんど見られない。・・美濃部が政党内閣論を説き、吉野が二大政党論を強調するとき、それが明治10年代の福沢諭吉の議論の焼直しであるという自覚は、どちらにも全くなかった。」（三の180頁）

福沢が狙った構想は三七年後に実った。二大政党制がおこなわれ、政党内閣が慣行化し、普通選挙制が実施される。しかし福沢の置かれた政治史的立場とその思想表現の関連性は、美濃部や吉野によって忘れ去られる。そのときどきで、よく似た思想的配置がつぎつぎと生まれ、それと相同なよく似た権力対立状況が生まれるが、その一方で、孤絶した思想の屍骸が積み上げられる。対立

状況の構造主義的くりかえしと思想的屍骸の累積との組み合わせは、ヴァルター・ベンヤミンが描く「歴史の天使」を連想させるが、坂野はその不妊性を「いつも零からの出発」（五の35頁）と表現する。

憲政の伝統化は、明治憲法の立憲神話からは生まれない。なぜなら明治憲法の出自そのものが卑しいからである。福沢が創出した憲法草案から、井上毅が統治構造の骨格形成を剽窃しつつ、運用構想上の自由主義を意図的に骨抜きにした卑しさを、坂野は余すところなく描き出す。（一の65～70頁）したがって戦前期デモクラシーは、アメリカ憲政のように、憲法制定会議を聖化する政治伝説を生み出しえない。また福沢の憲政上の貢献を、吉野や美濃部が認識しないような思想的非伝統性のもとでは、立憲神話は創造されない。イギリス国憲政のように、先例と歴史事例が再解釈されて現状を今求められる方向に革新する保守主義的革新のバネも働かないのである。

F　「敗け組史観」から「政治構想の三極性」へ

坂野は「DNA 史観」を下記のように提示した。

> 「（「DNA 史観」とは）日本人は元来「改革」というものを好まないのではないか、というものである。いくら「敗け組」に光を当て続けても、自由主義、民主主義、社会民主主義が、明治維新以来一三〇年間にわたっていつも結果的には「敗け組史観」だったというのでは、「敗け組史観」自体が「敗け組」に属しているのではないかという不安に襲われてくる。」（五28頁）

それに対し坂野は「敗け組史観」の伝統化を狙う。「敗け組史観」とは、いささか混乱させる表現だが、「DNA 史観」とは異なる坂野独特の表現である。それは官・民のうちの民、保守・革新のうちの革新など「弱者、敗者の史観」を指すのでは**ない**。官・民、保守・革新の双方から「中道」と呼ばれ「左右の両極端に対するアンチにすぎない」として切り捨てられ、「方便」「機会主義」として二極に埋没させられてきた福沢と吉野の漸進改革路線を、忘れられた史観として「敗け組史観」と坂野は定義する。

そもそも立憲主義とは、その制度が権力者・次強者などなどを含めて、最強者を含む主体全体を自己拘束するような制度的合意を聖化したものである。マ

グナカルタにはじまるイギリスの憲政とは、最強者としての君主と、次強者・次々強者たちとの間の変転きわまりない連合形成ゲームにおける妥協的合意を慣行化・聖化したものである。

保革間、官民間の二極対立からは、強者が譲歩して合意した妥協（コンプロマイス）を例外として、権力の強い弱い、勝者と敗者しか出てこない。最強者、権力者、支配する官に向かって自己拘束を迫る契機は、弱者の抵抗しかなく、弱者は権力政治的に必ず敗れる運命にある以上、強者に対して自己拘束を押し付けることができない。二極対立からは連合形成ゲームは生れないのである。坂野が「不安に襲われる」という「DNA 史観」の権力政治的根拠である。

坂野は、『日本憲政史』において、福沢『民情一新』の時期と吉野の「憲政の本義」の時期との政治構造を「第三極」として抽出する。そして福沢や吉野の「中道」を「第三極」とする「政治構想の三極性」を提示する。この福沢、吉野を「一極」として含む「三極性」の政治認識は、坂野が発見したユニークなものであった。近代日本史の支配的な記述は、中道を除いた保守と革新、官と民の二極構造として語ってきたからである。

> 「枠組みとしては、イギリス・モデルの中道派を軸に、立憲政体構想をめぐる保守・中道・革新の三極対立として六五年間の政治史を描くことが、本書（『近代日本の国家構造』）の課題であるといっていい。」（六のviii）

この「三極性」の分析手法を坂野は戦前期デモクラシーの七〇余年全体に一貫して適用する。福沢と吉野とにおいて「三極性」は典型的にあらわれた。とすると「第三極」の機能的相当物および、この「三極性」の権力状況は、福沢の前の維新期・明治初期と、吉野の後の昭和初期にも存在するものと、構造主義的に仮定できよう。その結果『日本憲政史』は次のように構成される。まず福沢と吉野の場合を「第三極」とした「三極性」の構造を、「戦前デモクラシー」のツインタワーとして取り出した。次いで、この福沢的構造と吉野的構造を結んだ補助線から「三極性」構造が戦前期デモクラシーに一貫して存在すると仮定して、その前後の時代（「維新期・明治初期デモクラシー期」と「昭和デモクラシー」）に同じ「三極性」モデルを当てはめる。こうして成り立った『日本憲政史』は、従来官民、保革と二極的に考えられてきたものを、「第三極」の着目し、「政治構想の三極性」に展開しなおした歴史学のパラダイム転換で

ある。

「中道」ないし「第三極」が保革、官民の同一平面上の中間点に止まるなら、三極性の政治構造に展開できない。しかし「中道」と呼ばれる構想が、保守と革新、官民の二極対立をこえる第二の次元を構成し、きたるべきシステム的均衡点として妥協的運用の制度化を提示していたことに注目しよう。かつ「中道」が保革、官民の両者を底辺とする三角形の頂点となり、構想上の「指示的権力」を発揮しうる状況であったとしよう。この第二の次元の導入によって、最強者を分裂させ、また最強者と次強者を融解させ、あるいは保・革、官・民の双方に影響する可能性が高まる。この瞬間にこそ、強者・次強者を制約する憲政のゲームのルールが制度化される可能性が開かれる。

この「三極性」のパラダイムによって「勝ち」・「負け」が決まっている権力政治史観（「DNA 史観」）からも、そして「正義」・「不正」がはじめから決まっているような目的論的な決定史観（「レーニン主義史観」「皇国史観」「進歩的民主主義史観」）をともに、坂野は見直したのである。

では『日本憲政史』の立憲の起源はどこに求められるか。幕藩体制の「ご威光」[6]は一極支配であり、一極内には立憲主義を求める権力的動機はない。勝ち誇る薩長の軍事権力にも自己抑制（「民主化」）の動機は生まれない。かりに彼らが思想的に立憲主義に対して共鳴していたとしても、強者の立場からする権力状況に拘束され実践に結びつかない。一極支配において官・保守が抑制しようとする対象は、自分たち強者ではなく、弱者であり、議会と政党による抵抗の封じ込めである。それに対し、民、革新、弱者、敗者には権力を制約する動機はある。しかし、民、弱者が正義を代弁して官、強者に対抗しても、権力政治上は敗者に決まっている。一極史観からも二極史観からも権力を縛る憲政史のダイナミズムを捉えられない。そこで坂野は、福沢・吉野の「中道」的第三極を維新に遡って再解釈し、保守・革新、官・民の二極構造から、政権・「公論（公会議）」・民衆の三極構造に展開しなおした。

坂野は、『日本憲政史』第一・二章において、土佐と薩・長との交渉過程に憲政の起源を求める。誰が権力を制約する動機を持つのか。それは幕末・維新期にあっては、薩長に続く第三番目の権力者である土佐、敗者たる運命にある

---

[6] 渡辺浩「「御威光」と象徴」『東アジアの王権と思想』東京大学出版会、1997年

幕臣知識人である。明治維新期の大久保忠寛や横井小南、あるいは土佐の「公議会」論が、権力抑制の理論化をはかった。しかしそれは所詮、三番目の権力の構想、敗者の構想に過ぎない。しかし、その三番目の権力的弱者の構想が、権力対立の三角形の政治力学の頂点に位置づけられる政治史的瞬間はないか。三番目の権力をピボット(要の位置)とした連合形成交渉を歴史的に遡った結果、坂野は「薩土盟約」、そして「大阪会議」という交渉過程を発見し、そしてこうした「運用史」観の先祖として尾佐竹猛『日本憲政史大綱』1938年を発見した。

では憲政の終焉期の「第三極」は存在したのか。坂野は『日本憲政史』第八・第九・終章で、憲政の“凍結”にいたる一九三〇年代中葉の社会民主主義勢力の関係を検討する。この時期、既成政党とファッショあるいは軍部に対する第三極に位置づけられた社会民主主義勢力は、普通選挙法によって、得票を拡大させ急速に台頭していく。「一九三七年四月の総選挙では、社会大衆党は三六名の議員を擁する、「憲政」上の一勢力に発展したのである。」(一の189頁)流動的な政治状況のなかで台頭した社会大衆党は、「第三極」を構成する可能性があり、多くの知識人たちがそれに期待をかけた。しかし社会大衆党はその選択肢を自ら放棄したのである。

> 「どのような好意的な理解に努めても、「社会改良」を「広義国防」というスローガンで表現するのは、十分に国家社会主義的であった。・・議会政治と社会改良がセットになった「社会民主主義」は、理論のところで止って、社会的実践の伝統を後世に遺すには至らなかった。」(一の212頁)

一九三〇年台の社会大衆党の台頭は、「第三極」を構成する歴史的可能性をもちながら、しかし、戦前期憲政を終焉させる(反憲政的「二極化」に加担する)一大要因となった。まず吉野が「民本主義の第一綱領とした政治の目的、民衆の利福を目的とする社会民主主義」は、社会主義革命の幻想の前に「売薬の宣伝広告のように過ぎ去って」(五の69頁)しまった。また社会民主主義政党が台頭したとき、自由主義者の民政党と社会大衆党の民主社会主義者の間には連合形成が不可能なほど心理的距離が生じていた。「社会大衆党」は三角形の他の二頂点のうちから、事もあろうにファシストを連合パートナーとする。社会大衆党は壊滅させられたのではなく、自らの手で憲政の維持する選択肢を放棄したのである。戦前期に社会大衆党が反憲政的機能を果たしたことは、戦

後期に「肩身の狭い思い」（一の212頁）を余儀なくされる要因となり、社会民主主義勢力が戦後体制に定着しなかった歴史的要因のひとつとなった。

保革軸、官民軸という第一次元を融解させ、第二の次元を導入してそのうえに将来構想上の均衡点を見すえるさまざまの最小勝利連合を政治状況に投入することで、坂野は「三極性」の構造と「第三極」と言うダイナミックに変動する憲政史像を勝ち取った。負け組が勝ち組に逆転する可能性をはらみ、勝因が次の敗因へとひっくりかえる流動的な歴史像を確立した。構想力による指示的権力が権力対立ゲームのルールを変更させる、最小勝利連合の組み合わせがころりと変転する憲政史を創出したのである。

三節　日本政治の奇相

坂野『日本憲政史』は、福沢と吉野という論理的に了解可能な実践者をツインタワーの頂点として、それを結んだ機軸を中心に組み立てられている。そして「憲政」あるいは「形式を重視した民主主義」という国際的に比較可能な枠組みによって戦前期デモクラシーを通観している。したがって、福沢と吉野という機軸の論理、「憲政」ないし「形式を重視した民主主義」、「目的としての社会改良」は、外国人にも、また今日のわれわれにも普遍的に了解可能である。こうした座標軸が了解可能であることは、戦前期日本があたかも欧米と同様のデモクラシーであるという外見を与える。しかし、普遍的に了解可能な座標軸を物指しとして戦前期日本デモクラシーに当てると、そこから名状しがたい奇相が噴出する。そのいくつかを要約しよう。

G　愛国社：異形の政党

アメリカ政治学の代表格ロバート・ダールがかりに日本語を読めて、この『日本憲政史』の第３～６章を読んだとしたら、小躍りして喜んだであろう。明治一四年の政変期における憲政の概念は、すくなくとも表見的には、ダールのポリアーキーの概念に近いからである。ダール「ポリアーキー」モデルの第一軸（自由化・公的異議申し立て）は、福沢「民情一新」の二大政党による政権交代（エリート間競争）を、第二軸の包絡（参加）は愛国社の「国家の多数を握るが政権をとらない」という方針に、あまりに見事に対応している。そしてダールはその編著『西欧デモクラシーにおける政治的対抗政党』を『西欧と日本に

おける政治的対抗政党』と修正せざるをえないことになったであろう(7)。

しかしこうした作業によって愛国社が国際的に比較不能な不可思議な特徴をもち、政党形態の特異点であったことも、坂野は明らかにした。この異形の政党が、その国会開設運動を『社会契約論』を使って正当化したことを知ったとしたら、著者ルソーは仰天したであろう。ジャン・ジャック・ルソー自身は代議制を否定し、「全人民の定期集会」のみが主権の担い手たる人民の意思を表示できるとしていた。そのルソーの『社会契約論』を引用し、愛国社の植木枝盛は、自分たちが構想する国会を「全人民の定期集会」に擬した。すなわちルソーの「全人民の定期集会」を自分たちの国会開設運動の「全国人民代表」なるものによって代替させ、さらにその「全国人民代表」を「全国人民多数代表」に代替させることで、自分たちの運動を正当化していた。赤をピンクで、ついでピンクを白で代替させるような、代議制で直接民主制的正統性を代替させる「代表論理のずらし」が通用していた。

この愛国社は、この国会の多数を獲得するが、多数の形成を介して政権を握ることを狙わない。議会の多数を占拠して民衆的正当性を表出は望むが、権力掌握は控えるという、まるでポーランド「連帯」の運動のような自己限定的な立場を望んだと、坂野はいう。この愛国社はジオバンニ・サルトーリを驚かすであろう。彼は「政党とは、選挙に候補者を立て、選挙を通じて候補者を公職に就けさせることができるすべての集団」と政党を定義（最小限定義）した。(8) この定義からすれば、愛国社は政治権力を行使する「公職」のうちの大部分の掌握を望まず、その点でサルトーリのいう「政党」からかなり外れている。こうした愛国社的伝統は、明治期に止まらず、戦後の抵抗政党であった日本社会党にも継承された。日本の政党の異形性の底は深いのである。

H　憲政の“凍結”と「民主主義の崩壊」論

Dに見たように、坂野は、犬養毅が射殺事件を「日本近代史上の七不思議の

(7) ロバート・ダール、高畠通敏・前田脩訳『ポリアーキー』三一書房、1981年 Robert A.Dahl,ed., *Political Oppositions in Western Democracies,* Yale University Press, 1966.

(8) G・サルトーリ、岡沢憲芙・川野秀之訳『現代政党学　Ⅰ』早稲田大学出版部、1980年

一つ」とする。なぜなら親軍・親ファッショであり海軍の肩をもった犬養を、海軍の青年将校が殺害したからである。反軍・反ファッショの浜口雄幸や井上準之助を襲撃したのであればそれなりの合理性がある。しかし自分たちを支援する味方を襲撃してしまった非合理なテロリズムは、合理的なテロリズムよりもはるかに恐ろしい。「「破壊」への憧憬」（一の163頁）と坂野がよぶ非合理の暴発に対して、攻撃対象となった老宰相もまた、テロリスト襲撃を告げた警官の言葉に逃げもせず、テロリストを客間に案内して煙草をすすめ、撃たれた後も、夥しく出血するなか「いまの若い者をもう一度呼んで来い」といってテロリストに何事かを説得しようとしたという(9)。犠牲者も名状しがたい奇観を呈している。

坂野は『昭和史の決定的瞬間』の冒頭で一九三五年八月一二日の永田鉄山陸軍軍務局長が斬殺された直後の遺体写真を掲げ、この事件こそ「決定的瞬間」であったことを示唆する。そして「真崎甚三郎からここまで憎まれ、河合栄治郎からここまで惜しまれた永田鉄山という人物を、今日までの「昭和史」は描ききれていない」（四の25～26頁）と記す。陸軍省の執務室で現職局長が陸軍軍人に刀で斬殺されるという暴力の噴出は、陸軍内のガバナンスの崩壊を意味する。ただし坂野『日本憲政史』で憲政は、犬養の射殺された一九三二年五月でも、また永田の斬殺された一九三五年八月事件でも、死なない。さらに、坂野『近代日本の国家構想』が「政党政治の復活の望みが最終的に絶たれる」（六の189頁）と書いた二・二六事件でも、まだ死なない。

坂野『日本憲政史』の憲政は、一九三七年七月の盧溝橋事件に契機に“凍結”される。一九三〇年代における日本の憲政の終焉は、海外からはドイツ、イタリア、スペインの「民主体制の崩壊」(10)に引照される。たしかに日本でも「形式を重視した民主主義」が終わったのであるから、ドイツなどと同じ「民主体制の崩壊」に見える。憲政を終わらせた決定的要因として、坂野は内政上の変化・事件ではなく、対中侵略戦争の開始を時代区分として選択し、しかも憲政は“凍結”された形容している。諸政党が盧溝橋事件の直後に自主的に政争を中止するからである。これは内政に注目したドイツ全体主義論やスペイン権威

(9)　岡義武『近代日本の政治家』岩波書店、1990年、231～232頁
(10)　K・D・ブラッハー、山口定・高橋進訳『ドイツの独裁　Ⅰ・Ⅱ』岩波書店、1975年、J・リンス、内山秀夫訳『民主体制の崩壊』岩波書店、1982年

主義論などが「民主主義の崩壊」と書くことと比較して顕著な相違である。反面こうした対外戦争を契機とする戦前期憲政の終わり方は、戦後日本の憲政上の争点が、対外戦争を禁止した平和主義に収斂したことと対応する。

> 「国民は総力戦を覚悟し、それ故に「既成政党」も「軍部のミスカルキュレーション」に目をつぶったのである。しかし、このことは「日本政権史」の中心問題ではない。・・諸政党は日中戦争を前にして政争を中止した。言い換えれば「日本憲政史」の発達は、一九三七年七月を以って“凍結”されたのである。」(一の209頁)

憲政が“凍結”される前の五年間、対外侵略は進行していたが、しかし社会大衆党は台頭し、民政党は健在だった。それらを勘案し、馬場恒吾は「政党活動の活性化と政党内閣の復活をめざし」、戸坂潤は「自由主義乃至デモクラシーが日本国民の政治常識」であったいい、河合栄治郎は「社会大衆党が反ファッショ連合の一翼をになうことを期待した。」議会と政党が「反ファッショ、反軍の旗」の掲げ、それが力を持つ可能性があった。

この間、国内民主化が先行し、その上に対外戦争による総力戦化が重なった。国民は強力な敵である中国との戦争を「覚悟」し、そのことを敏感に察知した政党も、軍の冒険的戦争政策に「眼をつぶった」と、坂野は主張する。ファッショ化・軍国化が先に完成して、その後に対外侵略を行ったのではなく、対中戦争の開戦によって総力戦体制に移行した。軍部・ファシストが先に自由主義と社会民主主義の息の根が止めて、その後に対外戦争が始まったのではなく、それらが健在なうちに開戦がなされ、有権者と政党の消極的・積極的合意のもとに総力戦体制へと移行した。これが坂野による“凍結”論である。

この坂野の観点をさらに敷衍して解釈すれば、日本の対外侵略・対内民主化の組み合わせは、ドイツなどの対外侵略・対内抑圧とは異なり、二〇世紀初頭英国の「ボーア戦争」、一九六〇年代米国の「ベトナム戦争」に類比できる。違っていたのは、日本が、「ボーア戦争」期の英国、「ベトナム戦争」期の米国より国力が極端に低く、反対に侵略された中国の国力・軍事力がトランスバールやベトナムと比べ格段に高かったことである。とすればなおさら、健在であった「憲政」が「ミスカルキュレーション」が自国を壊滅させる事態に「眼をつぶる」のは、明らかに奇相に属する。

「憲政史の発達が“凍結”された」と表現された日中戦争の開戦決定は、坂野がいうように「「憲政史」の中心問題ではない」と規定できるかもしれない。ただし明治憲法上憲政の外側にあった開戦決定が契機となって憲政が“凍結”されたとすると、議会、政党、世論など憲政の当事者にとって、いつ、なにが「憲政」を終息させたのかが非常にあいまいになる。議会人が城内平和を優先し、政党が総選挙を延期し、議会人が議会を迂回した計画を推進するなど、本来の憲政の推進勢力が自ら憲政の空洞化に手を染めていった。こうした変容のなかで日本の議会と政党は、ドイツ、イタリア、スペインと異なり「民主体制の崩壊」という内政上の断絶的変化を体感できない。坂野の解釈では、選挙と政党と議会は、憲政的ゲームのルールを自発的に放棄し、選挙、議会、政党の活動を自発的に縮小・停止した面をもつ。それによって憲政を推進してきた議会と政党が、憲政を無化する方向に自ら姿を変容させていく。

また憲政が“凍結”したのであれば、総力戦という条件がなくなった戦後、すぐさまに「憲政史」は“解凍”されるであろう。議会と政党が「民主主義の担い手」として、自らを再変容させることはきわめて容易であったであろう。アメリカによる対日戦争と軍事占領よる「外からの民主化」というドイツと並行したスキーム自体が、非常に怪しげな「虚妄」となるであろう。「戦後民主主義」は、八年間の氷河期を超えて「戦前デモクラシー」を復活させる。こうした憲政の“凍結”と“解凍”、その変容と再変容は、西欧の基準から見て理解が難しいのである。

Ⅰ　保守主義

日本政治史の一大奇相は、保守勢力における保守主義の欠如というアイロニーであろう。三権分立などの制度的起源が示すように、立憲主義は混合政体的であり、民主主義とは異なる論理を持つ。君主政的、貴族政的制度が改革されて、それらが民主主義的運用の間で妥協され、合意が聖化・運用されることが不可欠である。「憲政の擁護」とは、そうした合意に基づくシステムの慣行化・聖化であり、アメリカ政治学の用語でいう「システム・アフェクト」（トータルな仕組みに対する愛）を、「アウトプット・アフェクト」（システムから得られる自己利益への愛）に優先させる指導者の徳性である(11)。それは憲政の後退、

(11)　「システム・アフェクト」の言葉は、G・A・アーモンド、S・ヴァーバ、

危機にさいして、システムを維持・運用・擁護する慎慮の勇気ないし統治理性の発揮である。憲政、民主主義から生まれたアクターがかならずしも、そうした能力を持つとは限らず、また慎慮する勇気・統治理性を発揮するとはかぎらない。犬養毅が総裁であった政友会はその保守主義を欠いた保守党であった。

> 「良質な保守党がない場合には二大政党制は良好な結果をもたらさない。・・福沢諭吉は「守旧必ずしも頑陋ならず、改進必ずしも粗暴ならず」、という状態を大前提にしていた。・・・政党内閣時代の政友会は、天皇中心主義と軍国主義と対外侵略を三大骨格とする「頑陋」すぎる保守政党であった。」（一の169－170頁）

それに対し、吉野作造は精神的貴族性が必要である、という。

> 「私の考えでは最良の政治というものは、民衆政治を基礎とする貴族政治であると思う。・・・優等階級のものが、下流人民の生活に同情し、十分なる理解を以って適当の処分をなすと言うことは実は宗教心なくては出来ない事である。」（五の53頁）
> 「権力のあるところは同時に利益のあるところであって権力の中心には利益もまた伴うのである。ゆえにもち権力者にして宗教的の高潔の精神なくば、そこに不義不正の利殖の行為の伴うはやむを得ぬ事実である。」（五の59頁）

坂野は、この吉野の言葉に「事によるとその通りなのではないかという気がしないでもないが」（五の60頁）と半分以上共感し、保守主義的エリートが今日まで憲政の重要な構成要素であることを認めている。

> 「本当の保守派を分析しなかった理由は、それがあまりに単純であり、しかも筆者がまったく好意を抱けない思想だからである。」（三の221頁）

石川一雄他訳『現代市民の政治文化』勁草書房、1974年からの借用。

（以上）

「あまりに単純」な思想しかもたず、「頑陋」すぎる保守政党をもってしまったことに日本憲政史の最大のアイロニーがあると坂野は表現している。

一節でのべた「戦後民主主義」者に対する批判は五に明示されているが、『日本憲政史』ではすべて背景に退いている。著者の狙いは「戦後民主主義」論者を批判する点にあるのではない。「戦前期デモクラシー」が「戦後期デモクラシー」によって継承されることが、「戦後期デモクラシー」の力になる、という点にある。「伝統とは創造される」（E・ホブスボウム）ものである。本書によって、「戦前デモクラシー」と「戦後期デモクラシー」を通観する視点が確立され、民主主義が「近代日本一三〇年の伝統」として創造される出発点になることを、坂野は願っているのである。

『日本憲政史』における坂野の論理は間断するところがなく見事に一貫している。一貫性のために、坂野は自著さえ批判する。かつて自らが共感を抱いたものすべてに対決を挑んだアウグスティヌスは、『再考録』において、自己のそれまでの全著作を総括的に再考・訂正して論争家の節操を立てた。無類に論争につよい坂野が、すべての論争に打ち勝った末にそれらをすべて背景に退けて書いた『日本憲政史』は、このアウグスティヌス『再考録』の精神に酷似している。

長く読み継がれるべき古典の誕生である。

書　　評

ドイツ現代史における「ヨーロッパ」理念の諸相

―― ヴァネッサ・コンツェの研究によせて ――

板　橋　拓　己

1.

現在、いかに実際のヨーロッパ統合の民主的正当性に疑問が突きつけられていようと、「ヨーロッパ」という理念・言説それ自体は、自由民主主義や多様性の尊重（「統一のなかの多様性」）と結びつき、一つの規範的概念として機能している。このことは、とりわけ現代ドイツの言説状況に当て嵌まる。第二次大戦後のドイツ連邦共和国は、自由民主主義を基盤としたヨーロッパ統合を基本路線として追求してきた。そして、少なくとも公的な言論空間においては、「ヨーロッパ」は自由民主主義を体現すべき秩序として表象され続けている。しかし他方でドイツは、20世紀前半に「ヨーロッパ」、あるいは（現在では忌避される概念である）「中欧（Mitteleuropa）」や「ライヒ（Reich）」といった理念を掲げて、ヨーロッパにおける覇権的秩序を追求した歴史ももつ。

それでは、こうした20世紀ドイツにおける「ヨーロッパ」理念の諸相・変遷はどのように把握できるのだろうか？　これは、ドイツのヨーロッパ統合への姿勢を深層において理解するために必要な作業なのは勿論のこと、ドイツ社会の民主化の進展と態様を測るためにも不可欠な作業である。

しかし、従来の理念史的研究はこの問題に十分に答えてこなかったように思われる。「ヨーロッパ」理念や「ヨーロッパ・アイデンティティ」の史的研究は、現実の統合と並行する形で進められ、統合史研究の中では最初期から存在する分野であり、冷戦の終焉やＥＵの東方拡大によって「ヨーロッパ」の範囲・基

準が問われるに至って、さらに活況を呈している分野である[1]。しかしこうした研究は、しばしばその対象が置かれたナショナルな文脈を等閑にしがちである（無論こうした研究の意義を否定しているわけではない）。

また、ドイツに対象を絞った「ヨーロッパ」理念史研究も、上記の問いに対して満足する回答を与えてきたとは言い難い。まず、従来の研究においては、「ヨーロッパ」や「中欧」などの「ヨーロッパ」に関わる領域概念が個別に研究され、その理念相互間の関係は殆ど問われてこなかった。また既存の多くの研究は、「1945年」あるいは第二次大戦を、「断絶」のポイントとして、即ち覇権主義的なヨーロッパ構想の挫折と自由民主主義的な「ヨーロッパ」理念の誕生のポイントとして、無条件に受け容れてきた[2]。

従って、20世紀ドイツにおける「ヨーロッパ」理念の諸相・変遷を問う場合、一義的な「ヨーロッパ」理念のみを検討するのではなく、「ヨーロッパ」秩序に関わる理念の諸相を総合的に把握すると共に、戦前・戦後の連続性と断絶を問い直す必要がある。この課題に答えようとした画期的業績が、2005年に出版されたヴァネッサ・コンツェの『ドイツ人のヨーロッパ：ドイツにおけるヨーロッパ理念、ライヒの伝統と西欧志向の狭間で（1920－1970年）』（Vanessa Conze, *Das Europa der Deutschen. Ideen von Europa in Deutschland zwischen Reichstradition und Westorientierung（1920-1970）*, München, Oldenbourg, 2005，453S.）である[3]。以下では、まずこの著作の内容を紹介した上で、その意義と今後の課題を示していきたい。

2.

コンツェは、「今日の我々のヨーロッパ像（Europa*bild*）は...自由＝民主主義的（liberal-demokratisch）かつ自由＝多元主義的（freiheitlich-pluralistisch）な価値を基盤としている」と確認した上で、「1960年代まで...ドイツには多くのヨーロッパ理念や概念が存在していた」ことを指摘し、「アーベントラント（Abendland）」や「中欧」、「パンヨーロッパ（Paneuropa）」、「ライヒ」、「グロースラウム（Großraum）」のような、「ヨーロッパとその（諸）社会を、宗派的・身分制的＝エリート的・帝国的・覇権的な基準に従って秩序づけようとする世界像・秩序イメージ」の存在の重要性を強調する。つまり、現在では忘却されているが、少なくとも1960年代までは多様な「ヨーロッパ」理念がドイツに共存していたのである。そこでコンツェは、「ヨーロッパ」理念を、専ら自由民

主主義的な意味に切り詰めるよりも、その異質性及び変化と断絶を明らかにする方が、今日の「ヨーロッパ」像の由来やヨーロッパ統合の進展を理解するには適切であり、学問的にも有益であると主張する。

こうして本書のテーマは、この様々な「ヨーロッパ」理念の歴史的な対抗と、現在のヨーロッパ理解に至る長いプロセスを研究することに設定される。そのためにコンツェが選んだ対象は、「アーベントラント」と「西欧（West-Europa）」という二つの競合する「ヨーロッパ」理念であり、その担い手である「アーベントラント運動（Abendländische Bewegung）」と「ヨーロッパ連盟（Europa-Union）」という二つの組織（どちらも戦間期に人的・組織的ルーツをもち、50年代に影響力を有した）である。この二つの理念・運動の歴史的発展や、その背後にある世界像・秩序像、担い手の経歴・思想・利害を対象に、戦間期から60年代後半までのドイツにおける「ヨーロッパ」理念の連続性と変化が、膨大な史料に基づいて実証的に研究される。

まず「アーベントラント」は、中世ヨーロッパのキリスト教的な統一性を想起させる、反近代・反自由主義・反共的な「伝統的概念」であり、ヨーロッパ社会の「再キリスト教化」と権威主義的・階層的な国家・社会編成を追求する理念である。この理念は、第一次大戦後にドイツで流行し、とりわけ南ドイツのカトリック・ミリューに普及した。戦間期におけるこの理念の主唱者たちは、雑誌『アーベントラント』に集った。彼らは、ドイツを「西欧（Westen）」とは理解していなかったが、ロカルノ期にヨーロッパ、特にフランスやポーランドとの「協調（Verständigung）」を追求した。しかし30年代初頭には「協調」から離反し、ヨーロッパにおけるドイツの優位を要求する「中欧」や「ライヒ」理念と結びついていく。彼らの大多数はナチス政権掌握後もドイツに留まったが、そこでナチスの「グロースラウム」や「新しいヨーロッパ」といった秩序構想に接近する。彼らの「ライヒ」理念への傾斜と反共主義がナチスへの架橋を容易にしたのである。

戦後に至るアーベントラント主義者たちの経歴は多様である。多くの者が貴族的あるいはカトリック的な出自と社会化によって「アーベントラント」理念を抱くようになったが、第二次大戦以降、多くの故郷被追放者（Heimatvertriebene）も運動に加わっていく。また、メルカッツ（Hans-Joachim von Merkatz）のように、プロイセンのプロテスタントであっても、保守的な社会像や反共から運動に加わった政治家もいた。さらに亡命帰国者の中にも、

オットー・フォン・ハプスブルクのような重要人物が存在した。

第二次大戦後、アーベントラント主義者は、新たに創刊された『新アーベントラント（*Neues Abendland*）』に集う。彼らは、戦後直後のドイツ社会の雰囲気を背景に、「アーベントラント」の文化的・宗教的要素を前面に掲げて、その理念を流行させた。さらに冷戦の進展によってアーベントラント運動は政治化し、「アーベントラント・アカデミー（Abendländische Akademie）」のような組織を設立していく。彼らは大衆運動よりも政治家への非公式の助言という手法を好み、なかでもオットー・フォン・ハプスブルクが会長を務めたCEDI（Centre Européen de Documentation et Information）は、スペインやフランスの政治家にも働きかけた。また、彼らはその激しい反共から西側統合を支持していたが、他方でアメリカに対しても懐疑的であった（それゆえ60年代には「ゴーリスト（Gaullisten）」の陣営に与する）。

しかし、50年代に西ドイツ社会の「自由主義化（Liberalisierung）」が進展すると、あまりに反動的であったアーベントラント運動は影響力を喪失していく。それでも60年代には、オットー・フォン・ハプスブルク下の「パンヨーロッパ連盟（Paneuropa-Union）」の中で、「アーベントラント」理念は「現代化（Modernisierung）」に成功する。つまり、アーベントラント主義者は、反議会主義など時代に適合しなくなった思考を放棄する一方、統一ヨーロッパの基盤はキリスト教でなければならないという確信や、保守的な社会像など、戦間期から連続する思想的諸要素を維持したのである。またパンヨーロッパ連盟に存在した多くの被追放者たちが、ハプスブルク帝国や「中欧」への追憶を保存していくことになった。こうして「アーベントラント」の「中核」は現代にも維持されるのだが、これは最早「アーベントラント」という理念を掲げていない。「アーベントラント」は、50年代以降の社会的変化、即ち「自由主義化」・「西欧化（Westernisierung）」によって、影響力を喪失したのである。

この社会的変化の中で、「アーベントラント」のような伝統的概念とは対照的に、自由民主主義的・多元主義的な秩序を志向する「西欧」理念は、ヨーロッパ連盟を担い手として連邦共和国に定着していく。

この「西欧」理念も戦間期にルーツがある。ヴァイマル期のヨーロッパ統合推進団体である「ヨーロッパ協調連盟（Verband für Europäischen Verständigung）」の指導者ハイレ（Wilhelm Heile）は、当時最も著名なドイツの「ヨーロッパ主義者」であり、第二次大戦後にヨーロッパ連盟の創設者となっ

た。一方、輸出志向のライン・ルール地方の工業・経済界の代表者たちは、ヨーロッパ市場・世界市場への復帰のために第二次大戦後ドイツの「西側統合（Westintegration）」を支持し、ヨーロッパ連盟を支援したが、彼らの西欧との経済的結合の追求は、戦間期から連続したものであった。

しかし、「アーベントラント」の場合と比較すると、戦間期の意味は限定的だったとコンツェは主張する。「西欧」理念の成立にとって、戦間期からの連続性よりも重要なのが、ナチスの経験、特に強制収容所・追放・亡命の経験であった。こうした経験から、伝統的な秩序像が撤回されていくのである。例えば、後にヨーロッパ連盟の会長を務めるコーゴン（Eugen Kogon）は、保守的なカトリックの出自だが、迫害と強制収容所の経験から古い秩序像を断ち切ったとされる。また、50年代以来の「西欧」理念の普及をヨーロッパ連盟において追求したのは、出版者のクルーテ（Hans Albert Kluthe）や労組指導者ローゼンベルク（Ludwig Rosenberg）ら亡命帰国者たちであったが、彼らは主として英米に亡命し、アングロサクソン流の自由主義に影響を受け、「西欧的」秩序モデルを感得し、ドイツは「西欧」に属さねばならないという確信を抱くに至った。

こうして戦後のヨーロッパ連盟には様々な勢力が集まった。50年代初頭までは、コーゴンのもと、東西間の「第三勢力（Dritte Kraft）」としてのヨーロッパを目指したが、欧州防衛共同体（EDC）の挫折後、完全に「西欧」志向となっていく。それに伴い、彼らは経済的側面に重点を置いた「機能主義的」統合を支持し、実際の統合プロセスにも賛同する。そしてヨーロッパ連盟は、50年代を通じて広汎な政治陣営や社会階層に働きかけ、最も加盟者数の多い西ドイツのヨーロッパ団体に成長するが、彼らはヨーロッパ統合の宣伝だけでなく、「ヨーロッパ」理念の「西欧化」及び西ドイツ社会の「自由主義化」も推進した。

しかし、ヨーロッパ連盟の影響力は60年代後半に揺らぐ。第一に、ド・ゴールのヨーロッパ政策の「挑戦」に対して、ヨーロッパ連盟は「大西洋主義者（Atlantiker）」の側に立ち、「ゴーリスト」の支持を失った。さらに、ヨーロッパ連盟は「新東方政策」を支持するが、それが支持者喪失に拍車をかけた。ここから超党派的コンセンサスは解体し、ヨーロッパ連盟は「進歩的」陣営に位置するようになる。

この過程で保守派の受け皿となったのがパンヨーロッパ連盟である。つまり

パンヨーロッパ連盟が、保守派のヨーロッパ団体として、及びヨーロッパ連盟の競合者として、連邦共和国に定着していくのである。しかしコンツェは、最早パンヨーロッパ連盟も自由民主主義という価値を否定しないことに注意を促し、これはいかに社会の「自由主義化」と「西欧化」が成功したかを示していると主張する。こうして、遅くとも1970年代には、自由民主主義的で多元主義的な「ヨーロッパ」理念がドイツに定着したとされる。

3.

以上のコンツェの議論は、ドイツ現代史研究に豊かな知見を与えよう。近年、「ドイツ特有の道」論の主唱者ヴィンクラーは、ドイツの特有性に「ライヒ」の遺産を加え、(西) ドイツの歴史を「西欧への長き道」と描いたが[4]、コンツェの研究はそれを「ヨーロッパ」理念から実証したものと位置づけられる。またコンツェは正しくも、「ヨーロッパ」をめぐるドイツの理念・運動が同時にドイツのための理念・運動であったと指摘し、「ヨーロッパ」理念とナショナル・アイデンティティとの連関を明らかにした。さらにコンツェは、戦前・戦後の (西) ドイツにおける連続性と断続の問題について、理念史という手法によって、政治史的な断絶とは必ずしも一致しないドイツ社会の変化を明らかにしている[5]。

加えて、コンツェの研究はヨーロッパ統合史研究にも刺激的である。近年の統合史研究においては、石炭鉄鋼共同体 (ECSC) から現在の EU に至る制度発展史を超えて、いま一度統合構想の多様性を再検討する必要が認識されている[6]。統合の歴史的由来を解明し、過去の構想との比較においてその新しさを再検討することは、早くからシュヴァルツが要求していた[7]。また現在、上述のように「ヨーロッパとは何か」が改めて問われている。コンツェの研究は、「ドイツ人のヨーロッパ」を戦間期から辿ることによって、こうした要請に応えるものであろう。

さらに重要なことは、コンツェの研究がヨーロッパ統合史とドイツ史研究を繋ぐ一つの視座を提供していることである。いまやヨーロッパ現代史研究は、ヨーロッパ統合の歴史とナショナルな歴史を相互にカバーし、その絡み合いの中でそれらを分析することも求められるが、コンツェは、(西) ドイツ社会の「西欧化」「自由主義化」と「ヨーロッパ」理念の展開を繋ぐことによって、現代史研究の一つのあり方を示したと言えよう。

4.

最後に、コンツェの研究への疑問から、今後の課題をいくつか指摘しておきたい。

第一点目は、コンツェが対象にしなかった社会民主主義の重要性である。コンツェは、伝統的に国際主義の立場をとってきたドイツ社会民主主義の「ヨーロッパ」理念は、保守及び自由主義の「『ネイション』への志向が深く根付いた」「ヨーロッパ」理念と「根本的に区別される」として、対象を「保守及び自由主義のモデルに限定」した [S.8f.]。しかし、ドイツ分断に際して戦後初期に「ネイション」に拘ったのは、むしろ社会民主党（SPD）であったと言えるし、また、60年代後半以降のSPDのヨーロッパ政策の重要性などを鑑みると、現在に至る「ヨーロッパ」理念を考える際に社会民主主義は欠かせないように思える。幸い、社会民主主義者の「ヨーロッパ」理念についてもいくつか研究が出てきており、今後はそれらも含めて総合的に「ドイツ人のヨーロッパ」を把握していく必要があろう[8]。

第二点目は、「東方（Osten）」及び「東欧（Osteuropa）」の問題である。「ヨーロッパ」及び「西欧」理念の形成には、対抗像としての「東方」「東欧」像が決定的な役割を果たすと思われるが、コンツェの研究はその関連を明らかにしてはいない。今後討究されるべきは、ドイツにおいていかなる「東方」・「東欧」像から「西欧」・「ヨーロッパ」像が紡ぎあげられていったかという点である。

第三点目は、コンツェが言う「自由＝民主主義的」な「ヨーロッパ」理念それ自体の問題である。確かに、コンツェが描き出したように、自由民主主義と結びついた「ヨーロッパ」理念は、（西）ドイツが長い苦闘から獲得したものであり、それ自体評価に値するが、コンツェはそれを余りにも無条件に肯定しているように思われる。それは、コンツェが「ドイツ人のヨーロッパ」の歴史を明確な二分法で描き出したことにも表れている。しかし、例えばトルコのEU加盟に反対するヴィンクラーら「自由主義者」たちの「西欧」中心主義をみるとき、再びコンツェの言う「自由＝民主主義」を歴史に立ち返って問い直す必要があるように思われるのである。

※本稿は、北海道大学ドイツ史研究会（2007年5月17日）で報告した原稿に補

筆・修正を施したものである。研究会上で貴重なコメントをくださった方々に厚くお礼を申し上げたい。

[1] 枚挙に暇がないが、ドイツ語圏における近年の最も重要な研究として Hartmut Kaelble, *Europäer über Europa. Die Entstehung des europäischen Selbstverständnisses im 19. und 20. Jahrhundert,* Frankfurt a.M., Campus Verlag, 2001.

[2] これらの点については、拙稿「近代ドイツにおけるナショナリズムと『中欧』」北海道大学大学院法学研究科博士学位論文、2008年を参照。

[3] この著作は2001年にテュービンゲン大学に提出された著者の博士論文を基にしている。

[4] Heinrich A. Winkler, *Der lange Weg nach Westen,* 2. Bde., Fünfte, durchgesehene Aufl., München, C.H.Beck, 2002（zuerst 2000）. また、ダンの有名な「帝国国民（Reichsnation）」論も、こうした議論と並行するものと言えよう。オットー・ダン『ドイツ国民とナショナリズム1770－1990』末川清・姫岡とし子・高橋秀寿訳、名古屋大学出版会、1999年、第10章を参照。

[5] こうした連続性と断絶への問いは、政治経済史で盛んである。例えば、野田昌吾『ドイツ戦後政治経済秩序の形成』有斐閣、1998年；雨宮昭彦『競争秩序のポリティクス――ドイツ経済政策思想の源流』東京大学出版会、2005年などを参照。

[6] 遠藤乾編『ヨーロッパ統合史』名古屋大学出版会、2008年を参照。

[7] Hans-Peter Schwarz, “Die europäische Integration als Aufgabe der Zeitgeschichtsforschung. Forschungsstand und Perspektiven,” *Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte,* 31. Jg., 4. Heft, 1983, S. 555-572.

[8] 戦後初期の SPD については、高橋進「ドイツ社会民主党とヨーロッパ――1945－1957年」『国際政治』第77号、1984年、110－124頁。

執筆者紹介（掲載順）

藤原正則	北海道大学大学院法学研究科教授
関口和徳	北海道大学大学院法学研究科助教
佐藤陽子	札幌学院大学法学部講師
今野正規	関西大学法学部専任講師
久末弥生	明治学院大学大学院法務職研究科助手
葛愛軍	北海道大学大学院法学研究科助教
瀬川信久	北海道大学大学院法学研究科教授
白取祐司	北海道大学大学院法学研究科教授
ミシェル・ダンティジュアン	ポワチエ大学法学部教授
佐々木雅寿	北海道大学大学院法学研究科教授
城下裕二	北海道大学大学院法学研究科教授
吉田克己	北海道大学大学院法学研究科教授
小浦美保	北海道大学大学院法学研究科博士課程
池田雄二	北海道大学大学院法学研究科博士課程
中村研一	北海道大学大学院法学研究科教授
板橋拓己	法学研究科附属高等法政教育研究センター助教
武蔵勝宏	同志社大学大学院総合政策科学研究科教授

平成21年１月20日　印　刷
平成21年１月30日　発　行

編集人　山口二郎

発行人　北海道大学大学院法学研究科長
瀬川信久

印　刷　北海道大学生活協同組合
情報サービス部
札幌市北区北８条西８丁目
TEL 011(747)8886

発行所　北海道大学大学院法学研究科
札幌市北区北９条西７丁目
TEL 011(706)3074 FAX 011(706)4948
ronshu@juris.hokudai.ac.jp

THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. 59 January 2009 No. 5

CONTENTS

ARTICLES

Bereicherung durch die unberechtigte Verfügung über fremde Sachen und unberechtigte Einziehung fremder Geldforderungen (4)
—— Gegenreaktion des Berechtigten auf die Einmischung in die dem Berechtigten gehörende Rechtssphäre ——
····· Masanori FUJIWARA 1

A Study on the Exclusionary Rule of the Criminal Confessions (3)
····· Kazunori SEKIGUCHI 59

Die Einwilligung des Verletzten (7)
—— Rekonstruktion mit Rücksicht auf den besonderen Teil ——
····· Youko SATO 105

La société du risque et la responsabilité civile (1)
—à la lumière de l'affaire du sang contaminé en France ——
····· Masanori KONNO 582[1]

Preservation, Use, and Coordination in American National Parks (4)
····· Yayoi HISASUE 534[49]

A Study on Insider Trading Regulation (2)
—— Comparative Study on Japan, U.S., and China ——
····· Aijun GE 462[121]

SYMPOSIUM

"Le principe de l'égalité et le droit pénal en droit franco-japonais"
Introduction ····· Nobuhisa SEGAWA 154
Le droit pénal et le principe d'égalité ···· Michel Danti-Juan 155
Equality Rights under the Constitution of Japan
····· Masatoshi SASAKI 172
Comment ····· Yuji SHIROSHITA 198
Comment ····· Katsumi YOSHIDA 206
Synthèse ····· Michel Danti-Juan 220
Conclusion ····· Nobuhisa SEGAWA 223

NOTES

Criminal Trial and the Influence of "Publication" (1)
—— In Consideration of Contempt of Court ——
····· Miho KOURA 408[175]

The Buying Back in Non-typical Securities ····· Yuji IKEDA 348[235]

Structure of Constitutional Politics in Pre-war Japan
—— review article on Banno Junji, *History of Constitutional Politics* ——
····· Kenichi NAKAMURA 292[291]

Varieties of European idea in modern Germany
—— review article on Vanessa Conze, *Das Europa der Deutschen* ——
····· Takumi ITABASHI 264[319]

MATERIAL

The Change of the Legislative Process since the Koizumi Administration
····· Katsuhiro MUSASHI 225

[ ]···Indicates the pagination for articles typeset horizontally that begin at the end of the journal

Published by
Hokkaido University, School of Law
Kita 9-jō, Nishi 7-chōme, Kita-ku, Sapporo, Japan